

สิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นคว้าและการคุมขัง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

TRANSGENDER RIGHTS IN BODY SEARCH AND DETENTION PROCEDURE



Miss Piyathida Janhom

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2020
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	สิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง
โดย	น.ส.ปิยธิดา จันทน์หอม
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม)	
.....	กรรมการ
(อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม)	

ปิยธิดา จันทน์หอม : สิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง. (TRANSGENDER RIGHTS IN BODY SEARCH AND DETENTION PROCEDURE) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ศ. ดร.คณพล จันทน์หอม

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหลักการและทฤษฎีสื่อสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังในคดีอาญา รวมถึงแนวคิดในการกำหนดแนวทางการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศของต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบหาแนวทางแก้ไขปรับปรุงกฎหมายการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศในประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายไทยไม่มีแนวทางการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจจะใช้เกณฑ์เพศกำเนิดในการจำแนกบุคคลข้ามเพศและปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศตามดุลพินิจ ซึ่งเมื่อผู้ศึกษาได้ศึกษากระบวนการค้นตัวและการคุมขังตามกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย พบว่าประเทศดังกล่าวได้กำหนดแนวทางและรายละเอียดการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ ส่วนประเทศไทยไม่มีปรากฏหลักเกณฑ์การปฏิบัติสำหรับบุคคลข้ามเพศเช่นเดียวกับประเทศไทย

ดังนั้น ผู้ศึกษาเสนอแนะให้นำแนวคิดการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังของต่างประเทศมาปรับใช้กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย โดยกำหนดให้การค้นตัวต้องดำเนินการโดยบุคคลที่มีเพศเหมาะสม และจัดสรรห้องขังแยกเฉพาะสำหรับผู้ต้องหาข้ามเพศ ตรวจสอบให้แน่ใจว่าผู้ต้องหาข้ามเพศมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเกี่ยวกับห้องคุมขังที่เหมาะสมกับเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2563

ลายมือชื่อนิสิต
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6280141834 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Transgender, Body Search, Detention

Piyathida Janhom : TRANSGENDER RIGHTS IN BODY SEARCH AND DETENTION
PROCEDURE. Advisor: Prof. KANAPHON CHANHOM, Ph.D.

This thesis's aim is to studies the principle and the theory of transgender rights in criminal body search and detention procedure including ideas from foreign countries in order to compare and analyze to find the equitable way to amend the law of body search and detention transgender suspect in Thailand.

According to the research, it found that Thailand's current law does not have the guideline to treatment transgender suspects in body search and detention procedure. By studying the procedure of body search and detention for transgender suspects in various countries, such as England, United States of America, and Australia, researcher has found that the law in the respective countries have provided the guideline and details of body search and detention for transgender suspects. And Germany does not have guidelines for transgender suspects like Thailand.

This thesis provides suggestion that the concept of body search and detention for transgender suspects in other countries should be added to Thai Criminal Procedure law and police order, by regulation guidelines for transgender's body searches procedures may only be conducted by a person of the appropriate gender, allocate separate police cells for transgender suspect. Ensure, that transgender suspects participate in decisions regarding the cell appropriate to their sexual and gender identity.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2020

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงด้วยดีเพราะความอนุเคราะห์อย่างสูงจากอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านมารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยท่านได้ให้คำแนะนำชี้แนะแนวทางในการคิดวิเคราะห์เพื่อเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาตั้งแต่ต้นจนจบ ตลอดจนตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วง และขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำ ตลอดจนเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงอาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำทางวิชาการที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้เขียน จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณพ่อวิโรจน์ จันทน์หอม และ คุณแม่อำไพ จันทน์หอม ที่คอยช่วยเหลือเลี้ยงดูและสนับสนุนให้ผู้เขียนได้รับการศึกษาที่ติดต่อกันโดยไม่มีข้อแม้ อีกทั้งยังคอยรับฟังปัญหาและให้กำลังใจผู้เขียนตลอดการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี ผู้เขียนจึงขอมอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไว้เป็นอนุสรณ์แห่งความเสียสละของบุคคลทั้งสอง และขอขอบคุณ นางสาวปิยชนก จันทน์หอม ผู้เป็นน้องสาว ที่ช่วยผู้เขียนตรวจทานและอ่านวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนกระทั่งสำเร็จลุล่วง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่านที่ช่วยเหลือติดต่อประสานงานและสืบค้นข้อมูลต่างๆที่จำเป็นสำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อีกทั้งขอขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา 628 ทุกท่าน และบุคคลอีกหลายท่านที่ไม่อาจกล่าวได้หมดในที่นี้สำหรับการสนับสนุนและเป็นกำลังใจที่ดีแก่ผู้เขียนโดยเสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณประโยชน์แก่วงการนิติศาสตร์และผู้สนใจในประการใดผู้เขียนขอมอบความดีความชอบนั้นให้แก่บุคคลที่ได้กล่าวมาทั้งหมด หากมีข้อผิดพลาดประการใดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขออภัยเป็นอย่างยิ่งและขออน้อมรับเอาไว้แต่เพียงผู้เดียว

ปิยธิดา จันทน์หอม

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐาน.....	6
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	7
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
1.7 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	8
1.8 โครงร่างของวิทยานิพนธ์.....	12
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่ส่งเสริมสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง.....	14
2.1 กระบวนการยุติธรรมทางอาญา.....	14
2.1.1 ทฤษฎีที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.....	15
2.1.1.1 ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม.....	16
2.1.1.2 ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม.....	16
2.1.2 สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้กระทำความผิด.....	19
2.1.2.1 การจับ.....	19

2.1.2.2 การค้นตัวบุคคล	21
2.1.2.3 การควบคุมและขัง.....	23
2.1.2.4 การปล่อยชั่วคราว	28
2.2 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลข้ามเพศ.....	29
2.2.1 สิทธิมนุษยชน	29
2.2.2 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	34
2.2.3 หลักความเสมอภาค.....	39
2.2.4 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ	43
2.3 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยเพศ.....	46
2.3.1 แนวคิดระบบสองเพศ	46
2.3.2 แนวคิดสตรีนิยม	50
2.3.3 แนวคิดความหลากหลายทางเพศ.....	51
2.4 การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกฎหมายระหว่างประเทศ.....	59
2.4.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	60
2.4.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง	60
2.4.3 ข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อนักโทษ	62
2.4.4 กฎมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารกระบวนการยุติธรรมทาง อาญาสำหรับเยาวชน	64
2.4.5 หลักการเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุก	65
2.4.6 กฎมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุมตัว	66
2.4.7 หลักยกยอการรื้อถอน.....	67
2.5 เหตุผลในการกำหนดมาตรการค้นตัวและคุมขังเฉพาะสำหรับบุคคลข้ามเพศ	71
2.6 สรุป	73
บทที่ 3 การค้นตัวและการคุมขังในระบบกฎหมายไทย.....	75

3.1 พัฒนาการสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย.....	76
3.2 ประวัติศาสตร์ความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย	79
3.3 บทบัญญัติกฎหมายไทยที่รับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศ	83
3.4 การค้นตัว.....	89
3.5 การคุมขัง.....	98
3.6 กฎกระทรวง ระเบียบ คำสั่งที่เกี่ยวข้อง.....	104
3.7 การค้นตัวและการคุมขังในทางปฏิบัติของตำรวจ	112
3.8 สิทธิของบุคคลในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังตามระบบกฎหมายไทย	119
3.9 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศ	120
3.10 สรุป	122
บทที่ 4 สิทธิของบุคคลข้ามเพศในการค้นตัวและการคุมขังตามกฎหมายต่างประเทศ	124
4.1 ประเทศอังกฤษ.....	124
4.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา	134
4.3 ประเทศออสเตรเลีย.....	148
4.4 ประเทศเยอรมนี.....	159
บทที่ 5 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ และแนวทางที่ควรกำหนดหลักเกณฑ์การค้น ตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศในระบบกฎหมายไทย	167
5.1 วิเคราะห์การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ.....	168
5.2 วิเคราะห์ความจำเป็นในการกำหนดกฎหมายคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัว และการคุมขัง.....	181
5.3 วิเคราะห์การค้นตัวบุคคลข้ามเพศ.....	192
5.4 วิเคราะห์การคุมขังบุคคลข้ามเพศ	216
5.5 วิเคราะห์เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้มีหน้าที่ค้นตัวและคุมขังของไทย	232
5.6 สรุป	239

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	243
6.1 บทสรุป	243
6.2 ข้อเสนอแนะ	249
บรรณานุกรม.....	256
ภาคผนวก.....	263
ประวัติผู้เขียน.....	275



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญตาราง

ตารางที่ 1 การคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในเรื่องทั่วไป	178
ตารางที่ 2 หลักเกณฑ์ในการดำเนินการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศ.....	188
ตารางที่ 3 ขอบเขตในการดำเนินการค้นตัว.....	198
ตารางที่ 4 เหตุแห่งการค้นตัวบุคคล	203
ตารางที่ 5 การจัดทำบันทึกการค้นตัวบุคคล.....	215



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การดำเนินงานทางยุติธรรมต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน (Human rights) อันเป็นสิทธิพื้นฐานที่สุดที่มนุษย์ทุกคนพึงมี เมื่อเกิดมาเป็นมนุษย์แล้วทุกคนย่อมมีสิทธิดังกล่าวในทันที และมีอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่แบ่งเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ภาษาหรือคุณสมบัติอย่างอื่น ไม่อาจมีบุคคลใดมาพรากสิทธิดังกล่าวไปได้ แม้กระทั่งรัฐที่มีอำนาจสูงสุดในประเทศก็ไม่อาจจะกระทำได้ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเองก็ต้องยึดหลักสิทธิมนุษยชนเป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อผู้เสียหาย ผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิด ผู้ต้องหา จำเลย ผู้ต้องคำพิพากษาศาลว่ากระทำความผิด หรือบุคคลใดๆ ที่ต้องเข้ามาอยู่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

บทบัญญัติเป็นมาตรฐานตามหลักสากลตามข้อ 26 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองบัญญัติว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ กฎหมายจะต้องบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และมีหลักประกันคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาค ดำเนินการอย่างจริงจังไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใดๆ เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ”¹ บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดแนวทางให้นานาประเทศในสังคมโลกยึดถือปฏิบัติเพื่อรับรองสิทธิของพลเมืองในประเทศ

หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติอันเป็นหลักสำคัญของสิทธิมนุษยชน ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) วางหลักว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยเจตนารมณ์แห่งภราดรภาพ” และ “บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพบรรดาที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใดๆ ...” และมีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและ

¹Article 26 of International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

สิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) ก็ได้วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ...”² ประเทศไทยเองได้มีพันธกรณีตามความตกลงในตราสารหลายฉบับ และนำหลักการตามกฎหมายระหว่างประเทศมาบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้วางหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย และหลักการทั่วไปในการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยบัญญัติว่า มาตรา 27³ “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้”

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรา 27 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” กล่าวถึงความเท่าเทียมระหว่างเพศชายหญิงเท่านั้น แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญของไทยยังคงยึดโยงอยู่กับแนวคิดระบบสองเพศเท่านั้น จึงอาจทำให้ตีความได้ว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศยังไม่ให้ความสำคัญกับเพศอื่นเท่าที่ควร แม้นในวรรคที่สามจะบัญญัติให้การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศจะกระทำมิได้ก็ตาม

ประเทศไทยมีกฎหมายอีกฉบับที่แสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยตระหนักถึงความสำคัญของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศที่ยังได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียม เพราะบุคคลนั้นมีอัตลักษณ์หรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด จึงมีการตรากฎหมายพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 โดยในมาตรา 3 ได้นิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุผลในเรื่องเพศว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็น

²คณาธิป ทองรวีวงศ์, ภคมน สืบไชย, กุสุมา สุนประชา และชลธิชา สมสอด, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ (สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2560), หน้า 24.

³ มาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

การแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศ โดยกำเนิด บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดกรอบไว้อย่างกว้างๆ ในการคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่ไม่ได้มีการกำหนดไว้เฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นระบบการจัดการด้านความยุติธรรมในคดีอาญา ประกอบไปด้วยการใช้อำนาจของรัฐ เจ้าพนักงาน องค์กรและกระบวนการตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายในการค้นหาและตรวจสอบให้ได้ความจริง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมคุ้มครองสิทธิบุคคลและก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่สังคม มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างมาตรฐานทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนและการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการปฏิบัติต่อมนุษย์⁴

สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่สำคัญประการหนึ่งจากหลายประการคือ สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม มีเนื้อหาสาระว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นการที่บุคคลหนึ่งได้รับการปฏิบัติในทางที่ด้อยกว่าบุคคลอื่นๆ ในกรณีอย่างเดียวกันหรือต่ำกว่ามาตรฐานที่คนทั่วไปพึงได้รับ ซึ่งอาจมีเหตุมาจากถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ เพศ ภาษา อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง เป็นเรื่องที่ไม่ชอบธรรม⁵

กลุ่มบุคคลที่ยังไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในหลายด้าน และด้านที่สำคัญประการหนึ่งที่ยังไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอในด้านงานยุติธรรมทางอาญา คือ “บุคคลข้ามเพศ” (Transgender) ซึ่งเป็นคำที่ใช้รวมถึงผู้มีอัตลักษณ์ การแสดงออกทางเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิด ได้แก่ ชายหรือหญิงที่รู้สึก เหมือนเพศตรงข้าม หรือคนที่เรียกตัวเองว่าเป็นคนที่มีจิตใจเหมือนเพศตรงข้าม คนข้ามเพศ ชายแต่งหญิง หญิงแต่งชาย คนสองเพศ คนหลายเพศ เคเวียร์ (queer หรือ gender queer) คนไร้เพศ เพศทางเลือก หรืออัตลักษณ์ การแสดงออกทางเพศอื่นใดก็ตามที่ไม่ตรงตาม

⁴ชาติ ชัยเดชสุริยะ, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549), หน้า 1.

⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 121.

มาตรฐานความเป็นชายหรือหญิงโดยทั่วไป คนกลุ่มนี้ มักแสดงออกทางเพศ ภาวะของตนโดยการแต่งกาย บุคลิกภาพ การเปลี่ยนแปลงด้านกายภาพ รวมถึงการผ่าตัด ดัดแปลงทางเพศด้วย⁶

เมื่อพิจารณากระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย ซึ่งมีขั้นตอนที่กระทบต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย กระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและสิทธิเสรีภาพของบุคคล ยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดวิธีการอย่างชัดเจนในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศ ซึ่งทำให้บุคคลข้ามเพศที่ต้องเข้ามาสู่กระบวนการทางอาญาไม่ได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม โดยส่วนหนึ่งอาจมีผลมาจากแนวคิดของคนบางกลุ่มที่ยังมองว่าบุคคลข้ามเพศเป็นบุคคลชายขอบหรือเป็นบุคคลที่ผิดปกติ กฎหมายจึงยังไม่เห็นถึงความสำคัญของการมีกรอบที่ชัดเจนและหลักการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ต่อบุคคลข้ามเพศ ส่งผลให้บุคคลข้ามเพศที่เข้ามาอยู่ในกระบวนการค้นตัวหรือคุมขังรู้สึกไม่สบายใจ และในบางกรณีอาจรู้สึกถูกคุกคาม

บทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรื่องการค้นตัวบุคคล แบ่งออกเป็นการในที่สาธารณะตามมาตรา 93 การค้นภายหลังการจับตามมาตรา 85 และการตรวจตัวตามมาตรา 132 (1) มีบทบัญญัติไว้ว่า หากผู้ต้องหาเป็นหญิงการค้นต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานที่เป็นหญิง แต่ไม่มีบทบัญญัติกรณีผู้ต้องหาเป็นชาย หรือบุคคลข้ามเพศว่าจะมีกระบวนการค้นโดยเจ้าพนักงานเพศใด เมื่อใช้หลักว่าผู้หญิงข้ามเพศมีสถานะเป็นเพศชายตามกฎหมาย จึงถูกค้นตัวโดยผู้ชาย ส่วนผู้ชายข้ามเพศถูกจัดว่าเป็นเพศหญิงแต่กำเนิดจึงถูกค้นตัวโดยหญิง หลักเกณฑ์การใช้มาตรฐานดังกล่าวกับบุคคลข้ามเพศบนฐานของของเพศที่กำหนดมาแต่แรกเกิด อาจส่งผลให้บุคคลผู้ถูกค้นตัวเกิดความอับอาย อันถือว่าเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวและเป็นการเลือกปฏิบัติ⁷

การคุมขังไม่ปรากฏบทบัญญัติกฎหมายชัดเจนเกี่ยวกับการคุมขังบุคคลข้ามเพศว่ามีแนวทางดำเนินการอย่างไร ควรดำเนินการแยกห้องคุมขังต่างหากจากผู้ต้องหาเพศชายหญิงหรือไม่ สถานีตำรวจทุกแห่งในประเทศไทยจะมีห้องขังสองห้องเพื่อคุมขังผู้ชายและผู้หญิงแยกกัน⁸ ไม่ปรากฏว่ามี การจัดแยกห้องขังสำหรับบุคคลข้ามเพศโดยเฉพาะ แต่ข้อมูลจากรายงานการศึกษาเรื่อง “การรับรอง

⁶APF (Asia Pacific Forum), "Acj Report: Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity " (2010). อ้างถึงใน บุษกร สุริยสาร, *อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย* (กรุงเทพมหานคร: องค์การแรงงานระหว่างประเทศ, 2557) (โครงการส่งเสริมสิทธิความหลากหลายและความเท่าเทียมในโลกของการทำงาน(PRIDE)), หน้า 21.

⁷สกล โสภิตอาชาศักดิ์ เรียบเรียง, รณภูมิ สามัคคีคารมย์ แปล, *โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติสำนักงานประเทศไทย, “การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย : การทบทวนกฎหมายและนโยบาย* (2560), หน้า 55.

⁸ระเบียบข้อ 139 แห่งประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี.

เพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย : การทบทวนกฎหมายและนโยบาย” พบว่าทางปฏิบัติผู้บังคับบัญชาหรือร้อยเวรของแต่ละสถานีตำรวจ มีอำนาจสั่งด้วยดุลพินิจให้มีห้องคุมขังชั่วคราวแยกต่างหากสำหรับบุคคลข้ามเพศออกจากผู้กระทำความผิดกระทำผิดอื่น⁹ ซึ่งก็ไม่มีมาตรฐานในการปฏิบัติที่ชัดเจนเป็นเรื่องของดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่ละคนเสียมากกว่า

ปัญหาจากการที่ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศในกฎหมายไทย กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ อาจทำให้เกิดการค้นตัวอันมีลักษณะเป็นการประจานบุคคลข้ามเพศ อันสืบเนื่องมาจากอคติของเจ้าหน้าที่หรือความไม่เข้าใจที่แท้จริงเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศ หรือการค้นตัวอาจเป็นล้วงละเมิดทางเพศของผู้ถูกค้น ทำให้เขาารู้สึกอับอาย ส่วนกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติการคุมขังบุคคลข้ามเพศ การจัดการคุมขังบุคคลข้ามเพศไม่เหมาะสม เกิดการทำร้ายร่างกายหรือล้วงละเมิดทางเพศผู้ถูกคุมขังได้

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังไม่กระทบต่อสิทธิผู้คดี อันเป็นหลักประกันในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้ต้องหาที่สำคัญประการหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้แสดงข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง แต่การที่ไม่มีบทบัญญัติการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศเป็นเรื่องความบกพร่องในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลข้ามเพศที่เหมาะสม อาจส่งผลให้เกิดปัญหาการล้วงละเมิดทางเพศบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัว หรือเกิดปัญหาการทำร้ายร่างกายบุคคลข้ามเพศโดยผู้ถูกคุมขังอื่น เพราะอคติหรือความเกลียดชังเพศที่สามของผู้ถูกคุมขังอื่น ดังนั้น เพื่อกำหนดแนวทางที่ชัดเจนแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศและเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการดังกล่าว จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาเรื่องสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง เพื่อค้นหาหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศที่เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากลต่อไป

ดังนั้น นอกจากความมีประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมแล้ว กระบวนการยุติธรรมทางอาญาก็ต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลข้ามเพศที่เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมด้วย เพื่อรักษาความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชนของบุคคลให้เคียงคู่กันไป กฎหมายจึงควรมีหลักประกันสิทธิบุคคลข้ามเพศที่จะเข้ามาอยู่ในกระบวนการทางอาญา

⁹สกส สภกิตอาชาศักดิ์ เรียบเรียง, รณภูมิ สามัคคีธรรมย์ แปล, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติสำนักงานประเทศไทย, “การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย : การทบทวนกฎหมายและนโยบาย” หน้า 55.

และกำหนดกรอบที่ชัดเจนให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงาน เพื่อขจัดปัญหาการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุเรื่องเพศ และส่งเสริมสิทธิมนุษยชนที่บุคคลข้ามเพศพึงได้รับในกระบวนการยุติธรรมอย่างเหมาะสม

จากการพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาพบว่า ในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังผู้ต้องหา ยังไม่มีหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะในขั้นตอนดังกล่าว จึงทำให้มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศยังไม่เหมาะสม สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากล เกิดการเลือกปฏิบัติและปฏิบัติอย่างไม่เหมาะสม เพราะความแตกต่างในเรื่องเพศ กรณีตามประเด็นดังกล่าวข้างต้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาปัญหาสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากลในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศ

1.2 สมมติฐาน

แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะมีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง แต่ไม่ได้บัญญัติถึงคนข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงอาจทำให้บุคคลข้ามเพศได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมและอาจละเมิดสิทธิของบุคคลข้ามเพศได้ ด้วยเหตุนี้จึงต้องแก้ไขปรับปรุงหลักการเรื่องการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศ โดยกำหนดให้การค้นตัวต้องทำโดยบุคคลที่มีเพศเหมาะสมหรือบุคคลที่ผู้ถูกค้นยินยอม และการคุมขังต้องคำนึงอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศในการจัดสรรห้องคุมขัง เพื่อให้สิทธิของคนข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้รับการคุ้มครองมากขึ้น

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาหลักการและทฤษฎีสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รูปแบบของกฎหมายไทยในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนค้นตัวและคุมขัง
2. เพื่อเปรียบเทียบหลักกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศของประเทศไทยกับต่างประเทศ

3. เพื่อแสวงหาหลักเกณฑ์และเสนอแนวทางปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศของไทยให้เป็นไปตามหลักสากล

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยมุ่งศึกษาถึงบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและมาตรการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในเรื่องการค้นตัวภายนอก และการคุมขังบุคคลข้ามเพศที่สถานีตำรวจ ซึ่งเป็นกระบวนการที่สำคัญในคดีอาญากระทบสิทธิในเนื้อตัวร่างกายและสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะบุคคลข้ามเพศที่ยังถูกมองข้าม จึงต้องศึกษาสิทธิของบุคคลข้ามเพศตามอัตลักษณ์ทางเพศและเพศวิถีในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กระบวนการค้นตัวบุคคล และการคุมขังที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศที่ปรากฏของผู้ต้องหาทั้งในประเทศไทยกับต่างประเทศ วิเคราะห์ความเหมือนและความต่างในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังระหว่างกฎหมายและมาตรการต่างๆที่เกี่ยวข้องของประเทศไทย ต่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้ใช้รูปแบบวิธีวิจัยลักษณะการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) จากแหล่งข้อมูลต่างๆไม่ว่าจะเป็นหนังสือ ตำรากฎหมาย ตั๋วบทกฎหมาย วารสารทางกฎหมาย บทความวิชาการ คำพิพากษา ตลอดจนงานวิจัยทางกฎหมาย วิทยานิพนธ์ และข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และนำข้อมูลเหล่านี้มาวิเคราะห์เปรียบเทียบเชิงคุณภาพ (Qualitative Research)

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เข้าใจหลักการและทฤษฎีที่ส่งเสริมสิทธิมนุษยชนของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบัน

2. เกิดองค์ความรู้จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศในเรื่องการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศ

3. พบหลักเกณฑ์และวิธีการในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศ สามารถเสนอแนวทางในการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศ

1.7 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

จากการทบทวนวรรณกรรม ผู้ศึกษาพบว่า มีวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องและคล้ายคลึงกับการศึกษาเรื่องสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง ดังต่อไปนี้

1) นายธรรศนัย อ่อนทอง วิทยานิพนธ์เรื่อง “การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง: ศึกษากรณีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ”¹⁰ มีวัตถุประสงค์ของการวิจัยในการศึกษาถึงความจำเป็นพิเศษและแนวทางปฏิบัติในรูปแบบเฉพาะต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ศึกษาหลักการสากล หลักกฎหมายภายในและหลักกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศของไทยให้เป็นที่ปฏิบัติตามหลักสากล

วิทยานิพนธ์ดังกล่าวได้มีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้ 1. กำหนดขั้นตอนการพิจารณาระบุอัตลักษณ์ของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้ทางเรือนจำทราบลักษณะพิเศษของผู้ต้องขัง ซึ่งจะสามารถปฏิบัติต่อผู้ต้องขังดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมกับความเสี่ยง โดยเสนอให้นำขั้นตอนการพิจารณาระบุอัตลักษณ์ไปกำหนดไว้ในกฎกระทรวง อาศัยอำนาจตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ.2560 2. กำหนดขั้นตอนการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง เนื่องจากระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ.2561 ข้อ 9 และข้อ 13 ได้กำหนดการตรวจร่างกายผู้ต้องขังกรณีผู้ต้องขังชายที่ผ่านการคัดสรรแปลงเพศเป็นหญิงไว้เพียงกรณีเดียว ดังนั้น เพื่อให้ครอบคลุมกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศทุกคนทุกลักษณะ ผู้ศึกษาเสนอให้บัญญัติเพิ่มเติมว่า “ผู้ต้องขังที่ผ่านการ

¹⁰ธรรศนัย อ่อนทอง, "การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง : ศึกษากรณีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ" (ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 138-140.

ศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วนหรือยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศแต่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศ โดยกำเนิด ให้ผู้ต้องขังดังกล่าวระบุเพศเจ้าพนักงานผู้ดำเนินการตรวจร่างกาย หากไม่ใช่กรณีฉุกเฉิน เจ้าพนักงานจะต้องจัดให้ตามที่ผู้ต้องขังประสงค์” 3. กำหนดขั้นตอนการพิจารณาจัดสถานที่คุมขังให้เหมาะสมกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ในกฎกระทรวง โดยอาศัยมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ.2560 4. วางระเบียบเกี่ยวกับมาตรการความจำเป็นอื่นสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ.2560 ในเรื่องดังต่อไปนี้ การจัดให้มีแพทย์เฉพาะทางสำหรับดูแลและให้คำปรึกษา การจัดสถานที่อาบน้ำที่เป็นสัดส่วน รวมถึงเครื่องใช้จำเป็นต่าง ๆ และ 5. จัดอบรมส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับความจำเป็นพิเศษและวิธีปฏิบัติเฉพาะต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศแก่เจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้อง อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 18

2) น.ต.หญิงใจเอื้อ ชีรานนท์ วิทยานิพนธ์เรื่อง “ปฏิสัมพันธ์ของการจัดการเชิงสุขภาพในเรือนจำ: ศึกษากรณีประสบการณ์ของผู้ต้องขัง “กะเทย” และเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติ”¹¹ โดยมีวัตถุประสงค์ของการวิจัยเพื่อศึกษาประสบการณ์ของผู้ต้องขังกะเทยต่อประเด็นเชิงสุขภาพ ประสบการณ์ของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติต่อสุขภาพของผู้ต้องขังกะเทย วิเคราะห์ปฏิสัมพันธ์ของการจัดการเชิงสุขภาพในเรือนจำระหว่างผู้ต้องขังกะเทยและเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติ และเสนอแนวทางจัดการเชิงสุขภาพในเรือนจำที่เหมาะสมกับผู้ต้องขังกะเทย

วิทยานิพนธ์ดังกล่าวได้มีข้อเสนอแนะแบ่งออกเป็น 1. ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย ทบทวนและปรับปรุงกฎหมาย รวมถึงนโยบายต่าง ๆ ของกรมราชทัณฑ์ให้มีความสอดคล้องและครอบคลุมถึงการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังกะเทยหรือผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ กำหนดนโยบายและยุทธศาสตร์ที่เหมาะสมในการคุ้มครองและฟื้นฟูแก้ไขผู้ต้องขังกะเทยร่วมกันเพื่อที่จะนำมาสู่การจัดการเชิงสุขภาพที่เหมาะสม และเพื่อเป็นการเตรียมพร้อมสำหรับอนาคตหากจำนวนผู้ต้องขังกะเทยหรือผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นในอนาคต และการศึกษาในครั้งนี้พบว่าผู้ต้องขังกะเทยในประเทศไทยไม่มีความต้องการที่จะแยกไปอยู่ในแดนกะเทยหรือเรือนจำสำหรับกะเทยโดยเฉพาะ

¹¹ใจเอื้อ ชีรานนท์, "ปฏิสัมพันธ์ของการจัดการเชิงสุขภาพในเรือนจำ: ศึกษากรณีประสบการณ์ของผู้ต้องขัง “กะเทย” และเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติ" (ปริญญาศิลปศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาอาชญาวิทยาและงานยุติธรรม ภาควิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา คณะศิลปศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561), หน้า 154-159.

ผู้ต้องขังกะเทยบางคนมีความต้องการจะอยู่ร่วมกับผู้ต้องขังชาย ผู้ต้องขังกะเทยบางคนมีความพอใจที่ถูกแยกคุมขังเฉพาะผู้ต้องขังกะเทยในเวลากลางคืนดังนั้นเรือนจำอาจแยกขังตามความสมัครใจของผู้ต้องขัง โดยจัดทำหนังสือยินยอม ให้ผู้ต้องขังลงรายมือชื่อรับทราบเงื่อนไข และอันตรายที่อาจเกิดขึ้น สิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และจัดการฝึกอบรมเพื่อให้เจ้าหน้าที่มีความเข้าใจในการปฏิบัติที่ถูกต้อง โดยเฉพาะการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องร่างกาย 2.ข้อเสนอแนะเชิงปฏิบัติการ เรือนจำอาจพิจารณาและจัดสรรเวลาให้ผู้ต้องขังกะเทยมีเวลาอาบน้ำเฉพาะกลุ่ม เพื่อป้องกันการล่วงละเมิดทางร่างกาย ให้ความรู้แก่ผู้ต้องขัง จัดอบรมเชิงปฏิบัติการให้แก่ผู้ต้องขังกะเทยหรือผู้ต้องขังชายรักชาย เพื่อให้ได้ข้อมูลเกี่ยวกับการแพร่เชื้อเอชไอวี และการป้องกัน ให้ผู้ต้องขังได้มีโอกาสแบ่งปันประสบการณ์ และการเรียนรู้ถึงการมีเพศสัมพันธ์ที่ปลอดภัยมากขึ้นในเรือนจำ ส่งเสริมกิจกรรมความสัมพันธ์แนวราบระหว่างผู้ต้องขัง จัดกองงานและการฝึกอาชีพ ที่สอดคล้องกับความต้องการของผู้ต้องขังกะเทย ให้โอกาสผู้ต้องขังกะเทยได้มีโอกาสออกไปทำงานนอกเรือนจำ หรืองานบริการสาธารณะ เพื่อให้สังคมมองเห็นถึงศักยภาพของผู้ต้องขังกะเทยลดอคติและสร้างการยอมรับ

3.ข้อเสนอแนะเชิงวิชาการ การศึกษาในเรือนจำส่วนภูมิภาคขนาดเล็กอาจไม่สามารถอ้างอิงกลุ่มประชากรกะเทยในเรือนจำได้ทั้งหมด ในการศึกษาครั้งต่อไปควรทำการศึกษาความต้องการเชิงสุขภาพของผู้ต้องขังกะเทย ในเรือนจำขนาดกลาง และขนาดใหญ่ การศึกษากลุ่มตัวอย่างในครั้งนี้ผู้วิจัยได้ศึกษากลุ่มตัวอย่างที่เป็นผู้ต้องขังกะเทยที่ไม่ได้ผ่านการแปลงเพศ การศึกษาครั้งต่อไปควรกำหนดกลุ่มตัวอย่างเป็นผู้ต้องขังกะเทยที่ผ่านการแปลงเพศแล้ว

3) นางสาวอารยา สุขสม วิทยานิพนธ์เรื่อง “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย”¹² วัตถุประสงค์ของการทำวิจัยเพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีเรื่องเพศและความหลากหลายทางเพศ ความแตกต่างระหว่างเพศ เพศสภาพ และเพศวิถี เพื่อศึกษาขอบเขตเนื้อหาสาระหลักสิทธิมนุษยชนสากลในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เพื่อศึกษาการปรับใช้และการคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนสากลในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเพื่อคุ้มครองกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศในระบบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ และเปรียบเทียบแนวทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทาง

¹² อารยา สุขสม, "สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย" (ปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 562-578.

เทศในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและต่างประเทศกับประเทศไทย เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะเชิงนโยบายและมาตรการคุ้มครองและรับรองสิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย

ข้อเสนอแนะของวิทยานิพนธ์ได้แก่ สร้างความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับสถานะทางสุขภาพของกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศว่าความแตกต่างไม่ใช่เรื่องผิดปกติ ปรับปรุงกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศโดยสร้างหลักประกันความคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ เพราะเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในรัฐธรรมนูญ และเพิ่มมาตรการคุ้มครองในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558 กำหนดมาตรการรับรองสถานภาพและความสัมพันธ์ทางกฎหมายจากการเลือกปฏิบัติเพราะวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เสริมสร้างความมีประสิทธิภาพของแผนสิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยการกำหนดนโยบายและแผนปฏิบัติการของรัฐสนับสนุนส่งเสริมความเท่าเทียม เพิ่มประสิทธิภาพองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่

4) นายนิภัทร์ วานิชคราม วิทยานิพนธ์เรื่อง “แนวทางการกำหนดมาตรการทางอาญาในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังในเรือนจำที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ”¹³ วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยเพื่อศึกษาแนวคิดและหลักการที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ต้องขังที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศในระบบกฎหมายอาญาไทย ศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดรูปแบบ และวิธีการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศเปรียบเทียบกับประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย เพื่อกำหนดแนวทาง รูปแบบ และวิธีการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศที่เหมาะสมนำมาปรับใช้กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย และปรับปรุงกฎหมายราชทัณฑ์ต่อไป

ข้อเสนอแนะของวิทยานิพนธ์คือ เสนอให้ตรากฎกระทรวงกำหนดมาตรการทางอาญาในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศขึ้นใช้บังคับ โดยจัดให้มีระบบแยกและจำแนกลักษณะผู้ต้องขัง การจัดประเภทหรือชั้นของเรือนจำและทัณฑสถาน การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มี

¹³นิภัทร์ วานิชคราม, "แนวทางการกำหนดมาตรการทางอาญาในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังในเรือนจำที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ" (ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 237-241.

พฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศที่เหมาะสมมากยิ่งขึ้น ตลอดจนกำหนดมาตรการลงโทษทางวินัยเพื่อ
คุ้มครองผู้ต้องขังที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศจากการกระทำความผิดอาญาของผู้ต้องขังอื่นๆ

1.8 โครงร่างของวิทยานิพนธ์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาหาแนวทางพัฒนาลิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรม
ทางอาญาในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง ซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนศาลพิจารณาคดี เพื่อหาวิธีการที่
เหมาะสมกับบุคคลข้ามเพศ ซึ่งงานวิจัยสามารถจำแนกประเด็นในการศึกษาออกเป็น 6 บท โดยมี
รายละเอียดและลำดับในการนำเสนอเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ ดังนี้

บทที่ 2 ผู้ศึกษาจะศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลข้ามเพศตามหลักสากล
โดยเริ่มพิจารณาหลักสิทธิมนุษยชนสากลระหว่างประเทศ สนธิสัญญาและอนุสัญญา หลักการอันเป็น
พื้นฐานความคิดในเรื่องการเลือกปฏิบัติ แนวคิดเรื่องความหลากหลายทางเพศ เมื่อได้ทำการศึกษา
เบื้องต้นแล้ว ทำให้ทราบมาตรฐานสิทธิสากลที่บุคคลข้ามเพศควรได้รับ ผู้ศึกษาจึงเห็นควรพิจารณา
ต่อไปว่าการรับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศของประเทศไทยมีอย่างไร

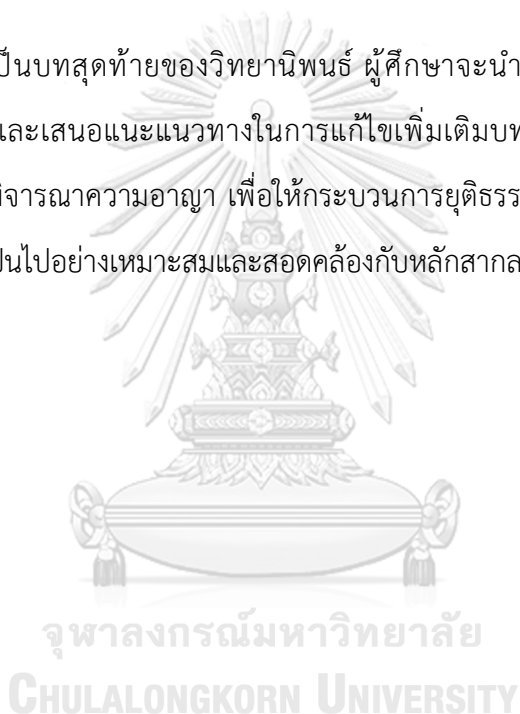
เมื่อผู้ศึกษาเข้าใจแนวคิดพื้นฐานว่าด้วยสิทธิของบุคคลข้ามเพศแล้วนั้น ในบทที่ 3 ผู้ศึกษาจะ
ทำการศึกษากฎหมายไทยที่มีเนื้อหารับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ กฎหมาย
ในลำดับพระราชบัญญัติ บทบัญญัติว่าด้วยการค้นและการคุมขังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
ความอาญาที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน และกระบวนการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศในทางปฏิบัติของ
เจ้าหน้าที่ตำรวจ เพื่อพิจารณาต่อไปว่ามีความเหมาะสมและสอดคล้องกับแนวหลักสากลว่าด้วยสิทธิ
มนุษยชนระหว่างประเทศ แนวคิดและทฤษฎีหรือไม่

เมื่อศึกษาความเหมาะสมของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลข้ามเพศแล้ว ทำให้
พบว่ากฎหมายไทยยังมีความบกพร่อง ไม่เหมาะสมบางประการ ด้วยเหตุนี้ ผู้ศึกษาจึงเห็นควรศึกษา
กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศ และบทบัญญัติตามกฎหมายที่
เกี่ยวข้องกับการค้น และการคุมขังบุคคลข้ามเพศ โดยประเทศที่ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาในบทที่ 4
ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศเยอรมนี เพื่อให้ทราบ
ว่าบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศบทบัญญัติใดบ้างที่จะสามารถนำมาปรับใช้ได้กับกระบวนการค้น

และการคุมขังบุคคลข้ามเพศตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และบทบัญญัติต่างประเทศดังกล่าวมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้นและการคุมขังหรือไม่ และมีรายละเอียดอย่างไร

ต่อมาในบทที่ 5 ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการค้น และการคุมขังบุคคลข้ามเพศในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศในกรณีที่ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่มีความเหมาะสมของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย จากนั้นทำการพิจารณาต่อไปว่าสมควรนำบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายลำดับรองของประเทศไทยหรือไม่

บทที่ 6 ซึ่งเป็นบทสุดท้ายของวิทยานิพนธ์ ผู้ศึกษาจะนำเสนอข้อสรุปสาระสำคัญของบทต่างๆในภาพรวมและเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตราที่เกี่ยวข้องกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศเป็นไปอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักสากล



บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่ส่งเสริมสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง

สิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและคุมขัง เป็นสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทบกระเทือนต่อเนื้อตัวร่างกายและสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งในวิธีการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศมีความแตกต่างในรายละเอียด ดังนั้น เมื่อบุคคลข้ามเพศมีอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศแตกต่างไปจากชายหญิง จึงต้องมีการทบทวนรายละเอียดในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการ ด้วยเหตุนี้จึงต้องความเข้าใจแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลข้ามเพศ อันจะนำไปสู่การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่เหมาะสมกับหลักสากล

ในบทนี้ผู้ศึกษาจะกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคนข้ามเพศ โดยแบ่งออกเป็น 4 ส่วน ได้แก่ 2.1 ผู้ศึกษาจะศึกษากระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อทำความเข้าใจระบบงานยุติธรรมทางอาญาและสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองต่อมาในหัวข้อ 2.2 ผู้ศึกษาจะศึกษาแนวคิดและหลักการที่ส่งเสริมสิทธิของบุคคลข้ามเพศ เพื่อให้ทราบแนวคิดและหลักการที่ส่งเสริมสิทธิของบุคคลข้ามเพศ หัวข้อ 2.3 ผู้ศึกษาจะศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเพศ เพื่อให้เกิดความเข้าใจแนวคิดที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่างทางเพศ และในหัวข้อสุดท้าย 2.4 ผู้ศึกษาจะศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ

2.1 กระบวนการยุติธรรมทางอาญา

งานยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice) คือกระบวนการที่สร้างขึ้นเพื่อนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษตามกฎหมาย หรือเรียกว่า “กระบวนการยุติธรรมทางอาญา” อันเป็นกระบวนการพิสูจน์ความจริงอย่างเป็นระบบตามกฎหมาย โดยอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และขั้นตอนการดำเนินงานรวมทั้งสิทธิหน้าที่ของผู้ต้องหา ผู้กล่าวหา และพยานในคดีถูกกำหนดไว้ในกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedural Law)¹ เป้าหมายสูงสุดของกระบวนการยุติธรรม คือ สังคมที่ปลอดภัยและเป็นระเบียบเรียบร้อย ประชาชนอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข โดยการดำเนินงานเพื่อให้บรรลุเป้าหมายต้องคำนึงถึง

¹เสกสัน เกรือคำ, อาชญากรรม อาชญาวิทยา และงานยุติธรรมทางอาญา (นครปฐม: เพชรเกษมการพิมพ์, 2558), หน้า 188.

การควบคุมป้องกันอาชญากรให้ลดลงในระดับที่สังคมยอมรับได้ โดยผ่านกลไกของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเริ่มตั้งแต่การจับกุม สืบสวน สอบสวน ส่งสำนวนฟ้อง พิพากษาและลงโทษ อันมีผลเป็นการข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดของอาชญากร และคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยของสังคม ปฏิบัติต่อประชาชนอย่างเสมอภาคภายใต้กฎหมายเดียวกัน²

การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีลักษณะ ดังนี้³

- 1) ดำเนินตามกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่ง “ความจริง”
- 2) มีความร่วมมือของบุคลากรที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ความจริงปรากฏ
- 3) กระบวนการต้องเป็นไปอย่างโปร่งใส ตรวจสอบได้ และมีความชอบธรรม

เมื่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นกระบวนการพิสูจน์ความจริงอย่างเป็นระบบและเป็นขั้นตอน ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจึงได้ศึกษาแนวคิดทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับระบบงานยุติธรรมทางอาญา โดยเริ่มพิจารณาในหัวข้อที่ 2.1.1. ศึกษาทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อทำให้เกิดความเข้าใจว่าการดำเนินงานยุติธรรมตามทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม และทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมมีลักษณะอย่างไร มีความเหมือนและความแตกต่างอย่างไร จากนั้นในหัวข้อที่ 2.1.2 ศึกษาถึงสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในขั้นตอนก่อนการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งผู้ต้องสงสัย ผู้ถูกกล่าวหา ผู้ต้องหาพึงได้รับเมื่อเข้ามาสู่กระบวนการทางอาญา เพื่อให้ทราบว่ามีสิทธิใดบ้างที่กฎหมายกำหนดรับรองไว้

2.1.1 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับระบบงานยุติธรรมทางอาญา แบ่งออกได้เป็นสองทฤษฎี โดยแต่ละทฤษฎีจะมีแนวคิดพื้นฐานที่แตกต่างกัน กล่าวคือทฤษฎีหนึ่งอยู่บนพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ส่วนอีกทฤษฎีหนึ่งอยู่บนพื้นฐานที่จะควบคุมอาชญากรรม อย่างไรก็ตาม รัฐสมัยใหม่ในปัจจุบันส่วนใหญ่มีแนวโน้มยึดถือตามแนวคิดที่คุ้มครองสิทธิของและเสรีภาพภาพของประชาชนเป็นสำคัญ

²เพียร์ ศรีแสงทอง, การลงโทษและการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: จรัสสินทวงศ์การพิมพ์, 2554), หน้า 5-6.

³ธานี วรรณทร์, กฎหมายอาชญากรรม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 34.

2.1.1.1 ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม

ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) มีจุดมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม โดยเน้นไปที่การควบคุม ระวังและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก เป็นแนวคิดที่เห็นว่าหากเจ้าหน้าที่รัฐไม่สามารถควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม หรือจับกุมอาชญากรรมมาลงโทษตามกฎหมายได้ จะเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม และกระทบต่อเสถียรภาพของประชาชนที่จะถูกคุกคามจากอาชญากรรม ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมที่ดีเจ้าหน้าที่รัฐต้องจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษโดยที่ผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริง กระบวนการยุติธรรมตามทฤษฎีนี้จึงต้องมีความรวดเร็วและเด็ดขาด⁴

คดีอาญาที่เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมจะดำเนินไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้อย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ ไม่หยุดชะงัก มีกระบวนการกลั่นกรอง (Screening Process) ในแต่ละขั้นตอน มีการวินิจฉัยให้คดีเสร็จสิ้นไปตั้งแต่ขั้นตอนต้นๆ กล่าวคือ หากพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าผู้ต้องหากระทำความผิด หรือไม่ทราบแน่ชัดว่ากระทำความผิดก็จะปล่อยตัวไป แทนการนำตัวผู้ต้องหามาดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ จนเสร็จสิ้นแล้วศาลพิพากษายกฟ้องปล่อยตัวจำเลย จะเห็นได้ว่ากระบวนการกลั่นกรองจะกันผู้ต้องหาที่เป็นผู้บริสุทธิ์ออกไป ส่วนผู้ที่กระทำความผิดจริงก็จะถูกดำเนินคดีอย่างรวดเร็ว ซึ่งทฤษฎีนี้จะยอมรับว่าการค้นหาข้อเท็จจริงในชั้นตำรวจและพนักงานอัยการมีความน่าเชื่อถือเพียงพอที่สามารถวินิจฉัยความถูกต้องได้⁵

2.1.1.2 ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม

ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process Model) เป็นทฤษฎีที่ให้ความสำคัญกับความเป็นธรรมในขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรม อันเป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดตรงข้ามกับทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม โดยไม่เชื่อว่าการควบคุมอาชญากรรมนั้นจะมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง โดยเฉพาะในการค้นหาข้อเท็จจริงโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจและพนักงานอัยการ ซึ่งอาจจะใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ได้พยานหลักฐาน หรือสร้างพยานหลักฐานขึ้นมาใหม่ ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมจึงไม่เห็นด้วยกับการแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างไม่เป็นทางการของทฤษฎี

⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, บุญทิพย์ ผ่องจิตร แลนเกรฟ และประธาน วัฒนาวณิชย์, สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (เจริญวิทย์การพิมพ์: กรุงเทพมหานคร 2529), หน้า 2.

⁵ ประธาน วัฒนาวณิชย์, "ระบบความยุติธรรมทางอาญา : แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม," วารสารนิติศาสตร์ 9, 2 (2520): หน้า 150-151.

ควบคุมอาชญากรรม จึงต้องให้มีการไต่สวนข้อกล่าวหาของผู้ต้องหาอย่างเป็นทางการและได้รับการเปิดเผยในศาล⁶

แนวคิดของทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมจึงยึดกฎหมายเป็นหลัก กล่าวคือ บุคคลจะไม่ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดเพราะมีหลักฐานว่าเขาได้กระทำความผิด แต่บุคคลนั้นจะมีความผิดต่อเมื่อศาลพิจารณาพิพากษาว่าเขากระทำความผิดจริง และศาลยังต้องพิจารณาทบบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลนั้นอย่างละเอียดรอบคอบ ดังนั้นตามทฤษฎีนี้จึงเห็นว่าไม่สมควรที่จะปล่อยให้องค์กรอื่นนอกจากศาลเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริงก่อนคดีขึ้นสู่ศาล เพราะศาลเท่านั้นที่เป็นกลางและเชื่อถือได้⁷

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าสองทฤษฎีไม่มีความแตกต่างกันในแง่ของวัตถุประสงค์ คือ การรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคม แต่แตกต่างกันในแง่ของวิธีการเพื่อไปสู่เป้าหมาย แนวคิดตามทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม อาจเป็นผลให้สังคมอาจยอมรับการปฏิบัติมิชอบของเจ้าหน้าที่ เช่น การจับกุมโดยมิชอบ การค้นโดยมิชอบ การสอบสวนโดยมิชอบ เป็นต้น ส่วนแนวคิดตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมนั้นมุ่งแสวงหาข้อเท็จจริงด้วยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย แสวงหาข้อเท็จจริงที่เชื่อถือได้ หากเจ้าหน้าที่ใช้วิธีการโดยมิชอบหรือละเมิดกฎหมาย ศาลอาจใช้ดุลพินิจให้ปล่อยจำเลยหรือพิจารณาคดีใหม่ได้⁸

ความแตกต่างระหว่างสิทธิของผู้ต้องหาตามทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมและทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม⁹

1. สิทธิของผู้ต้องหาที่จะไม่ถูกจับกุม คุมขัง หรือค้นหาพยานหลักฐานโดยปราศจากเหตุอันควร เป็นสิทธิที่ตามทฤษฎีทั้งสองมีแนวคิดเหมือนกัน เพราะกระบวนการดังกล่าวเป็นกระบวนการเริ่มต้นของกระบวนการยุติธรรม

2. สิทธิของผู้ต้องหาที่จะทราบถึงเหตุอันควรแห่งการจับกุม คุมขัง หรือค้นหาพยานหลักฐาน ตามทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมผู้ต้องหาไม่มีสิทธิดังกล่าว เพราะเห็นว่าจะทำให้

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 152.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 153.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 153.

⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, บุญทิพย์ ผ่องจิตร แลนเกรฟ และประธาน วัฒนวานิชย์, สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย, หน้า 6-7.

การทำงานของเจ้าหน้าที่ล่าช้า แต่ตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะทราบเหตุอันควร เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาแก้ตัวได้ในทันที

3. สิทธิของผู้ต้องหาที่จะได้รับการช่วยเหลือจากทนายความ ตามทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมผู้ต้องหาไม่มีสิทธิดังกล่าว เพราะมีเจ้าหน้าที่รัฐต้องให้ความช่วยเหลืออยู่แล้ว ตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือจากทนายความเพื่อป้องกันการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจในทางมิชอบ

4. สิทธิของผู้ต้องหาที่จะไม่ให้เกิดการเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง แนวคิดทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมผู้ต้องหาไม่มีสิทธิดังกล่าว เพราะความจริงย่อมเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ ส่วนทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะไม่ให้เกิดการเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง เพราะรัฐมีหน้าที่พิทักษ์ความผิดของผู้ต้องหาโดยวิธีที่เป็นธรรมแก่บุคคล

5. สิทธิของผู้ต้องหาที่จะได้รับการปล่อยชั่วคราวเมื่อหาประกันไว้ได้ ตามทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมผู้ต้องหาไม่มีสิทธิดังกล่าว เพราะเป็นการขัดขวางต่อการค้นหาข้อเท็จจริง ส่วนทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะได้รับการปล่อยชั่วคราวเมื่อหาประกันไว้ได้ เพราะบุคคลย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

เงื่อนไขที่ทำให้สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมได้รับการยอมรับ ขึ้นอยู่กับรูปแบบกระบวนการยุติธรรมที่สังคมนั้นเลือกใช้ หากสังคมมีความเชื่อว่าการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเป็นเรื่องจำเป็นเร่งด่วน ก็จะเลือกใช้กระบวนการยุติธรรมแบบป้องกันอาชญากรรม (Crime Control) เป็นผลให้เจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดวิธีการที่มีประสิทธิภาพรวดเร็วในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมตลอดจนลงโทษผู้กระทำความผิด และลดสิ่งที่จะมาขัดขวางการดำเนินการให้ได้มากที่สุด ซึ่งสิทธิของผู้ต้องหาเป็นสิ่งที่ถูกมองว่าเป็นอุปสรรคประการหนึ่ง อย่างไรก็ตามการให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐโดยปราศจากเงื่อนไข อาจทำให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบ จึงต้องมีการกำหนดกฎหมายคุ้มครองสิทธิขั้นมูลฐานอันมิอาจละเมิดได้เพื่อเป็นการป้องกัน¹⁰

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 98-99.

2.1.2 สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้กระทำความผิด

จากการพิจารณาทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในหัวข้อที่ 2.1.1 ได้พบว่า ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมและทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมมีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน คือการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย แต่มีความแตกต่างในแง่ของวิธีการเพื่อไปสู่เป้าหมาย การยึดถือตามแนวทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม อาจเป็นผลให้สังคมอาจยอมรับการปฏิบัติมิชอบของเจ้าหน้าที่ เพราะมุ่งแต่จะควบคุมอาชญากรรมในสังคมให้เกิดขึ้นน้อยที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ และนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้ หากยึดตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม ซึ่งมีวิธีการอันมุ่งแสวงหาข้อเท็จจริงด้วยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย แสวงหาข้อเท็จจริงที่เชื่อถือได้ หากเจ้าหน้าที่ใช้วิธีการโดยมิชอบหรือละเมิดกฎหมาย ศาลอาจใช้ดุลพินิจให้ปล่อยจำเลยหรือพิจารณาคดีใหม่ได้

เมื่อบุคคลต้องเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมไม่ว่าในฐานะผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิด ผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้ต้องโทษ บุคคลเหล่านี้ตกอยู่ภายใต้กระบวนการพิสูจน์ความจริงทางอาญา เจ้าหน้าที่รัฐจะใช้อำนาจในการรวบรวมหลักฐานและแสวงหาความจริงเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่รัฐก็ไม่สามารถใช้อำนาจได้อย่างอำเภอใจ แต่เจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้อำนาจอยู่ในกรอบของกฎหมาย การปฏิบัติงานต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลผู้เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรม อันเป็นหลักประกันสิทธิของบุคคลนั้น โดยในแต่ละกระบวนการทางอาญากฎหมายจะกำหนดสิทธิของบุคคลและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติงาน

2.1.2.1 การจับ

การจับ คือ การจำกัดเสรีภาพโดยการควบคุมการเคลื่อนไหวของบุคคลหนึ่งบุคคลใดไว้ในความควบคุมดูแลของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เพื่อนำตัวบุคคลนั้นมาตอบข้อกล่าวหาทางอาญา ซึ่งการจับอาจจะมีการถูกเนื้อตัวผู้ถูกจับหรือไม่ก็ได้¹¹

วัตถุประสงค์แห่งการจับ ได้แก่¹²

¹¹คณิต ฌ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 325.

¹²ณรงค์ ใจหาย, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า

- 1) เพื่อนำตัวบุคคลที่มีหลักฐานอันควรเชื่อว่าผู้นั้นกระทำความผิดมาควบคุมไว้หรือส่งฟ้องต่อศาล
- 2) เพื่อป้องกันบุคคลนั้นจากการก่อเหตุซ้ำ
- 3) เพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลนั้นไปข่มขู่พยานหรือทำลายพยานหลักฐาน
- 4) เพื่อดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด

การจับอันเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องเป็นไปตามความประสงค์ของเจ้าหน้าที่ในการจับ โดยความประสงค์ดังกล่าวได้กระทำต่อบุคคลผู้ถูกจับ ทำให้ผู้ถูกจับได้อยู่ในการควบคุมของเจ้าหน้าที่ และผู้ถูกจับทราบว่าจะถูกจับ¹³ หลักการในการจับ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย ไม่อาจถูกจับกุมหรือคุมขังโดยพลการ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติ และเมื่อบุคคลถูกจับกุมแล้วจะต้องได้รับการแจ้งเหตุแห่งการจับ ข้อกล่าวหา และสิทธิต่างๆที่บุคคลนั้นพึงมีในทันที ณ เวลาที่ถูกจับกุม โดยต้องไม่มีการบังคับให้สารภาพ ตลอดจนถึงแจ้งครอบครัวของบุคคลผู้ถูกจับให้ทราบถึงการจับกุมและสถานที่คุมขัง¹⁴

แนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการจับต้องยึดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลักอย่างเคร่งครัด กระทำการด้วยความสุภาพ ละมุนละม่อม จะกระทำการโดยใช้แรงทางกายภาพต่อเมื่อมีความจำเป็นและเหมาะสมกับสภาวะการณ์เท่านั้น และควรนำบันทึกข้อความแจ้งสิทธิของผู้ถูกจับกุมติดตัวไปด้วย เพื่อจะสามารถแจ้งให้ผู้ถูกจับกุมทราบในทันทีที่ถูกควบคุมตัว และหากผู้ถูกจับกุมมีความประสงค์จะใช้สิทธิเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องดำเนินการให้ตามขั้นตอนของกฎหมาย¹⁵

¹³ จุติ ธรรมโนวานิช, หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติว่าด้วยการจับและแจ้งข้อหา การควบคุม และฝากขัง การค้นและการปล่อยชั่วคราว (2537), หน้า 24-25. อ้างถึงใน อริยา มนุสข, "การจับ : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดซึ่งหน้า" (ปริญญานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 22.

¹⁴ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามหลักสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดธันวารธุรกิจ, 2556), หน้า 25.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

2.1.2.2 การค้นตัวบุคคล

ความหมายโดยทั่วไป การค้น คือ การที่เจ้าพนักงานล่วงล้ำสิทธิส่วนตัว (privacy) ของบุคคลโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เพื่อหาสิ่งของหรือบุคคล¹⁶

การค้น เป็นกระบวนการที่สำคัญประการหนึ่งในการแสวงหาเพื่อให้ได้ซึ่งพยานหลักฐานในคดีอาญา ซึ่งในชั้นสืบสวนดำเนินการได้โดยพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด หรือในชั้นสอบสวนดำเนินการโดยพนักงานสอบสวน เพื่อจะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ¹⁷

การค้นตัวเป็นกระบวนการที่มีวัตถุประสงค์ ดังนี้

1. วัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม การค้นตัวเป็นกระบวนการคุ้มครองป้องกันไม่ให้อาชญากรรมเกิดขึ้น การค้นตัวนับว่าเป็นกระบวนการที่สำคัญประการหนึ่งอันเป็นเครื่องมือให้เจ้าหน้าที่นำไปใช้ในการรักษาความสงบเรียบร้อย เช่น เจ้าหน้าที่พบบุคคลที่มีพฤติกรรมน่าสงสัยว่าจะพกพาอาวุธในที่สาธารณะสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อค้นตัวบุคคลดังกล่าว อันเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดเหตุอันตรายในอนาคต

2. วัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานในคดีอาญา นำมาพิสูจน์ความผิดและความบริสุทธิ์ของผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาต่อไป และนำตัวผู้กระทำความผิดแท้จริงมาลงโทษตามกฎหมาย

การค้นตัวบุคคลเจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงหลัก ดังต่อไปนี้

(ก) หลักเหตุอันควร (Probable Cause)

ในทางสถิติจะสันนิษฐานว่าเหตุที่เป็นไปได้ต้องการความน่าจะเป็นประมาณร้อยละ 51 หากน้อยไปกว่านี้ถือว่าไม่มีเหตุสมควร อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาปฏิเสธที่จะกำหนดเปอร์เซ็นต์ความน่าจะเป็น เนื่องจากมองว่าเหตุอันสมควรที่น่าจะ

¹⁶ จิรนิติ หะวานนท์, สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 19.

¹⁷ พลิต ก้อนทอง, การค้นอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล (2559), หน้า 1.

เป็นไปได้นั้นไม่ใช่เรื่องทางเทคนิคที่จะกำหนดตายตัว แต่เป็นเรื่องมาตรฐานตามสามัญสำนึก จึงอาจเป็นไปได้ว่าเหตุอันสมควรอาจมีค่าในทางสถิติน้อยกว่าร้อยละ 50¹⁸

เหตุอันสมควรในการค้น คือ มีข้อเท็จจริงที่เป็นไปได้ว่าจะพบสิ่งของที่มีไว้เป็นความผิด หรือจะใช้ทำความผิด หรือได้ใช้กระทำความผิด โดยต้องคำนึงถึง เหตุผลของความยุติธรรม (fair probability) และโอกาสที่เป็นไปได้ (substantial chance) เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานในคดีอาญา¹⁹

(ข) หลักความยินยอม

บุคคลมีสิทธิในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของตน โดยปกติบุคคลย่อมมีคาดหวังในความเป็นส่วนตัว (expectation of privacy) การค้นตัวในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากระทบต่อร่างกายของบุคคลโดยตรง การที่บุคคลยินยอมให้เจ้าหน้าที่ค้นตัวนั้นเท่ากับว่าบุคคลได้สละความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวของตน²⁰ การค้นตัวตามแนวทางการปฏิบัติของตำรวจสหประชาชาติ (The United Nations Police) การค้นตัวเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการด้วยความสุภาพและความเคารพ การค้นตัวจะดำเนินการโดยบุคคลที่มีเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้น หากไม่มีเจ้าหน้าที่ที่เป็นเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้น เจ้าหน้าที่อาจร้องขอ หรือ อนุญาตและสั่งให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นผู้ทำการค้นก็ได้ และการค้นที่ต้องเปิดเผยร่างกายต้องทำในสถานที่มิดชิด ไม่อยู่ในสายตาของบุคคลที่สาม²¹

ก่อนดำเนินการค้นตัวเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการแจ้งข้อมูลต่างให้ผู้ถูกค้นทราบ ดังต่อไปนี้²²

1. ชื่อของเจ้าหน้าที่ตำรวจและสถานีตำรวจที่สังกัด
2. สิ่งของที่เจ้าหน้าที่ตำรวจคาดว่าจะค้นเจอ

¹⁸ Thomas J. Orloff, "Pat Searches," *POINT of VIEW* 36,1(2008): p.8.

¹⁹ Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983).

²⁰ Alafair S. Burke, "Consent Searches and Fourth Amendment Reasonableness," *Florida Law Review* 67,2(2016): pp.519-520.

²¹ United Nations, "Guidelines Police Operations in United Nations Peacekeeping Operations and Special Political Missions," (2015): p.19.

²² Article 1 Code A, The Police and Criminal Evidence Act 1984.

3. เหตุผลที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะค้นตัว
4. เหตุใดจึงได้รับอนุญาตตามกฎหมายให้ค้นตัว
5. เมื่อถูกค้นตัวแล้ว ผู้ถูกค้นมีสิทธิได้รับบันทึกการค้นตัว แต่หากไม่สามารถทำได้ในขณะนั้น ผู้ถูกค้นจะได้รับสำเนาบันทึกการค้นตัวในภายหลัง

2.1.2.3 การควบคุมและขัง

การควบคุม คือ การที่บุคคลถูกกักตัวหรือจำกัดเสรีภาพ โดยเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในทางอาญา²³

หลักเกณฑ์การคุมขังบุคคลตามแนวทางการปฏิบัติของตำรวจสหประชาชาติ²⁴ ได้กำหนดคำนิยามของ “ผู้ถูกคุมขัง” หมายถึง บุคคลใด ๆ ที่ถูกลิดรอนเสรีภาพส่วนบุคคล แต่ยังไม่ถูกศาลพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิด²⁵ โดยหลักการในการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการคุมขังมีดังนี้

1) สิทธิของผู้ถูกคุมขัง

บุคคลที่ถูกคุมขังและบุคคลที่ถูกจำคุก จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและเคารพในศักดิ์ศรีมนุษย์ ตามความของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และหลักการเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุก ก่อนนำตัวบุคคลเข้าห้องคุมขังเจ้าหน้าที่ต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับสิทธิและการปฏิบัติที่เขาสมควรได้รับแก่เขาให้ชัดเจน หากผู้ถูกคุมขังเป็นผู้ไม่รู้หนังสือเจ้าหน้าที่ก็ต้องแจ้งด้วยวาจาให้ชัดเจน และการคุมขังต้องดำเนินการตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ การคุมขังนั้นไม่อาจทำโดยพลการ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจ หรือเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา

²³จิริณี หะวานนท์, สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 53.

²⁴United Nations, "United Nations Criminal Justice Standards for United Nations Police," (2009): pp.37-49.

²⁵"Detained person" means any person deprived of personal liberty except as a result of conviction for an offence, Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment.

นอกเสียจากว่าศาลจะอนุญาตให้ปล่อยตัวไปเพื่อผู้นั้นจะได้สู้คดีอย่างเต็มที่ ภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนด

มาตรฐานในการคุมขังต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสำคัญ สถานที่คุมขังต้องเป็นสถานที่ซึ่งเป็นทางการ ห้ามมิให้ดำเนินการคุมขังบุคคลอย่างเป็นความลับ หากเป็นไปได้ให้คุมขังไว้ในสถานที่ใกล้กับที่อยู่อาศัยตามปกติของผู้ถูกคุมขัง²⁶ และในสถานที่คุมขังต้องจัดให้มีคุมขังจะต้องมีสมุดทะเบียนบันทึกข้อมูล ดังต่อไปนี้²⁷

(ก) ข้อมูลเกี่ยวกับตัวตนของผู้ถูกคุมขัง

(ข) เหตุผลในการคุมขัง

(ค) วันและเวลาที่ผู้ถูกคุมขังจะได้รับการปล่อยตัว

ผู้ถูกคุมขังมีสิทธิดำเนินคดีต่อศาลหากมีการคุมขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้ศาลได้ตัดสินใจเกี่ยวกับความชอบธรรมในการคุมขังดังกล่าว และสั่งให้ปล่อยตัวหากมีการควบคุมตัวไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁸ บุคคลที่ถูกคุมขังโดยตกเป็นเหยื่อของการคุมขังไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิบังคับได้รับค่าชดเชย²⁹ นอกจากนี้ ผู้ถูกคุมขังมีสิทธิที่จะติดต่อและปรึกษากับทนายความเป็นการส่วนตัวทันที³⁰

ข้อมูลใดๆเกี่ยวกับสถานที่คุมขังและการเคลื่อนย้ายตัวผู้ถูกคุมขังต้องแจ้งให้ญาติและบุคคลผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุมขังทราบโดยทันที เว้นแต่จะปรากฏความต้องการของผู้ถูกคุมขังเป็นอย่างอื่น³¹

²⁶Principle 20 of Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment.

²⁷Rule 7 (1) of Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.

²⁸Article 9 of International Covenant on Civil and Political Rights.

²⁹Article 9 of International Covenant on Civil and Political Rights.

³⁰Principle 18 of Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment.

³¹Article 10(2) of Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance.

1) เงื่อนไขในการคุมขังหรือจำคุก

บุคคลที่ถูกคุมขังหรือจำคุกจะต้องถูกจัดประเภทและคุมขังไว้ในสถานที่แยกจากกันตามอายุ เพศ ลักษณะคดี เหตุผลทางกฎหมายสำหรับการควบคุมตัว และความจำเป็นในการรักษา ชายและหญิงควรถูกคุมขังแยกจากกัน ห้องคุมขังหรือเรือนจำหญิงจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจการดูแลของเจ้าหน้าที่หญิง ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ชายเข้าไปในห้องคุมขังหรือเรือนจำหญิง เว้นแต่จะเข้าไปพร้อมกับเจ้าหน้าที่หญิง

ห้องขังหรือเรือนจำต้องมีลักษณะสะอาดเหมาะสมสำหรับการหลบนอน มีแสงสว่างเพียงพอ มีอากาศถ่ายเท ต้องติดตั้งห้องสุขาเพื่อให้ผู้ถูกคุมขังหรือนักโทษได้ใช้ปฏิบัติกิจธุระส่วนตัว จัดน้ำและอาหารให้เพียงพอต่อความต้องการในแต่ละมื้อ นอกจากนี้ ผู้ถูกคุมขังต้องได้รับอนุญาตให้สวมใส่เสื้อผ้าของตน ถ้าเสื้อผ้านั้นสะอาดและเหมาะสม หากผู้ถูกคุมขังไม่ได้รับอนุญาตให้ใส่เสื้อผ้าของตนเจ้าหน้าที่ต้องจัดเตรียมที่เหมาะสมกับสุขภาพและสภาพอากาศ

2) การใช้กำลังหรือเครื่องพันธนาการต่อผู้ถูกคุมขัง

ห้ามตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายอื่นใช้กำลังกับบุคคลที่ถูกคุมขัง ยกเว้นในกรณีที่เป็นอย่างยิ่งเพื่อการรักษาความปลอดภัย³² และห้ามใช้เครื่องพันธนาการแก่ผู้ถูกคุมขัง เช่น กุญแจมือ โซ่ตรวน เว้นแต่มีกรณีจำเป็น ดังต่อไปนี้³³

(ก) เพื่อเป็นการป้องกันการหลบหนีระหว่างการเคลื่อนย้ายผู้ถูกคุมขัง โดยมีเงื่อนไขว่าเครื่องพันธนาการจะถูกนำออก เมื่อถึงจุดหมายหรือผู้ถูกคุมขังได้ปรากฏตัวต่อหน้าศาล

(ข) ด้วยเหตุผลทางการแพทย์

(ค) เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ถูกคุมขังทำร้ายตัวเองหรือผู้อื่น ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่จะต้องปรึกษาและรายงานไปที่ผู้บังคับบัญชา

³²Principle 15 of Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials.

³³Rule 33 of Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.

การใช้เครื่องพันธนาการนี้ต้องใช้ไม่เกินกว่ากรณีแห่ง
ความจำเป็น และต้องนำเครื่องพันธนาการออกทันทีที่ความจำเป็นได้หมดสิ้นลง³⁴

3) การสอบสวน

การสอบสวนผู้ถูกคุมขัง ต้องทำโดยสุภาพและ
ปราศจากความรุนแรง การคุกคาม หรือวิธีการอื่นใดที่มีผลต่อความสามารถในการตัดสินใจหรือ
พิจารณาของของผู้ถูกคุมขัง และเมื่อต้องสอบสวนผู้ถูกคุมขังเจ้าหน้าที่ต้องบันทึกข้อมูล และบุคคลที่
ถูกคุมขังมีสิทธิเข้าถึงข้อมูล ต่อไปนี้³⁵

(ก) ระยะเวลาที่ใช้ในการสอบสวน
(ข) ช่วงเวลาที่ทำการสอบสวน
(ค) เจ้าหน้าที่ที่ดำเนินการ
(ง) ข้อมูลของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการสอบสวนและ
บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวน

ผู้ถูกจับกุมคุมขังซึ่งไม่เข้าใจ หรือไม่สามารถพูดภาษา
ที่ใช้โดยหน่วยงานที่รับผิดชอบในการจับกุมคุมขัง มีสิทธิได้รับ การสื่อสารเป็นภาษาซึ่งเขาเข้าใจทันที
ซึ่งข้อมูล ดังต่อไปนี้³⁶

(ก) ข้อมูลเกี่ยวกับเหตุผลในการจับกุมและข้อหา
(ข) คำสั่งคุมขังใด พร้อมกับเหตุผลในการคุมขัง
(ค) บันทึกเหตุผลในการจับกุม เวลาที่จับกุม
ข้อมูลของเจ้าหน้าที่ผู้จับกุมและข้อมูลเกี่ยวกับสถานที่คุมขัง

(ง) ข้อมูลและคำอธิบายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ถูกคุม
ขังและวิธีการใช้สิทธิดังกล่าว

³⁴Rule 34 of Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.

³⁵Principle 23 (1) of Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment.

³⁶Principle 14 of Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment.

4) การรักษาทางการแพทย์

ห้ามทำการทดลองทางการแพทย์ หรือทางวิทยาศาสตร์ใดต่อบุคคลผู้ถูกคุมขังหรือจำคุก³⁷ แม้บุคคลดังกล่าวจะให้ความยินยอมก็ตาม และเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายอื่น ๆ จะต้องคำนึงถึงการได้รับการดูแลด้านสุขภาพของผู้ถูกคุมขังอย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้ถูกคุมขังเจ็บป่วยต้องได้รับการรักษาทันที³⁸ เมื่อผู้ถูกคุมขังได้รับการตรวจรักษาทางการแพทย์ ต้องบันทึกข้อมูลการรักษา ชื่อแพทย์ผู้ทำการรักษาและผลการรักษาไว้อย่างชัดเจน โดยผู้ถูกคุมขังต้องได้รับอนุญาตให้เข้าถึงบันทึกการรักษาดังกล่าวตามกฎหมาย³⁹

5) การเสียชีวิตและการหายไปของผู้ถูกคุมขัง

กรณีผู้ถูกคุมขังเสียชีวิตหรือหายไประหว่างการคุมขังหรือการจำคุก การไต่สวนสาเหตุการตายหรือการหายไปจะต้องดำเนินการโดยศาล หรือผู้มีอำนาจอำนาจอื่น⁴⁰

เมื่อทราบถึงหลักเกณฑ์ที่เจ้าหน้าที่ในการดำเนินการคุมขังต้องคำนึงในการคุมขังหรือจำคุกบุคคลแล้ว อันดับต่อไปผู้ศึกษาจะศึกษาแนวทางการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการคุมขังที่ควรจะเป็น ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁴¹

(1) อำนวยความสะดวก และจัดเตรียมสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับการเข้าเยี่ยมและปรึกษาทนายความ ตลอดจนจัดหาอุปกรณ์เพื่อความบันเทิง หนังสือ และอุปกรณ์เครื่องเขียนต่าง ๆ

³⁷Principle 22 of Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment.

³⁸Article 6 of Code of Conduct for Law Enforcement Officials.

³⁹Principle 26 of Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment.

⁴⁰Principle 34 of Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment.

⁴¹เรื่องเดียวกัน.

(2) หมั้นตรวจสอบความปลอดภัยผู้ถูกคุมขังเป็นระยะ ห้ามมิให้มีการพกวารุเข้าไปในสถานที่คุมขัง ห้ามใช้อุปกรณ์เครื่องมือในการระงับยับยั้งในการลงโทษ จะใช้ได้ต่อเมื่อมีความจำเป็นเพื่อป้องกันการหลบหนีเท่านั้น

(3) ควรจัดให้มีเจ้าหน้าที่ผู้ความเชี่ยวชาญด้านจิตวิทยา ดูแล และให้คำปรึกษาอยู่ปฏิบัติหน้าที่อย่างสม่ำเสมอ เพื่อป้องกันการฆ่าตัวตาย

(4) ตรวจสอบเอาใจใส่สภาพความเป็นอยู่ของผู้ถูกคุมขัง ตลอดจนอาการเจ็บป่วยของผู้ถูกคุมขังอย่างสม่ำเสมอ

2.1.2.4 การปล่อยชั่วคราว

การปล่อยชั่วคราว หรือการประกัน เป็นการปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยไป ช่วงระยะเวลาจำกัดเป็นการชั่วคราวในระหว่างการสอบสวน ใต้สวนมูลฟ้อง อันเป็นการยืนยันหลักให้ สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด เขาจึงมีสิทธิได้รับอิสรภาพ โดยการพิจารณา ของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาลแล้วแต่กรณี ไม่ว่าจะมีการประกันหรือไม่ประกัน โดยผู้ต้องหาหรือจำเลยสัญญาว่าจะปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือมาตามหมายเรียกของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการหรือศาลที่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว หากผิดสัญญาจะต้องใช้เงินจำนวนที่ระบุไว้⁴²

แนวคิดเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวนั้นเป็นสิทธิตามกฎหมายของผู้ต้องหา หรือจำเลย หากสามารถหาหลักประกันหรือทำให้เป็นที่พอใจว่าจะไม่หลบหนี การกำหนดหลักประกัน ตัวพิจารณาตามความเหมาะสมเป็นรายกรณี การเรียกสูงโดยไม่มีเหตุสมควรจะกระทำไม่ได้ และการ ใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจต้องอยู่ภายในกรอบแห่งกฎหมาย⁴³

ดังนั้น จากการศึกษาพบว่า การดำเนินขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ต้องมี ขั้นตอนในการให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิบุคคลในทุกขั้นตอน มีแนวทางการทำงานของเจ้าหน้าที่ ตำรวจในขั้นตอนการจับ การค้น การคุมขังและการปล่อยชั่วคราว อันเป็นสิทธิมนุษยชนใน

⁴²นิพนธ์ ใจสำราญ, "การปล่อยชั่วคราว : มาตรการผ่อนคลายการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยระหว่างการ ดำเนินคดีในศาลยุติธรรมไทย " (หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), หน้า 3.

⁴³เรื่องเดียวกัน.

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา สำหรับกรณีของสิทธิของบุคคลข้ามเพศมีหลักการและแนวคิดพื้นฐานในการรับรองและคุ้มครองอย่างไร ผู้ศึกษาจะกล่าวถึงอย่างละเอียดในหัวข้อต่อไป

2.2 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลข้ามเพศ

เมื่อพิจารณาหัวข้อ 2.1 จนเข้าใจทฤษฎีเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้ว แนวคิดและหลักการที่จะศึกษาในลำดับต่อมาคือแนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลข้ามเพศ โดยหลักการพื้นฐานที่นำมาอ้างอิง เพื่อรับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศ ได้แก่ สิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งแนวคิดและหลักการดังกล่าว ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็นใครย่อมมีสิทธิเสมอเหมือนกันทุกคน ไม่มีสิ่งใดหรือผู้ใดมาพรากสิทธิไปจากบุคคลได้

2.2.1 สิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) มีต้นกำเนิดมาจากการผลักดันของนักปราชญ์การเมืองในยุโรป เพราะต้องการแยกจริยธรรมของมนุษย์ออกจากศาสนจักร และกำหนดเจตจำนงของมนุษย์อันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ แนวคิดเรื่องการมีอยู่ของสิทธิมนุษยชนได้รับการผลักดันผ่านเหตุการณ์สำคัญของโลกหลายเหตุการณ์ เช่น การปฏิวัติการเมืองของอังกฤษ ค.ศ.1688 การปฏิวัติของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1776 และนำไปสู่การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ.1789 (French Revolution)⁴⁴ คำว่า “สิทธิมนุษยชน” เป็นคำที่ใช้มาประมาณสองร้อยกว่าปีนี่เอง แต่ไม่ได้หมายความว่าในประวัติศาสตร์จะไม่มี การกล่าวถึง ในช่วงสองพันกว่าปีที่แล้วนักปราชญ์ชาวกรีกได้กล่าวถึง สิทธิของประชาชนในฐานะที่เป็นมนุษย์ซึ่งดำรงอยู่ในสังคม โดยใช้ชื่อเรียกแตกต่างกันไป เช่น สิทธิในธรรมชาติ สิทธิในธรรม เป็นต้น คำว่า “สิทธิมนุษยชน” ปรากฏขึ้นอย่างเป็นทางการในช่วงสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง สังคมโลกได้ตระหนักถึงความสำคัญและยอมรับแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน เพราะได้พบกับความทารุณโหดร้ายของสงครามและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ จนกระทั่งวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติและประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยมีเนื้อหาเป็นหลักกว้างๆ

⁴⁴พนนิธิ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน : แนวคิดและการคุ้มครอง (Human Rights : Concept and Protection) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 14-15..

เป็นมาตรฐานร่วมกันที่แสดงให้เห็นถึงความพยายามสร้างความร่วมมือและความเชื่อมั่นในสถานะและวิถีทางดำรงอยู่ของมนุษย์⁴⁵

2.2.1.1 ความหมายของสิทธิมนุษยชน

“สิทธิมนุษยชน” หมายความว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม⁴⁶

สิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน มีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง ทั้งความคิดและการกระทำที่ไม่มีการล่วงละเมิดได้ โดยได้รับการ คุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ และสนธิสัญญาระหว่างประเทศ⁴⁷

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิที่มีตามธรรมชาติ ซึ่งติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด โดยมีความเป็นสากลและมีการรับรองไว้ ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือกติกา อนุสัญญา ข้อตกลงต่าง ๆ ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ที่ทั่วโลกให้การยอมรับ⁴⁸

สิทธิมนุษยชน คือ สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เป็นของทุกคน ไม่ว่าจะ เป็นใคร หรืออยู่ที่ใดบนโลก มีความเชื่ออะไร หรือใช้ชีวิตแบบใด สิทธิมนุษยชนไม่สามารถถูกพรากไป แต่บางครั้งสิทธิมนุษยชนอาจถูกจำกัด เช่น ถ้าทำผิดกฎหมาย หรือกระทำการที่อาจเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ ทั้งนี้ สิทธิมนุษยชนนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของคุณค่าความเป็นมนุษย์ เช่น ความมีศักดิ์ศรี ความยุติธรรม ความเท่าเทียม ความเคารพ และความเป็นอิสระ นอกจากนี้

⁴⁵ บันลือ คงจันทร์, คู่มืออาสาสมัครส่งเสริมสิทธิ สิทธิประชาชนทั่วไป (สมาคมสิทธิเสรีภาพของประชาชน (สสส.), 2542), หน้า 44.

⁴⁶ มาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542

⁴⁷ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา: <http://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/Documents/humanright-study.aspx>

⁴⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามหลักสิทธิมนุษยชน, หน้า 2.

สิทธิมนุษยชนนั้นไม่ได้เป็นเพียงแค่แนวคิดที่เป็นนามธรรมเท่านั้น เพราะสิทธิมนุษยชนคือแนวคิดที่ได้รับการนิยาม และได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย⁴⁹

สิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิที่บุคคลทุกคนพึงมีในฐานะที่เขาเป็นมนุษย์คนหนึ่ง โดยเป็นสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด ไม่ว่าใครก็ไม่อาจมาพรากสิทธิมนุษยชนของบุคคลได้ เป็นสิทธิในการดำรงอยู่ส่วนบุคคลและอยู่ร่วมกันในสังคม สิทธิในความเป็นมนุษย์นี้มีไว้แค่สิทธิตามกฎหมายที่รัฐให้ความคุ้มครองเท่านั้น แต่หมายรวมถึงสิทธิที่มีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดทางกฎหมาย กล่าวคือเป็นสิทธิที่เกิดจากมาตรฐานเพื่อความถูกต้องเป็นธรรม (หรือที่เรียกว่า “สิทธิในธรรม”) ด้วย⁵⁰

ความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” ปรากฏในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “สิทธิมนุษยชน หมายความว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล บรรดาที่ได้รับ การรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย หรือตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี และมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”⁵¹

จากการที่ได้พิจารณาความหมายของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” จึงกล่าวสรุปได้ว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนที่เกิดมามีสภาพบุคคล ไม่ว่าจะมนุษย์ผู้นั้นจะมีลักษณะหรือคุณสมบัติในรายละเอียดที่แตกต่างกันอย่างไร สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ และได้รับการคุ้มครองตามหลักสากล

⁴⁹แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล ไทยแลนด์, “สิทธิมนุษยชนคืออะไร?” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.amnesty.or.th/latest/blog/62/>

⁵⁰บันลือ คงจันทร์, คู่มืออาสาสมัครส่งเสริมสิทธิ สิทธิประชาชนทั่วไป, หน้า 43.

⁵¹มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2560.

2.2.1.2 แนวคิดเบื้องต้นของสิทธิมนุษยชน⁵²

เมื่อศึกษาแล้วพบว่า “สิทธิมนุษยชน” เป็นสิทธิตามธรรมชาติขั้นพื้นฐานของบุคคลอันจะได้รับการรับรองและคุ้มครอง ในลำดับต่อมาผู้ศึกษาจะพิจารณาแนวคิดอันเป็นสาระสำคัญเบื้องต้นของสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน เป็นแนวคิดที่มนุษย์สร้างขึ้นโดยอิงลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่เป็นสิ่งที่ตนมีติดตัวมาแต่กำเนิด ไม่ต้องมีผู้มิใดมอบให้ ข้อความคิดพื้นฐานในเรื่องนี้ประกอบด้วยหลายส่วน ได้แก่ ศีลธรรม ศาสนา การเมืองการปกครอง ประชาชาติตะวันตกเป็นชนชาติแรกที่ริเริ่มอธิบายข้อความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน โดยการอธิบายแบ่งออกเป็นสองกลุ่มหลักๆ ได้แก่

(1) กลุ่มแรก อธิบายด้วยแนวคิดความเชื่อทางศาสนา พยายามอธิบายว่าสิทธิมนุษยชนมาจากพระเจ้า เมื่อพระเจ้าเป็นเจ้าของผู้สร้างมนุษย์โดยเลียนแบบรูปลักษณ์ของพระองค์ มนุษย์จึงต้องมีความเคารพซึ่งกันและกัน สร้างแนวคิดการปฏิบัติต่อตนเองและผู้อื่น อันถือเป็นหน้าที่ต่อพระเจ้า มนุษย์ทุกคนเป็นอิสระจากกันและเนื่องจากมนุษย์เป็นผลผลิตของพระเจ้ามีรูปลักษณ์ของพระเจ้า มนุษย์ทุกคนจึงมีเกียรติและคุณค่า ไม่ใช่ก้อนหินที่จะถูกเหยียบย่ำและลบหลู่ได้

(2) กลุ่มที่สอง อธิบายจากลักษณะธรรมชาติของมนุษย์ โดยแนวคิดนี้เห็นว่าพระเจ้าไม่ใช่ผู้ทรงอำนาจ สิ่งที่ใช้ควบคุมสังคมให้อยู่ในภาวะเยียบ หรือกฎหมายไม่ได้เกิดมีขึ้นโดยพระเจ้า หากแต่เกิดจากความมีเหตุผลและตรรกะของมนุษย์เอง ลักษณะดังกล่าวมานี้ของมนุษย์เกิดมีขึ้นเอง นำไปสู่ความคิดว่ามนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันแต่กำเนิดซึ่งอิงกับลักษณะธรรมชาติ การรับรู้ถึงความมีอยู่ของตัวตนมนุษย์อยู่บนพื้นฐานของ “คุณค่า” (Dignity) อันมีรากศัพท์มาจากคำว่า Dignitas ซึ่งภาษาไทยแปลว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ส่งผลไปถึงแนวคิดเรื่อง “ความเสมอภาค”

⁵² นพนิธิ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน : แนวคิดและการคุ้มครอง (Human Rights : Concept and Protection), หน้า 14-

2.2.1.3 ลักษณะสิทธิมนุษยชน⁵³

สิทธิมนุษยชนมีลักษณะ 3 ประการ คือ ความเป็นสากลและไม่อาจโอนให้กันได้ (universal and inalienable) พึ่งพากันและแบ่งแยกไม่ได้ (interdependent and indivisible) ความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ (equal and non - discriminatory)

(1) ความเป็นสากลและไม่อาจโอนให้กันได้ (universal and inalienable)

ความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน (universal) คือ มนุษย์ทุกคนที่เกิดขึ้นมาบนโลก ไม่ว่าจะเป็นใคร อยู่จุดไหนของโลกย่อมมีสิทธิทันทีที่เกิดขึ้นมาเป็นมนุษย์ รัฐมีหน้าที่ในการรับรองและปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของพลเมืองของตน ไม่ว่าจะรัฐนั้นๆจะมีระบอบการปกครอง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมอย่างไร โดยความเป็นสากลดังกล่าวนี้เห็นได้จากการที่รัฐทั่วโลกจำนวนหลายรัฐตัดสินใจเข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอย่างน้อยหนึ่งฉบับ⁵⁴ และไม่อาจถูกพรากหรือโอนให้กันได้ (inalienable) อันเป็นลักษณะประการต่อมาของสิทธิมนุษยชน แม้มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาอันสามารถทำนิติกรรมสัญญาจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินหรือสิทธิ แต่มนุษย์นั้นก็ไม่สามารถทำสัญญาโอนสิทธิมนุษยชนให้กับมนุษย์ผู้อื่นได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2) พึ่งพากันและแบ่งแยกไม่ได้ (interdependent and indivisible)

สิทธิมนุษยชนที่พึ่งพากันและแบ่งแยกจากกันไม่ได้ ได้แก่ สิทธิในการมีชีวิต (right to life) ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (equality before the law) และเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิด (freedom of expression) การส่งเสริมสิทธิใดสิทธิหนึ่ง

⁵³ ปกป้อง ศรีสนิท, สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 19-20.

⁵⁴ The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), [Online] Accessed: 22 December 2020. Available from: <http://www.ohchr.org/en/issue/pages/whatarehumanrights.aspx> อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท, สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม, หน้า 19.

ยอมเป็นการส่งเสริมสิทธิในด้านอื่นด้วยในตัว ขณะเดียวกันหากมีการละเมิดสิทธิใดสิทธิหนึ่งก็ย่อมกระทบต่อสิทธิอื่นด้วยเช่นกัน⁵⁵

(3) ความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ (equal and non-discriminatory)

ความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ เป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของสิทธิมนุษยชน รัฐต้องคุ้มครองพลเมืองทุกคนอย่างเสมอภาคกัน ไม่อาจเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ โดยข้อ 1 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the Universal Declaration of Human Rights) ระบุว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระเสมอภาคกันในสิทธิและศักดิ์ศรี...”⁵⁶ รัฐจึงไม่มีเหตุใดในการอ้างในการเลือกปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนได้ ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ เพศ ภาษา อายุ หรือเหตุอื่นใด

จากที่ผู้ศึกษาได้ศึกษาหลักสิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่า สิทธิมนุษยชน หลักการพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคล แม้แต่กฎหมายก็ไม่อาจมายกเว้นสิทธิดังกล่าวของบุคคลได้ จึงเรียกได้ว่าสิทธิมนุษยชนเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่สุดที่บุคคลจะต้องได้รับ ดังนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่วางหลักขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมในคดีอาญาจึงต้องยึดหลักสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานในการปฏิบัติต่อผู้เสียหาย ผู้ต้องสงสัย ผู้ต้องและจำเลยด้วย โดยในหัวข้อต่อไปผู้ศึกษาจะได้ทำการศึกษาหลักการที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักสิทธิมนุษยชน

2.2.2 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) หรือความเป็นคนเป็นมูลฐานหนึ่งในการกำหนดสิทธิแห่งความเป็นมนุษย์หรือหลักสิทธิมนุษยชน มีนัยที่สำคัญ 2 ประการ ประการแรกคือ “ธรรมชาติของมนุษย์” อันเป็นลักษณะแท้จริงของมนุษย์ที่เกี่ยวกับความต้องการภายในจิตใจที่จูงใจ

⁵⁵ ปกป้อง ศรีสนิท, "กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้," วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 34, 2 (2559): หน้า 5-6.

⁵⁶ Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights: “All human being are born free and equal in dignity and rights...”

ให้มนุษย์กระทำการ ประการที่สอง คือ “ศีลธรรม” อันเป็นหลักที่สังคมกำหนดว่าอะไรดีอะไรชั่ว เพื่อให้สมาชิกยึดถือเป็นแนวทาง⁵⁷

2.2.2.1 ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

“ศักดิ์ศรี” (dignitas) ในความหมายของชาวโรมัน หมายถึงเกียรติในทางส่วนบุคคลที่ปรากฏต่อสาธารณะ ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความหมายนี้จึงไม่ใช่เรื่องของบุคคลทุกคน แต่เป็นเรื่องเฉพาะของบุคคลที่ได้รับเกียรติจากสาธารณะ⁵⁸

แต่ในบริบทของคริสต์ศาสนา “ศักดิ์ศรี” หมายถึง ความเมตตาของพระเจ้า โดยเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่มนุษย์ถูกสร้างขึ้นด้วยความประสงค์ของพระเจ้า ศักดิ์ศรีของมนุษย์จึงมีอาจถูกพรากหรือถูกทำลายด้วยการกระทำของบุคคลอื่น ศักดิ์ศรีในความหมายนี้จึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระเจ้า⁵⁹

ศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้ให้ความหมาย “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง ความมีคุณค่าของมนุษย์ทั้งในแง่ของความเป็นตัวของตัวเองและในสถานภาพของความ เป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย ทั้งยังเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะพรากเสียได้⁶⁰

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้สรุปสาระสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยรวบรวมจากนักนิติศาสตร์และคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งศาลสหพันธ์เยอรมัน ดังนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่ผู้ใดจะมาพรากหรือละเมิดไม่ได้ เพราะเป็นคุณค่า

⁵⁷อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า.

⁵⁸บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 88.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁰บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ "บทสรุปงานวิจัย หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ," บทบัญญัติ 61, 3 (2548): หน้า 9. อ้างถึงใน อาทิตย์ชัย เกียรติวงศ์, "การใช้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครอง" (ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 16.

ที่มีลักษณะอันเฉพาะสืบเนื่องและผูกพันความเป็นมนุษย์อย่างไม่มีเงื่อนไข เป็นคุณค่าที่มุ่งหมายให้มนุษย์มีความอิสระในการพัฒนาตนเอง⁶¹

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง การให้คุณค่ากับมนุษย์ทุกคนในฐานะเป็นมนุษย์คนหนึ่งเท่านั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับสถานภาพทางสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจ ดังนั้น มนุษย์ทุกคนจึงมีคุณค่าและความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน การกระทำหรือการปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นการเหยียดหยาม ลดทอนหรือทำให้คุณค่าของความเป็นมนุษย์ลดลง ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน⁶²

จากการที่ได้พิจารณาความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงกล่าวสรุปได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นคุณค่าของการที่มีฐานะเป็นมนุษย์ โดยไม่ขึ้นกับคุณสมบัติอื่นใด โดยอาจกล่าวได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีความเชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนอย่างแยกออกจากกันไม่ได้ การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนไปในตัว

2.2.2.2 ลักษณะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁶³

การทำความเข้าใจลักษณะที่สำคัญของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จะส่งผลให้เกิดความรู้และความเข้าใจในเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นคุณค่าพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนพึงมีและพึงได้รับความเคารพจากผู้อื่น หรือจากผู้ปกครอง

1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

การกระทำของรัฐต้องเป็นไปอย่างสอดคล้องกับหลักของรัฐธรรมนูญ มนุษย์เป็นเป้าหมายในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐเป็นไปเพื่อการดำรงอยู่ของมนุษย์มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ เพราะเหตุนี้ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์จึงเป็นหลักพื้นฐานในการวางรากฐานหลักสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนได้และไม่สามารถล่วงละเมิดได้

⁶¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 90.

⁶² แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล ไทยแลนด์, "สิทธิมนุษยชนคืออะไร?" [ออนไลน์].

⁶³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 93-96.

2) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิ

และเสรีภาพ

การให้อำนาจและหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพไม่ได้ หากมีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ย่อมถือเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ในการอธิบายเช่นนี้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่ในฐานะเป็นสาระอันเป็นแก่นของสิทธิและเสรีภาพ มีความมุ่งหมายในการปกป้องคุ้มครองการแทรกแซงมิให้มีการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ

3) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะเป็นสิทธิประเภทหนึ่ง

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมันได้วินิจฉัยว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่ง แม้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติผูกพันอำนาจรัฐ แต่อำนาจรัฐยังคงผูกพันกับหลักสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญอยู่ซึ่งก็คือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าลักษณะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นคุณค่าที่กฎหมายสูงสุดของแต่ละรัฐรับรองไว้ในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่ง หากมีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ย่อมถือเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

2.2.2.3 การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁶⁴

การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น หมายถึง การเหยียดหยาม ลดทอน หรือการปฏิบัติต่อคน เหมือนไม่ใช่มนุษย์ หรือลดฐานะมนุษย์เป็นเพียงวัตถุสิ่งของ

การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมันได้อธิบายด้วยถ้อยคำต่างๆ เช่น การทำให้ได้รับความอับอาย (Erniedrigung) การติดตามไล่ล่า (Verfolgung) การเนรเทศ (Achtung) และการลงโทษที่มีลักษณะโหดร้ายทารุณ การบังคับให้ทำงาน การบังคับเอาคนลงเป็นทาส การก่อการร้าย การทำลายล้างชาติพันธุ์ และต่อมาศาลก็ได้ขยายความไปถึงการละเมิดศักดิ์ศรีของมนุษย์ในรูปแบบภววิสัย (Objektformel) คือเมื่อใดที่ศักดิ์ศรีความ

⁶⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 103-105.

เป็นมนุษย์ได้รับความกระทบกระเทือน มนุษย์ถูกลดคุณค่าลงมาเป็นเพียงวัตถุ กรณีนี้ถือว่ามนุษย์ได้ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว

การกระทำที่มีลักษณะเป็นละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ได้แก่⁶⁵

1. การทำให้มนุษย์กลายเป็นวัตถุโดยฝ่ายอำนาจรัฐ
2. การปฏิบัติที่ทำให้คุณสมบัติของมนุษย์เสียไป
3. การเหยียดหยามต่อคุณค่าซึ่งคู่ควรแก่ความเป็นมนุษย์
4. การเลือกปฏิบัติ
5. การกดดันลงให้รู้สึกต่ำต้อย
6. การตีตราบาป
7. การเหยียดหยาม
8. การตัดสินอันไม่สมควร
9. การลงโทษอาญาที่มีลักษณะทารุณโหดร้ายจนเกินไปนั่นเอง
10. การหลีกเลี่ยงมิให้มีการได้สิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ว่าเป็นสิทธิเสรีภาพของบุคคล มนุษย์ ประชาชนและพลเมือง
11. การบั่นทอนสิทธิที่กำหนดในรัฐธรรมนูญหรือโดยปริยาย
12. การกระทำการใดๆเพื่อขัดขวางมิให้บุคคลมีโอกาสได้ใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้
13. พฤติกรรมขัดขวาง บั่นทอน เห็นตรงข้าม ละเว้นการปฏิบัติ

การกระทำโดยสุจริตอันเป็นการตัดสิทธิเสรีภาพตลอดจนไม่ได้รับการปฏิบัติจากหน่วยงานของรัฐ

⁶⁵ไทยลอร์ส, "ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา:

http://www.thailaws.com/aboutthailaw/general_33.htm

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นการกระทำ
 ใดๆอันมีลักษณะเป็นการลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ ลดคุณค่าลงมาเป็นเพียงวัตถุ ไม่ว่าจะมีการ
 ใช้แรงทางกายภาพหรือไม่ เมื่อคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์อันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อ
 มนุษย์ หากมีการกระทำอันเป็นการละเมิดมาตรฐานขั้นต่ำดังกล่าว ก็ถือได้ว่าการละเมิดต่อศักดิ์ศรี
 ความเป็นมนุษย์⁶⁶

จากการศึกษาหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเชื่อมโยงกับหลักสิทธิมนุษยชนที่ได้
 กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อนจะเห็นได้ว่า การปฏิบัติต่อมนุษย์คนหนึ่งไม่ว่าเขาจะอยู่ในฐานะใดต้อง
 เป็นไปอย่างเหมาะสมและเคารพความเป็นมนุษย์ การปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นการลดทอนความเป็น
 มนุษย์ที่ร้ายแรง และหากในการดำเนินกระบวนการนั้นผู้ที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็น
 เจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจตามกฎหมายเสียเองความร้ายแรงก็จะเพิ่มทวีคูณ และการละเมิดศักดิ์ศรีความ
 เป็นมนุษย์ยังมีความหมายรวมไปถึงกรณีที่บุคคลไม่อาจใช้สิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญก็
 ถือว่าละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากการปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
 แล้ว การปฏิบัติต่อบุคคลใดๆต้องเป็นไปอย่างเท่าเทียมด้วย ซึ่งผู้ศึกษาจะทำการศึกษาลักษณะความ
 เสมอภาคในหัวข้อต่อไป

2.2.3 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาค (Equality Principle) เป็นหลักการพื้นฐานประการหนึ่งที่
 ปรากฏในหลักสากล เป็นมาตรฐานที่บุคคลควรได้รับการปฏิบัติและการเข้าถึงโอกาสอย่างเท่าเทียม
 ไม่แบ่งแยก และไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม โดยรัฐต้องปฏิบัติและเปิดโอกาสแก่บุคคลอย่าง
 เหมาะสมตามสาระสำคัญที่ปรากฏ

⁶⁶กมล พลวัน, "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับเสรีภาพทางวิชาการ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ธันวาคม 2563.

แหล่งที่มา: <http://www.tech.ago.go.th/dlaw/documents/New/kulpolHMR7.pdf>

2.2.3.1 ความหมายของหลักความเสมอภาค

ความเสมอภาค คือ การที่บุคคลทุกคนควรได้รับในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่ง โดยมีการเปรียบเทียบของสองสิ่งหรือสองเรื่อง และพิจารณาสาระสำคัญของเรื่องนั้น ๆ หากสาระสำคัญของประเด็นได้รับการพิจารณาแล้ว ถือว่ามีความเสมอภาคกัน⁶⁷

หลักความเสมอภาค หรือหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Equality before the law) เป็นหลักการที่รับรองสิทธิของพลเมืองที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมเสมอภาค องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล หลักความเสมอภาคจึงมิได้หมายถึงความเท่าเทียมกันในทุกกรณี และเมื่อมีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน หรือปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติ⁶⁸

จากการที่ได้พิจารณาความหมายของคำว่า “ความเสมอภาค” จึงกล่าวสรุปได้ว่า ความเสมอภาคเป็นมาตรฐานที่บุคคลควรได้รับการปฏิบัติและการเข้าถึงโอกาสอย่างเท่าเทียม โดยพิจารณาสาระสำคัญของเรื่องนั้นๆ หากมีสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน จึงจะถือเป็นการปฏิบัติอย่างเสมอภาค

2.2.3.2 ประเภทของหลักความเสมอภาค

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะศึกษาการแบ่งประเภทของหลักความเสมอภาค ซึ่งแบ่งออกเป็น หลักความเสมอภาคทั่วไปและหลักเสมอภาคเฉพาะเรื่อง มีรายละเอียดดังนี้

(1) หลักความเสมอภาคทั่วไป

หลักความเสมอภาคทั่วไป เป็นแนวคิดที่มองว่าไม่จำเป็นที่จะต้องเรียกร้องให้ปฏิบัติเหมือนกันในทุกกรณี แต่เรียกร้องไม่ให้เกิดปฏิบัติแตกต่างต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญ

⁶⁷สุรศักดิ์ ตรีรัตน์ตระกูล, "การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเหยื่อหรือผู้เสียหายโดยกระบวนการยุติธรรม," *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* 20, 59(พฤษภาคม - สิงหาคม) (2561): หน้า 249.

⁶⁸ภาคภูมิ โภคะอินทร์, "หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทย" (ปริญญาเนติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 17.

เหมือนกัน หรือปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันอย่างอำเอใจ อันเป็นการใช้อำนาจโดยไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของเรื่องนั้น ๆ และไม่อาจค้นหาเหตุผลเบื้องหลังจากการใช้อำนาจดังกล่าวได้ หลักความเสมอภาคทั่วไปของไทยบัญญัติไว้ในมาตรา 27 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่วางหลักว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” เช่นเดียวกับมาตรา 3 (1) แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน (Grundgesetz) บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย” หลักความเสมอภาคทั่วไปนี้ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของบุคคลที่จะหยิบยกกล่าวอ้างกับการกระทำใดๆของรัฐ เมื่อไม่มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง⁶⁹

(2) หลักเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง เป็นหลักที่นำมาใช้พิจารณาเฉพาะกรณี ดังตัวอย่างมาตรา 27 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่วางหลักว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ซึ่งเป็นการกำหนดความเสมอภาคเฉพาะในเรื่องเพศ โดยในการพิจารณาว่ากรณีใดขัดกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องหรือไม่ ต้องพิจารณาที่หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น หากไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่ต้องกลับมาพิจารณาหลักความเสมอภาคทั่วไป เพราะหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป⁷⁰

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าประเภทของความเสมอภาค ได้แก่ หลักความเสมอภาคทั่วไป เป็นการกำหนดกรอบการปฏิบัติของความเสมอภาคไม่ให้ปฏิบัติแตกต่างต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน หรือปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันอย่างอำเอใจ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง เป็นการกำหนดกรอบการปฏิบัติให้เกิดความเสมอภาคในแต่ละประเด็น

⁶⁹บรรเจิด สิงคะเนติ, โครงการเฉลิมพระเกียรติสารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่อง ความเสมอภาค (กรุงเทพมหานคร : องค์การคำครุสภา, 2543), หน้า 7. อ้างถึงใน อุดม รัฐอมฤต, นพนิติ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หน้า 7.

⁷⁰บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 167.

2.2.3.3 การเลือกปฏิบัติที่ไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค

การปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมที่จะถือว่าไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค จะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และวิธีการต้องเป็นไปอย่างเหมาะสมและเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยการเลือกปฏิบัติที่ไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค ได้แก่⁷¹

1) การเลือกปฏิบัติอันสืบเนื่องมาจาก “การกำหนดเรื่องนั้นๆ โดยองค์กรที่ต่างกัน” เพราะองค์กรของรัฐแต่ละองค์กรมีอำนาจหน้าที่ในส่วนของตน มีอิสระในการตัดสินใจภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจ เช่น องค์กรบริหารส่วนตำบลต่างท้องถิ่นย่อมสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ต่างกันได้ ไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค

2) การเลือกปฏิบัติอันสืบเนื่องมาจาก “ระบบหรือสภาพของเรื่องที่ต่างกัน” เมื่อการดำเนินการของผู้ใช้อำนาจรัฐแต่ละระบบหรือสภาพของเรื่องต่างกัน วัตถุประสงค์ก็ย่อมแตกต่างกันไปด้วย จึงไม่อาจนำระบบที่แตกต่างมาพิจารณาเทียบกันในเรื่องการปฏิบัติที่แตกต่างได้ เช่น กรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยกรณีการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมไว้ โดยถือว่าไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคในการบัญญัติโทษตามกฎหมายอาญาไว้แตกต่างกัน ถ้ากรณีที่ทำให้ผิดมีธรรมชาติของเรื่องต่างกัน โดยเฉพาะกรณีที่กฎหมายต้องการคุ้มครองผู้เยาว์จากการถูกข่มขืน เป็นต้น

3) การเลือกปฏิบัติอันสืบเนื่องมาจาก “ประโยชน์มหาชน” หลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนคือ การทำให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชน แต่แน่นอนว่าบางครั้งก็อาจจะเกิดการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมเกิดขึ้น ดังนั้นเมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องเลือกปฏิบัติอันสืบเนื่องมาจากประโยชน์สาธารณะ ย่อมถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค เพราะประโยชน์สาธารณะเป็นประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ในสังคม

4) การเลือกปฏิบัติอันสืบเนื่องมาจาก “การลดความเหลื่อมล้ำที่มีอยู่” หลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏในมาตรา 27 วรรค 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

⁷¹เรื่องเดียวกัน, หน้า 160.

“มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรค” เมื่อยังคงมีความไม่เท่าเทียมในคนบางกลุ่ม การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านี้จึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า การเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำที่มีลักษณะขัดกับหลักความเสมอภาค อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่การเลือกปฏิบัติไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เพราะความแตกต่างในรายละเอียดในเหตุผลของเรื่องนั้นๆ เช่น การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้เยาว์มากกว่าคนทั่วไป เพราะผู้เยาว์เป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถ

จากการศึกษาหลักความเสมอภาคจะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคเป็นอีกหลักการหนึ่งที่สำคัญในการที่รัฐจะยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติต่อประชาชน นอกจากรัฐจะปฏิบัติอย่างเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของประชาชนแล้ว ยังต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมตามเหตุผลของเรื่องนั้นๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น การปฏิบัติต่อผู้ต้องหาในคดีอาญาเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมไม่แบ่งแยกผู้ต้องหาและไม่ปฏิบัติให้แตกต่างให้อภิสิทธิ์ผู้ต้องหาคนใดคนหนึ่งเป็นพิเศษ และในหัวข้อต่อไป ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งที่เชื่อมโยงกับหลักที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นไม่ว่าจะเป็นหลักสิทธิมนุษยชน หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาค

2.2.4 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non – Discrimination) เป็นหลักการที่เคียงคู่มากับหลักความเสมอภาค อันโยงไปสู่สิทธิมนุษยชน ซึ่งปรากฏในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ และกฎหมายภายในก็ได้มีการรับรองเรื่องความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมามากหลายฉบับ

2.2.4.1 ความหมายของการเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติ คือ การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการแบ่งแยกกีดกัน หรือจำกัดประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม⁷²

⁷²กระทรวงมหาดไทย, เรื่อง ข้อเสนอแนะว่าด้วยแนวทางปฏิบัติด้านการส่งเสริมความเสมอภาคและขจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558.

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ คือ การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม ปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศหญิง หรือเพศชาย หรือมีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด⁷³

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความหมายของการเลือกปฏิบัติ จึงกล่าวสรุปได้ว่า “การเลือกปฏิบัติ” เป็นลักษณะการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ว่าเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่บุคคล และไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างบุคคล เพราะเหตุในเรื่องความแตกต่าง ส่วน “การไม่เลือกปฏิบัติ” เป็นการปฏิบัติที่อยู่บนหลักการของความเท่าเทียมและสิทธิมนุษยชน การไม่เลือกปฏิบัติเป็นสิ่งที่พึงกระทำเพื่อไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน

2.2.4.2 ปัจจัยในการพิจารณาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ⁷⁴

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะศึกษาปัจจัยที่นำมาใช้พิจารณาว่ากรณีใดเป็นการกระทำโดยเลือกปฏิบัติ คือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติแห่งการเลือกปฏิบัติ

(1) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination)

การพิจารณาว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกรณีใดขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ให้พิจารณาว่าการกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้หรือไม่ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน อันได้แก่ “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”⁷⁵

⁷³ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁴ คณาธิป ทองรวีวงศ์, ทัศน สืบไชย, กุสุมา สุนประชา และชลธิชา สมสอาด, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ, หน้า 7.

⁷⁵ ข้อ 1 แห่ง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights).

(2) มิติแห่งการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination)

มิติแห่งการเลือกปฏิบัติ หรือบริบทที่มีการเลือกปฏิบัติในประเด็นต่าง ๆ ในการดำเนินชีวิตของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการทำงาน การศึกษา การจ้างงาน การรับบริการจากภาครัฐ การประกอบธุรกิจ การประกอบวิชาชีพ เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อได้ศึกษาปัจจัยในการพิจารณาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติแล้ว พบว่า ปัจจัยในเรื่องเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เป็นสิ่งที่จะถูกกำหนดที่เป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่า เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นหรือไม่ และปัจจัยในเรื่องมิติแห่งการเลือกปฏิบัติ เป็นประเด็นของเรื่องที่เกิดการเลือกปฏิบัติ ซึ่งปัจจัยทั้งสองประการต้องพิจารณาประกอบกัน เพื่อชี้ให้เห็นว่ากรณีใดบ้างที่เกิดปัญหาการเลือกปฏิบัติขึ้น

2.2.4.3 หลักข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ

ข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ คือ บุคคลไม่อาจได้รับการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันอาจทำให้เขาได้เปรียบหรือเสียเปรียบเนื่องจากคุณสมบัติหรือเหตุใดๆ มาตรา 27 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” แต่ในบางกรณีการปฏิบัติให้แตกต่างโดยอาศัยคุณสมบัติที่กำหนดไว้ ก็อาจจะไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคหากเป็นกรณีที่เหตุอันสมควร เช่นการกำหนดอายุผู้มีสิทธิเลือกตั้ง เพราะสิทธิทางการเมืองดังกล่าวบุคคลจะต้องมีวิจรรย์ณในการตัดสินใจทางการเมืองอย่างเหมาะสมเสียก่อน⁷⁶

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติมุ่งใช้กับกรณีทั่วไป โดยมีมุ่งหมายให้สอดคล้องกับหลักการที่ว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน แต่จะยังมีความชัดเจนเมื่อกล่าวถึงหลักการไม่เลือกปฏิบัติในบริบทของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่เกี่ยวพันกับการใช้ดุลพินิจที่กฎหมายได้ให้อำนาจ จึงมีโอกาสสูงที่จะเกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมดังกล่าวไม่ได้ห้าม

⁷⁶บรรเจ็ด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 16.

เฉพาะตัวเจ้าพนักงานเท่านั้น หากแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ต้องอยู่ในหลักการของการห้ามเลือกปฏิบัติเช่นกัน⁷⁷

ดังนั้น การกำหนดข้อห้ามในการเลือกปฏิบัตินั้น เพื่อไม่ให้เกิดความได้เปรียบหรือเสียเปรียบเนื่องจากคุณสมบัติหรือเหตุใดๆ โดยหลักข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติมีความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค กล่าวคือ การห้ามเลือกปฏิบัติก็มีวัตถุประสงค์ เพื่อที่จะก่อให้เกิดความเสมอภาค แต่อย่างไรก็ดีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ ยังคงมีข้อยกเว้นให้สามารถเลือกปฏิบัติได้โดยไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค โดยผู้ศึกษาได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2.2.3.3 เรื่อง การเลือกปฏิบัติที่ไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค

จากการศึกษาหลักการไม่เลือกปฏิบัติจะเห็นได้ว่า หลักการไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักการที่ต่อเนื่องมาจากหลักความเสมอภาค กล่าวคือการจะดำเนินการให้บุคคลทุกคนเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อไม่เลือกปฏิบัติ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมีหลากหลายประการตามที่ได้ศึกษามาแล้วในข้างต้นแล้วแต่ที่ผู้อ่านจะเห็นว่าปฏิบัติในบริบทนั้นๆจะหยิบยกขึ้นมา และการเลือกปฏิบัติสามารถเกิดขึ้นได้ทุกสถานการณ์ หนึ่งในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติประการหนึ่งที่ยังเกิดเป็นปัญหาในหลายๆด้านคือความแตกต่างในเรื่องเพศ ซึ่งผู้ศึกษาจะทำการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเพศในหัวข้อต่อไป

2.3 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยเพศ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษา จะศึกษาแนวคิดที่เกี่ยวกับเรื่องเพศเพื่อทำความเข้าใจเรื่องเพศ ข้อความคิดในการจำแนกเรื่องเพศซึ่งนำไปสู่การเลือกปฏิบัติและความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศ โดยผู้ศึกษาจะแบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น แนวคิดระบบสองเพศหรือทวิเพศ แนวคิดสตรีนิยม และแนวคิดความหลากหลายทางเพศ

2.3.1 แนวคิดระบบสองเพศ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาแนวคิดระบบสองเพศเพศหรือทวิเพศ (Gender Binarism) เพื่อทำความเข้าใจแนวคิดการจำแนกเพศที่มีอิทธิพลตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน แนวคิดนี้ได้ส่งผลต่อ

⁷⁷ชาติ ชัยเดชสุริยะ, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หน้า 124.

มุมมองในเรื่องความหลากหลายทางเพศว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ผิดปกติ โดยให้เหตุผลเพียงว่าบุคคลข้ามเพศอยู่นอกเหนือหมวดหมู่ที่ระบบทวิเพศกำหนดไว้

2.3.1.1 ลักษณะของระบบทวิเพศ

ระบบสองเพศหรือทวิเพศ เป็นระบบที่จัดหมวดหมู่สมาชิกในสังคมโดยแบ่งเป็นเพศชายและเพศหญิง ซึ่งนำเรื่องสรีระทางชีววิทยามาเป็นเงื่อนไขในการจำแนก มีการนำความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และการแพทย์มาใช้เป็นเกณฑ์ ระบบสองเพศจึงกลายเป็นสิ่งที่ชี้วัดความปกติของมนุษย์ (Normalcy) ดังนั้นหากบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงถูกมองว่าลักษณะเบี่ยงเบนไปจากระบบนี้ถูกจัดให้เป็นบุคคลที่มีความผิดปกติ⁷⁸

การจำแนกเพศออกเป็นชายและหญิง ได้รับการโต้แย้งจากนักเพศศาสตร์และนักวิชาการด้านสังคมสงเคราะห์ เพราะแท้จริงแล้วพฤติกรรมทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศกำเนิดนั้นเกิดขึ้นได้ ไม่ใช่สิ่งผิดปกติ และยังพบว่ามีรูปแบบที่หลากหลายแตกต่างกันไปในแต่ละสังคมและวัฒนธรรม⁷⁹ สังคมแบบระบบทวิเพศ เป็นสังคมกำหนดหน้าที่ของบุคคลตามกรอบเพศ ก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้ชาย ผู้หญิง และคนที่ไม่อยู่ในกรอบเพศที่สังคมกำหนด คนข้ามเพศ (transgender) ถูกปฏิเสธตัวตน ไม่สามารถเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อได้ตามกฎหมาย ถูกปฏิเสธตัวตนเพราะเป็นการทำลายกรอบเพศตามกำเนิด การทำตามความเป็นจริงของร่างกายถูกมองว่าเป็นพฤติกรรมที่ไม่ถูกต้อง ไม่เหมาะสม และผิดปกติ⁸⁰

2.3.1.2 ระบบสังคมปิตาธิปไตย

ระบบสังคมปิตาธิปไตย (patriarchy) หรือระบบชายเป็นใหญ่ เป็นรูปแบบหนึ่งของระบบที่สืบเนื่องมาจากระบบทวิเพศ ในระหว่างเพศชายหญิงก็ปรากฏความไม่เท่าเทียมกันของบทบาทและอำนาจหน้าที่ของทั้งสองเพศ ทำให้สังคมทวิเพศไม่สามารถแยกเรื่องความไม่เท่าเทียม

⁷⁸อารยา สุขสม, "สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย," หน้า 20.

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

⁸⁰ไทยคอนเซน, "สังคมชายเป็นใหญ่คืออะไร ใครร่วมสังฆกรรม" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา:

ในสังคมและแนวคิดชายเป็นใหญ่ออกจากกันได้ ดังนั้น การต่อต้านสังคมปิตาธิปไตย จึงถือเป็นการต่อต้านความไม่เท่าเทียมในสังคม อันมีสาเหตุจากความแตกต่างในทางเพศ⁸¹

ลักษณะของระบบสังคมปิตาธิปไตย มีดังนี้⁸²

1. สังคมมองว่าผู้ชายเป็นผู้นำ (Male leade) เด็กผู้ชายจะถูกครอบครัวยุติธรรมให้เข้มแข็ง ปกป้องผู้หญิง ดูแลครอบครัวยุติธรรม นอกจากสังคมทางโลกจะให้คุณค่าผู้ชายในฐานะผู้นำแล้ว ในมุมมองทางศาสนาผู้ชายเท่านั้นที่สามารถเป็นศาสดา หรือนักบวชได้

2. สังคมมีค่านิยมของการมีบุตรชาย (Male Child Preference) เพราะบุตรชายจะเป็นผู้สืบสกุล เช่น ประเทศอินเดีย บางครอบครัวยุติธรรมที่ตั้งครรภ์ทารกเพศหญิงเลือกที่จะทำแท้งเพื่อนำเด็กทารกออก หรือในประเทศไทยเองก็มีค่านิยมการมีลูกชาย หากมีลูกสาวพ่อแม่บางครอบครัวยุติธรรมก็ไม่สนใจเลี้ยง เพราะค่านิยมดังกล่าวนี้เองจึงปรากฏสุภาษิตไทยที่ว่า “มีลูกผู้หญิงเหมือนมีส้วมอยู่หน้าบ้าน” เป็นต้น

3. สังคมที่ผู้ชายมีสิทธิทางการเมืองและสิทธิทางเศรษฐกิจเหนือกว่าผู้หญิง ด้านการเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมืองผู้ชายจะเข้าไปมีส่วนร่วมมากกว่าเพศหญิงอย่างเห็นได้ชัดจากสัดส่วนนักการเมืองทั่วโลก ผู้นำทางการเมืองผู้หญิงมีจำนวนน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ชาย ด้านเศรษฐกิจ ผู้ชายมักได้ค่าจ้างหรือเงินเดือนมากกว่าเพศหญิงในงานประเภทเดียวกัน หรือในงานบางประเภทผู้หญิงไม่สามารถทำได้ เนื่องจากนายจ้างเป็นห่วงเรื่องการลาคลอด ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าผู้ชายมักมีโอกาสการทำงาน การเลื่อนขั้นตำแหน่งงานมากกว่าผู้หญิง

จะเห็นได้ว่าการยึดติดอยู่กับแนวคิดของระบบทวิเพศ ส่งผลให้สังคมได้กำหนดบรรทัดฐานของเพศแบ่งออกเป็นชายหญิงและถูกครอบงำด้วยระบบชายเป็นใหญ่ นำมาสู่การปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมในระหว่างชายและหญิง และขยายขอบเขตไปถึงการปฏิบัติที่แตกต่างต่อบุคคลเพศที่สามหรือบุคคลข้ามเพศ เมื่อได้ศึกษาระบบทวิเพศที่ประเทศไทยยึดถือแล้ว ในหัวข้อต่อไป

⁸¹ เรื่องเดียวกัน.

⁸² เหมินิต้า, "ระบบชายเป็นใหญ่ คืออะไรนะ" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

ผู้ศึกษาจะได้ศึกษาแนวคิดที่โต้แย้งระบบทวิเพศ เพื่อศึกษาแนวคิดที่สนับสนุนความหลากหลายทางเพศในสังคมว่ามีหลักการและเหตุผลอย่างไร

2.3.1.3 แนวคิดโต้แย้งระบบทวิเพศ

เมื่อพิจารณาตามระบบทวิเพศที่จำแนกมนุษย์ด้วยเพศแบ่งได้เป็น เพศชาย และเพศหญิงแนวความคิดเรื่องชายเป็นใหญ่ ส่วนหนึ่งได้รับอิทธิพลมาจากความคิดระบบทวิเพศและความรู้ด้านสรีระวิทยา แต่แนวคิดดังกล่าวยังไม่มีคำอธิบายสำหรับเพศหรือเพศสถานะที่นอกเหนือไปจากชายหญิง เพราะความจริงแล้วเพศสถานะเป็นสิ่งที่ไม่ตายตัวสามารถที่พัฒนาไปตามบริบทแวดล้อมของแต่ละบุคคล การพิจารณาเพศสถานะของบุคคลจึงต้องออกจากชุดของสิ่งที่สังคมคาดหวังและถูกครอบงำอยู่ภายใต้สังคมปิตาธิปไตย คือความเป็นชายและความเป็นหญิง⁸³

มุมมองของเพศสถานะจึงควรประกอบด้วย 3 ลักษณะ ดังนี้⁸⁴

1. เพศสถานะมีลักษณะเป็นมาตรฐานของพฤติกรรม (standard behavior) แต่เพศสถานะไม่ใช่บรรทัดฐานของสังคม การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมที่ไม่เป็นไปตามบรรทัดฐานของสังคม (Normative behavior) ย่อมสามารถแสดงออกมาได้

2. เพศสถานะมีลักษณะเป็นองค์ประกอบของการกระทำ (configuration of practice) สิ่งที่ต้องให้ความสำคัญคือสิ่งที่มนุษย์กระทำ ไม่ใช่สิ่งที่ถูกคาดหวังจากสังคม

3. เพศสถานะมีลักษณะหลากหลาย ขึ้นอยู่กับบริบทของสังคมและวัฒนธรรม

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า แนวคิดระบบทวิเพศ เป็นแนวคิดที่จัดจำแนกมนุษย์ออกเป็นชายและหญิง ส่งผลให้เกิดระบบสังคมแบบปิตาธิปไตย หรือระบบชายเป็นใหญ่ซึ่งมีประวัติศาสตร์อัน

⁸³ศิริรัฐ หาญพานิช, "ความเป็นชายที่มีอำนาจและความสัมพันธ์ทางเพศสถานะในโฆษณาการที่ออกอากาศทางโทรทัศน์พ.ศ. 2558 - 2559" (ปริญญาานิเทศศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 17.

⁸⁴Demetrakis Z. Demetriou, "Connell's Concept of Hegemonic Masculinity: A Critique," *Theory and Society* 30, 3 (2001): 337-361. อ้างถึงใน ศิริรัฐ หาญพานิช, "ความเป็นชายที่มีอำนาจและความสัมพันธ์ทางเพศสถานะในโฆษณาการที่ออกอากาศทางโทรทัศน์พ.ศ. 2558 - 2559," หน้า 20.

ยาวนานและฝังรากลึกในหลายสังคม อย่างไรก็ตาม แนวคิดระบบสองเพศก็ได้ถูกโต้แย้งว่าไม่สามารถอธิบายพฤติกรรมของบุคคลที่มีเพศไม่อยู่ในกรอบของสังคม ในลำดับถัดไปจะได้ศึกษาแนวคิดสตรีนิยม ที่ต่อสู้เพื่อความเท่าเทียมระหว่างชายหญิง และสนับสนุนสิทธิของบุคคลข้ามเพศอยู่ในตัว

2.3.2 แนวคิดสตรีนิยม

แนวคิดสตรีนิยม (Feminist Jurisprudence) มีจุดกำเนิดมาจากความไม่เป็นธรรมทางเพศ ตามทฤษฎีของสังคมชายเป็นใหญ่ (Patriarchal Society) โดยอ้างถึงความแตกต่างของชายหญิง มองว่าเพศหญิงอ่อนแอ อ่อนไหว ด้วยความสามารถ ตรงข้ามกับเพศชายที่มีลักษณะในเชิงบวก มีความแข็งแรง และมีความเป็นผู้นำ ด้วยทฤษฎีจากความเป็นชายถูกแสดงออกมาในรูปแบบของวัฒนธรรมและเหตุผล ส่วนหญิงถูกเชื่อมโยงกับเรื่องธรรมชาติ อารมณ์ความรู้สึกความอยากต่างๆ ส่งผลให้ในอดีตมีการแบ่งงานกันทำระหว่างเพศ โดยผู้ชายผูกขาดการทำงานนอกบ้านส่งเสริมเศรษฐกิจ ส่วนผู้หญิงจำกัดอยู่แค่ในบ้านซึ่งมีลักษณะต่ำต้อยกว่า ด้วยชุดความคิดเหล่านี้นำมาสู่การสร้างความชอบธรรมต่อสถานะของชายที่อยู่เหนือหญิง ฝ่ายชายเป็นผู้ปกป้องคุ้มครองฝ่ายหญิงเกิดความไม่เท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติต่อหญิง⁸⁵

แนวคิดสตรีนิยมได้ชี้ให้เห็นถึงองค์ความรู้ในเรื่องเพศ สรีระ อารมณ์ พฤติกรรม และอัตลักษณ์ที่ถูกสร้างขึ้นบนบรรทัดฐานของผู้ชาย หรือสังคมที่มีมาตรฐานรักต่างเพศที่ให้อำนาจแก่ผู้ชาย และแนวคิดสตรีนิยมยังชี้ให้เห็นอีกว่าการสร้างความรู้เกี่ยวกับเพศเป็นเรื่องทางการเมืองที่สะท้อนว่าสังคมให้อำนาจแก่ผู้ชาย⁸⁶ เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าความคิดพื้นฐานของแนวคิดสตรีนิยมทั้งหมดคือ การตระหนักถึงปัญหาที่ผู้หญิงถูกกดขี่ และมีความจำเป็นที่จะต้องขจัดการกดขี่ให้หมดไป สตรีศึกษา (Women's Studies) เป็นเครื่องมือประการหนึ่งของขบวนการเคลื่อนไหวสตรีนิยม ทำให้คนคิดและทำอย่างเป็นระบบเพื่อเปลี่ยนแปลงสังคม มองเห็นและยอมรับศักยภาพของผู้หญิง และเปลี่ยนแนวคิดที่เน้นผู้ชายเป็นศูนย์กลาง และในที่สุดผู้ชายและผู้หญิงจะอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างเป็นมนุษย์ที่มีศักดิ์ศรีเสมอกัน⁸⁷

⁸⁵จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญาแนววิพากษ์ Critical Legal Philosophies, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), หน้า 80-82.

⁸⁶นฤพันธ์ ดวงวิเศษ, "แนวคิดทฤษฎีเรื่องความหลากหลายทางเพศ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25 ตุลาคม 2563. แหล่งที่มา: https://www.sac.or.th/main/uploads/article/2017_20170918142809-1.pdf

⁸⁷วิระดา สมสวัสดิ์, นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม (เชียงใหม่ วนิดาเพลส, 2549), หน้า 44-45.

จากการศึกษาพบว่า แนวคิดแบบสตรีนิยมแสดงให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมทางเพศระหว่างชายหญิง แต่สังคมโลกไม่ได้มีแค่เพศชายและหญิง ยังมีเพศอื่น วิธีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศที่อาจไม่ตรงกับเพศแรกเกิด ซึ่งบุคคลเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นใครควรมีสติเท่าเทียมกัน โดยไม่มีอุปสรรคเรื่องเพศมาขวางกั้นการเข้าถึงสิทธิ แนวคิดสตรีนิยมจึงสามารถอธิบายเหตุผล ลักษณะความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศที่เกิดขึ้นระหว่างชายและหญิง และสามารถหยิบยกมาเพื่อขยายขอบเขตในการอธิบายความไม่เท่าเทียมที่เกิดขึ้นกับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

2.3.3 แนวคิดความหลากหลายทางเพศ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะศึกษาแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) โดยเริ่มศึกษาตั้งแต่คำนิยามที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ ความคิดเกี่ยวกับเรื่องความหลากหลายทางเพศ แนวคิดที่ส่งเสริมความหลากหลายทางเพศ และสถานะของบุคคลหลากหลายทางเพศในระบบกฎหมาย

2.3.3.1 คำนิยามที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะศึกษาคำนิยามเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ เพื่อทำความเข้าใจคำที่ใช้ในการจำแนก และกำหนดความหมายแทนความหลากหลายทางอัตลักษณ์ทางเพศและลักษณะทางเพศ โดยคำนิยามที่จะทำการศึกษา มีดังต่อไปนี้

(1) คนข้ามเพศ (Transgender)

เป็นคำทั่วไปที่ใช้กับบุคคล หรือพฤติกรรมที่แนวโน้มแตกต่างไปจากบทบาททางเพศเชิงบรรทัดฐานโดยทั่วไป (ชายหรือหญิง) ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับเพศกำเนิดหรือบทบาทที่สังคมยึดถือตามประเพณี บุคคลข้ามเพศเป็นสถานะหนึ่งของอัตลักษณ์ทางเพศ แต่ไม่ได้หมายความว่าถึงรูปแบบเฉพาะของรสนิยมทางเพศ เป็นคำที่มักใช้เพื่ออธิบายอัตลักษณ์และประสบการณ์ที่หลากหลาย ได้แก่ หญิงข้ามเพศ ชายข้ามเพศ บุคคลแต่งกายข้ามเพศ และอื่นๆ⁸⁸

⁸⁸UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook on Prisoners with Special Needs* (2009), p. 103.

คนข้ามเพศ เป็นคำนิยามทั่วไปที่ใช้อธิบายบุคคลที่การแสดงออกหรืออัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างไปจากเพศที่กำหนดมาเมื่อตอนแรกเกิด⁸⁹

คนข้ามเพศ หมายถึง คนที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด⁹⁰

คนข้ามเพศ หมายถึง คำที่ใช้อธิบายบุคคลซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างไปกับเพศที่ถูกกำหนด ณ แรกเกิด⁹¹

คนข้ามเพศ หมายถึง ผู้ที่รู้สึกพึงพอใจกับเพศภาวะหรืออัตลักษณ์ทางเพศที่ตรงข้ามกับเพศกำเนิดของตน ซึ่งมักจะหมายถึงผู้ที่ได้รับการแปลงเป็นเพศที่ต้องการแล้ว⁹²

คนข้ามเพศ หมายถึง ผู้ที่รู้สึกพึงพอใจกับเพศภาวะหรืออัตลักษณ์ทางเพศที่ตรงข้ามกับเพศกำเนิดของตน⁹³

บุคคลข้ามเพศแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (Transvestites) และบุคคลแปลงเพศ (Transsexual) โดยสามารถจำแนกได้เป็น 2 กรณี ดังนี้⁹⁴

(ก) กรณีแรก บุคคลเพศชายที่แปลงไปเป็นเพศหญิง (Male-To-Female) หรือที่เรียกว่า MTF หมายถึง บุคคลที่มีเพศตามกำเนิดเป็นเพศชายซึ่งต่อมาได้

⁸⁹ใจเอื้อ ซีรานนท์, "ปฏิสัมพันธ์ของการจัดการเชิงสุขภาพในเรือนจำ: ศึกษากรณีประสบการณ์ของผู้ต้องขัง “กะเทย” และเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติ," หน้า 16-18.

⁹⁰สมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย, "คนข้ามเพศ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 2 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.rsat.info/17157725/>

⁹¹สกล โสภิตอาชาศักดิ์ เรียบเรียง, รณภูมิ สามัคคีคารมย์ แปล, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติสำนักงานประเทศไทย, "การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย : การทบทวนกฎหมายและนโยบาย" หน้า 10.

⁹²จงปิติ วุฒิสรรพ์, "บทบาทของนรีแพทย์ในการดูแลหญิงข้ามเพศ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 2 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา: https://w1.med.cmu.ac.th/obgyn/index.php?option=com_content&view=article&id=1314:2017-02-26-09-26-31&catid=45&Itemid=561

⁹³บุษกร สุริยสาร, อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย, หน้า 20.

⁹⁴อารยา สุขสม, "สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย," หน้า 41.

กำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเป็นเพศหญิง ในกรณีนี้บุคคลย่อมมีอัตลักษณ์ของการเป็นเพศหญิง ถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีเพศตามกำเนิดเป็นเพศชายก็ตาม

(ข) กรณีที่สอง บุคคลเพศหญิงที่แปลงไปเป็นเพศชาย (Female-To-Male) หรือที่เรียกว่า FTM หมายถึง บุคคลที่มีเพศตามกำเนิดเป็นเพศหญิงซึ่งต่อมาได้กำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเป็นเพศชาย ในกรณีนี้บุคคลย่อมมีอัตลักษณ์ของการเป็นเพศชาย ถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีเพศตามกำเนิดเป็นเพศหญิงก็ตาม

โดยสรุปแล้วความหมายของ “คนข้ามเพศ” ในที่นี้หมายถึง บุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศไม่ตรงเพศกำเนิด ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะได้มีการเปลี่ยนทางกายภาพหรือไม่ก็ตาม

(2) ชายข้ามเพศ (Transgender Man)⁹⁵

คนที่มีเพศกำเนิดเป็นหญิง แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นชาย อัตลักษณ์เหล่านี้ยังสามารถใช้ในกรณีของบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม โดยใช้เรียกคนที่ได้รับการผ่าตัดให้เป็นเพศหญิงแต่กำเนิด แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นชาย ชายข้ามเพศส่วนมากจะระบุว่าตนเองเป็นชาย เป็นต้น

(3) หญิงข้ามเพศ (Transgender Woman)⁹⁶

คนที่มีเพศกำเนิดเป็นชาย แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิง อัตลักษณ์เหล่านี้ยังสามารถใช้ในกรณีของบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม โดยใช้เรียกคนที่ได้รับการผ่าตัดให้เป็นเพศชายแต่กำเนิด แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิง หญิงข้ามเพศส่วนมากจะระบุว่าตนเองเป็นหญิง

⁹⁵ใจเอื้อ ซีรานนท์, "ปฏิสัมพันธ์ของการจัดการเชิงสุขภาพในเรือนจำ: ศึกษากรณีประสบการณ์ของผู้ต้องขัง “กะเทย” และเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติ," หน้า 16-18.

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน.

(4) เพศสรีระ (sex)⁹⁷

คำที่อ้างถึงลักษณะทางชีววิทยาที่ใช้แบ่งแยกคนว่าเป็นเพศชาย หรือเพศหญิง

(5) เพศที่ถูกกำหนด ณ แรกเกิด (Sex assigned at birth)⁹⁸

เพศสรีระที่บุคคลถูกกำหนดให้เมื่อแรกเกิดหรือหลังจากเกิดได้ไม่นาน การกำหนดนี้อาจไม่ได้สอดคล้องไปกับอัตลักษณ์ทางเพศเมื่อบุคคลนั้นเติบโต คนส่วนมากมักมีอัตลักษณ์ทางเพศที่สอดคล้องไปกับเพศที่ถูกกำหนด ณ แรกเกิด แต่มีบุคคลบางกลุ่มที่อาจจะมีเพศไม่สอดคล้องกับเพศที่ถูกกำหนด ณ แรกเกิดนี้

(6) อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity)⁹⁹

ประสบการณ์ทางเพศ (gender) อันสามารถรู้สึกได้ภายในของแต่ละบุคคลและเป็นของปัจเจกบุคคลซึ่งอาจสอดคล้องหรือไม่ก็ได้กับเพศซึ่งระบุไว้เมื่อแรกเกิด รวมทั้งความรู้สึกของบุคคลในร่างกาย (ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์ หรือระบบการทำงานของร่างกาย ด้วยวิธีการแพทย์ การศัลยกรรม หรือวิธีการอื่นใด โดยการตัดสินใจเลือกโดยอิสระ) และการแสดงออกต่างๆ ทางเพศสภาพรวมทั้ง การแต่งกาย คำพูด และกริยาท่าทางต่างๆ

(7) วิธีทางเพศ (Sexual Orientation)¹⁰⁰

การที่บุคคลหนึ่งมีความรู้สึกดึงดูดสนใจลึกซึ้ง ทั้งทางอารมณ์ ความรักใคร่ และทางเพศ และในสัมพันธภาพที่มีทั้งลักษณะความใกล้ชิดกันทางเพศสัมพันธ์ และในทางเพศที่มีต่อปัจเจกบุคคล ซึ่งมีเพศสภาพ (gender) ที่แตกต่างกันหรือเพศสภาพเดียวกัน หรือมีมากกว่าหนึ่ง

⁹⁷ สกล โสภิตอาชาศักดิ์ เรียบเรียง, รณภูมิ สามัคคีคารมย์ แปล, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติสำนักงานประเทศไทย, “การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย : การทบทวนกฎหมายและนโยบาย หน้า 9.

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁹ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล ผู้แปล, หลักการยกยอการตา ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในประเด็นวิธีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ แนวทางสร้างหลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้ก้าวไปสู่ความเสมอภาคและเคารพสิทธิทางเพศ, สำนักคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไอเดีย จำกัด, 2552), หน้า 8.

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน.

เพศสภาพ กล่าวคือ เป็นคำที่ใช้อธิบายอ้างถึงอารมณ์ความรู้สึกของแต่ละบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความดึงดูดทางเพศซึ่งใกล้เคียงรวมทั้งความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่น ซึ่งคนเราอาจดึงดูดทางเพศกับคนที่มีเพศสถานะเดียวกัน (คนรักเพศเดียวกัน/เกย์/เลสเบี้ยน) หรือคนต่างเพศสถานะ (คนรักต่างเพศ) หรืออาจมากกว่าหนึ่งเพศสถานะก็ได้เช่นกัน (คนรักสองเพศหรือรักได้ทุกเพศ)

(8) การแสดงออกทางเพศ (Gender Expression)¹⁰¹

การที่บุคคลที่วิธีในการสื่อสารเพศสถานะ เช่น การไม่ระบุความเป็นเพศ ความเป็นชาย ความเป็นหญิง ซึ่งกระทำผ่านการลักษณะทางกายภาพได้แก่ เสื้อผ้า ทรงผม และ การใช้เครื่องสำอาง จริตมารยาทวิธีการพูด และรูปแบบพฤติกรรมเมื่อปฏิสัมพันธ์กับผู้อื่น

(9) บุคคลแต่งกายข้ามเพศ (Cross-dresser)¹⁰²

คนที่โดยปกติแล้วเป็นผู้ชายที่มีสภาพทางเพศตามที่ปรากฏตอนแรกเกิด และชอบเพศตรงข้าม แต่ชอบแต่งตัวเหมือนเพศตรงข้าม เพื่อความสนุกสนาน ความบันเทิง ให้ได้รับความพึงพอใจทางอารมณ์ หรือเพื่อสร้างจุดยืนทางการเมืองในเรื่องที่เกี่ยวกับบทบาททางเพศภาวะ

2.3.3.2 ความคิดเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศ¹⁰³

ความคิดเกี่ยวกับเรื่องความหลากหลายทางเพศ เป็นแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับ ทฤษฎีการทำความเข้าใจพฤติกรรม อัตลักษณ์ทางเพศ และการปฏิบัติทางเพศของมนุษย์ ซึ่งเป็นการนำเสนอว่าการแสดงตัวตนหรืออัตลักษณ์ทางเพศของมนุษย์ไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับบรรทัดฐานของสังคมเสมอไป การแสดงออกทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างไปจากเพศหญิงและเพศชาย เป็นสิ่งที่สามารถพบเจอได้ในทุกสังคม

¹⁰¹สกล โสภิตอาชาศักดิ์ เรียบเรียง, รณภูมิ สามัคคีคารมย์ แปล, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติสำนักงานประเทศไทย, "การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย : การทบทวนกฎหมายและนโยบาย" หน้า 9.

¹⁰²ใจเอื้อ ชีรานนท์, "ปฏิสัมพันธ์ของการจัดการเชิงสุขภาพในเรือนจำ: ศึกษากรณีประสบการณ์ของผู้ต้องขัง "กะเทย" และเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติ," หน้า 16-18.

¹⁰³นฤพนธ์ ดั่งวิเศษ, "แนวคิดทฤษฎีเรื่องความหลากหลายทางเพศ" [ออนไลน์].

สังคมยังมีการถกเถียงในเชิงแนวคิดเกี่ยวกับเพศ โดยแบ่งเป็น 2 แนวคิดใหญ่ๆ คือ แนวคิดระบบสองเพศ ซึ่งระบบนี้เชื่อว่าเพศตามธรรมชาติมีเพียงชายและหญิงเท่านั้น และปฏิเสธการแสดงอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างไม่ตรงกับธรรมชาติ และแนวคิดแบบพหุลักษณะหรือความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเชื่อว่ามนุษย์สามารถแสดงพฤติกรรม อารมณ์ ความรู้สึกและอัตลักษณ์ทางเพศได้อย่างหลากหลาย โดยไม่ต้องผูกติดกับเพศแต่กำเนิดหรือเพศตามธรรมชาติ แนวคิดแบบพหุลักษณะมองว่าชีวิตทางเพศ หรืออารมณ์ทางเพศไม่ใช่แค่เรื่องสัญชาตญาณตามธรรมชาติ แต่เป็นการทำให้การแสดงอารมณ์ความปรารถนากลายเป็นเรื่องเพศ (sexualized representation of desire) และความคิดแบบพหุลักษณะเชื่อว่าระเบียบทางสังคมที่บุคคลเข้าไปเกี่ยวข้องไม่มีความคงที่ซึ่งมนุษย์แต่ละคนจะใช้ประสบการณ์และความรู้ในเรื่องเพศในแบบของตัวเอง การสร้างกรอบความคิดที่ยึดมั่นในเพศสภาพ (gender) การแบ่งแยกในสังคมเป็นเพศชายและเพศหญิง ส่งผลให้เกิดการโต้เถียงในเรื่องการให้คุณค่าระหว่างชายหญิงภายใต้สังคมทุนนิยมและสังคมชายเป็นใหญ่

2.3.3.3 แนวคิดที่ส่งเสริมความหลากหลายทางเพศ¹⁰⁴

แนวคิดที่ส่งเสริมความหลากหลายทางเพศ เป็นแนวคิดที่ต่อสู้กับแนวคิดทวิเพศและอธิบายให้เห็นถึงคุณค่าของความหลากหลายทางเพศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) แนวคิดทฤษฎีควีเรีย (Queer Theories)

แนวความคิดควีเรีย โดยเป็นแนวคิดที่ทำทลายความคิดที่อธิบายเรื่องเพศบนฐานของวิทยาศาสตร์อันเป็นแนวคิดกระแสหลัก แนวคิดควีเรียอธิบายเรื่องเพศผูกโยงเข้ากับ ความหลากหลาย (Diversity) และมองว่าการอธิบายตัวตนทางเพศ อัตลักษณ์ พฤติกรรม และการปฏิบัติทางเพศไม่สามารถใช้เพียงทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งมาอธิบายได้ ระบบรักต่างเพศ (Heteronormativity) ได้ก่อให้เกิดการกีดกันเพศ ส่งผลต่อกลุ่มคนเพศอื่นที่รักเพศเดียวกันกลายเป็นคนชายขอบ นอกจากนั้นระบบรักต่างเพศยังเป็นระบบที่ชายมีอำนาจเหนือเพศอื่นๆและเป็นระบบที่กดขี่ข่มเหงโดยมีเพศชายเป็นผู้ชี้หน้า ดังนั้น แนวคิดควีเรียจึงเกิดขึ้นมาเพื่อโต้เถียงวิถีคิดแบบวิทยาศาสตร์ตะวันตก กล่าวได้ว่า แนวคิดนี้วิพากษ์วิจารณ์ความเป็นสากลของตัวตนและมีพื้นฐานความเชื่อว่าอัตลักษณ์ทางเพศที่ปรากฏอยู่ในตัวมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่มีเอกภาพ อัตลักษณ์ของชาย หญิง

¹⁰⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 10-14.

คนข้ามเพศ คนรักเพศเดียวกัน ล้วนแต่เป็นอัตลักษณ์ที่ไม่มีแก่นแท้แน่นอน แต่เป็นลักษณะที่สามารถเปลี่ยนแปลงไปตามความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างตัวบุคคลกับสังคม

(2) แนวคิดทางมานุษยวิทยา

การศึกษาเรื่องเพศในทางมานุษยวิทยาให้ความสำคัญกับวัฒนธรรม เพราะเชื่อว่าวัฒนธรรมเป็นสิ่งที่กำหนดทัศนคติ ความเชื่อ การแสดงออกและพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์ นักมานุษยวิทยาปฏิเสธความเป็นสากลในเรื่องเพศ เนื่องจากแต่ละสังคมมีวัฒนธรรมที่ทำให้ความคิดเรื่องเพศแตกต่างกัน ความหลากหลายในเรื่องเพศจึงเป็นแกนหลักในการศึกษาเรื่องเพศทางมานุษยวิทยา ในช่วงระยะแรกของการศึกษาเรื่องเพศทางมานุษยวิทยายังมีข้อมูลไม่เพียงพอในการทำความเข้าใจในพฤติกรรมทางเพศของกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน หรือคนต่างตัวข้ามเพศ แต่เป็นเรื่องของความเห็นอกเห็นใจเสียมากกว่า ต่อมาในช่วงปี ค.ศ.1920 โบรนิสโลว์ มาลินอฟสกี และมาร์กาเรต มิด นักมานุษยวิทยาได้ลงพื้นที่และใช้เวลาในการศึกษาจนค้นพบว่าพฤติกรรมของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันมีหลากหลายรูปแบบ วิธีคิดเรื่องเพศในสังคมตะวันตกไม่สามารถนำมาใช้กับสังคมอื่นๆได้ ความคิดเรื่องเพศในสังคมตะวันตกเป็นเพียงชุดความคิดหนึ่งจากความคิดอีกหลายรูปแบบที่ปรากฏอยู่ในสังคมมนุษย์ ดังนั้นความหลากหลายในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์ในแต่ละสังคมแตกต่างกันไปตามการสร้างนิยามและให้คุณค่าของวัฒนธรรมนั้น

2.3.3.4 สถานะของบุคคลหลากหลายทางเพศในระบบกฎหมาย¹⁰⁵

ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงสถานะของบุคคลหลากหลายทางเพศในมุมมองของระบบกฎหมายว่า กฎหมายกำหนดสถานะให้บุคคลหลากหลายทางเพศเป็นความผิดตามกฎหมาย การกำหนดให้เพศวิถีของเพศหลากหลายไม่เป็นความผิด หรือกฎหมายยอมรับความชอบด้วยกฎหมายในเพศวิถีของเพศหลากหลาย โดยมีรายละเอียดดังนี้

¹⁰⁵สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, "จากระบบกฎหมายแบบทวิเพศ สู่อะบบกฎหมายแบบพหุเพศ " วารสารนิติสังคมศาสตร์ 6, 1(มกราคม-มิถุนายน) (2556): หน้า 8-17.

(1) การกำหนดให้เพศวิถีของเพศหลากหลายเป็นความผิด

แนวความคิดของการกำหนดให้เพศวิถี หรือมีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างไปจากชายหญิงเป็นความผิด ได้รับอิทธิพลมาจากคำอธิบายทางศาสนาคริสต์ โดยศาสนาคริสต์อธิบายพฤติกรรมรักร่วมเพศ (Homosexual) ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อพระประสงค์ของพระเจ้าอย่างร้ายแรง จนเป็นเหตุให้พระองค์ทรงบันดาลไฟบรรลัยกัลป์เผาผลาญเมือง ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นคำอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน และเป็นการกระทำที่มีความผิดตามกฎหมายประกอบกับแนวคิดทางศีลธรรมที่มองว่าพฤติกรรมรักร่วมเพศ มีลักษณะเป็นพฤติกรรมทางเพศที่นอกสถาบันการสมรสและไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมและขัดต่อธรรมชาติ อันเป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับมุมมองทางการแพทย์ที่เห็นว่าบุคคลรักร่วมเพศเป็นกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเบี่ยงเบนไปจากธรรมชาติ เป็นอาการป่วยทางจิตชนิดหนึ่ง (illness)

(2) การกำหนดให้เพศวิถีของเพศหลากหลายไม่เป็นความผิด

แนวความคิดของการกำหนดให้เพศวิถีของเพศหลากหลายไม่เป็นความผิด ปรากฏขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 โดยเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติจากเดิมที่กำหนดให้วิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของผู้มีความหลากหลายทางเพศเป็นความผิด มาสู่การยกเลิกให้การกระทำไม่ให้เป็นความผิดที่ต้องได้รับโทษอีกต่อไป เนื่องจากการให้คำอธิบายต่อเพศวิถีของบุคคลหลากหลายทางเพศนั้น ทางทางการแพทย์ได้เปลี่ยนมุมมองจากความวิปริตมาเป็นเรื่องของความพึงพอใจส่วนบุคคล กรณีปรากฏชัดเจน เช่น สมาคมจิตวิทยาแห่งสหรัฐอเมริกา (American Psychiatric Association) ถอนคำว่า “รักร่วมเพศ” ออกจากรายการความผิดปกติใน ปี ค.ศ. 1973 เมื่อศาสนาคริสต์ถูกลดบทบาทลงในทางการเมือง ส่งผลให้แนวคิดแบบเสรีนิยมเข้ามามีบทบาททำให้เกิดชุดความคิดที่ว่า รัฐควรมีอำนาจจำกัดอยู่เฉพาะเรื่องการรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน ดังนั้น กฎหมายก็ควรบัญญัติขึ้นโดยวัตถุประสงค์ในการปกป้องความสงบสุขของสังคม การกระทำใดที่เป็นเรื่องศีลธรรมและไม่กระทบต่อผู้อื่นโดยตรงรัฐก็ไม่ควรที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับลักษณะการใช้อำนาจบังคับ บุคคลควรมีอำนาจในการตัดสินใจเลือกสิ่งที่เป็นประโยชน์กับตนมากที่สุด

2.3.3.5 การยอมรับความชอบด้วยกฎหมายในเพศวิถีของเพศหลากหลาย

การรับรองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลาย (Legalization of LGBT's Sexuality) ปรากฏขึ้นชัดเจนในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 โดยมีการแก้ไขกฎหมายภายในของแต่ละประเทศและมีคำวินิจฉัยจากองค์กรระหว่างประเทศสนับสนุนให้คุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลาย และปรากฏปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆตามมา แต่เมื่อพิจารณาลงไปในเรื่องของปฏิญญาสากลฉบับต่างๆ พบว่าบัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนในลักษณะกว้างๆ โดยไม่มีการจำแนกแยกแยะออกมาเป็นกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ กรณีบุคคลที่มีเพศหลากหลายก็เช่นกันที่ยังไม่มีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเป็นการเฉพาะ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2006 การรับรองสิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายปรากฏขึ้นชัดเจนในปฏิญญาสากลที่มีชื่อว่า “หลักการยอกยาคาร์ตา” (The Yokyakarta Principle) โดยเนื้อหาของหลักการดังกล่าวได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายในด้านต่างๆ เพราะเหตุที่เขามีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด

จากการศึกษาแนวคิดความหลากหลายทางเพศพบว่า ความหลากหลายทางเพศเป็นแนวคิดที่ได้แย้งแนวคิดทวิเพศ และต่อสู้เพื่อความเสมอภาคของกลุ่มบุคคลที่นอกเหนือไปจากเพศหญิงและชาย เมื่อในสังคมโลกยังเกิดความไม่เท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติต่อกับกลุ่มบุคคลข้ามเพศหรือกลุ่มที่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่หลากหลาย แนวคิดความหลากหลายทางเพศจึงเป็นแนวคิดที่สำคัญประการหนึ่งที่จะสนับสนุนสิทธิของคนข้ามเพศ

2.4 การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกฎหมายระหว่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้ความคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ อันตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชน หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาค และหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งได้ศึกษามาแล้วในข้างต้น โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง มีรายละเอียดดังนี้

2.4.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR)¹⁰⁶

การรับรองสิทธิมนุษยชนของบุคคลตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมโดยไม่เลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ได้บัญญัติเฉพาะเจาะจงในการคุ้มครองคนข้ามเพศ หรือคนที่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่หลากหลาย โดยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนปรากฏดังนี้

ข้อ 1 “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระเสรีและเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิ...”

ข้อ 2 “บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพบรรดาที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นทางอื่น แหล่งกำเนิดทางชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด...”

จากการศึกษาปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนพบว่า การให้ความคุ้มครองมีลักษณะเป็นการทั่วไป ไม่กำหนดคุ้มครองกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่อย่างไรก็ตาม คนข้ามเพศก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามปฏิญญาสากลนี้ ในฐานะเป็นมนุษย์คนหนึ่ง

2.4.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)¹⁰⁷

ข้อบทแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง จะกล่าวถึงพันธกรณีให้รัฐซึ่งเข้าเป็นภาคีมีหน้าที่ในการรับรองและเคารพสิทธิของพลเมือง รวมถึง

¹⁰⁶United Nations, "Universal Declaration of Human Rights," [Online] Accessed: 5 January 2021.

Available from: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

¹⁰⁷United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "International Covenant on Civil and Political Rights," [Online] Accessed: 5 January 2021. Available from:

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

การห้ามเลือกปฏิบัติไม่ว่าด้วยเหตุใดซึ่งปรากฏในข้อบทที่ 1 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองว่า

ข้อ 1 “รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้แต่ละรัฐรับที่จะเคารพและดำเนินการให้เป็นที่ยืนยันได้ว่าบรรดาบุคคลทั้งหลายภายใต้อาณาเขตและภายในขอบอำนาจของตน มีสิทธิทั้งหลายที่ยอมรับแล้วในกติกาฉบับนี้ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นทางอื่น แหล่งกำเนิดทางชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด...”

นอกจากการกำหนดให้รัฐมีหน้าที่เคารพและคุ้มครองสิทธิของพลเมือง ยังพบว่า กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมีสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิอีกหลายประการ ได้แก่¹⁰⁸ เสรีภาพจากการถูกทรมาน การห้ามบุคคลมิให้ตกอยู่ในภาวะเยี่ยงทาส การห้ามบุคคลมิให้ถูกจับกุมโดยตามอำเภอใจ การปฏิบัติต่อผู้ถูกกีดรอนเสรีภาพอย่างมีมนุษยธรรม ความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย การห้ามมิให้มีการบังคับใช้กฎหมายอาญาอันหลังสิทธิการได้รับรองเป็นบุคคลตามกฎหมาย การห้ามแทรกแซงความเป็นส่วนตัว การคุ้มครองเสรีภาพทางความคิด เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก การรับรองว่าบุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน การรับรองสิทธิของชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา และภาษาภายในรัฐ

จากการศึกษากติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง พบว่าการคุ้มครองเป็นไปอย่างกว้างๆ เน้นการคุ้มครองสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอย่างครอบคลุมในหลายมิติ และกำหนดหลักเกณฑ์การห้ามเลือกปฏิบัติไว้ด้วยเหตุต่างๆ แต่ไม่มีการขยายความว่าในกรณีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความแตกต่างในทางเพศตั้งอยู่บนฐานแนวคิดใดระหว่างแนวคิดวิเศษหรือพหุเพศ จึงอาจก่อให้เกิดช่องว่างการเลือกปฏิบัติเพราะเป็นคนข้ามเพศ มีวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์แตกต่างจากเพศชายหญิง

¹⁰⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 มกราคม 2564 แหล่งที่มา:

<http://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/International-Human-Rights-Affairs/International-Law-of-human-rights.aspx>

2.4.3 ข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อนักโทษ (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)¹⁰⁹

ข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขัง ได้วางหลักเกณฑ์อันเป็นพื้นฐานที่รัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลผู้ถูกคุมขัง แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้กระทำความผิด แต่รัฐไม่สามารถปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวได้ตามอำเภอใจ และข้อกำหนดขั้นต่ำดังกล่าวนี้ยังได้พิจารณาถึงความแตกต่างของผู้ถูกคุมขังแต่ละคน จึงกำหนดให้นำมาใช้โดยห้ามเลือกปฏิบัติซึ่งปรากฏดังนี้

ข้อ 6 “กฎมาตรฐานทุกข้อจะต้องใช้อย่างเสมอภาคโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นทางอื่น กำเนิดทางชาติหรือสังคม สถานะทางทรัพย์สิน กำเนิดหรืออื่นใด เป็นเรื่องต้องห้ามทั้งสิ้น”

นอกจากนั้น ข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขัง ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแยกประเภทผู้ต้องขังไว้ในข้อ 8 ว่า

ข้อ 8 การแยกหมวดหมู่ผู้ต้องขัง

ผู้ต้องขังประเภทต่างๆจะถูกคุมขังไว้ในสถานที่คุมขังหรือส่วนต่างๆของสถาบันโดยคำนึงถึงเพศ อายุ ประวัติอาชญากรรม เหตุผลทางกฎหมายในการคุมขังและความจำเป็นในการบำบัด ดังนี้

(a) ชายและหญิงจะถูกควบคุมตัวในสถานที่คุมขังที่แยกจากกันให้มากที่สุด ในสถานที่ที่รับผู้คุมขังทั้งชายและหญิง ต้องจัดสรรให้ผู้หญิงจะต้องแยกจากผู้ชายกันโดยสิ้นเชิง

¹⁰⁹United Nations, "Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners," [Online] Accessed: 5 January 2021. Available from: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/standard-minimum-rules-for-the-treatment-of-prisoners/>

(b) นักโทษที่ไม่ได้รับการพิจารณาคดีจะถูกแยกออกจากนักโทษที่ศาลถูกตัดสินลงโทษ

(c) บุคคลที่ถูกจำคุกเนื่องจากหนี้และนักโทษทางแพ่งจะถูกแยกออกจากบุคคลที่ถูกคุมขังด้วยความผิดทางอาญา

(d) ผู้ต้องขังอายุน้อยจะถูกแยกออกจากผู้ใหญ่

ข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขัง ได้บัญญัติกรณีเฉพาะเกี่ยวกับผู้ถูกคุมขังที่อยู่ในระหว่างควบคุมตัวหรืออยู่ในระหว่างการพิจารณาคดี ซึ่งปรากฏในภาคสอง หัวข้อ ค โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้¹¹⁰

ข้อ 84 ผู้ถูกคุมขังระหว่างดำเนินคดีพึงได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

ข้อ 85 ผู้ถูกคุมขังระหว่างการดำเนินคดีจะต้องแยกการควบคุมออกจากนักโทษเด็ดขาด และควรมีสถานที่คุมขังเป็นการเฉพาะสำหรับเยาวชน

ข้อ 86 ผู้ถูกคุมขังระหว่างการดำเนินคดี ควรได้รับการจัดที่นอนเดี่ยวในห้องพักไม่ปะปนกับคนอื่น

จากการศึกษาข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขัง พบว่ามีการกำหนดหลักเกณฑ์อย่างละเอียดเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้คุมขัง โดยอยู่บนพื้นฐานของการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการห้ามเลือกปฏิบัติ แต่เมื่อได้พิจารณาถึงการจัดแยกห้องขังตามประเภทของผู้ต้องขังพบว่า ไม่มีการกล่าวถึงการจัดแยกห้องขังสำหรับบุคคลข้ามเพศ จึงเกิดข้อสงสัยว่าเมื่อเกิดกรณีทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่จะดำเนินการอยู่บนพื้นฐานใด

¹¹⁰กรมราชทัณฑ์, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 มกราคม 2564. แหล่งที่มา:

2.4.4 กฎมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเยาวชน (United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice)¹¹¹

การดำเนินการด้านใดๆจะปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนเหมือนกับการปฏิบัติต่อผู้ใหญ่ทุกอย่างไม่ได้ ดังนั้น เมื่อเด็กและเยาวชนต้องเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาก็ต้องมีหลักการปฏิบัติที่แตกต่างไปจากกระบวนการปกติ กฎมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเยาวชนจึงได้เกิดขึ้น เพื่อวางกรอบการปฏิบัติอันเป็นพื้นฐานที่สุดสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด โดยในกฎมาตรฐานดังกล่าวได้วางหลักถึงการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างของเยาวชนผู้กระทำความผิด ดังนี้

ข้อ 2 “กฎมาตรฐานขั้นต่ำนี้ใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดที่เป็นเยาวชนทุกคนโดยเสมอภาค โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างใดๆ ไม่ว่าจะในทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นทางอื่น กำเนิดทางชาติหรือสังคม สถานะทางทรัพย์สิน กำเนิดหรืออื่นใด”

กฎมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเยาวชน วางหลักเกณฑ์การดำเนินการกับเด็กและเยาวชนไว้อย่างครอบคลุมซึ่งได้แก่ การปฏิบัติโดยคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ การกำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กที่จะไม่มีความรับผิดทางอาญา การจับ กักขัง และจำคุก ต้องเป็นไปตามกฎหมายโดยเป็นมาตรการสุดท้ายและมีระยะเวลาสั้นที่สุด (the shortest appropriate period of time) และที่สำคัญจะต้องไม่มีการลงโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิตโดยไม่มีโอกาสได้รับการปล่อยตัว¹¹²

จากการศึกษากฎมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเยาวชนพบว่า มีการกำหนดถึงการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดที่เป็น

¹¹¹United Nations, "United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the Beijing Rules)," [Online] Accessed: 16 January 2021. Available from: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/united-nations-standard-minimum-rules-for-the-administration-of-juvenile-justice-the-beijing-rules/>

¹¹²สกุลสุข หอพิบูลสุข, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 มกราคม 2564 แหล่งที่มา: http://www.csbc-law.com/thai-law-insights/scholar-journal/6_The_Thai_Juvenile_Justice_in_Brief.pdf

เด็กและเยาวชนให้แตกต่างไปจากผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่ แต่ในระหว่างเด็กและเยาวชนด้วยตัวเองแล้วจะปฏิบัติให้แตกต่างกันเพราะเหตุใดๆไม่ได้ตามที่ปรากฏในข้อ 2 แห่งกฎมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเยาวชน

2.4.5 หลักการเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุก (Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment)¹¹³

แม้บุคคลจะตกอยู่ในฐานะเป็นผู้ต้องถูกคุมขังหรือจำคุก ก็ย่อมต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย มิใช่จะถูกปฏิบัติโดยรัฐอย่างไรก็ได้โดยไม่มีขอบเขต โดยในหลักการเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุกได้กำหนดคำจำกัดความของผู้ถูกคุมขังกับผู้ถูกจำคุกไว้แตกต่างกัน ดังนี้¹¹⁴

ผู้ที่ถูกคุมขัง หมายถึง บุคคลใดก็ตามที่ถูกจำกัดอิสรภาพส่วนบุคคลที่ไม่ใช่กรณีโดยผลการต้องคำพิพากษาให้ลงโทษอันเนื่องมาจากการกระทำผิดต่อกฎหมาย ซึ่งมีความหมายเดียวกับผู้ถูกคุมขังระหว่างดำเนินคดี (Untried prisoners) ที่ปรากฏในมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อนักโทษ

ผู้ที่ถูกจำคุก หมายถึง บุคคลใดก็ตามที่ถูกจำกัดอิสรภาพส่วนบุคคลโดยผลของการต้องคำพิพากษาให้ลงโทษอันเนื่องมาจากการกระทำผิดต่อกฎหมาย

หลักการเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุก ตั้งอยู่บนหลักของการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และได้วางหลักเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในข้อ 5 ว่า

ข้อ 5 “หลักการฉบับนี้ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนในประเทศนั้น โดยจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติตามความแตกต่างใดๆ ในระหว่างบุคคลไม่ว่าจะเป็นในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา การนับถือหรือความเชื่อทางศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นทางอื่น สัญชาติ แหล่งกำเนิดทางเผ่าพันธุ์หรือสังคม สถานะทางทรัพย์สิน สถานะทางกำเนิดหรือทางอื่น

¹¹³United Nations, "Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment," [Online] Accessed: 16 January 2021. Available from: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/body-of-principles-for-the-protection-of-all-persons-under-any-form-of-detention-or-imprisonment/>

¹¹⁴กรมราชทัณฑ์, [ออนไลน์].

แต่มาตรการทางกฎหมายที่กำหนดเพื่อคุ้มครองสิทธิและสถานะของสตรี โดยเฉพาะหญิงที่มีครรภ์ หรือมีเด็กอ่อนที่ต้องดูแล เด็ก และเยาวชน คนชรา คนเจ็บป่วยหรือคนพิการนั้น ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ”

การจัดการการคุมขังตามหลักการเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุก เจ้าหน้าที่ต้องแยกผู้ถูกคุมขังออกจากผู้ถูกจำคุก ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

ข้อ 8 “บุคคลที่ถูกคุมขังจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมกับสถานะที่ยังไม่ถูกตัดสิน และถ้าเป็นไปได้ให้แยกผู้ถูกคุมขังออกจากผู้ถูกจำคุก”

จากการศึกษาหลักการเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุกพบว่า ได้ให้ความสำคัญแก่การห้ามเลือกปฏิบัติไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ แต่ได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีที่จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ส่วนการจัดห้องคุมขังหลักการเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุกกำหนดแต่เพียงว่าให้แยกผู้ถูกคุมขังออกจากผู้ถูกจำคุก โดยไม่ได้กล่าวถึงการแยกหญิงออกจากชาย เด็กออกจากผู้ใหญ่ ดังนั้น การพิจารณารายละเอียดเกี่ยวกับการแยกห้องคุมขังต้องไปพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศฉบับอื่น

2.4.6 กฎมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุมตัว (United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures)¹¹⁵

เมื่อการควบคุมตัวต้องดำเนินการอย่างไม่เลือกปฏิบัติ การใช้มาตรการที่จะไม่ควบคุมตัวบุคคลก็ต้องอยู่บนพื้นฐานอย่างเดียวกัน เป็นการรับรองสิทธิเมื่อการหยาบกระด้าง มาตรการไม่ควบคุมตัวมาใช้ ผู้ศึกษาจึงหยิบยกกฎมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุมตัวมาศึกษา ซึ่งในกฎมาตรฐานดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์การห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในข้อ 2 ดังนี้

ข้อ 2 “กฎมาตรฐานฉบับนี้ให้ใช้กับบุคคลทุกคนที่อยู่ระหว่างถูกดำเนินคดี พิจารณาคดี หรือลงโทษ หรือตลอดทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยปราศจากการ

¹¹⁵United Nations, "United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures," [Online] Accessed: 16 January 2021. Available from: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=&p_isn=67064&p_classification=01.04

เลือกปฏิบัติไม่ว่าด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นทางอื่น แหล่งกำเนิดทางเชื้อชาติหรือสังคม สถานะทางทรัพย์สิน กำเนิดหรืออื่นใด”

หลักเกณฑ์ตามมาตรฐานฉบับนี้ให้ใช้กับบุคคลทุกคนที่อยู่ระหว่างดำเนินคดีพิจารณาคดี หรือลงโทษ หรือตลอดทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และการใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวต้องคำนึงถึงลักษณะ และความร้ายแรงของความผิด บุคลิกภาพและภูมิหลังของผู้กระทำความผิดวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และสิทธิของผู้เสียหายประกอบด้วย

จากการศึกษาพบว่า มาตรการไม่ควบคุมตัวกำหนดขึ้นมาเพื่อส่งเสริมทางเลือกอื่นแทนการควบคุมตัว และการใช้มาตรการนี้มีความสอดคล้องกับการแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น ซึ่งพบว่าการนำมาตราการไม่ควบคุมตัวมาใช้ก็ยังคงอยู่บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ โดยกำหนดเป็นหลักเกณฑ์กว้างๆเหมือนกับกฎหมายระหว่างประเทศฉบับอื่น

2.4.7 หลักयोगยาคาร์ตา (The Yogyakarta Principles)

หลักการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเกี่ยวกับบรรณนิยมทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ เกิดขึ้นจากการประชุมของนักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชน ณ เมืองयोगยาคาร์ตา ประเทศอินโดนีเซีย เมื่อปี ค.ศ. 2006 ประกอบด้วยหลักทั้งหมด 29 ข้อ¹¹⁶

ต่อมาในปี ค.ศ. 2017 มีการเพิ่มเติมเพิ่มเติมและข้อผูกพันของรัฐเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเกี่ยวกับบรรณนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ ลักษณะทางเพศกฎหมายสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการริเริ่มทางเพศเพื่อปฏิบัติตามหลักการयोगยาคาร์ตา หลักการที่เพิ่มเข้ามาดังกล่าว คือ หลักการयोगยาคาร์ตาบวก 10 (THE YOGYAKARTA PRINCIPLES plus 10 หรือ YP+10) ใช้ประกอบกับหลักการयोगยาคาร์ตาฉบับปี ค.ศ.2006¹¹⁷

¹¹⁶International Commission of Jurist and the International Service for Human Rights, "The Yogyakarta Principles Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity," [Online] Accessed: 26 September 2020. Available from: www.yogyakartaprinciples.org

¹¹⁷International Commission of Jurist and the International Service for Human Rights, "The Yogyakarta Principles Plus 10, "Additional Principles and State Obligations on the Application of International

หลักการข้อ 2 กำหนดหลักเกณฑ์ว่า สิทธิในความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติมนุษยชนทุกคนสมควรได้รับความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างสมบูรณ์โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศมนุษยชนทุกคนสมควรได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคกัน ภายใต้กฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติดังกล่าว ไม่ว่าสิทธิมนุษยชนข้ออื่นใดจะถูกละเมิดด้วยหรือไม่ก็ตาม กฎหมายต้องบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติดังกล่าว และรับประกันความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติดังกล่าวอย่างได้ผลและเสมอภาคต่อมนุษยชนทุกคน

การเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศหมายรวมถึงการแบ่งแยก การกีดกัน การยกเว้น การจำกัด หรือการเลือกที่รักมักที่ชังโดยอาศัยเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศอันมีจุดประสงค์หรือมีผลทำให้ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายหรือความคุ้มครองเสมอภาคกันโดยกฎหมาย หรือการยอมรับในสิทธิการมีสิทธิ การใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานทั้งหมดอย่างสมบูรณ์ต้องหมดสิ้นหรือขาดตกบกพร่องไป การเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศมักจะเกิดขึ้นพร้อมกับการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุอื่นๆ รวมทั้ง เพศ เชื้อชาติ อายุ ศาสนา ความพิการ สถานะด้านสุขภาพ และฐานะทางเศรษฐกิจ

หลักการข้อ 9¹¹⁸ สิทธิในด้านการปฏิบัติในลักษณะความเป็นมนุษยชนในระหว่างถูกควบคุมตัว โดยระบุว่า มนุษย์ที่ถูกจำกัดเสรีภาพทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและอย่างเคารพต่อศักดิ์ความเป็นมนุษย์ วิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศเป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล โดยรัฐจะต้อง

1) ให้หลักประกันว่าในการกักขังควบคุมตัวจะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการลดทอนคุณค่าของบุคคลให้น้อยลงไป เพราะวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น หรือไม่ทำให้บุคคลนั้นเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อของความรุนแรง การปฏิบัติอย่างโหดร้ายหรือทรมานทางร่างกาย จิตใจหรือทางเพศ

Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles," [Online] Accessed: 26 September 2020. Available from: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf

¹¹⁸ไพศาล ลิขิตปรีชากุล ผู้แปล, หลักการ Yogyakarta ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ แนวทางสร้างหลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้ก้าวไปสู่ความเสมอภาคและเคารพสิทธิทางเพศ, หน้า 44-46.

2) จัดสรรบริการและการให้คำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสมต่อความจำเป็นของผู้ถูกควบคุมตัว โดยเข้าใจในความจำเป็นเฉพาะอันสืบเนื่องจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น โดยรวมทั้งประเด็นด้านอนามัยการเจริญพันธุ์ การเข้าถึงข้อมูลและการรับยาต้านเชื้อเอชไอวีและโรคเอดส์ และการเข้าถึงการรักษาด้วยฮอร์โมนหรืออื่นๆ รวมทั้งการแปลงเพศหากต้องการ

3) ให้นักโทษมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของตน ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

4) มีมาตรการคุ้มครองนักโทษที่เสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อความรุนแรง หรือการทำร้ายจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้นั้น หรือการแสดงออกในด้านดังกล่าว และหากเป็นไปได้ต้องมีมาตรการคุ้มครองดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิเพิ่มมากขึ้นไปกว่านักโทษอื่นทั่วไป

5) ให้สิทธินักโทษและผู้ถูกควบคุมตัวได้รับการเยี่ยมจากคู่สมรสหรือคู่ชีวิต โดยเสมอภาคกันไม่ว่าจะเป็นเพศใด

6) ให้มีการควบคุมตรวจสอบเรือนจำและสถานที่กักขังควบคุมตัว โดยหน่วยงานอิสระทั้งภาครัฐและองค์กรเอกชน รวมทั้งองค์กรที่ทำงานเกี่ยวกับประเด็นเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

7) ริเริ่มโครงการฝึกอบรมพศติ เจ้าหน้าที่เรือนจำ และบุคลากรอื่นทั้งในภาครัฐหรือเอกชนที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมตัว เพื่อเพิ่มความเข้าใจต่อมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และหลักการของความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ รวมถึงในด้านวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการ Yogyakarta Principles ในปี ค.ศ. 2017 เป็น หลักการ Yogyakarta Principles plus 10 (The Yogyakarta Principles plus 10) โดยเพิ่มเติมรายละเอียดหน้าที่ของ รัฐเกี่ยวกับผู้ถูกควบคุมตัวบุคคลข้ามเพศ ดังนี้¹¹⁹

1) รัฐต้องป้องกันและปราบปรามการกระทำที่รุนแรง การเลือกปฏิบัติและการกระทำอันตรายต่อผู้คุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดเสรีภาพ ซึ่งมีสาเหตุในเรื่องความแตกต่างทางอัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะทางเพศ และรัฐต้องดำเนินนโยบายเกี่ยวกับการนำผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ การค้นตัว การจัดให้มีสิ่งของที่ผู้ต้องขังสามารถแสดงออกทางเพศ การเข้าถึง และได้รับการรักษาบำบัดเพื่อยืนยันเพศ (gender affirming treatment) รวมถึงนโยบายเกี่ยวกับการแยกขังผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อคุ้มครองความปลอดภัย (protective solitary confinement)

2) รัฐต้องจัดทำและดำเนินนโยบายเกี่ยวกับการจัดสรรสถานที่คุมขัง และการปฏิบัติต่อผู้ที่ถูกคุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดเสรีภาพ ให้เป็นไปตามความต้องการและสิทธิของทุกคนไม่ว่าผู้นั้นจะมีอัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะทางเพศอย่างไร และการพิจารณาเกี่ยวกับสถานที่คุมขังนั้นผู้ถูกคุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดเสรีภาพ บุคคลดังกล่าวสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจด้วย

3) รัฐต้องจัดให้มีการควบคุมดูแลสถานที่คุมขังที่มีประสิทธิภาพ เพื่อให้บุคคลที่ถูกคุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดเสรีภาพมั่นใจว่าจะได้รับความปลอดภัย และจัดให้มีกระบวนการตรวจตราดูแลที่สามารถสะท้อนความเสี่ยงของผู้ถูกคุมขังที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกันได้

ปฏิญญาสิทธิมนุษยชนอาเซียน (ASEAN Human Rights Declaration - AHRD) ซึ่งผู้นำประเทศอาเซียนได้มีมติรับรองร่วมกันในปี ค.ศ. 2012) มีเนื้อหาไม่ครอบคลุมการปกป้อง

¹¹⁹ ธรรมชัย อ่อนทอง, "การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง : ศึกษากรณบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ," วารสารบัณฑิตศึกษาปริตศาสตร์ 12, 3 (กรกฎาคม – กันยายน) (2562): หน้า 473-474.

สิทธิมนุษยชนของบุคคลเพศหลากหลาย แต่อย่างไรก็ตาม กลุ่มประเทศอาเซียนก็สามารถนำหลักการ ยอกยาคาร์ตาไปปฏิบัติในประเทศ¹²⁰

จากการศึกษาหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระบบกฎหมายระหว่างประเทศพบว่า หลักการส่วนใหญ่บัญญัติคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไว้อย่างกว้างๆ กรณีบุคคลข้ามเพศหลักการที่บัญญัติ อย่างชัดเจนคือ หลักการยอกยาคาร์ตา เป็นการนำกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเกี่ยวกับ รสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ หลักการดังกล่าวจึงเป็นหัวใจสำคัญที่จะนำมาพิจารณา เพื่อพัฒนาสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและคุมขังในระบบกฎหมายไทยต่อไป

2.5 เหตุผลในการกำหนดมาตรการค้นตัวและคุมขังเฉพาะสำหรับบุคคลข้ามเพศ

เมื่อพิจารณาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และแนวคิด ทฤษฎีที่ส่งเสริมสิทธิของบุคคลข้ามเพศมาแล้วในข้างต้น จนเข้าใจแนวคิดพื้นฐานในเรื่องความ หลากหลายทางเพศและสิทธิที่บุคคลข้ามเพศต้องได้รับการรับรองตามกฎหมาย ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะ กล่าวถึงเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดมาตรการค้นตัวและคุมขังเฉพาะสำหรับบุคคลข้ามเพศ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดมาตรการค้นตัวและคุมขังเฉพาะสำหรับบุคคลข้ามเพศ นั้น เป็นเพราะบุคคลข้ามเพศเป็นกลุ่มบุคคลหนึ่งที่มีความเปราะบาง (vulnerable) เมื่อบุคคล ข้ามเพศต้องเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในฐานะผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหา บุคคลข้ามเพศ อาจเสี่ยงต่อการล่วงละเมิดทางวาจา ทางร่างกาย และทางเพศโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือผู้ถูกคุมขังคน อื่น¹²¹ ดังนั้น จึงควรกำหนดมาตรการค้นตัวและคุมขังเฉพาะสำหรับบุคคลข้ามเพศ ด้วยเหตุผลดังที่ กล่าวมาในข้างต้น สิ่งที่สำคัญที่สุดของการกำหนดมาตรการค้นตัวและคุมขังเฉพาะสำหรับบุคคลข้าม เพศนั้นคือ การคุ้มครองจากการล่วงละเมิดทางเพศโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจในระหว่างการค้นตัว และการ ล่วงละเมิดทางเพศหรือถูกข่มขืนโดยผู้ถูกคุมขังคนอื่น การกำหนดมาตรการเฉพาะสำหรับบุคคลข้าม เพศจะเป็นหลักประกันความปลอดภัยและสร้างความสบายใจว่ากระบวนการค้นตัวและคุมขังจะ ดำเนินไปอย่างเหมาะสม

¹²⁰จิตรภรณ์ วันสพงค์ และปิยะวรรณ แก้วศรี, รายงานการศึกษา การทบทวนความก้าวหน้าของการบังคับใช้ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 (2562), หน้า 28.

¹²¹UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook on Prisoners with Special Needs*, p. 105.

จากการข้อมูลรายงานคณะกรรมการจัดการข่มขืนในเรือนจำแห่งชาติของสหรัฐอเมริกา (NATIONAL PRISON RAPE ELIMINATION COMMISSION REPORT) แสดงให้เห็นว่าบุคคลข้ามเพศ (เกย์และกะเทย) จะตกเป็นเหยื่อของการถูกล่วงละเมิดทางเพศหรือถูกข่มขืนถึงร้อยละ 49 ในขณะที่ชายที่รักเพศตรงข้าม (heterosexual men) ถูกล่วงละเมิดทางเพศหรือถูกข่มขืนร้อยละ 9¹²² (หน้า 38 report) ซึ่งข้อมูลดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าบุคคลข้ามเพศอาจตกเป็นเหยื่อการล่วงละเมิดได้ และมีโอกาสเสี่ยงถูกละเมิดสูงกว่าชายหญิง

ในปี พ.ศ. 2563 พบประเทศไทยมีจำนวนผู้ต้องขังทั้งหมดจำนวน 357,055 คน¹²³(กรมราชทัณฑ์) มีผู้ต้องขังข้ามเพศรวมกันประมาณ 4,000 คน หรือ ร้อยละ 1 ของผู้ต้องขังทั้งหมด และในจำนวนนี้มีผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว 60 คน, สาวประเภทสอง 1,800 คน, เกย์ 352 คน, ผู้หญิงข้ามเพศ 1,200 คน, เลสเบี้ยน 1,000 คน และผู้ชายที่แปลงเพศ 34 คน¹²⁴(บางกอก) ซึ่งสะท้อนว่าผู้ต้องขังเหล่านี้ได้ผ่านกระบวนการค้นตัวและคุมขังในชั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจมาแล้ว โดยไม่ทราบเลยว่าการปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านี้ในระหว่างการค้นตัวและการคุมขังได้รับการปฏิบัติอย่างไร ถูกละเมิดทางร่างกายหรือทางจิตใจมากน้อยเพียงใด แม้จำนวนบุคคลข้ามเพศที่เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมในฐานะผู้ต้องหาหรือผู้ต้องขังจะมีจำนวนเพียงร้อยละหนึ่งของผู้ต้องขังทั้งหมด แต่การเป็นบุคคลส่วนน้อยก็ไม่อาจนำมาใช้เป็นข้ออ้างเพื่อผลักบุคคลกลุ่มนี้ให้เป็นบุคคลชายขอบได้ ดังนี้ กฎหมายต้องมีหลักเกณฑ์ที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศไม่ให้ถูกล่วงละเมิดในระหว่างการค้นตัวและการคุมขังของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

วัตถุประสงค์ในการกำหนดมาตรการค้นตัวและคุมขังเฉพาะสำหรับบุคคลข้ามเพศ ได้แก่

1. เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดบุคคลข้ามเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศในระหว่างถูกค้นตัว

¹²²NATIONAL PRISON RAPE ELIMINATION COMMISSION, "National Prison Rape Elimination Commission Report," (2009): p.38.

¹²³กรมราชทัณฑ์, "รายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <http://www.correct.go.th/stathomepage/>

¹²⁴บางกอกโพสต์, "Help for transgender inmates" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/2071303/>

2. เพื่อป้องกันไม่ให้คุณครูข้ามเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศหรือถูกข่มขืนในระหว่างถูกคุมขังที่สถานีตำรวจ

3. เพื่อเป็นหลักประกันต่อความสบายใจของคุณครูข้ามเพศว่า การค้นตัวและการคุมขังจะเป็นไปอย่างเหมาะสม อยู่บนพื้นฐานการกระทบศกดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความรู้สึกให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

เมื่อมีการกำหนดมาตรการการค้นตัวและการคุมขังเฉพาะสำหรับคุณครูข้ามเพศแล้ว จะส่งผลให้การค้นตัวและการคุมขังของคุณครูข้ามเพศเป็นไปอย่างปลอดภัยและเหมาะสม นอกจากนี้ คุณครูข้ามเพศจะเกิดความสบายใจและเชื่อมั่นว่าตนจะไม่ถูกล่วงละเมิดทางเพศในระหว่างการค้นตัว โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือบุคคลผู้ทำการค้น และป้องกันไม่ให้คุณครูข้ามเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศหรือถูกข่มขืนโดยผู้ถูกคุมขังคนอื่น ๆ โดยผู้ศึกษาจะเสนอให้การค้นต้องทำโดยบุคคลที่มีเพศเหมาะสม หรือบุคคลที่ถูกค้นไว้วางใจ และการคุมขังนั้นหากเป็นไปได้อาจจัดให้มีห้องขังแยกต่างหากสำหรับคุณครูข้ามเพศ

ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้คุณครูข้ามเพศต้องตกเป็นเหยื่อการล่วงละเมิดในระหว่างการดำเนินการตามขั้นตอนทางอาญา ผู้ศึกษาจึงเห็นควรกำหนดมาตรการเฉพาะสำหรับคุณครูข้ามเพศอันจะเป็นการสร้างหลักประกันการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศว่าจะได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสม และส่งเสริมสิทธิมนุษยชนของคุณครูข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังซึ่งเป็นกระบวนการที่สำคัญของกระบวนการยุติธรรมอาญา

2.6 สรุป

เมื่อพิจารณาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคนข้ามเพศในบทนี้ การศึกษากระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทำให้เข้าใจพื้นฐานหลักการของระบบงานยุติธรรมทางอาญา และสิทธิมนุษยชนพื้นฐานที่บุคคลพึงได้รับเมื่อต้องเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา และกรอบอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินงานยุติธรรม กระบวนการยุติธรรมในแต่ละขั้นตอนจะต้องดำเนินการตามหลักสิทธิมนุษยชน เคารพศกดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย

หลักการในหัวข้อต่อมา ผู้ศึกษาได้ศึกษาแนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิของคนข้ามเพศ หลักการพื้นฐานอันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาค และหลักการไม่เลือกปฏิบัติ โดยหลักการที่กล่าวมาข้างต้นมีความเกี่ยวข้องและสอดคล้องกัน

เมื่อพิจารณาหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองรับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศแล้ว ลำดับต่อมา ผู้ศึกษาได้ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับเพศ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าแนวคิดทวิเพศช่วยให้เข้าใจสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่มีผลต่อการเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างในเรื่องเพศ จนนำมาสู่แนวคิดสตรีนิยมและแนวคิดความหลากหลายทางเพศที่เกิดขึ้นมาเพื่อต่อสู้แนวคิดระบบทวิเพศ โดยการศึกษาแนวคิดเหล่านี้จะนำไปสู่การพัฒนาสิทธิของบุคคลข้ามเพศให้เกิดความเหมาะสม สอดคล้องกับมาตรฐานสากลในด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

กฎหมายระหว่างประเทศที่คุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศมีหลายฉบับ แต่เป็นเพียงหลักกว้างๆ เสียส่วนใหญ่ อย่างไรก็ตามก็ยังมีหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองบุคคลข้ามเพศไว้ โดยเฉพาะ คือ หลักการยกยอการร่ำว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งหลักการดังกล่าวให้ความสำคัญต่อสิทธิของบุคคลข้ามเพศในด้านต่างๆ โดยในประการสำคัญที่จะนำมาวิเคราะห์ต่อไปนั้นคือ สิทธิในการการปฏิบัติ ในลักษณะความเป็นมนุษย์ระหว่างถูกควบคุมตัว

ดังนั้น การศึกษาแนวคิดและทฤษฎีในบทนี้ ทำให้ผู้ศึกษาเข้าใจหลักคิดเบื้องต้นที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมสิทธิของบุคคลข้ามเพศ เพื่อนำไปวิเคราะห์และพัฒนาสิทธิของบุคคลข้ามเพศ ในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยต่อไป

บทที่ 3

การค้นตัวและการคุมขังในระบบกฎหมายไทย

ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาสิทธิของคนข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัว และการคุมขังมีอะไรบ้าง เพื่อจะกำหนดแนวทางที่เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักการและทฤษฎีต่อกลุ่มบุคคลข้ามเพศที่ยังไม่ได้รับการปฏิบัติที่เสมอภาค เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันนำมาสู่การเลือกปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนสากล ในบทนี้ ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและการคุมขังในระบบกฎหมายไทย รวมทั้งกฎ ระเบียบ คำสั่งภายในของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศ มีความเพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิของคนข้ามเพศหรือไม่ และมีความสอดคล้องกับหลักการสากลหรือไม่

ในบทนี้ ผู้ศึกษาจึงแบ่งการศึกษากฎหมาย รวมทั้งกฎ ระเบียบ คำสั่งภายในของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและคุมขังในประเทศไทย ออกเป็น 9 ส่วน ได้แก่ หัวข้อที่ 3.1 ผู้ศึกษาได้ศึกษาถึงพัฒนาการสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยตั้งแต่สมัยสุโขทัย สมัยอยุธยาและสมัยรัตนโกสินทร์ว่ามีวิวัฒนาการอย่างไร หัวข้อที่ 3.2 ศึกษาประวัติศาสตร์ความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย ต่อมาในหัวข้อ 3.3 ผู้ศึกษาได้ศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยที่รับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศ ซึ่งได้แก่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558 เพื่อให้ทราบหลักการที่กฎหมายได้กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองคนข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ หัวข้อ 3.4 และ 3.5 ผู้ศึกษาจะศึกษาหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัว และการคุมขังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามลำดับ เพื่อพิจารณาว่ามีความเหมาะสมกับคนข้ามเพศและสอดคล้องกับหลักสากลหรือไม่ และในหัวข้อ 3.6 ผู้ศึกษาจะศึกษาระเบียบภายในเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจในเรื่องการค้นตัวและคุมขัง ซึ่งประกอบด้วย ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี บันทึกรายชื่อความผิด เพื่อพิจารณาว่ามีความเหมาะสมกับคนข้ามเพศและสอดคล้องกับหลักสากลหรือไม่ อย่างไรก็ตาม หัวข้อที่ 3.7 ผู้ศึกษาจะศึกษาการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศในทางปฏิบัติ และส่วนสุดท้ายในหัวข้อที่ 3.8 และ 3.9 ผู้เขียนศึกษาถึงสิทธิของบุคคลในขั้นตอนการค้นว่ามีอะไรบ้าง และในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังมีปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในด้านใดบ้าง

เมื่อผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาในประเด็นต่างๆ ดังกล่าวมาในข้างต้น ทำให้ทราบว่าทบทวนญัตติ และกฎกระทรวง ระเบียบและคำสั่งภายในของเจ้าหน้าที่ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและการคุ้มครองที่ประเทศไทยใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิของคนข้ามเพศและยังไม่สอดคล้องกับมาตรฐานของสากล จึงสมควรต้องมีการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องการคุ้มครองและคุ้มครองคนข้ามเพศให้มีความเหมาะสมต่อไป

3.1 พัฒนาการสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย¹

การศึกษาเกี่ยวกับวิวัฒนาการสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ผู้ศึกษาได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ช่วงเวลา ได้แก่ สมัยสุโขทัย สมัยกรุงศรีอยุธยา และสมัยกรุงรัตนโกสินทร์

3.1.1 สมัยสุโขทัย

แนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนของไทยได้ปรากฏขึ้นในสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ตามหลักศิลาจารึกราษฎร์สามารถสันนิษฐานว่าร้องทุกข์ต่อกษัตริย์ได้ สิทธิดังกล่าวของราษฎร์เป็นสิทธิที่กษัตริย์ประทานมาให้ ซึ่งในสมัยนั้นเชื่อว่ากษัตริย์จุติมาจากสวรรค์ ไม่ใช่เพียงผู้นำของประเทศ แต่เป็นผู้ชี้แนะถูกผิด และพิจารณาตัดสินข้อร้องทุกข์ของราษฎร์เพื่อความเป็นธรรม

หลักศิลาจารึกในสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช จึงถือว่าเป็นกฎหมายรับรองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในสมัยนั้น ไม่ว่าจะเป็นสิทธิเสรีภาพในด้านต่างๆ สำหรับกรณีการคุ้มครองสิทธิทางอาญาก็ปรากฏในหลักศิลาจารึกด้วย เช่น การกำหนดให้ผู้พิพากษาต้องพิจารณาและตัดสินคดีอย่างเป็นธรรม และผู้พิพากษาต้องไม่ลำเอียงโดยเห็นแก่ทรัพย์สินเงินทอง และเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติต่อพลเมืองอย่างมีมนุษยธรรมในระดับหนึ่ง โดยกำหนดห้ามฆ่าและห้ามตีพลเมือง

ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่ประชาชนในสมัยสุโขทัย กษัตริย์มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิ เพราะกษัตริย์มีฐานะเหนือราษฎร์ การให้ความคุ้มครองสิทธิโดยกษัตริย์จึง

¹รัชนิกร โชติชัยสถิตย์, "กลไกระดับชาติในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา" (ปริญญานิตศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 14-37.

มีประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ตามการให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรโดยกษัตริย์ในสมัยสุโขทัยก็เป็นไปอย่างไม่ว่าถึง ราษฎรในพื้นที่ห่างไกลไม่สามารถมาร้องทุกข์กับกษัตริย์ได้

3.1.2 สมัยกรุงศรีอยุธยา

สมัยกรุงศรีอยุธยาได้มีการพัฒนากฎหมายระบบบริหารราชการแผ่นดิน หรือกฎหมายมหาชนในปัจจุบัน โดยกฎหมายดังกล่าวได้คุ้มครองสิทธิราษฎรจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในสมัยนั้น ไม่ว่าจะเป็น เสนาบดี ขุนทหาร ข้าราชการ หากเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรมจะถูกลงโทษสถานหนัก

แนวความคิดสิทธิมนุษยชนในสมัยอยุธยา มีการพัฒนารับรองสิทธิของประชาชนไว้ในบทบัญญัติกฎหมาย และประกาศใช้โดยผู้ปกครองโดยประชาชนไม่มีส่วนร่วมใดๆ เพราะประชาชนไม่มีสิทธิมีเสียงต้องอยู่ภายใต้การปกครอง อย่างไรก็ตาม สมัยอยุธยาได้มีการพัฒนาการคุ้มครองสิทธิประชาชน โดยพระมหากษัตริย์ได้มอบอำนาจให้เสนาบดีและข้าราชการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิประชาชนแทนกษัตริย์

3.1.3 สมัยกรุงรัตนโกสินทร์

สมัยกรุงรัตนโกสินทร์จะแบ่งการศึกษาพัฒนาการสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยออกเป็น 2 ช่วง คือ ช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 และช่วงหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

3.1.3.1 ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ระบบกฎหมายและระบบการปกครองในสมัยรัตนโกสินทร์ ได้นำระบบกฎหมายของสมัยอยุธยามาบังคับใช้จนถึงช่วงศตวรรษที่ 14 และในสมัยรัชกาลที่ 1 ได้ทรงโปรดให้มีการชำระพระราชกำหนดบทพระอัยการที่มีอยู่ในหอหลวง

สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในสมัยรัตนโกสินทร์ กรณีสิทธิของผู้ต้องหาตามกฎหมายตราสามดวง² มีที่มาจากสมัยรัชกาลที่ 1 คือกฎหมายลักษณะ

²เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, บุญทิพย์ ผ่องจิตร แลนเกรฟ และประธาน วัฒนวานิชย์, สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย, หน้า 26-38.

อาญาหลวง โดยเมื่อพิจารณาแล้วบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยโบราณยังไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของผู้ต้องหาไว้แต่อย่างใด แต่กฎหมายได้กำหนดเกราะคุ้มครองประชาชนไว้เพื่อมิให้ตกเป็นผู้ต้องหาได้โดยง่าย หากไม่มีผู้ต้องหาที่ไม่ต้องไต่ถามคดีแล้วเพื่อหาคำรับสารภาพของผู้ต้องหา

เกราะคุ้มกันผู้ต้องหาของกฎหมายไทยโบราณคือ การป้องกันมิให้บุคคลถูกกล่าวหาโดยไม่เป็นธรรม เพราะบุคคลจะถูกสงสัยโดยรัฐว่าเป็นผู้กระทำความผิดต้องอาศัยบุคคลผู้ได้รับความเสียหายมากล่าวโทษ ซึ่งการกล่าวโทษเป็นการกล่าวอ้างขึ้นฝ่ายเดียวสามารถทำได้โดยง่าย อาจเกิดกรณีกล่าวหาเพื่อใส่ความ กฎหมายไทยโบราณบัญญัติบังคับให้ผู้กล่าวหาหมิ่นหน้าที่กล่าวหาเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องมีเหตุผลเพียงพอในการกล่าวหา ป้องกันการกล่าวหาอันไร้มูลเหตุ และรัฐจะลงโทษผู้ที่ใส่ความผู้อื่นให้ได้รับความเสียหาย ซึ่งบางความเห็นมองว่าเป็นบทบัญญัติเรื่องการกล่าวหาที่เป็นเท็จอันเป็นแนวความคิดที่พิจารณาจากผู้ต้องหาในความหมายอย่างแคบ แต่หากพิจารณาในแนวความคิดอย่างกว้างสิทธิของผู้ต้องหาเริ่มตั้งแต่ถูกร้องทุกข์กล่าวโทษ ไม่ใช่เริ่มเมื่อรัฐใช้อำนาจจำกัดสิทธิแห่งความเป็นส่วนตัวของบุคคล

สิทธิของผู้ต้องหาตามกฎหมายไทยโบราณ แม้จะมีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายอาญาในปัจจุบัน แต่เมื่อพิจารณาแล้วก็มีสาเหตุสมผลตามบริบทของสังคมในสมัยนั้น กฎหมายไทยโบราณมีกลไกที่รัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นต่ำบางประการของประชาชน

3.1.3.2 หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ในปี พ.ศ. 2475 ประเทศไทยได้เปลี่ยนระบอบการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยสิทธิมนุษยชนของประชาชนไทย ได้ถูกรับรองในฐานะเป็นสิทธิตามกฎหมายครั้งแรกในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ ยังไม่ได้มีการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากสิทธิของประชาชนในการออกเลือกผู้แทนหมู่บ้าน ตำบลและจังหวัดเท่านั้น

ต่อมาวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก โดยมีการกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพในรายละเอียด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความเสมอภาค เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในชีวิตร่างกาย เสรีภาพในการแสดงออก เป็นต้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 ได้ขยายของเขตสิทธิและเสรีภาพออกไป มีการบัญญัติเพิ่มเติมสิทธิเสรีภาพของประชาชนขึ้น สำหรับสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาก็ได้มีการเพิ่มเติมด้วย เช่น การไม่รับโทษอาญาย้อนหลัง การสันนิษฐานเบื้องต้นว่าไม่มีความผิดทางอาญา สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในการขอประกันตัว การไม่ถูกจับกุมคุมขัง การได้รับการเยี่ยม เป็นต้น รัฐธรรมนูญฉบับต่อๆมาก็มีการแก้ไขเพิ่มเติมสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมาเป็นลำดับ นอกจากนั้นสิทธิมนุษยชนทางอาญาได้มีการรับรองไว้ในกฎหมายฉบับอื่นด้วย เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาฉบับต่างๆ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การรับรองสิทธิในกระบวนการทางอาญาของประเทศไทย มีความสอดคล้องกับหลักสากลเช่นเดียวกับนานาประเทศ อันเป็นไปตามหลักการและแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาลงไปรายละเอียดยังมีขั้นตอนการปฏิบัติที่อาจจะยังมีการละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือในบางกระบวนการยังไม่มี การบัญญัติให้เป็นไปตามหลักสากล

เมื่อได้ศึกษาพัฒนาการสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย จึงกล่าวสรุปได้ว่า ประเทศไทยมีการบัญญัติถึงเรื่องสิทธิมนุษยชนตั้งแต่ในสมัยสุโขทัย โดยความเข้มข้นของการคุ้มครองสิทธิของประชาชนมีการพัฒนาขึ้นเรื่อยตามยุคสมัย สมัยสุโขทัยมีการคุ้มครองสิทธิประชาชนที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมให้สามารถมาร้องทุกข์ต่อกษัตริย์ได้ แต่พื้นที่ในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวยังคงมีขอบเขตจำกัด ในสมัยกรุงศรีอยุธยา รับรองสิทธิของประชาชนไว้ในบทบัญญัติกฎหมาย และประกาศใช้โดยผู้ปกครอง โดยประชาชนไม่มีส่วนร่วมใดๆ ต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ปรากฏการรับรองสิทธิของประชาชนอย่างชัดเจนในช่วงหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิของประชาชนในด้านต่างๆ และรับรองสิทธิของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วย

3.2 ประวัติศาสตร์ความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยเป็นสังคมที่เปิดกว้างต่อบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในระดับหนึ่ง เห็นได้จากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การมีความสัมพันธ์กับบุคคลเพศเดียวกัน หรือ การที่บุคคลมีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศวิถีที่แตกต่างจากหญิงชาย เป็นความผิดและมีโทษทางกฎหมายเหมือนกับในบางประเทศ ทำให้บุคคลผู้มีความหลากหลายในประเทศไทยสามารถที่จะ

แสดงออกได้อย่างเปิดเผย แต่อย่างไรก็ตาม ยังคงปรากฏเหตุการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงอคติ ความรังเกียจเหยียดหยาม และการเลือกปฏิบัติอยู่เสมอ ส่วนหนึ่งอาจเนื่องมาจากยังไม่มีกฎหมายที่ส่งเสริมและป้องกันสิทธิของบุคคลกลุ่มดังกล่าวอย่างจริงจัง

สังคมไทยเป็นสังคมที่ไม่ได้มีแค่สองเพศมาตั้งแต่ในอดีต ปรากฏหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าสังคมไทยรับรู้ถึงการมีอยู่ของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศภาวะ และเพศวิถีอื่นนอกจากชายหญิง ไม่ว่าจะเป็นคัมภีร์และวรรณกรรมที่ได้รับอิทธิพลจากพุทธศาสนา กฎมณเฑียรบาลและกฎหมายบันทึกลงและเอกสารทางประวัติศาสตร์ และภาพจิตรกรรมฝาผนัง การพบหลักฐานที่ปรากฏตั้งที่กล่าวมาส่งผลให้นักวิชาด้านเพศวิถีชาวตะวันตกมองว่า มุมมองเรื่องเพศของประเทศไทยอยู่บนพื้นฐานของการจำแนกเพศออกเป็น 3 เพศ ได้แก่ ชาย หญิง และกะเทย ซึ่งแตกต่างจากมุมมองแบบตะวันตกที่จำแนกเพศออกเป็นชายและหญิงเท่านั้น นำมาซึ่งการตั้งข้อรังเกียจ การกีดกัน การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพศอื่นที่นอกเหนือจากชายหญิง แต่ยังมีรุนแรงถึงขั้นถูกลงโทษตามกฎหมายเหมือนกับบางประเทศในสังคมโลก³

หลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าสังคมไทยตระหนักถึงความมีอยู่ของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศภาวะ และเพศวิถีอื่นนอกจากชายหญิง ได้แก่⁴

1. พระไตรปิฎก และคัมภีร์ทางศาสนา ปรากฏในระเบียบข้อบังคับที่บัญญัติไว้สำหรับภิกษุและภิกษุณี โดยมีการห้ามบุคคลที่ไม่ใช่ชายและหญิงบวช และพฤติกรรมต้องห้ามตามธรรมเนียมเรื่องการกลับเพศ โดยในพระไตรปิฎกสำหรับประชาชนที่ย่อความมาจาก พระไตรปิฎกฉบับภาษาบาลี 45 เล่ม พิมพ์รวมครั้งที่ 6 พ.ศ. 2525 ได้อธิบายคำว่า “บัณฑิตเอก หรือกะเทย” ในหัวข้อบุคคลที่ห้ามบวชว่า ผู้ที่พอใจให้บุรุษเกี่ยวข้องกับตนโดยมีความรู้สึกว่าเป็นเหมือนสตรี⁵

2. ตำนานการสร้างโลก และวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับพุทธศาสนา เช่น วรรณคดีในสมัยสุโขทัยที่เล่าเรื่องจักรวาลวิทยาและการสร้างโลก คือ “ไตรภูมิพระร่วง” พระยาสิทธิไทยเป็นผู้ทรง

³สถาบันพิพิธภัณฑการเรียนรู้แห่งชาติ, เพศแห่งสยาม ประวัติศาสตร์ความหลากหลายทางเพศ (*Gender of Siam: History of Sexual Diversity*), พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพิพิธภัณฑการเรียนรู้แห่งชาติ, 2562), หน้า 39.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41 – 69.

⁵สุชีพ ปุณฺณานุกาพ, พระไตรปิฎก ฉบับประชาชน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2530), หน้า 224.

พระราชนิพนธ์ขึ้นในปี พ.ศ. 1888 ปรากฏคำว่า “กะเทย” ในหัวข้อที่อธิบายถึงผลกรรมของการผิดศีลข้อ 3 และในตำนานการสร้างโลกของล้านนาเรื่อง “ปฐมมูลมูลี” ซึ่งสันนิษฐานว่าแต่งขึ้นในช่วงรัชสมัยของพระเมืองแก้ว พ.ศ. 2038 – 2068 ตรงกับสมัยอยุธยา โดยในตำนานดังกล่าวว่า บุตรผู้หนึ่งในจำนวนสามคนที่เกิดจากการปั้นดินของนางอิตถ์โคยะสังกะสี มนุษย์คนแรกของโลกประกอบไปด้วย อิตถ์สิงค์ (ผู้หญิง), ปุริสสิงค์ (ผู้ชาย), และ “นปุงสกะ” (บุคคลสองเพศ)⁶

3. ภาพจิตรกรรมฝาผนัง คือภาพวาดที่ปรากฏอยู่บนผนังของโบสถ์ วิหาร ระเบียบียงคุด และอาคารทางศาสนาอื่นๆ เช่น หอไตร ตู้พระธรรม โดยส่วนมากนิยมวาดภาพเล่าเรื่องพุทธประวัติ ชาดก และวรรณกรรมทางพุทธศาสนา โดยภาพจิตรกรรมที่แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมรักร่วมเพศจำนวนมากมักเป็นภาพของนางสนมกำนัลในพระราชวังนอนกอดก่ายกัน ซึ่งเป็นพระราชฐานชั้นในที่ผู้ชายไม่สามารถเข้าได้ ตัวอย่างภาพจิตรกรรมลักษณะดังกล่าว เช่น ส่วนหนึ่งของภาพเขียนเรื่องรามเกียรติ์ที่ปรากฏด้านหลังของตู้พระธรรมในพระที่นั่งพุทธโธสวรรย์ แสดงถึงกิริยาเชิงเส่นหา ระหว่างผู้หญิงสองคนภายในพระราชฐานชั้นใน หรือภาพจิตรกรรมฝาผนังในวิหารวัดบวรนิเวศราชวรวิหาร จังหวัดเชียงใหม่ ที่ปรากฏภาพกิริยาระหว่างผู้ชายกับผู้ชายแนบชิดกัน⁷

4. วรรณคดีและวรรณกรรม ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นมีวรรณคดีและวรรณกรรมหลายเรื่องที่มีการปลอมตัวเป็นเพศตรงข้ามชั่วคราว และไม่ได้มีจิตใจเส่นหาในเพศเดียวกัน โดยต้องปลอมตัวเพราะเหตุผลบางอย่างโดยไม่มีเจตนาที่จะเปลี่ยนเพศของตนไปตลอด แม้จะแตกต่างกับการข้ามเพศในปัจจุบัน แต่ก็แสดงให้เห็นมุมมองการสลับเพศไม่ใช่เรื่องผิดปกติ เช่น เรื่องอิเหนา นางบุษบาเป็นอุณณากรรม, เรื่องดาหลัง ปันหยี่ปลอมตัวเป็นกะเทย, เรื่องลักษณวงศ์ นางทิพย์เกสรเป็นพราหมณ์⁸

5. เอกสารทางประวัติศาสตร์ พงศาวดาร และบันทึกต่างๆ พบหลักฐานการมีอยู่ของ “ขันที” ซึ่งเป็นศัพท์ที่ใช้เรียกบุคคลเพศชายที่ถูกตัดอวัยวะเพศ มีหน้าที่รับใช้กษัตริย์ และดูแลกิจการในราชสำนักฝ่ายใน ปรากฏในกฎมณเฑียรบาลสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถซึ่งครองราชย์ในช่วง

⁶สถาบันพิพิธภัณฑ์การเรียนรู้แห่งชาติ, เพศแห่งสยาม ประวัติศาสตร์ความหลากหลายทางเพศ (Gender of Siam : History of Sexual Diversity), หน้า 48-50.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50 - 54.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55 - 58.

พ.ศ.1991 – 2031 นอกจากนั้นยังปรากฏใน “จดหมายเหตุลาลูแบร์” ของซิมง เดอ ลา ลูแบร์ (Simon de La Loubere), “หนังสือประวัติศาสตร์ธรรมชาติและการเมืองแห่งราชอาณาจักรสยาม (ในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์มหาราช)” ของนิโกลาส์ แชรแวงส (Nicolas Gervaise) และปรากฏในเอกสารสมัยอยุธยาตอนปลายคือ “คำให้การของขุนหลวงหาวัด (ฉบับหลวง)” ซึ่งกล่าวว่าชั้นที่มีฐานะเป็นเจ้าของงานที่ติดตามเจ้านายฝ่ายในซึ่งเป็นสตรี⁹

6. ละครนอก ละครใน ละครร้อง ในสมัยอยุธยาตอนปลายมีหลักฐานปรากฏคณะละครทั้งผู้ชายและผู้หญิง โดยละครที่ใช้ผู้แสดงเป็นผู้หญิงทั้งหมดและแสดงในราชสำนักเรียกว่า “ละครใน” ตัวแสดงหญิงจึงต้องสวมบทบาทเป็นสุภาพบุรุษด้วย ต่อมาในช่วงปลายรัชกาลที่ 5 ได้พัฒนาเป็น “ละครร้อง” แต่ยังคงใช้นักแสดงเป็นผู้หญิงล้วน ส่วนละครที่แสดงนอกราชสำนักมีผู้แสดงส่วนใหญ่เป็นชายล้วนเรียกว่า “ละครนอก” โดยการแบ่งพื้นที่การแสดงละครเช่นนี้แสดงให้เห็นว่าการสวมบทบาทสลับเป็นเพศตรงข้ามก็ไม่ใช่เรื่องแปลก¹⁰

7. กฎหมายในอดีต พบว่ามีบทลงโทษสำหรับพฤติกรรมรักร่วมเพศ และห้ามไม่ให้กะเทยเข้ามาเป็นพยานในศาล และในกฎหมายเขี้ยวบาลสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ มาตรา 124 บัญญัติบทลงโทษนางสนมกำนัลที่คบกับฉันทูสาวว่า “อนึ่ง สนมกำนัล คบผู้หญิงหนึ่งกันทำดูจชายเป็นชู้เมียกัน ให้ลงโทษด้วยลวดหนัก 50 ที ศักคอประจานรอบพระราชวัง ทีหนึ่งให้เอาเป็นชายสติงทีหนึ่งให้แก่พระเจ้าลูกหลานเธอ”¹¹

กฎหมายตราสามดวงซึ่งเป็นกฎหมายเก่าแก่ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ได้รับการชำระในสมัยรัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ โดยในส่วนของพระไอยการลักษณะภรรยาณกล่าวถึงบุคคล 33 ประเภทที่ไม่สมควรเป็นพยานในศาล โดยหนึ่งในนั้นคือ กะเทยและบัณเฑาะก์ มีสาเหตุมาจากความเชื่อทางพุทธศาสนาว่า คนที่จะมาเป็นพยานในศาลต้องไม่เป็นคนบาป การเกิดเป็นกะเทยเป็นผลมาจากการทำบาปในชาติก่อน

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59 - 64.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 65 - 66.

¹¹ กัธร์ เลี้ยงสังธรรม, กฎหมายตราสามดวง เล่ม 1 พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สถาบันปรีดี พนมยงค์, 2548), หน้า 89.

นอกจากนั้น ยังมีกฎหมายที่บัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันเป็นความผิด โดยปรากฏในกฎหมาย 2 ฉบับ ซึ่งจัดทำขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 โดยใช้คำว่า “กระทำชำเราผิดธรรมดา โลกย์” ได้แก่ 1. มาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 1182 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้เป็นการชั่วคราว ต่อมาได้ยกเลิกไปเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ร.ศ.127 และ 2. มาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ร.ศ.127 โดยกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวได้รับแนวคิดมาจากฐานความผิดการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันของตะวันตก หรือ sodomy law ซึ่งต่อมาไม่ปรากฏว่ามีการนำกฎหมายเรื่องนี้มาบังคับใช้ และถูกยกเลิกไปในที่สุด

ในอดีตมุมมองเรื่องเพศของประเทศไทยที่อยู่บนพื้นฐาน 3 เพศ แต่ปัจจุบันยังมี “เพศอื่น” หรืออัตลักษณ์อื่นๆเพิ่มเติมขึ้นมา ได้แก่ เกย์, ทอม, ดี, หลิงรักหลิง, ไบ, อินเตอร์เซ็กส์, เคียวร์, ทรานส์แมน,นอน-ไบนารี โดยกล่าวเรียกรวมๆว่า “บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” หรือภาษาอังกฤษเรียกว่า “แอลจีบีทีควไพลัส” (LGBTQI+) และไม่แน่ว่าในอนาคตอาจจะมีเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศอื่นๆปรากฏขึ้นอีก

จากการศึกษาพบว่า ความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยมีประวัติศาสตร์อันยาวนาน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการตระหนักรู้ถึงความมีอยู่ของบุคคลกลุ่มดังกล่าวในสังคมไทย แต่สิ่งที่แตกต่างกันไปในแต่ละช่วงเวลา คือ ความเข้าใจในเรื่องความหลากหลายทางเพศว่าเป็นเรื่องผิดปกติผิดธรรมชาติ หรือเป็นเรื่องปกติธรรมที่เกิดขึ้นได้ในทุกสังคมเหมือนในปัจจุบัน

3.3 บทบัญญัติกฎหมายไทยที่รับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะศึกษาบทบัญญัติกฎหมายไทยที่เป็นพื้นฐานในการรับรองสิทธิบุคคลข้ามเพศ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558 โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.3.1 กฎหมายรัฐธรรมนูญ

หลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศอันรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ แบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้¹²

¹²อารยา สุขสม, "รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ (Thai Constitution and Sexual Diversity)," วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 11, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม) (2561): หน้า 104-106.

1. การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมถึงความหลากหลายทางเพศ คือ บัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีความแตกต่างทางอัตลักษณ์ทางเพศ หรือวิถีทางเพศไว้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ประเทศที่นำการบัญญัติลักษณะที่มาใช้เป็นประเทศแรก คือ ประเทศแอฟริกาใต้ ตามมาตรา 9 วรคสามแห่งรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ โดยวางหลักว่า “ห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งอัตลักษณ์ หรือวิถีทางเพศ”¹³ นอกจากนี้ ประเทศเอกวาดอร์ และประเทศโบลิเวีย ก็ได้บัญญัติคุ้มครองบุคคลที่มีความแตกต่างทางอัตลักษณ์ทางเพศ หรือวิถีทางเพศไว้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนเช่นเดียวกัน

2. การตีความบทบัญญัติที่มีอยู่ให้ครอบคลุมถึงความหลากหลายทางเพศ คือ มิได้ระบุให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีความแตกต่างทางอัตลักษณ์ทางเพศ หรือวิถีทางเพศไว้โดยตรง แต่เกิดจากการตีความคำว่า “เพศ” ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญประเทศสโลวาเนียเห็นว่า วิถีทางเพศเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งที่กำหนดตัวตนของบุคคลและการดำเนินชีวิต โดยวิถีทางเพศจะเป็นสิ่งที่ติดตัวไปกับบุคคลนั้นไปตลอดชีวิต เช่นเดียวกับเพศ เชื้อชาติ ศาลจึงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการรับมรดกของคู่รักที่มีเพศเดียวกันตามกฎหมาย ให้แตกต่างไปจากการรับมรดกของคู่รักต่างเพศ เป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุวิถีทางเพศ แม้ว่าจะไม่มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนศาลก็สามารถตีความครอบคลุมเพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลที่มีความแตกต่างทางอัตลักษณ์ทางเพศ หรือวิถีทางเพศได้

สำหรับประเทศไทยการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศปรากฏอย่างชัดเจนช่วงจัดทำร่างรัฐธรรมนูญในปีพ.ศ. 2550 สาเหตุหนึ่งก็เนื่องมาจาก องค์การสหประชาชาติได้วางแนวทางคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศไว้ จึงก่อให้เกิดหน้าที่ของประเทศไทยในฐานะเป็นรัฐสมาชิกประเทศหนึ่งต้องปรับปรุงกฎหมายภายใน เพื่อรองรับการคุ้มครองบุคคลหลากหลายทางเพศให้สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชนสากล และเป็นไปตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี

หลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศอันรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีลักษณะ เป็นการตีความบทบัญญัติที่มีเพื่อให้ครอบคลุมถึงความหลากหลายทาง

¹³Article 9 of Constitution of the Republic of South Africa 1966.

เพศ โดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 บัญญัติเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างในเรื่อง “เพศ” ไว้ โดยไม่ได้บัญญัติชัดเจนในเรื่องความแตกต่างทางอัตลักษณ์ทางเพศ หรือวิถีทางเพศไว้โดยตรง

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ที่เป็นหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิของคนข้ามเพศ ได้แก่

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”

บทบัญญัติมาตรา 4 เป็นการบัญญัติไว้อย่างกว้างขวางถึงการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันมีความเกี่ยวเนื่องและเชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนอย่างแยกออกจากกันไม่ได้ โดยการคุ้มครองดังกล่าวเป็นไปตามหลักสากล และสอดคล้องกับนานาประเทศในสังคมโลก

มาตรา 27 “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้างต้น ในวรรคสองบัญญัติถึงสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง ซึ่งรัฐธรรมนูญยังคงยึดระบบทวิเพศอยู่ จึงยังมีข้อบกพร่องในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงควรพิจารณาปรับแก้บทบัญญัติโดยออกจากรอบของระบบทวิเพศที่จำแนกเพศตามสรีระแต่กำเนิดของบุคคลเท่านั้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น เพราะเพศมีความหมายมากกว่าแค่ชายหญิง

ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลข้ามเพศ

(1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 คดีนี้ศาลฎีกาพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายไทยให้การรับรองเพศของบุคคลโดยถือเอาตามเพศสรีระที่ถือกำเนิดมา อีกทั้งตาม พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้หมายความคำว่า “หญิง” ว่าหมายถึงบุคคลที่สามารถคลอดลูกได้ เมื่อผู้ร้องถือกำเนิดมาเป็นเพศชายแม้จะผ่านกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ตาม แต่ผู้ร้องก็รับรองอยู่แล้วว่าตนเองนั้นไม่สามารถมีบุตรได้ ดังนั้น ผู้ร้องจึงยังคงเป็นเพศชายในทางกฎหมาย และกฎหมายไทยก็ไม่ให้การรับรองสิทธิแก่ผู้ร้องที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดได้ ดังนั้น ผู้ร้องจึงไม่สามารถขอแก้ไขเพศสภาพในทะเบียนบ้าน บัตรประจำประชาชนและทะเบียนทหารจากเดิมที่ระบุว่าผู้ร้องเป็นเพศชายโดยเปลี่ยนมาเป็นเพศหญิงได้

(2) คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ คดีหมายเลขดำที่ 283/2553 คดีนี้ ศาลปกครองเห็นว่า ประกาศของเทศบาลนครเชียงใหม่ที่กำหนดระเบียบและหลักเกณฑ์การประกวดกระทงใหญ่ซึ่งข้อความตอนหนึ่งระบุว่า “...ผู้หนึ่งประกอบกระทงตามเนื้อเรื่องที่ทำเสนอ (เฉพาะ สุภาพสตรีหรือสุภาพบุรุษเท่านั้น) ...” เป็นข้อความที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 30 วรรคสามที่กำหนดว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ จะกระทำมิได้ ซึ่งคำว่า “เพศ” ในที่นี้หมายความรวมถึง “ความหลากหลายทางเพศ”

(3) คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 คดีนี้ ศาลปกครองเห็นว่า คดีนี้เป็นเรื่องที่ถูกฟ้องคดีอาศัยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพร่างกายและบุคลิกดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีที่เป็นผู้มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดแล้วนำมาวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นโรคจิตถาวร ศาลจึงได้มีคำพิพากษา ให้กระทรวงกลาโหมเพิกถอนคำว่า “เป็นโรคจิตถาวร” ในใบรับรองการตรวจเลือกทหารกองเกิน (สด.43) รวมถึงใบสำคัญสำหรับคนจำพวกที่ 4 (สด.5) และ ใบสำคัญให้รับราชการทหาร (สด.9) ของบุคคลข้ามเพศซึ่งยังไม่ผ่านการแปลงเพศแต่มีการเสริมหน้าอก โดยเห็นว่าการใช้ถ้อยคำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายอันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ฟ้องคดี

การบังคับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญของศาลในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เกิดจากการตีความความหมายของคำว่า “เพศ” ซึ่งแต่เดิมศาลจะตีความจำกัด

อยู่แค่เพศหญิงและเพศชาย แต่เมื่อแนวคิดของสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปแนวทางการตีความคำว่า “เพศ” จึงมีขอบเขตขยายไปถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย¹⁴ อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่มีการกำหนดนิยามของคำว่า “เพศ” ให้รวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อาจเกิดปัญหาการตีความคำว่า “เพศ” ของศาลแตกต่างกันไปในแต่ละช่วงเวลาก็ได้ ทำให้การคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศตามรัฐธรรมนูญไม่มีความชัดเจนแน่นอน

จากการศึกษาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอันเป็นพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศพบว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นบัญญัติไว้เป็นหลักกว้างๆในการคุ้มครองบุคคล โดยมาตรา 27 วรรคสามกำหนดห้ามเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างในเรื่องเพศ แต่ไม่ได้บัญญัติลงไปในรายละเอียดว่า “เพศ” หมายถึงอย่างไร อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 27 วรรคสอง ผู้ศึกษาเห็นว่าคำว่า “เพศ” นั้นจำกัดอยู่แค่เพศหญิงและเพศชาย และเมื่อพิจารณาคำพิพากษาของที่เกี่ยวข้องในประเด็นดังกล่าวก็พบว่าการตีความคำว่า “เพศ” ของศาลแตกต่างกันไปในแต่ละช่วงเวลาตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น

3.3.2 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558 เป็นกฎหมายที่บัญญัติคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเพราะสาเหตุด้านเพศโดยเฉพาะ ส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิง และปกป้องคุ้มครองสิทธิของผู้มีความหลากหลายทางเพศให้ได้รับความเท่าเทียม กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดนิยามของคำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายถึง การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม¹⁵ เมื่อพิจารณาตามบทนิยามมีความครอบคลุมกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการ 2 ชุดส่งเสริมและผลักดันให้มีการดำเนินการตามพระราชบัญญัติ ได้แก่

¹⁴อารยา สุขสม, "รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ (Thai Constitution and Sexual Diversity)," วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ หน้า 114-115.

¹⁵มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558.

1. คณะกรรมการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ¹⁶ (คณะกรรมการ สทพ.) มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย มาตรการ และแผนปฏิบัติงานเพื่อให้เกิดการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศในทุกหน่วยงาน และให้ความช่วยเหลือบุคคล ซึ่งตกเป็นผู้เสียหายจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ¹⁷

2. คณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ¹⁸ (คณะกรรมการ วลพ.) มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาที่มีการยื่นคำร้องว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และดำเนินการให้มีการศึกษา การวิจัย และการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการป้องกันมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

นอกจากนั้นปรากฏหลักห้ามมิให้ตัวบทกฎหมายบัญญัติในลักษณะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ โดยในมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ บัญญัติว่า

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ”

เมื่อผู้ศึกษาพิจารณาพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558 พบว่าแม้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีความมุ่งหมายคุ้มครองสิทธิบุคคลมิให้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ และส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง รวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ นอกจากนั้นยังเป็นเครื่องมือทางกฎหมายชิ้นแรกของประเทศไทยที่มีการปกป้องคุ้มครองผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่ก็ยังไม่มีมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่ชัดเจนทำให้บุคคลถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่ได้

¹⁶มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558.

¹⁷มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558.

¹⁸มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558.

รับความเป็นธรรมที่เหมาะสม จึงควรมีกฎหมายกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนสากลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้¹⁹

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศวางหลักกว้างๆ ในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ มีสาระในเรื่องการตรวจสอบการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ โดยคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ การชดเชยและเยียวยาผู้เสียหาย กองทุนส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ โดยไม่ปรากฏรายละเอียดว่าการกระทำอย่างไรที่จะมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ ไม่มีคำนิยามที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ อาทิเช่น บุคคลข้ามเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ จึงเป็นเรื่องที่ต้องศึกษาต่อไปว่าเนื้อหาตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศมีความเพียงพอหรือไม่ อย่างไร ในการดำเนินการให้บรรลូវวัตถุประสงค์ตามพระราชบัญญัตินี้

3.4 การค้นตัว

มาตรา 28 วรรค 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 บัญญัติว่า “การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิต หรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ” เป็นบทบัญญัติที่เป็นขอบเขตอย่างกว้างๆที่กำหนดให้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการค้นตัวหรือการกระทำอันมีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของบุคคลต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจเท่านั้น เจ้าหน้าที่ไม่อาจใช้อำนาจได้อย่างอำเภอใจ

การค้นตัวบุคคลตามระบบกฎหมายไทยนั้นเจ้าหน้าที่ไม่ต้องขอหมายศาลในการค้น เหมือนกับการค้นเคหสถาน อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ที่ไม่สามารถค้นตัวบุคคลได้อย่างอำเภอใจ เจ้าหน้าที่จะดำเนินการค้นตัวจะต้องปรากฏ “เหตุอันควรสงสัย” ว่าบุคคลนั้นน่าจะมีวัตถุที่จะนำไปใช้กระทำความผิด หรือวัตถุที่ได้มาจากการกระทำความผิด หรือวัตถุที่มีไว้เป็นความผิดชุกซ่อนในร่างกายหรือเสื้อผ้าที่สวมใส่ ซึ่งเหตุอันควรสงสัยดังกล่าวไม่ต้องถึงขนาดที่จะเป็นเหตุอันควรสงสัย

¹⁹ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 18 ก (13 มีนาคม 2558) หน้า 27.

ในการพิสูจน์ความผิดในศาล แต่เป็นเพียงเหตุอันควรสงสัยตามมาตรฐานของวิญญูชนทั่วไปก็พอแล้ว²⁰

การค้นตัวบุคคล อันมีลักษณะกระทบเนื้อตัวร่างกายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย แบ่งออกได้เป็น 4 ช่วง ดังนี้

1) การค้นตัวบุคคลผู้ถูกจับ มาตรา 85

การค้นตัวผู้หญิงซึ่งถูกจับมาตรา 85 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “การค้นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ ถ้าค้นผู้หญิงต้องให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้น”

ตามบทบัญญัติมาตรา 85 วรรค 2 เป็นกรณีที่ผู้ถูกจับกุมเป็นผู้หญิง การค้นหลังการจับกุมจะต้องทำโดยเจ้าพนักงานหญิงเป็นผู้หญิง อันเป็นหลักประกันว่า คู่ครองผู้หญิงที่จะถูกค้นว่าจะถูกค้นโดยบุคคลเพศเดียวกับตน เพื่อป้องกันการกระทำอนาจารหรือสร้างความอับอายที่จะเกิดขึ้นในขั้นตอนการค้นตัว²¹

2) การค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะ มาตรา 93

การค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะ ต้องทำโดยเจ้าพนักงานตามบทบัญญัติมาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ทำการค้นบุคคลใดในที่สาธารณสถาน เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้นในเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิดหรือซึ่งมีไว้เป็นความผิด”

จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 93 ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ว่าการตรวจค้นบุคคลเพศหญิงอย่างไร้โดยเฉพา การค้นตัวบุคคล

²⁰ กนกศักดิ์ พ่วงลาภ, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 มกราคม 2564. แหล่งที่มา:

https://www.matichon.co.th/article/news_1603013

²¹ ณรงค์ ใจหาญ, "หลักกฎหมายที่คุ้มครองผู้หญิงในกระบวนการดำเนินคดีอาญา," *Huachiew Chalermprakit Law Journal*, 1 (2552): หน้า 126-139.

ในที่สาธารณะก็มีการดำเนินการที่ต้องแต่เนื้อต้องตัวผู้ถูกค้นด้วย และผู้ที่ถูกตรวจค้นยังไม่อยู่ในฐานะผู้ต้องหา จึงควรมีหลักเกณฑ์ที่คุ้มครองสิทธิเช่นเดียวกับมาตรา 85 วรรค 2²²

3) การค้นตัวในที่รโหฐาน มาตรา 100 วรรค 2

มาตรา 100 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ถ้ามีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นได้อาสิ่งของที่ต้องการพบชุกซ่อนในร่างกายเจ้าพนักงานผู้ค้นมีอำนาจค้นตัวผู้นั้นได้ดังบัญญัติไว้ตามมาตรา 85” หลักเกณฑ์การค้นหญิงในที่รโหฐานต้องดำเนินการโดยเจ้าพนักงานหญิงเช่นเดียวกับมาตรา 85

4) การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายโดยพนักงานสอบสวน

มาตรา 132 (1) วรรค 2 “ในการตรวจตัวผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่ง หากผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นหญิง ให้จัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ ทั้งนี้ ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาจะขอให้นำบุคคลใดมาอยู่ร่วมในการตรวจนั้นด้วยก็ได้” บทบัญญัติมาตรานี้มีความมุ่งหมาย เพื่อให้หญิงที่ถูกตรวจตัวไม่ต้องรู้สึกอับอายต่อการถูกตรวจ และทำให้เกิดความมั่นใจในการรับการตรวจ เพราะให้สิทธิในการมีผู้อื่นเข้ามาอยู่ด้วย²³

กฎหมายไม่ได้บัญญัติชัดเจนว่าหากเป็นกรณีผู้ต้องหาเป็นชาย หรือเป็นบุคคลข้ามเพศ การค้นตัวต้องทำโดยแล้วเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นตัวต้องเป็นเพศใด ในทางปฏิบัติผู้หญิงข้ามเพศซึ่งเพศแต่กำเนิดเป็นชาย จะถูกค้นตัวโดยเจ้าพนักงานเพศชาย ส่วนผู้ชายข้ามเพศมีเพศกำเนิดเป็นหญิงเจ้าพนักงานหญิงจะเป็นผู้ค้นตัว ซึ่งเป็นการปฏิบัติโดยยึดโยงอยู่ที่เพศแต่กำเนิดโดยไม่คำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องหาที่ปรากฏ

เมื่อเจ้าหน้าที่ลงมือค้นแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่จัดทำบันทึกรายละเอียดแห่งการค้น โดยปรากฏในมาตรา 103 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 103 ให้เจ้าพนักงานผู้ค้นบันทึกรายละเอียดแห่งการค้น และสิ่งของที่ค้นได้นั้นต้องมีบัญชีรายละเอียดไว้

²² เรื่องเดียวกัน.

²³ เรื่องเดียวกัน.

บันทึกการค้นและบัญชีสิ่งของนั้นให้อ่านให้ผู้ครอบครองสถานที่ บุคคลในครอบครัว ผู้ต้องหา จำเลย ผู้แทนหรือพยานฟัง แล้วแต่กรณี แล้วให้ผู้นั้นลงลายมือชื่อรับรองไว้”

จากการศึกษาพบว่า บทบัญญัติการค้นตัวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แม้จะมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 85 วรรค 2 ว่ากรณีที่ผู้ถูกจับกุมเป็นผู้หญิง การค้นหลังการจับกุม จะต้องทำโดยเจ้าพนักงานหญิงเป็นผู้หญิง และมาตรา 132 (1) วรรค 2 การตรวจตัวผู้ต้องหาหญิง ให้จัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังไม่มีบทบัญญัติชัดเจนว่าหากผู้ถูกค้นเป็นชาย หรือค้นข้ามเพศการค้นตัวจะมีกระบวนการอย่างไร เจ้าหน้าที่เพศใดจะเป็นผู้ตรวจค้น ส่วนกรณีการค้นตัวหญิงในที่สาธารณะตาม มาตรา 93 ก็ยังไม่มีการบัญญัติว่าเจ้าหน้าที่เพศใดจะเป็นผู้ดำเนินการค้น

การค้นตัวกรณีอื่นที่นอกเหนือไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้แก่

(1) การค้นตัวตามคู่มือหลักปฏิบัติในการตรวจค้นและคู่มือมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง กรมราชทัณฑ์²⁴

การตรวจค้น หมายถึง การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ในการตรวจสอบ ค้นหา หรือยึดสิ่งของต้องห้าม สิ่งของที่ไม่อนุญาตให้นำเข้าหรือมีไว้ในเรือนจำ

หลักพื้นฐานในการตรวจค้นของกรมราชทัณฑ์

1. การตรวจค้นต้องยึดหลักความปลอดภัย
2. การค้นตัวบุคคลต้องดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำการตรวจค้น ต้องได้รับการฝึกตรวจค้นมาก่อน
3. การตรวจค้นบุคคลต้องปฏิบัติด้วยความละมุนละม่อม และเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง
4. การตรวจค้นตัวผู้หญิงจะต้องมีเจ้าหน้าที่หญิงทำการตรวจค้น

²⁴ คู่มือหลักปฏิบัติในการตรวจค้นและคู่มือมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง กรมราชทัณฑ์, ที่ ยธ 0705.3/36156.

วัตถุประสงค์ของการตรวจค้นบุคคล เพื่อตรวจสอบหาสิ่งของต้องห้าม สิ่งของที่ไม่อนุญาตให้นำเข้าเรือนจำโดยอาจมีการชุกซ่อนอยู่ในตัวของบุคคลต่างๆ ได้แก่ เจ้าหน้าที่ ผู้ต้องขัง และบุคคลอื่นๆ ก่อนเข้าไปในเรือนจำ และเพื่อป้องกันเหตุร้ายและความไม่สงบเรียบร้อยในเรือนจำ สำหรับกรณีผู้ต้องขังนอกจากการตรวจค้นตัวก่อนเข้าเรือนจำแล้ว เจ้าหน้าที่สามารถตรวจค้นในกรณีอื่นๆ ได้ด้วย เช่น ก่อนออกจากโรงงานฝึกวิชาชีพ ก่อนขึ้นเรือนนอน ก่อนและหลัง เยี่ยมญาติ พบทนายความ พบบุคลากรทางการแพทย์ ไปศาล หรือกรณีอื่นใดที่เจ้าหน้าที่เห็นสมควร หรือมีกรณีน่าสงสัย

การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบ่งออกเป็น 3 แบบ ได้แก่ การตรวจค้นแบบปกติ (Body Pat/Frisk Search) การตรวจค้นแบบพิเศษ (Strip Search) และการตรวจค้นภายในร่างกาย (Body Cavity Search) โดยผู้ศึกษาจะศึกษาเฉพาะหลักการปฏิบัติในการตรวจค้นแบบปกติ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

การตรวจค้นสิ่งของในตัวผู้ต้องขังแบบปกติ (Body Pat/Frisk Search) สามารถแบ่งขั้นในการตรวจค้นออกเป็น 3 ขั้น ดังต่อไปนี้

(ก) ขั้นที่หนึ่ง

1. ให้ผู้ต้องขังที่ถูกตรวจค้นยืนต่อหน้าเจ้าหน้าที่ในระยะที่ปลอดภัย
2. ให้ผู้ต้องขังถอดรองเท้าและถุงเท้าเพื่อส่งให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบ
3. หากผู้ต้องขังนั้นสวมเสื้อหรือกางเกง/กระโปรงที่มีกระเป๋าลูกเต๋า เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ต้องขังแสดงสิ่งของที่อยู่ในกระเป๋าลูกเต๋าคู่ต่อเจ้าหน้าที่ หากกระเป๋าลูกเต๋าคู่อยู่ในด้านในต้องให้ดึงลิ้นกระเป๋าด้านในออกมา
4. ให้ผู้ต้องขังเหยียดแขนทั้งสองออกมาด้านหน้า พร้อมกับกางนิ้วมือทั้งสองข้างออก
5. ให้ผู้ต้องขังก้มหน้า พร้อมกับให้ใช้นิ้วมือทั้งสองข้างวางสัมผัสชั้นหลัง หากเป็นผู้ต้องขังหญิงที่มีผมยาวให้สะบัดผมด้านหลังมาด้านหน้า

6. ให้ผู้ต้องขังเงยหน้าขึ้น พร้อมกับอ้าปากให้กว้าง (หากมีฟันปลอม ให้ผู้ต้องขังถอดฟันปลอม โดยให้ผู้ต้องขังถือและแสดงฟันปลอมให้เจ้าหน้าที่เพื่อตรวจสอบ) และตรวจสอบดูภายในช่องปาก (หากเห็นไม่ชัดเจนควรใช้ไฟฉายในการส่อง)

7. ให้ผู้ต้องขังใช้มือข้างหนึ่งดึงริมฝีปากด้านล่างลงเพื่อตรวจสอบบริเวณซอกเหงือกด้านล่าง และให้ใช้มือข้างเดิยกริมฝีปากด้านบนขึ้น เพื่อตรวจสอบบริเวณซอกเหงือกด้านบน รวมถึงให้ผู้ต้องขังกระดกลิ้นขึ้น เพื่อตรวจสอบบริเวณใต้ลิ้น

8. ให้ผู้ต้องขังหันศีรษะไปด้านซ้าย ให้สังเกตบริเวณช่องหูด้านขวา (หากเห็นไม่ชัดเจนควรใช้ไฟฉายในการส่อง) หลังจากนั้นให้ผู้ต้องขังนำมือซ้ายมาจับใบหูด้านขวาแล้ว ดึงใบหูมาด้านหน้า

9. ให้ผู้ต้องขังหันศีรษะไปด้านขวา ให้สังเกตบริเวณช่องหูด้านซ้าย (หากเห็นไม่ชัดเจนควรใช้ไฟฉายในการส่อง) หลังจากนั้นให้ผู้ต้องขังนำมือขวาไปจับใบหูด้านซ้ายแล้ว ดึงใบหูมาด้านหน้า

(ข) ขั้นที่สอง ในขั้นนี้ให้แบ่งบริเวณร่างกายทั้งด้านหลังและด้านหน้าออกเป็น 2 ด้าน คือ ซ้ายและขวา การตรวจให้เริ่มจากด้านหลังก่อนด้านหน้าเสมอ

1. กรณีมีผนังใกล้ผู้ต้องขังให้ผู้ต้องขังหันหลังกลับ โดยผู้ต้องขังจะยื่นหันหน้าเข้าผนัง แยกขาทั้งสองข้างออกจากกันพอสมควร เอียงลำตัวไปข้างหน้า แขนทั้งสองข้างยกขึ้นกางนิ้วและยื่นผนังไว้ เจ้าหน้าที่ผู้ทำการตรวจค้นยืนด้านหลังของผู้ต้องขังพร้อมยื่นขาข้างหนึ่งระหว่างขาทั้งสองข้างของผู้ต้องขัง กรณีไม่มีผนังให้ผู้ต้องขังยกแขนทั้งสองข้างและประสานมือทั้งสองข้างแล้ววางไว้ด้านหลังศีรษะ

2. ใช้ฝ่ามือทั้งสองข้างตบเบาๆ (Pat) เริ่มตั้งแต่บริเวณคอปกเสื้อื่อด้านหลังไล่ถึงด้านหน้า หลังจากนั้นใช้ฝ่ามือทั้งสองข้างตบเบาๆ บริเวณรอบแขนเสื้อทั้งสองด้าน

3. ใช้ฝ่ามือซ้ายกับบริเวณด้านหลังซ้าย และใช้ฝ่ามือขวากับบริเวณด้านหลังขวา เริ่มตบเบาๆ ตั้งแต่บริเวณใต้ปกเสื้อด้านหลังแล้วเคลื่อนลงมาถึงบริเวณเอว กรณีผู้ต้องขังหญิงดำเนินการเหมือนกัน

4. ใช้ฝ่ามือซ้ายกับบริเวณด้านหน้าซ้าย และใช้ฝ่ามือขวากับบริเวณด้านหน้าขวา เริ่มตบเบาๆตั้งแต่บริเวณใต้ปกเสื้อด้านหลังแล้วเคลื่อนลงมาถึงบริเวณเอว กรณีผู้ต้องขังหญิงดำเนินการเหมือนกัน

(3) ขั้นที่สาม การตรวจจะมีความแตกต่างระหว่างบุคคลไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชาย ผู้ต้องขังชายจะใส่กางเกงขาสั้นเป็นหลัก ส่วนในหน้าหนาวอาจใส่กางเกงขายาว บางกรณีผู้ต้องขังชายคาดเข็มขัดได้ ส่วนผู้ต้องขังหญิงจะสวมใส่ผ้าถุงเป็นส่วนมาก แต่บางครั้งอาจสวมกางเกงเวลานอน ซึ่งวิธีตรวจค้นจะแตกต่างกันไปในรายละเอียด

1. หากผู้ต้องขังคาดเข็มขัด เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ถอดเข็มขัดเพื่อส่งให้เจ้าหน้าที่ตรวจ (ขณะส่งต้องให้ผู้ต้องขังหันหน้าไปด้านที่ไม่เห็นเจ้าหน้าที่) เจ้าหน้าที่ตรวจ เมื่อตรวจเสร็จแล้วให้วางเข็มขัดไว้บริเวณด้านข้างของเจ้าหน้าที่

2. ใช้ฝ่ามือตบเบาๆ บริเวณขอบเอวกางเกง/ผ้าถุงด้านหลังซ้าย และใช้ฝ่ามือขวาตบเบาๆบริเวณขอบเอวกางเกง/ผ้าถุงด้านหลังขวา หลังจากนั้นดำเนินการส่วนด้านหน้าเหมือนกัน

3. ใช้ฝ่ามือตบเบาๆ บริเวณขอบเอวกางเกง/ผ้าถุงด้านหลังซ้าย และใช้ฝ่ามือขวาตบเบาๆบริเวณขอบเอวกางเกง/ผ้าถุงด้านหลังขวา (บริเวณสะโพกด้านหลัง) หลังจากนั้นดำเนินการส่วนด้านหน้าเหมือนกัน (บริเวณสะโพกด้านหน้า) กรณีเป็นกางเกงขาสั้นให้ตรวจบริเวณของขาทั้งสองข้างด้านหลังและด้านหน้าด้วย

4. ใช้ฝ่ามือข้างหนึ่งตบเบาๆ บริเวณขาหนีบด้านล่างหากผู้ต้องขังสวมกางเกง กรณีผู้ต้องขังสวมผ้าถุงดำเนินการเท่าที่จะทำได้ตามสภาพ การดำเนินการต้องมีความระมัดระวัง โดยยึดหลักการเคารพถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

5. ใช้ฝ่ามือข้างหนึ่งตบเบาๆ บริเวณขาหนีบ (บริเวณอวัยวะเพศ) ด้านหน้า การดำเนินการต้องมีความระมัดระวัง โดยยึดหลักการเคารพถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

6. กรณีเป็นกางเกงขายาว/ผ้าถุง ใช้ฝ่ามือทั้งสองข้างตบเบาๆ บริเวณขาทั้งสองข้างโดยเริ่มจากด้านบนลงด้านล่าง เน้นการตรวจบริเวณขาทั้งสองข้าง/ผ้าถุง อนึ่งหากผู้ต้องขังสวมกางเกงขาสั้นไม่ต้องใช้ฝ่ามือตบเบาๆบริเวณขา

7. ให้ผู้ต้องขังยกเท้าข้างหนึ่งขึ้นด้านหลังพร้อมทั้งให้ผู้ต้องขังกระดิกนิ้วเท้า หลังจากนั้นให้ดำเนินการเช่นเดียวกันกับเท้าตรงกันข้าม

จากการศึกษาคู่มือหลักปฏิบัติในการตรวจค้นและคู่มือมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขังของกรมราชทัณฑ์พบว่า มีการกำหนดหลักเกณฑ์การค้นตัวไว้อย่างละเอียด เพื่อเป็นกรอบในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นโดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์การตรวจค้นตัวที่กล่าวถึงบุคคลข้ามเพศ แต่ก็สามารถนำหลักเกณฑ์ที่มีอยู่นี้มาปรับใช้กับบุคคลข้ามเพศได้

(2) การตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ

แนวทางการปฏิบัติกับคนข้ามเพศในการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 พ.ศ. 2555 ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2479 กำหนดหลักเกณฑ์ความไม่สมบูรณ์ในร่างกายคนจำพวกประเภทที่ 2 ซึ่งจะได้รับยกเว้นไม่ต้องถูกเกณฑ์ให้เป็นทหารจากการตรวจร่างกาย โดยกำหนดให้ใช้คำ “ผู้มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” (Gender Identity Disorder) แทนคำว่า “เป็นโรคจิตถาวร” ส่วนการดำเนินการตรวจร่างกายมีการจัดสถานที่เฉพาะสำหรับตรวจร่างกายให้กับบุคคลข้ามเพศ หรือการจัดสถานที่แยกออกมาจากผู้ชาย²⁵

โดยเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ จัดกลุ่มบุคคลข้ามเพศแบ่งเป็น 3 ระดับ คือ

1. ผ่าตัดแปลงเพศและมีหนังสือรับรอง
2. ยังไม่ได้แปลงเพศแต่มีลักษณะส่วนอื่น เช่น ใช้ฮอร์โมน มีการเสริมหน้าอก หรือตัดกล่องเสียง

²⁵คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 2 มีนาคม 2564 แหล่งที่มา:

<http://www.nhrc.or.th/News/Activity-News/>

3. ภายนอกเป็นชาย แต่มีลักษณะเป็นบุคคลข้ามเพศ จะต้องมีการตรวจร่างกายที่โรงพยาบาลทหารทั่วประเทศ²⁶

(3) การตรวจค้นตัวผู้โดยสารของท่าอากาศยานสาธารณะ

กรณีการตรวจค้นตัวผู้โดยสารของท่าอากาศยานสาธารณะ มีข้อกำหนดของสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 28 ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจค้นเพื่อรักษาความปลอดภัยในการดำเนินงานสนามบินสาธารณะ ประกาศ ณ วันที่ 18 พฤษภาคม พ.ศ.2563 วางหลักเกณฑ์ในการดำเนินการไว้ ซึ่งกำหนดความหมายของพนักงานตรวจค้นในข้อ 4 ว่า “พนักงานตรวจค้น” (Screener) หมายความว่า บุคลากรด้านการรักษาความปลอดภัย ซึ่งทำหน้าที่ตรวจค้นซึ่งได้รับใบรับรองพนักงานตรวจค้นจากสำนักงาน

หลักเกณฑ์วิธีการตรวจค้นกำหนดอยู่ในหมวด 2 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการในการตรวจค้นผู้โดยสาร ผู้ประจำหน้าที่ หรือผู้ปฏิบัติงานที่จะขึ้นอากาศยาน รวมถึงสิ่งใดๆ ที่บุคคลดังกล่าวจะนำขึ้นอากาศยาน โดย ข้อ 6 ผู้ดำเนินการสนามบินสาธารณะมีอำนาจหน้าที่ตรวจค้นผู้โดยสารผู้ประจำหน้าที่ หรือผู้ปฏิบัติงานที่จะขึ้นอากาศยาน ตามหลักเกณฑ์วิธีการ ดังต่อไปนี้

(2) การตรวจค้นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่จะถูกตรวจค้น และพนักงานตรวจค้นจะต้องทำด้วยความรอบคอบ สุภาพ และระมัดระวังตลอดเวลาที่ปฏิบัติหน้าที่

(5) บุคคลที่จะขึ้นอากาศยานทุกคนจะต้องผ่านการตรวจค้นเพื่อให้มั่นใจว่าปราศจากวัตถุต้องห้ามอย่างน้อยด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(ก) การตรวจค้นบุคคลด้วยมือ (Pat Down)

(ข) การตรวจค้นบุคคลด้วยมือพร้อมกับเครื่องตรวจจับโลหะแบบมือถือ (Hand-Held Metal Detector: HHMD)

(ค) การตรวจค้นด้วยเครื่องตรวจจับโลหะชนิดเดินผ่าน (Walk Through Metal Detector: WTMD)

²⁶พิมพ์ชนก พุกสุข และสุธัญญา ฉันทะ, "เมื่อดิฉันไปเกณฑ์ทหาร...เตรียมตัว เตรียมใจอย่างไรดีสำหรับบุคคลข้ามเพศ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 1 มีนาคม 2564. แหล่งที่มา: https://www.matichon.co.th/prachachuen/news_48099

(ง) การตรวจค้นด้วยเครื่องตรวจวัตถุตามร่างกายผู้โดยสาร (Body Scanner)

(9) ในกรณีที่ทำการตรวจค้นบุคคลด้วยมือ (Pat Down) พนักงานตรวจค้นต้องเป็นเพศเดียวกันกับบุคคลที่ถูกตรวจค้น

(10) ในกรณีที่ต้องทำการตรวจค้นเป็นการส่วนบุคคล (Private Screening) ให้พนักงานตรวจค้นทำการตรวจค้นทำการตรวจค้นต่อหน้าบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นเพศเดียวกันกับผู้ทำการตรวจค้นและบุคคลที่ถูกตรวจค้น

จะเห็นได้ว่าการตรวจค้นตัวผู้โดยสารของท่าอากาศยานสาธารณะอยู่บนพื้นฐานของความสุภาพและปฏิบัติตามกรอบที่วางไว้ตามข้อกำหนดของสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย โดยมีหลักการเบื้องต้นว่าการค้นตัวที่ต้องมีการแตะต้องเนื้อตัวร่างกายหรือการตรวจค้นบุคคลด้วยมือ (Pat Down) จะต้องดำเนินการโดยพนักงานตรวจค้นเพศเดียวกันกับบุคคลที่ถูกตรวจค้นแต่ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่กล่าวถึงการตรวจค้นตัวผู้โดยสารข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ

3.5 การคุมขัง

มาตรา 28 วรรค 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 บัญญัติว่า “การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

3.5.1 การควบคุมตัว

การควบคุม²⁷ หมายถึง การจำกัดเสรีภาพโดยเจ้าพนักงาน

การควบคุม²⁸ หมายถึง การคุมหรือกักขังผู้ถูกจับโดยพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ในระหว่างสืบสวนและสอบสวน

²⁷ ปกป้อง ศรีสนิท, สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม, หน้า 163.

²⁸ ข้อ 127 ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี.

การควบคุม²⁹ หมายความว่ารวมถึง การควบคุมหรือกักขังผู้ถูกจับโดยพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ในระหว่างสืบสวนและสอบสวน

วิธีการควบคุมผู้ถูกจับ วางหลักอยู่ใน มาตรา 86 “ห้ามมิให้ใช้วิธีควบคุมผู้ถูกจับเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้เขาหนีเท่านั้น” กล่าวคือ เป็นการใช้มาตรการและพฤติการณ์ในการควบคุมที่เจ้าพนักงานใช้แก่ผู้ถูกจับภายหลังจากที่เจ้าพนักงานได้ทำการจับกุม เพื่อให้ผู้ถูกจับคงอยู่ในอำนาจของเจ้าพนักงานต่อไป เช่น การควบคุมเพื่อนำตัวผู้ถูกจับส่งยังที่ทำการของพนักงานสอบสวน หรือการควบคุมผู้ถูกจับโดยนำตัวผู้ถูกจับส่งศาล เพื่อให้ศาลสั่งขังไว้ในระหว่างสอบสวน (ขอฝากขัง) หรือการคุมขังไว้ในห้องควบคุม³⁰

การใช้วิธีการควบคุม คือ การใช้เครื่องพันธนาการกับผู้ถูกจับ เช่น ใส่กุญแจมือ ล่ามโซ่ ผูกมัดด้วยเชือก คุมขังในรถยนต์หรือในห้องควบคุม เป็นต้น โดยจะต้องกระทำเพียงความจำเป็นเพื่อไม่ให้เขาหลบหนีเท่านั้น หากเจ้าพนักงานกระทำเกินกว่าจำเป็น เจ้าพนักงานอาจมีความผิดฐานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบได้³¹

การนำผู้ต้องหาเข้าห้องควบคุม³² ก่อนนำตัวผู้ต้องหาเข้าห้องควบคุมต้องตรวจค้นตัวมิให้นำของต้องห้ามเข้าห้อง ควบคุม หากมีเงินทองหรือของต้องห้ามดังกล่าวแล้วให้ยึดหรือเก็บรักษาไว้ตามระเบียบกำหนด³³ และเพื่อความปลอดภัยของผู้จับควรให้ผู้ที่ไม่ได้จับกุมเป็นผู้นำตัวผู้ต้องหาไปควบคุม เนื่องจากผู้ต้องหาย่อมมีความโกรธแค้นผู้จับกุม ซึ่งอาจทำอันตรายผู้จับกุมได้

บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุมขังมีปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ควบคุมผู้ถูกจับไว้เกินกว่าจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดี

ในกรณีความผิดลหุโทษ จะควบคุมผู้ถูกจับไว้ได้เท่าเวลาที่จะถามคำให้การ และที่จะรู้ตัวว่าเป็นใครและที่อยู่ของเขายู่ที่ไหนเท่านั้น”

²⁹มาตรา 2 (21) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

³⁰จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช, *กลยุทธ์ศึกษาและคู่มือปฏิบัติงาน ในการออกหมายเรียก หมายอาญา การจับ การควบคุม การขัง การจำคุก การค้น การปล่อยชั่วคราว* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 209-210.

³¹เรื่องเดียวกัน.

³²คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, *คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามหลักสิทธิมนุษยชน*, หน้า 98.

³³ ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ข้อ 144.

บทบัญญัติมาตรา 87 กำหนดกรอบการควบคุมตัวให้พนักงานตำรวจทำการควบคุมได้ตามความจำเป็นแก่การกระทำผิด โดยวางหลักว่าห้ามมิให้ควบคุมเกินกว่าจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดี และในคดีลหุโทษ

การควบคุมตัวผู้ถูกจับเป็นอำนาจของพนักงานสอบสวนซึ่งกำหนดไว้ตามมาตรา 87 โดยการควบคุมตัวผู้ถูกจับต้องไม่เกินระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย โดยแบ่งออกได้ ดังนี้³⁴

1. ความผิดลหุโทษ เจ้าพนักงานจะควบคุมผู้ถูกจับ ไว้ได้เท่าที่เวลาจะถามคำให้การ รู้ตัวว่าเป็นใคร และอยู่ของเขายู่ที่ไหนเท่านั้น

2. คดีอื่นนอกจากคดีลหุโทษ มีระยะเวลาในการควบคุมตัวยาวนานกว่าคดีลหุโทษ เพราะกฎหมายประสงค์จะให้เวลาเพียงพอแก่พนักงานสอบสวนในการสอบคำให้การผู้ถูกจับ อย่างไรก็ตาม ห้ามมิให้ควบคุมผู้ถูกจับไว้เกินกว่า 48 ชั่วโมง หรือ 2 วัน นับแต่เวลาที่มาถึงสถานีตำรวจ และในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อทำการสอบสวน จะต้องมีการนำตัวผู้ถูกจับไปขอฝากขังต่อศาล

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมตัวของไทยพบว่า ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการควบคุมไม่ว่าผู้ถูกควบคุมจะมีเพศอะไรก็ไม่มีปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายในระบอบพระราชบัญญัติ จึงต้องทำการศึกษาในหัวข้อต่อไปว่ามีกฎหมายลำดับรองอื่น หรือระเบียบภายในของตำรวจจะได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการควบคุมบุคคลไว้หรือไม่ อย่างไร

3.5.2 การขัง

การขัง³⁵ หมายความว่า การกักขังจำเลยหรือผู้ต้องหาโดยศาล

การขัง³⁶ หมายความว่า คำสั่งศาลจำกัดเสรีภาพระหว่างการสอบสวน

การออกหมายขัง ศาลสามารถออกหมายขังได้ 3 ระยะ ดังนี้

³⁴ ธีรธร จุฑาทิพย์ชาติกุล, ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน, หลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้นรุ่นที่ 14 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ.2558, หน้า 12.

³⁵ มาตรา 2 (22) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

³⁶ ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ข้อ 144.

1. ระหว่างการสอบสวน (ฝากขัง) มีกำหนดระยะเวลาขอให้ศาลออกหมายขังได้ตามกำหนดระยะเวลาที่กำหนดในมาตรา 87 วรรคสี่ ถึง วรรคเจ็ด
2. ระหว่างการไต่สวนมูลฟ้อง มาตรา 71 วรรคหนึ่ง การขังระหว่างไต่สวนมูลฟ้องไม่มีกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด
3. ระหว่างการพิจารณา มาตรา 71 วรรคหนึ่ง ศาลสามารถออกหมายขังโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา หรือจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด หรือศาลสั่งปล่อยชั่วคราว

กระบวนการขังชั่วคราวในคดีอาญาแบ่งออกได้เป็น 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนก่อนฟ้องคดีและขั้นตอนหลังฟ้องคดี โดยในแต่ละขั้นตอนมีรายละเอียด ดังนี้³⁷

1. การคุมขังในขั้นตอนก่อนฟ้องคดีอาญา ได้แก่ กระบวนการในชั้นพนักงานสอบสวน และกระบวนการในชั้นพนักงานอัยการ โดยทั้งสองกระบวนการนี้ได้ให้อำนาจศาลในการขังผู้ต้องหา

- 1.1 การขังชั่วคราวในชั้นพนักงานสอบสวน เป็นการขังชั่วคราวที่เกิดขึ้นหลังจากที่มีการควบคุมตัวบุคคลผู้ถูกจับกุมตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือในกรณีที่ครบกำหนดเวลาปล่อยชั่วคราวแล้ว แต่การสอบสวนผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวนยังไม่เสร็จสิ้น พนักงานสอบสวนต้องยื่นคำร้องต่อศาลและนำตัวผู้ต้องหามาพร้อมกับคำร้องขอฝากขังตามมาตรา 87 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรืออาจขอฝากขังผ่านระบบการประชุมทางจอภาพตามหลักเกณฑ์มาตรา 87/1 เมื่อศาลได้รับคำร้องขอฝากขังของพนักงานสอบสวนแล้ว ศาลก็จะพิจารณาว่ามีเหตุออกหมายขังตามมาตรา 71 ประกอบมาตรา 66 และเมื่อศาลเห็นสมควรศาลก็จะออกหมายขังซึ่งจะมีกำหนดเวลาแตกต่างกันไปตามความร้ายแรงของความผิดและอัตราโทษของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ตามมาตรา 87 วรรคสามถึงวรรคเจ็ด

- 1.2 การขังชั่วคราวในชั้นพนักงานอัยการ เป็นกรณีที่เกิดขึ้นหลังจากพนักงานสอบสวนได้ส่งสำนวนการสอบสวนมายังพนักงานอัยการ แต่พนักงานอัยการไม่

³⁷ปริญญาภรณ์ อุบลสวัสดิ์, "ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการขังชั่วคราวตามกฎหมายวิธีพิจารณาอาญาของไทย," ใน 60 ปี อุคม รัฐอมฤตชีวิตและมิตรภาพบนเส้นทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, 2562), หน้า 513-515.

สามารถสั่งฟ้องผู้ต้องหาและส่งตัวผู้ต้องหาไปศาลได้ทันเวลาที่กฎหมายกำหนด พนักงานอัยการจึงต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอฝากขัง ซึ่งหลักเกณฑ์จะคล้ายกับการขังชั่วคราวในชั้นพนักงานสอบสวน ในเรื่องวิธีการยื่นคำร้องที่สามารถยื่นต่อศาลโดยตรง หรือยื่นผ่านวิธีการประชุมทางจอภาพก็ได้ นอกจากนี้ หากพนักงานสอบสวนได้เคยยื่นคำร้องขอฝากขังผู้ต้องหาและศาลอนุญาตตามคำร้องดังกล่าว พนักงานอัยการสามารถยื่นคำร้องขอฝากขังชั่วคราวได้ตามกำหนดระยะเวลาที่เหลืออยู่ตาม มาตรา 87 และหากพนักงานอัยการยื่นฟ้องผู้ต้องหาไม่ทันกำหนดเวลาที่ศาลอนุญาตให้ขังชั่วคราวนั้น พนักงานไม่มีอำนาจสั่งฟ้องคดีได้ หากจะฟ้องผู้ต้องหานั้นพนักงานอัยการต้องดำเนินการขออนุญาต อัยการสูงสุดเพื่อฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล

บทบัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาที่ศาลจะมีอำนาจสั่งขังในคดีอาญาแต่ละประเภท มีปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 วรรคสามถึงวรรคเจ็ด ซึ่งบัญญัติไว้ ดังนี้

“ในกรณีที่ผู้ถูกจับไม่ได้รับการปล่อยชั่วคราว และมีเหตุจำเป็นเพื่อทำการสอบสวน หรือการฟ้องคดี ให้นำตัวผู้ถูกจับไปศาลภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับถูกนำตัว ไปถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวนตามมาตรา 83 เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นอัน มีอาจก้าวล่วงเสียได้ โดยให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลขอยกขังผู้ ต้องหานั้นไว้ ให้ศาลสอบถามผู้ต้องหาว่าจะมีข้อคัดค้านประการใดหรือไม่ และศาลอาจเรียก พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการมาชี้แจงเหตุจำเป็น หรืออาจเรียกพยานหลักฐานมาเพื่อ ประกอบการพิจารณาก็ได้

ในกรณีความผิดอาญาที่ได้กระทำความผิดไตร่ตรองอย่างสูงไม่เกินหก เดือน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ศาลมีอำนาจสั่งขังได้ครั้งเดียว มีกำหนดไม่เกิน เจ็ดวัน

ในกรณีความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินกว่าหกเดือนแต่ไม่ถึง สิบปี หรือปรับเกินกว่าห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ศาลมีอำนาจสั่งขังหลายครั้งติด ๆ กันได้ แต่ครั้ง หนึ่งต้องไม่เกินสิบสองวัน และรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกินสี่สิบแปดวัน

ในกรณีความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม ศาลมีอำนาจสั่งขังหลายครั้งติด ๆ กันได้ แต่ครั้งหนึ่งต้องไม่เกินสิบสองวัน และรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกินแปดสิบสี่วัน

ในกรณีตามวรรคหกเมื่อศาลสั่งขังครบสี่สิบแปดวันแล้ว หากพนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอขังต่อไปอีกโดยอ้างเหตุจำเป็น ศาลจะสั่งขังต่อไปได้ก็ต่อเมื่อพนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนได้แสดงถึงเหตุจำเป็น และนำพยานหลักฐานมาให้ศาลได้สวนจนเป็นที่พอใจแก่ศาล”

สถานที่ซึ่งระหว่างการสอบสวนหรือการพิจารณามีบัญญัติไว้ใน มาตรา 89/1 บัญญัติว่า “ ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นระหว่างสอบสวนหรือพิจารณา เมื่อพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ ผู้บัญชาการเรือนจำ หรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่จัดการตามหมายขังร้องขอ หรือเมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะมีคำสั่งให้ขังผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ในสถานที่อื่นตามที่บุคคลดังกล่าวร้องขอ หรือตามที่ศาลเห็นสมควรนอกจากเรือนจำก็ได้ โดยให้อยู่ในความควบคุมของผู้ร้องขอ หรือเจ้าพนักงานตามที่ศาลกำหนด ในกรณีนี้ ศาลจะกำหนดระยะเวลาตามที่ศาลเห็นสมควรก็ได้

ในการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งตามวรรคหนึ่ง ศาลจะดำเนินการไต่สวนหรือให้ผู้เสียหายหรือเจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องตามหมายขังคัดค้านก่อนมีคำสั่งก็ได้

สถานที่อื่นตามวรรคหนึ่งต้องมีใช้สถานีตำรวจ หรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวน โดยมีลักษณะตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งต้องกำหนดวิธีการควบคุมและมาตรการเพื่อป้องกันการหลบหนีหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นด้วย

เมื่อศาลมีคำสั่งตามวรรคหนึ่งแล้ว หากภายหลังผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ปฏิบัติตามวิธีการหรือมาตรการตามวรรคสามหรือพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ให้ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือให้ดำเนินการตามหมายขังได้”

โดยปกติผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ศาลได้สั่งขังไว้ในระหว่างสอบสวน (ฝากขัง) จะต้องถูกนำตัวไปขังยังเรือนจำ ซึ่งตั้งอยู่ในเขตอำนาจของศาลนั้น แต่ถ้ากรณีมีเหตุจำเป็นระหว่างสอบสวนหรือ

พิจารณา ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องอาจร้องขอต่อศาลขอให้นำตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยกลับมาขังไว้ในสถานที่ที่ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องร้องขอ แต่ต้องไม่ใช่สถานที่ตำรวจหรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวน³⁸

จากการศึกษา การคุมขังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาของโทษ มีเนื้อหาส่วนใหญ่อ้างอิงเกี่ยวกับระยะเวลาในการคุมขัง ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญประการหนึ่งในการลดทอนเสรีภาพของบุคคล จึงต้องมีระยะเวลาที่ชัดเจนในการดำเนินการคุมขัง อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในเรื่องการปฏิบัติต่อบุคคลที่ถูกคุมขังควรดำเนินการอย่างไร สถานที่คุมขังต้องมีลักษณะอย่างไร การจัดห้องคุมขังควรเป็นอย่างไร ไม่มีบทบัญญัติในรายละเอียดอันเป็นหลักประกันสิทธิของผู้ถูกคุมขังในเรื่องดังกล่าว

3.6 กฎกระทรวง ระเบียบ คำสั่งที่เกี่ยวข้อง

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะศึกษากฎกระทรวง ระเบียบภายในเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและการคุมขัง โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.6.1 กฎกระทรวง

กฎกระทรวง กำหนดสถานที่อื่นที่ใช้ในการขัง จำคุก หรือควบคุมผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้ซึ่งต้องจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุด พ.ศ.2552³⁹

หมวด 1 การขังในกรณีตามมาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 วรรคหนึ่ง (1) ส่วนที่ 2 วิธีการควบคุม ข้อ 8 ให้ผู้ดูแลสถานที่ขังจัดแยกผู้ถูกขังตามความเหมาะสม โดยพิจารณาจากความพร้อมของสถานที่ขัง และลักษณะเฉพาะตัวและลักษณะคดีของผู้ถูกขัง

กฎกระทรวงดังกล่าว เป็นการกำหนดให้จัดสถานที่คุมขังให้มีความเหมาะสม โดยการพิจารณาลักษณะเฉพาะตัวของผู้ถูกขังนั้นหมายรวมถึง “เพศ” ของผู้ถูกคุมขังด้วย ดังนั้น การดำเนินการจัดสถานที่ขังของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจึงต้องมีการจัดสรรโดยคำนึงปัจจัยในเรื่องเพศด้วย แต่กฎกระทรวงก็ไม่ได้กำหนดรายละเอียดใดๆ ที่เป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่ชัดเจนให้เจ้าหน้าที่ดำเนิน เป็นแต่เพียงกำหนดไว้อย่างกว้างๆ ในทางปฏิบัติจริงเจ้าหน้าที่ก็อาจจะดำเนินการ

³⁸จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช, กลยุทธ์ศึกษาและคู่มือปฏิบัติงาน ในการออกหมายเรียก หมายอาญา การจับ การควบคุม การขัง การจำคุก การค้น การปล่อยชั่วคราว หน้า 238.

³⁹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 126 ตอนที่ 78 ก หน้า 1 วันที่ 15 ตุลาคม 2552.

โดยใช้ดุลพินิจของตน ซึ่งอาจเกิดกรณีที่การจัดสถานที่คุมขังไม่เหมาะสมและสอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของผู้ถูกคุมขัง

3.6.2 ระเบียบภายในเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะศึกษาระเบียบและคำสั่งภายในของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ได้ออกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้นตัวและการคุมขัง ได้แก่ ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ และบันทึกข้อความ

(1) ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี

ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี เป็นส่วนหนึ่งของประมวลระเบียบการตำรวจ โดยประมวลระเบียบการตำรวจแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี และประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี

ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี มีวัตถุประสงค์เป็นไปตามข้อบังคับที่ 1/2498 กระทรวงมหาดไทย เรื่อง วางระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ระบุว่า “การดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดอาญาเฉพาะในหน้าที่ของตำรวจ นอกจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะได้บัญญัติอำนาจและหน้าที่อันเป็นหลักใหญ่ให้ข้าราชการตำรวจได้ถือปฏิบัติ แต่ก็จำเป็นต้องกำหนดรายละเอียด วางวิธีปฏิบัติไว้อีกชั้นหนึ่ง เพื่อเจ้าหน้าที่จะได้ถือเป็นแนวทางหรือเครื่องมือในการปฏิบัติราชการของตนได้ถูกต้อง กรมตำรวจจึงได้วางจึงได้วางระเบียบการตำรวจเป็นจำนวนมาก ทั้งในรูปข้อบังคับ คำสั่ง แจ้งความ ให้ข้าราชการตำรวจถือเป็นหลักปฏิบัติตลอดมาตั้งแต่เริ่มตั้งกรมตำรวจ เมื่อ พ.ศ.2440 ระเบียบบางเรื่องได้ออกประกาศใช้อย่างเร่งด่วน เพื่อให้ทันกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้น จึงอาจไม่ได้ตรวจดูระเบียบเก่าๆที่ได้ประกาศใช้อยู่ก่อนแล้วว่าเหมือนหรือขัดแย้งกันหรือไม่ จึงมิได้กำหนดเฉพาะส่วนที่ยังไม่ได้กำหนดไว้ และไม่ได้ยกเลิกส่วนที่ขัดแย้งกัน

ด้วยเหตุนี้จึงปรากฏระเบียบการตำรวจเป็นจำนวนมากเกิดความสับสนซับซ้อน ก่อความยุ่งยากในการนำไปใช้ และแม้จะรวบรวมไว้ครบถ้วนแล้ว ก็ยังเป็นการลำบากที่จะตรวจค้นให้ทราบ ว่า ในเรื่องนั้นๆ ทางราชการสั่งให้ถือปฏิบัติอย่างไร เพราะระเบียบการบางฉบับถูกยกเลิกไปแล้วบางส่วน บางฉบับถูกยกเลิกไปแล้วทั้งฉบับโดยชัดแจ้ง บางฉบับถูกยกเลิกไปโดยปริยาย บางฉบับก็เป็นการไม่แน่นอนว่ายังคงใช้ได้อยู่หรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงจำเป็นต้องชำระสะสางระเบียบการ

นั้นๆ แล้วจัดเรียงเป็นหมวดหมู่ให้อยู่ในที่เดียวกัน เพื่อสะดวกแก่ผู้ปฏิบัติและผู้ศึกษา กรมตำรวจได้จัดตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง ให้ทำหน้าที่ประมวลระเบียบการตำรวจขึ้น คณะกรรมการได้จัดทำประมวลระเบียบการตำรวจเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับคดีขึ้นสำเร็จแล้ว ซึ่งกระทรวงมหาดไทยได้พิจารณาเห็นพ้องด้วยกับเรื่องราวที่เสนอมาทุกประการ จึงให้ใช้ประมวลระเบียบการตำรวจฉบับนี้ได้ ฯลฯ และให้ยกเลิกระเบียบการตำรวจในส่วนที่เกี่ยวกับคดีที่ได้กำหนดไว้แล้วในข้อบังคับนี้ หรือขัดแย้งกับข้อบังคับนั้นเสียทั้งสิ้น เว้นแต่ระเบียบการคดีในส่วนที่เกี่ยวกับทหาร ให้คงถือปฏิบัติไปตามระเบียบเดิมจนกว่าจะมีคำสั่งเปลี่ยนแปลง

ประมวลระเบียบการตำรวจฉบับนี้ แม้จะได้กำหนดขึ้นด้วยประสงค์ที่จะใช้เฉพาะในราชการกรมตำรวจเท่านั้น แต่เนื่องจากมีงานบางอย่างที่เกี่ยวพันถึงกิจการในหน้าที่ของกรมอื่นๆ ในกระทรวงมหาดไทยนี้ และงานนั้นก็เป็นหน้าที่ของกรมนั้น ที่จะต้องปฏิบัติรวมอยู่ด้วยแล้ว ทั้งไม่ขัดกับระเบียบที่ใช้อยู่แล้วในขณะนั้นแต่อย่างใด ซึ่งกรมอื่นๆ ปฏิบัติตามข้อบังคับฉบับนี้ เฉพาะในส่วนที่ระบุให้เป็นหน้าที่ของตน เป็นการประสานงานกันเพื่อประโยชน์แก่หน้าที่ราชการ”⁴⁰

ก) ระเบียบข้อที่ 69 ลักษณะที่ 4 บัญญัติว่า

“การค้นแยกได้เป็น 2 ประการ คือ

- 1) การค้นตัวบุคคล
- 2) การค้นสถานที่”

ข) ระเบียบข้อที่ 70 ลักษณะที่ 4 บัญญัติว่า

“การค้นตัวบุคคลที่ยังไม่ถูกจับในคดี จะต้องมิเหตุผลอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- 1) มีเหตุอันควรสงสัยว่า บุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรือ

⁴⁰ดร.ณ โสคติพันธ์, ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี (ฉบับย่อที่สมบูรณ์) พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์นิติบรรณการ, 2518), หน้า 1-2.

2) มีเหตุอันควรสงสัยว่า สิ่งของที่อยู่ในความครอบครองของบุคคลนั้นได้
โดยมีการกระทำความผิด หรือ

3) มีเหตุอันควรสงสัยว่า สิ่งของที่อยู่ในความครอบครองของบุคคลนั้นมีไว้
เป็นความผิด

การค้นตัวบุคคลที่ถูกจับแล้ว ตรวจค้นได้โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยหลักดังกล่าวแล้ว

หากผู้ถูกตรวจค้นเป็นหญิง ต้องให้หญิงด้วยกันเป็นผู้ตรวจค้น

อย่างไรก็ตาม ทั้งๆที่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจมีอำนาจตามกฎหมายที่จะค้น
ได้ เช่นกล่าวนี้ก็ตาม ผู้ปฏิบัติต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวัง และสถานที่ให้หาสถานที่ที่มืดซิด
พอสมควรแก่สภาพแห่งท้องที่ เพื่อป้องกันอย่าให้ผู้ที่ถูกตรวจค้นได้รับความอับอาย”

ค) ระเบียบข้อที่ 139 ลักษณะที่ 6 บัญญัติว่า

“การควบคุมตัวผู้ถูกจับไว้ที่สถานีตำรวจนั้น ตามปกติให้ควบคุมไว้ในห้องควบคุม

หากผู้ต้องถูกควบคุมมีมาก ไม่สามารถจะนำตัวเข้าควบคุมในห้องควบคุมได้ทั้งหมด
หรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่น เช่น ผู้ต้องหาเป็นหญิง และไม่มีห้องควบคุมซึ่งจัดไว้โดยเฉพาะ เป็นต้น
ให้นายตำรวจที่เป็นหัวหน้าผู้รับผิดชอบในสถานีตำรวจแห่งนั้น จัดสถานที่ควบคุมขึ้นเป็นพิเศษ
เป็นการเฉพาะคราวได้

เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยและสะดวกต่อการตรวจสอบ ให้สถานีตำรวจทุกแห่ง
จัดทำสมุดควบคุมผู้ถูกควบคุมขึ้น ตามแบบตัวอย่างที่ได้แนบมาท้ายบทนี้ ให้จัดทำทุกครั้ง เมื่อมีการ
เปลี่ยนเวรรับมอบหน้าที่สับเวรในวันนั้น” การจัดทำบันทึกการควบคุมตัวผู้ต้องหาจะมีรายละเอียด
เกี่ยวกับวันและเวลาที่เริ่มควบคุม ชื่อผู้กล่าวหา ชื่อผู้ต้องหา และรายการกระทำเฉพาะวัน โดยเจ้า
พนักงานต้องบันทึกรายการควบคุมทุกวัน โดยลงชื่อของพนักงานสอบสวนและหัวหน้าพนักงาน
สอบสวนทุกครั้งที่มีการแสดงรายการ

นอกจากนั้น ในทางปฏิบัติสถานีตำรวจทุกแห่งในประเทศ มีห้องขังสองห้องเพื่อในการคุมขัง
บุคคล โดยการพิจารณาว่าจะจัดให้บุคคลได้อยู่ห้องขังใด การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่อยู่บนพื้นฐานใน
เรื่องเพศที่ถูกกำหนด ณ แรกเกิด กรณีบุคคลข้ามเพศผู้บังคับบัญชาของแต่ละสถานีตำรวจจะเป็นผู้มี

อำนาจใช้ดุลพินิจให้มีห้องคุมขังชั่วคราว และแยกห้องคุมขังสำหรับบุคคลข้ามเพศออกจากผู้กระทำผิดเพศอื่น⁴¹ อย่างไรก็ตาม การประชุมการทบทวนกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการรับรองเพศสถานะ ตามกฎหมายในประเทศไทยพบว่า บุคคลข้ามเพศที่ร่วมประชุมส่วนใหญ่ไม่ทราบว่าผู้ถูกคุมขังข้ามเพศอาจถูกจัดให้อยู่ในห้องคุมขังแยกจากผู้กระทำผิดเพศอื่นได้ และไม่ทราบเป็นที่แน่ชัดว่าบุคคลที่ถูกดำเนินคดีในทางอาญาจะได้รับแจ้งเกี่ยวกับประเด็นนี้มากนักน้อยเพียงใด⁴²

จากการศึกษาประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีจะพบว่าไม่ปรากฏหลักการในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง ดังนั้น จึงควรพัฒนากระบวนการตรวจค้นและกระบวนการคุมขังบุคคลข้ามเพศบนหลักการของความปลอดภัย เคารพต่อศักดิ์ศรี และอัตลักษณ์ของคนข้ามเพศ นอกจากนี้ควรส่งเสริมให้เจ้าหน้าที่ในสถานคุมขังมีความละเอียดอ่อนต่ออัตลักษณ์ทางเพศ ด้วยการอบรมในประเด็นความหลากหลายทางเพศสถานะ ดำเนินการให้ผู้ถูกคุมขังข้ามเพศมีสิทธิอยู่ในสถานที่ที่ปลอดภัย รวมทั้งสามารถเลือกว่าจะอยู่ในสถานที่คุมขังสำหรับผู้ชายหรือผู้หญิง หรือที่อื่นๆที่ปลอดภัยได้⁴³

(2) ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 25 เวรยาม สายตรวจ กองรักษาการณ์ ฉบับที่ 5 พ.ศ.2561

ข้อ 3.9 การปฏิบัติต่อผู้ถูกควบคุม “เมื่อตำรวจจับกุมตัวผู้ต้องหาและส่งให้รายงานผู้บังคับบัญชา หรือนายร้อยตำรวจเวรทราบ แล้วตรวจค้นตัวว่าไม่มีสิ่งของผิดกฎหมาย สิ่งของต้องห้าม เช่น วัสดุที่พอจะใช้ผูกคอตายได้ การค้นตัวถ้าผู้ถูกควบคุมเป็นหญิงต้องให้ผู้หญิงค้น แล้วนำเข้าห้องควบคุมโดยแยก ชาย หญิง และเด็ก การควบคุมต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ และคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอีกด้วย”

ระเบียบสำนักงานตำรวจนี้ ได้กำหนดการปฏิบัติต่อผู้ถูกควบคุมเพื่อความปลอดภัยของผู้ถูกควบคุม เมื่อพิจารณารายละเอียดในเนื้อหาเกี่ยวกับการแยกห้องควบคุมสำหรับผู้ถูกควบคุมชายและหญิง แต่ไม่มีการระบุถึงการจัดสรรห้องขังแก่บุคคลข้ามเพศว่าต้องจัดห้องขังแยก

⁴¹สกล โสภิตอาชาศักดิ์ เรียบเรียง, รณภูมิ สามัคคีคารมย์ แปล, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติสำนักงานประเทศไทย, “การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย : การทบทวนกฎหมายและนโยบาย หน้า 53-54.

⁴²เรื่องเดียวกัน.

⁴³เรื่องเดียวกัน.

หรือไม่อย่างไร ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ดำเนินการอย่างไร การจัดแยกห้องซึ่งโดยพิจารณาจากอวัยวะเพศตามกำเนิดของผู้ถูกขังเหมาะสมหรือไม่ ดังนั้น ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติดังกล่าวจึงยังมีเนื้อหาที่ไม่ครอบคลุมรอบด้านและเหมาะสมในการคุ้มครองบุคคลผู้ถูกขัง

(3) คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 178/2564 ลงวันที่ 9 เมษายน 2564 เรื่อง การบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา

สำนักงานตำรวจแห่งชาติเห็นสมควรกำหนดแนวทางปฏิบัติในการบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา เพื่อให้สอดคล้องกับแผนการปฏิรูปประเทศ ด้านกระบวนการยุติธรรม ซึ่งกำหนดให้นำเทคโนโลยีมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจ และพนักงานสอบสวน อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11(4) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 7/2559 ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2559 เรื่อง การกำหนดตำแหน่งของข้าราชการตำรวจซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวน ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติจึงออกคำสั่ง ดังนี้

ข้อ 3 การตรวจค้นบุคคลใดในที่สาธารณะสถาน เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิดหรือซึ่งมีไว้เป็นความผิด ให้ตำรวจผู้ตรวจค้นบันทึกภาพและเสียงโดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ทางราชการจัดหาให้ หรือ สิ่งอื่นใดที่สามารถบันทึกภาพและเสียงได้ เว้นแต่มีเหตุอันมิอาจดำเนินการได้ ให้บันทึกเหตุแห่งการนั้นไว้ในบันทึกการตรวจค้นด้วย

ข้อ 4 การบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้นในที่รโหฐาน ให้ดำเนินการ ดังนี้

(1) กรณีมีหมายค้นหรือคำสั่งของศาล ให้หัวหน้าชุดตรวจค้นมอบหมายตำรวจผู้ร่วม ตรวจค้นผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการบันทึกภาพและเสียงโดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ทางราชการ จัดหาให้ หรือสิ่งอื่นใดที่สามารถบันทึกภาพและเสียงได้ เว้นแต่มีเหตุอันมิอาจดำเนินการได้ ให้บันทึกเหตุแห่งการนั้นไว้ในบันทึกการตรวจค้น

(2) กรณีเข้าเหตุยกเว้นการค้นโดยไม่มีหมายค้นหรือคำสั่งของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่น หากสามารถดำเนินการบันทึกภาพและเสียงในขณะที่ตรวจค้นได้ก็ให้ดำเนินการตาม ข้อ 4 (1)

ข้อ 8 การจัดเก็บข้อมูลการบันทึกภาพและเสียง ให้ดำเนินการดังนี้

(1) ให้หัวหน้าสถานีตำรวจ หรือหัวหน้าหน่วยงานที่มีอำนาจสอบสวนมอบหมายตำรวจเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดเก็บสิ่งบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา

(2) ให้ตำรวจผู้บันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา ส่งสิ่งบันทึกภาพและเสียงกับตำรวจผู้รับผิดชอบที่ได้รับมอบหมายตาม ข้อ 8 (1)

(3) เมื่อตำรวจผู้รับผิดชอบได้รับมอบสิ่งบันทึกภาพและเสียงมาแล้ว หากจำเป็นต้องใช้ภาพและเสียงนั้นประกอบการสอบสวนให้จัดทำสิ่งบันทึกภาพและเสียงนั้น จำนวน 2 ชุด เพื่อส่งแก่พนักงานสอบสวน

(4) เมื่อพนักงานสอบสวนได้รับสิ่งบันทึกภาพและเสียงจำนวน 2 ชุด ให้นำไปประกอบการสอบสวนส่งให้พนักงานอัยการ 1 ชุด ส่วนอีก 1 ชุด ให้เก็บไว้กับสำเนาการสอบสวน โดยให้มีการฉีกสิ่งบันทึกภาพและเสียงดังกล่าว เพื่อป้องกันให้มีการทำลายหรือทำให้เสียหาย และให้ลงลายมือชื่อพนักงานสอบสวน ผู้ต้องหา และผู้จัดเก็บไว้ด้วย

ข้อ 9 ห้ามมิให้ทำการเผยแพร่สิ่งบันทึกภาพและเสียง เว้นแต่เพื่อการสืบสวนและการสอบสวนคดีอาญา

ข้อ 10 ระยะเวลาในการรักษาหรือทำลายนั้น ให้เก็บรักษาไว้จนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือคดีขาดอายุความ

ข้อ 11 หากสิ่งบันทึกภาพและเสียงดังกล่าวไม่มีความจำเป็นต้องใช้เพื่อประกอบการสืบสวน และการสอบสวนคดีอาญา ให้เก็บรักษาไว้เป็นระยะเวลา 5 ปี ตามรอบปฏิทิน

จากการศึกษาคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติฉบับดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่า แนวทางการปฏิบัติในเรื่องการบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้นได้นำเทคโนโลยีซึ่งมีความก้าวหน้าอย่างมากในปัจจุบันมาช่วยในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจในการค้นตัวบุคคลทั้งในที่สาธารณะสถานและที่รโหฐาน โดยอาจนำมาใช้ประกอบสำนวนการสอบสวนส่งให้พนักงานอัยการ 1 ชุด ส่วนอีก 1 ชุด ให้เก็บไว้กับสำเนารายการสอบสวน โดยคำสั่งดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ส่งสำเนาบันทึกภาพและเสียงให้แก่บุคคลผู้ถูกค้นแต่อย่างใด จึงทำให้เชื่อได้ว่าวัตถุประสงค์หลักของการจัดทำสิ่งบันทึกภาพและเสียงเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนคดีอาญา โดยไม่ได้คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้ถูกค้นเท่าที่ควร ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมอบสำเนาสิ่งบันทึกภาพและเสียงในการตรวจค้นให้แก่บุคคลผู้ถูกค้นด้วย เพื่อความโปร่งใสเชื่อถือว่าผู้ถูกค้นจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างแท้จริง แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาก็เชื่อได้ว่าหากเกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับการค้น การจับ และการสอบสวนคดีอาญาที่มีข้อสงสัยบันทึกภาพและเสียงจะถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณา

(4) บันทึกข้อความ ตร. ที่ 0625.23/15679 ลงวันที่ 10 พฤศจิกายน 2540 เรื่อง กำชับการปฏิบัติเกี่ยวกับสถานที่กักขัง

เนื่องด้วยเกิดเหตุในห้องควบคุมไม่ว่าจะเป็นผู้ถูกควบคุมหลบหนี ผู้ถูกควบคุมหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา การทะเลาะวิวาท และการฆ่าตัวตาย จึงต้องดำเนินการเพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุ และปัญหาที่เกิดจากสถานที่สถานีตำรวจอย่างเคร่งครัด ในข้อ 5 ระบุว่า การควบคุมตัวผู้ถูกควบคุม ควรคัดแยกประเภทผู้ถูกควบคุม โดยพิจารณาถึงประเภทและความร้ายแรงของการกระทำ ความผิด แยกผู้ต้องหาและผู้ต้องโทษกักขัง เพศชายและหญิง ผู้ที่เป็นโรคติดต่อและจัดให้มีห้องน้ำในแต่ละห้อง

จากการศึกษา บันทึกข้อความ ตร. พบว่าเป็นการกำชับพิเศษเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการคุมขังบุคคลในสถานีตำรวจ เพื่อความปลอดภัยของผู้ถูกคุม ให้ผู้ถูกควบคุมแต่ละประเภท ซึ่งในการประเภทตามเพศ ไม่มีการระบุถึงบุคคลที่มีเพศนอกเหนือไปจากชายหญิง ไม่มีข้อกำหนดใน

การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศใดๆ นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาจากบันทึกข้อความ ตร. พบว่ามีการกระจัดกระจายของหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ อาจส่งผลให้ในทางปฏิบัติการคุ้มครองสิทธิและความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังเกิดความไม่เหมาะสมและไม่มีประสิทธิภาพ

3.7 การค้นตัวและการคุมขังในทางปฏิบัติของตำรวจ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะศึกษาการค้นตัวและการคุมขังในทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ว่ามีวิธีปฏิบัติอย่างไรบ้าง มีวิธีปฏิบัติสำหรับบุคคลข้ามเพศเป็นพิเศษหรือไม่อย่างไร โดยผู้ศึกษาจะแบ่งการศึกษาในหัวข้อนี้ออกเป็นการค้นตัวในทางปฏิบัติ การคุมขังในทางปฏิบัติ และข้อคิดเห็นของเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ปฏิบัติงาน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.7.1 การค้นตัวในทางปฏิบัติ

การค้นตัวเจ้าหน้าที่ตำรวจแจ้งขออนุญาตการค้นตัว หลักเกณฑ์การค้นตัวบุคคลก็ดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 โดยการค้นต้องดำเนินการด้วยความสุภาพและเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล และการค้นหญิงจะทำโดยหญิง หากไม่มีเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงขณะนั้นก็จะขอความช่วยเหลือจากประชาชนในละแวกนั้นหรือเจ้าหน้าที่อาสา กู้ภัยหญิงมาค้นตัวแทนเจ้าหน้าที่ตำรวจชาย หรือในบางกรณีหากหาหญิงอื่นมาช่วยค้นตัวไม่ได้ก็จะให้บุคคลนั้นแสดงความบริสุทธิ์ด้วยการค้นตัวเองต่อหน้าเจ้าหน้าที่ตำรวจชาย ในทางปฏิบัติการค้นตัวบุคคลข้ามเพศจะพิจารณาเพศกำเนิดของบุคคลตามบัตรประชาชน โดยไม่พิจารณาลักษณะทางกายภาพประกอบด้วยกล่าวคือ แม้บุคคลนั้นจะเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศเจ้าหน้าที่ก็ยังคงใช้เกณฑ์เพศตามกำเนิดในการดำเนินการต่อบุคคลข้ามเพศผู้นั้น เพราะไม่มีกฎหมายหรือหลักเกณฑ์อื่นใดในการพิจารณา

การค้นตัวหญิงเป็นไปตามมาตรา 85 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งบางกรณีต้องค้นตัวโดยถอดเสื้อผ้าออกหมด ทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่หญิงคนเดียวก็จะเข้าไปในห้องปิดมิดชิดกับผู้ต้องหา เพราะเป็นการค้นในที่ปิดอยู่แล้วประกอบกับต้องถอดเสื้อผ้าออกหมด และเจ้าหน้าที่หญิงก็มีจำนวนไม่เยอะมากด้วย แต่กรณีการค้นตัวในที่สาธารณะ เช่น ด่านตำรวจจะใช้เจ้าหน้าที่สองคนในการค้นตัว กรณีหญิงที่แต่งกายและมีรูปลักษณ์คล้ายชาย (ทอม) หากไม่มีเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงในขณะนั้นก็จะให้ภรรยาของเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่มูลนิธิร่วมกตัญญู

หญิงเป็นผู้ทำการค้นตัวแทน แต่ถ้าในขณะนั้นไม่มีหญิงอยู่เลย ก็จะทำให้บุคคลนั้นค้นตัวเอง โดยให้รีดเสื้อและกางเกงขิดผืนหนึ่งว่ามีสิ่งใดซ่อนอยู่หรือไม่ และกรณีหญิงข้ามเพศที่มีรูปลักษณ์เป็นหญิงก็จะใช้วิธีการในลักษณะเดียวกัน

การค้นตัวบุคคลข้ามเพศ ทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่จะไม่ถามเพศของผู้ถูกค้นและไม่ถามความประสงค์เกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ค้นแต่อย่างใด เจ้าหน้าที่ที่พิจารณาเพียงรูปลักษณ์ภายนอกเท่านั้น หากเกิดกรณีที่สงสัยเกี่ยวเพศก็จะขอให้บุคคลผู้จะถูกค้นแสดงบัตรประชาชน หากยังไม่ได้เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ แต่มีลักษณะภายนอกการแต่งกายและไว้ทรงผมยาวเหมือนผู้หญิงทุกประการ การดำเนินการจะพิจารณาตามเพศกำเนิด โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจชายก็จะเป็นผู้ดำเนินการค้นตัว แต่จะปฏิบัติด้วยความระมัดระวังและให้เกียรติ สारรวม หากเป็นไปได้ก็จะค้นตัวในสถานที่มิดชิด ไม่ทำต่อหน้าธารกำนัล เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการค้นตัวมีลักษณะเป็นการประจานผู้ถูกค้น

การบันทึกภาพการจับและค้นตัวแล้วแต่ชุดเจ้าหน้าที่ผู้จับกุมนั้น เป็นไปตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจชุดจับกุมบางชุดที่ทำงานละเอียดจะบันทึกภาพการจับกุมและการค้นไว้ เช่น คติยาเสพติด เพื่อป้องกันกรณีมีการร้องในชั้นศาลว่าการจับไม่ชอบ หรือมีการยึดยาเสพติด มีการใช้กำลัง อย่งไรก็ตาม ไม่มีระเบียบหรือคำสั่งกำหนดชัดเจนว่าต้องบันทึกภาพการจับกุมและการค้น จึงเป็นเรื่องดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งหากมีการบันทึกภาพไว้ก็จะเป็นหลักฐานสำหรับผู้ต้องหา และเจ้าหน้าที่ตำรวจ⁴⁴

ในภาพรวมทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่จะดำเนินการค้นตัวบุคคลข้ามเพศโดยสุภาพ ระมัดระวังไม่ให้ไปละเมิดสิทธิของบุคคลข้ามเพศ ประกอบกับปัจจุบันที่การสื่อสารเป็นไปอย่างรวดเร็ว เพื่อป้องกันข้อครหาเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษ และเมื่อค้นตัวเสร็จสิ้นเจ้าหน้าที่จะแจ้งว่าพบสิ่งใดบ้าง และในบางกรณีเจ้าหน้าที่จะจัดทำบันทึกการค้นตัวแล้วให้ผู้ถูกค้นลงนาม แต่หากเป็นกรณีการค้นตัวผู้ถูกจับกุมเจ้าหน้าที่จะบันทึกการสิ่งทีพบลงในส่วนท้ายของบันทึกการจับกุม ซึ่งเมื่อพิจารณาในกรณีที่การค้นตัวไม่ค้นพบสิ่งของที่ใช้หรือมีไว้เป็นความผิด เจ้าหน้าที่จะไม่มีกรบันทึกการรายละเอียดการค้นดังกล่าวไว้เลย

⁴⁴ในขณะทีผู้ศึกษาทำการสัมภาษณ์เพื่อเก็บข้อมูล สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ออก คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 178/2564 ลงวันที่ 9 เมษายน 2564 เรื่องการบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา

3.7.2 การคุมขังในทางปฏิบัติ

การคุมขังผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 คือคุมขังเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ในส่วนเรื่องรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการคุมขังจะไปปรากฏในระเบียบหรือคำสั่งของสำนักงานตำรวจแห่งชาติเป็นเรื่อง เช่น การรักษาความปลอดภัยห้องขัง หรือการจัดเวรยาม ในด้านการจัดสรรห้องขังในสถานีตำรวจนั้นจะจัดแบ่งออกเป็นห้องขังชาย ห้องขังหญิง ห้องขังเด็ก และหากเป็นสถานีตำรวจขนาดกลางหรือขนาดใหญ่ก็จะมีห้องขังสำหรับคนต่างด้าว หลักเกณฑ์ในพิจารณาเพศเพื่อจัดสรรห้องขังแก่บุคคลข้ามเพศใช้เกณฑ์เดียวกับการค้นตัวคือพิจารณาตามเพศแต่กำเนิด ทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจนำตัวบุคคลข้ามเพศแยกไปไว้ห้องขังอื่นแยกจากผู้ถูกคุมขังชายหญิงหากมีห้องขังอื่นว่างอยู่ แต่เป็นเรื่องดุลพินิจบางกรณีก็อาจจะไม่มีการแยกห้องขังให้แก่บุคคลข้ามเพศ กรณีบุคคลข้ามเพศได้เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว การจัดสรรห้องขังจะเป็นไปตามวิจรรย์ของร้อยเวร ซึ่งร้อยเวรอาจนำหญิงข้ามเพศที่แปลงเพศไปไว้ที่ห้องขังหญิง อย่างไรก็ตามดุลพินิจของร้อยเวรเป็นกรณีไป โดยอยู่บนเงื่อนไขว่าถ้าสถานีตำรวจที่มีห้องขังว่างเหลืออยู่ก็จะสามารถจัดบุคคลข้ามเพศแยกไปได้ เช่น ห้องเด็กห้องคนต่างด้าว

กรณีการคุมขังบุคคลข้ามเพศในทางปฏิบัตินั้น หากบุคคลข้ามเพศร้องขอเป็นการส่วนตัวให้แยกห้องขังเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้ดุลพินิจให้เข้าห้องแยกห้องขังให้แก่บุคคลข้ามเพศได้ เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับจำนวนเจ้าหน้าที่หญิงที่ดูแลผู้ถูกคุมขังบนสถานีตำรวจจำนวนเจ้าหน้าที่หญิงพบว่าไม่เพียงพอส่วนใหญ่เจ้าหน้าที่หญิงจะรับผิดชอบงานธุรการ ในช่วงเวรกลางคืนก็จะมีไม่มีเจ้าหน้าที่หญิงอยู่แล้ว ทำให้ไม่มีเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงประจำที่สถานีตำรวจเพื่อดูแลผู้ถูกคุมขังหญิงหรือหญิงข้ามเพศในเวลากลางคืน ซึ่งในประเด็นนี้เป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าสาเหตุของการขาดแคลนเจ้าหน้าที่หญิงคืออะไร และจะดำเนินการอย่างไรให้มีเจ้าหน้าที่หญิงเพียงพอต่อการปฏิบัติงานในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง

3.7.3 ข้อคิดเห็นของเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ปฏิบัติงาน

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะได้นำเสนอข้อคิดเห็นของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งเป็นข้อมูลที่ได้รับจากความกรุณาจากเจ้าหน้าที่ตำรวจที่อนุญาตให้เข้าสัมภาษณ์เพื่อสอบถามเกี่ยวกับการปฏิบัติงานในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง และสอบถามเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศ โดยข้อมูลที่จะ

นำเสนอต่อไปให้ผู้ศึกษาได้รับอนุญาตจากผู้ให้สัมภาษณ์ให้นำมาศึกษาวิเคราะห์ทุกท่านแล้ว ซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อคิดเห็นของเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ปฏิบัติงาน ดังต่อไปนี้

(1) พ.ต.อ.อภิวิชญ์ จันทวงศ์ รองผู้กำกับสอบสวน สภ.บ้านโป่ง จังหวัดราชบุรี⁴⁵

หลักเกณฑ์หรือวิธีปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศไม่มีหลักเกณฑ์การจำแนกบุคคลข้ามเพศเหมือนในต่างประเทศ ในประเทศไทยบุคคลข้ามเพศบางคนก็ไม่แสดงตัวอย่างเปิดเผยว่าเป็นบุคคลข้ามเพศ ในทางปฏิบัติผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาที่เป็นชายข้ามเพศพบน้อยกว่าหญิงข้ามเพศ หากพบชายข้ามเพศเจ้าหน้าที่หญิงจะเป็นผู้ค้นตัว และจะเห็นว่าขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีความหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเฉพาะเรื่องของบุคคลข้ามเพศที่ชัดเจน เพศตามกฎหมายของบุคคลมีแค่เพียงชายหญิง แต่ต้องยอมรับว่าปรากฏการณ์ทางสังคมของไทยเพิ่งมาให้ความสนใจเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศอย่างจริงจังในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาเอง โดยจุดเริ่มต้นที่สำคัญของกลุ่มบุคคลเพศที่สามคือ การประกาศใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งส่วนหนึ่งของปรากฏการณ์ในประเทศไทยก็ได้รับอิทธิพลจากต่างประเทศมา จึงทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ ผู้ให้สัมภาษณ์เห็นว่า การใช้หลักเกณฑ์พิจารณาเพศกำเนิดในการปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลข้ามเพศมีความเพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ แต่ไม่อาจรองรับการเติบโตของสังคมของกลุ่มบุคคลเพศที่สามในอนาคต ดังนั้น การจะกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขั้นตอนการค้นตัวและคุมขังซึ่งเป็นกระบวนการที่กระทบต่อบุคคลข้ามเพศโดยก็เป็นเรื่องที่ดี โดยอาจกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาอวัยวะเพศของบุคคลเพื่อรองรับผู้ต้องหาหรือผู้ต้องสงสัยที่เป็นหญิงข้ามเพศที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้ว เพื่อให้เจ้าหน้าที่หญิงเป็นผู้ค้นตัวหรือจัดให้อยู่ในห้องขังหญิงร่วมกับหญิงอื่น อย่างไรก็ตามก็ต้องศึกษาความเป็นไปได้และศึกษาหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศประกอบด้วย นอกจากนั้น ผู้ให้สัมภาษณ์เห็นว่าก่อนที่จะพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมวิธีการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติควรพิจารณากฎหมายที่รับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศเสียก่อน โดยแก้ไขเพิ่มเติมความชัดเจนเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เพื่อเชื่อมโยง

⁴⁵ อภิวิชญ์ จันทวงศ์, สัมภาษณ์, 27 มีนาคม 2564.

มากำหนดหลักการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยผู้ให้สัมภาษณ์ทั้งท้ายไว้ว่า การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อกระบวนการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศไม่เป็นการละเมิดสิทธิของเขา เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิของเขาไว้ และไม่มีทางที่บุคคลข้ามเพศจะรู้ว่าตนถูกละเมิดสิทธิ

(2) พ.ต.ท.ชนรดิช เทียนทอง สารวัตร(สอบสวน) สภ.เมืองราชบุรี จังหวัดราชบุรี⁴⁶

สำนักงานตำรวจแห่งชาติยังไม่ได้กำหนดนโยบายในการปฏิบัติต่อบุคคลเพศที่สามในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง การดำเนินการต่อบุคคลข้ามเพศพิจารณาเพศกำเนิดตามบัตรประชาชนและเป็นไปตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่ละคน ซึ่งต้องยอมรับว่าเพื่อนตำรวจบางคนก็ยังคงมีอคติต่อกลุ่มบุคคลข้ามเพศอยู่ โดยเห็นได้จากการแสดงท่าทีไม่สุภาพ ไม่ให้เกียรติ พุดจาและแสดงท่าทางไม่ดี เพราะมองบุคคลข้ามเพศเป็นกลุ่มคนที่มีผิดปกติไม่เหมือนชายหญิงทั่วไป จึงต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วนว่านอกจากการกำหนดหลักเกณฑ์ปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและคุมขังแล้ว ควรจะต้องมีการสร้างทัศนคติอันดีของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศไปพร้อมกัน

ความคิดเห็นเกี่ยวกับการค้นตัวบุคคลข้ามเพศต้องทำโดยเพศเดียวกัน และจัดห้องคุมขังแยกสำหรับบุคคลข้ามเพศที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาและเป็นในแนวทางเดียวกันทั้งประเทศสำนักงานตำรวจแห่งชาติควรออกระเบียบใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ตำรวจทั่วประเทศ ซึ่งก็อยู่ที่แนวคิดของผู้มีอำนาจออกคำสั่งว่าเห็นความสำคัญของเพศที่สามมากน้อยแค่ไหน โดยผู้ให้สัมภาษณ์เห็นว่าออกแค่ระเบียบหรือคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติสั่งการมาเป็นเรื่องๆ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจะได้รู้แนวทางการปฏิบัติในขั้นตอนการค้นตัวหรือคุมขังซึ่งเป็นงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่แล้ว และเห็นว่า การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอาจยุ่งยากและใช้เวลานาน แคระดับสำนักงานตำรวจแห่งชาติออกหนังสือกำชับและเน้นย้ำแนวทางการปฏิบัติก็น่าจะเพียงพอแล้วในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง

⁴⁶ชนรดิช เทียนทอง, สัมภาษณ์, 27 มีนาคม 2564.

(3) ร.ต.ท.ณัฐนนท์ เจียรนวนนนท์ รองสารวัตร(สอบสวน) สภ.โพธาราม จังหวัดราชบุรี⁴⁷

การคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังไม่มีกฎหมายวางหลักไว้ ทำให้ไม่มีความชัดเจนถึงกรอบการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศ ในทางปฏิบัติจึงเป็นเรื่องของดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ซึ่งทำให้มาตรฐานการปฏิบัติไม่เท่าเทียมกัน เท่าที่ผู้ให้สัมภาษณ์ทราบตำรวจในต่างประเทศมีหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติงานต่อบุคคลข้ามเพศ ซึ่งประเทศไทยอาจศึกษาและนำมาปรับใช้เท่าที่เหมาะสม เพื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ปฏิบัติงานจะได้มีแนวทางที่ชัดเจนในการทำงานกับบุคคลข้ามเพศ โดยก่อนออกคำสั่งหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศต้องไปพิจารณาให้ดีกว่ากฎหมายในประเทศไทยที่รับรองสิทธิของบุคคลกลุ่มดังกล่าวมีอะไรบ้าง มีข้อบกพร่องในการรับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศจุดใดบ้าง เพื่อส่งไม่ต่อมาที่การเสนอแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(4) ร.ต.ท.หญิงชญญาพัชญ์ โพธิพิพิธธนากร รองสารวัตร(สอบสวน)หญิง สภ.เมืองกาญจนบุรี จังหวัดกาญจนบุรี⁴⁸

กฎหมายหรือระเบียบของสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่วางหลักเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศ ทางปฏิบัติบุคคลข้ามเพศก็ไม่ได้เรียกร้อง หรือแสดงความประสงค์พิเศษใดๆ อาจเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมไว้ หากมีกฎหมายกำหนดให้สิทธิและเจ้าหน้าที่ได้แจ้งให้เขาทราบ เขาอาจแสดงความประสงค์ของตนก็เป็นได้ ผู้ให้สัมภาษณ์มีความเห็นว่า หากบุคคลข้ามเพศได้เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ควรให้เจ้าหน้าที่ที่มีเพศเดียวกับเพศที่บุคคลนั้นได้แปลงเพศมาเป็นผู้ดำเนินการค้นตัว เช่น ถ้าเป็นกะเทยแปลงเพศแล้ว เห็นว่าเจ้าหน้าที่หญิงควรเป็นผู้ค้น เพราะผ่านการเปลี่ยนแปลงทางกายภาพและประเมินสภาพจิตใจมาแล้ว ผู้ให้สัมภาษณ์กล่าวว่าตนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่หญิงสามารถค้นหญิงข้ามเพศที่แปลงเพศแล้วได้ ไม่ได้รู้สึกกังวลเพราะเพศกำเนิดของบุคคลคนนั้นเป็นชายเพราะเขาได้ผ่าตัดแปลงเพศมีเพศสภาพทางสรีรวิทยาเป็นหญิงแล้ว

⁴⁷ณัฐนนท์ เจียรนวนนนท์, สัมภาษณ์, 27 มีนาคม 2564.

⁴⁸ชญญาพัชญ์ โพธิพิพิธธนากร, สัมภาษณ์, 27 มีนาคม 2564.

ความคิดเห็นของผู้ให้สัมภาษณ์เกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายหรือระเบียบวิธีปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศของเจ้าหน้าที่ตำรวจ หากมีหลักเกณฑ์การดำเนินการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็เป็นเรื่องที่ดี เพื่อเจ้าหน้าที่จะได้มีแนวทางที่ชัดเจนในการปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มดังกล่าว แต่เห็นว่าหากบุคคลข้ามเพศยังไม่ได้เปลี่ยนแปลงทางกายภาพการปฏิบัติก็ต้องพิจารณาตามเพศกำเนิด การจะให้เจ้าหน้าที่หญิงไปค้นตัวกะเทยที่ยังไม่แปลงเพศก็เป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม กรณีชายข้ามเพศ (ทอม) ที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศมีอวัยวะเพศชายแล้วก็ไม่เหมาะสมที่จะให้เจ้าหน้าที่หญิงหญิงไปค้นตัว ดังนั้น เมื่อบุคคลนั้นแปลงเพศจะไปอิงที่เพศกำเนิดไม่ได้ แต่ควรพิจารณาจากเพศสภาพที่เป็นอยู่ ณ ขณะนั้น แต่ก็เกิดคำถามต่อไปว่าหากจะกำหนดให้บุคคลข้ามเพศแสดงความประสงค์เกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ค้น เช่น ถ้ากะเทยยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศ แล้วเขาประสงค์จะให้เจ้าหน้าที่หญิงเป็นผู้ค้นจะดำเนินการอย่างไร หากมีเจ้าหน้าที่สองคนและค้นอยู่เพียงแค่เสื้อผ้านั้นนอกคิดว่าอาจทำได้ แต่หากการค้นจะต้องถอดเสื้อผ้ออกทั้งหมดจะดำเนินการอย่างไร

จากข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ตำรวจข้างต้นจะเห็นได้ว่า วิธีปฏิบัติในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลัก ส่วนในเรื่องรายละเอียดจะวางหลักไว้ในระเบียบหรือคำสั่งของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศทั้งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและคำสั่งของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ในทางปฏิบัติการดำเนินขั้นตอนค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศจะยึดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเช่นกัน แต่เจ้าหน้าที่จะปฏิบัติด้วยความระมัดระวังเพราะเข้าใจว่าเป็นเรื่องละเอียดอ่อน เกณฑ์การจำแนกบุคคลข้ามเพศเป็นไปตามเพศกำเนิด จึงอาจเกิดปัญหาในกรณีที่บุคคลข้ามเพศได้ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงทางสรีรวิทยาว่าเจ้าหน้าที่จะจำแนกอย่างไร จากการสอบถามเจ้าหน้าที่ได้ความว่า เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้โดยเฉพาะก็ต้องพิจารณาตามเพศกำเนิดอยู่ดี แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในแต่ละกรณีได้ เช่น การค้นตัวหากเกรงว่าจะไปละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายอาจให้บุคคลข้ามเพศนั้นแสดงความบริสุทธิ์ด้วยการค้นตัวเอง ซึ่งมีลักษณะเดียวกับการให้หญิงค้นตัวเองเมื่อไม่มีเจ้าหน้าที่หญิงหรือหญิงอื่นมาเป็นผู้ค้นตัวได้ ส่วนการค้นตัวหากสถานีตำรวจมีห้องขังอื่นว่างอยู่เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจใช้ดุลพินิจแยกห้องขังให้บุคคลข้ามเพศต่างหากก็ได้

เมื่อกฎหมายไทยไม่มีหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง ทำให้การรับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนดังกล่าวไม่ปรากฏและบุคคลข้ามเพศไม่อาจทราบได้ว่าตนมีสิทธิอย่างไรเมื่อต้องถูกค้นตัวและคุมขัง นอกจากนี้ยังทำให้เจ้าหน้าที่ที่ไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศ การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศจึงเป็นเรื่องดุลพินิจเป็นรายกรณีไป ซึ่งส่งผลให้การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังไม่มีมาตรฐานอย่างเดียวกันทุกกรณี จากการสัมภาษณ์ข้อคิดเห็นของเจ้าหน้าที่ตำรวจในข้างต้นพบว่า มีความคิดเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่าประเทศไทยควรมีหลักการที่ชัดเจนในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง เพื่อรับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศและมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนให้เจ้าหน้าที่ใช้เป็นคู่มือในการปฏิบัติงาน เมื่อได้ศึกษาวิธีการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศในทางปฏิบัติ และข้อคิดเห็นของเจ้าหน้าที่ตำรวจมาแล้วในหัวข้อนี้ ในหัวข้อต่อไปผู้ศึกษาจะจัดกลุ่มสิทธิและปัญหาในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังตามระบบกฎหมายไทย เพื่อพิจารณาว่ามีประเด็นใดบ้างที่ต้องได้รับการแก้ไขปรับปรุงและยกระดับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศ

3.8 สิทธิของบุคคลในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังตามระบบกฎหมายไทย

หัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะศึกษาถึงสิทธิของบุคคลที่เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมในฐานะผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาว่าบุคคลดังกล่าวมีสิทธิใดบ้าง ในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังตามระบบกฎหมายไทย จากการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายประมวลวิธีพิจารณาความอาญา กฎกระทรวง ระเบียบและคำสั่งภายในของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ สามารถจำแนกสิทธิของบุคคลในขั้นตอนการค้นตัวและคุมขังตามระบบกฎหมายไทยได้ ดังต่อไปนี้

3.8.1 สิทธิในการค้นตัว

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวบุคคลแล้วผู้ศึกษาพบว่าบุคคลผู้ต้องถูกค้นตัวมีสิทธิ ดังนี้ต่อไปนี้

(1) สิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกค้นตัวในที่สาธารณะ เว้นแต่การค้นตัวมีเหตุอันควรสงสัยในการการค้น ตามมาตรา 93 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อป้องกันมิให้เจ้าพนักงานตำรวจใช้อำนาจค้นตามอำเภอใจ

(2) สิทธิของหญิงผู้จะถูกค้นตัวที่ต้องได้รับการค้นตัวจากเจ้าหน้าที่เพศหญิงตั้ง บัญญัติในมาตรา 85 วรรค 2 และมาตรา 132 (1) วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา

(3) สิทธิที่จะได้รับการค้นตัวโดยสุภาพ เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิใน เนื้อตัวร่างกายของบุคคล ตามมาตรา 85 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(4) เมื่อการค้นของเจ้าหน้าที่เป็นไปโดยมิชอบ บุคคลผู้ถูกค้นตัวมีสิทธิที่จะเอาผิดเจ้า พนักงานผู้นั้นได้ตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นหลักประกันว่าบุคคลจะไม่ถูก ค้นตัวโดยเจ้าพนักงานอย่างอำเภอใจ

3.8.2 สิทธิในการคุมขัง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุมขังบุคคล พบว่าบุคคลมีสิทธิดังนี้

(1) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมระหว่างถูกคุมขัง ไม่ลดทอนศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์

(2) สิทธิในการถูกคุมขังในสถานที่ถูกหลักอนามัย

(3) สิทธิที่จะได้รับการแยกการคุมขังตามประเภทของบุคคล กล่าวแยกหญิงออกจาก ชาย เด็กออกจากผู้ใหญ่ ผู้ต้องหาออกจากผู้ต้องโทษ

(4) สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ปล่อย เมื่อการคุมขังไม่ชอบตามมาตรา 90 แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

3.9 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศ

จากการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายไทยเกี่ยวกับการค้นตัวและการคุมขังในข้างต้นพบว่า หลักประกันเกี่ยวกับระบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มีหลักที่สำคัญคือกระบวนการต้อง เป็นไปอย่างโปร่งใส เป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ จึงได้บัญญัติหลักในการคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ผู้ต้องหาที่มีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตาม กระบวนการยุติธรรม มีสิทธิได้รับความคุ้มครองที่เหมาะสมจากรัฐ ไม่ให้เกิดการล่วงละเมิดสิทธิของ

ผู้ต้องหาโดยเจ้าหน้าที่รัฐจึงควรปรับปรุงกฎหมายโดยรับฟังจากผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายนั้น ประกอบด้วย และพัฒนาการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

การค้นตัวเป็นกระบวนการที่ละเมิดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของบุคคล จึงเป็นกระบวนการที่สำคัญจำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติวิธีการดำเนินการไว้อย่างชัดเจน ส่วนการคุมขังเป็นกระบวนการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล นำมาสู่สิทธิที่จะได้รับการปล่อยตัวจากการขังโดยมิชอบ

ประเด็นว่าความบกพร่องในการคุ้มครองสิทธิคนข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและคุมขังจะกระทบต่อสิทธิในการสู้อยู่อาศัยของบุคคล แม้ไม่มีบทบัญญัติการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้ โดยเฉพาะจะไม่กระทบต่อสิทธิในการต่อสู้คดี แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการค้นตัวและการคุมขังกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิจึงมีความจำเป็นต้องมีบทบัญญัติการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายประมวลวิธีพิจารณาความอาญา กฎกระทรวง ระเบียบและคำสั่งภายในของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พบปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในการค้นตัวและคุมขังดังต่อไปนี้

3.9.1 ปัญหาการค้นตัว

(1) บทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้ความสำคัญกับการค้นตัวหญิงเป็นสำคัญ แต่ไม่มีบทบัญญัติไว้เฉพาะสำหรับการค้นตัวชาย หรือบุคคลเพศที่มีเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด ว่าเจ้าหน้าที่เพศใดจะเป็นผู้ทำการค้นตัวบุคคลดังกล่าว

(2) กฎหมายไทยในปัจจุบันไม่ได้บังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องทำบันทึกการตรวจค้นและสำเนามอบให้แก่ผู้ถูกค้นตัวไว้เป็นหลักฐาน คือไม่มีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้ต้องทำ⁴⁹ นอกจากนั้น หากการค้นตัวไม่พบสิ่งผิดกฎหมายเจ้าหน้าที่ก็จะไม่มีบันทึกซึ่งเป็นหลักฐานการค้นครั้งนั้นไว้ เพียงแต่ปล่อยตัวผู้ถูกค้นไป ซึ่งอาจทำให้ผู้ถูกค้นไม่มีหลักฐานยืนยันเมื่อการค้นดังกล่าวมีปัญหา

⁴⁹ กนกศักดิ์ พ่วงลาภ, [ออนไลน์].

(3) บุคคลข้ามเพศไม่มีสิทธิแสดงความประสงค์ในการเลือกว่าจะถูกค้นตัวโดยเจ้าหน้าที่เทศหญิงหรือเทศชาย

3.9.2 ปัญหาการคุมขัง

(1) การคุมขังบุคคลข้ามเพศ ซึ่งมักดำเนินไปบนฐานของเพศที่ถูกกำหนด ณ แรกเกิด ผู้หญิงข้ามเพศจึงอาจถูกจัดให้อยู่ในที่สถานที่เดียวกันกับผู้ชาย อาจส่งผลให้ผู้หญิงข้ามเพศตกอยู่ในความเสี่ยงต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศและการคุกคามทางเพศจากผู้ถูกคุมขังคนอื่น⁵⁰

(2) บุคคลข้ามเพศไม่มีส่วนร่วมในการตัดสินใจเกี่ยวกับสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตน

(3) ผู้บังคับบัญชาของแต่ละสถานีตำรวจมีอำนาจสั่งด้วยดุลพินิจให้มีห้องคุมขังชั่วคราว และแยกห้องคุมขังสำหรับบุคคลข้ามเพศออกจากผู้กระทำผิดอื่น ส่งผลให้ไม่มีมาตรฐานในการคุมขังบุคคลข้ามเพศไปในแนวทางเดียวกัน แต่เป็นเรื่องดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาหรือร้อยเวรในแต่ละกรณี

3.10 สรุป

จากการที่ผู้ศึกษาได้ศึกษากฎหมาย กฎกระทรวง ประมวลระเบียบตำรวจเกี่ยวกับคดี และระเบียบภายในของสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและการคุมขังในระบบกฎหมายไทย พบว่าได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้นตัวหญิงว่าต้องกระทำโดยหญิงไว้อย่างชัดเจนเพื่อคุ้มครองการล่วงละเมิดทางเพศหญิงผู้ถูกค้นตัว แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในเรื่องการค้นหญิงโดยหญิงก็ยังคงไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในทุกมาตราที่เกี่ยวกับการค้นตัว กล่าวคือในบทบัญญัติเรื่องการค้นในที่สาธารณะไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าว และไม่มีข้อกำหนดให้นำบทบัญญัติในมาตราอื่นมาบังคับใช้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายก็ยังไม่ได้บัญญัติให้ครบถ้วนชัดเจนเสียทีเดียวในเรื่องการค้นตัวหญิง กรณีการค้นตัวชาย หรือบุคคลที่มีอัตลักษณ์หรือวิถีทางเพศแตกต่างไปจากหญิงชาย หรือบุคคลข้ามเพศนั้น ไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ

⁵⁰สกล โสภิตอาชาศักดิ์ เรียบเรียง, รณภูมิ สามัคคีคารมย์ แปล, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติสำนักงานประเทศไทย, “การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย : การทบทวนกฎหมายและนโยบาย” หน้า 53.

เจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการคั่นตัวไว้ จึงก่อให้เกิดปัญหาว่าการดำเนินการคั่นตัวชายหรือคนข้ามเพศจะต้องดำเนินการอย่างไร ให้เกิดความเหมาะสมและไม่เกิดปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศจากการคั่นตัว

กรณีการคุมขัง จากการศึกษาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนด แต่เพียงระยะเวลาในการคุมขังเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับควบคุมตัวบุคคลไว้ แต่เมื่อพิจารณาฎีกากระทรวง ประมวลระเบียบตำรวจเกี่ยวกับคดี และระเบียบภายในของสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่เกี่ยวข้องกับการคุมขังพบว่า มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุมขัง เพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่บุคคลผู้ถูกคุมขัง โดยแยกประเภทผู้ถูกควบคุมผู้ชายออกจากผู้หญิง เด็กออกจากผู้ใหญ่ ผู้ต้องหาออกจากผู้ต้องโทษ แต่ไม่มีหลักเกณฑ์ในการเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศว่า ควรจะดำเนินการอย่างไรให้เกิดความปลอดภัย ทำให้เกิดปัญหาการจัดห้องคุมขังแก่บุคคลข้ามเพศที่ไม่เหมาะสมและอาจถูกละเมิดทางเพศได้

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในเรื่องการคั่นตัวและคุมขัง ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียด ที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศ ไม่มีการให้ความสำคัญแก่ความปลอดภัยของคนข้ามเพศ ไม่มีการกำหนดค่านิยมที่เกี่ยวกับคนข้ามเพศ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานเกิดความรู้ความเข้าใจ ในการดำเนินการคั่นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศที่เหมาะสม

ด้วยเหตุนี้ ผู้ศึกษาจึงเห็นสมควรศึกษาแนวทางของต่างประเทศในการกำหนดหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับการคั่นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญาไทยให้มีความเหมาะสม และสามารถดำเนินกระบวนการคั่นตัวและคุมขังได้อย่าง มีประสิทธิภาพ ซึ่งผู้ศึกษาจะได้ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคั่นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศใน ระบบกฎหมายต่างประเทศต่อไป

บทที่ 4

สิทธิของบุคคลข้ามเพศในการค้นตัวและการคุมขังตามกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและคุมขังในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศเยอรมนี เพื่อจะทราบหลักเกณฑ์ในการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศว่ามีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใด และนำมาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทย

4.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่เห็นความสำคัญของสิทธิของบุคคลข้ามเพศประเทศหนึ่ง โดยมีกฎหมายรับรองสถานะของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ มีกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ ส่วนด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังก็มีกฎหมายกำหนดไว้ โดยเฉพาะซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดต่อไป

4.1.1 แนวคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชน¹

ต้นกำเนิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวอังกฤษคือ มหากฎบัตร (Magna Carta) ซึ่งมีหลักประกันความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการจากฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นหลักประการหนึ่งที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะระบบการพิจารณาคดีของคณะลูกขุนอันเป็นหลักการพิจารณาคดีว่าต้องกระทำโดยโปร่งใส ปราศจากการแทรกแซงจากฝ่ายบริหาร นอกจากมหากฎบัตรแล้วยังมีกฎหมายอีกฉบับของอังกฤษที่บัญญัติถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน คือ บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (Bill of Rights 1689) ซึ่งมีจุดเด่นในการมุ่งจัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และเกินขอบเขต กำหนดให้การใช้อำนาจของผู้ปกครองอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบโดยรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชน และผู้ปกครองอาจถูกถอดถอนได้หากไม่ใช้อำนาจอย่างชอบธรรม โดยเจตจำนงร่วมกันของประชาชน

¹พนนิตี สุริยะ, สิทธิมนุษยชน : แนวคิดและการคุ้มครอง (Human Rights : Concept and Protection), หน้า 21-

จอห์น ล็อก (John Locke 1632-1704) บุคคลผู้มีผลงานที่สำคัญต่อแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนของอังกฤษในช่วงเวลานั้น โดยล็อกเห็นว่า “ภายใต้สภาวะแห่งธรรมชาติมนุษย์มีอิสระเท่าเทียมกัน กฎธรรมชาติเกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิธรรมชาติ ได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สิน” โดยตามกฎหมายธรรมชาติมนุษย์ต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของผู้อื่นด้วย ล็อกได้นำทฤษฎีประชาคม (Social Contract) มาปรับเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของสังคมในยุคเขา ทฤษฎีของล็อกมองว่าหน้าที่หลักของกฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้นเป็นการทำให้กฎหมายธรรมชาติและสิทธิธรรมชาติชัดเจนขึ้น และมีกลไกบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายโดยไม่ลำเอียง

แนวคิดเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศในประเทศอังกฤษ แม้ว่าจะไม่มีคำจำกัดความที่ตกลงกันของบุคคลข้ามเพศ (หรือทรานส์) แต่โดยทั่วไปจะใช้คำว่า “ร่ม” (umbrella) เพื่ออธิบายบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศที่จดทะเบียนเมื่อแรกเกิด

การผ่าตัดแปลงเพศ หมายถึง บุคคลที่เสนอตัวเข้ารับการผ่าตัดหรือได้รับการผ่าตัดทั้งกระบวนการ (หรือส่วนหนึ่งของกระบวนการ) เปลี่ยนแปลงลักษณะทางสรีรวิทยา หรือลักษณะอื่นๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดเพศใหม่ซึ่งเป็นลักษณะที่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมกัน พ.ศ.2553 (The Equality Act 2010)

บุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดสามารถที่จะเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อบนเอกสารระบุอัตลักษณ์ทางการได้ ตามพระราชบัญญัติการจำแนกเพศ (Gender Recognition Act 2004 หรือ GRA) โดยใบรับรองเพศสถานะดังกล่าว เรียกว่า “ใบรับรองเพศ” (Gender Recognition Certificate หรือ GRC)

4.1.2 การค้นตัว²

ประเทศอังกฤษ กำหนดหลักเกณฑ์เบื้องต้นเกี่ยวกับการค้นตัวในที่สาธารณะต้องกระทำด้วยความสุภาพและต้องให้เกียรติกับผู้ถูกค้น นอกจากนี้การค้นตัวบุคคลต้องกระทำโดย

²GOV.UK, "Police Powers to Stop and Search: Your Rights," [Online] Accessed: 18 December 2020.

เจ้าพนักงานที่เป็นเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้น โดยเป็นไปตามข้อ 3.6 ของหลักปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการหยุดและค้น Code A³

การค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะ กำหนดเงื่อนไขไว้ใน PACE มาตรา 1 (2) - (5) โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสั่งให้บุคคลหยุดและค้นตัวได้หากมีเหตุผลอันสมควร (reasonable grounds) เช่น มียาเสพติดผิดกฎหมายไว้ในครอบครอง มีอาวุธ มีทรัพย์สินที่ได้มาจากการขโมย หรือสิ่งอื่นใดที่อาจจะใช้ในการกระทำความผิด เป็นต้น และก่อนที่บุคคลจะถูกค้นตัวเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องแจ้งข้อมูล ดังต่อไปนี้แก่ผู้ที่จะถูกค้นตัว

1. ชื่อของเจ้าหน้าที่ตำรวจและสถานีตำรวจที่สังกัด
2. สิ่งของที่เจ้าหน้าที่ตำรวจคาดว่าจะค้นเจอ
3. เหตุผลที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะค้นตัว
4. เหตุใดจึงได้รับอนุญาตตามกฎหมายให้ค้นตัว
5. เมื่อถูกค้นตัวแล้ว ผู้ถูกค้นมีสิทธิได้รับบันทึกการค้นตัว แต่หากไม่สามารถทำได้ในขณะนั้น ผู้ถูกค้นจะได้รับสำเนาบันทึกการค้นตัวในภายหลัง

สำหรับการค้นตัวอย่างละเอียดที่เสื้อผ้าชั้นใน เช่น เสื้อยัด กางเกง กระโปรง หรือสิ่งภายนอก เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องปฏิบัติตามหลักปฏิบัติของตำรวจ (Code A of The Police and Criminal Evidence Act 1984 : PACE) ซึ่งมีหลักว่า การค้นที่เกี่ยวข้องกับการถอดเสื้อคลุมตัวนอก เสื้อแจ็กเก็ต ถุงมือ หมวกคลุมศีรษะ หรือรองเท้า หรือสิ่งของอื่นใดที่ปกปิดตัวตนสามารถทำได้โดยเจ้าหน้าที่ที่เป็นเพศเดียวกันกับบุคคลที่ถูกตรวจค้นเท่านั้น และห้ามกระทำต่อบุคคลอื่นที่เป็นเพศตรงข้าม เว้นแต่บุคคลผู้ถูกค้นหาจะร้องขอเป็นพิเศษ⁴

มาตรา 3.6 “ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องดำเนินการค้นตัวอย่างละเอียดถี่ถ้วนมากขึ้น เช่น จำเป็นต้องให้บุคคลนั้นถอดเสื้อยัดออก ห้ามกระทำในที่สาธารณะ การค้นหาใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ

³ Codes of practice – Code A Exercise by police officers of statutory powers of stop and search.

⁴Y-Stop, "Can a Male Officer Search a Woman?," [Online] Accessed: 18 December 2020. Available from: <https://y-stop.org/news/can-male-officer-search-female>

การถอดเสื้อนอก ถุงมือหมวก หรือรองเท้า หรือสิ่งของอื่นใดที่ปกปิดตัวตน สามารถทำได้โดยเจ้าหน้าที่ที่เป็นเพศเดียวกันกับบุคคลที่ถูกค้นหา และไม่อาจกระทำต่อหน้าใครก็ตามที่เป็นเพศตรงข้าม เว้นแต่บุคคลที่ถูกค้นหาจะร้องขอเป็นพิเศษ (ดูประมวล C ภาคผนวก L และหมายเหตุ 4 และ 7)⁵

พระราชบัญญัติตำรวจและหลักฐานในคดีอาญา (The Police and Criminal Evidence Act หรือ PACE) ประมวลกฎหมาย C การควบคุมตัว การบำบัดและการซักถามบุคคลโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ ภาคผนวก L เรื่อง การกำหนดเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการค้นและกระบวนการอื่นๆ ได้มีการบัญญัติถึงเรื่องการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ ไว้ว่า การค้น หรือขั้นตอนอื่นใดสามารถทำได้โดยหรือต่อหน้าบุคคลที่เป็นเพศเดียวกันเท่านั้น และการค้นจะต้องดำเนินการด้วยความสุภาพและเคารพต่อบุคคลผู้ถูกค้น โดยเฉพาะกรณีที่มีความอ่อนไหวในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ

ตามกฎหมายอังกฤษ เพศของบุคคล คือเพศตามที่จดทะเบียนไว้ตั้งแต่แรกเกิด หรือเพศที่บุคคลได้จดทะเบียนและได้รับการรับรองเพศ (Gender Recognition Certificate หรือ GRC) ตามพระราชบัญญัติการจำแนกเพศ (Gender Recognition Act 2004 หรือ GRA) ก็จะถือตามเพศที่ได้จดทะเบียนและรับรองตามใบรับรองเพศ

การพิจารณาการค้นตัวบุคคลข้ามเพศมาตรา 3.7 แห่ง Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) Code A ส่วนท้ายให้หน้า Code C Annex L and Notes 4 and 7 มาบังคับใช้ ดังนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจควรดำเนินการตามขั้นตอนและข้อกำหนดเพื่อรักษาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ลดความไม่สบายใจของผู้ค้นและผู้ถูกค้น ต้องปฏิบัติตาม The Police and Criminal Evidence Act Code C ดังต่อไปนี้⁶

- 1) บุคคลนั้นจะต้องไม่ถูกถามว่าพวกเขามีใบรับรองเพศ หรือ GRC หรือไม่

⁵Article 3.6 of Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) – Code A.

⁶ANNEX L ESTABLISHING GENDER OF PERSONS FOR THE PURPOSE OF SEARCHING AND CERTAIN OTHER PROCEDURES, Codes of practice – Code C Detention, treatment and questioning of persons by police officers, pp 88-89.

2) หากไม่มีกรณีเป็นที่สงสัยว่าบุคคลนั้นเป็นเพศใด การปฏิบัติก็จะเป็นไปตามเพศที่เขาเป็น

3) หากมีกรณีเป็นที่สงสัยเกี่ยวกับเพศของบุคคล ไม่ว่าจะในขั้นตอนการค้นหรือขั้นตอนอื่นใด ให้ปฏิบัติดังต่อไปนี้:

(1) บุคคลนั้นควรถูกถามว่าเขาเป็นเพศอะไร เมื่อเขาแสดงความต้องการว่าเขาเป็นเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะแล้ว ควรให้บุคคลนั้นยืนยันความต้องการโดยลงนามในบันทึกการควบคุมตัว (custody record) หรือหากยังไม่มีบันทึกการควบคุมตัวก็บันทึกลงในบันทึกการค้น หรือสมุดจดของเจ้าหน้าที่ โดยบุคคลนั้นควรได้รับการปฏิบัติตามที่เขาประสงค์ ตัวอย่างเช่น หากเขาแสดงว่าตนเป็นเพศชาย และต้องการให้ปฏิบัติในฐานะที่เป็นเพศชาย การจัดการไม่ว่าจะเป็นการพูดคุยเป็นการส่วนตัวกับเจ้าหน้าที่ การดูแล การจัดหาสิ่งอุปโภคก็ต้องเป็นไปตามความต้องการส่วนบุคคลที่เขาแสดงออกมา

(2) หากมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความต้องการของบุคคลตามข้อ (1) เพราะมีความแตกต่างจากการดำเนินชีวิต เช่น เจ้าหน้าที่สอบถามแล้วบุคคลนั้นแสดงความต้องการที่จะได้รับการปฏิบัติแบบเพศหญิง ทั้งที่ตามเอกสารและข้อมูลปรากฏชัดเจนว่าบุคคลนั้นดำเนินวิถีชีวิตอย่างเพศชาย เขาก็ควรได้รับการปฏิบัติตามที่ปรากฏให้สอดคล้องกับการดำเนินวิถีชีวิต ไม่ใช่ปฏิบัติตามความต้องการที่ระบุไว้

(3) หากบุคคลไม่ระบุความต้องการตาม (1) การปฏิบัติก็จะเป็นไปตามวิถีการดำเนินชีวิตที่ปรากฏออกมา ตัวอย่างเช่น ถ้าปรากฏว่าวิถีการดำเนินชีวิตของบุคคลนั้นปรากฏชัดเจนว่าใช้ชีวิตอย่างผู้หญิง บุคคลนั้นก็ควรได้รับการปฏิบัติอย่างเพศหญิง เว้นแต่บุคคลนั้นดำเนินวิถีชีวิตอย่างผู้ชายและระบุความต้องการว่าจะรับการปฏิบัติอย่างเพศชาย เจ้าหน้าที่ก็ต้องสอบถามเป็นการส่วนตัวเกี่ยวกับความต้องการส่วนตัวและสิ่งของอุปโภค เช่น ผลิตภัณฑ์สำหรับผู้หญิง ไม่ใช่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการตามความต้องการของบุคคลเพียงอย่างเดียวโดยมองข้ามความต้องการในเรื่องนี้

(4) หากบุคคลนั้นไม่ระบุเพศของตน หรือการแสดงออกเกี่ยวกับวิถีทางเพศไม่ปรากฏ ให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติตามเพศที่บุคคลนั้นได้จดทะเบียนตั้งแต่แรกเกิด

กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องทำบันทึกการตรวจค้น และการตรวจสอบเหตุแห่งการตรวจค้นเป็นหนังสือ ภายหลังจากการตรวจค้นสิ้นสุดลง ตาม PACE มาตรา 3⁷ และกฎหมายยังกำหนดให้บันทึกการตรวจค้นโดยต้องมีรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้การปฏิบัติของตำรวจอังกฤษเป็นไปอย่างโปร่งใสและได้รับความเชื่อมั่น กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจจัดทำรายงานประจำปีของตำรวจในการค้นตัวบุคคลและค้นยานพาหนะ โดยมี Commission of the Police Metropolis เป็นผู้ดำเนินการ รายละเอียดในการจัดทำบันทึกโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งกำหนดไว้ใน PACE Code A ข้อ 4 มีดังต่อไปนี้⁸

(1) เจ้าหน้าที่ต้องบันทึกเวลาที่ค้นตัว เว้นแต่จะไม่สามารถบันทึกได้ในขณะนั้นมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนแต่จะไม่สามารถดำเนินการได้ เช่นในกรณีที่มีการก่อความวุ่นวายหรือมีการค้นในกรณีฉุกเฉินและจะต้องดำเนินการภายในเวลาที่เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ เจ้าหน้าที่ต้องบันทึกให้เสร็จสิ้นหลังจากได้ข้อมูลดังกล่าวมาแล้ว

(2) กรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่อาจจัดทำบันทึกให้เสร็จได้ในทันที เจ้าหน้าที่ต้องมอบสำเนาให้แก่ผู้ถูกค้น และเจ้าหน้าที่จะต้องถามชื่อ ที่อยู่ และวันเดือนปีเกิดของผู้ถูกค้นตัว อย่างไรก็ตาม บุคคลผู้ถูกค้นไม่มีหน้าที่ต้องตอบคำถามดังกล่าว และเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจควบคุมตัวบุคคลไว้เพื่อให้เขาตอบคำถาม

(3) กรณีที่มีการบันทึกการค้นตัวด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ และเจ้าหน้าที่ยังไม่ได้บันทึกลงบนกระดาษ เจ้าหน้าที่อาจส่งมอบบันทึกอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ แต่หากผู้ถูกค้นประสงค์จะได้บันทึกในกระดาษก็สามารถขอภายหลังได้

(4) การบันทึกการค้นตัว ต้องมีชื่อของเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ทำการค้น เว้นแต่จะเข้ากรณีที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถปกปิดชื่อได้ เพราะเหตุที่เจ้าพนักงานอาจเป็นอันตรายหากเปิดเผยชื่อ และกรณีที่มีการแสดงบัตรประจำตัวของเจ้าหน้าที่ ให้บันทึกด้วยกว่ามีการแสดงบัตรดังกล่าวแล้ว

⁷สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, การค้นตัวบุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาชาติ (กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), หน้า 47.

⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

(5) ในกรณีที่มีการค้นตัวบุคคลหลายคน ต้องทำบันทึกแยกแต่ละคน เว้นแต่จะเป็นการค้นตัวด้วยเหตุเดียวกัน จึงบันทึกการค้นตัวในบันทึกเดียวกันได้

(6) การบันทึกจะต้องมีเหตุแห่งการค้นโดยย่อ โดยมีข้อความที่อธิบายเหตุผลที่เกี่ยวพันกับผู้ที่ถูกค้น โดยอ้างอิงถึงพฤติการณ์และสภาพการณ์ที่เกี่ยวข้อง

(7) บันทึกต้องระบุสถานที่ตำรวจที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสังกัดอยู่ และแนบคำร้องขอค่าเสียหาย หากผู้ถูกค้นได้ร้องขอ

จากการศึกษา การค้นตัวบุคคลในประเทศอังกฤษมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรายละเอียดขั้นตอนอยู่ใน Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) Code A เพื่อให้เจ้าหน้าที่นำเป็นแนวทางในการปฏิบัติงาน และเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่จะต้องถูกค้นตัว กรณีการค้นตัวคนข้ามเพศก็มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนใน Police and Criminal Evidence Act Code C โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวบัญญัติคำนิยามของคนข้ามเพศ ขั้นตอนการระบุเพศ เพื่อให้การดำเนินการค้นเป็นไปอย่างเหมาะสม ไม่ทำให้บุคคลข้ามเพศรู้สึกอับอาย ซึ่งขั้นตอนและรายละเอียดการค้นตัวคนข้ามเพศนี้ใช้ทั้งการค้นก่อนจับ ค้นตัวหลังจับ และค้นตัวก่อนนำตัวบุคคลเข้าห้องคุมขัง

4.1.3 การคุมขัง

เมื่อบุคคลถูกจับจะถูกนำตัวไปที่สถานีตำรวจ และคุมขังในห้องขังเพื่อทำการสอบสวนต่อไป โดยก่อนที่จะนำตัวบุคคลเข้าห้องขัง เจ้าหน้าที่ตำรวจจะตรวจค้นและเก็บทรัพย์สินของบุคคลนั้นในขณะที่คุมขังในห้องขัง

เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถควบคุมตัวบุคคลได้ถึง 24 ชั่วโมง ก่อนที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะตั้งข้อหาอาชญากรรมหรือปล่อยตัว หากเจ้าหน้าที่ตำรวจสงสัยว่าเป็นอาชญากรรมร้ายแรง เช่น การฆาตกรรม สามารถควบคุมตัวบุคคลได้นานถึง 36 หรือ 96 ชั่วโมง และเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถควบคุมตัวบุคคลได้นานถึง 14 วัน หากบุคคลนั้นถูกจับโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการก่อการร้าย (Terrorism Act 2000)⁹

⁹GOV.UK, "Being Arrested: Your Rights " [Online] Accessed: 18 December 2020. Available from: <https://www.gov.uk/arrested-your-rights/how-long-you-can-be-held-in-custody>

การคุมขังบุคคลโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจของประเทศอังกฤษมีหลักการดังต่อไปนี้¹⁰

1. การคุมขังในความดูแลของตำรวจต้องเป็นไปอย่างปลอดภัยและใช้เมื่อจำเป็นเท่านั้น ไม่อาจใช้การคุมขังเพื่อลงโทษ
2. การคุมขัง เป็นไปเพื่อสนับสนุนการสอบสวนคดีอาญาและเพิ่มประสิทธิภาพแก่ระบบงานยุติธรรม
3. การคุมขังต้องไม่เลือกปฏิบัติและโปร่งใสต่อบุคคลทุกคนที่เข้ามามีส่วนร่วมกับกระบวนการ
4. เจ้าหน้าที่ผู้ดูแลผู้ถูกคุมขังต้องผ่านการฝึกอบรม เพื่อให้เป็นมาตรฐานอย่างเดียวกันและสร้างความเชื่อมั่นแก่บุคคลที่เข้ามาสู่กระบวนการ
5. การปฏิบัติในการดูแลผู้ถูกคุมขังต้องเป็นไปอย่างมีจริยธรรมและเตรียมรับมือกับสถานการณ์ที่ไม่คาดหมายมาก่อน

กรณีผู้ถูกคุมขังเป็นบุคคลข้ามเพศจะต้องเป็นอาศัยอยู่ในห้องขัง หรือห้องกักขังตามเพศสถานะของตน เมื่อตัดสินใจได้แล้วว่าเพศไหน เป็นคนข้ามเพศหรือได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว เจ้าหน้าที่จะจัดการให้เป็นไปตามเพศของบุคคล และการค้นตัวก่อนเข้าห้องขังเจ้าหน้าที่ผู้ค้นต้องมีเพศเดียวกับผู้ถูกควบคุมตัว¹¹ กรณีมีข้อสงสัยเกี่ยวกับเพศของบุคคลให้ดำเนินการตาม The Police and Criminal Evidence Act Code C¹² ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องการพิจารณาเพศในขั้นตอนการค้นตัว

เมื่อทราบแล้วว่าจะปฏิบัติต่อบุคคลเพศใด เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในการค้นหรือขั้นตอนอื่นต้องให้คำแนะนำก่อนการค้นหรือเริ่มขั้นตอน และหากบุคคลใดไม่ได้รับการปฏิบัติตามความต้องการจะต้องมีการบันทึกเหตุผลไว้ในบันทึกการค้น บันทึกการควบคุมตัว หรือบันทึกของ

¹⁰National Police Chiefs' Council (NPCC), *National Strategy for Police Custody*, p. 4.

¹¹The National Policing Improvement Agency, "*Guidance on the Safer Detention and Handling of Persons in Police Custody*", pp. 99-100.

¹² ANNEX L ESTABLISHING GENDER OF PERSONS FOR THE PURPOSE OF SEARCHING AND CERTAIN OTHER PROCEDURES, Codes of practice – Code C Detention, treatment and questioning of persons by police officers, pp 88-89.

เจ้าหน้าที่ แล้วแต่กรณี และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติการจำแนกเพศ บัญญัติคุ้มครองข้อมูลตามใบรับรองเพศของบุคคล และตามภาคผนวกแห่งประมวลกฎหมาย C การควบคุมตัวการบำบัดและการซักถามบุคคลโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ ไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ดังนั้นการคุ้มครองตามมาตรา 22 จึงรวมถึงการห้ามเจ้าหน้าที่ตำรวจเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว รวมถึงบันทึกที่มีข้อมูลที่ได้รับ ความคุ้มครองด้วย¹³ การดำเนินการเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ให้คำแนะนำในการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมกัน พ.ศ. 2553 และควรเสริมแนวทางในภาคผนวกของประมวลกฎหมาย C¹⁴

การคุมขังโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจในประเทศอังกฤษจะต้องมีการจัดทำบันทึกการคุมขังเพื่อบันทึกรายละเอียดต่างๆเกี่ยวกับผู้ถูกคุมขังคนนั้น ได้แก่ ชื่อผู้ถูกคุมขัง ข้อหา เวลาที่มาถึงสถานีตำรวจ บันทึกการเข้าเยี่ยม ระยะเวลาที่นำตัวผู้ถูกคุมขังไปสอบสวน และเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบดูแลผู้ถูกคุมขังต้องคอยเฝ้าสังเกตการณ์

จากการศึกษาการคุมขัง กรณีผู้ถูกคุมขังที่เป็นบุคคลข้ามเพศจะต้องเป็นอาศัยอยู่ในห้องขัง หรือห้องกักขังตามเพศสถานะของตน และการค้นตัวก่อนเข้าห้องขังเจ้าหน้าที่ผู้ค้นต้องมีเพศเดียวกับผู้ถูกควบคุมตัวตาม The Police and Criminal Evidence Act Code C รายละเอียดเกี่ยวกับการระบุเพศของบุคคลก็จะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด หากมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าบุคคลมีเพศใด กฎหมายก็ได้ระบุไว้ว่าเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการอย่างไร

4.1.4 ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้น

คดีระหว่างนางสาว C (นามสมมติ) หญิงข้ามเพศ กับ Avon and Somerset Police¹⁵ เรื่องเริ่มต้นขึ้นในเดือนตุลาคม ค.ศ.2015 โรงพยาบาลในเซาท์มิด เมืองบริสตอล ทีมสุขภาพจิตปฏิเสธที่จะยอมรับนางสาว C เข้าทำการรักษา เธอไม่พอใจจึงพยายามแขวนคอตัวเอง

¹³Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ C v Avon and Somerset Police, C00MY212 (2017).

ในโรงพยาบาลดังกล่าว ทางโรงพยาบาลจึงแจ้งตำรวจเมื่อตำรวจมาถึงก็ได้แจ้งข้อหาสร้างความเสียหายทางอาญาและจับตัวเธอไปขัง

นางสาว C ได้ให้รายละเอียดว่า เธอสวมเสื้อชั้นใน จัมเปอร์และเลกกิ้งซึ่งเป็นเสื้อผ้าผู้หญิงทุกวัน และเอกสารประจำตัวทุกชิ้นเป็นชื่อของเธอและปรากฏชัดว่าเธอเป็นผู้หญิง แต่เมื่อมาถึงสถานีตำรวจเจ้าหน้าที่ได้ถามเธอว่าวันนี้เธอเป็นผู้หญิงหรือผู้ชาย เธอได้พยายามแจ้งว่าเธอเป็นผู้หญิงแต่เจ้าหน้าที่กลับไม่สนใจยืนยันว่าเธอเป็นผู้ชาย ซึ่งเมื่อตรวจสอบบันทึกการควบคุมตัวก็จะพบว่าพบเจ้าหน้าที่ที่ตกลงไปว่า “นาย” และยิ่งไปกว่านั้นเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจห้าคนเป็นชายสามคนและหญิงสองคนได้ประเมินว่านางสาว C มีแนวโน้มที่จะทำร้ายตัวเอง จึงแจ้งให้นางสาว C ถอดเสื้อผ้าออกเพื่อเปลี่ยนเป็นชุดเสื้อผ้าชั้นเดียวที่ทนต่อการฉีกขาด หรือ “suicide suit” เพื่อลดความเสี่ยงในการฆ่าตัวตาย โดยนางสาว C เล่าว่าในขณะนั้นเจ้าหน้าที่ชายสองคนพาเธอไปที่ห้องขังแล้วบอกให้ฉันทอดเสื้อผ้า เธอก็ให้ความร่วมมือโดยเริ่มถอดต่างหุเมื่อเจ้าหน้าที่หญิงบอกให้เธอดูด แต่เธอรู้สึกตัวสั่นและไม่สามารถถอดออกได้โดยไม่ได้รับความช่วยเหลือ และเจ้าหน้าที่ยังบอกให้เธอดูดเสื้อชั้นในออก แต่เพราะเหตุที่เธอมีหน้าอกเหมือนผู้หญิงเธอก็แจ้งว่าต้องการให้เจ้าหน้าที่ผู้หญิงคนหนึ่งอยู่ด้วยเท่านั้นแต่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธ ทันใดนั้นเจ้าหน้าที่ก็ได้ดึงตัวเธอลงไปที่พื้น แล้วเจ้าหน้าที่ชายก็ถอดเสื้อผ้าเธอออก ซึ่งภาพจากกล้องวงจรปิดแสดงให้เห็นชัดเจนว่าเธอไม่ยินยอมและแสดงอาการขัดขืน แต่เธอก็ถูกรั้งและบังคับให้ถอดเสื้อชั้นในออก อย่างไรก็ตาม ยังคงมีข้อถกเถียงอยู่ว่า ในแถลงการณ์ในภายหลัง นางสาว C กล่าวว่าเธอพร้อมที่จะปฏิบัติตามคำสั่งของตำรวจหากเธอได้รับการช่วยเหลือและค้นหาโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่ต่อมาเธอไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง เพราะมีเจ้าหน้าที่ชายเข้าร่วมและมีส่วนเกี่ยวข้องขั้นตอนดังกล่าว

ต่อมานางสาว C ถูกปล่อยตัวโดยถูกตั้งข้อหาสร้างความเสียหายแก่อุปกรณ์ของโรงพยาบาล คดีของเธอได้ทนายความผู้เชี่ยวชาญด้านการเลือกปฏิบัติต่อคนข้ามเพศ Jane Ryan ซึ่งทำงานร่วมกับทนายความ Bhatt Murphy เข้ามาทำคดีของเธอ ทนายความได้กล่าวถึงการดำเนินคดีต่อตำรวจเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย การเลือกปฏิบัติ การคุกคามและการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยตำรวจก็ได้ยอมรับว่า พวกเขาได้ผลักดันอันเป็นการทำร้ายร่างกาย และพวกเขา

ไม่ปฏิบัติตามแนวทางในการค้นตัวผู้ถูกคุมขังซึ่งเข้าลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ และตกลงกันนอกศาลยอมชดใช้ค่าเสียหายให้แก่นางสาว C¹⁶

4.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่เห็นความสำคัญของสิทธิของบุคคลข้ามเพศประเทศหนึ่ง โดยในเรื่องกฎหมายรับรองสถานะของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศนั้นเป็นไปตามนโยบายของแต่ละรัฐ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แต่ละรัฐจะมีกฎหมายรับรองสถานะ ส่วนด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังก็จะจะเป็นไปตามข้อกำหนดของเจ้าหน้าที่ตำรวจในแต่ละรัฐที่จะกำหนดนโยบายออกมา โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.2.1 แนวคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชน¹⁷

หลังการต่อสู้ของชาวอาณานิคม ประกอบกับการถูกบีบคั้นเรื่องการจัดเก็บภาษีของประเทศอังกฤษ และการไม่มีตัวแทนรัฐอาณานิคมในรัฐสภาของอังกฤษ จึงตัดสินใจแยกตัวออกจากประเทศอังกฤษอย่างเด็ดขาด และแต่งตั้งให้โทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) เป็นผู้ยกร่างคำประกาศอิสรภาพ (The Declaration of Independence) ในปี ค.ศ.1776 มีสาระสำคัญว่า “เราถือว่าความจริงประจักษ์ในตัวของมันเองว่าเราถูกสร้างขึ้นมาอย่างเท่าเทียมกัน โดยพระเจ้าผู้สร้างได้ให้สิทธิอันติดตัวไม่พรากจากพวกเราไปไหน ในบรรดาสิทธิต่างๆเหล่านี้คือ สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และการแสวงหาความสุข และเพื่อป้องกันและให้ได้มาซึ่งสิทธิเช่นนั้น รัฐบาลปวงชนจึงได้ก่อเกิดขึ้นเพื่อทรงไว้ซึ่งอำนาจอันชอบธรรม โดยความยินยอมของประชาชนผู้ได้ปกครอง ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่รัฐบาลไม่ว่ารูปแบบใดกลายเป็นผู้ทำลายจุดมุ่งหมายดังกล่าว ก็เป็นสิทธิของประชาชนที่เปลี่ยนแปลงหรือล้มเลิก และก่อตั้งรัฐบาลใหม่ให้ดำเนินการตามหลักการเช่นว่า และให้มีอำนาจอันบันดาลความปลอดภัยและความผาสุกให้ได้มากที่สุด”¹⁸

¹⁶GSN, "Trans Woman: Police Pinned Me Down and Pulled Off My Bra," [Online] Accessed: 24 January 2021. Available from: <https://www.gaystarnews.com/article/trans-woman-police-pinned-pulled-off-bra/>

¹⁷พนธิ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน : แนวคิดและการคุ้มครอง (Human Rights : Concept and Protection), หน้า 21-24.

¹⁸“We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of

ในปี ค.ศ.1789 เหล่ารัฐอาณานิคมทั้ง 13 รัฐได้ประชุมก่อตั้งระบอบและวิธีการปกครอง โดยจัดให้มีรัฐบาลกลางและกฎหมายรัฐธรรมนูญเพื่อใช้ในการปกครอง อย่างไรก็ตามยังพบว่ารัฐธรรมนูญยังขาดการรับรองสิทธิและเสรีภาพอีกหลายประการ ในปี ค.ศ.1791 จึงมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเรียกว่า “บทแก้ไข 10 บทแรก” (The First Ten Amendments) หรือมีชื่อเรียกเป็นที่รู้จักว่า “บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิของอเมริกัน” (American Bill of Rights)

บทบัญญัติที่เป็นหลักพื้นฐานในการค้นและยึดของเจ้าหน้าที่ คือ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 (The Fourth Amendment) “บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย เคหสถาน เอกสารและทรัพย์สิน การค้นและการยึดที่ไม่มีสมเหตุสมควรมิใช่ และไม่มีหมายจะกระทำไม่ได้ แต่เมื่อมีเหตุอันสมควรสนับสนุน การค้นสถานที่ หรือค้นตัวบุคคล หรือการยึดสิ่งของที่ย่อมกระทำได้” โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นหลักการสำคัญในการดำเนินการค้นและยึดตั้งอยู่บนฐานของ “เหตุอันสมควร” (reasonable cause) นอกจากนี้ไม่ปรากฏรายละเอียดอื่นใดอีก

สถิติอาชญากรรมจากความเกลียดชังของหน่วยสืบสวนคดีอาญาของกระทรวงยุติธรรมสหรัฐอเมริกา (Federal Bureau of Investigation : FBI) พบว่าเกือบร้อยละ 20 ของเหยื่ออาชญากรรมจากความเกลียดชังทั้งหมด ในปี ค.ศ. 2015 จึงมีการจัดทำรายงาน “การปกป้องสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ” (Gender, Sexuality, and 21st Century Policing: Protecting the Rights of the LGBTQ+ Community) ซึ่งจัดทำโดย The Office of Community Oriented Policing Services (COPS Office) ร่วมกับ Strategic Applications International เพื่อให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์และข้อมูลที่มีประโยชน์อย่างยิ่งในการปรับปรุงการปฏิบัติงานระหว่างเจ้าหน้าที่และบุคคลหลากหลายทางเพศ ซึ่งในภาคผนวก A (Appendix A. Sample Policy: Police-

Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, –That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness.”

LGBTQ+ Interactions) ในรายงานดังกล่าวได้เสนอแนวทางการปฏิบัติงานของตำรวจในการค้นตัว และการจัดสถานที่คุมขัง ดังต่อไปนี้¹⁹

การค้นตัว (search)

1. ห้ามเจ้าหน้าที่ทำการค้นหาบุคคลใด ๆ แม้บุคคลนั้นจะยินยอม เพื่อจุดประสงค์ในการดูหรือกำหนดเพศตามลักษณะทางกายวิภาคศาสตร์หรืออวัยวะเพศของบุคคล หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการดูหมิ่นหรือล่วงละเมิด

2. บุคคลข้ามเพศ บุคคลเพศไม่สอดคล้อง หรือบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม จะไม่ถูกรุกรานด้วยวิธีการค้นตัวมากกว่าบุคคลอื่น

3. ก่อนที่จะค้นตัวบุคคล เมื่อไม่มีพื้นฐานทางกฎหมายสนับสนุน แต่ได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้จะถูกค้นตัว เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งให้ผู้ถูกค้นตัวทราบถึงสิทธิในการปฏิเสธการค้น และต้องบันทึกความยินยอมดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หากไม่มีความยินยอมจะทำการค้นไม่ได้

4. ก่อนดำเนินการตรวจค้นตัวบุคคล เจ้าหน้าที่จะต้องให้บุคคลผู้จะถูกค้นตัวแสดงความประสงค์เกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นตัว (เช่น ผู้หญิงข้ามเพศอาจต้องการให้เจ้าหน้าที่หญิงเป็นผู้ค้นตัว) คำขอดังกล่าวจะได้รับการพิจารณา หากไม่มีสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งจะต้องจัดทำเป็นเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดนี้ใช้ไม่ได้กับการค้นตัวที่ดำเนินการเพื่อความปลอดภัย

a. หากมีสถานการณ์ฉุกเฉิน ควรเริ่มต้นดำเนินการค้นตัวโดยเจ้าหน้าที่หญิง เว้นแต่ก่อนหรือระหว่างการค้นจะได้มีการร้องขอให้เจ้าหน้าที่ชายเป็นผู้ทำการค้นตัว การค้นตัวคนข้ามเพศ บุคคลเพศไม่สอดคล้อง หรือบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม โดยเจ้าหน้าที่มีอัตลักษณ์ทางเพศอย่างเดียวกันเดียวกัน ให้พิจารณาตาม The Prison Rape Elimination Act (PREA) หรือกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

¹⁹James E. Copple and Patricia M. Dunn, *Gender, Sexuality, and 21st Century Policing: Protecting the Rights of the Lgbtq+ Community* (Washington, DC: Office of Community Oriented Policing Services, 2017), pp. 47-49.

b. หากไม่มีเจ้าหน้าที่ที่มีเพศตามที่ร้องขอ:

(i) เรียกเจ้าหน้าที่ที่เป็นเพศที่บุคคลนั้นร้องขอ เพื่อทำการค้น และหากไม่มีเจ้าหน้าที่ดังกล่าวอยู่ในกรอบเวลาที่เหมาะสมด้วยเหตุผลอื่นใด เจ้าหน้าที่จะต้องจัดทำเอกสารบันทึกความประสงค์ของผู้ถูกค้นเกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้น และเหตุผลที่ไม่อาจดำเนินการตามคำร้องขอนั้นได้

(ii) หากเจ้าหน้าที่เพศเดียวกันไม่สามารถทำการค้นได้ การค้นดังกล่าวอาจดำเนินการเป็นการส่วนตัวโดยแพทย์เป็นทางเลือกสุดท้าย

5. เจ้าหน้าที่จะปฏิเสธที่จะค้นตัวบุคคลใดๆ โดยพิจารณาจาก อັตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศไม่ได้

การจัดสถานที่คุมขังของตำรวจ (Placement in police custody)

1. ในกรณีที่คนข้ามเพศ บุคคลเพศไม่สอดคล้อง หรือบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม อยู่ในความดูแลของตำรวจและถูกคุมขังในพื้นที่ที่กำหนด บุคคลดังกล่าวจะได้รับการปรึกษาว่าพวกเขาจะรู้สึกปลอดภัยที่จะอยู่ในห้องขังใด และเจ้าหน้าที่ต้องพยายามอย่างเต็มที่เพื่อให้แน่ใจว่าบุคคลนั้นจะถูกจัดให้อยู่ในที่ที่พวกเขาจะรู้สึกปลอดภัยที่สุด การจัดห้องขังจะต้องทำบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร เว้นแต่บุคคลผู้ถูกคุมขังแสดงเจตนาว่าเขารู้สึกปลอดภัยที่จะอยู่ในห้องขังที่สอดคล้องกับเพศที่ระบุ การจัดห้องขังทั้งหมดที่ไม่เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ถูกจับกุมซึ่งเขาเชื่อว่าปลอดภัยที่สุด จะต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมคำอธิบายโดยละเอียดว่าเหตุใดเจ้าหน้าที่จึงไม่อาจดำเนินการตามคำขอด้านความปลอดภัยของบุคคลผู้ถูกจับกุมได้

2. บุคคลข้ามเพศ บุคคลเพศไม่สอดคล้องหรือบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม จะไม่ถูกจัดให้แยกอยู่ในห้องขังเดี่ยวโดยพลการ เพียงเพราะการแปลงเพศ การไม่เป็นไปตามเพศกำเนิด หรือสถานะทางเพศ หรือเพื่อความคุ้มครองความปลอดภัยของตน เว้นแต่จะมีการร้องขออย่างชัดเจนให้จัดห้องขังเช่นนั้น

3. คำสั่งของเจ้าหน้าที่ให้นำรายการที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์ออก จะต้องสอดคล้องกันในทุกเพศ ในขณะที่อยู่ในความควบคุมของตำรวจ ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่สั่งให้บุคคล

ข้ามเพศนำสิ่งของที่เกี่ยวข้องกับรูปร่างหน้าตาออก (เช่น ขาเทียม เสื้อผ้า ชุดชั้นใน วิกผม หรือ เครื่องสำอาง) บุคคลที่ไม่ใช่คนข้ามเพศก็ไม่จำเป็นต้องทำเช่นนั้น เมื่อใดก็ตามที่จะต้องนำสิ่งของออก เจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการเป็นการส่วนตัว

4. บุคคลข้ามเพศ บุคคลเพศไม่สอดคล้อง หรือบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม จะต้องไม่ถูกใส่กุญแจมือกับราวบันได เก้าอี้ หรืออุปกรณ์อื่น ๆ ในช่วงระยะเวลาใด ๆ เพียงเพราะการแปลงเพศ การกำหนดเพศ หรือสถานะทางเพศ หรือเพื่อการปกป้องความปลอดภัยของพวกเขาเอง

5. บุคคลข้ามเพศ บุคคลเพศไม่สอดคล้อง หรือบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม จะไม่ถูกกักขังนานเกินกว่าความจำเป็นสำหรับกระบวนการนี้ๆ

มีการดำเนินการกำหนดนโยบายเฉพาะสำหรับคนข้ามเพศหลายเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกา อาทิเช่น กรมตำรวจนครบาล, กรมตำรวจนิวยอร์ก, กรมตำรวจลอสแอนเจลิส, กรมตำรวจชิคาโก, กรมตำรวจบอสตันวอชิงตัน (ดีซี), กรมตำรวจนิวยอร์กลินส์, กรมตำรวจฟิลาเดลเฟีย, กรมตำรวจไมอามีบีช, กรมตำรวจซานฟรานซิสโก, กรมตำรวจเดนเวอร์ และอื่น ๆ²⁰

4.2.2 เมืองซีแอตเทิล รัฐวอชิงตัน

ตำรวจเมืองซีแอตเทิล รัฐวอชิงตัน มีการกำหนดคู่มือกรมตำรวจซีแอตเทิล (Seattle Police Department Manual) กำหนดนโยบายการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัว และการคุมขังของเจ้าหน้าที่ไว้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.2.2.1 การค้นตัว

ตำรวจเมืองซีแอตเทิล กำหนดคู่มือกรมตำรวจซีแอตเทิล (Seattle Police Department Manual) นโยบายการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในลักษณะ 16 เรื่องการปฏิบัติการ

²⁰Caitlin Gokey, and Susan Shah, How to Serve Diverse Communities. Police Perspectives: Building Trust in a Diverse Nation (Washington, DC: Office of Community Oriented Policing Services, 2016), p. 50.

ลาดตระเวน (Title 16 Patrol Operations) มาตรา 16.200 เรื่องการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศ (Interaction with Transgender Individuals)²¹

คู่มือกรมตำรวจซีแอตเทิล กำหนดนโยบายผูกพันให้เจ้าหน้าที่ทุกคนและกำหนดแนวทางปฏิบัติอย่างเหมาะสมกับบุคคลข้ามเพศที่ติดต่อกับกรมตำรวจซีแอตเทิล เมื่อบุคคลนั้นระบุว่าตนเป็นบุคคลข้ามเพศ หรือหากเจ้าหน้าที่เชื่อตามสมควรว่าบุคคลนั้นอาจเป็นคนข้ามเพศ เจ้าหน้าที่จะสอบถามเพื่อให้บุคคลนั้นยืนยัน โดยเจ้าหน้าที่มีดุลพินิจที่จะสอบถามบุคคลเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศหรือไม่ก็ได้ นโยบายกรมตำรวจซีแอตเทิลคือปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเคารพศักดิ์ศรีและความความเป็นมืออาชีพ เจ้าหน้าที่จะปฏิบัติตามนโยบายของกรมตำรวจซีแอตเทิลตลอดเวลาตลอดจนนโยบาย และแนวทางปฏิบัติที่ป้องกันการเลือกปฏิบัติทางเพศเมื่อมีปฏิสัมพันธ์กับบุคคลข้ามเพศ²²

นโยบายการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศตามคู่มือกรมตำรวจซีแอตเทิลวางกรอบไว้ ดังนี้²³

1. คำนิยามเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศ
2. การให้บริการของเจ้าหน้าที่โดยไม่เลือกปฏิบัติ
3. กล่าวถึงบุคคลข้ามเพศตามชื่อแทนและคำสรรพนามที่เขาต้องการ
4. การค้นหรือการจับกุมไม่อยู่บนฐานของการเป็นบุคคลข้ามเพศ
5. การค้นใดๆ ของเจ้าหน้าที่เพื่อระบุเพศของบุคคลจะกระทำไม่ได้
6. ต้องมีเจ้าหน้าที่สองคนเข้าร่วมในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ

²¹Adrian Diaz, "Seattle Police Department Manual," [Online] Accessed: 18 December 2020. Available from: <https://www.seattle.gov/police-manual/general-policy-information>

²² เรื่องเดียวกัน.

²³ เรื่องเดียวกัน.

7. เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งบุคคลข้ามเพศให้ทราบถึงสิทธิที่จะแสดงความต้องการให้เจ้าหน้าที่เพศใด เป็นผู้ดำเนินการค้น
8. เจ้าหน้าที่จะไม่ยึดหรือลบสิ่งที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์ภายนอก
9. เจ้าหน้าที่จะเคลื่อนย้าย เพื่อรักษาความปลอดภัยบุคคลข้ามเพศตามลำพังเมื่อใดก็ตามเมื่อเป็นไปได้
10. เมื่อมีการถ่ายโอนการดูแลบุคคลข้ามเพศเจ้าหน้าที่จะต้องส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องไปด้วย

สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับการค้นตัวบุคคลข้ามเพศตามคู่มือกรมตำรวจซีแอตเทิลนั้น ระบุว่า การค้นบุคคลข้ามเพศต้องดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่สองคน เว้นแต่ตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน จำเป็นเร่งด่วน เจ้าหน้าที่คนเดียวสามารถดำเนินการค้นได้ โดยต้องบันทึกเหตุไว้²⁴

ก่อนที่จะดำเนินการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้บุคคลนั้นทราบถึงสิทธิในการแสดงความต้องการเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการค้นหา โดยเจ้าหน้าที่จะต้องทำการบันทึกข้อมูลต่อไปนี้ลงในรายงาน ได้แก่ คำแนะนำของเจ้าหน้าที่และความต้องการของบุคคลข้ามเพศ หรือเหตุผลที่ไม่อาจให้ตามคำขอได้ ถ้ามี และหากบุคคลข้ามเพศได้ระบุเพศของเจ้าหน้าที่ที่จะทำการค้นแล้ว เจ้าหน้าที่เพศนั้นอย่างน้อยหนึ่งคนอาจเป็นผู้ทำการค้นตัวได้ ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงความสมเหตุสมผลและความจำเป็นของความล่าช้าใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการรอเจ้าหน้าที่คนอื่น หากไม่มีเจ้าหน้าที่ตามเพศที่บุคคลข้ามเพศต้องการเจ้าหน้าที่จะดำเนินการค้นตามคู่มือมาตรา 6.180 เรื่องการการค้นทั่วไปก็ได้ หากบุคคลข้ามเพศไม่ได้ระบุความประสงค์เรื่องเพศของเจ้าหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่อย่างน้อยหนึ่งคนที่มีเพศเดียวกันกับการแสดงออกทางเพศของบุคคลข้ามเพศทำการค้นได้ และเมื่อมีกรณีเป็นที่สงสัยเกี่ยวกับการค้นตัวบุคคลข้ามเพศให้เจ้าหน้าที่รายงานไปยังผู้บังคับบัญชาก่อนทำการค้น²⁵

การค้นนั้นเจ้าหน้าที่จะไม่ยึดหรือนำรายการที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์ภายนอกของบุคคลข้ามเพศไป เช่น เสื้อผ้า ชั้นใน วิกผม ขาเทียม หรือเครื่องแต่งหน้า หากสิ่งของ

²⁴ Section 16.200 Title 6 of Seattle Police Department Manual.

²⁵ Section 16.200 Title 7 of Seattle Police Department Manual.

เหล่านี้จะไม่ถูกยึดจากบุคคลที่ไม่ใช่บุคคลข้ามเพศก็ไม่อาจกระทำต่อบุคคลข้ามเพศได้เช่นเดียวกัน เว้นแต่สิ่งของดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์นั้นเป็นหลักฐานหรือเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยก็อาจถูกยึดได้²⁶

4.2.2.2 การคุมขัง

มาตรา 11.010 แห่งคู่มือกรมตำรวจซีแอตเทิล ข้อ 1 กำหนดว่า “ผู้ถูกคุมขัง” หมายถึง บุคคลที่อยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

การเคลื่อนย้ายบุคคลข้ามเพศเพื่อความปลอดภัย หากกรณีจำเป็น เจ้าหน้าที่สามารถเรียกเจ้าหน้าที่เพิ่มเติมไปยังที่เกิดเหตุเพื่อช่วยในการเคลื่อนย้ายบุคคลข้ามเพศ โดยเจ้าหน้าที่ต้องรักษาความปลอดภัยให้แก่ผู้ต้องสงสัยหรือนักโทษข้ามเพศโดยแยกไว้ในห้องขังโดยลำพัง หากไม่มีห้องขังเดี่ยวเจ้าหน้าที่จะจัดการให้ผู้ต้องสงสัย หรือนักโทษข้ามเพศมีห้องขังเดี่ยวเคลื่อนย้าย หรือปล่อยตัวไป²⁷

เมื่อเจ้าหน้าที่ส่งบุคคลข้ามเพศไปยังคุกคิงเคาน์ตี (King County Jail) หรือ โอนการควบคุมตัวไปยังหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายอื่น เจ้าหน้าที่จะแจ้งหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับตัวบุคคลนั้นด้วยว่าบุคคลนั้นเป็นคนข้ามเพศ²⁸

4.2.3 เมืองเดนเวอร์ รัฐโคโลราโด

คู่มือปฏิบัติการงานตำรวจเดนเวอร์ (Operations Manual Denver Police) มีวัตถุประสงค์ เพื่อกำหนดแนวทางในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศที่เข้ามาอย่างเหมาะสมติดต่อกับกรมตำรวจเดนเวอร์ การปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนด้วยศักดิ์ศรีความเคารพและความเป็นมืออาชีพ บุคลากรของแผนกจะปฏิบัติตามนโยบายของกรมตำรวจเดนเวอร์ตลอดเวลา ป้องกันการเลือกปฏิบัติ

²⁶ Section 16.200 Title 8 of Seattle Police Department Manual.

²⁷ Section 16.200 Title 9 of Seattle Police Department Manual.

²⁸ Section 16.200 Title 10 of Seattle Police Department Manual.

เพราะความแตกต่างอันเนื่องมาจากความแตกต่างทางอัตลักษณ์ทางเพศ²⁹ โดยปรากฏคำนิยามเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศในคู่มือปฏิบัติงานตำรวจเดนเวอร์ ดังต่อไปนี้³⁰

(a) ชื่อที่ต้องการ (Preferred Name) หมายถึง ชื่อที่ไม่ใช่ชื่อแต่กำเนิดของบุคคลข้ามเพศ แต่บุคคลข้ามเพศมีความพึงพอใจที่จะใช้ชื่อดังกล่าวในการอ้างอิงตัวตน (อาจเป็นชื่อตามกฎหมายหรือไม่ก็ได้) โดยหากบุคคลที่ถูกจับกุมเป็นบุคคลข้ามเพศเจ้าหน้าที่จะบันทึกชื่อตามกฎหมายและชื่อที่บุคคลข้ามเพศต้องการให้เจ้าหน้าที่ใช้เรียกตนหรือนามแฝงลงในบันทึกการจับกุม หากเจ้าหน้าที่ไม่สามารถระบุชื่อตามกฎหมายของคนข้ามเพศได้ให้เจ้าหน้าที่บันทึกชื่อที่ต้องการหรือนามแฝงนั้นแทน

(b) คนข้ามเพศ (Transgender) หมายถึง คำที่โดยรวมใช้อธิบายบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศและ/หรือการแสดงออกทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะมีการเปลี่ยนแปลงทางชีววิทยาหรือฮอร์โมนหรือไม่ก็ตาม

(c) บุคคลที่เปลี่ยนจากหญิงเป็นชาย (Transgender Man or Female-to-Male : FTM) หมายถึง บุคคลที่เกิดเป็นหญิง แต่มีความประสงค์ที่จะระบุตัวตนและดำรงชีวิตเป็นการใช้สรรพนามเรียกบุคคลดังกล่าวควรใช้สรรพนามเดียวกับที่ใช้กับบุคคลเพศชายแต่กำเนิด (เช่น he, him, his) หรือสรรพนามอื่นๆที่บุคคลนั้นต้องการให้ใช้เรียกตน โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางชีวภาพ ฮอร์โมน หรือการผ่าตัด

(d) บุคคลที่เปลี่ยนจากชายเป็นหญิง (Transgender Woman or Male-to-Female : MTF) หมายถึง บุคคลที่เกิดมาเป็นผู้ชาย แต่มีความประสงค์ที่จะระบุตัวตนและใช้ชีวิตอย่างผู้หญิง การใช้สรรพนามเรียกบุคคลดังกล่าวควรใช้สรรพนามเดียวกับที่ใช้กับบุคคลเพศหญิงแต่กำเนิด (เช่น she, her, hers) หรือสรรพนามอื่นๆที่บุคคลนั้นต้องการให้ใช้เรียกตน โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางชีวภาพ ฮอร์โมน หรือการผ่าตัด

จะเห็นได้ว่าคู่มือปฏิบัติงานตำรวจเดนเวอร์กำหนดคำนิยามเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศเบื้องต้นไว้อย่างชัดเจนเพื่อเป็นแนวทางให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเดนเวอร์ดำเนินขั้นตอนต่างๆที่เกี่ยวข้อง

²⁹ Section 104.10 (1) TRANSGENDER SUSPECTS AND ARRESTEES of Operations Manual Denver Police.

³⁰ Section 104.10 (2) TRANSGENDER SUSPECTS AND ARRESTEES of Operations Manual Denver Police.

กับบุคคลข้ามเพศ นอกจากนั้น กรมตำรวจเดนเวอร์ใส่ใจเรื่องรายละเอียดในการใช้สรรพนามเรียกบุคคลข้ามเพศและชื่อที่บุคคลข้ามเพศประสงค์ให้เรียกด้วย แสดงเห็นว่ากรมตำรวจเดนเวอร์เข้าใจถึงความละเอียดที่เจ้าหน้าที่จะมีปฏิสัมพันธ์กับบุคคลข้ามเพศ และรับรองให้บุคคลข้ามเพศเชื่อมั่นว่าแม้ตนจะตกอยู่ในฐานะผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหา ก็ได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เมื่อทราบหลักการเบื้องต้นเกี่ยวกับการดำเนินขั้นตอนของเจ้าหน้าที่ตำรวจเดนเวอร์กับบุคคลข้ามเพศแล้ว ในหัวข้อต่อไปผู้ศึกษาจะได้ศึกษารายละเอียดหลักเกณฑ์การค้นตัวบุคคลข้ามเพศของตำรวจเดนเวอร์

4.2.3.1 การค้นตัว

เจ้าหน้าที่ของกรมตำรวจเดนเวอร์ จะเป็นผู้พิจารณาว่าบุคคลใดเป็นคนข้ามเพศ หากบุคคลนั้นระบุว่าตนเป็นคนข้ามเพศ หรือหากเชื่อตามสมควรว่าบุคคลนั้นเป็นคนข้ามเพศตามหลักเกณฑ์เบื้องต้นที่กำหนดในคู่มือปฏิบัติงานตำรวจเดนเวอร์ โดยก่อนที่จะดำเนินการค้นตัวคนข้ามเพศ เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งให้บุคคลนั้นทราบถึงสิทธิในการแสดงความต้องการเกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้น โดยมีขั้นตอนดังต่อไปนี้³¹

1. หากบุคคลข้ามเพศ ได้แสดงความต้องการเลือกเพศเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นแล้ว การค้นตัวบุคคลข้ามเพศต้องดำเนินการโดยมีเจ้าหน้าที่ตามเพศที่บุคคลข้ามเพศร้องขอยอย่างน้อย 1 คน ทุกครั้งหากเป็นไปได้
2. หากบุคคลข้ามเพศไม่ได้ระบุเพศความต้องการเกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้น การดำเนินการค้นตัวต้องกระทำโดยมีเจ้าหน้าที่อย่างน้อยหนึ่งคนที่มีเพศเดียวกันกับการแสดงออกทางเพศของบุคคลข้ามเพศ
3. เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของความล่าช้าที่จะเกิดขึ้น หากไม่มีเจ้าหน้าที่ตามเพศที่ต้องการ เจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการค้นตามนโยบาย

³¹ Section 104.10 (3) c. TRANSGENDER SUSPECTS AND ARRESTEES of Operations Manual Denver Police.

4. ในทางปฏิบัติควรมีเจ้าหน้าที่สองคนในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ หากมีกรณีจำเป็นเพื่อความปลอดภัย หรือเหตุผลอื่นๆ เจ้าหน้าที่อาจค้นตัวบุคคลข้ามเพศโดยไม่ต้องมีเจ้าหน้าที่สองคนก็ได้ แต่ต้องจัดทำเอกสารระบุเหตุผลความจำเป็นที่ต้องกระทำเช่นนี้

5. ห้ามเจ้าหน้าที่ค้นตัว หรือตรวจร่างกายบุคคลข้ามเพศ เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการทราบสถานะทางกายภาพของเขา

6. เมื่อมีข้อสงสัย ให้เจ้าหน้าที่จะปรึกษาผู้บังคับบัญชา

เจ้าหน้าที่จะไม่ยึด หรือถอดสิ่งของที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์ภายนอก (เช่น เสื้อผ้า ชุดชั้นใน วิคแคม ขาเทียม หรือการแต่งหน้า ฯลฯ) เว้นแต่สิ่งของนั้นเป็นหลักฐานในการกระทำความผิด หรือเป็นอันตรายต่อความปลอดภัย³²

4.2.3.2 การคุมขัง

เมื่อมีการขนย้ายผู้ถูกจับกุมข้ามเพศ ผู้รับมอบหมายในการรับตัวผู้ถูกจับจะ ได้รับแจ้งเกี่ยวกับหมายเลขยานพาหนะ ระยะเวลาเริ่มต้นเดินทางและระยะเวลาที่จะถึงปลายทาง และถ้าจำเป็นเจ้าหน้าที่จะเรียกเจ้าหน้าที่เพิ่มเติมมาที่เกิดเหตุ เพื่อช่วยในการขนย้ายผู้ถูกจับข้ามเพศ ก็ได้ ผู้ที่ถูกจับกุมข้ามเพศจะไม่ถูกเคลื่อนย้ายขึ้นรถทหาร หรือเคลื่อนย้ายไปกับบุคคลอื่น เว้นแต่จะมีที่แยกเป็นสัดส่วน³³

เจ้าหน้าที่จะดูแลคนข้ามเพศซึ่งเป็นผู้ต้องสงสัย หรือผู้ถูกจับกุมไว้ในห้องขัง เดี่ยว หากไม่มีห้องขังสำหรับคนข้ามเพศ ให้ผู้บังคับบัญชาจัดให้ผู้ต้องสงสัย หรือ ผู้ถูกจับกุมข้ามเพศมีห้องขังเดี่ยว หรือย้ายไปยังสถานที่ที่มีห้องขังเดี่ยว หรือปล่อยตัวไป³⁴

4.2.4 เมืองชิคาโก รัฐอิลลินอยส์

กรมตำรวจเมืองชิคาโก (Chicago Police Department) ให้ความสำคัญต่อสิทธิของบุคคลข้ามเพศ โดยได้ออกคำสั่งทั่วไปที่ G20-01-03 เรื่อง การมีปฏิสัมพันธ์ของเจ้าหน้าที่กับ

³² Section 104.10 (3) d. TRANSGENDER SUSPECTS AND ARRESTEES of Operations Manual Denver Police.

³³Section 104.10 (3) e. TRANSGENDER SUSPECTS AND ARRESTEES of Operations Manual Denver.

³⁴Ibid.

บุคคลข้ามเพศทรานส์เจนเดอร์ บุคคลอินเตอร์เซ็กส์ (คนที่เกิดมามีลักษณะทางกายภาพที่แตกต่างจากปกติ จนไม่สามารถระบุเพศชัดเจนได้ โดยมีทั้งการเกิดมามีอวัยวะสืบพันธุ์ของทั้งสองเพศ ปริมาณฮอร์โมนหรือโครโมโซมเพศที่ผิดปกติ หรือแม้กระทั่งลักษณะด้านอื่นๆ ที่ค่อยๆ ปรากฏเมื่อถึงวัยเจริญพันธุ์³⁵) และบุคคลที่มีเพศไม่สอดคล้องกับเพศกำเนิด (INTERACTIONS WITH TRANSGENDER, INTERSEX, AND GENDER NONCONFORMING (TIGN) INDIVIDUALS)

คำสั่งของกรมตำรวจเมืองชิคาโก นิยามคำว่า “คนข้ามเพศ” ว่า บุคคลที่มีอัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด และให้หมายความรวมถึงบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศ อินเตอร์เซ็ก และบุคคลที่มีสภาวะเพศไม่สอดคล้องกับเพศแรกเกิด

4.2.4.1 การค้นตัว

คำสั่งของกรมตำรวจเมืองชิคาโก เรื่อง การมีปฏิสัมพันธ์ของเจ้าหน้าที่กับบุคคลข้ามเพศทรานส์เจนเดอร์ บุคคลอินเตอร์เซ็กส์ และบุคคลที่มีเพศไม่สอดคล้องกับเพศกำเนิด ข้อ 4 ได้กำหนดหลักในการจำแนกเพศของผู้ถูกจับข้ามเพศ เพื่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ดังนี้³⁶

A. เพศของผู้ถูกจับกุม จะถูกจัดประเภทตามที่ปรากฏในบัตรประชาชนที่ออกโดยรัฐบาล (การกำหนดเพศของรัฐอิลลินอยส์จะระบุไว้ในบัตรประจำตัวประชาชน ซึ่งเป็นตามเอกสารที่เหมาะสม (appropriate documentation) ที่ส่งไปที่รัฐบาล)

B. ข้อยกเว้นของการจำแนกเพศตามบัตรประจำตัวที่ออกโดยรัฐบาล คือผู้ถูกจับกุมที่กำหนดเพศของตนใหม่ด้วยการผ่าตัดแปลงเพศ:

1. หญิงที่ได้รับการแปลงเพศมาจากเพศชาย จะถูกจำแนกว่าเป็นเพศหญิง
2. ชายที่ได้รับการแปลงเพศมาจากเพศหญิง จะถูกจำแนกว่าเป็นเพศชาย

³⁵ แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล ไทยแลนด์, "ทำความเข้าใจกับ "I" ใน LGBTQ" [ออนไลน์].

³⁶ Title IV. GENDER CLASSIFICATION OF TIGN ARRESTEES FOR DEPARTMENT PURPOSES of Chicago Police Department: General Order G02-01-03 (INTERACTIONS WITH TRANSGENDER, INTERSEX, AND GENDER NONCONFORMING (TIGN) INDIVIDUALS).

C. ในกรณีที่ไม่มีบัตรประจำตัวที่ออกโดยรัฐบาลให้ใช้เกณฑ์ต่อไปนี้

ในการจำแนกเพศ

หากผู้จับกุมระบุว่า:

1. มีอวัยวะเพศชายผู้จับกุมจะถูกจำแนกเป็นชาย
2. ไม่มีอวัยวะเพศชายผู้จับกุมจะถูกจำแนกเป็นหญิง

D. ในกรณีที่มีความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการจำแนกเพศของผู้ถูกจับกุมที่เหมาะสม ให้เจ้าหน้าที่ปรึกษาผู้บังคับบัญชา เพื่อรับคำแนะนำเพิ่มเติมเกี่ยวกับการจำแนกที่เหมาะสม

การดำเนินการค้นตัวบุคคลข้ามเพศข้อ 5 ขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกจับข้ามเพศ ส่วน A การค้นตัวบุคคลข้ามเพศ ดังนี้³⁷

1. ต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่เพศเดียวกับผู้ถูกจับกุม ตามหลักเกณฑ์เรื่องเพศของคำสั่งนี้ซึ่งได้ระบุไว้ในข้อ 4 นี้ โดยกำหนดมาตรการป้องกันไว้ในหัวข้อที่ชื่อว่า “ระบบหยุดการสืบสวน” (Investigatory Stop System)

ข้อยกเว้น : หากเจ้าหน้าที่เพศเดียวกับคนข้ามเพศไม่สามารถดำเนินการได้ในขณะนั้น และมีความจำเป็นที่จะต้องค้นตัวในทันที หากการค้นนั้นไม่เป็นอันตรายต่อตัวเจ้าหน้าที่เองหรือประชาชน เจ้าหน้าที่ที่มีเพศตรงข้ามกับผู้ถูกค้นสามารถดำเนินการค้นตัวบุคคลได้ โดยการค้นที่เสื้อผ้าชั้นนอก

2. เมื่อเจ้าหน้าที่นำตัวบุคคลข้ามเพศเข้าห้องขัง ก็จะต้องดำเนินการค้นตัวก่อนนำตัวบุคคลนั้นเข้าห้องขัง ต้องปฏิบัติดังนี้

(a.) เพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นตัวคนข้ามเพศที่จะถูกคุมขัง ให้เป็นไปตามแนวทางเพศตามระบุไว้ในข้อ 4 ของคำสั่งนี้

³⁷ Section A. Searches of TIGN Individuals, Title V. PROCEDURES INVOLVING TIGN ARRESTEES of Chicago Police Department: General Order G02-01-03 (INTERACTIONS WITH TRANSGENDER, INTERSEX, AND GENDER NONCONFORMING (TIGN) INDIVIDUALS).

(b.) เมื่อได้รับคำร้องจากบุคคลข้ามเพศ เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการกับการพิจารณาอัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศ จะต้องถูกนำเสนอเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาเข้าร่วมสังเกตการณ์ในขั้นตอนค้นตัวก่อนเข้าห้องขัง

4.2.4.2 การคุมขัง³⁸

สถานกักกันที่กำหนดสำหรับผู้จับกุมข้ามเพศ คือ สถานกักขังกลาง (Central Detention)

1. เมื่อการสอบสวนเบื้องต้นเสร็จสิ้น บุคคลข้ามเพศที่ถูกจับกุม จะถูกพิมพ์ลายนิ้วมือและถ่ายภาพ ณ สถานที่จับกุมก่อนที่จะถูกเคลื่อนย้ายไปยังสถานคุมขังส่วนกลาง ซึ่งเป็นไปตามขั้นตอนที่ระบุไว้ในคำสั่งกรมตำรวจชิคาโกในส่วน “แผนการจับกุม” (Field Arrest Procedures)

2. การขังข้ามเพศไว้ในห้องขังของสถานกักขังกลาง จะขึ้นอยู่กับเพศของผู้จับกุมข้ามเพศ โดยการจำแนกเพศเป็นไปตามที่ระบุไว้ในคำสั่งนี้

3. ผู้จับกุมข้ามเพศจะได้รับการดูแลในห้องขังเดี่ยว (single cell occupancy)

จากการศึกษา การค้นตัวของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหานี้ เป็นการกำหนดนโยบายโดยสถานีตำรวจของแต่ละเมืองเองที่จะจัดทำคู่มือการปฏิบัติงานให้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ยึดถือเป็นแนวทาง คู่มือตำรวจสามเมืองที่ผู้ศึกษาได้นำมาศึกษาได้กำหนดรายละเอียดในการดำเนินการค้นตัวคนข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ เริ่มตั้งแต่กำหนดคำนิยามให้เจ้าหน้าที่เข้าลักษณะของคนข้ามเพศ ซึ่งจะนำไปสู่การดำเนินการค้นตัวที่ถูกต้องเหมาะสม

การคุมขังในประเทศสหรัฐอเมริกาก็เป็นไปตามนโยบายของสถานีตำรวจ ซึ่งสถานีตำรวจทั้งสามที่ผู้ศึกษาได้ศึกษา กำหนดให้การคุมขังคนข้ามเพศต้องจัดให้มีห้องแยกต่างหาก หากไม่มีห้องขังว่างก็ต้องจัดหาโดยปรึกษากับผู้บังคับบัญชา และเมื่อพิจารณาความร้ายแรงของการ

³⁸ Section C, Title V. PROCEDURES INVOLVING TIGN ARRESTEES of Chicago Police Department: General Order G02-01-03 (INTERACTIONS WITH TRANSGENDER, INTERSEX, AND GENDER NONCONFORMING (TIGN) INDIVIDUALS).

กระทำของคนข้ามเพศและความปลอดภัย หากต้องขังร่วมกับบุคคลเพศอื่นจะเป็นอันตราย เจ้าหน้าที่ก็ต้องปล่อยตัวไป

4.2.5 ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้น

คดี Mariah Lopez สาวประเภทสองที่ถูกจับโดยเจ้าหน้าที่กรมตำรวจเมืองนิวยอร์ก ในข้อหาปล้นทรัพย์ นางสาว Lopez ถูกค้นตัวโดยเจ้าหน้าที่ชาย เธอได้ปฏิเสธที่จะเข้าไปในห้องขังของผู้ชาย แต่เจ้าหน้าที่ไม่สนใจใส่กุญแจมือและมัดขาไว้ด้วยกัน จากนั้นก็ลากเธอเข้าไปในห้องขังเดียวกับผู้ต้องขังชายโดยปราศจากการคำนึงถึงความปลอดภัยของเธอ ในระหว่างการคุมขังดังกล่าว นางสาว Lopez ถูกล่วงละเมิดทางวาจาและถูกทำร้ายร่างกายอย่างรุนแรง กระตุกอ่อนที่จมูกหัก ฟันหักและมีรอยถลอก ฟกช้ำที่ใบหน้าและร่างกายของเธอ³⁹

4.3 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลีย เป็นประเทศหนึ่งที่มีกฎหมายรับรองสถานะของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แต่ละรัฐจะมีกฎหมายรับรองสถานะ ส่วนด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังก็จะปฏิบัติตามข้อกำหนดของเจ้าหน้าที่ตำรวจในแต่ละรัฐที่จะกำหนดนโยบายออกมา โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.3.1 แนวคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ประเทศออสเตรเลีย ตั้งอยู่บนหลักนิติธรรมและมีประเพณีที่มั่นคงในการเคารพสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกคน สิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับและได้รับการคุ้มครองทั่วประเทศ ผ่านกฎหมายหลายฉบับทั้งในระดับรัฐบาลกลาง ระดับรัฐ กฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายทั่วไป⁴⁰

³⁹Amnesty International, "USA New York City: Abuse of Transgender Women by New York City Police Officers," [Online] Accessed: 24 January 2021. Available from: <https://www.amnesty.org/download/Documents/72000/amr511642006en.pdf>

⁴⁰ Australia Government Attorney-General's Department, "Human Rights Protections," [Online] Accessed: 21 December 2020. Available from: <https://www.ag.gov.au/rights-and-protections/human-rights-and-anti-discrimination/human-rights-protections>

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่ไม่มี Bill of Rights ซึ่งแตกต่างจากระบบประชาธิปไตยเสรีนิยมที่คล้ายคลึงกันส่วนใหญ่ การปกป้องสิทธิมนุษยชนพบได้ในรัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่ผ่านโดยรัฐสภาแห่งเครือจักรภพหรือรัฐสภาของรัฐหรือเขตดินแดน⁴¹

โดยการดำเนินงานในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนจะมีคณะกรรมการชุดหนึ่ง ชื่อว่า “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย” ซึ่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย ปี ค.ศ. 1986 บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลียไว้ ในฐานะหน่วยงานเครือจักรภพที่รับผิดชอบในการตรวจสอบและส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน นอกจากนั้น คณะกรรมการชุดนี้ยังมีหน้าที่รับผิดชอบภายใต้ พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ค.ศ. 1975 พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ ค.ศ. 1984 พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ ค.ศ. 1992 และพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติตามอายุ ค.ศ. 1996⁴²

ประเด็นเรื่องเพศวิถีของเพศหลากหลายได้เป็นประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในปี ค.ศ. 1991 นิโคลัส ทูเนน ชายรักร่วมเพศจากรัฐที่สมาเนีย ได้ส่งเรื่องร้องเรียนไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน เนื่องจากในขณะนั้นการมีเพศสัมพันธ์แบบรักร่วมเพศถูกกำหนดให้เป็นความผิดในรัฐที่สมาเนีย นิโคลัสได้โต้แย้งว่าการกำหนดให้การรักร่วมเพศเป็นความผิดเป็นละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเขาภายใต้ข้อ 17 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และเขายังโต้แย้งอีกว่ากฎหมายดังกล่าวของรัฐที่สมาเนียเป็นการเลือกปฏิบัติต่อการกลุ่มบุคคลคนรักร่วมเพศอันขัดต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง⁴³ ต่อมาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติมีความเห็นว่าความหลากหลายของรสนิยมทางเพศของบุคคลไม่อาจนำมาเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้ นอกจากนั้น กรณีดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีของการห้าม หรือขัดขวางเพื่อไม่ให้มีการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน

⁴¹Australian Human Rights Commission, "How Are Human Rights Protected in Australian Law?," [Online] Accessed: 21 December 2020. Available from: <https://humanrights.gov.au/our-work/rights-and-freedoms/how-are-human-rights-protected-australian-law>

⁴² Ibid.

⁴³ Toonen v Australia, Human Rights Committee Communication No. 488/1992

โดยต้องถือว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ เพราะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุทางเพศเช่นเดียวกัน⁴⁴

4.3.2 รัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales State)

รัฐนิวเซาท์เวลส์มีกฎหมายที่ให้อำนาจและกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ คือ พระราชบัญญัติการบังคับใช้กฎหมาย (อำนาจและความรับผิดชอบ) ค.ศ.2002 หรือ Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (LEPRA) เป็นกฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales State) ซึ่งควบคุมการใช้อำนาจของตำรวจโดยเฉพาะ โดย LEPRA นำโครงสร้างในพระราชบัญญัติตำรวจและหลักฐานทางอาญา ค.ศ.1984 (The Police and Criminal Evidence Act 1984) มาเป็นแนวทางในการจัดทำ โดยหากตำรวจไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติตาม LEPRA อาจส่งผลให้พยานหลักฐานไม่สามารถใช้ในศาลได้ตามมาตรา 138 ของพระราชบัญญัติหลักฐาน ค.ศ.1995 (The Evidence Act 1995)

4.3.2.1 การค้นตัว

เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถค้นตัวบุคคล เพื่อจุดประสงค์ในการสืบสวนอาชญากรรม โดยได้รับความยินยอมให้ตรวจค้นจากบุคคลนั้น หากบุคคลนั้นไม่ยินยอมก็ต้องมีหมายค้น นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ยังสามารถค้นตัวบุคคลที่ถูกควบคุมตัวได้ด้วย

การค้นตัวบุคคลในรัฐนิวเซาท์เวลส์ แบ่งออกเป็นสองประเภท คือ⁴⁵

(1) Frisk search คือ การค้นโดยใช้มือหรือเครื่องตรวจจับโลหะ ตรวจตามเสื้อผ้าภายนอกของบุคคล

(2) Strip search คือ การถอดเสื้อผ้าทั้งหมด เพื่อให้สามารถตรวจร่างกายได้โดยไม่ต้องสัมผัส การค้นนี้จะดำเนินการได้ต่อเมื่อมีเหตุสมควรเนื่องจากความร้ายแรงหรือ

⁴⁴สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, "จากระบบกฎหมายแบบทวีเพศ สู่อบบกฎหมายแบบพหุเพศ "วารสารนิติสังคมศาสตร์" หน้า 14-15.

⁴⁵Go To Court Lawyers, "Personal Search in Australia," [Online] Accessed: 21 December 2020. Available from: <https://www.gotocourt.com.au/criminal-law/police-searches/personal-searches/>

ความเร่งด่วนของสถานการณ์ และบุคคลนั้นจะต้องมีอายุมากกว่า 10 ปี และจะต้องดำเนินการแบบส่วนตัวและไม่ค้นในที่สาธารณะ หรืออยู่ในสายตาของเพศตรงข้าม

โดยในพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติการบังคับใช้กฎหมาย (อำนาจและความรับผิดชอบ) ค.ศ.2002 มาตรา 3 ได้นิยามคำว่า “คนข้ามเพศ” ไว้ดังนี้

“คนข้ามเพศ” (transgender person)⁴⁶ หมายถึง บุคคล (ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลที่มีการเปลี่ยนแปลงทางเพศภายใต้ส่วน 5A ของพระราชบัญญัติการจดทะเบียนการเกิดการตายและการแต่งงาน ค.ศ. 1995 หรือภายใต้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของกฎหมายในเขตอำนาจศาลอื่นของออสเตรเลียหรือไม่) --

(a) ผู้ที่ระบุว่าเป็นเพศตรงข้าม โดยการใช้ชีวิตชีวิต หรือแสวงหาที่จะมีชีวิตอยู่ในฐานะสมาชิกของเพศตรงข้าม หรือ

(b) ผู้ที่ระบุว่าเป็นเพศตรงข้าม โดยใช้ชีวิตเป็นเพศตรงข้าม หรือ

(c) ผู้ที่มีเพศไม่แน่นอนว่าเป็นเพศใดเพศหนึ่ง แต่ระบุได้ว่าเป็นเพศใด โดยพิจารณาจากการใช้ชีวิตในฐานะเป็นเพศนั้น

และหมายความรวมถึง บุคคลที่ถูกคิดว่าเป็นคนข้ามเพศไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นหรือไม่เป็นคนข้ามเพศก็ตาม

4.3.2.2 การคุมขัง

เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถจับกุมบุคคล โดยไม่มีการตั้งข้อหาโดยและไม่สามารถควบคุมตัวไม่มีกำหนด เว้นแต่บุคคลนั้นจะถูกสงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้าย โดยเจ้าหน้าที่สามารถจับกุมบุคคลนั้นได้เพียงหกชั่วโมงก่อนที่จะตั้งข้อหา หรือปล่อยตัวจากการควบคุมตัว เว้นแต่จะได้รับการขยายเวลาอีกไม่เกิน 6 ชั่วโมง รวมเป็น 12 ชั่วโมง⁴⁷

⁴⁶Section 3 of Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (LEPRA).

⁴⁷Ugur Nedim, "How Long Can I Be Kept in Police Custody?," [Online] Accessed: 22 December 2020. Available from: <https://nswcourts.com.au/articles/how-long-can-i-be-kept-in-police-custody>

เจ้าหน้าที่ห้องขัง (custody manager)⁴⁸ หมายถึง เจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่รับผิดชอบในการดูแลควบคุมและความปลอดภัยของบุคคลที่ถูกควบคุมตัวในสถานีตำรวจหรือสถานที่กักขังอื่น

การคุมขังต้องจัดทำบันทึก เรียกว่า “Custody records” โดยรายละเอียดที่ต้องปรากฏในบันทึกดังกล่าว ได้แก่⁴⁹

1. วันและเวลาที่บุคคลนั้นมาถึงสถานีตำรวจ และวันเวลาที่บุคคลนั้นอยู่ในความควบคุม
2. ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่จับผู้กุม
3. เหตุผลในการกักขังบุคคลดังกล่าว
4. รายละเอียดของทรัพย์สินที่นำมาจากบุคคลผู้ถูกคุมขัง
5. หากบุคคลนั้น มีส่วนร่วมในขั้นตอนการสอบสวนใดๆ ให้บันทึกเวลาที่กระบวนการสอบสวนเริ่มต้นและสิ้นสุดลง
6. หากบุคคลนั้นถูกปฏิเสธสิทธิใดๆ ให้เจ้าหน้าที่บันทึกเหตุผลของการปฏิเสธสิทธิเหล่านั้นและเวลาที่บุคคลนั้นถูกปฏิเสธสิทธิไว้ด้วย
7. วันที่เวลา และเหตุผลในการย้ายบุคคลไปอยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ตำรวจอื่น
8. วันที่และเวลาที่บุคคลนั้นพ้นจากการควบคุมตัว
9. รายการอื่นใดที่กำหนดโดยข้อบังคับ

นอกจากนั้นยังปรากฏหลักการปฏิบัติงานอย่างละเอียดของเจ้าหน้าที่ตำรวจนิวเซาท์เวลส์เกี่ยวกับการคุมขังใน NSW Police Force Code of Practice for CRIME (Custody, Right, Investigation, Management and Evidence) โดยมีหลักเกณฑ์ในการคุมขังดังนี้⁵⁰

⁴⁸ Section 3 of Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (LEPRA).

⁴⁹ Section 131 Custody records to be maintained, Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (LEPRA).

⁵⁰The Commissioner of Police, *Code of Practice for Custody, Rights, Investigation, Management and Evidence (Crime): Procedures Associated with Arrest, Detention and Investigation* (1998), pp. pp.11-33.

การพิจารณาคู่ชังบุคคลในหกชั่วโมงแรก ต้องจัดห้องชังให้เหมาะสมสำหรับการดูแลผู้ถูกคุมชัง ป้องกันไม่ให้เกิดการฆ่าตัวตาย หรือเจ็บป่วย
 หมายเหตุ : ให้แยกห้องชังชายและหญิงออกจากกัน และจัดให้เจ้าหน้าที่หญิงดูแลความต้องการส่วนตัวของผู้ถูกคุมชังหญิง

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับคนข้ามเพศ มีดังต่อไปนี้

(a) ห้ามสับสนระหว่างบุคคลแปลงเพศ (Transsexuals) กับบุคคลแต่งกายข้ามเพศ (Transvestites / Crossdressers) บุคคลแต่งกายข้ามเพศเพียงแค่แต่งกายให้ปรากฏออกมาเป็นเพศตรงข้าม แต่อย่าจัดให้บุคคลดังกล่าวเป็นเพศตามที่เขาแสดงให้ปรากฏ ซึ่งแตกต่างจากบุคคลแปลงเพศ ที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศและมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการบำบัดด้วยฮอร์โมน

(b) ในกรณีที่ปรากฏบ่งชี้ว่า คนที่ถูกคุมชังอาจผ่าตัดแปลงเพศ ให้เจ้าหน้าที่สอบถามอย่างละเอียดว่าเป็นเช่นนั้นหรือไม่ ถ้าเป็นเช่นนั้นให้จัดการเท่าที่เป็นไปได้ การพิจารณาห้องชังบุคคลแปลงเพศ ให้พิจารณาโดยคำนึงว่าบุคคลดังกล่าวอยู่ในฐานะผู้ที่มีความเสี่ยง ดังนั้น อย่าจัดให้บุคคลแปลงเพศอยู่ในห้องชังหรือพื้นที่ใด ๆ อยู่ร่วมกับบุคคลที่ไม่มีลักษณะเดียวกัน หากไม่สามารถแยกห้องชังได้ ให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็นทั้งหมด เพื่อให้บุคคลแปลงเพศอยู่ในห้องชังที่เหมาะสม

บุคคลแปลงเพศ เป็นบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ และมีความจำเป็นที่ได้รับยาหรือฮอร์โมนตามใบสั่งแพทย์ภายหลังการผ่าตัด เมื่อใดก็ตามที่บุคคลดังกล่าวมีความจำเป็นเจ้าหน้าที่ต้องให้สิทธิการแก่เขาในการเข้าถึงตามสมควรและให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจจัดหาสิ่งจำเป็นดังกล่าวให้

4.3.3 รัฐควีนส์แลนด์ (Queensland State)

การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อคนข้ามเพศต้องคำนึงถึงความปลอดภัยและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนข้ามเพศอยู่เสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติต่อผู้ถูกจับข้ามเพศใน

ขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องดำเนินการอย่างปลอดภัยและมีประสิทธิภาพ⁵¹

4.3.3.1 การค้นตัว

ตำรวจในรัฐควีนส์แลนด์ ต้องดำเนินการค้นตัวบุคคล ภายใต้พระราชบัญญัติอำนาจและความรับผิดชอบของตำรวจ ค.ศ. 2000 (The Police Powers and Responsibilities Act 2000) ตำรวจไม่มีสิทธิโดยอัตโนมัติในการค้นตัวบุคคล เว้นแต่มีเหตุสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งต่อไปนี้อยู่ในความครอบครอง :⁵²

กฎหมาย

- ยาเสพติดที่ผิดกฎหมาย
- ไม่ได้ได้รับอนุญาตให้ครอบครองมีดอาวุธหรือวัตถุระเบิดตามกฎหมาย
- สิ่งที่ทำหามีให้ครอบครองภายใต้คำสั่งใช้ความรุนแรงในครอบครัว
- สิ่งของหรือทรัพย์สินที่ถูกขโมยซึ่งได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สถานที่

- สิ่งของที่สามารถใช้หรือถูกใช้เพื่อเจาะเข้าไปในยานพาหนะหรือสถานที่
- หลักฐานการก่ออาชญากรรมร้ายแรง

ตำรวจสามารถหยุดและควบคุมตัว เพื่อทำการตรวจค้นโดยไม่ต้องมีหมาย

ค้นหากสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งใดสิ่งหนึ่งข้างต้นอยู่ในความครอบครอง

โดยทั่วไป เจ้าหน้าที่ตำรวจที่ผู้ทำการค้นตัวนั้นต้องเป็นเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้น หรือจัดให้แพทย์ หรือบุคคลที่ได้รับอนุญาตซึ่งเป็นเพศเดียวกันทำการค้นตัว หลักทั่วไปเกี่ยวกับการค้นตัวของรัฐควีนส์แลนด์ คือ พระราชบัญญัติอำนาจและความรับผิดชอบของตำรวจ ค.ศ. 2000

⁵¹QUEENSLAND POLICE SERVICE, *Queensland Police Service Good Practice Guide Interaction with Transgender Clients* 1ed. (The State of Queensland 2015), p. 6.

⁵²Go To Court Lawyers, "Personal Search in Australia."

(Police Powers and Responsibilities Act 2000) มาตรา 624 เรื่อง ข้อกำหนดทั่วไปเกี่ยวกับการค้นตัวบุคคล วางหลักว่า⁵³

(1) เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ค้นตัวบุคคลต้อง -

(a) ตรวจสอบให้แน่ใจว่าวิธีการค้นตัวบุคคลนั้นก่อให้เกิดความอับอายแก่บุคคลนั้นน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และ

(b) ใช้ความระมัดระวังตามสมควร เพื่อปกป้องศักดิ์ศรีของบุคคล

(c) เว้นแต่ จำเป็นต้องมีการค้นตัวบุคคลในทันทีและละเอียดมากขึ้น ให้จำกัดการค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะไว้เฉพาะการตรวจสอบเสื้อผ้าชั้นนอก และ

(d) หากจำเป็นต้องค้นตัวบุคคลให้ละเอียดมากขึ้น แต่ไม่จำเป็นต้องดำเนินการในทันที ให้ทำการค้นตัวบุคคลนั้นอย่างละเอียดในสถานที่อันมิใช่ที่สาธารณะ เช่น ในห้องของร้านค้าหรือในสถานีตำรวจ อยู่ใกล้สถานีตำรวจ

ตัวอย่างสำหรับ (1) (c) การตรวจค้นอย่างละเอียดมากขึ้น กรณีมีความจำเป็นในทันทีเนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจมีเหตุอันควรสงสัย ว่าบุคคลที่จะถูกค้นอาจมีระเบิดหรือมีอาวุธปืน หรืออาวุธมีดซ่อนอยู่ตามลำตัว

(2) เว้นแต่ จำเป็นต้องมีการค้นตัวในทันทีบุคคลที่ทำการค้นหาจะต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(a) เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ค้นจะต้องมีเพศเดียวกันกับบุคคลที่ถูกตรวจค้น หรือ

(b) หากไม่มีเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เป็นเพศเดียวกันเพื่อค้นตัวบุคคล ให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งที่มีเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้นดำเนินการค้นตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือ

⁵³Section 624 of The Police Powers and Responsibilities Act 2000.

(c) แพทย์ที่ทำหน้าที่ตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

กรณีการค้นตัวบุคคลข้ามเพศมีการกำหนดรายละเอียดไว้ โดยเฉพาะในคู่มือขั้นตอนปฏิบัติการของตำรวจควีนส์แลนด์ ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ การปฏิบัตินอกเหนือไปจากบทบัญญัติทั่วไปของ มาตรา 16.10 เรื่อง "ค้นตัวบุคคล" ให้ปฏิบัติตาม มาตรา 16.10.4 "การค้นตัวบุคคลข้ามเพศ" ของคู่มือขั้นตอนปฏิบัติการ (The Operational Procedures Manual) โดยการดำเนินนโยบายนี้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการรอบคอบ ในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศและเพื่อตรวจสอบให้แน่ใจว่า เจ้าหน้าที่ผู้ค้นต้องมีเพศ (biological sex) เดียวกันกับบุคคลผู้ถูกค้นเท่านั้น⁵⁴

มาตรา 16.10.4 คู่มือขั้นตอนปฏิบัติการ (The Operational Procedures Manual) เรื่องการค้นตัวคนข้ามเพศ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้⁵⁵

คนข้ามเพศ คือ บุคคลที่มีอัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด คนข้ามเพศอาจจะระบุได้ว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิงหรือไม่ระบุเพศได้ คนข้ามเพศอาจดำเนินการเปลี่ยนแปลงลักษณะในทางกายภาพ อาจรวมถึงการรับฮอร์โมน และ/หรือการผ่าตัดแปลงเพศ อย่างไรก็ตาม คนข้ามเพศไม่จำเป็นต้องดำเนินการกระบวนการทางการแพทย์

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องการค้นตัว :

(i) คนข้ามเพศ

(ii) บุคคลที่เจ้าหน้าที่สงสัยว่าอาจเป็นคนข้ามเพศ

เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้องสอบถามอย่างรอบคอบเกี่ยวกับอวัยวะเพศของบุคคลนั้น ในกรณีที่บุคคลนั้นมีอวัยวะเพศชาย จะต้องตรวจค้นบุคคลโดย

⁵⁴QUEENSLAND POLICE SERVICE, Queensland Police Service Good Practice Guide Interaction with Transgender Clients 1ed. (The State of Queensland 2015), p. 6.

⁵⁵Section of 16.10.4 "Search of transgender persons" of The Operational Procedures Manual (OPM).

เจ้าหน้าที่ชาย และในกรณีที่บุคคลนั้นมีอวัยวะเพศหญิงบุคคลนั้นก็คือ จะถูกตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่หญิง

4.3.3.2 การคุมขัง

เจ้าหน้าที่ผู้ดูแลห้องขัง ต้องให้คำแนะนำ หรือดำเนินการ หรือทำให้มีการดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็นตามสมควร เพื่อให้แน่ใจว่ามีการจัดการและการควบคุมห้องขังอย่างปลอดภัยต่อผู้ถูกคุมขัง⁵⁶

มาตรา 16.12.1 แห่งคู่มือขั้นตอนปฏิบัติการ (The Operational Procedures Manual) เรื่อง การแยกผู้ต้องขัง (Segregation of prisoners) โดยวางหลักว่า นอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ในส่วนนี้ หรือมาตรา 639 ในเรื่องการควบคุมบุคคลในสถานีดำรวจของพระราชบัญญัติอำนาจและความรับผิดชอบของตำรวจ ค.ศ. 2000 (PPRA) การควบคุมตัวบุคคลไม่ควรแยกจากกัน เว้นแต่ ในกรณีที่จำเป็นต่อความปลอดภัยและสวัสดิภาพของผู้ต้องขังแต่ละคน เจ้าหน้าที่ผู้ดูแลห้องขัง อาจแยกผู้ถูกควบคุมได้ตามเกณฑ์ต่อไปนี้:⁵⁷

(i) ไม่ควรขังผู้ต้องขังชายและหญิงไว้ในห้องขังเดียวกัน หรืออนุญาตให้เข้าไปในพื้นที่ห้องขัง

(v) ผู้ต้องขังข้ามเพศควรถูกขังไว้ในห้องขังต่างหาก ในกรณีที่ไม่มีห้องขังว่าง เว้นแต่จะไม่มีห้องขังว่างในกรณีเช่นนี้บุคคลข้ามเพศจะต้องถูกคุมขังกับผู้ต้องขังที่มีอวัยวะเพศประเภทเดียวกัน

4.3.4 รัฐทัสมาเนีย

ตำรวจรัฐทัสมาเนียมีคู่มือในการปฏิบัติงานในเรื่องการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ ซึ่งถูกกำหนดไว้ในคู่มือตำรวจทัสมาเนีย (Tasmania Police Manual) โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁵⁶ Section 639 of Police Powers and Responsibilities Act 2000.

⁵⁷ Section 16.12.1 of The Operational Procedures Manual.

4.3.4.1 การค้นตัว

เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถค้นตัวบุคคล เพื่อจุดประสงค์ในการสืบสวนอาชญากรรม โดยบุคคลนั้นยินยอมให้ตรวจค้น แต่หากบุคคลนั้นไม่ยินยอมก็ต้องมีหมายค้น นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ยังสามารถค้นตัวบุคคลที่ถูกควบคุมตัวได้

การค้นตัวคนข้ามเพศ ต้องดำเนินการค้นโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้น เว้นแต่บุคคลผู้ถูกค้นตัวจะยินยอมให้เจ้าหน้าที่เพศตรงกันข้ามเป็นผู้ค้น⁵⁸

4.3.4.2 การคุมขัง

คู่มือตำรวจที่สมาเนียได้ให้คำนิยาม "คนข้ามเพศ" ว่าเป็นคำที่ใช้สำหรับผู้ที่มีย่อลักษณะทางเพศ หรือการแสดงออกไม่ตรงกับความคาดหวังทางวัฒนธรรม รวมถึงผู้มีย่อลักษณะทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด⁵⁹ การกำหนดนิยามดังกล่าวเพื่อให้เจ้าหน้าที่ยึดเป็นแนวในทางปฏิบัติ

การปฏิบัติต่อคนข้ามเพศของเจ้าหน้าที่ มีดังนี้⁶⁰

- (a) ควรได้รับการปฏิบัติตามเพศที่ต้องการ
- (b) หากเจ้าหน้าที่ไม่แน่ใจว่า บุคคลนั้นมีเพศใดควรถามด้วยความสุภาพและด้วยความเคารพ
- (c) ควรค้นตัวโดยบุคคลที่มีเพศเดียวกันกับบุคคลที่ถูกคุมขัง
- (d) เจ้าหน้าที่ควรระลึกเสมอว่า เอกสารประจำตัวและบันทึกของตำรวจอาจจะบุเพศไม่ถูกต้อง และ
- (e) อาจได้รับการพิจารณาว่ามีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายจากนักโทษคนอื่น ๆ ในระหว่างที่ถูกคุมขังและควรจะอยู่ในห้องขังเดี่ยวเมื่อถูกคุมขัง

⁵⁸Title 1.28 (3)(g) SAFETY OF MEMBERS IN TRAINING AND EXERCISES of Tasmania Police Manual.

⁵⁹ Title 7.3.4 SEARCHING OF PERSONS (INCLUDING TRANSGENDER AND INTERSEX PEOPLE) TO BE DETAINED IN CUSTODY of Tasmania Police Manual

⁶⁰Ibid.

จากการศึกษาการค้นตัวและการคุมขังคนข้ามเพศในประเทศออสเตรเลียพบว่า ตำรวจในแต่ละรัฐจะปฏิบัติงานเป็นไปตามพระราชบัญญัติของแต่ละรัฐ นอกจากนั้นตำรวจเองก็กำหนดนโยบายของตนในการปฏิบัติงานต่อคนข้ามเพศ เพื่อคุ้มครองสิทธิของคนข้ามเพศที่เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา

4.4 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนี เป็นประเทศที่มีกฎหมายรับรองสถานะของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ มีกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ และมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้นตัวและการคุมขังที่มุ่งคุ้มครองหญิงจากกระบวนการดังกล่าว โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.4.1 แนวคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

สิทธิขั้นพื้นฐานในเยอรมันมีการตราขึ้นอย่างเป็นทางการในปี ค.ศ.1848 หลังการปฏิวัติปัญญาชนและตั้งสภาแห่งชาติ หลังจากนั้นสภาแห่งชาติได้ประกาศสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งชนชาวเยอรมัน (Grundrechte des deutschen Volkes) สิทธิขั้นพื้นฐานของชนชาวเยอรมันได้นำมาบัญญัติในรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับต่อๆมา เพื่อรับรองสิทธิของประชาชน⁶¹

ในช่วงการปกครองแบบเผด็จการนาซี ไม่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ที่ใช้บังคับขณะนั้น แต่ในทางข้อเท็จจริงมีการออกกฎหมายมอบอำนาจสิทธิขาดแก่สภาแห่งราชอาณาจักร ซึ่งอยู่ในความควบคุมของพรรคนาซีและรัฐบาล ไม่มีการคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการปฏิบัติต่อผู้เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐบาล หรือชาวยิว หลังจากก้าวพ้นช่วงสมัชชาซี ทำให้เกิดการร่างรัฐธรรมนูญซึ่งในขณะร่างใช้ชื่อว่ากฎหมายพื้นฐาน ให้มีความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยประชาชนสามารถร้องทุกข์ว่ามีการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ เนื่องจากการให้ความคุ้มครองทั้งการบัญญัติกฎหมายอันเป็นหลักประกันในแง่ตัวบทและองค์กรตีความตัวบทนี้เอง ทำให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นไปได้จริงในทางปฏิบัติ⁶²

⁶¹บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (2535), หน้า 49-50.

⁶²เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเยอรมันมีบัญญัติรับรองอยู่ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 (1) บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมาย แสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิมนุษยชน เนื่องจากบทบัญญัติใช้บังคับกับทุกคนไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่ง บุคคลต่างประเทศซึ่งอยู่ใต้บังคับของกฎหมายเยอรมัน ย่อมสามารถเรียกร้องให้มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันได้⁶³

ในช่วงก่อนที่นาซีจะเข้ามามีอำนาจ ประเทศเยอรมนีเป็นหนึ่งในศูนย์กลาง การเคลื่อนไหวของคนข้ามเพศทั่วโลก และเป็นหนึ่งในที่ตั้งของวัฒนธรรมที่เฟื่องฟูของผู้คนที่ มีอัตลักษณ์ทางเพศหลากหลาย บุคคลสามารถเปลี่ยนเพศกำหนดให้เกิดได้อย่างถูกกฎหมายในบาง เมืองของเยอรมันก่อนปี ค.ศ. 1900 ต่อมาพวกนาซีเปลี่ยนหลักเกณฑ์ดังกล่าว มีการบังคับใช้กฎหมาย อย่างไม่มีความปรานีกับ "การแต่งกายข้ามเพศ"⁶⁴

4.4.2 การค้นตัว

การค้นตัวบุคคลในประเทศเยอรมันกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญาเยอรมัน มาตรา 102 บัญญัติว่า⁶⁵ “การค้นตัวบุคคล การค้นทรัพย์สิน การค้นสถานที่ส่วน บุคคลซึ่งเป็นผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิด ผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ผู้ขัดขวางกระบวนการ ยุติธรรม หรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ถูกลักมา เจ้าหน้าที่อาจทำการค้นได้เมื่อมีเหตุอันควรสงสัย และ เป็นประโยชน์ในการค้นพบพยานหลักฐาน”⁶⁶

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 130.

⁶⁴Laurie Marhoefer, "Transgender Identities and the Police in Nazi Germany Part of the George and Dorothy Carson History Lecture Series, School of History, Philosophy, and Religion " [Online] Accessed: 26 January 2021. Available from: https://events.oregonstate.edu/event/transgender_identities_and_the_police_in_nazi_germany_-_lecture_by_laurie_marhoefer#.YA_kEHYzblU

⁶⁵ section 102 Strafprozeßordnung, StPO.

⁶⁶สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, การค้นตัวบุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาชาติ หน้า 21.

มาตรา 105 บัญญัติว่า⁶⁷ “การค้นจะต้องได้รับคำสั่งจากศาลหรือพนักงานอัยการในบางกรณี”⁶⁸

นอกจากนั้นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันยังได้บัญญัติการตรวจร่างกายบุคคล (Physical examination) ไว้ในมาตรา 81d โดยบัญญัติว่า⁶⁹

(1) หากการตรวจร่างกายผู้หญิงจะเป็นการละเมิดความรู้สึกและทำให้เกิดความอับอาย การตรวจดังกล่าวต้องกระทำโดยผู้หญิง หรือโดยนักเทคนิคการแพทย์ เมื่อผู้หญิงที่ถูกตรวจรับรอง กฎหมายอนุญาตให้ผู้หญิงอื่นหรือญาติเข้าอยู่ร่วมในขณะที่ตรวจได้⁷⁰

(2) การตรวจร่างกายผู้หญิงดังกล่าวให้ใช้กับผู้หญิงที่ยินยอมให้มีการตรวจด้วย⁷¹

พระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลางของประเทศเยอรมัน (Federal Police Act (BGSg) 1994) มาตรา 43 (4) วางหลักว่า “บุคคลต้องถูกค้นตัวโดยบุคคลที่เป็นเพศเดียวกัน หรือแพทย์เท่านั้น แต่การค้นตัวดังกล่าวจะไม่มีผลบังคับใช้หากเป็นกรณีจำเป็นในการป้องกันภัยคุกคามต่อชีวิต จะต้องทำการค้นในที่”⁷²

นอกจากนั้น ประเทศเยอรมันยังมีกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz) โดยอำนาจในการตรวจกฎหมายตำรวจเป็นอำนาจของมลรัฐ ดังนี้แล้วกฎหมายตำรวจในระบบกฎหมายเยอรมันจึงมีทั้งสิ้น 16 ฉบับ แต่ในเนื้อหาสาระสำคัญของกฎหมายตำรวจของแต่ละมลรัฐไม่ได้มีความแตกต่างกันในเนื้อหาสาระ ซึ่งกฎหมายตำรวจจะ

⁶⁷section 105 Strafprozeßordnung, StPO.

⁶⁸สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, การค้นตัวบุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาประเทศ หน้า 21.

⁶⁹ Strafprozeßordnung, StPO section 81d.

⁷⁰สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, การค้นตัวบุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาประเทศ หน้า 22.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน.

⁷² Section 43(4) of Federal Police Act (BGSg) 1994.

กำหนดอำนาจในการดำเนินการทั่วไปของเจ้าหน้าที่ตำรวจ รวมถึงกำหนดรูปแบบ เงื่อนไข ขั้นตอน และกระบวนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจรวมถึงการจัดรูปแบบขององค์กร⁷³

ตัวอย่างในเรื่องการค้นตัวบุคคล เช่น กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอ์ซัค (Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) มาตรา 22 (3) บัญญัติว่า “บุคคลจะถูกค้นตัวโดยเจ้าหน้าที่ที่เป็นเพศเดียวกันหรือแพทย์เท่านั้น เว้นแต่กรณีจำเป็นต้องค้นในที่เพื่อป้องกันอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย” หรือกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐเฮสเซน (Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) มาตรา 36 (4) บัญญัติว่า “บุคคลจะถูกค้นตัวโดยบุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือโดยแพทย์เท่านั้น ติความข้อนี้ไม่นำมาใช้หากจำเป็นต้องค้นในที่เพื่อป้องกันอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย”

จากการศึกษาการค้นตัวในประเทศเยอรมนีได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้นตัวไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า การค้นตัวหญิงต้องกระทำโดยหญิงเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่นอกจากนั้น ประเทศเยอรมนีมีพระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลางและกฎหมายตำรวจของแต่ละมลรัฐ ที่วางหลักเกณฑ์การค้นตัวว่าต้องกระทำโดยเพศเดียวกัน เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจเป็นไปอย่างถูกต้อง และประชาชนผู้ถูกค้นรู้สึกเชื่อมั่นในความปลอดภัย โดยในเบื้องต้นยังไม่พบข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการค้นตัวบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ

4.4.3 การคุมขัง

การคุมขัง (police custody หรือ Polizeigewahrsam)⁷⁴ คือ การควบคุมตัวบุคคลผู้ต้องสงสัยหรือผู้กระทำความผิดภายหลังการจับกุม

⁷³มานิตย์ วงศ์เสรี, "เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง," ใน เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560), หน้า 20.

⁷⁴Fair Trials International, *Criminal Proceedings and Defence Rights in Germany* (2013), p. 7.

พระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลางของประเทศเยอรมัน (Federal Police Act (BGSg) 1994) มาตรา 39 การควบคุมตัว (custody) บัญญัติว่า⁷⁵

(1) ตำรวจของรัฐบาลกลางจะควบคุมตัวบุคคลในกรณีที่

1 เพื่อปกป้องบุคคลนั้น เพราะมีความจำเป็น มีภัยคุกคามต่อชีวิต หากบุคคลนั้นเป็นอิสระหรือตกอยู่ในสถานการณ์ที่ต้องการความช่วยเหลือ

2 กรณีจำเป็นในการบังคับใช้อำนาจของศาลภายใต้มาตรา 38 หรือ

3 กรณีจำเป็นในการป้องกันการกระทำความผิดที่ใกล้เข้ามาหรือการกระทำความผิดต่อเนื่อง

(2) กรณีผู้เยาว์ที่ถูกปลดออกจากการดูแลของผู้ปกครองหรือถูกพาตัวไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ต้องถูกควบคุมตัวเพื่อส่งมอบให้กับสถานสงเคราะห์เยาวชนหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี

(3) กรณีบุคคลที่หลบหนีจากการควบคุมตัว การคุมขัง การคุมขังเยาวชนหรือมาตรการคุ้มครองในการแก้ไขและป้องกัน หรืออาศัยอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาตนอกเรือนจำหรือสถาบัน ภายใต้มาตรา 63 และ 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าควบคุมตัว แล้วส่งตัวบุคคลนั้นกลับไปสถานะนั้นๆ

(4) ตำรวจของรัฐบาลกลางสามารถควบคุมตัวบุคคล เพื่อปฏิบัติตามคำร้องขอที่มีเนื้อหาให้ควบคุมตัว

พระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลางของประเทศเยอรมัน (Federal Police Act (BGSg) 1994) มาตรา 41 การปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขัง (Treatment of detained persons) บัญญัติว่า⁷⁶

(1) การปฏิบัติต่อผู้กักขังตามมาตรา 23 วรรค 3 มาตรา 25 มาตรา 39 หรือมาตรา 43 วรรค 5 ให้ดำเนินการไปตามวัตถุประสงค์และวิธีการแก้ไขตามแต่ละมาตรการ

⁷⁵Section 39 of Federal Police Act (BGSg) 1994.

⁷⁶Section 41 of Federal Police Act (BGSg) 1994.

(2) บุคคลที่ถูกคุมขังจะต้องได้รับโอกาสในการแจ้งให้ญาติ หรือบุคคลที่ตน ประสงค์ทราบโดยทันที

(3) ผู้ถูกคุมขังจะต้องถูกจัดให้แยกกันอยู่โดยเฉพาะ หากไม่ได้รับความ ยินยอมจะคุมขังผู้ต้องหาอยู่ในห้องเดียวกับนักโทษไม่ได้ ชายและหญิงควรอยู่แยกกัน การคุมขังบุคคล เป็นได้เท่าที่กำหนดในวัตถุประสงค์ในการควบคุมตัว หรือคำสั่งในการควบคุมตัว

พระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลางของประเทศเยอรมัน (Federal Police Act (BGS) 1994) มาตรา 42 “ระยะเวลาการควบคุมตัว” (Duration of detention) บัญญัติว่า⁷⁷

(1) ผู้ถูกคุมขังจะได้รับการปล่อยตัว

1. ทันทีที่เหตุผลในการคุมขังยุติลง

2. เมื่อมีคำสั่งศาลว่าการกักขังไม่ชอบ

3. ในแต่ละกรณีหลังจากจับตัวมาแล้ว หากไม่มีคำสั่งศาลให้ปล่อย

ตัวก็ต้อง ควบคุมตัวต่อไป จนกว่าจะมีคำสั่งศาลก่อนสิ้นสุดวัน

การคุมขังต่อไปตามพระราชบัญญัตินี้ มีกำหนดระยะเวลาการกักขังสูงสุดที่อนุญาตได้ ต้องไม่เกินสี่วัน

(2) การกักขังอันเป็นการลิดรอนเสรีภาพ เพื่อวัตถุประสงค์ในการระบุตัวตน ต้องไม่เกินระยะเวลารวมสิบสองชั่วโมง

หลักเกณฑ์เรื่องการค้นตัวบุคคลตามกฎหมายตำรวจของแต่ละมลรัฐของประเทศ เยอรมนีมีหลักการอย่างเดียวกัน โดยในที่นี้ผู้ศึกษาเลือกศึกษาตัวอย่างการค้นตัวบุคคลในกฎหมาย ตำรวจของมลรัฐนอร์ทไรน์-เวสต์ฟาเลีย ซึ่งบัญญัติในมาตรา 32 วางหลักการคุมขังบุคคลของเจ้าหน้าที่ตำรวจไว้ ดังนี้

⁷⁷Section 41 of Federal Police Act (BGS) 1994.

(1) เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถคุมขังบุคคลได้หาก

1. จำเป็นในการปกป้องบุคคลจากอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นกรณีชัดเจนว่า บุคคลนั้นจะขัดขวางการกำหนดเจตจำนงโดยเสรีของผู้เสียหาย หรือพยาน

2. จำเป็นในการป้องกันการกระทำความผิดที่ใกล้เข้ามา หรือการกระทำต่อเนื่องในความผิดทางอาญาหรือความผิดทางปกครองที่กระทบต่อประชาชนทั่วไป

(2) เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจถอนผู้เยาว์ออกจากความดูแลของผู้ดูแล เพื่อนำตัวส่งไปยังสถานดูแลหรือสถานสงเคราะห์เยาวชน

(3) เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจจับกุมบุคคลที่หลบหนีจากการถูกคุมขังก่อนการพิจารณาคดี การจำคุก หรือการควบคุมตัวเพื่อปฏิรูปและความมั่นคง หรือผู้ที่อยู่นอกสถาบันลงโทษ โดยไม่ได้รับอนุญาตและนำพวกเขากลับไปสถาน

กฎหมายตำรวจมัลดีฟส์มาตรา 34 (3) บัญญัติว่า “ห้ามจัดให้ผู้ถูกคุมขังอยู่ในห้องขังเดียวกับนักโทษโดยปราศจากความยินยอม และควรจัดให้ผู้ถูกคุมขังชายและหญิงแยกออกจากกัน บุคคลจะถูกคุมขังอยู่เท่าที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลิดรอนเสรีภาพหรือคำสั่งในการคุมขัง”

ในมาตรา 35 วางหลักเรื่องระยะเวลาของการลิดรอนเสรีภาพว่าผู้ต้องคุมขัง จะได้รับการปล่อยตัวเมื่อ 1. ทันทีเหตุผลในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีผลบังคับใช้อีกต่อไป 2. เมื่อครบยี่สิบสี่ชั่วโมงหลังจากการจับกุมหากยังไม่ได้ส่งไปยังผู้พิพากษา 3. ศาลตัดสินว่าไม่มีเหตุจำเป็นในเรื่องความต่อเนื่องของการลิดรอนเสรีภาพ

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการคุมขังในประเทศเยอรมนี การจัดการห้องขังจะต้องถูกจัดให้แยกกันอยู่โดยเฉพาะ หากไม่ได้รับความยินยอมจะขังผู้ต้องหาอยู่ในห้องเดียวกับนักโทษไม่ได้ และชายหญิงควรอยู่แยกกัน ยังไม่พบกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการคุมขังคนข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ผู้ศึกษาจึงจะทำการศึกษาค้นคว้าต่อไป

4.5 สรุป

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการการกันตัวและการคุมขังบุคคลของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลียและเยอรมนี พบว่ามีการกำหนดรายละเอียดในขั้นตอนการกันตัวและการคุมขัง โดยเฉพาะในประเทศของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย มีการกำหนดรายละเอียดในการกันตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ โดยรายละเอียดในเนื้อหาที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ในกฎหมายต่างประเทศก่อนที่จะเข้าสู่ขั้นตอนการกันตัวและการคุมขัง เจ้าหน้าที่ต้องระบุเพศของบุคคลนั้นๆให้ได้ก่อน โดยเฉพาะกรณีคนข้ามเพศเป็นกรณีที่มีความละเอียดอ่อน หากมีกรณีเป็นที่สงสัยเกี่ยวกับเพศกฎหมายก็จะกำหนดหลักเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ใช้ในการระบุเพศ เพื่อให้การดำเนินขั้นตอนเป็นไปอย่างปลอดภัย เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และไม่ทำให้บุคคลผู้ถูกกันตัวและผู้ถูกคุมขังรู้สึกอับอาย

เมื่อได้พิจารณาหลักเกณฑ์และวิธีการที่บัญญัติในระบบกฎหมายต่างประเทศแล้ว ในบทต่อไป ผู้ศึกษาจะนำหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวมาวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมและหาแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงการกันตัวและการคุมขังคนข้ามเพศตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้บทบัญญัติดังกล่าวสามารถนำมาใช้ในการดำเนินขั้นตอนกระบวนการทางอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ

บทที่ 5

บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ และแนวทางที่ควรกำหนดหลักเกณฑ์ การค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศในระบบกฎหมายไทย

เมื่อผู้ศึกษาได้ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการพัฒนาสิทธิบุคคลข้ามเพศในบทที่ 2 จนเข้าใจแนวคิดที่สนับสนุนการพัฒนาสิทธิของคนข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและคุมขังซึ่งเป็นขั้นตอนที่มีการกระทบต่อเนื้อตัวร่างกายของคนข้ามเพศแล้ว ได้แก่ แนวคิดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แนวคิดและหลักอันเป็นพื้นฐานสิทธิของคนข้ามเพศ และทฤษฎีเกี่ยวกับเพศ ผู้ศึกษาจึงได้นำแนวคิดและทฤษฎีมาศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและคุมขังคนข้ามเพศในประเทศไทย ในบทที่ 3 ทำให้ทราบว่าบทบัญญัติเรื่องการค้นตัวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีเพียงบทบัญญัติการค้นตัวหญิง ยังขาดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การค้นตัวและคุมขัง บุคคลข้ามเพศ ส่วนการคุมขังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติแต่เหตุในการคุมขังและระยะเวลาในการคุมขัง รายละเอียดการคุมขังปรากฏอยู่ในระเบียบภายในของตำรวจ แต่ระเบียบของตำรวจดังกล่าวก็ยังมีขาดรายละเอียดการปฏิบัติต่อคนข้ามเพศ ผู้ศึกษาจึงทำการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 4 เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย และหาแนวทางแก้ไขพัฒนาสิทธิของคนข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง จากการศึกษาพบว่าในแต่ละประเทศได้มีกฎหมายหมายหรือระเบียบของตำรวจกำหนดความหมายของ “บุคคลข้ามเพศ” เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน เมื่อบุคคลนั้นเข้าหลักเกณฑ์ว่าเป็นคนข้ามเพศแล้ว เจ้าหน้าที่ก็จะดำเนินการตามที่กฎหมายหรือระเบียบกำหนดไว้

ในบทนี้ ผู้ศึกษาจึงได้วิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและคุมขังในระบบกฎหมายไทย กับระบบกฎหมายต่างประเทศ เพื่อใช้ในการพิจารณาว่าสมควรนำบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศในเรื่องดังกล่าวมาปรับใช้ในการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือไม่ หรือควรกำหนดเป็นระเบียบภายในของเจ้าหน้าที่ตำรวจ อันจะก่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของคนข้ามเพศและสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยผู้ศึกษาจึงจะทำการวิเคราะห์ โดยแบ่งหัวข้อในการพิจารณาออกเป็น 5 ส่วน ได้แก่ หัวข้อ 5.1 ผู้ศึกษาพิจารณาเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดกฎหมายคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัว

และการคุมขัง ต่อมาในหัวข้อ 5.2 ผู้ศึกษาจะพิจารณาการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ หัวข้อ 5.3 ผู้ศึกษาจะพิจารณาถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวคนข้ามเพศ หัวข้อ 5.4 ผู้ศึกษาจะพิจารณาถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการคุมขังคนข้ามเพศ และหัวข้อ 5.5 ผู้ศึกษาจะพิจารณาเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้มีหน้าที่ค้นตัวและคุมขังของไทย

5.1 วิเคราะห์การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะทำการวิเคราะห์กฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศเยอรมนี ว่ามีหลักการและกฎหมายทั่วไปในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศอย่างไร เพื่อที่จะพิจารณาหลักการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศของไทยมีทิศทางสอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไรบ้าง ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1.1 นิยามคำว่า “บุคคลข้ามเพศ” ในกฎหมาย

การกำหนดนิยามคำว่าบุคคลข้ามเพศให้ชัดเจนในกฎหมายก็เพื่อให้เกิดมาตรฐานที่ชัดเจนในการจำแนกว่า บุคคลข้ามเพศมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด บุคคลข้ามเพศต้องถึงขนาดเป็นผู้เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ หรือมีใบรับรองการประเมินสภาพจิตใจว่าเป็นผู้มีอัตลักษณ์ไม่ตรงกับเพศกำเนิดหรือไม่ เมื่อไม่มีการกำหนดความหมายของบุคคลข้ามเพศอาจทำให้เกิดความบกพร่องในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลกลุ่มนี้ในด้านต่างๆ จากการศึกษาพบว่าประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลียปรากฏคำนิยามอยู่ในกฎหมาย ในขณะที่ประเทศไทยและเยอรมนีไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติคำนิยามไว้

แม้ปัจจุบันประเทศไทยจะเห็นความสำคัญของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ มีกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมคือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ก็ตาม แต่ไม่ปรากฏคำนิยามในกฎหมายไทยฉบับใด ทำให้ไม่มีความชัดเจนในการกำหนดลักษณะของบุคคลข้ามเพศว่ามีลักษณะอย่างไรบ้าง การไม่มีคำนิยามบุคคลข้ามเพศในกฎหมายสะท้อนให้เห็นว่าทัศนคติต่อเรื่องเพศสถานะยังเป็นไปตามแนวคิดระบบทวิเพศ ซึ่งจากการศึกษาจะพบว่าในความเป็นจริงแนวคิดแบบทวิเพศเองก็ยังคงมีความเหลื่อมล้ำระหว่างหญิงชายจนก่อให้เกิดการเรียกร้องของเพศหญิงตามแนวคิดสตรีนิยม จึงไม่ใช่เรื่องแปลกที่เพศที่สามหรือบุคคล

ผู้มีความหลากหลายทางเพศจะถูกเลือกปฏิบัติ สังคมหรือกลุ่มบุคคลข้ามเพศในประเทศไทยจึงนิยามเพศภาวะของตน (Gender Identity) ด้วยตนเองไม่ว่าจะเป็นหญิงข้ามเพศ ชายข้ามเพศ หรือเพศที่สาม ดังนั้น เมื่อประเทศไทยไม่มีคำนิยามของคนข้ามเพศ กฎหมายจึงจัดบุคคลตามเพศออกเป็นชายและหญิง บุคคลที่มีอัตลักษณ์และวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะถูกจัดตามเพศกำเนิดของตนตามที่ปรากฏตามบัตรประชาชนเท่านั้น ซึ่งผู้ศึกษามองว่าเป็นการปฏิเสธสิทธิที่บุคคลจะกำหนดเพศตามกฎหมายของตนตามเจตจำนงเสรี ดังนั้น การกำหนดคำนิยามคำว่าบุคคลข้ามเพศในประเทศไทยจึงอาจเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีแก่บุคคลกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ อีกทั้งจะช่วยให้เจ้าหน้าที่มีหลักเกณฑ์ในการจำแนกบุคคลข้ามเพศและปฏิบัติอย่างเหมาะสมต่อไป

เมื่อผู้ศึกษาได้ศึกษาความหมายของคำว่า “บุคคลข้ามเพศ” (Transgender) ของประเทศอังกฤษพบว่าไม่ปรากฏความหมายของคำว่าคนข้ามเพศชัดเจนในกฎหมายกลางของอังกฤษ แต่โดยทั่วไปจะใช้คำว่า ร่ม หรือ umbrella เพื่ออธิบายบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศที่จดทะเบียนเมื่อแรกเกิด อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกัน พ.ศ.2553 (The Equality Act 2010) ได้กำหนดให้การกำหนดเพศใหม่โดยการที่บุคคลเสนอตัวเข้ารับการผ่าตัดหรือได้รับการผ่าตัดทั้งกระบวนการหรือส่วนหนึ่งของกระบวนการ เพื่อเปลี่ยนแปลงลักษณะทางสรีรวิทยา หรือลักษณะอื่นๆ เป็นลักษณะที่ได้รับการคุ้มครอง ดังนั้น จึงสามารถที่จะให้ความหมายคำว่าบุคคลข้ามเพศของประเทศอังกฤษได้ว่า บุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดไม่ว่าบุคคลนั้นจะเข้ารับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงทางสรีระหรือไม่ก็ตาม

กฎหมายสหรัฐอเมริกาของคำว่า “บุคคลข้ามเพศ” จะปรากฏในคู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศ โดยการให้ความหมายของตำรวจแต่ละหน่วยก็มีความคล้ายกันว่าหมายถึง บุคคลที่มีอัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด และให้หมายรวมถึงบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศ อินเทอร์เน็ต และบุคคลที่มีสภาวะเพศไม่สอดคล้องกับเพศแรกเกิด บุคคลข้ามเพศในกฎหมายสหรัฐอเมริกาจึงอาจจะเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่ก็ได้ กฎหมายเปิดกว้างให้ความหมายครอบคลุมบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดด้วย

ความหมายของ “บุคคลข้ามเพศ” เป็นไปตามกฎหมายของแต่ละรัฐ อาทิเช่น รัฐนิวเซาท์เวลส์ปรากฏในพระราชบัญญัติการบังคับใช้กฎหมาย (อำนาจและความรับผิดชอบ) ค.ศ.2002 มาตรา 3 ส่วนรัฐควีนส์แลนด์ ปรากฏในมาตรา 16.10.4 ของคู่มือขั้นตอนปฏิบัติการ

(The Operational Procedures Manual) เรื่องการค้นตัวคนข้ามเพศ และรัฐที่สมาเนียบปรากฏในคู่มือตำรวจที่สมาเนียบ โดยสรุปความหมายของบุคคลข้ามเพศได้ว่า “บุคคลข้ามเพศ” คือ บุคคลที่มีอัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด คนข้ามเพศอาจจะระบุได้ว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิงหรือไม่อาจจะระบุเพศได้ โดยคนข้ามเพศอาจดำเนินการเปลี่ยนแปลงลักษณะในทางกายภาพอาจรวมถึงการรับฮอร์โมน และ/หรือการผ่าตัดแปลงเพศ อย่างไรก็ตาม คนข้ามเพศไม่จำเป็นต้องดำเนินการกระบวนการทางการแพทย์ก็ได้

กฎหมายเยอรมนีไม่ปรากฏคำนิยาม “บุคคลข้ามเพศ” ไว้โดยเฉพาะในกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศเยอรมนีไม่มีคำนิยามของบุคคลข้ามเพศในกฎหมาย แต่ก็มีบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองบุคคลข้ามเพศไว้ตั้งแต่กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายพระราชบัญญัติการรับรองสถานะทางเพศของบุคคล แม้ว่าเพศกำเนิดจะเป็นเพศหนึ่ง แต่เมื่อบุคคลนั้นสามารถที่จะกำหนดเจตจำนงเพศของตนซึ่งไม่ตรงกับเพศกำเนิด บุคคลนั้นก็มีสติที่จะดำเนินการเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายของเยอรมนีได้ ถือว่าเป็นสิทธิของบุคคลข้ามเพศประการหนึ่งที่กฎหมายเยอรมันให้การรับรอง ทำให้สามารถที่จะตีความคำว่า “บุคคลข้ามเพศ” ตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีได้ว่า บุคคลข้ามเพศคือบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด โดยไม่จำเป็นต้องผ่าตัดเปลี่ยนแปลงทางสรีระแต่อย่างใด

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัตินิยามคำว่า “บุคคลข้ามเพศ” ในกฎหมายใดเลยซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าประเทศไทยไม่เห็นความสำคัญของบุคคลข้ามเพศเท่าที่ควร อันขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนที่กำหนดให้การคุ้มครองบุคคลทุกคนภายใต้กฎหมายเป็นไปอย่างเท่าเทียมกันในฐานะมนุษย์และขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ห้ามกฎหมายเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองในประเทศอันมีเหตุผลมาจากความแตกต่าง เพราะหากมีกฎหมายกำหนดกรอบบุคคลข้ามเพศที่ชัดเจนในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 จะทำให้สามารถกำหนดขอบเขตของสิทธิที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองแก่คนกลุ่มนี้ได้ และบุคคลคนกลุ่มดังกล่าวก็จะรู้ขอบเขตสิทธิของตนในแต่ละบริบทที่จะเกิดขึ้นในชีวิตประจำวันได้ตรงข้ามกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ที่ปรากฏบทบัญญัติคำนิยามบุคคลข้ามเพศที่ชัดเจน ซึ่งสามารถนำมาใช้ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่จะนำไปใช้จำแนกบุคคลข้ามเพศใน

ขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง ส่วนประเทศเยอรมนีนั้นแม้จะไม่ปรากฏคำนิยามบุคคลข้ามเพศที่ชัดเจน แต่ก็สามารถที่จะตีความจากกฎหมายรับรองสถานะทางเพศได้

อย่างไรก็ตาม แนวโน้มของสังคมโลกในอนาคตอันใกล้การกำหนดคำนิยามหรือคำจำกัดความว่าบุคคลนั้นเป็นเพศอะไรนั้นจะไม่มีมีความสำคัญอีกต่อไปแล้ว เพราะมนุษย์ทุกคนสามารถที่จะนิยามว่าตัวเองเป็นเพศอะไรก็ได้ตามที่ตนต้องการ การจะมากำหนดนิยามคำว่าคนข้ามเพศว่ามีลักษณะอย่างไรบ้าง จะมีผลเป็นการจัดจำแนกบุคคลโดยนำกรอบเรื่องเพศมาจำกัด ซึ่งไม่ต่างอะไรจากการกำหนดเพศออกเป็นชายหญิงตามแนวคิดของระบบทวิเพศ ดังนั้น สังคมจะต้องหลุดพ้นจากกับดักเรื่องเพศให้ได้และมุ่งให้ความสำคัญกับมนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงเรื่องเพศอีกต่อไป

เมื่อทราบเกี่ยวกับการกำหนดนิยามตามกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศแล้ว ในหัวข้อต่อไปผู้ศึกษาจะวิเคราะห์เปรียบเทียบการคุ้มครองความเท่าเทียมของบุคคลข้ามเพศตามกฎหมายพื้นฐานก่อนที่จะไปวิเคราะห์การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง เพื่อที่จะวิเคราะห์แนวคิดในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในเรื่องพื้นฐานว่ามีกฎหมายกำหนดรายละเอียดด้านใดไว้บ้าง โดยจะได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบในหัวข้อต่อไป

5.1.2 กฎหมายคุ้มครองความเท่าเทียมของบุคคลข้ามเพศ

การคุ้มครองสิทธิโดยทั่วไปของบุคคลข้ามเพศของไทยนั้น จากการศึกษากฎหมายไทยในบทที่ 3 กฎหมายของไทยที่ให้ความคุ้มครองบุคคลข้ามเพศได้แก่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าบทบัญญัติกฎหมายไทยได้กำหนดความคุ้มครองอย่างกว้างๆในการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะความแตกต่างในเรื่องเพศ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” อันแสดงให้เห็นว่าสังคมไทยยังยึดติดอยู่กับระบบทวิเพศจำแนกเพศออกเป็นชายหญิงเท่านั้น เมื่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้สะท้อนแนวคิดทวิเพศเช่นนี้ จึงอาจส่งผลต่อกฎหมายลำดับรองให้จำแนกเพศเป็นชายหญิง ทำให้กลุ่มบุคคลเพศที่สามหรือบุคคลข้ามเพศได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายขาดตกบกพร่องไป

เมื่อผู้ศึกษาได้ศึกษากฎหมายที่ให้ความคุ้มครองความเท่าเทียมของประเทศอังกฤษคือพระราชบัญญัติความเท่าเทียม ค.ศ.2010 พบว่าพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่

กำหนดกรอบทางกฎหมายปกป้องสิทธิของบุคคล เพิ่มความเท่าเทียมกันของโอกาสสำหรับทุกคน และปกป้องบุคคลจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและส่งเสริมความเท่าเทียมกัน ห้ามเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างในเรื่องอายุ ความพิการ ศาสนาหรือความเชื่อ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ นอกจากนี้พระราชบัญญัติความเท่าเทียม ได้บัญญัติคุ้มครองการจดทะเบียนกำหนดเพศสถานะใหม่ของคุณโดยวางหลักให้ บุคคลที่เข้ารับการเปลี่ยนแปลงทางสรีรวิทยาหรือลักษณะอื่นใด เพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดเพศของคุณนั้นใหม่จะได้รับความคุ้มครองความเท่าเทียมตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

หลักเกณฑ์การห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกาปรากฏในพระราชบัญญัติสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1964 (The Civil Rights Act of 1964) โดยบัญญัติห้ามมิให้นายจ้างเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้าง และในปี ค.ศ.2020 ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้มีคำตัดสินห้ามนายจ้างเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างที่มีความหลากหลายทางเพศ การที่นายจ้างที่ไล่ลูกจ้างออก เพราะเหตุว่าลูกจ้างเป็นคนรักเพศเดียวกันหรือเป็นคนข้ามเพศ ถือว่าละเมิดกฎหมาย การเลือกปฏิบัติเพราะเพศของคุณ ซึ่งรวมไปถึงเพศวิถีของคุณ ถือว่าผิดกฎหมาย¹ และบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 14 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อ 1 วางหลักคุ้มครองสิทธิและความเท่าเทียมของพลเมืองไว้ว่า “บุคคลทุกคนที่เกิดหรือแปลงชาติในสหรัฐ และอยู่ในบังคับของกฎหมายย่อมเป็นพลเมืองของสหรัฐและของมลรัฐที่มีภูมิลำเนาอยู่ มลรัฐใดจะออกกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายที่เป็นการตัดทอนเอกสิทธิหรือความคุ้มครองที่พลเมืองของสหรัฐจะพึงได้รับไม่ได้หรือมลรัฐใดจะรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของคุณ โดยไม่ชอบด้วยกระบวนการแห่งกฎหมายหรือจะปฏิเสธไม่ให้บุคคลใดอยู่ในเขตอำนาจได้รับความคุ้มครองแห่งกฎหมายโดยเท่าเทียมกันไม่ได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ความคุ้มครองพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาไว้เป็นการทั่วไป ซึ่งครอบคลุมถึงบุคคลทุกคนและทุกกลุ่ม นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกายังมีกฎหมายที่ให้ความสำคัญต่อกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอีกฉบับหนึ่งคือ The Matthew Shepard and James Byrd, Jr., Hate Crimes Prevention Act เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองอาชญากรรมความเกลียดชัง (Hate Crime) เพราะเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ชาติพันธุ์ และได้เพิ่มเติมขยายความคุ้มครองถึงเรื่องเพศรสนิยมทางเพศ

¹The Guardian, "Us Supreme Court Rules Employers Cannot Discriminate against Lgbtq+ Workers," [Online] Accessed: 13 April 2021. Available from: <https://www.theguardian.com/law/2020/jun/15/supreme-court-civil-rights-law-lgbtq>

อัตลักษณ์ทางเพศ หรือความพิการ ในกรณีเฉพาะที่เกี่ยวข้องเรื่องระหว่างรัฐ หรือการค้ากับต่างประเทศ หรือเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐบาลกลาง?

กฎหมายกลางที่คุ้มครองการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในเรื่องเพศในประเทศออสเตรเลียคือพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ ค.ศ. 1984 (Sex Discrimination Act 1984) เพื่อให้มีผลบังคับใช้สอดคล้องกับบทบัญญัติตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบและตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ขจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในเรื่องเพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ สถานะทางเพศ และส่งเสริมการยอมรับความแตกต่างระหว่างเพศและหลักการความเท่าเทียมกัน โดยกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติป้องกันการกระทำอันมีสาเหตุมาจากความแตกต่างเกี่ยวกับเพศ เช่น การเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของรสนิยมทางเพศ การเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของอัตลักษณ์ทางเพศ การเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของสถานะทางเพศ และในปี ค.ศ. 2013 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวให้ความคุ้มครองไปถึง รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ และสถานะทางเพศกำหนดเป็นคุณลักษณะที่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศที่มีอยู่ โดยผ่านพระราชบัญญัติแก้ไขการเลือกปฏิบัติทางเพศ (รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศและสถานะทางเพศ) ค.ศ. 2013 ดังนั้น การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย³

การคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในประเทศเยอรมนีมีบัญญัติรับรองอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 (Grundgesetz) มาตรา 3 (1) บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ว่า มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมาย แสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิมนุษยชน เนื่องจากบทบัญญัติใช้บังคับกับทุกคนไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่ง บุคคลต่างประเทศซึ่งอยู่ใต้บังคับของกฎหมายเยอรมัน ย่อมสามารถเรียกร้องให้มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันได้ นอกจากนั้น ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2017 ศาลรัฐธรรมนูญของรัฐบาลกลางของเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht) ได้ตัดสินว่ากฎหมายสถานะพลเมืองต้อง

²ลดาวัลย์ โยมนี, "แนวนโยบายและการบังคับใช้กฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังในประเทศไทย (Hate Crime: A Public Policy and Law Enforcement in Thailand)," วารสารสถาบันวิชาการป้องกันประเทศ (NATIONAL DEFENCE STUDIES INSTITUTE JOURNAL) 11, 1(มกราคม-เมษายน) (2563).

³Australian Human Rights Commission, "About Sex Discrimination," [Online] Accessed: 14 April 2021. Available from: <https://humanrights.gov.au/our-work/sex-discrimination/about-sex-discrimination>

อนุญาตให้มีตัวเลือกเพศที่สาม ซึ่งหมายความว่าสื่อบัตรจะไม่มีรายการเพศว่างสำหรับบุคคลที่มีเพศที่สาม (บุคคลไม่ใช่เพศทั้งชายและหญิงตามการวิเคราะห์โครโมโซม) ซึ่งในขณะนั้นนับว่าประเทศเยอรมนีเป็นประเทศแรกในยุโรปที่ทำการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว⁴ และกฎหมายอีกฉบับที่ให้ความสำคัญคุ้มครองการเลือกปฏิบัติอันมีสาเหตุมาจากความแตกต่างในเรื่องเพศปรากฏในพระราชบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน (Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz; AGG) ซึ่งเป็นการดำเนินการบัญญัติกฎหมายภายในประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับคำสั่งยุโรปว่าด้วยการปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 18 สิงหาคม ค.ศ. 2006 วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้คือเพื่อป้องกันหรือหยุดยั้งการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ เพศ ศาสนาหรือความเชื่อ ความทุพพลภาพ อายุ หรือรสนิยมทางเพศ โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ และมาตรา 20 ยังกำหนดข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ละเมิดกฎหมายฉบับนี้ หากการปฏิบัติเพราะความแตกต่างเรื่องศาสนา ความทุพพลภาพ อายุ รสนิยมทางเพศ หรือเพศเป็นไปเพื่อหลีกเลี่ยงภัยคุกคาม หรือป้องกันความเสียหาย หรือวัตถุประสงค์อื่นที่มีลักษณะเทียบเคียงได้ หรือเป็นไปตามข้อกำหนดในการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวหรือความปลอดภัยส่วนบุคคล⁵

จากการวิเคราะห์และเปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในเรื่องทั่วไป ซึ่งเป็นการวางหลักเกณฑ์พื้นฐานกว้างๆเท่านั้น โดยในประเทศไทยบัญญัติอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ห้ามเลือกปฏิบัติไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ และได้ส่งต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัตินี้ไปยังพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 อันกำหนดห้ามหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม โดยปราศจากเหตุอันชอบธรรม เพราะความแตกต่างเรื่องเพศไม่ว่าในทางตรงหรือทางอ้อมต่อบุคคลที่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศกำเนิด ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นจุดเริ่มต้นอันดีสำหรับบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย การตราและประกาศใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มีผลสืบเนื่องมาจากประเทศไทยต้องปฏิบัติตามหลักการสิทธิ

⁴INDEPENDENT, "Germany Officially Recognising 'Third Sex' Other Than Male and Female," [Online] Accessed: 15 April 2021. Available from: <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/germany-third-gender-male-female-intersex-court-parliament-bundesverfassungsgericht-berlin-lgbt-a8043261.html>

⁵Federal Anti-Discrimination Agency, "The General Act on Equal Treatment," [Online] Accessed: 15 April 2021. Available from: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/EN/TheAct/theAct_node.html

มนุษยชนสากลอันเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่ไทยเข้าเป็นภาคี อย่างไรก็ตาม กฎหมายของไทยยังกำหนดรูปแบบการควบคุมครองบุคคลข้ามเพศไว้อย่างกว้างๆ ไม่มีกฎหมายกำหนดหลักการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศไว้เฉพาะเรื่องเฉพาะกรณี ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลียและเยอรมนีที่มีบทบัญญัติให้สิทธิและคุ้มครองสิทธิแก่บุคคลข้ามเพศในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายคุ้มครองความเท่าเทียมแก่บุคคลข้ามเพศในด้านการจ้างงาน ด้านการศึกษา และด้านอื่นๆ ของประเทศอังกฤษ กฎหมายปกป้องบุคคลข้ามเพศจากอาชญากรรม ความเกลียดชังของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายการเลือกปฏิบัติที่มีพื้นฐานมาจากเหตุผลเรื่องเพศของประเทศออสเตรเลีย และกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันของประเทศเยอรมันที่วางหลักเกณฑ์การห้ามเลือกปฏิบัติและข้อยกเว้น และจากการพิจารณาพบว่ากรณีที่บัญญัติกฎหมายคุ้มครองบุคคลข้ามเพศจากลักษณะการกระทำที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นการเลือกการปฏิบัติไว้เป็นการทั่วไปในเรื่องต่างๆ อาทิเช่น ด้านการจ้างงาน ด้านการศึกษา หรือการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศจากอาชญากรรมเพราะความเกลียดชังอันสืบเนื่องมาจากรสนิยมทางเพศหรือเพศ ซึ่งสะท้อนให้เห็นแนวคิดของต่างประเทศว่าตระหนักถึงความสำคัญของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากลและแนวคิดทฤษฎีพื้นฐาน เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในเรื่องทั่วไปแล้ว ลำดับถัดไปผู้ศึกษาจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงเจตจำนงกำหนดเพศสถานะทางเพศตามกฎหมายของบุคคลคือ กฎหมายรับรองสถานะทางเพศ ซึ่งเป็นกฎหมายที่รับรองให้กับกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศสามารถเลือกเพศของตนและได้รับการรับรองว่าเป็นเพศตามกฎหมายปรากฏในเอกสารของทางราชการ

5.1.3 กฎหมายรับรองสถานะทางเพศ

ประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายรับรองเพศสภาพของคนข้ามเพศ จึงทำให้คำระบุเพศและคำนำหน้าชื่อในเอกสารราชการถูกระบุตามเพศโดยกำเนิด⁶ จะเห็นได้ว่าการไม่มีบทบัญญัติรับรองสถานะทางเพศสะท้อนให้เห็นว่าประเทศไทยยังติดอยู่ในระบบสองเพศหรือทวิเพศ กฎหมายเองก็ถือตามแนวคิดแบบเดียวกัน ดังนั้น กฎหมายไทยจึงยังแบ่งสถานะทางเพศตามเพศ

⁶รัตนวัฒน์ จันทรอำนวยสุข, Carsten Balzer และ Carla LaGata เรียบเรียง, การเคารพคนข้ามเพศเปรียบเทียบกับ การเกลียดกลัวคนข้ามเพศ ประสบการณ์ทางสังคมของคนข้ามเพศในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: โครงการ Transrespect versus Transphobia, 2557), หน้า 27.

กำเนิดของบุคคลเท่านั้น ส่งผลให้ในกระบวนการต่างๆซึ่งรวมถึงกระบวนการยุติธรรมในขั้นตอนการค้นตัวและคุมขังก็ถือตามแนวดังกล่าว จึงเป็นที่น่าศึกษาต่อไปว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายรับรองสถานะทางเพศของบุคคลโดยไม่จำกัดอยู่บนเงื่อนไขของเพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียว และให้ความสำคัญกับเจตจำนงอิสระของบุคคลในการตัดสินใจเลือกเพศของตน โดยพิจารณาผ่านแนวคิดความหลากหลายทางเพศและการกำหนดเจตจำนงเรื่องเพศของบุคคลให้ลึกซึ้ง

ประเทศอังกฤษมีกฎหมายรับรองสถานะทางเพศ โดยกำหนดให้บุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดสามารถที่จะเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อบนเอกสารระบุอัตลักษณ์ทางการได้ บัญญัติหลักเกณฑ์อยู่ในพระราชบัญญัติการจำแนกเพศ (Gender Recognition Act 2004 หรือ GRA) เมื่อบุคคลดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดก็จะได้รับ “ใบรับรองเพศ” (Gender Recognition Certificate หรือ GRC) โดยลักษณะเบื้องต้นที่จะร้องขอเปลี่ยนสถานะทางเพศคือ บุคคลนั้นต้องมีอายุ 18 ปีขึ้นไป ได้ดำเนินชีวิตตามเพศที่ไม่ใช่เพศกำเนิดยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการพิจารณาสถานะทางเพศ (Gender Recognition Panel) โดยเงื่อนไขที่คณะกรรมการชุดนี้จะนำมาพิจารณาในเบื้องต้น เช่น มีหรือเคยมีความผิดปกติทางเพศตั้งใจที่จะมีชีวิตอยู่ต่อไปในฐานะเพศนั้นไปตลอดชีวิต เป็นต้น จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์ในการรับรองสถานะทางเพศของบุคคลไว้อย่างละเอียด มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาโดยเฉพาะ ซึ่งประเทศไทยสามารถที่จะนำมาศึกษาวิเคราะห์หาแนวทางกฎหมายรับรองเพศสถานะในอนาคต

กฎหมายรับรองสถานะทางเพศในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นไปตามข้อกำหนดและเงื่อนไขทางกฎหมายของแต่ละรัฐในเรื่องการเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตร เช่น ในรัฐเท็กซัสและรัฐอิลลินอยส์ การเปลี่ยนเพศในสูติบัตรจะต้องได้รับการรับรองจากแพทย์ และได้รับการตรวจสอบโดยผู้เชี่ยวชาญเสียก่อน รัฐวอชิงตัน บุคคลสามารถเปลี่ยนเพศในสูติบัตรเป็น หญิง(F) ชาย(M) หรือ เอ็กซ์ (X) ตามคำขอของบุคคลนั้น รัฐโคโลราโด การแปลงเพศต้องได้รับสำเนาจากคำสั่งของศาลที่มีเขตอำนาจซึ่งระบุว่าเพศของบุคคลได้เปลี่ยนแปลงโดยขั้นตอนการผ่าตัด ส่วนรัฐเทนเนสซี

เป็นเพียงรัฐเดียวที่มีกฎหมายห้ามแก้ไขการกำหนดเพศในสูติบัตรสำหรับคนข้ามเพศ แม้จะเข้ารับ การผ่าตัดแปลงเพศก็ตาม⁷

รัฐของประเทศออสเตรเลียทุกรัฐมีกฎหมายรับรองสถานะทางเพศ กล่าวคือบุคคล สามารถเปลี่ยนเพศทางกฎหมายของตนได้ แต่เงื่อนไขจะเป็นไปตามพระราชบัญญัติการจดทะเบียน การเกิด การตาย และการแต่งงาน (The Birth, Deaths and Marriages Registration Act) ของรัฐนั้นๆ ตัวอย่างเช่นในรัฐนิวเซาท์เวลส์ บุคคลสามารถเปลี่ยนเพศของตนในเอกสารราชการต่างๆ ได้ไม่ว่าจะเป็นสูติบัตร หนังสือเดินทาง บันทึกทางการแพทย์ ใบขับขี่ สำหรับเงื่อนไขการเปลี่ยนเพศ ในสูติบัตรของรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้น มีดังต่อไปนี้⁸

1. มีอายุ 18 ปีบริบูรณ์
2. บุคคลจะต้องจดทะเบียนการเกิดหรือมีถิ่นที่อยู่ในรัฐไม่น้อยกว่า 1 ปี
3. ผ่านกระบวนการยืนยันเรื่องเพศจากแพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญ โดยกฎหมาย กำหนดให้ผ่านขั้นตอนการผ่าตัดที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงอวัยวะสืบพันธุ์ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อ (ก) นำมาพิจารณาว่ามีเพศตรงข้าม (ข) จัดความคลุมเครือเกี่ยวกับเพศของบุคคล

ประเทศเยอรมนีมีกฎหมายรับรองสถานะทางเพศของบุคคลโดยบัญญัติหลักเกณฑ์ ไว้ในพระราชบัญญัติรับรองสถานะทางเพศ ค.ศ. 1980 (Transsexuellengesetz 1980 ; TSG) โดยการเปลี่ยนแปลงสถานะตามกฎหมายเยอรมนีนั้นบุคคลไม่จำเป็นต้องผ่าตัดเปลี่ยนแปลงทางสรีระ แต่อย่างน้อยต้องได้รับการวินิจฉัยทางการแพทย์ว่ามีภาวะ อัตลักษณ์ หรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศ กำหนด เงื่อนไขของการเปลี่ยนแปลงสถานะเพศบัญญัติในมาตรา 8 วางหลักไว้ว่า “ศาลจะพิจารณา เกี่ยวกับคุณสมบัติผู้ร้องโดยมีเงื่อนไขว่า บุคคลนั้นไม่รู้สึกว่าตนเป็นเพศตามที่ได้กำหนด แต่รู้สึกเป็น

⁷Lambda Legal, "Changing Birth Certificate Sex Designations: State-by-State Guidelines," [Online] Accessed: 13 April 2021. Available from: <https://www.lambdalegal.org/know-your-rights/article/trans-changing-birth-certificate-sex-designations>

⁸Justice Connect, "How to Change Your Gender Status on Formal Documents," [Online] Accessed: 14 April 2021. Available from: <https://justiceconnect.org.au/resources/how-to-update-your-gender-on-formal-documents-nsw/>

เพศตรงข้ามและได้ดำเนินชีวิตแบบเพศตรงข้ามเป็นเวลาอย่างน้อยสามปี จึงจะถือว่าบุคคลนั้นเป็นของเพศตรงข้าม”

หลักการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในเรื่องทั่วไปของต่างประเทศนั้น แต่ละประเทศมีต่างมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ แต่ระดับความเข้มข้นในการให้ความคุ้มครองจะแตกต่างกันไปโดยทั้งนี้อาจมีปัจจัยมาจากแนวคิดเรื่องความหลากหลายทางเพศของประเทศนั้นๆ และการให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วนำมาบัญญัติกฎหมายภาย ดังนั้น จากการศึกษาจึงสามารถสรุปเป็นตารางได้ ดังนี้

ตารางที่ 1 การคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในเรื่องทั่วไป

ประเทศ	นิยาม“คนข้ามเพศ”	กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ	กฎหมายรับรองเพศสถานะ
ไทย	ไม่ปรากฏนิยามในกฎหมายไทย	- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 - พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558	
อังกฤษ	ไม่ปรากฏชัดเจนในกฎหมาย แต่โดยทั่วไปใช้คำว่า ร่ม หรือ umbrella เพื่ออธิบายบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศที่จดทะเบียนเกิด	พระราชบัญญัติความเท่าเทียม ค.ศ. 2010	พระราชบัญญัติจำแนกเพศ ค.ศ. 2004

ประเทศ	นิยาม“คนข้ามเพศ”	กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ	กฎหมายรับรองเพศสถานะ
สหรัฐอเมริกา	ปรากฏในคู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศ โดยการให้ความหมายของตำรวจแต่ละหน่วยก็มีความคล้ายกันว่า หมายถึง	- พระราชบัญญัติสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1964 - บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 14	มีกฎหมายรับรองสถานะทางเพศ โดยเป็นไปตามข้อกำหนดและเงื่อนไขทางกฎหมายของแต่ละรัฐในเรื่องการเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตร
สหรัฐอเมริกา	บุคคลที่มีลักษณะแตกต่างจากเพศกำเนิดและให้หมายความรวมถึงบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศ		
ออสเตรเลีย	ความหมายของ “บุคคลข้ามเพศ” เป็นไปตามกฎหมายของแต่ละรัฐ โดยรวมๆแล้ว บุคคลข้ามเพศ หมายถึง บุคคลที่มีอัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด ไม่ว่าจะเปลี่ยนแปลงลักษณะในทางกายภาพหรือไม่	พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ ค.ศ. 1984	พระราชบัญญัติ การจดทะเบียนการเกิด การตาย และการแต่งงาน

ประเทศ	นิยาม“คนข้ามเพศ”	กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ	กฎหมายรับรองเพศสถานะ
เยอรมนี	ไม่ปรากฏนิยามในกฎหมาย	- รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 -พระราชบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน	พระราชบัญญัติรับรองสถานะทางเพศ ค.ศ. 1980

จากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษเป็นประเทศหนึ่งที่ทำให้ความสำคัญกับบุคคลข้ามเพศในด้านต่างๆ บุคคลสามารถแสดงความจำนงเปลี่ยนเพศตามกฎหมายของตนให้เป็นไปตามอัตลักษณ์ทางเพศของตน และยังปรากฏหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังซึ่งได้ทำการศึกษาในรายละเอียดมาแล้วในบทที่ 4 และจะทำการวิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป การคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่าการให้ความสำคัญคุ้มครองกลุ่มบุคคลข้ามเพศเป็นไปอย่างรอบด้านทั้งในกฎหมายของรัฐบาลกลางเองที่กำหนดบทบัญญัติคุ้มครองความเท่าเทียมกันของพลเมือง มีกฎหมายแรงงานคุ้มครองการเลือกปฏิบัติของลูกจ้างจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุเรื่องเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือวิถีทางเพศ นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายคุ้มครองกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศจากอาชญากรรมความเกลียดชัง และมีกฎหมายระดับรัฐ ที่ให้สิทธิบุคคลข้ามเพศในสหรัฐอเมริกาสามารถเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายของตนได้ตามเงื่อนไขของกฎหมายในแต่ละรัฐ ส่วนแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศของประเทศออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่าประเทศออสเตรเลียได้กำหนดหลักเกณฑ์ห้ามเลือกปฏิบัติเพราะสาเหตุทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศของบุคคลไว้ทั้งในกฎหมายกลางและกฎหมายระดับรัฐ นอกจากนี้ทุกรัฐของประเทศออสเตรเลียยังออกกฎหมายรับรองสถานะทางเพศให้กับกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ ดังนั้นนับว่าประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศประเทศหนึ่งของโลกก็ว่าได้ และการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิทั่วไปบุคคลข้ามเพศของประเทศเยอรมนีเป็นอีกประเทศหนึ่งที่เห็นความสำคัญของเพศที่สาม เริ่มต้นที่กฎหมายรัฐธรรมนูญที่บัญญัติหลักพื้นฐานในเรื่องความเสมอภาคอันถือเป็นหลักการทั่วไป

ซึ่งเหมือนกับรัฐธรรมนูญของประเทศไทย แต่แตกต่างกันประเด็นที่ประเทศเยอรมนีมีพระราชบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน และกฎหมายรับรองสถานะทางเพศ ส่วนประเด็นในเรื่องการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไป

5.2 วิเคราะห์ความจำเป็นในการกำหนดกฎหมายคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง

หลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังไม่มีปรากฏกฎหมายทั้งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายลำดับรองตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 ส่งผลให้เกิดบุคคลข้ามเพศไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกับเพศชายและหญิงในกระบวนการดังกล่าว ซึ่งเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังมีดังต่อไปนี้

5.2.1 เหตุผลและความจำเป็นด้านสิทธิมนุษยชน

การค้นตัวและการคุมขังเป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 85 และมาตรา 87 นอกจากกฎหมายจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่แล้วยังได้กำหนดกรอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ไปในตัว เพื่อไม่ให้กระทบสิทธิของบุคคลที่ต้องถูกค้นตัวและคุมขัง จะเห็นได้ว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่อาจแบ่งแยกจากหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ ดังนั้นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังจึงต้องมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนและสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน โดยวิเคราะห์ตามเหตุผลของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนี้

(1) เหตุผลตามกฎหมายภายในประเทศ

บุคคลทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใดก็ตาม กฎหมายไม่อาจเลือกปฏิบัติหรือเลือกคุ้มครองบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ โดยกฎหมายภายในที่กำหนดหลักการคุ้มครองคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 27 วรรคหนึ่ง ซึ่งวางหลักว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และมาตรา 27 วรรคสาม วางหลักต่อไปว่า ห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ

สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติชัดเจนถึงหลักการคุ้มครองประชาชนโดยไม่แบ่งแยกไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ เมื่อมีฐานะเป็นบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอันสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน และตามมาด้วยหลักความเสมอภาคของทุกคนเมื่อมาอยู่ต่อหน้ากฎหมาย กฎหมายไม่อาจเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างในเรื่องเพศได้

สิทธิมนุษยชนเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองบุคคล เป็นหลักพื้นฐานที่สอดคล้องไปกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาค และหลักห้ามเลือกปฏิบัติ หลักการเหล่านี้มีแนวคิดที่เป็นไปในทิศทางเดียวกันคือ การปฏิบัติต่อบุคคลต้องเป็นไปอย่างเท่าเทียมไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศใด และตามหลักคิดทฤษฎีว่าด้วยเพศที่ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาในบทที่ 2 ที่สังคมยังยึดติดกับแนวคิดแบบทวิเพศได้ส่งผลให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศ โดยสังคมกำหนดหน้าที่ของบุคคลตามกรอบเพศ ก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้ชาย ผู้หญิง และคนที่ไม่อยู่ในกรอบเพศที่สังคมกำหนด เพศที่สามหรือคนข้ามเพศถูกปฏิเสธตัวตน นำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างเพราะความแตกต่างในเรื่องเพศ ดังปรากฏในเรื่องการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ไม่มีบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังจึงสมควรต้องมีแนวทางการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์และวิถีทางเพศของบุคคล

แม้ประเทศไทยจะปรากฏพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเพราะสาเหตุด้านเพศโดยเฉพาะ มาตรา 17 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้” แต่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องกระบวนการค้นตัวอันกระทบต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล และการคุมขังอันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น ยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศ ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องวิเคราะห์และวางแนวทางที่เหมาะสมต่อไป เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558

(2) เหตุผลตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศนั้นให้ความสำคัญต่อหลักสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมาก ปรากฏตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 2 บัญญัติว่า “บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพ บรรดาที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มีกรจำแนกความแตกต่างใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นทางอื่น แหล่งกำเนิดทางชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด” จากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้อดังกล่าวเป็นการ กำหนดหลักการคุ้มครองเป็นการทั่วไป โดยไม่มีเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองแต่อย่างใด นอกจากนี้ ยังปรากฏข้อบทแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง จะกล่าวถึง พันธกรณีให้รัฐซึ่งเข้าเป็นภาคีมีหน้าที่ในการรับรองและเคารพสิทธิของพลเมือง รวมถึงการห้ามเลือก ปฏิบัติไม่ว่าด้วยเหตุใด ดังนั้น กฎหมายก็ต้องบัญญัติเป็นการทั่วไปเพื่อบังคับใช้และรับรองสิทธิของ บุคคลทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างในเรื่องเพศ ในด้านกระบวนการยุติธรรมทาง อาญาก็ต้องคำนึงถึงหลักการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมต่อผู้สงสัย ผู้ต้องหา หรือจำเลย และมีหลักการ ตั้งอยู่พื้นฐานของการเคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สงสัย ผู้ต้องหา หรือจำเลย

หลักการปฏิบัติต่อผู้ถูกควบคุมที่สถานีตำรวจของไทยเป็นไปตามกฎหมายมาตรฐานขั้นต่ำของ องค์การสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุมตัวกล่าวคือ การคุมขังที่สถานีตำรวจตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 การควบคุมเป็นไปได้เท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดี เท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายมาตรฐานที่ยึดหลักการไม่ควบคุมเป็นหลัก ส่วนการควบคุมจะสามารถทำ ได้หากเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ การคุมขังบุคคลที่สถานีตำรวจของไทยยังมีแนวทาง สอดคล้องไปกับข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อนักโทษและหลักการเพื่อ คุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุก อาทิเช่น การรักษาความปลอดภัยโดยแยกหมวดหมู่ผู้ถูก คุมขังให้ชัดเจนแบ่งห้องคุมขังแยกชายและหญิงออกจากกัน และมีห้องคุมขังและมาตรฐานการปฏิบัติ สำหรับเด็กโดยเฉพาะตามที่ปรากฏในกฎหมายมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการบริหาร กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเยาวชน แต่ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์การปฏิบัติเฉพาะสำหรับ บุคคลข้ามเพศในข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อนักโทษและหลักการเพื่อ คุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุก ซึ่งแสดงให้เห็นว่าข้อกำหนดดังกล่าวยังยึดหลักตามระบบ ทวิเพศ ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วเพศของบุคคลมีความหลากหลายและไหลลื่นไม่ได้มีแค่ชายหญิงเท่านั้น

จึงต้องไปพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศวางหลักคุ้มครองบุคคลข้ามเพศไว้ ซึ่งผู้ศึกษาจะได้กล่าวถึงรายละเอียดหลักการยกยกยารต์ตาอันเป็นหลักที่เกี่ยวข้องโดยตรงในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในด้านต่างๆต่อไป

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องโดยตรงในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศคือหลักการยกยกยารต์ตา ซึ่งเป็นหลักการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ หลักการข้อ 2 วางหลักว่า สิทธิในความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติมนุษยทุกคนสมควรได้รับความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างสมบูรณ์โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศมนุษยทุกคนสมควรได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติดังกล่าว ไม่ว่าสิทธิมนุษยชนข้ออื่นใดจะถูกละเมิดด้วยหรือไม่ก็ตาม กฎหมายต้องบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติดังกล่าว และรับประกันความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติดังกล่าวอย่างได้ผลและเสมอภาคต่อมนุษยทุกคน

การเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศหมายรวมถึงการแบ่งแยก การกีดกัน การยกเว้น การจำกัด หรือการเลือกที่รักมักที่ชังโดยอาศัยเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศอันมีจุดประสงค์หรือมีผลทำให้ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายหรือความคุ้มครองเสมอภาคกันโดยกฎหมาย หรือการยอมรับในสิทธิการมีสิทธิ การใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานทั้งหมดอย่างสมบูรณ์ต้องหมดสิ้นหรือขาดตกบกพร่องไป การเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศมักจะเกิดขึ้นพร้อมกับการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุอื่นๆ รวมทั้ง เพศ เชื้อชาติ อายุ ศาสนา ความพิการ สถานะด้านสุขภาพและฐานะทางเศรษฐกิจ

จากหลักการข้อ 2 แห่งหลักยกยกยารต์ตาดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มคนที่มีความแตกต่างด้านวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยบุคคลกลุ่มนี้ต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียม ไม่อาจลดทอนความคุ้มครองได้เพราะเหตุความแตกต่าง ซึ่งจากหลักการนี้เมื่อนำมาวิเคราะห์ในเรื่องกระบวนการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศของไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะเห็นได้ว่าการให้ความคุ้มครองในกระบวนการทั้งสองแก่บุคคลข้ามเพศยังขาดตกบกพร่องอยู่ จึงควรที่จะนำเสนอแนวทางแก้ไขปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและนโยบายของเจ้าหน้าที่ตำรวจเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติที่เหมาะสมต่อบุคคลข้ามเพศ

หลักการข้อ 9 แห่งหลักยกยกยการ์ตา ได้บัญญัติถึงรายละเอียดในการคุ้มครองสิทธิในด้านการปฏิบัติในลักษณะความเป็นมนุษย์ในระหว่างถูกควบคุมตัว โดยมีสาระสำคัญว่าแม้บุคคลจะต้องถูกจำกัดเสรีภาพตามกฎหมายก็ตาม แต่บุคคลนั้นยังคงมีสิทธิได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและอย่างเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ วิธีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ นอกจากนี้หลักการข้อดังกล่าวยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่รัฐพึงปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความแตกต่างด้านวิถีทางเพศอัตลักษณ์ทางเพศผู้ถูกจำกัดเสรีภาพไว้ดังนี้

1. รัฐต้องป้องกันและปราบปรามการกระทำที่รุนแรง การเลือกปฏิบัติและการกระทำอันตรายต่อผู้คุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งมีสาเหตุในเรื่องความแตกต่างทางอัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะทางเพศ และรัฐต้องดำเนินนโยบายเกี่ยวกับการนำผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ การค้นตัว รวมถึงนโยบายเกี่ยวกับการแยกขังผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อคุ้มครองความปลอดภัย
2. รัฐต้องจัดทำและดำเนินนโยบายเกี่ยวกับการจัดสรรสถานที่คุมขัง และการปฏิบัติต่อผู้ที่ถูกคุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดเสรีภาพ ให้เป็นไปตามความต้องการและสิทธิของทุกคนไม่ว่าผู้นั้นจะมีอัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะทางเพศอย่างไร และการพิจารณาเกี่ยวกับสถานที่คุมขังนั้นผู้ถูกคุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดเสรีภาพ บุคคลดังกล่าวสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจด้วย
3. จัดให้มีกระบวนการตรวจตราดูแลที่สามารถสะท้อนความเสี่ยงของผู้ถูกคุมขังที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกันได้

จากหลักการข้อ 9 จะเห็นว่าหลักการยกยกยการ์ตาได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างละเอียดในการคุ้มครองสิทธิของเพศที่สามหรือบุคคลข้ามเพศเมื่อต้องถูกจำกัดเสรีภาพตามกฎหมาย และเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา หรือกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง ยังคงพบว่าขาดหลักเกณฑ์ในเรื่องการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศ ส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเรื่องการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศเป็นไปอย่างไม่เหมาะสม ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และไม่เป็นตามทิศทางเดียวกันกับแนวโน้มในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศของประเทศไทยที่มีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ

พ.ศ.2558 ดังนั้น การปรับปรุงกฎหมายกฎหมายในเรื่องการคันตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศ เพื่อให้การคุ้มครองและปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มดังกล่าวเป็นไปอย่างเหมาะสมสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

5.2.2 เหตุผลและความจำเป็นด้านความเป็นเอกภาพในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการคันตัวและการคุมขัง

ภารกิจประการหนึ่งที่สำคัญของเจ้าหน้าที่ตำรวจในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คือ แสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐาน อันนำมาสู่การเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ โดยมีกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายลำดับรองภายในของตำรวจเองเครื่องมือในการใช้อำนาจคันตัวและคุมขังบุคคลไว้ที่สถานีตำรวจ เมื่อกระบวนการดังกล่าวมีการรुकล้ำสิทธิในเนื้อตัวร่างกายและเสรีภาพของบุคคล การดำเนินการต้องเป็นไปอย่างระมัดระวังและกำหนดขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ไว้ให้ชัดเจน เพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลให้เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นหลักการพื้นฐานที่บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองบุคคลที่ต้องตกอยู่ในขั้นตอนการคันตัวและการคุมขังในคดีอาญา อันเป็นการกำหนดเงื่อนไขการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ไปพร้อมกัน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติเงื่อนไขการคันตัวบุคคลและการคุมขังไว้ดังต่อไปนี้ มาตรา 28 วรรค 3 บัญญัติว่า “การคันตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิต หรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ” และมาตรา 28 วรรค 2 บัญญัติว่า “การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

หลักเกณฑ์ในการคันตัวบุคคลและการคุมขังตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหลักการพื้นฐานในการคุ้มครอง นำมาสู่กฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรงและใช้บังคับเป็นการทั่วไป บทบัญญัติที่กำหนดวิธีปฏิบัติงานด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคือ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยการบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาถือตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การคันตัวบุคคลและการคุมขังทำได้เท่าที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้

การปฏิบัติต่อผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังยังขาดหลักเกณฑ์ในการดำเนินการอยู่ โดยในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจจะจำแนกเพศของบุคคลตามเพศกำเนิด สาเหตุหนึ่งเนื่องมาจากการรองรับสถานะทางเพศของประเทศไทยถือตามเพศกำเนิด บุคคลไม่สามารถเปลี่ยนแปลงสถานะทางเพศให้แตกต่างไปจากเพศกำเนิดได้ ประเทศไทยไม่ได้กำหนดให้วิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศที่หลากหลายเป็นความผิดอาญา แต่ก็ไม่ถึงขนาดรับรองความชอบด้วยกฎหมายในเพศวิถีที่หลากหลายนั้น ในทางกฎหมายไทยบุคคลจะถูกระบุว่าเป็นใดเป็นหนึ่งในระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ไม่สามารถระบุเป็นอื่นใดนอกเหนือจากนี้ได้ ส่งผลทำให้ในการกำหนดหลักเกณฑ์ด้านการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจในกระบวนการยุติธรรมยังคงจำแนกเพศเป็นชายกับหญิง ดังปรากฏในระเบียบหรือคำสั่งภายในของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ส่งผลให้ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการกับบุคคลข้ามเพศไว้ว่าเจ้าหน้าที่จะมีกรอบในการปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลดังกล่าวอย่างไร

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายที่วางหลักในการปฏิบัติต่อผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาข้ามเพศของต่างประเทศมิได้จำกัดอยู่แค่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ แต่ยังมีกรอบกฎหมายลำดับรองอื่นวางหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย ส่วนประเทศเยอรมนีนั้นไม่ปรากฏหลักเกณฑ์การค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้เฉพาะเหมือนกับประเทศไทย โดยสามารถสรุปตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการดำเนินการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศได้ดังนี้

ตารางที่ 2 หลักเกณฑ์ในการดำเนินการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศ

ประเทศ	กฎหมาย	หลักเกณฑ์
ไทย	<ul style="list-style-type: none"> - ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา - กฎกระทรวง กำหนดสถานที่อื่นที่ใช้ในการขัง จำคุก หรือควบคุมผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้ซึ่งต้องจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุด พ.ศ.2552 - ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 25 กองรักษาการณ์ ฉบับที่ 5 พ.ศ.2561 - บันทึกข้อความ ตร. 	<ul style="list-style-type: none"> - การค้นตัวหญิงต้องกระทำโดยหญิง - การคุมขังให้แยกชายออกจากหญิง
อังกฤษ	Police and Criminal Evidence Act 1984 Code A, Code C	<ul style="list-style-type: none"> - การค้นต้องทำโดยเจ้าหน้าที่เพศเดียวกับผู้ถูกค้น - การคุมขังต้องจัดแยกตามเพศสถานะของบุคคล
สหรัฐอเมริกา	<p>มีการดำเนินการกำหนดนโยบายเฉพาะสำหรับบุคคลข้ามเพศหลายเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น</p> <ul style="list-style-type: none"> - Seattle Police Department Manual - Operations Manual Denver Police - Chicago Police Department: General Order G02-01-03 	<ul style="list-style-type: none"> - คนข้ามเพศมีสิทธิเลือกเพศเจ้าหน้าที่ผู้ค้น - การคุมขังต้องแยกคนข้ามเพศต่างหาก

ประเทศ	กฎหมาย	หลักเกณฑ์
ออสเตรเลีย	แต่ละรัฐออกกฎหมายที่ให้อำนาจและกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่เอง เช่น - รัฐนิวเซาท์เวลส์: Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (LEPRA) - รัฐควีนส์แลนด์: The Police Powers and Responsibilities Act 2000 - รัฐทัสมาเนีย: Tasmania Police Manual	- การค้นต้องทำโดยเจ้าหน้าที่เทศเดียวกับผู้ถูกค้น - ผู้ต้องขังข้ามเพศควรถูกขังไว้ในห้องขังต่างหาก
เยอรมนี	- Strafprozeßordnung (StPO) - Federal Police Act (BGS) 1994	- การค้นตัวหญิงต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่หญิง - การคุมขังให้แยกชายออกจากหญิง

เมื่อเปรียบเทียบการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจในขั้นตอนค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศของไทยจะพบว่า การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนดังกล่าวไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ใดๆ มีแต่เพียงการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่โดยคำนึงถึงเพศกำเนิดของบุคคลเป็นสำคัญ ในกรณีการค้นตัวบุคคลข้ามเพศเจ้าหน้าที่จะใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษไม่ให้เกิดปัญหาในระหว่างดำเนินการตามขั้นตอน ส่วนการคุมขังเจ้าหน้าที่อาจใช้ดุลพินิจแยกห้องคุมขังบุคคลข้ามเพศได้หากมีห้องคุมขังเหลืออยู่ แต่หากไม่มีห้องคุมขังเพียงพอการคุมขังจะจัดตามเพศกำเนิดของบุคคล ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวนี้เกิดได้เฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีเท่านั้น ไม่ได้มีมาตรฐานในการปฏิบัติเป็นการทั่วไป การขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและเป็นเอกภาพจึงส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง

ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า การดำเนินการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศจึงควรมีการแก้ไข ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และออกกฎหมายไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง หรือระเบียบที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศให้มีความ ชัดเจนและเป็นเอกภาพอันมีมาตรฐานอย่างเดียวกัน เพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศให้ เป็นไปตามหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างในเรื่องเพศตามรัฐธรรมนูญ และคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่าง ประเทศ

5.2.3 เหตุผลและความจำเป็นด้านการดำเนินการกระบวนการทางอาญาต้องไม่

ทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องหา

การดำเนินการค้นตัวและการคุมขังผู้ต้องหาเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องปฏิบัติอย่างเคารพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคำนึงถึงความปลอดภัยในชั้นตอนนั้นๆ ดังจะเห็นได้ในมาตรา 85 แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่วางหลักว่า “การค้นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ ถ้าค้นผู้หญิง ต้องให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้น” และในมาตรา 132 (1) วรรค 2 ก็ได้วางหลักอย่างเดียวกันว่า “หากผู้ต้องหา เป็นหญิง ให้จัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ ทั้งนี้ ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาจะขอ نابุคคลใดมาอยู่ร่วมในการตรวจนั้นด้วยก็ได้” ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติ ดังกล่าวบัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันหญิงจากการกระทำอนาจารหรือสร้างความอับอายที่จะเกิดขึ้นใน ขั้นตอนการค้นตัว⁹

กรณีการคุมขังมาตรา 87 วางหลักว่า “ห้ามมิให้ควบคุมผู้ถูกจับไว้เกินกว่าจำเป็น ตามพฤติการณ์แห่งคดี” และประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ข้อที่ 139 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ ในการคุมขังว่า “หากผู้ต้องถูกควบคุมมีมาก ไม่สามารถจะนำตัวเข้าควบคุมในห้องควบคุมได้ทั้งหมด หรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่น เช่น ผู้ต้องหาเป็นหญิง และไม่มีห้องควบคุมซึ่งจัดไว้โดยเฉพาะ เป็นต้น ให้นายตำรวจที่เป็นหัวหน้าผู้รับผิดชอบในสถานีตำรวจแห่งนั้น จัดสถานที่ควบคุมขึ้นเป็นพิเศษ เป็น การเฉพาะคราวได้” นอกจากนี้หลักเกณฑ์ในการคุมขังยังปรากฏในบันทึกข้อความ ตร. ที่ 0625.23/15679 ลงวันที่ 10 พฤศจิกายน 2540 เรื่อง คำสั่งการปฏิบัติเกี่ยวกับสถานที่กักขัง ข้อ 5

⁹ณรงค์ ใจหาญ, "หลักกฎหมายที่คุ้มครองผู้หญิงในกระบวนการดำเนินคดีอาญา," *Huachiew Chalermpraket Law Journal*: หน้า 126-139.

วางหลักว่า “การควบคุมตัวผู้ถูกควบคุม ควรคัดแยกประเภทผู้ถูกควบคุม โดยพิจารณาถึงประเภทและความร้ายแรงของการกระทำความผิด แยกผู้ต้องหาและผู้ต้องโทษกักขัง เพศชายและหญิง ผู้ที่เป็นโรคติดต่อและจัดให้มีห้องน้ำในแต่ละห้อง”

หลักการที่สำคัญในการปฏิบัติต่อผู้ต้องหาในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังคือการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ต้องตกอยู่ในขั้นตอนนี้ๆ เพื่อก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและสิทธิมนุษยชนของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ไม่ให้เจ้าหน้าที่รัฐล้ำสิทธิของผู้ต้องหามากจนเกินไป และมีกรอบในการดำเนินงานอันเป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาไปด้วยในตัวเอง การค้นตัวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม การค้นตัวเป็นกระบวนการคุ้มครองป้องกันไม่ให้อาชญากรรมเกิดขึ้น และเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานในคดีอาญา นำมาพิสูจน์ความผิดและความบริสุทธิ์ของผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาต่อไป¹⁰ ซึ่งตั้งอยู่บนฐานของการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การดำเนินการค้นตัวต้องเป็นไปอย่างสุภาพ มีเหตุอันสมควรตามกฎหมาย ส่วนการคุมขังของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง หลักการในการคุมขัง บุคคลที่ถูกกักขังต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามหลักในเรื่องการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ได้ว่าเขากระทำความผิดจริง ผู้ถูกคุมขังต้องได้รับทราบถึงเหตุในการคุมขัง และไม่ถูกทรมาน หรือการปฏิบัติอื่นใดที่โหดร้ายทารุณ หรือไร้มนุษยธรรม และสถานที่คุมขังต้องเป็นสถานที่ที่เป็นทางการเท่านั้น

บุคคลข้ามเพศเป็นบุคคลที่มีอัตลักษณ์และวิถีทางเพศที่แตกต่างไปจากเพศชายและเพศหญิงอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งความแตกต่างนี้สามารถมองเห็นได้ชัด แต่จะนำความแตกต่างในเรื่องดังกล่าวมาเป็นเหตุในการแบ่งแยกและปฏิบัติให้แตกต่างไปจากชายหญิงไม่ได้ ในฐานะที่บุคคลข้ามเพศเป็นมนุษย์คนหนึ่งมาตรฐานในการปฏิบัติและการคุ้มครองสิทธิก็ต้องเป็นไปอย่างเดียวกัน เพื่อให้เป็นไปตามหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ การดำเนินการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศจึงต้องคำนึงถึงความปลอดภัย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศ

¹⁰ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามหลักสิทธิมนุษยชน, หน้า 26-27.

ดังนั้น การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศจึงต้องมีหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน เพื่อเป็นกรอบในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่และการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง

5.3 วิเคราะห์การค้นตัวบุคคลข้ามเพศ

การค้นตัวเป็นขั้นตอนหนึ่งที่สำคัญของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อให้ได้ซึ่งพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตาม การค้นตัวเป็นการรุกรานสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของบุคคลข้ามเพศ การดำเนินการค้นตัวจึงต้องคำนึงสิทธิในเนื้อตัวร่างกายและเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลข้ามเพศด้วย ดังนั้น เพื่อให้เจ้าหน้าที่ต้องรักษาสมดุลระหว่างประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องสงสัยผู้ต้องหาข้ามเพศให้ดี จึงต้องมีกฎหมายวางหลักเกณฑ์ในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้ชัดเจน โดยในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การค้นตัวในประเทศไทยที่นอกเหนือไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายในเรื่องการค้นตัวบุคคลข้ามเพศในแต่ละประเทศ

5.3.1 หลักเกณฑ์การค้นตัวของไทย

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์เปรียบเทียบการค้นตัวกรณีอื่นที่อยู่นอกเหนือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ได้แก่ การค้นตัวผู้ต้องขังของกรมราชทัณฑ์ การตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ และการตรวจค้นตัวผู้โดยสารของท่าอากาศยานสาธารณะ โดยมีรายละเอียดดังนี้

จากการศึกษาการค้นตัวที่นอกเหนือไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยพบการค้นตัวผู้ต้องขังของกรมราชทัณฑ์ อันเป็นการตรวจค้นเพื่อค้นหาสิ่งของที่ไม่อนุญาตให้นำเข้าหรือมีไว้ในเรือนจำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย โดยมีหลักเกณฑ์และวิธีการในรายละเอียดอยู่ในคู่มือหลักปฏิบัติในการตรวจค้นและคู่มือมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง ซึ่งแบ่งการค้นตัวผู้ต้องขังออกเป็น 3 แบบ ได้แก่ การตรวจค้นแบบปกติ การตรวจค้นแบบพิเศษ และการตรวจค้นภายในร่างกาย ซึ่งตามคู่มือดังกล่าวมีการกำหนดหลักเกณฑ์การค้นตัวไว้อย่างละเอียด เพื่อเป็นกรอบในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นโดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง และจากการศึกษาพบว่าการค้นตัวผู้ต้องขังของกรมราชทัณฑ์มีความคล้ายกับประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่กำหนดว่าการตรวจค้นตัวผู้หญิงจะต้องมีเจ้าหน้าที่หญิงทำการตรวจค้นอยู่บนพื้นฐานของปฏิบัติด้วยความละมุนละม่อมและเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง แต่กลับไม่ปรากฏหลักเกณฑ์การตรวจค้นตัวที่กล่าวถึงผู้ต้องขังข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กรณีการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ ปรากฏแนวทางการปฏิบัติกับคนข้ามเพศในการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 พ.ศ. 2555 ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2479 การดำเนินการตรวจร่างกายมีการจัดสถานที่เฉพาะสำหรับตรวจร่างกายให้กับบุคคลข้ามเพศ หรือจัดสถานที่แยกออกมาจากผู้ชาย นอกจากนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ จัดกลุ่มบุคคลข้ามเพศ แบ่งเป็น 3 ระดับ ได้แก่ 1. บุคคลที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ 2. บุคคลที่ไม่ได้แปลงเพศ แต่เปลี่ยนแปลงลักษณะส่วนอื่น เช่น ใช้ฮอร์โมน เสริมหน้าอก หรือตัดแต่งกล่องเสียง 3. บุคคลที่มีลักษณะภายนอกตามเพศกำเนิด แต่มีลักษณะเป็นบุคคลข้ามเพศ จากการจัดระดับบุคคลข้ามเพศดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงการรับรู้และการยอมรับความแตกต่างในเรื่องเพศของบุคคลโดยปริยายของราชการไทยว่าควรจะให้มีการปฏิบัติเฉพาะต่อกลุ่มบุคคลข้ามเพศ เพื่อสร้างหลักประกันว่าบุคคลข้ามเพศจะไม่ถูกล่วงละเมิดทั้งทางร่างกายและจิตใจในระหว่างการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติชัดเจนที่วางหลักปฏิบัติในขั้นตอนการค้นตัวบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรื่องการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ วางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าบุคคลข้ามเพศจะถูกค้นตัวโดยบุคคลที่มีเพศเหมาะสมหรือบุคคลที่คนข้ามเพศต้องการ โดยอยู่บนพื้นฐานของการกระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้น้อยที่สุด

การค้นตัวที่นอกเหนือจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอีกกรณีหนึ่งคือ การตรวจค้นตัวผู้โดยสารของท่าอากาศยานสาธารณะ ซึ่งมีหลักเกณฑ์และวิธีการตามข้อกำหนดของสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 28 ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจค้นเพื่อรักษาความปลอดภัยในการดำเนินงานสนามบินสาธารณะ ประกาศ ณ วันที่ 18 พฤษภาคม พ.ศ.2563 โดยวัตถุประสงค์ของการตรวจค้นเป็นไปเพื่อตรวจสอบไม่ให้มีการนำวัตถุต้องห้ามเข้าไปในอากาศยาน ซึ่งมีวิธีการค้นทั้งหมด 4 วิธี ได้แก่ 1. การตรวจค้นบุคคลด้วยมือ 2. การตรวจค้นบุคคลด้วยมือพร้อมกับเครื่อง

ตรวจจับโลหะแบบมือถือ 3. การตรวจค้นด้วยเครื่องตรวจจับโลหะชนิดเดินผ่าน และ 4. การตรวจค้นด้วยเครื่องตรวจวัดตามร่างกายผู้โดยสาร กรณีที่ใกล้เคียงกับการค้นตัวตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาคือ การตรวจค้นบุคคลด้วยมือ (Pat Down) อันมีหลักว่าต้องดำเนินการโดยพนักงานตรวจค้นเพศเดียวกันกับบุคคลที่ถูกตรวจค้น และหากมีความจำเป็นที่จะต้องค้นอย่างละเอียดต้องจัดให้มีการตรวจค้นเป็นการส่วนบุคคล (Private Screening) โดยพนักงานตรวจค้นต้องทำการตรวจค้นต่อหน้าบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นเพศเดียวกันกับผู้ทำการตรวจค้นและบุคคลที่ถูกตรวจค้น จะเห็นได้ว่าหลักการพื้นฐาน อย่่างไรก็ตาม ไม่พบข้อกำหนดที่กล่าวถึงการตรวจค้นตัวผู้โดยสารข้ามเพศไว้ โดยเฉพาะในข้อกำหนดของสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย จึงเป็นที่สงสัยว่าการพิจารณาว่าการตรวจค้นโดยพนักงานตรวจค้นเพศเดียวกันนั้นจะพิจารณาตามเพศกำเนิดหรือเพศสภาพในปัจจุบันของผู้โดยสาร

เมื่อพิจารณาการค้นตัวที่นอกเหนือไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ไม่ว่าจะเป็นการค้นตัวผู้ต้องขังของกรมราชทัณฑ์ การตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ และการตรวจค้นตัวผู้โดยสารของท่าอากาศยานสาธารณะ ล้วนตั้งอยู่บนพื้นฐานอย่างเดียวกันกับการค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาคือ เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สุขภาพ และระมัดระวังไม่ให้เกิดการล่วงละเมิดผู้ถูกค้น นอกจากนี้ ยังพบว่า การดำเนินการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ากองประจำการ จัดกลุ่มบุคคลข้ามเพศแบ่งเป็น 3 ระดับ โดยจัดให้มีสถานที่เฉพาะสำหรับตรวจร่างกายให้กับบุคคลข้ามเพศ หรือการจัดสถานที่แยกออกมาจากผู้ชาย เพื่อเจ้าหน้าที่จะได้ทำการตรวจค้นบุคคลข้ามเพศได้อย่างเหมาะสม อันแสดงให้เห็นว่าหน่วยงานราชการของไทยเองก็ได้ยอมรับความหลากหลายทางเพศซึ่งถือได้ว่าเป็นการยอมรับโดยปริยาย ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าในจุดนี้อาจสามารถนำมาปรับใช้กับการค้นตัวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาต่อไป อันจะทำให้การยอมรับเรื่องความหลากหลายโดยปริยายดังกล่าวปรากฏเป็นการยอมรับโดยชัดแจ้งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย

5.3.2 ขอบเขตในการค้นตัวบุคคล

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์ถึงขอบเขตในการค้นตัวบุคคลของเจ้าหน้าที่ตำรวจในคดีอาญา และขอเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่มีความเหมือนและแตกต่างกันในประเด็น

ใดบ้าง เพื่ออธิบายให้เห็นถึงความสำคัญของขั้นตอนการค้นตัวที่จำเป็นต้องมีหลักคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกค้นตัว

การกำหนดขอบเขตการค้นตัวที่ชัดเจนจะเป็นตัวกำหนดการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการค้นตัวผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหา และเป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกค้นตัวไปด้วยในตัว การค้นตัวบุคคลในคดีอาญาของประเทศไทยนั้นตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 แบ่งออกเป็น การค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะตามมาตรา 93 การค้นตัวบุคคลในที่รโหฐานตามมาตรา 100 วรรคสอง และการค้นตัวบุคคลหลังการจับตามมาตรา 85 การค้นตัวบุคคลเป็นการค้นหาสิ่งของที่ซุกซ่อนในร่างกายภายนอกหรือเสื้อผ้าที่สวมใส่เท่านั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่อาจค้นไปมากกว่านี้ อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นเพียงการค้นร่างกายภายนอกและเสื้อผ้าที่สวมใส่ แต่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะมีการถูกเนื้อตัวร่างกายของบุคคลผู้ถูกค้นตัว จึงควรมีรายละเอียดขอบเขตการค้นตัวให้เจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติตามอย่างถูกต้อง เพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลผู้ถูกค้นตัวให้การค้นตัวอยู่ในขอบเขตหากมีการกระทำที่เกินเลยไปผู้ถูกค้นก็สามารถร้องเรียนเจ้าหน้าที่ผู้ค้นได้

ขอบเขตการค้นตัวบุคคลของประเทศอังกฤษปรากฏหลักเกณฑ์ในเรื่องการค้นตัวในข้อ 3.6 ของหลักปฏิบัติทั่วไปของเจ้าหน้าที่ในการหยุดและค้น Code A วางหลักว่า การค้นตัวโดยต้องถอดเสื้อคลุมตัวนอก แจ็คเก็ต ถุงมือ หมวกหรือรองเท้า หรือสิ่งของอื่นใดที่ปกปิดตัวตนหลักทั่วไปในการดำเนินการค้นของเจ้าหน้าที่ตำรวจคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถขอให้ผู้ถูกค้นตัวถอดเสื้อคลุม แจ็คเก็ต ถุงมือ ถุงเท้า หรือเสื้อผ้าอื่น ๆ ออกได้ รวมไปถึงตำรวจอาจขอให้สิ่งที่สวมใส่ด้วยเหตุผลทางศาสนา เช่น ผ้าคลุมหน้า หรือผ้าโพกหัว โดยเจ้าหน้าที่ควรคำนึงถึงปัญหาใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นเกี่ยวกับความแตกต่างทางเพศ ศาสนา หรือวัฒนธรรม และทำคั้นให้ห่างจากสาธารณชนหากจำเป็น และกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถตรวจค้นโดยสอดมือเข้าไปในกระเป๋าเสื้อหรือกางเกงและกระเป๋าบริเวณรอบๆ นอกจากนั้น พระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญาและความสงบเรียบร้อยของประชาชน ค.ศ. 1994 (The Criminal Justice and Public Order Act 1994) มาตรา 60AA ยังบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ที่จะเรียกร้องให้บุคคลผู้ถูกค้นตัวกำจัดสิ่งที่ใช้ปลอมตัว หากมีเหตุผลเชื่อว่าบุคคลนั้นสวมใส่สิ่งของทั้งหมดหรือเพื่อวัตถุประสงค์หลักการปกปิดตัวตน แต่ในกรณีเจ้าหน้าที่ต้องการถอดนอกเหนือไปจากที่กล่าวมาข้างต้นเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ทำการค้นจะต้องเป็นเพศเดียวกับ

ผู้ถูกค้นและค้นในสถานที่มืดซิด โดยห้ามทำการค้นตัวต่อหน้าเพศตรงข้ามเว้นแต่เป็นบุคคลผู้ถูกค้นจะร้องขอ

ประเทศสหรัฐอเมริกามีขอบเขตในการค้นตัวเหมือนกับประเทศอังกฤษคือ การค้นตัวบุคคลนั้น เจ้าหน้าที่สามารถค้นได้แค่เสื้อผ้าหรือร่างกายภายนอกเท่านั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่อาจทำการค้นตัวโดยรูดเสื้อผ้าเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกค้นได้ นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักเกณฑ์ในการดำเนินการตรวจค้นเพิ่มเติมเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศด้วยว่า ห้ามเจ้าหน้าที่ตำรวจยึดหรือนำรายการที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์ภายนอกของบุคคลข้ามเพศไป อาทิเช่น เสื้อผ้า ชั้นใน วิกผม ขาเทียม หรือเครื่องแต่งหน้า เว้นแต่สิ่งของดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์นั้นเป็นหลักฐานหรือเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยก็อาจยึดได้ เหตุที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อให้แน่ใจว่าเจ้าหน้าที่จะไม่ยึดซึ่งที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศโดยไม่มีเหตุอันสมควรซึ่งอาจจะเป็นการลดทอนคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลข้ามเพศและทำให้บุคคลข้ามเพศรู้สึกอับอาย จะเห็นได้ว่าแม้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะมีอำนาจตามกฎหมายในการค้นตัวบุคคลแต่กฎหมายก็ยังกำหนดขอบเขตของอำนาจดังกล่าวไว้ เพื่อคุ้มครองผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาที่ถูกค้นตัวนั่นเอง

การค้นตัวบุคคลโดยทั่วไปของประเทศออสเตรเลีย เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถตรวจค้นตามเสื้อผ้าชั้นนอก รวมถึงตรวจสอบตามขอบของเสื้อผ้าด้านนอก หรือใช้ปลายนิ้ววนรอบด้านในของผ้าคาดเอว คอเสื้อ หรือแขนเสื้อของเสื้อผ้านั้น แต่ห้ามมากไปกว่านั้น นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสั่งให้บุคคลนั้นถอดเสื้อคลุม หรือแจ็กเก็ต หรือสิ่งที่คล้ายกันของเสื้อผ้า และอื่นๆ รวมไปถึงถุงมือ รองเท้า ถุงเท้าและหมวก แต่ไม่อาจสั่งให้บุคคลถอดเสื้อผ้าทั้งหมดได้ และได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่อไปว่าห้ามเจ้าหน้าที่สั่งให้บุคคลถอดชุดบริเวณอวัยวะเพศ หรือหากเป็นหญิงหรือหญิงข้ามเพศห้ามสั่งให้ถอดเสื้ออับเฉยให้เห็นหน้าอก เว้นแต่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะมีเหตุที่จำเป็นต้องดำเนินการดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ในการค้นหาสิ่งของผิดกฎหมายหรืออาวุธ และในการดำเนินการค้นตัวเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องแจ้งให้ผู้ถูกค้นทราบถึงข้อกำหนดในการค้นตัวดังกล่าวให้ครบถ้วน¹¹ นอกจากนี้ กฎหมายออสเตรเลียยังปรากฏหลักเกณฑ์ในการดำเนินการตรวจค้นที่คล้ายกับประเทศสหรัฐอเมริกาคือ ห้ามเจ้าหน้าที่ตำรวจยึดหรือนำรายการที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์ภายนอกของบุคคล

¹¹NSW Police Force, "Person Search Manual,"(2019), p. 4.

ข้ามเพศไป อาทิเช่น เสื้อผ้า ชั้นใน วิกผม ขาเทียม หรือเครื่องแต่งหน้า เว้นแต่สิ่งของดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์นั้นเป็นหลักฐานหรือเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยก็อาจถูกยึดได้

กฎหมายของประเทศเยอรมนีมีขอบเขตในเรื่องการค้นตัวบุคคลเหมือนกับประเทศต่างๆ โดยมีความใกล้เคียงกับประเทศไทยมากที่สุดคือการค้นร่างกายภายนอกและเสื้อผ้าที่สวมใส่ กฎหมายไม่ได้บัญญัติรายละเอียดว่าเสื้อผ้าหรือสิ่งของที่สวมใส่นั้นมีอะไรบ้าง ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเมื่อค้นเสร็จแล้วห้ามยึดสิ่งที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์ของบุคคล ดังนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่สามารถใช้ดุลพินิจขยายขอบเขตได้ซึ่งเสี่ยงต่อการกระทบสิทธิของผู้ถูกค้นตัว และเมื่อย้อนกลับมาพิจารณากฎหมายของไทยที่มีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายเยอรมันจึงอาจจะมีข้อบกพร่องในการกำหนดขอบเขตในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ต้องถูกค้นตัวโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจเช่นกัน ดังนั้น มีความจำเป็นต้องมีนำกฎหมายในรายละเอียดของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลียมาพิจารณาประกอบในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไทยต่อไป

จะเห็นได้ว่าการกำหนดขอบเขตของประเทศไทยไม่ปรากฏรายละเอียดที่ชัดเจน แต่เป็นที่รู้กันว่าการค้นตัวบุคคลเป็นเพียงการค้นร่างกายภายนอกและเสื้อผ้าเท่านั้น เจ้าหน้าที่ไม่อาจค้นล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายหรือส่วนประกอบของร่างกายได้ซึ่งมีหลักการเหมือนกันกับต่างประเทศ แต่มีความแตกต่างในเรื่องความชัดเจนและรายละเอียดที่ปรากฏในกฎหมายอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย จากการวิเคราะห์ในด้านขอบเขตการค้นตัวของบุคคลจะพบว่า ขอบเขตของประเทศไทยและต่างประเทศในเบื้องต้นมีความเหมือนกันคือ การค้นตัวบุคคลโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นการค้นร่างกายภายนอกและเสื้อผ้าที่สวมใส่เท่านั้น อย่างไรก็ตาม แต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียดโดยมีการคำนึงถึงวัฒนธรรม ศาสนาหรือความเชื่อ หรือเพศ โดยกฎหมายอังกฤษและออสเตรเลียได้วางหลักการค้นตัวบุคคลว่า เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ให้ถอดเสื้อคลุมตัวนอก แจ็คเก็ต ถุงมือ หมวกหรือรองเท้า หรือสิ่งของอื่นใดที่ปกปิดตัวตน ส่วนกฎหมายสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียก็มีหลักการเพิ่มเติมในการคุ้มครองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศด้วย คือห้ามเจ้าหน้าที่ตำรวจยึดหรือนำรายการที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์ภายนอกของบุคคลข้ามเพศไป อาทิเช่น เสื้อผ้า ชั้นใน วิกผม ขาเทียม หรือเครื่องแต่งหน้า โดยสามารถสรุปเป็นตารางได้ ดังนี้

ตารางที่ 3 ขอบเขตในการดำเนินการค้นตัว

ประเทศ	ขอบเขตการค้นตัว
ไทย	ค้นเสื้อผ้าชั้นนอกโดยในทางปฏิบัติจะมีเจ้าหน้าที่ตำรวจ 2 คนรับผิดชอบในการตรวจค้น ซึ่งอาจค้นในที่สาธารณะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 93 แต่หากการค้นตัวต้องมีการถอดเสื้อผ้าเปิดเผยให้เห็นเนื้อตัวร่างกาย เจ้าหน้าที่จะดำเนินการในสถานที่มิดชิด
อังกฤษ	ค้นโดยถอดเสื้อคลุมตัวนอก หรือสิ่งของอื่นใดที่ปกปิดตัวตน เจ้าหน้าที่สามารถสอดมือเข้าไปในกระเป๋าเสื้อหรือกางเกงและกระเป๋าบริเวณรอบๆ การค้นที่ต้องถอดเสื้อผ้าเจ้าหน้าที่เพศเดียวกับผู้ถูกค้นจะต้องตรวจค้นในสถานที่มิดชิด
สหรัฐอเมริกา	เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถค้นได้แค่เสื้อผ้าหรือร่างกายภายนอกเท่านั้น ไม่อาจทำการค้นตัวโดยรูก้าวเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกค้น
ออสเตรเลีย	ตรวจค้นตามเสื้อผ้าชั้นนอก รวมถึงตรวจสอบตามขอบของเสื้อผ้าด้านนอก และมีหลักว่าห้ามเจ้าหน้าที่สั่งให้บุคคลถอดชุดบริเวณอวัยวะเพศ หรือหากเป็นหญิงหรือหญิงข้ามเพศห้ามสั่งให้ถอดเสื้อผ้านั้นเปิดเผยให้เห็นหน้าอก เว้นแต่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะมีเหตุที่จำเป็น
เยอรมนี	ตรวจค้นร่างกายภายนอกและเสื้อผ้าที่สวมใส่ หากมีความจำเป็นต้องค้นโดยถอดเสื้อผ้าจะต้องค้นในสถานที่ปิด พ้นจากสายตาของบุคคลเพศตรงข้าม

เมื่อได้ศึกษาวิเคราะห์ขอบเขตการค้นตัวของแต่ละประเทศแล้ว ซึ่งในภาพรวมทุกประเทศจะมีขอบเขตการค้นตัวไปในทิศทางเดียวกัน คือค้นที่เสื้อผ้าชั้นนอกและร่างกายภายนอกเท่านั้น ในหัวข้อต่อไปผู้ศึกษาจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เงื่อนไขตามกฎหมายแต่ละประเทศที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถค้นตัวบุคคลได้

5.3.3 เจื่อนไขในการคั่นตัวบุคคล

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์เปรียบเทียบเจื่อนไขในการคั่นตัวบุคคลของประเทศไทยกับต่างประเทศ โดยจะแบ่งหัวข้อออกเป็น 2 หัวข้อ คือ เหตุแห่งการคั่นตัวบุคคล และเจ้าหน้าที่ผู้ทำการคั่น ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) เหตุในการคั่นตัวบุคคล

เจื่อนไขการคั่นตัวของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 93 บัญญัติให้เจ้าหน้าที่หรือพนักงานฝ่ายปกครองคั่นตัวบุคคลในที่สาธารณะได้หากเข้ากรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1. เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด เช่น พกอาวุธติดตัวเพื่อจะไปฆ่าคน
2. เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นได้สิ่งของมาโดยการกระทำความผิด เช่น สงสัยว่ามีสร้อยคอทองคำที่ขโมยมาซุกซ่อนอยู่ที่ตัว และ
3. เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของซึ่งมีไว้เป็นความผิด เช่น สงสัยว่ามียาเสพติดซุกซ่อนไว้ที่ตัว ส่วนมาตรา 85 เป็นกรณีการคั่นตัวผู้ถูกจับเพื่อพบและยึดสิ่งของที่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ และมาตรา 101 วรรคสอง การคั่นต้องมีเหตุอันสมควรที่สงสัยว่าบุคคลซึ่งอยู่ในที่คั่นได้เอาสิ่งของที่ต้องการพบซุกซ่อนไว้ในร่างกาย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเรื่องการคั่นตัวบุคคลทั้งในมาตรา 93 และมาตรา 101 วรรค 2 เจ้าหน้าที่ผู้คั่นต้องมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลที่จะถูกคั่นมีสิ่งของอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ในมาตรา 93 ไม่อาจคั่นตัวเพื่อพบสิ่งของที่อาจใช้เป็นพยานหลักฐาน เพราะเป็นสิ่งของที่อาจริบได้ตามกฎหมายอยู่แล้ว ส่วนมาตรา 101 วรรคสอง ต้องเป็นสิ่งของที่อาจค้นในที่รโหฐานได้ตามมาตรา 69 ซึ่งรวมถึงสิ่งของที่อาจริบทรัพย์หรือสิ่งของที่เป็นพยานหลักฐาน ส่วนมาตรา 85 ไม่จำเป็นต้องมีเหตุอันสมควรก็สามารถคั่นตัวได้ แต่อย่างไรก็ตามต้องเป็นการคั่นตัวบุคคลผู้ถูกจับ¹² บุคคลผู้ถูกคั่นกรณีตามมาตรา 93 คือบุคคลที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าสิ่งของที่อาจริบได้ครอบครองอยู่

¹²ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 หน้า 297.

กรณีตามมาตรา 101 วรรคสอง คือบุคคลที่อยู่ในที่รโหฐานและมีเหตุอันควรสงสัยว่าครอบครองสิ่งของที่ต้องการค้น และกรณีตามมาตรา 85 ต้องเป็นกรณีการค้นบุคคลผู้ถูกจับ¹³

เจ้าหน้าที่ตำรวจอังกฤษตำรวจสามารถค้นตัวบุคคลได้ต่อเมื่อมีหมายค้นหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นได้ก่ออาชญากรรมหรือกำลังจะก่ออาชญากรรม และต้องมีเหตุผลที่สมเหตุสมผลในการค้น ไม่อาจอ้างกลางสั่งหรือสัญญาอนุญาตของเจ้าหน้าที่ เหตุผลในการค้นตัวบุคคลต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่เชื่อถือได้ ข้อเท็จจริง หรือเห็นชัดเจนว่าบุคคลนั้นแสดงท่าทางมีพิรุณ มีลักษณะจะก่ออันตรายต่อตัวเองหรือผู้อื่น เช่น มีพฤติการณ์ที่ควรสงสัยว่ามีอาวุธในที่สาธารณะ หรือมีความเกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย เมื่อผู้ศึกษาได้ศึกษาหลักเกณฑ์การค้นตัวบุคคลในคดีอาญาของอังกฤษแล้วพบว่าได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติตำรวจและหลักฐานในคดีอาญาค.ศ. 1984 (The Police and Criminal Evidence Act 1984) โดยหลักทั่วไปจะปรากฏใน PACE Code A มาตรา 1 มีหลักว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะได้หากมีเหตุอันสมควรว่าบุคคลนั้นมีไว้ ใช้ จะใช้ หรือได้มาซึ่งสิ่งของที่ครอบครอง ก่อนดำเนินการค้นเจ้าหน้าที่ต้องแจ้งชื่อของเจ้าหน้าที่ตำรวจและสถานีตำรวจที่สังกัด สิ่งของที่เจ้าหน้าที่ตำรวจคาดว่าจะค้นเจอ เหตุผลที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะค้นตัวให้แก่ผู้จะถูกค้นทราบ

บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 ของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติคุ้มครองประชาชนจากการค้นและยึดโดยไม่มีเหตุอันสมควร (unreasonable) เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเรียกให้บุคคลต้องสงสัยหยุดและค้นตัว หากสงสัยว่ามีบุคคลนั้นมีอาวุธและเป็นอันตราย วัตถุประสงค์เพื่อค้นหาอาวุธที่อาจเป็นอันตรายต่อประชาชนหรือเจ้าหน้าที่ ไม่ใช่เพื่อค้นหาพยานหลักฐานหรือสิ่งของผิดกฎหมาย โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจพวกตบเบาๆ (pat down) ตามเสื้อผ้าชั้นนอกเพื่อค้นหาอาวุธ และเจ้าหน้าที่สามารถยึดสิ่งของผิดกฎหมายได้ เช่น ถุงโคเคน ในเรื่องความยินยอมในการค้นนั้น¹⁴ บุคคลผู้จะถูกค้นสามารถสละสิทธิตามบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 และยินยอมให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทำการค้นตัวได้ ซึ่งความยินยอมนั้นต้องเป็นไปโดยสมัครใจและชัดเจน แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษร ความยินยอมอาจเป็นทางวาจาหรือโดยพฤติการณ์ก็ได้ เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องแจ้งสิทธิของผู้ถูกค้นก่อนการค้นและไม่จำเป็นต้องเตือนว่ามีสิทธิที่จะปฏิเสธความ

¹³เรื่องเดียวกัน.

¹⁴Terry vs. Ohio (1968).

ยินยอมในการค้นตัว ส่วนการค้นตัวบุคคลผู้ถูกจับกุมโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อความปลอดภัยของเจ้าหน้าที่ตำรวจและพบหลักฐานไว้สำหรับการพิจารณาคดี เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถค้นตัวผู้ถูกจับกุมทันทีในขณะที่ทำการจับกุม โดยค้นตามเสื้อผ้า และของใช้ส่วนตัวที่พกพามาด้วย เช่น กระเป๋าสตางค์ กระเป๋าเป้ กระเป๋าเอกสาร ซองบุหรี่ เป็นต้น¹⁵ นอกจากนั้นศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักด้วยการค้นต้องเป็นการกระทำเพื่อป้องกันอาชญากรรม และมีเหตุอันควรสงสัย (reasonable suspicion) ว่าจะมีการกระทำความผิดขึ้น แต่ไม่ต้องถึงขนาดมีหลักฐานที่น่าเชื่อว่ามี การกระทำความผิด (probable cause) ซึ่งในการพิจารณาว่ามีเหตุอันควรสงสัยหรือไม่นั้น จะใช้หลักการซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่มีมาตรฐานน้อยกว่าการวินิจฉัยการกระทำความผิดและมีความชัดเจนน้อยกว่าเรื่องเหตุอันควรจับ โดยการตัดสินใจว่ามีเหตุอันควรจะอาศัยประสบการณ์และความรู้ที่ได้จากการฝึกอบรมของเจ้าหน้าที่ตำรวจมาประกอบด้วย และเกณฑ์การพิจารณาให้เทียบกับสามัญสำนึกในการวินิจฉัยว่าหลักฐานนั้นควรมีความสงสัยว่าบุคคลนั้นจะกระทำความผิดหรือไม่ตามมาตรฐานของ คนทั่วไปหรือคณะลูกขุน¹⁶

ประเทศออสเตรเลียเจ้าหน้าที่ตำรวจจะค้นตัวบุคคล ต้องมีเหตุสงสัยอันสมควรจึงจะสามารถค้นตัวบุคคลได้ ได้แก่ บุคคลนั้นครอบครองหรือควบคุมสิ่งของที่ถูกขโมย หรือได้สิ่งของนั้นมาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือสิ่งของนั้นถูกใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด โดยเหตุอันควรสงสัยที่สมเหตุสมผล (reasonable suspicion) มีน้ำหนักน้อยกว่าความเชื่อที่สมเหตุสมผล (reasonable belief) อย่างไรก็ตาม จะต้องมีความเป็นไปได้บางสิ่งบางอย่างที่จะสร้างความหวาดกลัวหรือความกลัวในจิตใจของบุคคลที่มีเหตุผล เหตุผลที่จะสงสัยต้องมีข้อเท็จจริงยืนยัน ไม่ใช่แค่การคาดการณ์หรือความเป็นไปได้¹⁷ ดังนั้น เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยที่สมเหตุสมผลเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงสามารถค้นตัวบุคคลได้ ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับที่เจ้าหน้าที่ตำรวจออสเตรเลียสามารถดำเนินการจับกุมบุคคลได้โดยไม่มีหมายจับ

¹⁵Stacy Barrett, "When Can Police Search Me or My Vehicle?," [Online] Accessed: 29 April 2021.

Available from: <https://www.alllaw.com/articles/nolo/topics/when-can-police-search-me-or-my-vehicle.html>

¹⁶สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, การค้นตัวบุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาชาติ หน้า 64.

¹⁷R v Rondo (2001).

หลักการค้นตัวของประเทศเยอรมนีมีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความเยอรมัน (Strafprozeßordnung) ตามมาตรา 102 โดยวางหลักทั่วไปในเรื่องการค้นตัวว่าเจ้าหน้าที่มีอำนาจค้นตัวบุคคลเมื่อมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อันได้แก่ มีเหตุอันควรสงสัยและเป็นประโยชน์ในการค้นพบพยานหลักฐาน โดยรายละเอียดเกี่ยวกับเหตุอันควรสงสัยปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz) ของแต่ละมลรัฐซึ่งจะมีหลักการพื้นฐานของเหตุอันควรสงสัยในการค้นไปในทิศทางเดียวกัน เช่น มาตรา 36 แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐเฮสเซน (Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) วางหลักว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถค้นตัวบุคคลได้หากมีข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ข้อสันนิษฐานได้ว่าบุคคลนั้นครอบครองสิ่งของที่อาจถูกยึดได้ หรือครอบครองวัตถุหรืออาวุธอันจะเป็นอันตรายต่อตนเองหรือผู้อื่น

จากการศึกษาเปรียบเทียบเงื่อนไขในการค้นตัวบุคคลของแต่ละประเทศจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขในเรื่องเหตุแห่งการค้นตัวบุคคลโดยทั่วไปมีความคล้ายคลึงกันทุกประเทศคือ ต้องมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นครอบครองสิ่งที่จะใช้ ได้ใช้ ได้มาจากการกระทำความผิด หรือมีไว้เป็นความผิด เจ้าหน้าที่ตำรวจก็สามารถอาศัยอำนาจตามกฎหมายในการเข้าค้นตัวบุคคลได้โดยไม่ต้องมีหมายค้นจะเห็นได้ว่าเหตุแห่งการค้นของทุกประเทศเป็นไปเพื่อรักษาความปลอดภัยของสังคมและแสวงหาพยานหลักฐาน โดยสามารถสรุปเหตุแห่งการค้นตัวบุคคลของแต่ละประเทศได้ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4 เหตุแห่งการค้นตัวบุคคล

ประเทศ	เหตุแห่งการค้น
ไทย	มีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลที่จะถูกค้นมีสิ่งของอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือเพื่อพบสิ่งของที่อาจใช้เป็นพยานหลักฐาน
อังกฤษ	มีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นได้ก่ออาชญากรรมหรือกำลังจะก่ออาชญากรรม เหตุผลในการค้นต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่เชื่อถือได้ ข้อเท็จจริง หรือเห็นชัดเจนจากพฤติกรรมของบุคคลนั้น
สหรัฐอเมริกา	การค้นต้องเป็นไปเพื่อป้องกันอาชญากรรม และมีเหตุอันควรสงสัยว่าจะมีการกระทำความผิดขึ้น
ออสเตรเลีย	มีเหตุสงสัยอันสมควร
เยอรมนี	เหตุอันควรสงสัย และเป็นประโยชน์ในการค้นพบพยานหลักฐาน

ในหัวข้อต่อไปผู้ศึกษาจะทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบวิธีปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจการค้นตัวบุคคล ซึ่งแต่ละประเทศก็จะมีวิธีการในเบื้องต้นคล้ายคลึงกันคือเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และไม่สร้างความอับอายให้กับบุคคลผู้ถูกค้นตัว แต่ในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย จะมีกฎหมายวางหลักเกี่ยวกับการค้นตัวบุคคลข้ามเพศไว้ด้วย

(2) วิธีปฏิบัติในการค้นตัวบุคคล

การดำเนินการค้นตัวของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้กำหนดวิธีการค้นในที่รโหฐานตามมาตรา 102 แต่ในมาตรา 85 วรรคสอง ในเรื่องการค้นตัวบุคคลผู้ถูกจับได้กำหนดให้ค้นโดยสุภาพ และหากผู้ถูกค้นเป็นหญิงต้องให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้น ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ให้นำมาใช้กับการค้นตัวบุคคลในที่รโหฐานด้วยตามมาตรา 101 วรรคสอง ส่วนการค้นบุคคลในที่สาธารณะตามมาตรา 93 ไม่ได้กำหนดวิธีการดำเนินการค้นไว้และมีได้บัญญัติอนุโลมให้นำ

ความตามมาตรา 85 วรรคสองมาใช้บังคับ จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในกรณีที่ต้องค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะ เพราะมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นครอบครองสิ่งของที่มีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยการกระทำความผิด และบุคคลนั้นยังไม่ใช่บุคคลผู้ถูกจับเจ้าหน้าที่จะดำเนินการค้นตัวบุคคลอย่างไร

การค้นตัวบุคคลในประเทศอังกฤษทำได้โดยเจ้าหน้าที่เทศเดียวกันกับบุคคลผู้ถูกค้น และห้ามค้นตัวต่อหน้าเพศตรงข้าม เว้นแต่มีเหตุจำเป็น หรือบุคคลผู้ถูกค้นยินยอม นอกจากนั้น กฎหมายอังกฤษยังมีบทบัญญัติสำหรับการค้นตัวบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ ปรากฏใน PACE Code C ภาคผนวก L เรื่อง การกำหนดเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการค้นและกระบวนการอื่นๆ บัญญัติย้าหลักในเรื่องการค้นตัวไว้เหมือนกับ PACE Code A คือ การค้น หรือขั้นตอนอื่นใดสามารถทำได้โดยหรือต่อหน้าบุคคลที่เป็นเพศเดียวกันเท่านั้น และการค้นจะต้องดำเนินการด้วยความสุภาพและเคารพต่อบุคคลผู้ถูกค้น โดยเฉพาะกรณีที่มีความอ่อนไหวในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ

หลักเกณฑ์ในเรื่องการค้นตัวบุคคลข้ามเพศในประเทศสหรัฐอเมริกามีความคล้ายคลึงกับประเทศอังกฤษ โดยประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นถึงความสำคัญในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยหลักเกณฑ์ในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศของประเทศสหรัฐอเมริกาคือจะไปตามนโยบายของตำรวจในแต่ละเมือง การศึกษากฎหมายในเรื่องการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ ผู้ศึกษาจึงได้ศึกษานโยบายของตำรวจในแต่ละเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะแต่ละเมืองมีการดำเนินการกำหนดนโยบายเฉพาะสำหรับคนข้ามเพศของตนเอง แต่อย่างไรก็ตาม ในภาพรวมแล้วนโยบายของตำรวจแต่ละเมืองในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศก็มีความคล้ายคลึงและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยผู้ศึกษาได้เลือกศึกษาเมืองซีแอตเทิล รัฐวอชิงตัน เมืองเดนเวอร์ รัฐโคโลราโด และเมืองชิคาโก รัฐอิลลินอยส์ ซึ่งในภาพรวมการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศของเจ้าหน้าที่ตำรวจสหรัฐอเมริกา มีรายละเอียดดังนี้

การค้นตัวบุคคลต้องมีเจ้าหน้าที่สองคนเข้าร่วมในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ เว้นแต่ในทางปฏิบัติมีกรณีจำเป็นเพื่อความปลอดภัย หรือเหตุผลอื่นใด เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจค้นตัวบุคคลข้ามเพศโดยไม่ต้องมีเจ้าหน้าที่สองก็ได้ แต่ต้องจัดทำเอกสารระบุเหตุผลความจำเป็นที่ต้องกระทำเช่นนี้ และในเบื้องต้นก่อนดำเนินการค้นตัวเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องแจ้งให้บุคคลนั้นทราบถึงสิทธิในการแสดงความต้องการเกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้น เมื่อบุคคลได้เลือกเพศเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นแล้ว การค้นตัวบุคคลข้ามเพศต้องดำเนินการโดยมีเจ้าหน้าที่ตามเพศที่บุคคลข้ามเพศร้อง

ขออย่างน้อย 1 คน ทุกครั้งหากเป็นไปได้ แต่หากบุคคลข้ามเพศไม่ได้ระบุเพศความต้องการเกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้น การดำเนินการค้นตัวต้องกระทำโดยมีเจ้าหน้าที่อย่างน้อยหนึ่งคนที่มีเพศเดียวกันกับการแสดงออกทางเพศของบุคคลข้ามเพศ เมื่อเกิดกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่มีเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้นไม่สามารถดำเนินการในขณะนั้นได้ และเข้ากรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องดำเนินการค้นทันที หากการค้นนั้นไม่เป็นอันตรายต่อตัวเจ้าหน้าที่เองหรือประชาชน เจ้าหน้าที่ที่มีเพศตรงข้ามกับผู้ถูกค้นสามารถดำเนินค้นตัวบุคคล

ประเทศออสเตรเลียหลักเกณฑ์การค้นตัวบุคคลข้ามเพศเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละรัฐ หลักการค้นตัวบุคคลข้ามเพศของประเทศออสเตรเลียมีความคล้ายคลึงกับประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น การค้นตัวบุคคลต้องดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ผู้ทำการค้นตัวนั้นต้องเป็นเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้น หรือจัดให้แพทย์ หรือบุคคลที่ได้รับอนุญาตซึ่งเป็นเพศเดียวกันทำการค้นตัว ซึ่งประเทศไทยเจ้าหน้าที่ตำรวจก็ใช้หลักการคล้ายกัน หากไม่มีเจ้าหน้าที่เพศเดียวกับผู้ถูกค้นและมีกรณีจำเป็นเร่งด่วน เจ้าหน้าที่เพศตรงข้ามสามารถดำเนินการค้นตัวบุคคลได้โดยให้บุคคลนั้นทำการค้นตัวเองต่อหน้าเจ้าหน้าที่ เช่น ล้วงกระเป๋าเสื้อหรือกระเป๋ากางเกง หรือกระเป๋ากระเป๋าเป้ รองเท้า หรือถุงเท้าด้วยตนเอง เป็นต้น การค้นตัวดังกล่าว เจ้าหน้าที่จะไม่ก้าวล่วงไปแตะต้องเนื้อตัวบุคคลผู้ถูกค้น เว้นแต่มีเหตุจำเป็นอย่างอื่น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 81d วางหลักเกี่ยวกับการตรวจร่างกาย (Physical examination) ผู้หญิงจะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากหญิงนั้น เพื่อไม่ให้หญิงที่ถูกตรวจร่างกายถูกละเมิดความรู้สึกและอับอาย จากการพิจารณาหลักว่าด้วยเรื่องค้นตัวบุคคลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันจะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์การค้นตัวบุคคลของประเทศเยอรมนีเหมือนกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 โดยการค้นตัวต้องกระทำด้วยความสุภาพ และหากผู้ถูกค้นตัวเป็นหญิงเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการค้นต้องเป็นหญิง หรือให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้น นอกจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันจะวางหลักเรื่องการค้นตัวบุคคลไว้แล้ว แต่ยังคงปรากฏหลักเกณฑ์ในเรื่องการค้นตัวในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย คือ พระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลาง ค.ศ. 1994 มาตรา 43 (4) ซึ่งวางหลักว่า การค้นตัวต้องดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้น เว้นแต่มีกรณีจำเป็นเร่งด่วนเพื่อป้องกันภัยคุกคามต่อชีวิต จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในพระราชบัญญัติตำรวจ

ของรัฐบาลกลางใช้คำว่า “บุคคลต้องถูกค้นตัวโดยบุคคลที่เป็นเพศเดียวกัน” ซึ่งสามารถนำไปใช้ได้กับ ผู้ถูกค้นตัวทุกคน รวมถึงบุคคลข้ามเพศเอง ไม่ได้จำกัดการคุ้มครองสิทธิเพียงหญิงที่ถูกค้นตัวเท่านั้น

จากการศึกษาเปรียบเทียบวิธีปฏิบัติในการค้นตัวบุคคลพบว่า เบื้องต้น ประเทศไทย และต่างประเทศมีหลักการคล้ายคลึงคือการค้นตัวต้องดำเนินการอย่างสุภาพ เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่ก่อให้เกิดความอับอายให้แก่ผู้ถูกค้นตัวในระหว่างดำเนินการค้นตัว การค้นตัวบุคคลจะดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจเพศเดียวกับผู้ถูกค้นตัว แต่เมื่อศึกษาในรายละเอียดจะพบว่าประเทศ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย กำหนดหลักการสำหรับบุคคลข้ามเพศไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม หลักการปฏิบัติดังกล่าวก็มีใช้หลักการที่เคร่งครัดเสียทีเดียว มีข้อยกเว้นกรณีจำเป็นเร่งด่วนเพื่อความปลอดภัยหรือเหตุอื่นใดเจ้าหน้าที่เพศตรงข้ามสามารถค้นเสื้อผ้าชั้นนอกได้ เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบวิธีปฏิบัติในการค้นตัวบุคคลของแต่ละประเทศแล้ว ลำดับต่อไปผู้ศึกษาจะทำการวิเคราะห์การจำแนกเพศสถานะของผู้จะถูกค้นตัวแต่ละประเทศ ซึ่งหนึ่งในขั้นตอนที่สำคัญก่อนที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะลงมือค้นตัวผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาจะต้องมีการจำแนกเพศของผู้จะถูกค้นตัวเพื่อรู้เพศและดำเนินการค้นตัวให้เหมาะสมกับเพศของผู้จะถูกค้นตัว หากผู้จะถูกค้นตัวเป็นชายหญิงปกติไม่ยากในการจำแนกเพศ แต่กรณีที่ถูกค้นตัวเป็นบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด ไม่ว่าจะ บุคคลนั้นจะเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่ก็ตาม เจ้าหน้าที่จะมีแนวทางอย่างไรในการจำแนกเพศ ผู้ศึกษาจะได้วิเคราะห์ศึกษาในประเด็นดังกล่าวในหัวข้อต่อไป

5.3.4 การจำแนกเพศสถานะในการค้นตัว

การจำแนกเพศสถานะเพื่อทำการค้นตัวของเจ้าหน้าที่ตำรวจไทยเป็นไปตามเพศกำเนิดของบุคคล โดยไม่นำอัตลักษณ์และวิถีทางเพศมาเป็นปัจจัยในการพิจารณา บุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นชายจะถูกค้นตัวโดยเจ้าหน้าที่ชาย ส่วนบุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นหญิงจะถูกค้นตัวโดยเจ้าหน้าที่หญิง หากไม่มีเจ้าหน้าที่เพศเดียวกับเพศกำเนิดของผู้ถูกค้นตัวเจ้าหน้าที่ตำรวจจะใช้วิธีให้บุคคลนั้นดำเนินการแสดงความบริสุทธิ์ด้วยการค้นตัวเอง ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการจำแนกเพศสถานะของบุคคลผู้ถูกค้นของประเทศไทยจะไม่นำอัตลักษณ์และวิถีทางเพศของบุคคลจะไม่เข้ามามีส่วนในการจำแนกเพศแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามทางปฏิบัติในบางกรณีเจ้าหน้าที่จะใช้ความระมัดระวังในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศมากกว่าชายหญิงทั่วไปโดยเป็นไปตามแต่ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งการจำแนกตามเพศแต่กำเนิดเพียงอย่างเดียวอาจไม่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศของ

บุคคลตามความเป็นจริง ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศขึ้นในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย กล่าวคือไม่มีมาตรฐานการจำแนกเพศที่ชัดเจน การค้นตัวบุคคลข้ามเพศแต่ละเรื่องแต่ละกรณีเป็นไปตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งขัดต่อหลักการยกยอการดำในเรื่องการให้ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายหรือความคุ้มครองเสมอภาคกันโดยกฎหมาย หรือการยอมรับในสิทธิการมีสิทธิของบุคคลข้ามเพศ และไม่เป็นที่ไปในแนวทางเดียวกับต่างประเทศตามที่จะได้วิเคราะห์ในลำดับต่อไป

ประเทศอังกฤษวางหลักการจำแนกเพศสถานะในการค้นตัวไว้ในภาคผนวก L เรื่องการระบุเพศเพื่อวัตถุประสงค์ในการค้นตัวและกระบวนการอื่น แห่ง PACE Code C โดยวางหลักเริ่มตั้งแต่การพิจารณาเพศของบุคคลโดยให้ถือตามเพศตามที่จดทะเบียนไว้ตั้งแต่แรกเกิด หรือเพศที่บุคคลได้จดทะเบียนและได้รับการรับรองเพศ (Gender Recognition Certificate หรือ GRC) กรณีไม่เป็นที่สงสัยว่าบุคคลนั้นเป็นเพศใด การปฏิบัติก็เป็นไปตามเพศที่เขาเป็น แต่หากมีกรณีเป็นที่สงสัยเกี่ยวกับเพศของบุคคล ไม่ว่าจะในขั้นตอนการค้น หรือขั้นตอนอื่นใด ให้เจ้าหน้าที่ถามว่าบุคคลนั้นเป็นเพศอะไร เมื่อเขาแสดงความต้องการว่าเขาเป็นเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะแล้ว ควรให้บุคคลนั้นยืนยันความต้องการโดยลงนามในบันทึก แต่ก็ยังมีข้อยกเว้นว่าเมื่อปรากฏความต้องการที่จะได้รับการปฏิบัติแบบเพศหนึ่ง แต่เอกสารและข้อมูลปรากฏชัดเจนว่าบุคคลนั้นดำเนินวิถีชีวิตอย่างอีกเพศหนึ่ง บุคคลนั้นก็ควรได้รับการปฏิบัติตามสิ่งที่ปรากฏให้สอดคล้องกับการดำเนินวิถีชีวิต ไม่ใช่ปฏิบัติตามความต้องการที่ระบุไว้ จะเห็นได้ว่าแนวทางการจำแนกเพศของประเทศอังกฤษมีความชัดเจน เพราะมีกฎหมายรับรองสถานะทางเพศและมีกฎหมายกำหนดวิธีการจำแนกเพศ ซึ่งทำให้การค้นตัวบุคคลข้ามเพศของเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินไปอย่างเหมาะสม บุคคลข้ามเพศสามารถรับรู้สิทธิของตนเมื่อจะถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจค้นตัว โดยในเบื้องต้นจะจำแนกเพศตามเอกสารของทางราชการ ได้แก่ บัตรประชาชน หรือใบรับรองสถานะทางเพศ (Gender Recognition Certificate) แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ก็ไม่ได้ยึดตามเอกสารนั้นอย่างเคร่งครัดเสียทีเดียว หากมีกรณีเป็นที่สงสัยเกี่ยวกับเพศของบุคคลให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการสอบถามบุคคลนั้น เมื่อเขาแสดงความต้องการว่าเขาเป็นเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะแล้ว และให้บุคคลนั้นยืนยันความต้องการโดยลงนามในบันทึก

ประเทศสหรัฐอเมริกาหลักเกณฑ์การจำแนกเพศของบุคคลคือ การค้นตัวบุคคลจะต้องดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้น โดยการพิจารณาเพศของผู้ถูกค้นจากบัตรประจำตัวประชาชนที่ออกโดยรัฐบาล แต่หากบุคคลผู้ถูกค้นได้ผ่าตัดแปลงเพศ ทำให้เพศที่ระบุในบัตร

ประชาชนไม่ตรงกับความเป็นจริง ก็เข้าช้อยกเว้นที่จะจำแนกเพศตามลักษณะที่ปรากฏ กล่าวคือ หญิงที่ได้รับการแปลงเพศมาจากเพศชาย จะถูกจำแนกว่าเป็นเพศหญิงส่วนชายที่ได้รับการแปลงเพศมาจากเพศหญิง จะถูกจำแนกว่าเป็นเพศชาย และกรณีที่บุคคลผู้ถูกค้นไม่มีบัตรประจำตัวประชาชนที่ออกโดยรัฐบาลจะจำแนกเพศโดยพิจารณาอวัยวะเพศเป็นเกณฑ์ และในกรณีที่มีความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการจำแนกเพศของผู้ถูกจับกุมที่เหมาะสม ให้เจ้าหน้าที่ปรึกษาผู้บังคับบัญชา เพื่อรับคำแนะนำเพิ่มเติมเกี่ยวกับการจำแนกที่เหมาะสม จากการศึกษาจะเห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกาก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่เปิดกว้างให้กับบุคคลข้ามเพศ โดยกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหรัฐอเมริกา เรื่องการค้นตัวก็ได้วางหลักเกี่ยวกับการพิจารณาเพศของบุคคลผู้จะถูกค้นตัวไว้ เพื่อให้การดำเนินการค้นตัวของเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นไปอย่างเหมาะสมและเคารพความเท่าเทียมทางเพศของบุคคลข้ามเพศ

การค้นตัวบุคคลข้ามเพศของประเทศออสเตรเลีย เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ดำเนินการค้นตัว จะต้องสอบถามอย่างรอบคอบเกี่ยวกับอวัยวะเพศของบุคคลผู้ถูกค้น หากบุคคลนั้นมีอวัยวะเพศชาย จะต้องตรวจค้นบุคคลโดยเจ้าหน้าที่ชาย ส่วนกรณีที่บุคคลนั้นมีอวัยวะเพศหญิงบุคคลนั้นจะถูกตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่หญิง เว้นแต่บุคคลผู้ถูกค้นตัวจะยินยอมให้เจ้าหน้าที่เพศตรงกันข้ามเป็นผู้ค้น จะเห็นได้ว่าหลักการจำแนกเพศสถานะในประเทศออสเตรเลียเป็นไปอย่างรอบคอบเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจสงสัยว่าบุคคลที่จะถูกค้นอาจเป็นบุคคลข้ามเพศจะต้องมีการสอบถามอย่างละเอียดเกี่ยวกับเพศของบุคคล โดยการค้นตัวจะใช้อวัยวะเพศเป็นเกณฑ์ในการจำแนกเพศ โดยไม่กล่าวถึงอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศของบุคคลที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิด อย่างไรก็ตามประเทศออสเตรเลียก็ได้แสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญแก่บุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยการวางหลักเกี่ยวกับการจำแนกเพศของบุคคลเพื่อที่จะดำเนินการค้นตัว ผู้ศึกษาเชื่อว่าในอนาคตประเทศออสเตรเลียจะพัฒนาแนวทางการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศที่เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อคุ้มครองสิทธิและเคารพความเท่าเทียมของบุคคลกลุ่มดังกล่าว

ประเทศเยอรมนีแม้จะมีพระราชบัญญัติรับรองสถานะทางเพศอันเป็นการรับรองสิทธิบุคคลข้ามเพศในการเลือกเพศตามกฎหมายของตน แต่กฎหมายในเรื่องการค้นตัวบุคคลไม่มีหลักเกณฑ์เฉพาะสำหรับบุคคลข้ามเพศและไม่มีหลักการจำแนกเพศไว้เป็นคู่มือในการพิจารณาก่อนการค้นตัวบุคคลข้ามเพศแต่อย่างใด ทางปฏิบัติการค้นตัวบุคคลเจ้าหน้าที่ตำรวจเยอรมันจะพิจารณาจากเพศกำเนิดของบุคคลโดยยึดตามรูปลักษณ์ภายนอกที่ปรากฏ หากเกิดความไม่แน่ใจก็จะให้บุคคล

ผู้จะถูกแสดงบัตรประจำตัวประชาชน หรือเอกสารอื่นใดที่มีข้อมูลระบุเพศของบุคคลนั้น ดังนั้นการ
 จำแนกสถานะทางเพศของประเทศเยอรมนีมีแนวทางคล้ายคลึงกับประเทศไทย คือเป็นไปตามเพศแต่
 กำเนิดของบุคคลผู้ถูกค้นตัวและการค้นตัวจะดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีเพศเดียวกันอยู่บน
 พื้นฐานของการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนี้ จะเห็นได้ว่าแนวทางการจำแนกเพศของบุคคล
 ของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อค้นตัวบุคคลของประเทศเยอรมนีมีความใกล้เคียงกับประเทศไทยกล่าวคือ
 กฎหมายจะวางหลักอย่างกว้างๆในเรื่องการค้นตัวว่าต้องดำเนินการอย่างเคารพศักดิ์ศรีความเป็น
 มนุษย์ของผู้ถูกค้นและไม่สร้างความอับอายให้เกิดขึ้นในระหว่างการค้นตัว การที่กฎหมายเยอรมัน
 ไม่ได้วางหลักเรื่องการจำแนกเพศทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ค้นตัวจะพิจารณาจากเอกสารทางราชการ
 และเพศกำเนิดของบุคคลผู้ถูกค้น จากที่ได้ศึกษามาในหัวข้อก่อนว่าประเทศเยอรมนีมีกฎหมายรับรอง
 เพศสถานะของบุคคล บุคคลข้ามเพศผู้จะถูกค้นตัวจึงสามารถแสดงเอกสารรับรองเพศสถานะของตน
 ต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ อย่างไรก็ตามหากบุคคลข้ามเพศไม่มีเอกสารรับรองเพศสถานะของทางราชการ
 เจ้าหน้าที่ก็จะพิจารณาตามเพศแต่กำเนิดอยู่นั่นเอง แต่ละกรณีของการค้นตัวบุคคลข้ามเพศที่เกิดขึ้น
 จะเป็นไปตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ทำการค้นซึ่งคล้ายคลึงกับประเทศไทย

กล่าวโดยสรุป หลักการจำแนกเพศสถานะในการค้นตัวบุคคลจะสอดคล้องกับวิธี
 ปฏิบัติในการค้นตัวบุคคลที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อน กล่าวคือ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และ
 ออสเตรเลียซึ่งมีวิธีปฏิบัติในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศโดยเฉพาะ ก็จะมีหลักในการจำแนกเพศสถานะ
 เพื่อนำมาใช้ประกอบการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการปฏิบัติงานว่าต้องมีแนวทางในการ
 พิจารณาเพศของบุคคลข้ามเพศอย่างไร แต่ประเทศไทยและประเทศเยอรมนีจะมีหลักเกณฑ์ในการ
 จำแนกเพศคล้ายกันคือพิจารณาจากเพศแต่กำเนิดของบุคคล โดยไม่มีกฎหมายวางหลักให้พิจารณา
 ถึงอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศของบุคคลผู้ถูกค้นตัวประกอบด้วยแต่อย่างใด ดังนั้น กฎหมายวิธี
 พิจารณาความอาญและระเบียบภายในของสำนักงานตำรวจแห่งชาติควรวางหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับ
 บุคคลข้ามเพศ เพื่อนำไปใช้กับกระบวนการอื่นๆที่เจ้าหน้าที่จะต้องมีปฏิสัมพันธ์กับบุคคลข้ามเพศอย่าง
 เหมาะสมและเป็นการกำหนดกรอบการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศให้ชัดเจน เมื่อมีการ
 ดำเนินการค้นตัวแล้วเจ้าหน้าที่ตำรวจจะบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับการค้นตัวบุคคลในครั้งนั้นๆ ซึ่ง
 จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบในหัวข้อนี้จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และ
 ประเทศออสเตรเลียที่มีหลักการเกี่ยวกับการจำแนกเพศของบุคคลข้ามเพศ ในบันทึกการค้นตัวบุคคล

ข้ามเพศก็ต้องบันทึกรายละเอียดในเรื่องการจำแนกเพศและการตัดสินใจเกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่
 ดำรวจผู้คนที่บุคคลข้ามเพศประสงค์จะให้เป็นผู้ทำการค้นตัว ในลำดับต่อไปผู้ศึกษาจะได้วิเคราะห์
 เปรียบเทียบการจัดทำบันทึกการค้นตัวบุคคลของแต่ละประเทศว่ามีรายละเอียดใดบ้างที่จะต้องบันทึก
 ลงในบันทึกการค้นตัว

5.3.5 การจัดทำบันทึกการค้นตัวบุคคล

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 103 บัญญัติเรื่องการจัดทำบันทึก
 รายละเอียดแห่งการค้น และบัญชีสิ่งของที่ได้มาจากการค้น เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า เป็นบทบัญญัติที่
 ใช้กับกรณีการค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะตามมาตรา 93 และกรณีการค้นที่เรือนอันเป็นการ
 ค้นเพื่อหาตัวบุคคลหรือสิ่งของที่ต้องการค้น ตามมาตรา 98 อย่างไรก็ตาม การจัดทำบันทึกรายละเอียด
 แห่งการค้นดังกล่าวกฎหมายไม่ได้บังคับให้จัดทำอย่างเคร่งครัด แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในคำ
 พิพากษาศาลฎีกาที่ 6601/2554 ศาลฎีกาเห็นว่า พนักงานสอบสวนไม่จัดทำบันทึกการตรวจค้นนั้น แต่ได้
 ความเป็นมาได้มีการจัดทำบันทึกการจับกุมซึ่งในบันทึกดังกล่าวมีรายละเอียดแห่งการค้นและสิ่งของที่ค้น
 ได้ กับมีการจัดทำบัญชีทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานตำรวจตรวจยึดอันเป็นการปฏิบัติตามประมวล
 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 103 แล้ว จึงถือว่าเป็นการตรวจค้นโดยชอบแล้ว ดังนั้น
 จะเห็นได้ว่าเมื่อกฎหมายไม่ได้บังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องจัดทำบันทึกการตรวจค้นและสำเนามอบให้แก่ผู้ถูก
 ค้นตัวไว้เป็นหลักฐาน ทำให้ทางปฏิบัติเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจจัดทำบันทึกการค้นตัวเสร็จก็จะมีได้มอบ
 สำเนาให้แก่ผู้ถูกค้นตัวไว้เป็นหลักฐาน ผู้ถูกค้นตัวที่ได้รับความเสียหายเหล่านี้จึงขาดหลักฐาน
 ในการฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ในฐานะละเมิดและในทางอาญา ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการจัดทำบันทึกการค้นตัว
 บุคคลของประเทศไทยยังไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน แต่เป็นไปตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่เฉพาะเรื่อง
 เฉพาะกรณี ต่อมาในวันที่ 9 เมษายน 2564 สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ออกคำสั่งสำนักงานตำรวจ
 แห่งชาติที่ 178/2564 เรื่องการบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา
 กำหนดให้มีการบันทึกภาพและเสียง ข้อ 3 การตรวจค้นบุคคลใดในที่สาธารณะ เมื่อมีเหตุอันควร
 สงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดย
 การกระทำความผิดหรือซึ่งมีไว้เป็นความผิด ให้ตำรวจผู้ตรวจค้นบันทึกภาพและเสียงโดยใช้เครื่องมือ
 หรืออุปกรณ์ที่ทางราชการจัดหาให้ หรือ สิ่งอื่นใดที่สามารถบันทึกภาพและเสียงได้ เว้นแต่มีเหตุอันมิ
 อาจดำเนินการได้ ให้บันทึกเหตุแห่งการนั้นไว้ในบันทึกการตรวจค้นด้วย จากคำสั่งดังกล่าวทำให้เกิด

มาตรฐานในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาต่อไปจะพบว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ต้องส่งมอบสำเนาสิ่งบันทึกภาพและเสียงให้แก่บุคคลผู้ถูกค้น ผู้ศึกษาจึงเห็นควรเพิ่มเติมกำหนดให้เมื่อการจัดทำบันทึกการค้นตัวและสิ่งบันทึกภาพและเสียงในการค้นตัวบุคคลเสร็จสิ้น ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจส่งมอบให้แก่บุคคลผู้ถูกค้นตัวเก็บไว้เป็นหลักฐาน เพื่อให้บุคคลผู้ถูกค้นตัวนำมาใช้ได้แย้งถึงการดำเนินกระบวนการของเจ้าหน้าที่ตำรวจว่าเป็นไปโดยมิชอบ

กฎหมายอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการค้นตัวบุคคลโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ ในกฎหมาย PACE Code A ข้อ 4 บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ต้องจัดทำบันทึกการค้นตัวในบันทึกการค้นตัวต้องมีรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนด เว้นแต่จะไม่สามารถดำเนินการได้เพราะมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน เมื่อเหตุดังกล่าวหมดไปเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการจดบันทึกให้เสร็จสิ้นหลังจากได้ข้อมูลมาแล้ว โดยรายละเอียดที่เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องบันทึกนั้น ได้แก่ เวลาที่ทำการค้น ชื่อของตำรวจผู้ทำการค้น สถานีตำรวจที่เจ้าหน้าที่ผู้ค้นนั้นสังกัดอยู่ เหตุแห่งการค้นโดยย่อ และแนบคำร้องขอค่าเสียหาย หากผู้ถูกค้นได้ร้องขอ นอกจากนี้ PACE Code A ข้อ 5 กำหนดให้หัวหน้าตำรวจมีหน้าที่ในการตรวจสอบการค้นตัว อันถือเป็นมาตรการควบคุมการค้นของเจ้าหน้าที่ตำรวจอีกชั้นตอนหนึ่ง เพราะเป็นการค้นตัวนั้นไม่ต้องขอหมายค้นจากศาล ทำให้ไม่มีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอก โดยกำหนดให้เจ้าพนักงานในระดับหัวหน้าสถานีตำรวจ (Supervising officer) มีหน้าที่กำกับดูแลการใช้อำนาจในการค้นตัวบุคคลว่าได้ดำเนินการภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เพียงใด และต้องมีการรวบรวมข้อมูลที่ดำเนินการค้นตัวทั้งหมด เพื่อทราบข้อมูลในการดำเนินการทั้งหมด นอกจากนี้ เพื่อให้การดำเนินการค้นโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นที่น่าเชื่อถือกับประชาชน จะต้องมีการรับฟังความเห็นของประชาชนในชุมชนชุมชน และชี้แจงสถิติการดำเนินการค้นและเหตุแห่งการค้นในภาพรวมให้แก่ประชาชนในชุมชนทราบด้วย¹⁸ การจัดให้มีการบันทึกการค้นตัวบุคคลในคดีอาญานั้น เป็นการเปิดช่องให้มีการควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจในการดำเนินการค้นตัว โดยผู้ถูกค้นมีสิทธิตรวจสอบว่าสิ่งของที่ได้จากการค้นนั้นเป็นสิ่งของที่อยู่ในตัวของผู้นั้นหรือไม่ หากสิ่งของนั้นไม่ใช่สิ่งของที่อยู่ในตัวของผู้ถูกค้น กฎหมายอังกฤษได้กำหนดเพิ่มเติมโดยเปิดโอกาสให้ผู้ถูกค้นสามารถร้องทุกข์ในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจโดยมิชอบ ไม่ว่าจะเพราะเหตุการเลือกปฏิบัติ

¹⁸สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, การค้นตัวบุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาประเทศ หน้า 49.

หรือการดำเนินการที่ไม่เหมาะสม และสามารถบันทึกไว้ในบันทึกการค้นตัว และร้องขอต่อผู้บังคับบัญชาของตำรวจได้¹⁹ จะเห็นได้ว่าเป็นบันทึกการค้นตัวของประเทศอังกฤษมีความสำคัญเป็นอย่างมากทั้งนำไปเพื่อเก็บข้อมูลไว้เป็นสถิติและใช้เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการค้นตัวบุคคลในแต่ละครั้ง เพราะกระบวนการทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวจะถูกบันทึกไว้ในบันทึกการค้นตัว เมื่อกฎหมายอังกฤษกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำบันทึกการค้นตัวและการตรวจสอบไว้อย่างชัดเจนนั้นจะช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่บุคคลผู้ถูกค้นว่าจะถูกค้นตัวอย่างเหมาะสมและทุกกระบวนการจะถูกบันทึกไว้เป็นหลักฐาน

ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ในกรณีการค้นแบบ Strip Search คือการค้นตัวบุคคลโดยมีการถอดเสื้อผ้าออกเผยให้เห็นจุดซ่อนเร้น ร่างกายภายนอก รวมถึงอวัยวะเพศ โดยการค้นในกรณีนี้จะนำไปใช้เพื่อค้นตัวบุคคลผู้ถูกจับในข้อหาความผิดอาญา แต่จะไม่นำมาใช้กับบุคคลที่ถูกจับหรือควบคุมตัวในข้อหาโทษหรือความผิดซึ่งมีโทษปรับทางแพ่งเท่านั้น เว้นแต่บุคคลนั้นถูกขังไว้ในสถานกักขังตามคำสั่งของศาล หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นซ่อนอาวุธหรือหลักฐานการก่ออาชญากรรม ในการดำเนินการค้นแบบ Strip Search เจ้าหน้าที่ผู้ค้นต้องจัดทำรายงานการค้นตัวบุคคล (Strip Search Report) โดยบันทึกดังกล่าวต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้²⁰ ชื่อและเพศของบุคคลผู้ถูกค้น ชื่อและเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้น ชื่อและเพศของบุคคลผู้ช่วยในการค้น โดยบันทึกคำอธิบายสั้นๆเกี่ยวกับเหตุผลในการให้บุคคลนั้นเข้ามาช่วยเหลือในการค้น เช่น ไม่มีเจ้าหน้าที่เพศเดียวกันกับผู้ถูกค้น จึงได้ขอความช่วยเหลือจากบุคคลดังกล่าวซึ่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียง วัน เวลา และสถานที่ที่ดำเนินการค้น สิ่งของที่พบจากการค้นตัว เหตุผลในการค้นตัว เช่น กรณีเป็นการค้นตัวบุคคลผู้ถูกจับ หรือค้นตัวบุคคลต้องสงสัยว่ามีอาวุธซ่อนอยู่ที่ตัว และเหตุผลรวมถึงข้อเท็จจริง สถานการณ์หรือข้อมูลที่ทำให้เกิดความเชื่อโดยสุจริตว่าการค้นดังกล่าวจะพบอาวุธที่จะนำไปใช้ก่ออาชญากรรมหรือพยานหลักฐานในคดีอาญา เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการค้นตัวบุคคลและจัดทำบันทึกการค้นตัวเสร็จสิ้นแล้วให้เจ้าหน้าที่ตำรวจส่งสำเนารายงานการค้นตัวให้กับบุคคลผู้ถูกค้น โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย

¹⁹เรื่องเดียวกัน.

²⁰Michigan State University, "Policy: Strip Search and Body Cavity Search," [Online] Accessed: 4 May 2021. Available from: <https://police.msu.edu/about/policy-and-procedure/policy-strip-search-and-body-cavity-search/>

จากรายละเอียดที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสหรัฐอเมริกาต้องบันทึกลงในบันทึกการค้นตัวนั้น กำหนดไว้อย่างครอบคลุมเกี่ยวกับสิ่งที่ต้องบันทึก เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องบันทึกรายละเอียดให้ครบถ้วน และเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องส่งมอบสำเนาบันทึกการค้นตัวให้แก่ผู้ถูกค้นตัวเก็บไว้เป็นหลักฐาน แต่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดให้ผู้บังคับตรวจสอบความชอบของการดำเนินการค้นตัวของเจ้าหน้าที่ตำรวจเหมือนอย่างประเทศอังกฤษ

การจัดทำบันทึกการค้นตัวบุคคลในประเทศออสเตรเลีย เจ้าหน้าที่ตำรวจค้นตัวบุคคลไม่ว่าจะค้นภายนอกเสื้อผ้า (Pat-down search) หรือค้นตัวโดยมีการถอดเสื้อผ้าออกเผยให้เห็นร่างกายภายนอก (Strip search) เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ทำการค้นต้องทำบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรหรือบันทึกข้อมูลลงในระบบอิเล็กทรอนิกส์ COPS (The Computerised Operational Policing System) ว่าได้ทำการค้นตัวบุคคล โดยต้องบันทึกประเภทของการค้นที่ดำเนินการ เหตุผลในการค้น ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้น ในกรณีการค้นตัวแบบ Strip Search เมื่อมีความร้ายแรงและความเร่งด่วนของสถานการณ์ต้องบันทึกสถานการณ์ที่เกิดขึ้นด้วย และเมื่อจัดทำบันทึกการค้นตัวเสร็จสิ้นแล้วบุคคลผู้ถูกค้นตัวสามารถขอสำเนาบันทึกได้ในเวลานั้นหรือในภายหลัง โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายหากขอบันทึกภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ถูกค้นตัวการค้นตัว²¹ การจัดทำบันทึกการค้นตัวของประเทศออสเตรเลียมีแนวทางเดียวกับประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องบันทึกรายละเอียดการค้นตัวให้ครบถ้วน สำหรับบุคคลข้ามเพศนั้นจะต้องมีการบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับเพศของบุคคลผู้ถูกค้นและความต้องการของบุคคลข้ามเพศผู้ถูกค้นว่าประสงค์จะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ดำเนินการค้นตัว เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจจัดทำบันทึกดังกล่าวแล้วเสร็จจะต้องส่งมอบสำเนาบันทึกการค้นแก่บุคคลผู้ถูกค้นด้วย แต่สิ่งที่แตกต่างคือกฎหมายของประเทศออสเตรเลียไม่ได้กำหนดให้ผู้บังคับตรวจสอบความชอบของการดำเนินการค้นตัวของเจ้าหน้าที่ตำรวจเหมือนอย่างประเทศอังกฤษ

บันทึกการค้นตัวบุคคลของประเทศเยอรมนีมีแนวทางคล้ายคลึงกับประเทศไทย กล่าวคือ กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ตำรวจจัดทำบันทึกรายละเอียดการค้นอย่างเคร่งครัด เหมือนกับการค้นที่โรฐาน แต่แน่นอนว่าในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจก็จะจัดทำบันทึกรายละเอียดแห่งการค้นตัวบุคคลไว้เป็นหลักฐาน โดยสามารถเทียบเคียงจากบันทึกรายละเอียดแห่งการค้นที่

²¹NSW Police Force, "Person Search Manual," p.3.

รโหฐานซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของแต่ละรัฐ เช่น กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอ์ซัค (Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) มาตรา 25 (4) และ (5) บันทึกราคาค้นต้องบันทึกหน่วยงานที่รับผิดชอบ เหตุผลในการค้น เวลา สถานที่ และผลการค้นหา และให้ผู้ครอบครองสถานที่หรือตัวแทนลงนามในบันทึกดังกล่าวด้วย หากผู้ครอบครองสถานที่หรือตัวแทนปฏิเสธที่จะลงนามให้เจ้าหน้าที่ต้องจดบันทึกไว้ และให้ส่งสำเนาบันทึกรายละเอียดแห่งการค้นเมื่อผู้ครอบครองสถานที่หรือตัวแทนร้องขอ กรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถจัดทำบันทึกหรือมอบสำเนาเพราะมีสถานการณ์พิเศษหรือจะเป็นอันตรายต่อวัตถุประสงค์ของการค้น บุคคลที่เกี่ยวข้องมีสิทธิได้รับบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรที่ระบุหน่วยงานที่รับผิดชอบ เวลาและวันที่ที่ยืนยันว่ามีกรค้นเกิดขึ้น

จากการศึกษาวิเคราะห์การจัดทำบันทึกการค้นตัวบุคคลจะพบว่า ประเทศอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างละเอียดและชัดเจน มีระบบตรวจสอบความถูกต้องในเรื่องการค้นตัวบุคคลของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยผู้บังคับบัญชา ซึ่งแตกต่างหากจากบันทึกจับกุม และดำเนินการมอบสำเนาทะเบียนการตรวจค้นตัวให้แก่ผู้ถูกค้นตัวนั้น ไม่ว่าจะการค้นตัวครั้งนั้นจะพบสิ่งของต้องสงสัยหรือไม่ก็ตาม ประชาชนจะได้รับสำเนาทะเบียนการค้นเสมอเพราะกฎหมายบังคับไว้ให้ต้องจัดทำบันทึก ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียมีความคล้ายคลึงกันในเรื่องการบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับเพศของบุคคลข้ามเพศ ความต้องการเกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการค้นตัว และการจัดทำบันทึกการค้นตัวบุคคล เมื่อจัดทำบันทึกแล้วเสร็จเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องส่งมอบสำเนาทะเบียนการค้นตัวให้แก่บุคคลผู้ถูกค้น กรณีบันทึกการค้นตัวของประเทศเยอรมนีมีแนวทางคล้ายคลึงกับประเทศไทยคือกฎหมายไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนให้เจ้าหน้าที่ตำรวจจัดทำบันทึกรายละเอียดการค้นตัวบุคคลแต่แน่นอนในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจจะจัดทำบันทึกรายละเอียดแห่งการค้นตัวบุคคลไว้เป็นหลักฐาน เมื่อได้วิเคราะห์เปรียบเทียบการค้นตัวบุคคลข้ามเพศโดยเริ่มจากเงื่อนไข วิธีปฏิบัติ การจำแนกเพศ และการจัดทำบันทึกการค้นตัวมาแล้ว ซึ่งสามารถสรุปตารางเปรียบเทียบการจัดทำบันทึกการค้นตัวบุคคลได้ ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 5 การจัดทำบันทึกการค้นตัวบุคคล

ประเทศ	การจัดทำบันทึกการคุมขัง
ไทย	กฎหมายไม่ได้บังคับให้จัดทำอย่างเคร่งครัดให้จัดทำ ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจจะจัดทำบันทึกการจับกุมซึ่งจะมีรายละเอียดแห่งการค้นและสิ่งของที่ค้นได้อยู่ด้วย
อังกฤษ	กฎหมายกำหนดให้ต้องจัดทำบันทึกการค้นตัว และบันทึกจะถูกตรวจสอบความถูกต้องโดยผู้บังคับบัญชา
สหรัฐอเมริกา	เจ้าหน้าที่ผู้ค้นต้องจัดทำรายงานการค้นตัวบุคคล (Strip Search Report) บันทึกที่รายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนด
ออสเตรเลีย	ต้องทำบันทึกการค้นตัวเป็นลายลักษณ์อักษร หรือบันทึกข้อมูลลงในระบบอิเล็กทรอนิกส์
เยอรมนี	กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ตำรวจจัดทำบันทึกที่รายละเอียดการค้นอย่างเคร่งครัดเหมือนกับการค้นที่รโหฐาน แต่ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจจะจัดทำบันทึกที่รายละเอียดแห่งการค้นตัวบุคคลไว้เป็นหลักฐาน

จากการวิเคราะห์การค้นตัวบุคคลข้ามเพศของประเทศไทย จะเห็นได้ว่าไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การค้นตัวบุคคลข้ามเพศเหมือนกับประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย ผู้ศึกษาจึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 โดยเบื้องต้นควรกำหนดให้การค้นต้องทำโดยเจ้าหน้าที่เพศเหมาะสมโดยอยู่บนพื้นฐานของการกระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้น้อยที่สุด (the search is conducted by a person of the appropriate gender with minimum interference with personal dignity)²² ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นกลางตามแนวทางของสำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Office on Drugs and Crime) และสอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบันของประเทศไทยที่ยังไม่มี

²²UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook on Prisoners with Special Needs*, p.

กฎหมายรับรองสถานะทางเพศ ส่วนในเรื่องรายละเอียดและวิธีการนั้นควรให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติพิจารณาวางแผนทางการค้นตัวของต่างประเทศและออกคำสั่งวางหลักเกณฑ์การค้นตัวบุคคลข้ามเพศในเรื่องต่างๆ ได้แก่ วิธีการค้นตัว ขอบเขตการค้นตัว การจัดทำบันทึกการค้นตัวไม่ว่าการค้นนั้นจะพบสิ่งผิดกฎหมายหรือไม่ก็ตาม เป็นต้น เพื่อวางกรอบที่ชัดเจนให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติและคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศผู้ถูกค้นตัว

เมื่อได้วิเคราะห์เปรียบเทียบการค้นตัวบุคคลข้ามเพศมาแล้วในหัวข้อนี้ ซึ่งจะเห็นว่าประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลียมีกฎหมายกำหนดแนวทางการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศไว้ ในขณะที่ประเทศเยอรมันและประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่วางหลักเรื่องการค้นตัวบุคคลข้ามเพศไว้ ในหัวข้อต่อไปผู้ศึกษาจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบการคุมขังบุคคลข้ามเพศในแต่ละประเทศว่ามีรายละเอียดอย่างไรบ้าง

5.4 วิเคราะห์การคุมขังบุคคลข้ามเพศ

บุคคลที่อยู่ในการคุมขังของตำรวจอาจเสี่ยงต่อการถูกล่วงละเมิดจากผู้ต้องขังรายอื่น หากผู้ถูกคุมขังถูกนำตัวไปยังห้องขังโดยไม่มีประกันความเสี่ยง อาจส่งผลให้เกิดการทะเลาะวิวาท การข่มขืน ความรุนแรงประเภทอื่นๆ หรือแม้แต่ว่าความตาย เพราะสาเหตุทางเชื้อชาติและชาติพันธุ์ ตลอดจนรสนิยมทางเพศ²³ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นในการวิเคราะห์การคุมขังของไทยว่ามีหลักเกณฑ์ป้องกันความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นกับผู้ถูกคุมขังข้ามเพศหรือไม่ อย่างไร เพื่อกำหนดแนวทางการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการดังกล่าว

การคุมขังเป็นการกักตัวหรือจำกัดเสรีภาพ โดยเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในทางอาญา แม้บุคคลข้ามเพศจะถูกคุมขังตามกฎหมายก็ตาม แต่เจ้าหน้าที่จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและเคารพในศักดิ์ศรีมนุษย์ ตามความของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หลักการเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุก และหลักยกยอการกระทำ โดยในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายในเรื่องการค้นตัวบุคคลข้ามเพศในแต่ละประเทศ โดยแบ่ง

²³Association for the prevention of torture (APT), *Monitoring Police Custody -a Practical Guide* (France: Imprimerie Villi, 2013), p. 8.

การวิเคราะห์เปรียบเทียบออกเป็นขอบเขตของการคุมขังที่สถานีตำรวจ การจัดสรรห้องคุมขัง มาตรการรักษาความปลอดภัยในการคุมขัง และการจัดทำบันทึกการคุมขัง ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.4.1 ขอบเขตของการคุมขังที่สถานีตำรวจ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 การคุมขังบุคคลไว้ที่สถานีตำรวจต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นในการถามคำให้การและรายละเอียดอื่นๆ แต่ในกรณีที่มีความผัดนั้นไม่ใช่คดีมีระยะเวลาในการคุมขังได้ยาวนานกว่าคดีลหุโทษ แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถคุมขังผู้ถูกจับไว้เกินกว่า 48 ชั่วโมง หรือ 2 วัน นับแต่เวลาที่มาถึงสถานีตำรวจ ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อทำการสอบสวนหรือเหตุจำเป็นอย่างอื่น จะขยายเวลาเกิน 48 ชั่วโมงได้เท่าที่จำเป็น แต่รวมกันแล้วจะคุมขังที่สถานีตำรวจได้สูงสุดไม่เกิน 3 วัน ถ้ามีความจำเป็นที่จะคุมขังผู้ถูกจับเกินกว่า 3 วัน เพื่อทำการสอบสวนต่อไปให้เสร็จสิ้น พนักงานสอบสวนหรืออัยการ ต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอฝากขังต่อศาล

ประเทศอังกฤษเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถคุมขังบุคคลไว้ที่สถานีตำรวจ กรณีมีหลักฐานแน่ชัดที่เชื่อมโยงไปยังผู้ต้องสงสัย โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถคุมขังผู้ต้องสงสัยไว้ได้ 24 ชั่วโมงก่อนที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะตั้งข้อหาอาชญากรรมหรือปล่อยตัว และหากเจ้าหน้าที่ตำรวจสงสัยว่าเป็นอาชญากรรมร้ายแรง เช่น การฆาตกรรม สามารถคุมขังบุคคลได้นานถึง 36 หรือ 96 ชั่วโมง โดยอาจจะไม่มีการตั้งข้อหาเลยก็ได้ นอกจากนี้ กรณีที่บุคคลถูกจับโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการก่อการร้ายเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถควบคุมตัวบุคคลได้นานถึง 14 วัน อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาในการคุมขังผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาไว้ที่สถานีตำรวจก็อยู่บนพื้นฐานเดียวกับประเทศไทยคือความจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดี

หลักเกณฑ์การคุมขังบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละรัฐ เมื่อบุคคลใดถูกจับกุมกฎหมายสามสิบหกชั่วโมงและกฎสี่สิบแปดชั่วโมงจะมีผลบังคับใช้เพื่อกำหนดระยะเวลาในการคุมขัง ส่วนใหญ่ประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้กฎสี่สิบแปดชั่วโมงคือ ผู้ถูกจับกุมต้องได้รับการตั้งข้อหาหรือได้รับการปล่อยตัวภายใน 48 ชั่วโมงหลังการจับกุม แต่ในบางรัฐก็ใช้กฎหมายสามสิบหกชั่วโมง เช่น รัฐมินนิโซตา (Minnesota State) โดยกฎหมายสามสิบหกชั่วโมงนั้นมีหลักคือ ภายในเวลา 36 ชั่วโมงผู้ถูกจับจะถูกนำตัวไปปรากฏต่อหน้าผู้พิพากษา โดยไม่รวมวันแรกของการจับกุม วันอาทิตย์

และวันหยุดตามกฎหมายรวมอยู่ในการคำนวณเวลาดังกล่าว เช่น หากบุคคลถูกจับในตอนเที่ยงของวันคริสต์มาสอีฟที่ 24 ธันวาคม ระยะเวลา 36 ชั่วโมงจะไม่เริ่มนับจนกว่าจะถึงเที่ยงคืนของวันที่ 26 ธันวาคม อย่างไรก็ตามจะมีผลเฉพาะในกรณีที่บุคคลนั้นถูกจับกุมโดยไม่มีหมายค้น หากบุคคลถูกจับกุมตามหมายจับจะยังคงนับวันหยุดสุดสัปดาห์และวันหยุดเพราะผู้บังคับใช้กฎหมายมีทางเลือกว่าจะดำเนินการออกหมายจับเมื่อใดและมีผลในการจับกุม และเมื่อเวลา 36 ชั่วโมงหมดลงบุคคลนั้นจะต้องได้รับการปล่อยตัว

ระยะเวลาในการคุมขังผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาของตำรวจในประเทศออสเตรเลียจะแตกต่างกันในแต่ละรัฐ อาทิเช่น รัฐควีนส์แลนด์บุคคลอาจถูกควบคุมตัวเพื่อซักถามเกี่ยวกับความผิดร้ายแรง (เช่น ฆาตกรรม ช่มชู้ ปล้นทรัพย์ ทำร้ายร่างกาย) เป็นเวลานานถึง 8 ชั่วโมง และระยะเวลาอาจขยายระยะเวลาเป็น 12 ชั่วโมงก็ได้ หากบุคคลนั้นถูกตั้งข้อหาแล้วตำรวจอาจปล่อยตัวบุคคลไปหรือส่งตัวไปยังห้องขังของตำรวจและคุมขังจนกว่าจะสามารถนัดพิจารณาคดีในศาลได้ ส่วนรัฐนิวเซาท์เวลส์ตำรวจอาจควบคุมตัวบุคคลไว้ได้ไม่เกิน 4 ชั่วโมง เว้นแต่มีเหตุสงสัยว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย โดยอาจขยายเวลาออกไปอีกสูงสุดไม่เกิน 8 ชั่วโมง หากได้รับอนุญาต แต่ในกรณีที่สงสัยว่ามีการกระทำ หรือวางแผนที่จะกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตำรวจอาจคุมขังบุคคลไว้ได้นานถึง 14 วัน ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติการก่อการร้าย ค.ศ. 2002

การคุมขังบุคคลผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาไว้ที่สถานีตำรวจ (Polizeigewahrsam) ของประเทศเยอรมนี ระยะเวลาสูงสุดที่อนุญาตให้คุมขังบุคคล การคุมขังผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาตามพระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลางของประเทศเยอรมัน (Federal Police Act (BGSG) 1994) มาตรา 42 เป็นไปเพื่อปกป้องบุคคลนั้นจากอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย หรือบุคคลอาจขัดขวางการกำหนดเจตจำนงเสรีของผู้เสียหายหรือพยาน เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถคุมขังผู้ต้องหาไว้ที่สถานีตำรวจได้เป็นระยะเวลา 4 - 14 วัน ด้วยเหตุผลด้านความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น การป้องกันอาชญากรรมหรือความผิดทางปกครอง ส่วนกรณีการควบคุมตัวเพื่อระบุตัวตนนั้นต้องไม่เกิน 6 ชั่วโมง แต่หากมีความจำเป็นสามารถขยายเวลาออกไปได้อีก 6 ชั่วโมง รวมแล้วไม่เกิน 12 ชั่วโมง²⁴

²⁴Section 163c (2) of Strafprozessordnung – StPO.

จากการศึกษาวิเคราะห์ขอบเขตของการคุมขังที่สถานีตำรวจจะเห็นได้ว่า ระยะเวลาในการคุมขังบุคคลไว้ที่สถานีตำรวจเป็นไปตามนโยบายและความจำเป็นของแต่ละประเทศ แต่โดยเฉลี่ยแล้วบุคคลจะถูกคุมขังไว้ในห้องขังของสถานีตำรวจเป็นเวลา 24 ชั่วโมง เว้นแต่จะมีความจำเป็นเพื่อทำการสอบสวนต่อไปให้เสร็จสิ้น หรือกรณีอื่นๆ จะเห็นได้ว่าระยะเวลาที่ผู้ต้องหาจะถูกคุมขังไว้ที่สถานีตำรวจเป็นเพียงระยะเวลาสั้นๆ เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามก็เป็นช่วงระยะเวลาที่สำคัญเพราะบุคคลนั้นต้องถูกพิจารณาเสรีภาพตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงควรใส่ใจมาตรฐานความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังและคำนึงถึงสิทธิของผู้ถูกคุมขังขณะถูกคุมขังอยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งจะได้กล่าวถึงเรื่องการจัดสรรห้องคุมขังและมาตรการรักษาความปลอดภัยในการคุมขังในหัวข้อต่อไป

5.4.2 การจัดสรรห้องคุมขัง

การจัดสรรห้องคุมขังที่สถานีตำรวจของประเทศไทยการจัดสรรห้องคุมขังของสถานีตำรวจ จัดแบ่งห้องห้องคุมขังออกเป็นห้องคุมขังชาย ห้องคุมขังหญิง และห้องคุมขังเด็กและเยาวชนอย่างชัดเจน หากสถานีตำรวจเป็นสถานีตำรวจขนาดกลางหรือขนาดใหญ่ก็จะมีห้องคุมขังสำหรับคนต่างด้าว เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจที่จะแยกห้องคุมขังสำหรับบุคคลข้ามเพศได้หากมีห้องขังว่าง พื้นที่ที่ใช้เป็นห้องคุมขังมีความมืดซิดและแข็งแรงเพื่อป้องกันการหลบหนี ภายในห้องคุมขังจะจัดแบ่งไว้เป็นสัดส่วน ได้แก่ ที่อาบน้ำ ที่ถ่ายอุจจาระ ปัสสาวะ ไม่ปรากฏบทบัญญัติหรือหลักการที่ชัดเจนเกี่ยวกับการจัดสรรห้องขังให้แก่บุคคลข้ามเพศ ทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจจะพิจารณาตามความเหมาะสม กล่าวคือ มีห้องขังว่างอยู่หรือไม่ บุคคลข้ามเพศมีอัตลักษณ์ทางเพศอย่างไร ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงทางกายภาพหรือไม่ โดยเจ้าหน้าที่ไม่ได้สอบถามผู้ถูกคุมขังข้ามเพศว่าประสงค์จะแยกห้องขังหรือไม่

การคุมขังบุคคลข้ามเพศในประเทศอังกฤษของเจ้าหน้าที่ตำรวจ รายละเอียดเป็นไปตาม PACE Code C กล่าวคือ เมื่อบุคคลถูกจับกุมและถูกนำตัวมาที่สถานีตำรวจ และถูกนำตัวเข้าห้องขังแล้วทำการสอบสวนไปตามขั้นตอน การคุมขังบุคคลข้ามเพศมีหลักเกณฑ์ว่า ผู้ถูกคุมขังข้ามเพศจะถูกจัดให้อยู่ในห้องขังตามเพศสถานะของตน เจ้าหน้าที่ตำรวจจะทำการจำแนกเพศสถานะในเบื้องต้นของผู้ที่จะถูกคุมขังก่อน ซึ่งการพิจารณาจะใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับเรื่องการค้นตัวตามที่ได้ศึกษามาในหัวข้อก่อนหน้า หากผู้ถูกคุมขังเป็นคนข้ามเพศหรือได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว

เจ้าหน้าที่จะจัดการให้เป็นไปตามเพศของบุคคล และการค้นตัวก่อนเข้าห้องซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ค้นต้องมีเพศเดียวกับผู้ถูกคุมขัง

หลักเกณฑ์ในการคุมขังบุคคลข้ามเพศในคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นไปตามนโยบายของตำรวจแต่ละเมือง เบื้องต้นการจัดห้องห้องแยกเป็นห้องซึ่งชาย ห้องซึ่งหญิง และห้องซึ่งเด็ก กรณีการคุมขังบุคคลข้ามเพศจากที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 4 จะเห็นว่านโยบายของตำรวจแต่ละเมืองในภาพรวมตามคู่มือตำรวจ กำหนดให้จัดผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาข้ามเพศแยกไว้ในห้องซึ่งโดยลำพัง หากไม่มีห้องซึ่งเดี่ยวเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้รับผิดชอบต้องปรึกษากับผู้บังคับบัญชา เพื่อดำเนินการให้ผู้ต้องสงสัย หรือผู้ต้องหาข้ามเพศมีห้องซึ่งเดี่ยว หรือเคลื่อนย้ายไปคุมที่อื่น หรือปล่อยตัวไป การจัดสรรแยกห้องคุมขังสำหรับบุคคลข้ามเพศในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นไปเพื่อความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังข้ามเพศในระหว่างถูกคุมขังอยู่ที่สถานีตำรวจจากผู้ต้องซึ่งเพศตรงข้าม

การดำเนินการคุมขังในประเทศออสเตรเลียให้แยกห้องซึ่งชายและหญิงออกจากกัน และจัดให้เจ้าหน้าที่หญิงดูแลความต้องการส่วนตัวของผู้ถูกคุมขังหญิง สำหรับกรณีที่ผู้ถูกคุมขังเป็นบุคคลข้ามเพศมีหลักว่า ผู้ต้องซึ่งข้ามเพศควรถูกขังไว้ในห้องซึ่งต่างหาก ในกรณีที่ไม่มีห้องซึ่งว่าง เว้นแต่จะไม่มีห้องซึ่งว่างในกรณีเช่นนี้บุคคลข้ามเพศจะต้องถูกคุมขังกับผู้ต้องซึ่งที่มีอวัยวะเพศประเภทเดียวกัน แต่หากผู้ต้องซึ่งข้ามเพศเป็นผู้ที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้ว อย่าจัดให้บุคคลแปลงเพศอยู่ในห้องซึ่งหรือพื้นที่ใดๆ อยู่ร่วมกับบุคคลที่ไม่มีลักษณะเดียวกัน หากไม่สามารถแยกห้องซึ่งได้ ให้เจ้าหน้าที่ดำเนินตามขั้นตอนที่จำเป็นทั้งหมด เพื่อให้บุคคลแปลงเพศอยู่ในห้องซึ่งที่เหมาะสม

การคุมขังบุคคลผู้ต้องสงสัยหรือผู้กระทำความผิดภายหลังการจับกุมของประเทศเยอรมนี ผู้ถูกคุมขังจะต้องถูกจัดให้แยกกันอยู่โดยเฉพาะ หากไม่ได้รับความยินยอมจะคุมขังผู้ต้องหาอยู่ในห้องเดียวกับนักโทษไม่ได้ ชายและหญิงควรอยู่แยกกัน การคุมขังบุคคลเป็นได้เท่าที่กำหนดในวัตถุประสงค์ในการควบคุมตัว หรือคำสั่งในการควบคุมตัว หลักการในการจัดสรรห้องคุมขังในสถานีตำรวจของประเทศเยอรมนีมีหลักการคล้ายกับประเทศไทยคือ ไม่มีกฎหมายหรือนโยบายของตำรวจที่กำหนดแนวทางการจัดสรรห้องซึ่งให้แก่บุคคลข้ามเพศต่างหาก อย่างไรก็ตาม ทางปฏิบัติหากมีห้องซึ่งว่างเหลืออยู่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบอาจใช้ดุลพินิจจัดให้บุคคลข้ามเพศอยู่ในห้องซึ่งแยกจากผู้ต้องซึ่งเพศตรงข้ามก็ได้ แต่แน่นอนว่าเมื่อเป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบมาตรฐานการจัดสรรห้องซึ่งแยกต่างหากให้แก่บุคคลข้ามเพศย่อมไม่เป็นไปในทางเดียวกัน

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบการจัดสรรห้องคุมขังที่สถานีตำรวจของแต่ละประเทศ จะเห็นได้ว่า การจัดสรรห้องคุมขังจะแยกห้องขังชาย ห้องขังหญิง และห้องขังเด็กออกจากกัน แต่กรณีห้องคุมขังบุคคลข้ามเพศนั้นแล้วแต่นโยบายของแต่ละประเทศที่จะให้ความสำคัญแก่กลุ่มบุคคลข้ามเพศ ซึ่งจากการศึกษาจะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย กำหนดหลักเกณฑ์ในการแยกห้องคุมขังให้แก่บุคคลข้ามเพศเพื่อความปลอดภัย ส่วนประเทศไทยและประเทศเยอรมนีไม่มีนโยบายที่พูดถึงการแยกห้องคุมขังให้แก่บุคคลข้ามเพศแต่อย่างใด การจัดแยกห้องคุมขังให้แก่บุคคลข้ามเพศจะเป็นเรื่องของดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบประกอบกับมีห้องขังว่างเพียงพอที่จะจัดสรรให้ผู้ถูกคุมขังข้ามเพศ หากไม่มีห้องขังว่างเหลือบุคคลข้ามเพศจะถูกจัดสรรให้เข้าห้องคุมขังตามเพศกำเนิดของตน โดยแนวทางที่อาจเป็นไปได้ในการจัดสรรห้องขังที่สถานีตำรวจให้แก่บุคคลข้ามเพศของประเทศไทย เมื่อได้วิเคราะห์สำนักงานตำรวจแห่งชาติควรกำหนดเงื่อนไขว่า เมื่อสถานีตำรวจมีห้องขังเพียงพอและบุคคลข้ามเพศกังวลเรื่องความปลอดภัยในระหว่างถูกคุมขังการจัดสรรห้องขังในสถานีตำรวจของแต่ละประเทศแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ดูแลห้องขังอาจปรึกษาหัวหน้าสถานีตำรวจและดำเนินการจัดสรรห้องขังแยกต่างหาก เพื่อวางหลักเกณฑ์เป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนให้บุคคลข้ามเพศผู้จะถูกคุมขังรู้ถึงสิทธิของตนว่ามีขอบเขตมากน้อยเพียงใด หัวข้อต่อไปผู้ศึกษาจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการรักษาความปลอดภัยในการคุมขังของประเทศไทยและต่างประเทศ

5.4.3 มาตรการรักษาความปลอดภัยในการคุมขัง

การรักษาความปลอดภัยในการคุมขังของประเทศไทยเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลคือ สิบเวร และมียามประจำสถานีตำรวจเป็นผู้ช่วยสิบเวรดูแลผู้ต้องหา ผู้ต้องกัก และผู้ต้องขัง เมื่อตำรวจจับกุมตัวผู้ต้องหามาส่งให้รายงานผู้บังคับบัญชาหรือนายร้อยเวรทราบ หลักการที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการดูแลรักษาความปลอดภัยและตรวจเยี่ยมหน้าห้องคุมขังที่สถานีตำรวจเป็นไปตามระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 25 ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2561 เรื่อง เวรยาม สายตรวจ กองรักษาการณ์ มีรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรการรักษาความปลอดภัยในการคุมขังดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหามาถึงสถานีตำรวจ ก่อนนำตัวเข้าห้องคุมขัง เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้รับผิดชอบดำเนินการตรวจค้นตัวว่ามีสิ่งของผิดกฎหมาย สิ่งของต้องห้าม เช่น วัสดุ

ที่อาจนำมาใช้ผูกคอตายได้ การค้นตัวถ้าผู้ถูกคุมขังเป็นหญิงต้องให้ผู้หญิงค้นแทน แล้วนำเข้าห้องคุมขังโดยแยกชาย

2. หากมีการนำตัวออกจากห้องคุมขังและการนำตัวเข้าห้องคุมขังต้องตรวจค้นตัวทุกครั้ง กรณีการนำตัวออกจากห้องคุมขังนั้นต้องได้รับอนุญาตจากนายร้อยตำรวจเวรหรือผู้บังคับบัญชาก่อน โดยใส่กุญแจมือและระมัดระวังโดยใกล้ชิดป้องกันมิให้หลบหนี

3. การเปิดปิดประตูห้องคุมขังในแต่ละครั้งต้องมีตำรวจร่วมดำเนินการอย่างน้อยสองคน ห้ามตำรวจที่เปิดปิดประตูห้องควบคุมนำอาวุธปืนติดตัว เพราะอาจจะถูกแย่งอาวุธปืนได้

4. เจ้าหน้าที่สับเวรผู้รับผิดชอบต้องดูแลมิให้ผู้ที่ถูกควบคุมตัวหลบหนีก่อเหตุวิวาทกัน หรือพยายามฆ่าตัวตาย

5. การจัดเวรปฏิบัติหน้าที่สับเวรให้เป็นไปตามที่ผู้บังคับบัญชากำหนด โดยหากจัดผลัดละ 24 ชั่วโมง ให้ผลัดเปลี่ยนกันเวลา 08.00 นาฬิกา ในระหว่างปฏิบัติหน้าที่เมื่อถึงเวลา 21.00 นาฬิกา ให้สับเวรพักผ่อนอยู่ในบริเวณสถานีตำรวจได้ หากจัดผลัดละ 8 ชั่วโมง ให้ผลัดเปลี่ยนเวรเวลา 08.00 นาฬิกา 16.00 นาฬิกา 24.00 นาฬิกา ตามลำดับ

6. การผลัดเปลี่ยนหน้าที่ของสับเวร ให้สับเวรเก่ามอบหมายหน้าที่ให้สับเวรใหม่ตามระเบียบ ถ้ามีทรัพย์สินของที่สับเวรเก่ารักษาอยู่ หรือมีคำสั่งของผู้บังคับบัญชาสั่งไว้ มีพฤติการณ์ผิดปกติหรือพฤติการณ์อันควรสืบสวนสังเกตการณ์ต่อไปประการใด ให้สับเวรเก่าชี้แจงมอบหมายแก่สับเวรใหม่ให้เข้าใจ เป็นหน้าที่ของสับเวรใหม่ที่จะต้องตรวจตราสิ่งของให้ครบถ้วนถูกต้องโดยทันที ถ้ามีสิ่งใดเสียหายก็ให้แจ้งแก่นายร้อยตำรวจเวรทราบ

สับเวรเก่า สับเวรใหม่ต้องร่วมกันตรวจจำนวนผู้ถูกควบคุมให้มีจำนวนครบถ้วน และต้องตรวจห้องควบคุมทุกห้องมิให้ซุกซ่อนอาวุธ สิ่งของผิดกฎหมาย สิ่งของต้องห้ามไว้ รวมทั้งสภาพห้องควบคุมมีความมั่นคงแข็งแรงหรือไม่ ประการใด และลงบันทึกไว้เป็นหลักฐาน

จะเห็นได้ว่ามาตรการรักษาความปลอดภัยในการคุมขังบุคคลที่สถานีตำรวจของประเทศไทยกำหนดหลักการเฝ้าเวรยามรักษาความปลอดภัยหน้าห้องขัง เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบดูแลผู้ถูกคุมขังต้องคอยตรวจสอบความผิดปกติของผู้ถูกคุมขัง อาศัยเพียงกล้องวงจรปิดไม่สามารถที่จะ

ป้องกันไม่ให้เกิดเหตุร้ายต่อผู้ถูกคุมขังได้ และกำหนดวิธีปฏิบัติเมื่อจะต้องนำตัวบุคคลผู้ถูกคุมขังออกจากห้องขังมาสอบสวนเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ถูกคุมขังหลบหนีจากการคุมขังไปได้ แต่ในความเป็นจริงยังคงพบเห็นข่าวที่ผู้ต้องขังฆ่าตัวตายในห้องขังที่สถานีตำรวจ และข่าวที่ผู้ต้องขังหญิงถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้รับผิดชอบเฝ้าหน้าห้องขังถูกพาตัวออกจากห้องขังไปข่มขืน จึงเป็นเรื่องที่จะต้องศึกษาหาแนวทางป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นกับผู้ถูกคุมขังที่สถานีตำรวจขึ้นอีกในอนาคต

ประเทศอังกฤษกำหนดมาตรการเพื่อความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลผู้ถูกคุมขังต้องคอยสังเกตการณ์และประเมินความเสี่ยงของผู้ถูกคุมขังในด้านต่างๆ เช่น ลดโอกาสที่ผู้ถูกคุมขังจะทำร้ายตัวเอง สังเกตความผิดปกติของผู้ถูกคุมขังและหากมีความผิดปกติให้ติดต่อแพทย์ในทันที ลดความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้นต่อผู้ถูกคุมขังกับบุคคลที่เข้าเยี่ยม การดูแลความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องประเมินความเสี่ยงที่ผู้ถูกคุมขังอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อตนเองหรือผู้ถูกคุมขังคนอื่นๆ อย่างต่อเนื่องและได้รับการทบทวนตลอดระยะเวลาที่ถูกคุมขัง เพราะความเสี่ยงนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้อยู่ตลอด ไม่ว่าจะเป็นเมื่อผู้ถูกคุมขังถูกตั้งข้อหา ถูกปฏิเสธการประกันตัว หรือได้รับการประกันตัว รวมทั้งก่อนที่จะปล่อยตัวหรือโอนย้ายตัวผู้ถูกคุมขังไปคุมขังในสถานที่อื่น โดยการสังเกตการณ์เกี่ยวกับผู้ถูกคุมขังจะแบ่งเป็น 4 ระดับ เริ่มตั้งแต่การสังเกตทั่วไป การสังเกตไม่ต่อเนื่องการสังเกตอย่างต่อเนื่อง และการสังเกตระดับใกล้ชิด เจ้าหน้าที่ผู้ดูแลผู้ถูกคุมขังต้องมีไหวพริบในการสังเกตสัญญาณหรือพฤติกรรมของผู้ถูกคุมขังที่อาจบ่งบอกถึงระดับความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นและต้องดำเนินการเฝ้าติดตามในระดับที่สูงขึ้น ไม่ว่าจะเป็นระดับความเสี่ยงความเจ็บป่วยทางร่างกายหรือทางจิตใจ²⁵ นอกจากนี้ ในระหว่างเจ้าหน้าที่ดูแลผู้ถูกคุมขังต้องแลกเปลี่ยนข้อมูลของผู้ถูกคุมขังเมื่อมีการส่งมอบความรับผิดชอบอีกคนหนึ่ง เพื่อให้แน่ใจว่าข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุมขังทั้งหมดจะถูกส่งต่อให้กับเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในการดูแลผู้ถูกคุมขัง โดยการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับผู้ถูกคุมขังในระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบด้วยกันนั้น เจ้าหน้าที่อาจจะสื่อสารข้อมูลด้วยวาจา ในกรณีที่มีกล้องวงจรปิดอยู่ในพื้นที่คุมขังการเปลี่ยนเวรดูแลและส่งมอบข้อมูลควรอยู่ในบริเวณที่กล้องและไมโครโฟนสามารถบันทึกได้ หากไม่มีกล้องวงจรปิดควรมีการรับทราบเป็นลายลักษณ์อักษรว่าให้ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ถูกคุมขังอย่างครบถ้วนในเรื่องความเสี่ยงและความต้องการในบันทึกการคุมขังของ

²⁵College of Policing Authorised Professional Practice, "Detainee Care," [Online] Accessed: 5 May 2021. Available from: <https://www.app.college.police.uk/app-content/detention-and-custody-2/detainee-care/#maintaining-custody-records>

ผู้ถูกคุมขังแต่ละคน จะเห็นได้ว่ามาตรการรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังในประเทศอังกฤษมีความรัดกุมอย่างมาก มีการกำหนดแบ่งระดับการเฝ้าสังเกตการณ์ผู้ถูกคุมขังที่ชัดเจน ระดับการเฝ้าสังเกตการณ์ที่ต่างกันก็จะมีมาตรการเคร่งครัดในการเฝ้าระวังความปลอดภัยที่แตกต่างกันตามความเสี่ยงที่ผู้ถูกคุมขังจะทำร้ายตนเองหรือทำร้ายผู้อื่น

การดูแลรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังในประเทศสหรัฐอเมริกาจะกำหนดอยู่ในคู่มือตำรวจแต่ละเมือง เจ้าหน้าที่ผู้ดูแลผู้ถูกคุมขังต้องดำเนินการตรวจสอบความปลอดภัยและความต้องการของผู้ถูกคุมขังทุกๆ 30 นาทีและบันทึกเวลาลงในบันทึกการคุมขัง การดูแลรักษาความปลอดภัยเจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องมีปฏิสัมพันธ์กับผู้ถูกคุมขัง แต่การตรวจสอบจะต้องดำเนินการด้วยตนเอง เพราะการดูผู้ถูกคุมขังผ่านกล้องวงจรปิดไม่เพียงพอ เมื่อผู้ถูกคุมขังต้องการเข้าห้องน้ำ เจ้าหน้าที่ที่เป็นเพศเดียวกันอย่างน้อยหนึ่งคนจะพาผู้ถูกคุมขังไปที่ห้องน้ำ หากผู้ถูกคุมขังเป็นคนข้ามเพศและร้องขอเจ้าหน้าที่ที่ต้องการเป็นผู้พาไปเจ้าหน้าที่อย่างน้อยหนึ่งคนที่มีเพศสภาพที่ร้องขอจะพาผู้ถูกคุมขังไปที่ห้องน้ำเมื่อเป็นไปได้ ในกรณีที่ผู้ถูกคุมขังข้ามเพศไม่ได้ร้องขอเพศของเจ้าหน้าที่ไว้เป็นพิเศษให้เจ้าหน้าที่อย่างน้อยหนึ่งคนที่มีเพศเดียวกันกับการแสดงออกทางเพศของบุคคลข้ามเพศเป็นผู้พาไป และเมื่อผู้ถูกคุมขังมีอาการบาดเจ็บหรือเจ็บป่วยอย่างเห็นได้ชัด หรือเมื่อผู้ถูกคุมขังแจ้งว่าได้รับบาดเจ็บหรือเจ็บป่วย เจ้าหน้าที่ต้องบันทึกความช่วยเหลือที่ให้ไว้ในรายงาน²⁶ จะเห็นได้ว่ามาตรฐานการดูแลรักษาความปลอดภัยผู้ถูกคุมขังของเจ้าหน้าที่ตำรวจสหรัฐอเมริกาจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่หมั่นตรวจสอบผู้ถูกคุมขังทุกๆ 30 นาที และกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้รับผิดชอบบันทึกรายละเอียดทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุมขังไว้ให้ชัดเจน เมื่อมีกรณีจำเป็นจะสามารถตรวจสอบบันทึกการคุมขังได้ นอกจากนี้ หากสถานีตำรวจใดที่มีห้องน้ำแยกออกจากห้องคุมขังเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องเป็นผู้พาผู้ถูกคุมขังไป และกฎหมายยังกำหนดรายละเอียดไว้อย่างชัดเจนในกรณีที่ผู้ถูกคุมขังข้ามเพศประสงค์จะเข้าห้องน้ำ นับว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอีกประเทศหนึ่งที่คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังและรวมไปถึงผู้ถูกคุมขังข้ามเพศด้วย

การดูแลรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังในประเทศออสเตรเลียมีเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบดูแลผู้ถูกคุมขังที่สถานีตำรวจคือ เจ้าหน้าที่ผู้ช่วยดูแลห้องคุมขัง (custody assistant) หรือ เจ้าหน้าที่ผู้จัดการห้องคุมขัง (custody manager) ขึ้นอยู่กับการจัดการในแต่ละพื้นที่ เจ้าหน้าที่

²⁶Adrian Diaz, "Seattle Police Department Manual."

ดังกล่าวต้องตรวจสอบ ใฝ่ระวัง และประเมินสุขภาพร่างกายหรือจิตใจของผู้ถูกคุมขังเพื่อให้ได้รับการรักษาอย่างทันท่วงที หรือเมื่อมีความเสี่ยงของผู้ถูกคุมขังจะฆ่าตัวตายก็ต้องหาทางป้องกันไม่ให้เกิดขึ้น โดยอาจขอความร่วมมือจากจิตแพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ กลุ่มผู้คุมขังที่เจ้าหน้าที่ต้องใฝ่ระวังเป็นพิเศษ ได้แก่ มีพฤติกรรมก้าวร้าวอย่างรุนแรง อยู่ภายใต้ฤทธิ์ของยาเสพติดหรือแอลกอฮอล์ มีแผลเป็นที่คอหรือข้อมือบ่งบอกถึงการบาดเจ็บจากการทำร้ายตัวเองมาก่อน ชูว่าจะทำร้ายตัวเอง มีประวัติหรือพฤติกรรมที่พยายามฆ่าตัวตาย ถูกจับและขังในห้องขังเป็นครั้งแรก เป็นต้น²⁷ จะเห็นได้ว่ามาตรการดูแลรักษาของผู้ต้องขังในประเทศออสเตรเลียจะกำหนดหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่ใฝ่ระวังและตรวจสอบผู้ถูกคุมขังทั้งด้านร่างกายและจิตใจ เพื่อจะได้ป้องกันไม่ให้ผู้ถูกคุมขังทำร้ายตนเองเองหรือผู้อื่น หรือได้รับการรักษาอาการเจ็บป่วย ซึ่งมีหลักการพื้นฐานคล้ายกับประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา แต่จะมีความแตกต่างกันในรายละเอียด

มาตรการรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังในสถานี่ตำรวจเยอรมันมีการดำเนินการแยกห้องขังชาย หญิง และเด็กออกจากกันตามที่ได้กล่าวมาแล้วเรื่องการจัดสรรห้องคุมขังของสถานี่ตำรวจเยอรมัน เพื่อป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นระหว่างผู้ถูกคุมขังด้วยกันเอง และนโยบายของการรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังมีการติดตั้งกล้องวงจรปิดบริเวณหน้าห้องขังเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบดูแลผู้ถูกคุมขังเฝ้าสังเกตพฤติกรรมของผู้ถูกคุมขังได้ นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้ดูแลห้องขังหมั่นเดินตรวจตราบริเวณหน้าห้องขังเป็นระยะ แต่ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์การแบ่งระดับเฝ้าสังเกตการณ์ผู้ที่ถูกคุมขังที่สถานี่ตำรวจ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจถึงความเสี่ยงของผู้ถูกคุมขังจะทำร้ายตัวเองหรือทำร้ายผู้ถูกคุมขังคนอื่น จะเห็นได้ว่านโยบายมาตรการรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังในสถานี่ตำรวจของประเทศเยอรมันมีหลักการพื้นฐานเหมือนกับประเทศอื่นๆ แต่ไม่ปรากฏหลักการรักษาความปลอดภัยสำหรับผู้ถูกคุมขังข้ามเพศโดยเฉพาะ ดังนั้น การรักษาความปลอดภัยของผู้ต้องขังข้ามเพศจึงใช้มาตรฐานเดียวกับผู้ถูกคุมขังคนอื่น โดยหากมีเหตุผลความจำเป็นเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะใช้ดุลพินิจในการใฝ่ระวัง ความเสี่ยงที่จะเกิดกับผู้ถูกคุมขังข้ามเพศเฉพาะกรณีก็สามารถดำเนินการได้

²⁷NSW Police Force, *Code of Practice for Crime (Custody, Rights, Investigation, Management and Evidence)* (2007), pp. 11-46.

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังข้างต้น จะเห็นได้ว่า ต่างประเทศและประเทศไทยไม่ได้กำหนดชัดเจนในเรื่องห้องคุมขังหรือเรือนจำหญิง จะต้องอยู่ภายใต้อำนาจการดูแลของเจ้าหน้าที่หญิง และห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ชายเข้าไปในห้องคุมขังหรือเรือนจำหญิง เว้นแต่จะเข้าไปพร้อมกับเจ้าหน้าที่หญิง²⁸ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นเรื่องความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังหญิงและหญิงข้ามเพศ จึงควรมีการเพิ่มเติมในประเด็นนี้ให้ชัดเจน

ต่อมาเมื่อพิจารณาหลักการรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังจะพบว่า ทุกประเทศมีแนวคิดในเรื่องมาตรฐานความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังอยู่บนพื้นฐานป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายแก่ผู้ถูกคุมขังไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม มีหลักเกณฑ์กำหนดให้เจ้าหน้าที่เข้าเวรเฝ้าดูและความปลอดภัยโดยระยะเวลาการเปลี่ยนเวรยามจะแตกต่างกันไปตามนโยบายของแต่ละประเทศ แม้จะติดตั้งกล้องวงจรปิดบริเวณห้องขังก็ยังไม่เพียงพอที่จะป้องกันเหตุร้ายที่จะเกิดแก่ผู้ถูกคุมขังได้จะเห็นว่า ประเทศไทยได้กำหนดหน้าที่ของสภเวรผู้รับผิดชอบดูแลไว้โดยละเอียดเพื่อรักษาความปลอดภัยแก่ผู้ถูกคุมขังไว้ในระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 25 ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2561 เรื่อง เวรยาม สายตรวจ กองรักษาการณ์ ซึ่งถือว่าได้กำหนดไว้ชัดเจนในระดับหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏระดับการเฝ้าดูแลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติจึงเป็นเรื่องตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่จะเพิ่มความถี่ในการเข้าไปตรวจดูผู้ถูกคุมขัง ส่วนประเทศอังกฤษให้ความสำคัญกับมาตรฐานความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังอย่างมาก เพราะการถูกคุมขังอาจทำให้ผู้ถูกคุมขังส่วนใหญ่เกิดความเครียด และอาจกระทบกระเทือนจิตใจผู้ถูกคุมขังบางคน ดังนั้น เมื่อการถูกขังไว้ในห้องขังที่สถานีตำรวจอาจเพิ่มความเสี่ยงต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้ถูกคุมขังในทันที จึงต้องมีมาตรการที่เหมาะสมและรัดกุมในการดูแลผู้ถูกคุมขัง ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียมีแนวทางคล้ายกับประเทศอังกฤษ แต่ไม่มีรายละเอียดปรากฏชัดเจนเท่า ส่วนมาตรการประเทศเยอรมนี ไม่พบกฎหมายที่บัญญัติหลักเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ผู้ดูแลห้องขังปฏิบัติอย่างชัดเจน มาตรฐานการรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังจึงเป็นเรื่องดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่จะประเมินและดำเนินการแต่ละกรณี จะเห็นได้ว่าในเรื่องการรักษาความปลอดภัยของผู้ต้องขังก็มีความเชื่อมโยงกับการจัดสรรห้องขังที่ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์แล้วในหัวข้อก่อน เพราะการจัดสรรห้องขังให้เหมาะสมกับประเภทของ

²⁸ United Nations, "United Nations Criminal Justice Standards for United Nations Police," (2009): pp.37-49.

ผู้ต้องขังเป็นการคำนึงถึงความปลอดภัยระหว่างผู้ถูกคุมขังด้วยกันเอง ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลียกำหนดให้จัดสรรห้องขังแยกบุคคลข้ามเพศ แต่ประเทศไทยกับประเทศเยอรมนีไม่ปรากฏหลักการเช่นนี้ ทำให้ไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจนที่กล่าวถึงผู้ถูกคุมขังข้ามเพศ ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้ความสำคัญต่อความปลอดภัยของผู้ต้องขังข้ามเพศ ดังนั้น ประเทศไทยอาจกำหนดกรอบกว้างๆ ให้เจ้าหน้าที่ผู้ดูแลห้องขังเฝ้าระวังความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นต่อผู้ถูกคุมขังข้ามเพศ โดยในเริ่มแรกอาจให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติกำหนดหลักเกณฑ์ระดับนโยบายภายในของตำรวจเองทำความเข้าใจและวางหลักการให้เจ้าหน้าที่จัดแยกห้องขังให้แก่บุคคลข้ามเพศหากมีห้องขังว่างเพียงพอ และกำหนดให้เจ้าหน้าที่ถามความประสงค์ของบุคคลข้ามเพศว่าต้องการให้จัดห้องขังแยกหรือจะอยู่กับผู้ถูกคุมขังที่มีอวัยวะเพศเหมือนกับตน เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการดูแลรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังในแต่ละประเทศมาแล้ว ในหัวข้อต่อไปผู้ศึกษาจะวิเคราะห์เปรียบเทียบการจัดทำบันทึกการคุมขังซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับมาตรการดูแลความปลอดภัย เพราะเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบดูแลผู้ถูกคุมขังจะต้องบันทึกรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุมขังทั้งหมด รวมถึงบันทึกพฤติกรรมและความเสี่ยงที่ผู้ถูกคุมขังจะได้รับอันตรายแก่ร่างกายและจิตใจในระหว่างที่ถูกคุมขังที่สถานีดำรวจ โดยรายละเอียดที่จะต้องบันทึกลงในบันทึกการคุมขังของแต่ละประเทศจะได้พิจารณาในหัวข้อต่อไป

5.4.4 การจัดทำบันทึกการคุมขัง

การจัดทำบันทึกการคุมขังของเจ้าหน้าที่ตำรวจไทย เป็นเอกสารจัดทำที่สรุปข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการคุมขัง โดยจะบันทึกเหตุผลและความจำเป็นในการคุมขังตัวผู้ต้องหาไว้ที่สถานีดำรวจ ในกรณีที่มีการคุมขังผู้ต้องหาหลายคนและถูกคุมขังพร้อมกันในคดีเดียวกัน หากแยกบันทึกการคุมขังคนละฉบับจะไม่สะดวก อาจบันทึกรวมไว้ในฉบับเดียวกันก็ได้ เช่น การคุมขังผู้ต้องหาคดีการพนันพร้อมกัน 15 คน เป็นต้น โดยบันทึกการคุมขังตัวจะต้องบันทึกข้อหา วันและเวลาที่เริ่มการคุมขัง รายการกระทำเฉพาะวัน ลงลายมือชื่อพนักงานสอบสวนผู้สอบสวน ลงลายมือชื่อหัวหน้าพนักงานสอบสวน ซึ่งการลงชื่อของพนักงานสอบสวนและหัวหน้าพนักงานสอบสวน ต้องลงทุกวันที่มีการแสดงรายการ อย่างไรก็ตาม ไม่มีกฎหมายกำหนดให้เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจปล่อยตัวหรือเคลื่อนย้ายผู้ถูกคุมขังไปสถานที่อื่น และจัดทำบันทึกการคุมขังเสร็จแล้วต้องส่งมอบสำเนาบันทึกดังกล่าวให้แก่ผู้ที่เคยถูกคุมขังที่สถานีดำรวจ

การดำเนินการคุมขังเจ้าหน้าที่ตำรวจของประเทศอังกฤษนั้น กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องจัดทำบันทึกการคุมขัง โดยบันทึกรายละเอียดดังต่อไปนี้ลงในบันทึก ได้แก่ ชื่อของผู้ถูกคุมขัง ข้อหา กำหนดเวลาและวันที่ สภาพของผู้ถูกคุมขังเมื่อเดินทางมาถึงสถานีตำรวจ และการปล่อยตัวหรือการโอนแต่ละครั้งจะได้รับการบันทึกไว้อย่างถูกต้อง (รวมถึงรายละเอียดของการกระทำและสภาวะทางอารมณ์ของผู้ถูกคุมขัง) รวมทั้งเจ้าหน้าที่ต้องจดบันทึกการตัดสินใจกรณีที่มีการกำหนดเพศของผู้ถูกคุมขัง หรือกรณีที่คุณคนนั้นเลือกเพศของตนและประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติต่อตนในเพศสถานะนั้น แต่เจ้าหน้าที่พิจารณาแล้วเห็นควรปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขังในอีกเพศสถานะหนึ่งจะต้องบันทึกเหตุผลไว้ด้วย นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับความเสี่ยงทั้งหมดที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ถูกคุมขังคนนั้นๆ ระดับการสังเกตที่จำเป็นสำหรับผู้ถูกคุมขังคนนั้น (โดยใช้คำศัพท์ที่สอดคล้องกันในบันทึก เช่น การสังเกตระดับ 1 หรือระดับ 2) เพื่อดำเนินการดูแลและสังเกตการณ์อย่างเหมาะสม พร้อมทั้งระบุสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงที่นำไปสู่ความเสี่ยงเพิ่มเติมที่อาจเกิดขึ้น และเมื่อผู้คุมขังได้รับการปล่อยตัวหรือถูกนำตัวไปศาลตามกฎหมาย ผู้ถูกคุมขังหรือทนายความสามารถขอรับสำเนาบันทึกการคุมขังตัวได้ โดยสิทธิดังกล่าวมีระยะเวลา 12 เดือนหลังจากผู้ถูกคุมขังพ้นไปจากการคุมขังของเจ้าหน้าที่ตำรวจ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอังกฤษกำหนดรายละเอียดที่จะต้องบันทึกลงในบันทึกการคุมขังไว้อย่างชัดเจน รวมไปถึงกำหนดให้บันทึกการเฝ้าสังเกตการณ์ความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ถูกคุมขัง นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าผู้ถูกคุมขังสามารถขอสำเนาบันทึกการคุมขังได้อีกด้วย

ประเทศสหรัฐอเมริกา เจ้าหน้าที่ผู้ดูแลผู้ถูกคุมขัง (Sergeant) จะเป็นผู้บันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับผู้ถูกคุมขังตั้งแต่นำตัวเข้าห้องขังลงในบันทึกการคุมขัง (Detainee Log Sheets) จากนั้นตรวจสอบความถูกต้องของบันทึกดังกล่าวแล้วนำส่งให้ผู้บังคับบัญชาตรวจสอบความถูกต้องต่อไป หากบันทึกไม่ถูกต้องก็จะส่งกลับมาให้เจ้าหน้าที่ผู้ดูแลผู้ถูกคุมขังแก้ไข แต่ในกรณีที่บันทึกถูกต้องผู้บังคับบัญชาจะอนุมัติและส่งบันทึกให้กับผู้เชี่ยวชาญด้านการดูแลระบบเพื่อเก็บรักษาไว้เป็นเวลา 2 ปีนับแต่การคุมขังเสร็จสิ้น²⁹ หลักเกณฑ์การจัดทำบันทึกการคุมขังของเจ้าหน้าที่ตำรวจสหรัฐอเมริกาในแต่ละรัฐมีรายละเอียดเบื้องต้นคล้ายคลึงกัน แม้ตำรวจแต่ละเมืองจะมีอำนาจในการ

²⁹11.010-PRO-1 Reviewing Detainee Log Sheets, Title 11 Detainee Management of Seattle Police Department Manual.

กำหนดนโยบายของหน่วยตนก็ตาม แต่การจัดทำบันทึกการคุมขังจะถูกกำหนดโดยนโยบายของ ตำรวจแต่ละเมือง ดังนั้น จึงบันทึกการคุมขังบุคคลอาจมีความแตกต่างกันบ้างในรายละเอียดของ ตำรวจแต่ละหน่วย นอกจากนี้ หากผู้ถูกคุมขังเป็นบุคคลข้ามเพศเจ้าหน้าที่ตำรวจก็มีหน้าที่ต้อง บันทึกรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับบุคคลข้ามเพศไว้ด้วย

การคุมขังบุคคลของประเทศออสเตรเลีย มีเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบเรียกว่า เจ้าหน้าที่ ผู้ดูแลห้องขัง (custody manager) มีหน้าที่รับผิดชอบในการดูแลควบคุมและความปลอดภัยของ บุคคลที่ถูกควบคุมตัวในสถานีดำรวจหรือสถานที่กักขังอื่น และกฎหมายกำหนดหน้าที่อีกประการหนึ่ง ให้เจ้าหน้าที่ดูแลห้องขังดำเนินการคือ เจ้าหน้าที่นั้นต้องจัดทำบันทึกการคุมขัง (custody record) โดยเร็วที่สุดเมื่อบุคคลถูกจับกุมและถูกพาตัวมายังสถานีดำรวจ เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบต้องตรวจสอบ ความถูกต้องและความสมบูรณ์ของบันทึกการคุมขัง และบันทึกข้อมูลทั้งหมดภายใต้หลักจรรยาบรรณ ซึ่งรายละเอียดที่ต้องบันทึกลงในบันทึกการคุมขัง มีดังต่อไปนี้³⁰ วัน เวลาและสถานที่ถูกจับกุม วัน เวลาที่บุคคลมาปรากฏต่อหน้าเจ้าหน้าที่ดูแลห้องขัง ชื่อหาว่าบุคคลผู้ถูกคุมขังกระทำความผิด ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้จับกุม รายการทรัพย์สินที่เจ้าหน้าที่นำมาจากตัวผู้ถูกคุมขัง วัน เวลา และเหตุผลในการโอนบุคคลไปควบคุมตัวของเจ้าหน้าที่อื่น วันที่และเวลาที่ได้รับการปล่อยตัวจาก การคุมขัง เวลาที่มีการร้องขอเพื่อติดต่อกับเพื่อน ญาติ หรือทนายความ คำร้องขอล่าม คำร้องขอ การรักษาพยาบาล และคำขอใช้ห้องน้ำ ห้องอาบน้ำ

จะเห็นได้ว่ากฎหมายออสเตรเลียกำหนดรายละเอียดที่เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้รับผิดชอบ ดูแลห้องขัง นอกจากนี้ หากผู้ถูกคุมขังเป็นบุคคลข้ามเพศรายละเอียดต่างที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องหา กลุ่มนี้ก็จะต้องบันทึกในบันทึกการคุมขัง เช่น ความประสงค์เกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นตัว บุคคลข้ามเพศก่อนจะถูกนำตัวเข้าห้องขัง สิ่งเกี่ยวข้องกับรูปลักษณะของที่เจ้าหน้าที่ต้องยึดเก็บรักษา ไว้ให้ ตัวอย่างเช่น วิกผม เพราะหากอนุญาตให้นำเข้าไปในห้องขังอาจจะใช้ในการฆ่าตัวตาย หรือ ทำร้ายผู้อื่นได้ ซึ่งรายละเอียดในบันทึกการคุมขังของประเทศออสเตรเลียมีความคล้ายคลึงกับ ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อสามารถตรวจสอบย้อนหลังเกี่ยวกับกระบวนการทุก

³⁰ Annexure H of Code of Practice for Custody, Rights, Investigation, Management and Evidence (CRIME).

อย่างที่เกิดขึ้นในระหว่างที่บุคคลถูกคุมขังที่สถานีตำรวจ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ดูแลผู้ถูกคุมขังต้องบันทึก รายละเอียดที่กฎหมายโดยเคร่งครัด และเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลห้องขังต้องบันทึกตามความเป็นจริง เมื่อจัดทำบันทึกการคุมขังเสร็จสิ้นและปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังไปจะต้องส่งมอบบันทึกการคุมขังดังกล่าว ให้แก่ผู้บังคับบัญชาเพื่อตรวจสอบและรับรองความถูกต้องอีกครั้งหนึ่ง

การจัดทำบันทึกการคุมขังของเจ้าหน้าที่ตำรวจในประเทศเยอรมนีเป็นไปตามนโยบาย ของตำรวจแต่ละรัฐ เช่น รัฐไรน์แลนด์-พาลาติเนต กำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดทำบันทึกการคุมขัง บุคคลที่สถานีตำรวจ โดยปรากฏในระเบียบข้อ 2.5.1 แห่งข้อบังคับการคุมขังของตำรวจ (The Rhineland-Palatinate Police Custody Regulations) ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2013 (20 009-2/344) เมื่อบุคคลถูกจับและถูกพาตัวมายังสถานีตำรวจ บุคคลผู้ถูกจับจะต้องได้รับแจ้งเหตุผลของถูก คุมขังเป็นภาษาที่บุคคลนั้นเข้าใจและได้รับเอกสารข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่ต้องถูก คุมขังในความดูแลของตำรวจ (The Information Sheet on the Rights and Duties of Persons in Police Custody) และเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องจัดทำบันทึกการดูแลผู้ถูกคุมขัง (Einlieferungsanzeige) จะต้องบันทึกข้อมูลรายละเอียดทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุมขังคนนั้นๆ ตั้งแต่เข้าห้องขังจนถึงได้รับการปล่อยตัว รวมถึงบันทึกการติดต่อหรือเยี่ยมญาติ ทุนความ และ แพทย์ในแต่ละครั้ง (ระเบียบการดูแลผู้ถูกคุมขัง ข้อ 2.4.1) โดยบันทึกการดูแลผู้ถูกคุมขังของ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะเก็บรักษาไว้ในระบบเป็นเวลา 5 ปี เมื่อครบกำหนดจะถูกทำลาย เว้นแต่จะมีความจำเป็นอย่างอื่น (ระเบียบการดูแลผู้ถูกคุมขัง ข้อ 2.4.3)³¹ จะเห็นได้ว่ารายละเอียดที่ต้องบันทึก ลงในบันทึกการคุมขังของเจ้าหน้าที่ตำรวจเยอรมนีมีความคล้ายคลึงกับประเทศไทยมากที่สุด กล่าวคือ กฎหมายไม่ได้กำหนดรายละเอียดที่เจ้าหน้าที่ต้องจดลงในบันทึกการค้นตัวอย่างชัดเจน กฎหมาย เพียงแต่กำหนดไว้ว่าให้จดรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุมขังคนนั้นๆ แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดของ การจัดทำบันทึกการคุมขังของประเทศเยอรมนีก็เพื่อตรวจสอบกระบวนการที่เกิดขึ้นต่อผู้ถูกคุมขังใน ระหว่างถูกคุมขังเหมือนกับต่างประเทศ

³¹The German Government, *Response of the German Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Cpt) on Its Visit to Germany from 25 November 2015 to 7 December 2015* (2017), p. 18.

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบจะเห็นได้ว่า เมื่อมีการคุมขังบุคคลที่สถานีตำรวจต้องจัดทำบันทึกการคุมขังพบว่า ทุกประเทศมีกฎหมายหรือนโยบายที่กำหนดให้จัดทำบันทึกการคุมขังผู้ต้องหาที่สถานีตำรวจ เพราะเห็นถึงความสำคัญเกี่ยวกับการสิทธิรอนเสรีภาพของบุคคล แม้กฎหมายจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการคุมขังบุคคลไว้ที่สถานีตำรวจก็ตาม แต่กฎหมายก็ยังประสงค์จะให้มีการตรวจสอบการคุมขังผู้ต้องหาของเจ้าหน้าที่ตำรวจไปด้วยในตัว และเมื่อเปรียบเทียบต่างประเทศกับประเทศไทยพบว่าต่างประเทศจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจส่งมอบสำเนาบันทึกการคุมขังเมื่อการคุมขังเสร็จสิ้น แต่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องส่งมอบ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นควรกำหนดให้ผู้ที่เคยถูกคุมขังได้รับสำเนาทันทีดังกล่าวเพื่อเก็บไว้เป็นฐาน นอกจากนั้นแล้ว ความแตกต่างของการจัดทำบันทึกการคุมขังของเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่ละประเทศก็เป็นเพียงเรื่องรายละเอียดที่กฎหมายกำหนดให้บันทึกเท่านั้น แต่เหตุผลเบื้องหลังในการจัดทำบันทึกการคุมขังของทุกประเทศก็เป็นไปเพื่อประโยชน์และเป็นไปตามมาตรการรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ

เมื่อวิเคราะห์การคุมขังบุคคลข้ามเพศของประเทศไทย จะเห็นได้ว่าไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การคุมขังบุคคลข้ามเพศเหมือนกับประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย ผู้ศึกษาจึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 โดยเบื้องต้นควรกำหนดให้การจัดห้องคุมขังต้องคำนึงถึงอัตลักษณ์ของผู้ถูกคุมขัง และหากเป็นไปได้ให้มีการสอบถามความเห็นของผู้ถูกคุมขังข้ามเพศเสียก่อน เพื่อให้การดำเนินการคุมขังบุคคลข้ามเพศของไทยเป็นไปอย่างสอดคล้องกับหลักยกย่องการตาซึ่งเป็นหลักสากล ส่วนเรื่องรายละเอียดการปฏิบัติต่อคุมขังข้ามเพศซึ่งเป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงนั้นให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติออกคำสั่งแก่เจ้าหน้าที่ในสังกัด เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่สามารถบัญญัติไว้ได้หมด

หลังจากที่ได้วิเคราะห์การค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศของไทยกับต่างประเทศแล้ว ในหัวข้อต่อไปผู้ศึกษาจะทำการวิเคราะห์ด้านเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้มีหน้าที่ค้นตัวและคุมขัง เจ้าหน้าที่ตำรวจมีแนวทางการค้นตัวและการคุมขังตามกฎหมายใดบ้างและกฎหมายนั้นเพียงพอต่อการปฏิบัติงานต่อบุคคลข้ามเพศหรือไม่ วิเคราะห์ทรัพยากรเจ้าหน้าที่เพียงพอต่อการปฏิบัติหรือไม่ อย่างไร และวิเคราะห์ทัศนคติของเจ้าหน้าที่ที่มีต่อผู้ต้องหาข้ามเพศ

5.5 วิเคราะห์เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้มีหน้าที่ค้นตัวและคุมขังของไทย

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์ในด้านเจ้าหน้าที่ตำรวจไทยผู้ปฏิบัติงานค้นตัวและคุมขัง โดยจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์การปฏิบัติงานที่เจ้าหน้าที่ยึดที่เป็นแนวทางการทำงาน วิเคราะห์ทรัพยากร เจ้าหน้าที่ตำรวจว่ามีเพียงพอต่อการปฏิบัติงานหรือไม่ อย่างไร และในส่วนสุดท้ายจะวิเคราะห์ถึงทัศนคติของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการปฏิบัติงานต่อบุคคลข้ามเพศ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

5.5.1 หลักเกณฑ์การปฏิบัติงาน

จากการศึกษามาแล้วในบทก่อนๆ จะพบว่า หลักเกณฑ์ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจยึดเป็นหลัก ในการปฏิบัติงานยุติธรรมทางอาญาคือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้วางหลักการเบื้องต้นไว้อย่างครอบคลุม แต่เรื่องวิธีการที่เป็นรายละเอียดจะถูกกำหนดอยู่ในระเบียบหรือคำสั่งภายในของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ

หลักเกณฑ์การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่อยู่นอกประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและการคุมขัง ได้แก่ ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี โดยจากการศึกษาพบว่าประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีจะวางหลักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งปัจจุบันในการปฏิบัติงานเจ้าหน้าที่ตำรวจจะไม่หยิบยกประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีมาใช้แล้ว และไม่มีการแก้ไขปรับปรุงให้ทันต่อยุคสมัยหรือยกเลิกไปแต่อย่างใด เพียงแต่ถูกปล่อยทิ้งไว้เฉยๆ นอกจากนั้น หลักเกณฑ์ภายในเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่จะนำมาใช้เป็นแนวทางการปฏิบัติงานนั้นทางสำนักงานตำรวจแห่งชาติจะออกระเบียบหรือคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ และบันทึกข้อความมาเป็นเรื่องๆตามเหตุผลและความจำเป็น ซึ่งผู้ศึกษามีความเห็นว่ามีความกระจัดกระจายและยากต่อการนำมาปรับใช้ ส่งผลให้เมื่อเกิดปัญหาในทางปฏิบัติก็จะต้องนำปัญหามาสู่ผู้บังคับบัญชาเพื่อค้นหาระเบียบหรือคำสั่งที่เกี่ยวข้องซึ่งเสียเวลาเป็นอย่างมาก

ระเบียบหรือคำสั่งภายในของสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและการคุมขัง มีดังต่อไปนี้

1) ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 25 เวรยาม สายตรวจ กองรักษาการณ์ ฉบับที่ 5 พ.ศ.2561

2) บันทึกข้อความ ตร. ที่ 0625.23/15679 ลงวันที่ 10 พฤศจิกายน 2540
เรื่อง กำชับการปฏิบัติเกี่ยวกับสถานที่กักขัง

3) คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 178/2564 ลงวันที่ 9 เมษายน 2564
เรื่องการบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่อยู่นอกประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาพบว่า ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศ ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาความกระจัดกระจายของระเบียบ คำสั่ง บันทึกข้อความของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ และกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติที่เหมาะสมต่อบุคคลข้ามเพศที่ต้องเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ และเพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศและวางกรอบการทำงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศที่ชัดเจน ประเทศไทยควรนำแบบอย่างพระราชบัญญัติตำรวจและพยานหลักฐานทางอาญา ค.ศ. 1984 ของประเทศอังกฤษมาศึกษา และปรับใช้ในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย พ.ศ. ... ซึ่งหากร่างกฎหมายฉบับนี้สำเร็จจะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ต้องเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรม ส่งผลให้ผู้ต้องสงสัย ผู้ต้องหา และผู้เสียหายทราบลำดับขั้นตอนและขั้นตอนที่ถูกต้องที่จะได้รับการปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งได้รวบรวมไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้จะเป็นแหล่งรวบรวมหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นรายละเอียดการปฏิบัติงานที่นอกเหนือจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เมื่อเกิดปัญหาในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถค้นได้จากพระราชบัญญัติได้ทันที ไม่ต้องเสียเวลาไปค้นหาระเบียบหรือคำสั่งที่มีอยู่อย่างกระจัดกระจาย เมื่อทราบหลักเกณฑ์ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจนำมาใช้ในการทำงานและข้อเสนอแนะที่ผู้ศึกษาได้เสนอในเบื้องต้นแล้ว ในหัวข้อต่อไปผู้ศึกษาจะวิเคราะห์ด้านทรัพยากรเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงว่ามีเพียงพอต่อการดำเนินการค้นตัวและการคุมขังหรือไม่ อย่างไร

5.5.2 ทรัพยากรเจ้าหน้าที่ตำรวจ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์ปัญหาเรื่องจำนวนเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงผู้มีหน้าที่ในการค้นตัวหญิงและดูแลหญิงที่ถูกคุมขังที่สถานีตำรวจซึ่งพบว่า จำนวนเจ้าหน้าที่ตำรวจในแต่ละ

สถานีตำรวจมีจำนวนน้อยไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติงาน และเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงที่มีอยู่จะปฏิบัติหน้าที่ในส่วนงานธุรการเสียส่วนใหญ่ ทำให้เมื่อมีการดำเนินการค้นตัวหญิง หญิงข้ามเพศ หรือชายข้ามเพศ (ทอม) จะต้องขอความช่วยเหลือจากประชาชนที่เป็นเพศหญิงหรือให้บุคคลนั้นทำการค้นตัวเองต่อหน้าเจ้าหน้าที่ตำรวจชาย และไม่มีตำรวจหญิงดูแลห้องคุมขังหญิง

การค้นตัวหญิงของไทยตามมาตรา 85 วรรคสอง บัญญัติให้การค้นหญิงต้องทำโดยหญิง ซึ่งสามารถตีความได้ว่าหญิงนั้นอาจเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือไม่ก็ได้ การค้นตัวหญิงหรือชายข้ามเพศ (ทอม) หากไม่มีเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงในขณะนั้นอาจให้เจ้าหน้าที่อื่นหรือประชาชนที่เป็นหญิงเป็นผู้ดำเนินการค้นตัว หรือหากมีกรณีจำเป็นและไม่มีหญิงอื่นอยู่เลยเจ้าหน้าที่ตำรวจก็จะให้บุคคลที่จะถูกค้นตัวแสดงความบริสุทธิ์ด้วยการค้นตัวเอง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าการให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่มาค้นตัวผู้ต้องหาหรือผู้ต้องสงสัยอาจจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการค้นตัวนั้นไม่เหมาะสมหรือละเมิดต่อหญิงผู้ถูกค้นได้ เนื่องจากหญิงอื่นผู้ค้นไม่ทราบถึงวิธีการที่ถูกต้องของขั้นตอนการค้นตัวอย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาก็เข้าใจเหตุผลและความจำเป็นของบทบัญญัติมาตรานี้ เนื่องจากจำนวนเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงที่มีอยู่นั้นไม่เพียงพอ และกรณีการคุมขังผู้ต้องหาหญิงที่สถานีตำรวจจะถูกจัดให้อยู่ในห้องขังหญิงแยกจากชาย แต่เมื่อพิจารณาเรื่องเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลผู้ต้องหาหญิงในห้องขังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในกฎหมาย ระเบียบหรือคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติในเรื่องดังกล่าว ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้เข้าเวรดูแลห้องขังจะเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจชาย ซึ่งอาจมีเหตุสืบเนื่องมาจากการขาดแคลนเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงของแต่ละสถานีตำรวจ ส่งผลให้ผู้ถูกคุมขังหญิงหรือชายข้ามเพศ (ทอม) ได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมในระหว่างถูกคุมขัง

เมื่อพิจารณาถึงสาเหตุเรื่องความขาดแคลนด้านทรัพยากรเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงพบว่า มีสาเหตุมาจากการรับสมัครบุคคลเข้าเป็นข้าราชการตำรวจหญิงในอัตราที่น้อยเมื่อเทียบกับสัดส่วนการรับสมัครบุคคลชายเข้าเป็นข้าราชการตำรวจ และประกอบกับปรากฏบันทึกข้อความที่ 0009.161/13481 ลงวันที่ 28 สิงหาคม 2561 เรื่อง ตร. อนุมัติแนวทางการสรรหาและผลิตกำลังพลในส่วนของ นรต. และ นตท. ในส่วนของ ตร. ประจำปีการศึกษา 2562 มีข้อความตอนหนึ่งระบุว่า “... ขอยกเลิกการจัดสรรอัตราในการรับสมัครและสอบคัดเลือกข้าราชการตำรวจและบุคคลภายนอก (หญิง) เข้าเป็นนักเรียนนายร้อยตำรวจและบุคคลภายนอกเข้าเป็น นักเรียนเตรียมทหาร ในส่วนของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ จำนวน 280 อัตรา ตามที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้เคยอนุมัติไว้ โดยไม่มี

กำหนด ..." โดยนักเรียนนายร้อยตำรวจหญิงมีการเปิดรับสมัครคัดเลือกครั้งแรกเมื่อ พ.ศ.2552 ซึ่งเป็นนักเรียนนายร้อยรุ่นที่ 66 โดยมีหลักสูตรการเรียนเป็นเวลา 4 ปี ที่ต้องผ่านการฝึกระเบียบวินัยแบบทหาร หลักสูตรความเป็นผู้นำ วิชากฎหมาย รวมทั้งวิชาการตำรวจ ซึ่งเมื่อนับถึงปีการศึกษา 2561 มีนักเรียนนายร้อยตำรวจหญิงแล้วจำนวนทั้งหมด 10 รุ่น³² ในปี พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นปีล่าสุดที่เปิดรับสมัครและสอบคัดเลือกบุคคลภายนอก (หญิง) เข้าเป็นนักเรียนนายร้อยตำรวจ และรับสมัครคัดเลือกบุคคลภายนอก (หญิง) ในโครงการสิทธิพิเศษแก่นักเรียน 4 จังหวัดชายแดนใต้ เข้าเป็นนักเรียนนายร้อย มีจำนวนรวมทั้งสิ้น 60 คน³³

ปัจจุบันยังมีช่องทางอื่นในการรับบุคคลหญิงเป็นข้าราชการตำรวจคือรับสมัครสอบข้าราชการชั้นประทวนและบุคคลภายนอกเพื่อบรรจุแต่งตั้งเข้ารับราชการเป็นตำรวจชั้นสัญญาบัตรและชั้นประทวน โดยในปี พ.ศ. 2564 ทางกองการสอบ กองบัญชาการศึกษา สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ได้ออกประกาศรับสมัครสอบบุคคลเป็นข้าราชการตำรวจประจำปี พ.ศ. 2564 มีอัตราการรับสมัครแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้³⁴

1) การรับสมัครสอบ ข้าราชการตำรวจ ชั้นประทวนเป็นชั้นสัญญาบัตร จำนวน 400 อัตรา โดยไม่แบ่งจำนวนรับชายหญิง

2) การรับสมัครสอบ บุคคลภายนอก เป็นข้าราชการตำรวจ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2.1 รับสมัครบุคคลภายนอกผู้มีวุฒิปริญญาตรีมัธยมศึกษาตอนปลายหรือประกาศนียบัตรวิชาชีพหรือเทียบเท่า เป็นข้าราชการตำรวจชั้นประทวน พ.ศ. 2564 จำนวน 100 อัตรา (กลุ่มงานอำนวยการและสนับสนุน) แบ่งเป็นชาย 80 อัตรา

³²ไทย พีบีเอส นิวส์, "ยกเลิกรับสมัคร "นักเรียนนายร้อยตำรวจหญิง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: <https://news.thaipbs.or.th/content/274361>

³³ประกาศโรงเรียนนายร้อยตำรวจ เรื่อง รับสมัครและสอบคัดเลือกบุคคลภายนอก (หญิง) เข้าเป็นนักเรียนนายร้อยตำรวจ ประจำปีการศึกษา 2561.

³⁴กองการสอบ กองบัญชาการศึกษา สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, "เปิดรับสมัครสอบข้าราชการชั้นประทวนและบุคคลภายนอกเพื่อบรรจุแต่งตั้งเข้ารับราชการเป็นตำรวจชั้นสัญญาบัตรและชั้นประทวน ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2564" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: <http://www.policeadmission.org/Main/FrmPolIndex.aspx>

2.2 รับสมัครบุคคลภายนอกผู้มีคุณวุฒิปริญญาตรีทางวิทยาศาสตร์ เป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร พ.ศ. 2564 จำนวน 200 อัตรา (กลุ่มงานเทคนิค ทำหน้าที่งาน ตรวจพิสูจน์หลักฐาน) แบ่งเป็นชาย 160 อัตรา หญิง 40 อัตรา

เมื่อพิจารณาอัตราการรับบุคคลหญิงเป็นข้าราชการตำรวจจะพบว่า มีสัดส่วนการรับ หญิงเข้าเป็นข้าราชการตำรวจเพียงอัตราร้อยละ 20 เท่านั้นเมื่อเทียบกับการรับสมัครบุคคลชายเข้า เป็นข้าราชการตำรวจ ซึ่งสวนทางกับความจำเป็นและความต้องการเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงในการ ดำเนินงานยุติธรรมทางอาญา และสะท้อนให้เห็นว่ามีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมระหว่างเพศโดยไม่ มีเหตุผลอันสมควร อันเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ผู้ศึกษาจึงเห็นสมควรยกเลิกการกีดกันบุคคลหญิงเข้าเป็นข้าราชการตำรวจ โดยกำหนดอัตราการรับ หญิงเข้าเป็นข้าราชการในอัตราเท่ากับชาย และสำนักงานกำลังพลตำรวจควรยกเลิกคำสั่งอันเป็นการ ตัดสิทธิของบุคคลภายนอกหญิงในการสอบคัดเลือกเข้าเป็นนักเรียนนายร้อยตำรวจ เพื่อส่งเสริมความ เท่าเทียมระหว่างเพศให้เกิดขึ้นจริงในประเทศไทย

ส่วนสุดท้ายของหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะกล่าวถึงความเท่าเทียมระหว่างเพศในการเข้า รับราชการตำรวจของต่างประเทศซึ่งมีความก้าวหน้าและหลุดพ้นกรอบทาสไปแล้ว คือ “ตำรวจข้ามเพศ” เนื่องด้วยผู้ศึกษาเห็นว่าปัจจัยเรื่องเพศไม่ควรเป็นอุปสรรคในการทำงาน บุคคลไม่ว่าเพศใดควรได้รับโอกาสอย่างเท่าเทียมกันในทุกด้าน โดยยกตัวอย่างประเทศอาเจนตินา ที่ในปี ค.ศ. 2017 ได้เปิดโอกาสให้ Analia Pasantino เจ้าหน้าที่ตำรวจชายที่ทำงานในฐานะ เจ้าหน้าที่ตำรวจมาเป็นเวลา 20 ปี และต่อมาได้เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศดำรงตำแหน่งรอง ผู้บัญชาการตำรวจ³⁵ ซึ่งถือเป็นปรากฏการณ์สำคัญยิ่งต่อประเทศแถบอเมริกากลางและอเมริกาใต้ และโลก นอกจากนั้น อีกหลายประเทศก็เริ่มมีตำรวจข้ามเพศแล้ว เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศ สหรัฐอเมริกา และประเทศอินเดีย เป็นต้น ซึ่งเป็นประเด็นที่น่าสนใจในการหยิบยกมาวิเคราะห์ว่า มีความเป็นไปได้มากน้อยเพียงใดที่จะมีตำรวจข้ามเพศในประเทศไทย เพื่อส่งเสริมให้เกิดความ เท่าเทียมระหว่างเพศอย่างแท้จริง

³⁵NBC News, "Argentina's First Transgender Police Chief on Duty," [Online] Accessed: 16 June 2021. Available from: <https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/argentina-s-first-transgender-police-chief-duty-n758386>

5.5.3 ทศนคติของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์เรื่องทศนคติของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศ เพราะเป็นประเด็นที่สำคัญที่จะชี้ให้เห็นว่าหากมีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังแล้ว ประสิทธิภาพของการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดจะเป็นอย่างไร ส่วนหนึ่งย่อมขึ้นอยู่กับทศนคติของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจริงด้วย

เจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ปกป้องและเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ในขณะที่เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนในระหว่างการปฏิบัติงานด้วย และตำรวจยังต้องปฏิบัติอย่างระมัดระวังต่อบุคคลกลุ่มเปราะบาง ซึ่งได้แก่ เด็ก ผู้หญิง ชนกลุ่มน้อยทางเพศ (sexual minorities) คนพิการ และแรงงานข้ามชาติ แต่ในบางประเทศแทนที่ตำรวจจะปกป้องบุคคลกลุ่มเปราะบาง ตำรวจกลับมีส่วนร่วมในกระบวนการการตีตรา (stigmatisation processes) ในบริบทต่างๆของสังคม เช่น คนต่างด้าวในสังคมที่รังเกียจคนต่างชาติ (xenophobic societies) กลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมที่ต่อต้านรักร่วมเพศ (homophobic societies) หรือบุคคลที่พิการหรือด้อยสติปัญญาอาจมีความเสี่ยงที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เหมาะสมมากกว่าคนทั่วไป³⁶ ดังนั้น จึงควรกำหนดวิธีการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เฉพาะสำหรับกลุ่มบุคคลเปราะบาง และปรับเปลี่ยนทศนคติของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของบุคคลกลุ่มเปราะบางซึ่งรวมถึงบุคคลข้ามเพศด้วยนั่นเอง

จากที่ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศในทางปฏิบัติ พบว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจบางคนยังมีทศนคติในแง่ลบต่อบุคคลข้ามเพศ ซึ่งแสดงออกมาทางคำพูด กิริยา ท่าทางที่ไม่เหมาะสมในระหว่างปฏิบัติงานต่อบุคคลข้ามเพศ แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีอีกหลายกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติอย่างเคารพต่อบุคคลข้ามเพศ ระมัดระวังกิริยาและวาจาไม่ให้บั่นทอนจิตใจของบุคคลข้ามเพศ เช่น ปฏิบัติต่อหญิงข้ามเพศเหมือนกับผู้หญิงคนหนึ่ง ไม่แตะต้องเนื้อตัวร่างกาย โดยไม่ได้รับอนุญาต หากไม่มีเหตุจำเป็นจะให้ผู้บุคคลข้ามเพศค้นตัวเอง และใช้ดุลพินิจจัดห้องขังให้บุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะแยกต่างหากจากเพศอื่น จะเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจมีความคิดที่หลากหลายไม่สามารถปรับเปลี่ยนทศนคติของบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ จึงต้องดำเนินการในภาพรวม

³⁶Association for the prevention of torture (APT), *Monitoring Police Custody - a Practical Guide*, pp. 7-8.

กล่าวคือ จัดให้มีการอบรมเพื่อทำความเข้าใจกับเจ้าหน้าที่ตำรวจทุกคนที่ต้องทำงานมีปฏิสัมพันธ์กับบุคคลข้ามเพศนั่นเอง เพื่อสร้างความเชื่อมั่นแก่กลุ่มบุคคลข้ามเพศว่าจะได้รับการปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างเหมาะสม ทั้งนี้ในหลายประเทศได้มีการจัดอบรมให้แก่ตำรวจในประเทศของตน เช่น รัฐนิวเจอร์ซีย์ ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการจัดอบรมเจ้าหน้าที่ตำรวจในการปฏิบัติงานต่อบุคคลข้ามเพศ³⁷ ประเทศอังกฤษสร้างห้องเรียนให้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทำความเข้าใจเรื่องความหลากหลายทางเพศ³⁸ เป็นต้น

นอกจากนั้น ปรากฏข้อมูลในงานวิจัยงานวิจัยของโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ เรื่อง รั้งได้แต่ไม่ยอมยกสูงสิง: การสำรวจระดับชาติเกี่ยวกับประสบการณ์การถูกเลือกปฏิบัติ และทัศนคติของสังคมในภาพรวมในเรื่องทั่วไปที่มีต่อคนที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย (Tolerance but not Inclusion : A national survey on experiences of discrimination and social attitudes towards LGBT people in Thailand) พบข้อมูลดังนี้³⁹

(ก) กลุ่มประชากรทั่วไปมีทัศนคติที่ดีต่อกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ พร้อมทั้งให้การสนับสนุนเรื่องสิทธิความเท่าเทียมและการเข้าถึงบริการต่างๆในสังคมของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ แต่การยอมรับและสนับสนุนของพวกเขากลับลดลงเมื่อผู้มีความหลากหลายทางเพศนั้นเป็นนักเรียน บุคคลในที่ทำงาน สมาชิกในครอบครัว หรือคนรู้จักใกล้ชิด

(ข) ผู้ร่วมตอบแบบสำรวจที่เป็นผู้มีความหลากหลายทางเพศ รู้สึกได้ว่าตนถูกตีตราจากสังคม โดยกลุ่มผู้ชายที่รักสองเพศมีประสบการณ์การถูกตีตราหลายรูปแบบกว่าผู้มีความหลากหลายทางเพศกลุ่มอื่นๆ

(ค) ผู้ร่วมตอบแบบสำรวจที่เป็นผู้มีความหลากหลายทางเพศ ส่วนใหญ่ให้ข้อมูลว่าตนเคยถูกเลือกปฏิบัติอย่างน้อยรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง เช่น การถูกเรียกด้วยชื่อที่ตนไม่ชอบ

³⁷ GURBIR S. GREWAL Attorney General, ATTORNEY GENERAL LAW ENFORCEMENT DIRECTIVE NO. 2019-3: Law Enforcement Interactions with Transgender Individuals (2019), pp. 1-14.

³⁸Sima Kotecha, "The Police Having Transgender Training," [Online] Accessed: 5 June 2021. Available from: <https://www.bbc.com/news/uk-37790773>

³⁹United Nations Development Programme Thailand, Tolerance but Not Inclusion : A National Survey on Experiences of Discrimination and Social Attitudes Towards Lgbt People in Thailand (2019), pp. 33-39.

การล้อเลียน นอกจากนี้พวกเขายังถูกจำกัดการแสดงออกทางเพศในสถานศึกษา สถานที่ทำงานและที่บ้าน และถูกคาดหวังให้ทำตามบรรทัดฐานของสังคมในการรักเพศตรงข้าม

จะเห็นได้ว่าทัศนคติของบุคคลทั่วไปเห็นด้วยที่บุคคลข้ามเพศควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม แต่เมื่อพิจารณาลงไปในรายละเอียดเฉพาะเรื่องบุคคลข้ามเพศยังไม่ได้ถูกให้ความสำคัญแท้จริง และยังมีคนบางกลุ่มในสังคมที่ถูกครอบงำด้วยระบบทวิเพศส่งผลให้ตีตราบุคคลข้ามเพศเป็นสิ่งผิดปกติ ไม่เข้าพวก ส่งผลให้เกิดการแสดงออกต่อบุคคลข้ามเพศด้วยการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมทั้งทางวาจาและกิริยา ทำให้บุคคลข้ามเพศรู้สึกได้ว่าเขาได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากชายหญิงทั่วไป ดังนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องข้ามผ่านชุดความคิดนี้ต่อบุคคลข้ามเพศไปให้ได้ เพื่อปฏิบัติงานต่อบุคคลข้ามเพศอย่างเหมาะสมและเท่าเทียมกับบุคคลเพศอื่น ผู้ศึกษาจึงเห็นควรปรับทัศนคติในแง่ลบและสร้างเสริมทัศนคติที่ดีของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีอยู่แล้วให้ดียิ่งขึ้นในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง ด้วยการจัดฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ต้องปฏิบัติโดยอาจเชิญจิตแพทย์ นักวิชาการ บุคคลจากองค์กรหรือมูลนิธิที่ทำงานกับบุคคลข้ามเพศมาเป็นวิทยากรในการฝึกอบรมดังกล่าว

5.6 สรุป

หลักเกณฑ์การค้นตัวบุคคลข้ามเพศในคดีอาญาของประเทศอังกฤษตระหนักถึงสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัว โดยบัญญัติรายละเอียดไว้อย่างชัดเจนตั้งแต่หลักเกณฑ์การพิจารณาเพศของบุคคลที่ถูกค้นตัว แสดงให้เห็นว่าประเทศอังกฤษเข้าใจเรื่องความหลากหลายทางเพศ จึงสร้างมาตรฐานการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศ เมื่อมีบทบัญญัติ รายละเอียดในการดำเนินการค้นตัวบุคคลข้ามเพศที่ต้องตกอยู่ในสถานการณ์ที่ถูกค้นตัว จะได้รับรู้สิทธิของตนที่จะได้รับแม้จะถูกค้นตัวจากเจ้าหน้าที่ตำรวจที่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย นอกจากนั้น PACE ยังกำหนดหลักการตรวจสอบการค้นตัวโดยผู้บังคับบัญชาอันเป็นการถ่วงการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นตัวอีกชั้นหนึ่งด้วย ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษมีความก้าวหน้าอย่างมากในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศที่ตกเป็นผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญา ต่างจากกฎหมายของประเทศไทยที่ไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวมีแต่บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้หญิงเป็นสำคัญ โดยหลงลืมไปว่าไม่ว่าเพศใดก็ต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิในขั้นตอนการค้นตัว ส่วนในประเด็นการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศประเทศอังกฤษมีนโยบายจัดสรรห้องขัง

แยกสำหรับบุคคลข้ามเพศ โดยกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นบุคคลข้ามเพศในภาคผนวก L เรื่องการระบุเพศเพื่อวัตถุประสงค์ในการค้นตัวและกระบวนการอื่น แห่ง PACE code C ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ปฏิบัติงานนำมาใช้พิจารณาใช้ในการระบุว่าบุคคลใดเป็นบุคคลข้ามเพศ นอกจากนี้ กฎหมายอังกฤษยังกำหนดระดับการเฝ้าสังเกตการณ์เพื่อเฝ้าติดตามผู้ถูกคุมขังอย่างเหมาะสม จากการศึกษาวิเคราะห์ผู้ศึกษาเห็นว่าประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีแนวทางในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังที่สถานีตำรวจอย่างชัดเจน จึงเหมาะสมที่ประเทศไทยจะนำแนวทางในบางเรื่องมาปรับใช้ ซึ่งจะได้กล่าวในบทต่อไป

การค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศในคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่มีกฎหมายกลางวางมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและคุมขังไว้ก็ตาม แต่กฎหมายและนโยบายของตำรวจระดับท้องถิ่นก็ได้ให้ความสำคัญในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศไว้โดยกำหนดนโยบายและออกคำสั่งของกรมตำรวจ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ปฏิบัติงานดำเนินการตามกรอบที่กฎหมายมอบอำนาจให้ และคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศที่ต้องตกอยู่ในขั้นตอนการค้นตัวโดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้บุคคลนั้นทราบถึงสิทธิในการแสดงความต้องการเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการค้น เพื่อให้แน่ใจว่าบุคคลข้ามเพศจะมีส่วนร่วมในการตัดสินใจให้เจ้าหน้าที่แต่ละต้องร่างกายของตน และการคุมขังบุคคลข้ามเพศที่สถานีตำรวจโดยต้องจัดให้ผู้ถูกคุมขังข้ามเพศได้รับการดูแลในห้องขังแยกต่างหาก ผู้ถูกคุมขังข้ามเพศจะไม่ถูกนำไปขังรวมกับผู้ถูกคุมขังอื่น เว้นแต่มีเหตุผลจำเป็นเป็นอย่างอื่น จะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งให้เห็นถึงความสำคัญของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังโดยปรากฏออกมาในรูปคำสั่งหรือนโยบายของกรมตำรวจแต่ละเมือง ซึ่งประเทศไทยอาจนำรูปแบบการออกคำสั่งหรือนโยบายดังกล่าวมาปรับใช้โดยอาจให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติกำหนดกรอบนโยบายการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ต้องมีปฏิสัมพันธ์กับบุคคลข้ามเพศที่เหมาะสมบังคับใช้แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจทั่วประเทศ เพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง และเพื่อกำหนดกรอบการปฏิบัติการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน

หลักเกณฑ์การค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศของประเทศออสเตรเลียได้รับอิทธิพลและแนวความคิดมาจากพระราชบัญญัติตำรวจและหลักฐานทางอาญา ค.ศ. 1984 ของประเทศอังกฤษ โดยหลักเกณฑ์เรื่องการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศจะปรากฏในกฎหมายตำรวจของ

แต่ละรัฐ ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการออกนโยบายของกรมตำรวจแต่ละเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ จะไม่มีการออกกฎหมายกลางในเรื่องการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศใช้บังคับทั่วไปทั้งประเทศแต่ให้อำนาจแต่ละรัฐออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เช่น พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติการบังคับใช้กฎหมาย (อำนาจและความรับผิดชอบ) ค.ศ.2002 ของรัฐนิวเซาท์เวลส์, พระราชบัญญัติอำนาจและความรับผิดชอบของตำรวจ ค.ศ. 2000 ของรัฐควีนส์แลนด์ เป็นต้น นอกจากนี้ กรมตำรวจแต่ละรัฐของออสเตรเลียก็จะออกคำสั่งเฉพาะเรื่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติตาม ซึ่งแนวทางการค้นตัวบุคคลข้ามเพศเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้องสอบถามอย่างรอบคอบเกี่ยวกับอวัยวะเพศของบุคคลนั้น และดำเนินการค้นโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้น เว้นแต่บุคคลผู้ถูกค้นตัวจะยินยอมให้เจ้าหน้าที่เพศตรงกันข้ามเป็นผู้ค้น ส่วนการคุมขังบุคคลข้ามเพศควรถูกขังไว้ในห้องขังต่างหาก ในกรณีที่มีห้องขังว่าง เว้นแต่จะไม่มีห้องขังว่างในกรณีเช่นนี้บุคคลข้ามเพศจะต้องถูกคุมขังกับผู้ต้องขังที่มีอวัยวะเพศประเภทเดียวกัน จะเห็นได้ว่าประเทศออสเตรเลียก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้เฉพาะ ซึ่งมีความน่าสนใจที่จะนำหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจไทย

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่มีแนวทางการค้นตัวและคุมขังบุคคลที่สถานีตำรวจคล้ายคลึงกับประเทศไทยมากที่สุด แม้จะมีกฎหมายทั่วไปที่รับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ในเรื่องหลักเกณฑ์การค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศในคดีอาญาของประเทศเยอรมนีนั้นยังไม่มีกฎหมายหรือนโยบายใดๆ ที่เกี่ยวกับการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ โดยการค้นตัวบุคคลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันมีหลักเกณฑ์เหมือนกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย เพียงแต่มีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมออกไปในพระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลาง ค.ศ. 1994 ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลางจะวางหลักทั่วไปไว้เท่านั้น รายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจจะปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุข และความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐ อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ใดที่วางหลักการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศ ในกฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่าตำรวจเยอรมนีไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้นตัวและคุมขังคนข้ามเพศโดยเฉพาะ เจ้าหน้าที่จึงปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศโดยใช้เพศกำเนิดเป็นเกณฑ์ อย่างไรก็ตาม

จากการศึกษาพบว่าประเทศเยอรมนีมีกฎหมายรับรองสถานะทางเพศหากบุคคลข้ามเพศได้เปลี่ยนสถานะทางเพศของตนโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วเจ้าหน้าที่ตำรวจอาจจะจำแนกเพศบุคคลนั้นตามเอกสารที่ทางราชการรับรองเพศตามกฎหมายนั้นแล้วก็ได้ แม้ประเทศเยอรมนีจะไม่มีหลักในเรื่องการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้เหมือนกับประเทศไทยก็ตาม แต่ผู้ศึกษาเชื่อว่าในอนาคตอันใกล้ประเทศเยอรมนีอาจจะมีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องดังกล่าวก็ได้ แนวทางที่ประเทศไทยจะหยิบยืมจากประเทศเยอรมนีมาเพื่อพัฒนาการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศคือ กฎหมายการรับรองสถานะทางเพศอันเป็นกฎหมายรับรองสิทธิเบื้องต้นของบุคคลข้ามเพศที่แสดงเจตจำนงเลือกเพศตามกฎหมายของตน

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศข้างต้น การเพิกเฉยหรือละเมิดต่อสิทธิของบุคคลข้ามเพศ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลข้ามเพศไว้เป็นเรื่องที่ไม่อาจอ้างได้ ผู้ศึกษาเห็นสมควรพัฒนาสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและคุมขัง โดยเริ่มตั้งแต่กำหนดค่านิยามคำว่าบุคคลข้ามเพศในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ เพื่อแสดงให้เห็นถึงแนวทางการกำหนดกลุ่มบุคคลที่จะเข้ามาอยู่ในความหมายของคำว่าบุคคลข้ามเพศ แก่ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 85 เรื่องการค้นตัวบุคคลขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองบุคคลผู้ถูกเจ้าหน้าที่ค้นออกไปโดยไม่จำกัดเพียงแค่อหญิง เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลข้ามเพศโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังอาศัยอำนาจตามหลักการพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 และแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 87 โดยบัญญัติเชื่อมโยงรายละเอียดวิธีการปฏิบัติในการดำเนินการคุมขังให้เป็นไปตามกฎกระทรวงกำหนด และให้องค์กรตำรวจซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ในการค้นตัวและคุมขังบุคคลไว้ที่สถานีตำรวจออกคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติโดยผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง นอกจากการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายแล้วผู้ศึกษาเห็นสมควรจัดให้มีการอบรมเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจริงเกี่ยวกับทัศนคติต่อบุคคลข้ามเพศที่ต้องเข้ามาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะจะอาศัยเพียงกฎหมายเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองรับรองเพียงประการเดียวไม่ได้ แต่ต้องควบคู่ไปกับเจ้าหน้าที่ผู้ลงมือปฏิบัติงานจริง ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับข้อเสนอแนะนั้นผู้ศึกษาจะได้นำเสนอแนวทางในบทต่อไป

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในบทนี้ ผู้ศึกษาได้แบ่งหัวข้อการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ หัวข้อ 6.1 ผู้ศึกษาได้สรุปสาระของบทต่างๆที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในภาพรวม เริ่มตั้งแต่แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการพัฒนาสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและคุมขัง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและคุมขังทั้งในระบบกฎหมายไทย ระบบกฎหมายระหว่างประเทศ และระบบกฎหมายต่างประเทศ พร้อมกับวิเคราะห์และเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าว และหัวข้อ 6.2 ผู้ศึกษาจะเสนอแนะแนวทางการแก้ไขบทบัญญัติการค้นตัวและการคุมขังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพต่อการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และส่งเสริมความเท่าเทียมของบุคคลให้สอดคล้องกับหลักสากล

6.1 บทสรุป

จากสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ที่กำหนดไว้ว่า “แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะมีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง แต่ไม่ได้บัญญัติถึงคนข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงอาจทำให้บุคคลข้ามเพศได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมและอาจละเมิดสิทธิของบุคคลข้ามเพศได้ ด้วยเหตุนี้จึงต้องแก้ไขปรับปรุงหลักการเรื่องการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศ โดยบุคคลที่มีเพศเหมาะสมหรือบุคคลที่ถูกค้นยินยอม และการคุมขังต้องคำนึงอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศในการจัดสรรห้องคุมขัง เพื่อให้สิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้รับการคุ้มครองมากขึ้น” นั้น ภายหลังจากที่ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาในประเด็นข้างต้น สมมติฐานที่ตั้งไว้ผู้ศึกษาเห็นว่าถูกต้อง เนื่องจากมาตรการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่มีหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและคุมขัง ซึ่งผู้ศึกษาจะขออธิบายสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไขต่อไป

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 และมาตรา 87 ถือเป็นกฎหมายสำคัญที่วางหลักวิธีการในการปฏิบัติต่อผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาที่ถูกค้นตัวโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ และการถูกคุมขังไว้ที่สถานีตำรวจ อีกทั้งยังเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาซึ่ง

ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหน้าที่เมื่อเข้าเงื่อนไขตามกฎหมายที่ต้องถูกค้นตัวหรือถูกคุมขัง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในกรอบของกฎหมายและไม่ล่วงล้ำสิทธิของบุคคลที่ต้องตกเป็นผู้ถูกค้นตัวหรือถูกคุมขัง การปฏิบัติต่อผู้ถูกค้นหรือผู้ถูกคุมขังจึงต้องเป็นไปอย่างเหมาะสม ทำให้ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมต้องดำเนินไปอย่างสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ไม่ล่วงล้ำสิทธิของบุคคลผู้เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ว่าในฐานะใด

บุคคลข้ามเพศในประเทศไทยยังเป็นกลุ่มบุคคลที่ถูกมองข้ามในหลายด้าน กฎหมายรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการทั่วไปไม่ได้ลงรายละเอียดการคุ้มครองในด้านๆต่างไว้ โดยด้านหนึ่งที่บุคคลข้ามเพศถูกมองข้ามก็คือในด้านการบวนการยุติธรรมทางอาญา เมื่อบุคคลข้ามเพศตกอยู่ในฐานะผู้ถูกค้นตัวหรือผู้ถูกคุมขังการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ยังเป็นไปอย่างไม่เหมาะสม การดำเนินกระบวนการของเจ้าหน้าที่ต่อบุคคลข้ามเพศจะถือตามหลักเกณฑ์เพศกำเนิดของบุคคล ซึ่งอาจทำให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมและถือเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างทางเพศ กฎหมายจึงควรให้ความสำคัญคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศที่แสดงออกมา

การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและคุมขังของไทยยังคงยึดตามเพศแต่กำเนิดและดำเนินการตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ย่อมไม่มีมาตรฐานที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน และเกิดกรณีที่มีการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมต่อบุคคลข้ามเพศ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายและมาตรการของต่างประเทศที่ให้ความสำคัญต่อการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและคุมขังตัวไว้ที่สถานีตำรวจ การบัญญัติกฎหมายให้ความสำคัญคุ้มครองบุคคลข้ามเพศโดยกำหนดขั้นตอนกระบวนการที่ชัดเจน ทำให้บุคคลข้ามเพศทราบถึงขอบเขตที่เจ้าหน้าที่จะปฏิบัติต่อตนและทราบถึงสิทธิของตนไปด้วยในขั้นตอนการค้นตัวและคุมขัง ซึ่งกฎหมายในแต่ละประเทศมีรายละเอียดเกี่ยวกับการค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศดังนี้

ประเทศอังกฤษ รวบรวมและกำหนดวิธีปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติคือ พระราชบัญญัติตำรวจและหลักฐานทางอาญา ค.ศ. 1984 ในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนี้ได้กำหนดหลักการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้ในภาคผนวก L แห่ง PACE Code C โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจระบุเพศของบุคคลผู้จะถูกค้นตัวและคุมขังไว้ที่สถานีตำรวจก่อนที่จะดำเนินการตามขั้นตอนนั้นๆ การระบุเพศเบื้องต้นจะพิจารณาตามเอกสารของทางราชการ

ได้แก่ บัตรประชาชน หรือเอกสารรับรองสถานะทางเพศที่ออกโดยรัฐบาลอังกฤษ (Gender Recognition Certificate) กรณีไม่มีเอกสารราชการแสดงและเป็นที่ยอมรับว่าบุคคลนั้นเป็นเพศใด การค้นตัวบุคคลต้องทำโดยเจ้าหน้าที่เพศเดียวกับผู้ถูกค้นและห้ามค้นต่อหน้าบุคคลอื่นที่เป็นเพศตรงข้าม เว้นแต่บุคคลผู้ถูกค้นจะร้องขอเป็นพิเศษ นอกจากนี้ PACE Code C วางหลักในเป็นที่ยอมรับเกี่ยวกับเพศของบุคคลไม่ว่าในขั้นตอนการค้น หรือขั้นตอนอื่นใด บุคคลนั้นควรถูกถามว่าเขาเป็นเพศอะไร เมื่อเขาแสดงความต้องการว่าเขาเป็นเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะแล้ว ควรให้บุคคลนั้นยืนยันความต้องการโดยลงนามในบันทึกและบุคคลนั้นควรได้รับการปฏิบัติตามที่เขาประสงค์ กรณีที่บุคคลไม่ระบุความต้องการเจ้าหน้าที่จะปฏิบัติตามวิธีการดำเนินชีวิตที่ปรากฏออกมา แต่ท้ายที่สุดแล้วกฎหมายอังกฤษก็ยังวางหลักการปฏิบัติอย่างเป็นทางการไว้ว่าเจ้าหน้าที่สอบถามแล้วบุคคลนั้นแสดงความต้องการที่จะได้รับการปฏิบัติแบบเพศหญิง ทั้งที่ตามเอกสารและข้อมูลปรากฏชัดเจนว่าบุคคลนั้นดำเนินวิถีชีวิตอย่างเพศชาย เขาก็ควรได้รับการปฏิบัติตามที่ปรากฏให้สอดคล้องกับการดำเนินวิถีชีวิต ไม่ใช่ปฏิบัติตามความต้องการที่ระบุไว้ นอกจากนี้ กรอบหลักในการค้นตัวเจ้าหน้าที่จะยึดหลักว่าต้องดำเนินการค้นด้วยความสุภาพและเคารพต่อบุคคลผู้ถูกค้น โดยเฉพาะกรณีที่มีความอ่อนไหวในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ ส่วนการคุมขังที่สถานีตำรวจจะจัดห้องขังแยกไว้ต่างหากสำหรับบุคคลข้ามเพศโดยมีเกณฑ์การจำแนกเพศเช่นเดียวกับการค้นตัวบุคคล การจัดการไม่ว่าจะเป็นการพูดคุยเป็นการส่วนตัวกับเจ้าหน้าที่ การดูแล การจัดหาสิ่งอุปโภคบริโภคต้องเป็นไปตามความต้องการส่วนบุคคลที่เขาแสดงออกมา ในเรื่องมาตรฐานในการเฝ้าระวังความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังมีการแบ่งระดับการเฝ้าสังเกตการณ์ไว้ตามความเหมาะสมของผู้ถูกคุมขังแต่ละคน และเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลห้องขังต้องจัดทำบันทึกการคุมขังและส่งมอบสำเนาให้แก่ผู้ถูกคุมขังหรือทนายความเมื่อเขาร้องขอภายใน 12 เดือนนับแต่ผู้ถูกคุมขังพ้นไปจากการคุมขังของเจ้าหน้าที่ตำรวจ จากการศึกษาแนวทางการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังในประเทศอังกฤษผู้ศึกษาเห็นว่า ประเทศอังกฤษมีรายละเอียดที่ชัดเจนอย่างมากจึงมีความน่าสนใจที่จะนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาสิทธิของบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังของประเทศไทยในส่วนของข้อกำหนดหลักเกณฑ์ในการระบุเพศของบุคคลในกรณีที่มีข้อสงสัย หรืออัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับบัตรประชาชน ซึ่งผู้ศึกษาจะกล่าวในรายละเอียดแนวทางของประเทศอังกฤษมาปรับใช้ให้หัวข้อข้อเสนอแนะต่อไป

ประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดวิธีการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังไว้ในคู่มือปฏิบัติงานและคำสั่งของกรมตำรวจแต่ละเมือง กรมตำรวจในระดับเมืองของสหรัฐมีอำนาจกำหนดนโยบายให้เจ้าหน้าที่ตำรวจในพื้นที่ของตนปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศตามแนวทางที่ผู้บังคับบัญชาได้กำหนดไว้ โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจนำมาใช้พิจารณาว่าบุคคลใดเป็นบุคคลข้ามเพศ ซึ่งคำว่า “บุคคลข้ามเพศ” ในประเทศสหรัฐอเมริกา หมายถึง บุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิดไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางชีววิทยาหรือฮอร์โมนหรือไม่ก็ตาม เมื่อมีเหตุอันสมควร (unreasonable) เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถค้นตัวบุคคลนั้นได้ และเมื่อทราบแน่ชัดแล้วว่าบุคคลผู้จะต้องถูกค้นตัวเป็นบุคคลข้ามเพศ ก่อนจะลงมือค้นตัวเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องแจ้งให้บุคคลนั้นทราบถึงสิทธิในการแสดงความต้องการเกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้น เมื่อบุคคลได้เลือกเพศเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นแล้ว การค้นตัวบุคคลข้ามเพศต้องดำเนินการโดยมีเจ้าหน้าที่ตามเพศที่บุคคลข้ามเพศร้องขออย่างน้อยหนึ่งคนทุกครั้งหากเป็นไปได้ แต่หากบุคคลข้ามเพศไม่ได้ระบุเพศความต้องการเกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้น การดำเนินการค้นตัวต้องกระทำโดยมีเจ้าหน้าที่อย่างน้อยหนึ่งคนที่มีเพศเดียวกันกับการแสดงออกทางเพศของบุคคลข้ามเพศ เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจค้นตัวเสร็จสิ้นแล้วต้องจัดทำรายงานการค้นตัวบันทึกรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนดให้ครบถ้วน ส่วนในเรื่องการคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้ที่สถานีตำรวจหากเป็นไปได้ให้แต่ละสถานีตำรวจจัดห้องขังแยกไว้สำหรับบุคคลข้ามเพศ แต่หากไม่สามารถจัดห้องขังแยกได้ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้รับผิดชอบปรึกษากับผู้บังคับบัญชา เพื่อดำเนินการให้ผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาข้ามเพศมีห้องขังเดี่ยว หรือเคลื่อนย้ายไปคุมขังที่อื่น หรือปล่อยตัวไป การดูแลรักษาความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังจะจัดเวรยามให้เจ้าหน้าที่หมั่นตรวจดูความเรียบร้อยห้องขังทุก 30 นาที เมื่อผู้ถูกคุมขังต้องการเข้าห้องน้ำต้องให้เจ้าหน้าที่ที่มีเพศเดียวกันเป็นผู้พาไปเพื่อความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังข้ามเพศ นอกจากนี้ การจัดการคุมขังของเจ้าหน้าที่ตำรวจสหรัฐต้องบันทึกการที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุมขังแต่ละคนลงทั้งหมดในบันทึกการคุมขัง (Detainee Log Sheets) หากผู้ถูกคุมขังเป็นบุคคลข้ามเพศเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องบันทึกรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับบุคคลข้ามเพศนั้น ได้แก่ ความประสงค์ของบุคคลข้ามเพศเกี่ยวกับเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นตัว สิ่งเกี่ยวข้องกับรูปลักษณะที่เจ้าหน้าที่ยึดไว้ก่อนเข้าห้องขัง และผู้ถูกคุมขังหรือทนายความสามารถขอรับสำเนาบันทึกการคุมขังได้โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจจะเก็บรักษาไว้ในระบบของกรมตำรวจเป็นเวลา 2 ปีนับแต่ปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังไป จากการศึกษาแนวทางการ

ปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ศึกษาเห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกามีมาตรการเฉพาะสำหรับการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง เพื่อให้การดำเนินการต่อบุคคลข้ามเพศเป็นไปอย่างเหมาะสมเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล นอกจากนี้ การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจกฎหมายกำหนดว่า หากเป็นไปได้ให้รับฟังความคิดเห็นและความประสงค์ของบุคคลข้ามเพศประกอบการพิจารณาของตนเพื่อดำเนินการในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง ดังนั้น จึงนับได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอีกประเทศที่เห็นความสำคัญของสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งประเทศไทยอาจนำหลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกามาปรับใช้ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจไทยได้

ประเทศออสเตรเลีย มีหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังไว้โดยจะปรากฏอยู่ในกฎหมายและคู่มือตำรวจของแต่ละรัฐ หลักการค้นมีว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ค้นจะต้องมีเพศเดียวกันกับบุคคลที่ถูกตรวจค้น หากไม่มีเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เป็นเพศเดียวกันเพื่อค้นตัวบุคคล ให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งที่มีเพศเดียวกันกับผู้ถูกค้นดำเนินการค้นตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ส่วนเรื่องเกณฑ์การพิจารณาจำแนกเพศของบุคคลในเบื้องต้นจะพิจารณาตามเพศกำเนิด หากมีกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสงสัยว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลข้ามเพศเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องสอบถามอย่างรอบคอบเกี่ยวกับอวัยวะเพศของบุคคลก่อนที่จะดำเนินการค้นตัว หากบุคคลนั้นมีอวัยวะเพศชายจะต้องตรวจค้นบุคคลโดยเจ้าหน้าที่ชาย ส่วนกรณีที่บุคคลนั้นมีอวัยวะเพศหญิงบุคคลนั้นจะถูกตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่หญิง เว้นแต่บุคคลผู้ถูกค้นตัวจะยินยอมให้เจ้าหน้าที่เพศตรงกันข้ามเป็นผู้ค้น ดังนั้น จะเห็นว่าการจำแนกเพศบุคคลผู้ถูกค้นของประเทศออสเตรเลียมุ่งพิจารณาตามลักษณะทางสรีรวิทยาหรืออวัยวะเพศ กรณีการคุมขังบุคคลข้ามเพศที่สถานีตำรวจของประเทศออสเตรเลียนั้น หากสถานีตำรวจมีห้องว่างเพียงพอก็ต้องจัดห้องขังแยกให้บุคคลข้ามเพศ เว้นแต่จะไม่มีห้องขังว่างในกรณีเช่นนี้บุคคลข้ามเพศจะต้องถูกคุมขังกับผู้ต้องขังที่มีอวัยวะเพศประเภทเดียวกัน แต่หากผู้ต้องขังข้ามเพศเป็นผู้ที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้ว อย่าจัดให้บุคคลแปลงเพศอยู่ในห้องขังหรือพื้นที่ร่วมกับบุคคลที่ไม่มีลักษณะเดียวกัน จะเห็นได้ว่าประเทศออสเตรเลียมีแนวทางที่ชัดเจน วางกรอบแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ปฏิบัติงานกับบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง ซึ่งมีแนวทางคล้ายกับประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา สืบเนื่องมาจากประเทศออสเตรเลียได้รับนำหลักการในพระราชบัญญัติตำรวจและหลักฐานทางอาญา ค.ศ. 1984 มาปรับใช้

กับกฎหมายปฏิบัติงานของตำรวจออสเตรเลีย เช่น พระราชบัญญัติการบังคับใช้กฎหมาย (อำนาจและความรับผิดชอบ) ค.ศ.2002 ของรัฐนิวเซาท์เวลส์ พระราชบัญญัติอำนาจและความรับผิดชอบของตำรวจ ค.ศ. 2000 ของรัฐควีนส์แลนด์ เป็นต้น ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรศึกษาแนวทางการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศของเจ้าหน้าที่ตำรวจในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง เพื่อนำมาปรับใช้กับการปฏิบัติงานอย่างเหมาะสมต่อบุคคลข้ามเพศของตำรวจไทย

ประเทศเยอรมนี มีหลักการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เป็นไปตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความเยอรมัน ซึ่งเป็นกฎหมายกลางใช้บังคับทั่วประเทศ และกฎหมายที่บัญญัติหลักการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจอีกฉบับหนึ่งคือ พระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลางของประเทศเยอรมัน ค.ศ. 1994 แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาและพระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลางจะวางหลักเบื้องต้นเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดขั้นตอนการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจไว้ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องไปพิจารณากฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม ซึ่งเป็นอำนาจของแต่ละมลรัฐในการตรากฎหมายตำรวจวางหลักรายละเอียดการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับตำรวจ จากการศึกษากฎหมายเยอรมันผู้ศึกษาพบว่า ไม่มีหลักเกณฑ์การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังไว้โดยเฉพาะ มาตรา 43 (4) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลางของประเทศเยอรมันวางหลักว่า การค้นต้องดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเพศเดียวกับผู้ถูกค้น เว้นแต่จะมีเหตุจำเป็นในการป้องกันอันตรายเจ้าหน้าที่เพศตรงข้ามสามารถทำการค้นได้ตามเสื้อผ้ายกเว้นนอกเท่านั้น ส่วนกระบวนการคุมขังบุคคลที่สถานีตำรวจทำได้เท่าที่จำเป็นตามที่บัญญัติในมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจของรัฐบาลกลาง ซึ่งมีหลักการเหมือนกับที่บัญญัติในมาตรา 87 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยคือ ไม่มีรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการคุมขัง และปรากฏรายละเอียดเรื่องการจัดสรรห้องของประเทศเยอรมนีในกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมหรือกฎหมายตำรวจ ซึ่งมีหลักว่า ห้ามจัดให้ผู้ถูกคุมขังอยู่ในห้องซึ่งเดียวกับนักโทษโดยปราศจากความยินยอม และควรจัดให้ผู้ถูกคุมขังชายและหญิงแยกออกจากกัน ประเทศเยอรมนีไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดแนวทางการคุมขังบุคคลข้ามเพศเหมือนกับประเทศไทย การจัดห้องขังให้บุคคลข้ามเพศจะพิจารณาอยู่บนพื้นฐานในเรื่องเพศแรกเกิด กรณีบุคคลข้ามเพศ

เจ้าหน้าที่ตำรวจจะเป็นผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจให้มีห้องคุมขังชั่วคราว และแยกห้องคุมขังสำหรับบุคคลข้ามเพศออกจากผู้กระทำผิดเพศอื่นก็ได้ จากการศึกษาสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและคุมขังในประเทศเยอรมันพบว่ามีความคล้ายคลึงกับประเทศไทยคือ ไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามผู้ศึกษาเห็นว่ามีความโน้มสูงที่ประเทศเยอรมนีจะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังซึ่งเป็นกระบวนการที่กระทบโดยตรงต่อสิทธิของบุคคลข้ามเพศ โดยพิจารณาจากการมีพระราชบัญญัติรับรองสถานะทางเพศ ค.ศ. 1980 ได้แสดงให้เห็นถึงการตระหนักถึงความสำคัญของกลุ่มบุคคลเพศที่สามในสังคมเยอรมัน สำหรับแนวทางของประเทศเยอรมนีที่จะนำมาพัฒนาสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังของประเทศไทยคือ หลักการเกี่ยวกับกฎหมายรับรองสถานะทางเพศ

จากการศึกษากฎหมายการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศของต่างประเทศข้างต้นจะพบว่า กำหนดหลักเกณฑ์การค้นตัวและคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ และปรากฏหลักการพิจารณาที่นอกเหนือไปจากเพศกำเนิดของบุคคลซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศตามหลักสิทธิมนุษยชนและหลักกฎหมายต่างประเทศ อันสะท้อนให้เห็นว่าต่างประเทศได้เข้าใจเรื่องความหลากหลายทางเพศในสังคมและดำเนินการส่งเสริมสิทธิบุคคลข้ามเพศให้เสมอเหมือนเพศชายหญิง แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไทย และคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินงานยุติธรรมทางอาญาในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขังกลับขาดหลักเกณฑ์ที่เป็นแนวทางปฏิบัติต่อผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาข้ามเพศ ส่งผลให้ไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการคุ้มครองสิทธิและเกณฑ์การปฏิบัติในขั้นตอนค้นตัวและคุมขัง ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศที่ไม่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศ ดังนั้น ผู้ศึกษาขอเสนอแนวทางปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศของไทย โดยจะได้กล่าวรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

6.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อศึกษากฎหมายการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศของต่างประเทศในข้างต้นจะพบว่า กฎหมายไทยยังขาดการคุ้มครองที่รอบด้าน แม้จะมีกฎหมายรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 แต่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากลับไม่บัญญัติหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศ มาตรา 85 เรื่องการค้นตัวบุคคลบัญญัติเพียงการค้นหญิงต้องทำโดยหญิง ไม่

ปรากฏหลักเกณฑ์รายละเอียดขั้นตอนการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ ส่วนการคุมขังก็ไม่มีรายละเอียดปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ มาตรา 87 เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถควบคุมตัวบุคคลได้เท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดี ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติเชื่อมโยงไปยังกฎหมายอื่นใดเกี่ยวกับรายละเอียดของการคุมขังบุคคลไว้ที่สถานีตำรวจ ประกอบกับไม่มีกฎหมายลำดับรองที่วางหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศที่ถูกคุมขังไว้ โดยในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะเสนอแนะแนวทางการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง

จากที่ผู้ศึกษาได้ศึกษากฎหมายของประเทศไทยในเรื่องการค้นตัวและการคุมขังพบว่า ประเทศไทยบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและปรากฏรายละเอียดเกี่ยวกับการค้นตัวและการคุมขังในระเบียบภายในเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่มีหลักเกณฑ์การค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจในขั้นตอนดังกล่าวพิจารณาตามเพศกำเนิดของบุคคล และดำเนินการตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจเห็นเหมาะสมเป็นรายกรณีไป ดังนั้น เพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขัง ผู้ศึกษาจึงเห็นสมควรให้มีการดำเนินการดังต่อไปนี้

1. หลักเกณฑ์ในการค้นตัวบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 วรรค 2 วางหลักประกันว่า คุ้มครองผู้หญิงที่จะถูกค้นว่าจะถูกค้นโดยบุคคลเพศเดียวกับตน เพื่อป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศหรือสร้างความอับอายที่จะเกิดขึ้นในระหว่างขั้นตอนการค้นตัว ผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นบัญญัติที่เลือกคุ้มครองเฉพาะหญิงเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าการค้นตัวบุคคลในที่สาธารณะก็มีการดำเนินการที่ต้องแตะเนื้อต้องตัวผู้ถูกค้นด้วย และผู้ที่ถูกตรวจค้นยังไม่อยู่ในฐานะผู้ต้องหา จึงควรมีหลักเกณฑ์ที่คุ้มครองสิทธิเช่นเดียวกับมาตรา 85 วรรค 2 ดังนั้นเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 85 ซึ่งไม่ได้กำหนดหลักการในการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศไว้ และไม่ปรากฏระเบียบภายในเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่กำหนดนโยบายเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศ จึงสมควรให้แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวอันเป็นกระบวนการที่กระทบต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล

กรณีบุคคลข้ามเพศที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศไม่มีแนวทางที่ชัดเจนว่าจะดำเนินการตามเพศกำเนิดหรือเพศสรีระที่เปลี่ยนแปลงไป เพราะไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดและเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงใช้เกณฑ์เพศกำเนิดในการพิจารณา ดังนั้น การดำเนินการค้นตัวตาม

มาตรา 85 จึงควรกำหนดให้ชัดเจนให้การคั่นต้องทำโดยเพศเดียวกัน และหากประเทศไทยมีกฎหมายรับรองสถานะทางเพศ ก็อาจนำไปสู่การคั่นบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดแต่มีใบรับรองตามกฎหมายสามารถให้เจ้าหน้าที่ที่มีเพศเดียวกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นก็ได้ ซึ่งเป็นแนวทางที่ผู้ศึกษาจะได้เสนอต่อไป

ผู้ศึกษาจึงเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 85 วรรค 2 เพื่อรองรับการคุ้มครองบุคคลทุกเพศที่ต้องถูกคั่นตัว รวมไปถึงบุคคลข้ามเพศด้วย ส่งเสริมความเสมอภาคทางเพศ และการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยไม่เลือกคุ้มครองเฉพาะหญิงในขั้นตอนการคั่นตัว และกำหนดหลักเกณฑ์อย่างเป็นทางการเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบันที่ยังไม่มีกฎหมายรับรองสถานะทางเพศ โดยแก้ไขเพิ่มเติมตามลักษณะดังต่อไปนี้

มาตรา 85 วรรคสอง “การคั่นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ และการคั่นต้องทำโดยบุคคลที่มีเพศเหมาะสมหรือบุคคลที่ผู้ถูกคั่นยินยอมให้คั่น”

การคุมขังบุคคลต้องปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จะเห็นได้ว่าแม้กฎหมายจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจคุมขังบุคคลได้เท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดี แต่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่จะปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขังอย่างไรก็ได้ นอกจากนั้นหลักการยกอการ์ตา ข้อ 9 ยังได้วางหลักด้วยว่า บุคคลที่ถูกคุมขังมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเคารพต่อวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศซึ่งเป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล โดยการดำเนินการคุมขังนั้นเจ้าหน้าที่ต้องหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการลดทอนคุณค่าของบุคคลผู้ถูกคุมขังเพียงเพราะวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น ป้องกันไม่ให้บุคคลผู้ถูกคุมขังตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจในระหว่างที่ถูกคุมขัง และถ้าเป็นไปได้ให้ผู้ถูกคุมขังมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของตน ดังนั้น เพื่อการรับรองสิทธิบุคคลข้ามเพศผู้ต้องถูกคุมขังที่สถานีตำรวจผู้ศึกษาจึงเห็นควรให้มีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 วรรคแรก ดังนี้

มาตรา 87 วรรคแรก “ห้ามมิให้ควบคุมผู้ถูกจับเกินกว่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันไม่给他หนีเท่านั้น การจัดห้องขังต้องเป็นไปอย่างเหมาะสมคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล และให้บุคคลนั้นมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเกี่ยวกับสถานที่คุมขังเท่าที่เป็นไปได้”

เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมแล้วในข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นควรให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติอาศัยอำนาจตามกฎหมายออกคำสั่งสำนักงานแห่งชาติเรื่องหลักเกณฑ์การปฏิบัติในการค้นตัวบุคคล และคำสั่งสำนักงานแห่งชาติเรื่องหลักเกณฑ์การปฏิบัติในการคุมขังบุคคล โดยกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับบุคคลข้ามเพศไว้ด้วย เพื่อวางกรอบการปฏิบัติที่ชัดเจนในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจและคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศ เพราะไม่อาจจะนำรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติทั้งหมดมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมได้ทั้งหมด โดยนำหลักเกณฑ์ในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลียมาปรับใช้ให้เหมาะสม โดยผู้ศึกษาจะได้กล่าวในลำดับถัดไป

2. ผู้ศึกษาเห็นควรแก้ไขปัญหาการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและการคุมขังอย่างรวดเร็วสมอันเป็นการแก้ปัญหาเบื้องต้นในระยะสั้น โดยให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติอาศัยอำนาจตามกฎหมายออกระเบียบหรือคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศอย่างเหมาะสมและมีมาตรฐานเดียวกันทั้งประเทศ โดยออกคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ ... เรื่อง การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในขั้นตอนการค้นตัวและการคุมขัง โดยมีรายละเอียดเบื้องต้นของหลักเกณฑ์การปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

เบื้องต้นกำหนดนิยาม “บุคคลข้ามเพศ” ก่อนว่าเป็นบุคคลที่มีลักษณะไม่ตรงกับเพศกำเนิด การค้นตัวต้องทำโดยเจ้าหน้าที่เพศเดียวกัน โดยการจำแนกเพศบุคคลก่อนดำเนินการค้นตัวหรือขั้นตอนอื่น กำหนดให้เจ้าหน้าที่พิจารณาอย่างรอบคอบเกี่ยวกับเพศของบุคคล หากมีกรณีสงสัยเกี่ยวกับเพศของบุคคลต้องมีการสอบถามอย่างละเอียด โดยผู้ศึกษาเห็นควรพิจารณาเพศบุคคล

2.1 การค้นตัวบุคคลข้ามเพศ มีวิธีการปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาตามบัตรประชาชนเป็นลำดับแรก หากบุคคลนั้นมีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับคำนำหน้าชื่อตามบัตรประชาชนให้พิจารณาในข้อถัดไป

(2) เมื่อบุคคลมีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับคำนำหน้าชื่อตามบัตรประชาชน ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจตรวจสอบให้รอบคอบเกี่ยวกับเพศของบุคคลโดยสอบถามอย่างระมัดระวัง เมื่อสอบถามแล้วได้ความว่าอย่างไรให้บันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจน

(3) กรณีบุคคลนั้นไม่มีบัตรประชาชนและเจ้าหน้าที่มีความสงสัยเกี่ยวกับเพศของเขา ในขั้นตอนการค้นตัวหรือขั้นตอนอื่นใดให้เจ้าหน้าที่สอบถามเพศและความต้องการของบุคคลนั้นว่าต้องการให้เจ้าหน้าที่เพศใดดำเนินการค้นตัว และให้เจ้าหน้าที่บันทึกรายละเอียดการสอบถามเป็นลายลักษณ์อักษร และเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจพิจารณาแล้วพบว่าบุคคลนั้นแสดงความต้องการที่จะได้รับการปฏิบัติแบบเพศหญิง ทั้งที่ปรากฏชัดเจนว่าบุคคลนั้นดำเนินวิถีชีวิตอย่างเพศเพศชาย เขาก็ควรได้รับการปฏิบัติตามสิ่งที่ปรากฏให้สอดคล้องกับการดำเนินวิถีชีวิต ไม่ใช่ปฏิบัติตามความต้องการที่ระบุไว้ หากบุคคลนั้นไม่ระบุความต้องการให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติตามลักษณะภายนอกที่ปรากฏ

นอกจากนั้น ผู้ศึกษาเห็นควรกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบความเหมาะสมการค้นตัวของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยผู้บังคับบัญชาเหมือนดังหลักเกณฑ์ในประเทศอังกฤษ เพราะการค้นตัวเป็นการค้นโดยไม่ต้องมีหมาย หากเจ้าหน้าที่มีเหตุอันควรสงสัยบุคคลนั้นก็สามารถถูกค้นตัวได้ ทำให้ไม่มีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอก ดังนั้น เพื่อกำหนดมาตรการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการค้นตัว จึงเห็นควรกำหนดให้จัดทำบันทึกการค้นตัวและเมื่อจัดทำบันทึกเสร็จสิ้นให้ส่งบันทึกดังกล่าวให้ผู้บังคับบัญชาตรวจสอบอีกชั้นหนึ่ง

2.2 การคุมขังข้ามเพศ กำหนดให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศอย่างมีมนุษยธรรมและเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสอบถามความต้องการและความจำเป็นด้านสุขภาพของผู้ถูกคุมขังข้ามเพศ ในกรณีที่ผู้ถูกคุมขังอยู่ระหว่างการรับยาหรือฮอร์โมนทางเพศ และควรจัดให้ผู้ถูกคุมขังข้ามเพศมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของตน ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยมีรายละเอียดวิธีการปฏิบัติในการคุมขัง ดังต่อไปนี้

(1) กรณีสถานีตำรวจขนาดเล็ก เนื่องด้วยความจำกัดด้านทรัพยากรทำให้ไม่อาจจัดห้องขังแยกต่างหากให้แก่บุคคลข้ามเพศ ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจจัดสรรห้องขังแก่บุคคลข้ามเพศ โดยพิจารณาตามอวัยวะเพศของผู้ถูกคุมขัง หากบุคคลนั้นมีอวัยวะเพศชายให้คุมขังในห้องขังชาย หากบุคคลนั้นมีอวัยวะเพศหญิงให้ให้คุมขังในห้องขังหญิง และจัดให้มีเจ้าหน้าที่เข้ามาตรวจสอบบริเวณห้องขังทุกๆ 1 ชั่วโมง เพื่อเฝ้าระวังความปลอดภัยเพราะไม่มีห้องขังเพียงพอที่จะจัดแยกต่างหากสำหรับบุคคลข้ามเพศ และในกรณีผู้ถูกคุมขังเป็นหญิงข้ามเพศหรือชายข้ามเพศไม่ว่า

จะผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่ก็ตาม ให้จัดเจ้าหน้าที่ตำรวจหญิงเป็นเวรยามด้วย เพื่อจัดหาสิ่งของที่จำเป็นสำหรับหญิงตามความต้องการของผู้ถูกคุม เช่น ผ้าอนามัย เลือ้ชั้นใน กางเกงชั้นใน เป็นต้น

(2) กรณีสถานีตำรวจขนาดกลางและขนาดใหญ่ ซึ่งมี ศักยภาพเพียงพอที่จะห้องขังแยกสำหรับบุคคลข้ามเพศได้ โดยอาจจะมียังห้องขังสำหรับบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ หรืออนุโลมให้นำตัวไปไว้ในห้องขังคนต่างด้าวก็ได้ในกรณีที่ห้องขังนั้นว่างอยู่ ทั้งนี้เป็นไปตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้รับผิดชอบว่าจะจัดแยกบุคคลข้ามเพศไว้ในห้องขังใด ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความปลอดภัยของบุคคลข้ามเพศเป็นหลัก

3. ในระยะยาวนั้น จากการศึกษาเปรียบเทียบและคำสั่งภายในของเจ้าหน้าที่ตำรวจพบว่า ระเบียบและคำสั่งที่ออกโดยสำนักงานตำรวจแห่งชาตินั้นมีความกระจัดกระจาย และเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานกล่าวว่าเมื่อมีปัญหาหรือข้อถกเถียงเกิดขึ้นในระหว่างปฏิบัติงานก็จะต้องเสียเวลาค้นหาระเบียบหรือคำสั่งที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าในระยะยาวประเทศไทยควรจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของตำรวจไทย พ.ศ. ... เพื่อรวบรวมระเบียบคำสั่งของสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่กระจัดกระจายอยู่เข้าด้วยกัน และกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในพระราชบัญญัติฉบับนี้ พระราชบัญญัติตำรวจและหลักฐานทางอาญา ค.ศ. 1984 (Police and Criminal Evidence Act 1984) ของประเทศอังกฤษ เพื่อกำหนดหลักการดำเนินงานยุติธรรมทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับตำรวจทั้งหมดที่นอกเหนือไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาบัญญัติเพียงหลักการเบื้องต้นไว้ ในส่วนรายละเอียดต่างๆเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องไปพิจารณาตามระเบียบและคำสั่งของสำนักงานตำรวจแห่งชาติซึ่งมีจำนวนมาก เมื่อเกิดปัญหามีความจำเป็นต้องใช้งานจะยุ่งยากและเสียเวลามาก อนึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้จะเป็นคู่มือคุ้มครองสิทธิสำหรับประชาชนที่จะต้องเข้ามาสู่กระบวนการที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทราบว่าตนมีสิทธิได้รับการปฏิบัติตามขั้นตอนอย่างไรบ้าง การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ อย่างไร เช่น วิธีปฏิบัติในการจับกุม วิธีปฏิบัติในการค้นและการยึด วิธีปฏิบัติในการคุมขัง เป็นต้น

จากการศึกษาค้นคว้าแนวทางการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศพบว่า ประเทศไทยยังขาดกฎหมายที่เป็นแนวทางการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการค้นตัวและกระบวนการคุมขังที่ชัดเจน ซึ่งการขาดความชัดเจนของหลักการในเรื่องดังกล่าวย่อมส่งผลให้บุคคล

ข้ามเพศได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศของตน ดังนั้น จึงสมควรเป็นอย่างยิ่งที่จะมีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์การค้นตัวและการคุมขังบุคคลข้ามเพศไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้ ควรจัดให้มีกฎหมายที่ส่งเสริมสิทธิบุคคลข้ามเพศควบคู่ไปกับมาตรการที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีเนื้อหาสาระและแนวทางดังที่ผู้ศึกษาได้ค้นคว้าไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งนี้ เพื่อกำหนดแนวทางที่ชัดเจนในเรื่องการค้นตัวบุคคลและการคุมขังให้มีความสอดคล้องกับสภาพสังคมเพศในปัจจุบัน อันมีผลทำให้การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อบุคคลข้ามเพศเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชน การเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการไม่เลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างในเรื่องเพศในสังคมไทยได้มากยิ่งขึ้น



บรรณานุกรม

- Adrian Diaz. Seattle Police Department Manual [Online]. Available from: <https://www.seattle.gov/police-manual/general-policy-information> [18 December 2020]
- Alafair S. Burke. Consent Searches and Fourth Amendment Reasonableness. Florida Law Review 67,2 (2016).
- Amnesty International. USA New York City: Abuse of Transgender Women by New York City Police Officers [Online]. Available from: <https://www.amnesty.org/download/Documents/72000/amr511642006en.pdf> [24 January 2021]
- APF (Asia Pacific Forum). Acj Report: Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity (2010).
- Association for the prevention of torture (APT). Monitoring Police Custody -a Practical Guide. France: Imprimerie Villi, 2013.
- Australia Government Attorney-General's Department. Human Rights Protections [Online]. Available from: <https://www.ag.gov.au/rights-and-protections/human-rights-and-anti-discrimination/human-rights-protections> [21 December 2020]
- Australian Human Rights Commission. About Sex Discrimination [Online]. Available from: <https://humanrights.gov.au/our-work/sex-discrimination/about-sex-discrimination> [14 April 2021]
- . How Are Human Rights Protected in Australian Law? [Online]. Available from: <https://humanrights.gov.au/our-work/rights-and-freedoms/how-are-human-rights-protected-australian-law> [21 December 2020]
- College of Policing Authorised Professional Practice. Detainee Care [Online]. 2013. Available from: <https://www.app.college.police.uk/app-content/detention-and-custody-2/detainee-care/#maintaining-custody-records> [5 May 2021]
- Demetriou, D. Z. Connell's Concept of Hegemonic Masculinity: A Critique. Theory and Society 30, 3 (2001).
- Fair Trials International. Criminal Proceedings and Defence Rights in Germany. 2013.
- Federal Anti-Discrimination Agency. The General Act on Equal Treatment [Online]. Available from: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/EN/TheAct/theAct_node.html [15 April 2021]
- Go To Court Lawyers. Personal Search in Australia [Online]. Available from: <https://www.gotocourt.com.au/criminal-law/police-searches/personal-searches/> [21 December 2020]
- Gokey, C., and Susan Shah. How to Serve Diverse Communities. Police Perspectives: Building Trust in a Diverse Nation. Washington, DC: Office of Community Oriented Policing Services, 2016.
- GOV.UK. Being Arrested: Your Rights [Online]. Available from: <https://www.gov.uk/arrested-your-rights/how-long-you-can-be-held-in-custody> [18 December 2020]
- . Police Powers to Stop and Search: Your Rights [Online]. Available from: <https://www.gov.uk/police-powers-to-stop-and-search-your-rights> [18 December 2020]
- GSN. Trans Woman: Police Pinned Me Down and Pulled Off My Bra [Online]. Available from: <https://www.gaystarnews.com/article/trans-woman-police-pinned-pulled-off-bra/> [24 January 2021]

- INDEPENDENT. Germany Officially Recognising 'Third Sex' Other Than Male and Female [Online]. Available from: <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/germany-third-gender-male-female-intersex-court-parliament-bundesverfassungsgericht-berlin-lgbt-a8043261.html> [15 April 2021]
- International Commission of Jurist and the International Service for Human Rights. The Yogyakarta Principles Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity [Online]. 2007. Available from: www.yogyakartaprinciples.org [26 September 2020]
- . The Yogyakarta Principles Plus 10, "Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles [Online]. 2017. Available from: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf [26 September 2020]
- James E. Copple and Patricia M. Dunn. Gender, Sexuality, and 21st Century Policing: Protecting the Rights of the Lgbtq+ Community. Washington, DC: Office of Community Oriented Policing Services, 2017.
- Justice Connect. How to Change Your Gender Status on Formal Documents [Online]. Available from: <https://justiceconnect.org.au/resources/how-to-update-your-gender-on-formal-documents-nsw/> [14 April 2021]
- Lambda Legal. Changing Birth Certificate Sex Designations: State-by-State Guidelines [Online]. 2018. Available from: <https://www.lambdalegal.org/know-your-rights/article/trans-changing-birth-certificate-sex-designations> [13 April 2021]
- Laurie Marhoefer. Transgender Identities and the Police in Nazi Germany Part of the George and Dorothy Carson History Lecture Series, School of History, Philosophy, and Religion [Online]. Available from: https://events.oregonstate.edu/event/transgender_identities_and_the_police_in_nazi_germany_-_lecture_by_laurie_marhoefer#.YA_kEHYzblU [26 January 2021]
- Michigan State University. Policy: Strip Search and Body Cavity Search [Online]. Available from: <https://police.msu.edu/about/policy-and-procedure/policy-strip-search-and-body-cavity-search/> [4 May 2021]
- National Police Chiefs' Council (NPCC). National Strategy for Police Custody.
- NATIONAL PRISON RAPE ELIMINATION COMMISSION. National Prison Rape Elimination Commission Report. (2009).
- Nations, U. Guidelines Police Operations in United Nations Peacekeeping Operations and Special Political Missions. (2015).
- . United Nations Criminal Justice Standards for United Nations Police. (2009).
- NBC News. Argentina's First Transgender Police Chief on Duty [Online]. 2017. Available from: <https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/argentina-s-first-transgender-police-chief-duty-n758386> [16 June 2021]
- NSW Police Force. Code of Practice for Crime (Custody, Rights, Investigation, Management and Evidence) 2007. ———. "Person Search Manual." 2019.
- QUEENSLAND POLICE SERVICE. Queensland Police Service Good Practice Guide Interaction with Transgender Clients 1 ed.: The State of Queensland 2015.

- Sima Kotecha. The Police Having Transgender Training [Online]. 2016. Available from: <https://www.bbc.com/news/uk-37790773> [5 June 2021]
- Stacy Barrett. When Can Police Search Me or My Vehicle? [Online]. Available from: <https://www.alllaw.com/articles/nolo/topics/when-can-police-search-me-or-my-vehicle.html> [29 April 2021]
- The German Government. Response of the German Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Cpt) on Its Visit to Germany from 25 November 2015 to 7 December 2015 2017.
- The Commissioner of Police. Code of Practice for Custody, Rights, Investigation, Management and Evidence (Crime): Procedures Associated with Arrest, Detention and Investigation 1998.
- The Guardian. Us Supreme Court Rules Employers Cannot Discriminate against Lgbtq+ Workers [Online]. Available from: <https://www.theguardian.com/law/2020/jun/15/supreme-court-civil-rights-law-lgbtq> [13 April 2021]
- The National Policing Improvement Agency. "Guidance on the Safer Detention and Handling of Persons in Police Custody.
- The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR). [Online]. Available from: <http://www.ohchr.org/en/issue/pages/whatarehumanrights.aspx> [22 December 2020]
- Thomas J. Orloff. Pat Searches. POINT of VIEW 36,1 (2008): 8.
- Ugur Nedim. How Long Can I Be Kept in Police Custody? [Online]. Available from: <https://nswcourts.com.au/articles/how-long-can-i-be-kept-in-police-custody> [22 December 2020]
- United Nations. Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment [Online]. Available from: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/body-of-principles-for-the-protection-of-all-persons-under-any-form-of-detention-or-imprisonment/> [16 January 2021]
- . Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners [Online]. Available from: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/standard-minimum-rules-for-the-treatment-of-prisoners/> [5 January 2021]
- . United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures [Online]. Available from: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=&p_isn=67064&p_classification=01.04 [16 January 2021]
- . United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the Beijing Rules) [Online]. Available from: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/united-nations-standard-minimum-rules-for-the-administration-of-juvenile-justice-the-beijing-rules/> [16 January 2021]
- . Universal Declaration of Human Rights [Online]. Available from: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [5 January 2021]
- United Nations Development Programme Thailand. Tolerance but Not Inclusion : A National Survey on Experiences of Discrimination and Social Attitudes Towards Lgbt People in Thailand. 2019.

- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. International Covenant on Civil and Political Rights [Online]. Available from: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> [5 January 2021]
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Handbook on Prisoners with Special Needs. 2009.
- Y-Stop. Can a Male Officer Search a Woman? [Online]. Available from: <https://y-stop.org/news/can-male-officer-search-female> [18 December 2020]
- กนกศักดิ์ พ่วงลาภ. [ออนไลน์]. 2562. แหล่งที่มา: https://www.matichon.co.th/article/news_1603013 [เข้าถึงเมื่อ 17 มกราคม 2564]
- กรมราชทัณฑ์. รายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.correct.go.th/stathomepage/> [เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564]
- . [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://bp.correct.go.th/document/STDInter.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 16 มกราคม 2564]
- กองการสอบ กองบัญชาการศึกษา สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. เปิดรับสมัครสอบข้าราชการชั้นประทวนและบุคคลภายนอกเพื่อบรรจุแต่งตั้งเข้ารับราชการเป็นตำรวจชั้นสัญญาบัตรและชั้นประทวน ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2564 [ออนไลน์]. 2564. แหล่งที่มา: <http://www.policeadmission.org/Main/FrmPolIndex.aspx> [เข้าถึงเมื่อ 16 มิถุนายน 2564]
- กัธธ เลียงสังกรธรรม. กฎหมายตราสามดวง เล่ม 1 พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สถาบันปรีดี พนมยงค์, 2548.
- กมล พลวัน. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับเสรีภาพทางวิชาการ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.tech.ago.go.th/dlaw/documents/New/kulpolHMR7.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 15 ธันวาคม 2563]
- เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, บุญทิพย์ ผ่องจิตร และแลนเกรฟ และประธาน วัฒนาวณิชย์. สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. เจริญวิทยการพิมพ์: กรุงเทพมหานคร 2529.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน. คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามหลักสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ธันวาคมธุรกิจ, 2556.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. [ออนไลน์]. 2557. แหล่งที่มา: <http://www.nhrc.or.th/News/Activity-News/> [เข้าถึงเมื่อ 2 มีนาคม 2564]
- . [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/International-Human-Rights-Affairs/International-Law-of-human-rights.aspx> [เข้าถึงเมื่อ 16 มกราคม 2564]
- . [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/Documents/humanright-study.aspx> [เข้าถึงเมื่อ 15 ธันวาคม 2563]
- คณาธิป ทองรวีวงศ์, ภคมน สีบไชย, กุสุมา สุนประชา และชลธิชา สมสอาด. รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ. สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2560.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- จงปิติ วุฒิสรรพ์. บทบาทของนรีแพทย์ในการดูแลหญิงข้ามเพศ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://w1.med.cmu.ac.th/obgyn/index.php?option=com_content&view=article&id=1314:2017-02-26-09-26-31&catid=45&Itemid=561 [เข้าถึงเมื่อ 2 ธันวาคม 2563]
- จรัญ โฆษานันท์. นิติปรัชญาแนววิพากษ์ Critical Legal Philosophies. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555.
- จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช. กลยุทธ์ศึกษาและคู่มือปฏิบัติงาน ในการออกหมายเรียก หมายอาญา การจับ การควบคุม การขัง การจำคุก การค้น การปล่อยชั่วคราว กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.
- จิตราภรณ์ วันสพงค์ และปิยะวรรณ แก้วศรี. รายงานการศึกษา การทบทวนความก้าวหน้าของการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558. 2562.

- จิรนิติ หะวานนท์. สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.
- จตุติ ธรรมโนวานิช. หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติว่าด้วยการจับและแจ้งข้อหา การควบคุม และฝากขัง การค้นและการปล่อยชั่วคราว. 2537.
- ใจเอื้อ ชีรานนท์. ปฏิสัมพันธ์ของการจัดการเชิงสุขภาพในเรือนจำ: ศึกษากรณีประสบการณ์ของผู้ต้องขัง “กะเทย” และเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติ. ปริญาศิลปศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาอาชญวิทยาและงานยุติธรรม ภาควิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา คณะศิลปศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2561.
- ชวลิต ก้อนทอง. การค้นอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล 2559.
- ชาติ ชัยเดชสุริยะ. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549.
- ณรงค์ ใจหาญ. หลักกฎหมายที่คุ้มครองผู้หญิงในกระบวนการดำเนินคดีอาญา. *Huachiew Chalermprakiet Law Journal*, 1 (2552).
- . หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.
- ดรณม โสถพิพันธ์. ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี (ฉบับย่อที่สมบูรณ์) พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์นิติบรรณการ, 2518.
- ไทย พีบีเอส นิวส์. ยกเลิกรับสมัคร "นักเรียนนายร้อยตำรวจหญิง" [ออนไลน์]. 2561. แหล่งที่มา: <https://news.thaipbs.or.th/content/274361> [เข้าถึงเมื่อ 16 มิถุนายน 2564]
- ไทยคอนเซ็น. สังคมชายเป็นใหญ่คืออะไร ใครร่วมสังกรรม [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.thaiconsent.in.th/feminism101/02/> [เข้าถึงเมื่อ 17 ธันวาคม 2563]
- ไทยลอร์วส์. ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.thailaws.com/aboutthailand/general_33.htm [เข้าถึงเมื่อ 15 ธันวาคม 2563]
- ธรรณัย อ่อนทอง. การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง : ศึกษากรณีกลุ่มบุคคล ที่มีความหลากหลายทางเพศ. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2561.
- ธรรณัย อ่อนทอง. การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง : ศึกษากรณีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ. วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ 12, 3 (กรกฎาคม - กันยายน) (2562).
- ธานี วรภัทร์. กฎหมายราชทัณฑ์ กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- นพนธิ สุริยะ. สิทธิมนุษยชน : แนวคิดและการคุ้มครอง (Human Rights : Concept and Protection). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- นฤพนธ์ ดั่งวิเศษ. แนวคิดทฤษฎีเรื่องความหลากหลายทางเพศ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.sac.or.th/main/uploads/article/2017_20170918142809-1.pdf [เข้าถึงเมื่อ 25 ตุลาคม 2563]
- นิพนธ์ ใจสำราญ. การปล่อยชั่วคราว : มาตรการผ่อนคลายการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยระหว่างการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมไทย หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- นิภัทร์ วานิชคราม. แนวทางการกำหนดมาตรการทางอาญาในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังในเรือนจำที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2559.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- . หลักพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- บันลือ คงจันทร์. คู่มืออาสาสมัครส่งเสริมสิทธิ สิทธิประชาชนทั่วไป. สมาคมสิทธิเสรีภาพของประชาชน (สสส.), 2542.
- บางกอกโพสต์. Help for transgender inmates [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/2071303/> [เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564]
- บุญศรี มิ่งค้อโฆษ. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 1. 2535.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ บทสรุปงานวิจัย หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.
บทบัณฑิตย 61, 3 (2548).

บุษกร สุริยสาร. อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: องค์กรแรงงานระหว่างประเทศ, 2557. (โครงการ
ส่งเสริมสิทธิความหลากหลายและความเท่าเทียมในโลกของการทำงาน(PRIDE)).

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้. วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 34, 2
(2559): 1-13.

———. สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

ประธาน วัฒนวาณิชย์. ระบบความยุติธรรมทางอาญา : แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม.
วารสารนิติศาสตร์ 9, 2 (2520).

ปริญญาภรณ์ อุบลสวัสดิ์. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการขังชั่วคราวตามกฎหมายวิธีพิจารณาอาญาของไทย. ใน 60 ปี อุดม
รัฐมฤตชีวิตและมิตรภาพบนเส้นทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, 2562.

เพียว ศรีแสงทอง. การลงโทษและการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: จรัสสินทวงศ์การพิมพ์, 2554.

พิมพ์ชนก พุกสุข และสุธัญญา ฉันทะ. เมื่อดิฉันไปเกณฑ์ทหาร...เตรียมตัว เตรียมใจอย่างไรดีสำหรับบุคคลข้ามเพศ [ออนไลน์].

แหล่งที่มา: https://www.matichon.co.th/prachachuen/news_48099 [เข้าถึงเมื่อ 1 มีนาคม 2564]

ไพศาล ลิขิตปรีชากุล ผู้แปล. หลักการยกยกยกราว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในประเด็นวิถีทางเพศ
และอัตลักษณ์ทางเพศ แนวทางสร้างหลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้ก้าวไปสู่ความเสมอภาคและเคารพสิทธิทางเพศ.

สำนักคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, บรรณาธิการ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไอเดีย
จำกัด, 2552.

เฟมินิสต์. ระบบชายเป็นใหญ่ คืออะไรนะ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.feminista.in.th/post/patriarchy>

ภาคภูมิ โภกอินทร์. หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทย ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2543.

มานิตย์ วงศ์เสรี. เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง. ใน เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทาง
ปกครองในการตรวจกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560.

รัชนิกร โชติชัยสถิตย์. กลไกระดับชาติในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. ปริญญานิติ
ศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2537.

รัตนวัฒน์ จันทร์อำนวยสุข, Carsten Balzer และ Carla LaGata เรียบเรียง. การเคารพคนข้ามเพศเปรียบเทียบกับกรณีศึกษา
คนข้ามเพศ ประสบการณ์ทางสังคมของคนข้ามเพศในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: โครงการ Transrespect versus
Transphobia, 2557.

ลดาวัลย์ ไยมณี. แนวนโยบายและการบังคับใช้กฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังในประเทศไทย (Hate Crime: A
Public Policy and Law Enforcement in Thailand). วารสารสถาบันวิชาการป้องกันประเทศ (NATIONAL
DEFENCE STUDIES INSTITUTE JOURNAL) 11, 1(มกราคม-เมษายน) (2563).

วิระดา สมสวัสดิ์. นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม. เชียงใหม่ วนิดาเพลส, 2549.

ศิริรัฐ ญาญพานิช. ความเป็นชายที่มีอำนาจและความสัมพันธ์ทางเพศสถานะในโฆษณาทางโทรทัศน์พ.ศ. 2558 -
2559. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2559.

สกล โสภิตอาชาศักดิ์ เรียบเรียง, รณภูมิ สามัคคีคารมย์ แปล. โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติสำนักงานประเทศไทย. “การ
รับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย : การทบทวนกฎหมายและนโยบาย 2560.

สกลยุทธ หอพิบูลสุข. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.csbc-law.com/thai-law-insights/scholar-journal/6_The_Thai_Juvenile_Justice_in_Brief.pdf [เข้าถึงเมื่อ 16 มกราคม 2564]

สถาบันพิพิธภัณฑการเรือนรู้แห่งชาติ. เพศแห่งสยาม ประวัติศาสตร์ความหลากหลายทางเพศ (Gender of Siam : History of Sexual Diversity). พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพิพิธภัณฑการเรือนรู้แห่งชาติ, 2562.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. การค้นตัวบุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาชาติ กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. จากระบบกฎหมายแบบทวิเพศ สู่ระบบกฎหมายแบบพหุเพศ วารสารนิติสังคมศาสตร์ 6, 1(มกราคม-มิถุนายน) (2556).

สมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย. คนข้ามเพศ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.rsat.info/17157725/> [เข้าถึงเมื่อ 2 ธันวาคม 2563]

สุชีพ ปุญญานุภาพ. พระไตรปิฎก ฉบับประชาชน. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2530.

สุรศักดิ์ ตรีรัตน์ตระกูล. การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเหยื่อหรือผู้เสียหายโดยกระบวนการยุติธรรม. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 20, 59(พฤษภาคม - สิงหาคม) (2561).

เสกสัน เกรือคำ. อาชญากรรม อาชญาวิทยา และงานยุติธรรมทางอาญา นครปฐม: เพชรเกษมการพิมพ์, 2558.

อริยา มนุสสุ. การจับ : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดซึ่งหน้า ปริญญานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ บัณฑิตย. 2548.

อาทิตย์ชัย เกรียงไกรวงศ์. การใช้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยศาลปกครอง. ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559.

อารยา สุขสม. รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ (Thai Constitution and Sexual Diversity). วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 11, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม) (2561).

———. สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย. ปริญญานิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559.

อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคนดี. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.

แอมเนสตี้อินเตอร์เนชันแนล ไทยแลนด์. สิทธิมนุษยชนคืออะไร? [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.amnesty.or.th/latest/blog/62/> [เข้าถึงเมื่อ 15 ธันวาคม 2563]

———. ทำความเข้าใจกับ "I" ใน LGBTQ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.amnesty.or.th/latest/blog/669> [เข้าถึงเมื่อ 19 ธันวาคม 2563]

ภาคผนวก



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภาคผนวก ก

บันทึกข้อความ ตร. ที่ 0011.24/4721 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2554

เรื่อง กำชับการควบคุมผู้ต้องหา หรือผู้ต้องขัง ในสถานีดำรวจทุกแห่งทั่วประเทศ

358



บันทึกข้อความ

ส่วนราชการ ตร. โทร. ๐๒-๒๐๕-๓๔๘๓
 ที่ ๐๐๑๑.๒๔/๔๗๒๑ วันที่ ๒๒ ธันวาคม ๒๕๕๔
 เรื่อง กำชับการควบคุมผู้ต้องหา หรือผู้ต้องขัง ในสถานีดำรวจทุกแห่งทั่วประเทศ

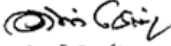
ผบช.ภ.๑-๔, น., ก., สดม. และ สขต.

ด้วยสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีหนังสือ ที่ สม ๐๐๐๓/๑๕๔๔ ลง ๑๘ ส.ค. ๒๕๕๔ แจ้งผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีผู้ต้องหาติดยาเสพติดให้โทษ ได้เสียชีวิตภายในห้องขัง ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้พิจารณารายงานผลการตรวจสอบแล้ว เห็นว่าเป็นการละเลยการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ อันเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน จึงเสนอมาตรการแก้ไขปัญหามาให้ ตร. ดำเนินการ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดขึ้นอีก

ตร. พิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นเรื่องเกี่ยวกับการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้ต้องขัง ในสถานที่ควบคุมของตำรวจ ซึ่งตามประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ ๖ บทที่ ๒ ได้กำหนดแนวทางปฏิบัติในการควบคุมตัวผู้ถูกจับไว้ที่สถานีดำรวจ และตามหนังสือ ตร.ที่ ๐๖๒๕.๒๑/๑๕๖๗๔ ลง ๑๐ พ.ย. ๒๕๔๐ ได้กำชับการปฏิบัติเกี่ยวกับสถานที่กักขังให้ถือปฏิบัติโดยเคร่งครัดไว้แล้ว ส่วนกรณี ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เสนอมาตรการ ให้ ตร. ดำเนินการเพื่อป้องกันเหตุในลักษณะเดียวกันนี้มิให้เกิดขึ้นอีกก็เพื่อเพิ่มความเข้มงวดในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ดังนั้นจึงให้ดำเนินการเพิ่มเติม ดังต่อไปนี้

๑. ให้จัดเจ้าหน้าที่เฝ้าคอยระวังอย่างเข้มงวดเป็นพิเศษ กรณีผู้ต้องหาที่ถูกจับกุม ข้อหา ผลิต, จำหน่ายยาเสพติดให้โทษทุกประเภท หรือคดีที่ผู้ต้องหามีอาการซึมเศร้าลักษณะจะทำร้ายตัวเอง โดยเฉพาะในช่วงเวลา ๒๐.๐๐ น ถึง ๐๖.๐๐ น. ของวันรุ่งขึ้น
๒. ให้ตรวจตราสิ่งของวัสดุที่สามารถใช้ในการประทุษร้ายตัวเองหรือผู้อื่นในบริเวณห้องควบคุมและใกล้เคียง
๓. ให้ผู้บังคับบัญชาเฝ้าตรวจตราเวรยามและการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เป็นระยะๆ
๔. หากเกิดเหตุดังกล่าว ให้รายงาน ตร. (ผ่าน คต.) ทราบ ภายใน ๒๔ ชม. และให้พิจารณาข้อบกพร่องของเจ้าหน้าที่ รวมทั้งผู้บังคับบัญชา ตามลำดับชั้น ตามอำนาจหน้าที่ แล้วรายงานให้ทราบภายใน ๗ วัน นับแต่เกิดเหตุ

จึงแจ้งมาเพื่อทราบ และถือปฏิบัติโดยเคร่งครัด

พล.ต.ท. 
 (อาจณ โชติวงศ์)
 รอง จทช.(๑) ปรท.ผบ.ตร.

ภาคผนวก ข

คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 178/2564 ลงวันที่ 9 เมษายน 2564
เรื่อง การบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา



คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ
ที่ ๑๗๘/๒๕๖๔

เรื่อง การบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา

ด้วยสำนักงานตำรวจแห่งชาติเห็นสมควรกำหนดแนวทางปฏิบัติในการบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา เพื่อให้สอดคล้องกับแผนการปฏิรูปประเทศด้านกระบวนการยุติธรรม ซึ่งกำหนดให้นำเทคโนโลยีมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจ และพนักงานสอบสวน

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๑๑(๔) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.๒๕๔๗ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๗/๒๕๕๔ ลงวันที่ ๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๔ เรื่อง การกำหนดตำแหน่งของข้าราชการตำรวจซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวน ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ จึงออกคำสั่ง ดังนี้

ข้อ ๑ ในคำสั่งนี้หากคำใดมิได้ให้ความหมายไว้ ให้ถือความหมายตามที่กฎหมายกำหนด

ข้อ ๒ ในคำสั่งนี้

(๑) "ตำรวจ" หมายความว่า ตำรวจซึ่งกฎหมายให้มีอำนาจและหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(๒) "สิ่งบันทึกภาพและเสียง" หมายความว่า งานอันประกอบด้วยลำโพงภาพและเสียงที่ลงบันทึกลงในวัสดุไม่ว่าจะมีลักษณะใดๆ อันสามารถที่จะนำมาเล่นซ้ำได้อีก โดยใช้เครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการใช้วัสดุนั้น

(๓) "การบันทึกภาพและเสียง" หมายความว่า การจัดทำข้อมูลสิ่งบันทึกภาพและเสียงด้วยวิธีการต่อเนื่องด้วยลำโพงภาพและเสียงโดยมิได้มีการตัดต่อเพิ่มเติมลงในภาพและเสียงที่ได้มีการบันทึกไว้

(๔) "ผู้บันทึก" หมายความว่า ตำรวจผู้ได้รับมอบหมาย หรือพนักงานสอบสวนที่เป็นผู้จัดทำสิ่งบันทึกภาพและเสียง

ส่วนที่ ๑

การบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้นคดีอาญา

ข้อ ๓ การตรวจค้นบุคคลใดในที่สาธารณะสถาน เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิดหรือซึ่งมิได้เป็นความผิด ให้ตำรวจผู้ตรวจค้นบันทึกภาพและเสียงโดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ทางราชการจัดหาให้ หรือสิ่งอื่นใดที่สามารถบันทึกภาพและเสียงได้ เว้นแต่มีเหตุอันมีอาจดำเนินการได้ ให้บันทึกเหตุแห่งการนั้นไว้ ในบันทึกการตรวจค้นด้วย

ข้อ ๔ การบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้นในที่เรือน ให้ดำเนินการ ดังนี้

(๑) กรณีมีหมายค้นหรือคำสั่งของศาล ให้หัวหน้าชุดตรวจค้นมอบหมายตำรวจผู้ร่วมตรวจค้นผู้ใดคนหนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการบันทึกภาพและเสียงโดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ทางราชการ

- ๒ -

จัดหาให้ หรือสิ่งอื่นใดที่สามารถบันทึกภาพและเสียงได้ เว้นแต่มีเหตุอันมีอาจดำเนินการได้ ให้บันทึกเหตุแห่งการนั้นไว้ในบันทึกการตรวจค้น

(๒) กรณีเข้าเหตุยกเว้นการค้นโดยไม่มีหมายค้นหรือคำสั่งของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่น หากสามารถดำเนินการบันทึกภาพและเสียงในขณะที่ตรวจค้นได้ ก็ให้ดำเนินการตามข้อ ๔ (๑)

ส่วนที่ ๒

การบันทึกภาพและเสียงการจับกุมคดีอาญา

ข้อ ๕ การบันทึกภาพและเสียงการจับกุมในที่สาธารณะสถาน ให้ดำเนินการ ดังนี้

(๑) กรณีมีหมายจับหรือคำสั่งของศาล ให้หัวหน้าชุดจับกุมมอบหมายตำรวจผู้ร่วมจับกุมผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการบันทึกภาพและเสียงโดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ทางราชการจัดหาให้ หรือสิ่งอื่นใดที่สามารถบันทึกภาพและเสียงได้ เว้นแต่มีเหตุอันมีอาจดำเนินการได้ ให้บันทึกเหตุแห่งการนั้นไว้ในบันทึกการจับ

(๒) กรณีเข้าเหตุยกเว้นการจับโดยไม่มีหมายจับหรือคำสั่งของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่น หากสามารถดำเนินการบันทึกภาพและเสียงในขณะที่จับกุมได้ ก็ให้ดำเนินการตามข้อ ๕ (๑)

ข้อ ๖ การจับกุมในที่รโหฐาน ให้ดำเนินการ ดังนี้

(๑) กรณีการจับโดยมีหมายจับหรือคำสั่งของศาล และมีหมายค้นหรือคำสั่งของศาล หรือผู้จะต้องถูกจับเป็นเจ้าบ้าน หรือเข้าเหตุยกเว้นการค้นโดยไม่มีหมายค้นหรือคำสั่งของศาลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่น ให้หัวหน้าชุดจับกุมมอบหมายตำรวจผู้ร่วมจับกุมผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการบันทึกภาพและเสียงโดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ทางราชการจัดหาให้ หรือสิ่งอื่นใดที่สามารถบันทึกภาพและเสียงได้ เว้นแต่มีเหตุอันมีอาจดำเนินการได้ ให้บันทึกเหตุแห่งการนั้นไว้ในบันทึกการจับ

(๒) กรณีเข้าเหตุยกเว้นการจับโดยไม่มีหมายจับหรือคำสั่งของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่น และผู้จะต้องถูกจับเป็นเจ้าบ้าน หรือเข้าเหตุยกเว้นการค้นโดยไม่มีหมายค้นหรือคำสั่งของศาลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่น หากสามารถดำเนินการบันทึกภาพและเสียงในขณะที่จับกุมได้ ก็ให้ดำเนินการตามข้อ ๖ (๑)

ส่วนที่ ๓

การบันทึกภาพและเสียงการสอบสวนคดีอาญา

ข้อ ๗ ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายที่บัญญัติให้มีการบันทึกภาพและเสียงการสอบสวนคดีอาญา ประเภทอื่นใดไว้ ให้พนักงานสอบสวนทำการบันทึกภาพและเสียงผู้ต้องหา โดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ทางราชการจัดหาให้ หรือสิ่งอื่นใดที่สามารถบันทึกภาพและเสียงได้ ในประเภทคดี ดังต่อไปนี้

(๑) คดีความผิดต่อชีวิตหรือร่างกาย โดยมีผู้ถึงแก่ความตาย หรือได้รับอันตรายสาหัส

(๒) คดีความผิดฐานชิงทรัพย์และมีผู้ถึงแก่ความตาย หรือได้รับอันตรายสาหัส

(๓) คดีความผิดฐานปล้นทรัพย์

(๔) คดีที่มีความสำคัญ หรือเป็นที่สนใจของประชาชน เช่น คดีเรียกค่าไถ่ คดีที่ผู้กระทำความผิดมีแผนประทุษกรรมเป็นที่น่าสนใจ หรือคดีโจรกรรมรถยนต์ที่ใช้วิธีการพิเศษ เป็นต้น

- ๓ -

(๕) คดีที่ไม่ปรากฏหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ หรือไม่อาจใช้วิธีการทางนิติวิทยาศาสตร์ในการแสวงหาหลักฐานอื่นใดได้ นอกจากคำรับสารภาพของผู้ต้องหา

(๖) คดีที่ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องหาให้การเป็นประโยชน์อันเป็นข้อมูลสำคัญต่อการดำเนินคดีกับผู้บงการหรือตัวการสำคัญหรือพิสูจน์ความผิดของผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่นในข้อหาความผิดที่กฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไป

เว้นแต่มีเหตุอันมีอาจดำเนินการได้ ให้บันทึกเหตุแห่งการนั้นไว้ในบันทึกของพนักงานสอบสวน

ส่วนที่ ๔

การจัดเก็บ และการเผยแพร่สิ่งบันทึกภาพและเสียง

ข้อ ๘ การจัดเก็บข้อมูลการบันทึกภาพและเสียง ให้ดำเนินการ ดังนี้

(๑) ให้หัวหน้าสถานีตำรวจ หรือหัวหน้าหน่วยงานที่มีอำนาจสอบสวนมอบหมายตำรวจเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดเก็บสิ่งบันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา

(๒) ให้ตำรวจผู้บันทึกภาพและเสียงการตรวจค้น จับกุม และการสอบสวนคดีอาญา ส่งสิ่งบันทึกภาพและเสียงกับตำรวจผู้รับผิดชอบที่ได้รับมอบหมายตามข้อ ๘(๑)

(๓) เมื่อตำรวจผู้รับผิดชอบได้รับมอบสิ่งบันทึกภาพและเสียงมาแล้ว หากจำเป็นต้องใช้ภาพและเสียงนั้นประกอบการสำนวนการสอบสวนให้จัดทำสิ่งบันทึกภาพและเสียงนั้น จำนวน ๒ ชุด เพื่อส่งให้แก่พนักงานสอบสวน

(๔) เมื่อพนักงานสอบสวนได้รับสิ่งบันทึกภาพและเสียง จำนวน ๒ ชุด แล้วให้นำไปประกอบการสำนวนการสอบสวนส่งให้พนักงานอัยการ จำนวน ๑ ชุด ส่วนอีก ๑ ชุด ให้เก็บไว้ไว้กับสำเนาสำนวนการสอบสวน โดยให้มีการบันทึกสิ่งบันทึกภาพและเสียงดังกล่าว เพื่อป้องกันมิให้มีการทำลายหรือทำให้เสียหาย และให้ลงลายมือชื่อพนักงานสอบสวน ผู้ต้องหา และผู้จัดเก็บ ไว้ด้วย

ข้อ ๙ ห้ามมิให้ทำการเผยแพร่สิ่งบันทึกภาพและเสียง เว้นแต่เพื่อการสืบสวนและการสอบสวนคดีอาญา

ส่วนที่ ๕

ระยะเวลาการเก็บรักษา และการทำลาย

ข้อ ๑๐ สิ่งบันทึกภาพและเสียงที่มีความจำเป็นต้องใช้เพื่อประกอบการสืบสวน และการสอบสวนคดีอาญา ให้เก็บรักษาไว้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด หรือคดีขาดอายุความ

ข้อ ๑๑ สิ่งบันทึกภาพและเสียงที่ไม่มีความจำเป็นต้องใช้เพื่อประกอบการสืบสวน และการสอบสวนคดีอาญา ให้เก็บรักษาไว้เป็นระยะเวลา ๕ ปี ตามรอบปฏิบัติการ

ข้อ ๑๒ วิธีการทำลายสิ่งบันทึกภาพและเสียง เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามข้อ ๑๐ และข้อ ๑๑ ให้เป็นไปตามประกาศสำนักงานเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร สำนักงานตำรวจแห่งชาติ

ข้อ ๑๓ บรรดาระเบียบ และคำสั่งอื่นในส่วนที่กำหนดไว้แล้วในคำสั่งนี้ หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับคำสั่งนี้ ให้ใช้คำสั่งนี้แทน

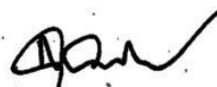
- ๔ -

ข้อ ๑๔ วิธีปฏิบัติเรื่องใดที่มีกำหนดในคำสั่งนี้ไว้โดยเฉพาะ ให้ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ คำสั่ง หรือหนังสือสั่งการที่เกี่ยวข้อง

ทั้งนี้ ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ ๙ เมษายน พ.ศ.๒๕๖๔

พลตำรวจเอก



(สุวัฒน์ แจ้งยอดสุข)

ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภาคผนวก ค

ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี
ลักษณะที่ 25 เวรยาม สายตรวจ กองรักษาการณ์ ฉบับที่ 5 พ.ศ.

ลักษณะที่ ๒๕
เวรยาม สายตรวจ กองรักษาการณ์

บทที่ ๖
สิบเวรสถานีตำรวจ

ข้อ ๑ สถานีตำรวจนครบาลและสถานีตำรวจภูธรต้องจัดให้มีสิบเวร โดยจัดจากผู้บังคับหมู่
งานป้องกันปราบปรามปฏิบัติหน้าที่สับเปลี่ยนหมุนเวียนกันไป

ข้อ ๒ สิบเวรต้องประพฤติตามบทที่ ๒ ข้อ ๓ และข้อ ๒ และต้องไม่ประพฤติตามข้อ ๓
ยกเว้น ๓.๑

ข้อ ๓ สิบเวรมีหน้าที่โดยทั่วไปเป็นผู้ช่วยนายร้อยตำรวจเวร และมีหน้าที่โดยตรง ดังนี้
๓.๑ ตรวจสอบ กำกับ ดูแลยามประจำสถานีตำรวจให้ปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบ
๓.๒ ตรวจสอบอาวุธปืน กระสุนปืน วัสดุ อุปกรณ์แก่ตำรวจที่ขอเบิกไปใช้ในการ
ปฏิบัติหน้าที่

๓.๓ ตรวจสอบอาวุธปืน กระสุนปืน วัสดุ อุปกรณ์คืนจากตำรวจที่กลับจากปฏิบัติ
หน้าที่ให้มีจำนวนตรงตามที่เบิกไป โดยเฉพาะอาวุธปืนต้องอยู่ในสภาพสะอาด หมายถึงปืนถูกต้อง
หากส่งคืนไม่ครบหรือชำรุดเสียหายให้ผู้เบิกรายงานเหตุเป็นลายลักษณ์อักษร แล้วรายงานนายร้อยตำรวจ
เวรทราบและลงประจำไว้เป็นหลักฐาน

๓.๔ ถ้ามีตำรวจจากหน่วยงานอื่นนำอาวุธปืน กระสุนปืนมาฝาก ให้ปฏิบัติตาม
๓.๒ และ ๓.๓

๓.๕ รวบรวมหรือผู้เก็บอาวุธปืนตามปกติให้ใส่กุญแจไว้ เว้นแต่เวลาเบิกจ่ายหรือ
ผู้บังคับบัญชาสั่งการเป็นอย่างอื่น

๓.๖ ถ้ามีตำรวจต้องโทษทางวินัยกักขังหรือกักขังอยู่ที่สถานีตำรวจ สิบเวรต้อง
ตรวจจำนวนให้ถูกต้องครบถ้วนดูแลมิให้หลบหนี

๓.๗ ช่วยงานประชาสัมพันธ์เมื่อมีประชาชนมาติดต่อสอบถามเรื่องราวเหตุการณ์
ใด ๆ ถ้าไม่ใช้ความลับหรือเกินอำนาจหน้าที่ให้อำนวยความสะดวกด้วยอัธยาศัยไมตรีอันดี

๓.๘ พิมพ์ลายนิ้วมือบุคคลที่หน่วยงานตำรวจหรือหน่วยงานอื่นส่งมาเพื่อตรวจสอบ
ประวัติบุคคล

๓.๙ การปฏิบัติต่อผู้ถูกควบคุม ให้ดำเนินการ ดังนี้
๓.๙.๑ เมื่อมีผู้นำอาหาร เครื่องดื่ม หรือของใช้มาเยี่ยมทุกกรณี หรือการ
เลี้ยงอาหารตามระเบียบ ให้ปฏิบัติตาม ๑.๙ และ ๑.๑๐ ของบทที่ ๓

๓.๙.๒ เมื่อตำรวจจับกุมตัวผู้ต้องหาส่งให้รายงานผู้บังคับบัญชาหรือ
นายร้อยตำรวจเวรทราบ แล้วตรวจค้นตัวว่าไม่มีสิ่งของผิดกฎหมาย สิ่งของต้องห้าม เช่น วัสดุที่จะใช้

ภาคผนวก ง

คู่มือหลักปฏิบัติในการตรวจค้นและคู่มือมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง กรมราชทัณฑ์



ที่ ยธ ๐๗๐๕.๓/ ๓๖๑๕๖

ถึง เรือนจำ ทัณฑสถาน สถานกักกัน สถานกักขัง

กรมราชทัณฑ์ ขอส่งคู่มือหลักปฏิบัติในการตรวจค้น และ คู่มือมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง มาเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ต่อไป



สำนักทัณฑวิทยา
กลุ่มงานวิชาการด้านการราชทัณฑ์
โทร. ๐ ๒๕๓๖ ๓๓๘๒
โทรสาร ๐ ๒๕๖๗ ๓๓๘๒

หลักปฏิบัติในการตรวจค้น

๑. ความหมาย

การตรวจค้น หมายถึง การที่เจ้าหน้าที่ได้ใช้อำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมายในการตรวจสอบ ค้นหา หรือยึดสิ่งของต้องห้าม สิ่งของที่ไม่อนุญาตให้นำเข้าหรือมิไว้ในเรือนจำ

๒. วัตถุประสงค์

- ๒.๑ เพื่อตรวจหาสิ่งของต้องห้าม สิ่งของไม่อนุญาต และยึดสิ่งของเหล่านั้นก่อนเข้าเรือนจำ
- ๒.๒ เพื่อจัดสิ่งของต้องห้าม สิ่งของไม่อนุญาตออกไปจากภายในเรือนจำ
- ๒.๓ เพื่อเป็นการป้องปรามการกระทำผิด

๓. หลักพื้นฐานของการตรวจค้น

- ๓.๑ ต้องยึดหลักความปลอดภัยในการตรวจค้น
- ๓.๒ ต้องเตรียมวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ ที่จำเป็นในการตรวจค้น
- ๓.๓ กำหนดตัวบุคคลตรวจค้นโดยจะต้องเป็นผู้ที่ผ่านการฝึกการตรวจค้นมาก่อน
- ๓.๔ การตรวจค้นบุคคลต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวัง และเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง
- ๓.๕ การตรวจค้นตัวผู้หญิงจะต้องมีเจ้าหน้าที่หญิงทำการตรวจค้น
- ๓.๖ กำหนดวิธีการกรณีเหตุร้ายหรือพบสิ่งของต้องห้าม
- ๓.๗ ต้องดำเนินการเพื่อรักษาหรือคุ้มครองพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อดำเนินคดี
- ๓.๘ ต้องจัดสถานที่ที่เหมาะสมในการตรวจค้นบางประเภท

๔. ประเภทของการตรวจค้น สามารถแบ่งได้เป็น ๔ ประเภท ดังนี้

- ๔.๑ การตรวจค้นบุคคล
- ๔.๒ การตรวจค้นอาคารสถานที่
- ๔.๓ การตรวจค้นยานพาหนะ
- ๔.๔ การตรวจค้นสิ่งของ

๕. แนวทางปฏิบัติในการตรวจค้นบุคคล

การตรวจค้นบุคคล มีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจหาสิ่งของต้องห้าม สิ่งของที่ไม่อนุญาตให้นำเข้าเรือนจำ ซึ่งอาจมีการชุกซ่อนอยู่ในตัวของบุคคลต่าง ๆ ได้แก่ เจ้าหน้าที่ ผู้ต้องขัง และบุคคลอื่นๆ ก่อนที่จะเข้าไปภายในเรือนจำ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการเกิดเหตุร้ายและความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในเรือนจำ แต่สำหรับผู้ต้องขัง นอกจากตรวจค้นก่อนเข้าเรือนจำแล้ว เจ้าหน้าที่สามารถทำการตรวจค้นในกรณีต่างๆได้ กล่าวคือ ก่อนออกจากโรงงานฝึกวิชาชีพ ก่อนขึ้นเรือนนอน ก่อน-หลังเยี่ยมญาติ พบหมาย พบบุคลากรทางการแพทย์ ไปศาล และอื่น ๆ ตามที่เจ้าหน้าที่เห็นสมควร รวมถึงกรณีที่น่าสงสัย หลักปฏิบัติในการตรวจค้นบุคคลต่างๆ มีดังนี้

จัดเตรียมอุปกรณ์ตรวจค้น ได้แก่ ๑) ถุงมือสำหรับเจ้าหน้าที่ทุกคน ๒) ไฟฉาย ๓) เครื่องตรวจจับโลหะแบบมือถือ ๔) ผ้าปิดปาก

- ๒ -

๕.๑ การตรวจค้นผู้ต้องขัง สามารถแบ่งการตรวจค้นได้เป็น ๓ แบบ ได้แก่ การตรวจค้นแบบปกติ (Body Pat/Frick Search) การตรวจค้นแบบพิเศษ (Strip Search) และการตรวจค้นภายในร่างกาย (Body Cavity Search) โดยมีหลักปฏิบัติในการตรวจค้น ดังนี้

๕.๑.๑ การตรวจค้นสิ่งของในตัวผู้ต้องขังแบบปกติ (Body Pat/Frick Search)

ขั้นที่หนึ่ง

๑) ให้ผู้ต้องขังที่ถูกตรวจค้นยืนต่อหน้าเจ้าหน้าที่ในระยะปลอดภัย
 ๒) ให้ผู้ต้องขังถอดรองเท้าและถุงเท้าเพื่อส่งให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบ
 ๓) หากผู้ต้องขังนั้นสวมเสื้อหรือกางเกง/กระโปรงที่มีกระเป๋ า เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ต้องขังแสดงสิ่งของที่อยู่ในกระเป๋ าต่อเจ้าหน้าที่ หากกระเป๋ าดังกล่าวมีลิ้นกระเป๋ ายู่ด้านในต้องให้ดึงลิ้นกระเป๋ าด้านในออกมาด้านนอก

๔) ให้ผู้ต้องขังเหยียดแขนทั้งสองออกมาด้านหน้า พร้อมกับให้กำมือทั้งสองข้างออก

๕) ให้ผู้ต้องขังก้มหน้า พร้อมกับให้ใช้นิ้วมือทั้งสองข้างสางผมสลับขึ้นและลง หากเป็นผู้ต้องขังหญิงที่มีผมยาวให้สวบผมด้านหลังมาด้านหน้า

๖) ให้ผู้ต้องขังเงยหน้าขึ้น พร้อมกับให้อ้าปากกว้าง (หากมีฟันปลอมให้ผู้ต้องขังถอดฟันปลอม โดยให้ผู้ต้องขังถือและแสดงฟันปลอมให้เจ้าหน้าที่เพื่อตรวจสอบ) และตรวจสอบดูภายในช่องปาก (หากเห็นไม่ชัดเจนควรใช้ไฟฉายในการส่อง)

๗) ให้ผู้ต้องขังใช้มือข้างหนึ่งดึงริมฝีปากด้านล่างลงเพื่อตรวจสอบบริเวณซอกเหงือกด้านหน้าล่าง และให้ใช้มือข้างเดิยกริมฝีปากด้านบนขึ้น เพื่อตรวจสอบบริเวณซอกเหงือกด้านบน รวมถึงให้ผู้ต้องขังกระดกลิ้นขึ้น เพื่อตรวจสอบบริเวณใต้ลิ้น

๘) ให้ผู้ต้องขังหันศีรษะไปด้านซ้าย ให้สังเกตบริเวณช่องหูด้านขวา (หากเห็นไม่ชัดเจนควรใช้ไฟฉายในการส่อง) หลังจากนั้นให้ผู้ต้องขังนำมือซ้ายมาจับใบหูด้านขวาแล้วดึงใบหูมาด้านหน้า

๙) ให้ผู้ต้องขังหันศีรษะไปด้านขวา ให้สังเกตบริเวณช่องหูด้านซ้าย (หากเห็นไม่ชัดเจนควรใช้ไฟฉายในการส่อง) หลังจากนั้นให้ผู้ต้องขังนำมือขวามาจับใบหูด้านซ้ายแล้วดึงใบหูมาด้านหน้า

ขั้นที่สอง

ตั้งแต่ขั้นที่สองไปให้แบ่งบริเวณร่างกายทั้งด้านหลังและด้านหน้าออกเป็น ๒ ด้าน คือ ซ้ายและขวา การตรวจควรให้เริ่มจากด้านหลังก่อนด้านหน้าเสมอ

๑) กรณีมีผนังใกล้ผู้ต้องขังให้ผู้ต้องขังหันหลังกลับโดยผู้ต้องขังจะยื่นหันหน้าเข้ามาผนังและควรให้ผู้ต้องขังยื่นห่างผนังประมาณ ๑ เมตร แยกขาทั้งสองข้างออกจากกันพอสมควร เอียงลำตัวไปข้างหน้า แขนทั้งสองข้างยกขึ้นกางนิ้วและอันผนังไว้ เจ้าหน้าที่ผู้ทำการตรวจค้นยืนด้านหลังผู้ต้องขังพร้อมยื่นขาข้างหนึ่งระหว่างขาทั้งสองข้างของผู้ต้องขัง กรณีไม่มีผนังให้ผู้ต้องขังยกแขนทั้งสองข้างและประสานมือทั้งสองข้างแล้ววางไว้ด้านหลังศีรษะ

- ๓ -

๒) ใช้ฝ่ามือทั้งสองข้างตบเบาๆ (Pat) เริ่มตั้งแต่บริเวณคอปกเสื้อด้านหลังไล่ถึงด้านหน้า หลังจากนั้นใช้ฝ่ามือทั้งสองข้างตบเบาๆ บริเวณรอบแขนเสื้อทั้งสองด้าน

๓) ใช้ฝ่ามือซ้ายกับบริเวณด้านหลังซ้าย และใช้ฝ่ามือขวากับบริเวณด้านหลังขวา เริ่มตบเบาๆ ตั้งแต่บริเวณใต้ปกเสื้อด้านหลังแล้วเคลื่อนลงมาถึงบริเวณเอว กรณีผู้ต้องขังหญิงดำเนินการเหมือนกัน

๔) ใช้ฝ่ามือซ้ายกับบริเวณด้านหน้าซ้าย และใช้ฝ่ามือขวากับบริเวณด้านหน้าขวา เริ่มตบเบาๆ ตั้งแต่บริเวณใต้ปกเสื้อด้านหน้าแล้วเคลื่อนลงมาถึงบริเวณเอว กรณีผู้ต้องขังหญิงดำเนินการเหมือนกัน

ขั้นที่สาม

การตรวจจะมีความแตกต่างระหว่างบุคคลไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชาย ผู้ต้องขังชายจะใส่กางเกงขาสั้นเป็นหลัก ส่วนในหน้าหนาวอาจใส่กางเกงขายาว บางกรณีผู้ต้องขังชายคาดเข็มขัดได้ ส่วนผู้ต้องขังหญิงจะสวมใส่ผ้าถุงเป็นส่วนมาก แต่บางครั้งอาจสวมกางเกงเวลารอน ซึ่งวิธีการตรวจก็จะแตกต่างกันไป รายละเอียด

๓) หากผู้ต้องขังคาดเข็มขัด เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ถอดเข็มขัดเพื่อส่งให้เจ้าหน้าที่ตรวจ (ขณะส่งต้องให้ผู้ต้องขังหันหน้าไปด้านที่ไม่เห็นเจ้าหน้าที่) เจ้าหน้าที่ตรวจ เมื่อตรวจเสร็จให้วางเข็มขัดไว้บริเวณด้านข้างของเจ้าหน้าที่

๒) ใช้ฝ่ามือซ้ายตบเบาๆ บริเวณขอบเอวกางเกง/ผ้าถุงด้านหลังซ้าย และใช้ฝ่ามือขวาตบเบาๆ บริเวณขอบเอวกางเกง/ผ้าถุงด้านหลังขวา หลังจากนั้นดำเนินการส่วนด้านหน้าเหมือนกัน

๓) ใช้ฝ่ามือซ้ายตบเบาๆ บริเวณกางเกง/ผ้าถุงด้านหลังซ้าย และใช้ฝ่ามือขวาตบเบาๆ บริเวณขอบเอวกางเกง/ผ้าถุงด้านหลังขวา (บริเวณสะโพกด้านหลัง) หลังจากนั้นดำเนินการส่วนด้านหน้าเหมือนกัน (บริเวณสะโพกด้านหน้า) กรณีเป็นกางเกงขาสั้นให้ตรวจบริเวณของขากางเกงทั้งด้านหลังและด้านหน้าด้วย

๔) ใช้ฝ่ามือข้างหนึ่งตบเบาๆ บริเวณขาหนีบด้านล่างหากผู้ต้องขังสวมกางเกง กรณีผู้ต้องขังสวมผ้าถุงดำเนินการเท่าที่จะทำได้ตามสภาพ การดำเนินการต้องมีความระมัดระวัง โดยยึดหลักการเคารพถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

๕) ใช้ฝ่ามือข้างหนึ่งตบเบาๆ บริเวณขาหนีบ (บริเวณอวัยวะเพศ) ด้านหน้า การดำเนินการต้องมีความระมัดระวัง โดยยึดหลักการเคารพถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

๖) กรณีเป็นกางเกงขายาว/ผ้าถุง ใช้ฝ่ามือทั้งสองข้างตบเบาๆ บริเวณขาทั้งสองข้างโดยเริ่มจากด้านบนลงด้านล่าง เน้นการตรวจบริเวณขากางเกง/ผ้าถุง อนึ่งหากผู้ต้องขังสวมกางเกงขาสั้นไม่ต้องใช้ฝ่ามือคนเบาๆ บริเวณขา

๗) ให้ผู้ต้องขังยกเท้าข้างหนึ่งขึ้นด้านหลังพร้อมทั้งให้ผู้ต้องขังกระดิกนิ้วเท้า หลังจากนั้นให้ดำเนินการเช่นเดียวกันกับเท้าข้างตรงกันข้าม

หมายเหตุ เรือนจำ/ทัณฑสถานจะใช้การตรวจด้วยอุปกรณ์ในข้อ ๕.๒ ร่วมกับวิธีการค้นตัวผู้ต้องขังแบบปกติด้วยก็ได้

- ๔ -

๕.๑.๒ การตรวจค้นสิ่งของในตัวผู้ต้องขังแบบพิเศษ (Strip Search) การตรวจค้นลักษณะนี้เป็นการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้า จะกระทำต่อเมื่อมีเหตุสงสัยหรือเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการซุกซ่อนสิ่งของต้องห้ามตามร่างกาย และต้องตรวจค้นภายในห้องหรือบริเวณที่ลับตา เพื่อให้ไม่เกิดความอับอายซึ่งถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ หลักการสำคัญเจ้าหน้าที่จะต้องไม่สัมผัสร่างกายของผู้ต้องขังอย่างเด็ดขาด การตรวจค้นแบบนี้ควรมีเจ้าหน้าที่อย่างน้อย ๒ คน เพื่อป้องกันการร้องเรียน ขั้นตอนการตรวจค้นแบบพิเศษจะคล้ายกับการตรวจค้นแบบปกติ จุดที่แตกต่างอยู่ที่ขั้นที่ ๒ และ ๓ กล่าวคือขั้นที่ ๒ และ ๓ ของการตรวจค้นปกติจะเป็นการสัมผัสผู้ต้องขัง แต่ขั้นที่ ๒ และ ๓ ของการตรวจค้นแบบพิเศษจะเป็นการสั่งให้ผู้ต้องขังถอดเสื้อผ้าและทำท่าตามคำสั่งที่เจ้าหน้าที่กำหนด ดังนี้

ขั้นที่หนึ่ง ปฏิบัติเช่นเดียวกับการตรวจค้นแบบปกติ

ขั้นที่สอง เป็นขั้นตอนที่ใช้คำสั่งให้ผู้ต้องขังปฏิบัติตาม ดังนี้

๑) เจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ต้องขังถอดเสื้อผ้า (กรณีเป็นผู้ต้องขังหญิงให้ถอดชุดชั้นใน) กางเกงรวมถึงกางเกงในออกแล้วสั่งให้วางเสื้อผ้าทั้งหมดไว้ด้านข้าง (กรณีผู้ต้องขังหญิงเจ้าหน้าที่ที่อยู่ด้านหน้าสั่งให้ผู้ต้องขังใช้มือทั้งสองข้างยกเด้ามทั้งสองข้างขึ้นเพื่อตรวจดูสิ่งของที่อาจซ่อนได้รวม)

๒) ให้ผู้ต้องขังหันหลังเพื่อตรวจบริเวณด้านหลัง หลังจากนั้นให้ผู้ต้องขังหันหน้าเพื่อตรวจดูบริเวณด้านหน้า หากเป็นชายที่มีหู อาจสั่งให้ผู้ต้องขังยกหูทั้งด้านใต้เพื่อตรวจดูบริเวณล่างหากเป็นหญิงให้ผู้ต้องขังหญิง ยกบริเวณเด้ามขึ้นเพื่อตรวจดูคานล่างของเด้าม

ขั้นที่สาม เป็นการตรวจบริเวณลำตัวท่อนล่างลงไปซึ่งได้แก่ บริเวณอวัยวะเพศ ทวารหนัก งามนิ้วเท้า และฝ่าเท้า

๑) เจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ต้องขังชายใช้นิ้วชี้และนิ้วกลางยกบริเวณท่อนอวัยวะเพศขึ้นด้านบนแนบกับลำตัวให้เจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งสังเกตบริเวณอวัยวะเพศ (กรณีเป็นผู้ต้องขังหญิงให้ข้ามไปข้อ ๒)

๒) เจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ต้องขังหันหลังกลับ กางขาออกพอสมควร แล้วให้ผู้ต้องขังกับโค้งลำตัวไปด้านหน้าของผู้ต้องขัง จนเจ้าหน้าที่ ผู้ออกคำสั่งสามารถสังเกตเห็นบริเวณช่องทวารหนัก หรือหากเป็นผู้ต้องขังหญิงเจ้าหน้าที่สามารถสังเกตเห็นส่วนของอวัยวะเพศ

๓) ให้เจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ต้องขังยกเท้าข้างหนึ่งขึ้นด้านหลัง (พับขาประมาณ ๔๐ องศาไปด้านหลัง) อีกทั้งให้ผู้ต้องขังกางนิ้วเท้าออก หลังจากนั้นให้ดำเนินการเช่นเดียวกันกับเท้าข้างตรงกันข้าม กรณีเจ้าหน้าที่ ๒ คน ให้อยู่ด้านหน้าผู้ต้องขัง ๑ คน และด้านหลัง ๑ คน เจ้าหน้าที่ที่อยู่ด้านหน้าเป็นผู้ออกคำสั่ง ผู้อยู่ด้านหลังเป็นผู้รับเสื้อผ้า สิ่งของ ของผู้ต้องขังและทำการตรวจสอบ โดยเมื่อตรวจสอบแต่ละอย่างแล้วเสร็จจะส่งสัญญาณให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ด้านหน้าดำเนินการในขั้นต่อไป

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ปิยธิดา จันทร์หอม
วัน เดือน ปี เกิด	27 มิถุนายน 2537
สถานที่เกิด	จังหวัดประจวบคีรีขันธ์
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2559 สอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภา ทนายความ รุ่นที่ 48 เนติบัณฑิตไทย จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 71
ที่อยู่ปัจจุบัน	91/91 หมู่ 1 ตำบลหนองอ้อ อำเภอบ้านโป่ง จังหวัดราชบุรี