

แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุระหว่างเพศ

แม้กระแสแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนจะเป็นหลักการที่เป็นที่ยอมรับกันในสังคมโลกว่ามีความถูกต้องในเรื่องที่มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกันและต้องมีสิทธิเสรีภาพในโอกาสที่เท่าเทียมกัน สิทธิสตรีถือเป็นหลักการหนึ่งของสิทธิมนุษยชนที่ว่า ไม่ว่าจะเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายทุกคนต่างเกิดมาเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน หากได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมกันในด้านโอกาสต่างๆ ที่ผู้หญิงจะสามารถพัฒนาและแสดงความสามารถของตนได้อย่างเต็มที่ และผู้หญิงก็สามารถแสดงให้เห็นว่าทำได้เท่าเทียมกับผู้ชายโดยไม่ด้อยไปกว่ากันเลย และไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นชายหรือหญิงก็เป็นมนุษย์ที่เกิดมาอยู่ร่วมกันในสังคมเดียวกัน จึงเป็นเรื่องที่ไม่น่าถูกต้องนักที่ฝ่ายหนึ่งจะมีสิทธิมากกว่าและสามารถละเมิดสิทธิของอีกฝ่ายหนึ่งได้ บางสังคมยังคงมีการละเมิดสิทธินั้นอย่างเป็นระบบเพราะมีกฎหมายและทัศนคติของคนสังคมนั้นๆ เกื้อหนุนในเรื่องการละเมิดสิทธินั้นอยู่ สิทธิสตรีและความเท่าเทียมกันระหว่างสตรีกับบุรุษเป็นปัญหาที่กำลังเผชิญอยู่ในสังคมทั่วโลกขณะนี้ สตรีมักถูกละเมิดสิทธิอยู่เสมอในรูปแบบต่างๆ ความไม่เท่าเทียมกันในการปฏิบัติต่อสตรีและปัญหาที่สตรีถูกปฏิบัติด้วยความไม่เป็นธรรมและทารุณโหดร้ายยังคงมีอยู่เป็นประจำ

ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างสตรีกับบุรุษเป็นมายาวนานตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เพราะความแตกต่างทางสรีระและการทำสงครามต่อสู้รุกรานกันระหว่างดินแดน ทำให้บุรุษมีความสำคัญมากกว่าสตรี ในการปกป้องแผ่นดินและเป็นผู้ปกครอง อีกทั้งบุรุษยังออกข้อกำหนดกฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับกับสังคมนั้นๆ ทำให้เกิดทัศนคติและการเป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองอยู่ในมือของบุรุษเป็นส่วนมากดังนั้น การออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางสังคมต่างๆ ตลอดจนจารีตประเพณีธรรมเนียมปฏิบัติเป็นไปตามทัศนคติของบุรุษและเป็นไปด้วยการปกป้องผลประโยชน์ของบุรุษมากกว่าสตรี ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีเริ่มฝังรากลึกมาตั้งแต่ในสมัยอดีต ในรูปของการถ่ายทอดวัฒนธรรมประเพณีและการกำหนดความคิดเกี่ยวกับทัศนคติของสังคม นอกจากนี้ศาสนาบางศาสนายังได้กำหนดหน้าที่ของผู้ชายไว้เหนือผู้หญิงอย่างมาก และในการตีความของคำสอนในทางศาสนาในระยะต่อมา มักจะตีความในลักษณะที่สอดคล้องกับทัศนคติของผู้ชายและเป็นตามประเพณีการปกครองของผู้ชาย สิ่งเหล่านี้ล้วนมีอิทธิพลต่อทัศนคติทางสังคม และยังมีสตรีจำนวนมากยอมรับต่อการถูกละเมิดสิทธิว่าเป็นเรื่องธรรมดาและถือเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีหรือเป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งมีอิทธิพลทาง

ความคิดและแบบแผนทางสังคมค่อนข้างสูง จนทำให้สิทธิสตรีถูกละเมิดอยู่เสมอในระดับที่รุนแรง นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันก็ยังคงมีการละเมิดอยู่ แม้สภาพทางสังคมจะมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ในด้านความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนที่ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิง แม้หลักการแห่งความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงชาย จะได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่ถูกต้องและต้องปฏิบัติ แต่อิทธิพลของความเป็นมาทางประวัติศาสตร์และสิ่งต่างๆ ที่กำหนดคุณค่าในทางสังคมก็ยังก่อให้เกิดปัจจัยต่อการละเมิดสิทธิสตรีอยู่ตลอดเวลา

การศึกษาเรื่องสิทธิสตรีและความเท่าเทียมกันในสังคมระหว่างผู้ชายและผู้หญิงจึงเป็นการศึกษาเรื่องการต่อสู้ในทางความคิดและความเชื่อ โดยมีพื้นฐานความคิดที่แตกต่างกัน โดยสิ้นเชิงระหว่างแนวคิดที่ว่าผู้ชายและผู้หญิงมีความแตกต่างกัน และการยอมรับมาตั้งแต่อดีตถึงปัจจัยในการกำหนดคุณค่าหลายๆประการที่ขัดต่อหลักการสิทธิมนุษยชน ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดจากการต่อสู้ทางความเชื่อเริ่มมีมากขึ้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการพัฒนาความคิดทางสังคมและการต่อสู้เพื่อเปลี่ยนแปลงค่านิยมและแนวคิดในสังคมนั้นๆ ความรุนแรงและปัจจัยในการส่งเสริมให้เกิดการละเมิดสิทธิสตรีในแต่ละสังคมจะมีมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับความพยายามของสังคมนั้นๆ ในการทำความเข้าใจและเปลี่ยนทัศนคติในเรื่องของการให้โอกาสที่เท่าเทียมกันของมนุษย์ทุกคน

แนวคิดสิทธิสตรีไทยในพระพุทธศาสนาจึงถือเป็นแนวคิดหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนเพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในการนับถือศาสนาของสตรีไทย เราจึงจำเป็นต้องศึกษาที่มาของแนวคิดสิทธิมนุษยชน ความหมายและหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องต่อความจำเป็นในการศึกษาถึงสิทธิสตรีในการนับถือศาสนาโดยเฉพาะศาสนาพุทธ ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

2.1 กรอบความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

หากว่ามนุษย์สามารถดำรงอยู่ได้โดยลำพัง หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนก็คงไม่มีความจำเป็นต้องหยิบยกขึ้นมาพิจารณา ความจำเป็นที่มนุษย์ต้องอยู่รวมกันเป็นกลุ่มไม่ว่าจะมองในมุมมองของศาสตร์แขนงใดก็ตาม ก็มีข้อเท็จจริงที่ว่ามนุษย์ไม่อาจแยกออกจากสังคมหรือรัฐได้ พัฒนาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ได้เกิดขึ้นมาพร้อมๆกับการเกิดขึ้นของสังคมหรือรัฐ มนุษย์ภายใต้ความจำเป็นที่จำเป็นต้องรวมกลุ่มกันจึงได้สร้างสมวัฒนธรรมมากมาย แต่ละสังคมซึ่งมีความแตกต่างกันทั้งทางด้าน

ทัศนคติ ค่านิยมและพฤติกรรม ซึ่งเป็นลักษณะที่มีความสอดคล้องและเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว วัฒนธรรมจึงเป็นความพยายามของมนุษย์ในการแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่ประสบในชีวิตซึ่งย่อมแตกต่างกันไปแต่ละสังคม และมีการพัฒนาเรื่อยๆ จนกลายเป็นแบบแผน (pattern) ซึ่งมนุษย์ส่วนใหญ่ในสังคมยอมรับว่าดีงามและได้ถือปฏิบัติสืบต่อกันมา และการรวมตัวของแบบแผนต่างๆ เหล่านี้ ทำให้เกิดแบบแผนใหญ่ (master pattern)¹ ซึ่งครอบงำและควบคุมแบบแผนอื่น ภายใต้หลักการเดียวกันนี้ จึงเป็นพัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในแง่ของวัฒนธรรม

ส่วนพัฒนาการทางด้านความคิดต้องพิจารณาถึงวิวัฒนาการของการเกิด “สังคมมนุษย์” และกระบวนการเรียนรู้ของมนุษย์ เนื่องจากกฎเกณฑ์ไม่ว่าจะเป็นศีลธรรมหรือกฎหมาย เป็นสิ่งที่สมาชิกของสังคมเห็นดีเห็นชอบร่วมกัน ความเชื่อร่วมกันและกำหนดเป็นแนวทางปฏิบัติร่วมกันซึ่งเกิดจากกระบวนการเรียนรู้ที่สั่งสมประสบการณ์มายาวนานสืบต่อมา กระบวนการเหล่านี้เป็นธรรมชาติของมนุษย์ คือ เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติ นักปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) มีความเชื่อว่าเกิดจากการที่มนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติและจักรวาล ซึ่งมีกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นเองโดยไม่มีผู้ใดบงการซึ่งเรียกว่า “เหตุผลของเรื่อง” (Nature of Thing)² ซึ่งมีอยู่ในตัวมนุษย์ ทำให้มนุษย์สามารถใช้เหตุผลเรียนรู้ศึกษาธรรมชาติ และใช้กระบวนการเดียวกันนี้ศึกษาเพื่อเข้าใจตัวมนุษย์และสังคมของมนุษย์

ปัจจัยที่เป็นที่มาของเหตุผลในการขยายแนวคิดเรื่อง “สิทธิธรรมชาติ” ให้กลายมาเป็น “สิทธิ” ที่เป็นของมนุษย์ทุกคน หรือเรียกว่า “สิทธิมนุษยชน” เมื่อพิจารณาในแง่ประวัติศาสตร์ทางความคิดหรือโดยการก่อรูปทางอุดมการณ์สิทธิมนุษยชน ซึ่งแนวคิดเดิมมาจาก “สิทธิธรรมชาติ” ได้ถูกยึดโยงอยู่กับแนวคิดเชิงอุดมคติของปรัชญากฎหมายธรรมชาติ โดยมีความเชื่อที่ว่า มีสิ่งที่เป็นหลักคุณค่าและอุดมคติ ซึ่งมีอยู่ตามธรรมชาติ คือ เกิดขึ้นเอง โดยที่มนุษย์มิได้เป็นผู้สร้าง แต่เป็นกฎเกณฑ์ที่สามารถใช้บังคับได้โดยไม่จำกัดกาลเวลาและสถานที่³ ซึ่งแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติมีลักษณะสำคัญ คือ เป็นกฎหมายที่ใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลาใช้ได้ทุกแห่งไม่จำกัดว่าต้องใช้ในรัฐใดรัฐหนึ่ง และอยู่นเหนือกฎหมายของรัฐ คือ รัฐจะออก

¹ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง สิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) สถาบันพระปกเกล้า, 2547, น.5.

²เพ็ญอ่าง, น. 6.

³นพนิธิ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2537), น.16.

กฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ มิฉะนั้น กฎหมายของรัฐจะใช้บังคับไม่ได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวสามารถนำมาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการตรวจสอบความสมบูรณ์ของกฎหมายต่างๆ ซึ่งมีอยู่ในธรรมชาติที่มีระเบียบแบบแผนที่แน่นอน อันประกอบด้วย ความมีเหตุผล (Rational) ที่มนุษย์สามารถรู้ได้ เป็นหลักคุณค่าที่มีเนื้อหาที่สามารถรู้ได้ อันเป็นนิรันดรและเป็นสากล โดยเป็นบรรทัดฐานของการกระทำต่างๆของมนุษย์ ที่เรียกว่า “กฎหมายธรรมชาติ”(Law of Nature) ซึ่งช่วยให้สามารถกำหนดกฎเกณฑ์ได้ถูกต้องเหมาะสมสอดคล้องกับธรรมชาติ โดยจะต้องเป็นสิ่งที่ดี มีคุณค่า มีประโยชน์ หากเป็นสิ่งที่ชั่วร้าย หรือเป็นกฎหมายที่ขาดไร้ซึ่งความสมบูรณ์ทางศีลธรรม ย่อมถือว่าเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมและเป็นโมฆะได้⁴ แนวคิดนี้ เชื่อว่ารากฐานหรือธรรมชาติของกฎหมายแท้จริงอยู่ในรูปของศีลธรรมหรืออุดมคติ ซึ่งธรรมชาติแห่งความเป็นอยู่หรือความสมบูรณ์ของความเป็นกฎหมายแท้จริงไม่อาจแยกออกจากคุณค่าทางศีลธรรม เหตุผล และกฎแห่งธรรมชาติได้

แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาตินี้เองเป็นรากฐานสำคัญของแนวคิดที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งก็มีนักปราชญ์หลายท่านต่างมีความเห็นที่แตกต่างกัน ดังจะเห็นได้จากแนวคิดของนักปราชญ์ในแต่ละยุคสมัย ดังนี้

สมัยกรีกและโรมันโบราณ สมัยศตวรรษที่ 5 ก่อนคริสตกาลหรือประมาณ 2,000 ปี มาแล้ว มีความเชื่อว่า บรรดาเทพเจ้าเป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นมาซึ่งถือกันว่าเป็นกฎหมายที่มีฐานะเหนือกว่าพระบรมราชโองการ⁵ หรือเหนือคำสั่งของรัฐาธิปัตย์⁶ กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ไม่ขึ้นอยู่กับเจตจำนงของบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือกล่าวอีกนัยก็คือ สำนักกฎหมายธรรมชาติเชื่อว่าในโลกนี้มีมาตรการตามธรรมชาติที่สามารถใช้ตัดสินว่าการกระทำที่ถูกหรือที่ผิดซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับกาลเวลา และสถานที่จึงเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนิรันดร

⁴จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม,2545),น.89.

⁵ดู Castberg,Natural Law and Human Rights. An Ideas-Historical Survey ในหนังสือ International Protection of Human Rights, Stockholm, 1968, P.13 ,อ้างถึงใน วรวิทย์ กนิษฐะเสน, “ความเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน”, วารสารอัยการ 2 (มกราคม 2522), น.40.

⁶โปรดเปรียบเทียบ Austin, The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence,London,1971 ซึ่งมีความเห็นว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐาธิปัตย์, อ้างถึงใน วรวิทย์ กนิษฐะเสน, เพ็ญอ้าง,น. 40.

ชาวกรีกโบราณ โดยเฉพาะในเอเธนส์ เริ่มมีการปกครองแบบประชาธิปไตย มองธรรมชาติอย่างสมเหตุสมผลในฐานะมาตรฐานที่มีลักษณะเป็นภาววิสัย (Objective standard) ซึ่งนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดซึ่งนำความประพฤติปฏิบัติของมนุษย์ในสังคม ในยุคนี้ มีแนวคิดของนักปราชญ์คนสำคัญ อย่างเช่น

เฮราลิตัส (Heralitus) ได้กล่าวถึง กฎหมายธรรมชาติว่าเป็นกฎหมายที่มีได้เขียนไว้เป็น ลายลักษณ์อักษร กฎหมายดังกล่าวได้แพร่หลายและควบคุมไว้โดยธรรมชาติ โดยถือว่ากฎหมายธรรมชาตินี้มีพื้นฐานมาจากหลักที่ว่า ทุกสิ่งเกิดขึ้นตามที่ควรจะเป็นเช่นนั้น

อริสโตเติล (Aristotle) เป็นผู้มีความคิดว่าข้อคิดเกี่ยวกับความยุติธรรม (Idea of Justice) ของมนุษย์ใช้ว่าแต่จะเป็นหลักนำสำหรับการกำหนดพฤติกรรมของบุคคลแต่ละบุคคลอย่างเดี่ยวเท่านั้น หากแต่ยังเป็นหลักนำในการทำให้สังคมอยู่ภายใต้ระเบียบแบบแผนด้วย โดยแสดงให้เห็นเกี่ยวกับสิ่งซึ่ง “เป็นธรรมโดยธรรมชาติ” ว่าเป็นธรรมที่สมบูรณ์กับสิ่งซึ่ง “เป็นธรรมโดยเพียงกฎหมาย” อันถือเป็นความเป็นธรรมที่ไม่สมบูรณ์ เขาเห็นว่าความเป็นธรรมตามธรรมชาติมีความสมบูรณ์และมีผลบังคับใช้ได้ในทุกๆ แห่ง โดยพื้นฐานทางจริยธรรมของท่านที่สำคัญมองว่า สิ่งซึ่งเหมือนกันจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน

ต่อมาพวก Stoics ได้นำแนวคิดที่เกี่ยวกับ “ธรรมชาติ” มาเป็นแกนกลางของระบบปรัชญาของ Zeno (ก่อน ค.ศ. 350-260) ซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งสำนัก Stoic มีความเชื่อว่า จักรวาลทั้งหมดนั้นประกอบด้วยเหตุผล มนุษย์ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของจักรวาลโดยเนื้อแท้แล้วก็ป็นสัตว์ที่มีเหตุผล จึงสามารถดำรงชีวิตให้สอดคล้องกับกฎต่างๆ ทางธรรมชาติของตนเองได้ ซึ่งหมายความว่า มนุษย์จะต้องทำตนให้เป็นอิสระจากโลกภายนอกและใช้ความสามารถของตนอย่างเต็มที่ ที่จะระงับกิเลสตัณหา และเชื่อว่าเหตุผลเป็นพื้นฐานของกฎหมายและความยุติธรรม เมื่อมนุษย์ทุกคนมีเหตุผล มนุษย์ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักหรือกฎหมายอันเดียวกัน ซึ่งเรียกว่า “กฎหมายธรรมชาติ” โดยเชื่อว่า สิทธิธรรมชาติเป็นสิทธิที่ตกอยู่กับบุคคลทุกคนและตลอดไป ไม่ใช่สิทธิสำหรับประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะแต่เป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนในโลกนี้ต่างได้รับโดยเหตุเพราะพวกเขาเหล่านั้นมีความเป็นมนุษย์ แนวคิดของพวก Stoics มีอิทธิพลต่อนักนิติศาสตร์และรัฐบุรุษสำคัญของโรมันอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อ Cicero (ก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 106-43) เขาได้กล่าวว่า “กฎหมายที่แท้จริง คือ เหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ แม้ท่านไปในทุกสิ่งทุกอย่าง สม่าเสมอเป็นนิรันดร์ เป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องทำโดยคำสั่งหรือห้ามไม่ให้กระทำความชั่วโดยข้อห้ามของมัน เป็นหน้าที่อันศักดิ์สิทธิ์ที่เราจะต้องไม่พยายามที่จะบัญญัติกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายนี้ กฎหมายนี้เราไม่อาจที่จะลดชั้นให้ต่ำต้อยหรือยกเลิกมันเสีย อันที่จริงแล้วไม่ว่าวุฒิสภาหรือมวลชนก็ไม่มีอำนาจที่จะปล่อยเราให้

ปลอดภัยจากกฎหมายนี้ และเราไม่จำเป็นต้องฟังบุคคลหรือสิ่งอื่นใดนอกจากตัวของเราเองที่จะเป็นผู้แสดงออกว่ากฎหมายนั้นคืออะไร หรือตีความว่ากฎหมายนั้นคืออะไร หรือตีความว่ากฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร กฎหมายนี้จะไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงโรม และเป็นอีกอย่างหนึ่งที่เอเธนส์ หรือเป็นอีกอย่างหนึ่งในสมัยนี้ และเป็นอีกอย่างหนึ่งในสมัยต่อมา แต่ยังคงเป็นกฎหมายอันหนึ่งอันเดียวไม่เปลี่ยนแปลงเป็นอนันตกาล และผูกพันบังคับกับทุกชาติทุกภาษาตลอดจนทุกยุคทุกสมัย”⁷

สมัยกลาง แนวคิดที่เกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติปรากฏออกมาในรูปของความเชื่อทางศาสนา ที่ว่า กฎหมายที่พระเจ้าทรงสร้างขึ้นเป็นกฎหมายสูงสุด อิทธิพลของศาสนาคริสต์ได้แผ่ขยายความเชื่อ ความศรัทธาไปทั่วตะวันตก สมัยนี้เป็นช่วงที่ศาสนามีอำนาจครอบงำความคิดและวิถีชีวิตของมนุษย์ หรือเรียกได้ว่า เป็นยุคแห่งศรัทธา⁸ เป็นยุคที่ ศาสนจักรมีบทบาทและอิทธิพลต่อชีวิต ทัศนคติ และความนึกคิดของคนตั้งแต่เกิดจนตาย แม้ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติก็ถูกตีความให้เป็นเรื่องเหตุผลหรือเจตจำนงของพระเจ้า ซึ่งเชื่อในเรื่อง “ความเป็นภราดรภาพสากลของมนุษยชาติ” (Universal brotherhood of humanity) ที่มองบุคคลในแง่ปัจเจกบุคคลที่แยกออกจากการเป็นสมาชิกภาพของสังคม การแยกสถานะของบุคคลเป็นเสมือนตัวเปลี่ยนแปลงความคิดที่นำไปสู่ แนวคิดแบบปัจเจกชนนิยมในแง่ทฤษฎีทางการเมืองและเรื่องสิทธิในควมมีเสรีภาพ (Freedom Rights) ซึ่งก่อรูปเป็นแนวคิดสิทธิมนุษยชนในสมัยต่อมา

ในสมัยนี้ มีนักปราชญ์ คนสำคัญ เช่น เซนต์ ออกุสติน (St. Augustine) แสดงให้เห็นว่าสังคมมีอาณาจักรอยู่ 2 ประเภท คือ อาณาจักรทางโลกกับอาณาจักรของพระเจ้า โดยถือว่า ศาสนจักรอยู่สูงกว่าและมีอำนาจเหนือกว่าอาณาจักร ซึ่งท่านได้เสนอแนวคิดนี้ในหนังสือชื่อ อาณาจักรของพระเจ้า (City of God) และมีแนวคิดไปไกลถึงขนาดที่ถือว่า กฎหมายใดๆ ที่ขัดต่อความยุติธรรมโดยหลักแล้วเป็นกฎหมายที่เป็นโมฆะ

⁷ ดู Do Replublica, III,XXII, 33 คัดจากหนังสือของ d' Entreves ชื่อ Natural Law, 1967 หน้า 25 และดูคำแปลของ ปรีดี เภษมทรัพย์ Sheet คำบรรยายวิชานิติปรัชญา กรรมการประสานงานนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดทำ, หน้า 13, อ้างถึงใน วรวิทย์ กนิษฐะเสน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.41-42.

⁸ อดัมสคัต์ สีนธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น.35.

เซนต์ โทมัส อควินัส (St. Thomas Aquinas) นักปราชญ์และนักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ได้กล่าวว่า กฎหมายที่ไม่มีที่สิ้นสุด (Eternal Law) ได้ครอบงำโลกตามเจตนารมณ์ของพระเจ้า และด้วยความฉลาดของพระองค์ กฎหมายนี้ได้กลายเป็นกฎหมายทางศีลธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นหลักดั้งเดิมของชีวิตมนุษย์ซึ่งจะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับศีลธรรม กฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นไม่ควรขัดกับกฎหมายตามธรรมชาติ ถ้าขัดก็ไม่ใช่กฎหมาย และไม่มี ความผูกพันความรู้สึกละเมิดของผู้ที่อยู่ใต้บังคับ⁹ โดยถือว่ากฎเกณฑ์ต่างๆ ทางสังคม จะมีฐานะเป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับเหตุผลที่ชอบ ความถูกต้องสมบูรณ์ของกฎหมายเหล่านั้นสืบเนื่องมาจากหลักนิรันดร์ของกฎหมาย

ในยุคนี้ถกเถียงกันมากระหว่างความเชื่อในเรื่องเหตุผล (Reason) กับ ความศรัทธา (Faith) ว่าสิ่งใดจะเหนือกว่ากัน โดยถือว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์เป็นสิ่งที่กำหนดความสัมพันธ์ของมนุษย์ ครอบคลุมทั้งโลกมนุษย์และสวรรค์ และเป็นสิ่งที่มีอำนาจเหนือรัฐ คือ รัฐจะบัญญัติกฎหมายอื่นใดให้ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ กฎหมายธรรมชาติถือเป็นกฎหมายที่สูงกว่า (Higher Law) กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่โดยมนุษย์เป็นผู้บัญญัติขึ้น ในยุคนี้ถือเป็นยุคที่ศาสนาคริสต์ได้ควบคุมการศึกษาและวิทยาศาสตร์ และการศึกษาศาสนามีความสำคัญอย่างยิ่ง ความรู้ของทุกสิ่งทุกอย่างเป็นความรู้ที่ สืบเนื่องมาจากความเชื่อถือในศาสนาคริสต์ การโต้เถียงคำสั่งสอนของศาสนาหรือกฎหมายของพระเจ้า (Canon Law) เป็นสิ่งที่ต้องห้าม

สมัยใหม่ เมื่อตะวันตกเข้าสู่ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยา (Renaissance) หรือความคิดมนุษยนิยม (Renaissance humanism) ยุคนี้ความคิดแบบปัจเจกชนนิยม (Individualism) ได้ก่อตัวขึ้น อิทธิพลของศาสนาเสื่อมลง มนุษย์เป็นตัวของตัวเอง ความเชื่อในเรื่องเหตุผลของมนุษย์มีมากกว่ากฎของพระเจ้า โดยมุ่งเน้นคุณค่าหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่แสวงหาความเป็นเลิศในทุกๆ สิ่ง และเชื่อมั่นในความสามารถทางสติปัญญาหรือพลังสร้างสรรค์ของมนุษย์ที่ไม่ยอมแพ้ต่อโชคชะตาใดๆ

ในยุคนี้นักปรัชญาที่สำคัญ ได้แก่ โกรเชียส (Hugo Grotius) ได้ยอมรับกฎหมายธรรมชาติ แต่กล่าวว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายเหตุผล โดยกล่าวว่า ทุกสิ่งทุกอย่างที่มีอยู่ซึ่งรวมถึงเหตุผลของมนุษย์เป็นประดิษฐกรรมของพระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้าของ แต่ปัญหาการซึ่งอยู่เบื้องหลังกฎหมายธรรมชาติไซ้ว่าเป็นบัญญัติของพระเจ้าพระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้าของ โดยท่านได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งในหนังสือ “กฎหมายว่าด้วยสงครามและสันติภาพ (De Jure belli et pacis)” ว่า “กฎหมาย

⁹ นพนิธิ สุริยยะ, อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 3, น.7.

ธรรมชาติเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงมิได้ และเป็นกฎหมายที่แม้พระผู้เป็นเจ้าของก็ทรงเปลี่ยนแปลงมิได้ พระราชอำนาจของพระผู้เป็นเจ้าของเป็นพระราชอำนาจที่วัดมิได้ แต่ถึงกระนั้นก็ตาม อาจจะสามารถได้ว่ามีบางสิ่งบางอย่างที่อำนาจนี้คลุมไม่ถึง... ในทำนองเดียวกับที่พระผู้เป็นเจ้านั้นก็ไม่สามารถที่จะทำให้สองคูณสองไม่เท่ากับสี่ได้ พระองค์ก็ไม่ทรงสามารถทำให้สิ่งซึ่ง ชั่วร้ายในตัวของมันเองอยู่แล้วเป็นสิ่งที่ไม่ชั่วร้ายได้”¹⁰ และยังเสนอเรื่อง “สิทธิ” ในงานเขียนของเขาว่าเป็นกฎแห่งธรรมชาติ (Law of Nature) ซึ่งหมายถึง การเคารพต่อสิทธิของบุคคลอื่น

ส่วน ฮอบส์ (Thomas Hobbes) เป็นนักปราชญ์ซึ่งสนับสนุนอำนาจของรัฐ การที่เขาคิดเช่นนี้เพราะเห็นว่า โดยธรรมชาติของมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่เห็นแก่ตัว มองโลกในแง่ร้าย ทารุณ มีนิสัยที่ชอบรุกราน หากขาดรัฐบาลที่จัดตั้งขึ้นโดยมีระเบียบแล้ว ความเป็นสัตว์ของมนุษย์ก็จะปรากฏขึ้นอย่างชัดแจ้ง เขาเชื่อว่า ผู้ถืออำนาจรัฐ หรือรัฐาธิปัตย์จะทำหน้าที่ของตนได้อย่างดี จะต้องใช้อำนาจเด็ดขาดและไม่ขึ้นอยู่กับข้อห้ามกฎหมายใดๆ รัฐาธิปัตย์ออกกฎหมายหรือคำสั่งที่มีลักษณะพระราชกฤษฎีกา เปิดเปิดประชาชน ราษฎรผู้ซึ่งอยู่ใต้อำนาจไม่มีสิทธิที่จะต่อต้านและเรียกคืนซึ่งอำนาจ¹¹ และยังได้เสนอแนวคิดเรื่องสิทธิ โดยถือเป็นอิสรภาพในการกระทำหรือระงับการกระทำ ซึ่งเป็นสิทธิอย่างหนึ่งในธรรมชาติ อันเป็นสิ่งใดๆ ที่จำเป็นต่อการสงวนรักษาชีวิตของตนเอง

จะเห็นได้ว่าในสมัยโบราณและยุคกลาง กฎหมายธรรมชาติเป็นเรื่องของกฎหมายที่มีลักษณะนิจันรันดร์ คือ เป็นเรื่องของกฎหมายที่ถูกต้อง และเป็นเรื่องของกาให้คำตอบแก่ปัญหากฎหมายที่ถูกต้อง ส่วนแนวคิดที่เกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติที่ถือว่าเป็นพื้นฐานของปฎิญาต่างๆ ในสมัยปฏิวัติอเมริกัน และปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส เป็นเรื่องการรับรองสิทธิปัจเจกชนของมนุษย์และราษฎรที่มีลักษณะนิจันรันดร์และโอนให้แก่มิได้

เมื่อกล่าวถึงสิทธิของมนุษย์และราษฎร ก็จะต้องกล่าวถึงแนวคิดของ John Locke ซึ่งเป็นผู้วางรากฐานของทฤษฎีสิทธิธรรมชาติสมัยใหม่ เขามีความเห็นว่าเป็นสภาพธรรมชาติเดิมของมนุษย์ก่อนที่จะมีรัฐ คนทุกคนมีสิทธิและหน้าที่เหมือนกัน และทุกคนมีสิทธิที่จะป้องกันและรักษาสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินของตน ประชาคมที่จัดตั้งขึ้นเป็นระเบียบได้นั้นเกิดขึ้นได้เพราะมี

¹⁰ เล่ม ๑ บทที่ ๑, ๕ และดู Gavare, Le droit international public positif, เล่ม ๑ Paris, 1967, หน้า ๓๐, อ้างถึงใน วรวิทย์ กนิษฐะเสน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.43.

¹¹ รອງพล เจริญพันธ์, “รูปแบบทางคณิตศาสตร์ เรื่องอำนาจอธิปไตยและสัญญาประชาคมของ โทมัส ฮอบส์” ,วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 1 ปีที่ 9, (มิถุนายน-สิงหาคม 2520), น.35.

สัญญาประชาคม ซึ่งเป็นเป้าหมายที่จะยืนยันและป้องกันสิทธิของปัจเจกชนเป็นสำคัญ ซึ่งปัจเจกชนไม่อาจโอนสิทธิทั้งหมดให้แก่รัฐได้ คงเหลือแต่สิทธิของปัจเจกชนบางประการที่มีลักษณะนิจนิรันดร์ ละเมิดมิได้และไม่อาจโอนให้กันได้ โดยเขาได้เสนอแนวคิดเรื่องสภาวะธรรมชาติ (State of Nature) ในหนังสือ “Two Treatises on Civil Government”¹² กล่าวถึง มนุษย์มีสิทธิ 3 ประการ คือ สิทธิในชีวิต สิทธิในอิสรภาพหรือเสรีภาพ และสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล อันเป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกยกเลิกหรือขัดขวางจากรัฐ โดยสิทธิดังกล่าวเป็นของมนุษย์ และมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน ภายใต้การควบคุมของกฎหมายแห่งธรรมชาติ ในทัศนะของล๊อค สิทธิธรรมชาติเป็นสิ่งที่ในเชิงศีลธรรมไม่อาจล่วงละเมิดได้ในสภาวะธรรมชาติ แต่จะสามารถบังคับได้จริงก็แต่ในประชาสังคม (Civil Society) ซึ่งมีพันธะต้องรับผิดชอบโดยผ่านทางสัญญาประชาคม (Social Contract) ซึ่งแฝงถึงการที่ปัจเจกชนทั้งหลายสมัครใจเข้ามาอยู่ร่วมกันในสังคมและในการที่สังคมการเมืองต้องมีบทบาทที่จะปกป้องสิทธิธรรมชาติของปัจเจกชนทั้งหลาย การล่วงละเมิดสิทธิที่มนุษย์มีอยู่ตามธรรมชาติจะถูกลงโทษโดยการแก้แค้น ซึ่งผู้ปกครองทั้งหลายถูกผูกพันตามกฎหมายธรรมชาติว่ามีหน้าที่จะต้องให้การยอมรับนับถือเช่นนั้น ดังนั้น สิทธิธรรมชาติจึงมีความหมายตรงกับสิทธิมนุษยชนอยู่ในตัวมันเอง

แนวคิดของ Locke มีอิทธิพลอย่างมหาศาลต่อปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและราษฎร (Declaration des Droits de L' Homme et du Citoyen) ปี ค.ศ.1989 ซึ่งในปฏิญญานี้กล่าวถึงหลักว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของประชาชน หลักนิติธรรม คือหลักที่ว่า จะมีการจำกัดเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ หลักเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ หลักเรื่องความยุติธรรมที่เที่ยงธรรม และยังมีสิทธิเสรีภาพอีกหลายประการที่มีอิทธิพลต่อการจัดทำประมวลกฎหมายอื่นๆ ของฝรั่งเศส รวมทั้งวรรณกรรมของนักอุดมการณ์แห่งการปฏิวัติฝรั่งเศส

เนื่องจากคำสอนที่เกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติเป็นคำสอนที่มีลักษณะนามธรรมไม่อาจโต้เถียงได้ และเป็นกฎหมายนิจนิรันดร์ อีกทั้งเป็นคำสอนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ละเมิดมิได้ ทำให้ประเทศในยุโรปหลายๆ ประเทศมีปฏิกิริยาโต้ตอบแนวคิดนี้ โดยเห็นว่า กฎหมายธรรมชาติไม่มีอยู่จริง กฎหมายที่รัฐาธิปัตย์เป็นผู้ออกเท่านั้นเป็นกฎหมายที่แท้จริงและที่ใช้บังคับได้ ซึ่งมีนักกฎหมายกลุ่มสำนักกฎหมายเคร่งครัด (Positivists) อย่างเช่น

John Austin เห็นว่า กฎหมาย คือ คำบัญชาของรัฐาธิปัตย์ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐบัญญัติขึ้น (Positive Law) เป็นหลักทั่วไปของความประพฤติ ซึ่งกำหนดขึ้นโดยผู้มี

¹²บรเจ็ด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2547), น. 43.

อำนาจทางการเมืองแก่ผู้ที่อยู่ในฐานะต่ำกว่า ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามจะได้รับโทษ และออกสตินยังไม่ยอมรับเรื่องกฎหมายธรรมชาติ โดยกล่าวถึงกฎหมายว่า “Laws proper, or properly so called, are commands ; Laws which are not commands, are laws improper or improperly so called”

“กฎหมายแท้จริงหรือที่เรียกกันอย่างแท้ๆ คือ คำสั่ง กฎหมายที่ไม่ใช่คำสั่งเป็นกฎหมายที่ไม่แท้หรือที่เรียกกันอย่างไม่แท้”¹³

“กฎหมาย” ในความหมายของ Austin เป็นเรื่องของอำนาจรัฐอธิปไตยแทนที่จะเป็นสิ่งที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความดีและความชั่ว คือ ความถูกต้องไม่มีอยู่ตามธรรมชาติ การกระทำของมนุษย์อย่างใดอย่างหนึ่งจะเป็นการกระทำที่ถูกหรือผิดขึ้นอยู่กับว่าการกระทำนั้นๆ สอดคล้องกับคำสั่งของ รัฐอธิปไตยที่บังคับให้กระทำหรือห้ามมิให้กระทำหรือไม่¹⁴

ในประเทศเยอรมัน มีปฏิกิริยาโต้ตอบปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ด้วยการสถาปนาสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical School of Law) โดย Friedrich Carl von Savigny ซึ่งมีทัศนะว่า กฎหมายไม่ได้เกิดจากเจตจำนงของบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ แต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากความรู้สึกทางศีลธรรมและความเชื่อมั่นของชนชาติที่เรียกว่า “จิตใจของชนชาติ” หรือ “วิญญาณประชาชาติ” (Volksgeist) แล้วค่อยๆ เปลี่ยนแปลงวิวัฒนาการไปในตัวของมันเอง เหมือนกับเป็นภาษาประจำชาติ ดังนั้นกฎหมายของชาติใดก็ย่อมเป็นไปตามความรู้สึกนึกคิดของชนชาตินั้น และชนชาติแต่ละชนชาติมีประวัติศาสตร์ความเป็นมาไม่เหมือนกัน ความรู้สึกนึกคิดทางศีลธรรมและความเชื่อมั่นย่อมแตกต่างกันไป จึงเป็นไปได้ที่จะบังคับให้ชนชาติหนึ่งไปใช้กฎหมายของอีกชนชาติหนึ่ง หรือทำนองเดียวกันที่ไม่อาจบังคับให้ชนชาติหนึ่งเรียนรู้ภาษาพื้นเมืองของอีกชนชาติหนึ่งได้ ดังนั้น การที่จะทำให้สิทธิมนุษยชนแทรกซึมเข้าไปในเนื้อหาของกฎหมายของประเทศใดๆ ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องคำนึงว่า กฎหมายมิได้เกิดขึ้นจากเจตจำนงของบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ หากแต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจาก “Volksgeist” ของประเทศนั้นๆ เป็นสำคัญ

จากพัฒนาการของปรัชญากฎหมายธรรมชาติกระแสแนวคิดที่เน้นความสำคัญของสิทธิธรรมชาติและอิสรภาพของปัจเจกบุคคลได้สืบทอดโดยไม่ขาดสาย จะเห็นจากอิทธิพลแนวคิดดังกล่าวที่มีต่อการปฏิวัติอเมริกา ปี ค.ศ. 1776 และในประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ซึ่ง

¹³ ดูคำแปลใน วรวิทย์ กนิษฐะเสน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5*, น.45.

¹⁴ ดู Bodenheimer, *Jurisprudence*, Cambridge, Mass., 1962 หน้า 13, อ้างถึงใน วรวิทย์ กนิษฐะเสน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5*, น. 45-46.

ทั้งคำประกาศอิสรภาพของอเมริกาและปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ต่างวางหลักการที่เป็นพื้นฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชน¹⁵ ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้ คือ

1. หลักความเป็นสากลที่มีมาโดยกำเนิด กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนมีสิทธิอันแน่นอนอน บางประการซึ่งสามารถกำหนดความหมายหรือระบุลักษณะได้ อันเป็นสิทธิที่มีได้เกิดจากการ ประทานให้ของผู้ปกครองใดๆ หรือมิได้ได้มาโดยการซื้อขาย เป็นสิ่งที่มีมาโดยกำเนิดในตัวเอง โดยอาศัยเพียงเหตุแห่งความเป็นมนุษย์เพียงประการเดียว

2. หลักแห่งการที่ไม่อาจถูกพรากโอนได้ กล่าวคือ ไม่มีมนุษย์คนใดที่จะถูกพราก โอนสิทธิต่างๆ ได้ ไม่ว่าจะโดยการกระทำของผู้ปกครองหรือแม้แต่การกระทำของตัวเอง

3. หลักนิติธรรม กล่าวคือ เมื่อใดที่เกิดการขัดแย้งซึ่งกันและกันของสิทธิ ความ ขัดแย้งนั้นจะต้องได้รอกการแก้ไข โดยอาศัยการปรับใช้กฎหมายที่เป็นธรรมเที่ยงตรง เป็นอิสระ ไม่ลำเอียง บนกระบวนการที่มีความยุติธรรม

เราคงต้องยอมรับว่า การปฏิวัติต่างๆ ในตะวันตกล้วนก่อคุณูปการต่อการพัฒนา ระบบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม ซึ่งสิทธิธรรมชาติได้รับการพิจารณาว่ามีความสำคัญสูงสุดใน การปกป้องปัจเจกชนจากการถูกคุกคามจากระบอบอำนาจนิยมแบบเบ็ดเสร็จของรัฐ จะเห็นได้ จากหลักการดังกล่าวเน้นความสำคัญของอิสรภาพและความสามารถในการกำหนดตัวเอง (Autonomy) ของ บุคคล (Individualistic) ในแง่ของเหตุผลและศีลธรรมและเน้นเรื่อง เสรีภาพ (Libertarian)

จึงอาจกล่าวได้ว่า แนวคิด “กฎหมายธรรมชาติ” เป็นรากฐานความคิดสิทธิ มนุษยชนที่มองลักษณะธรรมชาติของสิทธิมนุษยชนว่าเป็น “สิ่งที่มีมาเองโดยธรรมชาติ(Natural) ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด (Inborn) ไม่อาจถูกพรากโอนไปจากตัวเราได้ (Inalienable)¹⁶ โดยที่ “มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกันและพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นมาได้ให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์ สิทธิ เหล่านี้ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ และไม่มีใครจะล่วงละเมิดได้ ซึ่งได้แก่สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และ สิทธิที่จะหาความสุขและรัฐทั้งหลายจะต้องกระทำทุกอย่างเพื่อให้มนุษย์มีสิทธิเหล่านี้อย่างเต็มที่

¹⁵Paul Sieghart, “The International Law of Human Right”, (Oxford : Clarendon Press, 1983),p.8 ,อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.117-118.

¹⁶จรัญ โฆษณานันท์,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4,น.57.

วิธีการเช่นนี้ทำให้มนุษย์ซึ่งเป็นสัตว์โลกที่ให้เหตุผล ยอมรับว่าเป็นหลักที่ดี และเชื่อว่าจะทำให้มนุษย์อยู่ในสังคมได้อย่างสันติและมีความสุข¹⁷

ต่อไปเราจะศึกษาถึงความหมายของสิทธิ เสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญซึ่งบัญญัติอยู่ในปฏิญญาและกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะความหมายของหลักการสำคัญที่กล่าวถึงกันบ่อยครั้งในเรื่องสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะได้ศึกษาความหมายของหลักการต่างๆ อย่างละเอียดเพื่อให้เข้าใจต่อการศึกษางานวิจัยเรื่องสิทธิสตรีอันเป็นหลักการหนึ่งของสิทธิมนุษยชนในสถานการณ์ปัจจุบัน ดังนี้

2.1.1 นิยามศัพท์สำคัญ

2.1.1.1 ความหมายของคำว่า “สิทธิ” (Rights) “สิทธิ” มีการให้ความหมายของ “สิทธิ” แตกต่าง ดังนี้

“สิทธิ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจที่จะกระทำการใดๆ ได้อย่างอิสระ

สารนุกรมไทยฉบับเยาวชน พ.ศ. 2536 ได้ให้นิยามคำว่า “สิทธิ” คือ อำนาจอันชอบธรรมตามกฎหมายซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายคำว่า “สิทธิ” หมายถึง สิทธิเป็นอำนาจที่กฎหมายให้อันที่จะมีเจตจำนงของตนเอง (Willensmacht) ซึ่งเป็นการมองในแง่เนื้อหา หากมองในแง่วัตถุประสงค์ของสิทธิ คือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง จึงถือว่าสิทธิเป็นประโยชน์ และควรถือว่าเป็นอำนาจที่กฎหมายให้เพื่อสำเร็จประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง ส่วน “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้” คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง คือ คุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย¹⁸

¹⁷ กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), น.8.

¹⁸ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพริ้ง, 2548), น. 219-220.

รองศาสตราจารย์ นพนิธิ สุริยะ อธิบายว่า “สิทธิ” โดยนัยทางนิติศาสตร์ หมายถึง “อำนาจอันชอบธรรม” ซึ่งทำให้เข้าได้ว่า ผู้ที่จะมีอำนาจนี้ได้จะต้องมีตำแหน่งฐานะพิเศษ (A Special Position) ในสังคม¹⁹

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ อธิบายว่า “สิทธิ” หมายถึง “อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น ซึ่งเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้บุคคลคนหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางประการให้เกิดประโยชน์²⁰

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมซึ่งความถูกต้องชอบธรรมนั้นมีที่มาจาก การเคารพซึ่งกันและกัน การใช้สิทธินั้นใช้ได้เท่าที่ไม่ไปละเมิดในสิทธิผู้อื่น²¹ เช่น การเคารพในสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ซึ่งถือเป็นสิทธิที่มีความจำเป็นของชีวิต

ศาลฎีกาวินิจฉัยความหมาย คำว่า “สิทธิ” ว่า “ถ้าพูดถึงสิทธิหากจะกล่าวโดยย่อและรวบรัดแล้วก็ ได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่แต่ประโยชน์จะมีสิทธิหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้น ก็เป็นสิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย...”²²

มีแนวคิดในทางกฎหมายอยู่สองฝ่ายที่ให้คำจำกัดความหรือความหมายของสิทธิ ได้แก่

(1) แนวคิดของฝ่ายเสรีประชาธิปไตย ให้คำจำกัดความของ “สิทธิ” ไว้สองทฤษฎี คือ

1. ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ เกิดในยุคกรีกโบราณ ยอมรับหลักการความเป็นเหตุเป็นผลโดยธรรมชาติ โดยเชื่อว่าสิทธิทั้งหลายเกิดขึ้นตามธรรมชาติพร้อมกับมนุษย์ ซึ่งสิทธิทั้งหลายแห่งมนุษยชาติที่เกิดขึ้นตามกฎหมายธรรมชาติ แม้มิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ยังเป็นกฎหมายที่สูงส่งมีคุณค่ายิ่งกว่ากฎหมายที่ตราโดยผู้ปกครองประเทศและกฎหมายที่

¹⁹ นพนิธิ สุริยะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.11.

²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2543), น.21.

²¹ ชะวัชชัย ภาติณฐ์, กระบวนการเรียนรู้และปฏิบัติการสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2548), น.48.

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487.

ตราขึ้นนั้นเป็นเพียงการรับรองสิทธิดังกล่าวว่าได้อยู่จริง มีผลพิเศษให้มีการคุ้มครองแก่สิทธิ ดังกล่าวเท่านั้น หาได้เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดสิทธิต่างๆ แต่อย่างใด

2. ทฤษฎีกฎหมายบ้านเมือง ทฤษฎีนี้ฝ่ายเสรีนิยมมีความเห็นต่างจากฝ่าย กฎหมายธรรมชาติ โดยเห็นว่า “สิทธิ” เป็นประโยชน์อันเกิดจากการคุ้มครองและรับรองโดย กฎหมาย ด้วยเหตุนี้สิทธิจึงเกิดขึ้นโดยกฎหมาย สิทธิย่อมได้มาจากการให้อำนาจโดยกฎหมาย การที่ไม่มีกฎหมายรับรองหรือคุ้มครองให้ก็ไม่อาจเกิดสิทธินั้นๆขึ้นได้ เมื่อกฎหมายไม่ได้ให้การ รับรองและคุ้มครองไว้ ปัจเจกชนก็ไม่อาจกล่าวอ้างถึงสิทธิดังกล่าวแก่ตนได้

จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีกฎหมายบ้านเมืองมีความเห็นต่างจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ กล่าวคือ ทฤษฎีกฎหมายบ้านเมืองเห็นว่า การที่บุคคลจะกล่าวอ้างสิทธิอันเกิดจากธรรมชาติ แท้ที่จริงกฎหมายธรรมชาติก็คือ ศีลธรรม มโนธรรม และความรู้สึกที่ควรจะเป็น และยังเป็นสิ่งที่ หาเกณฑ์ได้ยากว่าสิทธินั้นๆ ที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ ว่าสิทธินั้นมีอยู่เพียงใด และอยู่ภายใน ขอบเขตหรือหลักเกณฑ์ใด ซึ่งการกล่าวอ้างสิทธิโดยอ้างกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวจะเกิดข้อถกเถียงใน ประเด็นอื่นๆตามมา

(2) แนวคิดฝ่ายสังคมนิยม นักสังคมนิยมแบบคอมมิวนิสต์ อย่าง คาร์ล มาร์กซ์ (Karl Marx) เห็นว่า “สิทธิ” ในความเห็นของเขาหมายถึง การที่บุคคลสามารถเลือกกระทำการ ใดๆ ได้ ทั้งสิ้นเพื่อประโยชน์ของชนชั้นกรรมาชีพ และเห็นว่าสิทธิอันเป็นพื้นฐานของมนุษย์ คือ สิทธิที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับปัญหาทุกอย่างของรัฐ เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของคนในรัฐหาใช่ ผลประโยชน์ของใครคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ²³

และหากพิจารณา ความหมายของ “สิทธิ” อาจแบ่งประเภทของ สิทธิ ได้ 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ สิทธิตามกฎหมาย (Legal rights) และ สิทธิทางศีลธรรม (Moral rights)

“สิทธิตามกฎหมาย” (Legal rights) คือ อำนาจหรือประโยชน์ซึ่งมีการรับรอง และคุ้มครองตามกฎหมาย²⁴ เป็นความสามารถของบุคคลหนึ่ง ซึ่งใช้ควบคุมการกระทำของคน อื่นๆ ทั้งนี้ด้วยความยินยอมและความร่วมมือของรัฐ หรืออาจกล่าวได้ว่า สิทธิตามกฎหมาย คือ ข้ออ้างของบุคคลหนึ่งต่อคนอื่น ซึ่งได้รับการรับรองจากรัฐ แต่รัฐก็ไม่ใช่องค์กรเดียวที่ให้กำเนิด

²³วิชญ์ เครื่องงาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2530), น. 642 .

²⁴นพนิธิ สุริยะ, “กฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน”, เอกสารประกอบการสัมมนาระดับชาติ เรื่อง การสอนสิทธิมนุษยชน, (จัดโดยฝ่ายวิจัยและบริการทางวิชาการแก่สังคม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น. 9.

สิทธิตามกฎหมาย เพราะสิทธิจะต้องได้รับการรับรองจากศาล และจากสมาชิกทั่วไปของสังคมด้วย²⁵

“สิทธิทางศีลธรรม” (Moral rights) คือ สิทธิซึ่งเกิดจากความรู้สึกที่ควรจะเป็นไปตามวิถีทางเพื่อความถูกต้องเป็นธรรมและความยุติธรรม และเป็นสิ่งที่ใช้ควบคุมการกระทำของผู้อื่นโดยจะต้องได้รับความยินยอม และความร่วมมือหรือยอมรับจากสังคมด้วย ซึ่งเราอาจเรียกสิทธินี้ว่า “สิทธิมนุษยชน”

ความแตกต่างระหว่างสิทธิทางกฎหมายกับสิทธิทางศีลธรรม คือ

สิทธิตามกฎหมาย ไม่มีลักษณะสากลที่สามารถใช้ได้ในทุกๆกรณี เพราะเป็นสิทธิตามกฎหมายของบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ย่อมจะมีความแตกต่างกันไปตามสถานะเงื่อนไขทางกฎหมายของรัฐที่เขาอยู่เป็นพลเมือง เช่น สิทธิตามกฎหมายไทย อาจแตกต่างจาก สิทธิตามกฎหมายฝรั่งเศส หรือสิทธิตามกฎหมายไทยบางกลุ่ม อาจแตกต่างจากสิทธิตามกฎหมายไทยในอีกกลุ่มหนึ่งก็ได้ สิทธิตามกฎหมายจึงไม่มีลักษณะ “สากล”

ส่วนสิทธิทางศีลธรรม อยู่ในฐานะที่เป็น “สิทธิของความเป็นมนุษย์”²⁶ ที่มนุษย์ทุกคนมีสิทธินี้ จึงมิใช่สิทธิตามกฎหมายโดยเฉพาะ แต่เป็นสิทธิอีกประเภทหนึ่งที่คงอยู่ในอุดมคติและความสำนึกของความเป็นมนุษย์ มีลักษณะเป็นเอกเทศไม่ขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ของสังคมหรือสถาบันใด บางครั้งอาจขัดแย้งกับสิทธิตามกฎหมายได้ เพราะสิทธิทางศีลธรรม อาจอยู่ในสถานะที่เป็น “สิทธิมนุษยชน” ในบางกรณีอาจได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อแสดงให้เห็นว่าสิทธินั้นได้รับการทำให้เป็นรูปธรรมและมีผลบังคับใช้ เช่น ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

จึงอาจสรุปได้ว่า ความแตกต่างระหว่างสิทธิทางกฎหมายและสิทธิทางศีลธรรมนั้น สิทธิทางศีลธรรมไม่มีศาลที่มีอำนาจบังคับให้เป็นตามสิทธิ เพราะเป็นเพียงความเห็นและการได้รับความร่วมมือหรือการยอมรับจากสังคมเท่านั้น โดยไม่มีการกำหนดที่แน่นอนว่ามีลักษณะใด ซึ่งมักจะเป็นการเรียกร้องให้สังคมส่วนใหญ่ให้ความเห็นชอบด้วย ส่วนสิทธิทางกฎหมายสามารถมีอำนาจบังคับได้ และมีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนในการรับรองสิทธิ ซึ่งสิทธิทางศีลธรรม ไม่มีแหล่งค้นคว้าอ้างอิง เป็นสิทธิที่เราคิดว่า เรามีสิทธิที่จะทำได้ แต่ในความคิดของ

²⁵โกศล โสภาคย์วิจิตร, “กำเนิดของสิทธิมนุษยชน”, วารสารกฎหมาย 6 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2521), น.50.

²⁶เฉลิมเกียรติ ผิวนวล, ปรัชญาสิทธิมนุษยชนและพันธกรณีในสังคมไทย, (กลุ่มประสานงานศาสนาเพื่อสังคม คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น.3.

ผู้อื่นอาจมองว่า เราไม่มีสิทธิที่จะทำ ก็เป็นไปได้ เพราะสิทธิในลักษณะนี้ไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นชัดแจ้งว่าเรามีสิทธินั้นๆหรือไม่

จากการพิจารณาความหมายของ “สิทธิ” ข้างต้น ไม่อาจอธิบายความหมายของสิทธิ ได้อย่างแน่ชัด แต่ก็พอสรุปได้จากความเห็นของนักกฎหมายหลายๆท่าน ซึ่งอาจพอสรุปได้ว่า “สิทธิ” หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมที่บุคคลสามารถกระทำได้ ซึ่งได้รับการรับรองและคุ้มครองจากรัฐ ที่บุคคลคนหนึ่งจะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ซึ่งผู้ทรงสิทธิคนหนึ่งสามารถที่จะเลือกได้ว่าจะใช้สิทธิที่กฎหมายให้การรับรองหรือคุ้มครองหรือไม่ก็ได้ หากประสงค์จะใช้สิทธินี้ กฎหมายก็รับรองและคุ้มครองให้ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า “สิทธิ” เป็นหลักการสำคัญอย่างหนึ่งของสิทธิมนุษยชน และในการศึกษางานวิจัยนี้ได้ศึกษาถึงสิทธิของสตรีไทยในพระพุทธศาสนา ซึ่งสิทธินั้นเป็นสิทธิของบุคคลที่จะพึงมีเพื่อการพัฒนาบุคลิกภาพ คุณภาพชีวิต หรือเพื่ออรรถไฉนซึ่งคุณค่าของความ เป็นมนุษย์ ก็คือ สิทธิในการนับถือศาสนา ซึ่งสตรีไทยควรจะมีสิทธิในพื้นที่ทางพระพุทธศาสนา เหมือนเช่นผู้ชายมีสิทธิที่บวชเป็นภิกษุได้ สตรีไทยก็ควรได้รับสิทธิที่จะบวชเป็นภิกษุณีในทางพระพุทธศาสนาได้เช่นเดียวกัน

2.1.1.2 ความหมายของคำว่า “เสรีภาพ” (Freedom / liberty) เสรีภาพในทางภาษาศาสตร์ หมายถึง เงื่อนไขของบุคคลที่ไม่ขึ้นต่อผู้หนึ่งผู้ใด ซึ่งเป็นอำนาจที่จะกระทำหรือไม่กระทำก็ได้ ซึ่งบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยอ้อมมีเสรีภาพตราบเท่าที่ตนจะไม่ถูกบังคับให้ต้องทำสิ่งที่ไม่อยากทำ หรือไม่ถูกขัดขวาง หน่วงเหนี่ยวไม่ให้กระทำในสิ่งที่ประสงค์จะทำ²⁷

เสรีภาพ หมายถึง สถานการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความต้องการประสงค์ของตนเองซึ่งบุคคลอื่นมิอาจมีอำนาจเหนือที่จะมาบังคับให้บุคคลนั้นๆ กระทำการหรืองดเว้นกระทำการได้ อาจกล่าวได้ว่า เสรีภาพ คือ อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลนั่นเอง หากเสรีภาพดังกล่าวมีการบัญญัติรับรองลงไปตามกฎหมายว่า เสรีภาพนั้นได้รับการรับรองและคุ้มครองแก่ปัจเจกชนย่อมทำให้เสรีภาพที่ได้รับการรับรองมีสถานะเป็นสิทธิด้วย ซึ่งอาจเรียกได้ว่า “สิทธิในเสรีภาพ” (right to liberty)²⁸

²⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.24.

²⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น.47.

เสรีภาพเป็นสภาวะการณ์ของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น²⁹ หรือปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง³⁰ บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่บุคคลนั้นไม่ถูกบังคับให้ต้องกระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ หรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่บุคคลนั้นประสงค์ที่จะกระทำ³¹ จึงอาจกล่าวได้ว่า เสรีภาพโดยความหมายในตัวเอง ย่อมไม่ก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา แต่เป็นการก่อให้เกิดหน้าที่เชิงปฏิเสธแก่บุคคลอื่นในการที่จะไม่เข้ามารบกวนการใช้อำนาจกระทำการหรืองดเว้นกระทำการของบุคคลนั้น

ดังนั้น เสรีภาพจึงมีความแตกต่างจากสิทธิ กล่าวคือ สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในการความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับบุคคลอื่น หรือเป็นอำนาจที่บุคคลเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเพื่อทำให้เกิดประโยชน์แก่ตน ในขณะที่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำของบุคคลอื่น และการที่กฎหมายให้การรับรองเสรีภาพของบุคคลย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วยในอันที่จะต้องเคารพเสรีภาพของบุคคลที่กฎหมายรับรองไว้ ผู้ทรงเสรีภาพจึงมีอำนาจตามกฎหมายเพียงเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้สิทธิของตนเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพสะดวกขึ้นแต่อย่างใดไม่³²

สิทธิและเสรีภาพโดยทั่วไปมักจะใช้ในความหมายรวมๆ กันไป เช่น สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือสิทธิและเสรีภาพในการพูด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 พูดถึงสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สินและเสรีภาพ และยังได้กล่าวถึงเสรีภาพว่า หมายถึง ความสามารถในการเคลื่อนไหวโดยปราศจากการถูกแทรกแซงขัดขวาง หากมีการจับกุมคุมขังโดยมิชอบ ย่อมถือเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพแล้ว

²⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 20, น.22.

³⁰ *เพ็ญอ้าง*, น. 22.

³¹ อุดม รัฐอมฤตและคณะ, *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2544), น.87.

³² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 20, น.22.

แม้สิทธิและเสรีภาพจะถูกใช้ในลักษณะที่มีได้แยกจากกันอย่างเด็ดขาด แต่ทั้งสิทธิและเสรีภาพยังคงมีความแตกต่างกันทั้งในด้านเนื้อหา และสาระสำคัญ ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

“สิทธินั้นถือเป็นอำนาจหรือโอกาสที่มีการคุ้มครองว่า ถ้าทำไปแล้วไม่ผิด และมีทางเลือกว่าจะทำหรือไม่ก็ได้ ถือเป็นประโยชน์ที่ได้รับการรับรองและคุ้มครอง โดยทั่วไปแล้วย่อมมาจากกฎหมาย (Legal Rights) ส่วน เสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดๆ”³³

ดังนั้น “สิทธิ” จึงหมายถึง อำนาจที่ผู้ทรงสิทธิสามารถที่จะเลือกได้ว่าจะใช้สิทธิที่มีอยู่หรือไม่ก็ได้ หากใช้สิทธิเช่นนั้น กฎหมายก็ให้ความคุ้มครองและรับรอง ส่วน เสรีภาพ หมายถึง การจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิที่มีอยู่ ได้แก่ การกำหนดในเรื่องวิธีการใช้สิทธิว่าควรจะใช้สิทธิที่มีอยู่ในลักษณะอย่างไร

ในการศึกษางานวิจัยนี้ได้ศึกษาถึงสิทธิของสตรีไทยในพระพุทธศาสนาซึ่งตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนถือว่า หลักเสรีภาพ เป็นหลักการสำคัญหลักหนึ่งของสิทธิมนุษยชน ซึ่งในปฏิญญาสากลต่างๆ รวมทั้งพันธกรณีระหว่างประเทศได้รับการรับรองถึง เสรีภาพในการนับถือศาสนาของบุคคลซึ่งอาจพูดเป็นนัยได้ว่า เสรีภาพในการนับถือศาสนาของสตรีไทยในพระพุทธศาสนา ย่อมเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในพันธกรณีระหว่างประเทศ ประเทศไทยจึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้วยการนำหลักการดังกล่าวเข้ามาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในซึ่งได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้รับการรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนาของบุคคลไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่พลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน...”

จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือตามกฎหมายไทยต่างให้การยอมรับและรับรองว่า บุคคลมีเสรีภาพในการถือศาสนา ได้ตามที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครอง ซึ่งในงานวิจัยนี้ จึงต้องอธิบายความหมายของสิทธิและเสรีภาพให้เกิดความเข้าใจซึ่งจะนำไปสู่การศึกษาว่าสตรีไทยควรมีสิทธิเสรีภาพในการเลือกบวชเป็นภิกษุณีในพระพุทธศาสนา

³³วิชณู เครื่องงาม, “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”. ในรวมบทความสู่สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), น.38-39.

ตามที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของสตรีย่อมเกี่ยวพันถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติซึ่งจะศึกษาความหมายต่อไป

2.1.1.3 ความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” ก่อนที่จะมาใช้คำว่า “สิทธิมนุษยชน” เคยมีการใช้คำอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า สิทธิมนุษยชน อย่างเช่น สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) สิทธิของมนุษย์ (Rights of man) หรือ หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ซึ่งมีพื้นฐานความคิดทางการเมืองที่ก่อตัวในศตวรรษที่ 18 โดยมีความคิดพื้นฐานทางนิติศาสตร์ที่เรียกร้องให้มีกระบวนการคุ้มครองสิทธิพลเมืองอย่างเป็นธรรม เมื่อเกิดคำว่า สิทธิมนุษยชน ทำให้เกิดแนวคิดที่มีความหมายขยายกว้างกว่าเดิม ซึ่งหมายถึง สิทธิอันจำเป็นที่มนุษย์พึงมีเพื่อให้มนุษย์ได้มีชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี การที่มนุษย์จะมีศักดิ์ศรีได้ หากได้มีความหมายเพียงการมีชีวิตหรือการดำรงชีวิตเท่านั้น แต่มนุษย์ต้องมีสิทธิที่จะพัฒนาตนเองเพื่อให้บรรลุถึงการมีชีวิตอยู่อย่างมีศักดิ์ศรี³⁴

สิทธิมนุษยชน จึงเกิดมาจากความเชื่อที่ว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่ติดตัวมาแต่กำเนิด สิทธินี้เป็นไปโดยธรรมชาติและเป็นสิ่งที่แสดงถึงคุณค่าของการดำรงชีวิตของมนุษย์ทุกคน ความเชื่อดังกล่าวพัฒนาขึ้นโดยเรียกว่า สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของการเป็นมนุษย์ สิทธิดังกล่าวกำหนดขึ้นมาเพื่อให้มนุษย์สามารถแสดงถึงคุณค่า สติปัญญา จิตสำนึกของความเป็นคน ดังนั้นสิทธิมนุษยชนจึงถือว่าเป็นสิ่งที่มีค่าสูงสุดที่จะต้องดำรงไว้เพื่อรักษาคุณค่าของมนุษย์แต่ละคน³⁵ อาจถือได้ว่าเป็นสิทธิทางธรรมชาติซึ่งถือเป็นข้อเรียกร้องเพื่อความเป็นธรรม ในการดำรงชีวิตอยู่ทั้งส่วนตัวและส่วนรวม

“สิทธิมนุษยชน” หากแปลตามตัวอักษร ก็คือ “สิทธิของมนุษย์” (Rights of man) ซึ่งเป็นคำที่เกิดขึ้นใหม่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 แต่แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน มีมาตั้งแต่สมัยกรีกและโรมัน โดยแนวคิดดั้งเดิมของสิทธิมนุษยชนมาจากแนวคิดในเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” ซึ่งเป็นแนวคิดที่สำคัญสืบเนื่องมาจากการที่มนุษย์ดำรงอยู่ร่วมกันเป็นสังคม จึงเกิดทัศนคติต่อมนุษย์ในสังคมส่วนรวมและต่อปัจเจกภาพของบุคคล ทำให้แนวคิดนี้ถือเป็นจุดกำเนิดของสิทธิมนุษยชนสาระสำคัญของแนวคิดเรื่อง “สิทธิธรรมชาติ” มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ

³⁴วิชัย ศรีรัตน์ (บรรณาธิการ), สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย, โครงการศูนย์กฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา สาขาวิชานิติศาสตร์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, (นนทบุรี : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2543), น.1-2.

³⁵พูนพล เงินดี(เรียบเรียง), “กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน”, วารสารอัยการ 16 (กุมภาพันธ์ 2535), น.31.

การที่มนุษย์ทุกคนเกิดมาเท่าเทียมกัน และมีสิทธิบางประการติดตัวมาตั้งแต่เกิดจนตาย สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) เหล่านี้ จึงมีความหมายว่า เป็นสิทธิที่มีอยู่ในธรรมชาติ ซึ่งถือเป็นความชอบธรรมที่มนุษย์ทุกคนพึงจะมี โดยมีหลักการที่ตั้งอยู่บนความต้องการขั้นพื้นฐานของมนุษย์³⁶ สิทธิเหล่านั้น ได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจพรากโอนให้แก่กันได้ หากมีการล่วงละเมิดก็อาจจะก่อให้เกิดอันตรายหรือกระทบกระเทือนเสื่อมเสียต่อสภาพความเป็นมนุษย์ได้³⁷

มีการให้ความหมายของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” อย่างเช่น

สิทธิมนุษยชน หรือ Human Rights หมายถึง สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งปกป้อง “ปัจเจกบุคคล” (Individual) หรือ “กลุ่มบุคคล” (Group) จากการกระทำที่ต้องห้ามของสมาชิกอื่นหรือรัฐโดยกฎหมายระหว่างประเทศหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (The West's Encyclopedia of American Law. Vol 6, 1997)

สิทธิมนุษยชน คือ สิทธิของบุคคล ในฐานะที่เป็นมนุษย์ ซึ่งดำรงอยู่ในสังคม มันเป็น จริยศาสตร์ทางสังคมแบบหนึ่ง ที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าของการมีชีวิตอยู่ในชุมชนมนุษย์ เป็นพื้นฐานอันชอบธรรมขั้นสูงสุดสำหรับชุมชนมนุษย์ทั้งหลาย(สากล)³⁸

สิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนซึ่งไม่อาจที่จะแยกสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวออกจากความเป็นมนุษย์ได้ เป็นสิทธิที่ติดตัวมากับความเป็นมนุษย์ตามธรรมชาติหรืออาจเป็นสิทธิที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้น แม้ที่จริงสิทธิมนุษยชนมิใช่ของใหม่ เพราะเป็นสิ่งที่เกิดมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์³⁹

สิทธิมนุษยชน คลอบคลุมคุณลักษณะที่ติดยึดอยู่กับคุณสมบัติของมนุษย์มากกว่า คุณสมบัติของการเป็นผู้ทรงสิทธิในนามของอุดมการณ์ทางการเมืองที่สะท้อนออกมาทางกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ดังนั้น สิทธิมนุษยชนจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคของมนุษย์

³⁶ อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 8, น.16.

³⁷ วีระ โฉมฉาย, *กฎหมายสิทธิมนุษยชน*, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525), น.1.

³⁸ เฉลิมเกียรติ ผิวนวล, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 26, น.1-2.

³⁹ สกล สกลเดช, “50 ปี แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนกับทัศนคติที่เป็นตัวจุดสิทธิมนุษยชน”, *วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช* 10 (ธันวาคม 2541), น.7.

ทั้งปวง กล่าวคือ มนุษย์ทั้งปวงและทั่วไปเหมือนกัน กรรมสารทั้งหลายที่ประกาศสิทธิมนุษยชน จึงเพียงแต่รับรองสิทธิมิใช่สร้างสิทธิต่างๆ ขึ้นมาแต่อย่างใด⁴⁰

สิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิของความเป็นมนุษย์ ผู้ที่เป็นมนุษย์ย่อมมีสิทธิ ดังกล่าวตั้งแต่เกิดจนตายโดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดของกฎหมาย⁴¹

แต่ก็มีนักคิดบางท่านเลี้ยงที่จะไม่พูดถึงสิทธิมนุษยชนในแง่ที่ว่า เป็นธรรมชาติของมนุษย์ แต่จะใช้คำว่า ความต้องการหรือความจำเป็นพื้นฐานของมนุษย์ อย่างเช่น

Joel Feinberg (เฟินเบิร์ก) ให้นิยามของ “สิทธิมนุษยชน” ในลักษณะของข้อเรียกร้องทางศีลธรรมที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความต้องการขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน (All primary human needs) โดยถือว่าปัจเจกชนทุกคนล้วนมีสิทธิมนุษยชน เพราะทุกคนต่างมีความต้องการเอียงมนุษย์เหมือนกัน (The same “human” needs)

John Rawls ให้นิยาม “สิทธิมนุษยชน” ว่า เป็นสิทธิที่จะได้รับการตอบสนองของความ ต้องการในผลประโยชน์ต่างๆ ของมนุษย์ ซึ่งมนุษย์สมควรจะได้รับการปกป้อง และคุ้มครองแก่ สมาชิกในสังคมโดยอาศัยหลักแห่งความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice)

จากการศึกษา “ทัศนะ” ต่างๆ ของการให้ความหมายของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” จะเห็นว่า ส่วนใหญ่ให้ความหมายของสิทธิมนุษยชน คือ สิทธิที่คนทุกคนมีอยู่โดยเสมอภาคเท่าเทียมกันด้วยเหตุที่เขามนุษย์ เป็นสิทธิที่ตั้งอยู่บนความใส่ใจต่อธรรมชาติแห่งการเป็นมนุษย์ของเรา⁴² และติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด การมีสิทธิมนุษยชน บุคคลจึงไม่จำเป็นต้องมีสิ่งใดๆ นอกเหนือจากความเป็นมนุษย์แต่เพียงอย่างเดียว สิทธิมนุษยชนจึงเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียวว่าเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ จึงทำให้มนุษย์ทุกคนมีสิทธิซึ่งมีมาตั้งแต่เกิด โดยไม่ขึ้นกับว่าเป็นคนมีเชื้อชาติใด สิทธิมนุษยชนจึงคล้ายกับ “ศักดิ์ศรีความเป็น

⁴⁰ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.321.

⁴¹ อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8, น.15.

⁴² R.J.Vincent, "Human Rights and International Relations" (Cambridge : Cambridge University Press, 1988) ; จรัญ โฆษณานันท์ (แปล), "สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีของมนุษย์ : บทวิจารณ์เชิงวิเคราะห์แนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในโลกที่มีไซเบอร์วันต", วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 10 ฉบับที่ 2, (ธันวาคม 2528), น.79-80.

มนุษย์” ที่มุ่งคุ้มครองมนุษย์⁴³ กล่าวคือ เป็นสิทธิของความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน และเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่พึงมี อันเป็นสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิตของมนุษย์อย่างมีศักดิ์ศรีและมีคุณค่า หากมีการล่วงละเมิดต่อสิทธิดังกล่าวย่อมจะได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยกฎหมาย เช่น สิทธิในชีวิตร่างกายและความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต เป็นต้น และยังรวมถึง สิทธิที่พึงมีเพื่อการพัฒนาบุคลิกภาพ คุณภาพชีวิต เพื่อดำรงไว้ซึ่งคุณค่าของความเป็นมนุษย์ อย่างเช่น สิทธิในการนับถือศาสนา สิทธิในการเลือกประกอบอาชีพ เป็นต้น

สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอันชอบธรรมขั้นสูงสุดสำหรับสังคมมนุษย์อันมีลักษณะอย่างเป็นสากล ซึ่งประกอบไปด้วยสิทธิต่างๆ ครอบคลุมถึงวิถีชีวิตของมนุษย์ตั้งแต่เกิดจนตาย เป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่เกิดโดยถือเป็นสิทธิ เสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ โดยไม่มีบุคคลใดหรือแม้แต่จะเป็นผู้ปกครองรัฐที่จะพรากหรือทำลายสิทธิ เสรีภาพดังกล่าวนี้ได้ โดยพื้นฐานแล้วมิใช่กฎหมายแต่ถูกกำหนดให้มีความชัดเจนโดยการออกกฎหมายต่างๆ เพื่อรับรองและคุ้มครอง ซึ่งสิทธิและเสรีภาพอันมีอยู่ก่อนเกิดเป็นรัฐขึ้น โดยรัฐมิได้มีคุณค่าในตัวเอง หากแต่จะมีคุณค่าเมื่อได้รับการปกป้อง คุ้มครองรวมทั้งส่งเสริมสิทธิ เสรีภาพ โดยถือว่ามนุษย์ทุกคนในโลกมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันไม่มีข้อยกเว้น เป็นสิทธิที่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีอยู่จริงและนำไปใช้ได้จริงในทุกๆ สถานการณ์และทุกสมัย เป็นสิทธิที่โดยพื้นฐานไม่มีสภาพบังคับ การจะทำให้สิทธิเหล่านี้มีสภาพบังคับก็แต่โดยการนำไปบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเพื่อให้มีผลผูกพันกับคนในสังคมและมีสภาพบังคับได้

ดังนั้น สิทธิมนุษยชน (human right) ก็คือ สิทธิที่กฎหมายสูงสุดของแต่ละรัฐมุ่งให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกชนทุกคน โดยมีได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เพียงแต่บุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตของประเทศนั้นๆ และอำนาจรัฐเข้าไปถึงบุคคลนั้นก็ย่อมจะได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ ด้วย⁴⁴ หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทุกคน โดยมีได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนชาติใด เชื้อชาติใด ภาษาใดหรือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในอำนาจทางพื้นที่ที่ใช้รัฐธรรมนูญ สิทธิมนุษยชน ในยุคปัจจุบัน จึงมิได้มีความหมายแต่เฉพาะสิทธิของปัจเจกชนเท่านั้น แต่ยังสามารถขยายออกไปถึงสิทธิของกลุ่มมนุษย์ทุกคนทั่วโลกอย่างเป็นสากล เป็นสิทธิที่แสดงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งหลายในสังคมที่เชื่อมระหว่างบุคคลกับส่วนรวมเพื่อที่จะพัฒนาบุคคลและส่วนรวมได้อย่างปกติสุข

⁴³ อุดม รัฐอมฤตและคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31*, น.13.

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.73.

2.1.1.4 ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human Dignity) จากการที่เราได้ศึกษาความเป็นมาของแนวคิดสิทธิมนุษยชน หากแปลตามความหมายย่อมทำให้เข้าใจว่า เป็นสิทธิของมนุษย์ และมนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามที่กฎหมายกำหนด และได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกันทุกคน แต่ก็ยังเป็นเพียงสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเท่านั้น หากพิจารณาแล้วยังมีอีกสิ่งหนึ่งที่มนุษย์ทุกคนต่างต้องมีมาแต่กำเนิดนั่นก็คือ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้เองที่ทำให้มนุษย์มีคุณค่าในตัวตนของตัวเอง มีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติต่อจากมนุษย์ด้วยกันอย่างมีเหตุมีผลและเป็นธรรม และมนุษย์ทุกคนต่างก็มีสิทธิและเสรีภาพที่จะดำรงชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุขและปลอดภัย โดยทุกคนต่างให้ความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคลทุกคนในฐานะเป็นมนุษย์จะพึงปฏิบัติต่อกัน

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็น “คุณค่า” ของความเป็นมนุษย์ เป็นคุณค่าที่ไม่ขึ้นกับเวลาสถานที่ และจะต้องทำให้คุณค่าดังกล่าวนี้มีผลในทางกฎหมาย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในฐานะที่เป็นรากฐานสำคัญของสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานหนึ่งของปรัชญากฎหมายธรรมชาติที่เน้นการเคารพต่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Respect for Human Dignity) โดยถือว่าคำสั่งหรือข้อเรียกร้องใดๆ ต้องไม่ละเมิดต่อการดำรงอยู่ของปัจเจกบุคคล การที่มนุษย์มีศักดิ์ศรีในตัวเองจึงต้องได้รับการยอมรับต่อสิทธิในการเข้าร่วมกิจกรรมทางสังคม โดยที่จะไม่ถูกขัดขวางหรือกีดกันต่อการใช้สิทธินั้น เพราะความเป็นมนุษย์ โดยที่รัฐหรือกฎหมายของรัฐต้องเคารพต่อการมีส่วนร่วมของมนุษย์

มีการให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ที่แตกต่างกัน แม้ว่าปัจจุบันจะยังไม่มียามใดที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป ซึ่งการจะเข้าใจศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นจำเป็นต้องศึกษาความสัมพันธ์กันระหว่างศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ ว่ามีผู้ให้ความเห็นหรือความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” อย่างไรบ้าง เช่น

“ศักดิ์ศรี” (dignitas) ในความหมายของชาวโรมัน หมายถึง เกียรติในทางส่วนบุคคลที่ปรากฏต่อสาธารณะ ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความหมายของชาวโรมันจึงไม่ใช่เรื่องของบุคคลทุกคน หากแต่หมายถึงเฉพาะบุคคลที่ได้รับเกียรติจากสาธารณะ⁴⁵

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า ศักดิ์ศรี หมายถึง เกียรติศักดิ์

⁴⁵ Albert Bleckmann, Staatsrecht II – Die Fundrechte, 4 Aufl, 1997, S. 542, อ้างถึงใน บรรณเจติ สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น. 104.

เกียรติศักดิ์ หมายถึง เกียรติ

เกียรติ หมายถึง ชื่อเสียง, ความยกย่องนับถือ

มนุษย์ หมายถึง สัตว์ที่รู้จักใช้เหตุผลหรือสัตว์ที่มีจิตใจสูง

หากนำมาประกอบกันคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ก็อาจแปลความให้ชัดขึ้น โดยหมายถึง ความยกย่องนับถือความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสัตว์ที่รู้จักใช้เหตุผลหรือเป็นสัตว์ที่มีจิตใจสูง⁴⁶ หรือ หมายถึง การยอมรับนับถือสถานภาพของบุคคล⁴⁷

แต่ก็มีแนวคิดในเรื่องนี้ว่าน่าจะมองจากความรู้สึกว่าคนเราไม่ต่างกันนัก คือ ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยลดค่า “degrade” ของคนลงจึงเป็นสิ่งที่ไม่ควรทำ คือ ทำไม่ได้ในสายตาของผู้ที่สนับสนุนแนวคิดเช่นนี้ ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงถูกตั้งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำขึ้นมาเพื่อปกป้องการกลั่นแกล้งค่าของคน⁴⁸ แต่ก็ยังมีนักกฎหมายบางท่านให้คำจำกัดความ หรือให้นิยามของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้อย่างเช่นว่า

อาจารย์สกล สกลเดช⁴⁹ ให้ความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Human Dignity” แปลว่า “สภาพความเป็นคน” ซึ่งก็คือ สภาพความเป็นคนที่เท่าเทียมกัน การกระทำใดๆ ของคนหรือคนใดๆ ที่ถูกกระทำต้องอยู่ในกรอบแห่งความเป็นคนโดยถือว่าเป็นคนไม่ใช่สัตว์หรือสิ่งของ ดังนั้น การกระทำใดๆ ที่ทำให้สภาพความเป็นคนหมดไปหรือลดน้อยลง ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

รองศาสตราจารย์ ดร. บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ⁵⁰ ให้ความหมายของ คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง ความมีค่าของมนุษย์แต่ละคน ทั้งในแง่ของความมีค่าในตัวของผู้มันเองและในสถานะภาพของความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะพรากเสียได้

⁴⁶จรัญ โฆษณานันท์, รัฐธรรมนูญ 2540 “จากศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์” สู่อำมิกสิทธิมนุษยชน”, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), น.18.

⁴⁷นพนิธิ สุริยะ, “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : มองจากบริบทของไทย”,วารสารนิติศาสตร์ 30: 3 (กันยายน 2543), น.507.

⁴⁸เพ็งอ้าง, น.505.

⁴⁹สกล สกลเดช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39, น.9.

⁵⁰บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549), น. 22.

Guenter Fuering⁵¹ นักกฎหมายชาวเยอรมัน ให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยอธิบาย “ศักดิ์ศรี” ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคลและการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้นย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบุคคลนั้นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง

Klaus Stern⁵² ได้สรุปสาระสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ว่าหมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำกัดคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆของบุคคล ในความหมายนี้ “ศักดิ์ศรี” จึงหมายถึง ลักษณะบางประการที่สร้างออกมาเป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์ อันเป็นสาระัตถะในการกำหนดความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสาระัตถะที่มนุษย์แต่ละคนได้รับเพื่อเห็นแก่ความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เยอรมัน ในปี ค.ศ.1977 ให้เหตุผลที่น่าสนใจ ว่า

“การเคารพและปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จัดเป็นหลักการรากฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญ คุณลักษณะของมนุษย์ที่เป็นอิสระเสรีและความมีศักดิ์ศรีของเขา ประกอบขึ้นมาเป็นหลักคุณค่าทางกฎหมายสูงสุด (Highest Legal Values) ภายในระเบียบกฎหมายของรัฐธรรมนูญ โดยที่หลักนี้ตั้งอยู่บนแนวความคิดที่ว่ามนุษย์เป็นชีวิตที่มีปัญญา-ศีลธรรม(Intellectual-moral Being) ซึ่งมีแนวโน้มธรรมชาติในการกำหนดและพัฒนาตนเองอย่างมีอิสระเสรี แม้แต่ในชุมชน บังคับบุคคลจะต้องได้รับการยอมรับในฐานะสาระแท้จริงหนึ่ง (ภายในตน) โดยเหตุนี้กรณีย่อมถือเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในการทำให้บุคคล (ใดๆ) ต้องกลายเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ (Object of the state) วลีที่ว่ามนุษย์จะต้องคงความเป็นจุดหมายในตัวเอง(End in Himself) เสมอ ย่อมเป็นคำกล่าวอันถูกต้องสมบูรณ์ไม่มีข้อจำกัดใดๆ ในทุกปริมณฑลของกฎหมาย...”⁵³

⁵¹Duerig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rdnr. 17, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น.85.

⁵²Klaus Stern, Das staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II 2, Allgemeine Lehren der Grundrechte, s.1113 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, น.85

⁵³“Sabine Michalowski & Lorna Woods, German Constitutional Law : The Protection of Civil Liberties”, (Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 1999), p.99-100 , อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 46, น.24-25.

จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ชี้ให้เห็นในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่าเป็นหลักการรากฐานสำคัญของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือหลักคุณค่าทางกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในปี ค.ศ. 1992 ก็พิจารณาเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่าเป็นหลักการพื้นฐานของระบบสิทธิขั้นพื้นฐาน⁵⁴ การเน้นความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่าเป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญหรือโดยการเน้นคุณค่าสูงสุดของมนุษย์เป็นพื้นฐานของกฎหมายทั้งหมด ย่อมชี้ให้เห็นว่า หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักคุณค่าสูงสุดทางกฎหมายที่ปรับใช้ได้กับมนุษย์ทุกคน มิใช่จำกัดเฉพาะคนในสัญชาติใดสัญชาติหนึ่ง และเป็นหลักคุณค่าที่ต้องใช้กับทุกคนโดยไม่คำนึงถึงสถานะบุคคลลักษณะหรือความสำเร็จในชีวิตการงานใดๆ

จากการให้ความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยนักนิติศาสตร์และโดยคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เยอรมัน อาจสรุปได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะอันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความ เป็นมนุษย์เท่านั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจพรากจากได้ โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา คุณค่าของมนุษย์ดังกล่าวนี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้นๆภายใต้ความรับผิดชอบของตนเอง โดยถือว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคุณค่าที่มีอาจจะล่วงละเมิดได้ เป็นความหมายจำเพาะและเป็นตัวกำหนดความหมายของความเป็นมนุษย์ แม้บางครั้งอาจจะทำให้เกิดความเท่าเทียมกันไม่ได้สำหรับทุกคน แต่อย่างน้อยที่สุด ก็มีความเป็นไปได้ในทางนามธรรมที่จะทำให้เกิดความเท่าเทียมกันในทางกฎหมายขึ้นได้

เมื่อพิจารณาความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามแนวคิดและความเห็นต่างๆ พบว่า ส่วนใหญ่ล้วนให้ความหมายที่เน้นถึงคุณค่าที่มีอยู่ในตัวตนของมนุษย์ทุกคนอันเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่เกิดและเป็นคุณค่าสูงสุดของความเป็นมนุษย์ที่ทำให้มนุษย์สามารถดำรงชีวิตได้อย่างปกติสุขและปลอดภัย ด้วยเพราะทุกคนต่างเคารพในคุณค่าของความเป็นมนุษย์ด้วยกัน และเพราะความที่บุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชาย เด็กหรือผู้ใหญ่ บุคคลทุกคนจึงควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายและได้รับความเคารพจากมนุษย์ด้วยกันเองอย่างเท่าเทียมกัน ในการศึกษาถึงสิทธิสตรีในทางพระพุทธศาสนาจึงจำเป็นต้องศึกษาความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ด้วยเพราะเป็นเหตุผลหนึ่งที่จะนำมาใช้ศึกษาถึงการปฏิบัติต่อสตรีไทยซึ่งบวชถูกต้องในต่างประเทศ(ภิกษุณี)โดยได้รับการปฏิบัติจากรัฐหรือจากการกระทำ

⁵⁴ เฟิงอ้าง, น. 24-25.

ของเจ้าหน้าที่ถือเป็นการลดคุณค่าในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยการมองภิกษุณีไม่ใช่นักบวช และปฏิบัติต่อภิกษุณีอย่างสตรีทั่วไป (อุบาสิกา) เช่น กรณีไปติดต่อกำหนดหนังสือเดินทาง เจ้าหน้าที่ให้ภิกษุณีสวมสูททับจีวรที่สวมจึงจะถ่ายรูปให้ กรณีดังกล่าวถือเป็นการลดคุณค่าของความเป็นมนุษย์ในฐานะที่จะได้รับการยอมรับต่อการเป็นนักบวชในพระพุทธรศาสนาของสตรีไทย และทำให้ได้รับความดูหมิ่นเหยียดหยามให้ได้รับความอับอายต่อสาธารณชนอันถือเป็นการทำลายคุณค่าของความเป็นนักบวช การศึกษาความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งสำคัญต่อการพิจารณาคุณค่าของความเป็นมนุษย์ในการที่จะได้รับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการนับถือศาสนา รวมถึงคุณค่าของความเป็นนักบวชของสตรีไทยซึ่งได้รับการบวชอย่างถูกต้องในต่างประเทศอันเป็นสิ่งที่รัฐควรให้การรับรองและคุ้มครองให้ชัดเจน

แม้กฎหมายระหว่างประเทศและรัฐธรรมนูญของรัฐจะให้การรับรองว่าบุคคลมีเสรีภาพในการนับถือศาสนาแล้วก็ตาม แต่การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการถือศาสนาก็อาจจะไม่เท่าเทียมหรือเสมอภาคกันได้ เพราะการที่รัฐบัญญัติกฎหมายรับรองสิทธิและเสรีภาพว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการอะไรได้บ้างไม่ได้บ้าง แต่การจะให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐให้การรับรองและคุ้มครองใช้ได้จริงและมีประสิทธิผล รัฐควรจะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้นให้บุคคลได้รับอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันโดยเฉพาะความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายที่รัฐสามารถรับรองและคุ้มครองได้ด้วยการบัญญัติกฎหมายรับรอง ซึ่งเราจะศึกษาความหมายของความเสมอภาคต่อไป

2.1.2 แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

แนวคิดเรื่องความเสมอภาค ในสมัยดั้งเดิมเกิดจากคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคอาณาจักรโรมัน ต่อมาในสมัยกลางระบบศักดินาได้ถูกยกเลิก ศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกเป็นศาสนาเดียวที่ได้รับการยอมรับความไม่เสมอภาคในสมัยกลางค่อยๆ เปลี่ยนแปลงไปเมื่อชนชั้นกลางที่สะสมความเข้มแข็งขึ้นจรรยาไปสู่การเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงความไม่เสมอภาคทั้งทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง

รากฐานแนวคิดของหลักความเสมอภาค มาจากแนวความคิดที่สำคัญของ 2 สำนัก ดังนี้

1. แนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ (Natural Law) ที่ถือว่าสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่อยู่คู่กับมนุษย์มาตั้งแต่เกิดโดยแนวคิดสำนักนี้เชื่อว่า เมื่อบุคคลมีสภาพความเป็นมนุษย์ก็ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่า

เทียมกัน ความเป็นมนุษย์คือเงื่อนไขของการมีสิทธิเช่นว่านี้ ไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรของฝ่ายบ้านเมือง

2. แนวคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งแนวคิดนี้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลแต่ละคนโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่อยู่ควบคู้ในตัวของมนุษย์แต่ละคนที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมเป็นการเน้นให้ความสำคัญกับคุณค่าความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคลที่อยู่รวมกันเป็นสังคม

แนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคนั้น โดยหลักแล้วตั้งอยู่บนพื้นฐานว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมาด้วยความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามธรรมชาติและทุกคนจะต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน ซึ่งเป็นแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ที่มองว่าความเสมอภาคเป็นสิ่งที่มีความมาและติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด แม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมารับรองก็มีผลบังคับใช้ได้ เพราะเป็นสิ่งที่มีเองตามธรรมชาติที่รัฐและทุกคนไม่อาจปฏิเสธได้ การที่รัฐหรือทุกคนต้องยอมรับและเคารพต่อหลักการดังกล่าวเหล่านี้ย่อมแสดงให้เห็นถึงการยอมรับถึงสิทธิที่มีตามธรรมชาติของแต่ละคนอันแสดงให้เห็นถึงแนวคิดเรื่องปัจเจกชนนิยมอีกด้วย แต่การมองหลักความเสมอภาคตามแนวคิดของฝ่ายกฎหมายธรรมชาติ เป็นเพียงการมองในลักษณะนามธรรม คือ มีอยู่จริงแต่ไม่อาจนำมาใช้บังคับได้จริง เพราะการจะให้เป็นที่ยอมรับและบังคับได้จริงจะต้องให้เป็นรูปธรรม คือ การทำเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติของนานาอารยประเทศ ดังนั้น การที่จะนำหลักดังกล่าวให้มีสภาพบังคับอย่างจริงจังและเป็นรูปธรรมก็คือ การที่จะต้องนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น

หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักการหนึ่งของสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับในรูปแบบที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง กล่าวคือ ได้รับการพิจารณาในมุมมองของทางกฎหมายมิใช่ในขอบเขตทางปรัชญาแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่เป็นการรวมขอบเขตความคิดของทั้งสองสำนัก คือ สำนักฝ่ายกฎหมายบ้านเมืองและฝ่ายกฎหมายธรรมชาติ โดยการแปลสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลมาเป็นสิทธิของบุคคลที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย⁵⁵ และเป็นที่ยอมรับในสังคมระหว่างประเทศว่าสิทธิในความเสมอภาค ถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งในหลักการพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพที่มีความสำคัญต่อมนุษย์ทุกคนในสังคม และเป็นที่ยอมรับว่าสิทธิเสรีภาพนั้นถือเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่

⁵⁵ ค้นดูได้จาก <http://www.pub-law.net/publaw/printpublaw.asp?Publawid=137>.

กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้⁵⁶ ความเสมอภาคจึงมิได้หมายถึงความเท่าเทียมกันในทุกกรณี แต่สาระสำคัญอยู่ที่ว่าจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญไม่เหมือนกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะเฉพาะของเรื่องนั้นๆ⁵⁷ ความเสมอภาค จึงเป็นหลักการที่มีความสัมพันธ์อย่างไม่อาจแยกออกจากหลักเสรีภาพ เพราะเป็นหนึ่งในสามของเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน⁵⁸ หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย⁵⁹ และถือเป็นพื้นฐานที่สำคัญกว่าหลักเสรีภาพ ทั้งนี้ เพราะความเสมอภาคก็คือ ความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาคจึงทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างทั่วถึง หลักความเสมอภาค จึงเป็นหลักที่ว่า “ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน”⁶⁰

แนวคิดทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคปัจจุบันได้รับการรับรองอย่างชัดเจน โดยถือว่า บุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งหมายถึง “หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” (Equality before the law) ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ข้อบทที่ 7 ให้การยอมรับว่า “ทุกๆ คนต่างมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่ากันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ทุกๆคนชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมต่อการเลือกปฏิบัติใดๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนต่อปฏิญญานี้ และการยุยงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นว่านั้น”

และในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อบทที่ 26 ให้การรับรองว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันเบื้องหน้ากฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา

⁵⁶เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “หลักความเสมอภาค”,

<http://isc.ru.ac.th/data/ps000333.doc>.

⁵⁷บรรเจิด สิงคะเนติ, “เรื่องหลักความเสมอภาค” ,โครงการเฉลิมพระเกียรติศาสตราจารย์ ดร.ธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, (กรุงเทพมหานคร : องค์การคำครุสภา, 2543), น.3.

⁵⁸ได้แก่ เสรีภาพ เสมอภาค และ ภราดรภาพ.

⁵⁹Jean Jacques ISRAEL, Manuel Droit des Libertes Fondamentales,(Paris : L.G.D.J.,1998),p.392 ,อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค”, วารสารนิติศาสตร์ 30 : 2 (มิถุนายน 2543), น.164-165.

⁶⁰เพ็งอั้ง, น.165.

ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นเรื่องอื่นๆ ชาติหรือสังคมอันเป็นถิ่นกำเนิด ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ”

หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักการที่สำคัญและมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับ สิทธิและเสรีภาพเพราะแม้รัฐจะให้การรับรองไว้ทั้งสิทธิและเสรีภาพไม่ว่าจะในชีวิต ร่างกาย หรือ ทรัพย์สิน แต่บุคคลนั้นก็ไม้อาจใช้สิทธิเสรีภาพนั้นได้เท่าเทียมกับบุคคลอื่น หรือถูกเลือกปฏิบัติ อย่างไม่เท่าเทียมกันจากหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับนั้นก็ไม่มี ความหมาย เพราะแม้จะได้รับการรับรองและคุ้มครองแต่ก็ไม่สามารถใช้ได้เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ดังนั้นสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ที่รัฐให้การรับรองและคุ้มครองจึงต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคเท่าเทียมกัน หลักความเสมอภาคยังเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะอันสืบเนื่องมาจากความ เป็นมนุษย์และความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ดังนั้นหลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักการ พื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มี ลักษณะเฉพาะของความเป็นมนุษย์และผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ทุกคน มนุษย์จึงต้องได้รับความคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะไม่ว่ารัฐจะให้สิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลใดๆ รัฐ จะต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นๆ ด้วย ซึ่งเป็นคุณค่าที่มีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกๆ คนในอันที่จะสามารถพัฒนาศักยภาพของตนได้เท่าเทียมบุคคลอื่น ด้วยเพราะเหตุเขาเป็นมนุษย์ เช่นเดียวกัน หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักประกันว่ามนุษย์จะสามารถดำรงอยู่ได้อย่างมี ศักดิ์ศรี โดยได้รับการปฏิบัติจากสังคมอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์ โดยไม่เลือกที่จะ มีเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เพศ ฯลฯ ซึ่งเป็นเครื่องแสดงให้เห็นว่ามนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเผ่าพันธุ์ เชื้อ ชาติ เพศใด ฯลฯ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันด้วยเพราะความมีศักดิ์ศรีของความ เป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักการที่ผูกพันให้รัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคล ทุกคนอย่างเท่าเทียมกันโดยเป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจได้อย่างอำเภอใจ ซึ่งหลักความ เสมอภาคนี้เองที่จะสามารถตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลายได้ว่ารัฐได้ให้การรับรองและ คุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกันหรือไม่

เนื่องจากมนุษย์มีความแตกต่างกันในหลายลักษณะไม่ว่าจะเป็นทางด้านสรีระ ร่างกาย สภาพจิตใจ ความสามารถ สติปัญญา สังคม วัฒนธรรม ฯลฯ โดยเฉพาะเพศ ถือเป็น ความแตกต่างที่มีความสำคัญอย่างมากอีกประการหนึ่งที่ทำให้เกิดการแบ่งแยกกระหว่างความ เป็นผู้ชายและผู้หญิง เมื่อผู้ชายและผู้หญิงถูกกำหนดโดยธรรมชาติให้มีความแตกต่างกันแล้ว ดังนั้น ความเสมอภาคจะเกิดขึ้นในลักษณะใดระหว่างผู้ชายกับผู้หญิง ซึ่งในประเทศที่อยู่ภายใต้ ระบบเสรีประชาธิปไตยในตะวันตก ความเสมอภาคเป็นสิ่งที่สตรีนิยมเรียกร้อง และได้ผลประสบความสำเร็จในช่วงทศวรรษที่ 1970 แต่ความไม่ชัดเจนของความเสมอภาค กล่าวคือ ผู้หญิง

ต้องการที่จะได้รับการปฏิบัติจากสังคมเช่นเดียวกับผู้ชาย หรือว่ามีความต้องการที่จะให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างจากผู้ชาย แต่จะต้องทำให้เกิดความยุติธรรมเท่าเทียมกันและเหมาะสมให้มากที่สุด ซึ่งในสถานการณ์ของโลกปัจจุบันยังมีสังคมที่มีการเลือกปฏิบัติอยู่มากไม่ว่าจะด้วยสาเหตุทั้งทางด้านสังคม เศรษฐกิจ การเมือง วัฒนธรรม ศาสนา ฯลฯ อีกทั้งบริบทของความเสมอภาคในทางสังคมยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าควรมีการปฏิบัติอย่างไร ดังนั้นปัญหาความไม่เสมอภาคจึงยังมีอยู่ ตั้งแต่ปัญหาในครอบครัว และปัญหาในสังคมภายนอกโดยทั่วไป

ดังนั้น กลไกที่สามารถจะทำให้มนุษย์ทุกคนที่อยู่ในสังคมมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกันได้อย่างเป็นรูปธรรมที่สุด ก็คือ “กฎหมาย” กล่าวคือ แม้บุคคลจะมีความแตกต่างกันโดยมูลเหตุและปัจจัยต่างๆ ก็ต้องเสมอภาคกันในทางกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ความเสมอภาคนี้ไม่ได้มุ่งหมายให้ทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติให้เหมือนกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างใดๆ แต่ในที่นี้หมายถึง การที่บุคคลจะได้รับการปฏิบัติหรือได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเหมาะสม และอย่างสมเหตุสมผล ไปตามสภาพของแต่ละบุคคลเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่บุคคลในสังคมเดียวกันให้ได้มากที่สุด เมื่อเราพิจารณาแล้วว่าผู้ชายและผู้หญิงไม่ได้แตกต่างกันในสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ จึงสมควรที่จะได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน แต่เพื่อความยุติธรรมในบางกรณีจึงต้องปรับเปลี่ยนไปตามสภาพการณ์โดยอะไรที่ผู้หญิงควรได้ในฐานะที่เป็นผู้หญิงก็ต้องให้ อะไรที่ผู้ชายควรได้ในฐานะผู้ชายก็ต้องได้ อะไรที่ทั้งสองเพศควรจะได้ในฐานะมนุษย์ที่ต้องสมควรให้ หรืออะไรที่ไม่ควรได้ไม่ว่าจะเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายก็ไม่ต้องให้ ดังนั้นการที่ผู้หญิงได้รับอะไรเท่าๆ กับผู้ชาย ก็คือ ความยุติธรรมและการให้อะไรแก่ผู้หญิงมากกว่าผู้ชายโดยสมเหตุสมผลก็เป็นความยุติธรรมได้เช่นกัน และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด

2.1.2.1 ความหมายของคำว่า “ความเสมอภาค”(equality) ก่อนอื่นเราต้องมาทำความเข้าใจคำที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “ความเสมอภาค” ซึ่งได้แก่ “ความเท่ากัน” แท้จริงแล้ว “ความเท่ากัน” ก็ไม่ได้หมายถึง ความเหมือนกันหรือเท่ากันทุกประการหรือแทนกันได้ทุกอย่าง แต่หมายถึง ความเหมือนกันในบางลักษณะ โดยเฉพาะขนาดหรือปริมาณที่เป็นลักษณะที่สามารถวัดได้ ส่วน “ความเท่าเทียมกัน” อาจเป็นความเหมือนกันหรืออาจจะไม่ต้องเหมือนกันและไม่ต้องเท่ากันก็ได้ แต่ให้เทียบกันได้ใกล้เคียงในเรื่องคุณค่า⁶¹

⁶¹ วัชรภรณ์ รัตนโกเศศ-จันทร์เจริญ, “ความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงในเรื่องสิทธิส่วนบุคคลของหญิงมีสามีที่นอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.5.

คนในสังคมส่วนใหญ่ยังมีความเข้าใจว่า ความเท่าเทียมกันคือ ความเท่ากันทุกประการ แต่ในความเป็นจริง ความเท่าเทียมกันมิได้หมายความว่าความเท่ากันทุกประการ พิจารณาง่ายๆ อย่างเช่น ความเท่ากันของจำนวนตัวเลขหรือรูปทรงเลขาคณิต เช่น ก มีขนม 2 ถู ส่วน ข มีขนม 2 ถู กรณีนี้ถือเป็นความเท่ากันของจำนวนตัวเลข หรือเมื่อพูดถึงสี่เหลี่ยมจัตุรัสซึ่งมีด้านสี่ด้านและมุมสี่มุมเท่ากัน เราก็เรียกว่า ความเท่ากัน ซึ่งเป็นกรณีของรูปทรงเลขาคณิต แต่หากพิจารณาในแง่ของจำนวนตัวเลขและปริมาณความเท่ากันอาจกลายเป็นความไม่เท่ากันได้ เช่น มารดาให้ลูก 2 คนตีมนมคนละหนึ่งกล่อง ลูกคนโตตีมนมหนึ่งกล่องไม่อิ่มแต่ลูกคนเล็กตีมนมกล่องเดียวอิ่ม กรณีนี้ถือว่ามารดาให้ลูกตีมนมในจำนวนหนึ่งกล่องเท่ากัน แต่เป็นการอิมที่ไม่เท่ากัน หรือกรณีให้คน 2 คนร้อยพวงมาลัยในจำนวนชั่วโมงเท่ากัน คนแรกร้อยพวงมาลัยได้ 80 พวงต่อห้าชั่วโมง คนที่สองร้อยพวงมาลัยได้ 60 พวงต่อห้าชั่วโมง หากให้เงินค่าแรงทั้งสองคนเท่ากันย่อมถือเป็นความไม่เท่ากันเพราะทำในสิ่งเดียวกันจำนวนชั่วโมงการทำงานเท่ากันแต่จำนวนปริมาณในผลของงานไม่เท่ากันแต่กลับได้เงินเท่ากัน จึงเป็นความไม่เท่ากัน ซึ่งกรณีนี้ถ้าจะให้เกิดความเท่ากัน ต้องพิจารณาในแง่ของสัดส่วน หรือเรียกว่า “ความเท่ากันแบบสัดส่วน” (proportional quality) หรือเรียกว่า “ความเท่าเทียมกัน”

ส่วน “ความเสมอภาค” เป็นคำที่มาจากรากฐานทางการเมืองแบบประชาธิปไตย และไม่ได้หมายถึง ความเหมือนกัน ดังนั้นคำกล่าวที่ว่า “ทุกคนเกิดมาโดยเสมอภาค” จึงมิได้หมายความว่า ทุกคนต้องเกิดมามีหน้าตา บุคลิกลักษณะ รูปร่างที่เหมือนกัน เพราะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ แต่ความเสมอภาคกันนั้น ให้ถือว่าเป็นความเสมอภาคในความเป็น “มนุษย์” ซึ่งมีเหมือนกันทุกคน จึงควรที่จะปฏิบัติต่อมนุษย์คนหนึ่งให้เหมือนหรือเท่าเทียมกันกับมนุษย์อีกคนหนึ่งเช่นกัน คือ สิทธิอะไรที่ในฐานะของความเป็นมนุษย์มีสิทธิที่จะมี ก็ต้องมีให้เท่ากัน

มีคำที่ใช้บ่อยและมักถูกกล่าวอยู่เสมอ คือ ความเท่าเทียมและความเสมอภาคระหว่างเพศ (gender equality and equity) ในการประชุมว่าด้วยสตรีโลกครั้งที่ 4 ณ กรุงปักกิ่ง ปี 1995 มีการตั้งประเด็นเพื่อนิยามความหมายของคำว่าเท่าเทียม (equality) และความเสมอภาค (equity) เพื่อระบุถึงสิทธิที่เท่าเทียมระหว่างชายและหญิงในการรับมรดก การเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ฯลฯ ซึ่งในกลุ่มประเทศตะวันตกให้ใช้คำว่า เท่าเทียม (equality) ซึ่งหมายถึง การให้ความเท่าเทียมทุกประการแก่สตรีอันเป็นเป้าหมายสูงสุดของการส่งเสริมสถานภาพสตรี แต่ในกลุ่มประเทศมุสลิมไม่เห็นด้วย โดยให้เหตุผลว่า “ความเท่าเทียมกันทุกประการเป็นสิ่งที่ไม่สามารถปฏิบัติได้อย่างจริงจัง เนื่องจากโดยธรรมชาติของผู้หญิงและผู้ชายมีความแตกต่างกันทั้งทางร่างกายและจิตใจ มาตราการใดๆ ที่ใช้กับผู้ชายอาจจะใช้กับผู้หญิงไม่ได้ จึงควรใช้คำว่า “เสมอภาค” (equity) ซึ่งหมายถึงการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้หญิงแทน และ ความเท่าเทียมยังมี

นัยทางด้านปริมาณ แต่ความเสมอภาคมีนัยด้านคุณภาพ ซึ่งเหมาะสมมากกว่าที่จะใช้กับการพัฒนามนุษย์⁶²

มีนักกฎหมายหลายท่านอธิบายความหมายของ “ความเสมอภาค” ซึ่งพอสรุปได้ว่า “ความเสมอภาค” หมายถึง สิทธิตามธรรมชาติของปัจเจกชนที่จะได้รับการปฏิบัติและคุ้มครองตามกฎหมายต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน โดยเท่าเทียมกันเพื่อสามารถทำให้มนุษย์ดำรงชีวิตได้อย่างมีศักดิ์ศรี ความเสมอภาคทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างทั่วถึง ถ้าเสรีภาพที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงได้ ในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ ก็ไม่ถือว่ามีเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง

ซึ่งการศึกษาเรื่องสิทธิสตรีในพระพุทธศาสนานี้ เราจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักความเสมอภาคด้วย เพราะแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จะให้การรับรองเรื่องสิทธิในเสรีภาพของการนับถือศาสนาของบุคคลทุกคน แต่สิทธิในเสรีภาพของการถือศาสนาพุทธของสตรีไทยในกรณีการบวชเป็นภิกษุณียังไม่ได้รับการรับรองสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกับผู้ชาย ดังจะเห็นได้จากการรับรองสถานะของภิกษุตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ.2505 แต่สตรีไทยที่บวชเป็นภิกษุณี แม้จะไม่ได้ทำการบวชเป็นภิกษุณีในประเทศไทยก็ตาม แต่ก็ได้รับการบวชอย่างถูกต้องตามพระธรรมวินัยในพระพุทธศาสนาของต่างประเทศ การไม่มีบทบัญญัติกฎหมายภายในรับรองและคุ้มครองสตรีไทยที่บวชเป็นภิกษุณีเหมือนเช่นการรับรองภิกษุว่าเป็นนักบวชตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ฯ ย่อมถือเป็นการไม่เสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมายในสิ่งซึ่งมีสาระอย่างเดียวกันคือ การเป็นนักบวชในพระพุทธศาสนาเหมือนกัน และจะถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อสตรีไทยด้วยหรือไม่ ซึ่งเราจะศึกษาความหมายของการเลือกปฏิบัติต่อไป

2.1.2.2 ความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” (discrimination) แนวคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติ ถือเป็นแนวคิดหนึ่งที่แทรกซึมอยู่ในหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญมาจากหลักความเสมอภาค (Equality) อันเป็นหลักการที่มีวัตถุประสงค์สำคัญของการใช้สิทธิเสรีภาพที่รัฐให้การรับรองและคุ้มครองได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันและปราศจากการเลือกปฏิบัติ

ความหมายของการเลือกปฏิบัติ โดยทั่วไปมีการให้นิยามทั้งจากบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศหรือจากนักวิชาการต่างๆ อย่างเช่น

⁶² ภัศร ลิมานนท์, บทบาทเพศ สถานภาพสตรี กับการพัฒนา, (โครงการพัฒนาเอกสารวิชาการและตำราวิทยาลัยประชากรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), น. 21.

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อบทที่ 2 วรรค 1 วางหลักการเลือกปฏิบัติไว้ว่า “บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มีการแบ่งแยกในความแตกต่าง เช่น เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นเรื่องอื่นๆ ชาติหรือสังคมกำเนิด ทรัพย์สิน ถิ่นกำเนิดหรือสถานะอื่นๆ”

ตามข้อบทที่ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบได้ให้ความหมายของ “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี” ว่าหมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับการได้อุปโภค หรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรี และเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมืองหรือด้านอื่นๆ

ในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965 ข้อบทที่ 1 ให้ความหมายของ “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” ว่าหมายถึง การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือกโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสายหรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลทำให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่นๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล

ความหมายจากความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยเห็นว่า “การเลือกปฏิบัติ” ควรเป็นที่เข้าใจกันว่าใช้สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียงซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ สีผิว เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความเห็นในเรื่องอื่นๆ เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ฐานะ ถิ่นกำเนิด หรือสถานะอื่นๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบหรือทำให้สูญเสียไปหรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป การอุปโภคสิทธิหรือการใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิเสรีภาพทั้งหมด⁶³

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 ข้อบทที่ 14 กำหนดเป็นหลักการทั่วไปของการห้ามเลือกปฏิบัติว่า “การอุปโภคสิทธิและเสรีภาพตามอนุสัญญานี้จะได้รับการรับมาโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเหตุใดๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา

⁶³ กุลพล พลวัน, “การเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ”, วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของ รัฐสภา, เล่ม 2,2 (ตุลาคม 2546-มีนาคม 2547), น. 14-15.

ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่นใด ชาติ หรือสังคมกำเนิด การรวมตัวกันของชนกลุ่มน้อยในชาติ ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”

จากการให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติดังกล่าว จึงพอสรุปได้ว่า การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานต่างๆ แล้วแต่ว่าสังคมนั้นๆ จะกำหนดว่าอย่างไร ไม่ว่าจะเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างทางเพศ ศาสนา การศึกษา เชื้อชาติ เป็นต้น โดยอาจนำเอาแนวคิดทางระบบวัฒนธรรม จารีตประเพณี ค่านิยมของสังคมนั้นๆ มาเป็นเครื่องมือในการเลือกปฏิบัติ

2.2 กรอบความคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคทางเพศ

เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาเรื่องสิทธิของสตรี (ในพระพุทธศาสนา) ในประเทศไทย จึงจำเป็นต้องศึกษาว่าเหตุใดจึงเกิดการเรียกร้องสิทธิสตรีขึ้นในสังคมโลกจนทำให้สิทธิสตรีถือเป็นหลักการหนึ่งในเรื่องสิทธิมนุษยชนที่จะต้องได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายอะไรเป็นสาเหตุของการเรียกร้องสิทธิสตรีขึ้นในสังคมโลก อะไรที่เป็นปัจจัยทำให้เกิดความแตกต่างทางเพศ ซึ่งจะต้องศึกษาความหมายของคำว่า “เพศ” หลักความเสมอภาคระหว่างเพศ ข้อห้ามและข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศ ก่อนจึงจะศึกษาปัจจัยที่มีอิทธิพลให้เกิดความแตกต่างทางเพศและนำไปสู่ความไม่เสมอภาคทางเพศ ต่อไป

2.2.1 ความหมายของคำว่า “เพศ”

ก่อนอื่นเราต้องทำความเข้าใจ ความหมายของคำว่า “เพศ”(sex) หมายถึง เพศที่กำหนดขึ้นโดยธรรมชาติ และเป็นข้อกำหนดทางสภาวะชีววิทยา ซึ่งเปลี่ยนแปลงไม่ได้ (ยกเว้นผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศ) ทำให้บุคคลเกิดเป็นหญิงเป็นชาย ซึ่งมีบุคลิกต่างกัน ซึ่งเป็นความแตกต่างทางสรีระ

ส่วน “ความเป็นเพศหรือเพศภาวะ” (Gender) หมายถึง เพศที่ถูกกำหนดโดยเงื่อนไขทางสังคมหรือวัฒนธรรม ให้แสดงบทบาทผู้หญิงหรือบทบาทผู้ชาย ซึ่งเพศที่ถูกกำหนดโดยสังคมนี้อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามสภาวะการณ์และเงื่อนไขทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยบทบาทที่ถูกกำหนดขึ้นโดยเงื่อนไขทางสังคมส่วนใหญ่มักตั้งอยู่บนพื้นฐานความแตกต่างทางสรีระของทั้งสองเพศ อย่างเช่น ผู้หญิงมีหน้าที่ดูแลบุตรและดูแลบ้านเรือน ผู้ชายมีหน้าที่ทำงานหาเงินเลี้ยงครอบครัว ซึ่งบทบาทเหล่านี้เป็นสิ่งที่บุคคลได้เรียนรู้ผ่านสังคมและวัฒนธรรมนั้น

ตั้งแต่เกิดจนตาย เป็นแนวคิดที่ถูกปลูกฝังในสังคมนั้นๆ ในการกำหนดบทบาททางเพศในสังคมว่าผู้หญิงผู้ชายควรทำตัวอย่างไร อันเป็นผลจากการเรียนรู้ จากการถ่ายทอดทางเทคโนโลยี ศาสนา เศรษฐกิจ สังคม การเมือง เป็นต้น

ผศ.ดร.ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ อธิบายว่า ความเป็นหญิงเป็นชาย ธรรมชาติไม่ได้เป็นผู้สร้างความแตกต่างเชิงสังคมให้แก่ผู้หญิงผู้ชาย แต่สังคมเป็นผู้กำหนดความเป็นหญิงเป็นชายขึ้นมาด้วยปัจจัยหลายๆอย่างที่เกี่ยวข้อในหลายๆ ช่วงของการพัฒนาการของสังคมมนุษย์ เพศชายจะเป็นผู้มีอำนาจทางสังคม ที่เรียกว่า “ระบบพ่อบ้าน” (Patriarchy) มีลักษณะที่สร้างความไม่ชอบธรรมให้แก่ความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันของสมาชิกในสังคม ซึ่งปรากฏอยู่ในทุกๆ บริบททางสังคม ไม่ใช่เฉพาะระหว่างเพศเท่านั้น⁶⁴

ผศ.ดร.ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์ อธิบายว่า “เพศสภาพ” หรือ Gender คือ วิธีคิดและบทบาทของความ เป็นเพศที่สังคมกำหนดขึ้นเพื่อเป็นกรอบให้แก่สมาชิก ซึ่งส่งผลอย่างลึกซึ้งในการกำหนดอัตลักษณ์ (Identity) ของคนในสังคม ทำให้โครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างเพศ มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่เพศชายมีอำนาจกว่าเพศหญิงและสามารถครอบงำสังคมโดยรวมได้⁶⁵

ดังนั้น ความเป็นเพศ จึงเป็นองค์ความรู้ที่สร้างความหมายให้กับความแตกต่างทางร่างกาย เป็นความสัมพันธ์ที่ซับซ้อนในทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และจิตวิทยา ระหว่างผู้หญิงและผู้ชาย ความเป็นเพศจึงเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างทางสังคม เป็นการจัดการทางสังคมของความแตกต่างทางเพศในด้านต่างๆ ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ถูกเรียนรู้ทางสังคมและเป็นความคาดหวังทางสังคมที่สัมพันธ์กับเพศทั้งสองเพศ เพศหญิงหรือเพศชายจึงเป็นข้อเท็จจริงทางสรีระ แต่การจะกลายเป็นหญิงหรือเป็นชายเป็นกระบวนการทางวัฒนธรรม กล่าวคือ วัฒนธรรมเป็นตัวสร้างความ เป็นหญิงเป็นชายในสังคม วัฒนธรรมเป็นตัวสร้างความ เป็นเพศ วัฒนธรรมเป็นผู้บอกเราว่าควรปฏิบัติตัวอย่างไร ควรคิดอย่างไร และควรจะคาดหวังอะไรจากผู้อื่น เมื่อวัฒนธรรมเป็นผู้กำหนดความเป็นหญิงความเป็นชาย วัฒนธรรมก็จะเป็นผู้บอกว่าผู้หญิงและผู้ชายควรทำตัวอย่างไร เช่น ผู้หญิง (ในวัฒนธรรมไทย) ต้องเป็นคนเรียบร้อย พุดจาไม่เสียงดัง ไม่สบถ ในขณะที่ผู้ชายไม่ได้ถูกคาดหวังให้เป็นเช่นนั้น หรือภรรยาต้องเชื่อฟัง

⁶⁴ รายงานสรุปการประชุมระดมสมองครั้งที่ 2 เรื่อง ความเสมอภาคทางเพศทางออกอยู่ที่ไหน? ,โครงการรณรงค์เพื่อสิทธิอนามัยเจริญพันธุ์ สภาประชากรร่วมกับกองวางแผนครอบครัว และประชากร กรมอนามัย, 2542.

⁶⁵ เพิ่งอ้าง.

สามี สามีต้องเป็นผู้นำในครอบครัว หรือผู้หญิงต้องให้ความสำคัญต่อหน้าที่ภรรยาและแม่ มากกว่าการประสบความสำเร็จในหน้าที่การงาน ในขณะที่ผู้ชายจะต้องประสบความสำเร็จในหน้าที่การงานซึ่งถือเป็นเรื่องสำคัญที่สุดหรือผู้ชายจะต้องเป็นผู้เกี่ยวพาราตี หากผู้หญิงคนนี้เป็นผู้เกี่ยวพาราตีผู้ชายก่อน ผู้หญิงคนนั้นจะถูกตำหนิจากสังคม เป็นต้น จะเห็นได้ว่า สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นสิ่งที่เป็ความคาดหวังที่สังคมมีต่อความเป็นหญิง ความเป็นชาย ถ้าใครไม่ทำตามที่สังคมคาดหวังก็จะพบกับ “สิทธิานุมัติ” (Sanction) จากสังคมในเชิงลบ⁶⁶ เช่น การถูกตำหนิ ดินนินทา ถากถาง หรือเยาะเย้ย สิ่งต่างๆเหล่านี้จึงทำให้ผู้หญิงและผู้ชายในสังคมต้องปฏิบัติตามที่วัฒนธรรมในสังคมเป็นผู้กำหนด และเนื่องจากความเป็นหญิงความเป็นชายในสังคมถูกกำหนดจากวัฒนธรรม เพราะฉะนั้น ความเป็นหญิงความเป็นชายจะแปรเปลี่ยนไปตามเวลา และสถานที่ คือ ความเป็นหญิงความเป็นชายในยุคสมัยหนึ่งอาจไม่เป็นความเป็นหญิงหรือความเป็นชายในอีกยุคสมัยหนึ่ง เช่น สังคมไทยในอดีต ผู้หญิงในชนชั้นกลางหรือชนชั้นสูงถูกคาดหวังให้อยู่กับบ้าน ดูแลครอบครัว การทำงานนอกบ้านถือเป็นสิ่งที่ไม่เกี่ยวข้อง แต่ปัจจุบันการทำงานนอกบ้านของผู้หญิงถือเป็นเรื่องปกติและบางส่วนถือเป็นความจำเป็นของครอบครัว จะเห็นว่า การอ้างว่ามีธรรมชาติของผู้หญิงและธรรมชาติของผู้ชายที่แน่นอนเป็นเรื่องที่ไม่น่าเชื่อถือหรืออย่างน้อยก็ยังไม่มืหลักฐานที่น่าเชื่อถือมาสนับสนุนแนวคิดดังกล่าว

นอกจากความแตกต่างตามเวลาและสถานที่แล้ว การให้ความหมายทางสังคมต่อความเป็นเพศยังเป็นผลจากสถาบันทางเศรษฐกิจ และสถาบันทางการเมืองในแต่ละยุคสมัยและในแต่ละสังคม เช่น ในช่วงเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ผู้หญิงในประเทศที่เข้าร่วมสงครามซึ่งผู้ชายจะต้องออกไปรบทำให้ผู้หญิงถูกเรียกร้องให้ออกมาทำงานในโรงงานอุตสาหกรรมและงานด้านอื่นๆ เพื่อทำให้ระบบเศรษฐกิจดำเนินต่อไป แต่เมื่อสงครามยุติลง ผู้หญิงกลับถูกผลักดันให้ออกจากงานเพื่อให้ผู้ชายได้มีงานทำและกลับบอกว่าหน้าที่ของผู้หญิงคือการดูแลบ้านและครอบครัว จะเห็นว่า การแบ่งหน้าที่ของหญิงและชายให้แยกออกจากกันอย่างเด็ดขาดเกิดจากระบบความคิดที่แบ่งสังคมออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนที่เป็นสาธารณะ (Public) โดยให้เรื่องนอกบ้านหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ สังคม การเมือง เป็นโลกหรือสังคมของผู้ชาย ส่วนเรื่องชีวิตส่วนตัว (Private) ซึ่งเป็นเรื่องในบ้านหรือการดูแลบ้านเรือนและดูแลสมาชิกในครอบครัวเป็นโลกของผู้หญิง

⁶⁶ วารุณี ภูริสนธิทิ, “ความเป็นเพศ”,

อาจกล่าวได้ว่า “ความเป็นเพศ” ก็คือ การกล่าวอ้างหรือการประกอบสร้างขึ้นจากสังคมที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์และโอกาสในสังคม การเป็นผู้ชายหรือผู้หญิง เป็นหลักการที่ถูกสร้างขึ้นในสังคม⁶⁷ เพศภาวะหรือความเป็นเพศจึงถูกใช้เพื่อบรรยายลักษณะต่างๆของผู้หญิงและผู้ชายที่กำหนดในสังคมหนึ่งๆ ในขณะที่เพศ(sex)ทางสรีระ หมายถึง ลักษณะทางร่างกายของผู้หญิงและผู้ชาย บทบาทของผู้หญิงหรือผู้ชายตามเพศภาวะ (Gender Roles) สะท้อนให้เห็นว่าพฤติกรรมและความสัมพันธ์ทางสังคมที่กำหนดบทบาททางเพศเกิดจากการเรียนรู้มีขึ้นมาแต่กำเนิดและมักจะมี ความแตกต่างกันไปตามแต่ละวัฒนธรรมหรือจากวัฒนธรรมหนึ่งไปสู่อีกวัฒนธรรมหนึ่ง หรือจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง วัฒนธรรมจึงเป็นตัวสร้างความ เป็นเพศ เป็นผู้กำหนดว่าเราควรทำตัวหรือปฏิบัติตัวอย่างไร

2.2.2 หลักความเสมอภาคระหว่างเพศ

หลักความเสมอภาค คือ การทำให้เกิดความเท่าเทียมกัน หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน แต่การใช้หลักความเสมอภาคที่มีความหลากหลายในการปฏิบัติเนื่องจากสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป ดังนั้น การจะปฏิบัติแก่บุคคลตามหลักความเสมอภาคย่อมแตกต่างกัน แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นความแตกต่างที่สามารถยอมรับได้

ในระบบเสรีประชาธิปไตยตะวันตก ถือว่าความเสมอภาคเป็นสิ่งที่นักสตรีนิยมได้ร่วมกันต่อสู้เรียกร้องมาโดยตลอด การเรียกร้องนี้ประสบความสำเร็จในช่วงทศวรรษที่ 1970 โดยวางอยู่บนหลักการเรื่องสิทธิที่เท่าเทียมกัน สิทธิที่เท่าเทียมกันนี้กลายเป็นปัญหาในการปฏิรูปกฎหมาย เนื่องจาก “ความเสมอภาค” ต้องมีการเปรียบเทียบและมาตรฐานในการเปรียบเทียบนั้นมีแนวโน้มที่จะสะท้อนบรรทัดฐานทางสังคมตามที่เป็นอยู่ ดังนั้น ความเสมอภาคของสตรีจึงกลายเป็นความเสมอภาคของบุรุษด้วย จึงก่อให้เกิดคำถามว่า ผู้หญิงต้องการเพียงได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกับที่ผู้ชายได้รับเท่านั้น หรือว่า ความเสมอภาคต้องการการปฏิบัติที่แตกต่าง หรือความเสมอภาคควรเป็นเป้าหมายพื้นฐานของสตรีนิยมหรือควรมีคุณค่า (value) อื่นที่นอกเหนือกว่านั้น การเรียกร้องความเสมอภาคในสังคมยังเป็นเรื่องที่ไม่ชัดเจนอยู่มาก เพราะในสังคมยังคงมีการเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งแยกชนชั้นทั้งตามรายได้ การศึกษา เพศ อายุ ความสามารถทางร่างกายและจิตใจ เป็นต้น นักวิชาการสตรี

⁶⁷วิระดา สมสวัสดิ์, ที่ทรวงศ์สตรีนิยม, (เชียงใหม่ :วนิดา เพรส ,2549),น. 57.

นิยมเชื่อว่าแนวทางของเสรีนิยมจะช่วยแก้ปัญหาความไม่เสมอภาคระหว่างเพศได้ เมื่อผู้หญิงได้รับการศึกษามากขึ้นและเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมต่างๆทางสังคมมากขึ้น จึงได้รับรู้ถึงระบบกฎหมายหลายๆ อย่างที่กระทำต่อผู้หญิง การเผชิญปัญหาความไม่เสมอภาคระหว่างเพศจึงเป็นปัญหาที่ทำให้เกิดทฤษฎีต่างๆขึ้นเพื่อนำไปสู่การแก้ปัญหาของความไม่เสมอภาคระหว่างเพศ⁶⁸ อย่างเช่น

ก. ทฤษฎี Formal Equality

อันเป็นแนวทางที่ศาลสูงของสหรัฐฯ ใช้กับปัญหาความไม่เสมอภาคระหว่างเพศ หากมองย้อนกลับไปสมัยของ Aristotle ซึ่งความเสมอภาค มีความหมายว่า การปฏิบัติต่อสิ่งที่เหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่ต่างกันให้ต่างกัน การให้ความหมายของความเสมอภาคเช่นนี้ทำให้เกิดคำถามในเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศว่า ควรถือว่าเพศหญิงและชายเหมือนกันและต้องปฏิบัติต่อหญิงและชายอย่างเดียวกัน หรือว่าหญิงและชายต่างกัน ไม่มีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน หรือยอมรับว่าหญิงและชายต่างกันแต่มีสิทธิที่จะได้รับความเท่าเทียมกัน

ปัญหาดังกล่าวได้มีทฤษฎีทางนิติสตรีนิยมเสนอแนวทางเข้าสู่ปัญหาไว้ 2 แนวทางคือ

1) ทฤษฎี Sameness Approach คือ ชายหญิงมีความเหมือนกัน เพียงได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน กฎหมายไม่ต้องสนใจความแตกต่างระหว่างเพศ

2) ทฤษฎี Difference Approach หรือเรียกอีกอย่างว่า Special Treatment Approach มีความคิดว่า กฎหมายต้องคำนึงถึงความแตกต่างระหว่างหญิงชาย ไม่ว่าจะมีความแตกต่างตามธรรมชาติหรือเป็นความแตกต่างอันเป็นผลที่เกิดขึ้นจากสังคม แนวทางนี้ปฏิเสธการให้ความเสมอภาคแต่เพียงรูปแบบแต่ต้องการความเสมอภาคตามเนื้อหา

ศาสตราจารย์ Wendy Williams ศาสตราจารย์ทางกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัย Georgetown เสนอความคิดให้นักสตรีนิยมต้องเลือกเอาแนวทางใดแนวทางหนึ่ง คือ จะเรียกร้องความเสมอภาคจากฐานความคิดที่ว่าหญิงชายเหมือนกัน หรือจะเรียกร้องให้มีการปฏิบัติเป็นพิเศษต่อสตรีจากฐานความคิดว่าทั้งสองเพศต่างกัน ซึ่งท่านสนับสนุนให้เลือกแนวทางที่ถือว่าหญิงชายเหมือนกัน เพราะความแตกต่างนั้น มีความหมายเดียว คือ หญิงเป็นฝ่ายต่างจากชาย อันทำให้การปฏิบัติต่อผู้หญิงเลวกว่า หรือ ต่ำกว่า ที่ปฏิบัติต่อผู้ชาย และท่าน

⁶⁸พรพรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, "Feminist Legal Theory", วารสารดุลพาน เล่ม 2 ปีที่46 (กรกฎาคม-ธันวาคม,2542),น.98-115.

ยังเห็นว่า การต่อสู้เพื่อสิทธิพิเศษสำหรับผู้หญิงหรือการเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อผู้หญิงดีกว่าที่ปฏิบัติต่อผู้ชายจะมีผลเป็นการตอกย้ำข้อสันนิษฐานทางวัฒนธรรมในเรื่องลักษณะของความ เป็นเพศหญิง ซึ่งในท้ายที่สุดจะมีผลทำให้ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างเพศดำรงอยู่ต่อไป

แนวคิดของศาสตราจารย์ Williams ถูกโต้แย้งว่า เป็นแนวทางที่เรียกร้องให้มีการ ปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (equal treatment approach) นั้น เป็นประโยชน์ต่อผู้หญิงที่สามารถเข้าถึง บรรทัดฐานของผู้ชาย แต่ไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้หญิงที่ยังดำรงบทบาทดั้งเดิมของผู้หญิง เช่น การ ให้กำเนิดและการเลี้ยงดูบุตร ซึ่งปัญหานี้มีนักสตรีนิยมหลายท่านเสนอให้กับแนวทางการเลือก ปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน เช่น

ศาสตราจารย์ Christine Littleton แห่งมหาวิทยาลัย California at Los Angeles ได้เสนอแนวทางการเลือกปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน โดยเน้นว่า ความเสียเปรียบของผู้หญิงไม่ได้ เกิดจากสภาพทางร่างกายแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังเกิดจากลักษณะเฉพาะของผู้หญิงที่เกิดจา กระบวนการทางสังคม (social traits) อีกด้วย โดยท่านเสนอว่า ความแตกต่างระหว่างเพศควร ถูกทำให้ไร้ค่า (costless) ด้วยการจำแนกแยกแยะหรือบ่งชี้งานหรือกิจกรรมต่างๆ ที่ชายหญิงเข้าไป มีส่วนร่วมและทำให้งานหรือกิจกรรมนั้นมีค่าเท่ากัน เพื่อทำให้ความสูญเสีย (cost) อันเกิด จากกรรมลักษณะเฉพาะของผู้หญิงหรือการทำกิจกรรมที่ถือเป็นเรื่องของผู้หญิงไม่มากไปกว่า การมีลักษณะเฉพาะของผู้ชายหรือการทำกิจกรรมที่ถือเป็นเรื่องของผู้ชาย ดังเช่น หญิงที่เป็น มารดาควรได้รับการยกย่องให้เกียรติ ได้รับค่าตอบแทน และได้รับสิทธิในการกลับเข้าทำงานใหม่ เท่ากับที่ทหารผ่านศึกได้รับ

ศาสตราจารย์ Sylvia A. Law ได้เสนอความเห็นต่อ Formal Equality ที่ พัฒนาขึ้นโดยศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ที่ถือว่า ความไม่เสมอภาคเกิดขึ้นเมื่อหญิงและชายได้รับการปฏิบัติต่างกัน ในกรณีที่ทั้งสองเพศเหมือนกันหรืออยู่ในสถานการณ์อย่างเดียวกัน หากไม่มี ความแตกต่างในทางชีวภาพ (biological differences) เข้ามาเกี่ยวข้อง รัฐไม่ควรปฏิบัติต่อ หญิงชายต่างกัน ท่านกล่าวว่า ความแตกต่างทางชีวภาพระหว่างชายหญิงในเรื่อง การสืบชาติพันธุ์ถูกใช้เป็นข้ออ้างเพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับกฎหมายหรือวัฒนธรรมที่ปฏิบัติต่อหญิง ชายให้ต่างกัน ทั้งที่มีได้สะท้อนความแตกต่างที่แท้จริงระหว่างชายหญิงแต่อย่างใด ทั้งยังตอกย้ำ สภาพความเป็นเป็ยล่างของผู้หญิงและสภาพความเป็นฝ่ายได้เปรียบของผู้ชาย ท่านจึงเสนอว่า หน้าทีที่เหมาะสมสำหรับกฎหมาย คือ การเคารพในสิทธิในการกำหนดตนเองไม่ว่าคนๆ นั้นจะเป็น ชายหรือหญิง มิใช่การบังคับให้เป็นไปตามสภาพหรือความรู้สึกทั่วไปว่าผู้หญิงและผู้ชายควร เป็นเช่นนั้นเช่นนี้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความยุติธรรม จึงต้องพุ่งความสนใจไปที่ความแตกต่าง ระหว่างผู้หญิงกับผู้ชายว่าอะไรคือความแตกต่างที่แท้จริง อะไรคืออคติ

ข. ทฤษฎี Dominance Theory⁶⁹

เป็นทฤษฎีที่มีอิทธิพลเป็นอย่างยิ่งต่อการถกเถียงในเรื่องสตรี ทฤษฎีนี้ได้รับการอธิบายจากศาสตราจารย์ Catharine Mackinnon ศาสตราจารย์ทางกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัย Michigan ท่านได้อธิบายแนวคิดหลักในกระแสความคิดทางการเมือง กฎหมาย และสังคม โดยมองว่า ความเสมอภาค คือ ความเท่ากันหรือเหมือนกัน (equivalence) ไม่ใช่ความแตกต่างหรือลักษณะเฉพาะ (distinction) แต่มองว่า เพศ คือ ความแตกต่าง ผลที่เกิดขึ้น คือ การปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมายกลายเป็นเรื่องของการปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อสิ่งที่เหมือนกัน และปฏิบัติต่างกันต่อสิ่งที่ต่างกัน และเพศก็ถูกกำหนดจากความไม่เหมือนกันและกัน หรือกล่าวได้ว่า เพศถูกสังคมกำหนดว่าเป็นสิ่งที่แตกต่าง กฎหมายป้องกันการเลือกปฏิบัติทางเพศจากความเสมอภาคระหว่างหญิงชายเข้าไว้กับความแตกต่าง อันเป็นความแตกต่างโดยหลักการ คำว่า “ความเสมอภาคระหว่างเพศ” จึงกลายเป็นคำที่มีความขัดแย้งในตัวเอง เพราะฐานความคิดของ “ความเสมอภาค” คือ ความเท่าเทียมกันหรือความเหมือนกัน แต่ฐานความคิดของ “เพศ” คือ ความแตกต่างหรือลักษณะพิเศษ อันอาจเป็นเหตุผลที่ทำให้เข้าใจได้ว่าทำไมการได้มาซึ่งความเสมอภาคระหว่างเพศจึงเป็นเรื่องยากนัก และท่านได้กล่าวว่า การได้มาซึ่งความเสมอภาคระหว่างเพศตามแนวทางนี้มีให้เลือกสองทาง คือ หนึ่ง คือ เป็นอย่างที่คุณชายเป็น แนวทางนี้เรียกว่า “หลักการความไม่มีเพศ”(gender neutrality) หรือความเสมอภาคตามรูปแบบ (formal equality) ในทางปรัชญาจัดว่าเป็นมาตรฐานเดียว สอง คือ เป็นสิ่งที่ต่างจากผู้ชาย แนวทางนี้เรียกว่า กฎแห่งผลประโยชน์พิเศษหรือความคุ้มครองพิเศษ เป็นมาตรฐานคู่ในทางปรัชญา หากพิจารณาแล้วแนวทางที่สองเป็นเพียงข้อยกเว้นของความเสมอภาคที่แท้จริงและไม่ใช้หลักนิติธรรมโดยแท้

ศาสตราจารย์ Mackinnon ชี้ให้เห็นว่า สิ่งที่ซ่อนอยู่ภายใต้ทางเลือกทั้งสอง คือ เพศชาย เป็นผู้วัดสรรพสิ่ง ทุกสิ่งถูกตัดสินหรือประเมินคุณค่าโดยเพศชาย “ความเหมือนกัน” สำหรับทางเลือกที่หนึ่งแท้จริง คือ หญิงเหมือนชายมากน้อยแค่ไหน “ความต่างกัน” สำหรับทางเลือกที่สอง คือ หญิงต่างจากชายมากน้อยแค่ไหน ความไม่มีเพศหรือสภาพที่เป็นกลางระหว่างเพศแท้จริงเป็นมาตรฐานของผู้ชายเท่านั้น กฎเกณฑ์เรื่องการให้ความคุ้มครองพิเศษเป็นเพียงมาตรฐานของผู้หญิง ไม่ว่าจะแบบใดแหล่งอ้างอิงของทั้งสองแบบ คือ “ความเป็นผู้ชาย” การ

⁶⁹อ่านรายละเอียดได้ใน Catharine Mackinnon, “Difference and Dominance : On sex Discrimination”, in D.Kelly Weisberg (ed),Feminist Legal Theory Foundations,pp.276-285 อ้างถึงใน พรพรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์,เพิงอ้าง.

มองปัญหาการเลือกปฏิบัติทางเพศ ด้วยกรอบความคิดว่า เรื่องชายหญิงเป็นคำถามเรื่องความแตกต่าง ส่วนเรื่องความเสมอภาคเป็นคำถามเรื่องความเหมือน ให้ทางเลือกสองทางแก่กฎหมายที่จะมองผู้หญิงด้วยมาตรฐานของผู้ชายและเรียกว่านี่คือความเสมอภาคระหว่างเพศ

ความเสมอภาคระหว่างเพศ ปัญหาที่สำคัญ คือ ทำอย่างไรผู้หญิงจึงจะเข้าถึงหรือได้รับในทุกสิ่งที่ผู้หญิงถูกกีดกันหรือถูกตัดออกไป ในขณะที่เดียวกันก็ให้คุณค่าต่อสิ่งที่ผู้หญิงเป็นหรือได้รับความยินยอมให้เป็น ไม่ถูกพรากจากสิ่งอันเป็นที่ต้องการของทุกชีวิต และได้รับการพิจารณาอย่างจริงจัง ทางเลือกหนึ่ง คือ การยึดถือความไม่มีเพศ (gender neutrality) คือ การไม่ยอมให้นำความเป็นผู้หญิงหรือความเป็นผู้ชายมาเป็นข้อพิจารณา ถือว่าผู้หญิงกับผู้ชายมีความสามารถเท่ากัน อะไรที่ผู้ชายทำได้ผู้หญิงก็ทำได้เช่นกัน ทางเลือกนี้ยอมจะทำให้ผู้หญิงได้รับโอกาสในด้านต่างๆ มากขึ้น

ค. ทฤษฎี Hedonic Feminism⁷⁰

ศาสตราจารย์ Robin L. West ศาสตราจารย์ทางกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัย Maryland ได้นำเรื่องความแตกต่างในการรับรู้ทุกข์สุขของชายหญิงมาเป็นประเด็นพิจารณาทั้งในเชิงคุณภาพและในเชิงปริมาณ ว่า ผู้หญิงทุกข์มากกว่าผู้ชาย เหตุผลหนึ่งเพราะสิ่งใดที่เป็นความสุขความพึงพอใจของผู้ชายสิ่งนั้นมักเป็นความทุกข์ความเจ็บปวดของผู้หญิง เช่น การล่วงละเมิดทางเพศ (sexual harassment) ความเจ็บปวดและความเสียหายของผู้หญิงไม่ได้รับการยอมรับและการชดเชยเยียวยาจากกฎหมาย กฎหมายมองภัยอันตรายที่เกิดกับผู้หญิงโดยเฉพาะว่าเป็นเรื่องเล็กน้อย เช่น การล่วงละเมิดทางเพศตามท้องถนน การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานโดยมองว่าเป็นเรื่องความยินยอม มองการข่มขืนโดยคู่สมรสถือเป็นเรื่องชวนหัว และมองว่าการใช้ความรุนแรงในครอบครัวเป็นเรื่อง “ภายในครอบครัว” เป็นต้น เหตุผลว่าทำไมความทุกข์ความเจ็บปวดของผู้หญิงจึงถูกละเลยหรือเป็นเรื่องเล็กน้อยในกฎหมายไม่เป็นที่ชัดเจนนัก ซึ่งท่านได้กล่าวว่า ความเจ็บปวดของผู้หญิงไม่เป็นที่เข้าใจ และเหตุที่ความเจ็บปวดของผู้หญิงไม่เป็นที่เข้าใจเพราะเป็นความเจ็บปวดที่ต่างกัน ต่างกันที่ตัวความเจ็บปวดเอง ไม่ใช่เพียงเพราะความเจ็บปวดนั้นเป็นผลที่เกิดขึ้นจากความแตกต่างของหญิงชาย ดังนั้น การที่ผู้หญิง

⁷⁰อ่านรายละเอียดใน Robin L. West, The difference in Women's hedonic Lives : A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory, 3 Wis. Women's L.J., or in Mary Becker, Cynthia Grant Bowman, and Morrison Torrey, Feminist Jurisprudence Taking Women Seriously, pp.90-95, อ้างถึงใน พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, เฝิงอ้อาง.

ทุกข์มากกว่าจึงอาจเป็นเพราะผู้หญิงทุกข์ต่างจากผู้ชาย ผู้ชายไม่ได้ร่วมในความรู้สึกนี้จึงไม่น่าแปลกใจว่า เหตุใดผู้ชายจึงไม่ใส่ใจความทุกข์ของผู้หญิง

ไม่เพียงแต่กฎหมายเท่านั้นที่เห็นความทุกข์ของผู้หญิงเป็นเรื่องเล็กน้อย ผู้หญิงเองก็ทำเช่นนั้นด้วยเหมือนกัน ผู้หญิงละเลยตนเองเพื่อตอบสนองต่อความเสียหายที่มองว่าเป็นเรื่องเล็กน้อย ผู้หญิงตอบสนองต่อความเจ็บปวดหรือความเสียหายว่าเป็นเรื่องความสมัครใจด้วยการปฏิเสธข้างในตัวตนของผู้หญิงเอง ในทางตรงกันข้าม ถ้าผู้หญิงมองว่าความเจ็บปวดคือความเจ็บปวด ผู้หญิงตอบสนองต่อความเจ็บปวดด้วยการต่อต้านแหล่งที่มาของความเจ็บปวด ศาสตราจารย์ West เสนอว่า ผู้หญิงต้องทำให้ตัวตนที่ถูกทำร้ายมีปากเสียงแม้จะทำให้ดูเป็นเด็กมากกว่าผู้ใหญ่ แม้จะเป็นเรื่องเล็กน้อย และแม้จะเป็นการพูดภาษาที่ไม่ได้ยินกันในที่สาธารณะก็ตาม

ศาสตราจารย์ West ตั้งคำถามว่า ผู้หญิงได้ตอบสนองต่อความกลัวที่เกิดขึ้นจากความรุนแรงที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวันอย่างไร ความกลัวนั้นสอนอะไรผู้หญิง ผู้หญิงไม่สามารถมีชีวิตอยู่กับความกลัวที่เกิดขึ้นทุกวันและสิ่งที่ผู้หญิงที่ถูกสามีทำร้าย การเรียนรู้ ก็คือ การกำหนดตนเองในวิถีทางที่ทำให้ตนเองเลียงจากความกลัว นั่นก็คือ การมีชีวิตอยู่เพื่อคนอื่น เหตุผลเพียงอย่างเดียว แรงจูงใจเพียงอย่างเดียว คือ เพื่อตอบสนองความต้องการของคนอื่น ความกลัวสอนให้รู้ว่าการกระทำเพื่อตนเอง เพื่อความสุข เพื่อความต้องการของตนเอง เป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ คิดไม่ได้ และมีไม่ได้

จะเห็นว่า ทฤษฎีต่างๆ ของนักนิติสตรีนิยมที่ยกตัวอย่างกล่าวนั้นแม้จะมีความแตกต่างในทางความคิดหลายประเด็น แต่ก็ให้ความสนใจร่วมกันในสิ่งที่ขาดหายไปนั่นก็คือ การทำความเข้าใจกับการกดขี่ผู้หญิงโดยกระบวนการทางกฎหมาย และความพยายามที่จะใช้กฎหมายเพื่อยุติสภาพการเป็นเบี้ยล่างของผู้หญิง นักนิติสตรีศาสตร์จึงวิเคราะห์และวิพากษ์สถานภาพของผู้หญิง และบทบาทกฎหมายในการดำรงอยู่ของระบบผู้ชายเป็นใหญ่ โดยผ่านมุมมองและประสบการณ์ของผู้หญิง ผลที่ได้จึงต่างจากการมองกฎหมายโดยผ่านมุมมองและประสบการณ์ของฝ่ายชายอันเป็นฝ่ายที่ครอบงำความคิดและความเชื่อ

หลักความเสมอภาคระหว่างเพศ จึงหมายถึง การยอมรับและเห็นคุณค่าของความแตกต่างระหว่างผู้หญิงและผู้ชาย และบทบาทที่แตกต่างกันทางสังคม รวมถึงการหาช่องทางที่จะปรับเปลี่ยนโครงสร้างทางสังคมให้มีความสมดุลในเชิงอำนาจระหว่างผู้หญิงและผู้ชาย ให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด โดยมีเจตจำนงอันแน่วแน่ที่จะให้ทุกคนตามส่วนที่เขาควรจะได้ สภาพการอยู่ร่วมกันของคนทั้งสองเพศ โดยการสร้างความเข้าใจและยอมรับความแตกต่างทางสังคมของผู้หญิงและผู้ชาย โดยการสร้างกระแสความเสมอภาคระหว่างชายหญิง(Mainstreaming

Gender) ที่เน้นการปรับความสัมพันธ์เชิงอำนาจในด้านการใช้ทรัพยากร การควบคุม การตัดสินใจ และการได้รับประโยชน์ โดยให้ผู้หญิงมีส่วนร่วมในทุกขั้นตอนของโครงสร้าง ความเสมอภาคระหว่างชายหญิง จึงเป็นการที่ผู้หญิงและผู้ชายมีสถานภาพที่เท่าเทียมกันในสังคม เงื่อนไขทางสังคมต่อผู้หญิงและผู้ชายเอื้อต่อการมีและใช้สิทธิของความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกัน และเอื้อต่อการสร้างประโยชน์ทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง

ดังนั้น ความเสมอภาคระหว่างผู้ชายกับผู้หญิงจึงมีข้อพิจารณาว่า การมีลักษณะที่แตกต่างกันของผู้ชายและผู้หญิงถือเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์หรือไม่ หากเห็นว่ามนุษย์ไม่ว่าจะผู้ชายหรือผู้หญิงต่างเกิดมาโดยเท่าเทียมกัน คือ ทั้งผู้ชายและผู้หญิงต่างมีคุณค่าของความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกันมาโดยกำเนิดซึ่งเป็นความชอบธรรมที่แท้จริงของความเสมอภาคแล้ว ความแตกต่างทางเพศหรือความเป็นชายหรือหญิงย่อมไม่ใช่สาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ แต่สิ่งที่ทำให้มนุษย์ทุกคนมีความแตกต่างกันนั้นก็คือความแตกต่างในทางกายภาพ เช่น เชื้อชาติ สภาพสังคม ศาสนา วัฒนธรรมประเพณี เป็นต้น

หลักความเสมอภาคจึงเป็นการปฏิบัติหรือการตรากฎหมายที่แตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ซึ่งจะต้องมีเหตุผลที่สามารถอธิบายได้ หรือในกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติ การเลือกปฏิบัตินั้นก็เพราะเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม แต่ทั้งนี้ก็ต้องเป็นการเลือกปฏิบัติที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายด้วย จึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคม ซึ่งจะศึกษาถึงข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุระหว่างเพศ

2.2.2.1 ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุระหว่างเพศ ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติ หมายถึง บุคคลไม่อาจได้รับการเลือกปฏิบัติอันทำให้บุคคลนั้นได้เปรียบหรือเสียเปรียบกันเนื่องมาจากคุณสมบัติที่กำหนดไว้ได้

ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติที่นำมาสู่หลักความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมายซึ่งนานาประเทศต่างให้การยอมรับ โดยได้ระบุหลักความเสมอภาคไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ อาจแบ่งได้เป็น

- 1) หลักความเสมอภาคทั่วไป คือ ไม่เจาะจงกลุ่มเป้าหมาย เป็นหลักที่ใช้ได้กับทุกคน เช่น ความเสมอภาคทางเศรษฐกิจ
- 2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง คือ มีการเจาะจงกลุ่มเป้าหมาย เช่น ความเสมอภาคในการทำงานของลูกจ้างหญิง ความเสมอภาคของสตรีที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ เป็นต้น

ในกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องให้ความคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ และห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศ อย่างเช่น

ในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 กำหนดไว้ในข้อ 1 ว่า “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี” หมายถึง การแบ่งแยก (distinction) การกีดกัน (exclusion) หรือการจำกัด (restriction) ใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับการได้อุปโภคหรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่เลือกสถานภาพด้านการสมรส บนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมือง หรือด้านอื่นๆ

ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 2 วรรคแรก ระบุว่า “บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพบรรดาที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้ โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นใด ชาติ หรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด....”

และข้อบทที่ 7 ให้การยอมรับว่า “ทุกๆ คนต่างมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย และชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่ากันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ทุกคนชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมต่อการเลือกปฏิบัติใดๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนต่อปฏิญญานี้ และการ ยุยงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นว่านั้น”

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อบทที่ 26 ให้การรับรองว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันเบื้องหน้ากฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นเรื่องอื่นๆ ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม กำเนิด ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ”

โดยความหมายของการกำหนดคุณสมบัติที่ไม่อาจนำมาเป็นเหตุให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติข้างต้นเหล่านั้น หมายถึงการทำให้เกิดความแน่ใจขั้นต่ำสุดต่อการเลือกปฏิบัติว่าจะไม่มีการอาศัยเพียงแต่สิ่งที่กำหนดไว้นั้นมาเป็นเหตุให้มีการเลือกปฏิบัติได้

ด้วยบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศจึงทำให้รัฐภาคีสมาชิกจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องนำหลักการดังกล่าวมาเป็นหลักพื้นฐานอันนำไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยได้ระบุไว้

ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บทในการปกครองประเทศ ด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศจึงทำให้หลักความเสมอภาคผูกพันองค์กรของรัฐให้ต้องปฏิบัติตาม และปัจจุบันรัฐธรรมนูญเกือบทุกประเทศทั่วโลกต่างได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ อย่างเช่น

(1) รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

ด้วยหลักความเสมอภาคได้ปรากฏอยู่ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 ดังนี้ “..สภานิติบัญญัติแห่งชาตินี้ จึงรับรองและประกาศสิทธิต่อไปนี้ของมนุษย์และพลเมืองแต่ละคนภายใต้การคุ้มครองของพระเจ้า

มาตรา 1 มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน

มาตรา 2 วัตถุประสงค์ของสังคมการเมืองทุกสังคมย่อมเป็นไปเพื่อการคุ้มครองรักษาสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งไม่มีอายุความของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ความมั่นคงปลอดภัยและการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง

มาตรา 6 กฎหมายต้องเป็นสิ่งที่เหมือนกันสำหรับทุกคน ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือการลงโทษ พลเมืองย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย⁷¹

การประกาศรับรองหลักแห่งความเสมอภาคที่ปรากฏอยู่ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ได้เป็นต้นแบบของกฎหมายฝรั่งเศสที่ตามมาภายหลังว่า การบัญญัติตัวบทกฎหมายใดๆ นั้นจะต้องคำนึงและเคารพถึงหลักแห่งความเสมอภาค ดังปรากฏอยู่ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1946 วรรค 3 ที่ว่า “กฎหมายให้หลักประกันว่าสิทธิของผู้หญิงเท่าเทียมกันกับสิทธิของผู้ชาย” และในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1958 มาตรา 1 ว่า “ฝรั่งเศส... รับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชน โดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา...”

ด้วยเหตุนี้หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ดังนั้น องค์กรของรัฐจึงต้องรับรองและต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด

(2) รัฐธรรมนูญเยอรมัน

รัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 3 ว่า

“(1) บุคคลย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย

⁷¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น.73-74.

(2) ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ให้รัฐดำเนินการสนับสนุนเพื่อบรรลุเป้าหมายแห่งความมีสิทธิเท่าเทียมกันของหญิงและชาย และก่อให้เกิดผลในการขจัดความไม่เท่าเทียมกันที่มีอยู่

(3) บุคคลไม่อาจจะถูกเลือกปฏิบัติได้เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด และเผ่าพันธุ์ ความเชื่อ ความคิดในทางศาสนาหรือการเมือง บุคคลไม่อาจได้รับการปฏิบัติอย่างเสียเปรียบเพราะเหตุแห่งความพิการของบุคคลนั้น”

จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 3 โดย (1) เป็นหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (2) เป็นหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องระหว่างชายและหญิง และ (3) เป็นเรื่องหลักข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ มาตราดังกล่าวถือเป็นแนวคิดพื้นฐานแห่งรัฐในการกำหนดขอบเขตอำนาจมหาชนกับสิทธิของปัจเจกบุคคล ซึ่งองค์กรของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจมหาชนจึงต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคเป็นสำคัญ

(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2550) ได้บัญญัติรับรองความเสมอภาคไว้ในมาตรา 30 ว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะทำได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่าเป็นการนำมาจากมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมันฉบับปัจจุบัน โดยวรรคแรก เป็นการรับรองหลักความเสมอภาคเบื้องต้นตามกฎหมาย (Equality before the law) วรรคสองรับรองความเสมอภาคระหว่างเพศ และวรรคสามกำหนดห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม แต่ในวรรคท้ายรัฐธรรมนูญไทยยังให้การรับรองว่าให้รัฐสามารถเลือกปฏิบัติอันเป็นการลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ได้

จากบทบัญญัติที่รับรองหลักความเสมอภาค จะสังเกตได้ว่าการระบุบทบัญญัติในกฎหมายนั้นมีวิธีการในการรับรองหลักแห่งความเสมอภาคอยู่สามวิธี คือ

วิธีแรก เป็นวิธีที่ใช้โดยทั่วไป แม้กฎหมายจะไม่ระบุคำว่า “เสมอกัน” “เสมอภาค” หรือ “เท่าเทียมกัน” ไว้ แต่กฎหมายก็มีลักษณะที่เข้ากับบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน

วิธีที่สอง เป็นวิธีที่กฎหมายระบุคำว่า “เสมอกัน” “เสมอภาค” หรืออื่นๆ ในลักษณะเดียวกันอย่างชัดเจน

วิธีที่สาม เป็นวิธีที่กฎหมายบัญญัติในทางตรงกันข้ามโดยห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติเป็นต้น

จึงสรุปได้ว่า ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุระหว่างเพศ ก็คือ บุคคลไม่ว่าจะได้รับการเลือกปฏิบัติอันทำให้บุคคลนั้นได้เปรียบหรือเสียเปรียบอันเนื่องมาจากสาเหตุของความแตกต่างระหว่างเพศ โดยห้ามมิให้มีการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภคหรือใช้สิทธิใดๆ อันตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคระหว่างสตรีกับบุรุษของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

2.2.2.2 ข้อยกเว้น ข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติที่ถือว่าเป็นธรรมไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคอันเกิดจากสภาพเรื่องที่แตกต่างกัน คือ หากมิใช่สถานการณ์หรือสภาพอย่างเดียวกัน ย่อมมีกฎหมายที่จะกำหนดเนื้อหารายละเอียดในการปฏิบัติต่อบุคคลนั้นๆ ให้แตกต่างกันได้ แต่กฎเกณฑ์ที่ใช้ปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์โดยรวมในเรื่องนั้นๆ และต้องมีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้นด้วย ข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค

ข้อยกเว้นในการเลือกปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค⁷² มีหลักเกณฑ์กว้างๆ ดังนี้

(1) ต้องใช้กฎเกณฑ์อันเดียวกันกับทุกคนเว้นแต่ว่าสถานการณ์แตกต่างกันไป คือ ต้องใช้กฎเกณฑ์เดียวกันในสถานการณ์เดียวกัน เว้นแต่ว่าสถานการณ์นั้นแตกต่างกันออกไป จึงเป็นการต้องห้ามแก่ผู้บัญญัติกฎเกณฑ์ที่จะต้องไม่ออกกฎเกณฑ์ให้มีผลไม่เสมอภาคแก่บุคคล กล่าวคือ เหตุการณ์ที่เหมือนกันหรือที่เหมือนกันในสาระสำคัญนั้นต้องได้รับการปฏิบัติโดยกฎเกณฑ์เช่นเดียวกัน แต่หากมิใช่เรื่องที่มีสภาพการณ์อย่างเดียวกันก็สามารถปฏิบัติให้แตกต่างกันได้

(2) การใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้นต้องมีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้น กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่นำมาใช้ต้องมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้นแม้จะอยู่ในสถานะที่เหมือนกันแต่ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญนั้นแตกต่างกันแล้ว กฎเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับนั้นต้องแตกต่างกันไปด้วย แต่ถ้าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เป็นสาระสำคัญและอยู่ในสถานะที่เหมือนกันแล้ว กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับนั้นจะต้องเป็นกฎเกณฑ์เดียวกัน

⁷² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “หลักความเสมอภาค”, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 100.

(3) การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน การปฏิบัติต่อบุคคลตามหลักความเสมอภาคย่อมต้องคำนึงถึงเรื่องประโยชน์สาธารณะเหนือประโยชน์ส่วนบุคคลหรือประโยชน์ของปัจเจกชน ดังนี้จะอ้างหลักความเสมอภาคในการใช้กฎเกณฑ์เพื่อมาคุ้มครองปัจเจกชนนั้นหาได้ไม่

เนื่องจากหลักการนี้ถือเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชน ที่จะต้องทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์มหาชนกับการคุ้มครองซึ่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ในบางกรณีอาจมีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้หากมีความจำเป็นอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน เช่น การกำหนดโทษปรับสำหรับผู้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในอัตราที่ค่อนข้างสูงมากเมื่อเทียบกับโทษปรับที่กำหนดสำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎจราจร ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค เพราะกรณีโทษปรับสำหรับการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมนั้นถือเป็นกรณีที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของมหาชนมากกว่า⁷³ หรือกรณีการออกกฎหมายเพื่อเอื้อประโยชน์ของส่วนรวมแม้จะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค อย่างไรก็ตามการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมจะต้องคำนึงถึงลักษณะของบริการสาธารณะและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการเลือกปฏิบัติด้วย กรณีที่บริการสาธารณะเป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า (เช่น กิจการประปา บำบัดน้ำเสีย ขนส่ง ตลาด) การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมหรือราคาย่อมแตกต่างกันได้ โดยการใช้ที่อยู่อาศัย (le lieu de residence) เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าธรรมเนียมเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม แต่หากใช้สถานะทางการเงินเป็นเกณฑ์ในการเลือกปฏิบัติเพื่อรับนักเรียนเข้าศึกษา ศาลปกครองฝรั่งเศสเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม⁷⁴ เป็นต้น

(4) การอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อไม่ต้องเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาคนั้นจะต้องไม่เป็นการก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ การอ้างประโยชน์สาธารณะในการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นแม้จะถือว่าการกระทบต่อหลักแห่งความเสมอภาคและก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติก็ตาม แต่การกระทำนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ ถ้าเป็นเช่นนั้นแล้วก็ไม่สามารถใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ การแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้นั้นเห็นได้ชัดคือ การแบ่งแยกที่ต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศและตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น การแบ่งแยกในเรื่องเพศ ชาติกำเนิด ศาสนา เป็นต้น

⁷³ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 56, น. 20.

⁷⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57, น. 169.

(5) การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่

การเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ (la discrimination positive) หรือการปฏิบัติทางบวก (l'action positive หรือ l'affirmative action) คือ การดำเนินการตามกฎหมายที่แตกต่างกันในลักษณะชั่วคราวที่ผู้มีอำนาจกำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและยกระดับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่นเพื่อทดแทนความไม่เท่าเทียมกันที่ดำรงอยู่⁷⁵

การเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ได้รับการยอมรับจากศาลประชาคมยุโรป โดยศาลนำคดีภาษาฝรั่งเศสว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาตัดสินในคดี Affaire linguistique belge ลงวันที่ 27 กรกฎาคม 1968 ว่า “ความไม่เสมอภาคทางกฎหมายบางประเภทมีขึ้นเพื่อแก้ไขความไม่เสมอภาค ในทางความเป็นจริง”⁷⁶

(6) การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากระบบที่แตกต่างกัน

การปฏิบัติให้แตกต่างกันอาจมีผลสืบเนื่องมาจากการมีระบบที่แตกต่างกัน การพิจารณาว่ามีการปฏิบัติเท่าเทียมกันหรือไม่ ต้องมีการเปรียบเทียบว่าอยู่ในระบบเดียวกันหรือไม่

สิ่งที่ถือเป็นกรณีที่ระบบหรือสภาพของเรื่องแตกต่างกันเป็นไปในหลายกรณี เช่น ขนบธรรมเนียมประเพณี⁷⁷ แต่ประชาชนมักจะเห็นว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกันตามขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่การพิจารณาว่าประเพณีใดถูกต้องหรือไม่นั้นจะต้องไม่ยึดหลักความยาวนานของประเพณีนั้นเป็นเกณฑ์ แต่ควรที่จะยึดหลักความถูกต้อง ตามหลักภายในของประเทศนั้นๆ ตัวอย่างของความแตกต่างทางประเพณี เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 กำหนดให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก บังคับแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่คู่ความนับถือศาสนาอิสลาม เป็นต้น นอกจากระบบที่แตกต่างกันก็สามารถทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้⁷⁸ เช่น การที่กฎหมายไม่กำหนดให้ข้าราชการ ทหารหรือตำรวจ มีสิทธิในการประท้วงการนัดหยุดงานอย่างเช่นที่ระบบของลูกจ้างเอกชนสามารถทำได้เพราะระบบของราชการกับระบบของภาคเอกชนนั้นแตกต่างกัน

⁷⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เพ็ญอ้าง*, น.170-171.

⁷⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เพ็ญอ้าง*, น.170 .

⁷⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 57, น.21.

⁷⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, *เพ็ญอ้าง*, น.21.

(7) การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากประเพณี การที่สังคมหนึ่งๆ มีขนบธรรมเนียมประเพณีที่แตกต่างกัน อาจเป็นเหตุผลในการปฏิบัติให้แตกต่างกัน โดยการปฏิบัติตามขนบธรรมเนียมนั้นต้องไม่ยึดหลักการปฏิบัติกันมายาวนานเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความถูกต้อง แต่จะต้องใช้หลักความยุติธรรมของประชาชนในขณะปัจจุบันเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ในกรณีการห้ามเข้าพื้นที่ชั้นในของพระธาตุ ของสตรีนั้น บทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน โดยไม่มีการตราพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายของล้านนา เพราะศาสนา ล้านนาไม่มี แต่ศาสนาพุทธด้วยกันเปรียบเหมือนระบบที่เหมือนกัน แต่ถ้าเทียบกับศาสนาอิสลามแล้ว จะเป็นคนละระบบกัน เพราะถือเป็นคนละศาสนา แต่กรณีของชาวล้านนาในการห้ามผู้หญิงเข้าไปในพื้นที่ชั้นในของพุทธศาสนสถานนั้น ไม่ใช่หลักการทางพระพุทธศาสนาแต่เป็นจารีตประเพณีของชุมชนชาวล้านนา โดยที่หาเหตุผลในการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างผู้หญิงกับผู้ชายในเชิงประจักษ์ยอมรับในความถูกต้องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรูปธรรมไม่ได้ ดังนั้น การห้ามผู้หญิงเข้าไปในพื้นที่ของพระธาตุนั้นจึงไม่ใช่การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมที่เกิดจากสภาพจากเรื่องที่แตกต่างกัน⁷⁹

(8) กรณีการกำหนดเรื่องนั้นๆ โดยองค์กรที่ต่างกัน เกี่ยวกับกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน ได้เคยวินิจฉัยว่า องค์กรของรัฐ (สหพันธ์, มลรัฐ, องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนิติบุคคลมหาชนอื่นๆ, และศาล) จะต้องยึดหลักความเสมอภาคในส่วนขอข้อเท็จจริงที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน ในกรณีที่ข้อเท็จจริงเดียวกันแต่มีการปฏิบัติไม่เหมือนกันโดยองค์กรที่แตกต่างกัน เช่น มลรัฐต่างมลรัฐกัน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างองค์กรกัน หรือนิติบุคคลมหาชนอื่นๆ ที่เป็น คนละนิติบุคคลกัน ย่อมไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค

ดังนั้น ข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติที่ถือว่าเป็นธรรมและไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค ก็คือ หากมิใช่สถานการณ์หรือสภาพอย่างเดียวกันย่อมมีกฎหมายที่จะกำหนดเนื้อหารายละเอียดในการปฏิบัติต่อบุคคลนั้นๆ ให้แตกต่างกันได้ แต่กฎเกณฑ์ที่ใช้ปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์โดยรวมในเรื่องนั้นๆ และต้องมีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้นด้วย

⁷⁹ ฉัตรชัย สลักคำ, “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี : ศึกษาการห้ามสตรีเข้าไปในพื้นที่ชั้นในของพุทธศาสนสถานที่บรรจุพระบรมสารีริกธาตุ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.36.

2.2.3 ปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อความไม่เสมอภาคระหว่างเพศ

ในข้อนี้จะศึกษาปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อความไม่เสมอภาคทางเพศ โดยจะศึกษาถึงปัจจัยทั่วไปซึ่งเป็นแนวคิดที่ถูกสังเขปมานานและเป็นแนวคิดของคนส่วนใหญ่ ต่อจากนั้นจึงศึกษาปัจจัยเฉพาะอันเกิดจากสภาพในสังคมไทย

2.2.3.1 ปัจจัยทั่วไป จากการศึกษาพบว่า การสร้างความเป็นเพศนั้นเกิดจากสรีระร่างกาย (sex) และเพศภาวะ (Gender) หรือวัฒนธรรมทางสังคมเป็นตัวสร้างความเป็นเพศและบางครั้งคุณลักษณะของแต่ละเพศที่ปรากฏไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ แต่ถูกสร้างขึ้นโดยผ่านกระบวนการขัดเกลาทางสังคมที่ซับซ้อนเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นตัวตนของคนในสังคม ความเป็นเพศจึงเป็นตัวกำหนดความเป็นตัวตน ทักษะและความสัมพันธ์ที่มีต่อผู้อื่นของคนในแต่ละเพศ ดังนั้น การสร้างความเป็นเพศจึงผ่านกระบวนการขัดเกลาทางสังคมซึ่งมีมาตั้งแต่เมื่อคลอดเป็นทารก

การที่สังคมกำหนดความเป็นเพศโดยให้ผู้หญิงมีคุณลักษณะบางอย่างและผู้ชายมีคุณลักษณะและเชื่อว่าเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้จึงนำไปสู่การกำหนดบทบาทหน้าที่รวมทั้งสถานะสูงต่ำที่แตกต่างกันของบุคคลทั้งสองเพศ ซึ่งผู้หญิงมักอยู่ในสถานะที่ด้อยกว่า เป็นผู้ตาม เป็นผู้ถูกกำหนด ในขณะที่ผู้ชายเป็นผู้ที่อยู่ในฐานะที่เหนือกว่า เป็นผู้นำ เป็นผู้กำหนด เช่น ความเชื่อที่ว่าผู้หญิงมีหน้าที่เลี้ยงดูลูกและดูแลครอบครัว จึงนำไปสู่การที่ครอบครัวไม่สนับสนุนให้เด็กหญิงได้รับการศึกษาโดยเฉพาะครอบครัวที่มีฐานะยากจน แต่ผู้ชายจะได้รับการศึกษาเพราะเชื่อว่าผู้ชายมีหน้าที่ในการเป็นผู้นำของครอบครัว ความเชื่อเช่นนี้ทำให้ผู้หญิงในโลกนี้มีสัดส่วนของการไม่รู้หนังสือจำนวนมากกว่าผู้ชาย และเนื่องจากการด้อยการศึกษาทำให้ผู้หญิงส่วนใหญ่มีสัดส่วนการทำงานที่ไร้ทักษะและได้รับค่าจ้างงานต่ำกว่าผู้ชายอย่างมากและนำไปสู่การที่ผู้หญิงอยู่ในกลุ่มที่มีความยากจนในสัดส่วนที่มากกว่าผู้ชาย ความเชื่อที่ว่าผู้หญิงเป็นเพศที่ไร้เหตุผล ชอบใช้อารมณ์ ไม่สามารถคิดอะไรที่ซับซ้อนได้ ไม่สามารถคิดอะไรในระดับที่นอกเหนือจากประสบการณ์ได้ ไม่สามารถตัดสินใจในปัญหาที่สำคัญได้ ทำให้ผู้หญิงไม่ได้รับการสนับสนุน ไม่ได้มีความสนใจและไม่ได้รับการยอมรับในการเป็นผู้นำไม่ว่าในระดับใดๆ และทำให้สัดส่วนของผู้หญิงที่จะอยู่ในระดับผู้นำที่มีโอกาสในการตัดสินใจในเรื่องที่มีผลกระทบต่อชีวิตของประชาชนส่วนใหญ่จึงมีน้อยมาก ทั้งๆที่ในปัจจุบันมีผู้หญิงอยู่กว่าครึ่งโลก

แนวคิดที่ว่าผู้หญิงและผู้ชายมีความแตกต่างกันเนื่องจากพื้นฐานที่ต่างกัน ไม่ว่าจะ เป็นสรีระทางร่างกาย และสภาพจิตใจ ด้วยความเข้าใจว่าผู้ชายมีสรีระที่แข็งแรงกว่าผู้หญิง จึงมีหน้าที่ปกป้องดูแลผู้หญิงซึ่งมีความอ่อนแอกว่า และผู้ชายมีจิตใจที่แข็งแกร่งและเข้มแข็งกว่า

ผู้หญิง จึงสมควรเป็นผู้ตัดสินใจ และเป็นผู้นำในด้านต่างๆ โดยที่ผู้หญิงสมควรเป็นผู้ตามและมีหน้าที่ทำงานบ้าน ปรนนิบัติและดูแลผู้ชาย ความคิดเหล่านี้ยังมีอิทธิพลอยู่มากในหลายๆ สังคม เพราะการกำหนดบทบาทในความแตกต่างทางเพศโดยอ้างความแตกต่างด้านร่างกาย จิตใจ และฮอร์โมน ทำให้พฤติกรรมทางเพศแตกต่างกัน โดยถือว่าผู้ชาย เป็นเพศที่แข็งแรง มีความเด็ดเดี่ยวหนักแน่น ไม่ใช้อารมณ์ ไม่มีอคติ มีเหตุผล กล้าแสดงออก กล้าตัดสินใจและมีความเชื่อมั่นในตนเองสูง โดยเฉพาะการมีอำนาจและพลังกำลังที่เหนือกว่าผู้หญิง และมองว่าผู้หญิงเป็นเพศที่อ่อนแอและอ่อนไหวง่าย ไม่กล้าตัดสินใจ ไม่กล้ารับผิดชอบ ขาดความมั่นใจในตัวเอง ต้องอยู่อาศัยหรือต้องพึ่งพาผู้ชายเพื่อปกป้องดูแล ทำให้ในบางสังคมผู้หญิงยังไม่มีบทบาทผู้ชายด้วยเหตุผลดังกล่าว รวมถึง ความเชื่อในเรื่องวัตถุทางเพศ ว่าผู้หญิงเป็นผู้รองรับไม่สามารถเป็นผู้แสดง (Passive) และต้องเป็นสาวบริสุทธิ์ ในขณะที่ผู้ชายเป็นผู้ที่ต้องแสดง ทำให้ผู้หญิงไม่กล้าเสนอหรือต่อรองในการใช้เครื่องมือคุมกำเนิด เพราะกลัวถูกมองว่าเป็นผู้หญิงไม่ดี หรือมีประสบการณ์ในเรื่องเพศมาก่อน ผลที่ตามมา คือ การที่ผู้หญิงต้องแบกรับภาระการตั้งท้อง และรับผิดชอบต่อเด็กที่ไม่ได้ตั้งใจให้เกิดหรือติดโรคทางเพศสัมพันธ์อื่น⁸⁰

ดังนั้น ผู้หญิงจึงถูกยึดติดกับบทบาททางเพศ ที่ได้รับการปลูกฝังมาตั้งแต่แรกเกิด อันถือเป็นบทบาทที่ตายตัว (Stereotyped)⁸¹ ได้แก่ บทบาทของการเป็น “แม่และเมีย” ที่ต้องเป็นแม่ ศรีเรือนอยู่กับบ้านดูแลครอบครัว บทบาทในอาชีพที่ต้องทำงานด้านการให้บริการ เช่น เลขานุการ พยาบาล เสมียน ครู คนรับใช้ในบ้าน เท่านั้น บทบาทที่เป็นเพียงวัตถุทางเพศ ไม่มีสมอง ชอบแต่ความสวยงามและบทบาทที่ต้องพึ่งพาผู้ชายในการดำรงชีวิตตลอดเวลา เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า ความแตกต่างระหว่างความเป็นชายความเป็นหญิงเกิดจากการเรียนรู้ทางวัฒนธรรมในแต่ละสังคม การเกิดความเป็นเพศหญิงเพศชาย ทำให้ทุกคนถูกสังคมคาดหวังว่าแต่ละเพศควรมีความประพฤติหรือการปฏิบัติตัวอย่างไรติดตัวมาตั้งแต่เมื่อคลอดเป็นสมาชิกของสังคมนั้นๆ ความคาดหวังและความเชื่อที่มีตามขนบธรรมเนียมประเพณี ศาสนา การศึกษา และการปฏิบัติตนในชีวิตประจำวัน โดยสังคมจะกำหนดบทบาทหลักของผู้หญิงโดยบทบาทที่มีตามธรรมชาติ คือ การเป็นแม่ให้กำเนิดบุตร การเป็นภรรยาต้องทำนุบำรุงให้สมาชิกในครอบครัว

⁸⁰ ดูได้จากงานวิจัยต่างๆ ใน Alan Gray and S. Punpuing et al., Gender, Sexuality and Reproductive Health in Thailand, Thailand : Institute for Population and Social Research, Mahidol University, 1999, อ้างถึงใน วารุณี ภูริสนธิ์, “ความเป็นเพศ”, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 66.

⁸¹ วุฒราภรณ์ รัตนโกเศศ-จันทร์เจริญ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 61, น.19.

ให้มีความเป็นอยู่ที่ดีและบทบาทของผู้ชาย มักอยู่ที่การเป็นผู้นำครอบครัว เป็นผู้หารายได้เลี้ยงครอบครัว และเป็นผู้ที่สามารถมีกิจกรรมภายนอกบ้านได้มากกว่าเพศหญิง ทำให้ผู้ชายมีอิสระที่จะติดต่อกับโลกภายนอก เพื่อทำกิจกรรมที่กำหนดโดยสังคม ทำให้ผู้หญิงต้องอยู่ในสถานะที่มีหน้าที่จัดการงานในครัวเรือน เป็นงานที่ถูกละเลยว่ามีค่าตอบแทน ต้องพึ่งพาและเชื่อฟังผู้ชาย จึงเป็นสาเหตุทำให้ผู้ชายมีสถานะที่เหนือกว่าผู้หญิงและนำไปสู่ความไม่เสมอภาคระหว่างเพศหรือการเลือกปฏิบัติ อันเนื่องมาจาก อคติทางเพศ ภาพรวมของความเป็นหญิงหรือความเป็นชาย พฤติกรรมที่มาจากการเรียนรู้ทางวัฒนธรรมและความคาดหวังทางสังคม จึงนำไปสู่ปัญหาเรื่องความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง ซึ่งได้มีการโต้แย้งกันในความเห็นที่แตกต่างกันอยู่สองฝ่าย⁸² คือ

ฝ่ายแรกเห็นว่า ไม่ควรให้สิทธิสตรี เพราะเห็นว่าการเรียกร้องสิทธิความเสมอภาคจะทำให้ระเบียบปฏิบัติที่มีมาแต่เดิมในสังคมและวัฒนธรรมแปรเปลี่ยนไป และจะสร้างความแตกแยกในชีวิตและครอบครัว รวมทั้งความสัมพันธ์ของบุรุษและสตรีในสังคมนั้นๆ กลุ่มนี้ต้องการให้สภาพความแตกต่างของบทบาทในสังคมของชายและหญิง ในเรื่องวิธีการปฏิบัติต่อบุคคลทั้งสองเพศเป็นไปตามเดิม เพราะกลัวว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะทำให้สังคมเปลี่ยนไปในทางที่เลวร้ายลง

ฝ่ายที่สองเห็นว่า การเรียกร้องให้สิทธิสตรีมีความเท่าเทียมกับบุรุษและต้องการความเปลี่ยนแปลงทางสังคม เนื่องจากจะทำให้ครอบครัวพัฒนาโดยความร่วมมือทั้งพลังของหญิงและชายที่ร่วมกันสร้างสังคมด้วยความเสมอภาคโดยไม่จำกัดความสามารถหรือโอกาสในการแสดงความสามารถของสตรี ทั้งจะทำให้สังคมได้ใช้ศักยภาพของบุคคลทั้งสองเพศตามศักยภาพที่แท้จริง เป็นการเพิ่มคุณค่าทรัพยากรมนุษย์ที่เป็นสตรีที่จะทำงานอย่างเสมอภาคเท่าเทียมบุรุษ

การเรียกร้องสิทธิสตรีและความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างสตรีและบุรุษจึงขึ้นอยู่กับมุมมองทัศนคติและความเชื่อที่แตกต่างกันของแต่ละบุคคลและแต่ละสังคม ทำให้การเรียกร้องสิทธิสตรียังได้รับการต่อต้านทางความคิดอย่างหนักหน่วงเสมอมา แม้ปัจจุบันสภาพสังคมจะมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะยุคที่การคมนาคม การสื่อสารและการถ่ายทอดทางความคิดและวัฒนธรรมจะเป็นลักษณะข้ามชาติและเป็นไปอย่างอิสระและรวดเร็ว แต่ก็มีคำถามว่ากฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติ และวัฒนธรรมประเพณีที่มีมาแต่เดิมนั้นยังมีความ

⁸² เอกสารการสนทนาศุติวิชา กฎหมายสิทธิมนุษยชน (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2548), น.393.

เหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบันหรือไม่ ในขณะที่สภาพสังคมในปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ดังนั้น กฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติ และวัฒนธรรมประเพณีของสังคมนั้นๆ ที่ยังมีการจำกัดสิทธิของสตรีไม่เท่าเทียมกับบุรุษนั้น จะยังคงใช้ได้กับสังคมปัจจุบันซึ่งมีกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศรับรองและคุ้มครองสิทธิสตรีอยู่ได้หรือไม่

หากพิจารณาถึงความแตกต่างของบทบาททางเพศมิใช่เรื่องตายตัว ความแตกต่างทางเพศเป็นผลมาจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างธรรมชาติ และการอบรมเลี้ยงดู ความแตกต่างด้านบทบาทและหน้าที่ส่วนใหญ่ มีสาเหตุมาจากปัจจัยทางพันธุกรรมและทางวัฒนธรรมที่ผสมผสานกันอย่างซับซ้อนอันส่งผลให้เกิดความแตกต่างทางสถานภาพ ผู้ชายมักมีสถานภาพที่ได้รับคุณค่าเหนือกว่าเกือบเสมอไป โดยมีข้อยกเว้นบ้างเพียงเล็กน้อย⁸³ ในสังคมเกือบทุกสังคมทั่วโลก พบว่าสตรีมักถูกกำหนดให้มีฐานะด้อยกว่าผู้ชายเสมอ ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างเพศมีความเป็นไปได้อย่างยากที่จะทำให้ได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยส่วนใหญ่มักให้ความสำคัญต่อกิจกรรมของชายเหนือกว่าผู้หญิงในลักษณะของความเชื่อและค่านิยม ซึ่งสะท้อนให้เห็นในหลายรูปแบบ⁸⁴ อย่างเช่น

(1) อุดมการณ์และอุดมคติของสมาชิกในสังคมที่ย้ำให้เห็นว่าสตรีด้อยกว่าชายในทุกบทบาทและทุกฐานะ

(2) โครงสร้างสังคมที่กำหนดรูปแบบของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองซึ่งแสดงให้เห็นการแบ่งแยกหน้าที่ชัดเจนระหว่างมนุษย์ทั้งสองเพศ

(3) การแสดงออกในลักษณะของสัญลักษณ์ต่างๆ คำพังเพย สุภาษิต คำสอนทางศาสนาหรือนิทานพื้นบ้าน ซึ่งส่วนใหญ่มักแสดงให้เห็นถึงความด้อยกว่าของผู้หญิง เป็นต้น

และยังมีแนวคิดที่อธิบายถึงความไม่เท่าเทียมกันทางเพศซึ่งแบ่งเป็นสี่กลุ่ม⁸⁵ ได้แก่

(1) แนวคิดสตรีนิยมสายเสรีนิยม อธิบายว่า ความไม่เท่าเทียมกันเป็นผลมาจากการเรียนรู้ในเรื่องบทบาทความเป็นเพศ ซึ่งได้รับอิทธิพลจากความเชื่อและการปฏิบัติตามประเพณีนิยมที่สั่งสมมาเป็นเวลานาน ผู้หญิงจึงถูกปฏิเสธในโอกาสด้านต่างๆ

(2) แนวคิดสตรีนิยมแนวสุดขั้ว (Radical Feminism) อธิบายว่า ความไม่เท่าเทียมกันทางเพศเกิดจากอุดมการณ์ชายเป็นใหญ่ (Patriarchy) เป็นระบบโครงสร้างทางสังคมและแนวปฏิบัติที่ผู้ชายอยู่เหนือกว่าผู้หญิงในทุกๆ ด้าน ทำให้สถานะของผู้หญิงเป็นรอง ไม่ว่าจะทาง

⁸³ ภัตสร ลิมานนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น. 2.

⁸⁴ ภัตสร ลิมานนท์, *เพิ่งอ้าง*, น. 3.

⁸⁵ วารุณี ภูริสนธิ์, "ความเป็นเพศ", *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66*.

เศรษฐกิจ การเมือง สังคมหรือวัฒนธรรม จนทำให้ความเชื่อที่เชื่อกว่าคงอยู่ในความเชื่อของคนในสังคม

(3) แนวคิดสตรีนิยมสายมาร์กซิสต์-สังคมนิยม(Marxist-Socialist) อธิบายว่าความไม่เท่าเทียมกันทางเพศเกิดจากผลการปฏิสัมพันธ์กันของระบบชายเป็นใหญ่และระบบเศรษฐกิจในแต่ละยุคสมัย ผู้ชายอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบและสร้างความเชื่อว่าคุณค่าของผู้หญิงอยู่ที่ความสวยและความสาว โดยผ่านทางโฆษณาของธุรกิจเครื่องสำอางค์ต่างๆ เป็นต้น ส่วนคุณค่าของผู้ชายอยู่ที่ความสามารถ การประสบความสำเร็จในหน้าที่การงาน

(4) กลุ่มจิตวิเคราะห์(Psychoanalytic) แนวคิดนี้ให้ความสนใจกระบวนการที่เป็นอัตลักษณ์ที่ด้อยกว่าซึ่งถูกสร้างขึ้นด้วยความรู้สึกที่ด้อยกว่าผู้ชาย โดยให้ความสนใจศึกษาถึงพัฒนาการชีวิตช่วงต้นๆในสมัยเด็ก ซึ่งเป็นช่วงที่สำคัญของการก่อรูปอัตลักษณ์ของความเป็นเพศ ซึ่งพิจารณาได้จากสิ่งที่เด็กเห็น ได้ยิน หรือภาษาที่ใช้ในการสื่อสาร เป็นต้น

ดังนั้น การเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของความไม่เสมอภาคระหว่างเพศ จึงมีที่มาจากกระบวนการทางสังคมและวัฒนธรรมที่มีมาตั้งแต่ในอดีต อันส่งผลให้เกิดความแตกต่างระหว่างเพศซึ่งถือเป็นความแตกต่างตามธรรมชาติจนกลายมาเป็นความแตกต่างทางสังคมและวัฒนธรรม สืบเนื่องมาจากวิถีคิดและบทบาทของความเป็นเพศหญิงเพศชายที่สังคมกำหนดขึ้นมาเป็นกรอบให้แก่สมาชิกในสังคม อันส่งผลต่อการสร้างตัวตนของบุคคลแต่ละบุคคลในสังคมและส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันทางเพศในลักษณะความสัมพันธ์อำนาจที่เพศชายมีคุณค่า มีสิทธิ มีอำนาจเหนือกว่าเพศหญิงและเป็นเพศที่ยังคงครอบงำสังคมโดยส่วนใหญ่ของโลก หรือที่เราเรียกว่า “ระบบชายเป็นใหญ่”⁸⁶ (Patriarchy)

2.2.3.2 ปัจจัยเฉพาะอันเกิดจากสภาพสังคมไทย ก่อนที่เราจะทราบถึงปัญหาของค่านิยมและวัฒนธรรมไทยมีผลต่อสภาพปัญหาในความไม่เสมอภาคระหว่างเพศในสังคมไทย เราจะต้องทำความเข้าใจลักษณะต่างๆไปของสังคมไทย ค่านิยมและวัฒนธรรมของไทยที่มีมานานก่อน

ลักษณะทั่วไปของสังคมไทยเป็นสังคมเกษตรกรรม ไม่ว่าจะเป็นการเพาะปลูก ทำป่าไม้ ทำประมง เลี้ยงสัตว์ เป็นต้น อาชีพเกษตรจึงครอบคลุมชีวิตของสังคมไทยในทุกๆด้าน ทำให้การประกอบพิธีกรรมและประเพณีหลายอย่างเกี่ยวข้องกับการเกษตร อย่างเช่น พระราชพิธีจรดพระนังคัลแรกนาขวัญ วันพีชมงคล ประเพณีแห่นางแมวขอฝน ประเพณีบุญบั้งไฟ ประเพณีลงแขกดำนาเกี่ยวข้าว เป็นต้น ซึ่งล้วนแต่เป็นประเพณีวัฒนธรรมที่ดั้งเดิมและเป็น

⁸⁶ ค้นคว้าได้จาก www.whaf.or.th/Customize/gender-policybrief.htm.

เอกลักษณ์ทางสังคมไทย สังคมไทยเป็นสังคมพุทธศาสนา มีประชากรนับถือพระพุทธศาสนา มากที่สุดในประเทศ การนับถือพระพุทธศาสนามีมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยเป็นราชธานีและเป็น ศาสนาที่อยู่คู่กับสังคมไทยมาจนถึงปัจจุบัน สังคมไทยจึงได้รับอิทธิพลคำสั่งสอนทาง พระพุทธศาสนาและถูกปลูกฝังหล่อหลอมชีวิตด้วยความเชื่อเพื่อเผื่อแผ่ มีเมตตา มีน้ำใจ มี สัมมาคารวะ มีความกตัญญูรู้คุณ เป็นต้น อีกทั้งประเทศไทยยังมีสัญลักษณ์ทางพุทธศาสนาอีก จำนวนมาก เช่น วัด อาราม วิหาร เจดีย์ พระพุทธรูป พระภิกษุสงฆ์ เป็นต้น มีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข เป็นเอกอัครศาสนูปถัมภก เป็นที่เคารพสักการะของประชาชนชาวไทย ทำให้ สังคมไทยมีความรักสามัคคีรวมตัวกันอย่างเหนียวแน่นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน มาตั้งแต่สมัย สุโขทัย สังคมไทยยังมีขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นวิถีชีวิตร่วมกันในสังคม มีการสืบทอด ขนบธรรมเนียมประเพณีไม่ขาดสาย ทั้งประเพณีที่รับมาจากพระพุทธศาสนาโดยตรง เช่น งาน สำคัญทางพระพุทธศาสนา หรือนำเอาพระพุทธศาสนามาเสริมเข้ากับประเพณี เช่น งานบวช งานทำบุญอายุหรือวันเกิด เป็นต้น ซึ่งวัฒนธรรม ตามทฤษฎีของสังคมไทย มองว่า เป็น ขนบธรรมเนียมประเพณี วิธีการและผลงานสร้างสรรค์ต่างๆ ที่เป็นมรดกตกทอดในสังคมไทยทุก เวิร์ง

ทั้งค่านิยมและวัฒนธรรมต่างๆ ของไทยเป็นสิ่งที่ถูกปลูกฝังและถูกหล่อหลอมมา เป็นเวลานานจนบางครั้งการยอมรับการเปลี่ยนแปลงเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก แต่วัฒนธรรมบางอย่าง ที่สังคมปัจจุบันมองว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน วัฒนธรรมดังกล่าวก็ควรต้องได้รับการ เปลี่ยนแปลงแก้ไข ซึ่งจะพบว่าปัจจัยที่ส่งผลต่อความไม่เสมอภาคระหว่างเพศในสังคม ได้แก่ กระบวนการขัดเกลาทางสังคมและวัฒนธรรม สืบเนื่องจากพฤติกรรมต่างๆ ของบุคคลในสังคม ขึ้นอยู่กับกระบวนการเรียนรู้ที่ได้รับจากกระบวนการขัดเกลาทางสังคมซึ่งเริ่มตั้งแต่บุคคลเกิด โดยตัวแทนทางสังคมที่ทำหน้าที่ขัดเกลา ได้แก่ ครอบครัว โรงเรียน เพื่อน ศาสนา ตลอดจนการ ติดต่อสื่อสารต่างๆ กระบวนการขัดเกลาทางสังคมและวัฒนธรรมเป็นประเด็นที่มีความสำคัญ ต่อการรับรู้บทบาทและหน้าที่ของผู้หญิงและผู้ชาย ในสังคม ตามสถานภาพทางเพศ ซึ่งไม่ได้ ขึ้นอยู่กับอวัยวะเพศที่เป็นตัวบ่งชี้ความแตกต่างทางเพศที่ชัดเจนแต่เป็นพฤติกรรมซึ่งผ่าน ขึ้นตอนการขัดเกลาทางสังคมจนแสดงออกตามบทบาททางเพศในสังคม เราจะพบว่าบทบาท ความเป็นเพศหญิงหรือชาย เป็นสิ่งที่เกิดจากการ ขัดเกลาทางสังคมมากกว่าอย่างอื่น คือ ทั้ง สองเพศไม่ได้เกิดมาเป็นแบบนี้แต่ถูกฝึกอบรมให้มีบทบาทในสังคมที่มีลักษณะไม่เท่าเทียมกัน

และมีการแบ่งชั้นทางสังคม⁸⁷ จึงทำให้การขัดเกลาทางสังคมแตกต่างกันไปด้วย ด้วยโครงสร้างทางสังคมที่มีลักษณะของผู้ชายเป็นใหญ่จึงทำให้ผู้หญิงถูกอบรมให้รักษาความเป็นลูกผู้หญิง ทำหน้าที่แม่บ้าน ยอมเป็นเบี้ยล่างและยอมรับความเป็นผู้นำของผู้ชาย การกำหนดบทบาททางเพศแบบตายตัว ทำให้ผู้หญิงจำต้องยอมรับสภาพในฐานะที่เป็นฝ่ายที่ต้องพึ่งพา สิ่งเหล่านี้เป็นเงื่อนไขทางสังคมที่ทำให้ความแตกต่างทางธรรมชาติระหว่างเพศกลายเป็นความสัมพันธ์ที่ผู้ชายได้เปรียบและผู้หญิงเสียเปรียบ ความเป็นผู้หญิงมิได้ถูกสร้างขึ้นหรือถูกกำหนดขึ้นโดยธรรมชาติแต่เกิดจากการขัดเกลาทางสังคมและวัฒนธรรม ที่สร้างภาพลักษณ์และหน้าที่ของผู้หญิงอันเกิดจากครอบครัว จารีตประเพณีและธรรมาปฏิบัติตัวของคนในสังคมนั้นๆ ที่เติบโตมา ซึ่งก็เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติของแต่ละชุมชน ไม่ว่าจะเป็นการอบรมสั่งสอน ข้อห้ามต่างๆ เรื่องเล่าต่อกันมา เป็นต้น

กระบวนการขัดเกลาทางสังคมที่ประเทศไทยรับมาพร้อมกับพระพุทธศาสนาและมีการพยายามสร้างความเชื่อถึงความต่ำต้อยของผู้หญิงในลักษณะที่ผู้หญิงเป็นเบี้ยล่างของผู้ชาย ด้วยการรับเอาวัฒนธรรมของประเทศอินเดียที่เข้ามาพร้อมกับพระพุทธศาสนา เมื่อพิจารณาถึงสังคมอินเดีย พบว่าเป็นสังคมที่ถือผู้ชายเป็นใหญ่ ผู้หญิงอยู่ในฐานะเป็นรองหรือต่ำต้อยกว่า ในวัยเด็กจะอยู่ในความดูแลของบิดามารดา เมื่อออกเรือนจะอยู่ในความดูแลของสามีและเมื่อแก่เฒ่าจะอยู่ในความดูแลของบุตร ผู้หญิงไม่สามารถดำรงชีวิตได้ตามลำพัง โดยเฉพาะการใช้ชีวิตในทางศาสนา ที่เชื่อว่าการหลุดพ้นของผู้หญิงอินเดียจะทำได้แต่การจงรักภักดีและปรนนิบัติรับใช้สามี เพราะโดยลำพังผู้หญิงไม่มีสิทธิสวดพระเวทหรือทำพิธีบูชาได้ด้วยตนเอง จะเห็นว่าสังคมอินเดียผู้หญิงต้องแสวงหาทางรอดพ้นด้วยการจงรักภักดีสามีและจะต้องมีบุตรชายเพื่อจะช่วยให้วิญญาณของบิดามารดาไปสู่สวรรค์ได้

ความเชื่อที่ว่าพระภิกษุถือเพศพรหมจรรย์อันเป็นเพศบริสุทธิ์ จึงถูกเนื้อตัวผู้หญิงไม่ได้ เพราะเป็นเพศที่ไม่ดี ประเทศไทยมีข้อห้ามมิให้พระภิกษุถูกเนื้อตัวผู้หญิงโดยตรงและพระธรรมวินัยมิได้บัญญัติชัดเจนว่ามีให้ภิกษุถูกเนื้อตัวผู้หญิงเนื่องจากสาเหตุใด ในพระไตรปิฎกมีเรื่องที่ว่าพระอานนท์ทูลถามพระพุทธเจ้าถึงการปฏิบัติตัวอย่างไรกับมาตุคาม(ผู้หญิง) ซึ่ง

⁸⁷ ระเบียบรัตน์ พงษ์พานิช, “การปะทะกันของความรู้ระหว่างปิตาธิปไตยกับสตรีนิยมต่อการสถาปนาภิกษุณีในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต (สตรีศึกษา) คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 110.

พระพุทธเจ้าทรงรับสั่งว่า “ไม่ต้องมอง” มีธุระอะไรก็ให้พูดกันให้สั้นให้เสร็จ ถ้าจำเป็นต้องพูดต้องพูดด้วยความระมัดระวัง

รองศาสตราจารย์ ดร.ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์⁸⁸ อธิบายว่า การจำกัดไม่ให้พระสงฆ์เกี่ยวข้องกับมาตุคาม (ผู้หญิง) เพื่อป้องกัน ซึ่งการที่พระไม่สามารถสัมผัสกายผู้หญิงได้ไม่ได้หมายความว่า ผู้หญิงเป็นชนชั้นสูงกว่าหรือต่ำกว่า แต่เพื่อป้องกันและเตือนไม่ให้พระสงฆ์ที่ยังไม่บรรลุนิเวศน์ต้องสำรวมและระมัดระวังในการปฏิบัติธรรมของตนให้มาก จะเห็นว่าอิทธิพลของพราหมณ์ที่เหยียดเพศหญิงให้มีสถานะต่ำต้อยยังฝังรากอยู่ในจิตใจของบุคคลในสังคมไทยที่มีความยึดมั่นในลักษณะที่ทำให้ผู้หญิงเป็นต้นเหตุของปัญหาที่นำไปสู่ความไม่บริสุทธิ์ซึ่งเป็นการยอมรับและเชื่อถือต่อกันมาโดยปราศจากการตั้งคำถามและพิสูจน์ความจริง จนกลายมาเป็นวัฒนธรรมจารีตประเพณี ซึ่งแท้จริงแล้วทั้งเพศชายและเพศหญิงต่างก็ต้องมีความระมัดระวังด้วยกันทั้งสองฝ่าย ความเชื่อที่ว่าผู้หญิงเป็นเพศที่ไม่บริสุทธิ์ ถือเป็นความเชื่อที่รับมาจากวัฒนธรรมอินเดียที่เห็นว่าเพศหญิงเป็นเพศที่สกปรกเพราะมีประจำเดือน ศาสนาพราหมณ์เชื่อว่าประจำเดือนของผู้หญิงมีอิทธิฤทธิ์มากสามารถล้างความศักดิ์สิทธิ์ทางไสยศาสตร์ลงได้ ทำให้ผู้ชายซึ่งเป็นผู้สร้างวัฒนธรรมประเพณีขึ้นจึงต้องกำหนดให้เพศหญิง เป็นเพศที่สกปรกทางศาสนาเพราะการมีประจำเดือน และระหว่างการมีประจำเดือนผู้หญิงไม่สามารถประกอบพิธีกรรมหรือกิจกรรมใดๆ ได้ ประเทศไทยก็รับเอาวัฒนธรรมดังกล่าวเข้ามาเป็นธรรมเนียมปฏิบัติด้วย เช่น เวลาทำข้าวหมาก (ของกินทำด้วยข้าวเหนียวหนึ่งกับแบ่งเชื้อ) มีความเชื่อว่าการทำข้าวหมากห้ามมิให้ผู้หญิงมีประจำเดือนเข้าไปใกล้หรือแตะต้องภาชนะที่กำลังทำข้าวหมากหรือเวลาไปวัดทางวัดจะเขียนป้ายห้ามมิให้ผู้หญิงที่มีประจำเดือนเข้าไปเดินรอบบริเวณเจดีย์หรือเข้าไปในอุโบสถ โดยอธิบายว่าเพราะบริเวณดังกล่าวบรรจุพระบรมสารีริกธาตุ ถ้าผู้หญิงเข้าไปเดินในระดับสูงกว่าพระบรมสารีริกธาตุจะทำให้เสื่อมความศักดิ์สิทธิ์ แต่เนื่องจากไม่สามารถรู้ได้ว่าผู้หญิงคนใดกำลังมีประจำเดือนหรือไม่ จึงต้องติดป้ายว่า “ผู้หญิงห้ามเข้า” ซึ่งหมายถึงผู้หญิงทั่วไป⁸⁹ ไม่ว่าจะประจำเดือนหรือไม่ หากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าความเชื่อดังกล่าวถือเป็นความเชื่อทางไสยศาสตร์ของลัทธิพราหมณ์อินเดีย โดยไม่มีพระพุทธศาสนาเข้ามาเกี่ยวข้องและสังคมชาวพุทธในประเทศไทยก็รับเอาความเชื่อและอคติต่างๆ ที่มีต่อผู้หญิงเข้ามาเป็นวัฒนธรรมจารีตประเพณีสืบต่อๆ กันมา โดยปราศจากเหตุผลที่เป็นหลักธรรมทางพระพุทธศาสนาที่เป็นศาสนาของเหตุและผล

⁸⁸ ระเบียบรัตน์ พงษ์พานิช, เพ็งอ้าง, น. 112.

⁸⁹ ระเบียบรัตน์ พงษ์พานิช, เพ็งอ้าง, น. 114.

เมื่อพิจารณาความเสมอภาคระหว่างเพศตามทฤษฎีของพุทธปรัชญา พบว่าตามทฤษฎีของพุทธปรัชญาเห็นว่าสตรีเท่าเทียมบุรุษในทางศาสนานั้น ในทางพุทธปรัชญามีแนวคิดที่ยอมรับว่าสตรีเท่าเทียมบุรุษ ที่สตรีสามารถจะบรรลุธรรมได้เช่นเดียวกับบุรุษ คือ ประพฤติดีและได้ผลจากการทำความดี ซึ่งเป็นสิ่งที่ทุกคนไม่ว่าหญิงหรือชายสามารถจะกระทำได้ เพราะต่างก็มีโอกาสเท่าเทียมกันที่จะทำความดี มีเสรีภาพทางปัญญาที่จะพิจารณาธรรมได้เสมอกัน และมีสิทธิที่จะหลุดพ้น พุทธศาสนาให้สิทธิแก่หญิงและชายที่จะเข้าถึงธรรมได้เท่าเทียมกัน ในพระไตรปิฎก ได้กล่าวถึงสตรีที่สำเร็จเป็นพระอริยบุคคลชั้นโสดาบัน สกทาคามี พระอนาคามี และพระอรหันต์มีจำนวนไม่น้อย เช่น พระอุบลวัณณาภิกษุณีเป็นอัครสาวกฝ่ายซ้าย เป็นเอกทศคะในทางเป็นผู้มีฤทธิ์มากเสมอด้วยพระมหาโมคคัลลานะ (อง. เอ. 20 / 150 / 30) พระปฐาจาราภิกษุณี เป็นเอกทศคะในทางทรงพระวินัยเช่นเดียวกับพระอุบาลี เป็นต้น และก็ยังมิสตรีที่เป็นฆราวาสก็สามารถสำเร็จธรรมเช่นกัน ก็มี เช่น นางวิสาขา ซึ่งบรรลุโสดาปัตติผลตั้งแต่อายุ 7 ขวบ และเป็นเลิศในทางถวายทาน นางกาฬุบาลิกา เป็นเลิศในทางเลื่อมใสเพราะได้ยินได้ฟังตาม เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า ตามหลักฐานในพระไตรปิฎก ได้ยืนยันถึงความสามารถของสตรีที่จะบรรลุธรรมได้เช่นเดียวกับบุรุษ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าพุทธศาสนาได้ยกย่องและยอมรับความสามารถของสตรีมานานแล้ว การที่พุทธศาสนาให้สิทธิในการประพฤติปฏิบัติ เพื่อให้บรรลุธรรม คือ การหลุดพ้น (นิพพาน) แก่พุทธบริษัท 4 อันได้แก่ ภิกษุ ภิกษุณี อุบาสก อุบาสิกา เป็นการแสดงออกถึงการยอมรับสถานภาพของหญิงและชายว่ามีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน นับเป็นการยอมรับในความสามารถโดยมิได้แบ่งกันความสามารถระหว่างเพศ โดยพระพุทธรองค์แสดงให้เห็น โดยการปฏิบัติต่อสตรีอย่างยุติธรรม เช่น ทรงให้สิทธิแก่บุรุษ สตรี เสมอภาคกัน ในการรับฟังธรรม ทรงประทานคำสอนอย่างเดียวกันให้ทั้งสองฝ่าย โดยไม่แบ่งธรรมว่าชนิดใดจะต้องแสดงแก่เพศใด สิ่งที่พระองค์ทรงคำนึงถึงก็คือ สติปัญญาและความสามารถ ของผู้ฟังว่าจะรับหรือสามารถเข้าใจธรรมได้มากน้อยเพียงใด การที่พระพุทธรองค์ทรงเมตตาและปฏิบัติต่อชายและหญิงอย่างเสมอภาค จึงถือเป็นการยกระดับสถานะทางจิตวิญญาณของสตรีอินเดียในสมัยนั้นเป็นอย่างมาก เพราะสตรีในสมัยนั้นได้สูญเสียสิทธิเสรีภาพในทางศาสนาเป็นอย่างมาก โดยจะเห็นว่าพระพุทธรศาสนาปฏิเสธระบบวรรณะ อคติทางเพศ ซึ่งเมื่อพิจารณาสังคมอินเดียสมัยก่อนพุทธกาล สตรีอินเดียถูกห้ามเข้ามีส่วนร่วมในการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา แต่พระพุทธรเจ้ากลับยอมให้สตรีอินเดียบวชเป็นภิกษุณีได้ด้วยเหตุผลเพียงประการเดียว คือ การให้สตรีสามารถพัฒนาศักยภาพทางจิตวิญญาณของตนได้ด้วยตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องพึ่งสามีหรือบุตรชาย ซึ่งตรงจุดนี้เองถือเป็นหลักการสำคัญทางศาสนาพุทธที่ยอมรับในความเสมอภาค

ระหว่างชายและหญิงว่ามีความสามารถเท่าเทียมกันในการพัฒนาตนเอง พระพุทธศาสนาจึงปฏิเสธการแบ่งแยกต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นวรรณะทางสังคม หรือเพศ ซึ่งพระพุทธองค์ต้องยอมสวณ กระแสวัฒนธรรมอินเดียสมัยนั้นที่มีระบบผู้ชายเป็นใหญ่ และการแบ่งแยกระบบวรรณะ ด้วยเหตุผลเพียงว่าทุกคนต่างก็สามารถบรรลุธรรมขั้นสูงสุดได้เช่นเดียวกัน

แต่สังคมไทยก็ยังมีความเชื่อในบทบาทของผู้หญิงในลักษณะที่ต่ำต้อยอยู่ไม่น้อย ซึ่งทัศนคติและความเชื่อเหล่านี้ จึงเป็นผลให้ผู้หญิงยังถูกมองในลักษณะที่ต่ำกว่าผู้ชาย ซึ่งเป็นเรื่องของอคติ อันเป็นเรื่องที่ไม่มีการตรวจสอบ และการไม่ได้รับความยุติธรรม จึงส่งผลต่อการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้หญิงในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น ด้านการเมือง สังคม เศรษฐกิจ รวมถึงการยอมรับในสิทธิทางศาสนาของสตรีไทยซึ่งเป็นสิทธิที่พระพุทธเจ้าทรงประทานให้แก่สตรีด้วยการอนุญาตให้สตรีบวชเป็นภิกษุณีในพระพุทธศาสนาได้ แต่สังคมไทยกับกีดกันสิทธิอันชอบธรรมนี้ของสตรีไทย ดังนั้น การกำหนดบทบาททางเพศในลักษณะที่ไม่เท่าเทียมกันดังกล่าวจึงทำให้เกิดปัญหามากมายซึ่งรากเหง้าของปัญหาอยู่ที่โครงสร้างทางสังคมที่เป็นตัวกำหนดและทำให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างเพศขึ้น เพราะความมีอคติค่านิยมและความเชื่อรวมทั้งพฤติกรรมของคนในสังคมเป็นสาเหตุสำคัญที่สร้างความไม่เสมอภาคในสังคมขึ้นซึ่งเป็นสิ่งที่สมควรจะได้รับการแก้ไขให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ และสร้างความยุติธรรมแก่ผู้หญิงมากขึ้น ซึ่งปัจจุบันผู้หญิงมีบทบาททางสังคมเพิ่มมากขึ้น และในบางครั้งผู้หญิงก็มีความสามารถและภาระหน้าที่ทางการงานที่เท่าเทียมผู้ชาย ซึ่งสังคมก็ไม่ได้ปฏิเสธความสามารถของผู้หญิงในหน้าที่การงานเหล่านั้น จึงทำให้บทบาทหน้าที่ของผู้หญิงเริ่มมีความโดดเด่นและชัดเจนในสังคมปัจจุบันมากขึ้น การละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อผู้หญิงมาจากสาเหตุที่ผู้หญิงและผู้ชายมีฐานะบุคคลที่แตกต่างกัน ผู้หญิงมีคุณค่าอยู่ในสังคมด้วยสถานะของการเป็นแม่หรือเมีย ผู้หญิงมิได้รับการยอมรับว่าเป็นมนุษย์โดยสมบูรณ์จากตัวตนของผู้หญิง การให้สถานะในลักษณะดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าผู้หญิงยังถูกกีดกันออกจากพื้นที่ด้านต่างๆของสังคม แม้แต่การได้รับสิทธิในฐานะของบุคคล อันเกิดจากวัฒนธรรมความเชื่อของบุคคลในสังคม รวมทั้งในความคิดของผู้หญิงเองทำให้ผู้หญิงยอมที่จะถูกละเมิดด้วยเหตุผลของวัฒนธรรมและจารีตประเพณี ซึ่งวัฒนธรรมตามทรรคนะของสังคมไทย มองว่า เป็นขนบธรรมเนียมประเพณี วิธีการและผลงานสร้างสรรค์ต่างๆ ที่เป็นมรดกตกทอดในสังคมไทยทุกๆเรื่อง ลักษณะสำคัญของวัฒนธรรม จึงมีสถานะเป็นพฤติกรรมที่เกิดจากการเรียนรู้ มีลักษณะเป็นส่วนร่วม เป็นวิถีชีวิต (Way of life) หรือแบบแผนการดำเนินชีวิต (Design for Living) ของมนุษย์ และเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น เป็นสิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิต เช่น บ้านเรือน เสื้อผ้า ยารักษาโรค และเป็น สิ่งที่เป็นนามธรรม ที่มนุษย์คิดค้นขึ้นเพื่อปลุกฝังให้จิตใจและ

ปัญญาให้เจริญงอกงามและเพื่อการอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างปกติสุข เป็นความรู้สึกนึกคิด เช่น อุดมการณ์ ศีลธรรม ความเชื่อ ทศนคติ ค่านิยม ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี ศาสนา ปรัชญา เป็นต้น ซึ่งเป็นมรดกทางสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาไม่คงที่ วัฒนธรรมจึงเป็นผลรวมของการสะสมทางด้านสัญลักษณ์ ความคิด ความเชื่อ อุดมการณ์และผลผลิตที่เป็นวัตถุ ซึ่งเกี่ยวข้องกับระบบสังคมหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็สังคมทั้งหมดหรือหน่วยย่อยที่สุดทางสังคม อย่างเช่น ครอบครัว⁹⁰ โดยปกติแล้ววัฒนธรรมมักมีความสัมพันธ์กับศาสนา ในทุกๆ สังคมจึงขาดวัฒนธรรมไม่ได้ เพราะวัฒนธรรมถือเป็นวิถีการดำเนินชีวิต เป็นแบบแผนแห่งพฤติกรรม ผลงานที่มนุษย์ได้สร้างสรรค์ขึ้น รวมทั้งวัฒนธรรมยังครอบคลุมไปถึงความคิด ความเชื่ออื่นๆ วัฒนธรรมจึงเป็นวิถีชีวิตของคนในสังคมอันเกี่ยวข้องกับจิตใจ ความเชื่อ ความศรัทธา ศาสนา จึงเป็นองค์ประกอบหนึ่งของวัฒนธรรมที่ขาดมิได้ เมื่อก้าวถึงวัฒนธรรมไทย ศาสนาที่อยู่คู่กับสังคมไทยและมีประชากรนับถือมากที่สุดในประเทศไทย คือ “ศาสนาพุทธ” คำสอนทางพุทธศาสนาจึงมีส่วนในการสร้างระบบศีลธรรมและจริยธรรมในสังคมไทย ดังจะเห็นได้ว่า วัฒนธรรมไทยแทบทุกประเภทล้วนแต่มีพระพุทธศาสนาเป็นรากฐานแทบทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการถ่ายทอดมาในรูปแบบของความเชื่อ พิธีกรรม ศิลปกรรม ศีลธรรม กฎหมาย ภาษา ฯลฯ พระพุทธศาสนา จึงเป็นสิ่งที่คนในวัฒนธรรมไทยสามารถสัมผัสได้ด้วยอุดมการณ์ทางความคิด เหตุผล และความเชื่อ เพราะวัฒนธรรมเป็นเครื่องหล่อหลอมสมาชิกของสังคมให้เกิดความผูกพันและสามัคคี โดยชัดเจนทำให้คนในสังคมมีทศนคติ ความเชื่อ และค่านิยมที่สอดคล้องกับบุคคลอื่นๆ ในสังคม วัฒนธรรมจึงเป็นสิ่งที่มิได้หยุดนิ่งอยู่กับที่ แต่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาไปตามยุคสมัย

2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างสังคมกับศาสนา

2.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับสังคม

หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับสังคม ในประวัติศาสตร์มนุษยชาติ เป็นที่ยอมรับว่ามนุษย์ไม่เคยมีชีวิตอยู่โดยลำพังเพราะเริ่มแต่เกิดก็ต้องอยู่ในแวดวงมนุษย์อย่างน้อยที่สุดคือเมื่อเราคลอดจากครรภ์มารดาก็มีมารดาเคียงข้างคอยดูแลปกป้องคุ้มครองอันตรายอยู่ตลอดเวลา ระยะแรกมนุษย์มีร่างกายอ่อนแอกว่าสัตว์ต้องพึ่งพาพ่อแม่ในการเลี้ยงดูหลายปี

⁹⁰ แผนปฏิบัติการแม่บทสิทธิมนุษยชนด้านวัฒนธรรม,

กว่าจะเติบโตสามารถช่วยตนเองได้ทำให้มนุษย์คุ้นเคยกับการอยู่ร่วมกับผู้อื่นความสัมพันธ์เริ่มแรกของมนุษย์คือ ความสัมพันธ์ระหว่าง “มารดากับบุตร” และขยายเป็นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา พี่กับน้อง ยากับหลาน ซึ่งเรียกว่า “ครอบครัว” หรือ “บ้าน” เป็นสังคมหน่วยเล็ก เป็นสังคมที่ไม่มีใครวางแผนก่อสร้างขึ้น แต่เกิดขึ้นมาเองและขยายตัวเจริญขึ้นจากความจำเป็นโดยธรรมชาติทางกายภาพและจิตใจของมนุษย์ ครอบครัวจึงเป็น “ระบบที่เกิดขึ้นเอง”(Spontaneous Order)⁹¹ เป็นชุมชนมนุษย์ที่รวมตัวเป็นหมู่คณะอันดับแรก เรียกว่า “สังคมปฐมภูมิ” (primary society) เป็นสังคมที่มีความซับซ้อนน้อยและมีขนาดเล็ก กฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติจึงมีลักษณะเป็นจารีตประเพณี มีลักษณะ ที่ต้องกระทำปฏิบัติสืบกันมาเป็นระยะเวลาพอสมควรและบุคคลในสังคมมีความเห็น (opinion juris) ว่าเป็นกฎหมายและจำเป็นต้องปฏิบัติตาม (necessitates)

เมื่อสังคมครอบครัวขยายตัวเกิดลูกหลานหลายคน หากครอบครัวมีเชื้อสายเดียวกัน เรียกว่า โคตรตระกูล (clan) สังคมระดับโคตรตระกูลขยายตัวออกไปเรื่อยๆ จนกลายเป็นสังคมที่ใหญ่ขึ้นอีกระดับหนึ่ง เรียกว่า ชนเผ่า (tribe) กฎเกณฑ์ที่ใช้ทั้งโคตรตระกูล ทั้งชนเผ่า ก็คือ ขนบธรรมเนียมประเพณีที่มีมาแต่ดั้งเดิมสืบทอดกันมาแต่โบราณที่เรียกว่า “The good old law”⁹² ความสัมพันธ์ของคนแต่ละคนค่อยๆ ห่างกันไปเรื่อยๆ สิ่งที่เชื่อมความสัมพันธ์ให้มีความรู้สึกเป็นพวกเดียวกัน คือ ภาษาที่พูด เพราะพูดเข้าใจกันจึงถ่ายทอดความรู้ ความคิด ให้แก่กัน รู้สำนึกว่าเป็นคนเชื้อสายเดียวกัน มีบรรพบุรุษเดียวกัน เคารพสิ่งศักดิ์สิทธิ์เดียวกัน เมื่อเกิดความจำเป็นที่แต่ละเผ่าต้องติดต่อกันมากขึ้น ความสัมพันธ์เริ่มซับซ้อนมากขึ้น มีการรวมตัวกันหลายๆ เผ่าจนกลายเป็นสังคมเมือง จึงจำเป็นต้องมีการสร้างกฎเกณฑ์ต่างๆ ในการอยู่ร่วมกันอย่างสันติ เมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างบุคคลต่างเผ่าจึงเกิดปัญหาว่าจะใช้จารีตประเพณีของเผ่าใด ทำให้จารีตประเพณีที่ใช้บังคับในสังคมเมืองต้องเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับสังคมเมืองที่ซับซ้อนกว่าสังคมปฐมภูมิ

เมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมมีการติดต่อแลกเปลี่ยนปัจจัยในการดำรงชีวิต ทำให้แต่ละสังคมจำเป็นต้องสร้างกฎเกณฑ์ต่างๆ เพื่อควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมและรักษาความเป็นระเบียบตลอดจนความสงบเรียบร้อยของสังคม กฎเกณฑ์ต่างๆ เหล่านี้เรียกว่า “ปทัสถานทางสังคม (Social Norms)” หรือเรียกอีกอย่างว่า “บรรทัดฐานทางสังคม” หากไม่มี

⁹¹ สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น.82.

⁹² เฟิ่งอ้วง, น.83.

กฎเกณฑ์ต่างๆ ก็จะทำให้เกิดความวุ่นวายและเสียหายแก่สังคม ปทัสถานทางสังคมจึงเกิดจากการที่คนในสังคมปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติตามคตินิยมของสังคมจนกลายเป็นระเบียบแบบแผนหรือประเพณีนิยม นอกจากนี้ค่านิยมก็ถือเป็นรากฐานสำคัญอันเป็นที่มาของปทัสถานทางสังคมด้วย ซึ่งนักสังคมวิทยาได้แบ่งปทัสถานทางสังคมออกเป็น 3 ประเภท คือ⁹³

(1) วิถีประชาหรือวิถีชาวบ้าน (folkways)

เป็นปทัสถานที่คนยอมรับปฏิบัติตามโดยทั่วไปจนเกิดความเคยชินและไม่รู้สึกว่าเป็นภาระหน้าที่ การปฏิบัติตามก็ไม่มีกฎหมายหรือข้อบังคับใดให้ปฏิบัติ อีกทั้งยังเป็นพฤติกรรมที่คาดหวังว่าคนจะทำหรือไม่ทำอะไรในสถานการณ์ต่างๆ ประจำวัน วิถีประชาจึงเป็นมาตรฐานพฤติกรรมในชีวิตประจำวันโดยทั่วไปของคนในสังคม ไม่มีการควบคุมความประพฤติอย่างเข้มงวด หากบุคคลละเมิดก็ได้รับเพียงคำติฉินนินทาว่าประพฤติปฏิบัติไม่สมควรเท่านั้น วิถีประชาเป็นประโยชน์ต่อคนส่วนมากในสังคมเพราะเป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อกัน เช่น การแต่งกายที่เหมาะสม ในการไปงานศพควรใส่เสื้อผ้าสีดำ ไปงานรื่นเริงควรใส่สีสดใส เป็นต้น

(2) จารีตหรือกฎศีลธรรม

เป็นปทัสถานทางสังคมอย่างหนึ่งที่กำหนดให้คนในสังคมประพฤติปฏิบัติอย่างเข้มงวด มีการควบคุมที่รุนแรงเพื่อไม่ให้เกิดความผิดฝ่าฝืน เพราะถือว่าแนวความประพฤติดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้องดีงาม ถ้าบุคคลใดละเมิดจะเป็นคนผิดหรือคนชั่ว ความถูกผิดดีชั่ว สังคมเป็นผู้กำหนดซึ่งเกิดจากความเชื่อของสมาชิกในสังคม เช่น การห้ามทานเนื้อมนุษย์ ห้ามสมรสระหว่างบิดามารดากับบุตร เป็นต้น จารีตจึงเป็นข้อห้าม (taboo) ที่ห้ามไม่ให้กระทำการบางอย่างที่สังคมส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยและยังมีข้อให้กระทำตามด้วย เช่น ต้องช่วยเหลือผู้อื่น เป็นต้น จารีตจึงเป็นพฤติกรรมที่เชื่อว่ามีผลต่อสวัสดิภาพ(welfare) ของคนจำนวนมาก เช่น จารีตที่ห้ามมิให้ลักขโมยหรือทำร้ายผู้อื่นเพื่อสวัสดิภาพของสังคมส่วนรวม หากฝ่าฝืนจะทำให้เกิดความเดือดร้อนต่อสังคม จารีตจึงเป็นกฎเกณฑ์แห่งความประพฤติที่ชัดเจนและมั่นคงกว่าวิถีประชา เพราะมีการควบคุมความประพฤติที่เข้มงวดกว่า

ดังนั้น จารีตและวิถีประชาในแต่ละสังคมจึงมีความแตกต่างกัน เพราะมีคุณค่าที่ยึดถือในสังคมที่แตกต่างกัน หากเรานำจารีตของเราไปเปรียบเทียบกับของคนอื่นว่าดีกว่าหรือเลวกว่า ถือเป็นการเปรียบเทียบที่ผิด

(3) กฎหมาย

⁹³ มานิตย์ จุมปา (บรรณาธิการ), ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.3-6.

เป็นกฎเกณฑ์ความประพฤติที่กำหนดไว้ให้คนในสังคมประพฤติตาม มักมีในระบบสังคมที่มีความสัมพันธ์ซับซ้อนมาก มีองค์กรหรือสถาบันคอยควบคุมมิให้คนในสังคมฝ่าฝืน และมีการกำหนดโทษผู้ฝ่าฝืนด้วย

จะเห็นว่าสังคมหนึ่งๆ จะมีปทัสสถานทางสังคมหลายประการที่ควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ให้อยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุข การที่มนุษย์มาอยู่รวมกันจึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นเพื่อกำหนดความประพฤติของคนเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม กฎเกณฑ์นี้เรียกว่า “กฎหมาย” กฎหมายในที่นี้ต้องมีลักษณะเป็นกฎหมายแท้ เป็นข้อบังคับของรัฐซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์ ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ เรียกว่า “กฎหมายตามเนื้อความ”⁹⁴ ซึ่งกฎหมายที่ใช้ในแต่ละสังคมย่อมแตกต่างกันตามพัฒนาของแต่ละสังคม แต่ก็ยังมีกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายตามเนื้อความอยู่ 3 อย่างคือ ศาสนา ศีลธรรม และจารีตประเพณี ซึ่งเราจึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อให้เกิดความเข้าใจว่า ศาสนา ศีลธรรม และจารีตประเพณีมีความสัมพันธ์อย่างไรกับกฎหมาย

2.3.1.1 กฎหมายกับศาสนา ศาสนา คือ กฎข้อบังคับที่ศาสนาต่างๆ ได้กำหนดเพื่อให้มนุษย์ประพฤติคุณงามความดี⁹⁵ มนุษย์ที่นับถือศาสนาย่อมรู้สึกว่ามีระเบียบที่สูงกว่าโลกมนุษย์ และยอมปฏิบัติตามคำสอนของศาสดาที่ให้กระทำหรืองดเว้นกระทำการใดๆ เพื่อหวังความสุขที่จะได้ในอนาคต ศาสนาจึงเป็นเรื่องของความเชื่อซึ่งบางศาสนาสอนว่ามีพระเจ้าที่จะให้รางวัล หรือลงโทษมนุษย์ในโลกหน้า พระพุทธศาสนาสอนเรื่องกรรม คือ การกระทำของมนุษย์ย่อมก่อให้เกิดผลดีและผลร้ายทั้งในปัจจุบันและในภายหน้า

กฎเกณฑ์ทางศาสนาและกฎหมายมีความคล้ายกันคือ ทั้งศาสนาและกฎหมายต่างก็กำหนดความประพฤติของมนุษย์และต่างก็กำหนดด้วยว่า ถ้ามนุษย์ฝ่าฝืนกฎข้อบังคับแล้วจะได้รับผลร้าย

ส่วนกฎเกณฑ์ทางศาสนาและกฎหมายมีความแตกต่างกัน คือ กฎหมายนั้นถ้าฝ่าฝืนก็มีสภาพบังคับ (Sanction) รัฐจะเอาตัวผู้ฝ่าฝืนมาจำคุกหรือบังคับให้ใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งหรือบังคับให้กระทำหรืองดเว้นกระทำการใดๆ แต่ศาสนาสภาพบังคับอยู่ที่โลกหน้า จึงมีผลบังคับเฉพาะผู้ที่ถือศาสนาเท่านั้น แต่บางครั้งผู้ที่เชื่อศาสนาก็ยอมฝ่าฝืนข้อบังคับของศาสนาเพราะรู้สึกว่าคุณภาพบังคับยังอยู่ห่างไกล คือ อยู่ถึงโลกหน้าต่างหากจากกัน ศาสนาวางข้อบังคับโดยไม่เกี่ยวกับกฎหมายและอาจเป็นข้อบังคับที่ไม่สามารถบัญญัติเป็นกฎหมายได้ เช่น คำสอน

⁹⁴ หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 18, น.67-68.

⁹⁵ *เพ็ญอ้าง*, น.69.

ให้รักเพื่อนมนุษย์ เป็นต้น ส่วนกฎหมายจะบัญญัติเท่าที่จำเป็นให้มนุษย์อยู่ร่วมกันโดยปกติสุข ไม่ก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน

กฎหมายและศาสนามีความเกี่ยวข้องต่อกันและกัน คือ ต่างมีอิทธิพลเกื้อหนุนต่อกันและกัน กล่าวคือ ถ้ากฎหมายมีกฎข้อบังคับที่ดีย่อมเป็นการส่งเสริมศาสนาไปในตัว ศาสนาที่ดีย่อมทำให้รัฐออกกฎหมายที่ดี พลเมืองที่นับถือศาสนาอย่างเคร่งครัดย่อมจะเป็นผู้ที่มีความประพฤติเรียบร้อยและยอมตน ปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐโดยไม่คิดจะหลีกเลี่ยง กฎหมายและศาสนาต่างค้ำนึ่งถึงกันและกัน กฎหมายรัฐธรรมนูญให้หลักประกันเสรีภาพในการนับถือศาสนา และการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อกฎหมายอาญาลงโทษบุคคลที่ทำลายการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา การแต่งกายเลียนแบบนักบวชในศาสนา เป็นต้น ส่วนศาสนาต้องค้ำนึ่งถึงกฎหมายและสั่งสอนให้บุคคลปฏิบัติตามกฎหมาย แต่บางทีศาสนาก็เอากฎหมายไปใช้ในทางที่ผิด ในประเทศภาคพื้นยุโรปเดิมมีกฎหมายลงโทษผู้เป็นแม่มด ซึ่งเป็นความเชื่อทางศาสนา ซึ่งปัจจุบันถือว่าไม่เป็นความจริง บางครั้งกฎหมายก็เอาศาสนาไปใช้ในทางที่ผิด คือเอาไปใช้เป็นเครื่องมือส่งเสริมประโยชน์ในทางโลก ซึ่งอาจทำให้ศาสนาเสื่อมทรามลง เพราะต้องสั่งสอนสิ่งที่ไม่ใช่เรื่องของศาสนา

ในสมัยโบราณกฎหมายกับศาสนาต่างมีความเกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน แต่ปัจจุบันประเทศต่างๆ พยายามแยกศาสนาออกจากกฎหมาย บางประเทศรัฐธรรมนูญบัญญัติว่าเป็นรัฐฆราวาส คือ เป็นรัฐที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนาเพื่อให้บุคคลมีเสรีภาพในการนับถือศาสนามากขึ้น

2.3.1.2 กฎหมายกับศีลธรรม ศีลธรรม คือ ความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ชอบ การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ผิด ศีลธรรมเป็นสิ่งที่เกิดจากมโนสำนึกและมโนธรรมของมนุษย์แต่ละคน ศีลธรรมมีขึ้นได้เพราะมนุษย์แต่ละคนมีสติปัญญาหยั่งรู้ว่าเมื่อกระทำอย่างไรลงไปอีกฝ่ายจะรู้สึกและจะมีการตอบสนองอย่างไร ศีลธรรมมีอยู่ในสังคมทุกสังคมและเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติของบุคคลในสังคม เช่นเดียวกับกฎหมาย

ศีลธรรมกับกฎหมายจึงมีความคล้ายคลึงกัน คือ ทั้งศีลธรรมและกฎหมายมนุษย์ต่างก็เป็นผู้กำหนดข้อบังคับแห่งความประพฤติด้วยกัน คือ เป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น

ศีลธรรมกับกฎหมายมีความแตกต่างกัน คือ กฎหมายเป็นข้อบังคับของรัฐ เป็นข้อกำหนดความประพฤติภายนอกของมนุษย์ ซึ่งแสดงออกมาในรูปของการกระทำที่กฎหมายห้าม หรือการละเว้นการที่กฎหมายกำชับให้กระทำเพียงแต่คิดอยู่ในใจ แต่ศีลธรรมเกิดจากความรู้สึกภายในของมนุษย์ ข้อบังคับของกฎหมายมักกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษร และมุ่งหมายเพียงจะดำรงไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม แต่ศีลธรรมไม่ได้กำหนดเป็นลาย

ลักษณะอักษรและมุ่งหมายที่จะทำให้มนุษย์พร้อมบริบูรณ์ไปด้วยความดีทั้งในทางร่างกายและจิตใจ ศีลธรรมจึงมีความมุ่งหมายสูงกว่ากฎหมาย ส่วนการฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษโดยรัฐเป็นผู้กำหนดสภาพบังคับ แต่ศีลธรรมนั้นมนุษย์จะปฏิบัติหรือไม่ขึ้นอยู่กับความรู้สึกนึกคิดของแต่ละคน

ความสัมพันธ์ระหว่างศีลธรรมกับกฎหมายต่างมีอิทธิพลต่อกัน กฎหมายมีอิทธิพลเหนือศีลธรรมในแง่ที่ว่า กฎหมายที่ดียอมทำให้ศีลธรรมของประชาชนสูงขึ้น ส่วนความคิดของมนุษย์ในทางศีลธรรมย่อมสนับสนุนการปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อมนุษย์มีศีลธรรมสูงย่อมเป็นหลักประกันที่จะมีการปฏิบัติตามกฎหมายและเคารพนับถือกฎหมาย

ในสมัยโบราณความสัมพันธ์ระหว่างศีลธรรมกับกฎหมายมีความเกี่ยวข้องกัน การทำผิดศีลธรรมบางครั้งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย บางครั้งกฎหมายได้อ้างอิงถึงศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ปัจจุบันศีลธรรมและกฎหมายแยกออกจากกัน คือ บางกรณีศีลธรรมเรียกร้องให้มนุษย์ปฏิบัติต่อกันมากกว่ากฎหมาย การพยายามฆ่าตัวตายเป็นความผิดต่อศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมาย หรือการคิด ทำร้ายผู้อื่นอาจผิดศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมาย เป็นต้น

2.3.1.3 กฎหมายกับจารีตประเพณี จารีตประเพณี คือ สิ่งที่มนุษย์ปฏิบัติต่อเนื่องกันมาเป็นเวลาช้านาน โดยมีความรู้สึกร่วมกันว่าจะต้องปฏิบัติตาม จารีตประเพณีมุ่งถึงสิ่งภายนอกของมนุษย์เท่านั้น เช่น การแต่งตัว วิถีพูด และวิธีติดต่อกับบุคคลอื่น รวมถึงวัฒนธรรมด้วย จารีตประเพณีย่อมเป็นการเฉพาะตัว เพราะเกี่ยวกับบุคคลหนึ่งในสังคมใดสังคมหนึ่ง แต่อีกสังคมหนึ่งอาจไม่มีจารีตประเพณีแบบเดียวกันก็ได้ และอาจแตกต่างกันไปตามกาลเทศะหรือตามแต่ละแห่งที่ตนอาศัยอยู่ก็ได้

จารีตประเพณีกับกฎหมายมีความคล้ายคลึงกันตรงที่เป็นสิ่งที่กำหนดความประพฤติภายนอกของบุคคลในสังคม เพื่อให้บุคคลในสังคมอยู่ร่วมกันได้ด้วยดี แต่กฎหมายกับจารีตประเพณีมีความแตกต่างกันที่ กฎหมายนั้นรัฐเป็นผู้บัญญัติหรืออย่างน้อยก็ยอมรับบังคับให้เป็นไปตามข้อบังคับนั้นๆ เรียกว่ากฎหมายจารีตประเพณี⁹⁶ แต่จารีตประเพณีเป็นข้อบังคับของสังคมชนชั้นใดชนชั้นหนึ่งหรือของกลุ่มบุคคลใดในสังคมหนึ่งๆ กฎหมายเป็นข้อบังคับสำหรับความประพฤติของมนุษย์เพียงบางประการแต่จารีตประเพณีเป็นข้อบังคับครอบคลุมวิถีการดำรงชีวิตของสังคมมนุษย์ทั้งหมด การกระทำผิดกฎหมายย่อมได้รับผลร้ายและถูกลงโทษ แต่การกระทำผิดจารีตประเพณีย่อมได้รับการติเตียนจากสังคมเท่านั้น

⁹⁶ เฟิงอ๋าง, น. 74.

แม้จารีตประเพณีและกฎหมายจะมีความแตกต่างกันแต่ก็มีความสัมพันธ์หลายเรื่อง เช่นกฎหมายยอมรับให้ใช้จารีตประเพณีเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย อย่างเช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 กำหนดให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอุดช่องว่างของกฎหมาย เป็นต้น หรือกฎหมายที่ขัดกับจารีตประเพณีบางครั้งกฎหมายจะลดความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายลงเพราะกฎหมายไม่ได้รับการยอมรับจากบุคคลในสังคม เช่น สังคมไทยถือว่าชายมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงได้หลายคนในเวลาเดียวกัน แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้ชายมีภริยาได้คนเดียว(มาตรา 1452) แต่ชายไทยบางคนยังคงมีภริยาหลายคน โดยที่จารีตประเพณีไทยไม่ถือว่าไม่ถูกต้อง

2.3.2 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนา

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนา ซึ่งต้องศึกษาถึงบทบาทของศาสนาภายหลังเมื่ออาณาจักรโรมันล่มสลายราวปลายศตวรรษที่ 5 ประเทศต่างๆในยุโรปย่างเข้าสู่สมัยกลาง สถาบันที่ดำรงอยู่หลังจากที่จักรวรรดิโรมันล่มสลาย คือ ศาสนจักรคริสเตียนซึ่งมีศูนย์กลางอยู่ที่โรมและไม่ได้ถูกพวกอนารยชนทำลายไปด้วย จึงเป็นสถาบันเดียวที่ดำรงอยู่ได้และยังคงสืบทอดมรดกทางความคิดและธรรมเนียมทางการปกครองต่อจากจักรวรรดิโรมัน ซึ่งถือเสมือนเป็นตัวแทนสืบทอด อารยธรรมโรมันที่ชื่อ “โรมันคาทอลิก” คือ ความเชื่อที่รับกันเป็นสากลเป็นการยืนยันสถานภาพของศาสนจักรว่าเป็นศูนย์กลางความเชื่อที่ถูกต้อง หลังจากจักรวรรดิโรมันล่มสลายประชาชนต่างได้อาศัยศาสนจักรโรมันเป็นที่พึ่งทางจิตใจและทางวัฒนธรรม ศาสนจักรจึงกลายเป็นศูนย์กลางการปกครองทางศาสนาแทนจักรวรรดิโรมัน

อาจกล่าวได้ว่า ในสมัยกลางนั้นศาสนจักรถือเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอารยธรรมที่ตกทอดมา แต่สมัยโรมันทั้งในแง่การปกครอง ศาสนา วัฒนธรรม และศิลปะวิทยาการ พระสงฆ์ในศาสนาคริสต์ต้องทำหน้าที่ในการปกครองคล้ายๆกับข้าราชการซึ่งเป็นทั้งผู้สอนและเผยแพร่ศาสนา เป็นครู เป็นนักปราชญ์ผู้รู้หนังสือ เป็นผู้ทรงภูมิรู้ โดยความเชื่อที่สำคัญ คือเชื่อว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างโลกและมนุษย์ เมื่อคนส่วนใหญ่เชื่อว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างโลกก็ปล่อยให้โลกเป็นไปตามแผนการของพระเจ้า เมื่อถึงคราวที่ต้องปิดฉากที่เป็นวันสิ้นสุดของโลกและมนุษย์ พระเจ้าจะเสด็จลงมาพิพากษาโทษและประทานบำเหน็จแก่มนุษย์ เรียกว่า วันพิพากษา (Judgement Day)⁹⁷ คน

⁹⁷ พิพัฒน์ พสุธารชาติ, รัฐกับศาสนา บทความว่าด้วยอาณาจักร ศาสนจักร และเสรีภาพ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สยาม, 2545), น.91-92.

ส่วนใหญ่จึงพากันสนใจต่อการรอดพ้นของตนเอง ว่าเมื่อตนสิ้นชีวิตแล้วเมื่อถึงวันพิพากษา วิญญาณของตนจะไปอยู่ร่วมกับพระเจ้าบนสวรรค์ ทำให้ไม่สนใจที่จะเข้าใจต่อสิ่งต่างๆ ที่อยู่รอบตัว วิทยาการต่างๆที่เคยมีมาแต่สมัยกรีกและโรมันต้องหยุดลง

ความเชื่อทางคริสต์ศาสนาในยุคกลางตอนต้น เน้นย้ำความเชื่อที่ว่ามนุษย์ตกต่ำและมีชีวิตอยู่อย่างเต็มไปด้วยความชั่ว คำสอนนี้เป็นของ เซนต์ ออกัสติน (Saint Augustine) พระนักปราชญ์ที่มีอิทธิพลที่สุดแห่งศาสนาคริสต์ในยุคแรก ได้สอนว่า มนุษย์มีธรรมชาติที่ชั่วช้า เพราะมนุษย์คู่แรกไม่เชื่อฟังและฝ่าฝืนคำสั่งของพระเจ้า ทำให้มนุษย์ถูกตัดขาดจากพระเจ้า จะเห็นว่าเป็นการสอนให้มนุษย์ไม่เชื่อในธรรมชาติแห่งความมีสติปัญญาของตนเอง ไม่เหมือนกับคำสอนของนักปราชญ์ในสมัยกรีกและโรมันที่เชื่อในสติปัญญาและเหตุผลของมนุษย์และยังได้สอนเรื่องการปกครองและกฎหมายว่า สังคมบ้านเมืองหรือรัฐของมนุษย์ล้วนเกิดขึ้นเพราะความจำเป็น เนื่องจากมนุษย์มีบาปมาตั้งแต่เดิม บ้านเมืองเกิดเพื่อคอยควบคุมไม่ให้คนใจบาปทำตามใจชอบ หรือทำตามกิเลสตัณหาของตน หน้าที่ของรัฐ คือการรักษาความสงบ ระวังความขัดแย้ง การต่อสู้ฆ่าฟัน และโดยที่มนุษย์มีบาปมีธรรมชาติที่ไม่ดี รัฐของมนุษย์จึงไม่สมบูรณ์ตามอุดมคติ และไม่มีทางทำให้โลกมนุษย์กลายเป็นสวรรค์ได้ รัฐมีหน้าที่ปราบปรามคนชั่วไม่อาจชักนำคนทำดีได้ การรักษาความสงบของรัฐเป็นประโยชน์ให้มนุษย์แสวงหาความรอดพ้น แต่ศาสนจักรประกอบด้วยบุคคลที่ได้รับการไถ่บาปแล้ว มีความบริสุทธิ์และเป็นตัวแทนของพระเจ้า

ดังนั้น ศาสนจักรจึงมีสถานะเหนือฝ่ายอาณาจักร รัฐหรืออาณาจักรมีหน้าที่รับใช้ศาสนจักรซึ่งเท่ากับปฏิบัติตามพระบัญชาของพระเจ้า ความเชื่อที่ว่ารัฐไม่มีอำนาจยิ่งใหญ่ และไม่อาจทำอะไรได้ตามอำเภอใจนอกจากรักษาความสงบแล้ว รัฐจะต้องอยู่ใต้หลักธรรมตามพระบัญญัติของพระเจ้า ศาสนจักรมีอำนาจปกครองมนุษย์ ฝ่ายอาณาจักรทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองเท่านั้น

กฎหมายตามคำสอนของเซนต์ ออกัสติน คือ กฎหมายของพระเจ้า หรือ “กฏนิรันดร” เป็นเจตจำนงอันศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้าที่ใช้ในการสร้างโลกและจักรวาล ส่วนกฎหมายธรรมชาติ เซนต์ ออกัสติน อธิบายว่า เป็นกฎเกณฑ์ที่ดำรงอยู่ในสรรพสิ่งที่พระเจ้าได้ทรงสร้างขึ้น ซึ่งต่างจากกฏนิรันดรที่กฏนิรันดรเป็นกฎที่ดำรงอยู่ในพระเจ้าผู้สร้างแต่กฎธรรมชาติเป็นกฎที่ดำรงอยู่ในสิ่งที่ถูกสร้าง กฏนิรันดรจึงสมบูรณ์กว่ากฎธรรมชาติ ฝ่ายศาสนจักรยังอ้างว่าอำนาจปกครองของฝ่ายอาณาจักรนั้นเป็นเพียงอำนาจที่ศาสนจักรมอบหมายให้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และมีหน้าที่เพียงสนับสนุนช่วยเหลือ ศาสนจักรในการจัดพวกมิชชันนารีของมนุษย์ หากฝ่ายอาณาจักรมิได้ดำเนินตามพระประสงค์ของพระเจ้า ศาสนาจักรมีอำนาจเรียกอำนาจ

การปกครองคืนมา และตัดฝ่ายอาณาจักรออกจากศาสนจักรราชกรมหมดหน้าที่เชื้อฟงฝ่ายอาณาจักร

ในสมัยกลางตอนปลาย ตั้งแต่ศตวรรษที่ 12-13 เมื่อยุโรปเข้าสู่ยุคฟื้นฟูศิลปปะวิทยาการ (Renaissance) การค้าเริ่มขยายตัว ก่อให้เกิดการฟื้นฟูการศึกษาความรู้อารยธรรมกรีกและโรมันอย่างมาก แนวคิดของพระในสมัยนั้น คือ เซนต์ โทมัส อะควีน่าส (Saint Thomas Aquinas) ได้รับความคิดของอริสโตเติล โดยคำสอนของท่านอยู่บนหลักเหตุผลและยกย่องเหตุผลให้สูงขึ้นจากคำสอนเดิม โดยสอนว่า พระเจ้าสร้างโลกขึ้นด้วยสติปัญญา (The Wisdom of God) คือ ตามเจตจำนงของพระเจ้า พระเจ้าได้สร้างมนุษย์และสรรพสิ่งโดยมีจุดมุ่งหมายที่แน่นอน ด้วยเหตุนี้สรรพสิ่งจึงดำเนินไปอย่างมีกฎเกณฑ์ของตน โดยมนุษย์มีธรรมชาติที่มีเหตุผลรู้ผิดชอบชั่วดีได้ และสิ่งที่ดีที่ถูกต้องย่อมเป็นไปโดยสอดคล้องกับธรรมชาติที่มีเหตุผลของมนุษย์ และเนื่องจากมนุษย์มีสติปัญญาและมีเหตุผลจึงทำให้มนุษย์ก่อตั้งสังคมและพัฒนาสังคมให้เจริญ มนุษย์มีธรรมชาติที่ดีหลงเหลืออยู่ จึงทำให้มีคุณธรรมในการอยู่ร่วมกัน รู้จักเสียสละ ยกย่องความดี รู้จักเกรงกลัวต่อบาป การอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นครอบครัว สังคม เป็นบ้านเมือง จึงเป็นไปตามธรรมชาติที่ดีของมนุษย์ ไม่ใช่ผลจากการมีบาป ความคิดของเซนต์โทมัส จึงเป็นจุดเชื่อมต่อที่เน้นความสำคัญของเหตุผลที่มีมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณและส่งผลไปถึงสมัยใหม่

ในราวปลายศตวรรษที่ 15 ศาสนจักรได้ตกต่ำลง ด้วยเหตุแห่งความเลื่อมทางศีลธรรมของคณะสงฆ์ มีการข่งชิงอำนาจและผลประโยชน์ระหว่างพระผู้ใหญ่กันอย่างชัดเจน มีการอ้างศาสนา พระเจ้า และการไถ่บาปมาแสวงหาผลประโยชน์ จนเกิดกระบวนการปฏิรูปศาสนา (Reformation) และมีการตั้งนิกายใหม่ เรียกว่า “โปรเตสแตนท์” (Protestant) ซึ่งประกาศคัดค้านและเลิกนับถืออำนาจศาสนจักรและสันตะปาปาอย่างเป็นทางการ แต่ยังไม่นับถือพระเจ้า คัมภีร์ไบเบิลอยู่ นักปฏิรูปศาสนาคนสำคัญ ได้แก่ มาร์ติน ลูเธอร์ (Martin Luther ค.ศ. 1483-1546) ผู้ให้กำเนิดลัทธิลูเธอรัน (Lutheranism) และจอห์น คาลวิน (John Calvin ค.ศ. 1509-1564) ผู้ให้กำเนิดลัทธิคาลวินิสต์ (Calvinism)

เมื่อฝ่ายศาสนจักรตกต่ำฝ่ายอาณาจักรเริ่มกลับมีอำนาจมากขึ้น ทำให้เกิดความเห็นว่า อาณาจักรไม่จำเป็นต้องอยู่ใต้อาณัติของศาสนจักร สถานะของฝ่ายอาณาจักรได้ถูกยกให้มีคุณค่าในตัวเองเป็นเอกเทศไม่ต้องอาศัยการพึ่งไปบุญของศาสนจักรต่อไป การเกิดขึ้นของรัฐฆราวาส (Secular State) ทำให้แต่ละรัฐต้องพยายามแสดงอำนาจเด็ดขาดของรัฐเพื่อไม่ยอมตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์อื่นใด การรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางได้ก่อให้เกิดความขัดแย้งและการต่อสู้ระหว่างผู้ครองนครตามแคว้นต่างๆ กับกษัตริย์เป็นเวลานาน จึงมีนักคิดที่พยายามยกย่องอำนาจส่วนกลางของรัฐเป็นอำนาจที่มีคุณค่าเพื่อหาข้อยุติในความขัดแย้งดังกล่าว อย่างเช่น

ของ โบแดง (Jean Bodin) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ซึ่งให้เห็นว่า รัฐจะดำรงอยู่ได้จะต้องมีอำนาจการปกครองสูงสุดที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย (Sovereignty)” คือ อำนาจสูงสุดเหนือประชาชนในรัฐ อันไม่จำกัดหรือยับยั้งด้วยกฎหมายใดๆ” และกล่าวอีกว่า “อำนาจอธิปไตยคือ อำนาจเหนือพลเมืองของรัฐ เป็นอำนาจเด็ดขาดและเป็นนิรันดร”⁹⁸ ความคิดของโบแดงมีส่วนช่วยอธิบายความชอบธรรมและการดำรงอยู่ของรัฐสมัยใหม่ซึ่งแยกตัวเป็นอิสระไม่อยู่ใต้อาณัติของ ศาสนจักร แนวคิดของโบแดงเป็นผลให้เกิดการเน้นอำนาจในการบัญญัติกฎหมายมาเป็นอำนาจรัฐ ถือว่าการบัญญัติกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นในการแสดงออกซึ่งการมีอำนาจเด็ดขาดของรัฐและไม่อยู่ใต้อาณัติอื่นใด รัฐต้องพยายามบัญญัติกฎหมายเพื่อพิสูจน์ว่าเป็นรัฐที่แท้จริง ผู้ปกครองที่ตั้งตนเป็นใหญ่จึงต้องมีการสร้างระบบการปกครองที่เข้มแข็งเพื่อยืนยันการใช้อำนาจของรัฐ ทำให้เกิดรูปแบบการปกครองที่เรียกว่า ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) ซึ่งยืนยันว่า รัฐมีอำนาจสูงสุดเด็ดขาด และไม่ถูกยับยั้งด้วยกฎหมายใดๆ รัฐสมัยใหม่จึงเกิดเป็นชุมชนการเมืองที่มีดินแดนแน่นอนและมีอำนาจปกครองตนเอง โดยมีอำนาจของกษัตริย์เป็นศูนย์กลาง ปฏิเสธอำนาจของ ศาสนจักร รวมทั้งปฏิเสธอำนาจของขุนนาง และเจ้าครองนครที่สืบทอดตามจารีตประเพณีระบบศักดินาในสมัยกลาง เป็นการยืนยันการใช้อำนาจออยู่ที่รัฐหรือกษัตริย์แต่ผู้เดียว กษัตริย์มีอำนาจมากขึ้นและประเทศรวมตัวกันเป็นปึกแผ่น ประชาชนมีความรู้สึกทางชาตินิยม เมื่อกษัตริย์รวมชาติเป็นปึกแผ่น ชาวยุโรปเริ่มผูกพันกันในเรื่องเชื้อชาติ ภาษา และขนบธรรมเนียมประเพณี ความเป็นชาติเริ่มเด่นชัดขึ้น ความรู้สึกชาตินิยมสูงขึ้นจนทำให้ชาติเป็นอิสระจากอิทธิพลภายนอกซึ่งรวมถึงอิทธิพลของศาสนาคริสต์ด้วย

เมื่อได้มีการปฏิรูปศาสนาจึงนำไปสู่การพัฒนาที่เป็นการปกครองที่มีรัฐบาลกลางประจำชาติซึ่งจะเห็นได้ว่ายุโรปถูกแบ่งเป็นชาติเป็นรัฐตามเขตแดนทางการเมือง แต่ขณะเดียวกันก็แบ่งออกตามความเชื่อในทางศาสนาด้วย ซึ่งนำไปสู่การเกิดความขัดแย้งทางศาสนาขึ้นด้วย เพราะการก่อกำเนิดรัฐชาติมีผลทำให้ผู้ปกครองในดินแดนรัฐชาติแต่ละแห่งต่างรวมอำนาจไว้ที่ศูนย์กลางเพื่อให้เกิดความเข้มแข็งและต่างต้องการให้ลัทธิทางความเชื่อศาสนานิกายที่ตนนับถือเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ประชาชนในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์สากลที่ถูกต้องในฐานะศาสนาประจำชาติ เพื่อจะได้อำนาจควบคุมสถาบันศาสนาภายในรัฐของตนไว้ในอำนาจทางการปกครองด้วย ดังนั้น กษัตริย์สมบูรณาญาสิทธิราชย์จึงมักจะใช้อำนาจในการแทรกแซง

⁹⁸ พิชฌิมน์ พสุธารชาติ, เฝิงอ้อ, น.97.

ความเชื่อทางศาสนาของประชาชนในประเทศ ทำให้เกิดความวุ่นวายอันเป็นสาเหตุของความขัดแย้งทางศาสนาตามมาอยู่บ่อยครั้ง อย่างเช่น

ในอังกฤษ พระเจ้าเฮนรี่ที่ 8 (Henry VIII ค.ศ. 1509-1547) ได้ประกาศแยกอังกฤษออกจาก ศาสนจักรของสันตะปาปา และให้รัฐสภาสถาปนาพระองค์ขึ้นเป็นประมุขของฝ่ายศาสนา ในปี ค.ศ. 1534 และได้ประกาศปิดวัดทุกแห่งในอังกฤษและยึดที่ดินและทรัพย์สินสมบัติของวัดคาทอลิกมาแจกจ่ายให้ขุนนางบริวารของพระองค์ ทำให้พระองค์ต้องปราบปรามจลาจลในประเทศถึง 2 ครั้ง

ในสมัยพระนางแมรี่ที่ 1 (Mary I ค.ศ. 1553-1558) ขึ้นครองราชย์ กลับพยายามฟื้นฟูนิกายโรมันคาทอลิกขึ้นใหม่เป็นศาสนาประจำชาติโดยกำจัดผู้นับถือนิกายโปรเตสแตนต์ เมื่อพระนางสิ้นพระชนม์ พระนางเจ้าเอลิซาเบธที่ 1 (Elizabeth I ค.ศ. 1558-1603) ได้กลับฟื้นฟูนิกายโปรเตสแตนต์ขึ้นมาอีกครั้ง โดยบังคับให้ชาวอังกฤษทุกคนนับถือโปรเตสแตนต์ด้วยการออกกฎหมายต่างๆ เพื่อต่อต้านพวกนอกรีตศาสนาเพื่อทำให้นิกายโปรเตสแตนต์กลับมาเป็นศาสนาประจำชาติ

ในฝรั่งเศส สมัยพระนางแคเธอรีน แห่ง เมดิซี เป็นผู้สำเร็จราชการ ได้ปราบปรามพวก ฮูเกอโนต์ (Huguenots) ซึ่งเป็นพวกโปรเตสแตนต์ลัทธิคาลวินิสต์ โดยได้ใช้วิธีรุนแรงจนเกิดเป็นสงครามศาสนาที่ต่อสู้นามพระเจ้าที่ทารุณโหดร้ายมากที่สุดในประวัติศาสตร์ คือ การสังหารหมู่วัน เซนต์บาโทโลมิว (St.Bartholomews Day Massacre) ปี ค.ศ. 1572 ซึ่งมีชาวโปรเตสแตนต์ถูกสังหารประมาณตั้งแต่นั้นหนึ่งหมื่นถึงห้าหมื่นคน⁹⁹

สมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 พระองค์ได้บีบบังคับให้พวกฮูเกอโนต์หันมานับถือคาทอลิกด้วยวิธีการตั้ง “มูลนิธิพวกเปลี่ยนศาสนา” (Treasury of Conversion) เพื่อให้สินจ้างแก่พวกเปลี่ยนศาสนา ในปีค.ศ.1677และใช้วิธีก็ดักพวกโปรเตสแตนต์ออกจากราชอาณาจักร รวมทั้งปิดวัดของพวกโปรเตสแตนต์ ตลอดจนใช้ทหารเข้าทำลายหมู่บ้านและยึดเอาทรัพย์สินสมบัติ ทำให้พวกโปรเตสแตนต์ต้องอพยพออกจากฝรั่งเศสไป

ในเยอรมัน ผู้ปกครองรัฐได้บังคับให้คนในรัฐตนยอมรับนับถือศาสนาตามเจ้าผู้ปกครองอย่างเด็ดขาด จนเกิดสงครามเป็นเวลายาวนานถึง 30 ปี ที่เรียกว่า “สงคราม 30 ปี” (Thirty Year's War ค.ศ.1618-1648) จนสงครามสงบลงด้วยการทำสัญญาสงบศึกเวสต์ฟาเลีย

⁹⁹ เอ็ม.เจ.ฮาร์มอน, เสน่ห์ จามริก (แปล), “ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน”, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), น. 245-246.

(Peace of Weatphalia) มีการสันนิษฐานว่าประชากรเยอรมันประมาณหนึ่งในสามสูญหายไป เพราะสงครามครั้งนี้¹⁰⁰

เมื่อรัฐสมัยใหม่เติบโตเข้มแข็งขึ้นเป็นรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีกษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจสูงสุด ทำให้เกิดความขัดแย้งกับกลุ่มต่างๆ ในสังคมโดยเฉพาะชนชั้นกลาง ซึ่งเป็นพันธมิตรและเป็นผู้ สนับสนุนการขยายอำนาจของกษัตริย์โดยเป็นแหล่งรายได้ที่สำคัญ ชนชั้นกลางจึงมีความเป็นอิสระมีเสรีภาพ เมื่อกษัตริย์ถือว่าพระองค์มีอำนาจแต่ผู้เดียวเป็นรัฐาธิปัตย์ที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ทำให้ชนชั้นกลางร่วมมือกันต่อต้านการกระทำของกษัตริย์จนเกิดสงครามกลางเมืองหลายครั้งในอังกฤษและฝรั่งเศส เมื่อสภาพสังคมมีความขัดแย้งจึงมีนักปรัชญาคิดหาทางออกต่อปัญหาความขัดแย้งดังกล่าว เช่น

จอห์น ล็อก (John Locke ค.ศ.1632-1704) ได้เคยแสดงความเห็นเกี่ยวกับเสรีภาพในศาสนาว่า ความเชื่อขั้นสูงสุดของศาสนาต่างๆ ไม่ใช่ความเชื่อที่มนุษย์ทั่วไปจะพิสูจน์ให้เห็นเป็นจริงอย่างแน่นอนได้ ผู้ปฏิบัติตนตามหลักคำสอนของศาสนานิกายต่างๆ จึงไม่อาจมั่นใจอย่างแน่นอนว่าคำสอนของนิกายอื่นผิดหมดอย่างแน่นอน อีกทั้งความเชื่อหรือความศรัทธาในคำสอนทางศาสนาก็เพื่อก่อให้เกิดการหลุดพ้นซึ่งจะต้องเกิดจากความสมัครใจของตนเองไม่ใช่เกิดจากการบังคับ ความสามารถในการคิดอย่างมีเหตุผลและความรู้สึกผิดชอบชั่วดี (Conscience) แม้ว่ามนุษย์อาจเชื่อในสิ่งที่ผิด และทำในสิ่งที่ผิดได้ แต่จากคำแนะนำของผู้อื่นและประสบการณ์ของตนเองที่เพิ่มขึ้น รวมทั้งความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่พระเจ้าประทานมา มนุษย์ย่อมสามารถรู้ได้ด้วยตนเองว่าความเชื่อนั้นถูกหรือผิด เขาจึงสามารถเลือกที่จะเชื่อในสิ่งที่ถูกได้โดยไม่ต้องให้มนุษย์คนอื่นมาบังคับแต่ประการใด ล็อกจึงคิดว่า ประชาชนที่นับถือศาสนาต่างนิกายเหล่านั้น ทำจิตใจให้สงบ เรียนรู้ที่จะแยกความจริงจากนิยายในคัมภีร์ด้วยเหตุผลของตนเองแทนที่จะเชื่อทุกสิ่งทุกอย่างจากบาทหลวง เมื่อนั้นพวกเขาก็จะสามารถทำในสิ่งที่พระเยซูสอนได้ คือ การมีความรักซึ่งกันและกัน เมื่อประชาชนที่นับถือศาสนาคริสต์ที่ต่างนิกายกันเหล่านั้นมีความใจกว้าง (Toleration) ต่อกันและกันสังคมก็จะอยู่กันอย่างสันติสุข¹⁰¹

ล็อกเห็นว่า อำนาจของรัฐบาลมีอยู่จำกัดไม่ได้มีอยู่เพื่อบังคับให้คนเชื่อลัทธิศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยเฉพาะ หรือให้เข้าร่วมกลุ่มศาสนาต่างๆ องค์การศาสนาเป็นองค์การที่อาศัย

¹⁰⁰ เพ็ชรี สุมิตร (บรรณานุกรม), "อารยธรรมตะวันตก", (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2527), น. 124-125.

¹⁰¹ John Locke, Letter of Toleration , อ้างถึงใน พิพัฒน์ พสุธารชาติ, อ้างแล้ว เชียงอรุณที่ 97, น.157-158.

ความสมัครใจและความมุ่งต่อการปลดปล่อยบางแห่งจิตใจ แต่ไม่มีสิทธิที่จะได้รับความสนับสนุนจากรัฐในการสร้างสมาชิกภาพหรือในการลงโทษสมาชิกที่ละเมิดฝ่าฝืนกฎข้อบังคับของตน สิทธิของคนที่จะเชื่อตามที่ต้องการเป็นสิ่งที่ไม่อาจสละได้เพราะศาสนาเป็นเรื่องของ “ความจงใจภายใน” ซึ่งเกินกว่าอำนาจของรัฐบาลที่จะบังคับได้เพราะรัฐบาลอาจใช้ได้แต่ “กำลังภายนอก” เท่านั้น

จะเห็นว่าสิทธิในการนับถือศาสนาของลัทธิ คือ หลักการแห่งความอดทนอดกลั้น (Toleration) หรือหลักแห่งความอดทนต่อเสียงส่วนน้อย ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งในระบอบประชาธิปไตย ที่ว่า ความคิดเห็นรวมทั้งความเชื่อทางศาสนาจะให้มนุษย์เห็นพ้องต้องกันทุกคน ย่อมเป็นไปได้ เมื่อมีความเห็นต่างกันก็ต้องมีความเห็นของคนส่วนใหญ่ฝ่ายหนึ่ง คือ คนส่วนใหญ่ของประเทศที่นับถือศาสนาหนึ่งรวมทั้งความเห็นของคนส่วนน้อยฝ่ายหนึ่งที่นับถือศาสนาอีกศาสนาหนึ่ง เพื่อให้เสรีภาพในศาสนาเป็นไปตามระบอบประชาธิปไตยจึงต้องมีหลักความอดทน (Tolerance) ต่อความเห็นฝ่ายตรงกันข้าม คือ อดกลั้นต่อความแตกต่างทางความเชื่อทางศาสนา ซึ่งในระบอบประชาธิปไตยนอกจากถือหลักเสียงส่วนใหญ่แล้วก็ต้องมีหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยจะถือหลักเสียงส่วนใหญ่มาทำลายเสียงส่วนน้อยไม่ได้ ตราบใดเสียงส่วนน้อยยังรักษาสิทธิภายใต้กรอบของกฎหมาย ในระบอบประชาธิปไตยก็ต้องถือหลักพิทักษ์เสียงส่วนน้อย (Right of minority) เช่นกัน¹⁰²

แนวคิดเรื่องสิทธิในการนับถือศาสนาถือเป็นหลักการพื้นฐานที่แสดงให้เห็นถึงความเชื่อมั่นในตัวของมนุษย์ว่า มนุษย์ทั่วไปที่ได้รับการศึกษาและมีจิตใจที่ปกติทุกคน จะเป็นผู้ที่มีเหตุผลและมีความรู้สึกผิดชอบชั่วดี มนุษย์ทั่วไปย่อมสามารถใช้สติปัญญาและมโนธรรมของตนพิจารณาได้ว่า การกระทำใดที่ผิด การกระทำใดที่ถูกต้อง โดยไม่ต้องมีผู้ใดมาบังคับ จะเห็นว่าทัศนคติของลัทธิ แม้จะยังไม่ชัดเจน แต่ก็วางรากฐานของเสรีภาพทางศาสนาในรัฐเสรีประชาธิปไตย เราจะพบแนวคิดของลัทธิในรัฐธรรมนูญที่รับรองเสรีภาพทางศาสนาของบุคคล แต่ก็ยังยอมให้รัฐจำกัดเสรีภาพได้ด้วยเหตุผลบางประการ (เช่น เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม เพื่อประโยชน์สาธารณะ) ความคิดเช่นนี้สอดคล้องกับความคิดแบบเสรีนิยมของจอห์น สจิวท มิลล์ (John Stuart Mill) ที่เชื่อมั่นในคุณค่าของปัจเจกชน โดยมิลล์เชื่อว่า มนุษย์มีโอกาสพัฒนาศักยภาพของตนได้สูงสุด ก็ต่อเมื่อมนุษย์ได้รับเสรีภาพที่จะกระทำการที่เขาต้องการ ถ้าเขาไม่ไปละเมิดสิทธิของผู้อื่น มนุษย์มีโอกาสทำผิดแต่ก็สามารถเรียนรู้ข้อผิดพลาดของตนได้ เพื่อนำไปใช้แก้ไขสิ่งที่ผิดพลาดต่างๆ การปล่อยให้มนุษย์มีเสรีภาพที่จะเชื่อในเรื่องใดๆ ตราบใดที่

¹⁰² พิพัฒน์ พสุธารชาติ, เพิ่งอ้าง, น.157-159.

ความเชื่อนั้นไม่ไปละเมิดสิทธิของผู้อื่น เสรีภาพที่จะคิดที่จะทำ ก็ทำให้เขามีโอกาสที่จะพัฒนาให้เจริญเติบโตได้ การนับถือศาสนาก็เช่นกัน มนุษย์สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้ว่า เขาควรจะเชื่อในคำสอนของศาสนาใด และเลือกที่จะนับถือในศาสนาใด โดยไม่ต้องให้มนุษย์คนอื่นมาบังคับหรือเลือกให้กับเขา ไม่มีใครสามารถมาบังคับเปลี่ยนแปลงความเลื่อมใสศรัทธาของเขาในศาสนานั้นๆ ได้ เนื่องจากการนับถือศาสนาเป็นเรื่องของความสมัครใจ เป็นเรื่องส่วนบุคคล เขาสามารถเชื่อว่าคำสอนของศาสนานั้นๆ เป็นคำสอนที่มีจุดประสงค์ให้มนุษย์ประพฤติตนเป็นคนดี เพื่อให้สังคมของมนุษย์อยู่ร่วมกันอย่างสันติ เขาสามารถเชื่อในสิ่งเหนือธรรมชาติ เชื่อการเวียนว่ายตายเกิด เชื่อว่านรกสวรรค์มีจริง เชื่อว่านิพพานมีจริง ฯลฯ ความเชื่อเหล่านี้เป็นความเชื่อส่วนบุคคล ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่สามารถพิสูจน์ได้ในทางวิทยาศาสตร์ ไม่มีใครสามารถพิสูจน์ให้ผู้อื่นเห็นได้ว่ามีอยู่จริงหรือไม่ คนที่จะบอกได้ต้องอาศัยความศรัทธาหรือการฝึกฝนจิตใจตามหลักคำสอนของศาสนานั้นๆ จนตนเองเชื่อว่าสามารถสัมผัสกับสิ่งที่ผู้อื่นอาจไม่สามารถสัมผัสได้ ดังนั้นความเชื่อเหล่านี้จึงเกิดจากการตัดสินใจของเขาเอง

นอกจากนี้ ความเชื่อทางศาสนาบางเรื่องต้องอาศัยการตีความหรืออาศัยประสบการณ์ส่วนตัว บางครั้งการตีความในคำสอนอาจแตกต่างไปจากบุคคลอื่นๆ บางครั้งอาจมีการตีความในทางศาสนาออกนอกกลุ่มนอกทางหรือเชื่อในสิ่งที่ผิดๆ แม้กระนั้นก็ไม่มีใครสมควรไปใช้กำลังบังคับหรือใช้ความรุนแรงจนทำให้เขายอมเปลี่ยนความเชื่อ นอกจากว่าสิ่งที่คนอื่นฯ ซึ่งเป็นผู้รู้ในทางศาสนาจะกระทำได้ ก็เพียงการใช้การพูดจาด้วยเหตุผลเพื่อโน้มน้าวจิตใจชักชวนให้เขาเปลี่ยนความเชื่อที่ผิดๆ เหล่านั้นเท่านั้น เพราะการนับถือศาสนาเป็นเรื่องความสมัครใจ เป็นความเชื่อส่วนบุคคลที่เขาตัดสินใจและสามารถเข้าใจคำสอนได้ด้วยตนเองว่าความเชื่อหรือคำสอนในศาสนาใดถูกต้อง เพราะมนุษย์เป็นผู้มีเหตุผลและความรู้สึกผิดชอบชั่วดี มนุษย์ทุกคนจึงต้องมีการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของตนเองและผู้อื่น สิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ ความคิดในเรื่องสิทธิ ไม่ว่าจะเป็สิทธิในชีวิต ในทรัพย์สินส่วนตัว หรือแม้กระทั่ง สิทธิในการนับถือศาสนา ฯลฯ ก็คือ การที่เกิดมาเป็นมนุษย์ก็เป็นเหตุผลที่เพียงพอแล้วที่จะทำให้มนุษย์ทุกคนสมควรที่จะแสดงความเคารพในสิทธิของมนุษย์คนอื่น รวมทั้งสามารถเรียกร้องสิทธิของตนเองได้ ถ้าตนเองถูกละเมิดสิทธิซึ่งแสดงถึงความเป็นมนุษย์ของเขา

ในหัวข้อต่อไปจะศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนาในต่างประเทศและในประเทศไทย ดังนี้

2.3.2.1 ในต่างประเทศ ปรัชญาการเมืองของลัทธิคือถือว่าการให้กำเนิดลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) และเสรีนิยม (Liberalism) ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของอุดมการณ์เสรีนิยมประชาธิปไตย และผลของปรัชญาเสรีนิยมประชาธิปไตยดังกล่าว ทำให้เกิดการปฏิวัติใหญ่ 2 ครั้ง คือ การปฏิวัติแยกตัวเองออกเป็นอิสระจากอังกฤษของ 13 อาณานิคมในทวีปอเมริกาเหนือปี ค.ศ. 1787 และการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 พร้อมกับการประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789

แนวคิดของลัทธิในเรื่องการแบ่งแยกหน้าที่ระหว่างรัฐกับศาสนจักรได้ปรากฏในบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (Bill of Rights) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกิดจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญอเมริกาเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1787 มีบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 (The First Amendment) คือบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิที่เป็นจิตสำนึกแห่งความชอบธรรม (Right to Conscience) ว่า “สภานิติบัญญัติจะไม่ออกกฎหมายทำการสถาปนาศาสนาใดศาสนาหนึ่งขึ้นโดยเฉพาะ หรือห้ามการปฏิบัติศาสนกิจโดยเสรี” ซึ่ง โทมัส เจฟเฟอร์สัน ได้เขียนไว้ในปี ค.ศ. 1802 ว่า “จุดมุ่งหมายของบทแก้ไขบทที่ 1 คือ “การสร้างกำแพงแห่งการแบ่งแยกระหว่างศาสนากับรัฐไว้”¹⁰³

การที่รัฐธรรมนูญอเมริกามีบทบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาไว้เป็นผลมาจากปัจจัยสำคัญ 2 ประการ¹⁰⁴ คือ

(1) ทฤษฎีทางการเมือง คือ ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract Theory) ซึ่งอธิบายอำนาจอธิปไตยของสังคมการเมืองนั้นมีรากฐานอยู่บนสิทธิโดยธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนว่าจะปกครองตนเอง อันเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีเหมือนกันและสิทธิที่มนุษย์แต่ละคนมีโดยธรรมชาติอย่างเท่าเทียมกัน มนุษย์สามารถเข้าร่วมสัญญาตามที่เต็มใจจะตกลงจัดตั้งสังคมการเมือง พันธะหรือข้อผูกพันที่เกิดจากข้อตกลงและการเคารพกฎหมาย คือ การปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ไว้ รัฐมีหน้าที่ดูแลผู้ร่วมสัญญาทั้งปวงให้เป็นตามสัญญาประชาคม รัฐไม่อาจกำหนดเงื่อนไขใดๆ ที่ว่าด้วยเรื่องศาสนาของมนุษย์ได้เลย เพราะสิทธิของมนุษย์ที่จะเชื่อถือตามศาสนาที่ต้องการเป็นสิทธิที่ไม่อาจสละได้ ลัทธิเคยกล่าวไว้ว่า ผู้ที่นับถือศาสนานิกายต่างๆ กัน ต่างเชื่อว่านิกายของตนเท่านั้นเป็นศาสนาที่แท้จริง ส่วนนิกายอื่นเป็นศาสนาเทียม กรณีเช่นนี้ รัฐก็ไม่

¹⁰³ กระมล ทองธรรมชาติ และ สมบูรณ์ สุขสำราญ, เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับการปกครองและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2513), น. 70.

¹⁰⁴ ชนาทร จิตติเดโช, “เสรีภาพทางศาสนากับปัญหาสิทธิมนุษยชน”, วารสารคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ปีที่ 9 เล่มที่ 25 (2) มกราคม – เมษายน พ.ศ. 2550, น. 77-109.

อาจล่วงรู้ได้ว่าศาสนาใดเป็นศาสนาที่แท้จริง เพราะศาสนาเป็นเรื่องนามธรรมที่อยู่นอกเหนือจากศีลธรรมตามธรรมชาติหรือศีลธรรมโดยทั่วไปของมนุษย์ การให้รัฐเข้ามาชี้ขาดปัญหาทางศาสนา ย่อมเป็นการส่งเสริมให้รัฐมีอำนาจไม่จำกัดและไม่ต่างอะไรจากการให้รัฐมีอำนาจแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาด

ดังนั้น การไม่นำเอาข้อแตกต่างทางความเชื่อในศาสนามาเป็นปัจจัยทางการเมือง ซึ่งหมายถึง มนุษย์แต่ละคนมีเสรีภาพที่จะนับถือศาสนาและปฏิบัติตามศาสนธรรมตามความเข้าใจของมโนธรรมของตนโดยอิสระโดยไม่สูญเสียสิทธิของพลเมือง จึงไม่ใช่เรื่องของ “ขันติธรรม” ที่รัฐบาลมอบให้ แต่เป็นเรื่องของ “สิทธิ” เสรีภาพทางศาสนาที่แท้จริงที่มีรากฐานอยู่บนความเชื่อในเรื่องเสรีภาพแห่งจิตใจมนุษย์¹⁰⁵ การแยกศาสนาออกจากการเมืองอย่างเด็ดขาดจึงก่อให้เกิดเสรีภาพทางศาสนาซึ่งเป็นเงื่อนไขแรกและเงื่อนไขสำคัญที่สุดของการมีรัฐบาลที่มีอำนาจจำกัดเสรีภาพทางศาสนา ไม่เพียงแต่จะนำเอาข้อขัดแย้งระหว่างศาสนานิกายต่างๆ ออกไปจากการเมืองเท่านั้น แต่ยังเป็นบ่อเกิดของเสรีภาพที่แท้จริงของพลเมืองด้วย¹⁰⁶

(2) ปัจจัยทางประวัติศาสตร์ ซึ่งมติศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาในคดีอีเวอร์สันเป็นโจทก์ฟ้องคณะกรรมการการศึกษา ค.ศ. 1947 (Everson v. Board of Education) ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงประวัติศาสตร์เกี่ยวกับปัญหาการนับถือศาสนาที่เป็นสาเหตุให้มีการบัญญัติเรื่องศาสนาในรัฐธรรมนูญอเมริกา

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนาในรัฐเสรีประชาธิปไตยทางตะวันตกจะเห็นได้จากกฎหมายมักจะยึดหลัก “รัฐฆราวาส” (Secular State) ซึ่งต้องแยกศาสนาออกจากการเมือง ทำให้รัฐต้องยึดหลักสำคัญ 2 ประการคือ “ความเป็นกลางทางศาสนา” และ “การรับรองการใช้สิทธิเสรีภาพทางศาสนา”

ความเป็นกลางทางศาสนาและการรับรองการใช้สิทธิเสรีภาพทางศาสนา ถือเป็นสาระสำคัญของรัฐฆราวาสที่แยกศาสนาออกจากการเมือง ทำให้รัฐไม่อาจสถาปนาศาสนาใดศาสนาหนึ่งเป็นศาสนาประจำชาติได้ รวมถึงรัฐต้องยกเลิกการให้สิทธิพิเศษแก่บางศาสนา

¹⁰⁵ สมบัติ จันทรวงศ์, “ศาสนชุมชนอิสระในรัฐที่เป็นเสรี : ว่าด้วยเสรีภาพทางศาสนาและการเมืองในปรัชญาการเมืองตะวันตก” ใน สันติสุข โสภณศิริ (บรรณาธิการ), “วิถีสังคมไทย สรรนิพนธ์ทางวิชาการเนื่องในวาระหนึ่งศตวรรษ ปรีดี พนมยงค์ ชุดที่ 6 กฎหมายและสิทธิมนุษยชน”, (กรุงเทพมหานคร : เรือนแก้วการพิมพ์, 2544), น.255.

¹⁰⁶ เพิ่งอ้าง, น.258.

ตลอดจนไม่ให้การสนับสนุนใดๆ แก่สถาบันศาสนาด้วย ซึ่งประเทศที่ใช้หลักความเป็นกลางทางศาสนา อย่างเช่น

(1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ได้บัญญัติในบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 (Amendment 1) ว่า “สภานิติบัญญัติจะไม่ออกกฎหมายทำการสถาปนาศาสนาใดศาสนาหนึ่งขึ้นโดยเฉพาะหรือห้ามการปฏิบัติศาสนกิจโดยเสรี” บทบัญญัติดังกล่าวประกอบด้วยหลักสำคัญ 2 ประการ คือ “หลักการห้ามสถาปนาศาสนา” (The Establishment Clause) คือ รัฐจะต้องไม่ออกกฎหมายรับรองการจัดตั้งศาสนาใดศาสนาหนึ่ง และสอง คือ “หลักว่าด้วยการใช้สิทธิเสรีภาพทางศาสนา” (The Free Exercise Clause) ซึ่งเป็นการใช้อิสระและคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนในการเลือกที่จะเชื่อถือในศาสนาใดๆ และใช้เสรีภาพปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อทางศาสนา

ส่วนการใช้สิทธิเสรีภาพทางศาสนา ศาลสหรัฐอเมริกาได้ให้ความหมายของสิทธิเสรีภาพทางศาสนาไว้หลายคดี เช่น

คดี Engel V. Vitale¹⁰⁷ ศาลวินิจฉัยว่า มลรัฐจะเขียนคำสวดสำหรับใช้ในโรงเรียนรัฐบาลไม่ได้ เมื่อโรงเรียนของรัฐมีการให้นักเรียนสวดมนต์แสดงความเคารพต่อพระเจ้าเป็นเจ้าก็เป็นการก้าวท้าวสิทธิของคนที่ไม่นับถือและไม่เชื่อในเรื่องพระเจ้า

คดี Torosco V. Wathins¹⁰⁸ ศาลวินิจฉัยว่า เสรีภาพในการนับถือศาสนาที่ได้รับการคุ้มครองไม่ได้มีเพียงศาสนาที่มีแนวคิดเกี่ยวกับพระเจ้า (Deity) เท่านั้น ระบบความเชื่ออื่น เช่น ความเชื่อทางจริยธรรม ทางจารีตประเพณี มนุษยนิยม พระพุทธศาสนาที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นความเชื่อเท่าเทียมกับศาสนาในความหมายของศาสนาแบบเทวนิยม (Theistic) การแบ่งแยกกันระหว่างศาสนาแบบเทวนิยมกับอเทวนิยม ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(2) ประเทศฝรั่งเศส

ในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 1 บัญญัติไว้ว่า “ฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐที่มีอาจแบ่งแยกได้ เป็นกลางทางศาสนา เป็นประชาธิปไตย และเป็นสังคม สาธารณรัฐรับรองความเสมอภาคตามกฎหมายของพลเมือง โดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อของทุกนิกาย โครงสร้างของสาธารณรัฐเป็นการกระจายอำนาจทางปกครอง”

¹⁰⁷ 370 U.S.421 (1962).

¹⁰⁸ 367 U.S.488 (1961).

และได้มีกฎหมายฉบับลงวันที่ 9 ธันวาคม 1905 บัญญัติถึงการแยกศาสนจักรออกจากอาณาจักรโดยเด็ดขาดว่า “สาธารณรัฐไม่รับรอง ไม่สนับสนุนการเงิน และไม่อุดหนุนใดๆ แก่ทุกๆลัทธิ” จึงทำให้รัฐต้องเป็นกลางทางศาสนา รัฐไม่สามารถเข้าไปมีส่วนในการจัดการหรือดำเนินการใดๆ ใน ศาสนจักรได้ ไม่ว่าจะให้เงินสนับสนุนในกิจกรรมใดๆ ของศาสนาก็ตาม และในมาตรา 1 ยังรับรองสิทธิเสรีภาพทางศาสนาว่า “สาธารณรัฐฝรั่งเศสจะต้องให้การรับรองเสรีภาพทางความคิดและให้หลักประกันในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือการประกอบพิธีกรรมตามความเชื่อของตนภายใต้ข้อจำกัดที่บัญญัติไว้เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง”

หลักรัฐฆราวาสของฝรั่งเศสนั้น นอกจากรัฐต้องให้การรับรองสิทธิเสรีภาพทางศาสนาแล้ว รัฐต้องรักษาความเป็นกลางทางศาสนาด้วย หลักการดังกล่าวได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยในคดี Bouteyre¹⁰⁹ จะเห็นได้ว่า การใช้สิทธิเสรีภาพทางศาสนาที่ได้รับการรับรองนั้นมีขอบเขตกว้างขวาง ซึ่งได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในทางศาสนา การมีเสรีภาพในการเลือกนับถือศาสนาใดๆ โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยเหตุที่นับถือศาสนานั้นๆ ซึ่งกฎหมายได้ให้การรับรองคุ้มครองถึงความเชื่อด้วย นอกจากนี้ยังรับรองเสรีภาพในการปฏิบัติตามคำสอนของศาสนาตลอดจนการประกอบพิธีกรรมตามความเชื่อของตนด้วย

(3) ประเทศเยอรมัน

โดยกฎหมายพื้นฐาน (The Basic Law) ได้วางหลักประกันเสรีภาพในศาสนา โดยกำหนดให้รัฐต้องให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่การกระทำของบุคคลที่เกิดจากแรงจูงใจทางศาสนาที่ราบเท่าที่ไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิผู้อื่นหรือสังคมส่วนรวม และยังวางหลักว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนาว่า รัฐต้องวางตัวเป็นกลางในเรื่องศาสนา ไม่ส่งเสริมหรือสถาปนาศาสนาหรือความเชื่อใดเป็นพิเศษ

ในกฎหมายพื้นฐานได้วางหลักประกันการคุ้มครองเสรีภาพในศาสนาในมาตรา 136 ว่า จะไม่มีบุคคลใดถูกบังคับให้เปิดเผยถึงความเชื่อในทางศาสนาของตน และมาตรา 137 กำหนดว่า ไม่มีศาสนาประจำชาติ

อีกทั้งมาตรา 4 ยังได้บัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในการใช้สิทธิเสรีภาพทางศาสนาในซึ่งแยกเป็น 3 อนุมาตรา คือ

อนุมาตรา 1 บัญญัติเกี่ยวกับ เสรีภาพในความศรัทธา มโนธรรม และเสรีภาพทางความคิดเกี่ยวกับศาสนาและอุดมการณ์

¹⁰⁹ C.E. 10 mai 1912, Abbe BOUTEYTE, Rec.533, concl. Helbronner.

อนุมาตรา 2 บัญญัติรับรองสิทธิที่จะไม่ถูกรบกวนในการปฏิบัติทางศาสนา

อนุมาตรา 3 บัญญัติรับรองสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้บุคคลต้องจับอาวุธเพื่อเข้าร่วมในสงครามหากขัดกับมโนธรรม

จะเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนาในประเทศเยอรมันถูกแบ่งแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด แต่แม้ว่ากฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ค.ศ.1949 จะกำหนดให้รัฐและศาสนจักรเป็นอิสระจากกัน แต่เนื่องจากความจำเป็นบางประการที่จะต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างรัฐและองค์กรทางศาสนา รัฐจึงให้สิทธิพิเศษแก่องค์กรทางศาสนาเช่น เงินอุดหนุน การจัดองค์กรทางศาสนาได้ตามกฎหมายแพ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนาจึงมีลักษณะเป็นการส่งเสริมและเกื้อกูลกัน เพราะศาสนายังคงเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตพลเมืองเยอรมัน

2.3.2.2 ในประเทศไทย เป็นที่ยอมรับว่า พุทธศาสนานิกายเถรวาทและนิกายมหายานได้เข้ามาในประเทศไทยหลายครั้ง เริ่มแรกก่อน พ.ศ. 500 หลังการทำสังคายนาครั้งที่ 3 พ.ศ. 303 พระเจ้าอโศกมหาราชเป็นผู้อุปถัมภ์ในการทำสังคายนาและได้ส่งสมณทูตเพื่อเผยแผ่พุทธศาสนา รวมทั้งสิ้น 9 สาย สายที่ 8 โดยการนำของพระโสณเถระและพระอุตตรเถระ ได้มายังดินแดนสุวรรณภูมิ สันนิษฐานว่าอาจเป็นดินแดนในคาบสมุทรอินโดจีน คือ ไทย พม่า เขมร ขณะนั้นประเทศไทยเป็นที่อยู่ของพวกละว้า เรียกชื่อประเทศว่า สุวรรณภูมิ จดหมายเหตุจีนเรียกว่า ทวารวดี เป็นอาณาจักร ซึ่งอาณาจักรทวารวดีมีเมืองนครปฐมเป็นราชธานีซึ่งหลักฐานที่สำคัญ คือ พระปฐมเจดีย์และซากโบราณวัตถุหลายอย่าง

เนื่องจากผู้คนสมัยนั้นยังนับถือไสยศาสตร์ ผีศาจเทวดา ทำให้การเผยแผ่พุทธศาสนาในครั้งแรกของพระโสณเถระและพระอุตตรเถระ จึงเริ่มด้วยการปราบภูตผีปีศาจและยักยัด¹¹⁰ จึงสร้างความตื่นเต้น ความเลื่อมใสศรัทธาแก่ผู้คน จากนั้นจึงได้เทศน์สั่งสอน ซึ่งพระเถระทั้งสองมีความสามารถและสร้างความสำเร็จให้ปรากฏ ทำให้ประชาชนเกิดความศรัทธายอมรับในศาสนาพุทธ ต่อมาประมาณ พ.ศ. 600 เศษ พระจักรพรรดิเม่งตี้ได้ทรงนำพุทธศาสนาแบบมหายานจากเอเชียกลางได้เข้ามาเผยแผ่ในประเทศจีนและได้ทรงคณะทูตมาเจริญสัมพันธไมตรีกับขุนหลวงเม้าหรือเลอเมืองกษัตริย์ไทยผู้ครองอาณาจักรอ้ายลาว พุทธศาสนามหายานจึงเข้ามาในประเทศไทย ประมาณ พ.ศ. 1300-1550 นิกายมหายานเข้ามาทางใต้ ตะวันออกเฉียงใต้และด้านเหนือของประเทศไทย โดยกษัตริย์ศรีวิชัยนับถือพุทธศาสนานิกายมหายาน จึงนำนิกายมหายานเข้ามาเผยแผ่ในภาคใต้ ประมาณ พ.ศ. 1600 พุทธนิกายเถรวาทเผยแผ่เข้ามา

¹¹⁰ คุณ โทซันท์, พุทธศาสนากับสังคมและวัฒนธรรมไทย, (กรุงเทพมหานคร :

จากเมืองพุกาม ประเทศพม่า นิกายเถรวาทพุกามเข้ามาเผยแพร่ในจังหวัดภาคเหนือของประเทศไทย และประมาณ พ.ศ. 1800 เศษ ศาสนาพุทธนิกายเถรวาทอย่างลังกาวงศ์ได้เข้ามาเผยแพร่ในประเทศไทย ในสมัยอาณาจักรสุโขทัย พ่อขุนรามคำแหงได้มีพระราชปณิธานที่จะฟื้นฟูพุทธศาสนา ขณะนั้นนิกายเถรวาทอย่างลังกาวงศ์ได้แพร่เข้ามาตั้งมั่นในนครศรีธรรมราช เพราะมีพระภิกษุไทยไปศึกษาพุทธศาสนาในลังกาที่ปีแล้ววขเป็นลังกาวงศ์และมาตั้งคณะสงฆ์ที่เมืองนครศรีธรรมราช เมื่อพ่อขุนรามคำแหงทรงทราบกิตติศัพท์ความรู้ ความสามารถ คุณธรรม และทอดพระเนตรเห็นปฏิปทาจริยาวัตรของพระภิกษุเหล่านั้นจึงทรงเลื่อมใสศรัทธา จึงได้ฟื้นฟูพุทธศาสนาเถรวาทอย่างลังกาวงศ์ขึ้นที่สุโขทัย นับแต่นั้น พุทธศาสนาเถรวาทลังกาวงศ์ได้ตั้งมั่นอยู่ในประเทศอย่างเป็นทางการเป็นปึกแผ่น คนไทยเกือบทั้งประเทศเป็นพุทธศาสนิกชน ประเทศไทยมีพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติเป็นเวลากว่า 700 ปีจนถึงปัจจุบัน

หลักฐานทางโบราณคดีและหลักฐานทางเอกสารโบราณ ที่แสดงให้เห็นว่าการรับนับถือศาสนาจากอินเดียจำเป็นต้องเป็นสิ่งที่สัมพันธ์กับสถานะภาพของบุคคลที่เป็นหัวหน้าผู้ปกครองด้วย คือ ต้องเป็นเรื่องที่สัมพันธ์กับระบบกษัตริย์ การที่พระพุทธรูปศาสนาแพร่เข้ามาในประเทศไทยได้ ต้องเป็นเรื่องที่หัวหน้าหรือผู้ปกครองบ้านเมืองเป็นผู้เชิญเข้ามา บุคคลที่เป็นผู้ปกครองจะต้องเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อตนและสถานะภาพของตน จากการศึกษาร่องรอยทางศาสนาจะพบว่า บรรดาประเพณี พิธีกรรม และความเชื่อทางศาสนานั้นแยกกันไม่ออกจากสถาบันกษัตริย์ ซึ่งเป็นสถาบันของผู้ปกครองที่พัฒนาขึ้นมาภายหลังที่รับนับถือศาสนาจากอินเดีย ดังนั้น ระบบกษัตริย์และการปกครองทางสุวรรณภูมิเป็นสิ่งที่ได้รับอิทธิพลจากพระพุทธรูปศาสนาเถรวาท กษัตริย์หาได้เป็นอวตารของเทวราชไม่ หากแต่เป็นสมมตราชคือ บุคคลผู้ทรงคุณธรรม จนเป็นที่ยอมรับของคนทั่วไปแล้วยกย่องขึ้นเป็นกษัตริย์ ระบบและรูปแบบนี้เห็นชัดเจนในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งเป็นกฎหมายปกครองอันเป็นแบบฉบับของพระสมมตราชคือ พระโพธิสัตว์ในทศชาติก โดยเฉพาะพระมหาเวสสันดรซึ่งเป็นพระโพธิสัตว์ในพระชาติสุดท้ายก่อนจะบังเกิดเป็นพระสัมมาสัมพุทธเจ้า ความแตกต่างระหว่างเทวราชกับสมมตราช คือ ฝ่ายแรกเป็นเรื่องของเทพ ฝ่ายหลัง คือ มนุษย์ที่บำเพ็ญบารมีและประพฤติธรรมที่สะสมบารมีมานาน กษัตริย์ไทยสมัยโบราณไม่ได้เป็นองค์อวตารของเทวราช แต่เป็นพระโพธิสัตว์หรือสมมตราช ซึ่งเป็นการหักล้างกับความเชื่อกระแสหลักที่ว่าด้วยอิทธิพลของศาสนาพราหมณ์จากอาณาจักรขอมกับกัมพูชาที่มีต่อราชสำนักไทยในกรุงศรีอยุธยา ทำให้กษัตริย์ไทยสมัยกรุงศรีอยุธยาได้กลายสถานะเป็นเทพเจ้า¹¹¹

¹¹¹ ศรีศักร วัลลิโภดม, พัฒนาการทางสังคม – วัฒนธรรม, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทอมรินทร์ พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด, 2544), น.39-48.

หรือ “สมมติเทพ” ไป พิธีกรรมต่างๆ ในศาสนาพราหมณ์ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ที่เชื่อมโยงสถาบันกษัตริย์ให้เข้ากับสถานะเทพเจ้าได้กลายเป็นพระราชพิธีประจำปี¹¹²

ความสัมพันธ์ระหว่างศาสนาและสถาบันกษัตริย์เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจกับผู้ใช้อำนาจในการปกครองและการยอมรับของบุคคลที่อยู่ใต้อำนาจ ลัทธิศาสนาคือสิ่งที่สร้างอำนาจชอบธรรมให้แก่ผู้ปกครองหรือกษัตริย์ การกำหนดกฎเกณฑ์และระเบียบแบบแผนในด้านคุณธรรมทางศาสนาที่กำหนดให้ผู้ที่จะเป็นพระราชากษัตริย์ต้องประพฤติและปฏิบัติ สิ่งเหล่านี้มักสื่อสารกันไต่ระหว่างชนชั้นปกครองและผู้อยู่ภายใต้การปกครอง โดยการประกอบประเพณีพิธีกรรม โดยเฉพาะพิธีกรรมที่เปลี่ยนสถานภาพทั้งในเวลาที่จะขึ้นครองราชย์หรือราชาภิเษกและพิธีกรรมที่เกี่ยวข้องกับการตายที่จะส่งกษัตริย์ผู้ไม่ใช่มนุษย์ธรรมดาไปสู่สวรรค์ การอาศัยสถาบันสงฆ์และวัดในการจัดการด้านการเมืองและวัฒนธรรม คือ วัดเป็นศูนย์กลางทางพิธีกรรมและการศึกษาของท้องถิ่นโดยมีพระเป็นผู้ดูแลและให้บริการแก่ผู้คนในสังคม พระมหากษัตริย์ คือ องค์อัครศาสนูปถัมภก ทรงมีทั้งพระราชอำนาจและพระเมตตาในการดูแลอุปถัมภ์พระสงฆ์และการสร้างวัดวาอาราม กิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวกับการปกครองและวัฒนธรรมจึงผ่านคณะสงฆ์ ดังนั้นสถาบันพระมหากษัตริย์กับสถาบันสงฆ์จึงเป็นสิ่งที่แยกกันไม่ออก ถ้าไม่มีพระมหากษัตริย์ทรงอุปถัมภ์คณะสงฆ์ก็คงไม่มี และวัดก็จะไม่เกิดขึ้น หน้าที่สำคัญอย่างหนึ่งของพระศาสนา คือ ทำให้คนทุกชนชั้นทุกระดับมีความรู้สึกว่าคุณคนเท่ากันในเบื้องหน้าของสิ่งศักดิ์สิทธิ์

จากการศึกษาพบว่า อิทธิพลของพระพุทธศาสนาในเรื่องบุญบารมีเป็นปัจจัยสำคัญของรัฐไทยโบราณในการรับรองความชอบธรรมของพระมหากษัตริย์ ทำให้พระมหากษัตริย์ต้องทรงประพฤติตนให้อยู่ในทศพิธราชธรรม กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ปกครองที่ดีมีเมตตาธรรมต่อประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง ซึ่งการดำรงอยู่ของรัฐไทยโบราณจะเกี่ยวข้องกับความเชื่อทางพุทธศาสนา โดยความคิดแบบจารีตนิยมของคนไทย ความเป็นอยู่และความต่อเนื่องของสังคมไทยตั้งอยู่บนรากฐานทางนามธรรมที่สำคัญ 3 ประการ คือ ชาติ ศาสนา และพระมหากษัตริย์ ซึ่งสถาบันทั้งสามมีความสัมพันธ์กันเป็นเนื้อเดียวกันไม่สามารถแยกจากกันและกันได้ พระพุทธศาสนาถือเป็นรากฐานทางวัฒนธรรมที่สำคัญยิ่งในสังคมไทย เป็นเสมือนหลักเกณฑ์ทางศีลธรรมและพลังทางสังคมที่แทรกซ้อนวิถีชีวิตของพุทธศาสนิกชนในทุกๆ ด้าน ไม่ว่าจะ

¹¹² ทวีวัฒน์ ปุณฺทริกวิวัฒน์, บทความ : “พุทธศาสนากับสังคมไทยปัจจุบัน”, วิทยารศน์ชุดโลกาภิวัตน์ 11 ,พุทธวิบัติ? วิกฤติศาสนายุคธนาธิปไตย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทอมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด, 2542), น. 141-176.

วิถีชีวิตส่วนตัวและวิถีชีวิตทางสังคม ทำให้เกิดระบบความเชื่อและหลักประพฤติปฏิบัติที่เป็น พุทธศาสนาแบบชาวไทยเฉพาะซึ่งเป็นที่มาของวัฒนธรรมและมรดกแห่งชาติของชาวพุทธ พุทธ ศาสนาจึงเป็นสัญลักษณ์และพื้นฐานของความผูกพันของคนในชาติและเป็นเอกลักษณ์ทาง วัฒนธรรมของชาติ สถาบันพุทธศาสนามีบทบาทเป็นสื่อของการสร้างชาติ¹¹³ โดยการตีความ หลักคำสอนสนองอุดมการณ์ของรัฐซึ่งเน้นการทำหน้าที่พลเมืองของชาติในภาระหน้าที่สำคัญ คือ การทำหน้าที่ต่อบ้านเมือง จงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ รักชาติ และมีส่วนช่วยในทาง การเมือง การปกครองและการบริหารประเทศเรื่อยมา ทำให้ผู้ปกครองประเทศไทยทั้งในอดีต และปัจจุบันคำนึงถึงความเจริญรุ่งเรืองและความมั่นคงของพระพุทธศาสนาในฐานะศาสนาของ ชาติ การอุปถัมภ์และพิทักษ์รักษาจึงเป็นจารีตประเพณีที่พระมหากษัตริย์ไทยทุกพระองค์ทรง ปฏิบัติสืบต่อมา ไม่ว่าจะโดยทรงมีพระราชจริยาวัตรและพระปณิธาน พระบรมราชาบาทและพระ ราชดำรัสของพระมหากษัตริย์พระองค์ต่างๆ อันเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นความสำคัญของ พระพุทธศาสนา ซึ่งถือเป็นการรับรองสถานะพุทธศาสนาในทางจารีตประเพณีแล้ว

ในทางกฎหมายภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบ สมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รัฐธรรมนูญฉบับเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศยังสะท้อนให้เห็นถึงสถานะของพระพุทธศาสนา ในทางกฎหมาย อีกทั้งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติให้ผู้ที่จะเป็นพระมหากษัตริย์ต้องนับถือ พระพุทธศาสนา และทรงปฏิญาณพระองค์เป็นพุทธมามกะ ซึ่งหมายความว่า การนับถือศาสนา พุทธเป็นเงื่อนไขของการเป็นพระมหากษัตริย์และเมื่อเป็นพระมหากษัตริย์แล้ว ภายหลังจะทรง เปลี่ยนไปถือศาสนาอื่นหรือกลายเป็นผู้ไม่นับถือศาสนาใดๆ ทั้งสิ้นก็ไม่สามารถจะเป็น พระมหากษัตริย์ได้ต่อไป เพราะมาตรา 9 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดให้ “พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพุทธมามกะ และทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก” คือ ต้องนับถือ พุทธศาสนาตลอดเวลาที่เป็นพระมหากษัตริย์ จากข้อความดังกล่าว การที่รัฐธรรมนูญยกย่องให้ พระพุทธศาสนามีระดับที่แตกต่างจากศาสนาหรือความเชื่ออื่น หากพิจารณาประกอบข้อเท็จจริง แล้วพบว่า พระมหากษัตริย์จะทรงนับถือศาสนาที่แตกต่างไปจากที่ประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม นับถือย่อมเป็นไปได้ เพราะจะทำให้พระองค์ขาดความเคารพศรัทธาจากประชาชน การ บัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อจะได้ปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนาและขนบธรรมเนียมประเพณีที่ประชาชน

¹¹³ อมรา พงศาพิศ, สาขาวิชาศิลปศาสตร เอกสารการสอนชุดวิชา ความเชื่อและ ศาสนาในสังคมไทย, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2 เล่ม (กรุงเทพมหานคร : บริษัทประชาชนจำกัด, 2535), น. 647-649.

ส่วนใหญ่ในสังคมไทยนับถือและปฏิบัติอยู่ อีกทั้ง รัฐธรรมนูญบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก คือ ทำนุบำรุงทุกศาสนาในฐานะพระมหากษัตริย์อีกด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นว่า พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพุทธมามกะ แต่ก็ทรงเป็นกลางระหว่างศาสนาต่างๆ ที่ชาวไทยนับถือด้วยเหตุนี้ ทำให้ศาสนาในประเทศไทยไม่ได้ถูกแยกออกจากรัฐอย่างเด็ดขาดเหมือนดังเช่นรัฐกับศาสนาในตะวันตก รัฐไทยยังคงมีความสัมพันธ์กับศาสนาในวิถีทางอันอำนวยประโยชน์ให้แก่กันและกัน ไม่ว่าจะในระดับสถาบัน องค์การศาสนาและกลุ่มทางศาสนาต่างๆ ซึ่งได้รับการดูแล การอุปถัมภ์และคุ้มครองจากรัฐ ความสำคัญของพระพุทธรูปศาสนาในสังคมไทย จึงส่งผลให้ศาสนาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ และรัฐต้องให้ความอุปถัมภ์และคุ้มครองศาสนา ดังรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 79 บัญญัติว่า “รัฐต้องให้ความอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธรูปและศาสนาอื่น ทั้งต้องส่งเสริมความเข้าใจอันดีและความสมานฉันท์ระหว่างศาสนิกชนของทุกศาสนา รวมทั้งสนับสนุนการนำหลักธรรมของศาสนามาใช้เพื่อเสริมสร้างคุณธรรมและพัฒนาคุณภาพชีวิต” ซึ่งมีความหมายว่า รัฐต้องให้การสนับสนุนช่วยเหลือกิจการทางศาสนา โดยให้เงินอุดหนุนในรูปของการตั้งงบประมาณอุดหนุนศาสนาต่างๆ การนำหลักธรรมของศาสนาใช้ในสังคม รวมถึงการส่งเสริมความประสานสามัคคีระหว่างชนชาวไทยที่นับถือศาสนาต่างๆ ให้อยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุข

ด้วยความสำคัญทางพระพุทธรูปศาสนาดังกล่าวจึงนำไปสู่ความคิดที่ว่า ความมั่นคงของชาติและสถาบันพระมหากษัตริย์มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด หากพุทธศาสนาเจริญรุ่งเรืองก็บ่งชี้ถึงความเจริญรุ่งเรืองของชาติ พระมหากษัตริย์จึงต้องทำหน้าที่ทำนุบำรุงพระพุทธรูปศาสนา จึงเป็นภาระทางจารีตนิยมที่พระองค์จะต้องให้ความอุปถัมภ์สนับสนุนและพิทักษ์พระพุทธรูปศาสนาในรูปแบบต่าง เช่น การสร้างวัด โบสถ์ วิหาร การให้การศึกษ การถวายที่ดิน รวมถึงการให้สมณะศักดิ์ตั้งแต่ชั้นพระครูสัญญาบัตรขึ้นไป อันนำมาซึ่งตำแหน่งหน้าที่และอำนาจในการบริหารกิจการของคณะสงฆ์ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐไทยกับศาสนาเช่นนี้ก่อให้เกิดความผูกพัน โดยการแสดงออกซึ่งความร่วมมือและสนับสนุนการดำเนินงานของรัฐ โดยจารีตธรรมเนียมปฏิบัติของพระมหากษัตริย์ตั้งแต่อดีต ต่างให้การพิทักษ์รักษาพระพุทธรูปศาสนาให้บริสุทธิ์เพื่อสร้างศรัทธาให้แก่ประชาชน สร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน จึงเป็นหน้าที่ของผู้ปกครองที่จะปกป้องรักษาพระพุทธรูปศาสนาให้คงอยู่สืบไป ที่สำคัญคือ พระสงฆ์ ซึ่งเป็นผู้สืบทอดและเผยแผ่พระธรรมจึงต้องเป็นผู้บริสุทธิ์และเป็นแบบอย่างที่ดี สร้างความศรัทธาและเป็นที่เคารพนับถือของประชาชน แม้พระธรรมวินัยถือเป็นกฎข้อบังคับควบคุมความประพฤติของพระสงฆ์ให้อยู่ในสภาวะบริสุทธิ์แต่พระธรรมวินัยก็ไม่เพียงพอต่อยุคของการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองและสังคม สถาบันสงฆ์เป็นสถาบันที่มีสมาชิกอยู่จำนวนมากและกระจายอยู่ทั่วประเทศ

อาจคุกคามต่อความมั่นคงในเสถียรภาพของผู้ปกครอง เพราะสมาชิกองค์กรสงฆ์มีปฏิสัมพันธ์กับรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นการวิจารณ์หรือการปฏิบัติทางการเมืองและสังคม จึงทำให้ผู้ปกครองในอดีตจนถึงปัจจุบันต้องมีมาตรการควบคุมพระสงฆ์ให้อยู่ในขอบเขตของกฎข้อบังคับตามพระธรรมวินัยและข้อบังคับทางบ้านเมือง การควบคุมโดยกฎหมายโดยรัฐเป็นผู้กำหนดโครงสร้างการบริหารและการจัดองค์กรไว้อย่างเป็นระบบในพระราชบัญญัติการปกครองคณะสงฆ์ไทยซึ่งมีทั้งสิ้น 3 ฉบับ คือ

- 1) พระราชบัญญัติลักษณะการปกครองคณะสงฆ์ ร.ศ.121 ใน พ.ศ.2445
- 2) การบริหารกิจการคณะสงฆ์ตามพระราชบัญญัติ พ.ศ.2484
- 3) พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ.2505

จากการศึกษาพบว่า ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันความสัมพันธ์ระหว่างรัฐไทยกับพุทธศาสนาไม่เคยมีการแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะการร่วมมือและพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันระหว่างสถาบันสงฆ์กับรัฐ โดยรัฐกำหนดโครงสร้างขององค์กรปกครองของคณะสงฆ์รวมทั้งกฎหมายและขั้นตอนบริหารเกี่ยวข้องในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ควบคู่ไปกับการอุปถัมภ์พระสงฆ์และจัดตั้งหน่วยงานของทางราชการไว้คอยควบคุมดูแลและให้บริการแก่คณะสงฆ์ไทยเสมอมา

เมื่อเราได้ศึกษาแนวคิดเบื้องต้นอันเป็นที่มาของสิทธิมนุษยชน ความหมายในหลักการสำคัญที่บรรจุในเรื่องสิทธิมนุษยชน แนวคิดและปัจจัยที่นำไปสู่ความไม่เสมอภาคระหว่างเพศจนทำให้เกิดการเรียกร้องสิทธิสตรี หลักเกณฑ์ทั่วไปที่จะทำให้เกิดความเสมอภาคและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนาทั้งในและต่างประเทศแล้ว ต่อไปจะศึกษาสถานะและวิวัฒนาการของสตรีในพระพุทธศาสนา ในบทต่อไป