

กสม. ๒

รายงานผลการตรวจสอบ

การละเมิดสิทธิมนุษยชน



### คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

วันที่ ๓๐ มกราคม พ.ศ. ๒๕๖๖

รายงานผลการตรวจสอบ ที่ ๙/๒๕๖๖

**เรื่อง** การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อันเกี่ยวเนื่องกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ กรณีกล่าวอ้างว่า กองทัพอากาศประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการ โดยกำหนดเงื่อนไขให้มีการตรวจเชื้อเอชไอวี และกฎกระทรวงกำหนดให้ภาวะกะเทย เป็นโรคซึ่งไม่สามารถเข้ารับราชการทหารได้

**ผู้ร้อง**



**ผู้ถูกร้อง** กองทัพอากาศ

#### ๑. ความเป็นมา

ผู้ร้องได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามคำร้องที่ ๒๑๑/๒๕๖๔ ลงวันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๕๖๔ กล่าวอ้างว่า ผู้ร้องทราบข้อมูลจากเครือข่ายสังคมออนไลน์ว่า ผู้ถูกร้อง ประกาศรับสมัครและสอบคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการทหารประจำปี ๒๕๖๔ โดยกำหนดเงื่อนไขให้ผู้สมัครสอบยินยอมให้คณะกรรมการตรวจร่างกายทางการแพทย์ กรมแพทย์ทหารอากาศ ตรวจร่างกาย รวมถึงการตรวจหาเชื้อเอชไอวีด้วย นอกจากนี้ ยังมีกฎระบุให้ภาวะกะเทย (Hermaphroditism) เป็นโรค ซึ่งไม่สามารถเข้ารับราชการเป็นผู้ปฏิบัติงานภาคพื้นกองทัพอากาศได้ ผู้ร้องเห็นว่าการระบุเงื่อนไขดังกล่าวเป็นการกีดกันโอกาสการทำงานของประชาชน จึงขอให้ตรวจสอบและให้ผู้ถูกร้องยกเลิกเงื่อนไขทั้งสองกรณีดังกล่าวออกจากประกาศการรับสมัครและสอบคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการทหารในอนาคต

#### ๒. การพิจารณาคำร้องเบื้องต้น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาจากข้อเท็จจริงเบื้องต้นแล้วเห็นว่า พฤติการณ์ตามผู้ร้องกล่าวอ้างเป็นกรณีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อันเกี่ยวเนื่องกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งอยู่ในหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๖

/๓. การตรวจสอบ...

### ๓. การตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้มอบหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการตรวจสอบตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๐ และระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. ๒๕๖๑ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ตรวจสอบโดยพิจารณาจากการชี้แจงข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน ดังต่อไปนี้

๓.๑ บันทึกการรับฟังข้อเท็จจริงจากผู้ร้อง ลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน ๒๕๖๔

๓.๒ หนังสือกรมกำลังพลทหารอากาศ ที่ กท ๐๖๐๔.๓/๖๔๕ ลงวันที่ ๓๑ มกราคม ๒๕๖๕ ถึงเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

๓.๓ รายงานการประชุมรับฟังความเห็นผู้ทรงคุณวุฒิประจำคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและพยานบุคคล ณ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อวันที่ ๗ เมษายน ๒๕๖๕

๓.๔ รายงานการประชุมรับฟังความเห็นผู้ทรงคุณวุฒิประจำคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พยานบุคคล ผู้แทนกรมแพทย์ทหารอากาศ กรมแพทย์ทหารบก และกรมแพทย์ทหารเรือ ณ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อวันที่ ๖ พฤษภาคม ๒๕๖๕

๓.๕ หนังสือสำนักงานเลขานุการสำนักงานปลัดกระทรวงกลาโหม ด่วนที่สุด ที่ กท ๐๒๑๑/๓๑๐ ลงวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๖๕ ถึงเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

### ๔. รัฐธรรมนูญ พันธกรณีระหว่างประเทศ และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๔.๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

๔.๒ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

๔.๓ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

๔.๔ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗

๔.๕ กฎกระทรวงฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗

๔.๖ ระเบียบกองทัพอากาศว่าด้วยมาตรฐานการตรวจทางแพทย์ของบุคคลที่สมัครเข้ารับราชการเป็นผู้ปฏิบัติงานภาคพื้นกองทัพอากาศ พ.ศ. ๒๕๖๓

### ๕. ข้อเท็จจริงที่รับฟังได้

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาคำร้อง ข้อเท็จจริงฝ่ายผู้ร้อง ฝ่ายผู้ถูกร้อง บุคคลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว ข้อเท็จจริงรับฟังในเบื้องต้นโดยสรุปได้ ดังนี้

### ๕.๑ ข้อเท็จจริงฝ่ายผู้ร้อง

ประกาศรับสมัครและสอบคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการทหารของผู้ถูกร้องที่มีการกำหนดเงื่อนไขให้มีการตรวจหาเชื้อเอชไอวีและกำหนดให้ภาวะกะเทย (Hermaphroditism) เป็นโรคซึ่งไม่สามารถเข้ารับราชการได้ มีดังนี้

๑) ประกาศคณะอนุกรรมการรับสมัครและสอบคัดเลือกนักเรียนช่างฝีมือทหารภาคสมทบเป็นนายทหารประทวน เรื่อง การรับสมัครและสอบคัดเลือกนักเรียนช่างฝีมือทหารภาคสมทบเป็นนายทหารประทวนประจำปี ๒๕๖๔ ประกาศ ณ วันที่ ๒ มิถุนายน ๒๕๖๔

กำหนดเงื่อนไขการรับสมัครไว้ในข้อ ๓.๓.๖ ว่า “ผู้สมัครสอบรับทราบและยินยอมให้คณะกรรมการตรวจร่างกายทางการแพทย์ กรมแพทย์ทหารอากาศ ตรวจร่างกายตามข้อ ๒.๑๒ รวมถึงการตรวจหาเชื้อเอชไอวี”

๒) ประกาศคณะอนุกรรมการรับสมัครและสอบคัดเลือกกำลังพลสำรองเข้าทำหน้าที่ทหารเป็นการชั่วคราว เรื่อง รับสมัครและสอบคัดเลือกกำลังพลสำรองเข้าทำหน้าที่ทหารเป็นการชั่วคราว (ทหารอาสา) ประจำปี ๒๕๖๔ ประกาศ ณ วันที่ ๑๑ มิถุนายน ๒๕๖๔

กำหนดเงื่อนไขการรับสมัครไว้ในข้อ ๔.๖ ว่า “ผู้สมัครสอบรับทราบและยินยอมให้คณะกรรมการตรวจร่างกายทางการแพทย์ กรมแพทย์ทหารอากาศ ตรวจร่างกายตามข้อ ๒.๑๖ รวมถึงการตรวจหาเชื้อเอชไอวี”

๓) ประกาศคณะอนุกรรมการสรรหากำลังพลที่มีความรู้ ความสามารถ หรือความเชี่ยวชาญ เพื่อปฏิบัติการกิจเฉพาะที่สำคัญและเร่งด่วน เรื่อง การรับสมัครและสอบคัดเลือกกำลังพลที่มีความรู้ความสามารถ หรือความเชี่ยวชาญ เพื่อปฏิบัติการกิจเฉพาะที่สำคัญและเร่งด่วน ประกาศ ณ วันที่ ๑ กันยายน ๒๕๖๔

กำหนดเงื่อนไขการรับสมัครไว้ในข้อ ๕.๖ ว่า “ผู้สมัครสอบรับทราบและยินยอมให้คณะกรรมการตรวจร่างกายทางการแพทย์ กรมแพทย์ทหารอากาศ ตรวจร่างกายตามข้อ ๒.๑.๑๓ รวมถึงการตรวจหาเชื้อเอชไอวี”

นอกจากนี้ ท้ายประกาศดังกล่าว ผู้ถูกร้องได้ระบุในผนวก ข ว่าด้วยโรค หรือสภาพร่างกาย หรือสภาพจิตใจ ซึ่งไม่สามารถจะเข้ารับราชการเป็นผู้ปฏิบัติงานภาคพื้นกองทัพอากาศตามระเบียบกองทัพอากาศว่าด้วยมาตรฐานการตรวจทางแพทย์ของบุคคลที่สมัครเข้ารับราชการเป็นผู้ปฏิบัติงานภาคพื้นกองทัพอากาศ พ.ศ. ๒๕๖๓ ว่า “ข้อ ๑๕ โรคอื่น ๆ ๑๕.๑ กะเทย (Hermaphroditism)”

## ๕.๒ ข้อเท็จจริงฝ่ายผู้ถูกร้อง

ผู้ถูกร้องโดยกรมกำลังพลทหารอากาศชี้แจงข้อเท็จจริงว่า

### ๕.๒.๑ การรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการทหาร

ได้เปิดรับบุคคลเข้ารับราชการประจำปี ๒๕๖๔ ตามประกาศทั้ง ๓ ฉบับ ตามข้อ ๕.๑ โดยกำหนดให้ผู้สมัครสอบรับทราบ และยินยอมให้คณะกรรมการตรวจร่างกายทางการแพทย์ กรมแพทย์ทหารอากาศ ตรวจร่างกาย รวมถึงตรวจหาเชื้อเอชไอวี รวมทั้งกำหนดให้กะเทยเป็นโรค หรือสภาพร่างกาย หรือสภาพจิตใจ ซึ่งไม่สามารถจะรับราชการเป็นผู้ปฏิบัติงานภาคพื้นกองทัพอากาศ ตามระเบียบกองทัพอากาศว่าด้วยการตรวจสุขภาพผู้ปฏิบัติงานภาคพื้น พ.ศ. ๒๕๖๓ ในตำแหน่งต่าง ๆ ตามประกาศรับสมัคร ๓ ฉบับ ดังต่อไปนี้

๑) ประกาศคณะกรรมการรับสมัครและสอบคัดเลือกนักเรียนช่างฝีมือ ทหารภาคสมทบเป็นนายทหารประทวน เรื่อง การรับสมัครและสอบคัดเลือกนักเรียนช่างฝีมือทหารภาค สมทบเป็นนายทหารประทวนประจำปี ๒๕๖๔ ประกาศ ณ วันที่ ๒ มิถุนายน ๒๕๖๔

ตำแหน่งช่างโรงงานช่างเทคนิค ช่างอากาศ ช่างบริภัณฑ์ ช่างยานพาหนะ ช่างเครื่องยนต์ ช่างสื่อสาร ช่างซ่อมบำรุง ช่างซ่อมบำรุงคอมพิวเตอร์ ช่างเครื่องช่วยเดินอากาศ เจ้าหน้าที่สถิติและวิเคราะห์ เจ้าหน้าที่แผนและกำหนดงาน เจ้าหน้าที่ปฏิบัติการสื่อสารโทรคมนาคม เจ้าหน้าที่เทคนิค เจ้าหน้าที่รายการ เจ้าหน้าที่สรรพาวุธ เจ้าหน้าที่คลังสรรพาวุธ เจ้าหน้าที่คลังอาวุธ และเจ้าหน้าที่แผนการทดสอบ

๒) ประกาศคณะกรรมการรับสมัครและสอบคัดเลือกกำลังพลสำรอง เข้าทำหน้าที่ทหารเป็นการชั่วคราว เรื่อง รับสมัครและสอบคัดเลือกกำลังพลสำรองเข้าทำหน้าที่ทหาร เป็นการชั่วคราว (ทหารอาสา) ประจำปี ๒๕๖๔ ประกาศ ณ วันที่ ๑๑ มิถุนายน ๒๕๖๔

ตำแหน่งเจ้าหน้าที่สารวัตร เจ้าหน้าที่รักษาการณ์ และผู้บังคับหมู่

๓) ประกาศคณะกรรมการสรรหากำลังพลที่มีความรู้ ความสามารถ หรือความเชี่ยวชาญ เพื่อปฏิบัติการกิจเฉพาะที่สำคัญและเร่งด่วน เรื่อง การรับสมัครและสอบคัดเลือก กำลังพลที่มีความรู้ความสามารถ หรือความเชี่ยวชาญ เพื่อปฏิบัติการกิจเฉพาะที่สำคัญและเร่งด่วน ประกาศ ณ วันที่ ๑ กันยายน ๒๕๖๔

นายทหารสัญญาบัตรปฏิบัติงานในตำแหน่งนายทหารแผนและพัฒนา งานวิจัย นายทหารการศึกษา นายทหารโสตทัศนอุปกรณ์ นายทหารกรรมวิธีข้อมูล นายทหารปฏิบัติการ ซอฟต์แวร์ ผู้ช่วยนายทหารเทคโนโลยีสารสนเทศ นายทหารกำลังพล นายทหารพัสดุ และนายทหารพัสดุ เชื้อเพลิง

ตำแหน่งพนักงานราชการทั่วไปซึ่งเป็นนายทหารประทวนปฏิบัติงาน ในตำแหน่งช่างประปา เจ้าหน้าที่ปฏิบัติการซอฟต์แวร์ พลขับรถ เจ้าหน้าที่การสงเคราะห์ เจ้าหน้าที่

กำลังพล เจ้าหน้าที่พัสดุ เจ้าหน้าที่ตรวจสอบและรับส่งพัสดุ เจ้าหน้าที่คลังพัสดุ เจ้าหน้าที่นิรภัย  
เจ้าหน้าที่ประจำร้านค้าสหกรณ์ เจ้าหน้าที่พลาธิการ เจ้าหน้าที่สโมสร รองผู้บังคับหมู่สุทกรรม เสมียน  
เจ้าหน้าที่การฝึกอบรม เจ้าหน้าที่แผนและโครงการ เจ้าหน้าที่ส่งกำลังบำรุง เจ้าหน้าที่ห้องปฏิบัติการ  
เสมียนพระธรรมนูญ เสมียนสัสดี และเจ้าหน้าที่กิจการพลเรือนและการประชาสัมพันธ์

### ๕.๒.๒ เหตุผลความจำเป็นในการตรวจหาเชื้อเอชไอวี

๑) แม้ว่าโรคเอดส์หรือโรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง (Acquired Immune Deficiency Syndrome : AIDS) หรือการติดเชื้อเอชไอวี จะไม่ได้กำหนดให้เป็นโรคหรือสภาพร่างกาย หรือสภาพจิตใจ  
ที่ไม่สามารถรับราชการทหารได้ตามกฎกระทรวงฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติ  
รับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ ก็ตาม แต่ผู้ถูกร้องกำหนดให้ผู้สมัครสอบต้องรับทราบและยินยอมให้ตรวจหา  
เชื้อเอชไอวีในประกาศรับสมัครและสอบคัดเลือกทั้ง ๓ ฉบับ เนื่องจาก

๑.๑) บุคคลที่จะเข้ารับราชการของผู้ถูกร้อง นอกจากจะปฏิบัติงานใน  
ตำแหน่งหน้าที่ที่ตนสมัครสอบแล้ว ยังต้องปฏิบัติงานด้านอื่นเพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพการเป็นทหารอาชีพ เช่น

- นายทหารประทวนต้องเข้ารับการศึกษาคือ **“หลักสูตรนายทหาร  
ประทวน”** โรงเรียนนายทหารชั้นประทวน ทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้น โดยระเบียบกองทัพอากาศว่าด้วย  
โรงเรียนนายทหารชั้นประทวน พ.ศ. ๒๕๕๕ ข้อ ๗.๓ กำหนดว่า “ผู้ที่จะเข้ารับการศึกษาคือต้องเป็นผู้มี  
สุขภาพร่างกายแข็งแรง” ซึ่งในทางปฏิบัติบุคคลทุกคนที่มีรายชื่อเข้ารับการศึกษาคือหลักสูตรดังกล่าวต้อง  
ไปตรวจสุขภาพตามระเบียบกองทัพอากาศว่าด้วยการตรวจสุขภาพผู้ปฏิบัติงานภาคพื้น พ.ศ. ๒๕๖๓  
ก่อนเข้ารับการศึกษาคือ เช่นเดียวกันกับกำลังพลสำรองที่เข้าทำหน้าที่ทหารเป็นการชั่วคราว ต้องเข้ารับ  
การเรียนการสอน **“หลักสูตรกำลังพลสำรองเข้าทำหน้าที่ทหารเป็นการชั่วคราว”** ทุกกรณีไม่มีข้อยกเว้น

- นายทหารสัญญาบัตรต้องเข้ารับการศึกษาคือ **“หลักสูตรนายทหาร  
ชั้นผู้บังคับหมวด”** ที่โรงเรียนนายทหารชั้นผู้บังคับหมวด กรมยุทธศึกษาทหารอากาศ โดยข้อ ๕ ของ  
ภาคผนวก ก ในหลักสูตรดังกล่าวกำหนดว่า “ผู้เข้ารับการศึกษาคือต้องเป็นผู้มีสุขภาพสมบูรณ์ โดยผ่านการ  
ตรวจร่างกายจากคณะกรรมการแพทย์ของกองทัพอากาศ และผ่านการทดสอบสมรรถภาพร่างกายของ  
กองทัพอากาศ” ซึ่งในทางปฏิบัตินายทหารสัญญาบัตรทุกคนที่มีรายชื่อต้องไปตรวจสุขภาพตามระเบียบ  
กองทัพอากาศว่าด้วยการตรวจสุขภาพผู้ปฏิบัติงานภาคพื้น พ.ศ. ๒๕๖๓ เช่นเดียวกัน

การศึกษาคือหลักสูตรทางการทหารทั้ง ๓ หลักสูตร รวมถึงการศึกษาคือใน  
หลักสูตรทางการทหารอื่น ๆ นอกจากการศึกษาคืออบรมด้านวิชาการ ยังมุ่งเน้นการฝึกวิชาทหารและ  
การฝึกภาคสนาม โดยต้องฝึกใช้อาวุธด้วยกระสุนจริง การใช้ลูกระเบิดขว้าง การฝึกบุคคลเพื่อการรบ  
ในเวลากลางวันและกลางคืน การข้ามลำน้ำ และสาธิตการจับกุมและตรวจค้นเชลยศึก ซึ่งต้องใช้  
สมรรถภาพทางร่างกายเป็นอย่างมาก หากให้บุคคลที่เป็นโรคเอดส์หรือติดเชื้อเอชไอวีเข้าศึกษาหรือ  
ฝึกอบรมในหลักสูตรทางการทหาร ย่อมมีโอกาสเสี่ยงเกิดอุบัติเหตุระหว่างการฝึกอบรม อันเป็นเหตุให้

ผู้ติดเชื้อเอชไอวีเกิดอันตรายแก่กาย ซึ่งในทางการแพทย์ เชื้อเอชไอวีสามารถติดต่อได้จากการสัมผัสเลือด ดังนั้น กำลังพลของผู้ถูกร้องที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการฝึกอบรม จึงตกเป็นผู้ที่มีความเสี่ยงในการติดเชื้อเอชไอวีไปด้วย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจริงย่อมส่งผลกระทบต่อเตรียมกำลังกองทัพอากาศ การป้องกันราชอาณาจักรและการดำเนินการเกี่ยวกับการใช้กำลังของกองทัพอากาศ ตามอำนาจหน้าที่ของกระทรวงกลาโหม ตามพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑

แต่ทั้งนี้ การตรวจสุขภาพข้าราชการของผู้ถูกร้องที่จะเข้ารับการศึกษาลัทธิสูตรทางการทหารทุกหลักสูตรจะไม่ตรวจหาเชื้อเอชไอวี เนื่องจากได้ตรวจหาเชื้อเอชไอวีตั้งแต่กระบวนการก่อนการบรรจุแต่งตั้งบุคคลเข้ารับราชการแล้ว

๑.๒) ความจำเป็นด้านสมรรถภาพทางร่างกายของกำลังพลกองทัพอากาศ มิได้มีเพียงการศึกษาหลักสูตรทางการทหารเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการเสริมสร้างสมรรถนะและความพร้อมในการป้องกันประเทศและรักษาผลประโยชน์แห่งชาติ การรักษาความมั่นคงของรัฐ การช่วยเหลือประชาชนและบรรเทาสาธารณภัย และการสนับสนุนการพัฒนาประเทศ ซึ่งถูกกำหนดไว้ในยุทธศาสตร์กองทัพอากาศ ๒๐ ปี (พ.ศ. ๒๕๖๑ - ๒๕๘๐) ด้วยเหตุนี้ ผู้ถูกร้องโดยกรมกำลังพลทหารอากาศ จึงจำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขให้มีการตรวจหาเชื้อเอชไอวีตามหลักอาชีวเวชศาสตร์ เพื่อประโยชน์โดยรวมของกองทัพไทยและกองทัพอากาศ

๒) ตามประกาศรับสมัครและสอบคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการทหารของกองทัพอากาศ ประจำปี ๒๕๖๔ ทั้ง ๓ ฉบับ ระบุโดยสรุปว่า “ผู้สมัครสอบรับทราบและยินยอมให้คณะกรรมการตรวจร่างกายทางการแพทย์ กรมแพทย์ทหารอากาศ ตรวจหาเชื้อเอชไอวี” ซึ่ง “ผู้สมัครสอบ” หมายถึง ผู้สมัครสอบในทุกตำแหน่ง มิได้มีข้อความระบุให้ตรวจหาเชื้อเอชไอวีเฉพาะตำแหน่ง

๓) การยกเลิกเงื่อนไขการตรวจหาเชื้อเอชไอวีอาจส่งผลกระทบต่อหน้าที่ของผู้ถูกร้องที่ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑ และยุทธศาสตร์กองทัพอากาศ ๒๐ ปี (พ.ศ. ๒๕๖๑-๒๕๘๐) เนื่องจาก หากพิจารณาหน้าที่ของผู้ถูกร้องตามที่กฎหมายกำหนด จะเห็นได้ว่า ผู้ที่จะเข้ามาเป็นกำลังพลของผู้ถูกร้องจะต้องพิจารณาถึงสมรรถภาพร่างกายเป็นสำคัญ แม้ผู้ที่ติดเชื้อเอชไอวีที่ได้รับยาต้านเชื้อเอชไอวีจะสามารถดำรงชีวิตได้ตามปกติ แต่ไม่มีข้อมูลทางการแพทย์รับรองได้ว่า ผู้ที่ได้รับเชื้อเอชไอวีสามารถปฏิบัติภารกิจทางการทหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้ถูกร้องในฐานะหน่วยงานที่มีหน้าที่เตรียมกำลังกองทัพอากาศและป้องกันราชอาณาจักร จึงจำเป็นต้องคัดเลือกบุคคลที่มีสมรรถภาพทางร่างกายที่สมบูรณ์ที่สุดเพื่อพร้อมที่จะปฏิบัติภารกิจทางการทหารที่จะเกิดขึ้น

๔) เพื่อให้การดำเนินการตามหน้าที่ของผู้ถูกร้องเป็นไปด้วยความเรียบร้อยตามที่พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ.๒๕๕๑ บัญญัติไว้ ผู้ถูกร้องจึงมีความจำเป็นต้องรับสมัครบุคคลที่มีสมรรถภาพทางร่างกายสมบูรณ์ที่สุด เพื่อรองรับภารกิจและหน้าที่ การตรวจหาเชื้อเอชไอวีเป็นหนึ่งในวิธีการตรวจสอบว่า สมรรถภาพทางร่างกายสมบูรณ์พร้อมหรือไม่ แม้กฎกระทรวง

ฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ จะไม่ได้กำหนดให้โรคเอดส์หรือผู้ติดเชื้อเอชไอวี เป็นโรคหรือสภาพร่างกาย หรือสภาพจิตใจ ซึ่งไม่สามารถรับราชการทหารได้ก็ตาม แต่โดยหน้าที่ของผู้ถูกร้องแล้ว สามารถตีความโดยนัยได้ว่า พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๒๑ เป็นข้อยกเว้นตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ วรรคท้าย ดังนั้น การตรวจหาเชื้อเอชไอวีจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน

### ๕.๒.๓ การดำเนินการต่อบุคลากรที่บรรจุเป็นข้าราชการแล้ว และตรวจพบเชื้อเอชไอวีในภายหลัง

ผู้ถูกร้องได้แต่งตั้งคณะกรรมการป้องกันและแก้ไขปัญหาเอดส์ของกองทัพอากาศ ตามคำสั่งกองทัพอากาศ (เฉพาะ) ที่ ๘๐/๕๗ ลงวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๕๗ และแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อการป้องกันและแก้ไขปัญหาเอดส์ของกองทัพอากาศ (เฉพาะ) ที่ ๑/๕๔ ลงวันที่ ๒๑ ธันวาคม ๒๕๕๙ ซึ่งการดำเนินงานของคณะกรรมการฯ มุ่งเน้นการให้ความรู้เกี่ยวกับโรคเอดส์และคุ้มครองมิให้มีการจำกัดสิทธิกำลังพลของกองทัพอากาศที่เป็นโรคเอดส์ หากคณะกรรมการฯ พบว่ามีกำลังพลของผู้ถูกร้องติดเชื้อเอชไอวีหรือเป็นโรคเอดส์ คณะกรรมการฯ จะดำเนินการให้ได้รับการรักษาพยาบาลและสิทธิสวัสดิการตามที่ข้าราชการการพึงได้รับตามกฎหมาย

### ๕.๒.๔ เหตุผลความจำเป็นที่ระบุให้ภาวะกะเทยเป็นโรคที่ไม่สามารถเข้ารับราชการทหารได้

๑) ภาวะกะเทยเป็นโรคหรือสภาพร่างกายหรือสภาพจิตใจที่ไม่สามารถเข้ารับราชการทหารได้ ตามกฎกระทรวงฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐)<sup>๑</sup> ประกอบมาตรา ๔๑ แห่งพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗<sup>๒</sup> และระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการบรรจุการโอน และการบรรจุ

/กลับเข้ารับ...

<sup>๑</sup> กฎกระทรวงฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐)<sup>๑</sup> ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ ข้อ ๒ โรคหรือสภาพร่างกายหรือสภาพจิตใจ ซึ่งไม่สามารถจะรับราชการทหารได้ตามมาตรา ๔๑ คือ

ฯลฯ

ฯลฯ

(๑๒) โรคอื่น ๆ

(ก) กะเทย (Hermaphroditism)

<sup>๒</sup> พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗

มาตรา ๔๑ ทหารกองประจำการ ทหารกองเกิน หรือทหารกองหนุนซึ่งยังไม่ครบกำหนดปลดพ้นราชการทหาร ถ้าพิการทุพพลภาพ หรือมีโรคซึ่งไม่สามารถรับราชการทหารได้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ก็ให้ปลดพ้นราชการทหารประเภทที่ ๑ หรือที่ ๒ แล้วแต่กรณี

ถ้าเป็นนายทหารสัญญาบัตรถูกถอดหรือออกจากยศก็ให้ปลดเป็นพ้นราชการทหารประเภทที่ ๒

ทั้งนี้ ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพร้อมด้วยสัสดีจังหวัดออกหนังสือสำคัญหรือใบสำคัญให้แก่ทหารตามประเภทที่ถูกปลดไว้เป็นหลักฐาน

กลับเข้ารับราชการ พ.ศ. ๒๕๒๙ ดังนั้น ผู้ถูกร้องซึ่งเป็นส่วนราชการสังกัดกระทรวงกลาโหมจึงจำเป็นต้องปฏิบัติตามนัยพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๙<sup>๓</sup> ซึ่งกฎหมายมิได้ให้อำนาจผู้ถูกร้องกำหนดหรือยกเลิกโรคที่ไม่สามารถเข้ารับราชการเองได้ ผู้ถูกร้องจึงมีความจำเป็นอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวต่อไปจนกว่าจะมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโรคที่ไม่สามารถเข้ารับราชการได้ กรณีนี้จึงเป็นการดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดโดยไม่มีเหตุยกเว้นและมีผลบังคับใช้กับผู้สมัครทุกคน

๒) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๒ บัญญัติว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิด หรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตย” โดยประเทศไทยได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคล ผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ มาตรา ๑๗ วรรคสอง บัญญัติว่า “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการหรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้ เว้นแต่เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนาหรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ บัญญัติว่า “กะเทย (Hermaphroditism) เป็นโรคหรือสภาพร่างกาย หรือสภาพจิตใจ ซึ่งไม่สามารถรับราชการทหารได้”

๓) ผู้ถูกร้องจึงเห็นว่า การกำหนดให้ภาวะกะเทยเป็นโรคอื่น ๆ ที่ไม่สามารถเข้ารับราชการได้ในประกาศและสอบคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการทหารของผู้ถูกร้อง ประจำปี ๒๕๖๔ ทั้ง ๓ ฉบับ จึงเป็นการกระทำที่ขัดด้วยกฎหมายและไม่ขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน

/๕.๓ ข้อเท็จจริง...

<sup>๓</sup>พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑

มาตรา ๙ ราชการของกระทรวงกลาโหมให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ แบบแผน ประกาศ และคำสั่ง



## ๕.๓ ข้อเท็จจริงจากหน่วยงานและบุคคลที่เกี่ยวข้อง

### ๕.๓.๑ กระทรวงกลาโหม

#### ๑) เหตุผลและความจำเป็นที่กำหนดให้ภาวะกะเทยเป็นโรคที่ไม่สามารถเข้ารับราชการทหารได้

การกำหนดให้กะเทยเป็นโรคอื่น ๆ ซึ่งไม่สามารถรับราชการทหารได้ตามกฎกระทรวงฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ เนื่องจากกระทรวงกลาโหมกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ารับราชการทหารกองประจำการ ตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ เพื่อที่จะคัดเลือกชายไทยเฉพาะผู้ที่มีร่างกายสมบูรณ์ดี ไม่มีอวัยวะพิการหรือผิดส่วน ให้มาเข้ารับราชการทหารกองประจำการไม่เกิน ๒ ปี จึงกำหนดให้บุคคลที่มีภาวะกะเทยถือเป็นผู้ที่มีโรคหรือสภาพจิตใจซึ่งไม่สามารถรับราชการทหารกองประจำการได้

#### ๒) ข้อมูลทางการแพทย์เกี่ยวกับภาวะกะเทย (Hermaphroditism)

ภาวะกะเทยเป็นลักษณะของเพศสภาพภายนอก (อวัยวะเพศ) กำกวมในคนที่เกิดมามีอวัยวะเพศที่มีลักษณะของเพศชายและหญิงอยู่ด้วยกันทั้ง ๒ เพศ หรือลักษณะกำกวมกันแยกไม่ชัดว่าเป็นชายหรือหญิง มีสาเหตุได้ทั้งโครโมโซมผิดปกติ ความผิดปกติของต่อมหมวกไต และอื่น ๆ ส่งผลให้เกิดอาการทางกายจนเป็นอันตรายถึงกับชีวิตได้ จึงมีความจำเป็นต้องติดตามดูแลจากแพทย์อย่างใกล้ชิดและสม่ำเสมอเพื่อความปลอดภัยของผู้ป่วย ทำให้กรณีราชการสนามอาจส่งผลกระทบต่อในการติดตามการรักษาผู้ป่วยได้ จัดอยู่ในคนจำพวกที่ ๔ กลุ่มโรคหรือสภาพร่างกายหรือสภาพจิตใจซึ่งไม่สามารถรับราชการทหารได้

การวินิจฉัยภาวะกะเทยจะต้องตรวจร่างกายว่ามีลักษณะเพศสภาพภายนอก (อวัยวะเพศ) กำกวม หรือลักษณะอวัยวะเพศภายนอกฝ่อเล็กหรือเจริญเติบโตไม่เต็มที่ ร่วมกับการตรวจโครโมโซม หรือตรวจอัลตราซาวด์ช่องท้องครึ่งไข่หรืออันตะ

#### ๓) ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder: GID หรือ Gender Dysphoria)

ภาวะเพศสภาพ (Gender Identity) หมายถึง การรับรู้ถึงความเป็นชายหญิงหรืออื่น ๆ ของตนเอง ผู้ที่มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด ได้แก่ ตืด กะเทย ทอม หญิงข้ามเพศ ชายข้ามเพศ (transgender หรือ transsexual) หรือผู้ที่มีรสนิยมทางเพศชอบเพศเดียวกัน เช่น เกย์ เลสเบียน (homosexual) หรือผู้ที่ชอบได้ทั้งสองเพศ (bisexual)

กฎกระทรวงฉบับที่ ๗๕ (พ.ศ. ๒๕๕๕) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ ให้เพิ่ม ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder) เป็นคนจำพวกที่ ๒ โดยเหตุผลในการประกาศใช้ คือ โดยที่หลักเกณฑ์การตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ารับ

ราชการทหารประจำการที่กำหนดให้แบ่งคนที่ได้ตรวจเลือกออกเป็น ๔ จำพวก ยังมีได้กำหนดรวมถึงลักษณะของบุคคลที่มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด สมควรแก้ไขหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยกำหนดให้ผู้มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด จัดเป็นคนจำพวกที่ ๒ ได้แก่ คนซึ่งมีร่างกายที่เห็นได้ชัดว่าไม่สมบูรณ์ดี เหมือนคนจำพวกที่ ๑ แต่ไม่ถึงทุพพลภาพ ซึ่งในการเกณฑ์ทหาร หากคนจำพวกที่ ๑ จำนวนไม่เพียงพอ ก็ให้คนจำพวกที่ ๒ จับใบดำใบแดง เพื่อคัดเลือกเป็นทหารลำดับถัดไป

ดังนั้น ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด จึงยังไม่จัดเป็นข้อห้ามในการรับราชการทหาร เว้นแต่ผู้ที่มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดมีโรคอย่างอื่นร่วมด้วย เช่น โรคทางจิตเวชที่ขัดต่อการรับราชการทหาร เป็นต้น

### ๕.๓.๒ ความเห็นผู้แทนกรมแพทยทหาร ๓ เหล่าทัพ

#### ๑) ผู้แทนกรมแพทยทหารอากาศ

๑.๑) ผู้ถูกร้องมีบุคลากร ๓ ประเภท คือ (๑) ข้าราชการ ซึ่งหมายรวมถึงนักเรียนทหารระดับต่าง ๆ ด้วย (๒) พนักงานราชการ และ (๓) ลูกจ้าง การกำหนดเงื่อนไขให้ตรวจหาเชื้อเอชไอวีจะใช้กับข้าราชการเท่านั้น ไม่รวมถึงการสมัครสอบเป็นพนักงานราชการและลูกจ้าง ซึ่งสาเหตุที่ต้องกำหนดเฉพาะข้าราชการ เนื่องจากการรับราชการทหารมีภารกิจ ๒ ด้าน คือ บทบาทหน้าที่หลักและสนับสนุน เช่น แพทย์ทหาร มีหน้าที่รักษาพยาบาลผู้ป่วย และมีหน้าที่ออกรบเมื่อเกิดเหตุการณ์ความไม่สงบหรือสงครามด้วย ซึ่งเป็นภารกิจหน้าที่สำคัญ จึงไม่สามารถให้คนที่ติดเชื้อเอชไอวีเข้ามาได้ เพราะจะเกิดความเสี่ยงต่อภารกิจที่ต้องปฏิบัติและเสี่ยงต่อร่างกายของผู้ติดเชื้อเอง โดยไม่ใช่เพียงผู้ติดเชื้อเอชไอวีเท่านั้น แต่มีโรคอื่น ๆ ที่ไม่อาจบรรจุเข้ารับราชการทหารได้ เช่น โรคเบาหวาน กะเทย ไวรัสตับอักเสบ (Viral Hepatitis) ฯลฯ

๑.๒) แม้ในปัจจุบันผู้ติดเชื้อเอชไอวีอาจใช้ชีวิตเช่นเดียวกับคนปกติทั่วไป แต่การจะกลับมาเป็นปกติมีเหตุอยู่ ๒ ประการ คือ (๑) CD4 (เม็ดเลือดขาวชนิดหนึ่งที่มีหน้าที่ควบคุมและต่อสู้กับเชื้อโรค) ต้องสูง และ (๒) Viral load (LV) (ปริมาณเชื้อเอชไอวีในกระแสเลือดของผู้ติดเชื้อต้องต่ำ) ซึ่งการที่จะเกิดขึ้นได้ ผู้ติดเชื้อต้องกินยาอย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ แต่ด้วยภารกิจที่ต้องปฏิบัติงานภาคสนามในพื้นที่ต่าง ๆ อาจทำให้มีปัญหาด้านการรักษาหรือไม่สามารถทำงานพื้นที่ไกลหรือต่างพื้นที่ได้

๑.๓) สำหรับกรณีบุคคลที่ได้รับการบรรจุเป็นข้าราชการแล้วตรวจพบเชื้อเอชไอวีในภายหลัง กองทัพอากาศจะรักษาให้เหมือนประชาชนทั่วไป มีการติดตามผลและเรียกตัวมารักษา ปัจจุบันกองทัพอากาศมีข้าราชการที่ติดเชื้อเอชไอวีปฏิบัติงานอยู่ ๑๒๔ นาย และเป็นพลทหาร ๑๕ นาย นอกจากนี้ยังมีข้าราชการที่ติดเชื้อเอชไอวีซึ่งเกษียณอายุราชการไปแล้ว ๔๖ นาย ทั้งนี้ กรณีข้าราชการที่ยังปฏิบัติหน้าที่ ถ้ามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงก็ให้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเดิม

๑.๔) ส่วนภาวะกะเทยเป็นภาวะที่ต้องกินยาอย่างต่อเนื่องเพื่อปรับฮอร์โมนและดูแลภาวะอารมณ์ การระบุให้ไม่สามารถเข้ารับราชการได้จึงเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดภาวะกีดกันทั้งต่อหน่วยงานและบุคคลที่มีภาวะดังกล่าว ทั้งนี้ กรณีที่มีข้อเสนอให้เปลี่ยนคำว่าภาวะกะเทยเป็นภาวะเพศกำกวม ต้องพิจารณาอย่างละเอียดจากผู้เชี่ยวชาญด้านโรค หากเปลี่ยนคำได้ก็พร้อมพิจารณาต่อไป

๒) ผู้แทนกรมแพทย์ทหารบก<sup>๕</sup>

๒.๑) ภารกิจด้านการทหารแบ่งเป็น ๒ รูปแบบ คือ การรบและการช่วยรบ กรณีภารกิจช่วยรบ เช่น ลูกจ้าง และพนักงานราชการ กองทัพบกไม่ใช้เงื่อนไขการติดเชื้อเอชไอวีเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ถ้าในภารกิจการรบที่จำเป็นต้องฝึกระยะนาน จะกำหนดเงื่อนไขเรื่องเอชไอวี เนื่องจากผู้ติดเชื้อโดยทั่วไปจำเป็นต้องได้รับยาเป็นประจำเพื่อไม่ให้เซลล์เม็ดเลือดขาวชนิด CD4 ต่ำ และภาวะดังกล่าวอาจเกิดจากการฝึกระยะยาวได้ เป็นผลเสียต่อผู้ติดเชื้อเอง ประกอบกับลักษณะงานที่ไม่เอื้อต่อการรักษา เช่น การประจำการและลาดตระเวนบริเวณชายแดน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพ

๒.๒) ส่วนภาวะกะเทยจะพบปัญหาเรื่องพันธุกรรม (Genetic) หัวใจ และหลอดเลือดร่วมด้วย กองทัพบกจึงไม่รับเข้าทำงานเพราะเห็นว่าอาจเกิดปัญหาในระหว่างการฝึกภาคสนาม ส่วนในกลุ่มของภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด เป็นเรื่องของสภาวะจิตใจที่ตรงข้ามเพศตนเอง กองทัพบกไม่ปฏิเสธรับเข้าทำงาน แต่บุคคลดังกล่าวก็ต้องปฏิบัติตามวินัยทหารเหมือนข้าราชการทหารทั่วไป เช่น การแต่งกาย ฯลฯ

๓) ผู้แทนกรมแพทย์ทหารเรือ<sup>๖</sup>

ภาวะกะเทยในทางการแพทย์เป็นลักษณะของเพศหรืออวัยวะเพศกำกวม ซึ่งกำหนดไว้ตามกฎหมายกระทรวง โดยระบุว่าไม่สามารถเข้าเป็นข้าราชการทหารได้ ส่วนในเรื่องของการเป็นผู้ติดเชื้อเอชไอวี ยังไม่มีกฎหมายหรือระเบียบที่ชัดเจน นอกจากกรณีเป็นโรคติดเชื้อเรื้อรังระยะแสดงอาการรุนแรงซึ่งไม่สามารถรักษาให้หายขาดได้ จึงจะไม่สามารถรับเข้าเป็นข้าราชการได้

๕.๓.๓ ความเห็นของหน่วยงานด้านสาธารณสุข<sup>๗</sup>

ผู้แทนกรมควบคุมโรคให้ข้อมูลว่า เชื้อเอชไอวี (Human Immunodeficiency Virus: HIV) เป็นเชื้อไวรัสที่ทำลายระบบภูมิคุ้มกันของร่างกาย โดยเฉพาะเซลล์เม็ดเลือดขาวชนิด ซีดี๔ (Cluster of Differentiation : CD4) ส่วนเอดส์ (Acquired Immune Deficiency Syndrome: AIDS) เป็นระยะสุดท้ายของผู้ติดเชื้อเอชไอวีที่ระบบภูมิคุ้มกันถูกทำลายอย่างรุนแรง หากไม่ได้รับการรักษา อาจเสียชีวิตได้ เชื้อเอชไอวีสามารถพบได้ในเลือด น้ำอสุจิ น้ำในช่องคลอด และน้ำนมของผู้ติดเชื้อ ดังนั้นเมื่อสัมผัสกับสิ่งเหล่านี้ผ่านทางเยื่อบุหรือผิวหนังที่มีบาดแผล ทำให้มีโอกาสติดเชื้อเอชไอวีได้ โดยทั่วไป

/เชื้อเอชไอวี...

<sup>๕</sup> จากรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ ๑๔๖/๒๕๖๕ ลงวันที่ ๓๑ ตุลาคม ๒๕๖๕ เรื่อง การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม กรณีกล่าวอ้างว่าโรงพยาบาลเอกชนกำหนดเงื่อนไขให้ผู้สมัครงานตรวจเชื้อเอชไอวีก่อนรับเข้าปฏิบัติงาน

เชื้อเอชไอวีเป็นเชื้อที่ตายง่ายเมื่ออยู่นอกร่างกายคน และไม่ติดต่อจากการทำกิจวัตรประจำวันทั่วไป เช่น การจับมือ กอด หรือรับประทานอาหารร่วมกัน เป็นต้น รวมทั้งยังไม่สามารถติดต่อผ่านทาง การถูกยุง หรือแมลงกัดได้

การติดต่อเชื้อเอชไอวีมีได้ ๓ ทางหลัก ได้แก่

(๑) การมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ได้ใช้ถุงยางอนามัยกับผู้ติดเชื้อเอชไอวีซึ่งเป็นสาเหตุที่บ่อยและสำคัญที่สุด

(๒) การติดต่อทางเลือดโดยการใช้เข็มฉีดยาและกระบอกฉีดยาร่วมกับผู้ติดเชื้อเอชไอวี หรือการได้รับเลือดจากผู้ติดเชื้อเอชไอวี ส่วนน้อยที่จะติดเชื้อจากการที่มีส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายซึ่งเป็นบาดแผลแล้วไปสัมผัสเลือดของผู้ติดเชื้อโดยตรง

(๓) การติดต่อจากมารดาสู่ทารกในระหว่างตั้งครรภ์ ระหว่างการคลอด และการให้นมบุตร

พฤติกรรมที่ไม่ทำให้ติดเชื้อเอชไอวี เช่น การกอด การจับมือ หรือการจูบแบบปิดปาก การใช้ห้องน้ำหรืองานชามร่วมกับผู้ป่วย การสัมผัสกับเหงื่อ น้ำตา หรือน้ำลายที่ไม่มีเลือด หรือน้ำเหลืองของผู้ติดเชื้อปะปน ทางระบบการหายใจ เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีหลักการประเมินความเสี่ยงต่อการติดเชื้อเอชไอวี หรือ QQR หมายถึง การที่คน ๆ หนึ่งจะได้รับเชื้อเอชไอวีเข้าสู่ร่างกายจะต้องประกอบด้วย ๓ ปัจจัย หากไม่ครบทั้ง ๓ ปัจจัยดังต่อไปนี้ ยังไม่ถึงว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เสี่ยงติดเชื้อเอชไอวี<sup>๔</sup>

Q (Quantity)	ปริมาณของเชื้อ ต้องมีจำนวนเชื้อเอชไอวีในปริมาณที่มากพอในสารคัดหลั่ง เช่น เลือด น้ำอสุจิ น้ำในช่องคลอด น้ำนมแม่ ที่เป็นที่อยู่ของเชื้อถึงจะติดได้
Q (Quality)	คุณภาพของเชื้อ ต้องมีคุณภาพพอ คือ ใหม่ สด เนื่องจากเชื้อเอชไอวีไม่สามารถมีชีวิตอยู่นอกร่างกายคนได้ สภาพร่างกายและสภาพแวดล้อมบางอย่างมีผลทำให้เชื้อเอชไอวีไม่สามารถอยู่ได้ เช่น กรดในน้ำลาย ระยะเวลาอาหาร สภาพอากาศ ความร้อน ความแห้ง น้ำยาต่างๆ
R (Route of Transmission)	ช่องทางการติดต่อ เชื้อไวรัสเอชไอวีจะต้องส่งผ่านจากคนที่ติดเชื้อไปยังอีกคนหนึ่ง โดยเชื้อจะต้องตรงเข้าสู่กระแสเลือด ได้แก่ ทางเพศสัมพันธ์โดยไม่ได้ป้องกัน ทางเลือด (การใช้เข็มฉีดยาเสพติดร่วมกัน) และจากแม่สู่ลูก หลักการสำคัญคือ หากมีช่องทางออกจะต้องมีทางเข้า ในกรณีมีบาดแผล ส่วนใหญ่แผลที่ติดเชื้อหรือแพร่เชื้อได้ต้องเป็นแผลที่เกิดจากเยื่ออ่อนของร่างกาย เช่น แผลในปาก แผลบริเวณอวัยวะเพศ และแผลเกิดขึ้นตรงทวารหนัก กรณีการสัมผัสจากช่องทางแผลตามร่างกายทั่วไปมีโอกาสเสี่ยงติดเชื้อเอชไอวีน้อยมาก ๆ

/การจ้างงาน...

<sup>๔</sup> เอกสารประกอบกรณีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติขอเข้าพบเพื่อสอบถามข้อมูลเกี่ยวกับโรคเอดส์ เมื่อวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๖๕ ของกรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข

การจ้างงานและการสมัครงานต้องไม่มีการตรวจหาเชื้อเอชไอวี หรือการ แสดงหลักฐานว่าไม่ติดเชื้อเอชไอวี และต้องไม่อ้างการติดเชื้อเอชไอวีเพื่อคัดกรองคนทำงานและคนสมัคร งาน หรือเพื่อเป็นเงื่อนไขการจ้างงานหรือเป็นหลักเกณฑ์ตัดสินว่าคนทำงานและคนสมัครงาน ขาดคุณสมบัติในการจ้างงาน นอกจากนี้ ผู้ติดเชื้อเอชไอวีและผู้ป่วยโรคเอดส์สามารถปฏิบัติงาน ในโรงพยาบาลได้ทุกตำแหน่งงานแม้กระทั่งในห้องปฏิบัติการผ่าตัด เนื่องจากผู้ปฏิบัติงานต้องปฏิบัติ ตามหลักการ Universal Precaution ซึ่งเป็นหลักการเสริมคุณภาพในการป้องกันการติดเชื้อในงาน บริการทางการแพทย์ และสาธารณสุขที่มีความจำเป็นต่อการปฏิบัติงานให้เกิดความปลอดภัย ในชีวิตประจำวันแก่บุคลากรทางการแพทย์ และผู้มารับบริการ โดยถือว่าเลือดและสารน้ำจากร่างกาย ของผู้ป่วยทุกคนมีเชื้อเอชไอวี เชื้อไวรัสตับอักเสบบี และเชื้อติดต่อทางเลือดอื่น ๆ การป้องกัน ประกอบด้วยการใช้อุปกรณ์ป้องกันส่วนบุคคล เช่น ถุงมือ ผ้าปิดปากและจมูก เสื้อคลุม เครื่องป้องกันตา ที่เหมาะสมตามความเสี่ยง และการทำความสะอาดมือ รวมทั้งการป้องกันการบาดเจ็บจากการถูกเข็มตำ ทั้งในผู้ป่วยและบุคลากรทางการแพทย์

#### ๕.๓.๔ ความเห็นผู้ทรงคุณวุฒิประจำคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และพยานบุคคล

๑) กรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวี ผู้ทรงคุณวุฒิประจำคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ<sup>๙</sup> และพยานบุคคล<sup>๑๐</sup> ให้ความเห็นสอดคล้องกันโดยสรุป ดังนี้

๑.๑) เอชไอวี เป็นไวรัสชนิดหนึ่งที่สามารถติดต่อได้ ๓ ทาง ได้แก่ เพศสัมพันธ์ เข็มฉีดยา และเลือด เมื่อติดเชื้อแล้วไวรัสจะทำลายเม็ดเลือดขาว ทำให้จำนวนเม็ดเลือดขาว ลดลงต่ำกว่า ๕๐๐ ตัว และทำให้ภูมิคุ้มกันต่ำลงเรื่อย ๆ จนกระทั่งกลายเป็นเอดส์ คือ มีเม็ดเลือดขาวต่ำ กว่า ๒๐๐ ตัว แต่ปัจจุบันมียารักษาที่ได้ผลเป็นอย่างดี ดังนั้น ผู้ติดเชื้อเอชไอวีจึงไม่ได้หมายความว่าต้อง เป็นผู้ป่วยเอดส์ด้วย อีกทั้งในมุมมองทางการแพทย์ถือว่าผู้ติดเชื้อเอชไอวีเป็นบุคคลที่สามารถดำรงชีวิต ได้เหมือนคนปกติทั่วไป หากผู้ติดเชื้อดังกล่าวได้รับการรักษา ดูแลสุขภาพ และกินยาต้านไวรัสอย่าง ต่อเนื่องก็สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกับคนที่ไม่ติดเชื้อเอชไอวี

๑.๒) ในเรื่องของการรักษา กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข มีนโยบายผลักดันให้ผู้ติดเชื้อสามารถเข้าถึงยาต้านไวรัส รวมทั้งมุ่งเน้นสร้างความรู้ความเข้าใจแก่สังคม เพื่อลดการตีตราอันเป็นปัญหาที่นำไปสู่การเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ ยุทธศาสตร์แห่งชาติว่าด้วยการยุติ ปัญหาเอดส์ พ.ศ. ๒๕๖๐-๒๕๗๓ ได้กำหนดเป้าหมายหลักในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐไว้

โดยให้ลด...

<sup>๙</sup> ผู้ทรงคุณวุฒิประจำคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ [redacted]  
ผู้ทรงคุณวุฒิด้านสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง [redacted] ผู้ทรงคุณวุฒิ  
ด้านสิทธิของกลุ่มเปราะบาง เด็ก สตรี ผู้พิการ ผู้สูงอายุ และการเลือกปฏิบัติ

<sup>๑๐</sup> พยานบุคคล [redacted] คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์ [redacted] คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

โดยให้ลดการเลือกปฏิบัติอันเกี่ยวเนื่องจากเอชไอวี และเพศภาวะลงร้อยละ ๙๐ ดังนั้น การกำหนดนโยบายของหน่วยงานของรัฐจึงต้องคำนึงถึงเป้าหมายตามยุทธศาสตร์ดังกล่าวด้วย

๑.๓) กรณีการกำหนดเงื่อนไขให้ตรวจหาเชื้อเอชไอวีเพื่อคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการเป็นทหารอากาศ เมื่อพิจารณาบนพื้นฐานทางการแพทย์ที่ผู้ติดเชื้อเอชไอวีสามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกับคนทั่วไป ก็ต้องพิจารณาเนื้อหาและลักษณะงานที่ผู้ถูกร้องกำหนดว่ามีอะไรที่แตกต่างไป อันเป็นเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องมีการตรวจหาเชื้อเอชไอวี หากจะใช้เหตุผลเรื่องการทำงานเป็นกลุ่ม และเมื่อเกิดอุบัติเหตุหรือได้รับบาดเจ็บจากการทำงานหรือการสงครามอาจส่งผลต่อการติดเชื้อของบุคคลอื่นนั้น เป็นเหตุผลที่เกิดจากความไม่เข้าใจในเรื่องการติดเชื้อหรือโรคมากกว่า อย่างไรก็ตาม ประเด็นการตรวจหาเชื้อเอชไอวีในลักษณะตามคำร้องนี้ เป็นประเด็นที่มีการอภิปรายและเกิดขึ้นในกองทัพต่างประเทศเช่นเดียวกัน เช่น กองทัพของสหรัฐอเมริกา ซึ่งยังคงกำหนดเงื่อนไขให้ตรวจเชื้อเอชไอวี และมีความพยายามแก้ไขกฎหมายเพื่อไม่ให้กำหนดเงื่อนไขเช่นนี้<sup>๑๑</sup>

## ๒) กรณีภาวะกะเทย

๒.๑) ██████████ ผู้แทนสถานเวชศาสตร์ชุมชนและเวชศาสตร์ครอบครัว คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ให้ความเห็นว่า ภาวะกะเทยเป็นคำที่ล้าสมัยและหยาบคาย ปัจจุบันวงการแพทย์ไม่ได้ใช้คำนี้แล้ว ซึ่งเมื่อเทียบเคียงคำว่า ภาวะกะเทยในกฎกระทรวง ฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๕๙๗ อาจหมายถึงภาวะ Intersex หรือ DSD (Disorders of sexual development) ซึ่งภาวะ Intersex มีความหลากหลายทางเพศเป็นอย่างมาก ดังนั้น การเหมารวมทั้งกลุ่มโดยที่จะไม่รับเข้าทำงานนั้นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสม ซึ่งภาวะ Intersex ไม่ใช่โรคหรือความผิดปกติ หรือต่อให้เป็นกลุ่มโครโมโซมต่าง ๆ ก็ไม่น่าจะมีข้อจำกัดในเรื่องการทำงาน เพราะคนกลุ่มนี้มีความสามารถเหมือนบุคคลทั่วไป ไม่ได้มีความบกพร่องใด ๆ หากผู้ถูกร้องเห็นว่ามีความจำเป็นที่อาจส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติก็ต้องออกระเบียบชี้แจงว่าเป็นงานในลักษณะใดเป็นการเฉพาะ

๒.๒) ██████████ ผู้ทรงคุณวุฒิด้านสิทธิของกลุ่มเปราะบาง เด็ก สตรี ผู้พิการ ผู้สูงอายุ และการเลือกปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้ความเห็นว่า ภาวะกะเทยเป็นศัพท์เชิงลักษณะเชิงอวัยวะเพศ ในปัจจุบันก็คือกลุ่มความหลากหลายทางเพศหรือ LGBTQ โดยมีผลการวิจัยทางการแพทย์พบว่า มีปัญหาทางด้านสุขภาพเยอะกว่าคนทั่วไป โดยเฉพาะทางด้านจิตใจ อ่อนไหวง่าย เกิดความเครียดง่าย ซึมเศร้าหรืออารมณ์แปรปรวน และมีปัญหาด้าน STD (Sexually Transmitted Disease) โรคติดต่อทางด้านเพศสัมพันธ์ สิ่งเสพติด เช่น บุหรี่ เหล้า เป็นต้น

/๒.๓ รองศาสตราจารย์...

<sup>๑๑</sup> <https://www.military.com/daily-news/2022/09/07/democrats-are-pushing-biden-let-hiv-positive-americans-join-military.html>

๒.๓) ██████████ ผู้ทรงคุณวุฒิด้านสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ให้ความเห็นว่า

(๑) พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ บัญญัติว่า การปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศกำเนิด ดังนั้น จึงนำมาสู่การวิเคราะห์ว่า การเลือกปฏิบัติในส่วนของภาวะกะเทยจัดอยู่ในเรื่องเกี่ยวกับเพศหรือไม่

(๒) หากพิจารณาจากหลักการแพทย์ที่ผ่านมาเห็นว่า ภาวะกะเทยไม่ถือเป็นโรค แต่น่าจะจัดอยู่ในอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) และไม่ว่าบุคคลนั้นจะแสดงออกว่าเป็นเพศใดหรือแสดงออกในรูปแบบใด การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ (Sexual Discrimination) ซึ่งประเทศออสเตรเลียมีการระบุไว้ชัดเจนว่า การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเรื่อง “เพศ” จะมีนัยยะที่ไม่ใช่แค่หญิงหรือชาย

(๓) อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันจะยังไม่สามารถสรุปว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ เพราะการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยหลักสากลมี ๒ รูปแบบ (๑) การปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ และ (๒) การปฏิบัติที่แตกต่างกันและเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยจุดแตกต่างในการจำแนกคือ เกณฑ์ทางด้านสิทธิมนุษยชน เหตุผล ความจำเป็น ความได้สัดส่วน เป็นเหตุในการชี้วัด การปฏิบัติที่แตกต่างกันที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเราเปรียบได้ว่าเป็นข้อยกเว้นหนึ่งของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน หากมีเหตุผลบางอย่างที่จำเป็น

(๔) จากความเห็นของ ██████████ เห็นว่า ประสิทธิภาพในการทำงานของบุคคลที่มีภาวะกะเทยไม่แตกต่างจากบุคคลทั่วไป หากจะไม่รับบุคคลดังกล่าวเข้าปฏิบัติงาน ควรจะต้องมีงานวิจัยที่รับรองว่าภาวะกะเทยส่งผลกระทบต่อการทำงานอย่างไร

๒.๔) ██████████ คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ให้ความเห็นว่า

(๑) ภาวะกะเทยโดยที่เพศกำเนิดเป็นชายและข้ามมาเป็นหญิงนั้น เป็นอัตลักษณ์ทางเพศ สามารถใช้คำว่าเพศกำกวมหรือไม่สามารถระบุเพศได้ ซึ่งที่ผ่านมามีการใช้คำว่าเพศกำกวมแต่มีการมองว่าเป็นการตีตราจึงใช้คำว่า “คนที่ไม่สามารถมีความชัดเจนเรื่องของตัวเองได้” ซึ่งยาวเกินไป คำว่าภาวะกะเทยจึงถูกใช้มาอย่างยาวนาน โดยภาวะดังกล่าวเรียกว่ากะเทยแท้ คือ กะเทยที่เกิดจากโครโมโซมหรือพันธุกรรม แต่กะเทยที่เป็นกะเทยข้ามเพศไม่ถือเป็นกะเทยแท้ ซึ่งเป็นเพียงการพยายามแยกให้ชัดว่าบุคคลนี้เป็นกะเทยที่เกิดจากโครโมโซมหรือไม่

(๒) การที่กองทัพอ้างว่า การกำหนดดังกล่าวเพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลที่มีอวัยวะเพศชายและหญิงเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้หญิงถูกละเมิดทางเพศ ตนเองไม่เห็นด้วยเนื่องจาก

/ภาวะกะเทย...

ภาวะกะเทยอาจจะอยู่ในระดับฮอโมนซึ่งดูจากภายนอกไม่สามารถรับรู้ได้เลย กลุ่มคน Intersex กับ อวัยวะเพศกำกวมก็ไม่ได้แสดงออกอย่างชัดเจนที่เห็นด้วยตาเปล่า อีกทั้งกรณีนี้อ้างข้อยกเว้นตามมาตรา ๒๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ซึ่งกำหนดว่า “บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพ เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม” นั้น ในเรื่องนี้คณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (คณะกรรมการ วลพ.) ซึ่งแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ มองว่า รัฐจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไข ไม่สามารถอ้างเรื่องความสงบเรียบร้อยได้ เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องแก้ไขและปรับเปลี่ยนไปตามยุคสมัย

### ๕.๓.๕ ข้อมูลจากแพทย์ด้านกุมารเวชศาสตร์<sup>๑๒</sup>

กุมารเวชศาสตร์ระบบต่อมไร้ท่อ  
ภาควิชากุมารเวชศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้อธิบายเกี่ยวกับภาวะเพศกำกวมว่า

๑) เกิดจากหลายสาเหตุ เช่น ความผิดปกติของการสร้างฮอโมนที่อาจเป็นผลมาจากต่อมเพศหรือต่อมหมวกไต หรือได้รับฮอโมนมากเกินไปในช่วงตั้งครรภ์ การขาดเอ็นไซม์บางอย่าง ตัวรับฮอโมนผิดปกติ ความผิดปกติของยีนส์ โรคทางพันธุกรรมบางอย่างที่มีผลต่อฮอโมนเพศ เป็นต้น ในประเทศไทยไม่มีสถิติการเกิดอย่างชัดเจน แต่โดยหลักการพบประมาณ ๑ ใน ๑,๐๐๐-๒,๐๐๐ ของประชากรเด็กเกิดใหม่ เกินครึ่งหนึ่งเกิดจากโรคทางพันธุกรรม ซึ่งเป็นภาวะที่แยกออกจากกลุ่มสาวประเภทสอง หรือทอม อย่างชัดเจน

๒) มีปัจจัยที่ทำให้ทราบว่าบุคคลนั้นมีภาวะอวัยวะเพศกำกวมหรือไม่ คือ (๑) อวัยวะเพศภายนอก บางคนดูออกว่าเป็นชาย แต่กลับมีอวัยวะเพศสั้นผิดปกติ หรืออวัยวะไม่ลง หรือรูปีสสาวะอยู่ผิดที่ (๒) ต่อมเพศ มดลูก รังไข่ อัณฑะ บางคนมีทั้งต่อมเพศชายและหญิงอยู่ในคนคนเดียว และ (๓) ความรับรู้ทางเพศที่จิตใจและสมอง ซึ่งหากเป็นภาวะปกติทั้งสามสิ่งนี้จะสอดคล้องไปด้วยกัน แต่หากทั้งสามสิ่งนี้ไม่เป็นไปในทำนองเดียวกัน เช่น อวัยวะเพศภายนอกเป็นผู้หญิง แต่มีต่อมเพศชายหรือโครโมโซมเพศชายอยู่ด้วย ลักษณะเช่นนี้อาจจะเข้าข่ายต้องมาประเมินเด็กว่าเป็นอวัยวะเพศกำกวม ที่ต้องมีการวินิจฉัยทางการแพทย์หลายสาขา ทั้งกุมารแพทย์ต่อมไร้ท่อ ศัลยแพทย์เด็ก ศัลยแพทย์ทางเดินปัสสาวะ และจิตแพทย์ที่ต้องทำงานร่วมกับพ่อแม่ โดยวิเคราะห์ปริมาณฮอโมน ลักษณะทางกายภาพ รวมถึงเรื่องจิตใจก็ต้องคุยกับพ่อแม่ผู้ปกครอง แต่สุดท้ายแล้วต้องดูที่ตัวเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาในการประเมินนานเป็นปี ๆ กว่าจะระบุได้ว่าเด็กจะเป็นเพศอะไร ซึ่งตามทฤษฎีเด็กจะมีการรับรู้เรื่องเพศเมื่ออายุได้ราว ๓ ขวบ

/๓) สำหรับการ...

<sup>๑๒</sup> จาก จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เรื่องทำความรู้จักภาวะเพศกำกวม สืบค้นจาก<https://www.chula.ac.th/clipping/11422/> สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๐ มกราคม ๒๕๖๖



๓) สำหรับการรักษายอมรับว่าเป็นเรื่องยาก โดยอันดับแรกรักษาด้วยฮอร์โมน ต่อมาก็เป็นการผ่าตัดโดยมีจิตแพทย์เข้ามาดูแลจิตใจและพัฒนาการ เพราะการมีเพศกำกวมถือว่ากระทบต่อจิตใจมากพอสมควร ทั้งนี้ คนที่รับการรักษาภาวะเพศกำกวมต้องติดตามดูแลกันไปตลอด แม้ผ่าตัดแล้วก็ตาม เช่น บางคนต้องรับฮอร์โมนต่อเนื่อง หรือต้องมาขยายช่องคลอดสม่ำเสมอ เพศหญิงก็ยังคงมาเข้ารับการรักษาด้วยระบบการเจริญพันธุ์ หรือดูว่าสามารถเข้าสู่ช่วงวัยรุ่นได้ตามปกติหรือไม่

## ๖. ความเห็นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า กรณีตามคำร้องมีประเด็นที่ต้องพิจารณา ๒ ประเด็น ได้แก่ การกำหนดเงื่อนไขให้ตรวจเชื้อเอชไอวีก่อนการสมัครสอบเข้ารับราชการทหารของผู้ถูกร้อง และการกำหนดให้ภาวะกะเทยเป็นโรคซึ่งไม่สามารถเข้ารับราชการทหารของผู้ถูกร้อง เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ อย่างไร โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

๖.๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ ได้บัญญัติรับรองให้บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ สภาพทางกายหรือสุขภาพ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้<sup>๑๓</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ข้อ ๒ ได้รับรองสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้จะใช้ได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น<sup>๑๔</sup> รวมไปถึงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่ง

/สหประชาชาติ...

<sup>๑๓</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

มาตรา ๒๗ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

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

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพ ได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

<sup>๑๔</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ข้อ ๒ วรรค ๒ รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้จะใช้ได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น

สหประชาชาติ (United Nations Commission on Human Rights) ได้มีข้อมติที่ ๑๙๙๕/๔๔ เมื่อวันที่ ๓ มีนาคม ๒๕๓๘ (ค.ศ. ๑๙๙๕) และที่ ๑๙๙๖/๔๓ เมื่อวันที่ ๑๙ เมษายน ๒๕๓๙ (ค.ศ. ๑๙๙๖) ยืนยันว่า “สภาพอย่างอื่น” ในบทบัญญัติเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ จะต้องตีความโดยหมายความรวมถึงสภาพทางสาธารณสุขรวมทั้งเชื้อเอชไอวีและโรคเอดส์ หมายความว่า รัฐไม่ควรเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อและผู้ได้รับผลกระทบจากเชื้อเอชไอวีและโรคเอดส์ หรือสมาชิกของกลุ่มที่มีความเสี่ยงต่อการติดเชื้อเอชไอวี และคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ได้มีความเห็นทั่วไป หมายเลข ๑๘: สิทธิในการทำงาน (General Comment No.18 – The Rights to Work: Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) ถือว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุทางสุขภาพซึ่งรวมถึงผู้ติดเชื้อเอชไอวีและผู้ป่วยเอดส์นั้น เป็นการจำกัดการเข้าถึงสิทธิในการทำงาน (Accessibility to the Right to Work)

นอกจากนี้ นโยบายการตรวจเลือดก่อนรับเข้าทำงานยังขัดต่อแนวปฏิบัติเรื่องโรคเอดส์ในโลกแห่งการทำงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ข้อ ๘.๑<sup>๕</sup> (ผู้ติดเชื้อเอดส์ตามนิยามในแนวปฏิบัตินี้มีความหมายเดียวกันกับผู้ติดเชื้อเอชไอวี) ซึ่งวางแนวปฏิบัติไว้ว่า ไม่ควรมีการตรวจหาเชื้อเอชไอวีในกระบวนการสรรหาบุคคลหรือในการต่ออายุการจ้างงาน การตรวจสุขภาพร่างกายใด ๆ ก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการตรวจก่อนจ้างงานหรือการตรวจร่างกายตามปกติของลูกจ้างก็ไม่ควรมีข้อบังคับให้ตรวจหาการติดเชื้อเอชไอวีร่วมด้วย

๖.๒ การกำหนดเงื่อนไขให้ตรวจเชื้อเอชไอวีก่อนการสมัครสอบเข้ารับราชการทหารของผู้ถูกร้อง เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ อย่างไร เห็นว่า

๖.๒.๑ การที่ผู้ถูกร้องกำหนดให้ผู้สมัครสอบเข้ารับราชการทหาร ตามประกาศทั้ง ๓ ฉบับในข้อ ๕.๒.๑ ของรายงานนี้ ต้องตรวจหาเชื้อเอชไอวี ทั้งที่โรคเอดส์หรือโรคภูมิคุ้มกันบกพร่องหรือการติดเชื้อเอชไอวี ไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นโรคหรือสภาพร่างกาย หรือสภาพจิตใจที่ไม่สามารถรับราชการทหารได้ตามกฎกระทรวงฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ โดยผู้ถูกร้องอ้างว่า เนื่องจากบุคคลที่จะเข้ารับราชการของกองทัพอากาศ นอกจากจะต้องปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ที่สมัครสอบเข้ามาแล้ว ยังต้องปฏิบัติงานด้านอื่น ๆ เพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพการเป็นทหารอาชีพ ต้องฝึกทั้งด้านวิชาการ และภาคสนามทั้งในเวลากลางวันและกลางคืน ซึ่งต้องใช้อาวุธกระสุนจริง และถูกระเบิดขว้าง หากผู้ที่ติดเชื้อเอชไอวีได้รับบาดเจ็บอาจทำให้ผู้อื่นมีความ

/เสียงติดเชื่อ...

<sup>๕</sup> แนวปฏิบัติเรื่องโรคเอดส์ในโลกแห่งการทำงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

ข้อ ๘.๑ ข้อห้ามในการสรรหาบุคคลและการจ้างงาน

ไม่ควรมีการตรวจหาการติดเชื้อเอดส์ในกระบวนการสรรหาบุคคลหรือในการต่ออายุการจ้างงาน การตรวจสุขภาพร่างกายใด ๆ ก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการตรวจก่อนการจ้างงานหรือการตรวจร่างกายปกติของลูกจ้าง ก็ไม่ควร มีข้อบังคับให้ตรวจหาการติดเชื้อเอดส์ร่วมด้วย

เสียงติดเชื้อไปด้วย นอกจากนี้ ยังมีความจำเป็นด้านสมรรถภาพทางร่างกาย แม้ผู้ติดเชื้อเอชไอวีที่ได้รับยาต้านเชื้อจะสามารถดำรงชีวิตได้ตามปกติ แต่ผู้ติดเชื้อต้องกินยาอย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ ซึ่งด้วยภารกิจที่อาจต้องปฏิบัติงานภาคสนามในพื้นที่ต่าง ๆ เช่น การประจำและลาดตระเวนบริเวณชายแดน เป็นต้น อาจทำให้มีปัญหาด้านการรักษา หรือไม่สามารถทำงานพื้นที่ไกลหรือต่างพื้นที่ได้ และไม่มีข้อมูลทางการแพทย์รับรองได้ว่า ผู้ติดเชื้อเอชไอวีสามารถปฏิบัติภารกิจทางการทหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้ถูกร้องจึงมีความจำเป็นต้องรับสมัครบุคคลที่มีสมรรถภาพทางร่างกายสมบูรณ์ที่สุดเพื่อมารองรับภารกิจและหน้าที่ การตรวจหาเชื้อเอชไอวีจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน เนื่องจากเป็นข้อยกเว้นตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ วรรคท้าย และการยกเลิกเงื่อนไขการตรวจหาเชื้อเอชไอวีอาจส่งผลกระทบต่อหน้าที่ของผู้ถูกร้องที่ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑ และยุทธศาสตร์กองทัพอากาศ ๒๐ ปี (พ.ศ. ๒๕๖๑ - ๒๕๘๐)

๖.๒.๒ แต่จากข้อเท็จจริงของหน่วยงานด้านสาธารณสุขปรากฏว่า เชื้อเอชไอวี คือ ไวรัสที่ทำลายเซลล์เม็ดเลือดขาวทำให้ภูมิคุ้มกันบกพร่อง ส่วนเอดส์ คือ กลุ่มอาการของการติดเชื้อแทรกซ้อนต่าง ๆ เมื่อระบบภูมิคุ้มกันของร่างกายถูกเชื้อเอชไอวีทำลายจนไม่สามารถต้านทานเชื้อโรคที่เข้าสู่ร่างกายได้ ดังนั้น การติดเชื้อเอชไอวีไม่จำเป็นต้องมีอาการเอดส์ และสามารถรักษาด้วยยาต้านไวรัสเอชไอวี ปัจจุบันวิวัฒนาการทางการแพทย์สำหรับผู้ติดเชื้อเอชไอวีได้ก้าวหน้าเป็นอย่างมาก ทั้งเรื่องการรักษาและการเข้าถึงยา หากผู้ติดเชื้อเอชไอวีเข้ารับการรักษาและได้รับยาตามปกติก็จะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรง เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป และมีอายุขัยยืนยาวเทียบเท่าผู้ไม่มีเชื้อ อีกทั้งการที่บุคคลใดจะติดเชื้อเอชไอวีจากบุคคลอื่นมิได้สามทางหลัก ได้แก่ การมีเพศสัมพันธ์โดยปราศจากการป้องกันซึ่งเป็นสาเหตุที่สำคัญที่สุด การติดต่อทางเลือดซึ่งมีส่วนน้อยจะติดเชื้อจากการที่มีส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายที่มีบาดแผลแล้วไปสัมผัสเลือดของผู้ติดเชื้อโดยตรง และการติดต่อจากมารดาสู่ทารก นอกจากนี้ ยังต้องมียอดัประคบครบตามหลักการประเมินความเสี่ยงต่อการติดเชื้อเอชไอวี ๓ ปัจจัยพร้อมกัน กล่าวคือ ปริมาณของเชื้อคุณภาพของเชื้อ และช่องทางการติดต่อ หากขาดปัจจัยใดปัจจัยหนึ่ง ย่อมไม่ถึงว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เสี่ยงติดเชื้อเอชไอวี

๖.๒.๓ การที่ผู้ถูกร้องอ้างว่า หากผู้ติดเชื้อเอชไอวีได้รับบาดเจ็บจากภาคสนาม อาจทำให้ผู้อื่นมีความเสี่ยงติดเชื้อ และไม่มีข้อมูลทางการแพทย์รับรองได้ว่าติดเชื้อเอชไอวีสามารถปฏิบัติภารกิจทางการทหารได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น เมื่อพิจารณาตำแหน่งที่ผู้ถูกร้องรับสมัครตามประกาศทั้ง ๓ ฉบับ มิได้มีหน้าที่หลักในการรบหรือปฏิบัติภารกิจทางยุทธวิธีที่จะทำให้มีความจำเป็นต้องรับสมัครบุคคลที่มีสมรรถภาพทางร่างกายสมบูรณ์ที่สุดเพื่อรองรับภารกิจและหน้าที่ของผู้ถูกร้อง อีกทั้ง ปัจจุบันผู้ถูกร้องมีข้าราชการทหารที่ติดเชื้อเอชไอวีภายหลังเข้ารับราชการแล้ว ซึ่งยังสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามปกติ ย่อมแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า บุคลากรดังกล่าวมีสมรรถภาพในการปฏิบัติงานเช่นเดียวกับ

/บุคคลทั่วไป...

บุคคลทั่วไป และแม้ว่าจะมีการคัดกรองด้วยการตรวจเชื้อเอชไอวีก่อนเข้ารับราชการก็ไม่อาจเป็น หลักประกันได้ว่า บุคคลนั้นจะไม่ติดเชื้อเอชไอวีในภายหลัง ซึ่งถ้าข้าราชการที่ติดเชื้อเอชไอวีเข้ารับ การรักษาและรับประทานยาตามปกติ หากจำเป็นต้องไปปฏิบัติงานในสนามรบก็ไม่สามารถส่งต่อเชื้อให้แก่ บุคคลอื่นได้ นอกจากนี้ การระบุเงื่อนไขให้ผู้สมัครสอบตามประกาศทั้ง ๓ ฉบับของผู้ถูกร้องต้องตรวจ เชื้อเอชไอวี ไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นโรคหรือสภาพร่างกาย หรือสภาพจิตใจที่ไม่สามารถรับราชการทหาร ได้ตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๕๔๗ อีกด้วย และแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ จะบัญญัติ ข้อยกเว้นในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ ฯลฯ เฉพาะในส่วนที่ เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรมก็ตาม แต่ความมุ่งหมายของบทบัญญัติมาตรานี้ก็เพื่อ กำหนดหลักแห่งความเสมอภาคของบุคคล และห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม<sup>๑๖</sup> อันเป็นการ รับรองว่าการจะจำกัดสิทธิของบุคคลใดควรมุ่งหมายไปที่คุณสมบัติที่เหมาะสมต่อการปฏิบัติงานโดยไม่ เอาเหตุความแตกต่างในเรื่องอื่นมาประกอบ

๖.๒.๔ นอกจากนี้ คณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาเอดส์ ได้มีประกาศ เรื่อง แนวปฏิบัติแห่งชาติว่าด้วยการป้องกันและบริหารจัดการด้านเอดส์ในสถานที่ทำงาน ซึ่งมีกระทรวงกลาโหมเป็นหน่วยงานหลักที่ร่วมดำเนินการ โดยมีข้อกำหนดให้คำนึงถึงความเสมอภาค ของหญิงชายและความหลากหลายทางเพศเป็นสำคัญ รวมถึงขจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อ ผู้ติดเชื้อเอชไอวี ผู้ป่วยเอดส์ และผู้ได้รับผลกระทบ โดยการจ้างงานและการสมัครงานต้องไม่มีการ ตรวจหาการติดเชื้อเอชไอวีหรือการแสดงหลักฐานว่าไม่ติดเชื้อเอชไอวี และต้องไม่อ้างการติดเชื้อเอชไอวี เพื่อคัดกรองคนทำงานและคนสมัครงาน หรือเพื่อเป็นเงื่อนไขในการจ้างงาน หรือเป็นหลักเกณฑ์ตัดสินว่า คนทำงานและคนสมัครงานขาดคุณสมบัติในการจ้างงาน<sup>๑๗</sup> อีกทั้งคณะรัฐมนตรีได้มีการประชุมเมื่อวันที่

/๑๗ มกราคม...

<sup>๑๖</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

<sup>๑๗</sup> ประกาศคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาเอดส์ เรื่อง แนวปฏิบัติแห่งชาติ ว่าด้วยการป้องกันและบริหารจัดการด้านเอดส์ในสถานที่ทำงาน ประกาศ ณ วันที่ ๒๑ สิงหาคม ๒๕๕๒

ข้อ ๖ นโยบายด้านเอดส์ในสถานที่ทำงานเป็นกรอบแนวทาง การป้องกันและบริหารจัดการด้านเอดส์ ในสถานที่ทำงาน และต้องกำหนดขึ้นโดยคำนึงถึงความเสมอภาคของหญิงชายและความหลากหลายทางเพศเป็นสำคัญ โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการดังต่อไปนี้

- (๑) การปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
- (๒) การส่งเสริมการป้องกันการติดเชื้อเอชไอวี
- (๓) การช่วยเหลือดูแลผู้ติดเชื้อเอชไอวีผู้ป่วยเอดส์และผู้ได้รับ ผลกระทบ รวมทั้งการส่งเสริมให้ ผู้ติดเชื้อเอชไอวีและผู้ป่วยเอดส์ได้รับการรักษาตามสิทธิ
- (๔) การส่งเสริมการอยู่ร่วมกันในสถานที่ทำงาน

๑๗ มกราคม ๒๕๖๐ มีมติเห็นชอบยุทธศาสตร์แห่งชาติว่าด้วยการยุติปัญหาเอดส์ พ.ศ. ๒๕๖๐ - ๒๕๗๓ ซึ่งยุทธศาสตร์แห่งชาติว่าด้วยการยุติปัญหาเอดส์นี้ได้กำหนดวิสัยทัศน์คือ “การร่วมยุติปัญหาเอดส์ภายในปี ๒๕๗๓ ที่คำนึงถึงหลักการสิทธิมนุษยชนและความเสมอภาคระหว่างเพศ” โดยหนึ่งในเป้าหมายหลักคือลดการเลือกปฏิบัติอันเกี่ยวกับเชื้อเอชไอวี และเพศภาวะลงร้อยละ ๙๐<sup>๑๔</sup>

๖.๒.๕ ด้วยข้อเท็จจริงและเหตุผลข้างต้น การที่ผู้ถูกร้องกำหนดเงื่อนไขในหัวข้อการสมัครสอบในประกาศทั้ง ๓ ฉบับว่า ผู้สมัครสอบรับทราบและยินยอมให้คณะกรรมการตรวจร่างกายทางการแพทย์ กรมแพทย์ทหารอากาศ ตรวจร่างกายรวมถึงตรวจหาเชื้อเอชไอวี จึงถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งสุขภาพ ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ข้อ ๒ วรรคสอง ดังนั้น การกระทำของผู้ถูกร้องจึงเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน แต่เนื่องจากประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการประจำปี ๒๕๖๔ ทั้ง ๓ ฉบับ ได้สิ้นสุดไปโดยเงื่อนไขแล้ว จึงไม่อาจกำหนดมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อผู้ถูกร้องได้ แต่เพื่อป้องกันมิให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีนี้ขึ้นอีก จึงให้เสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ต่อผู้ถูกร้องและกระทรวงกลาโหมต่อไป

๖.๓ การกำหนดให้ภาวะกะเทยเป็นโรคซึ่งไม่สามารถเข้ารับราชการทหารของผู้ถูกร้องเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ อย่างไร เห็นว่า

การกำหนดให้ภาวะกะเทยเป็นโรคซึ่งไม่สามารถเข้ารับราชการทหารของผู้ถูกร้องตามประกาศทั้ง ๓ ฉบับในข้อ ๕.๒.๑ ของรายงานนี้ เป็นไปตามข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์ของกฎกระทรวงฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ และระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการบรรจุ การโอน และการบรรจุกลับเข้ารับราชการ พ.ศ. ๒๕๒๙

/และกฎหมาย...

ข้อ ๗ นโยบายด้านเอดส์ในสถานที่ทำงานอย่างน้อยต้องมีสาระ สำคัญ ดังต่อไปนี้

(๑) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ได้แก่ การปกป้องคุ้มครอง และการส่งเสริมการปฏิบัติต่อคนทำงานและคนสมัครงานอย่างเท่าเทียมกันและจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวีผู้ป่วยเอดส์และผู้ได้รับผลกระทบ ดังนี้

(ก) การจ้างงานและการสมัครงานต้องไม่มีการตรวจหา การติดเชื้อเอชไอวีหรือการแสดงหลักฐานว่าไม่ติดเชื้อเอชไอวี และต้องไม่อ้างการติดเชื้อเอชไอวีเพื่อคัดกรองคนทำงานและคนสมัครงาน หรือเพื่อเป็นเงื่อนไขในการจ้างงาน หรือเป็นหลักเกณฑ์ตัดสินว่า คนทำงานและคนสมัครงานขาดคุณสมบัติในการจ้างงาน

(ข) การสนับสนุนผู้ติดเชื้อเอชไอวีและผู้ป่วยเอดส์ให้ทำงาน และมีความก้าวหน้าในการทำงานตามปกติ

(ค) การส่งเสริมสิทธิในการรักษาความลับส่วนบุคคลและจัดให้มีการพัฒนาระบบเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลของคนทำงาน

<sup>๑๔</sup> ยุทธศาสตร์ชาติว่าด้วยการยุติปัญหาเอดส์ พ.ศ. ๒๕๖๐ - ๒๕๗๓

และกฎหมายดังกล่าวมิได้ให้อำนาจผู้ร้องกำหนดหรือยกเลิกโรคที่ไม่สามารถเข้ารับราชการเองได้ ดังนั้น ผู้ร้องจึงมีความจำเป็นอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายต่อไปจนกว่าจะมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโรคที่ไม่สามารถเข้ารับราชการทหารได้ **กรณีนี้จึงยังไม่อาจรับฟังได้ว่า ผู้ร้องปฏิบัติหรือละเลยการปฏิบัติอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน**

๖.๔ กรณีมีปัญหาต้องพิจารณาต่อไปว่า ข้อกำหนดให้ภาวะกะเทยเป็นโรคที่ไม่สามารถรับราชการทหารตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ เป็นข้อกำหนดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ เห็นว่า

๖.๔.๑ ผู้แทนจากกระทรวงกลาโหม กรมแพทย์ทหาร ๓ เหล่าทัพ พยานบุคคลและผู้ทรงคุณวุฒิของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ยังมีความเห็นที่ไม่สอดคล้องกันในเรื่องของปัญหาด้านสุขภาพของภาวะกะเทยเกี่ยวกับผลกระทบในการปฏิบัติงาน แต่หากพิจารณาจากข้อมูลโดยรวมสรุปได้ว่า ภาวะกะเทยในทางการแพทย์หมายถึงกะเทยแท้ หรือภาวะเพศกำกวม ซึ่งหมายถึงบุคคลที่มีอวัยวะเพศสองเพศ แต่ภาวะดังกล่าวไม่สามารถทราบได้จากการมองลักษณะทางกายภาพเท่านั้น ต้องอาศัยการพิจารณาทางการแพทย์หลายด้านประกอบ อีกทั้งยังไม่ปรากฏข้อมูลจากหน่วยงานอื่นที่ระบุให้เห็นว่าบุคคลที่มีภาวะกะเทยหรือภาวะเพศกำกวมมีสมรรถภาพหรือความรู้ความสามารถด้อยกว่าบุคคลทั่วไป

๖.๔.๒ หากพิจารณาในเรื่องข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติตามมาตรา ๒๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ในเรื่องของสมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรมของทหาร ก็เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับการเลือกปฏิบัติในผู้ติดเชื้อเอชไอวี โดยความมุ่งหมายของบทบัญญัติมาตรานี้ก็เพื่อกำหนดหลักแห่งความเสมอภาคของบุคคล และห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งรับรองว่า การจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลใด ควรมุ่งหมายไปที่คุณสมบัติที่เหมาะสมต่อการปฏิบัติงาน โดยไม่เอาเหตุความแตกต่างในเรื่องอื่นมาประกอบ

๖.๔.๓ ในกรณีนี้จึงเห็นว่า การออกข้อกำหนดให้ภาวะกะเทยเป็นโรคที่ไม่สามารถรับราชการทหารได้ ถือเป็น การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ อันกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกายหรือสุขภาพ หรือสถานะของบุคคล ตามมาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ดังนั้น การกำหนดให้ภาวะกะเทยในกฎกระทรวง ฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ เป็นโรคที่ไม่สามารถรับราชการทหารได้จึงเป็นข้อกำหนดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน เห็นควรเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อกระทรวงกลาโหมต่อไป

## ๗. มาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชน และมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชน และมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อผู้ถูกร้อง และกระทรวงกลาโหม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๔๗ (๑) และ (๓) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๖ (๑) และ (๓) ประกอบมาตรา ๓๖ และมาตรา ๔๒ ดังนี้

### ๗.๑ มาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ให้กระทรวงกลาโหมยกเลิกคำว่าภาวะกะเทยในข้อ ๒ โรคหรือสภาพร่างกายหรือสภาพจิตใจ ซึ่งไม่สามารถจะรับราชการทหารตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๗๔ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗

ทั้งนี้ ให้ดำเนินการภายใน ๙๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับรายงานฉบับนี้

### ๗.๒ มาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

๗.๒.๑ ให้กองทัพอากาศ (ผู้ถูกร้อง) ไม่กำหนดเงื่อนไขการตรวจหาเชื้อเอชไอวี ในการรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการทหารตามตำแหน่งที่ปรากฏในประกาศรับสมัครและสอบคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการทหารของผู้ถูกร้องทั้ง ๓ ฉบับ ที่ระบุในรายงานฉบับนี้อีก

๗.๒.๒ ให้กระทรวงกลาโหมดำเนินการ ดังนี้

๑) แจ้งหน่วยงานในสังกัดไม่ให้กำหนดเงื่อนไขการตรวจหาเชื้อเอชไอวี ในการรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการทหารตามตำแหน่งที่ระบุในประกาศรับสมัครและสอบคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการทหารของผู้ถูกร้องทั้ง ๓ ฉบับ ที่ระบุในรายงานฉบับนี้อีก

๒) ประชาสัมพันธ์ให้บุคลากรในสังกัดมีความรู้ความเข้าใจเรื่องเชื้อเอชไอวี มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการอยู่ร่วมกับผู้ติดเชื้อเอชไอวี รวมทั้งการเข้ารับการรักษาและรับยาต้านเชื้อเอชไอวี อย่างสม่ำเสมอ

## ๘. มติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในคราวประชุม ด้านการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน ครั้งที่ ๕/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๖๖ จึงมีมติว่า การกระทำของผู้ถูกร้องในประเด็นการกำหนดเงื่อนไขในหัวข้อการสมัครสอบในประกาศทั้ง ๓ ฉบับ ตามคำร้องนี้ ที่ให้ผู้สมัครสอบรับทราบและยินยอมให้ตรวจหาเชื้อเอชไอวี เป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และการกำหนดให้ภาวะกะเทยเป็นโรคซึ่งไม่สามารถเข้ารับราชการได้ เป็นข้อกำหนดอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ให้เสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไข

การละเมิดสิทธิมนุษยชน และมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามข้อ ๗ ของรายงานนี้ต่อผู้ถูกร้อง และกระทรวงกลาโหม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๔๗ (๑) และ (๓) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๖ (๑) และ (๓) ประกอบมาตรา ๓๖ และมาตรา ๔๒ เพื่อพิจารณา ดำเนินการต่อไป

**คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ**

นางสาวพรประไพ กาญจนรินทร์

นางปรีดา คงแป้น

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุชาติ เศรษฐมาลินี

นางสาวศยามล ไกยูรวงศ์

นางสาวปติกาญจน์ สิทธิเดช

นายวสันต์ ภัยหลีกลี้

ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

