



การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง : ศึกษากรณีกลุ่มบุคคล
ที่มีความหลากหลายทางเพศ

โดย

นายธรรศนัย อ่อนทอง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

PRISONER'S RIGHTS PROTECTION : STUDY ON
LGBTI PRISONERS

BY

MR. THASSANAI ONTHONG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

CRIMINAL LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2018

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายธรรศนัย อ่อนทอง

เรื่อง

การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง : ศึกษากรณีกลุ่มบุคคล
ที่มีความหลากหลายทางเพศ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2562

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(รองศาสตราจารย์ ประธาน วัฒนวานิชย์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์


(ศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสริมธากุล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(นางสาวปิติกาญจน์ สิทธิเดช)

คณบดี


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง : ศึกษากรณีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
ชื่อผู้เขียน	นายธรรศนัย อ่อนทอง
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายอาญา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ
ปีการศึกษา	2561

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาถึงการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย ศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย เนื่องจากผู้ต้องขังกลุ่มนี้มีความจำเป็นพิเศษแตกต่างจากผู้ต้องขังทั่วไป ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเสมอภาคผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจึงต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมตามความจำเป็นพิเศษนั้นด้วย แต่กฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติและแนวปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ที่ใช้เป็นมาตรฐานการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในแต่ละเรือนจำ ส่วนใหญ่ยังคงยึดตามเพศกำเนิดเป็นหลักทำให้ผู้ต้องขังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามที่ควรจะเป็น จากการศึกษาพบว่า การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศตามลักษณะเพศที่กำเนิด ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลที่คำนึงถึงเพศที่มีความหลากหลายที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังด้วย ตั้งแต่ขั้นตอนการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง การตรวจค้นร่างกาย การพิจารณาจัดสถานที่คุมขัง รวมถึงความจำเป็นพิเศษอื่นๆ ดังนั้นประเทศไทยควรมีบทบัญญัติเฉพาะเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิ ในแต่ละขั้นตอนที่สำคัญเพื่อใช้ปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่กำหนดมาตรฐานให้แต่ละเรือนจำ

คำสำคัญ: สิทธิผู้ต้องขัง, การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง, ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ, ความหลากหลายทางเพศ

Thesis Title	PRISONER'S RIGHTS PROTECTION : STUDY ON LGBTI PRISONERS
Author	Mr. Thassanai Onthong
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Narong Jaiharu
Academic Years	2018

ABSTRACT

This thesis aims to study on the protection of rights of LGBTI prisoners in Thailand by comparing to the legal and regulatory measures adopted in overseas jurisdictions namely America, England and Australia. LGBTI prisoners have special needs which are much different from those of other prisoners. Hence, in order to provide such group with equal treatment, LGBTI prisoners should be ensured of appropriate treatment corresponding to their special needs. However, up to date Thailand has no provisions of laws and a written guidelines to address LGBTI prisoners issue also none to be used as a standard practice for all prisons. The absence of the standard practice leads to variation of treatment by each local prison. Most local prisons currently conduct the treatment based on prisoners' gender assigned at birth (male and female). As a result, the LGBTI prisoners' rights are not protected as they should. According to the study, such form of treatment is not in line with the international standards which require the state to develop policies to ensure that the procedures relating to the LGBTI prisoners viz. gender identification, searching in person and custody room should be appropriate to the prisoners' gender identity and satisfied their distinct type of needs. Therefore, Thailand should enact specific provision of law to certify and protect the LGBTI prisoners' rights including prescribe policies and procedures on treatment of LGBTI prisoners to be implemented as a standard for each prison.

Keywords: Prisoners' rights, Protection of prisoners' rights, LGBTI prisoner, Sexual diversity

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ก็เนื่องด้วยความกรุณาของ ศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ ซึ่งรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำเกี่ยวกับกรอบความคิดของการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง อันเป็นประเด็นปัญหาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากนี้ท่านยังให้คำแนะนำและชี้แนะแนวทางในการเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ รวมทั้งช่วยตรวจปรับแก้เนื้อหาจนสำเร็จ

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ประธาน วัฒนวานิชย์ ซึ่งรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้ข้อชี้แนะต่างๆที่มีประโยชน์สำหรับผู้เขียนเป็นอย่างมาก รวมทั้ง ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสริมธากุล และอดีตอธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ นางสาวปิติกาญจน์ สิทธิเดช ซึ่งรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และแนะนำประเด็นต่างๆ ทำให้ผู้เขียนสามารถเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ได้อย่างสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงขอขอบพระคุณกรรมการทุกท่านด้วยจิตคารวะไว้ ณ ที่นี้

เหนือสิ่งอื่นใด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลผู้มีพระคุณสูงสุดในชีวิต คือ คุณสวัสดิ์ อ่อนทอง และคุณพัชรากร อ่อนทอง บิดาและมารดาผู้ซึ่งอบรมสั่งสอนและชี้แนะแนวทางในการดำเนินชีวิต และเป็นเบื้องหลังแห่งความสำเร็จในทุกๆเรื่องของผู้เขียน รวมทั้ง คุณขวัญลดา อ่อนทอง พี่สาวของผู้เขียน ที่คอยให้กำลังใจจนทำให้ผู้เขียนสามารถทำทุกอย่างได้บรรลุความมุ่งหมาย

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณวรินทร์รา เกษมราษฎร์ ผู้เป็นกำลังใจสำคัญ และคอยช่วยเหลือผู้เขียนเสมอมา ทั้งด้านวิชาการและความสะดวกในการเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมทั้งขอขอบคุณเพื่อนๆในระดับบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่คอยให้คำปรึกษา ช่วยผู้เขียนแก้ปัญหาต่างๆ และเป็นกัลยาณมิตรที่ดีสำหรับผู้เขียนตลอดระยะเวลาที่ศึกษาในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยเฉพาะคุณวิวรรณ เพชรรัตน์ คุณเหมือน สุขมาตย์ คุณธานี เสนาธิบัติ คุณตุลาการ คมสุวรรณ และคุณวัทธิกร วัฒนพาน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้อาจมีความบกพร่องด้วยประการใดๆ ผู้เขียนขอน้อมรับความบกพร่องดังกล่าวไว้แต่เพียงผู้เดียว หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณความดีอย่างใดๆ ผู้เขียนขอยกคุณความความดีให้แก่บิดา มารดา ผู้เป็นที่รักและเคารพยิ่งของผู้เขียน และคุณครูอาจารย์ที่อบรมสั่งสอนผู้เขียนตั้งแต่เยาว์วัยจนผู้เขียนสามารถดำเนินชีวิตจวบจนปัจจุบันนี้

นายธรรศนัย อ่อนทอง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(2)
กิตติกรรมประกาศ	(3)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	3
1.3 สมมติฐาน	3
1.4 ขอบเขตการศึกษา	3
1.5 วิธีการศึกษา	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	4
1.7 นิยามศัพท์	4
บทที่ 2 ข้อความคิดทั่วไปและมาตรฐานสากลในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ	6
2.1 ความหมายและสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ	6
2.1.1 ความหมายและสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	6
2.1.2 ความหมายและสถานะของสิทธิและเสรีภาพ	10
2.2 การคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง	12
2.2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง	12
2.2.2 ลักษณะความจำเป็นพิเศษและแนวทางการดำเนินงานของรัฐต่อกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ	14

2.3 หลักสากลในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ	35
2.3.1 ปณิญาสาเกล้าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948	35
2.3.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966	37
2.3.3 ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติ ว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังฉบับปรับปรุง (ข้อกำหนดแมนเดลา)	40
2.3.4 ข้อกำหนดกรุงเทพ	44
2.3.5 หลักการयोगยการ์ดา ค.ศ. 2007	45
บทที่ 3 การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในต่างประเทศ	48
3.1 สหรัฐอเมริกา	48
3.1.1 ความเป็นมา กฎหมายและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิ ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ	48
3.1.2 กฎหมายและแนวปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลาย ทางเพศในปัจจุบัน	52
3.2 อังกฤษ	72
3.2.1 ความเป็นมา คำพิพากษาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิ ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ	72
3.2.2 กฎหมายและแนวปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลาย ทางเพศในปัจจุบัน	78
3.3 ออสเตรเลีย	92
3.3.1 ความเป็นมาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง ที่มีความหลากหลายทางเพศ	92
3.3.2 กฎหมายและแนวปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลาย ทางเพศในปัจจุบัน	97

บทที่ 4 การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย	110
4.1 กฎหมายไทยที่สำคัญเกี่ยวข้องกับสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ	110
4.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	110
4.1.2 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558	111
4.1.3 พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 กฎกระทรวง และระเบียบกรมราชทัณฑ์	113
4.2 แนวปฏิบัติสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย	114
4.2.1 การพิจารณาระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง	114
4.2.1.1 แนวทางแก้ปัญหาการพิจารณาระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง	116
4.2.2 การตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง	118
4.2.2.1 แนวทางแก้ปัญหาการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง	120
4.2.3 การพิจารณาจัดสถานคุมขัง	121
4.2.3.1 แนวทางแก้ปัญหาการพิจารณาจัดสถานคุมขัง	123
4.2.4 มาตรการความจำเป็นอื่นสำหรับผู้ต้องขัง	127
4.2.4.1 แนวทางแก้ปัญหาการจัดให้มีมาตรการความจำเป็นอื่น	127
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	132
5.1 บทสรุป	132
5.2 ข้อเสนอแนะ	138
บรรณานุกรม	141
ประวัติผู้เขียน	147

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของการศึกษา

เสียงแผ่วเบาหลังกำแพงสูงของเรือนจำ ที่น้อยคนนักจะได้ยิน เข้าใจ และให้ความสำคัญ คือเสียงของกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTI) ที่มีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ตามสภาพสังคม และสิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปในโลกปัจจุบัน จากสถิติของกรมราชทัณฑ์ที่ได้สำรวจเป็นครั้งแรก เมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2559 พบว่า ปัจจุบันมีผู้ต้องขัง (LGBTI) จำนวน 4,448 คน แบ่งออกเป็น กระเทย 1,804 คน เกย์ 352 คน ทอม 1,247 คน ดี 1,011 คน และผู้ที่แปลงเพศจากชายเป็นหญิงแล้ว 34 คน¹ จากจำนวนผู้ต้องขังที่เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ แต่กลับสวนทางกับกฎหมายหรือมาตรการที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังกลุ่มนี้ที่มีลักษณะความต้องการพิเศษแตกต่างไปจากผู้ต้องขังทั่วไป

ปัจจุบันการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังในประเทศไทย ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ตั้งแต่ขั้นตอนการรับตัวผู้ต้องขัง การจำแนกประเภทลักษณะของผู้ต้องขัง การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังภายในเรือนจำ ตลอดจนขั้นตอนการปล่อยตัวผู้ต้องขังออกสู่สังคม หากมุ่งประเด็นไปที่ผู้ต้องขังชายที่มีสภาพจิตใจเป็นหญิง ที่ยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศหรือผ่าตัดเสริมเพียงเฉพาะหน้าอก จะพบว่ายังได้รับการปฏิบัติเฉกเช่น ผู้ต้องขังเพศชายทั่วไป เนื่องจากยังไม่มีบทบัญญัติหรือกฎหมายรองรับ อีกทั้งการแยกประเภทของผู้ต้องขังยังยึดถือตามเพศกำเนิด ส่วนผู้ต้องขังที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วจะถูกแยกขังเดี่ยวต่างหาก เปรียบเสมือนเป็นคุกซ้อนคุกอีกชั้นหนึ่ง แต่บางเรือนจำยังคงใช้วิธีการขังรวมเนื่องจากข้อจำกัดเรื่องสถานที่ และตามแนวนโยบายของแต่ละเรือนจำ เนื่องด้วยระบบกฎหมายไทยยังจัดว่าบุคคลดังกล่าวเป็นเพศชายและยึดถือระเบียบปฏิบัติเดียวกับผู้กระทำผิดที่เป็นเพศชาย จึงยังไม่มีกำหนด นโยบายและแนวทางการปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม

การไม่มีกฎหมายหรือแนวปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม ทำให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTI) ไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสม สอดคล้องกับเพศวิถีที่หลากหลาย

¹ใจเอื้อ ชีรานนท์, “การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเพศที่สามในเรือนจำ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://www.nathee-chitsawang.com>

อย่างเสมอภาค เท่าเทียมกับบุคคลที่มีภาวะเพศชายและเพศหญิงโดยทั่วไป จากกรณีศึกษา² คุณแบ่ง (นามสมมติ) นักกิจกรรมฝ่ายประชาธิปไตย เธอได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงเรียบร้อยแล้ว ในระหว่างที่เธอถูกควบคุมตัว ณ เรือนจำ ในช่วงเวลาค่าของวันที่ 24 มิถุนายน 2558 คุณแบ่งได้ถูกควบคุมตัวร่วมกับบุคคลที่เข้าสู่กระบวนการฝากขังเพศชาย ต้องผ่านการคัดกรองผู้ต้องขัง ซึ่งคุณแบ่งได้รับการปฏิบัติเหมือนผู้ต้องขังเพศชายทั่วไป ด้วยวิธีการถอดเสื้อผ้าท่อนบน ปิดเฉพาะยอดปทุมกันเท่านั้น มีการค้นตัวเพื่อหาสารเสพติด ด้วยการถอดเสื้อผ้าเพื่อตรวจค้น โดยเจ้าพนักงานชายเป็นผู้ตรวจและกระทำต่อหน้าเจ้าพนักงานชายหลายคน ทั้งที่ร่างกายจิตใจของเธอเป็นหญิงอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ จากกรณีศึกษา จะเห็นได้ว่าคุณแบ่งที่ได้รับการแปลงเพศโดยมีเพศสภาพเป็นหญิงครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว ไม่สมควรถูกตรวจค้นร่างกายโดยเจ้าพนักงานชาย หรือถูกคุมขังในเรือนจำชาย การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชน ของบุคคลในการที่จะถูกปฏิบัติอย่างเหมาะสมตามเพศสภาพที่เขาเลือกที่จะเป็นคนกำหนดเอง

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเพื่อคุ้มครองผู้ต้องขัง (LGBTI) เป็นการเฉพาะ ซึ่งหากบุคคลกลุ่มนี้ต้องถูกควบคุมตัว ผู้ถูกควบคุมตัวต้องได้รับการควบคุมตัวในเรือนจำตามอัตลักษณ์ทางเพศที่เหมาะสม เพราะผู้ต้องขังกลุ่มนี้จำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติ และมีความต้องการพิเศษที่แตกต่างจากผู้ต้องขังทั่วไป เนื่องด้วยสภาพจิตใจที่อ่อนไหว รวมถึงสภาพร่างกายรูปลักษณ์ภายนอก ที่อาจจะเชื่อเชื่องต่อการถูกล่วงละเมิดได้ง่าย

ดังนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาหลักการสากล หลักกฎหมายภายในของต่างประเทศ รวมถึง มาตรการต่างๆในการที่จะคุ้มครองสิทธิของกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่มีความต้องการพิเศษและมีลักษณะเฉพาะ เพื่อทำการศึกษาว่าสิทธิดังกล่าวมีบัญญัติไว้ในกฎหมายไทยเพียงใดสอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำหรือไม่ และมีการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังตามมาตรฐานขั้นต่ำหรือไม่ รวมทั้งพิจารณาถึงสภาพปัญหาและอุปสรรคที่ไม่อาจดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำเพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขต่อไป

² กลุ่มเพื่อประชาธิปไตยและความหลากหลายทางเพศ, “ข้อเรียกร้องต่อการควบคุมตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ,” ประชาไท, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://prachatai.com/journal/2015/06/59954>.

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาถึงความจำเป็นพิเศษและแนวปฏิบัติเฉพาะของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ
- 2) เพื่อศึกษาหลักการสากล หลักกฎหมายภายในของไทยและต่างประเทศ ตลอดจนมาตรการต่างๆที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ
- 3) เพื่อทำการศึกษาปัญหาของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศของไทยและหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายไทย ตลอดจนหลักการสากล
- 4) เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมและเป็นการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศของไทยให้เป็นไปตามหลักการสากล

1.3 สมมติฐานการศึกษา

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติออกมาเพื่อคุ้มครองสิทธิของกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นการเฉพาะ และจากการศึกษาหลักการสากล กฎหมายภายในรวมถึงแนวปฏิบัติของบางประเทศ ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิของกลุ่มบุคคลดังกล่าวไว้โดยแยกจากผู้ต้องขังทั่วไป ทำให้คนกลุ่มนี้ได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมตามอัตลักษณ์ทางเพศที่เขาพึงได้รับ ประเทศไทยจึงควรมีกฎหมายที่คุ้มครองกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

1.4 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งจะทำการศึกษานำทางในการคุ้มครองสิทธิกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยจะทำการศึกษาจาก หลักการสากล หลักกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย และญี่ปุ่น รวมถึงมาตรการต่างๆ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย เพื่อแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมในการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.5 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย ตำราด้านกฎหมาย วารสาร บทความ และวิทยานิพนธ์ ตลอดจนข้อมูลต่างๆจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการศึกษาจากสื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ นำมาศึกษาเปรียบเทียบ และวิเคราะห์เพื่อหาข้อสรุปที่เป็นประโยชน์ในการพัฒนากฎหมายต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ทำให้เข้าใจถึงความจำเป็นพิเศษของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่แตกต่างไปจากผู้ต้องขังทั่วไป
- 2) ได้ทราบแนวปฏิบัติเฉพาะที่เหมาะสมสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศแต่ละคน
- 3) ได้ทราบปัญหาการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ หลักกฎหมาย ตลอดจนมาตรการต่างๆที่เกี่ยวข้องในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ
- 4) ได้ทราบแนวทางที่จะนำไปปฏิบัติอย่างชัดเจน เหมาะสม เพื่อคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศให้เป็นไปตามหลักการสากล

1.7 นิยามศัพท์

วิถีทางเพศ (Sexual Orientation) หมายถึง ความรู้สึกรักใคร่ชอบพอ เสน่หาในบุคคลเพศใดก็ตาม ไม่ว่าบุคคลนั้นมีเพศเดียวกับตนเอง หรือบุคคลนั้นมีเพศตรงกันข้ามกับตน หรือความรู้สึกดึงดูดทางเพศกับทั้งสองแบบ

อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) หมายถึง ความรู้สึกภายในจิตใจ ที่นิยามว่าตนเองเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายหรืออื่นๆ รวมทั้งการแสดงออกทางเพศภาวะ เช่น การแต่งกาย การพูดจา และกิริยาอื่นๆ

การแสดงออกทางเพศ (Gender Expression) หมายถึง การแสดงออกถึงอัตลักษณ์ทางเพศของแต่ละบุคคล และการแสดงออกที่รับรู้ในสายตาของผู้อื่น โดยทั่วไปคนเรามักจะมีการแสดงออกทางเพศที่ตรงกับอัตลักษณ์ทางเพศของตนไม่ว่าจะมีเพศกำเนิดเป็นเพศใดก็ตาม

LGBTI (กลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ) คำย่อซึ่งหมายถึง กลุ่มคนที่เป็น เลสเบี้ยน เกย์ คนรักสองเพศ คนข้ามเพศ และคนที่มีเพศกำกวม

ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ ผู้ศึกษาหมายถึง บุคคลซึ่งผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศทั้งหมดหรือบางส่วน หรือบุคคลซึ่งไม่ได้ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศ แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด



บทที่ 2

ข้อความคิดทั่วไปและมาตรการสากลในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง ที่มีความหลากหลายทางเพศ

ในบทนี้จะศึกษาถึงแนวความคิดของการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง โดยเฉพาะสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTI) ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่จำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติและมีความต้องการพิเศษที่แตกต่างจากผู้ต้องขังทั่วไป อันได้แก่ การได้รับความคุ้มครอง มีกระบวนการรับเรื่องราวร้องเรียนที่มีประสิทธิภาพ การดูแลด้านสุขภาพอนามัย การแยกขัง การจัดกิจกรรมให้แก่ผู้ต้องขัง การจัดเตรียมความช่วยเหลือก่อนและหลังการปล่อยตัว โดยเริ่มพิจารณาจากความหมายและสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อเข้าใจถึงความจำเป็นและความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง ตลอดจนหลักสากลที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.1 ความหมายและสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองในเรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ รวมถึงความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” แสดงให้เห็นว่าการรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ย่อมหมายความว่ารวมถึงการรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรี สิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังซึ่งมีฐานะเป็นพลเมืองคนหนึ่งด้วย ดังนั้นจึงจะทำการศึกษาความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามลำดับดังนี้

2.1.1 ความหมายและสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนอันเป็นพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ก่อให้เกิดผลผูกพันประเทศไทยซึ่งได้ลงนามรับรองจะต้องปฏิบัติตาม เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของปณิญาดังกล่าว พบว่าสิ่งที่ปณิญาฯ มุ่งคุ้มครองคือ “สิทธิมนุษยชน” โดยอ้างถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในฐานะที่เป็นวัตถุประสงค์หนึ่งในการคุ้มครองสิทธิของมนุษย์และเสรีภาพ

ขั้นพื้นฐาน¹ จึงต้องทำความเข้าใจถึงความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และกรณีที่บุคคลจะอ้างถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของตนเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนได้ทุกกรณีหรือไม่

จากอดีตจนถึงปัจจุบันคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ยังไม่มีนิยามใดที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป ดังนั้นการที่จะทำความเข้าใจเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงจำเป็นต้องย้อนกลับไปศึกษาความเป็นมาในประวัติศาสตร์ของคำว่า “ศักดิ์ศรี” ซึ่งในทางประวัติศาสตร์ได้มีการนิยามความหมายแตกต่างกันออกไป

ตามความหมายของชาวโรมัน “ศักดิ์ศรี” หมายถึงเกียรติในส่วนบุคคลที่ปรากฏต่อสาธารณะ ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความหมายของชาวโรมันจึงไม่ใช่เรื่องของบุคคลทุกคน หากแต่หมายถึงเฉพาะบุคคลที่ได้รับเกียรติจากสาธารณะ

ความเข้าใจของศาสนาคริสต์ “ศักดิ์ศรี” หมายถึงความเมตตาของพระเจ้า ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในทางศาสนาคริสต์ว่า มนุษย์นั้นถูกสร้างขึ้นตามความประสงค์ของพระผู้เป็นเจ้า ดังนั้นจึงไม่มีผู้ใดสามารถที่จะพรากหรือทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่นหากแต่จะถูกทำลายได้โดยบาปของตนเอง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในความหมายของคริสต์ศาสนาจึงเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระผู้เป็นเจ้า คำสอนว่ามนุษย์ทุกคนเสมอเหมือนกันในสายตาของพระผู้เป็นเจ้า เพราะต่างเป็นบุตรของพระผู้เป็นเจ้าทุกคน คำสอนในเรื่องศักดิ์ศรีหรือคุณค่าของความเป็นมนุษย์ในความหมายที่มนุษย์คือสัตว์โลกที่พระผู้เป็นเจ้าสร้างขึ้นตามรูปแบบฉายาของพระองค์ (Image of God) มนุษย์จึงไม่อาจยอมให้อำนาจรัฐอยู่เหนือมนุษย์ชนิดที่ปราศจากเงื่อนไข มนุษย์จึงเป็นสิ่งสูงส่ง เป็นศูนย์กลางของสรรพสิ่ง และมนุษย์จะต้องมีความเคารพต่อกันรู้จักใช้กันและกัน

ส่วนในทางกฎหมายคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นักกฎหมายชาวเยอรมัน Guenter Duering ได้ให้คำอธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสถานะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง²

¹ อดัม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดนานาสังพิมพ์, 2544), น.22.

² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.89.

Klaus Stern ได้ให้ความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ว่าหมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำกัดคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคล ในความหมายนี้ “ศักดิ์ศรี” จึงหมายถึงลักษณะบางประการที่สร้างออกมาเป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์ อันเป็นสาระัตถะในการกำหนดความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสาระัตถะที่มนุษย์แต่ละคนได้รับเพื่อแก่ความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น³

W.Maihofer และ R.F. Behrendt เห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นการแสดงออกถึงการสร้างปริมณฑลของความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลให้กว้างที่สุดเท่าที่จะทำได้และใช้ประโยชน์จากปริมณฑลดังกล่าวเพื่อการดำรงไว้ซึ่งชีวิตมนุษย์ และเพื่อปรับปรุงชีวิตมนุษย์ให้ดีขึ้นโดยวิธีการพัฒนาขีดความสามารถของมนุษย์ไปสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้⁴

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้อธิบาย “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ในคดี KPD-Urteil ว่าเป็นการเรียกร้องการสร้างตนเองอย่างอิสระของปัจเจกบุคคลในรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งถือว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” มีคุณค่าสูงสุด เป็นสิ่งที่มีอาจล่วงละเมิดได้ ต้องให้ความเคารพและต้องได้รับความคุ้มครองจากรัฐ มนุษย์ คือ คุณลักษณะส่วนบุคคลที่มีความสามารถในการสร้างชีวิตบนความรับผิดชอบของตนเอง ดังนั้นเพื่อเห็นแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคล จะต้องทำให้เกิดความมั่นคงแก่ปัจเจกบุคคลในการพัฒนาลักษณะส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁵

จากการให้นิยามของนักนิติศาสตร์และโดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน อาจสรุปได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะ อันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับการเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา คุณค่าของมนุษย์ดังกล่าวนี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้นๆ ภายใต้ความรับผิดชอบของตนเอง โดยถือว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคุณค่าที่มีอาจล่วงละเมิดได้

³ เฟ้งอ้วง, น.89.

⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, เฟ้งอ้วง, น.89.

⁵ เฟ้งอ้วง, น.90.

ในปัจจุบันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นศีลธรรมขั้นสูงและเป็นหลักประกันการดำเนินชีวิตของสมาชิกในสังคม⁶ ที่มนุษย์จะได้รับการปฏิบัติต่อบุคคลอื่นโดยไม่ถูกลดคุณค่าของความเป็นมนุษย์ลง เพราะการที่มนุษย์ผู้หนึ่งได้กระทำการอันเป็นการลดคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่นลงถือว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁷ หรือในกรณีที่รัฐใช้อำนาจกระทำการใดในลักษณะที่ทำให้มนุษย์ถูกลดคุณค่าลงกลายเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐไม่ใช่เป้าหมายในการดำเนินการของรัฐ การกระทำของรัฐเช่นนี้ย่อมเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นกัน และย่อมส่งผลให้การดำเนินการของรัฐนั้นขัดกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ⁸

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ประกอบด้วยรากฐานสำคัญ 2 ประการ

ประการแรก คือ “สิทธิในชีวิตและร่างกาย” เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติ จึงไม่อาจจะถูกพรากไปจากบุคคลได้ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์และแสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระในการกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ ซึ่งบุคคลทุกคนต้องเคารพในสิทธิของบุคคลอื่น

ประการที่สอง คือ “สิทธิในความเสมอภาค” เป็นการแสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน หากปราศจากหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาค มนุษย์อาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นๆ ในสังคม หรืออาจถูกเลือกปฏิบัติจากผู้ใช้อำนาจรัฐ สิทธิทั้งสองประการจึงเป็นรากฐานสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่จะทำให้บุคคลนั้นสามารถดำรงตนอยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรีอย่างแท้จริง⁹

ประเทศเสรีประชาธิปไตย ต่างยึดมั่นในคำสอนของลัทธิปัจเจกชนนิยมที่ว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี” ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมโดยจะปรากฏให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมในรูปของความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง และมนุษย์จะมีความสามารถเช่นนี้ได้เมื่อมี “แดนแห่งเสรีภาพ” (Sphere of Individual Liberty) โดยภายในแดนแห่งเสรีภาพของตน บุคคลสามารถที่จะคิดหรือกระทำการใดๆ ได้อย่างอิสระ ปราศจากการแทรกแซงของบุคคลอื่นโดยเฉพาะผู้ใช้อำนาจรัฐ

⁶ อ่างแล้ว เชียงอรุณที่ 1, น.41-42.

⁷ อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ, *เพ็ญอ่าว*, น.28-29.

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.96.

⁹ อ่างแล้ว เชียงอรุณที่ 2, น.91.

ดังนั้นรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจึงบัญญัติขึ้นเพื่อรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และให้การรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้านต่างๆที่มนุษย์พึงมี ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 4 และมาตรา 26 จึงถือได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าหรือวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ได้รับการรับรองคุ้มครองแยกต่างหากจากสิทธิและเสรีภาพแล้ว นอกจากนี้ยังถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงด้วยเพราะโดยสภาพพื้นฐานแล้วสิทธิและเสรีภาพต่างๆเป็นเพียงผลของการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹⁰

2.1.2 ความหมายและสถานะของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิ (Right) คืออำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ กล่าวคือ สิทธิเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่น หรือหลายคนกระทำการ หรือละเว้นการกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน¹¹ ซึ่งบุคคลจะเป็นผู้เลือกใช้สิทธินั้นเอง โดยไม่มีผู้ใดมาบังคับได้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิประเภทใดไม่มีการบังคับว่าต้องใช้สิทธินั้นเสมอไป จะใช้หรือไม่ใช้สิทธิที่ตนมีอยู่ย่อมเป็นไปตามความสมัครใจ¹²

ส่วน สิทธิตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุด ได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตนโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ดังนั้นสิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ

¹⁰ อ่างแล้ว เจริญรัตน์ 8, น.93.

¹¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.21-46.

¹² สกล สกลเดช, การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ในสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพของชนชาวไทย โดยโครงการศูนย์กฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2543), น.25-26.

ตามรัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของประชาชนไว้เพิ่มขึ้นจากเดิมไม่ว่าจะเป็นสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิทธิได้รับการสาธารณสุขจากรัฐ สิทธิที่จะถูกคุ้มครองในฐานะผู้บริโภค เป็นต้น และรัฐต้องให้ความคุ้มครองต่อสิทธิของประชาชนโดยไม่ใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายอันส่งผลให้สิทธินั้นเสียไป

ส่วน เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงหมายถึง อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเองหรืออำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง อันได้แก่ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น หรือภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ และไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ และมีอำนาจเพียงเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน¹³ เช่น เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในทางความเชื่อของบุคคล เป็นต้น เสรีภาพจึงเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่จะกระทำการใดๆ ได้อย่างอิสระเสรี ตราบเท่าที่ไม่กระทบกระทั่งสิทธิของผู้อื่น¹⁴

สิทธิและเสรีภาพจึงมีความแตกต่างกันตรงที่ สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในการความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น โดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันหนึ่งอันใดให้ประโยชน์แก่ตน ในขณะที่เสรีภาพนั้นเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีการใช้คำว่าสิทธิและเสรีภาพปนกันไปและเรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนพึงมีว่าเป็น “สิทธิมนุษยชน”(Human Right) หรือในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเรียกบรรดาสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน”(Basic Right) กระนั้นก็ตามสิ่งที่ต้องระลึกไว้เสมอก็คือ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิมนุษยชน หรือสิทธิขั้นพื้นฐานโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็น สิทธิในเสรีภาพ คือเป็นอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกระทำการต่างๆ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางจากรัฐนั่นเอง

¹³ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 11, น.22.

¹⁴ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น.26.

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่างบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพซึ่งถือว่ามนุษย์ทุกคนจำเป็นต้องมีและใช้เพื่อพัฒนาตนเอง เป็นคุณค่าสูงสุดที่องค์กรต่างๆของรัฐทุกองค์กรจะต้องเคารพและให้การคุ้มครองในฐานะที่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลบังคับโดยตรงแก่องค์กรเหล่านั้น โดยไม่ต้องมีการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นมาใช้ขึ้นอีกชั้นหนึ่ง

โดยผลของการบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ ทำให้การบังคับโทษจำคุก ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้กระทำความผิดลงนั้น รัฐจะต้องยึดถือหลักการดังกล่าวเป็นสำคัญในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง เพื่อไม่ให้เป็นการทำลายคุณลักษณะของความเป็นมนุษย์ไป¹⁵ เนื่องจากการบังคับโทษมุ่งผลสำเร็จในการสร้างจิตสำนึก สร้างความรู้ผิดชอบชั่วดี ให้เกิดกับบุคคลที่ต้องโทษ และบุคคลนั้นสามารถกลับตนเป็นคนดีคืนสู่สังคมต่อไปได้

2.2 การคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง

หัวข้อนี้จะกล่าวถึงแนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิของผู้ต้องขัง โดยทั่วไปโดยเน้นที่การคุ้มครองผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศรวมถึงลักษณะความจำเป็นพื้นฐานของผู้ต้องขังกลุ่มนี้

2.2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง

ในสมัยก่อนการให้ความคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังมักถูกละเลย ไม่ได้ได้รับความสนใจมากนักเนื่องด้วยสาเหตุที่ผู้กระทำความผิดมักจะถูกมองว่าเป็นผู้ที่บกพร่องในเรื่องศีลธรรมอย่างร้ายแรงไม่สมควรได้รับการช่วยเหลือ แต่เมื่อยุคสมัยผ่านไป วัตถุประสงค์ของการลงโทษจากเดิมที่ลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็เปลี่ยนมาเป็นการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้ต้องขัง โดยมุ่งคืนคนดีสู่สังคม จึงได้มีการตระหนักถึงสิทธิของปัจเจกชนซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐมากขึ้น

สิทธิของผู้ต้องขังถือเป็นสิทธิพลเมืองอย่างหนึ่งที่มีการเรียกร้องและทำให้ได้มา เนื่องด้วยการที่บุคคลต้องถูกแยกตัวออกไปจากสังคมปกติ ถูกจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหว

¹⁵ ธานี วรภัทร์, หมายความว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.40-41.

เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารกับสังคมภายนอก ส่งผลให้เกิดปัญหาในเรื่องของความถูกต้องชอบธรรม ความพอดีในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง ความทุกข์ทรมานของผู้ต้องขังที่ได้รับจากการถูกจำกัดเสรีภาพตามกฎหมายต่างๆ สิ่งเหล่านี้ จึงได้มีการนำไปสู่การเรียกร้องสิทธิของผู้ต้องขังอันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน (basic human rights) รวมทั้งเรียกร้องให้มีการรับรองสิทธิตามกฎหมายที่บุคคลควรจะได้รับ¹⁶ เพราะจากแนวคิดในทางทฤษฎีที่ว่า สิทธิบางส่วนที่ผู้ต้องขังต้องสูญเสียไปจากการถูกลงโทษ และการสูญเสียสิทธิดังกล่าวหมายความว่าผู้ต้องขังในฐานะที่เป็นปัจเจกชนยังมีสิทธิบางส่วนที่ยังเหลืออยู่จากการถูกลงโทษ¹⁷ อันเป็นสิทธิบางประการในฐานะที่เป็นมนุษย์ไม่อาจถูกจำกัดหรือล่วงละเมิดได้

ซึ่งสิทธิมนุษยชนดังกล่าวนี้เป็นสิทธิที่มีมาตั้งแต่สมัยกรีกและโรมันในรูปของสิทธิธรรมชาติ (Natural right) โดยมีแนวความคิดว่า “มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกันและพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นมาได้ให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์” สิทธิเหล่านี้จึงไม่อาจโอนกันได้และไม่มีใครล่วงละเมิดได้ เป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคนในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และเป็นสิ่งจำเป็นมิใช่เพียงเพื่อการมีชีวิตอยู่ แต่เพื่อการดำรงชีวิตที่มีศักดิ์ศรี กล่าวคือ เพื่อชีวิตที่มีคุณค่าสมกับความเป็นมนุษย์ (Life worthy of a human being)¹⁸ และรัฐทั้งหลายจะต้องทำทุกอย่างเพื่อให้มนุษย์มีสิทธิเหล่านี้อย่างเต็มที่¹⁹

ผู้ต้องขังซึ่งเป็นมนุษย์และถือเป็นพลเมืองของรัฐผู้หนึ่งจึงสมควรได้รับการรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกับประชาชนทั่วไปเนื่องจากสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ทุกคนมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน แม้บุคคลผู้นั้นจะมีพฤติกรรมที่ดูไร้ศักดิ์ศรี ไร้คุณค่า (Undignified Behavior) แต่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเขายังดำรงอยู่มิได้ถูกลิดรอนลงด้วย ฉะนั้นจึงต้องเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่เป็นผู้ต้องหา จำเลยหรือผู้ต้องขังในเรื่องจำคุกเช่นเดียวกัน²⁰

¹⁶ เฟิ่งอว้าง, น.48.

¹⁷ กุลพล พลวัน, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับงานราชทัณฑ์หน่วยที่ 9-15, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช,2539), น.51.

¹⁸ จริญญา โฆษณานันท์, รัฐธรรมนูญ 2540 จากศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์สู่ธัมมิกสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม,2544), น.65.

¹⁹ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, น.48.

²⁰ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 18, น.28-29.

2.2.2 ลักษณะความจำเป็นพิเศษและแนวทางการดำเนินงานของรัฐต่อกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนมุ่งที่จะนำเสนอ “ความจำเป็นพิเศษของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ” ตามที่ผู้เขียนได้ศึกษาจากรายงานการศึกษาวิจัยของ สำนักงานป้องกันยาเสพติดและปราบปรามอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Office on Drugs and Crime) (UNODC) และ องค์การอนามัยโลก(The World Health Organization) (WHO) ที่ได้จัดทำขึ้นผ่านสถานการณ์การราชทัณฑ์ของแต่ละประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา เม็กซิโก และบราซิล เป็นต้น ตลอดจน ข้อเสนอแนะการดำเนินงานให้แก่หน่วยงานของรัฐ เพื่อตอบสนองต่อความจำเป็นพิเศษของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน่วยงานที่มีหน้าที่บริหารจัดการงานราชทัณฑ์โดยตรง ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้อ่านรับรู้และสามารถทำความเข้าใจได้ว่า เหตุใดผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจึงมีความจำเป็นที่ต้องได้รับความคุ้มครองพิเศษจากรัฐมากกว่าผู้ต้องขังที่มีสภาพทางเพศปกติ และมีวิธีการการดำเนินงานที่เป็นสากลใดบ้างที่รัฐจะสามารถดำเนินการเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ต้องขังกลุ่มดังกล่าวได้ เพื่อที่จะสามารถศึกษาและหยิบยกข้อเสนอแนะการดำเนินงานดังกล่าวมาปรับใช้กับหน่วยงานราชทัณฑ์ของประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม

เนื่องด้วยผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (เลสเบี้ยน, เกย์, ผู้ที่มีรสนิยมทางเพศแบบรักสองเพศ และผู้ที่แปลงเพศ) เป็นกลุ่มที่มีความอ่อนไหวและเปราะบางอย่างมากในระบบยุติธรรมทางอาญา และเนื่องด้วยในปัจจุบัน หลายๆประเทศยังไม่มีกฎหมายหรือนโยบายที่ชัดเจนใดๆ ซึ่งแสดงถึงการตระหนักรู้และแนวทางการช่วยเหลือของรัฐต่อปัญหาและความจำเป็นพิเศษของผู้ต้องขังกลุ่มนี้ หรือหากมี ก็ถือว่าน้อยมากทีเดียว เมื่อเทียบกับการเลือกปฏิบัติและการถูกทำร้ายของผู้ต้องขังกลุ่มดังกล่าวในระบบยุติธรรมทางอาญาที่เพิ่มขึ้นทั่วโลก

การมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันของบุคคลที่มีวุฒิภาวะแล้ว และด้วยความยินยอมพร้อมใจของทั้งสองฝ่าย (Consensual same sex relationship) ในปัจจุบัน บางประเทศยังถูกกำหนดให้เป็นการกระทำซึ่งผิดกฎหมายการร่วมเพศแบบวิบัติการ (Sodomy Law) หรือผิดศีลธรรม (Morality Law) และมีโทษอาญา²¹ เช่น ประเทศซูดาน อิหร่าน ซาอุดีอาระเบีย เป็น

²¹ISBN: 92-9037-114-5 International Commission of Jurists, “International Human Rights References to Human Rights Violations on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity,” October 2006.

ต้น²² แต่อย่างไรก็ดีแม้การมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันดังกล่าวจะไม่ถือเป็นการกระทำผิดกฎหมายและมีโทษก็ตาม อคติและการเลือกปฏิบัติ ตลอดจนความเชื่อบางประการต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศก็ยังคงมีอยู่มากในสังคม และมีอยู่ภายในระบบยุติธรรมทางอาญาด้วย ซึ่งทัศนคติของการแบ่งแยกและการเลือกปฏิบัติต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศนี้เองที่จะทำให้เกิดความเชื่อที่ว่า บุคคลเหล่านี้ไม่ควรได้รับความน่าเชื่อถือจากองค์กรของรัฐที่บังคับใช้กฎหมาย และไม่มีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมตามระดับมาตรฐานที่รัฐจัดไว้ให้ อีกทั้งไม่มีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากความรุนแรงที่เกิดขึ้นจากบุคคลอื่นซึ่งมิใช่องค์กรของรัฐด้วย ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในระหว่างถูกจำคุก มักจะต้องเผชิญกับทัศนคติของการแบ่งแยกและเลือกปฏิบัติ เนื่องจากการแสดงออกทางเพศที่แตกต่างไปจากเพศกำเนิด การถูกเหยียดหยาม ถูกทำให้อับอาย ความรุนแรงทั้งต่อร่างกายและทางเพศ ซึ่งในบางประเทศ การที่ผู้ต้องขังกลุ่มนี้ตกเป็นเหยื่อความรุนแรงกลับถูกถือว่าเป็นความชอบธรรมถูกต้องแล้วที่บุคคลเหล่านั้นจะถูกกระทำเช่นนั้นได้ ทั้งนี้ในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่ยังไม่มียุทธศาสตร์การจัดการเรือนจำ และเจ้าพนักงานอย่างเหมาะสม และไม่มียุทธศาสตร์ที่สามารถใช้เป็นแนวทางสำหรับช่วยเหลือ และตอบสนองต่อความจำเป็นพิเศษของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศกลุ่มนี้

นอกจากนี้ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีสมาชิกจะต้องตรวจสอบดูแล และให้ความคุ้มครองแก่ผู้ต้องขังทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน รวมตลอดถึงให้ความช่วยเหลือให้ผู้ต้องขังสามารถกลับคืนสู่สังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความอ่อนแอและเปราะบางของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญานี้เอง เป็นเครื่องแสดงออกถึงความจำเป็นที่รัฐจะต้องเริ่มดำเนินนโยบายซึ่งที่ความสำคัญต่อปัญหาและความจำเป็นพิเศษของผู้ต้องขังกลุ่มนี้ รวมถึงการพัฒนาและบังคับใช้นโยบายอย่างจริงจัง เพื่อป้องกันมิให้ผู้ต้องขังเหล่านี้ถูกล่วงละเมิดในระหว่างถูกจำคุกอยู่ อีกทั้งเพื่อเตรียมเครื่องมือที่จำเป็นและเพียงพอต่อการพัฒนาผู้ต้องขังก่อนส่งกลับคืนสู่สังคมต่อไป

ความจำเป็นที่สำคัญที่สุดของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ คือการได้รับการคุ้มครองความปลอดภัยจากการถูกคุกคามทางเพศและการถูกข่มขืนโดยผู้ต้องขังอื่น

²²Siobhan Fenton, “LGBT relationships are illegal in 74 countries, research finds,” Retrieved on December 1, 2016, from <https://www.independent.co.uk/news/world/gay-lesbian-bisexual-relationships-illegal-in-74-countries-a7033666.html>.

ในระบบราชทัณฑ์ของหลายๆ ประเทศยังคงมีความเชื่อว่าผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศจะเป็นผู้ก่อให้เกิดความรุนแรงทางเพศและการข่มขืน หรือที่เรียกว่า “Predatory Homosexuals” ทั้งที่จริงแล้วผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นกลุ่มบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงและการข่มขืนมากกว่าการเป็นผู้ก่อความรุนแรงนั้นเสียเอง²³ การที่ผู้ต้องขังเพศชายซึ่งไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางเพศกับเพศเดียวกันมาก่อนที่จะถูกจำคุก แล้วต้องมาสัมผัสกับเพศเดียวกันอย่างไม่มีเต็มใจขณะถูกจำคุกนั้น ถือเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ทั่วไปในการราชทัณฑ์ กรณีการข่มขืนระหว่างผู้ต้องขังเพศเดียวกัน ผู้ที่ก่อเหตุจะถูกมองว่าเป็นผู้ที่มีวิถีทางเพศแบบรักร่วมเพศ หรือผู้ที่ชอบเพศเดียวกัน แต่ในความเป็นจริงแล้วผู้ต้องขังที่ก่อเหตุข่มขืนส่วนมากมองว่าตนเองนั้นเป็นผู้ที่ชอบเพศตรงข้ามและมองเหยื่อการข่มขืนเป็นตัวแทนของผู้หญิง โดยความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้ ไม่เพียงแต่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศสัมพันธ์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงความสัมพันธ์ในลักษณะที่ผู้ที่ถูกมองว่าอ่อนแอกว่า (Perceived to be weaker) จะต้องถูกบังคับให้อนุญาตต่อผู้ที่มาคุกคาม (Aggressor) ตนซึ่งความสัมพันธ์ลักษณะแบบนี้ บ่อยครั้งเกิดขึ้นเพียงเพื่อเป็นเครื่องพิสูจน์และทำให้การจัดลำดับชั้นของเพศชายในวัฒนธรรมคุกมีความเข้มแข็งมากขึ้นเท่านั้น²⁴

ผู้ต้องขังที่ตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงทางเพศอาจได้รับการเรียกชื่อใหม่โดยใช้ชื่อของผู้หญิงไว้เรียกกันในกลุ่มของผู้ต้องขังรวมถึงเจ้าพนักงานราชทัณฑ์ด้วย และผู้ต้องขังกลุ่มนี้อาจถูกใช้งาน เช่น ทำความสะอาด หรือใช้ทำงานที่ต่ำต้อยอย่างอื่นเพื่อรับใช้ผู้ต้องขังที่มาคุกคามตน ในขณะที่ผู้ต้องขังเพศชายที่ถูกมองว่าเป็นบุคคลที่อ่อนแอกว่าก็อาจจะถูกผู้ต้องขังอื่นทำร้าย หรือทำให้ถูกอับอาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ต้องขังเพศชายที่มีสรีระร่างกายไม่แข็งแรง ซึ่งในกรณีนี้แน่นอนว่าผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเสี่ยงอย่างยิ่งยวดที่จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมข้างต้นได้ รายงานการวิจัยฉบับหนึ่งของสหรัฐอเมริการะบุว่า จำนวนร้อยละ 47 ของ

²³Human Right Watch, “No Escape: Male Rape in United States Prisons,” Retrieved on December 25, 2016, from https://www.hrw.org/legacy/reports/2001/prison/report4.html#_1_23.

²⁴United Nations on Drugs and Crime, Handbooks on Prisoner with special needs, (Austria: United Nations Publication, 2009), p. 105.

ผู้ต้องขังเกย์และผู้ต้องขังที่ชอบสองเพศนั้นเคยถูกทำร้ายทางเพศในคุก ในขณะที่มีจำนวนร้อยละ 9 ของผู้ต้องขังที่ชอบเพศเดียวกันเคยถูกทำร้ายทางเพศในคุก²⁵

นอกจากนี้ในบางครั้ง เจ้าพนักงานราชทัณฑ์เองก็มีส่วนช่วยเหลือให้เกิดการกระทำความผิดของผู้ต้องขังที่ก่อเหตุเช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างกรณีที่เกิดขึ้นเช่น เจ้าพนักงานรับสินบนจากผู้ต้องขังที่ก่อเหตุ หรืออนุญาตให้เกิดการข่มขืนผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือจงใจจัดสรรให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไปขังรวมกับผู้ต้องขังที่ต้องการคุกคามทางเพศ (Sexual Predator) หรือเป็นผู้จัดการให้มีการขายบริการทางเพศ โดยบังคับให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศต้องเข้าร่วมด้วย เป็นต้น วิธีเดียวที่ทำให้ผู้ต้องขังกลุ่มนี้ได้รับการคุ้มครองความปลอดภัยจากผู้ต้องขังอื่น คือการได้รับความคุ้มครองจากผู้ต้องขังที่ถูกเรียกว่า “สามี” คือผู้ต้องขังเพศชายที่มีอำนาจและอิทธิพลมากเพียงพอในลำดับชั้นของผู้ต้องขังภายในคุก ที่จะคอยปกป้องดูแลผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อแลกกับการมีเพศสัมพันธ์²⁶ นอกจากนี้ยังปรากฏกรณีที่ผู้ต้องขังที่ถูกเรียกว่า “สามี” นำผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งอยู่ในความดูแลของตนไปหารายได้โดยการขายตัวผู้ต้องขังนั้นให้แก่ผู้ต้องขังอื่น อันเป็นการก่อให้เกิดผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศต้องทนทุกข์ทรมานจากการถูกบังคับให้ขายบริการทางเพศซ้ำอีก²⁷

Human Right Watch ระบุว่า วิธีทางเพศเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ผู้ต้องขังเพศหญิงเป็นกลุ่มเป้าหมายของการถูกทารุณกรรมทางเพศในคุกมากกว่ากลุ่มอื่น ๆ จากรายงานการศึกษาวิจัยพบว่า 1 ใน 4 ของจำนวนผู้ต้องขังเพศหญิงที่ถูกข่มขืนในคุกของสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ที่มีวิถีทางเพศแบบรักสองเพศและเลสเบี้ยน²⁸ และพบว่าผู้ต้องขังกลุ่มนี้มักจะถูกลงโทษทางวินัยโดยการแยกขัง หรือถูกจัดสรรให้ไปขังรวมกันกับผู้ต้องขังชายหากปฏิเสธที่จะมีเพศสัมพันธ์กับเจ้าพนักงานเรือนจำ หรือถูกจัดให้อาบน้ำและเข้าห้องน้ำในห้องที่ผู้ต้องขังเพศชายและเจ้าพนักงานเรือนจำ

²⁵National Prison Rape Elimination Commission, *National Prison Rape Elimination Commission Report: Annual Report* (Washington, DC: National Prison Rape Elimination Commission, 2009), p.7.

²⁶Mariner Joanne, *Supra note 23*.

²⁷United Nations on Drugs and Crime, *Supra note 24*, p.106.

²⁸National Prison Rape Elimination Commission, *Supra note 25*, p.89.

สามารถมองเห็นได้²⁹ และในระบบราชทัณฑ์ของบางประเทศ ผู้ต้องขังที่เป็นเหยื่อการข่มขืนและคุกคามทางเพศจะถูกตีตราว่าเป็นบุคคลรักร่วมเพศ (Homosexual) และจะถูกปฏิบัติอย่างบุคคลชั้นต่ำที่สุดในลำดับชั้นของวัฒนธรรมคุก ทั้งจากผู้ต้องขังอื่น และเจ้าพนักงานเรือนจำด้วย นอกจากนี้ การตีตราในบางประเทศอาจใช้วิธีการแสดงอย่างแข็งขัน เช่น บันทึกลงในประวัติของผู้ต้องขัง ประวัติการรักษา ติดไว้บนชุดผู้ต้องขัง หรือจัดโต๊ะรับประทานอาหารแยกจากผู้ต้องขังอื่นๆ ซึ่งการตีตราจะทำให้ผู้ต้องขังที่กลุ่มที่เคยตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมนี้ได้รับความเสี่ยงอันตรายจากการถูกทำร้ายและข่มขืนมากยิ่งขึ้นกว่าเดิม ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว ผู้ต้องขังกลุ่มนี้อาจไม่ได้มีวิถีทางเพศที่แตกต่างจากผู้ต้องขังที่มาคุกคามตนเลย ผู้ต้องขังที่ถูกตีตราจึงต้องเผชิญปัญหาอย่างเดียวกันกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ และมีความจำเป็นเช่นเดียวกันกับ ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศขณะอยู่ในคุก

นอกเหนือจากที่กล่าวข้างต้น ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ต้องขังแปลงเพศอาจประสบปัญหาความคุกคามทางเพศรูปแบบอื่นๆ อีก เช่น การค้นร่างกายแบบถอดเสื้อผ้า (Strip Search) ที่บ่อยครั้งจะเป็นสิ่งนำไปสู่ความรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นที่ร้ายแรงมากขึ้น

2.2.2.1 มาตรการการลงโทษและการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ

สิ่งสำคัญในการพิจารณามาตรการการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น คือ รัฐต้องรับรองได้ว่า ศาลหรือหน่วยงานใดๆ ของรัฐ ที่มีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ จะไม่เลือกปฏิบัติกับผู้กระทำความผิดที่มีความหลากหลายทางเพศ

นอกจากนี้ การกำหนดมาตรการการลงโทษ รัฐอาจใช้วิธีการกำหนดมาตรการลงโทษทางเลือก (Alternative Punishment) ที่มีโทษการคุมขังในคุกหรือเรือนจำ (Non-Custodial Sanction) เพิ่มเติมจากมาตรการการลงโทษที่มีอยู่เดิม สำหรับผู้กระทำความผิดที่มีสภาพทางเพศปกติและผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้กระทำความผิดอาญาในฐานะที่เป็นการใช้ความรุนแรง (Non-Violence Offence) และไม่ได้เป็นบุคคลที่มีความเสี่ยงที่จะเป็นภัยอันตรายต่อสังคม โดยการใช้มาตรการดังกล่าวจะมีผลดีในการเตรียมผู้กระทำความผิดให้คืนกลับสู่สังคมได้มากกว่าการ

²⁹ United States National Prison Rape Elimination Commission, “Statement of Jody Marksamer Esq. given at Hearing: At Risk Sexual Abuse and Vulnerable Groups Behind Bar,” August 19, 2005.

คุมขังและจองจำ เมื่อผู้กระทำความผิดพ้นโทษแล้ว³⁰ อย่างไรก็ตาม ในทุกขั้นตอนของการพิจารณา กำหนดมาตรการการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ศาลควรคำนึงถึงสวัสดิภาพและความปลอดภัยของตัวผู้กระทำความผิดหลังจากที่ได้รับโทษด้วย เนื่องจากความจำเป็นของผู้ต้องขังกลุ่มดังกล่าวมีลักษณะเป็นความเสี่ยงพิเศษในตัวเองที่อาจทำให้ในความเป็นจริงแล้ว ผู้ต้องขังต้องเผชิญหรือได้รับการลงโทษที่รุนแรงยิ่งไปกว่าโทษที่ศาลพิพากษาได้ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่มีความหลากหลายทางเพศ ศาลควรพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างความปลอดภัยของสาธารณะและความปลอดภัยของตัวผู้กระทำความผิดอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม

ปัจจุบันใน รัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา ได้มีการจัดตั้งกลุ่มชื่อ Transgender, Gender Variant and Intersex, Justice Project หรือ TGJIP³¹ ขึ้นมา ซึ่งถือเป็นแนวทางการปฏิบัติงานที่ดี (Good Practice) ที่สนับสนุนการกำหนดมาตรการการลงโทษทางเลือกให้แก่ผู้ต้องขังกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศ ตลอดจนการให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายแก่ผู้ต้องขังกลุ่มดังกล่าว³²

เนื่องจากกลุ่ม TGJIP เล็งเห็นและตระหนักว่าผู้ต้องขังข้ามเพศ และผู้ต้องขังที่มีเพศกำกวม (Intersex) เมื่อได้รับโทษจำคุกหรือกักขังแล้ว จะประสบกับความรุนแรงและการทารุณกรรม ทั้งทางร่างกาย ทางเพศและจิตใจ ขณะที่ถูกคุมขังอยู่เป็นอย่างมาก จึงได้จัดตั้งโครงการลดจำนวนผู้ต้องขังข้ามเพศ และผู้ต้องขังที่มีเพศกำกวม ที่จะต้องถูกลงโทษจำคุกและกักขังให้น้อยลง ตัวอย่างการดำเนินโครงการเช่น กลุ่ม TGJIP ได้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ต้องขังแปลงเพศและผู้ต้องขังเพศกำกวม ในเขตพื้นที่ซานฟรานซิสโกเบย์ (San Francisco Bay) ที่อยู่ระหว่างการรอศาลพิพากษา ทำคำร้องขอ (Petition) เพื่อให้ศาลกำหนดมาตรการการลงโทษทางเลือกแก่ผู้ต้องขังกลุ่มดังกล่าวแทนการถูกลงโทษจำคุกหรือกักขัง โดยเบี่ยงผู้ต้องขังเข้าสู่กระบวนการ (Plan) ลงโทษที่ผู้ต้องขังข้ามเพศและผู้ที่มีเพศกำกวม จะสามารถเข้าถึงการให้บริการด้านสุขภาพอนามัย สังคม และเศรษฐกิจที่จำเป็นต่อผู้ต้องขังที่มีลักษณะดังกล่าวได้มากกว่าการถูกคุมขังในคุกหรือเรือนจำ³³

³⁰United Nations on Drugs and Crime, *Supra note 24*, p. 6.

³¹TGI Justice Project, “About Us,” Retrieved on December 30, 2016, from <http://www.tgijp.org/about.html>.

³²United Nations on Drugs and Crime, *Supra note 24*, p. 113.

³³United Nations on Drugs and Crime, *Ibid.*, p. 113.

อนึ่ง การนำนักโทษเข้าสู่กระบวนการลงโทษในลักษณะดังกล่าวจะทำให้รัฐมีโอกาสรับรู้และจัดการปัญหาที่เป็นปัจจัยสำคัญซึ่งนำไปสู่การกระทำความผิดของผู้ต้องขังกลุ่มนี้ ก่อนการถูกจับกุมตัวได้

2.2.2.2 การบริหารจัดการคุกและเรือนจำ³⁴

(1) นโยบายการบริหารจัดการคุกและเรือนจำ

กรณีที่รัฐได้รับรายงานเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือมีสถานการณ์ความรุนแรง ไม่ว่าจะเป็นการทำร้ายร่างกาย การทารุณกรรม หรือการข่มขืนผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ภายในคุกหรือเรือนจำเป็นจำนวนมาก รัฐควรกำหนดและพัฒนานโยบายการบริหารจัดการคุกและเรือนจำอย่างเหมาะสม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยแก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ อันเนื่องมาจากการมีรสนิยมหรืออัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างกัน³⁵ และทำให้การส่งคืนผู้ต้องขังกลับสู่สังคมเกิดผลอย่างมีประสิทธิภาพ โดยกำหนดให้นโยบายการบริหารจัดการคุกและเรือนจำ มีผลใช้บังคับแก่เรือนจำทั่วประเทศเป็นการทั่วไป

การกำหนดนโยบายบริหารจัดการคุกและเรือนจำที่ดี ต้องแสดงให้เห็นผู้ที่เกี่ยวข้องหรือหน่วยงานที่ได้รับผลกระทบจากนโยบายรับรู้และตระหนักได้อย่างชัดเจนได้ดังนี้ 1.การเลือกปฏิบัติที่มีพื้นฐานมาจากความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้ 2.ให้ความสำคัญแก่สิทธิของผู้ต้องขังที่จะได้รับการปกปิดข้อมูลความโน้มเอียงและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังเป็นความลับ และ3.ระบุถึงวิธีการและขั้นตอนการปฏิบัติการ เมื่อเกิดการทารุณกรรมทางเพศ หรือเมื่อเกิดความกลัวต่อการถูกทารุณกรรมทางเพศไว้อย่างชัดเจนในแต่ละขั้นตอน³⁶

การที่รัฐจัดให้มีกระบวนการยื่นข้อร้องเรียนภายในคุกและเรือนจำที่มีประสิทธิภาพแล้ว อาจยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับความปลอดภัยเมื่ออยู่ในคุกหรือเรือนจำ การกำหนดมาตรการการลงโทษทางวินัยแก่เจ้าพนักงานที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด หรือไม่ปฏิบัติตามนโยบายที่กำหนดไว้นั้น ถือเป็นมาตรการที่สำคัญและจำเป็นอย่างมากที่จะสามารถรับรองความปลอดภัยของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้เพิ่มขึ้น เช่นการ

³⁴ *Ibid.*, p.113.

³⁵ The Yogyakarta Principles on the application of international human rights law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity, principle 9.

³⁶ United Nations on Drugs and Crime, *Supra note 24*, p.114.

กำหนดโทษแก่เจ้าพนักงานที่มีส่วนร่วมกับผู้ต้องขังอื่น หรือกับเจ้าพนักงานด้วยกันเองในการทำร้ายร่างกาย ทำทารุณกรรมหรือล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นต้น

การยกร่างนโยบายการบริหารจัดการคุกและเรือนจำนั้น รัฐอาจดำเนินการโดยการรับฟังความเห็น(Hearing) และปรึกษากับองค์กรหรือกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคม เพื่อให้รัฐสามารถกำหนดนโยบายที่เหมาะสมต่อการคุ้มครองความปลอดภัยและการส่งผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศคืนสู่สังคมได้ นอกจากนี้รัฐควรจัดให้มีการประเมินผลการดำเนินงานตามนโยบาย และจัดเก็บข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการกำหนดวิธีปฏิบัติการณ์เพื่อคุ้มครองผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ตลอดจนการแก้ไขนโยบายเดิมที่มีข้อบกพร่อง

(2) การคัดเลือกและพัฒนาเจ้าพนักงานเรือนจำ³⁷

การจัดให้มีเจ้าพนักงานเรือนจำที่ผ่านการฝึกอบรมเกี่ยวกับการดูแลและปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีประสิทธิภาพและในจำนวนที่เพียงพอ นั้น ถือเป็นสิ่งสำคัญที่จะช่วยคุ้มครองความปลอดภัยแก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น อีกทั้งช่วยแจ้งปัญหาที่สะท้อนถึงความจำเป็นพิเศษของผู้ต้องขังกลุ่มดังกล่าวได้ดีมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ รัฐควรกำหนดกรอบและแนวทางในการฝึกอบรมเจ้าพนักงานเรือนจำโดยวิธีการ ดังนี้

1) สร้างเสริมให้เจ้าพนักงานเรือนจำเกิดความตระหนักรู้ถึงสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน หลักความเสมอภาคเท่าเทียมของบุคคล และการไม่เลือกปฏิบัติ ตลอดจนความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างกันของบุคคล อันจะทำให้เจ้าพนักงานสามารถรับรู้และเข้าใจได้ว่าการเลือกปฏิบัติแก่บุคคลจากความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นสิ่งต้องห้าม ทั้งนี้ เนื่องจากทัศนคติของเจ้าพนักงาน เป็นสิ่งสำคัญที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้แก่ผู้ต้องขังและทำให้การเลือกปฏิบัติในเรือนจำลดน้อยลง³⁸.

2) ให้ความรู้เกี่ยวกับลักษณะความจำเป็นพิเศษของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

3) ฝึกฝนการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานเรือนจำ ให้สามารถเข้าช่วยเหลือและให้ความปลอดภัยแก่ผู้ต้องขังได้อย่างทันท่วงที เมื่อเกิดการทารุณกรรมทางเพศภายในคุกและเรือนจำ รวมถึงการตรวจสอบและสังเกตอาการของผู้ต้องขังที่มีอาการกลัวหรือเกิดปัญหาความกังวลใจ

³⁷ United Nations on Drugs and Crime, *Ibid.*, p.114.

³⁸ *Ibid.*, p.19.

4) อบรมให้เจ้าพนักงานเรือนจำให้ความสำคัญและมีความเต็มใจที่จะรับฟังปัญหาหรือข้อกังวลของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างเต็มที่และจริงจัง

5) ให้ความรู้เกี่ยวกับการสังเกตและตรวจสอบลักษณะหรือสัญญาณของผู้ต้องขังที่มีแนวโน้มการฆ่าตัวตายให้แก่เจ้าพนักงาน ตลอดจนวิธีการในการส่งตัวผู้ต้องขังให้ได้รับความช่วยเหลือทางด้านจิตวิทยาเมื่อมีความจำเป็น

นอกจากนี้ รัฐควรคัดเลือกบุคคลากรในการปฏิบัติหน้าที่ข้างต้นจากบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้การในการปฏิบัติตามนโยบายคุ้มครองความปลอดภัยแก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายเป็นไปได้โดยง่ายและเกิดประสิทธิผลมากขึ้น เนื่องจากกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ถือเป็นบุคคลกลุ่มน้อยภายในคุกและเรือนจำ ดังนั้น การสื่อสารพูดคุยและรายงานปัญหากับเจ้าพนักงานที่มีลักษณะความโน้มเอียงทางเพศอย่างเดียวกัน จะทำให้ผู้ต้องขังสามารถเข้าหาเพื่อสื่อสารมากขึ้น

2.2.2.3 การเข้าถึงความยุติธรรม

เมื่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศถูกจับกุมจากการเป็นผู้ต้องหาว่ากระทำความผิด หรือเมื่อผู้ต้องขังเข้าร้องเรียนว่าตนเองถูกบุคคลอื่นคุกคาม การก้าวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไม่ว่าในทางใดทางหนึ่งอาจทำให้ผู้ต้องขังกลุ่มนี้กลายเป็นเหยื่อของกระบวนการยุติธรรมเสียเอง หรืออาจตกอยู่ในภาวะที่ถูกลงโทษซ้ำมากกว่าปกติ กล่าวคือ ผู้ต้องขังอาจถูกคุกคามจากเจ้าพนักงานโดยทางวาจา ทางร่างกาย ถูกล่วงละเมิดทางเพศ หรือถูกข่มขืน เป็นต้น หากผู้ต้องขังกลุ่มดังกล่าวประสงค์ที่จะร้องเรียนการกระทำอันไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม ก็มีความเป็นไปได้อย่างมากที่การร้องเรียนของผู้ต้องขังนั้น จะถูกเจ้าพนักงานละเลยหรือมองข้ามไป มีหน้าซ้ำการร้องเรียนดังกล่าวอาจนำภัยมาสู่ตนเองก็ได้ อย่างไรก็ตาม สิ่งที่เกิดขึ้นนี้จะส่งผลทำให้ผู้ต้องขังหมดกำลังใจและเบื่อหน่ายที่จะมองหาและเรียกร้องความยุติธรรมให้แก่ตน เว้นแต่ผู้ต้องขังจะได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเหมาะสม

นอกจากนี้ เจ้าพนักงานกระบวนการยุติธรรมที่ยังคงมีทัศนคติในทางลบต่อการแสดงออกทางเพศที่แตกต่างไปจากเพศกำเนิดของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่ ซึ่งทัศนคติดังกล่าวอาจส่งผลต่อการสั่งลงโทษคุมขังก่อนการพิจารณาคดี (Pre-Trial Detention) หรือลงโทษจำคุกแก่ผู้ต้องขังได้ ในกรณีที่ผู้ต้องขังถูกคุมขังก่อนการพิจารณาคดี หรือถูกลงโทษจำคุกในระบบราชทัณฑ์ของบางประเทศ ผู้ต้องขังอาจต้องเผชิญกับความยากลำบากที่จะได้รับความช่วยเหลือจากนักกฎหมายหรือทนายความ หรือความช่วยเหลือทางกฎหมายอื่น ๆ อันเนื่องมาจากความไม่เต็มใจช่วยเหลือของเจ้าพนักงาน เพราะเจ้าพนักงานเองก็ยังคงมีอคติที่ยังรำลึกต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่มาก

ด้วยเหตุนี้ รัฐควรจัดให้มีบริการที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ตั้งแต่เริ่มแรกในกระบวนการนำผู้ต้องขังเข้ารับโทษจำคุกหรือกักขัง เช่น การให้คำปรึกษากฎหมาย หรือ บริการด้านการจัดหาทนายความให้ เป็นต้น ในกรณีที่รัฐได้จัดให้มีการช่วยเหลือดังกล่าวไว้แล้ว สิ่งที่เราควรจัดให้มีเพิ่มเติมคือ การแจ้งรายชื่อและข้อมูลการติดต่อขององค์กรที่เป็นผู้ชำนาญการในการให้ความช่วยเหลือผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในระบบยุติธรรมทางอาญาให้ผู้ต้องขังทราบด้วย ตัวอย่างในสหรัฐอเมริกาเมืององค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการทางด้านกฎหมายแก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศโดยเฉพาะหลายองค์กร อาทิองค์กร Black and Pink, National Center for Transgender Equality³⁹ และ American Civil Liberties Union (ACLU)⁴⁰ เป็นต้น

นอกจากนี้ รัฐใดที่มีกฎหมายอาญากำหนดโทษสำหรับผู้ที่มีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันนั้น การจัดให้มีการช่วยเหลือทางกฎหมายแก่จำเลย ถือเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างยิ่งยวดในการประกันได้ว่าจำเลยจะได้รับการพิจารณาและพิพากษาคดีอย่างเป็นธรรม

2.2.2.4 การแบ่งประเภทและจัดสรรห้องขัง

ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศอาจถูกจัดให้อยู่ในห้องขังที่มีสภาพแย่กว่าผู้ต้องขังอื่นที่ถือเป็นประชากรส่วนมากในคุกและเรือนจำ หรือที่เลวร้ายไปกว่านั้น ในระบบราชทัณฑ์ของประเทศซึ่งไม่มีระบบการจำแนกและจัดสรรห้องขังให้กับผู้ต้องขังกลุ่มนี้อย่างเหมาะสมและมีปัญหาผู้ต้องขังล้นคุกนั้น ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจะถูกจัดให้อยู่ในห้องรวม หรือห้องขังร่วมกันกับผู้ต้องขังซึ่งมีประวัติกระทำความรุนแรง หรือเคยกระทำการคุกคามทางเพศมาก่อน การจัดให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างกรณีข้างต้นนั้นมีความเสี่ยงที่จะทำให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับอันตราย ตามรายงานระบุว่าหน้าที่รัฐและเจ้าพนักงานของรัฐขาดการดูแลเอาใจใส่วิธีการจำแนกและจัดสรรผู้ต้องขังที่ดี ตลอดจนจัดสรรผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศให้อยู่ร่วมกันกับผู้ต้องขังที่มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดความเสี่ยงได้นั้น เป็นเหตุให้ผู้ต้องขังถูกทำร้าย

³⁹BLACK and PINK, “Our Story,” Retrieved on January 5, 2017, from <https://www.blackandpink.org/our-story>.

⁴⁰American Civil Liberties Union (ACLU), “ACLU History,” Retrieved on January 5, 2017, from <https://www.aclu.org/about/aclu-history>.

จำนวนมาก นอกจากนี้รายงานยังพบว่า ผู้ต้องขังที่ตกเป็นเหยื่อของการทำร้ายร่างกายตัดสินใจละเมิดกฎเกณฑ์ หรือระเบียบของคุก เพื่อที่ตนจะได้ถูกลงโทษทางวินัยแบบขังเดี่ยวเป็นเวลานาน เฉพาะเพื่อต้องการที่จะหลีกเลี่ยงจากการคุกคามทางเพศ และการข่มขืนในหอรวมหรือห้องขัง สิ่งนี้แสดงให้เห็นความสำคัญอย่างมากของความจำเป็นที่ผู้ต้องขังกลุ่มนี้ต้องได้รับความคุ้มครองความปลอดภัยจากรัฐ ถึงแม้การคุ้มครองดังกล่าวเป็นวิธีการแยกขังเดี่ยวก็ตามและการที่ผู้ต้องขังแปลงเพศถูกจัดสรรห้องขังโดยจำแนกจากเพศกำเนิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ต้องขังแปลงเพศจากชายเป็นหญิงที่ถูกจัดให้อยู่ในห้องขังชายย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้มีการคุกคามทางเพศและข่มขืนเกิดขึ้นภายในคุก โครงการ Sylvia Law หรือ SRLP ได้ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องขังจำนวน 77 ราย ซึ่งมีจำนวน 76 คนที่ถูกจัดสรรให้อยู่ในห้องขังตามเพศกำเนิดของตนเอง โดยผู้ต้องขังส่วนมากที่มาขอความช่วยเหลือจากโครงการนี้เป็นผู้ต้องขังที่แปลงเพศจากชายเป็นหญิง ซึ่งเมื่อโดนจับกุม เจ้าพนักงานก็จะจัดให้ผู้ต้องขังเหล่านี้อยู่ในห้องขังชายทันที ซึ่งพวกเขาต้องเผชิญกับความรุนแรงทางเพศและการคุกคามทางเพศอย่างร้ายแรงไม่ว่าจะโดยผู้ต้องขังคนอื่น หรือโดยเจ้าพนักงานเอง⁴¹

ด้วยเหตุนี้ หลักการที่สำคัญในการจัดสรรห้องขังให้กับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ก็คือการพิจารณาสภาพแวดล้อมของคุกและเรือนจำโดยทั่วไปว่า หากผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่ในห้องขังนั้นแล้ว ผู้ต้องขังจะปลอดภัยจากอันตรายจากผู้ต้องขังอื่นหรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์การจัดสรรห้องขังให้แก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในเบื้องต้น ดังนี้

ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องไม่ถูกจัดให้อยู่ในห้องขังเดียวกันกับผู้ต้องขังที่มีแนวโน้มที่อาจจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้ ทั้งนี้ หน่วยงาน UNODC ได้รับรายงานหลายฉบับที่ระบุว่า ในกรณีที่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศรู้สึกว่าจะตนอาจตกอยู่ในความเสี่ยงของการถูกผู้ต้องขังอื่นทำทารุณกรรมทางเพศหรือข่มขืนนั้น ผู้ต้องขังซึ่งระบุว่าตนเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องการถูกขังร่วมกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเช่นเดียวกันตน มากกว่าที่จะต้องถูกขังร่วมกับผู้ต้องขังอื่นส่วนใหญ่ หรือแม้กระทั่งผู้ต้องขังยินยอมให้รัฐใช้วิธีการขังเดี่ยวกับตน ซึ่งโดยปกติแล้ววิธีการขังเดี่ยวมิใช่แนวทางการคุ้มครองความปลอดภัยให้กับนักโทษ แต่เป็นวิธีการลงโทษสำหรับนักโทษที่มีความผิดร้ายแรงหรือมีลักษณะที่เป็นอันตรายแก่ผู้อื่นมากกว่า แต่เพื่อให้ตนต้องประสบกับความเสี่ยงของการถูกทารุณกรรมทางเพศบ่อยครั้ง ซึ่งจากรายงานข้างต้น จะเห็นได้ว่าความคิดเห็นและข้อกังวลใจของ

⁴¹United States National Prison Rape Elimination Commission, “Statement of Jody Dean Spade given at Hearing: At Risk Sexual Abuse and Vulnerable Groups Behind Bar,” August 19, 2005.

ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศมีเหตุผลและความต้องการที่จะถูกขังแตกต่างกันไป รัฐจึงควรให้ความสำคัญและนำความคิดเห็นและข้อกังวลใจของผู้ต้องขังเหล่านั้นมาใช้เป็นเครื่องพิจารณาการจัดสรรห้องขังให้กับผู้ต้องขังประเภทนี้ด้วย

การจัดสรรห้องขังแก่ผู้ต้องขังแปลงเพศ รัฐควรพิจารณาจัดสรรโดยหารือกับผู้ต้องขังเป็นรายกรณีไป เนื่องจากการจัดให้ผู้ต้องขังชายที่แปลงเพศเป็นหญิงแล้วไปถูกขังร่วมกับผู้ต้องขังเพศชายนั้น จะทำให้ผู้ต้องขังแปลงเพศดังกล่าวถูกทำทารุณกรรมทางเพศและถูกข่มขืนได้ง่ายมากยิ่งขึ้น โดยไม่เกี่ยวกับว่าผู้ต้องขังแปลงเพศจะผ่านการเปลี่ยนถ่ายหรือแปลงอวัยวะเพศแล้วหรือไม่

เหตุผลที่กล่าวว่าการจัดสรรให้ผู้ต้องขังแปลงเพศถูกขังในห้องขังใด รัฐจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปนั้น ก็เพราะว่าการให้แนวทางหรือคำแนะนำเกี่ยวกับการจัดสรรผู้ต้องขังประเภทนี้แบบตายตัวไม่สามารถกระทำได้⁴² เนื่องจากผู้ต้องขังแปลงเพศบางราย แม้จะผ่านการผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะเพศแล้ว ก็ไม่สามารถบ่งบอกได้ว่าเป็นบุคคลอีกเพศหนึ่งไปแล้ว ในขณะที่ผู้แปลงเพศบางรายสามารถระบุได้ว่าเป็นบุคคลเพศที่ได้แปลงไปแล้ว ดังนั้น ปัญหาความปลอดภัยกับการจัดสรรห้องขังสำหรับผู้แปลงเพศ จะไม่สามารถแก้ไขได้หากประเมินหรือพิจารณาจากปัจจัยเพียงแค่ว่าผู้ต้องขังนั้นผ่านการแปลงอวัยวะเพศมาแล้วหรือไม่เท่านั้น ตลอดจนในบางกรณี ผู้ต้องขังข้ามเพศบางคนจะไม่แสดงอัตลักษณ์ทางเพศออกมาจนกว่าจะเข้ารับการรักษาด้วยวิธีทางฮอร์โมน (Hormonal Therapy Treatment) ซึ่งผู้ต้องขังกลุ่มนี้อาจตกเป็นเหยื่อความรุนแรงทางเพศในขณะที่ยังไม่ได้รับการบำบัดรักษา หรือการบำบัดรักษาถูกทำให้ล่าช้าไป การพิจารณาตัดสินใจจัดสรรผู้ต้องขังในห้องขังใด สิ่งที่สำคัญคือรัฐจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีโดยคำนึงถึงความปลอดภัยของตัวผู้ต้องขัง การพิจารณาแบบเหมารวมอาจก่อให้เกิดปัญหาความรุนแรงได้ รวมถึงจะต้องให้ความสำคัญกับความประสงค์ของตัวผู้ต้องขังเองด้วย

นอกจากนี้ หากผู้ต้องขังแจ้งความประสงค์ที่จะเข้ารับการป้องกันความปลอดภัยโดยวิธีการแยกขังเดี่ยว รัฐควรจัดให้มีนโยบายที่อนุญาตให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเข้าถึงกระบวนการดังกล่าวได้ทันทีที่ร้องขอ และต้องจัดให้มีการตรวจสอบความเสี่ยงในห้องขังอย่างสม่ำเสมอว่าผู้ต้องขังได้รับความปลอดภัยในขณะที่ถูกคุมขัง อีกทั้ง ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากรัฐ ในแง่ของคุณภาพของห้องขังด้วย

⁴²United Nations on Drugs and Crime, *Supra note 24*, p. 115.

2.2.2.5 การติดต่อกับโลกภายนอก

(1) การเยี่ยมแบบทั่วไป

เนื่องจากสังคมยังไม่ยอมรับอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างเต็มที่ และระบบกฎหมายของบางประเทศยังไม่รับรองการสมรสของเพศเดียวกัน ดังนั้นผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจึงมีแนวโน้มที่จะถูกจำกัดการติดต่อกับโลกภายนอก ยกตัวอย่างเช่น การติดต่อกับครอบครัวหรือญาติหรือคนรู้จักของผู้ต้องขังหรือไม่สามารถติดต่อกับคนรัก (Partner) ที่มีคู่สมรสในระหว่างที่ถูกคุมขังอยู่ได้เลย

การจำกัดการติดต่อระหว่างผู้ต้องขังกับโลกภายนอกจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ต้องขังกับสังคมถูกบั่นทอนและถูกทำลายไปได้ UNODC เห็นว่ารัฐควรสนับสนุนให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถติดต่อกับโลกภายนอกได้อย่างเหมาะสม โดยพิจารณายกเลิกกฎหมายที่กำหนดห้ามมิให้บุคคลที่มีคู่สมรสของผู้ต้องขังเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังได้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาดังกล่าวซึ่งจะส่งผลเชิงลบต่อทัศนคติของผู้ต้องขังเมื่อถูกปล่อยตัวกลับคืนสู่สังคม และเพื่อลดภาวะความโดดเดี่ยวที่ผู้ต้องขังเผชิญอยู่บ่อยครั้งขณะถูกคุมขัง อันเป็นปัญหาสุขภาพจิตที่ส่งผลร้ายต่อตัวผู้ต้องขังเองและผู้ต้องขังคนอื่นในเรือนจำ

(2) การเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่ (Conjugal Visit)

การเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่ คือการที่เรือนจำอนุญาตให้คู่สมรสตามกฎหมายของผู้ต้องขังเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังในสถานที่ที่จัดไว้ให้เป็นส่วนตัว โดยคู่สมรสและผู้ต้องขังสามารถมีเพศสัมพันธ์กันได้ ภายในสถานที่และเวลาที่เรือนจำกำหนด และอยู่ภายใต้การควบคุมของเรือนจำเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจตามมาในภายหลังได้ เช่น การคุมกำเนิด การป้องกันโรคติดต่อ⁴³ โดยการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่นี้ ส่วนมากมีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อการฟื้นฟูและเตรียมพร้อมผู้ต้องขังคืนกลับสู่สังคมและเพื่อรักษาความสัมพันธ์ของครอบครัว หรือเพื่อแก้ไขปัญหาการข่มขืนในเรือนจำ⁴⁴

อย่างไรก็ดี กฎหมายของบางประเทศอนุญาตให้มีการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่ได้สำหรับผู้ต้องขังชายและหญิง แต่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจะไม่ได้รับอนุญาตให้สามารถเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่นี้อย่างผู้ต้องขังอื่น

⁴³ ทรงวุฒิ นันทบุรณย์, “มาตรการการเยี่ยมผู้ต้องขังเพื่อสนับสนุนการใช้ชีวิตคู่และครอบครัว,” วารสารบัณฑิตศึกษามหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, (2559): น.4.

⁴⁴ Rachel Wyatt, "Male Rape in U.S. Prisons: Are Conjugal Visits the Answer," Case Western Reserve Journal of International Law vol. 37, 2 (2006): p. 582.

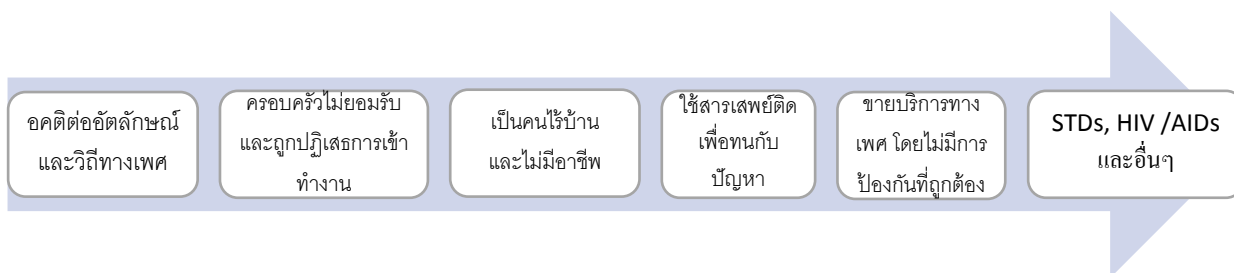
ในกรณีที่รัฐใดที่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเยี่ยมของคู่สมรส (Conjugal Visit) ซึ่งอนุญาตเฉพาะแก่ผู้ต้องขังที่มีวิถีทางเพศชอบเพศตรงข้าม (Heterosexual couples) นั้น UNODC เห็นว่ารัฐควรรับรองให้สิทธิแก่ผู้ต้องขังทุกคน ไม่ว่าผู้ต้องขังนั้นจะมีวิถีทางเพศเป็นประการใด ทั้งนี้ ข้อเสนอแนะดังกล่าวเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับข้อกำหนดกรุงเทพข้อที่ 27 ที่กำหนดว่าในกรณีที่รัฐใดอนุญาตให้ผู้ต้องขังชายได้รับสิทธิเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่ได้ รัฐนั้นควรให้สิทธิดังกล่าวแก่ผู้ต้องขังหญิงอย่างเท่าเทียมกัน⁴⁵ ปัจจุบันประเทศเม็กซิโกได้อนุญาตให้สิทธิการเยี่ยมของคู่สมรสแก่ผู้ต้องขังทุกราย รวมถึงผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย และผู้เข้าเยี่ยมไม่จำเป็นต้องเป็นคู่สมรสของผู้ต้องขัง⁴⁶

2.2.2.6 การดูแลสุขภาพผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

เนื่องด้วยผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศส่วนใหญ่ต้องประสบกับอคติของผู้คนในสังคมเกี่ยวกับอัตลักษณ์และวิถีทางเพศ บ่อยครั้งที่ครอบครัวไม่ยอมรับ หรือถูกปฏิเสธให้เข้าทำงานเพราะอคติเกี่ยวกับอัตลักษณ์และวิถีทางเพศดังกล่าว ทำให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศกลายเป็นคนไร้บ้าน (Homeless) และไร้อาชีพ (Unemployed) สภาพปัญหาที่ต้องเผชิญนี้ ผลักให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศต้องดำเนินชีวิตที่เกี่ยวข้องกับการใช้ยาเสพติด เมื่อใช้ยาเสพติดจนติดแล้ว ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศอาจหันเข้าสู่การขายบริการทางเพศ เพื่อให้ตนเองสามารถหารายได้มาซื้อยาเสพติดได้ต่อไปและเพื่อที่จะสามารถทนกับสภาพปัญหาอันเลวร้ายนั้นได้ ทั้งนี้ การมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ป้องกันและการเสพยาเสพติดโดยใช้เข็มฉีดยา ทำให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศมีความเสี่ยงสูงที่จะติดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ (STDs) และโรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง/เอดส์ (HIV/AIDS) ดังนั้น ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศก็เป็นบุคคลที่มีแนวโน้มจะต้องเจ็บป่วยจากโรคดังกล่าว รวมถึงมีปัญหาเกี่ยวกับการใช้สารเสพติด ตลอดจนปัญหาด้านสุขภาพอื่นๆ ด้วย

⁴⁵The United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (Bangkok Rules), rule 27.

⁴⁶The BBC News, “Mexico allows gay conjugal visits,” Retrieved on January 7, 2017, from <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6922140.stm>.



เนื่องจากการเพิ่มขึ้นในคุกและเรือนจำเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการแพร่กระจายของเชื้อเอชไอวีและเอดส์อย่างรวดเร็ว และผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นกลุ่มที่มีแนวโน้มถูกข่มขืนมากที่สุด ผู้ต้องขังกลุ่มนี้จึงมีความเสี่ยงอย่างมากที่จะติดเชื้อเอชไอวีหรือเอดส์ อคติของเจ้าพนักงานเรือนจำเกี่ยวกับอัตลักษณ์และวิถีทางเพศของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศอาจส่งผลให้ผู้ต้องขังที่ถูกข่มขืนไม่ได้รับการรักษาทางการแพทย์ที่เพียงพอ หรืออาจจะไม่ได้รับการรักษาเลย ยกตัวอย่างเช่น กรณีผู้ต้องขังที่มีภาวะไม่พึงพอใจในเพศตนเองมักจะถูกปฏิเสธไม่ให้เข้ารับการรักษาสําหรับโรคดังกล่าว เช่น การรักษาโดยวิธีทางฮอร์โมน⁴⁷

ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นกลุ่มที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือทางด้านจิตวิทยาและการดูแลสุขภาพจิตมากกว่าผู้ต้องขังกลุ่มอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งเคยผ่านประสบการณ์การถูกคุกคามทางเพศมาก่อน ทั้งนี้ไม่ว่าก่อนหรือขณะจำคุก แต่อย่างไรก็ตาม มิใช่ปัญหาความรุนแรงทางเพศเพียงอย่างเดียวที่จะเป็นปัจจัยสำคัญของปัญหาสุขภาพจิต การที่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศต้องเผชิญกับอคติเกี่ยวกับอัตลักษณ์และวิถีทางเพศของตนจากผู้อื่นภายในคุกและการเลือกปฏิบัติของเจ้าพนักงานเรือนจำก็เป็นปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตใจของผู้ต้องขังกลุ่มนี้เป็นอย่างมาก อีกทั้ง ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งตกเป็นเหยื่อการข่มขืนจะมีความเสี่ยงที่จะทำร้ายตัวเองหรือมีโอกาที่จะฆ่าตัวตายค่อนข้างสูง ดังนั้น ผู้ต้องขังประเภทนี้ควรได้รับการดูแลจากเจ้าพนักงานเป็นพิเศษ

ด้วยเหตุนี้ที่กล่าวมานี้ ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจึงควรได้รับการตรวจสุขภาพอย่างเต็มรูปแบบก่อนเข้าคุกหรือเรือนจำเช่นเดียวกับผู้ต้องขังอื่น ๆ และภายหลังจากเข้าในคุกหรือเรือนจำแล้ว ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศควรได้รับการรักษาพยาบาล รวมทั้งบริการทางการแพทย์อย่างเท่าเทียมกันกับผู้ต้องขังอื่นๆ

การตรวจรักษาทางการแพทย์สำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ควรจัดให้มีการตรวจรักษาโรคดังต่อไปนี้เป็นพิเศษ กล่าวคือ โรคติดต่อจากการมีเพศสัมพันธ์

⁴⁷ A/56/156 United Nations General Assembly, “Question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,” July 3, 2001.

(STDs) โรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง/เอดส์ (HIV/AIDS) รวมถึงการจัดให้มีการบำบัดการใช้ยาเสพติด และให้คำปรึกษาเกี่ยวกับสุขภาพจิตแก่ผู้ต้องขังกลุ่มนี้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการตกเป็นเหยื่อความรุนแรงทางเพศ หรือถูกผู้ต้องขังอื่นข่มขืน ตลอดจนการให้ความรู้แก่ผู้ต้องขังเกี่ยวกับวิธีการป้องกันโรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง/เอดส์ (HIV/AIDS) และลักษณะการติดต่อของโรค โดยอาจจัดทำเป็นหนังสือหรือคู่มือให้แก่ผู้ต้องขังทุกคน รวมถึงผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย

สำหรับผู้ต้องขังที่มีภาวะไม่พอใจกับเพศของตนเอง (Gender Dysphoria) รัฐควรจัดให้มีการรักษาด้วยวิธีฮอร์โมน และให้ความดูแลทางด้านจิตวิทยาเพิ่มเติมด้วย ส่วนผู้ต้องขังข้ามเพศที่ก่อนเข้าคุกหรือเรือนจำได้รับการรักษาด้วยวิธีฮอร์โมนก็ควรจะได้รับ การรักษาอย่างต่อเนื่องขณะที่อยู่ในคุกหรือเรือนจำด้วย

2.2.2.7 การจัดกิจกรรมสำหรับผู้ต้องขัง

ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศอาจถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าร่วมในกิจกรรมที่คุกและเรือนจำจัดไว้ให้แก่ผู้ต้องขังอื่นทั่วไป ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากอคติและการเลือกปฏิบัติจากเจ้าพนักงานคุกและเรือนจำ และจากตัวของผู้ต้องขังเองไม่ต้องการเข้าร่วมในกิจกรรมที่จัดไว้ให้ เนื่องจากกลัวถูกผู้ต้องขังอื่นทำร้ายร่างกายได้ ดังนั้น รัฐควรออกหลักเกณฑ์ที่รับประกันได้ว่าผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจะได้รับสิทธิและโอกาสในการเข้าร่วมกิจกรรมของคุกและเรือนจำจัดไว้ อย่างเท่าเทียมกับผู้ต้องขังอื่น รวมถึงรับรองความปลอดภัยให้แก่ผู้ต้องขังกลุ่มนี้ขณะทำกิจกรรมดังกล่าวด้วย

การจัดให้มีกิจกรรมพิเศษเพื่อป้องกันมิให้เกิดการข่มขืนภายในคุกและเรือนจำ ตลอดจนจัดการปฐมนิเทศผู้ต้องขังทุกคนที่กำลังจะเข้าสู่คุกและเรือนจำให้ทราบถึงวิธีการป้องกันตนเองจากการถูกผู้อื่นข่มขืนหรือทำทารุณกรรมทางเพศ เป็นสิ่งที่รัฐควรพิจารณาจัดทำขึ้นอย่างยิ่ง และควรให้ข้อเสนอแนะและข้อควรระวังเกี่ยวกับการถูกผู้อื่นข่มขืนหรือทำทารุณกรรมทางเพศให้แก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ และผู้ที่บุคคลอื่นมองว่าเป็นผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเพิ่มเติม

นอกจากการจัดการอบรมและการปฐมนิเทศให้แก่ผู้ต้องขังทุกคนก่อนและภายหลังเข้าสู่เรือนจำแล้ว รัฐควรจัดให้มีบริการให้คำปรึกษาสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ บริการดังกล่าวควรให้ความสำคัญกับเรื่องความปลอดภัย ปัญหาด้านสุขภาพและปัญหาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องให้การดูแลผู้ต้องขังที่เคยผ่านประสบการณ์การถูกทำให้ละอาย (Humiliation) เคยถูกข่มขืนหรือเคยถูกทำทารุณกรรมทางเพศมาก่อนที่จะถูกจำคุก หรือขณะถูกจำคุกอยู่

การจัดกิจกรรมสำหรับผู้ต้องขังที่จะบรรลุและสำเร็จผลได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น หากเป็นเพียงแต่การดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐและเจ้าพนักงานภายในเรือนจำแต่อย่างเดียวแล้ว คงไม่สามารถบรรลุผลสำเร็จไปได้ องค์กรอิสระและหน่วยงาน NGO อื่นๆ จะต้องเข้าร่วม โดยเข้ามารับฟังและศึกษาปัญหาที่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องประสบเมื่ออยู่ในคุกและเรือนจำ และเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งในการช่วยรัฐจัดทำกิจกรรมเพื่อให้ผู้ต้องขังและเจ้าพนักงานของเรือนจำที่ถือเป็นประชากรกลุ่มใหญ่ในคุกและเรือนจำนั้นเข้าใจถึงความจำเป็นพิเศษของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ และสร้างความตระหนักรู้เกี่ยวกับความหลากหลายทางรสนิยมและวิถีทางเพศที่เกิดขึ้นในสังคม

2.2.2.8 ความปลอดภัยของผู้ต้องขัง

ความปลอดภัยของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ซึ่งรัฐจะต้องคำนึงถึง โดยรายงานของ UNODC ได้กล่าวถึงวิธีการคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ต้องขังผ่านวิธีการต่างๆ ซึ่งได้กล่าวไว้ในตอนต้นของบทนี้ ได้แก่ 1) การบริหารจัดการนโยบายเกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ และนโยบายคุ้มครองความปลอดภัยให้แก่ผู้ต้องขังกลุ่มนี้ที่ชัดเจน⁴⁸ 2) การคัดเลือกและอบรมเจ้าพนักงานอย่างมีประสิทธิภาพ⁴⁹ 3) ระบบการจำแนกผู้ต้องขังที่มีหลักเกณฑ์การจำแนกโดยพิจารณาความเสี่ยงของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ และระบบที่รับรองว่าผู้ต้องขังกลุ่มดังกล่าวจะไม่ถูกจัดสรรให้ไปอยู่ในห้องขังเดียวกันกับผู้ต้องขังที่มีแนวโน้มที่จะทำร้ายผู้ต้องขังกลุ่มนี้ได้ รวมทั้งการควบคุมดูแลที่เหมาะสมโดยเจ้าพนักงาน⁵⁰ แนวทางการดำเนินงานเพื่อป้องกันความปลอดภัยให้แก่ผู้ต้องขัง สามารถแบ่งหัวข้อการดำเนินงาน ดังนี้

(1) กระบวนการยื่นข้อร้องเรียน

การร้องเรียนเกี่ยวกับการถูกทำร้ายทางเพศและการถูกข่มขืนในระบบราชทัณฑ์ของหลายประเทศ มักจะไม่ได้มีการตรวจสอบข้อเท็จจริง หรือมีการตรวจสอบเกี่ยวกับการร้องเรียนนั้นน้อยมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นผู้ยื่นข้อร้องเรียนในเรื่องดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น กรณีผู้ต้องขังเกย์ร้องเรียนว่าตนถูกผู้ต้องขังอื่นข่มขืน

⁴⁸โปรดดู หน้า 20 หัวข้อ 2.2.2.2 (1) การบริหารจัดการคุกและเรือนจำ

⁴⁹โปรดดู หน้า 21 หัวข้อ 2.2.2.2 (2) การคัดเลือกและพัฒนาเจ้าพนักงานเรือนจำ

⁵⁰โปรดดู หน้า 23 หัวข้อ 2.2.2.4 การแบ่งประเภทและจัดสรรห้องขัง

บ่อยครั้งที่เจ้าพนักงานจะมีอคติต่อผู้ต้องขังกลุ่มนี้และกล่าวหาว่าผู้ต้องขังเองที่เป็นคนยินยอมพร้อมใจ หรือเป็นผู้ซื้อเชื้อมูลผู้ต้องขังอื่นให้มามีเพศสัมพันธ์กับตน⁵¹

นอกจากปัญหาการไม่ตอบสนองต่อการร้องเรียนข้างต้นที่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศต้องเผชิญแล้ว ตัวผู้ต้องขังกลุ่มนี้เองอาจมีปัญหาลังเลที่จะร้องเรียนต่อเจ้าพนักงาน เพราะกลัวว่าจะทำให้ผู้ที่ทำร้ายตนจะกลับมาแก้แค้น หรือเปิดโอกาสให้ผู้ต้องขังอื่นคุกคามตนมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเมื่อถูกทำร้ายหรือถูกข่มขืน แม้จะถูกจับแยกออกจากผู้ต้องขังที่ก่อเหตุหรือผู้ต้องขังที่ก่อเหตุถูกลงโทษแล้ว แต่ความอับอายจากการถูกข่มขืนก็ยังคงติดอยู่กับตัวของผู้ต้องขัง และเรื่องที่ถูกละเมิดก็จะแพร่หลายกลายเป็นที่รับรู้ภายในคุกและเรือนจำโดยทั่วกันอย่างรวดเร็ว ซึ่งถ้าเจ้าพนักงานเรือนจำไม่สามารถคุ้มครองความปลอดภัยให้แก่ผู้ต้องขังได้อย่างเพียงพอและสม่ำเสมอ ก็มีโอกาสที่ผู้ต้องขังกลุ่มนี้จะตกเป็นเหยื่อของการถูกทำร้ายซ้ำ ๆ เหตุผลอีกประการที่เป็นปัจจัยนำมาสู่การเกิดความรุนแรงหลายต่อหลายครั้งก็คือ ผู้ต้องขังที่เป็นฝ่ายก่อเหตุนั้นรับทราบว่าการร้องเรียนเรื่องการถูกข่มขืน หรือการคุกคามทางเพศ มักจะถูกละเลยและผู้กระทำไม่ได้รับโทษอยู่บ่อยครั้ง จึงทำให้กล้าที่จะกระทำความผิดต่อผู้ต้องขังกลุ่มนี้

ดังนั้น มาตรการที่เป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งที่จะสามารถป้องกันและรักษาความปลอดภัยให้แก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในขณะที่ถูกคุมขังอยู่ได้นั้น คือ กระบวนการยื่นข้อร้องเรียนที่มีประสิทธิภาพ เข้าถึงได้และมีกลไกการร้องเรียนที่สามารถรักษาความปลอดภัยให้แก่ผู้ต้องขังกลุ่มนี้ โดยขั้นแรกผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศควรได้รับสิทธิและโอกาสให้สามารถร้องเรียนต่อเจ้าพนักงาน หากตนถูกทำร้าย หรือเกรงว่าตนจะถูกทำร้าย โดยการร้องเรียนจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ผู้ต้องขังที่เข้าร้องเรียนจะถูกเจ้าพนักงานหรือนักโทษอื่นกลับมาแก้แค้นในภายหลัง เมื่อผู้ต้องขังยื่นข้อร้องเรียนกับเจ้าพนักงานแล้ว เจ้าพนักงานจะต้องดำเนินการสอบสวนตรวจสอบให้เป็นไปโดยเร็วและมีประสิทธิภาพ และจัดให้ผู้ตกเป็นเหยื่อ รวมถึงผู้ที่มีแนวโน้มตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงอยู่ในสถานที่ที่ปลอดภัยในทันทีจึงจะสามารถลดความเสี่ยงข้างต้นได้ ทั้งนี้ หากมีการกระทำความรุนแรงหรือเกิดการทำร้ายร่างกายเกิดขึ้นแล้ว เจ้าพนักงานควรจะต้องให้ผู้ต้องขังได้รับการรักษาทางการแพทย์โดยไม่ชักช้า นอกจากนี้ ในระบบราชทัณฑ์ของ

⁵¹Human Right Watch, “No Escape: Male Rape in United States Prisons,” Retrieved on December 25, 2016, from https://www.hrw.org/legacy/reports/2001/prison/report4.html#_1_56.

บางประเทศมีวิธีการป้องกันผู้ต้องขังที่ตกเป็นเหยื่อของความรุนแรง ที่ถือเป็นการจัดการปัญหาแบบก้าวหน้า (Progressive Measurement) คือการมุ่งจัดการกลุ่มที่เป็นผู้กระทำความรุนแรง มากกว่ากลุ่มที่ตกเป็นเหยื่อในขณะที่มีการตรวจสอบการความรุนแรงที่เกิดขึ้นอยู่นั้น ยกตัวอย่างเช่น การแยกตัวผู้ต้องขังที่ก่อให้เกิดความรุนแรงออกมาขังเดี่ยว เป็นต้น

ในกรณีที่มีการร้องเรียนว่าผู้ต้องขังถูกข่มขืน จะต้องมีการสอบสวนการจัดเก็บพยานหลักฐานตามร่างกายของผู้ต้องขังทันที ทั้งนี้โดยการดำเนินการทางวินัยภายใน ควบคู่ไปกับการดำเนินกระบวนการวิธีทางอาญา นอกจากนี้จะต้องจัดให้มีการสอบถามพยานและผู้ต้องสงสัย เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย

อนึ่ง รัฐและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรสร้างความตระหนักรู้ให้แก่ผู้ต้องขังว่าการดำเนินกระบวนการยื่นข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการข่มขืน การทำร้ายร่างกาย และการทารุณกรรมทางเพศนั้น เป็นสิ่งที่รัฐยึดถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดและให้ความสำคัญอย่างมาก ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้ต้องขังทราบอย่างจริงจังว่าผู้ที่กระทำการดังกล่าวภายในคุกมีความผิดอาญาและต้องถูกนำตัวไปลงโทษแน่นอน

(2) การลงโทษทางวินัย

การใช้วิธีการลงโทษทางวินัยที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเกินสมควรนั้น บางครั้งเป็นเครื่องชี้วัดการเลือกปฏิบัติภายในคุกและเรือนจำ ด้วยเหตุที่ว่า ในระบบกฎหมายราชทัณฑ์ของบางประเทศ กำหนดให้การแยกขังเดี่ยวเป็นการลงโทษทางวินัยแก่ผู้ต้องขัง (Disciplinary Segregation)⁵² ซึ่งการกำหนดการลงโทษทางวินัยแบบนี้ UNODC เห็นว่ารัฐ

⁵²ระบบราชทัณฑ์ส่วนมาก จะแบ่งรูปแบบวิธีการแยกขังผู้ต้องขังออกจากผู้ต้องขังทั่วไปตามวัตถุประสงค์พื้นฐาน 3 ประการด้วยกัน ได้แก่ การแยกขังผู้ต้องขัง (1) เพื่อคุ้มครองจากอันตรายหรือภัยคุกคามต่างๆ โดยทั่วไปมักเรียกว่า “Protective Custody” (2) เพื่อเป็นการลงโทษผู้ต้องขังจากการปฏิบัติฝ่าฝืนกฎระเบียบของเรือนจำ โดยทั่วไปมักเรียกว่า “Punitive or Disciplinary Segregation” หรือ (3) เพื่อควบคุมผู้ต้องขังที่คาดว่าจะก่อให้เกิดความเสี่ยงได้ไม่ว่าจะเป็นความเสี่ยงในปัจจุบันหรือความเสี่ยงในอนาคต ซึ่งโดยทั่วไปมักเรียกรูปแบบนี้ว่า “Administrative Segregation” อย่างไรก็ตาม การนำรูปแบบการแยกขังดังกล่าวไปปรับใช้นั้น เรือนจำอาจการกำหนดนโยบายหรือมาตรการทำให้วัตถุประสงค์ของการแยกขังรูปแบบต่างๆ เกิดการทับซ้อนกัน เช่น การกำหนดให้นำปัจจัยเรื่องความปลอดภัยของตัวผู้ต้องขังเอง มาเป็นเหตุผลในการแยกขังผู้ต้องขังแบบ Administrative Segregation (Hope Metcalf; Jamelia Morgan; Samuel Olikier-Friedland; Judith Resnik; Julia Spiegel; Haran Tae; Alyssa Work; Brian Holbrook, “Administrative

ควรต้องใช้ความระมัดระวังมิให้การลงโทษทางวินัยถูกนำมาใช้โดยไม่ได้สัดส่วน กล่าวคือ ในบางครั้ง รัฐต้องการแยกผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศออกไปขังเดี่ยว เพื่อป้องกันความปลอดภัยให้แก่ผู้ต้องขัง เนื่องจากผู้ต้องขังดังกล่าวตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงทางเพศหรือถูกข่มขืน แต่กลับใช้การแยกขังเดี่ยวแบบ Disciplinary Segregation ในขณะที่ผู้ต้องขังที่เป็นฝ่ายก่อให้เกิดความรุนแรงกลับมิได้รับการลงโทษประการใดเลย ซึ่งแนวปฏิบัติเช่นนี้ถือเป็นการดำเนินงานที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมถึงขัดต่อข้อกำหนดการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังขั้นต่ำ (หลักการแมนเดลา)⁵³ ดังนั้น รัฐจึงควรกำหนดขั้นตอนและวิธีการที่ชัดเจน สำหรับให้เจ้าพนักงานปฏิบัติตาม ก่อนการตัดสินใจว่าจะใช้มาตรการลงโทษทางวินัยแบบที่แยกผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศออกไปขังเดี่ยวหรือไม่ ตลอดจนควรจัดให้มีการจัดทำบันทึกการลงโทษทางวินัยทุกครั้ง

(3) การตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้า (Strip Search)

รัฐควรจำกัดห้ามมิให้มีการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้าในจำนวนที่บ่อยครั้งเกินไปหรือในกรณีที่ไม่จำเป็น รวมถึงควรมีการจัดทำบันทึกจำนวนการตรวจค้นแบบดังกล่าวของผู้ต้องขังแต่ละราย เพื่อใช้ตรวจสอบการกระทำที่เป็นทางเลือกปฏิบัติของเจ้าพนักงาน และควรแจ้งเหตุผลทางกฎหมายที่เพียงพอต่อการตรวจค้นร่างกายดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ หากมีความจำเป็นที่จะต้องตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้างกับผู้ต้องขังข้ามเพศ (Transgender) รัฐควรกำหนดให้ผู้ต้องขังข้าม

Segregation, Degrees of Isolation, and Incarceration: A National Overview of State and Federal Correctional Policies,” June 25, 2013.)

Disciplinary segregation หมายถึง การคุมขังประเภทหนึ่งที่แยกผู้ต้องขังออกจากผู้ต้องขังทั่วไปในเรือนจำ (general population) อันเนื่องมาจากผู้ต้องขังนั้นไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนกฎระเบียบของเรือนจำ ซึ่งโดยปกติแล้วเจ้าพนักงานเรือนจำจะใช้วิธีการนี้ เพื่อควบคุมความปลอดภัยของผู้ต้องขังและรักษาความสงบเรียบร้อยภายในเรือนจำ โดยผู้ต้องขังที่ถูกลงโทษทางวินัยด้วยการแยกขัง มักจะถูกขังเดี่ยวในห้องขังเป็นเวลา 23 ชั่วโมงต่อวัน และถูกจำกัดการเข้าถึงการเข้าร่วมกิจกรรม นันทนาการ หรือการพบปะกับผู้ต้องขังอื่น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้ต้องขังที่ถูกลงโทษทางวินัยด้วยวิธีการนี้เป็นระยะเวลาสั้นๆ เช่น 5 ถึง 10 วัน (Angela Browne; Alissa Cambier; Suzanne Agha, “Prisons within prisons: The use of segregation in the United States,” *Federal Sentencing Reporter* vol. 24,1 (2011): pp. 46-49)

⁵³United Nations on Drugs and Crime, *Supra* note 24, p.119.

เพศมีสิทธิเลือกเพศของบุคคลที่จะดำเนินการตรวจนั้นเองได้ เพื่อป้องกันมิให้การตรวจนั้นเป็นการละเมิดหรือล่วงเกินศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง

2.2.2.9 การเตรียมตัวผู้ต้องขังสำหรับการปล่อยตัวและความช่วยเหลือภายหลังปล่อยตัว

ด้วยเหตุที่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ต้องขังข้ามเพศนั้น มีแนวโน้มที่จะถูกตัดขาดจากครอบครัว อันเนื่องมาจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังอยู่ก่อนที่จะถูกจำคุก รวมถึงผู้ต้องขังอาจเผชิญประสบการณ์ที่เลวร้ายขณะที่ติดคุก ตลอดจนไม่มีกลไกการช่วยเหลือจากรัฐที่เพียงพอในการคืนผู้ต้องขังกลับสู่สังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่เคยมีประวัติกระทำความผิดอาญามาด้วยแล้ว ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจึงถือเป็นกลุ่มบุคคลที่ควรต้องได้รับการเตรียมตัวเป็นพิเศษสำหรับการปล่อยตัว และด้วยเหตุที่สังคมยังคงมีอคติต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมทั้งกฎเกณฑ์คุณสมบัติที่ปฏิเสธผู้ที่เคยมีประวัติถูกจำคุก จึงเป็นการยากยิ่งสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในการหาที่พักอาศัยและประกอบอาชีพ⁵⁴

ดังนั้น รัฐและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจึงควรหาวิธีการช่วยเหลืออื่นที่เป็นทางเลือกให้กับผู้ต้องขัง นอกเหนือจากการช่วยเหลือให้ผู้ต้องขังกลับไปติดต่อกับครอบครัวและญาติ วิธีการช่วยเหลือทางเลือกดังกล่าว รวมถึงการติดต่อและประสานงานกับองค์กรหรือหน่วยงานที่ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่แล้วเป็นการทั่วไป ตลอดจนเป็นองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือผู้ต้องขังและอดีตผู้ต้องขังเป็นการเฉพาะด้วย นอกจากนี้ รัฐอาจขอความร่วมมือและประสานงานกับหน่วยงานที่ให้บริการควบคุมความประพฤติ หรือหน่วยงานบริการสวัสดิการต่างๆ เพื่อช่วยให้ผู้ต้องขังมีที่อยู่อาศัยและสามารถประกอบอาชีพสุจริต โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ต้องขังต้องหวนกลับมาสู่เรือนจำอีกครั้ง

สำหรับผู้ต้องขังที่อยู่ระหว่างการเข้ารับการรักษาปัญหาด้านสุขภาพ เช่น การบำบัดด้วยฮอร์โมน และการบำบัดการใช้สารเสพติด เป็นต้น เมื่อได้รับการปล่อยตัวแล้ว รัฐควรให้ความช่วยเหลือโดยติดต่อประสานงานกับหน่วยงานด้านสุขภาพและการแพทย์ เพื่อให้ผู้ต้องขังได้รับการรักษาที่ต่อเนื่อง

⁵⁴ Center for American Progress, “Unjust: How The Broken Criminal Justice System Fails LGBT People,” February 2016.

2.2.2.10 การควบคุมดูแลและตรวจสอบ

รัฐควรกำหนดมาตรการการตรวจสอบการเกิดความรุนแรงทางเพศ การถูกทารุณกรรมทางเพศ และการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากอัตลักษณ์และวิถีทางเพศที่เกิดแก่ผู้ต้องขังเป็นการทั่วไป และให้ความสำคัญเป็นพิเศษโดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยมีกลไกการตรวจสอบที่เป็นอิสระ ทั้งนี้ รัฐจะต้องดำเนินมาตรการการตรวจสอบโดยอาศัยฐานข้อมูลที่ถูกต้องและครบถ้วน เพื่อให้มั่นใจได้ว่าจะสามารถป้องกันการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ และความรุนแรงทางเพศ ตลอดจนการข่มขืนจะไม่เกิดขึ้นแก่ผู้ต้องขังทุกคน

2.3 หลักสากลในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงสารแม่บทระดับสากลฉบับต่างๆขององค์การสหประชาชาติในฉบับที่สำคัญอันมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (ข้อกำหนดแมนเดลา) และ “หลักการ Yogyakarta ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ” ซึ่งเป็นหลักการระหว่างประเทศที่บัญญัติรับรอง คุ้มครองสิทธิและข้อควรปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นการเฉพาะดังนี้

2.3.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights, 1948 : UDHR)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน คือการประกาศเจตนารมณ์ในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์และเป็นเอกสารหลักด้านสิทธิมนุษยชนฉบับแรก ซึ่งที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติให้การรับรองตามข้อมติที่ 217A(III) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 โดยประเทศไทยออกเสียงสนับสนุน⁵⁵ ปฏิญญาดังกล่าวนี้อาจถือว่าเป็นเครื่องแสดงถึงการมีเจตนารมณ์ร่วมกันของ

⁵⁵ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2550), น.3.

ประเทศต่างๆในการมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนร่วมกันและได้มีการจัดทำเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพื่อเป็นหลักฐานว่าสิทธิมนุษยชนมีความสำคัญและควรที่จะได้รับการคุ้มครอง

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับเหมือนกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป เป็นเพียงคำประกาศที่ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าประเทศใดในโลกนี้ อาจเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับคำประกาศในปฏิญญาสากลก็ได้ ซึ่งหากมีการละเมิดหลักการตามที่ปรากฏในปฏิญญาก็ไม่มีผลลงโทษรัฐที่ทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนแต่ประการใด⁵⁶ เพียงแต่เป็นเรื่องที่ควรปฏิบัติเพราะจะเกิดผลดีในทางส่งเสริมมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้เป็นที่ยอมรับของประชาคมโลกและประเทศที่ให้การยอมรับหลักการของปฏิญญาสากลโดยจะนำหลักการมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและภายในของแต่ละประเทศ

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประกอบด้วยข้อความ 30 ข้อ มีเนื้อหาแบ่งเป็น 4 ส่วน

ส่วนแรก ปรากฏในคำปรารภข้อ 1 ข้อ 2 กล่าวถึงหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่ว่า มนุษย์มีสิทธิติดตัวมาแต่เกิด มนุษย์มีศักดิ์ศรี มีความเสมอภาคกัน ดังนั้นจึงห้ามเลือกปฏิบัติต่อมนุษย์และควรปฏิบัติต่อกันเสมือนพี่น้อง สิทธิมนุษยชนนี้เป็นสิ่งที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐบาลทุกประเทศที่จะสร้างหลักประกันแก่ทุกชีวิตด้วยการเคารพหลักการของสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏในปฏิญญานี้ เพื่อให้สิทธิมนุษยชนเป็นมาตรฐานร่วมกันสำหรับการปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมทั้งในประเทศและระหว่างประเทศอันจะเป็นพื้นฐานแห่งเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพโลก

ส่วนที่สอง กล่าวถึงสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) สิทธิดังกล่าวเริ่มตั้งแต่ ข้อ 3 ถึง ข้อ 21 ประกอบด้วย สิทธิในชีวิต เสรีภาพความมั่นคงในชีวิต สิทธิในกระบวนการยุติธรรม เสรีภาพในความเป็นส่วนตัว เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การแสดงออก เสรีภาพสื่อมวลชน เสรีภาพในการชุมนุม การสมาคมรวมกลุ่ม และสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง และการเข้าถึงบริการสาธารณะ

ส่วนที่สาม กล่าวถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (Economic Social and Cultural Rights) สิทธิดังกล่าวเริ่มตั้งแต่ ข้อ 22 ถึง ข้อ 27 ได้แก่สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากร

⁵⁶ คณะกรรมการประสานงานองค์กรสิทธิมนุษยชน(กปส.), สิทธิมนุษยชน รวบรวมสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่สำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2544), น.5.

ของรัฐ และได้รับผลทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมที่จำเป็นต่อการพัฒนาตนเอง สิทธิในการศึกษา สิทธิในด้านแรงงาน สิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ สิทธิในสวัสดิการสังคม การคุ้มครองแม่และเด็ก สิทธิในการได้รับความคุ้มครองทางวัฒนธรรม ศิลปะ ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร

ส่วนที่สี่ กล่าวถึงหน้าที่ของบุคคล สังคม และรัฐ โดยการที่จะต้องดำเนินการสร้างหลักประกันให้มีการคุ้มครองสิทธิที่ปรากฏในปฏิญานี้ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างจริงจัง ห้ามรัฐกระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนและจำกัดสิทธิของบุคคลมิให้ใช้สิทธิมนุษยชนละเมิดสิทธิของผู้อื่น สังคมและโลก สิทธิเหล่านี้ปรากฏอยู่ในข้อ 28 ถึงข้อ 30⁵⁷

หากพิจารณาถึงการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขัง ปฏิญานี้ได้รับรองสิทธิของบุคคลและผู้ต้องขังไว้ได้แก่

ข้อ 1. “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในเกียรติศักดิ์และสิทธิ ต่างมีเหตุผลและมโนธรรมและควรปฏิบัติต่อกันด้วยเจตนารมณ์แห่งภราดรภาพ”

ข้อ 5. “บุคคลใดๆจะถูกทรมานหรือได้รับผลปฏิบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้ายผิดมนุษยธรรมหรือด่าซ้ำไม่ได้”

ข้อ 7. “ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญานี้ และจากการยุยงให้เกิดการเลือกปฏิบัติดังกล่าว”

ในส่วนของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTI) นั้นแม้ปฏิญานี้จะไม่ได้กล่าวถึงเป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาถึงคำปรารภที่มุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ที่มีในมนุษย์ทุกคนโดยไม่จำกัดว่าบุคคลนั้นจะมีเพศอย่างไร จึงเข้าใจได้ว่าแม้บุคคลที่ถูกคุมขังจะมีเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศที่หลากหลายก็ได้รับการรับรองและคุ้มครองจากปฏิญานี้ฉบับนี้เช่นเดียวกัน

2.3.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966 : ICCPR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ถูกรับรองโดยที่ประชุมสมัชชาองค์การสหประชาชาติเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ.1966 (พ.ศ.2509) และมีผลใช้บังคับ

⁵⁷ เฟิงอ้าง, น.4-5.

ตั้งแต่วันที่ 23 มีนาคม ค.ศ.1976 (2519)⁵⁸ มีผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศแก่ประเทศภาคีสมาชิก ทั้งนี้โดยนำหลักการที่ได้รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศ มาทำให้เป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยมีระบบการตรวจสอบโดยองค์การสหประชาชาติว่าได้มีการปฏิบัติตามกติกาหรือไม่และมีการละเมิดกติกาหรือไม่ รวมทั้งวิธีการดำเนินการเมื่อมีการกล่าวหาว่ารัฐภาคีที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพที่ได้มีการรับรองหรือคุ้มครองไว้ในกติกาดังกล่าว

ประเทศไทย ได้เข้าเป็นภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองโดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1996 (พ.ศ.2539) และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 30 มกราคม ค.ศ.1997 (พ.ศ.2540)⁵⁹ โดยคณะรัฐมนตรีมีมติมอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมและสำนักงานอัยการสูงสุดรายงานผลการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งกติกาไปยังสหประชาชาติ และเกิดเป็นพันธกรณีที่ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งกติกาได้รับรองสิทธิของบุคคลและผู้ต้องขังไว้สอดคล้องกับปฏิญญาฯ ดังนี้

ข้อ 6. “การคุ้มครองบุคคลที่กระทำความผิดให้ต้องรับโทษประหารชีวิตเฉพาะผู้กระทำความผิดในคดีอุกฉกรรจ์ที่สุด และสิทธิของผู้ต้องคำพิพากษาให้ประหารชีวิตในการขอภัยโทษหรือลดหย่อนผ่อนโทษตามคำพิพากษา การนิรโทษกรรม การอภัยโทษ หรือการลดหย่อนผ่อนโทษจากคำพิพากษาให้ประหารชีวิตในทุกกรณี”

ข้อ 7. “บุคคลจะทรมาน หรือได้รับการปฏิบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือต่ำช้ามิได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลจะถูกใช้ในการทดลองทางการแพทย์ หรือทางวิทยาศาสตร์โดยปราศจากความยินยอมอย่างเสรีของบุคคลนั้นมิได้”

ข้อ 9. บัญญัติไว้ดังนี้

5) “บุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือถูกควบคุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน”

⁵⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง UN International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), (กรุงเทพมหานคร : บริษัท SM เซอร์คิตเพรส จำกัด), น. 15.

⁵⁹ เพ็ญอักษร, น.18.

ข้อ 10. บัญญัติไว้ดังนี้

1) “บุคคลทั้งปวงที่ถูกกลิดรอนเสรีภาพต้องได้รับการปฏิบัติด้วยความมีมนุษยธรรมและความเคารพในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดแห่งความเป็นมนุษย์”

3) “ระบบราชทัณฑ์ต้องประกอบด้วย การปฏิบัติต่อนักโทษ โดยมีจุดมุ่งหมายสำคัญที่จะให้นักโทษกลับตัวและฟื้นฟูทางสังคม ผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนต้องได้รับการจำแนกออกจากผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่และต้องได้รับการปฏิบัติให้เหมาะสมกับวัยและสถานะทางกฎหมาย”

ข้อ 11. “บุคคลจะถูกจำคุกเพียงเพราะเหตุว่าไม่สามารถปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตามกฎหมายได้”

ข้อ 14. บัญญัติไว้ดังนี้

6) “เมื่อบุคคลใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษในความผิดอาญา และภายหลังจากนั้นมีการกลับคำพิพากษาที่ให้ลงโทษบุคคลนั้น หรือบุคคลนั้นได้รับอภัยโทษ โดยเหตุที่มีข้อเท็จจริงใหม่หรือมีข้อเท็จจริงที่ได้ค้นพบใหม่อันแสดงให้เห็นว่าได้มีการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่มีชอบ บุคคลที่ได้รับความทุกข์อันเนื่องมาจากการลงโทษตามผลของคำพิพากษาลงโทษเช่นว่า ต้องได้รับการชดเชยตามกฎหมาย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ยังไม่รู้ให้ทันเวลาเป็นผลจากบุคคลนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน”

7) “บุคคลย่อมไม่ถูกพิจารณา หรือลงโทษซ้ำในความผิดซึ่งบุคคลนั้นต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษหรือให้ปล่อยตัวแล้วตามกฎหมายและวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศ”

ข้อ 16. “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายในทุกแห่งหน”

ข้อ 26. “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ⁶⁰”

⁶⁰ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 56, น.58-67.

จะเห็นว่าการตีความระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองดังกล่าว ได้รับรองสิทธิของบุคคลรวมถึงสิทธิของผู้ต้องขังไว้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งการรับรองสิทธิที่เห็นได้ชัดได้แก่ สิทธิที่จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และได้รับการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิที่จะได้รับการยอมรับนับถือว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายในทุกสถาน แม้บุคคลจะมีฐานะเป็นผู้ต้องขังรวมถึงการมีเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศที่หลากหลาย ก็ย่อมที่จะต้องได้รับความคุ้มครองจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กรอบแห่งกฎหมายเช่นกัน แต่สำหรับรายละเอียดแนวปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นยังไม่มีการรับรองไว้เป็นการเฉพาะ

2.3.3 ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังฉบับปรับปรุง (ข้อกำหนดแมนเดลา) (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners “Mandela Rules”)

ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังฉบับปรับปรุง (ข้อกำหนดแมนเดลา) เป็นการปรับปรุงของข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังปี 1955 (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoner -SMR) เนื่องจากรัฐสมาชิกของสหประชาชาติได้ตระหนักว่า SMR นั้นล้าสมัยและไม่สะท้อนถึงพัฒนาการที่สำคัญด้านสิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีขึ้นนับตั้งแต่การรับรองเมื่อ 60 ปีก่อน จึงได้มีการแก้ไขประเด็นหลักอยู่ 8 หัวข้อสำคัญ เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงมาตรฐานด้านราชทัณฑ์และสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นนับตั้งแต่ปี 1955

ในปี 2010 สมัชชาแห่งสหประชาชาติได้มีมติให้กลุ่มผู้เชี่ยวชาญนานาชาติดำเนินการปรับปรุง SMR โดยรัฐสมาชิกได้เห็นชอบกับการปรับปรุงและกระบวนการที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้หน่วยงานของสหประชาชาติ องค์การระหว่างรัฐบาล ภาคประชาสังคม และนักวิชาการได้เข้าร่วมในขั้นตอนการปรับปรุงดังกล่าว ซึ่งขั้นตอนการปรับปรุงได้รวบรวมมาตรฐานทางด้านกระบวนการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชนไว้ในเอกสารเดียว โดยทั้งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังและยังเป็นแนวทางการปฏิบัติที่ทันสมัยและเชื่อถือได้สำหรับเจ้าพนักงานเรือนจำและการบริหารเรือนจำ

ประเทศไทยเป็น 1 ใน 17 ประเทศที่เสนอร่างและให้การสนับสนุน⁶¹ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวได้รับการลงมติเห็นชอบอย่างเป็นทางการจากสมัชชาแห่งสหประชาชาติในเดือนธันวาคม 2015 โดยมีผลให้ประเทศต่างๆ ที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาตินำไปใช้ในการปรับปรุงสภาพผู้ต้องขังในประเทศตนให้ได้มาตรฐานสากล

ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำมีทั้งหมด 122 ข้อ โดยขอยกตัวอย่างการรับรองสิทธิผู้ต้องขังในเรื่องต่างๆ ที่สำคัญดังต่อไปนี้⁶²

(1) หลักการพื้นฐาน

ข้อกำหนดที่ 1-5 ได้กำหนดหลักการพื้นฐานไว้ว่า “ผู้ต้องขังทุกคนพึงได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพต่อศักดิ์ศรีอันมีติดตัวมาแต่กำเนิดและคุณค่าของความเป็นมนุษย์ ห้ามมีการทรมานหรือการปฏิบัติอื่นๆ ที่ทารุณโหดร้าย การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังต้องคำนึงถึงความต้องการพื้นฐานของผู้ต้องขังนั้น โดยไม่เลือกปฏิบัติ”

(2) การรับตัวเข้าเรือนจำ

1) การลงทะเบียน ข้อกำหนดที่ 7, 8

“ข้อมูลที่ควรรวบรวมและบันทึกไว้ในระบบงานทะเบียนผู้ต้องขังรวมถึงชื่อและที่อยู่ของครอบครัว ร่องรอยบาดเจ็บที่สามารถมองเห็นได้และคำร้องเรียนใดๆ เกี่ยวกับการปฏิบัติที่ทารุณโหดร้ายซึ่งเกิดขึ้นก่อนหน้าการรับตัว”

2) ข้อมูล ข้อกำหนดที่ 54, 55

“เมื่อผู้ต้องขังมาถึงเรือนจำ ผู้ต้องขังต้องได้รับข้อมูลเกี่ยวกับเรือนจำรวมทั้งระเบียบข้อบังคับของเรือนจำและวิธีเข้าถึงการให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย ข้อมูลเหล่านี้ต้องอยู่ในภาษาหรือรูปแบบที่ผู้ต้องขังสามารถเข้าใจได้”

⁶¹ มูลนิธิสันติวัฒนธรรม, “ข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังได้รับการรับรองเป็นมาตรฐานสากลใหม่ในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังทั่วโลก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2562, จาก <https://voicefromthais.wordpress.com>.

⁶² สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังฉบับปรับปรุง(ข้อกำหนดแมนเดลา), (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2559)

3) การคัดกรองด้านสุขภาพ ข้อกำหนดที่ 30, 34

“บุคลากรทางการแพทย์ต้องตรวจร่างกายผู้ต้องขังทุกคนโดยไม่ชักช้า นับตั้งแต่แรกจับตัวไว้ในเรือนจำ โดยประเมินความต้องการด้านสุขภาพ การให้การรักษายาบาล รวมถึงการระบุภาวะความเครียดทางจิตใจ และร่องรอยใดๆจากการปฏิบัติที่ทารุณโหดร้าย ซึ่งจะต้องมีการบันทึกข้อมูลและรายงานกรณีดังกล่าวให้แก่หน่วยงานที่มีอำนาจต่อไป”

(3) การจำแนกและการดูแลความต้องการเฉพาะด้านของผู้ต้องขัง

1) การแยกประเภทผู้ต้องขัง ข้อกำหนดที่ 11

“ผู้ต้องขังต่างประเภทกันต้องได้รับการคุมขังที่แยกจากกัน เพื่อเป็นการคุ้มครองและจัดให้มีการปฏิบัติที่เหมาะสมแก่ผู้ต้องขังรายนั้น หลักการนี้ใช้ในกรณีแยกผู้ต้องขังชาย และหญิง ผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดีและผู้ต้องขังคดีเสร็จเด็ดขาด ผู้ต้องขังที่เป็นเด็กและผู้ใหญ่”

2) การจำแนกผู้ต้องขัง ข้อกำหนดที่ 89, 93, 94

“การประเมินรายบุคคลเป็นสิ่งที่สำคัญสำหรับการระบุถึงความเสี่ยงที่ผู้ต้องขังมีต่อตนเองต่อเจ้าพนักงานหรือต่อผู้ต้องขังรายอื่น รวมถึงความเสี่ยงที่ผู้ต้องขังต้องเผชิญ ความต้องการเฉพาะด้าน และมาตรการในการบำบัดฟื้นฟูที่ควรนำมาใช้ การจำแนกผู้ต้องขังควรมีความยืดหยุ่น เพื่อให้สามารถสนับสนุนการปฏิบัติที่เหมาะสมแก่ผู้ต้องขังแต่ละราย”

(4) การดูแลผู้ต้องขัง

1) สุขลักษณะ ข้อกำหนดที่ 15, 16, 18-21

“เรือนจำทุกแห่งต้องมีห้องน้ำที่สะอาด เพื่อสุขลักษณะที่ดีและรักษาศักดิ์ศรีของผู้ต้องขัง โดยมีน้ำและอุปกรณ์เครื่องใช้สำหรับห้องน้ำ รวมถึงผ้าอนามัยสำหรับผู้ต้องขังหญิง อีกทั้งต้องจัดให้มีเสื้อผ้าและเครื่องหลบนอนที่เพียงพอ”

2) การนอน ข้อกำหนดที่ 12-14, 42, 113

“ในกรณีที่เรือนจำใช้ระบบห้องนอนเดี่ยว ควรให้ผู้ต้องขังหนึ่งคนได้นอนในแต่ละห้อง ในกรณีที่ระบบเรือนนอนรวมจะต้องใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกผู้ต้องขังที่จะต้องนอนห้องนอนเดียวกัน โดยผู้ต้องขังระหว่างการพิจารณาคดีควรได้นอนในห้องนอนเดี่ยว ทั้งนี้ เรือนจำต้องจัดให้มีการปรับอุณหภูมิและระบายอากาศ ลม แสงสว่าง และพื้นที่ส่วนบุคคลที่เพียงพอ โดยไม่มีข้อยกเว้น”

(5) วินัยและบทลงโทษ

1) การขังเดี่ยว ข้อกำหนดที่ 43-46

“เนื่องจากการขังเดี่ยวมีผลกระทบอย่างร้ายกาจต่อสุขภาพร่างกายและจิตใจ ข้อกำหนดนี้จึงได้ระบุไว้ว่าเรือนจำควรนำการขังเดี่ยวมาใช้ในเฉพาะกรณีที่จำเป็นข้อยกเว้น ในฐานะที่เป็นทางเลือกสุดท้ายโดยใช้ระยะเวลาสั้นที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งนี้จะต้องผ่านความเห็นชอบของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ และต้องให้มีหน่วยงานอิสระทบทวนการใช้โทษดังกล่าว นอกจากนี้ ห้ามใช้การขังเดี่ยวโดยไม่มีกำหนดเวลาหรือขังเดี่ยวต่อเนื่องกันเป็นเวลานาน (เกินกว่า 15 วัน) หรือการขังเดี่ยวผู้ต้องขังบางประเภท เช่น ผู้ต้องขังที่กำลังตั้งครรภ์หรือกำลังอยู่ในระยะให้นมบุตร”

2) ความผิดทางวินัย ข้อกำหนดที่ 36-43

“ข้อกำหนดนี้ระบุถึงขั้นตอนและวิธีรับมือหากมีการกล่าวหาว่ามีการทำผิดทางวินัยเกิดขึ้น โดยกฎหมายหรือระเบียบต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำใดถือเป็นความผิดทางวินัย การลงโทษต้องไม่เกินกว่าเหตุ และผู้ต้องขังต้องได้รับอนุญาตให้แก้ต่างข้อกล่าวหา เรือนจำต้องมีการรายงานให้หน่วยงานที่มีอำนาจทราบหากมีการลงโทษทางวินัยใดๆ และควรส่งเสริมให้มีกลไกทางเลือกในการป้องกันความขัดแย้งเพื่อป้องกันการทำผิดทางวินัยอย่างร้ายแรง ผู้ต้องขังต้องได้รับอนุญาตให้แก้ต่างด้วยตัวเองหรือผ่านที่ปรึกษาทางกฎหมาย เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม”

(6) สุขภาพกายและสุขภาพจิต

1) การเข้าถึงการดูแลสุขภาพ ข้อกำหนดที่ 24-29, 31

“รัฐมีหน้าที่ดูแลผู้ถูกกีดรองเสรีภาพ ผู้ต้องขังต้องมีสิทธิได้รับการดูแลสุขภาพที่มีมาตรฐานเดียวกับที่รัฐจัดให้กับประชาชนทั่วไป”

2) บทบาทของเจ้าพนักงานทางการแพทย์ ข้อกำหนดที่ 25, 30-34

“เจ้าพนักงานทางการแพทย์ในเรือนจำ มีหน้าที่ประเมิน ดูแล และรักษา สุขภาพกายและสุขภาพจิตของผู้ป่วย – ผู้ต้องขัง รวมถึงการดูแลรักษาภาวะติดเชื้อมาตรฐาน อารมณ์ผิดปกติ สุขภาพจิต และสุขภาพฟัน”

(7) การโอนย้ายและเคลื่อนย้าย ข้อกำหนดที่ 67

“การเคลื่อนย้ายผู้ต้องขังต้องทำในสภาพที่เหมาะสมและพ้นจากสายตาของบุคคลทั่วไป หากผู้ต้องขังถูกย้ายไปเรือนจำอื่นเวชระเบียนของผู้ต้องขังต้องถูกโอนย้ายไปด้วย”

(8) การปล่อยตัวกลับคืนสู่สังคม ข้อกำหนดที่ 88, 90

“ผู้ต้องขังควรได้รับโอกาสในการเตรียมตัวเพื่อกลับสู่สังคมภายนอก เช่น จัดให้มีโครงการเตรียมความพร้อมก่อนการปล่อยตัว เรือนจำแบบเปิด และควรมีการดูแลผู้ต้องขังหลังพ้นโทษ”

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ของข้อกำหนดดังกล่าวจุดประสงค์เพื่อที่จะรับรองคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังตั้งแต่แรกจับตัวเข้าเรือนจำ การลงทะเบียน การแยกประเภทผู้ต้องขัง การตรวจสอบสุขภาพ การดูแลทางการแพทย์ จนกระทั่งผู้ต้องขังพ้นโทษและกลับสู่สังคมภายนอกโดยยังคงเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคล คุณค่าความเป็นมนุษย์ ไม่ให้ถูกลดทอนหรือสูญเสียไปเนื่องจากการถูกจำกัดเสรีภาพ แต่สำหรับรายละเอียดแนวปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ข้อกำหนดแมนเดลลาฯ ยังไม่ได้กล่าวถึงและรับรองไว้เป็นการเฉพาะ

2.3.4 ข้อกำหนดกรุงเทพ (Bangkok Rules)

ข้อกำหนดกรุงเทพเป็นข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิง ซึ่งองค์การสหประชาชาติโดยที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยที่ 65 (65th United Nations General Assembly-UNGA) ณ สำนักงานใหญ่ สหประชาชาติ นครนิวยอร์ก ได้ให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2553 ต่อข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำและมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิง (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non - Custodial Measures of Women Offenders) ซึ่งข้อกำหนดนี้ประเทศไทยโดยพระเจ้าหลานเธอพระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา ทรงผลักดันให้เกิดขึ้นและเป็นที่ยอมรับ จึงเรียกเพื่อเป็นเกียรติกับประเทศไทยว่าข้อกำหนดกรุงเทพ (Bangkok Rules)

ข้อกำหนดกรุงเทพเป็นเป็นข้อกำหนดที่ออกมาเป็นข้อมติขององค์การสหประชาชาติซึ่งเป็นกฎหมายที่ไม่มีลักษณะเป็นการบังคับ แต่เป็นมาตรฐานที่เชิญชวนให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติเพื่อยกระดับมาตรฐานการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงของประเทศให้เข้าสู่มาตรฐานสากล โดยจะพิจารณาถึงความต้องการของผู้ต้องขังหญิงเป็นสำคัญ ทั้งในเรื่องสุขภาพอนามัย การได้รับบริการป้องกันโรคที่เกี่ยวข้องกับผู้หญิงโดยเฉพาะ เช่น มะเร็งปากมดลูก การทดสอบมะเร็งเต้านม และมะเร็งทางนรีเวช บริการด้านสุขภาพจิตและการฟื้นฟูสภาพจิตใจ รวมถึงการดูแลปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น ผู้ต้องขังหญิงมีครรภ์หรือให้นมบุตรจะต้องได้รับคำแนะนำทางด้านสุขภาพและโภชนาการอย่างเหมาะสม

อีกทั้งข้อกำหนดดังกล่าวยังมีมาตรการที่จะพยายามไม่ควบคุมตัวผู้หญิงให้ได้มากที่สุด เพื่อเป็นการลดปริมาณผู้ต้องขังหญิงเข้าสู่เรือนจำ โดยพัฒนาทางเลือกในเรื่องมาตรการการเบี่ยงเบนการเข้าสู่กระบวนการทางศาลและทางเลือกอื่นๆ โดยจะพิจารณาอุประทัยย้อนหลังเพื่อหาสาเหตุของการกระทำความผิดที่อาจเกิดจากความกดดัน หรือการได้รับความรุนแรงในครอบครัว ปัญหาความยากจน รวมถึงภาระหน้าที่ในการดูแลครอบครัว เพื่อนำมาประกอบการวินิจฉัยก่อนศาลพิพากษา

สำหรับกรณีกลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ หากลักษณะทางกายภาพตามกำเนิดของผู้ต้องขังนั้นยังคงเป็นเพศหญิง ความจำเป็นโดยเฉพาะในด้านสุขอนามัยจึงไม่แตกต่างจากผู้ต้องขังหญิงทั่วไป การได้รับการปฏิบัติและคุ้มครองสิทธิตามข้อกำหนดกรุงเทพจึงมีความสำคัญต่อผู้ต้องขังกลุ่มนี้เช่นกัน

2.3.5 หลักการ Yogyakarta Principles (The Yogyakarta Principles)

หลักการ Yogyakarta Principles คือ หลักการว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเทศในประเด็นเกี่ยวกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยถือกำเนิดจากการสมมนานาชาติในหมู่ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายเหล่านี้ที่เมือง Yogyakarta ประเทศอินโดนีเซีย ณ มหาวิทยาลัย Gadjah Mada ระหว่างวันที่ 6-9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2549 แม้ว่าหลักการนี้จะไม่ได้ผ่านการลงมติจากสมัชชาแห่งสหประชาชาติ แต่ก็ได้รับการร่างและรับรองอย่างเป็นทางการโดยกลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนจากหลายภูมิภาค รวมถึงผู้พิพากษา นักวิชาการ อดีตข้าหลวงใหญ่ด้านสิทธิมนุษยชนองค์การสหประชาชาติ องค์การเฉพาะกิจขององค์การสหประชาชาติ สมาชิกจากองค์การสนธิสัญญาต่างๆ องค์การเอกชน⁶³ อันเป็นมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐทั้งหลายมีพันธกิจผูกพันในการปฏิบัติตาม เป็นหลักการที่ยืนยันว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาเสรีภาพ มีศักดิ์ศรีและสิทธิเสมอภาคกัน และมุ่งที่จะให้สิทธิอันทรงคุณค่าโดยกำเนิดดังกล่าวได้รับการเคารพอย่างแท้จริง⁶⁴ โดยมีตัวแทนจากประเทศไทยเข้าร่วมสมมนาและลงนามในครั้งนี้ด้วย (ศ.วิฑิต มันทาภรณ์ จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย)

⁶³ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักการ Yogyakarta Principles ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ, (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2551), น.115.

⁶⁴ เฟิงอว้าง, น.107.

สาเหตุที่ต้องมีหลักการยกยาคำร่ำว่า คือเพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นมาตรฐานเดียวกันในการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นเกี่ยวกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เนื่องจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากสาเหตุของความหลากหลายทางเพศนับเป็นเรื่องที่น่าวิตกที่ยังฝังรากลึกอยู่ทั่วโลกทั้งในรูป การทำวิสามัญฆาตกรรม การทรมาน การปฏิบัติอย่างโหดร้าย การกระทำความรุนแรงทางเพศ การข่มขืนและการเลือกปฏิบัติอย่างรุนแรงในรูปแบบต่างๆ ที่มีผลลิดรอนสิทธิมนุษยชนอื่นๆ หลักการดังกล่าวจึงได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองบุคคลกลุ่มนี้ (LGBTI) เป็นการเฉพาะ เช่น สิทธิในความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติ สิทธิในการทำงาน สิทธิในการศึกษา สิทธิในการก่อตั้งครอบครัว สิทธิในการแสวงหาที่พักพิงและการย้ายถิ่น เป็นต้น

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิของบุคคลเมื่อต้องโทษและถูกจำกัดเสรีภาพ หลักการยกยาคำร่ำว่าก็ได้บัญญัติรับรอง คุ้มครองสิทธิในด้านการปฏิบัติในลักษณะความเป็นมนุษย์ระหว่างถูกควบคุมตัว ไว้ในหลักการข้อ 9 ดังนี้

“มนุษย์ที่ถูกจำกัดเสรีภาพทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและอย่างเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล โดยรัฐจัก:

1. ให้หลักประกันว่าในการกักขังควบคุมตัวจะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการลดทอนคุณค่าของบุคคลให้น้อยลงไปเพราะวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลผู้นั้นหรือไม่ทำให้บุคคลนั้นเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อของความรุนแรง การปฏิบัติอย่างโหดร้ายหรือการทรมานทางร่างกาย จิตใจหรือทางเพศ
2. จัดสรรบริการและการให้คำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสมต่อความจำเป็นของผู้ถูกควบคุมตัว โดยเข้าใจในความจำเป็นพิเศษเฉพาะอันสืบเนื่องจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลผู้นั้น โดยรวมทั้งประเด็นด้านอนามัยการเจริญพันธุ์ การเข้าถึงข้อมูลและการรับยาต้านเชื้อเอชไอวีหรือโรคเอดส์ และการเข้าถึงการรักษาด้วยฮอร์โมนหรืออื่นๆรวมทั้งการแปลงเพศหากต้องการ
3. ให้ผู้ถูกคุมขังมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของตน ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้
4. มีมาตรการคุ้มครองผู้ต้องขังที่เสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อความรุนแรงหรือการทำร้ายจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้นั้นหรือการแสดงออกในด้านดังกล่าว และหากเป็นไปได้ต้องมีมาตรการคุ้มครองดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิเพิ่มมากขึ้นไปกว่านักโทษอื่นทั่วไป

5. ให้สิทธิผู้ถูกคุมขังและผู้ถูกควบคุมตัวได้รับการเยี่ยมจากคู่สมรสหรือคู่ชีวิตโดยเสมอภาคกันไม่ว่าจะเป็นเพศใด

6. ให้มีการควบคุมตรวจสอบเรือนจำและสถานที่กักขังควบคุมตัวโดยหน่วยงานอิสระทั้งภาครัฐและองค์กรเอกชน รวมทั้งองค์กรที่ทำงานประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

7. ริเริ่มโครงการฝึกอบรมพหุศตวรรษที่เก้า พนักงานเรือนจำ และบุคลากรอื่นทั้งในภาครัฐหรือเอกชนที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมตัว เพื่อเพิ่มความเข้าใจต่อมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และหลักการของความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ รวมถึงในด้านวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

หลังจากหลักการ Yogyakarta Principles ถูกนำมาใช้ในปี พ.ศ.2549 ต่อมาหลักการด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องความหลากหลายทางเพศมีวิวัฒนาการมากขึ้น จึงได้มีการปรับปรุงเพิ่มเติมเนื้อหาเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมในปัจจุบัน โดยแก้ไขเพิ่มเติมเป็นหลักการ Yogyakarta Principles plus 10 (The Yogyakarta Principles plus 10) ที่ระบุถึงหลักการเพิ่มเติมและภาระหน้าที่ของรัฐอย่างละเอียด สำหรับหลักการข้อ 9 ของหลักการ Yogyakarta Principles plus 10 ปี 2549 นั้น หลักการ Yogyakarta Principles plus 10 นี้ ได้กล่าวถึง หน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับผู้ถูกควบคุมตัว เพิ่มเติมดังนี้

1. รัฐจะต้องจัดทำและดำเนินนโยบายในการป้องกันและปราบปรามการกระทำ ความรุนแรง การเลือกปฏิบัติและการกระทำอันตรายต่อผู้ที่ถูกคุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งการกระทำรุนแรงดังกล่าวมีสาเหตุเกิดจากความแตกต่างทางอัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะทางเพศของเหยื่อ นอกจากนี้รัฐยังต้องจัดให้มีนโยบายเกี่ยวกับการจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ การค้นตัว การจัดให้มีสิ่งของที่ผู้ต้องขังสามารถแสดงออกทางเพศ การเข้าถึงและการได้รับการรักษาบำบัดเพื่อการยืนยันเพศ (gender affirming treatment) อย่างต่อเนื่อง รวมถึงการได้รับการรักษาทางการแพทย์ในด้านอื่นๆ ด้วย ตลอดจนนโยบายเกี่ยวกับการจัดให้มีการแยกขังผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย (protective solitary confinement) ด้วย

2. รัฐจะต้องจัดทำและดำเนินนโยบาย เกี่ยวกับการจัดสรรสถานที่คุมขังและการปฏิบัติต่อผู้ที่ถูกคุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ ที่สะท้อนถึงความต้องการและสิทธิของทุกคนไม่ว่าผู้นั้นจะมีอัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะทางเพศอย่างไร และจะต้องจัดให้มีกระบวนการที่ทำให้มั่นใจว่า ผู้ที่ถูกคุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ จะสามารถมีส่วนร่วมในการพิจารณาตัดสินใจเกี่ยวกับสถานที่คุมขังที่บุคคลนั้นจะถูกจัดสรรเข้าไปอยู่ด้วย

3.รัฐจะต้องจัดให้มีการควบคุมดูแลสถานที่คุมขังที่มีประสิทธิภาพ เพื่อให้มั่นใจว่าทุกคนจะได้รับความปลอดภัย รวมถึงจะต้องมีกระบวนการตรวจตราดูแลที่สามารถสะท้อนความเสี่ยงของผู้ถูกคุมขังที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะทางเพศที่แตกต่างกันได้

จากการศึกษาบทบัญญัติของหลักสากลในบทนี้ทำให้เห็นได้ว่าต่างมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังไว้ในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ การยอมรับถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขังในฐานะที่เขาเกิดมาเป็นมนุษย์ ว่าเขายังคงมีศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกับบุคคลอื่นทั่วไปทุกประการตลอดระยะเวลาต้องโทษและยอมรับว่าผู้ต้องขังทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติจากเจ้าพนักงานเรือนจำอย่างมีมนุษยธรรมในทุกๆ เรื่องทั้งการใช้เครื่องพันธนาการ สภาพความเป็นอยู่ในเรือนจำ วิธีการในการลงโทษ การควบคุมตัว สุขอนามัย การให้บริการทางการแพทย์ การไม่ถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติต่อหรือลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือต่ำช้าทารุณ และผู้ต้องขังมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยไม่เลือกปฏิบัติ หรือโดยปราศจากการแบ่งแยกในเรื่องต่างๆ เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา เผ่าพันธุ์ กำเนิดหรือสถานะอื่น ๆ ดังนั้นหากมีกรณีผู้ต้องขังซึ่งกระทำผิดในลักษณะเดียวกันภายใต้เงื่อนไขต่างๆ เหมือนกัน ควรที่จะได้รับการปฏิบัติต่อหรือลงโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เหมือนกัน

กรณีการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ นอกจากจะได้รับการคุ้มครองจากหลักสากลในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์มีศักดิ์ศรีและสิทธิต่างๆ ที่มนุษย์ทุกคนพึงมีดังที่กล่าวมาแล้วนั้น ยังมีหลักการ “ยกย่องการเท่าเทียม” ที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขัง (LGBTI) เป็นการเฉพาะ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคในความแตกต่าง ซึ่งมีใช่เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่เนื่องด้วยความจำเป็นพิเศษและแนวปฏิบัติที่แตกต่างจากผู้ต้องขังทั่วไป โดยแต่ละประเทศจะได้นำแนวทางจากหลักการดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของตน เพื่อให้สอดคล้องและเป็นมาตรฐานเดียวกันกับนานาประเทศ โดยจะได้ทำการศึกษากฎหมายภายในรวมถึงแนวปฏิบัติของต่างประเทศในบทถัดไป

บทที่ 3

การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในต่างประเทศ

ในบทนี้จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTI) ในต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย และญี่ปุ่น เพื่อที่จะได้ทราบถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดสิทธิให้แก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ว่ามีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใด เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ต่างๆที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทย

3.1 สหรัฐอเมริกา

3.1.1 ความเป็นมา กฎหมายและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

3.1.1.1 ความเป็นมา

สหรัฐอเมริกา ประกอบด้วยมลรัฐต่างๆ 50 มลรัฐรวมเข้าด้วยกัน โดยแต่ละมลรัฐต่างมีอำนาจอิสระในการปกครองตนเอง กล่าวคือ แต่ละมลรัฐมีอำนาจในการตรารัฐธรรมนูญขึ้นเป็นกฎหมายสูงสุดเพื่อใช้ในการบริหารกิจการต่างๆ ที่เกิดขึ้นภายในมลรัฐ และคุ้มครองสิทธิประชาชนภายในแต่ละมลรัฐเองได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแต่ละมลรัฐจะมีอิสระในการบริหารจัดการภายในรัฐเองก็ตาม แต่ก็มีบางกิจการที่สำคัญที่ทุกมลรัฐมิได้สงวนไว้ และยินยอมมอบให้ส่วนกลางเป็นผู้ใช้อำนาจเท่านั้น เช่น กิจการด้านการทหาร การทูตและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เงินตรา และการควบคุมการค้าระหว่างมลรัฐ เป็นต้น ซึ่งอำนาจที่เป็นส่วนกลางนี้จะถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐ (The Constitution of United States) ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา บัญญัติเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการของรัฐบาลกลางสหรัฐ (Federal Government) และกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกลาง กับรัฐบาลของแต่ละมลรัฐ (State Government) ให้มีความชัดเจน รวมถึงบัญญัติคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอเมริกันทุกคน ซึ่งรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลของแต่ละมลรัฐจะตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้ง หรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ไม่ได้ทั้งสิ้น

หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจในการออกกฎหมายของสหรัฐอเมริกาแล้ว กฎหมายของสหรัฐอเมริกา สามารถแบ่งออกได้เป็นกฎหมายระดับ Federal Laws และ State Laws Federal Laws คือกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลกลางของสหรัฐ ตราขึ้นโดยผ่านการพิจารณาของรัฐสภา (U.S. Congress) สำหรับใช้บังคับกับกิจการภายใต้ขอบเขตที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐกำหนดให้อำนาจไว้ และจะมีผลใช้บังคับเหนือมลรัฐทุกมลรัฐ โดยมีศาลระดับ Federal Court เป็นผู้พิจารณาการใช้และตีความกฎหมาย รวมถึงพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญด้วย สำหรับ State Law นั้น เป็นกฎหมายออกโดยรัฐบาลของแต่ละมลรัฐ ตราขึ้นผ่านการพิจารณาของสภาของมลรัฐ เพื่อใช้บังคับกับกิจการและพลเมืองภายในมลรัฐเท่านั้น ในกรณีที่ State Law ขัดหรือแย้งกับ Federal Law Federal Law จะมีลำดับศักดิ์เหนือกว่า เว้นแต่ในกรณีที่ State Law บัญญัติคุ้มครองสิทธิประชาชนมากกว่า Federal Law เช่นนี้ State Law จะมีลำดับศักดิ์เหนือกว่า

3.1.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลาย

ทางเพศ

รัฐธรรมนูญของสหรัฐบัญญัติคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองชาวอเมริกันเป็นการทั่วไป โดยมีได้มีบทบัญญัติที่กำหนดคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิของบุคคลเกี่ยวกับเรื่อง การลงโทษไวโน (The Eight Amendment) ซึ่งบัญญัติคุ้มครองสิทธิของบุคคลไว้ว่า “ห้ามมิให้กำหนดค่าประกันหรือค่าปรับอันเกินสมควร และห้ามมิให้มีการลงโทษอย่างร้ายแรงทารุณหรือผิดปกติวิสัย”¹ แต่ด้วยที่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดถ้อยคำในลักษณะที่ค่อนข้างเป็นนามธรรม ดังนั้นจึงเป็นบทบาทหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและศาลในการพิจารณาว่าการลงโทษอย่างใด เป็นการลงโทษที่ร้ายแรงทารุณ หรือผิดปกติวิสัยซึ่งรัฐจะกระทำต่อบุคคลมิได้ ที่ผ่านมา U.S. Supreme Court ได้เคยวางหลักอันเป็นการอธิบายความตามมาตรา 8 ของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐ โดยสรุปได้ว่า เรือนจำมีหน้าที่ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 8 ที่จะต้องจัดให้การคุมขังผู้ต้องขังเป็นไปอย่างมีมนุษยธรรม (humane condition) และต้องทำให้แน่ใจว่า เรือนจำได้จัดให้มีอาหาร เครื่องนุ่งห่ม สถานที่และการดูแลรักษาทางการแพทย์แก่ผู้ต้องขังอย่างเหมาะสม และต้องป้องกันความปลอดภัยให้แก่ผู้ต้องขังจากการถูกทำร้ายร่างกายโดยผู้ต้องขังอื่นด้วย โดยคำอธิบายความ

¹U.S. Constitution, amend. 8.

ดังกล่าวปรากฏอยู่ในการพิพากษาของ U.S. Supreme Court ในคดี Farmer v. Brennan และคดี Estelle v. Gamble²

3.1.1.3 คำพิพากษาของ U.S. Supreme Court ซึ่งได้วางหลักเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง และผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศภายใต้ตามมาตรา 8 ของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐ

1) คดี Farmer v. Brennan ในปี 1994³

โจทก์ชื่อนาย Dee Farmer เป็นผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศซึ่งยังไม่ได้ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ (Preoperative Transsexual) แต่มีรูปร่างลักษณะภายนอกเหมือนเพศหญิง (Feminine Characteristic) Farmer ถูกขังร่วมกับผู้ต้องขังชายใน Federal Prison ซึ่งบางครั้งจะถูกขังร่วมกับผู้ต้องขังชายทั่วไป แต่ส่วนใหญ่ก็จะถูกขังแยกจากผู้ต้องขังอื่น ในคดีนี้ Farmer กล่าวอ้างว่า เมื่อเจ้าพนักงานเรือนจำได้ทำการย้ายตนไปคุมขังในเรือนจำพิเศษ ซึ่งปกติจะใช้สำหรับคุมขังผู้ต้องขังที่มีปัญหาและขังตนร่วมกับผู้ต้องขังชาย Farmer ถูกผู้ต้องขังชายทำร้ายร่างกายและข่มขืน จึงฟ้องว่ากรณีที่เจ้าพนักงานเรือนจำส่งตนไปขังที่เรือนจำพิเศษ โดยรู้อยู่แล้วว่าเรือนจำดังกล่าวมีสภาพแวดล้อมที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ตนจะถูกทำร้ายและถูกล่วงละเมิดทางเพศได้ แต่เจ้าพนักงานก็ยังส่งให้ตนไปอยู่ในเรือนจำพิเศษ จึงเป็นการที่เจ้าพนักงานเรือนจำมีเจตนาละเลยไม่ใส่ใจ (deliberate indifference) ต่อความปลอดภัยและสุขภาพของผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อบทบัญญัติมาตรา 8 ของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐ

Supreme Court ได้อธิบายว่า เจ้าพนักงานเรือนจำจะมีความรับผิดชอบตามมาตรา 8 ของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐ ฐานที่ได้กระทำโดยมีเจตนาละเลยไม่ใส่ใจ (deliberate indifference) ต่อความปลอดภัยและสุขภาพของผู้ต้องขังนั้น จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า เจ้าพนักงานผู้นั้นรู้อยู่แล้วว่าผู้ต้องขังจะต้องเผชิญกับความเสี่ยงที่เป็นรูปธรรม (substantial risk) ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรง (serious harm) ต่อตัวผู้ต้องขังได้ แต่กลับไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงนั้น โดยไม่ได้จัดให้มีมาตรการที่สมควรแก่เหตุ (reasonable measure) ในการบรรเทาความเสี่ยง ศาล

²Morgan S. Mason, “Breaking the Binary: How Shifts in Eighth Amendment Jurisprudence Can Help Ensure Safe Housing and Proper Medical Care for Inmates with Gender Dysphoria,” April 18, 2018.

³Farmer v. Brennan, 511 U.S. 825 (1994).

District Court และ The Court of Appeals ได้พิจารณาตามแนวทางของ Supreme Court ข้างต้นและพิพากษาให้เจ้าพนักงานเรือนจำชนะคดี ด้วยเหตุที่ว่าเจ้าพนักงานเรือนจำไม่รู้ข้อเท็จจริงว่ามีความเสี่ยงที่อาจก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อผู้ต้องขังอยู่ เพราะว่า Farmer ไม่เคยแสดงออกถึงความกังวลด้านความปลอดภัยให้เจ้าพนักงานเรือนจำได้รู้มาก่อนเลย

2) คดี Estelle v. Gamble ในปี 1976⁴

โจทก์ในคดีนี้คือนาย J.W. Gamble เป็นผู้ต้องขังชายในเรือนจำของมลรัฐเท็กซัส Gamble กำลังทำงานในฟาร์ม ขณะที่เขากำลังขนท่อฝ้ายลงจากรถบรรทุกนั้น ท่อฝ้ายหนักกว่า 500 ปอนด์ ได้หล่นทับตัวของเขา ทำให้ Gamble ได้รับบาดเจ็บช่วงหลังส่วนล่าง ซึ่งหลังจากการตรวจวินิจฉัยระยะแรก แพทย์ก็ได้สั่งให้เขาไปพักในห้องขังและให้ยาบรรเทาอาการปวด ต่อมาแพทย์วินิจฉัยอาการบาดเจ็บของ Gamble ว่าเป็นอาการกล้ามเนื้อหลังส่วนล่างอักเสบ จึงได้สั่งให้เขาไปนอนพักเท่านั้น เนื่องจากอาการบาดเจ็บของ Gamble ไม่ได้บรรเทาลงเลย Gamble จึงปฏิเสธคำสั่งของเจ้าพนักงานเรือนจำที่ให้เขากลับไปทำงานอีก เจ้าพนักงานเรือนจำเห็นว่าเขาขัดคำสั่งจึงได้มีคำสั่งลงโทษแยกขังเดี่ยว อันเป็นเหตุให้ Gamble ยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาล State Court ว่าเรือนจำได้ลงโทษเขาอย่างร้ายแรงทารุณและผิดปกติวิสัย อันเป็นการละเมิดและฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 8 ของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐ

คดีต่อสู้กันถึงชั้นการพิจารณาของ U.S. Supreme Court โดยศาล U.S. Supreme Court ได้วางหลักอธิบายการกระทำอันเป็นการละเมิดและฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 8 ของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐว่า หากเจ้าพนักงานเรือนจำมีเจตนาละเลยไม่ใส่ใจต่อความจำเป็นที่ผู้ต้องขังจะต้องได้รับการรักษาทางการแพทย์ (medical needs) เช่นนี้ เป็นการที่เจ้าพนักงานเรือนจำกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อบทบัญญัติมาตรา 8 ของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐ ด้วยเหตุที่ว่า การละเลยไม่ใส่ใจต่อความจำเป็นในการเข้ารับการรักษาทางการแพทย์ของผู้ต้องขังนั้น เป็นการก่อให้เกิดความเจ็บปวดแก่ผู้ต้องขังโดยไม่จำเป็นและไม่มีเหตุผลอันสมควร (unnecessary and wanton infliction of pain) ซึ่งคำพิพากษาของศาล U.S. Supreme Court ในคดี Estelle v. Gamble นี้ ถือเป็นคำพิพากษาที่ได้วางรากฐานของการคุ้มครอง

⁴Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97 (1976).

สิทธิของผู้ต้องขังในการเข้าถึงและได้รับการรักษาทางการแพทย์ที่เหมาะสมเป็นคดีแรก (landmark case)⁵

อย่างไรก็ดี แม้ว่าศาลจะได้วางหลักในคำพิพากษาอธิบายความตามมาตรา 8 ของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐ ว่าเรือนจำต้องจัดให้การคุมขังผู้ต้องขังเป็นไปอย่างมีมนุษยธรรม (humane condition) และต้องทำให้แน่ใจว่าเรือนจำได้จัดให้มีอาหาร เครื่องนุ่งห่ม สถานที่ และการดูแลรักษาทางการแพทย์แก่ผู้ต้องขังอย่างเหมาะสม และต้องป้องกันความปลอดภัยให้แก่ผู้ต้องขังจากการถูกทำร้ายร่างกายโดยผู้ต้องขังอื่นด้วยก็ตาม แต่ที่ผ่านมาระยะนี้ พิสูจน์ความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานเรือนจำตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวนั้น ค่อนข้างทำได้ยาก⁶ เนื่องจากผู้ต้องขังจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า 1. ในเชิงภาวะวิสัย มีความเสี่ยงที่เป็นรูปธรรม (substantial risk) ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรง (serious harm) ต่อความปลอดภัยและสุขภาพของผู้ต้องขัง และ 2. ในเชิงอัตวิสัย เจ้าพนักงานเรือนจำนั้นรู้หรือแท้จริงว่ามีความเสี่ยงดังกล่าวอยู่ แต่กลับมีเจตนาละเลยไม่ใส่ใจต่อความเสี่ยงนั้น อันเป็นเหตุให้เกิดอันตรายต่อตัวผู้ต้องขังในที่สุด

3.1.2 กฎหมายและแนวปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในปัจจุบัน

3.1.2.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดการถูกข่มขืนในเรือนจำปี 2003

เนื่องจากสหรัฐอเมริกาต้องเผชิญกับสถานการณ์ปัญหาที่ผู้ต้องขังถูกคุกคามทางเพศในระหว่างที่ถูกจำคุกอยู่เป็นจำนวนมาก ประกอบกับกฎหมายที่มีอยู่ยังมีข้อกำหนดที่

⁵Craig A. Conway, “Right of Access to Medical and Mental Health Care for the Incarcerated,” Retrieved on February 20, 2017, from [https://www.law.uh.edu/healthlaw/perspectives/2009/\(CC\)%20Prison%20Health.pdf](https://www.law.uh.edu/healthlaw/perspectives/2009/(CC)%20Prison%20Health.pdf).

⁶Harvard Law Review, “Classification And Housing Of Transgender Inmates In American Prisons,” Retrieved on February 20, 2017, from http://harvardlawreview.org/wpcontent/uploads/2014/04/vol127_DEVO_classification_housing_transgender_inmates_in_american_prisons.pdf.

ไม่ชัดเจนเพียงพอ อันจะทำให้การปฏิบัติของเรือนจำต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศมีมาตรฐานและสอดคล้องกับความเสี่ยงของผู้ต้องขัง⁷

ในปี ค.ศ. 2003 รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาจึงได้มีการผ่านและตรากฎหมาย เพื่อขจัดการข่มขืนในเรือนจำ หรือ The Prison Rape Elimination Act (PREA) ขึ้น เพื่อให้มีกลไกในการวิเคราะห์สาเหตุและผลกระทบของการถูกข่มขืนในเรือนจำ รวมถึงเพื่อให้ข้อมูล ข้อเสนอแนะและงบประมาณสำหรับป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ที่ผู้ต้องขังถูกข่มขืนในเรือนจำอีกต่อไป⁸

โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดหน้าที่ให้กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา ไปดำเนินการรวบรวมข้อมูลสถานการณ์การข่มขืนภายในเรือนจำ ทั้งในระดับสหพันธรัฐ มลรัฐ และระดับท้องถิ่น และแต่งตั้งคณะกรรมการลดจำนวนการข่มขืนในเรือนจำแห่งชาติ หรือ National Prison Rape Reduction Commission ขึ้น ทำหน้าที่ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหา ตลอดจนผลกระทบของการข่มขืนในคุก เพื่อเสนอร่างหลักเกณฑ์อันเป็นมาตรฐานกลาง สำหรับให้เรือนจำ รวมถึงสถานที่คุมขังประเภทอื่นๆ สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกัน และคุ้มครองผู้ต้องขังจากการถูกข่มขืนได้อย่างเหมาะสม และเมื่อคณะกรรมการได้จัดทำรายงานการวิเคราะห์ดังกล่าวแล้วเสร็จ ภายในหนึ่งปี ให้ Attorney General เผยแพร่ Final Rule สำหรับใช้เป็นข้อกำหนดมาตรฐานของประเทศ (National Standard Final Rule) เพื่อตรวจสอบ ป้องกัน ขจัด และลงโทษการข่มขืนภายในเรือนจำได้ และเมื่อได้ประกาศ Final Rule ดังกล่าวแล้ว ให้ Attorney General นำส่งข้อกำหนดมาตรฐานของประเทศให้แก่ผู้บริหารสูงสุดของแต่ละมลรัฐ หัวหน้าหน่วยงานราชทัณฑ์ รวมถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบดูแลการปฏิบัติงานของเรือนจำในแต่ละมลรัฐนั้นๆ

คณะกรรมการฯ ได้ดำเนินการศึกษาปัญหาการข่มขืนในเรือนจำที่เกิดขึ้นเป็นเวลากว่า 9 ปีจึงได้เสนอรายงานการวิเคราะห์ข้างต้นให้แก่กระทรวงยุติธรรมเพื่อพิจารณาจัดทำ

⁷Michael Faithful, "Transitioning Our Prisons toward Affirmative Law: Examining the Impact of Gender Classification Policies on U.S. Transgender Prisoners," *Modern American* 5, no. 1 (2009): p.5

⁸Congress Government, "S.1435-Prison Rape Elimination Act of 2003," Congress.Gov, Retrieved on February 28, 2017, from <https://www.congress.gov/bill/108th-congress/senate-bill/1435>.

ข้อกำหนดมาตรฐานของประเทศเพื่อประกาศใช้เป็น Final Rule ต่อไป ซึ่งต่อมา กระทรวงยุติธรรมก็ได้ประกาศข้อกำหนดมาตรฐาน ของประเทศซึ่งเป็น Final Rule ในเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ. 2012

3.1.2.2 ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรม

ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรม ได้ให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองผู้ต้องขังที่มีภาวะความเสี่ยงจากการถูกคุกคามทางเพศ หรือถูกทำร้าย อันได้แก่กลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้แก่ เลสเบี้ยน เกย์ บุคคลข้ามเพศ และผู้ที่มีเพศกำกวม รวมถึงผู้ที่มีรูปลักษณ์ภายนอก หรือลักษณะนิสัยที่ไม่ตรงหรือสอดคล้องกับเพศกำเนิดของตน ซึ่งจากการสำรวจของสหพันธ์ (federal survey) พบว่าในแต่ละปีผู้ต้องขังในสหรัฐอเมริกาจำนวนมากกว่า 200,000 รายเคยผ่านการถูกทำร้ายทางเพศในเรือนจำหรือสถานพินิจเยาวชนมาแล้ว และจากผลการสำรวจเดียวกันนี้ก็พบว่าผู้ต้องขังที่มีรสนิยมทางเพศต่อเพศเดียวกัน (non-heterosexual) มีแนวโน้มที่จะเป็นเหยื่อการทำร้ายทางเพศมากกว่าผู้ต้องขังอื่น 3 เท่า นอกจากนี้การศึกษาวิจัยของเรือนจำมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ยังปรากฏว่าผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศซึ่งถูกคุมขังในเรือนจำชายมีโอกาสถูกทำร้ายทางเพศมากกว่าผู้ต้องขังอื่น 13 เท่า การถูกทำร้ายทางเพศในเรือนจำนั้นจะนำไปสู่อาการความเครียด หลังจากการเหตุการณ์สะเทือนใจ หรืออาการ PTSD โรคเครียด การใช้กำลังรุนแรง HIV และโรคอื่นๆ ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบเชิงลบต่อตัวผู้ต้องขังเอง ครอบครัว สังคม ตลอดจนงบประมาณของรัฐ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดการถูกคุมขังในเรือนจำปี 2003 กำหนดให้ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรม มีผลใช้บังคับกับเรือนจำของรัฐบาลกลาง (Federal Prisons) และบุคคลที่ถูกคุมขังอยู่ในสถานที่ที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา หรือ United States Marshal Service เรือนจำของมลรัฐ (State Prisons) และเรือนจำของท้องถิ่น (Local Prison) โดยกำหนดให้หน่วยงานที่มีหน้าที่บริหารจัดการสถานที่คุมขัง อาทิ เรือนจำ สถานพินิจเยาวชน ห้องขัง และสถานที่กักบริเวณ จะต้องทำการตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง และสำหรับการปรับใช้ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดการถูกคุมขังในเรือนจำกำหนดว่า ในแต่ละปีงบประมาณ เงินงบประมาณที่ถูกจัดสรรให้แก่ละมลรัฐเพื่อใช้ในวัตถุประสงค์เพื่อการราชทัณฑ์จะถูกลดลงร้อยละ 5 เว้นแต่ผู้บริหารสูงสุดของมลรัฐจะได้ยื่นเอกสารรับรองมายัง Attorney General ว่าในมลรัฐนั้นๆ ได้นำข้อกำหนดมาตรฐานดังกล่าวไปปรับใช้และถูกต้องตรงตามหลักเกณฑ์ที่ข้อกำหนดมาตรฐานกำหนดไว้ด้วยแล้ว หรือผู้บริหารสูงสุดของมลรัฐได้ให้การรับรองว่าจะนำเงินงบประมาณจำนวนร้อยละ 5 นี้ไปดำเนินการเพื่อให้เรือนจำในมลรัฐของตนนั้นมีการบริหารจัดการเรือนจำเป็นไปตามที่ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมกำหนดไว้

นอกจากกระทรวงยุติธรรมจะมีหน้าที่ตรากฎเกณฑ์ออกมาใช้บังคับตามหลักการของพระราชบัญญัติจัดการข่มขืนภายในเรือนจำแล้ว กระทรวงอื่นๆ ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องหรือดูแลการคุมขัง หรือกักกันบุคคล อาทิ กระทรวงความมั่นคงแห่งมาตุภูมิ (Department of Homeland Security) ที่มีอำนาจหน้าที่ในการคุมขังคนเข้าเมือง และกระทรวงสาธารณสุข (Department of Health and Human Service) เป็นต้น ก็ต้องตราข้อกำหนดของแต่ละกระทรวงออกมาบังคับใช้ให้สอดคล้องกับหลักการของพระราชบัญญัตินี้ด้วยเช่นกัน ซึ่งในปี ค.ศ.2014 กระทรวงความมั่นคงแห่งมาตุภูมิก็ได้ประกาศใช้ข้อบังคับของตนด้วยแล้ว

ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่สำคัญ ประกอบด้วย 1.การระบุอัตลักษณ์ทางเพศและการจัดสรรเรือนจำสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ 2.การตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง 3.การมีสิทธิได้รับการรักษาด้วยยาฮอร์โมนและการผ่าตัดแปลงเพศระหว่างถูกคุมขัง และ 4.การจัดอบรมเจ้าพนักงาน ดังนี้

1) การระบุอัตลักษณ์ทางเพศและการจัดสรรผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเข้าสู่เรือนจำ

เดิมทีเดิวก่อนที่จะมีข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมหลักเกณฑ์การจำแนกและจัดสรรผู้ต้องขัง หรือที่เรียกว่ากระบวนการ Classification and Housing of Inmates ของสหรัฐอเมริกา นั้น ยังไม่มีความชัดเจน และแตกต่างกันไปตามแต่ละนโยบายในงานราชทัณฑ์ของแต่ละมลรัฐ โดยสามารถแบ่งวิธีการจำแนกและจัดสรรผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้เป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ 1. แบบที่ใช้วิธีวัดเพศหรือเพศกำเนิดของผู้ต้องขังเป็นเกณฑ์ในการจำแนกและจัดสรรผู้ต้องขัง (Genitalia - Based Approach) และ 2.แบบที่ใช้การระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังเป็นเกณฑ์ในการจำแนกและจัดสรรผู้ต้องขัง (Identity-Based Approach)

ก) ขั้นตอนการระบุอัตลักษณ์ทางเพศ

ในขั้นตอนก่อนการจำแนกและจัดสรรผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมมาตรา 115.41⁹ กำหนดให้ เรือนจำจะต้องทำการประเมินความเสี่ยงของผู้ต้องขังทุกรายให้แล้วเสร็จภายใน 72 ชั่วโมงนับแต่ผู้ต้องขังเข้าสู่กระบวนการคุมขังจนส่งตัวผู้ต้องขังไปคุมขังยังเรือนจำ เพื่อประเมินว่าผู้ต้องขังนั้นมีความเสี่ยงที่จะตก

⁹United States Department of Justice Final Rule, Prison and Jail Standard, § 115.41.

เป็นเหยื่อของการถูกทำร้ายทางเพศโดยผู้ต้องขังคนอื่นหรือไม่ หรือตัวผู้ต้องขังเองมีความเสี่ยงที่จะเป็นผู้ที่จะไปทำร้ายผู้ต้องขังอื่นในทางเพศด้วยหรือไม่ ในการประเมินความเสี่ยงดังกล่าวนี้ เรือนจำจะต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆ อาทิ ผู้ต้องขังเป็นผู้มีความผิดปกติทางจิต หรือทางร่างกายหรือไม่ หรือเคยมีประวัติการทำร้ายร่างกายต่อเด็กหรือผู้ใหญ่หรือไม่ รวมถึงต้องพิจารณาว่าผู้ต้องขังนั้นเป็นหรืออาจถูกคนอื่นมองว่าเป็นเกย์ เลสเบี้ยน คนรักสองเพศ คนข้ามเพศ คนที่มีเพศกำกวม หรือคนที่การแสดงออกทางเพศไม่ตรงกับบรรทัดฐานทางเพศของสังคมหรือไม่ ด้วยเหตุที่ผู้ต้องขังกลุ่มนี้ เป็นกลุ่มที่มีความเสี่ยงที่จะถูกทำร้ายร่างกาย ทารุณกรรม ถูกล่อลวงละเมิดทางเพศได้ง่าย เพราะว่าผู้ต้องขังมีสภาพจิตใจที่อ่อนไหวและมีบุคลิกภายนอกที่อาจจะเชื้อเชิญต่อการถูกกระทำดังกล่าวได้

หากไม่มีการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังจะทำให้เกิดความยากลำบากในการพิจารณาเรื่องความปลอดภัยในขั้นตอนการจัดสรรผู้ต้องขังสู่เรือนจำหรือสถานที่คุมขังได้ รวมถึงไม่สามารถระบุความจำเป็นในการดูแลสุขภาพทางการแพทย์แก่ผู้ต้องขังได้¹⁰ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเพศสภาพและลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น การประเมินความเสี่ยงจึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีขั้นตอนการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังอยู่ในกระบวนการประเมินความเสี่ยงด้วย โดยการระบุอัตลักษณ์ของผู้ต้องขังตามคำอธิบายข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรม มาตรา 115.41 นั้น เรือนจำจะต้องดำเนินการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังใน 2 รูปแบบควบคู่กัน¹¹ กล่าวคือ

การระบุอัตลักษณ์เชิงอัตวิสัย : เรือนจำจะต้องจัดให้ผู้ต้องขังมีโอกาที่จะแสดงข้อมูลอัตลักษณ์ในทางเพศของตนว่า ผู้ต้องขังนั้นเป็นผู้ที่มีอัตลักษณ์ทางเพศอย่างไร และนำข้อมูลการระบุตนเองของผู้ต้องขังไปใช้ประกอบกับข้อมูลอื่นๆ ที่เรือนจำรวบรวมได้เพื่อนำมาประเมินความเสี่ยง ทั้งนี้ข้อกำหนดมาตรฐานมิได้กำหนดเป็นข้อบังคับว่าผู้ต้องขังจะต้องแจ้งต่อเรือนจำว่าตนมีอัตลักษณ์ทางเพศอย่างไร การเปิดโอกาสให้ผู้ต้องขังสามารถแจ้งข้อมูลได้เองเป็นเพียงหนึ่งในข้อมูลที่จะนำมาประกอบการพิจารณาเท่านั้น เนื่องจากผู้ต้องขังอาจเกิดความกลัวว่าหากเปิดเผยข้อมูลอัต

¹⁰ Jody Marksamer; Harper Jean Tobin, “Standing with LGBT Prisoners: An Advocate’s Guide to Ending Abuse and Combating Imprisonment,” April 10, 2014.

¹¹ Nation PREA Resource Center, “FAQ Does standard § 115.41 (§ 115.241, § 115.341) require facilities to affirmatively inquire of the inmates/residents about their lesbian, gay, bisexual, transgender, or intersex (LGBTI) status, in addition to making a subjective determination about perceived status?,” Retrieved on March 3, 2017, from <https://www.prearesourcecenter.org/node/3250>.

ลักษณะทางเพศของตนแล้วจะทำให้สับสนเสี่ยงที่จะถูกทำร้ายร่างกาย ทำทารุณกรรมทางเพศ หรือถูกคุกคามได้ ดังนั้นเรือนจำจึงต้องจัดให้มีกระบวนการรวบรวมข้อมูลที่มีความเหมาะสมและรัดกุม เพื่อรักษาข้อมูลความลับของผู้ต้องขังด้วย¹²

การระบุอัตลักษณ์เชิงภาวะวิสัย : เจ้าพนักงานผู้ทำการประเมินก็จะต้องพิจารณาลักษณะของผู้ต้องขังว่า ผู้ต้องขังผู้นั้นมีลักษณะที่อาจถูกมองว่าเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือไม่ ซึ่งจะทำให้ทราบว่าผู้ต้องขังหรือเจ้าพนักงานคนอื่นๆ มีโอกาสที่จะมองว่าผู้ต้องขังเป็นผู้มีความหลากหลายทางเพศหรือไม่ ในการระบุอัตลักษณ์เชิงภาวะวิสัยอาจทำได้หลายวิธี เช่น การสังเกตจากลักษณะภายนอก หรือลักษณะบุคลิกพฤติกรรมของผู้ต้องขังว่าตรงกับเพศที่ถูกระบุไว้ในเอกสารการจับกุมหรือไม่¹³

ทั้งนี้ แม้ว่าข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมจะมีได้กำหนดรายละเอียดชัดเจนว่าการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังจะต้องกระทำในสถานที่ใด เวลาใด มีขั้นตอนอย่างไรหรือกระทำโดยใคร ซึ่งหากเรือนจำเห็นว่าหากให้ผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์เป็นผู้สอบถามผู้ต้องขัง หรือจัดให้มีกระบวนการสัมภาษณ์แยกออกจากกระบวนการประเมินความเสี่ยงที่เป็นส่วนตัว และเป็นไปเพื่อให้ได้ข้อมูลประเมินความเสี่ยงที่เหมาะสม เรือนจำจะสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดวิธีการในรายละเอียดในการระบุอัตลักษณ์ผู้ต้องขังได้เองก็ตาม แต่ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมมาตรา 115.31 ยังได้กำหนดว่าในการสื่อสารกับผู้ต้องขังที่เป็นเกย์ เลสเบียน คนรักสองเพศ คนข้ามเพศ คนที่มีเพศกำกวม หรือคนที่การแสดงออกทางเพศไม่ตรงกับบรรทัดฐานทางเพศของสังคมนั้น เรือนจำจะต้องจัดให้มีการฝึกอบรมแก่เจ้าพนักงานให้สามารถสื่อสารและสอบถามผู้ต้องขังเกี่ยวกับเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้การประเมินความเสี่ยงและการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังมีความเป็นมืออาชีพและปฏิบัติมีประสิทธิภาพด้วย

การสอบถามข้อมูลดังกล่าวจากผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพนั้นจะต้องเริ่มต้นจากเจ้าพนักงานเกิดความเข้าใจพื้นฐานในเรื่องรสนิยมทางเพศ เพศสภาพ การแสดงออกของเพศสภาพ และเพศกำเนิดของแต่ละบุคคล และตระหนักถึงความรู้และความเชื่อของเจ้าพนักงานเอง ตลอดจนเห็นความสำคัญของการประเมินความเสี่ยงของ

¹²United States Department of Justice Final Rule, *Supra note 9*, § 115.41(i), § 115.241(i), and § 115.341(e).

¹³Denver Sheriff Department Office of the Director of Corrections, Department Order 4005.1: Transgender and Gender-Variant Inmates.

ผู้ต้องขังกลุ่มนี้¹⁴ ซึ่งเจ้าพนักงานจะต้องผ่านการฝึกอบรมตามข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมมาตรา 115.31 ที่กล่าวไปแล้วข้างต้น

ข) ขั้นตอนการจัดสรรสถานคุมขังสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลาย

ทางเพศ

ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมมาตรา 115.54 กำหนดให้เรือนจำจะต้องนำข้อมูลการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 115.41 มาใช้ในการพิจารณาจัดสรรสถานคุมขังสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้มั่นใจว่าผู้ต้องขังที่มีความเสี่ยงสูงที่จะตกเป็นเหยื่อการถูกทำร้ายทางเพศนั้น จะถูกจัดสรรแยกออกจากผู้ต้องขังที่มีความเสี่ยงสูงที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ต้องขังอื่น ทั้งนี้ การตัดสินใจว่าจะจัดให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจะถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำชายหรือหญิง หรือห้องขังแยกเฉพาะนั้น เรือนจำจะต้องพิจารณาปัจจัยและลักษณะของผู้ต้องขังเป็นรายกรณีไป เพื่อที่จะสามารถรับรองได้ว่าการจัดสรรสถานคุมขังดังกล่าวนี้จะทำให้เกิดความปลอดภัยต่อตัวและสุขภาพของผู้ต้องขัง ตลอดจนพิจารณาว่าการจัดสรรสถานคุมขังนั้นจะก่อให้เกิดปัญหาการบริหารจัดการเรือนจำหรือปัญหาด้านความมั่นคงปลอดภัยแก่เรือนจำหรือไม่ และในการนี้ เรือนจำจะต้องนำความเห็นของผู้ต้องขังข้ามเพศและผู้ที่มีเพศกำกวมเกี่ยวกับความปลอดภัยมาประกอบการพิจารณาอย่างจริงจังด้วย ซึ่งเรือนจำจะต้องทำการประเมินผลเพื่อพิจารณาทบทวนถึงความเหมาะสมของการจัดสรรเรือนจำนี้อย่างน้อยสองครั้งต่อปี¹⁵

การพิจารณาจัดสรรผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ อาจพิจารณาจากปัจจัยจากตัวผู้ต้องขังประกอบกับปัจจัยอันเป็นข้อจำกัดของเรือนจำ ดังนี้ 1. ปัจจัยจากตัวผู้ต้องขัง เช่น ความเห็นของผู้ต้องขังในการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง ประวัติการกระทำผิดทางอาญาหรือทางวินัย การแสดงอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบัน ข้อมูลการรักษาทางการแพทย์ ข้อมูลสุขภาพจิต ความเสี่ยงในการตกเป็นเหยื่อทางเพศ แนวโน้มการเป็นผู้ก่อให้เกิดอันตราย เป็นต้น และ 2. ข้อจำกัดของเรือนจำ เช่น จำนวนผู้ต้องขังในเรือนจำ โครงสร้างและบทบาทของเจ้าพนักงาน และโครงสร้างของเรือนจำเอง เป็นต้น

ดังนั้น หากเรือนจำใดมีนโยบายหรือมีแนวปฏิบัติในการจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ โดยพิจารณาจากสรีระร่างกายภายนอก (อวัยวะเพศ) เพียงอย่างเดียว โดยมิได้

¹⁴ Nation PREA Resource Center, *Supra* note 11.

¹⁵ United States Department of Justice Final Rule, *Supra* note 9, § 115.42.

นำปัจจัยอย่างอื่นมารวมพิจารณาด้วยแล้ว ก็ถือว่าเรือนจำดังกล่าวปฏิบัติฝ่าฝืนข้อกำหนดมาตรฐานในข้อนี้¹⁶

นอกจากนี้ ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมได้กำหนดห้ามมิให้เรือนจำจัดสรรผู้ต้องขังที่เป็นเกย์ เลสเบี้ยน คนรักสองเพศ คนข้ามเพศ คนที่มีเพศกำกวมไปแยกคุมขังหรือจัดเป็นที่เฉพาะในส่วนของเรือนจำ โดยพิจารณาปัจจัยรสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศสรีระเพียงอย่างเดียว¹⁷ การจัดสรรสถานคุมขังสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไว้รวมกันในสถานที่เดียวโดยเฉพาะ หรือจัดสรรผู้ต้องขังที่มีลักษณะทางเพศแบบเดียวกันไว้โดยเฉพาะโดยมิได้คำนึงถึงปัจจัยความปลอดภัยอื่นร่วมด้วย จึงเป็นการต้องห้ามตามข้อกำหนดมาตรา 115.42 นี้ ทั้งนี้ เว้นแต่การจัดสรรในลักษณะดังกล่าวจะมีกฎหมาย หรือคำพิพากษาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ต้องขังนั้นจะอนุญาตให้กระทำได้¹⁸

จากหลักเกณฑ์ในการระบุอัตลักษณ์และการจัดสรรสถานที่คุมขังข้างต้น จะเห็นได้ว่า ปัจจุบัน สหรัฐอเมริกามีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีความยืดหยุ่นมากขึ้น ไม่จำกัดให้การระบุอัตลักษณ์และการจัดสรรสถานที่คุมขังต้องพิจารณาจากเพศกำเนิดเท่านั้น โดยต้องนำปัจจัยด้านความปลอดภัยของเรือนจำและสุขภาพอนามัยของผู้ต้องขังมาพิจารณาร่วมด้วย อย่างไรก็ตาม นอกจากข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมซึ่งบังคับใช้กับ Federal Prison แล้ว ก็ยังมีหลักเกณฑ์ของมลรัฐอื่นๆ ที่ได้นำข้อกำหนด

¹⁶Nation PREA Resource Center, “FAQ Does a policy that houses transgender or intersex inmates based exclusively on external genital anatomy violate Standard 115.42(c) & (e)?,” Retrieved on March 11, 2017, from <https://www.Prearesourcecenter.org/node/3927>.

¹⁷Nation PREA Resource Center, “PREA Compliance Measures Handbook Prison and Jails,” May 2013.

¹⁸Nation PREA Resource Center, “FAQ Is an agency compliant with Standard 115.42(g) or Standard 115.242 (f) if it places Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, or Intersex (LGBTI) inmates or residents in a dedicated facility, housing unit, or wing solely on the basis of such identification or status, absent a consent decree, legal settlement, or legal judgment?,” Retrieved on March 11, 2017, from [https:// www.prearesourcecenter.org/node/5345](https://www.prearesourcecenter.org/node/5345).

มาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมไปกำหนดไว้ในลักษณะเดียวกันด้วย เช่น หลักเกณฑ์ของกรมราชทัณฑ์ (Department of Corrections) ของเขตปกครองพิเศษ Columbia

ค) ตัวอย่างการปรับใช้ข้อกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการระบุอัตลักษณ์และการจัดสรรผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ในกฎหมาย State Law ของเขตปกครองพิเศษ Columbia

Department of Corrections ของเขตปกครองพิเศษ Columbia ได้เริ่มกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดสรรผู้ต้องขังข้ามเพศ (Transgender) เมื่อต้นปี 2009¹⁹ โดยมีข้อบังคับ²⁰ กำหนดให้มีกระบวนการขั้นตอนที่เกี่ยวกับการจัดสรรเรือนจำให้แก่ักโทษข้ามเพศสำหรับเรือนจำในเขตปกครองพิเศษ Columbia และถือเป็นนโยบายแรกของประเทศที่อนุญาตให้จัดสรรผู้ต้องขังข้ามเพศเข้าสู่เรือนจำ โดยพิจารณาจากอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังมิใช่พิจารณาจากเพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียว²¹

กระบวนการพิจารณาจัดสรรผู้ต้องขังข้ามเพศเข้าสู่เรือนจำนั้น ข้อบังคับกำหนดให้มีคณะกรรมการจัดสรรผู้ต้องขังข้ามเพศ หรือ Transgender Housing Committee ขึ้น ประกอบด้วย แพทย์ จิตแพทย์ หัวหน้าเรือนจำ Chief Case Manager นักสังคมสงเคราะห์ของ Department of Correction และอาสาสมัครซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มคนข้ามเพศที่ได้รับอนุมัติให้เข้าร่วมจาก Department of Corrections หรือผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในด้านผู้ที่มีลักษณะข้ามเพศ²² คณะกรรมการผู้ต้องขังข้ามเพศจะทำหน้าที่ในการพิจารณาว่า ผู้ต้องขังข้ามเพศจะถูกจัดสรรให้ไปอยู่ในเรือนจำแดนชาย หรือเรือนจำแดนหญิง และผู้ต้องขังดังกล่าวจะต้องถูกขังรวมกับผู้ต้องขังอื่น หรือมีเหตุสมควรที่ต้องแยกขังในห้องที่ปลอดภัยหรือไม่ อีกทั้งในการพิจารณาและมิตติ ข้อบังคับกำหนดให้คณะกรรมการจะต้องพิจารณาความประสงค์ของผู้ต้องขังในเรื่องความมั่นคง

¹⁹ Jason Cherkis, “D.C. Jail Establishes New Procedures for Transgender Inmates,” Retrieved on February 21, 2017, from <http://www.washingtoncitypaper.com/blogs/citydesk /2009/02/20/dc-jail-establishes- new-procedures-for-transgender-inmates>.

²⁰ District of Columbia, Policy and Procedure on Gender Classification and Housing No. 4020.3F.

²¹ Harvard Law Review, *Supra* note 6.

²² District of Columbia, *Supra* note 20, section 7g.

ปลอดภัย ความเพียงพอของเรือนจำ (Availability) อัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง เพศกำเนิดของผู้ต้องขัง และความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้

ข้อบังคับกำหนดให้คณะกรรมการผู้ต้องขังข้ามเพศจะต้องประเมินความเสี่ยงของผู้ต้องขัง ภายหลังจากที่คณะกรรมการได้สัมภาษณ์ผู้ต้องขังแล้วเสร็จ โดยในการสัมภาษณ์ผู้ต้องขังเพื่อประเมินความเสี่ยง คณะกรรมการจะต้องถามความคิดเห็นของผู้ต้องขังเกี่ยวกับความเสี่ยง หากผู้ต้องขังจะต้องถูกขังร่วมกับผู้ต้องขังเพศชายหรือเพศหญิงด้วย แต่อย่างไรก็ดี หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วไม่มีความเห็นเป็นอย่างอื่น ไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม Department of Corrections ก็จะจำแนกผู้ต้องขังจากเพศกำเนิดของผู้ต้องขัง²³

สำหรับหลักเกณฑ์การแยกขัง (Segregation) ผู้ต้องขังข้ามเพศ ข้อบังคับของ Washington D.C. กำหนดให้ ลำดับแรก หากเจ้าพนักงานเรือนจำเห็นว่าผู้ต้องขังมีลักษณะที่แสดงออกภายนอกหรืออุปนิสัยแตกต่างจากเพศกำหนด เจ้าพนักงานจะต้องนำตัวผู้ต้องขังข้ามเพศไปอยู่ในห้องขังเดี่ยวและได้รับความคุ้มครอง (Protective Custody) ในทันทีในช่วงระยะเวลาเริ่มแรกของกระบวนการรับผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ (Intake Process) ภายหลังจากเสร็จสิ้นกระบวนการรับตัวผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำแล้ว ผู้ต้องขังมีสิทธิที่จะร้องขอให้อยู่ในสถานที่ที่มีความปลอดภัยได้ต่อ ในระหว่างที่คณะกรรมการผู้ต้องขังข้ามเพศพิจารณาจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ ทั้งนี้ กระบวนการดังกล่าวมีกำหนดไม่เกิน 72 ชั่วโมง²⁴

คณะกรรมการจะพิจารณากำหนดให้ผู้ต้องขังข้ามเพศถูกแยกขังเดี่ยวเป็นเวลานานได้ ก็ต่อเมื่อมีเหตุผลเชื่อได้ว่า หากจัดสรรผู้ต้องขังข้ามเพศไปอยู่ในเรือนจำร่วมกับผู้ต้องขังอื่น จะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อผู้ต้องขังอื่น หรือต่อตัวผู้ต้องขังเองเป็นอย่างมาก หรือด้วยเหตุว่า ผู้ต้องขังข้ามเพศรู้สึกกลัวว่าตนเองมีความเสี่ยงที่จะตกเป็นเหยื่อหากถูกขังในสถานที่อื่น โดยข้อบังคับกำหนดให้เรือนจำจะต้องพิจารณาสถานที่แยกขังเดี่ยวเป็นระยะๆ และแม้ว่าผู้ต้องขังจะถูกแยกขังเดี่ยวไว้ ผู้ต้องขังก็ยังมีสิทธิที่จะเข้าร่วมกิจกรรมหรือบริการอื่นได้ตลอดเวลา²⁵

²³ District of Columbia, *Ibid.*, section 11.

²⁴ *Ibid.*, section 10b.

²⁵ *Ibid.*, section 11i.

2) การตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง

ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมมาตรา 115.15²⁶ กำหนดห้ามมิให้เรือนจำทำการตรวจค้นตัวหรือตรวจร่างกายผู้ต้องขังแบบที่ต้องตรวจอวัยวะเพศ โดยให้เจ้าพนักงานที่เป็นเพศตรงข้ามกับผู้ต้องขังเป็นผู้ดำเนินการตรวจค้น และกำหนดห้ามมิให้เจ้าพนักงานทำการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังข้ามเพศ และผู้ต้องขังที่มีเพศกำกวม โดยตรวจอวัยวะเพศของผู้ต้องขังเพียงเพื่อต้องการระบุเพศของผู้ต้องขังนั้นโดยเด็ดขาด ในกรณีที่เจ้าพนักงานไม่สามารถระบุเพศผู้ต้องขังดังกล่าวได้ ให้เจ้าพนักงานรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับเพศของผู้ต้องขัง โดยสังเกตจากบทสนทนาระหว่างเจ้าพนักงานกับผู้ต้องขังแทน หรือดูจากบันทึกของแพทย์ที่ได้จากการตรวจสุขภาพแทน เป็นต้น

ในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังข้ามเพศและผู้ที่มีเพศกำกวมตามมาตรานี้นั้น เรือนจำจะต้องจัดให้มีการฝึกอบรมเจ้าพนักงานผู้ทำการตรวจค้น เพื่อให้ทราบว่าการค้นตัวทั้งแบบใช้มือสัมผัสตามเสื้อผ้าและการตรวจแบบอื่น จะต้องกระทำการอย่างไรจึงจะเป็นการตรวจค้นตัวที่ไม่ให้เกียรติผู้ต้องขังและมีความเป็นมืออาชีพ รวมถึงมีลักษณะเป็นการคุกคามผู้ต้องขังน้อยที่สุดที่จะเป็นไปได้ และในขณะเดียวกันก็เป็นไปโดยสอดคล้องกับความจำเป็นด้านการรักษาความปลอดภัยของเรือนจำด้วย อย่างไรก็ตามหน่วยงาน National PREA Resource Center ได้ให้ความเห็นว่าในทางปฏิบัติ การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังข้ามเพศหรือผู้ต้องขังที่มีเพศกำกวม เรือนจำสามารถดำเนินการตรวจค้นโดยใช้วิธีดังนี้ได้ กล่าวคือ 1. การตรวจโดยเจ้าพนักงานทางการแพทย์อย่างเดียว 2. การตรวจร่างกายภายนอกแบบใช้มือสัมผัสตามเสื้อผ้าโดยเจ้าพนักงานเพศหญิง 3. การตรวจโดยสอบถามผู้ต้องขังว่าประสงค์ให้เจ้าพนักงานเพศใดเป็นผู้ตรวจค้นร่างกาย และ 4. การตรวจค้นโดยเจ้าพนักงานตามอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง โดยทั้ง 4 รูปแบบข้างต้นถือว่าการปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา²⁷

ในขั้นตอนของการยกร่างข้อกำหนดมาตรฐานในประเด็นว่าควรให้ผู้ต้องขังเป็นผู้เลือกเพศของเจ้าพนักงานที่ทำการตรวจค้นเองหรือไม่นั้น กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา เห็นว่าการกำหนดให้ผู้ต้องขังสามารถเลือกเจ้าพนักงานเรือนจำได้นั้น จะทำให้เกิด

²⁶United States Department of Justice Final Rule, *Supra note 9*, § 115.15.

²⁷Nation PREA Resource Center, “FAQ Can you please clarify the parameters of conducting a search of a transgender or intersex inmate/resident?,” Retrieved on March 21, 2017, from <https://www.prearesourcecenter.org/node/3257>.

ความไม่แน่นอนและเป็นไปโดยตามอำเภอใจ รวมถึงเป็นอุปสรรคต่อการบริหารจัดการของเรือนจำได้ จึงมิได้กำหนดข้อกำหนดในลักษณะดังกล่าวไว้²⁸

นอกจากข้อกำหนดเกี่ยวกับการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแล้ว มาตรา 115.15 ยังกำหนดให้เรือนจำจะต้องกำหนดนโยบายและกระบวนการที่อนุญาตให้ผู้ต้องขังสามารถอาบน้ำ หรือกระทำการใดต่อร่างกายของตน และเปลี่ยนเสื้อผ้าโดยไม่มีเจ้าพนักงานซึ่งมิใช่เจ้าพนักงานทางการแพทย์ ที่จะสามารถมองเห็นหน้าอก ก้นหรืออวัยวะเพศของผู้ต้องขังได้ เว้นแต่ในกรณีฉุกเฉิน หรือการตรวจค้นนั้นเป็นการตรวจสอบห้องขังประจำวันอยู่แล้ว ในกรณีที่เจ้าพนักงานเพศตรงข้ามจะเข้าไปในส่วนคุมขังของผู้ต้องขัง เจ้าพนักงานจะต้องแสดงโดยประกาศว่าตนกำลังจะเข้าไปให้ผู้ต้องขังได้ทราบ เพื่อให้ผู้ต้องขังสามารถปกปิดร่างกายของตนได้²⁹

ก) ตัวอย่างการปรับใช้ข้อกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการค้นตัวผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ในกฎหมาย State Law ของมลรัฐโคโลราโด

หน่วยงานราชทัณฑ์ของมลรัฐโคโลราโด (Colorado Department of Corrections หรือ DOC) ได้ออกข้อกำหนด Administrative Regulation³⁰ ที่วางหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในเรื่องต่างๆ ให้สอดคล้องกับข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมซึ่งรวมถึงหลักเกณฑ์การค้นตัวผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย

Administrative Regulation กำหนดให้ DOC ต้องจัดให้มีการฝึกอบรมแก่เจ้าพนักงาน เพื่อให้เจ้าพนักงานมีความรู้เกี่ยวกับวิธีการตรวจร่างกายภายนอกของ

²⁸Department of Justice, “Federal Register: National Standards to Prevent Detect and Respond to Prison Rape,” June 20, 2012.

²⁹Nation PREA Resource Center, “FAQ Does the standard that requires the facility to enable inmates to shower, perform bodily functions, and change clothing without nonmedical staff of the opposite gender viewing their breasts, buttocks, or genitalia apply equally to viewing that is done remotely via recorded or live video camera feed?,” Retrieved on March 21, 2017, from <https://www.prearesourcecenter.org/node/3315>.

³⁰Colorado Department of Corrections, Administrative Regulation Number 100-40: Prison Rape Elimination Procedure.

ผู้ต้องขัง รวมถึงผู้ต้องขังข้ามเพศ (Transgender)³¹ และผู้ต้องขังที่มีเพศกำกวม (Intersex)³² (Universal Pat Search) โดยเจ้าพนักงานต้องตรวจค้นด้วยความชำนาญ ให้เกียรติผู้ต้องขัง โดยล่วงล้ำผู้ต้องขังให้น้อยที่สุดเท่าที่สามารถจะกระทำได้ และเหมาะสมกับความจำเป็นด้านความปลอดภัย³³ นอกจากนี้ข้อกำหนดดังกล่าวของ DOC ยังกำหนดห้ามมิให้เจ้าพนักงานเรือนจำดำเนินการตรวจค้นภายนอก หรือตรวจร่างกายของผู้ต้องขังข้ามเพศและผู้ต้องขังที่มีเพศกำกวม เพียงเพื่อกำหนดสถานะทางเพศ (Genital Status) ของผู้ต้องขังว่ามีอวัยวะเพศของเพศใด ในกรณีที่เจ้าพนักงานไม่อาจทราบสถานะดังกล่าว เจ้าพนักงานอาจดำเนินการกำหนดสถานะทางเพศของผู้ต้องขังโดยการตรวจสอบประวัติการรักษาทางการแพทย์ การสังเกตจากการพูดคุยกับผู้ต้องขัง หรือในกรณีมีความจำเป็น เจ้าพนักงานอาจศึกษาข้อมูลจากการตรวจสอบเชิงลึกทางการแพทย์ ซึ่งได้ดำเนินการตรวจสอบแบบส่วนตัวโดยแพทย์³⁴

การตรวจค้นร่างกายภายนอกโดยผู้ต้องขังไม่ต้องเปลี่ยนผ่านนั้น ในกรณีที่ผู้ต้องขังชาย เจ้าพนักงานของ DOC หรือเจ้าพนักงานสัญญาจ้างของเรือนจำสามารถดำเนินการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังได้ไม่ว่าเจ้าพนักงานนั้นจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย แต่อย่างไรก็ดี สำหรับการตรวจค้นร่างกายภายนอกของผู้ต้องขังหญิง เจ้าพนักงานเพศหญิงเท่านั้นที่จะดำเนินการได้ทั้งนี้ ยกเว้นในกรณีมีเหตุฉุกเฉินจำเป็นอื่น โดยการตรวจค้นร่างกายภายนอกของผู้ต้องขังหญิงที่กระทำลงโดยเจ้าพนักงานเพศชาย จะต้องมีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรายงาน Incident Report ด้วย³⁵

³¹Transgender ตามคำนิยามของ Administrative Regulation DOC, Prison Rape Elimination Procedure เป็นคำที่มีความหมายอย่างกว้าง โดยมุ่งให้หมายถึงบุคคลใดๆ ที่มีการแสดงออกหรือระบุตัวเองว่าตนเป็นเพศที่ตรงข้ามกับเพศกำเนิด ทั้งนี้ไม่ว่าการแสดงออกหรือการระบุตนเองนั้นจะได้กระทำมาแล้วอย่างต่อเนื่องหรือไม่ก็ตาม

³²Intersex ตามคำนิยามของ Administrative Regulation DOC, Prison Rape Elimination Procedure หมายถึงบุคคลที่มีกายวิภาคหรือโครโมโซมทางเพศ ไม่สามารถจัดได้ว่าเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย ซึ่งในบางครั้งในทางการแพทย์ อาจหมายถึงผู้ที่มีการพัฒนาทางเพศผิดปกติ

³³Colorado Department of Corrections, Administrative Regulation Number 300-06: Facility Security, Searches and Contraband Control, section D(2).

³⁴Colorado Department of Corrections, *supra note 30*, section 3(f)(4).

³⁵Colorado Department of Corrections, *supra note 33*, section D(2)(a) and D(2)(b).

ในส่วนของการตรวจค้นร่างกายที่ผู้ต้องขังต้องถอดเสื้อผ้า (Strip Search) เจ้าพนักงานสามารถตรวจค้นได้หากมีเหตุผลเชื่อว่าผู้ต้องขังมีวัตถุต้องห้ามหรือของผิดกฎหมายไว้กับตนเอง โดยการตรวจค้นร่างกายในลักษณะนี้ จะต้องดำเนินการโดยเจ้าพนักงานของ DOC ซึ่งมีเพศเดียวกันกับผู้ต้องขังที่ถูกตรวจค้นเท่านั้น ยกเว้นในกรณีมีเหตุฉุกเฉินจำเป็น หรือเป็นการตรวจโดยแพทย์ และกรณีมีเหตุฉุกเฉินจำเป็นที่จะต้องตรวจโดยเจ้าพนักงานเพศตรงข้าม ซึ่งไม่ใช่แพทย์ จะต้องมีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรายงาน Incident Report เช่นเดียวกับการตรวจแบบค้นตัวภายนอกข้างต้น³⁶

3) การมีสิทธิได้รับการรักษาด้วยยาฮอร์โมนและการผ่าตัดแปลงเพศระหว่างถูกคุมขังของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

ก) ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมเกี่ยวกับการจัดให้มีการบริการทางการแพทย์

ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรม มาตรา 115.81 118.82 และ 115.83 กำหนดหน้าที่ของเรือนจำในการจัดให้มีการบริการทางการแพทย์แก่ผู้ต้องขังที่ตกเป็นเหยื่อจากการถูกทำร้ายทางเพศ โดยจะต้องให้ผู้ต้องขังได้รับการอย่างทันท่วงที และได้รับการดูแลอย่างเหมาะสมโดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ และเมื่อเกิดกรณีที่ผู้ต้องขังถูกทำร้ายทางเพศหรือถูกข่มขืน เรือนจำจะต้องจัดให้มีกลไกหรือมาตรการที่ทำให้ผู้ต้องขังสามารถรับรู้ข้อมูลที่จำเป็นทางการแพทย์ต่างๆ ได้อย่างทันท่วงที เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการคุมกำเนิดฉุกเฉิน การป้องกันโรคที่เกิดจากการมีเพศสัมพันธ์ และข้อมูลบริการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์ทั้งหมดตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ ข้อกำหนดมาตรฐานดังกล่าวยังกำหนดให้ เรือนจำจะต้องมีการติดตามผล (Follow-up) ในกรณีที่ปรากฏข้อมูลในขั้นตอนการแรกรับผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ (Intake) ว่าผู้ต้องขังดังกล่าว มีประวัติเคยถูกทำร้ายทางเพศ หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศมาอยู่ก่อนแล้ว ทั้งนี้ ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมมิได้กำหนดหน้าที่เฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ในการเข้าถึงการรักษาด้วยยาฮอร์โมนและการผ่าตัดแปลงเพศระหว่างถูกคุมขัง

ข) คำพิพากษาของ U.S. District Court และ U.S. Court of Appeals เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับการรักษาด้วยยาฮอร์โมนและการผ่าตัดแปลงเพศของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

³⁶ Colorado Department of Corrections, *Ibid.*, section E.

สหรัฐอเมริกายังไม่มีกฎหมายของประเทศหรือข้อกำหนดอันเป็นมาตรฐานที่กำหนดให้เรือนจำของแต่ละมลรัฐจะต้องจัดให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับการรักษาด้วยยาฮอร์โมนหรือเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศในระหว่างถูกคุมขัง โดยกรมราชทัณฑ์ของแต่ละมลรัฐจะมีนโยบายหรือแนวปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกันไป³⁷ อย่างไรก็ตาม หากสรุปว่าสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิในเรื่องการได้รับการรักษาด้วยยาฮอร์โมนและการผ่าตัดแปลงเพศให้แก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเลยเสียทีเดียวคงเป็นการสรุปที่ไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากคำอธิบายที่ได้กล่าวถึงข้างต้นแล้วว่า ศาล U.S. Supreme Court ในคดี *Estelle v. Gamble* ได้วางหลักอธิบายขยายความหน้าที่ของเรือนจำตามมาตรา 8 แห่งบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาให้ครอบคลุมถึงหน้าที่ของเรือนจำในการจัดให้ผู้ต้องขังได้รับการดูแลรักษาอย่างเพียงพอและเหมาะสมต่อความจำเป็นทางการแพทย์ของผู้ต้องขังด้วย ดังนั้นมาตรา 8 แห่งบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาดังกล่าว จึงเป็นกฎหมายสำคัญที่บัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่จะได้รับการบริการทางการแพทย์ที่เหมาะสม นอกจากคดี *Estelle v. Gamble* แล้ว ศาลของสหรัฐอเมริกายังได้เคยมีคำพิพากษาในประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับการรักษาด้วยยาฮอร์โมนและการผ่าตัดแปลงเพศของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ ในคดี *Kosilek I v. Maloney* ปี 2002 และคดี *Kosilek II v. Spencer* ปี 2012

คดี *Kosilek I v. Maloney* ปี 2002³⁸

โจทก์ในคดีนี้คือนาย Michelle Kosilek ผู้ต้องขังชายข้ามเพศ ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตในข้อหาฆ่าภรรยาตนเองในปี 1992 เนื่องจากถูกภรรยาจับได้ว่าตนแอบใส่เสื้อผ้าของภรรยา ข้อเท็จจริงปรากฏว่าโจทก์เป็นโรค Gender dysphoria ขั้นรุนแรง และโจทก์ถูกรมราชทัณฑ์ของรัฐแมสซาชูเซตส์ (DOC) ปฏิเสธการรักษาด้วยยาฮอร์โมน ภายหลังจากที่โจทก์ถูกปฏิเสธการรักษา โจทก์ได้พยายามฆ่าตัวตายถึงสองครั้งอันเป็นที่มาของการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล U.S. District Court ว่าการกระทำของ DOC ที่ปฏิเสธไม่ให้โจทก์ได้รับการเข้าถึงบริการทางการแพทย์นั้น ขัดต่อมาตรา 8 ของบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ในคดีนี้คำพิพากษาของ U.S. District Court ได้วางหลักที่สำคัญว่า โรค Gender dysphoria เป็นอาการที่ต้อง

³⁷Douglas Routh; Gassan Abess; David Makin; Mary Stohr; Craig Hemmens; Jihye Yoo, review of Applicable Statutes and Policies, *Transgender Inmates in Prisons*, *International journal of offender therapy and comparative criminology*, (2015): p.61.

³⁸Anna Glezer; Dale E. McNiel; René L. Binder, review of the Literature, Current Policies, Laws and Ethics, *Transgendered and Incarcerated*, (2013): p.556.

ได้รับการรักษาทางการแพทย์ ถึงแม้ว่าอยู่ระหว่างการถูกคุมขังในเรือนจำก็ตาม หากบุคคลากรทางการแพทย์ (มิใช่เจ้าพนักงานเรือนจำ) พิจารณาแล้วเห็นว่าจำเป็นต้องรักษาด้วยยาฮอร์โมน ก็สมควรที่จะรักษาผู้ต้องขังด้วยวิธีการดังกล่าว และผู้ต้องขังเพศชายที่มีอาการของโรค Gender dysphoria มีสิทธิที่จะเข้าถึงสิ่งของเครื่องใช้อย่างเดียวกับที่ผู้ต้องขังหญิงมีสิทธิเข้าถึงได้ เช่น เครื่องสำอาง เป็นต้น คำพิพากษาของศาลในคดีนี้ เป็นผลทำให้โจทก์ได้รับการรักษาด้วยยาฮอร์โมน การรักษาด้วยไฟฟ้าเพื่อกำจัดขนหรือผม การใช้เครื่องสำอางและเครื่องแต่งกายของเพศหญิง เป็นต้น

คดี Kosilek II v. Spencer ปี 2012 และ 2014³⁹

สืบเนื่องจากคดีข้างต้น นาย Michelle Kosilek ฟ้องร้องกรมราชทัณฑ์ ของรัฐแมสซาชูเซตส์ (DOC) ต่อศาล U.S. District Court ว่า การที่ DOC ปฏิเสธมิให้เขาได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ อันเป็นวิธีการเพื่อรักษาโรค Gender dysphoria นั้น เป็นการจงใจละเลย (deliberate indifference) ความจำเป็นทางการแพทย์ (medical need) ของเขา อันเป็นการฝ่าฝืน และไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 ของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติสิทธิในการได้รับการรักษาทางการแพทย์อย่างเพียงพอ ซึ่งในคดีนี้มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าในปี 2003 DOC ได้เริ่มการรักษาโจทก์โดยใช้วิธีการต่างๆ เช่น การรักษาโดยใช้ยาฮอร์โมน การอนุญาตให้โจทก์สวมใส่เสื้อผ้าของผู้หญิง การรักษาโดยใช้ไฟฟ้า (electrolysis) รวมถึงจัดให้โจทก์ได้รับการรักษาสุขภาพจิตอย่างต่อเนื่อง ซึ่ง Dr. David Seil ซึ่งเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านอัตลักษณ์ทางเพศ ที่ได้ทำการรักษาโจทก์มาเป็นเวลา 1 ปี ได้มีความเห็นว่า โจทก์ควรได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ ซึ่งความเห็นดังกล่าว สอดคล้องกับข้อแนะนำขององค์กร WPATH ที่ได้ให้ไว้เกี่ยวกับมาตรฐานการรักษาโรค Gender dysphoria แต่ในปี 2004 DOC ได้นำกรณีของโจทก์ไปหารือแพทย์คนอื่นๆ ปรากฏว่ามี Dr. Kevin Kapila และ and Dr. Randi Kaufman มีความเห็นเช่นเดียวกับ Dr. David Seil ว่าการผ่าตัดแปลงเพศโจทก์เป็นการรักษาวิธีการเดียวที่เหมาะสมต่อโรคของโจทก์ แต่ก็มีแพทย์บางคน เช่น Dr. Schmidt ที่ไม่เห็นด้วย โดยเน้นย้ำว่า มาตรฐานของ WPATH⁴⁰ เป็นเพียงข้อแนะนำเท่านั้นไม่ใช่

³⁹Hana Church, “Prisoner Denied Sex Reassignment Surgery: The First Circuit Ignores Medical Consensus in Kosilek v. Spencer,” Boston College Law Review vol. 57, 6 (2016): pp.17-19.

⁴⁰The World Professional Association for Transgender Health หรือ WPATH เป็นองค์กรไม่แสวงหากำไร ก่อตั้งขึ้นโดยรวบรวมผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ และสาขาอื่นๆ เช่น ศัลยแพทย์ จิตแพทย์ สูตินรีแพทย์ อายุรแพทย์เฉพาะทางต่อมไร้ท่อ พยาบาล นักกฎหมาย องค์กรเอกชน นักสิทธิมนุษยชนจากนานาประเทศ มีวัตถุประสงค์เพื่อแลผู้ที่มีปัญหาอัตลักษณ์ทางเพศ และ

กฎหมาย ท้ายที่สุด DOC จึงได้ปฏิเสธการผ่าตัดแปลงเพศให้แก่โจทก์ โดยอ้างเหตุผลในประเด็นความปลอดภัยและข้อกังวลเกี่ยวกับการจัดสรรผู้ต้องขัง (Housing) หากโจทก์ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศสำเร็จ ซึ่งศาล U.S. District Court ได้พิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวมีความเห็นว่า โจทก์ได้รับความทุกข์ทรมานจากโรค Gender dysphoria ขั้นรุนแรงจริง และการรักษาด้วยวิธีการผ่าตัดแปลงเพศให้แก่โจทก์ เป็นวิธีการเดียวที่เหมาะสมและเพียงพอต่อความจำเป็นทางการแพทย์ของโจทก์ อันเป็นสิทธิที่โจทก์พึงได้รับตามมาตรา 8 ของบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐ ความเห็นของ Dr. Schmidt ที่ไม่เห็นด้วยนั้น ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานในการรักษาโรคขององค์กร WPATH และให้ความเห็นอยู่บนพื้นฐานของการต่อต้านการผ่าตัดแปลงเพศให้แก่โจทก์ นอกจากนี้การปฏิเสธมิให้โจทก์ได้เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศนั้น ไม่ได้เป็นไปโดยสุจริตและไม่อยู่บนพื้นฐานของข้อกังวลด้านความปลอดภัยที่สมเหตุสมผลเพียงพอ การให้เหตุผลด้านความปลอดภัยของ DOC นั้นเป็นเพียงการกล่าวอ้างขึ้นเพียงเพราะเกรงกลัวต่อผลกระทบและปฏิกิริยาต่อต้านจากสังคมเท่านั้น

แต่ต่อมาในปี 2014 ศาล U.S. Court of Appeals ได้พิพากษากลับคำพิพากษาของศาล U.S. District Court ข้างต้นที่อนุญาตให้ Kosilek สามารถเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศในระหว่างถูกคุมขังได้ เนื่องจากศาล U.S. Court of Appeals เห็นว่าคำตัดสินของ U.S. District Court นั้นผิดพลาด ที่มีได้พิจารณาให้ชัดเจนว่า การที่ DOC จัดให้ Kosilek ได้รับการรักษาโดยใช้ยาฮอร์โมน การอนุญาตให้โจทก์สวมใส่เสื้อผ้าของผู้หญิง การรักษาโดยใช้ไฟฟ้า (electrolysis) หรือการรักษาสุขภาพจิตนั้น ไม่เพียงพอที่จะฟังได้ว่า DOC ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 ของบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอย่างไร รวมถึงไม่พิจารณาให้ชัดเจนว่าเจ้าพนักงานของ DOC มีเจตนาละเลยต่อความจำเป็นทางการแพทย์ของ Kosilek อย่างไร โดยศาล U.S. Court of Appeals ได้พิจารณาปัจจัยที่สำคัญอันนำไปสู่การพิจารณาตัดสินในคดีนี้จาก ความเห็นของแพทย์ที่ยังมีความเห็นไม่ตรงกันเกี่ยวกับความจำเป็นของการรักษาด้วยวิธีการผ่าตัดแปลงเพศ ประวัติอาชญากรรมของ Kosilek และความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติในการจัดสรรผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นเพศหญิงแล้วให้ไปถูกคุมขังในเรือนจำหญิง

กระตุ้นให้เกิดการศึกษา ค้นคว้าวิจัย เกี่ยวกับการดูแลผู้ที่มีปัญหาอัตลักษณ์ทางเพศ โดยในทุกๆ 2 ปี WPATH จะจัดให้มีการประชุมเพื่อแลกเปลี่ยนความรู้ เพื่อการปรับปรุง แก้ไข และออกแนวทางการดูแลผู้ที่มีปัญหาอัตลักษณ์ทางเพศ (Standards of Care and Ethical Guidelines) เพื่อให้กลุ่มคนเหล่านี้ ได้รับการดูแลที่ถูกต้องและเกิดผลข้างเคียงจากการรักษาน้อยที่สุด

ผลของคำพิพากษาของ U.S. Court of Appeals ดังกล่าวนำมาสู่การวิพากษ์วิจารณ์ว่า ศาลไม่ควรนำปัจจัยที่เกี่ยวกับความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติของการจัดสรรผู้ต้องขังชายซึ่งได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นเพศหญิงแล้วไปคุมขังที่เรือนจำหญิงมาเป็นปัจจัยในการตัดสินว่าเรือนจำสมควรจัดให้มีกระบวนการที่จำเป็นทางการแพทย์แก่ผู้ต้องขังหรือไม่ แต่ละมลรัฐควรแก้ไขปัญหานี้โดยการสร้างแดนหรือเรือนจำสำหรับผู้ต้องขังข้ามเพศ (Transgender) หรือจัดสรรผู้ต้องขังข้ามเพศให้เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศมากกว่า และเห็นได้ชัดว่าคำพิพากษาของศาล U.S. Court of Appeals ที่กลับคำพิพากษาของศาล U.S. District Court เต็มไปด้วยอคติและหวาดกลัวต่อสิ่งที่ไม่คุ้นเคย⁴¹

ค) ตัวอย่างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำร้องขอผ่าตัดแปลงเพศของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศของกรมราชทัณฑ์ของรัฐแคลิฟอร์เนีย

สืบเนื่องจากผลของคำพิพากษาคดี Quine v. Beard ในปี 2015⁴² ซึ่งมีโจทก์คือนาย Shiloh Quine เป็นผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศ ได้ยื่นฟ้องกรมราชทัณฑ์ของรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Department of Corrections and Rehabilitation: CDCR) ที่ปฏิเสธไม่ให้โจทก์เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ ซึ่งถือเป็นวิธีการรักษาโรค Gender dysphoria ของโจทก์ และในขณะนั้นโจทก์เป็นผู้ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตในเรือนจำของรัฐแคลิฟอร์เนีย ท้ายที่สุดแล้วศาล U.S. District Court มีคำพิพากษาให้ CDCR ต้องจัดให้โจทก์เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศและ CDCR ออกค่าใช้จ่ายในการรักษาดังกล่าวให้ เนื่องจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องมีความเห็นตรงกันว่า การผ่าตัดแปลงเพศกรณีของโจทก์นี้เป็นความจำเป็นทางการแพทย์ที่โจทก์จะต้องได้รับการรักษา จึงเป็นผลทำให้ นาย Shiloh Quine ถือเป็นผู้ต้องขังข้ามเพศของสหรัฐอเมริกาที่ได้รับอนุญาตให้ผ่าตัดแปลงเพศได้ในขณะที่ถูกจำคุกอยู่ และเมื่อผ่านการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว จะต้องถูกย้ายไปอยู่ในเรือนจำผู้ต้องขังหญิง

ในปีเดียวกันนั้นเอง CDCR จึงได้ออกหลักเกณฑ์ใหม่ สำหรับผู้ต้องขังข้ามเพศที่ประสงค์จะเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ เพื่อการรักษาโรค Gender dysphoria โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าว ถือเป็นหลักเกณฑ์แรกของสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนดเป็นนโยบายสำหรับผู้ต้องขังข้ามเพศที่จะเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นการเฉพาะ

⁴¹ Brooke Acevedo, “The Constitutionality and Future of Sex Reassignment Surgery in United States Prisons,” *Hastings Women’s Law Journal* vol. 28, 1 (2017): pp.90-92.

⁴² *Ibid.*, pp.93-94.

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาสำหรับผู้ต้องขังข้ามเพศที่ประสงค์จะเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อการรักษาโรค⁴³ นั้น ออกโดย California Correctional Health Care Services (CCHCS) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ให้บริการด้านการแพทย์ ทันตกรรม และสุขภาพจิตแก่นักโทษที่อยู่ในเรือนจำภายใต้การดูแลของ CDCR ทั้งหมด โดยหลักเกณฑ์ของ CCHCS กำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นจำนวน 2 คณะ ได้แก่ คณะกรรมการ Sex Reassignment Surgery Review Committee (SRSC) และ คณะกรรมการ Headquarters Utilization Management Committee (HQUMC) ทำหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นและมีมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบให้ผู้ต้องขังเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ โดยคณะกรรมการ SRSC จะทำหน้าที่เสมือนเป็นคณะกรรมการกลั่นกรองเรื่องและจัดทำรายงานความเห็นในเบื้องต้นส่งให้แก่ HQUMC พิจารณามีมติเป็นที่ยุติต่อไป

องค์ประกอบของ SRSC⁴⁴ ประกอบด้วยกรรมการจำนวน 7 คน ได้แก่ แพทย์จากหน่วยงานบริการทางการแพทย์ 2 คน แพทย์จากหน่วยงานด้านสุขภาพจิต 2 คน จิตแพทย์จากหน่วยงานสุขภาพจิต 2 คน และมีผู้บริหารหน่วยงานทางการแพทย์เป็นประธานกรรมการ ทั้งนี้ ประธานจะไม่มีสิทธิลงคะแนนเสียง เว้นแต่ในกรณีคะแนนเสียงเท่ากัน ประธานจึงจะมีสิทธิออกเสียงเพื่อเป็นเสียงชี้ขาด นอกจากนี้ มติของที่ประชุมจะต้องได้รับคะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งและมาจากแต่ละสมาชิกของแต่ละหน่วยงานด้วย

หน้าที่ของ SRSC⁴⁵ ในการพิจารณาว่าผู้ต้องขังจะสมควรเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาประวัติการรักษาโรค Gender dysphoria ของผู้ต้องขังทั้งทางด้านการแพทย์และสุขภาพจิตโดยละเอียด โดยเกณฑ์ที่ SRSC จะพิจารณาว่าผู้ต้องขังสมควรเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่ ประกอบด้วย 1) ผู้ต้องขังผ่านการวินิจฉัยแล้วว่าเป็นผู้ป่วยโรค Gender dysphoria 2) ประสิทธิภาพของการรักษาโรค Gender dysphoria ที่ผู้ต้องขังได้รับในปัจจุบัน และความเหมาะสมของการรักษาโรคด้วยวิธีอื่นนอกจากการผ่าตัดแปลงเพศ 3) ผู้ต้องขังมีโรคหรือสภาวะที่ไม่ควรผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่ 4) มีข้อกังวลทางการแพทย์หรือทางด้านสุขภาพจิตใดหรือไม่ที่ผู้ต้องขังได้รับการรักษาแล้วอย่างน้อยหนึ่งปี (เป็นข้อกังวลที่ไม่ทำให้การผ่าตัดแปลงหรือทำให้หายช้า) 5) ผู้ต้องขังได้แสดงเจตนาชัดเจนว่าประสงค์จะใช้ชีวิตอย่างเพศตรงข้ามมานานกว่า 2 ปี

⁴³California Correctional Health Care Services, Supplement to CCHCS/DHCS Care Guide: Gender Dysphoria Guidelines for Review of Requests for Sex Reassignment Surgery (Srs).

⁴⁴*Ibid.*, p.2.

⁴⁵*Ibid.*, p.3.

และได้ใช้ชีวิตอย่างเพศตรงข้ามมาแล้วไม่น้อยกว่า 12 เดือน รวมถึงได้รับการรักษาทางการแพทย์โดยการให้ยาฮอร์โมนตลอด 12 เดือนติดต่อกัน นอกจากนี้ผู้ต้องขังดังกล่าวจะต้องเหลือเวลารับโทษอยู่ในเรือนจำไม่น้อยกว่า 2 ปี 6) ผู้ต้องขังรู้สึกทุกข์ทรมานเป็นอย่างมากอันเนื่องมาจากการไม่มีการรักษาที่เหมาะสมกับโรค Gender dysphoria 7) ผู้ต้องขังได้รับทราบข้อมูลที่ทำให้เข้าใจว่า เมื่อผู้ต้องขังผ่านการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว จะต้องมีการประเมินการจัดสรรผู้ต้องขังไปสู่เรือนจำซึ่งมีสิ่งแวดล้อมใหม่ที่ผู้ต้องขังจะต้องปรับตัว 8) ผู้ต้องขังสามารถคาดหมายได้ว่า การย้ายผู้ต้องขังไปสู่เรือนจำใหม่นั้นจะประสบความสำเร็จและปลอดภัย และผู้ต้องขังได้รับการรักษาทางการแพทย์และสุขภาพจิตภายหลังจากการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว 9) การแสดงเจตนาของผู้ต้องขังนั้นเป็นไปด้วยความสมัครใจ และข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งสามารถนำมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาสำหรับคณะกรรมการได้

เมื่อ SRSC พิจารณาแล้วมีความเห็นเป็นประการใด ก็มีหน้าที่จัดทำข้อมูลและนำเสนอให้กับคณะกรรมการ HQUMC เพื่อพิจารณาและมีมติต่อไป⁴⁶

4) การจัดอบรมเจ้าพนักงาน

ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมมาตรา 115.31⁴⁷ กำหนดให้เรือนจำจะต้องจัดให้มีการฝึกอบรมแก่เจ้าพนักงานที่จะต้องมีปฏิสัมพันธ์กับผู้ต้องขัง เพื่อให้เจ้าพนักงานมีทักษะที่สามารถป้องกัน ตรวจสอบและตอบสนองต่อเหตุการณ์การทำร้ายทางเพศ หรือการคุกคามทางเพศได้ ตลอดจนสามารถสร้างบรรทัดฐานให้เรือนจำเกิดความปลอดภัยจากการทำร้ายทางเพศด้วย โดยข้อกำหนดมาตรฐานนี้ กำหนดหัวข้อในการฝึกอบรมเจ้าพนักงานจำนวน 10 หัวข้อ อาทิ การให้ความรู้ความเข้าใจในนโยบายของเรือนจำในการต่อต้านการทำร้ายทางเพศและการคุกคามทางเพศ การรายงานเหตุการณ์หรือเหตุต้องสงสัยกรณีการทำร้ายหรือถูกคุกคามทางเพศ สิทธิของผู้ต้องขังและเจ้าพนักงานที่จะไม่ถูกตอบโต้ในเชิงลบ หรือถูกแก้แค้นหากรายงานการกระทำความผิด และการหลีกเลี่ยงความสัมพันธ์ที่ไม่เหมาะสมกับผู้ต้องขัง

นอกจากหัวข้อการฝึกอบรมและทดสอบความเข้าใจของเจ้าพนักงาน เพื่อให้เกิดความปลอดภัยในเรือนจำข้างต้นแล้ว ข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมนี้ยังได้กำหนดครอบคลุมไปถึงเรื่องการสื่อสารกับผู้ต้องขังที่เป็นเกย์ เลสเบี้ยน คนรักสองเพศ คนข้ามเพศ คนที่มีเพศกำกวม หรือคนที่การแสดงออกทางเพศไม่ตรงกับบรรทัดฐานทางเพศของสังคมที่เรือนจำ

⁴⁶ *Ibid.*, p.4.

⁴⁷ United States Department of Justice Final Rule, *Supra* note 9, §115.31.

จะต้องดำเนินการให้เจ้าพนักงาน สามารถสื่อสาร สอบถามข้อมูลจากผู้ต้องขังกลุ่มดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีความเป็นมืออาชีพอีกด้วย

3.2 อังกฤษ

3.2.1 ความเป็นมา คำพิพากษาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

3.2.1.1 ความเป็นมา

ระบบเรือนจำของอังกฤษ เป็นระบบที่แยกขังผู้ต้องขังเพศหญิงและเพศชายออกจากกัน⁴⁸ การพิจารณาเพศของผู้ต้องขังจะพิจารณาจากเพศตามที่กฎหมายยอมรับเท่านั้น ซึ่งตาม Gender Recognition Act ปี 2004 กำหนดว่า การที่จะพิสูจน์ว่าบุคคลจะมีเพศใดให้พิจารณาจากใบสูติบัตร (Birth Certificate) หรือใบรับรองเพศ (Gender Recognition Certificate : GRC) ของบุคคลนั้น อย่างไรก็ตาม กระบวนการในการได้มาซึ่ง GRC ค่อนข้างยุ่งยากและก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายสูง โดยผู้ที่ประสงค์จะได้รับ GRC จะต้องพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่คณะกรรมการ ว่าตนเองนั้นมีลักษณะเข้าเกณฑ์ที่จะมีคุณสมบัติในการได้รับใบรับรองเพศใหม่ เช่น ได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นผู้ป่วยโรค Gender dysphoria และได้ใช้ชีวิตในเพศที่ยื่นขอรับรองมาแล้วอย่างน้อย 2 ปี และมีเจตนาที่จะใช้ชีวิตตามเพศที่ยื่นขอรับรองไปตลอดชีวิต เป็นต้น ส่งผลให้บุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด ซึ่งแม้ว่าจะผ่านการใช้ชีวิตในเพศที่ตนเลือกมานานแล้วก็ตาม ก็เลือกที่จะไม่ผ่านกระบวนการเพื่อรับใบรับรองเพศใหม่ดังกล่าว⁴⁹ แม้ว่าบุคคลจะได้รับ GRC รับรองการมีเพศใหม่แล้ว หากบุคคลนั้นต้องเข้ารับโทษในเรือนจำ ก็จะถูกจัดสรรให้อยู่ในเรือนจำตามเพศกำเนิดอยู่นั่นเอง⁵⁰

⁴⁸The Prison Rule 1999, section 12 (1).

⁴⁹Prisons and Probation Ombudsman, “Learning lessons bulletin: Transgender Prisoner,” January 2017.

⁵⁰Sarah Lambie, “Rethinking gendered prison policies: Impacts on transgender prisoners,” *The Howard League for Penal Reform ECAN Bulletin* vol. 4, 16 (2012): p.8.

3.2.1.2 คำพิพากษาสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

1) คดี Goodwin v The United Kingdom and I v The United Kingdom ปี 2002⁵¹

คดีนี้ Christine Goodwin ซึ่งเป็นหญิงข้ามเพศและผ่านการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ได้นำคดีที่ศาลของอังกฤษปฏิเสธไม่让她ทำการสมรส⁵² ไปยื่นฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปว่า อังกฤษกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งต่อมาศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปก็ได้มีคำพิพากษาดัดสินว่าการที่อังกฤษไม่ยอมรับหรือปฏิเสธการใช้สิทธิของบุคคลข้ามเพศตามเพศที่ได้รับใหม่นั้น เป็นการละเมิดต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป มาตรา 8⁵³ และ 12⁵⁴

ผลของคดีนี้ทำให้อังกฤษทำการศึกษาและตรากฎหมาย Gender Recognition Act 2004 ออกใช้ในที่สุด โดยกำหนดให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถขอออกใบรับรองเพศใหม่หรือ GRC ได้ หากมีคุณสมบัติตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด โดยเพศที่ระบุใน GRC จะถือเป็นเพศที่กฎหมายรับรองและยอมรับให้แก่บุคคลนั้น

⁵¹Christine Goodwin v. The United Kingdom, Application No. 28957/95, ECHR 588 (11 July 2002).

⁵²วัชรินทร์ สังสีแก้ว, “สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ,” (วิทยานิพนธ์ ปริญญา มหาบัณฑิต, สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.41-43.

⁵³มาตรา 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหภาพยุโรป ปี 1950 (European Convention on Human Rights 1950) บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตและความเป็นส่วนตัว รัฐจะกระทำการใดอันเป็นการแทรกแซงหรือขัดขวางการใช้สิทธิดังกล่าวของบุคคลมิได้ เว้นแต่จะได้มีกฎหมายกำหนดยกเว้นไว้ หรือเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ความมั่นคงปลอดภัยของสังคมและเศรษฐกิจของประเทศ

⁵⁴มาตรา 12 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหภาพยุโรป ปี 1950 (European Convention on Human Rights 1950) บัญญัติว่า ชายและหญิงที่บรรลุนิติภาวะแล้วมีสิทธิที่จะสมรสหรือก่อตั้งครอบครัว การใช้สิทธิดังกล่าวให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศกำหนด

2) คดี R. v Secretary of State for Justice, EWHC 2220 2009
All ER 28 (Sep) ปี 2009⁵⁵

คดีนี้โจทก์เป็นผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศ ซึ่งยังไม่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์เป็นผู้ต้องขังที่ต้องถูกจำคุกตลอดชีวิต และถูกคุมขังในเรือนจำชาย โดยโจทก์เรียกร้องให้ศาล Administrative Court พิจารณากรณีที่ Secretary of State ปฏิเสธมิให้โจทก์ย้ายไปคุมขังในเรือนจำหญิง โจทก์เป็นผู้ป่วยโรค Gender dysphoria และได้รับใบรับรองเพศใหม่ (GRC) เป็นเพศหญิงแล้ว มีความผิดปกติทางเพศและได้รับหนังสือรับรองตาม Gender Recognition Act 2004 แล้ว และโจทก์ประสงค์ที่จะเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ เพื่อให้การเป็นเพศหญิงของโจทก์สมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม Gender Identity Clinic จะไม่อนุญาตให้ทำการผ่าตัดแปลงเพศได้จนกว่าโจทก์จะได้ใช้ชีวิตเป็นเพศหญิงในเรือนจำในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ดังนั้น โจทก์จึงยื่นฟ้องต่อศาลขอให้ทบทวนคำตัดสินที่ Secretary of State ไม่ย้ายโจทก์ไปคุมขังในเรือนจำหญิง อันเป็นการทำให้โจทก์ไม่มีคุณสมบัติที่จะเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศได้

การพิจารณาของ Secretary of State ที่มีให้โจทก์ย้ายไปคุมขังในเรือนจำหญิง ขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย ได้แก่ 1) ประวัติอาชญากรรมของโจทก์ ซึ่งรวมถึงการพยายามข่มขืนผู้หญิง หรือการฆ่าผู้อื่น 2) ไม่มีความแน่นอนว่า หากอนุญาตให้โจทก์ย้ายไปคุมขังในเรือนจำผู้ต้องขังหญิงแล้วนั้น Gender Identity Clinic จะอนุญาตให้โจทก์เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศได้หรือไม่ เนื่องจากคำวินิจฉัยของ Gender Identity Clinic ไม่สามารถเข้าไปควบคุมหรือก้าวล่วงได้ และ 3) เมื่อย้ายโจทก์ไปคุมขังที่เรือนจำผู้ต้องขังหญิงแล้ว ก่อนที่โจทก์จะสามารถอยู่ร่วมกับผู้ต้องขังหญิงอื่น เจ้าพนักงานจะต้องแยกขังโจทก์ออกจากผู้ต้องขังอื่นก่อน การดำเนินการดังกล่าวก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายมาก

ศาล Administrative Court ในคดีนี้ได้วินิจฉัยโดยพิจารณาใน 2 ประเด็น กล่าวคือ 1) กรณีนี้อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปหรือไม่ 2) การจำกัดสิทธิของโจทก์ตามมาตรา 8 ได้สัดส่วนหรือไม่

ประเด็นแรก ศาลพิจารณาว่า มาตรา 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปให้ความคุ้มครองสิทธิของทุกบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและปกป้องสิทธิในการมีอิสระในการกำหนดตัวเองของมนุษย์ (human autonomy) และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity) มิให้ถูกละเมิดได้ ซึ่งสาระสำคัญที่โจทก์ฟ้องก็คือ รัฐมีการกระทำ

⁵⁵ Sarah Lambie, *Supra* note 50, pp.8-9.

อันเป็นการแทรกแซงและขัดขวางความสามารถของโจทก์ในการเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ โดยการคุมขังโจทก์ในเรือนจำผู้ต้องขังชายต่อไป ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิที่โจทก์จะสามารถมีอิสระในการกำหนดร่างกายของตนเองและเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของโจทก์ ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่ต้องบังคับตามมาตรา 8 ดังกล่าวข้างต้น

ประเด็นที่สอง ศาลพิจารณาความชอบธรรมของการปฏิเสธไม่ให้โจทก์ย้ายไปอยู่เรือนจำหญิงจากปัจจัยและเหตุผลที่ Secretary of State ใช้ปฏิเสธโจทก์ โดยศาลเห็นว่าการพิจารณาใดที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการกำหนดตัวเองและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น จะต้องใช้ปัจจัยที่มาจากแหล่งข้อมูลที่มีความชัดเจนและมีน้ำหนักเพียงพอ กรณีนี้มีหลักฐานจากผู้เชี่ยวชาญแสดงถึงความเชื่อมโยงที่ชัดเจนระหว่างพฤติกรรมของโจทก์ กับโรค Gender dysphoria และอาการผิดหวังอย่างรุนแรง (severe frustration) ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากการที่โจทก์ถูกปฏิเสธมิให้เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ และผู้เชี่ยวชาญยอมรับว่า ปัจจัยเหล่านี้อาจทำให้การใช้ชีวิตในเรือนจำชายของโจทก์ยากลำบากยิ่งขึ้น ซึ่งการที่ Secretary of State มิได้นำปัจจัยดังกล่าวมาพิจารณาในการตัดสินใจให้โจทก์ต้องถูกขังในเรือนจำชายต่อไป แต่มุ่งเน้นถึงปัจจัยด้านค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นหากย้ายโจทก์ไปเรือนจำหญิง ศาลเห็นว่าการพิจารณาของ Secretary of State ที่จำกัดสิทธิของโจทก์นั้นไม่ได้สัดส่วน กรณีจึงเป็นการเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิอันพึงมีของผู้ต้องขังตามนัยแห่งมาตรา 8 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหภาพยุโรป ปี 1950

3.2.1.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลาย

ทางเพศ

1) พระราชบัญญัติความเท่าเทียม (Equality Act 2010) ปี 2010

ในปี 2010 อังกฤษได้มีแก้ไขพระราชบัญญัติด้วยความเท่าเทียม หรือ Equality Act 2010 ฉบับใหม่ ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานภาครัฐจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความชอบธรรมที่ก่อให้เกิดความเท่าเทียม โดยจะต้องจัดการเลือกปฏิบัติ การคุกคามหรือการทำให้ตกเป็นเหยื่อของความรุนแรง และต้องส่งเสริมความเท่าเทียมทางโอกาสแก่ผู้ที่มีลักษณะที่ต้องได้รับความคุ้มครอง (protected characteristic) และผู้ที่ไม่มียุทธลักษณะดังกล่าว โดยการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้ได้ขยายการคุ้มครองไปถึงบุคคลที่ได้ยื่นความประสงค์ที่จะเข้าสู่หรืออยู่ระหว่างหรือได้ผ่านกระบวนการเพื่อการเปลี่ยนแปลงเพศแล้วด้วย

การที่อังกฤษได้มีการตราพระราชบัญญัติรับรองเพศของบุคคลขึ้น ในปี 2004 ผลของคดี R. v Secretary of State for Justice ในปี 2009 และการแก้ไขพระราชบัญญัติ

ความเท่าเทียมปี ใน 2010 ล้วนแต่เป็นปัจจัยอันเป็นที่มาของการกำหนดนโยบายและกฎเกณฑ์ในการดูแลและบริหารจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศของเรือนจำในอังกฤษ⁵⁶

2) แนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (Prison Service Instruction 07/2011)⁵⁷ (ฉบับแรก)

ในเดือนมีนาคม ปี 2011 กระทรวงยุติธรรมของอังกฤษ (Ministry of Justice) ได้ออกแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการกับผู้ต้องขังข้ามเพศฉบับแรกขึ้น (PSI 07/2011 The Care and Management of Transsexual Prisoners) สำหรับให้เรือนจำทั่วประเทศนำไปปรับใช้และกำหนดมาตรการภายในของตนเอง มีเนื้อหาเป็นการกำหนดสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในเรือนจำ อาทิ สิทธิในการกำหนดการตรวจค้นตัว การอาบน้ำ การเข้าถึงเครื่องแต่งกายและเครื่องสำอาง รวมทั้งกำหนดรายละเอียดขั้นตอนที่เจ้าพนักงานเรือนจำจะต้องสนับสนุนและวางแผนในการดูแลผู้ต้องขัง (Care Plan) เพื่อคุ้มครองผู้ต้องขังจากการถูกคุกคามและถูกทำร้าย⁵⁸ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องและรองรับกับบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความเท่าเทียม ปี 2010 โดยแนวปฏิบัติดังกล่าวได้วางหลักการในการดูแลและจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่สำคัญ ดังนี้

(1) ผู้ต้องขังข้ามเพศที่ได้รับรองสถานะทางเพศใหม่ตามพระราชบัญญัติรับรองสถานะทางเพศแล้ว (เพศตามกฎหมาย) จะต้องถูกจัดสรรไปคุมขังในเรือนจำตามเพศที่ได้รับรองตามกฎหมาย เว้นแต่การจัดสรรนั้นจะกระทำมิได้ เนื่องจากเหตุผลด้านความปลอดภัย

(2) ผู้ต้องขังข้ามเพศที่ยังมิได้รับรองสถานะทางเพศใหม่ตามพระราชบัญญัติรับรองสถานะทางเพศอาจจะถูกจัดสรรไปคุมขังในเรือนจำตามเพศที่เหมาะสมได้ ทั้งนี้ เรือนจำจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี

⁵⁶Sarah Lambie, *Ibid.*, pp.9-10.

⁵⁷National Offender Management Service, The Care and Management of Transsexual Prisoner referenced as PSI 07/2011.

⁵⁸Prison Reform Trust Organization, “Written evidence submitted by Prison Reform Trust to the Transgender Equality Inquiry,” 21 August 2015.

(3) เจ้าพนักงานเรือนจำจะต้องอนุญาตหรือเปิดให้ผู้ต้องขังข้ามเพศสามารถใช้ชีวิตตามเพศใหม่ได้ตลอดชีวิต ซึ่งการอนุญาตในกรณีนี้นั้นรวมไปถึงการที่ผู้ต้องขังจะสามารถสวมใส่เครื่องแต่งกายที่เหมาะสมกับเพศใหม่ ตลอดจนการใช้ชื่อตามเพศใหม่ด้วย

(4) ผู้ต้องขังข้ามเพศจะต้องได้รับสิทธิในการรักษาพยาบาลอย่างเท่าเทียมและมีคุณภาพเช่นเดียวกับที่ผู้ต้องขังจะได้รับจากระบบดูแลสุขภาพแห่งชาติ (NHS) หากไม่ถูกคุมขัง

(5) เรือนจำและเจ้าพนักงานเรือนจำจะต้องกำหนดมาตรการในการจัดการความเสี่ยงที่จะเกิดการคุกคามผู้ต้องขังข้ามเพศจากผู้ต้องขังอื่น (Transphobic Harassment) และอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังผู้ที่มีความผิดปกติทางเพศ (Transphobic Hate Crime)

นอกจากหลักการสำคัญข้างต้นแล้ว แนวปฏิบัติฉบับดังกล่าวยังได้กำหนดอีกว่า การเข้าถึงเครื่องแต่งกายหรือเครื่องสำอางของผู้ต้องขังข้ามเพศนั้น มิใช่เป็นการให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่เป็นสิ่งที่ไม่สามารถพรากไปได้ ดังนั้น การขัดขวางหรือไม่อนุญาตให้ผู้ต้องขังข้ามเพศเข้าถึงเครื่องแต่งกายที่เหมาะสม หรือเครื่องสำอาง โดยประสงค์ให้เป็นมาตรการลงโทษผู้ต้องขัง จึงไม่อาจกระทำได้

เมื่อเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 2015 กระทรวงยุติธรรม และหน่วยงาน National Offender Management Service (NOMS)(ปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็น Her Majesty's Prison and Probation Service) รวมถึงองค์กรที่มีความเกี่ยวข้องอื่นๆ อาทิ องค์กรของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ และผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้ร่วมกันทบทวนแนวปฏิบัติฉบับแรก PSI 07/2011 เพื่อปรับปรุงและจัดทำแนวปฏิบัติฉบับใหม่ PSI 17/2016 The Care and Management of Transgender Prisoners⁵⁹ เนื่องจากแนวปฏิบัติฉบับเดิมสิ้นผลบังคับใช้ และพบว่าแนวปฏิบัติฉบับแรกยังมีข้อบกพร่องบางประการ เช่น ขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจตัดสินใจ และไม่สอดคล้องกับความเข้าใจของสังคมในเรื่องผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว

⁵⁹ National Offender Management Service, The Care and Management of Transgender Prisoner referenced as PSI 17/2016.

นอกจากเหตุผลข้างต้นที่จะนำมาสู่การปรับปรุงวิธีการดูแลผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว ก่อนหน้านั้นไม่นานได้เกิดเหตุการณ์ที่ผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศ 2 ราย เสียชีวิตในเรือนจำชายซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่สังคมให้ความสนใจ⁶⁰ หน่วยงานที่รับผิดชอบในการจัดทำ แนวปฏิบัติในการดูแลและจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจึงมุ่งหวังให้แนวปฏิบัติฉบับที่ สองนี้ คำนึงถึงผู้ต้องขังได้กว้างขึ้น โปร่งใส มีหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจที่ชัดเจน มีหลักฐานประกอบ รวมถึง⁶¹สามารถใช้เป็นเครื่องมือที่เหมาะสมในการก่อให้เกิดความสมดุลระหว่าง ความจำเป็นของตัว ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศกับหน้าที่ในการจัดการความเสี่ยงและคุ้มครองความปลอดภัย ให้แก่ผู้ต้องขังทุกคนได้⁶² ตลอดจนวางแนวทางในการดูแลผู้ต้องขังซึ่งอยู่ในการควบคุมของศาล หรือ เรือนจำ หรือขณะถูกคุมประพฤติให้มีความเท่าทันกับพัฒนาการของสังคมที่มีความเข้าใจในเรื่อง ความหลากหลายทางเพศมากขึ้น

3.2.2 กฎหมายและแนวปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทาง เพศในปัจจุบัน

1) แนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทาง เพศ (Prison Service Instruction 17/2016) (ฉบับปัจจุบัน)

แนวปฏิบัติ PSI 17/2016 ได้ปรับเปลี่ยนวิธีการจัดการดูแลผู้ต้องขังที่มีความ หลากหลายทางเพศของวิธีการเดิม ในหลักการสำคัญ ดังนี้คือ การดูแลและจัดการผู้ต้องขังข้ามเพศ ตามแนวปฏิบัติเดิม ผู้ต้องขังข้ามเพศที่จะได้รับการปฏิบัติดูแลตามเพศใหม่ของตนนั้น จะต้องเป็น ผู้ต้องขังที่ได้ใบรับรองเพศใหม่(Gender Recognition Certificate) ตามหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติ รับรองสถานะทางเพศกำหนด หรือเป็นผู้ต้องขังที่ตัดสินใจเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ หรือเข้ารับการ

⁶⁰The BBC News, “Transgender prison deaths: Watchdog calls for action,” Retrieved on March 10, 2018, from <http://www.bbc.com/news/uk-38562714>.

⁶¹Minister of Justice of United Kingdom, “Review of care and management of transgender offenders: Terms of Reference,” December 8, 2015.

⁶²The Parliament of United Kingdom, “Written Statement made by The Parliamentary Under-Secretary of State for Justice, Minister for Women, Equalities and Family Justice (Caroline Dinenage),” December 8, 2015.

รักษาทางการแพทย์ที่สำคัญเท่านั้น ซึ่งการดูแลและการจัดการในลักษณะนี้ เป็นการให้ความสำคัญกับปัจจัยที่ไม่ได้สะท้อนความเป็นจริงของการดำรงชีวิตของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศได้ทุกคน กล่าวคือว่า ในความเป็นจริงแล้วบุคคลเหล่านี้จำนวนมากสามารถใช้ชีวิตตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนเองกำหนด (gender which they identify) ได้อย่างประสบความสำเร็จ โดยไม่จำเป็นต้องมีใบรับรองเพศใหม่ หรือเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ หรือรับการรักษาก่อน อีกทั้งขั้นตอนการขอรับรองสถานะทางเพศนั้นเป็นขั้นตอนที่ใช้เวลานานและมีค่าใช้จ่ายสูง ดังนั้นนโยบายหรือแนวปฏิบัติฉบับใหม่นี้ จึงวางหลักการในการดูแลและการจัดการผู้ต้องขังที่สำคัญ คือ การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเมื่อเข้าสู่เรือนจำ เรือนจำและเจ้าพนักงานจะต้องจัดการและดูแลผู้ต้องขังบนพื้นฐานของการเคารพต่ออัตลักษณ์ทางเพศที่ผู้ต้องขังได้เลือกและแสดงออก ซึ่งการอนุญาตให้ผู้ต้องขังที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถแสดงออกตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนเองกำหนดนั้นจะเป็นวิธีการที่มีมนุษยธรรมและปลอดภัยมากที่สุด รวมถึงจะช่วยให้การบำบัดฟื้นฟูผู้ต้องขังประสบความสำเร็จมากขึ้นด้วย⁶³

นอกจากนี้ แนวปฏิบัติฉบับใหม่ยังได้ปรับเปลี่ยนแนวคิดสำคัญจากเดิม โดยเปลี่ยนคำเรียกที่ใช้แทนผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในแนวปฏิบัติจากคำว่า “Transsexual” เป็น “Transgender” (ซึ่งต่อไปในภาษาไทยจะแทนด้วยคำว่า “บุคคลข้ามเพศ”) เนื่องจากคำว่า Transsexual นั้นเป็นคำที่อธิบายถึงบุคคลในทางเพศ ในเชิงกายภาพเป็นสำคัญ (Biologically-oriented) และมุ่งเน้นให้หมายความถึงบุคคลที่ได้รับใบรับรองเพศใหม่ GRC หรือได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นผู้ที่มีภาวะความไม่พอใจในเพศตัวเอง (Gender dysphoria) แล้วเท่านั้น ในขณะที่คำว่า “Transgender” จะมีความหมายทางเพศในเชิงที่บุคคลเป็นผู้กำหนดเพศเองและต้องการแสดงออกให้สังคมได้รับรู้ว่าตนเลือกที่จะเป็นเพศใด (Socially-informed and based on self-identification) ซึ่งจะมีนัยความหมายที่กว้างและยืดหยุ่น และสื่อถึงลักษณะนิสัย รูปลักษณ์ภายนอกตลอดจนคำเรียกแทนของบุคคลข้ามเพศดังกล่าวได้มากกว่า และแนวปฏิบัติฉบับที่สองนี้ยังได้กำหนดให้คำว่า Transgender หมายถึง ผู้ที่มีความรู้สำนึกทางเพศของตนแตกต่างไปจากเพศกำเนิด ซึ่งคำว่า Transgender ในแนวปฏิบัตินี้ รวมไปถึงบุคคลดังต่อไปนี้ด้วย

⁶³Ministry of Justice of United Kingdom, “Review on the Care and Management of Transgender Offenders,” November 2016.

Transsexual : ผู้ที่ได้ผ่านกระบวนการข้ามเพศ (Transition⁶⁴) แล้ว ตัวอย่างเช่น บุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศชายและได้ข้ามเพศ หรืออยู่ในขั้นตอนการข้ามเพศไปดำเนินชีวิตอย่างเพศหญิง เป็นต้น ทั้งนี้ กฎหมายของอังกฤษได้กำหนดว่าผู้ที่ต้องการข้ามเพศจะต้องผ่านกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศหรือเข้ารับการรักษาจากแพทย์ก่อนจึงจะถือว่าเป็นผู้ข้ามเพศ Transsexual ที่ได้รับใบรับรองเพศใหม่แล้ว จะได้รับการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างผู้ที่มีเพศนั้นตามที่ได้รับรอง

Gender-fluid People : บุคคลที่มีความรู้สึกว่าการเป็นตัวตนของตนเองนั้นไม่สามารถแสดงออกในรูปแบบของเพศตามปกติได้ หรือการเป็นตัวเองเปลี่ยนแปลงไปมาเป็นประจำ

Non-binary People : บุคคลที่มีความรู้สึกสับสนทางเพศหรือมีอัตลักษณ์ทางเพศว่าตนไม่ใช่ทั้งผู้หญิงและผู้ชาย

Intersex People : บุคคลซึ่งมีลักษณะทางกายภาพ หรือลักษณะของยีนไม่เป็นเพศชายหรือเพศหญิง

Transvestite : บุคคลซึ่งแต่งกายด้วยเครื่องแต่งกายที่ตามปกติแล้วเหมาะสมกับเพศตรงข้าม

แม้คำว่า Transgender ของแนวปฏิบัติ PSI 17/2016 ตามที่ได้อธิบายข้างต้น จะมีความหมายรวมไปถึงบุคคลข้ามเพศในหลายรูปแบบก็ตาม แต่ข้อกำหนดของแนวปฏิบัติฉบับนี้ก็มิได้นำไปปรับใช้กับผู้ต้องขังข้ามเพศในลักษณะต่างๆ ทุกคนและทุกข้อ กล่าวคือข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการจัดสรรผู้ต้องขัง หรือการโอนย้ายผู้ต้องขังไปอยู่ในเรือนจำต่างเพศนั้น จะใช้บังคับกับผู้ต้องขังที่ผ่าตัดแปลงเพศสมบูรณ์แล้วหรือเป็นผู้ต้องขังที่คณะกรรมการวินิจฉัยแล้วว่ามีความเจตนาจะดำรงชีวิตอย่างถาวรตลอดไปในเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิดเท่านั้น ทั้งนี้สำหรับผู้ต้องขังข้ามเพศอื่นๆ ยังคงมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพในการดำรงชีวิตตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนกำหนด และการสนับสนุนให้สามารถแสดงออกในอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนกำหนดได้

⁶⁴Transition หมายถึงกระบวนการที่บุคคลข้ามเพศ หรือ Transgender จะต้องกระทำหรือดำเนินไปเพื่อข้ามจากเพศกำเนิดไปยังเพศที่ผู้นั้นรับรู้ว่าเป็นเพศของตน ซึ่งกระบวนการข้ามเพศดังกล่าวนี้อาจหมายถึง การเปลี่ยนแปลงเชิงสังคม (เช่น การเปลี่ยนชื่อ หรือการแต่งกาย) หรืออาจหมายถึงกระบวนการทางการแพทย์ (เช่น การใช้ฮอร์โมน หรือการผ่าตัด) หรือทั้งสองอย่างก็ได้

ก) การระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง

เรือนจำจะต้องจัดให้มีการระบุอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของผู้ต้องขัง ในโอกาสแรกที่ได้พบตัวผู้ต้องขังเพื่อนำไปสู่กระบวนการประเมินและพิจารณาตัดสินว่าผู้ต้องขังจะได้รับการปฏิบัติอย่างเพศชายหรือหญิง (Binary Service) โดยอาจใช้วิธีขอคู่มือบัตรของผู้ต้องขังเพื่อระบุเพศก็ได้ ในกรณีที่เจ้าพนักงานไม่สามารถระบุเพศของผู้ต้องขังได้ เจ้าพนักงานจะต้องระบุเพศของผู้ต้องขังโดยใช้ข้อมูลที่ดีที่สุดที่สามารถรวบรวมได้ และนำเข้าหารื้อคณะที่ปรึกษาซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนจากหน่วยงาน National Offender Management Service (NOMS) นักจิตวิทยา Gender Identity Clinic และกลุ่มผู้สนับสนุนบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกรณีที่จำเป็น และในกรณีที่ผู้ต้องขังแสดงใบรับรองเพศใหม่ เรือนจำจะต้องปฏิบัติต่อผู้ต้องขังข้ามเพศนั้น ตามเพศที่ได้รับระบุไว้ในใบรับรอง นอกจากนี้ เรือนจำและเจ้าพนักงานระดับสูงของเรือนจำ รวมถึงหน่วยงานอื่นๆ ที่ทำหน้าที่ในการจัดการดูแลผู้ต้องขังในนามของ NOMS จะต้องรับรองและทำให้มั่นใจได้ว่าผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศทุกคนจะต้องได้รับโอกาสให้สามารถแสดงออกตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนกำหนดได้ในโอกาสแรกเข้าสู่กระบวนการ โดยเจ้าพนักงานจะต้องสื่อสารกับผู้ต้องขังในลักษณะที่ให้ความเคารพต่ออัตลักษณ์ทางเพศที่ผู้ต้องขังนั้นกำหนด ไม่ว่าจะเป็นการใช้คำพูดที่เหมาะสม หรืออนุญาตให้ผู้ต้องขังสามารถแสดงออกทางกายได้ อาทิ การแต่งกาย การใช้เครื่องสำอาง เป็นต้น ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขเกี่ยวกับความปลอดภัยและการประเมินผลในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติในลักษณะที่เคารพต่อการแสดงออกตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ผู้ต้องขังกำหนดนั้นก็ได้ผูกพันเป็นหน้าที่ให้เรือนจำจะต้องพิจารณาจัดสรรผู้ต้องขังนั้นไปคุมขังในเรือนจำตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ผู้ต้องขังกำหนดแต่อย่างใด

นอกจากขั้นตอนการระบุอัตลักษณ์ทางเพศ และการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังโดยให้ความเคารพในเพศที่ผู้ต้องขังเลือกแล้ว กระบวนการที่สำคัญที่จะนำไปสู่การดูแลและการจัดการผู้ต้องขังได้อย่างมีประสิทธิภาพก็คือการเก็บบันทึกข้อมูล ซึ่งเรือนจำจะต้องขอความยินยอมจากผู้ต้องขังให้สามารถเปิดเผยข้อมูลการผ่านกระบวนการข้ามเพศ หรือข้อมูลที่ผู้ต้องขังแสดงว่าได้ใช้ชีวิตตาม อัตลักษณ์เพศที่ตนกำหนดมาโดยตลอดนั้น แก่หน่วยงานหรือผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการวางแผนการดูแลและบริหารจัดการผู้ต้องขังนั้นได้อย่างเหมาะสม รวมไปถึงเพื่อช่วยทำให้เข้าใจสาเหตุของการกระทำความผิดได้มากขึ้น ตลอดจนสามารถพัฒนาปรับปรุงผลอันเนื่องมาจากคำพิพากษาได้ (Sentencing Outcome)

ข) การตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง⁶⁵

การค้นตัวผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศของอังกฤษนั้น โดยหลักการแล้ว เพศของเจ้าพนักงานที่จะทำการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังจะขึ้นอยู่กับว่า ผู้ต้องขังได้รับการรับรองเพศใหม่ตามกฎหมายแล้วหรือไม่ หากได้รับการรับรองเพศใหม่แล้ว เจ้าพนักงานที่ตรวจค้นก็ต้องเป็นเพศเดียวกันกับเพศซึ่งได้รับการรับรองนั้น อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวอาจมีข้อยกเว้นในทางปฏิบัติ นอกจากนี้ การค้นตัวจะต้องคำนึงถึงความยินยอมพร้อมใจของเจ้าพนักงานที่จะทำการค้นตัวผู้ต้องขังด้วย

การค้นตัวในลักษณะที่ผู้ต้องขังจะต้องถอดเครื่องแต่งกาย เหลือแต่ชุดชั้นใน (Full Search) อาจทำให้เจ้าพนักงานที่ต้องทำการตรวจค้นรู้สึกไม่สบายใจที่จะต้องค้นตัวผู้ที่อยู่ระหว่างขั้นตอนการผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะ หรือผู้ที่มีอวัยวะเพศตรงข้าม ในกรณีนี้เรือนจำจะต้องฝึกอบรมให้ความรู้แก่เจ้าพนักงานอย่างเพียงพอให้สามารถตรวจค้นได้อย่างง่ายดาย อย่างไรก็ตามเจ้าพนักงานสามารถปฏิเสธไม่ตรวจค้นได้ ในกรณีอื่นเนื่องมาจากเหตุผลทางศาสนา หรือทางวัฒนธรรม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในการค้นตัวผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เรือนจำและเจ้าพนักงานจะต้องตระหนักและคำนึงถึงปัจจัยที่ว่า ไม่ว่าผู้ต้องขังนั้นจะได้ใบรับรองเพศใหม่แล้วหรือไม่ ผู้ต้องขังก็อาจเคยผ่านกระบวนการการให้ฮอร์โมน หรือการผ่าตัดศัลยกรรมซึ่งส่งผลทำให้ร่างกายโดยรวมหรืออวัยวะเพศ เปลี่ยนแปลงแตกต่างจากเพศกำเนิด ปัจจัยเหล่านี้จึงต้องถูกนำมาพิจารณากำหนดเจ้าพนักงานที่ทำการค้นตัวร่วมด้วย และหากการค้นตัวกระทำไปเพียงเพื่อต้องการที่จะทราบเพศของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเท่านั้น จะกระทำมิได้เลย

การค้นตัวผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศตามแนวปฏิบัติของอังกฤษ แบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

1. การตรวจค้นแบบ (Full Search)⁶⁶

(1) ผู้ต้องขังที่มีใบรับรองเพศใหม่และผู้ต้องขังที่ผ่านการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศแล้ว จะต้องได้รับการตรวจค้นแบบ Full Search โดยเจ้าพนักงานที่มีเพศเดียวกันกับเพศใหม่ของผู้ต้องขัง เช่น ผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศ (Male to Female) จะต้องถูกตรวจค้นโดยเจ้าพนักงาน

⁶⁵ National Offender Management Service, National Security Framework 3.1 Searching of the Person referenced as PSI 07/2016.

⁶⁶ *Ibid.*, pp.62-63.

เพศหญิง เป็นต้น ยกเว้นในกรณีที่สัญญา Voluntary Agreement⁶⁷ ระหว่างเรือนจำกับผู้ต้องขัง จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ตามก็อาจมีกรณีที่ผู้ต้องขังซึ่งได้รับใบรับรองเพศใหม่แล้ว แต่ยังคงมีลักษณะทางกายภาพเช่นเดิมตามเพศกำเนิดอยู่ ในกรณีดังกล่าวนี้ เรือนจำและเจ้าพนักงานควรจะทำให้ความตกลงกับผู้ต้องขังให้เจ้าพนักงานที่มีเพศเดียวกันกับเพศกำเนิดของผู้ต้องขังเป็นผู้ทำการค้นตัว แทนเจ้าพนักงานที่มีเพศเดียวกันกับเพศใหม่ที่ได้รับรองก็ได้

(2) ผู้ต้องขังที่ไม่มีใบรับรองเพศใหม่ และยังไม่ได้เข้ารับรักษาอาการความไม่พอใจในเพศตัวเอง (Gender Dysphoria) โดยปกติแล้วจะต้องถูกค้นตัวโดยเจ้าพนักงานที่มีเพศเดียวกับเพศกำเนิด กล่าวคือ ผู้ต้องขังที่อยู่ในกระบวนการข้ามเพศจากชายเป็นหญิง แต่ยังมีลักษณะทางกายภาพเป็นเพศชายอย่างสมบูรณ์ จะต้องถูกตรวจค้นโดยเจ้าพนักงานเพศชาย และผู้ต้องขังในกรณีนี้จะไม่สิทธิเรียกร้องให้เจ้าพนักงานที่มีเพศเดียวกันกับเพศใหม่ (ตรงข้ามกับเพศกำเนิดของผู้ต้องขัง) เป็นผู้ทำการค้นตัวได้ ทั้งนี้การตรวจค้นในกรณีนี้จะต้องคำนึงถึงความปลอดภัย อ่อนไหวของผู้ต้องขังที่อาจเกิดขึ้นได้ประกอบด้วย ผู้ต้องขังที่ผ่านการรักษาทางการแพทย์จนกระทั่งมีลักษณะทางกายภาพเป็นเพศใหม่หรือลักษณะทางกายภาพส่วนมากเป็นเพศใหม่เช่น ผู้ต้องขังชาย

⁶⁷Voluntary Agreement เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ต้องขังกับเรือนจำ (ซึ่งผู้ต้องขังข้ามเพศตามแนวปฏิบัติ PSI 17/2016 ทุกคนมีสิทธิเข้าทำสัญญานี้) มีวัตถุประสงค์ให้ใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการผู้ต้องขังขณะอยู่ในเรือนจำที่กำหนดเป็นข้อตกลงลายลักษณ์อักษร และช่วยให้การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเป็นไปอย่างเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สนับสนุนความเป็นอยู่อย่างเรียบร้อย และเป็นส่วนตัว รวมถึงกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังอย่างชัดเจน และดูแลจัดการผู้ต้องขังแต่ละคนได้ ดังนั้นข้อกำหนดในแนวปฏิบัติฉบับนี้จะสนับสนุนให้เจ้าพนักงานชักจูงใจ (Encourage) ผู้ต้องขังให้เข้าทำสัญญา โดยสัญญาอาจกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับการแต่งกาย การใช้ห้องน้ำและห้องอาบน้ำ พื้นที่ห้องขังของผู้ต้องขัง เป็นต้น อย่างไรก็ตามการกำหนดข้อตกลงในสัญญาจะต้องสอดคล้องกับแผนการลงโทษผู้ต้องขัง (Sentence Plan) และคำนึงถึงความเสี่ยง เหตุผลด้านความปลอดภัยและการประเมินผลเชิงปฏิบัติด้วย อนึ่ง ห้ามมิให้ระบุข้อมูลว่าผู้ต้องขังได้รับใบรับรองเพศใหม่แล้ว หรือข้อมูลความลับทางการแพทย์ หรือเกี่ยวกับร่างกาย ในกรณีที่สัญญาไม่อาจทำขึ้นได้ คณะกรรมการ Transgender Case Board จะเป็นผู้กำหนดแผนการดูแลและจัดการผู้ต้องขังข้ามเพศขณะที่ถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำ อนึ่ง ข้อกำหนดเกี่ยวกับ Voluntary Agreement ได้ถูกกำหนดไว้ในข้อ 6.20 ถึง 6.23 ของแนวปฏิบัติ PSI 17/2016

ข้ามเพศซึ่งมีอวัยวะเพศชายแล้ว สามารถขอให้เจ้าพนักงานเพศชายเป็นผู้ดำเนินการตรวจค้นก็ได้หากวิธีการดังกล่าวเป็นวิธีที่เหมาะสมมากที่สุดและข้อกำหนดในสัญญา Voluntary Agreement มิได้กำหนดห้ามไว้ ทั้งนี้ หากผู้ต้องขังไม่มีใบรับรองเพศใหม่และไม่ได้เข้าทำสัญญา Voluntary Agreement ในเรื่องการค้นตัวไว้ด้วย เช่นนี้เรือนจำมีสิทธิที่จะพิจารณาวิธีการค้นตัวผู้ต้องขังให้เหมาะสมมากที่สุด โดยจะต้อง เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพ ทำให้เกิดความเขินอายน้อยที่สุด และคำนึงถึงความอ่อนไหวและเปราะบางที่อาจเกิดขึ้นได้แก่ผู้ต้องขัง

2. การค้นตัวแบบภายนอก (Rub Down Search)⁶⁸

แม้ว่าการค้นตัวแบบภายนอกนั้น ผู้ต้องขังจะไม่ต้องถอดเครื่องแต่งกายออก และเจ้าพนักงานไม่ต้องสัมผัสบริเวณอวัยวะเพศหรือเต้านม ซึ่งเป็นบริเวณที่มีความอ่อนไหวเท่ากับการค้นตัวแบบ Full Search ก็ตาม แต่การค้นตัวลักษณะนี้เกิดขึ้นบ่อยครั้งมากกว่าการค้นตัวแบบ Full Search เรือนจำจึงจะต้องกำหนดแนวปฏิบัติในการค้นตัวภายนอกให้ชัดเจนและปฏิบัติได้ เพื่อมิให้เกิดความเสี่ยงในแง่ของความอ่อนไหวของผู้ต้องขังที่อาจเกิดขึ้นได้

แนวนโยบายของ NOM กำหนดห้ามมิให้เจ้าพนักงานเพศชายทำการค้นตัวผู้ต้องขังเพศหญิงแบบภายนอก แต่เจ้าพนักงานเพศหญิงสามารถค้นตัวทั้งผู้ต้องขังเพศหญิงและชายได้ ดังนั้น เจ้าพนักงานเพศชายจึงไม่สามารถทำการค้นตัวแบบภายนอกกับผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศที่มีใบรับรองเพศใหม่ หรือผู้ต้องขังชายข้ามเพศที่ไม่มีใบรับรองเพศใหม่ได้ ซึ่งนอกจากในกรณีข้างต้น เจ้าพนักงานเพศชายสามารถค้นตัวแบบภายนอกกับผู้ต้องขังข้ามเพศในลักษณะอื่นได้ เว้นแต่การค้นตัวโดยเจ้าพนักงานหญิงจะเหมาะสมมากกว่า

3. การค้นตัวแบบนั่งยอง (Squat Search)⁶⁹

ในกรณีที่สงสัยว่าผู้ต้องขังชายจะซ่อนสิ่งของไว้ในหรือบริเวณอวัยวะเพศ ผู้ต้องขังชายอาจถูกสั่งให้นั่งยอง หรือก้มตัวลงในขณะที่ทำการตรวจค้นแบบ Full Search ได้ เพื่อให้เจ้าพนักงานสามารถตรวจสอบด้วยสายตาในบริเวณดังกล่าวได้อย่างใกล้ชิดได้ อย่างไรก็ตามก็ดี เจ้าพนักงานจะทำการสั่งให้ผู้ต้องขังหญิงนั่งยองแบบผู้ต้องขังเพศชายไม่ได้ ซึ่งหมายความว่าผู้ต้องขังที่มีเพศหญิง ไม่ว่าจะเป็นเพศตามกำเนิดหรือเพศที่กฎหมายได้รับรองจะถูกตรวจค้นแบบนั่งยองไม่ได้

⁶⁸PSI 07/2016, *Supra* note 65, pp.63-64.

⁶⁹PSI 07/2016, *Ibid.*, p.64.

(1) ผู้ต้องขังที่ไม่มีใบรับรองเพศใหม่ (อยู่ในขั้นตอนก่อนการผ่าตัด Pre-Operative) เจ้าพนักงานเรือนจำสามารถตรวจค้นแบบนัยยงได้เฉพาะกับผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศที่ยังไม่ได้รับใบรับรองเพศใหม่และยังไม่เริ่มกระบวนการผ่าตัดเพื่อยืนยันเพศใหม่นั้น

(2) ผู้ต้องขังที่มีใบรับรองเพศใหม่ (ผ่านการผ่าตัด Post-Operative) จะได้รับการปฏิบัติตามเพศที่ได้รับรองใหม่นั้น โดยในขณะที่เจ้าพนักงานดำเนินการตรวจค้นแบบ Full Search เจ้าพนักงานสามารถตรวจค้นแบบนัยยงได้กับผู้ต้องขังชายข้ามเพศที่ได้รับการผ่าตัดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น กล่าวคือ ผู้ต้องขังที่ไม่มีอวัยวะเพศหญิงและมีอวัยวะเพศชายแล้ว

(3) ผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศที่มีใบรับรองเพศใหม่ (อยู่ในขั้นตอนก่อนการผ่าตัด Pre-Operative) และผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศที่ไม่มีใบรับรองเพศใหม่ซึ่งผ่านการรักษาเพื่อยืนยันทางเพศแบบสมบูรณ์แล้ว นั้น จะไม่สามารถถูกตรวจค้นตัวในลักษณะแบบนัยยงได้

ค) การจัดสรรผู้ต้องขังข้ามเพศเข้าสู่เรือนจำหญิงและชาย

นโยบายการจัดสรรเรือนจำสำหรับผู้ต้องขังข้ามเพศของอังกฤษนั้น กำหนดให้เจ้าพนักงานเรือนจำจะต้องแจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องขังข้ามเพศ ให้ทราบว่าผู้ต้องขังมีสิทธิแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดสรรเรือนจำที่จะเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังได้ ซึ่งของการแจ้งสิทธินี้รวมไปถึงผู้ต้องขังที่เป็น Non-binary Intersex และTransvestite ด้วย นอกจากนี้แล้ว การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังตั้งแต่กระบวนการรับตัวผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำนั้นจะต้องกระทำด้วยความเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง ควบคู่ไปกับการพิจารณาความปลอดภัยของตัวผู้ต้องขังข้ามเพศเอง รวมตลอดถึงผู้ต้องขังคนอื่นๆ⁷⁰

กระบวนการจัดสรรเรือนจำของผู้ต้องขังข้ามเพศ⁷¹

เจ้าพนักงานจะสอบถามความคิดเห็นของผู้ต้องขังข้ามเพศเกี่ยวกับความเหมาะสมของเรือนจำกับเพศที่ผู้ต้องขังเลือก

(1) หากผู้ต้องขังข้ามเพศเห็นว่าเรือนจำที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนกำหนดนั้น ตรงกับเพศตามกฎหมาย เรือนจำจะต้องส่งตัวผู้ต้องขังไปคุมขังในเรือนจำที่ตรงกับเพศ

⁷⁰ PSI 17/2016, *Supra* note 59, p.15.

⁷¹ PSI 17/2016, *Ibid.*, pp. 9-10.

ตามกฎหมาย เช่น ผู้ต้องขังชายข้ามเพศ (Female to Male) ที่ยังไม่ได้รับรองเพศใหม่ และระบุว่าตนเองเป็นเพศชายแสดงความคิดเห็นว่าเรือนจำหญิงเหมาะสมกับการเป็นที่คุมขังตามเพศของตน เจ้าพนักงานจะต้องส่งตัวผู้ต้องขังชายข้ามเพศนั้นไปคุมขังยังเรือนจำหญิง ซึ่งสอดคล้องกับเพศตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม องค์กรสิทธิในการส่งตัวผู้ต้องขังชายข้ามเพศดังกล่าวจะต้องให้เหตุผลประกอบด้วย เช่น ผู้ต้องขังชายข้ามเพศมีความกลัวที่จะต้องถูกส่งไปถูกคุมขังในเรือนจำชาย เป็นต้น หรือในกรณีของผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศ (Male to Female) ที่ยังไม่ได้รับรองเพศใหม่ และระบุว่าตนเองเป็นเพศหญิงแสดงความคิดเห็นว่าเรือนจำชายเหมาะสมกับการเป็นที่คุมขังตามเพศของตน เจ้าพนักงานจะต้องส่งตัวผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศนั้นไปคุมขังที่เรือนจำชาย อย่างไรก็ตาม องค์กรสิทธิในการส่งตัวผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลประกอบด้วยเช่นกัน เช่น เหตุผลทางด้านลักษณะทางภูมิศาสตร์ของเรือนจำ (Geographical Location of the Prison) หรือความไม่คุ้นเคยกับสภาพแวดล้อมของเรือนจำ เป็นต้น

(2) หากผู้ต้องขังข้ามเพศเห็นว่าเรือนจำที่เหมาะสมกับการเป็นที่คุมขังตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนกำหนดนั้น ไม่สอดคล้องตรงกันกับเพศตามกฎหมายของผู้ต้องขัง เจ้าพนักงานจะต้องแจ้งให้ผู้ต้องขังแสดงหลักฐานที่สามารถยืนยันได้ว่าที่ผ่านมาผู้ต้องขังได้ดำเนินชีวิตในเพศที่ตนกำหนด ซึ่งการพิจารณาความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานและการพิจารณาว่าผู้ต้องขังในลักษณะตามข้อนี้จะถูกส่งไปคุมขังในเรือนจำใดนั้น อังกฤษได้สร้างกลไกในการดูแลและจัดการผู้ต้องขังข้ามเพศในเรื่องนี้ไว้ โดยจัดทำขึ้นในรูปแบบคณะกรรมการพิจารณากรณีผู้ต้องขังข้ามเพศ (Transgender Case Board) และแนวทางการพิจารณาว่าหลักฐานใดเป็นหลักฐานที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือ หรือหลักฐานใดไม่มีน้ำหนัก ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 2.3.2 และ 2.3.3 ตามลำดับ

คณะกรรมการพิจารณากรณีผู้ต้องขังข้ามเพศ (Transgender Case Board) จะต้องประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลากหลายหน่วยงาน แบ่งเป็น 3 คณะกรรมการย่อยทำหน้าที่แตกต่างกัน ดังนี้

(1) คณะกรรมการ Initial Local Transgender Case Board ⁷² จะต้องถูกตั้งขึ้นทันทีภายใน 3 วันทำการนับตั้งแต่วันที่ผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำภายหลังจากศาลพิพากษาลงโทษ หรือถูกส่งตัวกลับมาเพื่อรอศาลพิพากษา ซึ่งคณะกรรมการคณะนี้จะทำหน้าที่ 1. ตัดสินว่าผู้ต้องขัง

⁷²*ibid.*, pp. 12-13.

ข้ามเพศแต่ละรายจะถูกคุมขังในเรือนจำใด โดยพิจารณาจากความน่าเชื่อถือและน้ำหนักของหลักฐาน และข้อมูลการใช้ชีวิตของผู้ต้องขังตามเพศที่ผู้ต้องขังกำหนดประกอบกับปัจจัยทางด้านความเสี่ยง (All Known Risk Factor) 2. จัดทำแผนการดูแลและจัดการเบื้องต้น และ 3. ร่างสัญญา Voluntary Agreement ในกรณีที่ผู้ต้องขังตกลงเข้าทำสัญญา

(2) คณะกรรมการ Local Review Board⁷³ จัดตั้งขึ้นเพื่อให้ทุกฝ่ายมี โอกาสที่จะเสนอเรื่องให้คณะกรรมการคณะนี้พิจารณาทบทวนผลการตัดสินของคณะกรรมการ Initial Local Transgender Case Board ที่ได้พิจารณาตัดสินไปแล้ว โดยการ 1. แสดงหลักฐานการใช้ชีวิต ในเพศที่ผู้ต้องขังกำหนดเพิ่มเติมได้ 2. พิจารณาข้อมูลที่ได้รับมาใหม่ 3. พิจารณาข้อร้องเรียนของ ผู้ต้องขังอันเกี่ยวกับผลการตัดสินของคณะกรรมการ Initial Local Transgender Case Board และ 4. เปลี่ยนแปลงแก้ไขผลการจัดสรรให้ผู้ต้องขังไปอยู่ในเรือนจำใหม่ได้

(3) คณะกรรมการ Complex Case Board⁷⁴ เป็นคณะกรรมการที่มี อำนาจหน้าที่ในการพิจารณากรณีที่มีความยุ่งยากซับซ้อน และมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายอัน เกี่ยวเนื่องจากการจัดสรรผู้ต้องขังข้ามเพศไปอยู่เรือนจำใดเรือนจำหนึ่ง ซึ่งคณะกรรมการคณะนี้ จะต้องประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลากหลายหน่วยงาน อาทิ ผู้จัดการเรือนจำ อาวุโสที่ผู้ต้องขังถูกคุมขังอยู่ ฝ่ายงานด้านความเท่าเทียมของ NOM นักจิตวิทยา ผู้ที่ดูแลผู้ต้องขัง หน่วยงานด้านสุขภาพ และเจ้าพนักงานอื่นๆ ที่มีความรู้ความชำนาญในแต่ละกรณี

ในการพิจารณาของคณะกรรมการทั้ง 3 คณะนั้น เรือนจำจะต้องจัดให้ ผู้ต้องขังมีโอกาสที่จะเข้าร่วมในการพิจารณาและแสดงความคิดเห็นของตนต่อคณะกรรมการได้ไม่ว่า จะเป็นการแสดงความคิดเห็นต่อหน้า ผ่านทางโทรศัพท์ การยื่นเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษร หรือ ผ่านการเชื่อมต่อสัญญาณภาพและเสียง (Video Link)

แนวทางการพิจารณาหลักฐาน⁷⁵

ตามที่ได้อธิบายกระบวนการการจัดสรรผู้ต้องขังข้ามเพศในหัวข้อข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าในกรณีที่ผู้ต้องขังเห็นว่าการส่งตัวเองไปคุมขังในเรือนจำตามเพศที่กฎหมายรับรองนั้น จะ

⁷³ *Ibid.*, p.13.

⁷⁴ *Ibid.*, p.13.

⁷⁵ *Ibid.*, p.28.

ไม่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนเป็นผู้กำหนด แนวปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวของอังกฤษก็ได้กำหนดต่อไปว่า ผู้ต้องขังจะต้องแสดงข้อมูลหรือหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดที่สามารถยืนยันต่อคณะกรรมการ Transgender Case Board ว่าผู้ต้องขังข้ามเพศนั้นมีเจตนาที่จะใช้ชีวิตในเพศที่ตนกำหนดต่อไปตลอดและที่ผ่านมามันก็ได้ใช้ชีวิตในเพศนั้นๆ มาแล้ว เพื่อที่คณะกรรมการ Transgender Case Board จะได้นำข้อมูลและหลักฐานที่แสดงนั้นไปพิจารณาจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำตามเพศที่ผู้ต้องขังเป็นผู้เลือกหรือกำหนดเอง รวมทั้งเพื่อกำหนดแผนการดูแลผู้ต้องขังระหว่างอยู่ในเรือนจำได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การพิจารณาข้อมูลและหลักฐานของคณะกรรมการ Transgender Case Board ของแต่ละเรือนจำก็ควรเป็นไปในทิศทางอย่างเดียวกัน และมีมาตรฐานเหมือนกัน แนวปฏิบัตินี้จึงได้วางแนวทางการพิจารณาข้อมูลและหลักฐาน เพื่อใช้เป็นเครื่องมือช่วยในการประเมินและพิจารณาจัดสรรเรือนจำแก่ผู้ต้องขังข้ามเพศเอาไว้ โดยแบ่งออกเป็นดังนี้

(1) หลักฐานที่มีความสมบูรณ์ (Full Evidence) ได้แก่ สูติบัตรซึ่งได้เปลี่ยนแปลงเพศใหม่ ใบรับรองเพศใหม่ (GRC) และข้อมูลการยื่นขอใบรับรองเพศใหม่

(2) หลักฐานที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือ (Strong Evidence) ได้แก่ 1. หลักฐานทางการแพทย์ เช่น บันทึกความเห็นของแพทย์ บันทึกความเห็นของ Gender Identify Clinic⁷⁶ ผลการวินิจฉัยว่าเป็นภาวะไม่พอใจในเพศตนเอง Gender Dysphoria ประวัติการรักษาหรือให้ฮอร์โมน ผลการประเมินทางจิตวิทยาที่แสดงว่าเป็นภาวะไม่พอใจในเพศกำเนิด หรือประวัติการผ่าตัดแปลงเพศ 2. หลักฐานการใช้ชีวิต เช่น การแสดงให้ผู้อื่นได้เห็นว่าผู้ต้องขังนั้นเป็นเพศตามที่ผู้ต้องขังกำหนด การเปลี่ยนชื่อและลักษณะภายนอก การใช้อุปกรณ์สิ่งเทียม prosthetics

(3) หลักฐานที่ได้จากความเห็นของคณะกรรมการ (Counter Evidence) หมายถึงในกรณีที่ผู้ต้องขังไม่สามารถแสดงข้อมูลหรือหลักฐานการใช้ชีวิตในเพศที่ตนกำหนดได้เลย กรณีเช่นนี้คณะกรรมการอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า 1. แรงกระตุ้นที่ทำให้ผู้ต้องขังตัดสินใจข้ามเพศอาจ

⁷⁶ คลินิกอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity Clinic) ในอังกฤษนั้น เป็นสถานที่รักษาพยาบาลที่ดูแลผู้ป่วยด้านอัตลักษณ์ทางเพศโดยมุ่งเน้นการดูแลเรื่องเพศในเชิงจิตวิทยา การแพทย์ จิตวิทยาและสังคมวิทยา ซึ่งจะประกอบด้วย นักจิตวิทยา จิตแพทย์ นักวิทยาศาสตร์ต่อมไร้ท่อ ผู้เชี่ยวชาญด้านการใช้คำพูดและภาษาในการบำบัด

เกี่ยวข้องหรือมีผลมาจากผลของคำพิพากษา 2. การตัดสินใจข้ามเพศอาจทำให้ผู้ต้องขังจะสามารถเข้าถึงเหยื่อได้มากขึ้น 3. ผู้ต้องขังอาจจะพยายามที่จะทดสอบ หรือบั่นทอนนโยบายของเรือนจำ หรือ 4. กรณีผู้ต้องขังถูกวินิจฉัยว่ามีความผิดปกติทางด้านลักษณะนิสัย และ/หรือ มีนิสัยหลงตัวเอง อาจเป็นหลักฐานหรือข้อมูลว่าผู้ต้องขังมีเจตนาหรือแรงจูงใจที่ไม่จริงใจในการข้ามเพศ⁷⁷

(4) หลักฐานที่มีน้ำหนักความน่าเชื่อถือไม่แน่นอน (Limited Evidence) หมายถึงในกรณีที่ผู้ต้องขังแสดงข้อมูลหรือหลักฐานการใช้ชีวิตในเพศที่ตนกำหนดได้อย่างจำกัด กรณีเช่นนี้คณะกรรมการอาจพิจารณาได้ว่าผู้ต้องขังอาจยังมีเจตนาไม่ชัดเจนหรือแน่นอนที่จะข้ามเพศทั้งนี้ หากผู้ต้องขังนั้นยังอายุน้อย อาจไม่สามารถแสดงหลักฐานการใช้ชีวิตตามที่กำหนดได้อย่างสมบูรณ์ได้ ดังนั้น ผู้ต้องขังอาจใช้ข้อมูลดังต่อไปนี้ เป็นหลักฐานสนับสนุนการใช้ชีวิตตามเพศที่ตนกำหนดได้ อาทิ เอกสารทางการแพทย์ การระบุตัวตนและการแสดงอัตลักษณ์ทางเพศ สิ่งของเครื่องใช้ในชีวิตประจำวัน การรับรองการแสดงออกทางอัตลักษณ์ทางเพศจากครอบครัว อาจารย์ หรือจากบุคคลอื่นๆ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี มีการตั้งข้อสังเกตหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพยานหลักฐานข้างต้นว่า แม้ว่าพระราชบัญญัติความเท่าเทียม ปี 2010 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ในการพิจารณาว่าบุคคลใดได้ผ่านกระบวนการเปลี่ยนจากเพศหนึ่งเป็นอีกเพศหนึ่ง (Gender Reassignment) แล้วหรือไม่นั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาหลักฐานทางการแพทย์ แต่แนวปฏิบัติ PSI 17/2016 นี้ กลับให้ความสำคัญอย่างยิ่งกับการแสดงหลักฐานทางการแพทย์หรือการศัลยกรรมตกแต่ง เพื่อพิสูจน์ว่าผู้ต้องขังข้ามเพศมีเจตนาจะใช้ชีวิตในเพศที่ตนเองกำหนดต่อไปโดยตลอดและที่ผ่านมาได้เคยใช้ชีวิตในเพศนั้นๆ มาแล้ว อันอาจเป็นอุปสรรคสำหรับผู้ต้องขังข้ามเพศที่มีได้เคยผ่านกระบวนการทางการแพทย์มาก่อน⁷⁸

ง) การใช้ชีวิตในเรือนจำตามเพศที่ผู้ต้องขังกำหนด

หลักการสำคัญของแนวปฏิบัติในเรื่องการดูแลและจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ก็คือผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องสามารถแสดงออกตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนกำหนดได้ ยกตัวอย่างเช่น ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องได้รับ

⁷⁷ PSI 17/2016, *Supra note 59*, p.28.

⁷⁸ Clink Organization, “Briefing on the Ministry of Justice’s Review of the Care and Management of Transgender Offenders,” April 1, 2017.

อนุญาตให้แต่งกาย หรือใช้ชื่อที่เหมาะสมกับเพศที่ผู้ต้องขังกำหนด หรือการใช้คำเรียกแทนชื่อที่มีความหมายเป็นกลางทางเพศ เป็นต้น เว้นแต่ในกรณีมีความเสี่ยง หรือเหตุผลด้านความปลอดภัย ที่ไม่อาจอนุญาตให้ผู้ต้องขังสามารถทำเช่นนั้นได้ อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธหรือจำกัดมิให้ผู้ต้องขังสามารถใช้ชีวิตอย่างเพศที่ตนกำหนดได้นั้น เรือนจำจะต้องแสดงเหตุผลที่ชัดเจนในเรื่องความเสี่ยงด้านการปฏิบัติการหรือความปลอดภัย และต้องมีพยานหลักฐานที่เพียงพอ รวมถึงต้องกระทำอย่างได้สัดส่วน ยกตัวอย่างเช่น หากเรือนจำปฏิเสธไม่อนุญาตให้ผู้ต้องขังใช้วิกผมหรือถุงน่อง เรือนจำจะต้องแสดงเหตุผลที่ชัดเจนว่าเหตุใดการจำกัดเช่นนั้นจึงมีความจำเป็น โดยเรือนจำอาจอธิบายให้เห็นว่า การอนุญาตให้ผู้ต้องขังใช้วิกผมจะทำให้ผู้ต้องขังสามารถเปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์ภายนอก มีความเสี่ยงต่อการใช้หลบหนี หรือการอนุญาตให้ผู้ต้องขังใช้ถุงน่องมีความเสี่ยงที่ผู้ต้องขังจะใช้เป็นเครื่องผูกหรือรอยตัวเพื่อหลบหนี เป็นต้น

อย่างไรก็ดี การปฏิเสธมิให้ผู้ต้องขังเข้าถึงเครื่องใช้ดังกล่าวข้างต้นนั้น ได้เคยมีคำพิพากษาของศาลในคดี R (on the application of Green) v. Secretary of State for Justice ที่ศาลได้พิพากษาว่า การที่ผู้ว่าการเรือนจำปฏิเสธมิให้ผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศใช้วิกผม ถุงน่อง เต้านมและอวัยวะเพศหญิงปลอมนั้น เป็นการปฏิบัติโดยชอบด้วยกฎหมาย มีเหตุผลและได้สัดส่วนแล้ว เนื่องจากผู้ว่าการเรือนจำสามารถแสดงให้ศาลในคดีนี้เห็นได้ว่าการปฏิเสธดังกล่าวนี้มีเหตุผลเรื่องความปลอดภัย โดยอธิบายว่า 1. วิกผมนั้น ผู้ต้องขังสามารถใช้เปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์ภายนอก ทำให้ยากแก่การตรวจสอบและมีความเสี่ยงที่ผู้ต้องขังจะใช้วิกผมในการหลบหนี 2. ถุงน่อง ผู้ต้องขังสามารถใช้เป็นเครื่องผูก เครื่องช่วยปีนซึ่งเสี่ยงต่อการหลบหนี หรือใช้เป็นเครื่องขงเครื่องตีไม้ และง่ายต่อการหลบซ่อน โดยที่เจ้าพนักงานเรือนจำไม่สามารถตรวจสอบการใช้งานได้ 3. การใช้เต้านมและอวัยวะเพศหญิงเทียมนั้นเสี่ยงต่อการถูกคุกคามทางเพศโดยผู้ต้องขังอื่น อีกทั้งทำให้ผู้ต้องขังสามารถซ่อนสิ่งของที่อาจกระทบต่อความปลอดภัยภายในเรือนจำได้

จ) การดูแลสุขภาพทางร่างกายและจิตใจ

เรือนจำจะต้องจัดให้ผู้ต้องขังซึ่งแพทย์ได้วินิจฉัยว่าเป็นผู้ป่วยที่มีภาวะไม่พอใจในเพศตนเอง (Gender dysphoria) สามารถเข้าถึงการดูแลรักษาในระดับที่มีคุณภาพ เทียบเท่ากับการดูแลรักษาของ NHS (ระบบประกันสุขภาพของอังกฤษ) ที่ผู้ต้องขังสามารถได้รับ

หากไม่ถูกคุมขังในเรือนจำ ทั้งนี้ การดูแลรักษาผู้ต้องขังในข้อนี้ นั้น รวมถึงการให้คำปรึกษา การดูแลก่อนและหลังผ่าตัด และการเข้าถึงการรักษาแบบให้ฮอร์โมนอย่างต่อเนื่องได้

หากผู้ต้องขังได้เริ่มรักษาอาการความไม่พอใจในเพศตนเองก่อนเริ่มเข้าสู่เรือนจำและผู้ต้องขังประสงค์จะรักษาอาการดังกล่าวต่อไป เรือนจำจะต้องจัดให้ผู้ต้องขังได้รับการรักษาอาการนั้น จนกว่าผู้เชี่ยวชาญในด้านอัตลักษณ์ทางเพศจะได้มีความเห็นให้หยุดทำการรักษา และดูแลด้วยวิธีการอย่างอื่นที่มีความเหมาะสม เว้นแต่แพทย์ประจำเรือนจำจะมีความเห็นไม่ให้หยุดการรักษา

กรณีที่ผู้ต้องขังมีความประสงค์จะเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศในขณะที่ถูกคุมขังอยู่ ผู้เชี่ยวชาญทางด้านการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับ Gender dysphoria จะต้องพิจารณาว่าการอนุญาตให้ผู้ต้องขังดังกล่าวเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ โดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป และผู้ว่าการเรือนจำสามารถจัดทำและยื่นรายงานต่อผู้เชี่ยวชาญด้านแสดงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากผลการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ผู้ต้องขังเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติของเรือนจำเพื่อประกอบการพิจารณา

อย่างไรก็ดี ในการปฏิเสธมิให้ผู้ต้องขังได้รับการผ่าตัดแปลงเพศนั้น เรือนจำจะต้องอ้างอิงเหตุผลของผู้เชี่ยวชาญด้าน Gender dysphoria และจิตแพทย์ที่มีความชำนาญและคุ้นเคยกับกรณีดังกล่าวนี้ในการปฏิเสธผู้ต้องขัง

นอกจากนี้ เนื่องจากผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นกลุ่มคนที่มีความเสี่ยงที่จะทำร้ายตัวเอง และฆ่าตัวตาย⁷⁹ ดังนั้น ในการดูแลผู้ต้องกลุ่มนี้ เรือนจำจะต้องจัดให้มีคณะทำงานที่มีหน้าที่จัดทำกระบวนการดูแลและประเมินความเสี่ยงของผู้ต้องขังในด้านดังกล่าวนี้ด้วย

จากที่กล่าวมาในบทนี้ นั้น จะเห็นได้ว่าอังกฤษได้พัฒนาแนวทางการดูแลและบริหารจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจากพื้นฐานของการให้ความเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นประการสำคัญ อาทิ การกำหนดให้เรือนจำต้องให้โอกาสผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถใช้ชีวิตและแสดงออกตามอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังได้ ไม่ว่าผู้ต้องขังนั้นจะอยู่ในเรือนจำหญิงหรือชาย และไม่ว่าจะผ่านการ

⁷⁹PSI 17/2016, *Supra* note 59, p.17.

ผ่าตัดแปลงเพศ หรือได้รับรองสถานะทางเพศตามกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ อังกฤษก็ได้ให้สิทธิผู้ต้องขังสามารถแสดงความคิดเห็นต่อการจัดสรรเรือนจำที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตนด้วย ตลอดจนออกแบบกลไกการพิจารณาของคณะกรรมการที่โปร่งใส สามารถถูกทบทวนได้ และอิงอาศัยพยานหลักฐานในการพิจารณาเป็นสำคัญ มิใช่ปล่อยให้เป็นเรื่องดุลพินิจของผู้มีอำนาจตัดสินใจเพียงอย่างเดียว

3.3 เครือรัฐออสเตรเลีย

3.3.1 ความเป็นมาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

3.3.1.1 ความเป็นมา

เนื่องจากโครงสร้างการปกครองของเครือรัฐออสเตรเลีย ประกอบด้วย รัฐบาลของเครือรัฐ (Commonwealth Government) ซึ่งจัดทำภารกิจในระดับชาติ อาทิ กิจการในทางระหว่างประเทศ การป้องกันประเทศ เป็นต้น และรัฐบาลรัฐซึ่งประกอบด้วย 6 รัฐ ได้แก่ รัฐนิวเซาท์เวลส์ รัฐควีนแลนด์ รัฐเซาท์ออสเตรเลีย รัฐแทสมาเนีย รัฐเวสต์เทิร์นออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย และ 2 เขตปกครองตนเอง ได้แก่ มณฑลตอนเหนือ และมณฑลนครหลวง⁸⁰ กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียจึงมีทั้งกฎหมายระดับเครือรัฐซึ่งเป็นกฎหมายกลางใช้บังคับกับทุกรัฐ และกฎหมายของแต่ละรัฐซึ่งใช้บังคับเฉพาะแต่ในรัฐเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเครือรัฐออสเตรียมีกฎหมายที่อาจเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่หลายฉบับ ทั้งกฎหมายของเครือรัฐที่บัญญัติเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางเพศก็ดี และกฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติของแต่ละรัฐก็ดี ตลอดจนนโยบายราชทัณฑ์ที่เกี่ยวข้องหลากหลายแตกต่างกันอยู่หลายฉบับ ดังนั้น เพื่อให้สามารถศึกษาและนำมาตราการทางกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียมาประยุกต์ใช้และทำให้เกิดประโยชน์แก่การราชทัณฑ์ของประเทศไทย จึงขอนำหยิบยกเฉพาะกฎหมายและนโยบายราชทัณฑ์ที่สำคัญและครอบคลุมแนวทางการปฏิบัติที่ตอบสนองต่อความจำเป็นพิเศษของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศมานำเสนอในบทนี้ ดังนี้

⁸⁰ เจนวิทย์ นวลแสง และคณะ, “ความรับผิดชอบทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศ ศึกษากรณี ประเทศไทย สหพันธ์รัฐเยอรมนี และเครือรัฐออสเตรเลีย,” วารสารการเมือง การบริหารและกฎหมาย ปีที่ 8, ฉบับที่ 2: น. 325-366.

3.3.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลาย

ทางเพศ

1) กฎหมายว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเพศ (Discrimination Laws)

ในแต่ละรัฐทั่วเครือรัฐออสเตรเลียมีการตรากฎหมายว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติขึ้น⁸¹ เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ ห้ามมิให้มีการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล เพราะเหตุที่บุคคลนั้นมีสถานะทางเพศเป็น Transgender หรือ Transexual และได้มีบัญญัติแนวคิดในการคุ้มครองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล (Gender Identity) รวมถึงวางกรอบในการพิจารณาว่าบุคคลลักษณะใดจะเข้าข่ายในความหมายของ Transgender เอาไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม แต่ละรัฐมีการกำหนด “นิยาม” และ “คำอธิบาย” ของบุคคลที่สถานะทางเพศที่หลากหลายไว้แตกต่างกัน เช่น รัฐนิวเซาท์เวลส์ และแทสแมเนีย เลือกใช้นิยามว่า “Transgender” แทนผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ในขณะที่มณฑลนครหลวง (ACT) ควีนส์แลนด์ และวิกตอเรียเลือกใช้นิยาม “Gender Identity” หรืออัตลักษณ์ทางเพศ ส่วนรัฐเซาท์ออสเตรเลียกำหนดนิยาม “chosen gender” หรือเพศที่บุคคลนั้นเลือก เป็นต้น และแม้ว่าคำที่เลือกใช้จะเหมือนกัน แต่ความหมายของแต่ละคำอาจแตกต่างกัน เช่น ทุกรัฐยกเว้นมณฑลตอนเหนือให้กำหนดว่า บุคคลจะต้อง “กำหนดตัวเอง (identify)” เป็นสมาชิกของเพศตรงข้าม ในขณะที่ทุกรัฐ ยกเว้นมณฑลตอนเหนือและแทสแมเนีย กำหนดเงื่อนไขว่า บุคคลที่เป็น Transgender จะต้องมีการใช้ชีวิต หรือหาหนทางที่จะใช้ชีวิตเป็นสมาชิกของเพศตรงข้าม เป็นต้น ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การกำหนดกฎหมายและหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าบุคคลลักษณะใดเป็น Transgender ในออสเตรเลียนั้นขาดความเป็นเอกภาพของกฎหมาย

ก) พระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเพศ หรือ Sex Discrimination Act 1984

เป็นกฎหมายในระดับเครือรัฐ มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติกับบุคคลโดยมีพื้นฐานจากความแตกต่างทางเพศ สถานะการสมรส การตั้งครรภ์ และจัดการคุกคามทางเพศในสถานที่ต่างๆ อาทิ สถานที่ทำงาน องค์กรการศึกษา และสถานที่จัดกิจกรรมสาธารณะ เป็นต้น รวมถึงเพิ่มความตระหนักและยอมรับความเท่าเทียมกันระหว่างเพศหญิงและเพศชาย ตามมาตรา 28A (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเพศนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับการคุกคาม

⁸¹Sam Lynch; Lorana Bartels, "Transgender Prisoners in Australia: An Examination of the Issues, Law and Policy," *Flinders Law Journal* 19, 2 (2017): p.189.

ทางเพศไว้โดยเฉพาะและได้ให้คำนิยามของการคุกคามทางเพศไว้ว่า “การคุกคามทางเพศ หมายถึง การเชื้อเชิญอันไม่พึงปรารถนาทางเพศ หรือการร้องขอที่ไม่พึงปรารถนาเพื่อความต้องการทางเพศต่อบุคคลอื่น หรือการกระทำอื่นใดที่ถือเป็นการกระทำที่ไม่พึงปรารถนาอันเกี่ยวกับเรื่องทางเพศที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น ซึ่งบุคคลทั่วไปอาจคาดหมายได้ว่า เป็นการคุกคาม หรือทำให้ขายหน้าเสียเกียรติ หรือทำให้กลั้วรวมถึงการแสดงข้อความเกี่ยวกับเรื่องทางเพศต่อบุคคลอื่นไม่ว่าการแสดงออกนั้นจะกระทำโดยใช้คำพูดหรือไม่ก็ตาม”⁸²

ข) พระราชบัญญัติต่อต้านการเลือกปฏิบัติ ค.ศ. 1977 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมปี 1996 (Anti-discrimination Act 1977 and other Acts Amendment)

เป็นกฎหมายระดับรัฐใช้บังคับภายในรัฐนิวเซาท์เวลส์ ตราขึ้นเพื่อต่อต้านการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความแตกต่างทางเพศ ซึ่งได้กำหนดให้การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศ (Transgender/Transsexual) เป็นความผิดไว้ด้วย พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้นิยามของ Transgender ครอบคลุมถึงผู้ข้ามเพศทุกคน ไม่ว่าบุคคลนั้นจะผ่านการผ่าตัดมาแล้วหรือไม่⁸³ กล่าวคือ มาตรา 38A⁸⁴ กำหนดว่า “บุคคลข้ามเพศหมายถึง 1) ผู้ที่แสดงออกว่าตนเองเป็นสมาชิกของกลุ่มเพศตรงข้ามโดยการใช้ชีวิตอย่างเพศตรงข้ามหรือพยายามจะใช้ชีวิตอย่างเพศตรงข้าม หรือ 2) ผู้ที่ได้เคยผ่านการแสดงออกว่าตนเองเป็นสมาชิกของกลุ่มเพศตรงข้ามโดยการใช้ชีวิตอย่างเพศตรงข้าม หรือ 3) ผู้ที่มีเพศที่คลุมเครือซึ่งแสดงออกว่าเป็นสมาชิกของเพศใดเพศหนึ่งอย่างเฉพาะเจาะจงโดยการใช้ชีวิตอย่างที่ดินเป็นสมาชิกกลุ่มนั้นๆ รวมถึงบุคคลที่ผู้อื่นคิดว่าเป็นบุคคลข้ามเพศ หรือผู้ที่เคยเป็นบุคคลข้ามเพศ หรือในความเป็นจริงเป็นบุคคลข้ามเพศด้วยทั้งนี้ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะได้รับการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศภายใต้พระราชบัญญัติการจดทะเบียนการเกิด การตาย และ

⁸²Sex Discrimination Act 1984, section 28A.

⁸³Corrective Services NSW, Offender Classification & Case Management Policy & Procedures Manual: 12.2 Classifications of Female Inmates.

⁸⁴นิยามตามมาตรา 38A กำหนดประเภทของบุคคลโดยใช้เกณฑ์อัตลักษณ์ทางเพศ (การกำหนดตัวเองในทางเพศ) และข้อเท็จจริงที่ได้ผ่านการใช้ชีวิตอย่างเพศตรงข้าม รวมถึงสิ่งที่ผู้อื่นมองบุคคลคนนั้นด้วย

การสมรส ค.ศ. 1995 (the Births, Deaths and Marriages Registration Act 1995) หรือกฎหมายอื่นของออสเตรเลียหรือไม่ก็ตาม⁸⁵

นอกจากพระราชบัญญัติต่อต้านการเลือกปฏิบัติของรัฐนิวเซาท์เวลส์แล้ว ตามที่ได้กล่าวข้างต้น รัฐอื่นก็ได้มีการตรากฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการเลือกปฏิบัติขึ้นเช่นเดียวกัน อาทิ พระราชบัญญัติโอกาสที่เท่าเทียมกัน หรือ Equal Opportunity Act 1995 ของรัฐวิกตอเรีย Equal Opportunity Act 1984 ของรัฐเซาท์ออสเตรเลีย Discrimination Act 1991 ของมณฑลนครหลวง Anti-Discrimination Act 1992 ของมณฑลตอนเหนือ Sex Discrimination Act 1994 ของรัฐแทสมาเนียและ Anti-Discrimination Act 1992 ของรัฐควีนแลนด์ เป็นต้น

ค) คำนิยามของบุคคลข้ามเพศ (Definition)

ผู้ที่เป็นบุคคลข้ามเพศตามกฎหมายของออสเตรเลียนั้น เป็นได้ทั้งหญิงข้ามเพศ (MtF) และชายข้ามเพศ (FtM) รวมถึงผู้ที่มีเพศกำกวม (Inter-sex) ด้วย อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายว่าด้วยการต่อต้านการเลือกปฏิบัติของหลายรัฐส่วนใหญ่ อาทิ มณฑลตอนเหนือ มณฑลนครหลวง รัฐเซาท์ออสเตรเลีย ตลอดจนกฎหมายการเลือกปฏิบัติทางเพศของเครือรัฐยังได้ให้ความหมายของคำว่าบุคคลข้ามเพศไว้เช่นเดียวกันกับนิยามตามพระราชบัญญัติต่อต้านการเลือกปฏิบัติของ รัฐนิวเซาท์เวลส์ข้างต้น ซึ่งคำว่าบุคคลข้ามเพศในกฎหมายของหลายๆ รัฐนี้ส่วนมากจะกำหนดว่าเป็นบุคคลข้ามเพศหรือไม่ เกิดจากจากการให้บุคคลนั้นเป็นผู้เลือกที่จะแสดงตัวตนของตนเองว่าอยู่ในกลุ่มของเพศใด (Self-Identification) การเป็นบุคคลข้ามเพศไม่ต้องอาศัยผลตรวจหรือรายงานทางการแพทย์ และไม่จำเป็นว่าบุคคลนั้นจะต้องได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว นอกจากนี้กฎหมายของบางรัฐอนุญาตให้ผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้ว (Reassignment Surgery) ได้รับใบสูติบัตรหรือใบแจ้งเกิดใหม่โดยระบุเพศที่ได้แปลงไป แต่อย่างไรก็ดี ประเด็นเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศของแต่ละรัฐนั้น ยังมีความแตกต่างหลากหลายกันไปว่าแค่ไหนอย่างไรจึงจะถือว่าบุคคลนั้นได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ยกตัวอย่างเช่น บางรัฐกำหนดเงื่อนไขว่า การผ่าตัดแปลงเพศจะต้องเป็นกระบวนการศัลยกรรมที่มีการปลูกถ่ายอวัยวะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้บุคคลหนึ่งสามารถเป็นสมาชิกกลุ่มของเพศตรงข้ามได้ ซึ่งในกรณีนี้หากมีการผ่าตัดมดลูกออก หรือผ่าตัดลูกอัณฑะออกก็จะ

⁸⁵บุคคลที่เป็น Transgender ที่ได้รับการยอมรับ (recognized transgender person) หมายถึง บุคคลที่ได้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศตาม ส่วน 5A ของพระราชบัญญัติการจดทะเบียนการเกิด การตาย และการสมรส ปี 1995 หรือตามกฎหมายในเครือรัฐออสเตรเลียกำหนด

ถือว่าบุคคลนั้นผ่านการแปลงเพศมาแล้ว แต่รัฐเซาท์ออสเตรเลียกำหนดเงื่อนไขว่าการผ่าตัดแปลงเพศจะต้องเป็นการผ่าตัดด้วยเวชและลักษณะทางเพศอย่างอื่นด้วย และเมื่อบุคคลใดได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว รัฐจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลนั้นอย่างเพศที่ได้แปลงเพศไป

2) กฎหมายว่าด้วยการลงโทษและการราชทัณฑ์ (Sentencing and Corrections Laws)

หากบุคคลกระทำความผิดในเครือรัฐออสเตรเลียและต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีตัดสินโทษนั้น การดำเนินการกับบุคคลดังกล่าวก็จะเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการตัดสินโทษ ซึ่งแต่ละรัฐบัญญัติขึ้น โดยใช้ชื่อของกฎหมายแตกต่างกันไป⁸⁶ และหากผู้กระทำความผิดนั้นต้องโทษจำคุกหรือต้องถูกกักขังตัวไว้ก่อนการพิจารณาคดีของศาล การจำคุกหรือกักขังบุคคลดังกล่าวก็จะเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการราชทัณฑ์⁸⁷ ที่แต่ละรัฐบัญญัติขึ้นเช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยการตัดสินโทษและการราชทัณฑ์ของแต่ละรัฐ ในแง่มุมของการการบัญญัติเกี่ยวกับการดูแลและบริหารจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ พบว่ามีเพียงมณฑลตอนเหนือเท่านั้นที่บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ⁸⁸ กล่าวคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารจัดการการราชทัณฑ์ ปี 2007⁸⁹

พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารจัดการการราชทัณฑ์ ปี 2007 ของมณฑลนครหลวง มาตรา 79 บัญญัติให้มีกระบวนการในการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังใน

⁸⁶Crimes (Sentence Administration) Act 2005 (มณฑลนครหลวง) Crimes (Sentencing Procedure) Act 1999 (นิวเซาท์เวลส์) Penalties and Sentences Act 1992 (ควีนส์แลนด์) Crimes (Sentencing) Act 1988 (เซาท์ออสเตรเลีย) Sentencing Act 1995 (เวสเทิร์นออสเตรเลีย) Sentencing Act 1995 (มณฑลตอนเหนือ); Sentencing Act 1991 (วิกตอเรีย); Sentencing Act 1997 (แทสแมเนีย) Crimes Act 1914 (เครือรัฐออสเตรเลีย (คอมมอนเวลธ์))

⁸⁷Corrections Management Act 2007 (มณฑลนครหลวง) Crimes (Administration of Sentences) Act 1999 No 93 (นิวเซาท์เวลส์) Corrective Services Act 2006 (ควีนส์แลนด์) Correctional Services Act 1982 (เซาท์ออสเตรเลีย); Prisons Act 1981 (เวสเทิร์นออสเตรเลีย) Correctional Services Act 2014 (มณฑลตอนเหนือ) Corrections Act 1986 (วิกตอเรีย) Corrections Act 1997 (แทสแมเนีย)

⁸⁸Sam Lynch; Lorana Bartels, *Supra* note 81, p.209.

⁸⁹Corrections Management Act 2007, section 79.

ขั้นตอนการรับตัวผู้ต้องขังเข้าสู่ Correctional Centre โดยกำหนดให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นผู้แจ้งข้อมูลแก่เจ้าพนักงานเรือนจำว่าตนนั้นเป็นเพศใด⁹⁰ ในกรณีไม่สามารถเลือกได้ว่าตนเป็นเพศใด เจ้าพนักงานระดับ Director General จะเป็นผู้กำหนดให้⁹¹ ซึ่ง Director General จะพิจารณากำหนดเพศของผู้ต้องขังที่เป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ จากข้อมูลการกำหนดตนเองของผู้ต้องขังแจ้ง ประกอบกับรายงานของแพทย์ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังนั้น⁹² การกำหนดเพศของผู้ต้องขังดังกล่าว นำไปสู่การบริหารจัดการผู้ต้องขัง ในเรื่องของการค้นตัว การจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ การดูแลด้านสุขภาพอนามัยและเครื่องใช้ของผู้ต้องขังตามเพศที่ได้ถูกกำหนดไว้ในขั้นตอนการรับตัว⁹³ ที่บัญญัติในมาตรา 79 นี้

3.3.2 กฎหมายและแนวปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในปัจจุบัน

3.3.2.1 แนวทางปฏิบัติในเรื่องมาตรฐานการบริหารจัดการเรือนจำที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

นอกจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการราชทัณฑ์ที่แต่ละรัฐได้มีการบัญญัติขึ้นเพื่อใช้เป็นกฎเกณฑ์ในการดำเนินงานราชทัณฑ์ที่มีผลใช้บังคับทางกฎหมายแล้ว เครือรัฐออสเตรเลียยังได้มีการกำหนดแนวทางปฏิบัติในเรื่องมาตรฐานในการบริหารจัดการเรือนจำ (Standard Guidelines for Corrections in Australia) ขึ้นด้วย โดยแนวทางปฏิบัติดังกล่าวได้นำหลักการมาจากข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง หรือข้อกำหนดแมนเดลา รวมถึงข้อกำหนดขั้นต่ำของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป และมีการปรับปรุงให้มีความเหมาะสมทันสมัยมาโดยตลอดตั้งแต่ปี 1978 ถึงฉบับปัจจุบันปี 2012 ซึ่งแนวทางปฏิบัติมาตรฐานนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อเป็นการแสดงเจตนาและแสดงเป้าประสงค์ของประเทศในการขับเคลื่อนและพัฒนางานด้านการราชทัณฑ์ ถึงแม้แนวปฏิบัติมาตรฐานจะไม่มีสภาพบังคับใช้เป็นกฎหมาย แต่ก็ถือเป็นแนวทางให้แต่ละรัฐนำไปพิจารณาปรับปรุงกฎหมายและนโยบายการราชทัณฑ์ภายในของแต่ละรัฐให้

⁹⁰ *Ibid.*, section 79 3(a).

⁹¹ *Ibid.*, section 79 3(b).

⁹² *Ibid.*, section 79 (4)(5).

⁹³ *Ibid.*, section 79 Example of effect of this section.

สอดคล้องกับแนวปฏิบัติมาตรฐาน เพื่อให้แต่ละรัฐมีแนวปฏิบัติที่ดี (Best Practice) ในการดำเนินการราชทัณฑ์⁹⁴

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น แนวปฏิบัติมาตรฐานเพียงแต่ระบุเป็นหลักการไว้อย่างกว้างว่า เรือนจำจะต้องแยกขังผู้ต้องขังชายและผู้ต้องขังหญิงออกจากกัน⁹⁵ แผนในการดูแลฟื้นฟูผู้ต้องขังแต่ละคน จะต้องคำนึงถึงเพศ อายุ ความบกพร่องด้านร่างกายและสุขภาพจิต สุขภาพและวัฒนธรรมของผู้ต้องขังนั้น รวมถึงปัจจัยอย่างอื่นที่ผู้เชี่ยวชาญได้ให้คำแนะนำ⁹⁶ นอกจากนี้เรือนจำจะต้องจัดให้มีระบบการบริหารจัดการที่เหมาะสมกับความจำเป็นของผู้ต้องขังแต่ละประเภท รวมถึงผู้ต้องขังที่มีความเสี่ยงที่จะทำร้ายตนเอง หรือผู้ต้องขังที่มีสถานะเปราะบางที่จะถูกผู้ต้องขังอื่นทำร้ายด้วย⁹⁷ และจะต้องจัดให้ผู้ต้องขังที่มีความเสี่ยงที่จะทำร้ายตนเองอยู่ในการดูแลที่เหมาะสมกับความจำเป็นของแต่ละบุคคล เพื่อให้ผู้ต้องขังนั้นมีความเป็นอยู่ที่ดี⁹⁸

1) หลักเกณฑ์การจำแนกและจัดสรรผู้ต้องขัง

หลักเกณฑ์การจำแนกและจัดสรรผู้ต้องขังข้ามเพศเข้าสู่เรือนจำในเครือรัฐออสเตรเลียของแต่ละรัฐนั้น สามารถแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้ 1) กลุ่มหลักเกณฑ์ที่อ้างอิงตามสังคม (Social Approach) ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติที่ให้บุคคลเป็นผู้กำหนดตนเองว่าเป็นสมาชิกของกลุ่มเพศใด (Self-Identification) และ 2) กลุ่มหลักเกณฑ์ที่อ้างอิงตามเอกสารการจดทะเบียนการเกิด (Birth Certification) ซึ่งอาศัยเงื่อนไขว่าบุคคลนั้นๆ ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม การใช้หลักเกณฑ์ทั้งสองหลักเกณฑ์นี้ก็มิได้ให้ผลเป็นที่น่าพึงพอใจในบริบทของการบริหารจัดการงานราชทัณฑ์อย่างสมบูรณ์เต็มร้อย เนื่องจากทั้งสองหลักเกณฑ์มีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือการใช้หลักเกณฑ์ทางสังคมเป็นข้อพิจารณาจัดสรรและจำแนกผู้ต้องขังอย่างเดียวนั้น ถูกวิจารณ์ว่าเป็นวิธีการที่ถืออาศัยการตัดสินใจจากอัตวิสัยมากเกินไป จนอาจเปิดโอกาสให้เกิดการทุจริตและทำให้ระบบเสียหายได้ ส่วนการใช้

⁹⁴The Commonwealth of Australia, Standard Guidelines for Corrections in Australia revised 2012, p.3.

⁹⁵*Ibid.*, section 1.44

⁹⁶*Ibid.*, section 7

⁹⁷*Ibid.*, section 1.34

⁹⁸*Ibid.*, section 2.22

หลักเกณฑ์ใบรับรองการเกิดที่อาศัยการผ่าตัดแปลงเพศนั้น ก็ยังไม่มีข้อกำหนดที่เป็นมาตรฐานที่ยอมรับร่วมกันในเครือรัฐออสเตรเลีย อีกทั้งบทบัญญัติของกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติก็มิได้กำหนดให้บุคคลข้ามเพศจะต้องผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ การใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้จึงอาจเป็นการกำหนดนโยบายที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการต่อต้านการเลือกปฏิบัติทางเพศได้⁹⁹

รัฐควีนส์แลนด์

แนวปฏิบัติของเรือนจำในรัฐควีนส์แลนด์ที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งเผยแพร่ต่อสาธารณะ จะปรากฏใน Custodial Operations Practice Directive ซึ่งแนวปฏิบัติดังกล่าวได้ กำหนดการจำแนกและจัดสรรผู้ต้องขังไว้ดังนี้ กล่าวคือ ผู้ต้องขังที่ได้แสดงออกหรือกำหนดตนเองว่ามีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด ถือเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือ Transgender¹⁰⁰ ที่เรือนจำจะต้องปฏิบัติต่อผู้ต้องขังดังกล่าวตามเพศที่ได้แสดงออก เท่าที่จะสามารถปฏิบัติได้ เช่นการเรียกสรรพนามแทนผู้ต้องขังตามเพศที่แสดงออก¹⁰¹ เป็นต้น

การพิจารณาจัดสรรผู้ต้องขังของเรือนจำของรัฐควีนส์แลนด์ สามารถแบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอน คือ 1) ขั้นตอนการจัดสถานที่คุมขังเริ่มแรก (Initial Centre Placement) 2) ขั้นตอนการรับเข้า (Reception) และ 3) ขั้นตอนจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ (Accommodation)

ขั้นตอนการจัดสถานที่คุมขังเริ่มแรก ไม่มีข้อกำหนดชัดเจนว่าเจ้าพนักงานจะต้องพิจารณาดำเนินการอย่างไร เพียงแต่กำหนดให้เจ้าพนักงานจะต้องนำปัจจัยดังต่อไปนี้ไปใช้ในการตัดสินใจจัดสถานที่คุมขังให้แก่ผู้ต้องขัง Transgender ได้แก่ ความเสี่ยงด้านความมั่นคงปลอดภัยที่ผู้ต้องขังอาจก่อให้เกิดขึ้นกับเรือนจำ หรือความเสี่ยงด้านความปลอดภัยที่ผู้ต้องขังจะได้รับจากผู้ต้องขังอื่น ประวัติการกระทำความผิด ปัจจัยส่วนตัวของผู้ต้องขังนั้น ความเห็นของแพทย์หรือจิตแพทย์ ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ต้องขังเคยได้รับการรักษาด้วยยาฮอร์โมนมาก่อนหรือไม่ หรือผู้ต้องขังเคยผ่านการผ่าตัดหรืออยู่ระหว่างขั้นตอนการผ่าตัดเพื่อเปลี่ยนแปลงเพศกำเนิดหรือไม่ ความคิดเห็นของ

⁹⁹ ISSN: 0817-8542 Jake Blight, “Transgender Inmates,” September 2000.

¹⁰⁰ Queensland Government, Custodial Operations Practice Directive (2018) - Transgender, p.2 (Definition of Transgender).

¹⁰¹ *Ibid.*, pp.3-4 (Reception).

ผู้ต้องขังเกี่ยวกับเรือนจำที่ผู้ต้องขังต้องไปถูกคุมขังอยู่ และความคิดเห็นของเจ้าพนักงานและผู้ต้องขังในเรื่องความปลอดภัยภายในเรือนจำ เป็นต้น¹⁰²

ขั้นตอนการรับเข้า เมื่อเจ้าพนักงานทราบข้อมูลว่า ผู้ต้องขังเป็น Transgender แล้ว เจ้าพนักงานจะต้องแน่ใจว่าได้จัดให้ผู้ต้องขังอยู่ในห้องขังเดี่ยวหรือขังแยกจากผู้ต้องขังอื่น เพื่อให้การบริหารจัดการผู้ต้องขังในลักษณะดังกล่าวเป็นไปอย่างเหมาะสมกับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ต้องขังจนกว่าการประเมินว่าผู้ต้องขังจะถูกจัดสรรไปอยู่เรือนจำใดจะเสร็จสิ้น โดยเจ้าพนักงานจะต้องส่งรายละเอียดเกี่ยวกับตัวผู้ต้องขังให้กับผู้เกี่ยวข้องเพื่อการประเมินดังกล่าวด้วย¹⁰³

ขั้นตอนการจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำที่เหมาะสม เจ้าพนักงานจะต้องคำนึงถึงความมั่นคงปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของเรือนจำ รวมถึงความคิดเห็นของเจ้าพนักงานเรือนจำและผู้ต้องขังเกี่ยวกับความปลอดภัยและข้อมูลที่เกี่ยวข้องอื่นประกอบ¹⁰⁴

ในการจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำของรัฐควีนส์แลนด์ กล่าวได้ว่าเป็นดุลพินิจของเจ้าพนักงานในการพิจารณาว่าจะจัดผู้ต้องขัง Transgender ไปอยู่เรือนจำเพศใด ซึ่งจากรายงานในทางปฏิบัติพบว่า เจ้าพนักงานจะจัดสรรผู้ต้องขังโดยพิจารณาจากอวัยวะเพศของผู้ต้องขังว่าเป็นชายหรือหญิง เนื่องจากเจ้าพนักงานเห็นว่า แนวปฏิบัติที่กำหนดให้ผู้ต้องขังเป็นผู้กำหนดและแจ้งอัตลักษณ์ทางเพศด้วยตนเอง หรือวิธีการ Self-Identification นั้น ง่ายที่เจ้าพนักงานจะถูกผู้ต้องขังหลอกลวงได้ การตัดสินใจในทางปฏิบัติที่เป็นวิธีที่ปลอดภัยที่สุด ก็คือจะต้องพิจารณาจากเอกสารหลักฐานในการพิสูจน์สถานะทางเพศของผู้ต้องขัง¹⁰⁵

รัฐนิวเซาท์เวลส์

แนวปฏิบัติของเรือนจำในรัฐนิวเซาท์เวลส์ที่เกี่ยวกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ประกอบด้วย คู่มือการปฏิบัติการของหน่วยงานราชทัณฑ์ของนิวเซาท์เวลส์ (Operations Procedures Manual)¹⁰⁶ และ คู่มือการปฏิบัติงานและนโยบายการบริหารจัดการ

¹⁰² *Ibid.*, pp. 2-3 (Initial Centre Placement).

¹⁰³ *Ibid.*, p.3 (Reception).

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp 3-4 (Accommodation).

¹⁰⁵ Sam Lynch; Lorana Bartels, *Supra* note 81, p.220.

¹⁰⁶ Correction Services NSW, Operations Procedures Manual (2015), Section 7.23 Management of Transgender and Intersex Inmate.

และจำแนกผู้ต้องขังของหน่วยงานราชทัณฑ์ของนิวเซาท์เวลส์ (Offender Classification and Case Management Policy and Procedures Manual)¹⁰⁷ ซึ่งรัฐนิวเซาท์เวลส์ถือเป็นรัฐที่มีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่ละเอียดรอบคอบกลุ่มมากที่สุดในเครือรัฐออสเตรเลีย¹⁰⁸

แนวปฏิบัติของรัฐนิวเซาท์เวลส์แบ่งลักษณะของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศออกเป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

(1) Transgender หมายถึง : 1) ผู้ที่กำหนดตนเองว่าเป็นสมาชิกของกลุ่มเพศตรงข้ามโดยการใช้ชีวิตหรือพยายามหาหนทางที่จะใช้ชีวิตในฐานะที่ตนเป็นสมาชิกของกลุ่มเพศตรงข้าม หรือ 2) ผู้ที่ได้กำหนดตนเองเป็นสมาชิกของกลุ่มเพศตรงข้ามโดยการใช้ชีวิตในฐานะที่ตนเป็นสมาชิกกลุ่มของเพศตรงข้าม หรือ 3) ผู้ที่มีเพศคลุมเครือซึ่งกำหนดตนเองเป็นสมาชิกของเพศใดเพศหนึ่งอย่างเฉพาะเจาะจงโดยการใช้ชีวิตในฐานะที่ตนเป็นสมาชิกกลุ่มนั้นๆ นอกจากนี้ Transgender ให้ความหมายรวมถึง ผู้ที่ผู้อื่นคิดว่าเป็นบุคคลข้ามเพศด้วย เพื่อให้การเลือกปฏิบัติไม่ว่ากระทำต่อผู้ที่ผู้อื่นคิดว่าเป็นบุคคลข้ามเพศหรือในความเป็นจริงแล้วบุคคลนั้นเป็นบุคคลข้ามเพศล้วนแต่เป็นการกระทำผิดกฎหมายทั้งสิ้น

(2) Recognised Transgender หมายถึง ผู้ที่ได้ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศและจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศและได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในใบแจ้งเกิดแล้ว ซึ่ง Recognised Transgender จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเพศในใบแจ้งเกิดทุกประการ

(3) Intersex หมายถึง ผู้ที่มีลักษณะทางร่างกาย ทางฮอร์โมน หรือทางพันธุกรรม ที่ไม่สอดคล้องกับเพศชายและหญิง หรือมีลักษณะของทั้งเพศชายและหญิงรวมกัน ซึ่ง Intersex จะต้องได้รับการปฏิบัติกับตนตามเพศที่ตนกำหนด¹⁰⁹

การที่จะกำหนดว่าผู้ต้องขังเป็น Transgender หรือไม่นั้น ผู้ต้องขังเป็นผู้กำหนดเองเท่านั้น¹¹⁰ มิใช่เจ้าพนักงานเป็นผู้กำหนด ทั้งนี้การกำหนดตนเองสามารถกระทำได้ที่ศาลหรือศูนย์ของราชทัณฑ์เองโดยให้ผู้ต้องขังข้ามเพศแจ้งข้อมูลในแบบฟอร์มการส่งตัว (Lodgement Form) ตามที่เรือนจำกำหนดไว้ เมื่อดำเนินการกำหนดเพศตนเองเรียบร้อยแล้ว เจ้าพนักงานของ

¹⁰⁷ Correction Service NSW, *Supra note 83*.

¹⁰⁸ Sam Lynch; Lorana Bartels, *Supra note 81*, p.214.

¹⁰⁹ Correction Service NSW, *Supra note 106*, section 7.23.1.

¹¹⁰ Correction Service NSW, *Supra note 83*, section 12.2.3.1.

เรือนจำต้องจัดให้ผู้ต้องขังข้ามเพศแยกอยู่ต่างหากจากผู้ต้องขังอื่น และต้องแยกขังไว้ในห้องขังเดี่ยว แยกห้องอาบน้ำ ห้องสุขาและไม่จัดให้ผู้ต้องขังข้ามเพศเดินทางร่วมกันกับผู้ต้องขังอื่น¹¹¹

ก) การจำแนกผู้ต้องขังเบื้องต้น (Initial Placement)¹¹²

แบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอนย่อย ดังนี้ 1) ขั้นตอนการรับตัวผู้ต้องขังจากศาล (New Reception) ในกรณีที่มีการส่งตัวผู้ต้องขังข้ามเพศมาจำคุกที่เรือนจำของรัฐนิวเซาท์เวลส์ เจ้าพนักงานรักษาความปลอดภัยของศาลและตำรวจจะต้องแจ้งข้อมูลดังกล่าวให้เรือนจำทราบไว้ในใบแนะนำการจัดสรรผู้ต้องขัง (Lodgment Form) ที่เรือนจำกำหนดโดยเจ้าพนักงานเรือนจำต้องนำตัวผู้ต้องขังไปยังศูนย์ Metropolitan Remand and Reception Centre (MRRC) เพื่อเข้าสู่กระบวนการจำแนกผู้ต้องขังขั้นต้น (Induction Screening) 2) ขั้นตอนการจำแนกขั้นต้น (Induction Screening) ผู้ต้องขังข้ามเพศทุกคนจะต้องเข้าร่วมและผ่านการตรวจสอบขั้นต้นที่ศูนย์ Metropolitan Remand and Reception Centre (MRRC) โดยในระหว่างขั้นตอนการจำแนกขั้นต้น ผู้ต้องขังข้ามเพศจะต้องถูกแยกจากผู้ต้องขังอื่นๆ ไม่ว่าเพศใด และต้องแยกขังไว้ในห้องขังเดี่ยว แยกห้องอาบน้ำ ห้องสุขา ตลอดจนไม่จัดให้ผู้ต้องขังข้ามเพศเดินทางในห้องโดยสารร่วมกันกับผู้ต้องขังอื่นจนกว่าการตรวจสอบแรกเข้านี้จะเสร็จสมบูรณ์นอกจากนี้ เจ้าพนักงานจะต้องทราบข้อมูลประวัติทางสังคมที่ครบถ้วนของผู้ต้องขัง ซึ่งอาจได้รับมาจากรายงาน ความเห็นของผู้พิพากษาที่ตัดสินคดี ประวัติการกระทำผิดอาญา และหรือประวัติการถูกจำคุกของผู้ต้องขัง เป็นต้น เพื่อที่เจ้าพนักงานสามารถทราบความจำเป็นพิเศษของผู้ต้องขัง และพิจารณาจัดสรรห้องขังที่เหมาะสมให้แก่ผู้ต้องขังมากที่สุด ตลอดจนจัดกิจกรรมที่จะช่วยเหลือและพัฒนาผู้ต้องขังรายนั้นๆ ได้ จากนั้น ผู้ต้องขังจะถูกจัดสรรไปยังห้องขังหรือเรือนจำที่เหมาะสมกับเพศที่ตนกำหนด เว้นแต่ในกรณีที่ เจ้าพนักงานพบในระหว่างการประเมินในขั้นตอนนี้ว่าผู้ต้องขังอาจมีปัญหาด้านความปลอดภัยได้ กรณีนี้ ผู้ต้องขังอาจถูกจัดสรรให้อยู่ในเรือนจำตามเพศกำเนิดของตนแต่อย่างใดก็ดี การจัดสรรให้ผู้ต้องขังข้ามเพศไปอยู่ในเรือนจำหรือห้องขังตามเพศกำเนิดของตนนั้นจะต้องพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้ 1) ประวัติการทารุณกรรมทางกาย เช่น เป็นผู้ทำร้ายร่างกายต่อผู้หญิงหรือเด็ก รวมถึงคุกคามทางเพศด้วย และ 2) ประวัติการถูกจับกุม เช่น ปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างถูกจับกุมตัวซึ่งกระทบถึงความปลอดภัยของผู้ต้องขังอื่น 3) ความเสี่ยงด้านความปลอดภัยที่อาจเกิดขึ้นกับตัวผู้ต้องขังเองและผู้ต้องขังอื่นทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้ต้องขังข้ามเพศไม่เห็นด้วยกับการพิจารณาตัดสินใจของเจ้าพนักงานในการจัดสรรผู้ต้องขัง

¹¹¹ Correction Service NSW, *Ibid.*, section 12.2.3.1.

¹¹² *Ibid.*, section 12.2.3.1.

ผู้ต้องขังสามารถร้องเรียนให้ตรวจสอบการพิจารณาดังกล่าวอีกครั้ง โดยยื่นคำร้องต่อผู้อำนวยการราชทัณฑ์และเจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องได้

สำหรับผู้ต้องขังชายข้ามเพศ (FtM) โดยปกติแล้วจะถูกจัดสรรให้ขังในเรือนจำหญิง เนื่องด้วยเหตุผลด้านความปลอดภัย เว้นแต่ในกรณีที่เรือนจำชายมีสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับผู้ต้องขังกลุ่มนี้ ส่วนผู้ต้องขังข้ามเพศที่ได้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายแล้ว (Recognised Transgender) จะต้องถูกจัดสรรให้ขังในเรือนจำตามเพศที่ได้เปลี่ยนไปใหม่นั้นแล้ว

ข) การจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ¹¹³

แนวปฏิบัติกำหนดให้ผู้ต้องขังข้ามเพศทุกคน เมื่อเข้ามาสู่เรือนจำหรือห้องขังแล้วย่อมต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเพศที่ตนกำหนดไว้ในการจำคุกในครั้งนั้นๆ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้ต้องขังข้ามเพศจะได้ระบุเพศตนเองไว้เช่นไรในการถูกลงโทษครั้งที่ผ่านมา และผู้ต้องขังข้ามเพศทุกคนมีสิทธิในการเลือกอันเกี่ยวแก่การจำแนกและจัดสรรในเรือนจำเช่นเดียวกับผู้ต้องขังอื่นทุกประการ

การประเมินความเป็นอยู่ของผู้ต้องขังข้ามเพศในเรือนจำตามเพศที่ผู้ต้องขังกำหนดนั้น เจ้าพนักงานเรือนจำจะต้องทำการประเมินผู้ต้องขังข้ามเพศอย่างต่อเนื่อง โดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาในการประเมินเป็นรายกรณีไป หากเจ้าพนักงานพบว่ากรณีที่ผู้ต้องขังข้ามเพศอยู่ในเรือนจำตามเพศที่ผู้ต้องขังเป็นผู้กำหนดนั้นไม่เหมาะสมอีกต่อไป ไม่ว่าด้วยเหตุผลเรื่องความไม่เป็นระเบียบเรียบร้อยหรือเหตุผลด้านความปลอดภัย เจ้าพนักงานสามารถรายงานต่อผู้อำนวยการเรือนจำให้ย้ายผู้ต้องขังไปขังไว้ที่เรือนจำตามเพศกำเนิดของผู้ต้องขังก็ได้ ทั้งนี้ เจ้าพนักงานจะต้องแจ้งเหตุผลของการเสนอย้ายผู้ต้องขังดังกล่าวมาในรายงานด้วย และเมื่อย้ายผู้ต้องขังข้ามเพศไปยังเรือนจำตามเพศกำเนิดของตนแล้ว ผู้ต้องขังต้องได้รับการคุ้มครองความปลอดภัยในระดับที่มากขึ้น อีกทั้ง หากสามารถกระทำได้ ให้จัดให้ผู้ต้องขังข้ามเพศซึ่งได้กำหนดเพศอย่างเดียวกันอยู่ด้วยกัน แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้ต้องขังต้องการถูกขังเดี่ยวแยกจากผู้ต้องขังอื่น เจ้าพนักงานเรือนจำจะต้องจัดให้ตามที่ผู้ต้องขังร้องขอ เว้นแต่ทีมเจ้าพนักงานบริหารจัดการผู้ต้องขังรายนั้นๆ ไม่อนุญาตให้แยกผู้ต้องขังออกมาขังเดี่ยว นอกจากนี้ ผู้ต้องขังข้ามเพศได้รับอนุญาตให้อาบน้ำแยกและมีห้องน้ำแยกต่างหากจากผู้ต้องขังคนอื่นๆ ด้วย

¹¹³ *Ibid.*, section 12.2.3.2.

2) การค้นร่างกาย¹¹⁴

การตรวจค้นร่างกายของผู้ต้องขังข้ามเพศ ตามแนวปฏิบัติของเรือนจำรัฐนิวเซาท์เวลส์ กำหนดให้สิทธิผู้ต้องขังข้ามเพศ ในการระบุเลือกเพศของเจ้าพนักงานที่จะเป็นผู้ดำเนินการตรวจค้นร่างกายของตนได้ เว้นแต่กรณีมีเหตุฉุกเฉิน สำหรับเจ้าพนักงานซึ่งทำหน้าที่ตรวจค้นร่างกาย หากเจ้าพนักงานดังกล่าวไม่ประสงค์ที่จะเป็นผู้ตรวจร่างกายผู้ต้องขัง ผู้บังคับบัญชาจะต้องมอบหมายให้เจ้าพนักงานคนอื่นเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่นั้นแทน

การตรวจค้นร่างกายแบบภายนอกและภายใน (Pat and Strip search) ของผู้ต้องขัง โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) ผู้ต้องขังข้ามเพศที่จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่มีเพศอย่างเดียวกันกับเพศที่ได้จดทะเบียนของผู้ต้องขังข้ามเพศดังกล่าวนั้น เป็นผู้ดำเนินการตรวจค้น

(2) ผู้ต้องขังข้ามเพศอื่นและผู้ที่มีเพศคลุมเครือ ให้ถามผู้ต้องขังว่าประสงค์ให้เจ้าพนักงานที่มีเพศใดดำเนินการค้นตัวผู้ต้องขัง หากผู้ต้องขังไม่ได้แสดงความประสงค์ไว้ในเรื่องดังกล่าว ให้เจ้าพนักงานที่มีเพศอย่างเดียวกันกับเพศที่ผู้ต้องขังระบุตนเองไว้ เป็นผู้ดำเนินการตรวจค้น

(3) ผู้ต้องขังที่ไม่ได้กำหนดเพศ ว่าตนเองเป็นเพศชายหรือหญิง ให้ถามผู้ต้องขังว่าประสงค์ให้เจ้าพนักงานที่มีเพศใดดำเนินการค้นตัวผู้ต้องขัง หากผู้ต้องขังไม่ได้แสดงความประสงค์ไว้ในเรื่องดังกล่าว ให้ดำเนินการดังนี้ 1) หากผู้ต้องขังถูกขังอยู่ในเรือนจำชาย ให้เจ้าพนักงานชายเป็นผู้ดำเนินการตรวจค้น 2) หากผู้ต้องขังถูกขังอยู่ในเรือนจำหญิง ให้เจ้าพนักงานหญิงเป็นผู้ตรวจค้น

3) หลักเกณฑ์ในการป้องกันการทำร้ายตนเองและการถูกคุกคามทาง

เพศ

แม้ว่าเรือนจำในเครือรัฐออสเตรเลียจะมีมาตรการให้ความคุ้มครองความปลอดภัยแก่ผู้ต้องขังข้ามเพศจากการถูกผู้ต้องขังอื่นทำร้ายร่างกายหรือถูกคุกคามทางเพศก็ตาม แต่ก็ยังมีกรณีที่ผู้ต้องขังข้ามเพศเสียชีวิตในขณะที่ได้รับคุ้มครองความปลอดภัยอย่างเข้มงวดอยู่ ดังนั้น การมีมาตรการคุ้มครองความปลอดภัยจากผู้ต้องขังอื่นเพียงอย่างเดียว อาจไม่เพียงพอ ใน

¹¹⁴ Correction Service NSW, *Supra note 106*, section 7.23.3.5.

ขณะเดียวกันเรือนจำควรมีแนวปฏิบัติการบริหารจัดการความเสี่ยงเพื่อป้องกันมิให้ผู้ต้องขังข้ามเพศทำร้ายตนเองด้วย (Self-Harm)

มาตรการการป้องกันผู้ต้องขังข้ามเพศจากการถูกคุกคามทางเพศที่เห็นได้ชัดก็คือแนวปฏิบัติการบริหารจัดการผู้ต้องขังข้ามเพศของรัฐนิวเซาท์เวลส์ซึ่งให้ความสำคัญกับการแยกผู้ต้องขังข้ามเพศออกจากผู้ต้องขังอื่น ในขั้นตอนที่ผู้ต้องขังนั้นยังมิได้ผ่านกระบวนการตรวจสอบขั้นต้น ไม่ว่าจะเป็นในระหว่างการถูกคุมขัง ระหว่างการเดินทางหรือการโอนย้ายผู้ต้องขังกลับไปสู่เรือนจำตามเพศกำเนิดของตน ตลอดจนการกำหนดให้มีห้องน้ำและอาบน้ำแยกต่างหากจากผู้ต้องขังอื่นนอกจากมาตรการการป้องกันการถูกคุกคามทางเพศที่กล่าวมาแล้ว เรือนจำของรัฐนิวเซาท์เวลส์มีความก้าวหน้าไปอีกระดับหนึ่ง คือการกำหนดมาตรการป้องกันผู้ต้องขังจากการทำร้ายตัวเองด้วย โดยให้ความสำคัญกับการส่งเสริมความเคารพรักตนเอง (Self-esteem) ให้แก่ผู้ต้องขังข้ามเพศ อาทิ แนวปฏิบัติข้อ 7.23.3.1 กำหนดให้เรียกชื่อและสรรพนามของผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศ (MtF) ตามชื่อของเพศหญิงที่ผู้ต้องขังกำหนดและห้ามใช้สรรพนามเรียกแทนผู้ต้องขังนั้นว่า “He” แต่ให้ใช้สรรพนามเรียกแทนว่า “She” และให้ใช้หลักเกณฑ์อย่างเดียวกันนี้กับผู้ต้องขังชายข้ามเพศด้วย สำหรับผู้ต้องขังข้ามเพศที่ได้รับการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายแล้ว ให้ใช้สรรพนามเรียกแทนตามเพศที่จดทะเบียนไว้ ส่วนผู้ต้องขังที่ไม่ระบุว่าตนเป็นเพศหญิงหรือชายนั้น ให้เรียกชื่อและสรรพนามตามที่ผู้ต้องขังนั้นประสงค์ให้เรียก¹¹⁵ หรือการให้ผู้ต้องขังข้ามเพศมีสิทธิที่จะสวมใส่เสื้อผ้าที่เหมาะสมตามเพศที่ตนเองกำหนด ตลอดจนมีสิทธิซื้อเครื่องใช้ และใช้เครื่องสำอางได้ โดยเรือนจำจะต้องจัดให้เสื้อผ้าและชุดชั้นในที่เหมาะสมแก่ผู้ต้องขังข้ามเพศและผู้ที่มีเพศคลุมเครือ แนวปฏิบัติดังกล่าวนี้มีได้จำกัดเฉพาะผู้ต้องขังข้ามเพศที่ถูกจัดสรรให้อยู่ในเรือนจำตามเพศที่ตนกำหนดเท่านั้น ผู้ต้องขังข้ามเพศที่ถูกจัดสรรให้อยู่ในเรือนจำตามเพศกำเนิดของตนก็มีสิทธิอย่างเดียวกันนี้ด้วยสำหรับผู้ต้องขังที่มีระบุว่าตนเป็นเพศหญิงหรือชายนั้น มีสิทธิในการแต่งกายตามที่ตนประสงค์ได้¹¹⁶

ทั้งนี้ แนวปฏิบัติการเรียกชื่อและสรรพนามของผู้ต้องขังข้ามเพศในรัฐเซาท์ออสเตรเลีย และเวสเทิร์นออสเตรเลียนั้น จะกำหนดให้ใช้สรรพนามที่ใช้เรียกได้กับทุกเพศ หรือเป็นคำกลางๆ รวมถึงให้เรียกชื่อตามผู้ต้องขังเป็นผู้กำหนด

¹¹⁵ Correction Service NSW, *Ibid.*, section 7.23.3.1.

¹¹⁶ *Ibid.*, section 7.23.3.6.

4) หลักเกณฑ์ในการเข้าถึงการรักษาทางการแพทย์และบริการด้าน

สุขภาพ

แม้รัฐของเครือรัฐออสเตรเลียส่วนมากจะอนุญาตให้ผู้ต้องขังข้ามเพศสามารถเข้ารับการรักษาดังวิธีทางฮอร์โมนต่อไปได้ หากผู้ต้องขังนั้นได้รับการรักษาดังวิธีดังกล่าวมาก่อนถูกจำคุกอยู่แล้ว แต่แนวปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิของผู้ต้องขังข้ามเพศที่จะได้เข้ารับการรักษาดังวิธีทางฮอร์โมนหรือผ่าตัดแปลงเพศต่อภายหลังเมื่อเข้าสู่เรือนจำของแต่ละรัฐในออสเตรเลียนั้นมีความแตกต่างกันอยู่ ยกตัวอย่างเช่น รัฐเซาท์ออสเตรเลียกำหนดให้เป็นดุลพินิจของเจ้าพนักงานทางการแพทย์ของเรือนจำในการกำหนดว่าผู้ต้องขังข้ามเพศควรจะเข้ารับการรักษาดังวิธีทางฮอร์โมน ในขณะที่แนวปฏิบัติของมณฑลนครหลวงกำหนดให้เป็นอำนาจของผู้จัดการทั่วไปของเรือนจำร่วมกับแพทย์ของเรือนจำที่จะพิจารณาว่าผู้ต้องขังข้ามเพศคนใดเหมาะสมที่จะได้รับการรักษาดังวิธีทางฮอร์โมนและการผ่าตัด แต่สำหรับแนวปฏิบัติของรัฐนิวเซาท์เวลส์ในเรื่องเดียวกันนี้ นั้น ข้อกำหนดให้ผู้ต้องขังข้ามเพศที่ได้รับการรักษาดังวิธีทางฮอร์โมนมาก่อนถูกจำคุก จะต้องได้รับการรักษาดังวิธีดังกล่าวต่อไป และต้องดำเนินการอย่างเหมาะสมขณะถูกจำคุกอยู่โดยการดูแลของแพทย์ประจำศูนย์สุขภาพร่วมกับหน่วยงานทางการแพทย์ที่กำหนด นอกจากนี้ ผู้ต้องขังข้ามเพศสามารถขอรับการรักษาย่างอื่นที่ตนเองประสงค์ได้ รวมถึงการแจ้งความประสงค์เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศด้วย แต่ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ต้องขังต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายเองทั้งหมด¹¹⁷

¹¹⁷ *Ibid.*, section 7.23.3.7.

บทที่ 4

การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย

ในบทนี้จะศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่สำคัญซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ข้อบกพร่องของกฎหมายดังกล่าว แนวทางปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศของไทย รวมถึงวิเคราะห์ข้อบกพร่องพร้อมเสนอแนวทางแก้ไขให้สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศและมาตรฐานสากล

4.1 กฎหมายไทยที่สำคัญเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

4.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

1) พิจารณาในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ให้ความคุ้มครองไว้ใน มาตรา 4 วรรคหนึ่ง โดยบัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ซึ่งมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญอยู่ในหมวด 1 บททั่วไป จึงถือได้ว่าเป็นการวางหลักทั่วไปอันเป็นการประกาศเจตนารมณ์ของรัฐที่จะให้ความรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลทุกคน¹ โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทาง เพศ สัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา หากบุคคลใดกระทำต่อบุคคลอื่นในลักษณะที่ลดคุณค่าของความเป็นมนุษย์นั้น หรือกระทำในลักษณะที่มนุษย์ทั่วไปไม่พึงปฏิบัติต่อกัน ย่อมถือได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่นแล้ว

ดังนั้น แม้ว่าบุคคลจะเป็นผู้กระทำความผิดและถูกจำกัดเสรีภาพ อีกทั้งยังเป็นบุคคลที่มีรสนิยมทางเพศหรือเพศวิถีที่หลากหลาย ก็มิอาจถูกกระทำการใดๆ อันเป็นการลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลงได้ เช่น ผู้ต้องขังชายที่ศัลยกรรมแปลงเพศอย่างสมบูรณ์แล้ว แม้ตามกฎหมายเขายังคงเป็นเพศชาย แต่สภาพจิตใจ รูปลักษณ์ภายนอกเป็นผู้ต้องขังเพศหญิง จึงสมควรถูกค้นตัวหรือถอดเสื้อผ้าเพื่อหาสิ่งผิดกฎหมายโดยเจ้าพนักงานเพศชาย หรือถูกกระทำการดังกล่าวต่อหน้าเจ้าพนักงานเพศชายและผู้ต้องขังชายคนอื่นๆ เพื่อปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิให้ถูกลดทอนลง

¹บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.122.

2) พิจารณาในเรื่องความแตกต่างทางเพศของบุคคล

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 27 วรรคสาม ได้บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่อง...เพศ...จะกระทำมิได้” ประเด็นคำว่าเพศจะหมายความว่าเฉพาะเพศหญิงกับเพศชายอย่างเดียวหรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับเสนอสภาพัฒนาแห่งชาติได้มีการบัญญัติถ้อยคำใหม่ โดยใช้คำว่า “เพศสภาพ” เพื่อมุ่งที่จะคุ้มครองไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยเน้นไปที่ความหลากหลายทางเพศ แต่เมื่อรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ฉบับปัจจุบัน ถูกประกาศใช้ คำว่า “เพศสภาพ” ได้ถูกตัดออกไปด้วยเหตุผลที่ว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง “เพศ” สามารถตีความในเชิงคุ้มครองสิทธิได้อย่างกว้างขวางอยู่แล้ว” และคำว่าเพศในภาษาไทยมิได้ถูกแบ่งออกเป็นคำว่า sex และ gender เหมือนในภาษาอังกฤษ เพราะคำว่า sex และ gender สามารถแปลเป็นภาษาไทยว่า “เพศ” เหมือนกันทั้งสองคำ ดังนั้นคำว่าเพศจึงไม่ควรจะถูกจำกัดแต่เพียงว่าหมายถึง เพศชายและหญิงเท่านั้น แต่ควรหมายถึง บุคคลที่รักเพศเดียวกันและบุคคลที่มีจิตใจข้ามเพศด้วย เช่น กะเทย สาวประเภทสอง และผู้ที่ต้องการแปลงเพศ² ฉะนั้นการตีความคำว่า “เพศ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงต้องหมายถึงบุคคลทุกคนแม้กระทั่งบุคคลนั้นจะเป็นผู้กระทำความผิดและถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำ ไม่ว่าเขาจะมีสมนิยมทางเพศหรือเพศวิถีที่หลากหลายแตกต่างนอกเหนือไปจากเพศกำเนิด การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจึงไม่สามารถกระทำได้

4.1.2 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 13 มีนาคม พ.ศ. 2558 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2558 จุดประสงค์เพื่อไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมระหว่างเพศขึ้น ซึ่งเป็นกฎหมายทางเลือกในการคุ้มครองและป้องกันสิทธิให้กับผู้ถูกเลือกปฏิบัติ ได้เข้าสู่กระบวนการของกฎหมายอย่างเสมอภาค ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นชาย หญิง หรือกลุ่มหลากหลายทางเพศ และเป็นการใช้สิทธิเฉพาะตัว ไม่อาจโอนกันได้และไม่ตกทอดทางมรดก เว้นแต่กรณีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ คนเสมือนไร้

² คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ Human Right of Lesbians, Gays, Bisexuals, Transgender and Intersex People, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศรีเมืองการพิมพ์ จำกัด, 2550), น.142.

ความสามารถ หรือคนไร้ความสามารถหรือในกรณีที่ผู้เสียหายไม่สามารถยื่นคำขอรับการชดเชยหรือเยียวยาด้วยตนเองได้

ตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 3 ถือเป็นหัวใจหลักที่กำหนดนิยาม การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไว้ว่า “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ซึ่งเป็นครั้งแรกที่กฎหมายไทยได้บัญญัติเรื่องเพศที่มีความหลากหลายนอกเหนือจากเพศหญิงและเพศชาย อันถือเป็นก้าวสำคัญที่แสดงถึงการยอมรับความมีตัวตนของบุคคลดังกล่าวของกฎหมายและแสดงว่าสังคมไทยได้มีการเปลี่ยนแปลง เปิดกว้างต่อความแตกต่างทางเพศมากขึ้น

พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้มีคณะกรรมการจำนวน 2 คณะ ทำหน้าที่เป็นกลไกขับเคลื่อนการทำงานเพื่อส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศ กล่าวคือ

1) คณะกรรมการส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างเพศ (สทพ.) มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย มาตรการ แผนงานส่งเสริมความเสมอภาคให้ทุกหน่วยปฏิบัติ

2) คณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (วลพ.) มีอำนาจหน้าที่เพื่อชี้ขาดตัดสินว่าการกระทำใดเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งคำวินิจฉัยถือเป็นที่สุดจะอุทธรณ์ต่อไปอีกไม่ได้ แต่ทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิในการนำประเด็นข้อพิพาทไปฟ้องร้องต่อศาลที่มีอำนาจ และมีหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการชดเชยหรือเยียวยาให้กับผู้เสียหายจากการถูกเลือกปฏิบัติ

สำหรับกรณีของผู้ต้องขัง โดยเฉพาะผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ แม้จะมีสิทธิตามกฎหมายฉบับนี้แต่ในทางปฏิบัติแล้วการใช้สิทธิยื่นคำร้องคงเป็นไปได้ยากเมื่อเทียบกับบุคคลทั่วไป เนื่องด้วยการถูกคุมขัง ถูกจำกัดเสรีภาพ ผู้ศึกษาเห็นว่าคณะกรรมการส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างเพศ(สทพ.) ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนด นโยบาย มาตรการ รวมถึงแผนงานต่างๆที่ส่งเสริมความเสมอภาคให้ทุกหน่วยปฏิบัติ ควรกระทำการดังต่อไปนี้

1) กำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำอันถือเป็นการเลือกปฏิบัติ สำหรับให้ผู้ต้องขังใช้เป็นเกณฑ์ในการรักษาสิทธิ เมื่อถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจากเจ้าพนักงาน

2) กำหนดช่องทางในการยื่นคำร้องเป็นกรณีเฉพาะสำหรับผู้ต้องขัง หากพิจารณาช่องทางตามพระราชบัญญัตินี้ กรณีบุคคลทั่วไปสามารถยื่นคำร้องทุกข้อต่อกรมกิจการสตรี

และสถาบันครอบครัวได้โดยตรง แต่ถ้าหากผู้ต้องขังประสงค์จะร้องทุกข์ ผู้ศึกษาเสนอให้ส่งคำร้องทุกข์ผ่านทางไพบูลย์แทนเนื่องจากไม่สามารถไปยื่นคำร้องทุกข์ได้ด้วยตัวเอง ซึ่งในทางปฏิบัติอาจจะเป็นไปได้ยากหากการเลือกปฏิบัติขึ้นเกิดจากการกระทำของเจ้าพนักงานเรือนจำ และอีกหนึ่งช่องทางตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ.2560 มาตรา 46 และ 47 ที่ผู้ต้องขังสามารถยื่นคำร้องทุกข์หรือเรื่องราวใดๆต่อผู้บัญชาการเรือนจำ และผู้ต้องขังมีสิทธิร้องเรียนเกี่ยวกับการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงานเรือนจำได้ โดยให้ได้รับความคุ้มครองและให้คำปรึกษาในทันที รวมทั้งคำร้องดังกล่าวต้องรักษาเป็นความลับและได้รับการไต่สวนชี้ขาดโดยพนักงานอัยการ ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

4.1.3 พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 กฎกระทรวงและระเบียบกรมราชทัณฑ์

พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานและมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับนโยบายทางอาญาของประเทศ อีกทั้งการดำเนินงานต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังไม่สอดคล้องตามมาตรฐานสากล อาทิ ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners/ SMR) ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังและเพื่อให้การบริหารจัดการกระบวนการของกรมราชทัณฑ์มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 จึงถูกตราขึ้น

จากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ.2560 รวมทั้งกฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479³ และระเบียบกรมราชทัณฑ์ ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นมูลฐานที่ผู้ต้องขังทุกคนพึงได้รับ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการได้รับอาหารที่ปรุงสุกสะอาดในปริมาณที่เพียงพอ สิทธิได้รับบริการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย ห้องน้ำห้องส้วมที่ถูกสุขลักษณะ สิทธิได้รับเครื่องแต่งกาย เครื่องนุ่งห่มที่สะอาด เหมาะสมกับวัฒนธรรมและสภาพอากาศ เมื่อเจ็บป่วยมีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์และการรักษาพยาบาล โดยไม่จำกัดว่าผู้ต้องขังจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิงหรือเป็นกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศ ล้วนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ดีสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งมีความจำเป็นพิเศษแตกต่างจากผู้ต้องขังทั่วไป ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเสมอภาค ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจึงต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมกับความจำเป็นนั้นด้วย นับตั้งแต่ขั้นตอนการคัดกรองเพื่อระบุ

³ ขณะจัดทำยังไม่มีการออกตามความในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ.2560 มีเพียงร่างกฎกระทรวงและร่างระเบียบกรมราชทัณฑ์ออกตามความในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ฉบับรับฟังความคิดเห็น มิถุนายน – สิงหาคม พ.ศ.2560

อัตลักษณ์ การตรวจค้นร่างกาย การพิจารณาจัดสถานที่คุมขัง รวมไปถึงสิทธิในสิ่งจำเป็นอื่น เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ กฎกระทรวง รวมถึงระเบียบกรมราชทัณฑ์ต่างๆ มีเพียง ระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขัง เข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561⁴ ที่ได้บัญญัติถึงกรณีการตรวจร่างกายสำหรับผู้ต้องขังชายที่ผ่านการคัดกรองแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ไว้เพียงกรณีเดียว แต่ในส่วน of ขั้นตอนสำคัญอื่นๆ และผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศกรณีอื่น นอกเหนือจากผู้ต้องขังชายแปลงเพศ ยังไม่มีบัญญัติแนวปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้แนวปฏิบัติต่อผู้ต้องขังกลุ่มนี้ในแต่ละเรือนจำมีความแตกต่างกัน ซึ่งส่วนใหญ่จะยังคงยึดตามเพศกำเนิดเป็นหลัก

4.2 แนวปฏิบัติสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย

หัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะกล่าวถึง 4 ขั้นตอนสำคัญในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้แก่ 1.การพิจารณาระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง 2.การตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง 3.การพิจารณาจัดสถานที่คุมขัง 4.มาตรการความจำเป็นอื่น โดยจะกล่าวถึงความสำคัญ สภาพปัญหาของประเทศไทย เปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติของต่างประเทศ รวมถึงแนวปฏิบัติที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยที่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีในปัจจุบันและครอบคลุมสำหรับผู้ต้องขังทุกคน

4.2.1 การพิจารณาระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง

การพิจารณาระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังถือเป็นขั้นตอนสำคัญในการที่จะแยกผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศออกจากผู้ต้องขังทั่วไปเพื่อเป็นการป้องกันและลดความเสี่ยงจากการถูกล่วงละเมิดทั้งจากผู้ต้องขังด้วยกันเองและจากเจ้าพนักงาน หากไม่มีการระบุอัตลักษณ์ทางเพศ จะทำให้ผู้ต้องขังไม่ได้รับความปลอดภัยในการจัดสถานที่คุมขังและไม่สามารถระบุความจำเป็นในการดูแลสุขภาพทางการแพทย์แก่ผู้ต้องขังได้ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเพศสภาพ และลดความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้น การระบุอัตลักษณ์ทางเพศจึงมีความสำคัญ

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศไทย ยังไม่ได้รับรองสถานะทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อีกทั้งยังไม่มีแนวปฏิบัติต่อผู้ต้องขังกลุ่มนี้เป็นการเฉพาะ การพิจารณาระบุอัตลักษณ์จึงมุ่งที่จะแยก ผู้ต้องขังหญิงออกจากผู้ต้องขังชายเท่านั้น แต่ก็มีบางเรือนจำที่

⁴ระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 9 และข้อ 13

มีนโยบายแยกผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย แต่ก็ให้ความสำคัญกับผู้ต้องขังที่ผ่านการคัดกรองแปลงเพศแล้ว แต่สำหรับผู้ต้องขังมีการแสดงอัตลักษณ์ที่แตกต่างจากเพศกำเนิดแต่ยังไม่ได้คัดกรองแปลงเพศ อาจจะด้วยสาเหตุ สถานะทางเศรษฐกิจ ครอบครัวยุค ความพร้อมทั้งสภาพจิตใจและกำลังทรัพย์ การพิจารณาระบุอัตลักษณ์ผู้ต้องขังกลุ่มนี้ยังคงยึดตามเพศกำเนิด ซึ่งจะพิจารณาจากลักษณะภายนอกก่อน หากเกิดข้อสงสัยก็จะสอบถามและให้ผู้ต้องขังถอดเสื้อผ้าเพื่อที่จะทราบเพศของผู้ต้องขัง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การใช้วิธีพิจารณาตามเพศกำเนิดยังไม่เพียงพอสำหรับคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ต้องขังได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งการให้ผู้ต้องขังถอดเสื้อผ้าออกเพียงเพื่อต้องการจะทราบเพศเท่านั้น ยังเป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลงด้วย จึงเกิดเป็นปัญหาสำหรับประเทศไทย ที่จำเป็นต้องมีแนวปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแยกเป็นการเฉพาะ และเป็นวิธีที่จะสามารถนำมาปรับใช้ เพื่อระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังได้ทุกประเภท

จากการศึกษาแนวปฏิบัติในต่างประเทศพบว่า มีแนวปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแยกเป็นการเฉพาะสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่นในอังกฤษ จะมีแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (The Care and Management of Transgender Prisoners) (PSI 17/2016) กำหนดให้เรือนจำจะต้องจัดให้มีการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังในโอกาสแรกที่ได้พบตัวผู้ต้องขังเพื่อนำไปสู่กระบวนการประเมินและพิจารณาตัดสินว่าผู้ต้องขังจะได้รับการปฏิบัติอย่างไร ในกรณีที่เจ้าพนักงานไม่สามารถระบุเพศของผู้ต้องขังได้ เจ้าพนักงานจะต้องระบุเพศของผู้ต้องขังโดยใช้ข้อมูลที่ดีที่สุดที่สามารถรวบรวมได้ และนำเข้าหารือกับคณะกรรมการซึ่งประกอบไปด้วยนักจิตวิทยา ผู้แทนจากหน่วยงานที่ดูแลผู้ต้องขัง และผู้แทนจากกลุ่มบุคคลที่สนับสนุนบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

กรณีของสหรัฐอเมริกา มีข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมสำหรับคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศแยกเป็นการเฉพาะเช่นเดียวกับอังกฤษ โดยเรือนจำจะต้องดำเนินการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังในสองรูปแบบควบคู่กัน คือ เรือนจำจะต้องจัดให้ผู้ต้องขังมีโอกาสแสดงข้อมูลอัตลักษณ์ในทางเพศของตนว่ามีอัตลักษณ์ทางเพศอย่างไร และนำข้อมูลนั้นไปใช้ประกอบกับข้อมูลอื่นๆที่เรือนจำรวบรวมได้เพื่อนำมาประเมินความเสี่ยงที่ผู้ต้องขังคนนั้นอาจจะถูกล่วงละเมิดทางเพศ (การระบุอัตลักษณ์เชิงอัตวิสัย) และเจ้าพนักงานผู้ทำการประเมินจะต้องพิจารณาลักษณะของผู้ต้องขังด้วยว่า ผู้ต้องขังนั้นมีแนวโน้มที่จะถูกผู้ต้องขังหรือเจ้าพนักงานคนอื่นมองว่าเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือไม่ เพื่อประเมินแนวโน้มการถูกล่วงละเมิด โดยอาจจะสังเกตจากลักษณะภายนอก บุคลิกพฤติกรรมว่าตรงกับเพศที่ระบุไว้ในเอกสารการจับกุมหรือไม่ (การระบุอัตลักษณ์เชิงภาวะวิสัย)

4.2.1.1 แนวทางแก้ปัญหาการพิจารณาระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง

ผู้ศึกษาเสนอแนวทางแก้ปัญหาในการพิจารณาระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังทั้งผู้ต้องขังที่ศัลยกรรมแปลงเพศแล้วทั้งหมดหรือบางส่วน และผู้ต้องขังที่ยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศแต่มีการแสดงอัตลักษณ์แตกต่างจากเพศกำเนิดดังนี้

ตั้งแต่วันแรกที่รับตัวผู้ต้องขังเข้าไว้ใหม่ ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ.2560 มาตรา 36 กำหนดให้เจ้าพนักงานเรือนจำจัดทำทะเบียนประวัติ โดยในอนุมาตรา 4 จะต้องบันทึกรายละเอียดของผู้ต้องขัง เกี่ยวกับสภาพร่างกายและสภาพจิตใจไปด้วย ฉะนั้นรายละเอียดของเพศผู้ต้องขังว่ามีการแสดงออกตรงกับเพศในบัตรประชาชนหรือไม่ มีการศัลยกรรมแปลงเพศทั้งหมดหรือบางส่วนมาน้อยเพียงใด ผู้ศึกษาเห็นว่าข้อมูลดังกล่าวเจ้าพนักงานมีหน้าที่จะต้องบันทึกลงไปทะเบียนประวัติตามบังคับของมาตรานี้ด้วย

วิธีการระบุอัตลักษณ์สำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ คือ ในวันแรกรับ เจ้าพนักงานจะต้องให้ผู้ต้องขังได้รายงานอัตลักษณ์ทางเพศของตนว่ามีอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศอย่างไร และเจ้าพนักงานต้องพิจารณาลักษณะทางกายภาพภายนอกด้วย โดยจะต้องอาศัยข้อมูลทั้งหมดประกอบกันดังนี้

(1) ลักษณะทางกายภาพ เช่น ผู้ต้องขังยังคงมีอวัยวะเพศตรงตามเพศกำเนิดอยู่ หรือ ได้ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศมาแล้วทั้งหมด หรือเพียงบางส่วน ซึ่งลักษณะทางกายภาพนี้เจ้าพนักงานสามารถทราบได้จากรายงานด้วยวาจาของผู้ต้องขัง และจะทราบแน่ชัดอีกครั้งในขั้นตอนการตรวจร่างกายของผู้ต้องขังเข้าใหม่ ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 37 เนื่องจากผู้ต้องขังต้องถอดเสื้อผ้าออกทั้งหมด

(2) อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) ผู้ต้องขังต้องเป็นคนรายงานเอง เพื่อให้ทราบถึงความรู้สึกภายในจิตใจของผู้ต้องขังคนนั้นว่าเขานิยามตนเองว่าเป็นผู้หญิงหรือผู้ชาย

(3) วิถีทางเพศ (Sexual Orientation) ผู้ต้องขังต้องเป็นคนรายงานเอง เพื่อให้ทราบว่าผู้ต้องขังมีความรู้สึกรักใคร่ชอบพอ เช่นหาในบุคคลเพศใด

ทั้งนี้ก็เพื่อความปลอดภัยแก่ตัวผู้ต้องขังเองรวมถึงผู้ต้องขังคนอื่นๆด้วยในการพิจารณาจัดสถานคุมขังที่จะได้อธิบายในลำดับต่อไป โดยผู้ศึกษาจะยกตัวอย่าง เช่น ผู้ต้องขังหญิงที่ยังไม่ได้ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ลักษณะทางกายภาพ คือ เพศหญิงโดยกำเนิด ตามหลักจะต้องถูกคุมขังในแดนขังหญิง ผู้ต้องขังหญิงคนดังกล่าว มีลักษณะห้าว ชอบใส่ผ้ารัดหน้าอก มีอาภักกับการแสดงออกคล้ายผู้ชาย ดังนั้นอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) คือ ผู้ชาย ผู้ต้องขังหญิงคนดังกล่าวมีความรู้สึกชอบพอในเชิงชู้สาวกับผู้หญิงด้วยกัน ดังนั้น วิถีทางเพศ

(Gender Orientation) คือ หญิงรักหญิง (ทอม) จากกรณีนี้ในทางปฏิบัติจริงของเรือนจำพิเศษพัทยา ผู้ต้องขังหญิงคนนี้จะถูกคุมขังในแดนขังหญิงแต่จะถูกแยกขังต่างหากจากผู้ต้องขังหญิงที่เป็นดี (ผู้หญิงที่ชอบทอม) กับผู้ต้องขังหญิงทั่วไป

กรณีผู้ต้องขังเพศชายตามที่ระบุไว้ในบัตรประชาชน รายงานแก่เจ้าพนักงานและเจ้าพนักงานก็ได้ทราบจากการตรวจร่างกายว่าเขาได้ศัลยกรรมแปลงเพศทั้งหมดแล้ว ดังนั้นลักษณะทางกายภาพ คือ เพศหญิง ฉะนั้นกรณีนี้แทบจะไม่ต้องพิจารณาถึงอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศอีกต่อไปแล้ว ในทางปฏิบัติจริงของเรือนจำพิเศษพัทยา ผู้ต้องขังชายคนนี้จะถูกคุมขังในแดนขังหญิง แต่จะแยกขังต่างหากจากผู้ต้องขังหญิงโดยทั่วไป (รายละเอียดวิธีการจัดสถานคุมขังจะได้กล่าวในลำดับถัดไป)

กรณีผู้ต้องขังเพศชายตามที่ระบุไว้ในบัตรประชาชน รายงานแก่เจ้าพนักงานและเจ้าพนักงานก็ได้ทราบจากการตรวจร่างกาย (รายละเอียดวิธีการเลือกเพศเจ้าพนักงานในการค้นตัวจะได้กล่าวในลำดับถัดไป) ว่าเขายังคงมีอวัยวะเพศชายอยู่ ดังนั้นลักษณะทางกายภาพ คือ เพศชาย ผู้ต้องขังชายคนนี้ ดูอ่อนหวาน มีอาภักกับการแสดงออกคล้ายผู้หญิง ดังนั้นอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) คือ ผู้หญิง ผู้ต้องขังชายคนนี้มีความรู้สึกชอบพอในเชิงคู่สาวกับผู้ชายด้วยกัน ดังนั้นวิถีทางเพศ (Gender Orientation) คือ กะเทย(ที่ยังไม่แปลงเพศ) ในทางปฏิบัติจริงของเรือนจำพิเศษพัทยา ผู้ต้องขังชายคนนี้จะถูกคุมขังในแดนขังชาย โดยจะแยกขังต่างหากจากผู้ต้องขังชายทั่วไป

หากเป็นกรณีที่เมื่อพิจารณาจากลักษณะภายนอกรวมทั้งอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศแล้ว ไม่สามารถระบุเพศของผู้ต้องขังได้ กรณีนี้ผู้ศึกษาเสนอให้เจ้าพนักงานนำข้อมูลเข้าหารือกับคณะกรรมการจำแนกลักษณะผู้ต้องขัง ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวผู้ศึกษาเสนอให้เพิ่มผู้เชี่ยวชาญจากองค์กรที่ทำงานกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย เช่น สมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย (Rainbow Sky Association of Thailand) อัญจारी บางกอกเรนโบว์ (Bangkok Rainbow) หรือเครือข่ายเพื่อนกะเทยไทย (Thai Transgender Alliance) ร่วมกับนักจิตวิทยาและแพทย์เฉพาะทาง เพิ่มเติมจากคณะกรรมการจำแนกผู้ต้องขังที่มีอยู่เดิม เพื่อร่วมพิจารณาสถานะทางเพศของผู้ต้องขัง วางแผนกำหนดสถานที่คุมขังและวิธีการดูแลอย่างเหมาะสม

ข้อดี คือมีผู้ทำงานใกล้ชิดกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเข้าร่วมวินิจฉัยและกำหนดแผนการดูแลผู้ต้องขังกลุ่มนี้เป็นการเฉพาะถือเป็นวิธีการที่ดี เนื่องจากเป็นผู้ที่มีความรู้ในลักษณะของเพศสภาพที่หลากหลาย มีความเข้าใจถึงความต้องการพิเศษได้เป็นอย่างดี ทำให้การวางแผนดูแลผู้ต้องขังมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุด ประกอบกับผู้ต้องขังที่ผ่าตัดแปลงเพศบางรายจำเป็นต้องได้รับยาฮอร์โมนอย่างต่อเนื่องหรือมีปัญหาสุขภาพจากการผ่าตัดเสริมต่างๆ

ควรได้รับการดูแลที่ถูกสุขอนามัย แพทย์เฉพาะทางจึงมีบทบาทสำคัญในการร่วมจัดแผนดูแลดังกล่าว ซึ่งมาตรการนี้สอดคล้องกับหลักการยอกยาการข้อ 9 ที่กำหนดให้รัฐต้องจัดสรรบริการและการให้คำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสมต่อความจำเป็นของผู้ถูกควบคุมตัวและผู้ถูกควบคุมตัวสามารถเข้าถึงได้อย่างเพียงพอโดยตระหนักถึงความจำเป็นพิเศษที่มีพื้นฐานจากวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น โดยรวมถึงอนามัยเจริญพันธุ์ การเข้าถึงการรักษาด้วยฮอร์โมนหรืออื่นๆ

ข้อพิจารณา คือองค์กรที่ทำงานกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ส่วนใหญ่จะมีสถานที่ตั้งหรือภูมิลำเนาอยู่ในกรุงเทพฯ ทำให้เรือนจำต่างจังหวัดคลาดแคลนบุคลากร ซึ่งอาจแก้ปัญหาในเบื้องต้นด้วยการขอความร่วมมือจากองค์กรส่วนกลางส่งบุคลากรไปเรือนจำต่างจังหวัดเป็นการเฉพาะกิจ

4.2.2 การตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง

การตรวจร่างกายผู้ต้องขังทั้งในวันแรกที่รับเข้าใหม่และการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังในเวลาเข้า-ออกเรือนจำ จุดประสงค์เพื่อตรวจสอบสุขภาพผู้ต้องขังในวันแรกที่เข้าเรือนจำ และตรวจหาอาวุธ สิ่งผิดกฎหมาย สิ่งต้องห้าม เพื่อความปลอดภัยกับผู้ต้องขังคนอื่นๆ และความเป็นระเบียบในการควบคุมดูแล ซึ่งการตรวจค้นก็จะมีทั้งแบบสัมผัสตามร่างกายภายนอกกับถอดเสื้อผ้าออกทั้งหมด ซึ่งตามหลักสากลการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังเพศชายและหญิง เจ้าพนักงานที่มีเพศตรงกับผู้ต้องขังนั้นก็มักจะเป็นผู้ปฏิบัติ เพื่อป้องกันการถูกล่วงละเมิด และเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่สำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ถือเป็นประเด็นที่มีความอ่อนไหว ก่อให้เกิดการถกเถียงหรือโต้แย้งได้มาก และยากต่อการจัดการให้เหมาะสม โดยเฉพาะกับผู้ต้องขังที่ศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วน หรือกรณีที่ยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศ ดังนั้นวิธีการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังกลุ่มนี้ จึงต้องให้ความสำคัญกับเรื่องความยินยอมพร้อมใจของทั้งตัวผู้ต้องขังเองและเจ้าพนักงานผู้ตรวจค้น อีกทั้งเจ้าพนักงานจะต้องผ่านการฝึกอบรมเพื่อความเป็นมืออาชีพ ให้เกียรติ และเป็นการล่วงละเมิดน้อยที่สุด

เมื่อพิจารณากฎหมายของไทย ตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 9 และข้อ 13 ได้กล่าวถึงกรณีการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เพียงกรณีเดียวคือ ผู้ต้องขังชายที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว จะต้องให้เจ้าพนักงานเรือนจำหญิงเป็นผู้ตรวจค้น แต่สำหรับกรณีผู้ต้องขังที่ศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วน เช่น ผู้ต้องขังชายที่ตัดเฉพาะอวัยวะเพศออก ผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดเสริมเฉพาะหน้าอก หรือผู้ต้องขังที่ไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศ ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แนวปฏิบัติในการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังกลุ่มนี้จึงยังคงยึดตามเพศกำเนิด คือเจ้า

พนักงานเรือนจำชายจะเป็นผู้ตรวจค้น จากที่ผู้ศึกษาได้สัมภาษณ์ผู้ต้องขังกลุ่มดังกล่าวทั้งจากเรือนจำกลางคลองเปรม และเรือนจำพิเศษพัทยา มีทั้งกลุ่มที่ประสงค์จะให้เจ้าพนักงานเรือนจำหญิงเป็นผู้ตรวจค้น เนื่องจากอัตลักษณ์ทางเพศของตนนั้นเป็นผู้หญิง ต้องการถูกปฏิบัติเช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิงทั่วไป และบางกลุ่มไม่ได้กังวลเรื่องเพศเจ้าพนักงาน ผู้ศึกษาเห็นว่าเพื่อเป็นการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเพื่อให้มาตรฐานเดียวกัน ประเทศไทยจะต้องมีแนวปฏิบัติหลายลักษณะ อักษรที่สามารถนำไปปฏิบัติกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้ครอบคลุมทุกคน เพื่อเป็นมาตรฐานกลางที่เรือนจำแต่ละแห่งนำไปปฏิบัติ

จากการศึกษาแนวปฏิบัติในต่างประเทศพบว่า มีแนวปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแยกเป็นการเฉพาะสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ ซึ่งถือเป็นรัฐที่มีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่ละเอียดครอบคลุมมากที่สุดในเครือรัฐออสเตรเลีย⁵ กำหนดให้ผู้ต้องขังที่จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่มีเพศอย่างเดียวกันกับเพศที่ได้จดทะเบียนของผู้ต้องขังเป็นผู้ตรวจค้น เมื่อประเทศไทยยังไม่รับรองสถานะทางกฎหมายสำหรับบุคคลที่แปลงเพศ แต่ก็สามารถนำแนวทางมาเทียบเคียงได้กับ กรณีผู้ต้องขังที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศแล้ว จึงต้องให้เจ้าพนักงานที่มีเพศตรงกับเพศใหม่ของผู้ต้องขังเป็นผู้ตรวจค้น หรือกรณีของผู้ต้องขังยังมีเพศกำกวมหรือคลุมเครือ แนวปฏิบัติของรัฐนิวเซาท์เวลส์ จะให้ผู้ต้องขังแสดงความประสงค์ว่าจะให้เจ้าพนักงานเพศใดเป็นผู้ตรวจค้นร่างกาย ซึ่งแนวทางนี้นำมาเทียบเคียงกับประเทศไทยได้ในกรณีของผู้ต้องขังที่มีการศัลยกรรมแปลงเพศบางส่วน และกรณีที่ยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศ อีกทั้งการตรวจค้นดังกล่าวจะคำนึงถึงความสมัครใจของเจ้าพนักงานผู้ตรวจด้วย หากไม่ประสงค์ที่จะเป็นผู้ตรวจร่างกายผู้ต้องขังผู้บังคับบัญชาจะต้องมอบหมายให้เจ้าพนักงานอื่นเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่แทน ทำนองเดียวกับแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (The Care and Management of Transgender Prisoners) (PSI 17/2016) ของอังกฤษที่กำหนดให้เรือนจำจะต้องฝึกอบรมให้ความรู้แก่เจ้าพนักงานในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้การตรวจค้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้เกิดความเขินอายน้อยที่สุด และเจ้าพนักงานสามารถปฏิเสธไม่ตรวจค้นได้ในกรณีอื่นเนื่องมาจากเหตุผลทางศาสนา หรือทางวัฒนธรรมได้เช่นกัน

⁵Sam Lynch; Lorana Bartels, "Transgender Prisoners in Australia: An Examination of the Issues, Law and Policy," *Flinders Law Journal* 19, 2 (2017): p.214.

4.2.2.1 แนวทางแก้ปัญหาการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง

การตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศตั้งแต่ครั้งแรกในวันรับตัวเพื่อตรวจสอบสุขภาพ ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ.2560 มาตรา 37 และในการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังกรณีเข้า-ออกเรือนจำ ผู้ศึกษาเสนอแนวทางแก้ปัญหา ในการเลือกเพศเจ้าพนักงานที่เหมาะสมในการตรวจค้นร่างกาย ดังนี้

(1) **กรณีผู้ต้องขังชายคลัยกรรมแปลงเพศเป็นหญิง** ระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ.2561 ข้อ9และข้อ13 ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว โดยให้ เจ้าพนักงานเรือนจำหญิงเป็นผู้ดำเนินการตรวจร่างกาย

(2) **กรณีผู้ต้องขังหญิงคลัยกรรมแปลงเพศเป็นชาย** กรณีนี้ยังมีจำนวนน้อยมาก เนื่องจากราคาสูงและยังไม่นิยมมากนัก แต่หากมีกรณีนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าสามารถนำแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกามาเทียบเคียง ซึ่งกำหนดให้การตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง เจ้าพนักงานผู้ดำเนินการควรมีเพศที่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง และกรณีการตรวจค้นร่างกายแบบถอดเสื้อผ้าจะมีให้เจ้าพนักงานที่มีเพศตรงข้ามกับผู้ต้องขังเป็นผู้ดำเนินการ⁶ ดังนั้นในกรณีนี้ผู้ต้องขังหญิงที่คลัยกรรมแปลงเพศเป็นชาย ซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเพศชายนั้น จึงสมควรให้เจ้าพนักงานเรือนจำชายเป็นผู้ดำเนินการ

(3) **กรณีผู้ต้องขังคลัยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วนหรือยังไม่ได้คลัยกรรมแปลงเพศ** เช่น ผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดเสริมเฉพาะหน้าอกแต่ยังคงมีอวัยวะเพศชายอยู่ หรือผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดนำอวัยวะเพศชายออกแต่ยังไม่ได้ผ่าตัดเสริมหน้าอก หรือผู้ต้องขังชายที่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิงแต่ยังไม่ได้ผ่าตัดคลัยกรรมใดๆ กรณีนี้ผู้ศึกษาเสนอให้บัญญัติเพิ่มเติม ข้อ 9(4) ของระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ.2561 ดังนี้

“ผู้ต้องขังที่ผ่านการคลัยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วนหรือยังไม่ได้คลัยกรรมแปลงเพศแต่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด ให้ผู้ต้องขังดังกล่าวระบุเพศเจ้าพนักงานผู้ดำเนินการตรวจร่างกาย หากไม่ใช่กรณีฉุกเฉิน เจ้าพนักงานจะต้องจัดให้ตามที่ผู้ต้องขังประสงค์”

⁶Nation PREA Resource Center, “FAQ Can you please clarify the parameters of conducting a search of a transgender or intersex inmate/resident?,” Retrieved on June 12, 2018, from <https://www.prearesourcecenter.org/node/3257>.

นอกจากนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการจัดเจ้าพนักงานผู้ทำการตรวจค้นในครั้งต่อไป ผู้ศึกษาเสนอให้กรมราชทัณฑ์ออกระเบียบโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 36(5) แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 กำหนดรายละเอียดข้อมูล “เพศของเจ้าพนักงานผู้ทำการตรวจค้นร่างกาย” เพิ่มเติม ในทะเบียนประวัติของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ตั้งแต่วันรับตัวผู้ต้องขังเข้าใหม่ด้วย

ข้อดี คือเป็นการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศโดยไม่นำข้อจำกัดของกฎหมายที่ยังไม่มีการรับรองเพศมาเป็นเครื่องมือลดทอนคุณค่าของบุคคลลง สามารถลดการล่วงละเมิดทางเพศจากเจ้าพนักงานที่มีอคติได้ เห็นว่ามาตรการนี้ประเทศไทยสามารถนำมาปรับใช้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีกฎหมายออกมารองรับในเรื่องเพศของบุคคลก่อน สามารถที่จะเพิ่มเติมระเบียบที่มีอยู่แล้ว อันเป็นการยกระดับมาตรฐานให้สอดคล้องกับหลักสากลที่ไม่ให้คุณค่าของมนุษย์ถูกลดทอนลงและตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงจากสาเหตุของการมีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่าง

ข้อพิจารณา คือเจ้าพนักงานตามเพศที่ผู้ต้องขังประสงค์จะให้ค้นตัวอาจจะมีจำนวนไม่เพียงพอสำหรับการค้นทุกเรือนที่ต้องกระทำในขณะนั้น จึงจำเป็นต้องให้เจ้าพนักงานที่มีเพศไม่ตรงตามที่ผู้ต้องขังระบุเป็นผู้ดำเนินการตรวจค้น หากเกิดขึ้นบ่อยครั้งมาตรการดังกล่าวอาจถูกอะลุ่มอล่วยจนเสื่อมความสำคัญลง

4.2.3 การพิจารณาจัดสถานคุมขัง

เมื่อผู้ต้องขังใหม่ได้ผ่านขั้นตอนการตรวจร่างกาย การทำทะเบียนประวัติเรียบร้อยแล้ว ขั้นตอนต่อไปคือการพิจารณาจัดสถานคุมขังที่เหมาะสม โดยจะต้องผ่านคณะกรรมการจำแนกเพื่อจัดสรรผู้ต้องขังไปยังแดนต่างๆ โดยทั่วไปตามสากลผู้ต้องขังชายและหญิงจะถูกแยกการคุมขังในแต่ละแดนตามเพศกำเนิด แต่สำหรับผู้ต้องขังที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงตามเพศกำเนิด โดยเฉพาะผู้ต้องขังที่ยังไม่ได้ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศ หรือกรณีผู้ต้องขังที่ศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วน ที่มีความเสี่ยงสูงจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศและถูกทำร้ายร่างกายได้ง่าย ทั้งจากผู้ต้องขังด้วยกันเองและจากเจ้าพนักงาน การพิจารณาจัดสถานคุมขังให้เหมาะสมและสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศให้ได้มากที่สุดยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียง ทั้งยังต้องคำนึงถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความปลอดภัย ความมีมนุษยธรรม และประโยชน์ในด้านสุขภาพเป็นสำคัญ

เมื่อพิจารณากฎหมายของไทย ด้วยข้อจำกัดทางกฎหมายที่ยังคงรับรองว่าบุคคลมีเพียงสองเพศ แบ่งตามเพศโดยกำเนิดสังเกตได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ซึ่งถ้อยคำในตัวบทกฎหมายที่กล่าวถึงเงื่อนไขของการสมรส กฎหมายจะใช้คำว่า “ชาย

หญิง”เสมออันแสดงให้เห็นถึงการระบุเพศของคู่สมรสแต่ละฝ่ายไว้โดยปริยาย และตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 ได้วางหลักไว้ว่า “เพศของบุคคลนั้นถือตามเพศที่กำเนิดและจะเป็นเช่นนั้นไปตลอดชีวิต แม้ภายหลังจะผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ตาม บุคคลก็ไม่สามารถร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายรับรอง” ทำให้การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไม่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนเป็นการเฉพาะ การจัดสถานที่คุมขังจึงไม่ได้นำเรื่องของเพศผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายมาพิจารณาเป็นหลัก แต่จะพิจารณาจัดสถานคุมขังตามเพศกำเนิด อัตราโทษ พฤติการณ์ในการกระทำความผิด ลักษณะความผิด ความรุนแรงของคดี ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 40 อย่างไรก็ดีมีบางกรณีที่จัดสถานที่คุมขังตามทักษะ วิชาชีพความสามารถ นโยบายการจัดสถานที่คุมขังสำหรับผู้ต้องขังกลุ่มนี้จึงมีความแตกต่างกัน ประกอบกับข้อจำกัดเรื่องสถานที่และจำนวนเจ้าหน้าที่เรือนจำ ซึ่งเมื่อได้จัดสถานที่คุมขังแล้ว จะมีการประเมินผลการจัดสรรในครั้งแรก(จำแนกซ้ำ)โดยจะดำเนินการทุกๆ 6 เดือนหรือ 1 ปี⁷ แต่ทั้งนี้เพื่อยกมาตรฐานประเทศไทย ให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลที่มุ่งคุ้มครองหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ป้องกันผู้ต้องขังกลุ่มเสี่ยงไม่ให้ถูกล่วงละเมิด การมีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรแยกเป็นการเฉพาะสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ กำหนดวิธีการจัดสถานที่คุมขังให้สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังให้ได้มากที่สุดจึงเป็นอีกหนึ่งปัจจัยสำคัญที่มีความจำเป็น

จากการศึกษาแนวปฏิบัติในต่างประเทศพบว่า มีแนวปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแยกเป็นการเฉพาะสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น ในสหรัฐอเมริกา การพิจารณาจัดสถานที่คุมขังจะไม่จำกัดว่าจะต้องพิจารณาจากเพศกำเนิดเท่านั้น แต่จะนำปัจจัยจากตัวผู้ต้องขัง เช่น ความเห็นของผู้ต้องขังในการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของตน ประวัติการกระทำความผิดทางอาญา การแสดงอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบัน ข้อมูลการรักษาทางการแพทย์ ข้อมูลสุขภาพจิต ความเสี่ยงในการตกเป็นเหยื่อทางเพศ แนวโน้มการก่อให้เกิดอันตราย ประกอบกับข้อจำกัดของเรือนจำ เช่น จำนวนผู้ต้องขังและพื้นที่เรือนจำมาพิจารณาประกอบกัน ในขณะที่อังกฤษจะมีแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (The Care and Management of Transgender Prisoners) (PSI 17/2016) กำหนดให้ผู้ต้องขังมีสิทธิแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตนได้ ซึ่งจะมีคณะกรรมการประเมิน

⁷ ส่วนจำแนกลักษณะผู้ต้องขัง สำนักทัณฑ์ปฏิบัติ กรมราชทัณฑ์, “คู่มือการจำแนกลักษณะผู้ต้องขัง,” น 7.

ความเหมาะสม ภายใต้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ควบคู่ไปกับการพิจารณาความปลอดภัยของตัวผู้ต้องขังเอง รวมตลอดถึงผู้ต้องขังคนอื่น ๆ อีกครั้งหนึ่ง

4.2.3.1 แนวทางแก้ปัญหาการพิจารณาจัดสถานคุมขัง

ผู้ศึกษาเสนอแนวทางแก้ปัญหาในการพิจารณาจัดสถานคุมขังสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศให้ครอบคลุมทุกกรณี โดยจะไม่แยกผู้ต้องขังกลุ่มนี้ออกจากผู้ต้องขังชายและหญิงเพียงเพราะเหตุของความแตกต่างของวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ หรือจะคุมขังผู้ต้องขังกลุ่มนี้กับผู้ต้องขังชายและหญิงโดยพิจารณาเพียงเพศกำเนิด แต่ปัจจัยสำคัญในการที่ผู้ศึกษาจะใช้พิจารณาจัดสถานคุมขัง คือการพิจารณาเป็นรายบุคคล โดยให้สิทธิแก่ผู้ต้องขังได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตน โดยเฉพาะกรณีผู้ต้องขังที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วนหรือยังไม่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศ ซึ่งการให้ผู้ต้องขังมีส่วนร่วมในการจัดสถานที่คุมขังถือเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับหลักการ Yogyakarta Principles⁸ ที่ว่า “ให้ผู้ถูกคุมขังมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเรื่องสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของตนให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้” โดยจะมีคณะกรรมการจำแนกผู้ต้องขังร่วมพิจารณาความคิดเห็นดังกล่าวประกอบกับความปลอดภัยของเรือนจำและของผู้ต้องขังแต่ละคน ความมีมนุษยธรรม รวมถึงประโยชน์ในด้านสุขภาพด้วย ซึ่งเมื่อได้จัดสถานที่คุมขังแล้ว จะต้องมีการประเมินผลการจัดสถานคุมขังทุก ๆ 6 เดือนหรือ 1 ปี มีวิธีการจัดสรรแยกเป็นกรณีดังนี้

(1) กรณีผู้ต้องขังชายศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิง เพื่อให้สอดคล้องกับระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 9, 13 ที่ได้กำหนดให้เจ้าพนักงานเรือนจำหญิงเป็นผู้ตรวจร่างกาย จึงเสนอให้คุมขังผู้ต้องขังกลุ่มนี้ไว้ในแดนคุมขังหญิง ซึ่งในทางปฏิบัติจริง เรือนจำพิเศษพิทยาก็ได้จัดให้ผู้ต้องขังชายที่ศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิงแล้วคุมขังร่วมกับผู้ต้องขังหญิงทั่วไป โดยจะมีห้องแยกเฉพาะให้ต่างหาก

(2) กรณีผู้ต้องขังหญิงศัลยกรรมแปลงเพศเป็นชาย เนื่องจากกรณีนี้มีจำนวนน้อยมาก แต่หากมีเห็นควรจัดให้คุมขังในแดนเดียวกับผู้ต้องขังหญิงทั่วไป โดยจัดห้องแยกเฉพาะให้ต่างหาก

อย่างไรก็ดีแม้ว่า การจัดให้ผู้ต้องขังหญิงที่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศเป็นชายแล้ว ให้ถูกขังร่วมกับผู้ต้องขังในแดนชายจะเป็นการปฏิบัติที่เหมือนกัน กับกรณีผู้ต้องขังชายที่ศัลยกรรม

⁸The Yogyakarta Principles on the application of international human rights law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity, principle 9 C.

แปลงเพศเป็นหญิงที่ต้องถูกคุมขังในแดนหญิงก็ตาม อันเป็นการปฏิบัติเสมอภาคทางเพศ (gender symmetry) แต่การจัดสถานที่คุมขังในลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดผลที่ไม่เท่าเทียมกัน (gender inequality) กล่าวคือ การจัดผู้ต้องขังชายที่ศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิง ไปคุมขังในแดนหญิงไม่ก่อให้เกิดความเสี่ยงทางด้านการถูกล่วงละเมิดทางเพศทั้งต่อตัวผู้ต้องขังเองและผู้ต้องขังหญิงคนอื่น ในขณะที่การจัดให้ผู้ต้องขังหญิงที่ศัลยกรรมแปลงเพศเป็นชายถูกคุมขังในแดนขังชาย ยังมีความเสี่ยงที่ผู้ต้องขังแปลงเพศดังกล่าวจะถูกล่วงละเมิดทางเพศจากผู้ต้องขังชายอื่นได้อยู่⁹

(3) กรณีผู้ต้องขังที่ศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วนหรือยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศ เช่น ผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดเสริมเฉพาะหน้าอกแต่ยังคงมีอวัยวะเพศชายอยู่ หรือผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดนำอวัยวะเพศเพศชายออก แต่ยังไม่ได้ผ่าตัดเสริมหน้าอก หรือผู้ต้องขังชายที่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิงแต่ยังไม่ได้ผ่าตัดศัลยกรรมใดๆ ผู้ศึกษาเสนอให้ใช้กระบวนการพิจารณาจัดสถานคุมขังโดยเทียบเคียงกับของอังกฤษ¹⁰ ดังนี้

เมื่อเจ้าพนักงานสอบถามความคิดเห็นของผู้ต้องขังเกี่ยวกับสถานคุมขังที่ผู้ต้องขังเห็นว่าเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตนและตนรู้สึกปลอดภัย

ก) หากผู้ต้องขังเห็นว่าสถานที่คุมขังที่ปลอดภัยและเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนระบุขึ้นตรงกับเพศตามกฎหมาย เรือนจำจะต้องส่งผู้ต้องขังไปคุมขังในสถานคุมขังที่ตรงกับเพศตามกฎหมาย เช่น ผู้ต้องขังชายที่แสดงอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศโดยกำเนิดและยังไม่ได้ผ่าตัดเสริมใดๆ ตามกฎหมายของไทยแล้วยังคงเป็นเพศชาย แสดงความคิดเห็นว่าแดนคุมขังชายเหมาะสมกับการคุมขังตามเพศของตน เจ้าพนักงานจะต้องส่งตัวผู้ต้องขังไปยังแดนขังชาย โดยอาจจะมีการแยกเฉพาะให้ เนื่องจากผู้ต้องขังกลุ่มนี้มีความเสี่ยงสูงที่จะถูกผู้ต้องขังชายข่มขืน ล่วงละเมิดทาง

⁹Rebecca Man, "The Treatment of Transgender Prisoners, Not Just an American Problem - A Comparative Analysis of American, Australian, and Canadian Prison Policies concerning the Treatment of Transgender Prisoners and a Universal Recommendation to Improve Treatment," Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Legal, Issues 15 (2006): p.15.

¹⁰National Offender Management Service, The Care and Management of Transgender Prisoner referenced as PSI 17/2016.

เพศหรือทำร้ายร่างกาย¹¹ ประกอบกับควรจัดให้มีเจ้าพนักงานเรือนจำเฝ้าระวังและรักษาความปลอดภัยแก่ผู้ต้องขังอย่างสม่ำเสมอ

ข) หากผู้ต้องขังเห็นว่าสถานที่คุมขังที่ปลอดภัยและเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนระบุนั้น ไม่สอดคล้องตรงกันกับเพศตามกฎหมายของผู้ต้องขัง เช่น ผู้ต้องขังชายที่แสดงอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศโดยกำเนิดและยังไม่ได้ผ่าตัดเสริมใดๆ มีความเห็นว่าสถานคุมขังหญิงเหมาะสมกับตน แต่ตามกฎหมายแล้วเขายังคงเป็นเพศชาย กรณีนี้เจ้าพนักงานจะต้องแจ้งให้ผู้ต้องขังแสดงหลักฐานหรือข้อมูลอย่างใดอย่างหนึ่งที่สามารถยืนยันได้ว่าที่ผ่านตนได้ดำเนินชีวิตในเพศที่ตนกำหนดมาแล้ว เพื่อที่คณะกรรมการจำแนก จะได้นำข้อมูลและหลักฐานไปพิจารณาจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่สถานคุมขังตามเพศที่ผู้ต้องขังเป็นผู้ระบุ รวมทั้งเพื่อกำหนดแผนการดูแลผู้ต้องขังระหว่างอยู่ในเรือนจำได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ประเภทของหลักฐานหรือข้อมูลที่ผู้ต้องขังต้องแสดง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นสอดคล้องกับอังกฤษ¹² ในบางส่วนและประเทศไทยสามารถนำมาเป็นหลักในการพิจารณาได้ คือประเภทของหลักฐานที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือ ได้แก่ หลักฐานทางการแพทย์ เช่น ประวัติการศัลยกรรมแปลงเพศ หลักฐานการใช้ชีวิต เช่น การแสดงให้ผู้อื่นเห็นได้ว่าผู้ต้องขังเป็นเพศตามที่ผู้ต้องขังกำหนด เช่น เอกสารการเปลี่ยนชื่อ การแต่งกาย แต่หากผู้ต้องขังไม่สามารถแสดงข้อมูลหรือหลักฐานการใช้ชีวิตในเพศที่ตนกำหนดได้เลย กรณีเช่นนี้คณะกรรมการอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า ผู้ต้องขังคนนั้นไม่ใช่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่เนื่องจากผลของคำพิพากษาจำคุก อาจเป็นมูลเหตุจูงใจที่ทำให้เขาประสงค์จะถูกคุมขังในแดนคุมขังที่มีเพศตรงข้ามกับตนจึงแสดงอัตลักษณ์ที่แตกต่างไปจากเพศกำเนิดหรือเพื่อให้สามารถเข้าถึงผู้ที่ตนต้องการล่วงละเมิดได้ง่ายขึ้น และหากเป็นกรณีที่ผู้ต้องขังแสดงข้อมูลหรือหลักฐานการใช้ชีวิตในเพศที่ตนกำหนดได้อย่างจำกัด กรณีนี้คณะกรรมการอาจพิจารณาได้ว่าผู้ต้องขังอาจจะมีเจตนาไม่ชัดเจนหรือแน่อนที่จะเปลี่ยนแปลงเพศ หรือผู้ต้องขังนั้นอายุน้อยจึงไม่สามารถแสดงหลักฐานสนับสนุนการใช้ชีวิตตามเพศที่ตนกำหนดได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้นผู้ต้องขังอาจใช้สิ่งของเครื่องใช้ในชีวิตประจำวันที่สามารถระบุตัวตนและการแสดงอัตลักษณ์ทางเพศของตนได้ หรือให้มีการรับรองการแสดงอัตลักษณ์ทางเพศจากครอบครัว อาจารย์ หรือจากบุคคลอื่นๆ เพื่อสนับสนุนการใช้ชีวิตตามเพศที่ตนกำหนดได้

¹¹ Rebecca Man, *Supra note 9*, p.6.

¹² National Offender Management Service, *Supra note 10*.

ข้อดี คือการให้ผู้ต้องขังมีสิทธิร่วมแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดสรรสถานคุมขังที่จะเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตนเป็นแนวทางที่แสดงถึงการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในการเคารพสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติตามเพศที่ตนเลือก อันสอดคล้องกับหลักการสากลที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลกลุ่มนี้เป็นการเฉพาะ และแม้จะให้สิทธิดังกล่าวเรือนจำก็ยังคงมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมจากดุลพินิจของคณะกรรมการอีกชั้นหนึ่งซึ่งถือเป็นที่สุด รวมทั้งต้องมีการแสดงข้อมูลพยานหลักฐานการใช้ชีวิตตามเพศที่ตนกำหนดประกอบด้วย

ข้อพิจารณา

(1) กรณีผู้ต้องขังชายที่แสดงอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศโดยกำเนิดและยังไม่ได้ผ่าตัดเสริมใดๆหรือมีการผ่าตัดเสริมหน้าอกแต่ยังคงมีอวัยวะเพศชาย มีความเห็นว่าสถานคุมขังหรือแดนขังหญิงเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศและปลอดภัยสำหรับตน คณะกรรมการจะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นส่วนบุคคลและชั่งน้ำหนักความปลอดภัยของตัวผู้ต้องขังเอง หากให้ผู้คุมขังในสถานคุมขังชายจะถูกทำร้ายร่างกายหรือถูกล่วงละเมิดทางเพศหรือไม่ และหากให้ขังในสถานคุมขังหญิง จะเป็นอันตรายต่อผู้ต้องขังหญิงคนอื่นหรือไม่ เมื่อคณะกรรมการจำแนกพิจารณาชั่งน้ำหนักความปลอดภัยแล้วเห็นว่า ควรให้ผู้คุมขังในสถานคุมขังหญิง ในกรณีนี้อาจพิจารณาการให้ฮอรัโมนแก่ผู้ต้องขังคนดังกล่าว เพื่อเพิ่มฮอรัโมนเพศหญิง อันเป็นวิธีช่วยลดความเสี่ยงที่ผู้ต้องขังชายจะเป็นอันตรายต่อผู้ต้องขังหญิงคนอื่นๆ เนื่องจากการรักษาด้วยฮอรัโมนอย่างเหมาะสม จะทำให้อวัยวะเพศชายเสื่อมสมรรถภาพลง¹³

(2) กรณีจัดให้มีแดนพิเศษสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นอีกหนึ่งวิธีในการจัดสถานที่คุมขัง ซึ่งแม้ว่าผู้ต้องขังกลุ่มนี้จะถูกแยกคุมขังจากผู้ต้องขังชายและหญิงคนอื่นๆ แต่ยังคงต้องได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานรวมถึงการได้ทำกิจกรรมต่างๆอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งการแยกสถานคุมขังโดยเฉาะนี้อาจจะง่ายต่อการบริหารจัดการ แต่ก็อาจจะไม่ใช่วิธีการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่ดีที่สุด เนื่องจากการล่วงละเมิดทางเพศเกิดขึ้นได้ทุกที่ทุกเวลา หากไม่เกิดจากผู้ต้องขังด้วยกันเอง ก็อาจจะถูกล่วงละเมิดจากเจ้าพนักงาน อีกทั้งการจัดแดนพิเศษ จะต้องใช้งบประมาณและพื้นที่ ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่จำเป็นต้องจัดให้มีแดนพิเศษในทุกเรือนจำ แต่อาจจะมีในเรือนจำใหญ่เท่านั้นที่มีจำนวนผู้ต้องขังกลุ่มนี้จำนวนมาก

¹³Christine Peek, “Breaking Out of the Prison Hierarchy: Transgender Prisoners, Rape, and the Eighth Amendment,” SANTA CLARA Law Review, 27 (2004): p.1242.

4.2.4 มาตรการความจำเป็นอื่นสำหรับผู้ต้องขัง

นอกเหนือการที่ต้องมีแนวปฏิบัติเฉพาะแตกต่างจากผู้ต้องขังทั่วไปเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมทางเพศแล้ว มาตรการจำเป็นพิเศษอื่นก็มีความสำคัญสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น สิทธิที่จะได้คำปรึกษาและการดูแลจากแพทย์เนื่องจากการผ่าตัดศัลยกรรมต่างๆ การจัดสถานที่อาบน้ำห้องน้ำอย่างเหมาะสม รวมถึงการได้สวมใส่เสื้อผ้า ได้ใช้เครื่องสำอางจำเป็นตามเพศที่ผู้ต้องขังกำหนด

เมื่อพิจารณาแนวปฏิบัติของไทยเกี่ยวกับความจำเป็นพิเศษอื่นสำหรับผู้ต้องขัง กลุ่มนี้พบว่า สำหรับผู้ต้องขังเพศชายที่ศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิงแล้วเท่านั้นที่จะถูกจัดสถานที่อาบน้ำแยกจากผู้ต้องขังอื่น ส่วนผู้ต้องขังชายที่ศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วน เช่น ผ่าตัดเสริมเฉพาะหน้าอก หรือที่มีสภาพจิตใจเป็นหญิงแต่ยังไม่ได้ศัลยกรรมใดๆ จะอาบน้ำรวมกับผู้ต้องขังชายทั่วไป ส่วนห้องสุขานั้นใช้ร่วมกันทั้งหมด สำหรับชุดชั้นใน กางเกงในสำหรับเพศหญิง เครื่องสำอาง เช่น ครีมกันแดด กรรมาชท์กันแดดไม่มีนโยบายจัดจำหน่ายตามร้านสวัสดิการในเรือนจำ และไม่อนุญาตให้ญาติจัดหามาให้ เว้นแต่จะต้องทำเรื่องขอสั่งซื้อเสื้อชั้นใน กางเกงในหญิง ผ่านทางเรือนจำ ซึ่งจะมีราคาสูงกว่าท้องตลาด สำหรับยาฮอร์โมนนั้น กรรมาชท์กันแดดไม่มีนโยบายที่จะให้จำหน่าย หรือให้แพทย์จ่ายยาดังกล่าว รวมทั้งไม่อนุญาตให้ญาติจัดหามาให้ ส่งผลให้ผู้ต้องขังที่ศัลยกรรมแปลงเพศแล้วขาดฮอร์โมนเนื่องจากร่างกายไม่สามารถผลิตได้ทั้งฮอร์โมนเพศชายและฮอร์โมนเพศหญิง ร่างกายทรุดโทรม อารมณ์แปรปรวน (ผู้ต้องขังเสนอว่า หากแพทย์วินิจฉัยว่าตนสมควรได้รับฮอร์โมน อาจเสนอให้กรมออกกฎที่อนุญาตให้ญาติซื้อมาให้ได้ โดยไม่ต้องรองบประมาณจากกรรมาชท์กันแดด)

เมื่อพิจารณาแนวปฏิบัติของต่างประเทศ เช่น เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ พบว่าได้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถเลือกสวมใส่เสื้อผ้า เสื้อชั้นใน กางเกงใน เครื่องสำอางจำเป็นได้ตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ผู้ต้องขังเลือก จัดให้มีห้องน้ำและอาบน้ำแยกต่างหากจากผู้ต้องขังอื่น รวมถึงการดูแลรักษาทางการแพทย์ หากผู้ต้องขังได้รับการรักษาด้วยฮอร์โมนมาก่อนถูกจำคุก ภายหลังเข้าเรือนจำก็จะต้องได้รับการรักษาดังกล่าวต่อไป หรือผู้ต้องขังประสงค์จะศัลยกรรมแปลงเพศภายหลังจากเข้าเรือนจำ แพทย์จะพิจารณาเป็นรายกรณี ซึ่งผู้ต้องขังต้องออกค่าใช้จ่ายเอง

4.2.4.1 แนวทางแก้ปัญหาการจัดให้มีมาตรการจำเป็นอื่นสำหรับผู้ต้องขัง

มาตรการความจำเป็นอื่นสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่ดี คือ การอนุญาตให้ผู้ต้องขังได้แสดงออกตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนกำหนดและมีเครื่องใช้จำเป็นที่สอดคล้องกับการดำเนินชีวิตและอนามัยตามเพศสภาพที่ตนเลือก โดยไม่นำเพศกำเนิด รวมถึงสถานคุมขังมาเป็นเกณฑ์จำกัดสิทธิดังกล่าว โดยสามารถแบ่งความจำเป็นได้ดังนี้

(1)ความจำเป็นในการดูแลสุขภาพและการรักษา

กรณีผู้ต้องขังที่ได้รับการคัดสรรมาเพื่อบำบัดก่อนที่จะถูกคุมขังและแพทย์วินิจฉัยว่าจำเป็นต้องได้รับยาฮอร์โมนอย่างต่อเนื่อง หรือผู้ต้องขังที่แพทย์วินิจฉัยว่าเป็นโรค Gender Dysphoria และจำเป็นต้องได้รับการรักษาด้วยวิธีการให้ฮอร์โมนขณะถูกคุมขัง เรือนจำจะต้องจัดให้ผู้ต้องขังคนนั้นได้รับการดูแลรักษาเทียบเท่ากับการดูแลรักษาอย่างผู้ป่วยทั่วไปที่ไม่ได้ถูกคุมขังในเรือนจำ รวมถึงการให้คำปรึกษาและคำแนะนำต่างๆ เกี่ยวกับอนามัยส่วนบุคคลสำหรับผู้ต้องขังกลุ่มนี้

ข้อดี คือผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศแต่ละคนมีความต้องการในด้านสุขภาพทางเพศที่แตกต่างกัน บางคนจำเป็นต้องได้รับยาฮอร์โมนอย่างต่อเนื่อง หากหยุดยาจะทันทันอาจทำให้ผู้ต้องขังดังกล่าวมีความเสี่ยงที่เกิดอาการทางจิตหรือทำร้ายตัวเองได้¹⁴ บางคนต้องการเพียงคำปรึกษาจากผู้เชี่ยวชาญ การที่เรือนจำให้ความสำคัญและมีระเบียบปฏิบัติในด้านสุขภาพทางเพศที่ชัดเจน ทำให้ผู้ต้องขังได้รับการคุ้มครองสิทธิในการมีสุขภาพตามมาตรฐานสูงสุดเท่าที่เป็นไปได้ โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศอันสอดคล้องกับหลักการยกย่องการดำรงอัตลักษณ์¹⁵

ข้อพิจารณา คือเรือนจำของไทยประสบปัญหาขาดแคลนแพทย์และงบประมาณจำกัดอาจไม่เพียงพอในการจัดหาฮอร์โมน ผู้ศึกษาเห็นว่าปัญหานี้อาจแก้ไขได้โดย จัดจ้างแพทย์ห้วงเวลาและกรมราชทัณฑ์อาจออกกฎหรือระเบียบที่อนุญาตให้ญาติจัดหาฮอร์โมนมาให้แก่ผู้ต้องขัง ซึ่งต้องผ่านการตรวจสอบจากเจ้าพนักงานอีกชั้นหนึ่ง

(2) การจัดสถานที่อาบน้ำ

ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ว่าจะถูกคุมขังอยู่ในแดนชายหรือแดนหญิง เรือนจำควรจัดให้อาบน้ำแยกจากผู้ต้องขังอื่น และสถานที่อาบน้ำ ขับถ่ายหรือเปลี่ยนเสื้อผ้าจะต้องไม่มีเจ้าพนักงานเรือนจำที่ไม่ใช่เจ้าพนักงานทางการแพทย์มองดูด้านม ก้น หรืออวัยวะเพศได้อันสอดคล้องกับข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา

ข้อดี คือเป็นการป้องกันการถูกล่วงละเมิดทางเพศและเป็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล

¹⁴The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, “The Standards of Care for Gender Identity Disorders,” February 2001.

¹⁵The Yogyakarta Principles on the application of international human rights law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity, principle 17.

ข้อพิจารณา คือเรือนจำของไทยมีสถานที่จำกัด อาจไม่สามารถจัดหาสถานที่อาบน้ำสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นการเฉพาะได้ แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าสามารถแก้ปัญหาได้โดยการจัดสรรเวลาการเข้าอาบน้ำ โดยผลัดเปลี่ยนเวลากันไปตามกลุ่มของผู้ต้องขัง

(3) เสื้อผ้าตามเพศที่ผู้ต้องขังเลือก เสื้อชั้นใน กางเกงใน เครื่องสำอาง

เป็นอีกหนึ่งความจำเป็นที่สามารถให้สิทธิผู้ต้องขังได้แสดงออกตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนเลือก โดยการให้ผู้ต้องขังมีสิทธิที่จะสวมใส่เสื้อผ้าที่เหมาะสมตรงตามเพศที่ผู้ต้องขังกำหนด รวมทั้งจัดหาเสื้อชั้นใน กางเกงในที่เหมาะสมและเครื่องสำอางที่จำเป็น อันสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของต่างประเทศที่ให้ความสำคัญกับเรื่องนี้ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า มาตรการนี้ประเทศไทยสามารถนำมาปฏิบัติได้ หากกรมราชทัณฑ์ไม่มีงบประมาณเพียงพอสำหรับการจัดหา การวางจำหน่ายในร้านสวัสดิการของเรือนจำก็สามารถช่วยแก้ปัญหาดังกล่าวได้

ข้อดี คือผู้ต้องขังได้ใช้สิ่งของจำเป็นเหมาะสมกับเพศสภาพของตน และการได้ใช้เครื่องสำอางที่จำเป็น เช่น ครีมกันแดดและลิปสติกมัน ผู้ศึกษาเห็นว่าสามารถช่วยผ่อนคลายความเครียดลงได้

ข้อพิจารณา คือหากร้านสวัสดิการมีเสื้อชั้นในหรือเครื่องสำอางไม่เพียงพอจำหน่ายอย่างทั่วถึงหรือไม่จำกัดจำนวนการซื้อ จะเกิดปัญหาการซื้อแล้วนำไปขายต่อให้แก่ผู้ต้องขังด้วยกันในราคาที่สูง ผู้ต้องขังที่ไม่มีญาติส่งเงินให้ก็จะมีเสื้อชั้นในใส่และไม่มีเครื่องสำอางที่จำเป็นใช้ส่งผลให้วัตถุประสงค์ข้อนี้ไม่บรรลุผล

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่า การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศตามลักษณะเพศที่กำเนิด ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลที่คำนึงถึงเพศที่มีความหลากหลายที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังด้วย ตั้งแต่ขั้นตอนการจำแนกผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ การตรวจค้นร่างกาย การพิจารณาจัดสถานที่คุมขัง รวมถึงความจำเป็นพิเศษอื่นๆ แต่ด้วยข้อจำกัดของกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและระเบียบปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ผู้ต้องขังกลุ่มนี้จึงยังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างเหมาะสม ดังนั้นในบทนี้ผู้ศึกษาจะได้สรุปปัญหาและเสนอแนะแนวทางในการแก้ปัญหาสำหรับประเทศไทย

5.1 บทสรุป

ผู้ต้องขังแม้ว่าจะถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการจากการกระทำความผิด แต่เขายังคงมีฐานะเป็นมนุษย์และพลเมืองของประเทศ จึงมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกับพลเมืองคนอื่นๆ การกระทำอันเป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และละเมิดสิทธิมนุษยชนไม่สามารถที่จะกระทำได้ เห็นได้จากสารระหว่างประเทศฉบับต่างๆ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1948) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง ฉบับปรับปรุง (ข้อกำหนดแมนเดลา) (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners “Mandela Rules”) และข้อกำหนดกรุงเทพ (Bangkok Rules) ที่บัญญัติคุ้มครองสิทธิของบุคคลซึ่งรวมถึงผู้ต้องขังที่พึงได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์

สำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เมื่อพิจารณาหลักการสากลกฎหมายภายในรวมถึงแนวปฏิบัติของบางประเทศ ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิของกลุ่มผู้ต้องขังดังกล่าวไว้โดยแยกจากผู้ต้องขังทั่วไป ทำให้ผู้ต้องขังกลุ่มนี้ได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมสอดคล้องตามอัตลักษณ์ทางเพศที่เขาพึงได้รับ เห็นได้จากหลักการยกย่องการเคารพการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ (The Yogyakarta

Principles The Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity) ได้บัญญัติรับรอง คัมครองสิทธิ ในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังกลุ่มนี้ไว้ในหลักการข้อ 9 เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการลดทอนคุณค่าของบุคคลให้น้อยลงไปด้วยสาเหตุวิถีทางทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ คัมครองไม่ให้ผู้ต้องขังถูกกระทำทารุณกรรมหรือตกเป็นเหยื่อของความรุนแรง และจัดสรรบริการโดยตระหนักถึงความจำเป็นพิเศษที่มีพื้นฐานจากวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ.2560 กฎกระทรวงและระเบียบที่มีอยู่ ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นมูลฐานที่ผู้ต้องขังทุกคนพึงได้รับ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการได้รับอาหารที่ปรุงสุก สะอาด ในปริมาณที่เพียงพอ สิทธิได้รับบริการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย ห้องน้ำห้องส้วมที่ถูกสุขลักษณะ สิทธิได้รับเครื่องแต่งกาย เครื่องนุ่งห่มที่สะอาด เหมาะสมกับวัฒนธรรมและสภาพอากาศ เมื่อเจ็บป่วยมีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์และการรักษาพยาบาล โดยไม่จำกัดว่าผู้ต้องขังจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิงหรือเป็นกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศ ล้วนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ดีสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว สิ่งสำคัญนอกเหนือจากการได้รับสิทธิขั้นมูลฐานดังกล่าว คือการได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศโดยคำนึงถึงความแตกต่างเป็นสำคัญ นับตั้งแต่ขั้นตอนการคัดกรองเพื่อระบุอัตลักษณ์ทางเพศ การตรวจค้นร่างกาย การพิจารณาจัดสถานที่คุมขัง รวมไปถึงสิทธิในสิ่งจำเป็นอื่น เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ กฎกระทรวง รวมถึงระเบียบกรมราชทัณฑ์ต่างๆ มีเพียง ระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขัง เข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561¹ ที่ได้บัญญัติถึงกรณีการตรวจร่างกายสำหรับผู้ต้องขังชายที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ไว้เพียงกรณีเดียว แต่ในส่วน of ขั้นตอนสำคัญอื่นๆ และผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศกรณีอื่นนอกเหนือจากผู้ต้องขังชายที่แปลงเพศ ยังไม่มีบัญญัติแนวปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้แนวปฏิบัติต่อผู้ต้องขังกลุ่มนี้ในแต่ละเรือนจำมีความแตกต่างกัน ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วแนวปฏิบัติจะยังคงยึดตามเพศกำเนิด

การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศโดยยึดตามเพศกำเนิด ส่งผลให้ผู้ต้องขังไม่ได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศที่เขาพึงได้รับภายใต้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นเพื่อเป็นการยกระดับคุณภาพชีวิตและเป็นการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศให้เป็นไปตามมาตรฐานสากล จึงควรบัญญัติกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิ

¹ระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 9 และข้อ 13

ผู้ต้องขังกลุ่มนี้เป็นการเฉพาะ และกำหนดแนวปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน เพื่อใช้เป็นมาตรฐานสำหรับเรือนจำทั่วประเทศ

แนวปฏิบัติสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของต่างประเทศและมาตรฐานสากล ซึ่งเหมาะสมกับประเทศไทย สามารถแบ่งออกได้ดังนี้

5.1.1 ขั้นตอนการพิจารณาระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง

แนวปฏิบัติที่เหมาะสมต่อการพิจารณาระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังคือ ให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้รายงานอัตลักษณ์ทางเพศของตนว่า “ตนนิยามตนเองว่าเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายหรืออื่นๆ” และรายงานวิถีทางเพศว่า “ตนรักใคร่หรือเสน่หาในผู้หญิงหรือผู้ชายหรือทั้งสอง” และเจ้าพนักงานก็ต้องพิจารณาลักษณะทางกายภาพภายนอกของผู้ต้องขังประกอบด้วยว่า “ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศทั้งหมดหรือบางส่วนแล้วหรือไม่” และนำมาพิจารณาประกอบกับข้อมูลส่วนบุคคล เช่น จากใบสูติบัตร เอกสารประกอบการส่งตัวหรือเอกสารการจับกุมที่เจ้าพนักงานตำรวจได้บันทึกไว้หรือไม่ว่า ขณะจับกุมผู้ต้องหาเป็นเพศใด มีการแต่งกายตรงตามเพศหรือมีลักษณะการแสดงออกที่บ่งถึงเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิดหรือไม่ หรือจากแหล่งข้อมูลที่ดีที่สุดที่สามารถรวบรวมได้ โดยข้อมูลทั้งหมดจะต้องถูกบันทึกลงในทะเบียนประวัติผู้ต้องขัง ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 36

กรณีพิจารณาจากข้อมูลต่างๆแล้วไม่สามารถระบุเพศของผู้ต้องขังได้หรือยังมีข้อสงสัย เจ้าพนักงานจะต้องนำเข้าหารือกับคณะกรรมการจำแนกลักษณะผู้ต้องขัง ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าว ผู้ศึกษาเสนอให้เพิ่มผู้เชี่ยวชาญจากองค์กรที่ทำงานกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย เช่น สมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย(Rainbow Sky Association of Thailand) อัญจารี บางกอกเรนโบว์(Bangkok Rainbow) หรือเครือข่ายเพื่อนกะเทยไทย(Thai Transgender Alliance) ร่วมกับนักจิตวิทยาและแพทย์เฉพาะทาง เพิ่มเติมจากคณะกรรมการจำแนกที่มีอยู่เดิม เพื่อร่วมพิจารณาสถานะทางเพศของผู้ต้องขัง วางแผนกำหนดสถานที่คุมขังและวิธีการดูแลอย่างเหมาะสม

อีกทั้งเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังให้ได้มากที่สุด เรือนจำจะต้องขอความยินยอมจากผู้ต้องขังให้สามารถเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับการผ่านกระบวนการเปลี่ยนแปลงเพศ หรือข้อมูลที่แสดงถึงการใช้ชีวิตตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนกำหนดมาก่อนเข้าเรือนจำ ให้แก่หน่วยงานหรือผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อวัตถุประสงค์ในการวางแผนการดูแลและบริหารจัดการผู้ต้องขังนั้นได้อย่างเหมาะสม สอดคล้องกับอัตลักษณ์ ความต้องการเฉพาะของแต่ละบุคคล ซึ่งการขอความยินยอมเปิดเผยข้อมูลนี้ถือเป็นการพิทักษ์สิทธิของบุคคลในการเลือกว่าจะ

เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของตนให้กับใคร เมื่อไร อันสอดคล้องกับหลักการ Yogyakarta Principles ข้อ 6 ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนบุคคล²

5.1.2 ขั้นตอนการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง

การตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ตั้งแต่ในวันแรกรับเพื่อตรวจสอบสุขภาพ และในการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังกรณีเข้า-ออกเรือนจำ แนวทางในการพิจารณาเลือกเพศของเจ้าพนักงานผู้ตรวจค้นมีดังนี้

(1) กรณีผู้ต้องขังชายคลัยกรรมแปลงเพศเป็นหญิง เจ้าพนักงานเรือนจำหญิงจะเป็นผู้ตรวจค้นร่างกาย ตามที่บัญญัติไว้ในระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ.2561 ข้อ 9, 13

(2) กรณีผู้ต้องขังหญิงคลัยกรรมแปลงเพศเป็นชาย กรณีนี้ให้เจ้าพนักงานเรือนจำชายเป็นผู้ดำเนินการตรวจค้น เนื่องจากมีเพศสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังเทียบเคียงตามแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกา³

3) กรณีผู้ต้องขังคลัยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วน เช่น ผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดเสริมเฉพาะหน้าอก หรือผู้ต้องขังชายที่ตัดเฉพาะอวัยวะเพศออก หรือผู้ต้องขังที่ยังไม่ได้คลัยกรรมแปลงเพศ กรณีนี้ให้ผู้ต้องขังระบุเพศเจ้าพนักงานผู้ดำเนินการตรวจค้นร่างกายไว้ในทะเบียนประวัติตั้งแต่วันแรกที่รับเข้าใหม่ ซึ่งหากไม่ใช่กรณีฉุกเฉิน เจ้าพนักงานจะต้องจัดให้ตาม que ผู้ต้องขังประสงค์

5.1.3 ขั้นตอนการพิจารณาจัดสถานที่คุมขัง

แนวปฏิบัติที่เหมาะสมต่อการพิจารณาจัดสถานที่คุมขังคือ ให้สิทธิแก่ผู้ต้องขังในการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดสรรสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตน ซึ่งถือ

²The Yogyakarta Principles on the application of international human rights law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity, principle 6.

³Nation PREA Resource Center, “FAQ Can you please clarify the parameters of conducting a search of a transgender or intersex inmate/resident?,” Retrieved on June 19, 2018, from <https://www.prearesourcecenter.org/node/3257>.

เป็นมาตรการที่สอดคล้องกับหลักการ Yogyakarta Principles⁴ ที่ให้ผู้ถูกคุมขังมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเรื่องสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของตนให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยคณะกรรมการจำแนกผู้ต้องขังจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจตัดสินใจกำหนดสถานที่คุมขังประกอบกับประเมินความเหมาะสม ภายใต้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ควบคู่ไปกับการพิจารณาความปลอดภัยของตัวผู้ต้องขังเองและผู้ต้องขังคนอื่นด้วย มีวิธีการจัดสรรแยกเป็นกรณีดังนี้

(1) กรณีผู้ต้องขังชายศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิง เพื่อให้สอดคล้องกับระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 9,13 ที่ได้กำหนดให้เจ้าพนักงานเรือนจำหญิงเป็นผู้ตรวจร่างกายผู้ต้องขังชายที่ศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิง ดังนั้นจึงเห็นควรให้ผู้คุมขังผู้ต้องขังกลุ่มนี้ไว้ในแดนขังหญิงเช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิงคนอื่น โดยมีห้องแยกเฉพาะให้

(2) กรณีผู้ต้องขังหญิงศัลยกรรมแปลงเพศเป็นชาย กรณีนี้แม้ผู้ต้องขังจะมีลักษณะทางกายภาพเหมือนเพศชายแล้วก็ตาม แต่ยังคงมีความเสี่ยงที่จะถูกล่วงละเมิดทางเพศจากผู้ต้องขังชายคนอื่น⁵ ควรจัดให้ผู้คุมขังในแดนขังหญิง แต่ก็ควรจัดห้องแยกเฉพาะให้ในเวลาขึ้นเรือนนอน

(3) กรณีผู้ต้องขังที่ศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วนหรือยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศ เช่น ผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดเสริมเฉพาะหน้าอกแต่ยังคงมีอวัยวะเพศชายอยู่ หรือผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดนำอวัยวะเพศชายออก แต่ยังไม่ได้ผ่าตัดเสริมหน้าอก หรือผู้ต้องขังชายที่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิงแต่ยังไม่ได้ผ่าตัดศัลยกรรมใดๆ ใช้กระบวนการพิจารณาจัดสถานคุมขังดังนี้

เมื่อเจ้าพนักงานสอบถามความคิดเห็นของผู้ต้องขังเกี่ยวกับสถานคุมขังที่ผู้ต้องขังเห็นว่าเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตนและตนรู้สึกปลอดภัย

⁴The Yogyakarta Principles on the application of international human rights law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity, principle 9 C.

⁵Rebecca Man, "The Treatment of Transgender Prisoners, Not Just an American Problem - A Comparative Analysis of American, Australian, and Canadian Prison Policies concerning the Treatment of Transgender Prisoners and a Universal Recommendation to Improve Treatment," Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Legal, Issues 15 (2006): p.15.

ก) หากผู้ต้องขังเห็นว่าสถานที่คุมขังที่ปลอดภัยและเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนระบุนั้นตรงกับเพศตามกฎหมาย เรือนจำจะต้องส่งผู้ต้องขังไปคุมขังในสถานคุมขังที่ตรงกับเพศตามกฎหมาย โดยอาจจะมีห้องแยกเฉพาะให้

ข) หากผู้ต้องขังเห็นว่าสถานที่คุมขังที่ปลอดภัยและเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนระบุนั้น ไม่สอดคล้องตรงกันกับเพศตามกฎหมายของผู้ต้องขัง กรณีนี้เจ้าพนักงานจะต้องแจ้งให้ผู้ต้องขังแสดงหลักฐานหรือข้อมูลอย่างใดอย่างหนึ่งที่สามารถยืนยันได้ว่าที่ผ่านตนได้ดำเนินชีวิตในเพศที่ตนกำหนดมาแล้ว เพื่อที่คณะกรรมการจำแนกจะนำข้อมูลและหลักฐานไปใช้ดุลพินิจพิจารณาจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่สถานคุมขังตามเพศที่ผู้ต้องขังเป็นผู้ระบุ รวมทั้งเพื่อกำหนดแผนการดูแลผู้ต้องขังระหว่างอยู่ในเรือนจำได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งหลักฐานหรือข้อมูลที่ผู้ต้องขังต้องแสดง ได้แก่ หลักฐานทางการแพทย์ เช่น ประวัติการศัลยกรรมแปลงเพศ หลักฐานการใช้ชีวิต เช่น การแสดงให้ผู้อื่นเห็นได้ว่าผู้ต้องขังเป็นเพศตามที่ผู้ต้องขังกำหนด เช่น เอกสารการเปลี่ยนชื่อ การแต่งกาย

5.1.4 มาตรการความจำเป็นอื่นสำหรับผู้ต้องขัง

(1) ความจำเป็นในด้านการแพทย์และการรักษา

ผู้ต้องขังที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมาก่อนที่จะถูกคุมขังและแพทย์วินิจฉัยว่าจำเป็นต้องได้รับยาฮอร์โมนอย่างต่อเนื่อง รวมถึงผู้ต้องขังที่แพทย์วินิจฉัยว่าเป็นโรค Gender Dysphoria และจำเป็นต้องได้รับการรักษาด้วยวิธีการให้ฮอร์โมนขณะถูกคุมขัง เรือนจำจะต้องจัดให้ผู้ต้องขังคนนั้นได้รับการดูแลรักษาเทียบเท่ากับการดูแลรักษาบุคคลภายนอกที่ไม่ถูกคุมขัง รวมถึงการให้คำปรึกษาและคำแนะนำต่างๆเกี่ยวกับอนามัยส่วนบุคคลสำหรับผู้ต้องขังกลุ่มนี้

(2) การจัดสถานที่อาบน้ำ

ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ว่าจะถูกคุมขังอยู่ในแดนชายหรือแดนหญิง เรือนจำควรจัดให้อาบน้ำแยกจากผู้ต้องขังอื่น และสถานที่อาบน้ำ ขับถ่ายหรือเปลี่ยนเสื้อผ้า เจ้าพนักงานเรือนจำต้องไม่สามารถมองเห็นด้านม ก้น หรืออวัยวะเพศได้

(3) เสื้อผ้าตามเพศที่ผู้ต้องขังเลือก เสื้อชั้นใน กางเกงใน เครื่องสำอาง

ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ มีสิทธิที่จะสวมใส่เสื้อผ้าที่เหมาะสมตรงตามเพศที่ผู้ต้องขังกำหนดโดยไม่จำกัดสิทธิว่าผู้ต้องขังนั้นจะถูกคุมขังอยู่ในแดนชายหรือแดนหญิง รวมทั้งเรือนจำต้องจัดหาเสื้อชั้นใน กางเกงในที่เหมาะสมกับลักษณะทางกายภาพและเครื่องสำอางที่จำเป็นให้แก่ผู้ต้องขัง

5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติในลำดับที่ 55 เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2489⁶ ที่ได้รับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและการเข้าร่วมเป็นภาคีสันติสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ ทำให้เกิดพันธะผูกพันในการต้องปฏิบัติตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สันติสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้นำสาระสำคัญของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสันติสัญญาดังกล่าวมาบัญญัติไว้ เพื่อให้การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล (มาตรา 4) และการได้รับความคุ้มครองด้านสิทธิและเสรีภาพเสมอกันของบุคคลภายใต้กฎหมาย (มาตรา 27) โดยมีหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่ว่า มนุษย์มีสิทธิติดตัวมาแต่เกิด มนุษย์มีศักดิ์ศรี มีความเสมอภาคและรัฐมีหน้าที่ในการสร้างหลักประกันดังกล่าวในการวางมาตรฐานด้านการเคารพสิทธิของรัฐและระหว่างกันของบุคคลในสังคม

ทั้งนี้เพื่อให้การดำเนินงานด้านสิทธิมนุษยชนเกิดผลเป็นรูปธรรม รัฐจึงได้จัดทำแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติขึ้น ซึ่งปัจจุบันเป็นแผนฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562-2566) ซึ่งได้กำหนดให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นกลุ่มที่มีความเปราะบาง ที่แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเร่งดำเนินการให้ร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลกลุ่มนี้ อีกทั้งยังมุ่งดำเนินมาตรการอย่างต่อเนื่องที่ช่วยส่งเสริมเจตคติของคนในสังคมให้มีความเข้าใจและยอมรับในการมีอัตลักษณ์ทางเพศและการปฏิบัติต่อเพศสภาพที่มีความหลากหลาย

ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรมราชทัณฑ์ และอธิบดีกรมราชทัณฑ์ ซึ่งมีอำนาจกระทำการตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และมีอำนาจบังคับบัญชา กิจการเรือนจำ ตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานเรือนจำและการแต่งตั้งผู้ช่วยเหลือกรมราชทัณฑ์ พ.ศ. 2561 มีหน้าที่ต้องส่งเสริม ปกป้อง คุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้แก่ผู้ต้องขังทุกคน โดยขอเสนอแนะแนวทางปฏิบัติ เพื่อให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของแต่ละบุคคล รวมถึงเพื่อช่วยบรรเทาความเสี่ยงจากการถูกล่วงละเมิด การกระทำทารุณกรรมทางเพศ ดังนี้

⁶ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, บทสรุปสำหรับผู้บริหารเกี่ยวกับแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับที่ 3 พ.ศ. 2557-2561, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2558), น.1.

(1) การกำหนดขั้นตอนการพิจารณาระบู้ตลักษณะ

เนื่องจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 41 บัญญัติให้อธิบดีกรมราชทัณฑ์จัดให้มีการจัดกลุ่มผู้ต้องขังโดยต้องคำนึงถึงความเหมาะสมของผู้ต้องขังแต่ละประเภทได้ ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามกฎกระทรวง ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการราชทัณฑ์

เรื่องการกำหนดขั้นตอนการพิจารณาระบู้ตลักษณะของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เรือนจำสามารถทราบลักษณะพิเศษของผู้ต้องขังตามกลุ่มความเสี่ยงและสามารถปฏิบัติต่อผู้ต้องขังแต่ละกลุ่มตามความเหมาะสมกับความเสี่ยง จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ข้างต้น จึงเห็นควรเสนอให้ โดยนำหลักการและรายละเอียดขั้นตอนการพิจารณาระบู้ตลักษณะตามที่เสนอแนะไว้ในข้อ 5.1.1 ไปกำหนดไว้ในกฎกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าว

(2) การกำหนดขั้นตอนการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง

เนื่องจากระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ.2561 ข้อ 9 และข้อ 13 ได้กำหนดการตรวจร่างกายผู้ต้องขังกรณีผู้ต้องขังชายที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิงไว้เพียงกรณีเดียว เพื่อให้ครอบคลุมกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศทุกคนทุกลักษณะ ผู้ศึกษาเสนอให้บัญญัติเพิ่มเติม ข้อ 9(4) ของระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ.2561 ดังนี้

“ผู้ต้องขังที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วนหรือยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศแต่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด ให้ผู้ต้องขังดังกล่าวระบุเพศเจ้าพนักงานผู้ดำเนินการตรวจร่างกาย หากไม่ใช่กรณีฉุกเฉิน เจ้าพนักงานจะต้องจัดให้ตามที่ผู้ต้องขังประสงค์”

นอกจากนี้ เสนอให้กรมราชทัณฑ์ออกระเบียบโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 36(5) แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 กำหนดรายละเอียดข้อมูล “เพศของเจ้าพนักงานผู้ทำการตรวจค้นร่างกาย” เพิ่มเติม ในทะเบียนประวัติของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ตั้งแต่วันรับตัวผู้ต้องขังเข้าใหม่ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการจัดเจ้าพนักงานผู้ทำการตรวจค้นในครั้งต่อไป

(3) การกำหนดขั้นตอนการพิจารณาจัดสถานที่คุมขัง

เนื่องจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 41 บัญญัติให้อธิบดีกรมราชทัณฑ์จัดให้มีระบบการจัดชั้น การจัดกลุ่มผู้ต้องขังและการแยกคุมขังโดยต้องคำนึงถึงความเหมาะสมของผู้ต้องขังแต่ละประเภทได้ โดยต้องเป็นไปตามกฎกระทรวง ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการราชทัณฑ์

เรื่องกำหนดขั้นตอนการพิจารณาจัดสถานที่คุมขังให้เหมาะสมกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของอธิบดีตามมาตรา 41 ข้างต้น จึงเห็นควรเสนอให้ โดยนำหลักการและรายละเอียดขั้นตอนการพิจารณาจัดสถานที่คุมขัง ตามที่เสนอแนะไว้ในข้อ 5.1.3 ไปกำหนดไว้ในกฎกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าว

(4) มาตรการความจำเป็นอื่นสำหรับผู้ต้องขัง

เนื่องจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 34 บัญญัติให้อธิบดีกรมราชทัณฑ์วางระเบียบเกี่ยวกับการบริหารงานในเรือนจำและสถานที่คุมขัง การปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานเรือนจำและเจ้าพนักงาน การปฏิบัติตัวของผู้ต้องขังแต่ละประเภท และการอื่นอันจำเป็น

เรื่องมาตรการความจำเป็นอื่นสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น การจัดให้มีแพทย์เฉพาะทางสำหรับดูแลและให้คำปรึกษา การจัดสถานที่อาบน้ำที่เป็นสัดส่วน รวมถึงเครื่องใช้จำเป็นต่างๆ เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของอธิบดีตามมาตรา 34 ข้างต้น จึงเห็นควรเสนอให้ โดยนำหลักการและรายละเอียดขั้นตอนตามมาตรการความจำเป็นอื่นสำหรับผู้ต้องขังตามที่เสนอแนะไว้ในข้อ 5.1.4 ไปกำหนดไว้ในระเบียบ โดยอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าว

(5) จัดอบรมส่งเสริมความรู้ความเข้าใจ

เนื่องจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 18 บัญญัติให้กรมราชทัณฑ์จัดให้เจ้าพนักงานเรือนจำเข้ารับการฝึกอบรมก่อนเข้าปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้มีการประเมินและพัฒนาความรู้ ความสามารถรวมไปถึงการจัดฝึกอบรมเพื่อเพิ่มทักษะและความเชี่ยวชาญ ทั้งนี้ตามหลักสูตรการฝึกอบรมที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

การให้ความรู้เกี่ยวกับความจำเป็นพิเศษและวิธีปฏิบัติเฉพาะต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น การใช้คำพูดที่ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเสมอภาคทางเพศ การสังเกตพฤติกรรมที่เสี่ยงต่อการทำร้ายร่างกายตนเอง รวมถึงการมีทัศนคติที่ดีต่อความแตกต่างทางเพศของผู้ต้องขัง เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกรมราชทัณฑ์ตามมาตรา 18 ข้างต้น จึงเห็นควรเสนอให้กรมราชทัณฑ์จัดให้แต่ละเรือนจำจัดอบรมให้ความรู้ความเข้าใจที่ดีแก่เจ้าพนักงาน

บรรณานุกรม

หนังสือ

- กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. บทสรุปสำหรับผู้บริหารเกี่ยวกับแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับที่ 3 พ.ศ.2557-2561. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2558.
- กุลพล พลวัน. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับงานราชทัณฑ์หน่วยที่ 9-15. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2539.
- คณะกรรมการประสานงานองค์กรสิทธิมนุษยชน(กปส.). สิทธิมนุษยชน รวบรวมสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่สำคัญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2544.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2550.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง UN International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). กรุงเทพมหานคร : บริษัท SM เซอร์คิเพรส จำกัด
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ Human Right of Lesbians, Gays, Bisexuals, Transgender and Intersex People. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศรีเมืองการพิมพ์ จำกัด, 2550.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. หลักการยกย่องการตีความด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ. กรุงเทพมหานคร:ม.ป.พ., 2551.
- จรัญ โฆษณานันท์. รัฐธรรมนูญ 2540 จากศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์สู่ธัมมิกสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.
- ธานี วรภัทร์. กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

วรพจน์ วิศวพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

สกล สกลเดช. การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพของชนชาวไทย. โดยโครงการศูนย์กฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษาสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2543.

สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย. ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังฉบับปรับปรุง(ข้อกำหนดแมนเดลา)คู่มือฉบับย่อ. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2559.

อุดม รัฐอมฤต, นพนิติ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดนานาสังพิมพ์, 2544.

วิทยานิพนธ์

วัชรินทร์ สังสีแก้ว. “สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ.” วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์, สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

บทความ

เจนวิทย์ นวลแสง และคณะ. “ความรับผิดชอบทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศ ศึกษากรณีประเทศไทย สหพันธ์รัฐเยอรมนี และเครือรัฐออสเตรเลีย.” วารสารการเมือง การบริหารและกฎหมาย ปีที่ 8, ฉบับที่ 2: น. 325-366.

ทรงวุฒิ นันทบุรณย์. “มาตรการการเยียวยาผู้ต้องขังเพื่อสนับสนุนการใช้ชีวิตคู่และครอบครัว.” วารสารบัณฑิตศึกษามหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, (2559): น.4.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กลุ่มเพื่อประชาธิปไตยและความหลากหลายทางเพศ. “ข้อเรียกร้องต่อการควบคุมตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ,” ประชาไท. สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2559. จาก <http://prachatai.com/journal/2015/06/59954>.

ใจเอื้อ ชีรานนท์. “การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเพศที่สามในเรือนจำ.” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2559. จาก <http://www.nathee-chitsawang.com>

มูลนิธิสืบนาคะเสถียร. “ข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังได้รับการรับรองเป็นมาตรฐานสากลใหม่ในการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังทั่วโลก.” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2562, จาก <https://voicefromthais.wordpress.com>.

BOOKS

Marksamer Jody and Tobin Jean Harper. Standing with LGBT Prisoners : An Advocate’s Guide Ending Abuse and Combating imprisonment, 2013.

United Nations on Drugs and Crime. Handbook of basic principles and promising practices on Alternatives to Imprisonment. Austria: United Nation Publication, 2007.

United Nations on Drugs and Crime. Handbooks on Prisoner with special needs. Austria: United Nations Publication, 2009.

ARTICLES

Acevedo Brooke. “The Constitutionality and Future of Sex Reassignment Surgery in United States Prisons.” Hastings Women’s Law Journal 28, 1 (2017): pp.90-92.

Browne Angela; Cambier Alissa; Agha Suzanne. “Prisons within prisons: The use of segregation in the United States.” Federal Sentencing Reporter vol. 24,1 (2011): pp.46-49.

- Church Hana. "Prisoner Denied Sex Reassignment Surgery: The First Circuit Ignores Medical Consensus in *Kosilek v. Spencer*." Boston College Law Review 57, 6 (2016): pp.17-19.
- Faithful Richael. "Transitioning Our Prisons toward Affirmative Law: Examining the Impact of Gender Classification Policies on U.S. Transgender Prisoners." The Modern American 5, 1 (2009): p. 5.
- Lamble Sarah. "Rethinking gendered prison policies: Impacts on transgender prisoners." The Howard League for Penal Reform ECAN Bulletin 4, 16 (2012):p.1.
- Lynch Sam; Bartels Lorana. "Transgender Prisoners in Australia: An Examination of the Issues, Law and Policy." Flinders Law Journal 19, 2 (2017): p.189.
- Man Rebecca. "The Treatment of Transgender Prisoners, Not Just an American Problem - A Comparative Analysis of American, Australian, and Canadian Prison Policies concerning the Treatment of Transgender Prisoners and a Universal Recommendation to Improve Treatment." Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Legal Issues 15 (2006): p.15.
- Peek Christine. "Breaking Out of the Prison Hierarchy: Transgender Prisoners, Rape, and the Eighth Amendment." SANTA CLARA Law Review 44, 4 (2004): p.1242.
- Wyatt Rachel. "Male Rape in U.S. Prisons: Are Conjugal Visits the Answer." Case Western Reserve Journal of International Law vol. 37, 2 (2006): p. 582.

ELECTRONIC MEDIA

- American Civil Liberties Union (ACLU). "ACLU History." Retrieved on January 5, 2017. From <https://www.aclu.org/about/aclu-history>.
- BLACK and PINK. "Our Story." Retrieved on January 5, 2017. From <https://www.blackandpink.org/our-story>.

- Cherkis Jason. "D.C. Jail Establishes New Procedures for Transgender Inmates." Retrieved on February 21, 2017. From <http://www.washingtoncitypaper.com/blogs/citydesk/2009/02/20/dc-jail-establishes-new-procedures-for-transgender-inmates>.
- Congress Government. "S.1435-Prison Rape Elimination Act of 2003." Retrieved on February 28, 2017. From <https://www.congress.gov/bill/108th-congress/senate-bill/1435>.
- Conway A. Craig. "Right of Access to Medical and Mental Health Care for the Incarcerated." Retrieved on February 20, 2017. From [https://www.law.uh.edu/healthlaw/perspectives/2009/\(CC\)%20Prison%20Health.pdf](https://www.law.uh.edu/healthlaw/perspectives/2009/(CC)%20Prison%20Health.pdf).
- Fenton Siobhan . "LGBT relationships are illegal in 74 countries, research finds." Retrieved on December 1, 2016. From <https://www.independent.co.uk/news/world/gay-lesbian-bisexual-relationships-illegal-in-74-countries-a7033666.html>.
- Harvard Law Review. "Classification And Housing Of Transgender Inmates In American Prisons." Retrieved on February 20, 2017. From http://harvardlawreview.org/wpcontent/uploads/2014/04/vol127_DEVO_classification_housing_transgender_inmates_in_american_prisons.pdf.
- Human Right Watch. "No Escape: Male Rape in United States Prisons." Retrieved on December 25, 2016. From https://www.hrw.org/legacy/reports/2001/prison/report4.html#_1_23.
- Human Right Watch. "No Escape: Male Rape in United States Prisons." Retrieved on December 25, 2016. From https://www.hrw.org/legacy/reports/2001/prison/report4.html#_1_56.
- Nation PREA Resource Center. "FAQ Does standard § 115.41 (§ 115.241, § 115.341) require facilities to affirmatively inquire of the inmates/residents about their lesbian, gay, bisexual, transgender, or intersex (LGBTI) status, in addition to making a subjective determination about perceived status?." Retrieved on March 3, 2017. From <https://www.prearesourcecenter.org/node/3250>.

Nation PREA Resource Center. "FAQ Can you please clarify the parameters of conducting a search of a transgender or intersex inmate/resident?." Retrieved on March 21, 2017. From <https://www.prearesourcecenter.org/node/3257>.

Nation PREA Resource Center. "FAQ Does a policy that houses transgender or intersex inmates based exclusively on external genital anatomy violate Standard 115.42(c) & (e)?." Retrieved on March 11, 2017. From <https://www.prearesourcecenter.org/node/3927>.

Nation PREA Resource Center. "FAQ Is an agency compliant with Standard 115.42(g) or Standard 115.242 (f) if it places Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, or Intersex (LGBTI) inmates or residents in a dedicated facility, housing unit, or wing solely on the basis of such identification or status, absent a consent decree, legal settlement, or legal judgment?." Retrieved on March 11, 2017. From <https://www.prearesourcecenter.org/node/5345>.

TGI Justice Project. "About Us." Retrieved on December 30, 2016. From <http://www.tgijp.org/about.html>.

The BBC News. "Mexico allows gay conjugal visits." Retrieved on January 7, 2017. From <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6922140.stm>.

LAWS, REGULATIONS AND GUIDELINES

California Correctional Health Care Services. Supplement to CCHCS/DHCS Care Guide: Gender Dysphoria Guidelines for Review of Requests for Sex Reassignment Surgery.

Corrections Management Act 2007.

Colorado Department of Corrections. Administrative Regulation Number 100-40. Prison Rape Elimination Procedure.

Colorado Department of Corrections. Administrative Regulation Number 300-06. Facility Security, Searches and Contraband Control.

Correction Services NSW. Operations Procedures Manual 2015.

Corrective Services NSW. Offender Classification & Case Management Policy & Procedures Manual: 12.2 Classifications of Female Inmates.

Denver Sheriff Department. Department Order 4005.1. Transgender and Gender-Variant Inmates.

District of Columbia. Policy and Procedure on Gender Classification and Housing No. 4020.3F.

National Offender Management Service. The Care and Management of Transsexual Prisoners referenced as PSI 07/2011.

National Offender Management Service. The Care and Management of Transgender Prisoners referenced as PSI 17/2016.

National Offender Management Service. National Security Framework 3.1 Searching of the Person referenced as PSI 07/2016.

Prison Rape Elimination Act. Prison and Jail Standard United States Department of Justice Final Rule.

Queensland Government. Custodial Operations Practice Directive 2018 – Transgender Prisoners.

Sex Discrimination Act 1984.

The Commonwealth of Australia. Standard Guidelines for Corrections in Australia revised 2012.

The Prison Rule 1999.

The United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (Bangkok Rules).

The Yogyakarta Principles on the application of international human rights law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity

ANNUAL REPORT

National Prison Rape Elimination Commission. *National Prison Rape Elimination Commission Report: Annual Report* (Washington. DC: National Prison Rape Elimination Commission), 2009.

OTHER MATERIALS

A/56/156 United Nations General Assembly. "Question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment." July 3, 2001.

Center for American Progress. "Unjust: How The Broken Criminal Justice System Fails LGBT People." February 2016.

Clink Organization. "Briefing on the Ministry of Justice's Review of the Care and Management of Transgender Offenders." April 1, 2017.

Department of Justice. "Federal Register : National Standards to Prevent Detect and Respond to Prison Rape." June 20, 2012.

Glezer Anna; McNiel E. Dale; Binder e L. Rene'. Review of the Literature, Current Policies, Laws and Ethics. Transgendered and Incarcerated, (2013): p.556.

ISBN: 92-9037-114-5 International Commission of Jurists. "International Human Rights References to Human Rights Violations on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity." October, 2006.

ISSN: 0817-8542 Jake Blight. "Transgender Inmates." September 2000.

Marksamer Jody; Tobin Jean Harper. "Standing with LGBT Prisoners: An Advocate's Guide to Ending Abuse and Combating Imprisonment." April 10, 2014.

Minister of Justice of United Kingdom. "Review of care and management of transgender offenders:Terms of Reference." December 8, 2015.

Ministry of Justice of United Kingdom. "Review on the Care and Management of Transgender Offenders." November 2016.

- Mason S. Morgan. "Breaking the Binary: How Shifts in Eighth Amendment Jurisprudence Can Help Ensure Safe Housing and Proper Medical Care for Inmates with Gender Dysphoria." April 18, 2018.
- Metcalf Hope; Morgan Jamelia; Olier-Friedland Samuel; Julia Spiegel Judith; Tae Haran; Work Alyssa; Holbrook Brian. "Administrative Segregation, Degrees of Isolation, and Incarceration: A National Overview of State and Federal Correctional Policies." June 25, 2013.
- Nation PREA Resource Center. "PREA Compliance Measures Handbook Prison and Jails." May 2013.
- Prisons and Probation Ombudsman. "Learning lessons bulletin : Transgender Prisoner." January 2017.
- Prison Reform Trust Organization. "Written evidence submitted by Prison Reform Trust to the Transgender Equality Inquiry." August 21, 2015.
- Routh Douglas; Abess Gassan; Makin David; Stohr Mary; Hemmens Craig; Yoo Jihye. Review of Applicable Statutes and Policies. Transgender Inmates in Prisons International journal of offender therapy and comparative criminology, (2015): p.61.
- The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association. "The Standards of Care for Gender Identity Disorders." February 2001.
- The Parliament of United Kingdom. "Written Statement made by The Parliamentary Under- Secretary of State for Justice, Minister for Women, Equalities and Family Justice (Caroline Dinenage)." December 8, 2015.
- United States National Prison Rape Elimination Commission. "Statement of Dean Spade given at Hearing: At Risk Sexual Abuse and Vulnerable Groups Behind Bar." August 19, 2005.
- United States National Prison Rape Elimination Commission. "Statement of Jody Marksamer Esq. given at Hearing: At Risk Sexual Abuse and Vulnerable Groups Behind Bar." August 19, 2005.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายธรรศนัย อ่อนทอง
วันเดือนปีเกิด	22 กรกฎาคม 2534
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2556: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557: ประกาศนียบัตรวิชาว่าความรุ่นที่ 43 สภานายความ ปีการศึกษา 2559: เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 69 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
ตำแหน่ง	ทนายความอิสระ

ผลงานทางวิชาการ

ธรรศนัย อ่อนทอง. “การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง: ศึกษากรณีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ”
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.