



มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรบกวนทางการแพทย์
ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

มณีนชก งามขำ

สารนิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญา

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพธนบุรี

ปีการศึกษา 2567

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยกรุงเทพธนบุรี

มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกแทรกแซงทางการแพทย์
ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

มณีนชก งามขำ

สารนิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญา

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพธนบุรี

ปีการศึกษา 2567

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยกรุงเทพธนบุรี

LEGAL MEASURES TO PREVENT MEDICAL INTERVENTION
IN CHILDREN WITH GENTIAL MUTILATION

Manatchanok Ngamkham

A Research Paper Submitted in Partial Fulfillment
of the Requirements for the Degree of
Master of Laws
Law

Faculty of Laws, Bangkokthonburi University

Academic Year 2024

Copyright of Bangkokthonburi University

มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกแทรกแซงทางการแพทย์
ในเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

มณีนก งามขำ

คณะนิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์และคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์ได้พิจารณาสารนิพนธ์ ฉบับนี้แล้ว มีมติ
ว่าเป็นงานวิจัยที่มีคุณภาพ จึงขอเสนอให้รับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญา
นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะกรรมการสอบสารนิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เจนพล ทองยืน)

.....กรรมการ/อาจารย์ที่ปรึกษา
(อาจารย์ ว่าที่ร้อยตรี ดร.สุรัชย์ พ่วงชูศักดิ์)

.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.จเร พันธุ์เปรื่อง)

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพธนบุรี อนุมัติให้สารนิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตาม
หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(พลตำรวจตรี ดร.ทีป ราษฎร์ระน้อย)

วันที่ 16 เดือน ธันวาคม พ.ศ. 2567

ชื่อสารนิพนธ์: มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรังแกทางเพศในเด็กที่มี

อวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

ผู้ทำสารนิพนธ์: นางมณีนชก งามขำ อาจารย์ที่ปรึกษา: อาจารย์ ว่าที่ร้อยตรี ดร.สุรัชย์ พ่วงชูศักดิ์

ปริญญา: นิติศาสตรมหาบัณฑิต (นิติศาสตร์) ปีการศึกษา: 2567

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาแนวคิดทฤษฎีและความหมายของสิทธิเสรีภาพในการคุ้มครองเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด (2) ศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการถูกรังแกทางเพศในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด (3) เพื่อศึกษาเกี่ยวกับการถูกรังแกทางเพศในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิดตามกฎหมายไทย (4) วิเคราะห์กฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรังแกทางเพศในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด ประกอบกับการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ และ (5) เพื่อให้ได้แนวทางในการออกกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรังแกทางเพศในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพโดยศึกษาจากตัวบทกฎหมาย ตำราทางวิชาการ งานวิจัยบทความในวารสารหรือนิตยสารทางกฎหมาย ตลอดจนสืบค้นข้อมูลจากฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ทั้งในประเทศและต่างประเทศที่มีข้อมูลเกี่ยวกับอวัยวะเพศกำกวมเพื่อเป็นข้อมูลในการนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบอย่างเป็นระบบ อันจะนำมาสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะเพื่อให้ได้แนวทางในการออกกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรังแกทางเพศในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

ผลการวิจัยพบว่า ประเทศไทยมีเด็กแรกเกิดที่เกิดมามีอวัยวะเพศกำกวม (Intersex) อันมิใช่เป็นการเจ็บป่วยหรือเป็นปัญหาทางสุขภาพที่ถือว่าเป็นอันตรายถึงชีวิต การศัลยกรรมผ่าตัดเลือกเพศให้กับเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมอาจมีผลกระทบต่อสภาพร่างกายและสภาพจิตใจของเด็กไปตลอดชีวิต ดังนั้นการศัลยกรรมผ่าตัดเลือกเพศจึงอาจรอไว้ก่อนโดยให้เด็กได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจจนกว่าจะแน่ใจว่าเด็กต้องการเป็นเพศใด หรือต้องการผ่าตัดหรือไม่ตามหลักทฤษฎีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็กที่ต้องได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้ได้ศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการถูกรังแกทางเพศในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด แล้วนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบแล้วเห็นว่าประเทศไทยควรมีแนวทางในการออกกฎหมายที่ชัดเจนเพื่อป้องกันการถูกรังแกทางเพศในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด อันเป็นการแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุ และเป็นการวางแนวทางการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดกับเด็กในอนาคตต่อไป

คำสำคัญ: การถูกรังแกทางเพศ อวัยวะเพศกำกวม

Research Title: LEGAL MEASURES TO PREVENT MEDICAL INTERVENTION IN CHILDREN WITH GENTIAL MUTILATION

Researcher: Mrs.Manatchanok Ngamkham; **Adviser:** Second Lieutenant Dr Surachai Phaungchoosak;
Degree: Master of Laws (Laws); **Academic Year:** 2024

ABSTRACT

The objectives of this research are to: (1) study the concept, theory and meaning of the rights and freedoms to protect children with ambiguous genitals at birth; (2) study international law and foreign laws regarding the prevention of medical intervention in children who have ambiguous genitals by birth; (3) To study about medical intervention in children with congenitally ambiguous genitalia according to Thai law; (4) Analyze laws to prevent medical intervention in children with congenitally ambiguous genitalia. Along with comparative studies of Thai and foreign laws; and (5) To obtain guidelines for enacting legislation to prevent medical intervention in children born with ambiguous genitalia.

This research is a qualitative research based on the study of the law. Academic textbooks, research studies, articles in legal journals or magazines as well as searching for information from electronic databases Both domestically and abroad, there is information about ambiguous genitals as information for systematic comparative analysis. This will lead to conclusions and recommendations for guidelines for enacting legislation to prevent medical intervention in children with ambiguous genitalia at birth.

The research results have found that in Thailand, there are newborns who are born with ambiguous genitals (Intersex), which is not an illness or a health problem that is considered life-threatening. Gender selection surgery for children with ambiguous genitals may have life-long effects on the physical and mental health of the child. Therefore, gender selection surgery may be postponed, allowing the child to participate in decision-making until it is certain what gender the child wants to be or whether or not the surgery is required, according to the theory of protecting the rights and freedoms of children who must be protected. This study examined international law, foreign law and Thai law regarding the prevention of medical intervention in children born with ambiguous genitals. After analyzing and comparing, it was found that Thailand should have a clear legal approach to prevent medical intervention in children born with ambiguous genitals, which is a solution to the root cause and a guideline to solve problems that may occur to children in the future.

Keywords: medical intervention, Ambiguous genitals, (Intersex)

กิตติกรรมประกาศ

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาที่เป็นแรงบันดาลใจให้ผู้วิจัยฝ่าฟันอุปสรรคจนทำให้สำเร็จและคอยอุ้มชูเลี้ยงดูด้วยความทะนุถนอมมาโดยตลอด ข้าพเจ้าซาบซึ้งในพระคุณของท่าน จึงขอขอบพระคุณท่านอย่างที่สุด

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เจนพล ทองเย็น ประธานคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์ ขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.จเร พันธุ์เปรื่อง คณะกรรมการสอบสารนิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ว่าที่ร้อยตรี ดร.สุรัชย์ พ่วงชูศักดิ์ อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ที่ให้คำปรึกษาและแนะนำในการศึกษาวิจัย จนงานวิจัยฉบับนี้สำเร็จสมบูรณ์ เกิดความชัดเจน ความเข้าใจ และเนื้อหาอันทรงคุณค่า ซึ่งสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ในอนาคตต่อไป ผู้วิจัยจึงขอกราบขอบพระคุณทุกท่านเป็นอย่างสูง

มณีนก งามขำ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ก
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ข
กิตติกรรมประกาศ	ค
สารบัญ	ง
สารบัญตาราง	ฉ
บทที่	
1 บทนำ	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
1.3 สมมติฐาน	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย	5
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการจากการวิจัย	5
1.7 นิยามศัพท์เฉพาะ	6
2 แนวคิดทฤษฎีและความหมายของสิทธิและเสรีภาพในการคุ้มครองเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด	7
2.1 หลักการและความหมายเกี่ยวกับสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก	9
2.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชนขององค์การสหประชาชาติ	14
2.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของเด็กในประเทศไทย	15
2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็ก	22
2.5 หน้าที่และจริยธรรมของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม	28
2.6 เพศสภาพ	33
2.7 เพศสภาพเป็นความผิดปกติหรือไม่ และเกิดจากอะไร	35
2.8 อวัยวะเพศกำกวม (Intersex)	36
2.9 การกำหนดเพศทารกแรกเกิด	38
2.10 การขอเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อของบุคคลที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยแต่กำเนิด	39
2.11 แนวทางการดูแล ให้เด็กและเยาวชนสามารถพัฒนาตนเองโดยเรียนรู้และเข้าใจ ความแตกต่าง ลดอคติ ไม่แบ่งแยก และสามารถใช้ชีวิตอยู่ในสังคมที่มีความแตกต่างหลากหลายหรือมีลักษณะพหุวัฒนธรรมได้อย่างมีความสุข	40

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3	
มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรักษาทางการแพทย์ในเด็กที่มี อวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด	42
3.1 กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกัน การถูกรักษาทางการแพทย์ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด	43
3.2 กฎหมายต่างประเทศ	48
3.3 กฎหมายไทย	56
4	
การวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรักษาทางการแพทย์ใน เด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด	66
4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ	67
4.2 ปัญหาช่องว่างทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กในพระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546	70
4.3 ปัญหาอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเกี่ยวกับการป้องกันการถูกรักษา ทางการแพทย์ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด	73
4.4 วิเคราะห์การกำหนดอายุของเด็กที่จะทำการผ่าตัดอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด	75
5	
สรุปผลการวิจัย และข้อเสนอแนะ	78
5.1 สรุปผลการวิจัย	78
5.2 ข้อเสนอแนะ	80
5.3 ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งต่อไป	83
บรรณานุกรม	84
ประวัติของผู้วิจัย	86

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
4.1 เปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ	67

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

อวัยวะเพศกำกวม (Intersex) คือลักษณะของบุคคลที่เกิดมาพร้อมกับระบบสืบพันธุ์หรือกายวิภาคทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับคำว่า เพศหญิง หรือ เพศชาย¹ กล่าวคือเป็นเด็กที่เกิดมามีอวัยวะสืบพันธุ์ทั้ง 2 เพศอยู่ในที่เดียวกันโดยมีปริมาณฮอร์โมนและโครโมโซมที่มีความผิดปกติ ทั้งนี้สาเหตุที่แท้จริงของการเกิดอวัยวะเพศกำกวมนั้นยังไม่ปรากฏแน่ชัด

สหประชาชาติระบุว่า มีคนทั่วโลกราว 1.7 % ที่เกิดมาแล้วมีอวัยวะเพศกำกวม และในทั่วโลกเด็กที่เกิดมามีอวัยวะเพศกำกวมนี้ได้รับการผ่าตัดโดยให้เลือกเพศใดเพศหนึ่ง แต่การผ่าตัดดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดผลดีเสมอไป คณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติให้คำแนะนำแก่หลายประเทศว่าควรยุติการผ่าตัดในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวม และเมื่อวันที่ 22 เมษายน 2562 ประเทศอินเดีย รัฐมณีพราทุได้เป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียและเป็นประเทศที่สองของโลกที่ออกกฎหมายห้ามแทรกแซงทางการแพทย์ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวม โดยมีคำพิพากษาและออกคำสั่งห้ามผ่าตัดเลือกเพศในทารกและเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวม ซึ่งเป็นวันสิทธิมนุษยชนข้ามเพศแห่งชาติด้วย

ตัวอย่างกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นที่โรงพยาบาลแห่งหนึ่งในรัฐวอชิงตันสหรัฐอเมริกา แพทย์ระบุว่าลูกของ คริสตินา เทิร์นเนอร์ เป็นเด็กผู้หญิง และแนะนำให้เธอยินยอมให้ทำการผ่าตัดศัลยกรรมอวัยวะเพศของเด็กให้เป็นอวัยวะเพศหญิง แต่ คริสตินา ไม่ยินยอม โดยเธอกกล่าวว่า “ลูกของฉันมีสุขภาพแข็งแรงสมบูรณ์ แต่ศัลยแพทย์กดดันให้ฉันตกลงให้ทำศัลยกรรมเพื่อให้ลูกของฉันเป็นผู้หญิงชัดเจนยิ่งขึ้น และฉันปฏิเสธทันที” ต่อมาเมื่อเด็กโตขึ้น เขาไม่ได้เลือกเพศใด เขามีพฤติกรรมเหมือนเด็กทั่ว ๆ ไป เช่น ชอบเล่นวิดีโอเกม ชอบดูภาพยนตร์ และมีความฝันอยากเป็นนายความและนักแสดง ทั้งยังได้กล่าวไว้ว่า “ฉันอยากช่วยเหลือเด็กและผู้ใหญ่ที่มีเพศสภาพกำกวม และฉันหวังว่าผู้คนจะรู้ว่าคนที่มีความหลากหลายทางเพศก็เหมือนกันกับพวกเขา คือเป็นมนุษย์เหมือนกัน”² จากกรณีศึกษา

¹ What's intersex สืบค้นเมื่อ 30 เมษายน 2566 จาก <https://www.plannedparenthood.org/learn/gender-identity/sex-gender-identity/whats-intersex>

² You can't undo surgery: More parents of intersex babies are rejecting operations สืบค้นเมื่อ 30 เมษายน 2566 จาก <https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/you-can-t-undo-surgery-more-parents-intersex-babies-are-n923271>

ทำให้ได้ข้อสรุปว่า เด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวม เมื่อโตขึ้นพอที่จะตัดสินใจเองได้ เขาอาจเลือกที่จะไม่ผ่าตัดเลือกเพศ และอยู่กับเพศสภาพที่เขาได้อย่างธรรมชาติก็ได้

นอกจากนี้ยังมีกรณีศึกษาอื่น เช่น ศูนย์ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายเพื่อผู้ยากไร้ทางใต้ของสหรัฐอเมริกายื่นฟ้องคดีต่อแผนกประกันสังคมของรัฐเซาท์แคโรไลนาและโรงพยาบาลกรี (Greer Memorial) โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่าแพทย์ผ่าตัดเอาอวัยวะเพศของเด็กวัย 16 เดือน ออกไปเนื่องจากมีอวัยวะเพศกำกวม ซึ่งเด็กนั้นถูกระบุเพศตั้งแต่อวัยวะเพศยังไม่มีลักษณะชัดเจน แพทย์ได้เอาอวัยวะเพศชาย ลูกอัณฑะและเนื้อเยื่อรอบๆ ลูกอัณฑะที่อยู่บนส่วนที่มีลักษณะอยู่บนอวัยวะเพศหญิง ออกและมีการผ่าตัดเพื่อสร้างอวัยวะเพศหญิงให้ชัดเจนขึ้น แต่เมื่อเด็กเจริญเติบโตขึ้นจนอายุ 8 ปี ปรากฏว่าสภาพจิตใจของเด็กเป็นชาย อยากใช้ชีวิตแบบผู้ชาย ซึ่งก่อให้เกิดความเศร้าใจและความยากลำบากในการอยู่ในสังคม นักสิทธิมนุษยชนและเหล่าบุคคลผู้มีอวัยวะเพศกำกวมเห็นว่าควรยุติการแทรกแซงทางการแพทย์ที่ทำการศัลยกรรมผ่าตัดอวัยวะเพศให้แก่เด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด เด็กสมควรอยู่ในสังคมที่ทุกคนควรเคารพในสิทธิมนุษยชนของเด็ก สังคมไม่ควรบังคับให้เด็กเป็นไปตามที่สังคมต้องการตามจารีตของสังคม และนอกจากนี้สาธารณรัฐมอลตา (Malta) เห็นว่าการผ่าตัดให้แก่เด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมตามความต้องการของสังคมเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย สาธารณรัฐโคลอมเบีย (Colombia) เห็นว่าการจะผ่าตัดแปลงเพศแก่เด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน และประกาศว่ากำลังมีการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศแก่เด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมอยู่³

ประเทศไทยมีเด็กแรกเกิดที่เกิดมา มีอวัยวะเพศกำกวม (Intersex) ประมาณ 1 คน ในจำนวน 1,000 คน จากการตรวจพบเชื่อว่าฮอร์โมนเพศบางชนิดที่เกิดจากยาคุมกำเนิด ยาป้องกันการแท้งที่มีฮอร์โมนเพศชายอยู่ อาจเป็นสาเหตุของการเกิดอวัยวะเพศกำกวมในเด็กแรกเกิดได้ ซึ่งลักษณะของอวัยวะเพศกำกวมนั้นโดยทั่วไปมี 2 ประเภท⁴ คือ

1. ประเภทแท้ หมายถึง เด็กหรือบุคคลคนนั้นมีฮอร์โมนทั้ง 2 ประเภท หรือมีต่อมฮอร์โมนทั้ง 2 เพศ โดยมีทั้งรังไข่และลูกอัณฑะในคนเดียวกัน
2. ประเภทเทียม หมายถึง มีฮอร์โมนหรือต่อมฮอร์โมนประเภทใดประเภทหนึ่ง เช่น ประเภทหญิงก็ประเภทหญิง ประเภทชายก็ประเภทชายอย่างเดียว แต่ลักษณะของอวัยวะเพศที่ปรากฏนั้นไม่สามารถบอกได้ว่าเป็นเพศใด

³ by Minnie C. / 19091 reads Intersex – เพศกำกวม ผ่าตัดแก้ไขให้ลูกดีไหม? สืบค้นเมื่อ 30 เมษายน 2566 จาก <https://story.motherhood.co.th/intersex/>

⁴ ศ.นพ.วศิน มีวัฒนา Faculty of Medicine Siriraj Hospital คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล อวัยวะเพศกำกวม ในเด็กทารกแรกเกิด สืบค้นเมื่อ 30 เมษายน 2566 จาก <https://www.simahidolacth/th/healthdetail.asp?aid=70>

จากกรณีที่เด็กแรกเกิด เกิดมา มีอวัยวะเพศกำกวม การกำหนดเพศของเด็กแรกเกิดนั้นอาจมาจากการตัดสินใจของบิดามารดาที่อนุญาตให้แพทย์ทำการศัลยกรรมผ่าตัดกำหนดเพศให้แก่เด็กแรกเกิด โดยประเมินว่าเด็กเข้าข่ายลักษณะเพศใด เช่น หากมีลักษณะเป็นเพศหญิงมีรังไข่แต่ไม่มีช่องคลอดก็ศัลยกรรมผ่าตัดทำช่องคลอดให้เป็นเพศหญิง ถ้ามีลูกอัณฑะแพทย์ก็ทำการศัลยกรรมผ่าตัดให้เป็นเพศชาย ผู้วิจัยเห็นว่าพฤติการณ์ดังกล่าวเป็นการแทรกแซงทางการแพทย์ในการศัลยกรรมผ่าตัดเลือกเพศให้กับเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมและเป็นการแทรกแซงที่เกิดผลอันไม่อาจย้อนกลับได้ โดยอาจมีผลกระทบต่อสภาพร่างกายและสภาพจิตใจของเด็กไปตลอดชีวิต

การเกิดมา มีอวัยวะเพศกำกวม คือลักษณะความแตกต่างทางกายวิภาคทางเพศอันมิใช่เป็นการเจ็บป่วยหรือเป็นปัญหาทางสุขภาพที่ถือว่าเป็นอันตรายถึงชีวิต การตัดสินใจเพื่อการผ่าตัดศัลยกรรมเลือกเพศเด็กจึงอาจรอไว้ก่อนได้ จนกว่าจะแน่ใจว่าเด็กต้องการเป็นเพศใด หรือต้องการผ่าตัดหรือไม่ ดังนั้นเด็กจึงควรได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการแทรกแซงทางการแพทย์ในการศัลยกรรมผ่าตัดกำหนดเพศตั้งแต่แรกเกิด โดยเด็กควรมีส่วนร่วมในการตัดสินใจกำหนดเพศด้วยตนเองว่าแท้จริงแล้วเมื่อเติบโตขึ้นมานั้นเขาอยากเป็นเพศใด

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 หมวด 3 เรื่อง สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ トラบเท่าที่ใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น และบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใดจะกระทำมิได้ และบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย⁵ ประกอบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 หมวด 2 เรื่องการปฏิบัติต่อเด็ก วางหลักไว้ว่า การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม โดยผู้ปกครองต้องไม่กระทำการใดอันเป็นการจงใจหรือละเลยไม่ให้อะไรที่จำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือสุขภาพอนามัย จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก ปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการขัดขวาง

⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27

การเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็ก ปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการเลี้ยงดูโดยมิชอบภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่⁶

จากการศึกษาพบว่าในประเทศไทยมีกรณีที่แพทย์ศัลยกรรมเลือกเพศแก่เด็กโดยความยินยอมของผู้ปกครองแต่ปราศจากความยินยอมของเด็ก จึงอาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลเป็นการปฏิบัติต่อเด็กโดยมิได้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ และปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการขัดขวางการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็ก แต่อย่างไรก็ดีปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีแนวทางในการออกกฎหมายเพื่อป้องกันการแทรกแซงทางการแพทย์ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด อันอาจเป็นผลร้ายแก่เด็กในระยะยาว ดังนั้นเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีแนวทางในการออกกฎหมายเพื่อป้องกันการแทรกแซงทางการแพทย์ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด อันเป็นการแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุ และเป็นการวางแนวทางการแก้ไขปัญหที่อาจเกิดกับเด็กในอนาคตต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีและความหมายของสิทธิเสรีภาพในการคุ้มครองเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

1.2.2 เพื่อศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการป้องกันการถูกแทรกแซงทางการแพทย์ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

1.2.3 เพื่อศึกษาเกี่ยวกับการแทรกแซงทางการแพทย์ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิดตามกฎหมายไทย

1.2.4 เพื่อวิเคราะห์กฎหมายเพื่อป้องกันการถูกแทรกแซงทางการแพทย์ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด ประกอบกับการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

1.2.5 เพื่อให้ได้แนวทางในการออกกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกแทรกแซงทางการแพทย์ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

1.3 สมมติฐานการศึกษา

การกำหนดแนวทางในการออกกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกแทรกแซงทางการแพทย์ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด กรณีที่แพทย์ศัลยกรรมเลือกเพศแก่เด็กโดยความยินยอมของผู้ปกครองแต่ปราศจากความยินยอมของเด็ก อันอาจเป็นผลร้ายแก่เด็กในระยะยาว

⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 22

ถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิของเด็ก เป็นการปฏิบัติต่อเด็กโดยมิได้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ดังนั้นเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าว ควรมีแนวทางในการออกกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรบกวนทางสุขภาพในเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโดยกำเนิดในประเทศไทย ซึ่งจะทำให้เด็กได้รับความคุ้มครองอันเป็นไปตามเจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ตลอดจนพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีและความหมายของสิทธิเสรีภาพในการคุ้มครองเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโดยกำเนิด ศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการป้องกันการถูกรบกวนทางสุขภาพในเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโดยกำเนิด ประกอบกับการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อให้ได้แนวทางในการออกกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรบกวนทางสุขภาพในเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยศึกษาเอกสารจากตัวบทกฎหมาย ตำราทางวิชาการ งานวิจัย บทความในวารสารหรือนิตยสารทางกฎหมาย ตลอดจนสืบค้นข้อมูลจากฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ทั้งในประเทศและต่างประเทศที่มีข้อมูลเกี่ยวกับภาวะเพศกำกวมเพื่อเป็นข้อมูลในการนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบอย่างเป็นระบบ อันจะนำมาสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะเพื่อให้ได้แนวทางในการออกกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรบกวนทางสุขภาพในเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโดยกำเนิดอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดทฤษฎีและความหมายของสิทธิเสรีภาพในการคุ้มครองเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

1.6.2 ทำให้ทราบถึงกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการป้องกันการถูกรบกวนทางสุขภาพในเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

1.6.3 ทำให้ทราบถึงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการป้องกันการถูกรบกวนทางสุขภาพในเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

1.6.4 ทำให้ทราบถึงผลการวิเคราะห์ในการออกกฎหมายเพื่อป้องกันการถูกรบกวนทางสุขภาพในเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

1.6.5 ทำให้ได้แนวทางแก้ไขเพื่อป้องกันการถูกรบกวนระหว่างการแพทย์ในเด็กที่มีอวัยวะเพศกำกวมโดยกำเนิด

1.7 นิยามศัพท์เฉพาะ

เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจตรงกันระหว่างผู้วิจัยและผู้อ่านในความหมายของเนื้อหาที่ศึกษา การศึกษาครั้งนี้ผู้วิจัยได้กำหนดคำนิยามศัพท์เฉพาะไว้ดังต่อไปนี้

1.7.1 การแทรกแซงทางการแพทย์ หมายถึง การผ่าตัดฮอร์โมน และการแทรกแซงทางการแพทย์อื่นๆ ที่ดำเนินการเพื่อปรับเปลี่ยนอวัยวะเพศที่ผิดปกติหรือกำกวมและลักษณะทางเพศ

1.7.2 อวัยวะเพศกำกวม หมายความว่าอวัยวะเพศที่ไม่สามารถแยกได้ชัดเจนว่าเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย ความผิดปกติที่แม้จะดูเหมือนหญิงหรือชายก็ตาม แต่มีลักษณะที่บ่งบอกถึงความไม่สมบูรณ์ของการเป็นเพศหญิง หรือเพศชาย และหมายความรวมถึงลักษณะเพศที่แม้เป็นเพศหญิงหรือชายที่ชัดเจนแต่โครโมโซมไม่ตรงกับอวัยวะเพศภายนอก

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ – สกุล	นางมณัชก งามขำ
วัน เดือน ปีเกิด	14 มีนาคม 2523
สถานที่อยู่ปัจจุบัน	252/454 ถนนแก้วเงินทอง แขวงคลองชักพระ เขตตลิ่งชัน กรุงเทพมหานคร
ตำแหน่งหน้าที่การงาน ธนบุรี	เจ้าพนักงานศาลยุติธรรมชำนาญการ สำนักอำนวยการประจำศาลแพ่ง ที่ตั้ง 123 ถนนเอกชัย แขวงบางขุนเทียน เขตจอมทอง กรุงเทพมหานคร 10150.
ประวัติการศึกษา	
ปริญญาโท	กำลังศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพธนบุรี
ปริญญาตรี	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพธนบุรี