



**บทวิเคราะห์คดี : ความเสมอภาคระหว่างเพศ กรณีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการแต่งกาย  
(คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1868/2566)**

ปฐมมน แป้นเหลือ\*

**บทนำ**

หากกล่าวถึงประเด็นความเสมอภาคระหว่างเพศ ในอดีตมักกล่าวถึงในมิติระหว่างเพศหญิงและเพศชาย โดยเฉพาะความเสียเปรียบทางสังคมของผู้หญิงเกี่ยวกับการจ้างงาน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ความเสมอภาคระหว่างเพศในปัจจุบัน ไม่ได้จำกัดเฉพาะในมุมมองของเพศกำเนิดเท่านั้น การยอมรับความหลากหลายทางเพศเป็นประเด็นสำคัญประการหนึ่งในประเทศไทย ทั้งทางระเบียบ กฎเกณฑ์ และข้อเท็จจริงในสังคม ดังจะเห็นได้จากการรณรงค์ต่าง ๆ อย่างแพร่หลาย ซึ่งคดีที่นำมาวิเคราะห์เป็นคดีสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลปกครองในการรับรองคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศและที่น่าสนใจยิ่งกว่านั้น คือ เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับวงการกฎหมายโดยตรง ทั้งผู้ฟ้องคดีที่เป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา และผู้ถูกฟ้องคดี คือ เนติบัณฑิตยสภา คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภา และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ซึ่งจะเป็นตัวอย่างคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นถึงมุมมองต่อเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศทั้งจากปัจเจกบุคคล หน่วยงานของรัฐ และศาลปกครองเอง

บทวิเคราะห์คดีนี้มุ่งศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1868/2566 โดยใน ส่วนที่ 1 เป็นการสรุปสาระสำคัญ อันประกอบด้วย 1.1 ข้อเท็จจริงแห่งคดี และ 1.2 คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี และคำพิพากษาศาลปกครองกลาง ในส่วนที่ 2 เป็นการวิเคราะห์คำพิพากษาดังกล่าวในประเด็น 2.1 เขตอำนาจศาล และบทบัญญัติที่ศาลนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดี 2.2 ข้อพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ และ 2.3 ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะของผู้เขียน

**ส่วนที่ 1 สาระสำคัญของคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1868/2566 และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง**

ในคดีนี้ ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยประเด็นแห่งคดี โดยแบ่งเป็น 2 ข้อหา ได้แก่ ความชอบด้วยกฎหมายของกฎ และการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร อย่างไรก็ตาม บทวิเคราะห์คดีนี้มุ่งวิเคราะห์เรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศเกี่ยวกับการแต่งกายตามข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา จึงจะกล่าวถึงเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

---

\* เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ กลุ่มงานคดี สำนักกฎหมาย สำนักงานศาลปกครอง

## 1.1 ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ผู้ฟ้องคดีฟ้องและฟ้องเพิ่มเติมว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภา ประเภททวิสามัญ และมีสิทธิสวมครุยเนติบัณฑิตตามข้อ 17 วรรคหนึ่ง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507<sup>1</sup> ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507<sup>2</sup> มีเนื้อหาที่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ กล่าวคือ เป็นการจำกัดมิให้สวมกระโปรงหรือกางเกงด้วยเหตุที่มีลักษณะทางกายภาพที่แตกต่างกัน จำกัดสิทธิการสวมกางเกงพร้อมกับการสวมเสื้อครุยในกรณีที่เป็นเพศหญิง ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นชายต้องการแต่งกายด้วยกระโปรงหรือแต่งกายอื่นที่สุภาพเรียบร้อยเพื่อแสดงอัตลักษณ์ทางเพศ<sup>3</sup> กลับถูกห้ามตามกฎเกณฑ์ของข้อบังคับดังกล่าว ซึ่งบทบัญญัติตามข้อบังคับดังกล่าวเป็นกฎที่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 17 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 และมาตรา 27 วรรคสอง และวรรคสาม และมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งว่า ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ข้อ 17 วรรคสอง ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเพิกถอนกฎดังกล่าว

ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสาม ได้แก่ เนติบัณฑิตยสภา คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภา และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ให้การในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

---

### <sup>1</sup> ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507

ข้อ 17 วรรคหนึ่ง “สามัญสมาชิก สมาชิกทวิสามัญ และสมาชิกกิตติมศักดิ์ มีสิทธิสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิต ตามกฎหมายว่าด้วยเสื้อครุยเนติบัณฑิต”

### <sup>2</sup> ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507

ข้อ 17 วรรคสอง “เมื่อสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิต สมาชิกจะต้องแต่งกายสุภาพเรียบร้อยตามหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

(1) สมาชิกที่เป็นชาย แต่งกายแบบสากลนิยม เป็นชุดสีขาว กรมท่า ดำ หรือสีอื่นซึ่งเป็นสีเข้มและไม่ฉูดฉาด เข้ดขาว ผ้าผูกคอสีดำแบบเงื่อนกลาสี หรือแต่งเสื้อชุดไทยแบบแขนสั้นหรือแบบแขนยาว สีสุภาพไม่มีลวดลาย แทนเสื้อชุดสากลก็ได้ รองเท้าหุ้มส้นสีขาว น้ำตาล หรือดำ เข้าชุดกันกับเครื่องแต่งกาย ถุงเท้าสีคล้ายคลึงกับรองเท้

(2) สมาชิกที่เป็นหญิง แต่งกายแบบสากลนิยม กระโปรงสีขาว กรมท่า ดำ หรือสีอื่นซึ่งเป็นสีเข้ม และไม่ฉูดฉาด เสื้อสีขาวหรือสีตามกระโปรง รองเท้าหุ้มส้นสีขาว น้ำตาล สีดำ เข้าชุดกันกับเครื่องแต่งกาย

(3) สมาชิกที่มีสิทธิแต่งเครื่องแบบราชการ จะแต่งเครื่องแบบราชการก็ได้”

<sup>3</sup> อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) หมายถึง ความรู้สึกภายในของบุคคลในการเป็นผู้ชาย ผู้หญิง หรือเพศสถานะอื่น หรือการมีหรือไม่มีเพศสถานะก็ได้ ทุกคนล้วนมีอัตลักษณ์ทางเพศ และอาจไม่สอดคล้องกับเพศที่ถูกกำหนด ณ แรกเกิดได้ ส่วนเพศที่ถูกกำหนด ณ แรกเกิด หรือ เพศกำเนิด (Sex assigned at birth) หมายถึง เพศสรีระที่บุคคล ถูกกำหนดให้เมื่อแรกเกิดหรือหลังจากเกิดได้ไม่นาน การกำหนดนี้อาจไม่ได้สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศเมื่อบุคคลนั้นเติบโต อ้างถึงใน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สร้างความเข้าใจเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศ & แนวทางการอยู่ร่วมกัน อย่างให้เกียรติ, 2564, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.law.tu.ac.th/how-to-respect-lgbtq/> เมื่อ 12 กันยายน 2567.



ประเด็นที่หนึ่ง อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ขัดต่อมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เมื่อกรณีนี้ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้นศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยว่าข้อบังคับดังกล่าว ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่สอง อำนาจฟ้องของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับ เนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 จำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกถึงอัตลักษณ์ทางเพศผ่านการแต่งกาย ซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นชายที่ต้องการสวมกระโปรงหรือประการอื่นที่สุภาพเรียบร้อย แต่ข้อบังคับที่พิพาทมีผลไปถึง การแต่งกายของหญิงที่ต้องการสวมกางเกงแทนกระโปรง ดังนั้นผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือความเสียหาย จากข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 จึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีนี้

ประเด็นที่สาม เนติบัณฑิตยสภาเป็นองค์กรการศึกษาทางเลือกมิใช่การศึกษาภาคบังคับ มิได้กีดกันหรือกำหนดห้ามเฉพาะเพศหญิง เพศชาย หรือเพศทางเลือกในการเข้ารับการอบรมศึกษากฎหมาย อีกทั้งข้อบังคับที่พิพาทก็มีมาอย่างยาวนานและเปิดเผยต่อสาธารณะ ผู้ฟ้องคดียอมทราบเป็นอย่างดีแล้ว ก่อนสมัครเข้ารับการศึกษหรือสมัครเป็นสมาชิก ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 เป็นไปเพื่อความเรียบร้อย เฉพาะเมื่อมีการสวมครุยเนติบัณฑิตของสมาชิกเท่านั้น อันเกี่ยวกับการแต่งกายของสมาชิกทั้งชายและหญิง ตามความเหมาะสมโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ อีกทั้งการออกข้อบังคับดังกล่าว เป็นไปโดยความเห็นชอบ ของคณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภา ซึ่งเป็นตัวแทนที่สมาชิกเนติบัณฑิตยสภาเลือกตั้งเข้ามา นอกจากนี้ ด้วยประวัติและความเป็นมาอันยาวนานของการสวมครุยเนติบัณฑิตซึ่งเป็นเครื่องหมายแห่งเกียรติยศ และภูมิปัญญา การแต่งกายให้สุภาพเรียบร้อยตามหลักเกณฑ์ข้อบังคับที่พิพาทเป็นการดำรงเกียรติที่เหมาะสม ของการเป็นสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภาอีกด้วย ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 จึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง ขอบด้วยกฎหมายแล้ว และไม่มีเหตุที่จะต้อง เพิกถอนข้อบังคับดังกล่าว

ผู้ฟ้องคดีคัดค้านคำให้การในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ข้อ 17 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติ ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 มีสถานะเป็นเพียงกฎ มิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ประเด็นที่สอง ความเป็นผู้เสียหายในแง่ของเพศของผู้ฟ้องคดีนั้น ทั้งกระโปรงและกางเกง ต่างมีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันขึ้นอยู่กับสถานการณ์และบริบทของผู้ที่จะสวมใส่ เมื่อข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 กำหนดให้สมาชิกที่เป็นเพศชายต้องสวมแต่กางเกงเท่านั้น หากผู้ฟ้องคดีประสงค์จะสวมกระโปรง หรือในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีไม่สะดวกที่จะสวมกางเกงหรือเพียงต้องการ สวมกระโปรงเพื่อแสดงอัตลักษณ์ทางเพศ การกระทำเช่นนี้ก็เป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับและจะมีโทษต่อไป เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยทั่วไปที่เป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภาซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีด้วย

ประเด็นที่สาม การสมัครเข้าเป็นวิสามัญสมาชิก มิได้หมายความว่า จะยอมรับกฎหรือข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปโดยปริยาย การทราบถึงข้อบังคับก่อนสมัครวิสามัญสมาชิกหรือไม่ จึงมิใช่สาระสำคัญ การบังคับให้ชายสวมกางเกง หญิงสวมกระโปรงเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม โดยอาศัยความแตกต่างทางเพศ

ประเด็นที่สี่ ความสุภาพนั้นเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย ปัจจุบันการที่ชายจะสวมกระโปรง ก็มิได้ไม่เหมาะสมหรือไม่นิยมแต่อย่างใด ความสุภาพในการแต่งกาย คือ การแต่งกายที่ไม่เป็นการอนาจาร อันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา และสะอาด ไม่ส่งกลิ่นเหม็น เคลื่อนไหวได้สะดวกและเสริมความมั่นใจให้แก่ผู้สวมใส่ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามบรรยายประวัติความเป็นมาของการสวมชุดครุยเนติบัณฑิต เพื่อสื่อให้เห็นว่า การแต่งกายที่บังคับให้ชายต้องสวมกางเกง หญิงต้องสวมกระโปรงเป็นการสุภาพนั้น จึงเป็นการให้เหตุผลที่ไม่ถูกต้อง การนำเอาธรรมเนียมปฏิบัติมาจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยไม่มีเหตุผลอื่นมารองรับ เป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ส่งผลให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจซึ่งไม่สอดคล้องกับครรลองแห่งนิติรัฐ

ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามให้การเพิ่มเติมโดยยืนยันตามคำให้การ

ระหว่างการพิจารณาคดีของศาล คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภา ประกาศข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2566 เมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2566 โดยแก้ไขความในข้อ 17 วรรคสอง (2) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507<sup>4</sup>

## 1.2 คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีและคำพิพากษาศาลปกครองกลาง

จากข้อเท็จจริงในข้อ 1.1 ประเด็นที่ว่า ข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 เป็นกฎที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ตุลาการผู้แถลงคดีได้จัดทำคำแถลงการณ์โดยให้ความเห็นและตีความบทบัญญัติกฎหมายแตกต่างจากองค์คณะในศาลปกครองกลางที่ทำคำพิพากษา ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

ตุลาการผู้แถลงคดีมีความเห็นว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่ศาลปกครองกลางรับคำฟ้องไว้พิจารณาจึงชอบแล้ว ส่วนในเนื้อหาแห่งคดีนั้น เห็นว่า การออกข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายในการกำหนดการแต่งกายเมื่อสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิต ซึ่งใช้บังคับกับสามัญสมาชิก สมาชิกวิสามัญ และสมาชิกกิตติมศักดิ์ ที่มีสิทธิสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิตอย่างเท่าเทียมกัน

<sup>4</sup> ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507

ข้อ 17 วรรคสอง (2) “สมาชิกที่เป็นหญิง แต่งกายแบบสากลนิยม กระโปรง หรือกางเกงขายาว สีขาว กรมท่า ดำ หรือสีอื่นซึ่งเป็นสีเข้มและไม่ฉูดฉาด โดยมีรูปแบบที่เหมาะสม เลื่อมสีขาวหรือสีตามกระโปรง หรือกางเกงขายาว รองเท้าหุ้มส้นสีขาว น้ำตาล หรือดำ เข้าชุดกันกับเครื่องแต่งกาย”



แต่มีความแตกต่างในเรื่องการแต่งกายเมื่อสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิต เพื่อให้มีความสุภาพและเหมาะสมกับเพศ ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับดังกล่าว โดยการออกข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2566 ดังนั้นที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า ข้อ 17 วรรคสอง มีเนื้อหาที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศ เป็นการจำกัดสิทธิการสวมกางเกงพร้อมกับการสวมเสื้อครุยในกรณีที่เป็นเพศหญิง จึงได้รับการแก้ไขแล้ว ในส่วนที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นชายต้องการแต่งกายด้วยกระโปรงหรือแต่งกายอื่นที่สุภาพ เพื่อแสดงอัตลักษณ์ทางเพศ โดยอ้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 นั้น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หมายถึง สิ่งที่เหมือนกันต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน สิ่งที่แตกต่างกันต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน โดยมีหลักพิจารณาเรื่องความเสมอภาค ดังนี้ (1) กรณีข้อเท็จจริงเดียวกัน รัฐต้องปฏิบัติต่อประชาชนด้วยกฎเกณฑ์เดียวกัน เช่น ผู้ชายทุกคน (ข้อเท็จจริงเดียวกัน) กฎหมาย (กฎเกณฑ์เดียวกัน) บังคับให้ต้องถูกเกณฑ์ทหาร (2) กรณีข้อเท็จจริงต่างกัน รัฐต้องปฏิบัติด้วยกฎเกณฑ์ที่ต่างกัน กฎหมายจึงกำหนดให้เฉพาะชายเท่านั้นที่ต้องถูกเกณฑ์ทหาร โดยกฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนี้ต้องมีเหตุผลที่สามารถอธิบายและรับฟังได้ หลักความเสมอภาคตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมิได้เรียกร้องให้มีการปฏิบัติเหมือนกันในทุกกรณี แต่เรียกร้องมิให้ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันตามอำเภอใจ หรือมิให้ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันให้เหมือนกันตามอำเภอใจ และเมื่อพิจารณาคำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ประกอบด้วยแล้ว ย่อมเห็นได้ว่า กรณีที่มีการปฏิบัติแตกต่างกันเพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด หากไม่ปรากฏว่ามีลักษณะเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมโดยปราศจากความชอบธรรม (เป็นเรื่องที่มีเหตุผลรับฟังได้ รองรับ) ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ในส่วนที่ยังไม่มีการแก้ไขให้ชายสวมกระโปรงหรือแต่งกายอื่นที่สุภาพเมื่อสวมครุยเนติบัณฑิตได้ด้วยนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามได้ให้เหตุผลตามคำให้การซึ่งมีเหตุผลรองรับที่รับฟังได้ จึงมิใช่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ กรณีจึงไม่มีเหตุที่ศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับที่พิพาท

ศาลปกครองกลางวินิจฉัยในประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีประสงค์จะให้มีการกำหนดข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภาว่าด้วยการสวมชุดครุยเนติบัณฑิต โดยไม่ขึ้นอยู่กับสถานะทางเพศหรือเพศสภาพที่บ่งบอกความเป็นชายและความเป็นหญิง กล่าวคือ ประสงค์จะให้การสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิตของบุคคลสามารถแสดงออกโดยการแต่งกายให้สอดคล้องกับความหลากหลายทางเพศได้ จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ที่กำหนดการแต่งกายระหว่างสมาชิกที่เป็นหญิงและสมาชิกที่เป็นชายไว้โดยเฉพาะ และมีได้กำหนดการแต่งกายให้สอดคล้องกับความหลากหลายทางเพศนั้น จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศหรือไม่ เมื่อต่อมาได้มีประกาศข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2566 จะเห็นว่า ข้อบังคับดังกล่าวได้มีการแก้ไขให้สมาชิกหญิงมีสิทธิที่จะแต่งกระโปรง หรือกางเกงขายาวได้ แต่สมาชิกชายยังไม่มีสิทธิสวมกระโปรงตามอัตลักษณ์ทางเพศหรือเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดได้ และเมื่อข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนด

การแสดงออกตัวตนทางเพศผ่านการแต่งกายโดยแบ่งแยกระหว่างเพศชายและเพศหญิงเอาไว้อย่างจำกัด กรณีจึงย่อมถือว่าข้อบังคับดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ และเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด โดยที่ในการแสดงออกถึงความหลากหลายทางเพศของบุคคลตามมาตรา 27 วรรคสอง และวรรคสาม และมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ของปวงชนชาวไทย ประกอบกับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ที่มีเจตนารมณ์ให้ความคุ้มครอง แก่เพศหญิง เพศชาย รวมทั้งบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้สามารถดำรงสถานะของตนอยู่ในสังคมไทย ได้อย่างเท่าเทียม เสมอหน้าและมีโอกาสเหมือนกัน เมื่อผู้ฟ้องคดีมีสัญชาติไทย จึงเป็นผู้ทรงสิทธิตามบทบัญญัติ ดังกล่าว

ปรากฏข้อเท็จจริงในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลว่า มีการแก้ไขความในข้อ 17 วรรคสอง (2) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 กำหนดให้สมาชิกที่เป็นหญิงแต่งกายแบบสากลนิยม กระโปรง หรือกางเกงขายาวแล้ว กรณีจึงทำให้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการแต่งกายเมื่อสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิต ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับฉบับเดียวกัน ของสมาชิกที่เป็นชายยังมิได้มีการแก้ไข แม้จะฟังได้ว่าเสื้อครุยเนติบัณฑิตซึ่งเป็นเครื่องแบบของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาจะมีประวัติ และความเป็นมาอย่างยาวนาน แต่เมื่อข้อบังคับนี้มีคำวินิจฉัยถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งสังคมไทยในปัจจุบันให้การยอมรับอย่างแพร่หลาย ประกอบกับมีกฎหมายทั้งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ ให้ความคุ้มครองบุคคลดังกล่าวจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะสาเหตุทางเพศ เมื่อการแต่งกาย ตามอัตลักษณ์ทางเพศหรือเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดถือเป็นการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นที่บุคคล ย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกตามนัยมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ข้อบังคับดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินสมควร อันเป็นการลดสิทธิ หรือจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่มีอยู่ตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับหลักการของรัฐธรรมนูญ มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จึงเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองกลางพิพากษาเพิกถอนข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภาแก้ไขข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 โดยมีข้อกำหนดเพิ่มเติม กรณีสมาชิกชายที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศโดยกำเนิด มีสิทธิและเสรีภาพในการแต่งกายตามแบบสากลนิยม กระโปรง หรือกางเกงขายาว ตามเพศสภาพหรืออัตลักษณ์ ทางเพศของตนโดยมีรูปแบบที่เหมาะสม

อนึ่ง ภายหลังจากศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาข้างต้น คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภา ได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ที่เกี่ยวข้อง 2 ครั้ง ได้แก่ ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2566 เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2566 โดยเพิ่มความข้อ 17 วรรคสอง (4)



ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507<sup>5</sup> และข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2567 เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2567 โดยแก้ไขความในข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507<sup>6</sup>

## ส่วนที่ 2 บทวิเคราะห์

เมื่อได้ศึกษาสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้ว ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ประเด็นต่าง ๆ และเทียบเคียงกับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

### 2.1 เขตอำนาจศาลและบทบัญญัติที่ศาลนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดี

ก่อนจะพิจารณาเขตอำนาจของศาลปกครอง พึงทำความเข้าใจความสำคัญของศาลปกครองในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองก่อน กล่าวคือ โดยที่ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนดำเนินการเพื่อให้บรรลุตามความมุ่งหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ การใช้อำนาจดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือเอกชนหรือประชาชนโดยทั่วไป ซึ่งอาจก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ และจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนได้ในทุกกรณี การบัญญัติกฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้ฝ่ายปกครองปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี แต่ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถใช้ดุลพินิจของตนอย่างไรก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีลักษณะสอดคล้องและเป็นการใช้อำนาจภายใต้หลักนิติรัฐ การกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมายและจำต้องมีหลักประกันต่อการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะไม่อาจเกิดผลในทางปฏิบัติหากปราศจากการควบคุมตรวจสอบ ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่มีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเพื่อให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง<sup>7</sup>

<sup>5</sup> ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507

ข้อ 17 วรรคสอง (4) “สมาชิกที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือวิถีเพศไม่ตรงกับเพศโดยกำเนิด มีสิทธิแต่งกายตามเพศสภาพหรืออัตลักษณ์ทางเพศของตน โดยต้องแต่งกายในลักษณะเป็นระเบียบเรียบร้อยและถูกต้องตาม (1) (2) หรือ (3) ข้างต้น แล้วแต่กรณี”

<sup>6</sup> ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507

ข้อ 17 วรรคสอง (1) “สมาชิกที่เป็นชาย แต่งกายแบบสากลนิยม เป็นชุดสีขาว กรมท่า ดำ หรือสีอื่น ซึ่งเป็นสีเข้มและไม่ฉูดฉาด เชิ้ตขาว ผ้าผูกคอสีดำแบบเงื่อนกลาสี หรือแต่งเสื้อชุดไทยแบบแขนสั้นหรือแบบแขนยาว สีสุภาพ ไม่มีลวดลาย แทนเสื้อชุดสากล ก็ได้ รองเท้าหุ้มส้นสีขาว น้ำตาลหรือดำ เข้าชุดกันกับเครื่องแต่งกาย ถุงเท้าสีคล้ายคลึงกับรองเท้า กรณีมีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือวิถีเพศไม่ตรงกับเพศโดยกำเนิด มีสิทธิแต่งกายตามเพศสภาพหรืออัตลักษณ์ทางเพศของตน กระโปรง หรือกางเกงขายาว โดยต้องแต่งกายในลักษณะเป็นระเบียบเรียบร้อยและถูกต้องตาม (2)”

<sup>7</sup> วรธนุ วิจารณ์ันท์, “หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 139 และ 145.

ในคดีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามให้การต่อสู้คดีในประเด็นที่ว่า “ศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยว่า ข้อบังคับที่พิพาทขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ” และ “ผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้เสียหายจึงไม่มีอำนาจฟ้องคดี” นั้น ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดีที่ว่า “คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542”<sup>8</sup> เนื่องจากการพิจารณาเขตอำนาจศาลนั้นต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์โดยในกรณีนี้ ได้แก่ ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหรือกฎหมายลำดับรองที่ตราโดยฝ่ายบริหารและอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในการออกกฎดังกล่าวสอดคล้องกับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ได้นิยามคำว่า “กฎ”<sup>9</sup> ไว้ ดังนั้นประเด็นแห่งคดีที่ว่า ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง

ขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งคดีที่เป็นกฎหมายหรือร่างกฎหมายตามมาตรา 210 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งกฎหมายในที่นี้หมายถึงบทบัญญัติในระดับพระราชบัญญัติ โดยหลักแล้วเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ สำหรับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไว้หลายคดี เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546<sup>10</sup> ที่มีวัตถุประสงค์ คือ มาตรา 12

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำการโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 3 “ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

ฯลฯ

ฯลฯ”

<sup>10</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 วินิจฉัยว่า มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ที่บัญญัติว่า “หญิงมีสามี ให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” เป็นการลิดรอนสิทธิการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน เกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล (มีต่อหน้าถัดไป)

แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2567<sup>11</sup> ที่มีวัตถุประสงค์คือ มาตรา 1523 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ส่วนประเด็นความเป็นผู้เสียหายของผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองในคดีนี้ได้อธิบายอย่างชัดเจนแล้วว่า การแสดงออกถึงความหลากหลายทางเพศของบุคคลเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปวงชนชาวไทย ซึ่งได้รับการรับรองตามมาตรา 27 และมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมถึงเป็นส่วนหนึ่งของการดำรงสถานะของตนอยู่ในสังคมไทยตามที่พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มีเจตนารมณ์จะให้ความคุ้มครอง เมื่อผู้ฟ้องคดีมีสัญชาติไทย จึงเป็นผู้ทรงสิทธิตามบทบัญญัติดังกล่าว

สรุปได้ว่า ในคดีนี้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ก่อตั้งคือ มีอำนาจพิจารณาว่า ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 หรือไม่ อีกทั้งผู้ฟ้องคดี เป็นผู้มิสิทธิฟ้องคดี ดังนั้นการที่ศาลปกครองกลางรับคำฟ้องไว้พิจารณาจึงชอบแล้ว

## 2.2 ข้อพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ

ในหัวข้อนี้ จะวิเคราะห์การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ โดยอาศัยหลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วนในการพิจารณา อย่างไรก็ตาม เมื่อการพิจารณาคดีนี้เป็นเรื่องของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ จึงสมควรศึกษาเชิงเปรียบเทียบกับกฎหมาย

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 10)

อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากการบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียว โดยใช้สถานการณ์สมรสนั้น มิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพ หรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิง ที่มีผลมาจากความแตกต่างทางเพศ จนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกัน บทบัญญัติดังกล่าวจึงมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 72-73.

<sup>11</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2567 วินิจฉัยว่า มาตรา 1523 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติรับรองสิทธิเรียกค่าทดแทนระหว่างสามีและภริยาไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ สามีมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชู้สาว ไม่ว่าเป็นชายหรือหญิงและไม่ต้องแสดงตนโดยเปิดเผย แต่ภริยามีสิทธิเรียกค่าทดแทนเฉพาะจากหญิงอื่นที่เข้ามามีความสัมพันธ์ชู้สาวกับสามีของตนเท่านั้น และหญิงนั้นต้องแสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์ชู้สาวกับสามีของตนด้วย เจอนไขดังกล่าวทำให้ภริยาไม่สามารถเรียกค่าทดแทนจากชายหรือบุคคลอื่น ซึ่งมีความหลากหลายทางเพศที่เข้ามามีความสัมพันธ์ชู้สาวกับสามีของตน ทั้งต้องพิสูจน์ว่าหญิงอื่นมีความสัมพันธ์ชู้สาวกับสามีของตนโดยเปิดเผย เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองทางกฎหมายระหว่างสามีและภริยาไม่เท่าเทียมกัน ส่งผลให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ จึงมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก [https://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/ewt\\_dl\\_link.php?nid=17485](https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=17485) เมื่อ 14 กันยายน 2567.

ต่างประเทศเพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับระดับความเข้มข้นในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ศาลต่างประเทศ<sup>12</sup> นำมาใช้

### 2.2.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาล

โดยหลักแล้ว ระดับความเข้มข้นของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Tiers of Scrutiny) ช่วยให้ศาลสามารถจัดหมวดหมู่คดีและความเหมาะสมในการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์และเป้าหมายของการกระทำทางปกครอง โดยแบ่งออกเป็น 3 ระดับ ตามความสำคัญของเรื่อง<sup>13</sup> ได้แก่

1) การตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า กฎหมายจะต้องมีความจำเป็นในการนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง (compelling interest) มาตรการที่ใช้จึงต้องจำกัดสิทธิของบุคคลให้น้อยที่สุดด้วย (least restrictive mean) โดยการตรวจสอบในระดับนี้ นำไปใช้กับกรณีที่มีความสำคัญอันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน การตรวจสอบแบบเคร่งครัดสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในด้านการเลือกใช้มาตรการที่กระทบสิทธิขั้นน้อยที่สุด และการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของบุคคลที่จะได้รับความเสียหายกับประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เผ่าพันธุ์ ชาติกำเนิด

2) การตรวจสอบระดับปานกลาง (Intermediate Scrutiny) มีสาระสำคัญว่า กฎหมายจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่สำคัญของรัฐอย่างมีนัยสำคัญ (important governmental purpose) ใช้ตรวจสอบกรณีที่มีข้อขัดแย้งอาศัยฐานทางรัฐธรรมนูญที่มีสถานะเท่าเทียมกัน เช่น ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเพศเสรีภาพในการพูดเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ (Commercial Speech)

3) การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational Basis) เป็นการตรวจสอบในระดับต่ำสุด มีสาระสำคัญว่า กฎหมายจะต้องสอดคล้องอย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (legitimate purpose) โดยการตรวจสอบในระดับนี้ไม่ได้เรียกร้องว่าการเลือกมาตรการของรัฐจะต้องเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของบุคคลน้อยที่สุด เช่น มาตรฐานตามจารีตประเพณี

กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศนั้น ศาลมักใช้การตรวจสอบในระดับปานกลาง ฝ่ายปกครองต้องสามารถให้เหตุผลที่ “น่าเชื่อถือมาก” ในการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างเพศ<sup>14</sup> เช่น คำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่น คดี 112-Hsien-Pan-1 (2023) ลงวันที่ 13 มกราคม 2566 เป็นเรื่องความเสมอภาคระหว่างชายหญิงที่ใช้การแบ่งแยกเพศเพื่อพิจารณากำหนดคุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคม

<sup>12</sup> ศาลในที่นี้ หมายถึง ศาลในอเมริกาและไต้หวัน ซึ่งได้ยกตัวอย่างเพื่อเป็นแนวทางการวินิจฉัยประกอบการพิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศของศาลไทย

<sup>13</sup> ปติวรดา บุญนำมา, “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), น. 93-94; E. Thomas Sullivan and Richard S. Frase, *Proportionality Principles in American Law*, 2009, Oxford University Press, pp. 53-62.

<sup>14</sup> E. Thomas Sullivan and Richard S. Frase, *Proportionality Principles in American Law*, 2009, Oxford University Press, p. 61.



ก่อให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างเพศ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้หันไปใช้การวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับปานกลางมาพิจารณาว่า มาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ โดยบทบัญญัติที่พิพาทจะต้องเป็นประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ และการแบ่งแยกเพศนั้นจะต้องสัมพันธ์กันอย่างมากกับประโยชน์สาธารณะนี้<sup>15</sup> อย่างไรก็ตาม ระดับความเข้มข้นของการตรวจสอบข้อพิพาทความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศนั้น ศาลไม่ได้ผูกพันเคร่งครัดกับการตรวจสอบระดับปานกลางเพียงระดับเดียว ดังเช่น คำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้วันที่ 748 (J.Y. Interpretation No. 748) หรือคดีสมรสเท่าเทียม ซึ่งเป็นเรื่องการพิจารณาการปฏิบัติที่แตกต่างกันจากระสนิยมทางเพศ ศาลรัฐธรรมนูญได้หันไปใช้มาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบเคร่งครัด เนื่องจากกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศถูกกีดกันหรือการเลือกปฏิบัติทั้งทางพฤตินัยและนิตินัย กลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศจึงอยู่ในกลุ่มผู้ที่ผูกขาดอำนาจทางการเมืองมาอย่างยาวนาน จนไม่อาจเปลี่ยนสถานะที่เสียเปรียบทางกฎหมายได้ด้วยกระบวนการทางประชาธิปไตยทั่วไป<sup>16</sup>

จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้หันไปใช้ระดับความเข้มข้นในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศที่แตกต่างกัน ในกรณีทั่วไปสามารถใช้มาตรฐานระดับปานกลาง แต่มีบางกรณีที่อาจเป็นข้อยกเว้นได้ เช่น กรณีความเสมอภาคของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ในขณะที่ศาลปกครองไทยใช้หลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเทียบเคียงได้กับมาตรฐานการตรวจสอบแบบเคร่งครัดตามหลักการข้างต้น

เมื่อพิจารณาตามหลักการของศาลปกครองไทยนั้น โดยที่ประเทศไทยเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือหลักนิติรัฐ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงเป็นรากฐานที่สำคัญ การกระทำทั้งหลายของรัฐต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐมิใช่เพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ<sup>17</sup> และจากหัวข้อที่ 2.1

<sup>15</sup> The Department of Clerks for the Constitutional Court, Summary of TCC Judgment 112-Hsien-Pan-1 (2023) (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan), 11 May 2023), [Online], retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=5535&id=348639> เมื่อ 1 กันยายน 2567 อ้างถึงใน ปฐมมน แป้นเหลือ, บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญได้หันไปในการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ, เผยแพร่ในอินทราเน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง เดือนมกราคม 2567, น. 13.

<sup>16</sup> The Department of Clerks for the Constitutional Court, Press Release on the Same-Sex Marriage Case (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan), 24 May 2017), [Online], retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=2175&id=339895> เมื่อ 1 กันยายน 2567 อ้างถึงใน ปฐมมน แป้นเหลือ, บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญได้หันไปในการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ, เผยแพร่ในอินทราเน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง เดือนมกราคม 2567, น. 19.

<sup>17</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 : 2558, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 25-26.

จะเห็นได้ว่า ปวงชนชาวไทยได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 27 และมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยเฉพาะในส่วนของมาตรา 27 นั้น เป็นหลักแห่งความเสมอภาคของบุคคล และห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นหนึ่งในเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งหมายถึงการที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการทางปกครองโดยขัดต่อหลักความเสมอภาค มีความลำเอียง อคติ หรือใช้ความแตกต่างเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ ความเชื่อทางศาสนา ฐานะทางเศรษฐกิจและสังคม มาเป็นเหตุผลในการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลในสถานะทางกฎหมายและข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน<sup>18</sup>

ในส่วนของหลักความได้สัดส่วนนั้น ศาลปกครองไทยได้ยอมรับและนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมีเงื่อนไขของการใช้ดุลพินิจว่า ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน มิฉะนั้นแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใด จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดอำนาจแก่ศาลในการเพิกถอนการใช้อำนาจดังกล่าว หลักความได้สัดส่วน จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการของฝ่ายปกครอง กับเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่จะได้รับ<sup>19</sup>

หลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วนไม่อาจแยกจากกันได้โดยสิ้นเชิง เนื่องจากทั้งสองหลักการล้วนเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยหลักความได้สัดส่วน (หลักความพอสมควรแก่เหตุ) ประกอบด้วย 3 หลักการย่อย<sup>20</sup> ได้แก่ 1. หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) ซึ่งผู้ใช้อำนาจรัฐต้องใช้วิจารณญาณเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ สำเร็จลุล่วงไปได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด 2. หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) ซึ่งผู้ใช้อำนาจรัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนน้อยที่สุด และ 3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องชั่งผลดีผลเสีย ไม่เลือกมาตรการที่ก่อประโยชน์แก่มหาชนเพียงเล็กน้อย ไม่คุ้มกับความเสียหายที่เกิดแก่เอกชนหรือสังคมโดยรวม

<sup>18</sup> ชูชาติ อิศวโรจน์, สารสำคัญของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2564, กรุงเทพฯ : เดือนตุลา, น. 196.

<sup>19</sup> วรตัญญู วิจารย์นันทน์, “หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 145.

<sup>20</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 60-62.



## 2.2.2 วิเคราะห์การใช้ดุลพินิจของศาลปกครองกลาง คำพิพากษาศาลปกครองกลาง ที่ 1868/2566

ในคดีที่นำมาวิเคราะห์นี้ ศาลปกครองกลางกำหนดประเด็นที่จะต้องพิจารณาคำพิพากษาว่า “ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ที่กำหนดการแต่งกายระหว่างสมาชิกที่เป็นหญิง และสมาชิกที่เป็นชายไว้โดยเฉพาะ และมีที่กำหนดการแต่งกายให้สอดคล้องกับความหลากหลายทางเพศนั้น จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศหรือไม่”

ถึงแม้ว่าจะเป็นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงในประเด็นเดียวกันแต่ผลของการตีความของตุลาการผู้แถลงคดีกับองค์คณะผู้พิจารณาพิพากษาคดีกลับตรงกันข้ามกัน ซึ่งผู้เขียนได้หยิบยกมาวิเคราะห์เปรียบเทียบโดยแยกเป็น 2 ขั้นตอน ดังนี้

(1) ขั้นตอนแรก คือ กรณีการเลือกปฏิบัติอันปรากฏเป็นความแตกต่างของกฎเกณฑ์ระหว่างเพศชายและเพศหญิง

กรณีดังกล่าวพิจารณาโดยอาศัยหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย ความเสมอภาคในทางกฎหมายอาจเป็นทั้งสิทธิและหน้าที่ โดยในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน แต่ในสถานการณ์ที่สภาพของเรื่องแตกต่างกัน หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม หรือการมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ อาจมีการปฏิบัติหรือการตรากฎหมายที่แตกต่างกันได้ โดยจะต้องมีเหตุผลที่อธิบายได้ การเลือกปฏิบัติดังกล่าวถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมและไม่ถือว่ามีขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาค<sup>21</sup>

ในคดีนี้ ตุลาการผู้แถลงคดีอธิบายหลักความเสมอภาคโดยเทียบเคียงกับการเกณฑ์ทหารของชายไทยว่า “หลักพิจารณาเรื่องความเสมอภาค มีดังนี้ (1) กรณีข้อเท็จจริงเดียวกัน รัฐต้องปฏิบัติต่อประชาชนด้วยกฎเกณฑ์เดียวกัน เช่น ผู้ชายทุกคน (ข้อเท็จจริงเดียวกัน) กฎหมาย (กฎเกณฑ์เดียวกัน) บังคับให้ต้องถูกเกณฑ์ทหาร (2) กรณีข้อเท็จจริงต่างกัน รัฐต้องปฏิบัติด้วยกฎเกณฑ์ที่ต่างกัน กฎหมายจึงกำหนดให้เฉพาะชายเท่านั้นที่ต้องถูกเกณฑ์ทหาร หญิงไม่ต้องถูกเกณฑ์ทหารโดยกฎเกณฑ์ที่ต่างกันนี้ต้องมีเหตุผลที่สามารถอธิบายและรับฟังได้”

การอธิบายและยกตัวอย่างเรื่องการเกณฑ์ทหารที่ชายไทยทุกคนต้องเข้ารับราชการทหารประจำการ เป็นไปตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในการรับภาระของรัฐ<sup>22</sup> อันเป็นหน้าที่ของปวงชนชาวไทยตามมาตรา 50 (5) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลฎีกาสิงคโปร์ในหลายคดี เช่น คดี Ong Ming Johnson v Attorney-General

<sup>21</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2, 2543, น. 160 (164-167).

<sup>22</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 : 2558, กรุงเทพฯ : วิทยุชน, น. 163.

and other matters [2020] SGHC 63<sup>23</sup> ที่มีการฟ้องร้องให้ศาลเพิกถอนบทบัญญัติมาตรา 377A แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่บัญญัติว่า “ชายใดกระทำการหรือสนับสนุนการกระทำอนาจารอย่างร้ายแรงต่อชายอื่นในที่สาธารณะหรือในที่โหล่งสาธารณะ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี” ซึ่งศาลฎีกาสิงคโปร์เห็นว่า การกำหนดความผิดเฉพาะเพศชายเช่นนี้ เป็นไปเพื่อเหตุผลทางศีลธรรม ไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคแต่อย่างใด เนื่องจากชายสิงคโปร์ทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายนี้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้ถูกเพิกถอนโดยศาลฎีกาสิงคโปร์ แต่ในปี ค.ศ. 2022 ฝ่ายนิติบัญญัติของสิงคโปร์ก็ได้ยกเลิกกฎหมายดังกล่าวแล้ว

ในกรณีชายไทยทุกคนต้องเกณฑ์ทหารนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของบุคคล ซึ่งการพิจารณาว่าเฉพาะผู้ชายต้องอยู่ภายใต้ภาระหน้าที่ดังกล่าว เกี่ยวข้องกับทั้งเสรีร่างกายและความจำเป็นของสถานการณ์ที่อาจไม่เหมาะสมกับผู้หญิง นอกจากนี้ ในสังคมปัจจุบันได้มีการรณรงค์ยกเลิกการเกณฑ์ทหารในประเทศไทยอย่างแพร่หลายอีกด้วย ตัวอย่างที่ยกมาเปรียบเทียบกับนี้ จึงไม่น่าจะสอดคล้องกับข้อพิพาทในคดีที่เป็นเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศเกี่ยวกับการแต่งกายได้ เนื่องจากการแต่งกายเป็นสิทธิและเสรีภาพของผู้สวมใส่โดยไม่ได้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ในกรณีนี้ ฝ่ายปกครองอาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เฉพาะเหตุผลเรื่องความสุภาพเท่านั้น ซึ่งเป็นมุมมองที่แตกต่างจากความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดี

นอกจากนี้ แม้ในกรณีที่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอาจกระทบบุคคลอื่น ศาลในต่างประเทศก็ยังคงพิจารณาชั่งน้ำหนัก ดังตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาญี่ปุ่น คดี 2021 (Gyo-Hi) 285 ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 2566<sup>24</sup> ส่วนราชการหนึ่งออกมาตรการกีดกันผู้ร้องซึ่งเป็นพนักงานที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงตามเพศกำเนิดและยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศมิให้ใช้ห้องน้ำหญิงภายในอาคารสำนักงานในชั้นเดียวกัน แต่อนุญาตให้ใช้ห้องน้ำหญิงที่อยู่ถัดจากชั้นที่หน่วยงานตั้งอยู่ไปอย่างน้อยสองชั้น แม้การใช้ห้องน้ำดังกล่าวจะกระทบสิทธิของบุคคลกลุ่มหนึ่งที่ต้องใช้ห้องน้ำร่วมกันก็ตาม ศาลฎีกาญี่ปุ่นวินิจฉัยว่า มาตรการดังกล่าวให้ความสำคัญกับความเหมาะสมของสภาพการทำงานของพนักงานอื่น โดยไม่คำนึงถึงความเดือดร้อนเสียหายจากความเสียเปรียบที่ผู้ร้องได้รับอย่างไม่เหมาะสม จึงเป็นมาตรการที่เป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขัดต่อรัฐธรรมนูญ

---

<sup>23</sup> Human Rights Law Centre 2020, Supreme Court of Singapore passes up opportunity to decriminalise sex between men, [Online], retrieved from <https://www.hrlc.org.au/human-rights-case-summaries/2020/3/30/supreme-court-of-singapore-passes-up-opportunity-to-decriminalise-sex-between-men> เมื่อ 1 กันยายน 2567.

<sup>24</sup> กองพล เสถียรภานนท์, “ญี่ปุ่น : ศาลฎีกาพิพากษาว่ามาตรการกีดกันสตรีข้ามเพศเข้าใช้ห้องน้ำสตรีในสำนักงานเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย,” ใน กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายมหาชน ประจำเดือนกรกฎาคม 2567, น. 5-8.

ขณะที่ศาลปกครองกลางพิจารณาตามหลักความเสมอภาคโดยยกข้อเท็จจริงที่ปรากฏระหว่างการพิจารณาว่า “เมื่อต่อมาได้มีประกาศข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2566 จะเห็นว่า ข้อบังคับดังกล่าวได้มีการแก้ไขให้สมาชิกหญิงมีสิทธิที่จะแต่งกระโปรง หรือกางเกงขายาวได้ แต่สมาชิกชายยังไม่มีสิทธิสวมกระโปรงตามอัตลักษณ์ทางเพศหรือเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดได้” และ “เมื่อข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนดการแสดงออกตัวตนทางเพศผ่านการแต่งกายโดยแบ่งแยกระหว่างเพศชายและเพศหญิงเอาไว้อย่างจำกัด กรณีจึงย่อมถือว่าข้อบังคับดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ” อันเป็นการวินิจฉัยโดยอาศัยหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจากข้อเท็จจริงซึ่งปรากฏเป็นรูปธรรมชัดเจนว่า มีกฎเกณฑ์ระหว่างสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาที่เป็นเพศหญิงและที่เป็นเพศชายแตกต่างกัน

(2) ขั้นตอนที่สอง คือ กรณีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล คือ การที่ผู้ใช้อำนาจรัฐแบ่งบุคคลออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึงเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง แล้วปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทต่างกัน โดยปราศจากเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟัง<sup>25</sup> อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติอาจชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ก็ต่อเมื่อเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีความมุ่งหมายที่ชอบธรรมเพื่อรักษาหรือก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ (ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้ความคุ้มครอง) และดำเนินการได้จริงในทางปฏิบัติ รวมทั้งเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม<sup>26</sup>

ในขั้นตอนนี้ ตุลาการผู้แถลงคดีเห็นว่า “การปฏิบัติแตกต่างกัน เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิงหรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด หากไม่ปรากฏว่ามีลักษณะเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม (เป็นเรื่องที่มีเหตุผลรับฟังได้รองรับ) ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” และ “ในส่วนที่ยังไม่มีการแก้ไขให้ชายสวมกระโปรงหรือแต่งกายอื่นที่สุภาพเมื่อสวมครุยเนติบัณฑิตได้ด้วยนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามได้ให้เหตุผลตามคำให้การซึ่งมีเหตุผลรองรับที่รับฟังได้ จึงมิใช่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” กล่าวคือ ยอมรับว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุในเรื่องเพศในทางข้อเท็จจริง แต่เมื่อพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนแล้วเห็นว่า เหตุผลทั้งหลายตามคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ และถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมและไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

<sup>25</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 113.

<sup>26</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 70.

ในขณะที่ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า “แม้จะฟังได้ว่าเลือกครุยนติบัณฑิต ซึ่งเป็นเครื่องแบบของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาจะมีประวัติและความเป็นมาอย่างยาวนาน แต่เมื่อข้อบังคับนี้มีได้คำนึงถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งสังคมไทยในปัจจุบันให้การยอมรับกันอย่างแพร่หลาย ประกอบกับได้มีทั้งกฎหมายในลำดับรัฐธรรมนูญและในลำดับพระราชบัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลดังกล่าวจากการถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะสาเหตุทางเพศ... ข้อบังคับดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินสมควร... มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จึงเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” จะเห็นได้ว่า ศาลวินิจฉัยข้อเท็จจริงแห่งคดีโดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน 3 หลักการย่อย ทั้งหลักความสัมฤทธิ์ผล ในแง่ที่ว่าวัตถุประสงค์ของข้อบังคับมิได้คำนึงถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และหลักความจำเป็น ประกอบกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบในแง่ที่ว่า ข้อบังคับดังกล่าวจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินสมควร นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดีได้ให้เหตุผลคัดค้านค่าให้การเกี่ยวกับมุมมองเรื่องความสุภาพไว้อย่างน่าสนใจ โดยเห็นว่า “ความสุภาพนั้นเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย ความสุภาพในการแต่งกาย คือ การแต่งกายที่ไม่เป็นการอนาจาร... การนำเอาธรรมเนียมปฏิบัติมาจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยไม่มีเหตุผลอื่นมารองรับ เป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน”

กรณีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวางหลักการไว้ว่า<sup>27</sup> การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างหญิงและชายในทางกฎหมายทำได้เฉพาะเมื่อความแตกต่างในทางกายภาพและในทางหน้าที่ที่มีผลมาจากเพศนั้น เป็นความสัมพันธ์ในการดำเนินชีวิตที่สำคัญที่ต้องกำหนดเป็นเกณฑ์ ลำพังเพียงเหตุผลในทางประเพณีวัฒนธรรมของความสัมพันธ์ในการดำเนินชีวิตไม่เพียงพอที่จะยอมรับการปฏิบัติที่แตกต่างได้<sup>28</sup> โดยมีตัวอย่างคำพิพากษา 2 คดี ดังนี้

1) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยกฎหมายสัญชาติ ค.ศ. 1913 ที่บัญญัติว่า “บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายเยอรมันที่เกิดจากหญิงต่างด้าวย่อมได้สัญชาติเยอรมัน โดยกำเนิดเสมอ แต่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายต่างด้าวที่เกิดจากหญิงเยอรมันจะได้สัญชาติเยอรมันโดยกำเนิดก็เฉพาะแต่กรณีที่ยกไม่ได้สัญชาติเยอรมันโดยกำเนิดแล้วเด็กจะกลายเป็นคนไร้รัฐ” เป็นบทบัญญัติที่ปฏิบัติต่อบุตรของหญิงเยอรมันแตกต่างจากที่ปฏิบัติต่อชายเยอรมัน ขัดต่อทั้งมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” และมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย”<sup>29</sup>

<sup>27</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 : 2558, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 142.

<sup>28</sup> สอดคล้องกับเหตุผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ที่เห็นว่า การบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สถานการณสมรสมิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพ หรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิงที่มีผลมาจากความแตกต่างทางเพศ จนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกัน อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10

<sup>29</sup> Louis Favoreu, Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, (Economica 1981) 161 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศวพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 72.



2) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีคำวินิจฉัยในคดี BVerfGE 85, 191<sup>30</sup> ซึ่งมาตรา 19 แห่งรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยเวลาการทำงาน (Arbeitszeitordnung - AZO) บัญญัติห้ามพนักงานหญิงรายชั่วโมงทำงานในระหว่างเวลา 20.00 น. ถึงเวลา 06.00 น. ของวันรุ่งขึ้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าวตราขึ้นโดยให้เหตุผลว่า ผู้หญิงมักต้องทำงานบ้านและดูแลครอบครัวทำให้มีความเสี่ยงต่อสุขภาพจากการทำงานในเวลากลางคืนเป็นพิเศษ ประกอบกับการเดินทางไปและกลับจากที่ทำงานยามวิกาลของผู้หญิงจะไม่ปลอดภัยจากการประทุษร้ายของมิชฉาชีพ จึงต้องใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยและสวัสดิภาพในชีวิตร่างกายของผู้หญิง ศาลวินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ขัดต่อมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยให้เหตุผลว่า จากงานวิจัยทางการแพทย์ การจ้างงานกลางคืนเป็นอันตรายต่อทุกคนไม่ใช่เฉพาะผู้หญิง ภาระงานบ้านและการเลี้ยงดูลูกไม่ใช่ลักษณะเฉพาะทางเพศ แต่เป็นเพียงบทบาทและไม่ต่างจากพ่อเลี้ยงเดี่ยว ส่วนความเสี่ยงในการเดินทางยามวิกาลนั้น รัฐไม่อาจละทิ้งความรับผิดชอบในการปกป้องผู้หญิงจากการถูกทำร้ายร่างกายบนถนนสาธารณะ โดยการจำกัดเสรีภาพไม่ให้ผู้หญิงออกจากบ้านในเวลากลางคืน และการจำกัดไม่ให้พนักงานหญิงเลือกชั่วโมงการทำงานได้อย่างอิสระ อาจส่งผลให้ผู้หญิงยังคงต้องแบกรับภาระในการดูแลเด็กและงานบ้านมากกว่าผู้ชาย ซึ่งจะยิ่งทำให้การกำหนดบทบาททางเพศแบบดั้งเดิมมีมากขึ้น การห้ามทำงานในช่วงเวลากลางคืนจึงขัดขวางการบรรเทาความเสียเปรียบทางสังคมของผู้หญิง

จาก 2 คดีข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียึดถือหลักความเสมอภาคและพิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจากเหตุผลอย่างรอบด้าน โดยเฉพาะบริบทในทางข้อเท็จจริง เช่น เหตุผลทางการแพทย์ และการส่งเสริมบทบาทของผู้หญิง เช่นเดียวกับศาลปกครองกลางในคดีนี้ที่คำนึงถึงหลักความเสมอภาคประกอบกับบริบทของสังคมในการยอมรับความหลากหลายทางเพศด้วย

### 2.3 ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะของผู้เขียน

น่าสนใจว่า หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมระหว่างพิจารณา กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ที่เปิดโอกาสให้สมาชิกหญิงสามารถสวมกางเกงได้ เหตุผลหรือคำพิพากษาของศาลในคดีนี้จะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ อย่างไร

ผู้ฟ้องคดีบรรยายฟ้องว่า “ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นชายต้องการแต่งกายด้วยกระโปรงหรือแต่งกายอื่นที่สุภาพเรียบร้อยเพื่อแสดงอัตลักษณ์ทางเพศ” ซึ่งสอดคล้องกับเหตุผลของศาลที่ว่า “แม้จะฟังได้ว่าเสื้อครุยเนติบัณฑิตซึ่งเป็นเครื่องแบบของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาจะมีประวัติและความเป็นมาอย่างยาวนาน แต่เมื่อข้อบังคับนี้มีได้คำนึงถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งสังคมไทยในปัจจุบันจะให้การยอมรับกันอย่างแพร่หลาย” รวมถึงคำบังคับของศาลปกครองกลาง

<sup>30</sup> Jurgen Brohme & Clauspeter Hill (eds.), 60 years German basic law : the German Constitution and its court, 2010, Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, pp. 222-227.

ซึ่งมีข้อกำหนดเพิ่มเติมเพื่อคุ้มครองชายที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดอย่างชัดเจน ศาลไม่เพียงแต่คุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศชายและเพศหญิง แต่ก้าวข้ามปัจจัยด้านเพศกำเนิด มาคุ้มครองความเสมอภาคในระดับอัตลักษณ์ทางเพศด้วย<sup>31</sup>

ผู้เขียนเห็นด้วยอย่างยิ่งกับคำพิพากษาในคดีนี้ อย่างไรก็ตาม มีประเด็นข้อสังเกตเพิ่มเติม 3 ประเด็น ดังนี้

ประเด็นแรก ที่ศาลพิจารณาวินิจฉัยว่า “เมื่อการแต่งกายตามอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดถือเป็นการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นที่บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออก ตามนัยมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” นั้น อาจเป็นข้อเท็จจริง ในมุมมองที่ผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบเท่านั้น แท้จริงแล้ว ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด และมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกัน การแต่งกายเป็นสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บัญญัติว่า “...การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” การสวมกางเกงหรือกระโปรงไม่จำเป็นว่าผู้สวมใส่ต้องการแสดงออกทางเพศ<sup>32</sup> เสมอไป โดยเฉพาะในปัจจุบัน ผู้หญิงที่มีอัตลักษณ์ทางเพศตรงเพศกำเนิดสามารถเลือกสวมกางเกงเพื่อความคล่องตัวหรือโดยความชอบส่วนบุคคลได้ ผู้ชายโดยที่ไม่ต้องคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศก็สมควรมีสิทธิเลือกแต่งกายด้วยกางเกงหรือกระโปรง<sup>33</sup> ได้เช่นกัน

<sup>31</sup> สอดคล้องกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2567 ที่ระบุว่า ภริยาไม่สามารถเรียกค่าทดแทน จากชายหรือบุคคลอื่น ซึ่งมีความหลากหลายทางเพศที่เข้ามามีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับสามีของตน อันเป็นการคุ้มครอง และเล็งเห็นถึงบริบทความหลากหลายทางเพศด้วย อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 11*

<sup>32</sup> การแสดงออกทางเพศ (Gender Expression) คือ การที่บุคคลมีวิธีในการสื่อสารเพศสถานะ ซึ่งกระทำผ่านลักษณะทางกายภาพ เช่น เสื้อผ้า ทรงผม การใช้เครื่องสำอาง มารยาท วิธีการพูด และรูปแบบพฤติกรรม เมื่อปฏิสัมพันธ์กับผู้อื่น อ้างถึงใน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สร้างความเข้าใจเกี่ยวกับความหลากหลาย ทางเพศ & แนวทางการอยู่ร่วมกันอย่างให้เกียรติ, 2564, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.law.tu.ac.th/how-to-respect-lgbtq/> เมื่อ 12 กันยายน 2567.

<sup>33</sup> มีการค้นพบกระโปรงที่เก่าแก่ที่สุดทำมาจากฟาง อายุกว่า 3,900 ปีก่อนคริสตกาล และสมัยอียิปต์โบราณ ทั้งชายและหญิงต่างสวมเครื่องนุ่งห่มจากลินินที่ลักษณะคล้ายกระโปรง อย่างไรก็ตาม ความนิยมในการแต่งกายมีการเปลี่ยนแปลง ตลอดเวลา จึงทำให้การแต่งกายของคนในแต่ละยุคสมัยนั้นมีความแตกต่างกัน กระโปรงเป็นสัญลักษณ์การระบุเพศของเพศหญิง ดังเห็นได้ชัดตามสัญลักษณ์ห้องน้ำในสถานที่ต่าง ๆ โดยห้องน้ำหญิงมักเป็นรูปร่างของคนที่สวมกระโปรง การเลือกสวมใส่เสื้อผ้า ควรเป็นเรื่องปกติที่ทุกคนสามารถทำได้อย่างอิสระ เพราะประโยชน์หลักของเสื้อผ้า คือ การปกปิดร่างกายของมนุษย์ และเป็นเครื่องประดับ ผู้ชายสวมกระโปรงจึงไม่ใช่เรื่องผิด หากแต่ผู้คนไม่น้อยที่ยึดติดและกำหนดกรอบสังคมให้การแต่งกาย เป็นเครื่องแบ่งเพศ การที่ผู้ชายสวมเสื้อผ้าของผู้หญิงจึงกลายเป็นเรื่องแปลก ขณะที่ผู้หญิงจำนวนมากสวมกางเกงที่เป็นสัญลักษณ์ ของเพศชายแต่สังคมกลับมองเป็นเรื่องปกติ อ้างถึงใน สิทธิศักดิ์ บุญมั่น และวิชัย ตาตโรสงค์, สิทธิในการแต่งกาย : ผู้ชาย กับการใส่กระโปรง, 2564, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.amnesty.or.th/latest/blog/878/> เมื่อ 12 กันยายน 2567.



ประเด็นที่สอง คือ คำบังคับของศาลปกครองกลางในส่วนหลังที่ว่า “ให้คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภาแก้ไขข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 โดยมีข้อกำหนดเพิ่มเติมกรณีสมาชิกชายที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศโดยกำเนิด มีสิทธิและเสรีภาพในการแต่งกายตามแบบสากลนิยม กระโปรง หรือกางเกงขาวยาว ตามเพศสภาพหรืออัตลักษณ์ทางเพศของตนโดยมีรูปแบบที่เหมาะสม” ซึ่งอาจมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า ศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้เพียงใด กล่าวคือ ศาลสามารถกำหนดรายละเอียดเนื้อหาของกฎที่คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภาจะต้องแก้ไขไว้ในคำบังคับตามคำพิพากษาได้มากน้อยเพียงใด

ประเด็นที่สาม คือ ผลหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา ซึ่งคณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภาได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ที่เกี่ยวข้องกับผลของคำพิพากษาถึง 2 ครั้ง ได้แก่ ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2566<sup>34</sup> โดยเพิ่มความข้อ 17 วรรคสอง (4) และข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2567<sup>35</sup> โดยแก้ไขความในข้อ 17 วรรคสอง (1) ซึ่งปรากฏว่า การแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 2 ครั้ง ทำให้ข้อบังคับฉบับปัจจุบันมีความซ้ำซ้อนกัน โดยเงื่อนไขของผู้ที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดปรากฏในทั้ง (1) และ (4) จึงอาจไม่สอดคล้องกับหลักความชัดเจนของกฎหมาย ซึ่งข้อเท็จจริงกรณีเดียวกันควรสามารถปรับเข้ากับบทบัญญัติแห่งกฎหมายในมาตราเดียวกันเพียงวรรคเดียวเท่านั้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ทั้งศาลปกครองกลางและคณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภาอาจพิจารณาให้ความคุ้มครองและออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการแต่งกายของสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาโดยรวมทั้งหมดไม่จำเป็นต้องคุ้มครองและออกข้อกำหนดที่ระบุเฉพาะผู้ที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดเท่านั้น และมีข้อเสนอว่า การกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแต่งกายควรคำนึงถึงเฉพาะเรื่องความสุภาพว่าควรจะมีลักษณะอย่างไร เช่น กำหนดรูปแบบการแต่งกาย 3 รูปแบบ ได้แก่ แบบสวมกางเกง แบบสวมกระโปรง และเครื่องแบบราชการ แต่ละรูปแบบมีรายละเอียดอย่างไร โดยไม่อ้างอิงเรื่องความแตกต่างระหว่างเพศของผู้สวมใส่ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องกำหนดว่า บุคคลใด เพศกำเนิดใด หรืออัตลักษณ์ทางเพศใดต้องแต่งกายรูปแบบใด แต่เป็นสิทธิของสมาชิกเนติบัณฑิตแต่ละคนที่สามารถเลือกแต่งกายตามรูปแบบข้างต้นได้ ความเสมอภาคในการแต่งกายเมื่อสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิตควรหมายถึงผู้มีสิทธิสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิตทุกคนสามารถแต่งกายตามระเบียบที่คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภากำหนดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเพศกำเนิดหรืออัตลักษณ์ทางเพศเลย เพราะการแต่งกายในสังคมสามารถเปลี่ยนแปลงได้และไม่ได้จำกัดด้วยเหตุในเรื่องเพศเท่านั้น สอดคล้องกับแนวคิดความเป็นกลางทางเพศ (Gender Neutrality) ซึ่งเป็นแนวคิดที่ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างเพศ ไม่ว่าจะป็นด้านนโยบาย ภาษา หรือบทบาททางสังคมอื่น ๆ จะมีความเป็นกลางทางเพศโดยไม่มีการแบ่งแยก แนวคิดนี้มีการปรับใช้กับกฎเกณฑ์เรื่องการแต่งกายเพื่อเคารพสิทธิการแต่งกายของแต่ละบุคคลและลดการแบ่งแยกระหว่างเพศเช่นเดียวกัน ได้แก่ gender neutral dress code

<sup>34</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5

<sup>35</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6



และ gender neutral uniform ซึ่ง gender neutral dress code หมายถึง การไม่กำหนดกฎระเบียบ การแต่งกายตามเพศ แต่ออกกฎระเบียบการแต่งกายสำหรับพนักงานทุกคนอย่างเท่าเทียม เช่น การออกกฎให้พนักงานทุกคนสวมสูทเมื่อพบลูกค้า การห้ามสวมกางเกงขาสั้นหรือรองเท้ายางมาทำงาน การห้ามพนักงานบนเครื่องบินสวมแว่นด้วยเหตุผลทางด้านความปลอดภัย เพื่อกำหนดระดับความสุภาพและเป็นทางการของการแต่งกายและเหตุผลด้านความปลอดภัยเท่านั้น ส่วน gender neutral uniform หมายถึง การมีเครื่องแบบที่เป็นกลางสามารถใช้ได้ทุกเพศ โดยองค์กรอาจออกแบบเครื่องแบบเดียวกันให้สามารถใช้ได้ทุกเพศหรือใช้วิธียกเลิกการระบุเพศในเครื่องแบบให้เครื่องแบบมีทั้งกระโปรงและกางเกงเช่นเดิม แต่อุญาติให้ผู้ชายสามารถเลือกสวมกระโปรงและผู้หญิงสามารถเลือกสวมกางเกงได้ตามรสนิยมหรืออัตลักษณ์ทางเพศของแต่ละคน<sup>36</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวคิดที่น่าสนใจและเป็นสิ่งที่หน่วยงานต่าง ๆ ควรนำมาปรับใช้อย่างแพร่หลาย

### บทสรุป

ศาลปกครองมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และเพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองสอดคล้องและเป็นการใช้อำนาจภายใต้หลักนิติรัฐ การกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมายและจำต้องมีหลักประกันต่อการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ กฎหมายมีความเป็นพลวัตสามารถเปลี่ยนแปลงสอดคล้องกับสภาพสังคม แต่ยังคงไว้ซึ่งหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลปกครองกลางในคดีนี้ที่แสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลปกครองในการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ รวมถึงแนวคิดเชิงก้าวหน้าของศาลปกครองที่ปรับตัวตามยุคสมัยของสังคมในการยอมรับความหลากหลายทางเพศ แต่ยังคงไว้ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วนภายใต้หลักนิติรัฐ อย่างไรก็ตาม อาจมีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับขอบเขตของศาลในการกำหนดรายละเอียดของคำบังคับและแนวคิดการกำหนดการแต่งกายโดยไม่มีแบ่งแยกเพศซึ่งสมควรพิจารณาเพิ่มเติมด้วย

**คำสำคัญ :** ความเสมอภาคระหว่างเพศ, การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ, การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ, เสือครุยนติบัณฑิต

---

<sup>36</sup> Adecco, Pride Month : รู้จักแนวคิดการแต่งกายแบบ Gender Neutrality เมื่อการแต่งกายมาทำงานไม่ควรถูกจำกัดด้วยเพศ, 2565, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://adecco.co.th/th/knowledge-center/detail/hr-insight/gender-neutral-dress-code> เมื่อ 12 กันยายน 2567.