

ที่มาของกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ

แนวความคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติ ถือว่าเป็นแนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนที่ได้รับ การกล่าวถึงเมื่อไม่นานมานี้ กล่าวคือ เริ่มในช่วงศตวรรษที่ 20 นี้เอง แต่ทว่าถ้าได้ศึกษาย้อนไปใน อดีต แนวคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัตินี้ก็แทรกซึมอยู่ในหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนอยู่แล้ว เพียงแต่ยังไม่ปรากฏออกมาเป็นรูปร่างอย่างในปัจจุบันนี้ ซึ่งส่วนหนึ่งก็เรียกได้ว่าเป็นการพัฒนา มาจากแนวความคิดในเรื่องอื่น ๆ ก่อน โดยหลักที่เป็นพื้นฐานสำคัญของการเลือกปฏิบัติคือหลัก ความเสมอภาค(Equality) ซึ่งถือเป็นเป้าหมายของแนวคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ จุดประสงค์สำคัญของการใช้กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการห้ามการเลือกปฏิบัติ หรือการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมต่างก็เป็นไปเพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาค อีกทั้งถ้าจะศึกษาถึง วิวัฒนาการของการเลือกปฏิบัติแล้วก็จะเห็นได้ว่ามีจุดเริ่มต้นมาจากการเรียกร้องเรื่องความเสมอ ภาค แต่หากจะกล่าวถึงการเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วก็เลี่ยงไม่ได้ที่จะต้อง ศึกษาถึงเรื่อง "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์"(Human Dignity) ด้วย เนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นั้นถือเป็นรากฐานสำคัญของสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะเมื่อเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคือความพิการ อันเป็นการลดคุณค่าของความเป็นมนุษย์ จากนั้นจึงศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนใน ฐานะที่เป็นเสมือนหมวกใบใหญ่ของการเลือกปฏิบัติ ซึ่งทั้งหมดที่กล่าวมานี้จะได้กล่าวต่อไปใน รายละเอียดของบทนี้

1. หลักความเสมอภาค (Equality)

หลักความเสมอภาคคือ การทำให้เกิดความเท่าเทียมกัน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติพัฒนามาจากหลักความเสมอภาคกล่าวคือ การใช้กฎหมายว่า ด้วยการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นไปเพื่อพยายามลดความไม่เสมอภาค ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษา หลักความเสมอภาคเพื่อใช้เป็นกรอบในการตรวจสอบว่าการใช้กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ นั้นเป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องหรือไม่ ซึ่งหากเป็นการใช้ที่ถูกต้องแล้วย่อมก่อให้เกิดความเสมอ ภาคเป็นผล

หลักความเสมอภาคนั้นถือเป็นรากฐานของระบอบประชาธิปไตย¹ นอกจากนี้ยังเป็นหลักที่ควบคุมไม่ให้รัฐใช้อำนาจของตนอย่างอำเภอใจ เพราะทำให้รัฐจะต้องอธิบายเหตุผลในการกระทำอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งหากรัฐไม่สามารถที่จะอธิบายถึงการกระทำอย่างนั้นได้ หรือเป็นเหตุผลที่ไม่สามารถจะรับฟังได้ย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ยกตัวอย่างเช่น การให้เสรีภาพแก่ประชาชน หากเป็นการให้เสรีภาพแก่กลุ่มบุคคลใดเพียงกลุ่มเดียวโดยไม่สามารถอธิบายหรือให้เหตุผลในการกระทำนั้นได้ ก็ย่อมจะขัดต่อหลักความเสมอภาค ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความเสมอภาคนั้นทำให้เกิดการใช้เสรีภาพให้เป็นไปได้อย่างทั่วถึง

1.1 ความหมายของความเสมอภาค

เนื่องจากหลักความเสมอภาคเป็นหลักการที่ถือว่าเป็นพื้นฐานของความยุติธรรม² ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าย่อมมีความยืดหยุ่นในการตีความหรือในการบังคับใช้ ดังนั้นจึงไม่ค่อยจะมีการให้ความหมายของความเสมอภาคไว้โดยตรงอันจะเป็นการทำให้การใช้หลักความเสมอภาคนั้นมีความยืดหยุ่นน้อยลงได้ แต่ก็ยังมีผู้ที่ให้ความหมายเอาไว้อยู่บ้าง เช่น

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้สรุปหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ของหลักความเสมอภาคไว้ว่า “จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ”³

ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก็พยายามที่จะให้ความหมายไว้เช่นกันว่า “การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ”⁴

¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค”, วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 30, 2 (มิถุนายน 2543) น. 165

² บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักความเสมอภาค”, โครงการเฉลิมพระเกียรติสารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์คุรุสภา) น. 2 (2543)

³ บรรเจิด สิงคะเนติ, เพิ่งอ้าง น. 3

⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “หลักความเสมอภาค”, ใน หนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2546), น. 376

หลวงประดิษฐมนูธรรม ให้ความหมายว่า “ความเสมอภาคจึงหมายถึง ความเสมอภาคในกฎหมาย กล่าวคือมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมาย เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ไม่ใช่หมายความว่า จะต้องมีความเสมอภาคในการมีวัตถุประสงค์ของ และความเสมอภาคในกฎหมายนี้อาจเป็นทั้งในทางสิทธิและในหน้าที่หรือภาระ”⁵

Rene CHAPUS กล่าวว่าหลักความเสมอภาคคือ “หลักที่ว่า ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน”⁶

ผู้เขียนเห็นว่าหลักความเสมอภาคหมายถึง การปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเท่าเทียม โดยคำนึงถึงความเหมาะสมทางสถานการณ์ของแต่ละบุคคล และไม่เป็นมาตรการตามอำเภอใจ

โดยการพิจารณาจากการให้ความหมายต่าง ๆ ที่ยกมานั้น มักจะเน้นความหมายไปในเชิงที่ว่าสิ่งที่เหมือนกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน และสิ่งที่แตกต่างกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การให้ความหมายนั้น ก็ยังไม่ครอบคลุมความหมายที่แท้จริงทั้งหมดได้ และคงจะให้ความหมายที่ครอบคลุมได้ยาก ดังนั้นจึงควรพิจารณากันต่อไปเพื่อให้เกิดความเข้าใจในหลักความเสมอภาคมากขึ้น

1.2 ทฤษฎีของความเสมอภาค

เพื่อให้เกิดความเข้าใจกับหลักความเสมอภาคได้นั้น เราจึงต้องศึกษาถึงทฤษฎีของความเสมอภาคซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ทฤษฎี⁷ คือ 1. ความเสมอภาคตามรูปแบบ (Formal equality) และ 2. ความเสมอภาคตามเนื้อหา (Substantive equality) โดยความเสมอภาคตามรูปแบบนั้น จะเน้นที่การไม่นำสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ไม่เกี่ยวข้องมาพิจารณาด้วยในการปฏิบัติเพื่อให้เกิดความเท่าเทียม เช่น เพศ หรือเชื้อชาติ เป็นต้น ส่วนความเสมอภาคตามเนื้อหานั้นจะเป็นการเพิ่มสิทธิพิเศษ

⁵ หลวงประดิษฐมนูธรรม, “คำอธิบายกฎหมายปกครอง”, น. 154, อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค”, วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 30, น. 166, 2(มิถุนายน 2543)

⁶ Rene CHAPUS. Droit Administratif General, อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค”, วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 30, น. 165, 2(มิถุนายน 2543)

⁷ Sandra Fredman, Discrimination Law, New York : Oxford University Press, 2002, p. 7

เพื่อทำให้เกิดความเท่าเทียมทางโอกาสและผล แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอเสนอเป็น 3 หัวข้อ เนื่องจากความเสมอภาคตามเนื้อหานั้นสามารถแบ่งออกพิจารณาได้อีก 2 แบบคือ 1. ความเสมอภาคในโอกาส (Equality of opportunity) และ 2. ความเสมอภาคในผล (Equality of results) ดังนั้น 3 หัวข้อที่จะอธิบายก็คือ 1. ความเสมอภาคตามรูปแบบ 2. ความเสมอภาคในผล 3. ความเสมอภาคในโอกาส

1.2.1 ความเสมอภาคตามรูปแบบ (Formal equality)

ความเสมอภาคตามรูปแบบ เป็นหลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เท่าเทียม โดยมีแนวคิดพื้นฐานอยู่บนหลักที่ว่า “สิ่งที่เหมือนกันควรจะได้รับปฏิบัติที่เหมือนกัน” ในภาษาอังกฤษอธิบายด้วยคำว่า “likes should be treated alike” จึงเป็นการเน้นที่การลบล้างการกระทำที่ไม่เท่าเทียมกันเช่น อัตราการจ่ายค่าจ้างในงานที่มีผลงานเหมือนกัน เป็นต้น อาจเรียกได้ว่า ทฤษฎีนี้เป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติก็ได้ อย่างไรก็ตาม ความเสมอภาคตามรูปแบบนี้ได้ชี้ให้เห็นปัญหาที่ต้องพิจารณาอย่างน้อย 4 ประการได้แก่⁸

1. ปัญหาประการแรกคือ เมื่อไหร่จะถือว่ามี 2 บุคคลที่มีความเหมือนอย่างเกี่ยวพันกัน เนื่องจากแนวคิดพื้นฐานที่ว่า “สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน” จึงจำเป็นจะต้องบอกให้ได้ก่อนว่าอย่างไรจึงจะถือว่ามีบุคคล 2 คนนั้นมีความเหมือนกัน แต่มีความแตกต่างกันในส่วนที่จะไม่ถือว่าเป็นความแตกต่าง แล้วอะไรที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการตัดสินว่าความแตกต่างนั้นไม่ถูกถือว่าเป็นความแตกต่าง เช่น การเก็บภาษีคนที่มีรายได้มากกว่าคนที่มียาได้น้อย เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยมีเกณฑ์แห่งรายได้เป็นตัวกำหนดการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น แต่อะไรจะเป็นตัวชี้ว่ารายได้เท่าใดถือเป็นรายได้ที่น้อยหรือมาก

2. ความเสมอภาคตามรูปแบบนั้นเป็นเพียงหลักความสัมพันธ์ (relative principle) กล่าวคือหากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีบุคคล 2 คนที่มีสภาวะการณ์เหมือนกัน สถานะเดียวกันแล้วย่อมต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าการปฏิบัติต่อบุคคลทั้ง 2 นั้นจะเป็นไปในเชิงบวกหรือเชิงลบ เช่น การได้รับค่าจ้างของลูกจ้างผู้ชายกับผู้หญิง หากว่าเดิมลูกจ้างชายได้มากกว่า การทำให้เกิดความเสมอภาคก็คือ ลดค่าจ้างของลูกจ้างชายให้ลงมาเท่ากับค่าจ้างที่ลูกจ้างหญิงได้รับ หรือการที่ลูกจ้างหญิงได้รับความคุ้มครองพิเศษจากการทำงานหรือได้รับโอกาสหยุดงานที่มากกว่า (เช่น จากการคลอดลูก) การลดความคุ้มครองเหล่านั้นลงมาก็เท่ากับ

⁸ Sandra Fredman, *Ibid*, pp. 7-11

เป็นการสร้างความเสมอภาคตามทฤษฎีนี้เช่นกัน ดังนั้นปัญหาข้อนี้คือ จะให้สภาพการณ์ของฝ่ายไหนเป็นหลักเพื่อปรับความสัมพันธ์ของอีกฝ่ายหนึ่งเข้าหา

3. อุปสรรคประการที่สามมาจากหลักพื้นฐานที่ว่า "สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน" จากหลักการพื้นฐานนี้ทำให้เกิดความต้องการตัวเปรียบเทียบ (comparator) ขึ้นเพื่อที่จะเปรียบเทียบสถานการณ์ของผู้ที่อ้างว่าตนเองไม่ได้รับความเสมอภาค โดยที่ตัวเปรียบเทียบนั้นต้องเป็นบุคคลที่มีสภาพการณ์ หรือสถานะเดียวกันกับผู้กล่าวอ้าง เนื่องจากการใช้ความเสมอภาคตามรูปแบบนี้จำเป็นที่จะต้องตอบคำถามว่า "เสมอภาคกับใคร" ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือไม่สามารถที่จะหาตัวเปรียบเทียบที่สมบูรณ์ได้ในบางกรณี ทำให้ไม่สามารถตัดสินได้ว่าผู้ที่กล่าวอ้างนั้นไม่ได้รับความเสมอภาคอย่างไร ซึ่งโดยปกติแล้วจะมีการนำเอาเกณฑ์ปกติของคนทั่วไปในสังคมมาเป็นสิ่งเปรียบเทียบ ปัญหาคือเกณฑ์ปกตินั้นเหมาะสมจริงหรือไม่ เช่น ในคดี *Grant v South-West Trains* ซึ่งตัดสินโดยศาลประชาคมยุโรป โดย Lisa Jacqueline Grant ผู้กล่าวอ้างถูกบริษัท South-West Trains ปฏิเสธในการท่องเที่ยวแบบครอบครัวจากการที่เธอมีคู่ครองเป็นเพศเดียวกัน หากจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเธอจะต้องนำลูกจ้างผู้ชายซึ่งมีคู่ครองเป็นเพศเดียวกัน แต่สามารถไปเที่ยวแบบครอบครัวได้มาเป็นตัวเปรียบเทียบ ซึ่งไม่สามารถหาได้ง่าย หรือกรณีที่ถูกจ้างนับถือศาสนาอื่นซึ่งจะถือวันสะบาโตในวันเสาร์ (คือ ไม่มาทำงาน) หากว่าไม่มีลูกจ้างคนใดที่นับถือศาสนาอื่นด้วยแล้วย่อมไม่มีตัวเปรียบเทียบเพื่อแสดงถึงความไม่เสมอภาคทางศาสนา เพราะถือว่าทุกคนต้องมาทำงานอย่างเสมอภาคกันหมด กรณีเช่นนี้ก็ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการไม่มีตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมนั่นเอง

4. เนื่องจากความต้องการเพียงความ "เหมือน" ในการปฏิบัติเพื่อให้เกิดความเสมอภาค โดยไม่ได้มองถึงความเหมาะสมในการปฏิบัติอย่างแตกต่างต่อบุคคลที่มีความแตกต่างกัน ดังนั้น การที่ผู้หญิงทำงานบางอย่างได้น้อยกว่าเมื่อเทียบกับผู้ชาย ย่อมสมควรที่จะได้รับค่าจ้างน้อยกว่า แต่ทฤษฎีนี้จะไม่มองถึงความเหมาะสมของการได้รับค่าจ้างที่น้อยกว่าโดยเทียบกับปริมาณของงาน เพราะการให้ค่าจ้างที่ต่างกันไม่เป็นความ "เหมือน" ในการปฏิบัติ

โดยสรุป ทฤษฎีนี้จึงมีการนำเอาความแตกต่าง (เพศ ภาษา ศาสนา สภาพทางกาย) ออกแล้วพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างนั้น ซึ่งในความเป็นจริง ความแตกต่างเหล่านั้นเป็น

⁹ Case C-249/96 [1998] ECR I-621 อ้างถึงใน Mark Bell, www.era.int/web/en/resources/5_2341_896_file_en.1171.pdf

สิ่งที่ส่งผลถึงพฤติกรรมของแต่ละบุคคลด้วย ดังนั้น หากไม่คำนึงถึงความแตกต่าง ก็ไม่สามารถพิจารณาความเหมือนที่แท้จริงของบุคคลได้

อย่างไรก็ดี การใช้ทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบนี้ก็เพื่อช่วยให้เกิดความเสมอภาค เนื่องจากเป็นแนวคิดที่เน้นกำจัดความไม่เท่าเทียมของบุคคล 2 คนที่มีความเหมือนกันแต่อาจไม่ได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ซึ่งนับเป็นรากฐานของความไม่เสมอภาค อย่างไรก็ตามก็เห็นได้ว่าการใช้ทฤษฎีนี้เพียงทฤษฎีเดียวย่อมมีข้อเสียและมีช่องว่างอันจะทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เป็นธรรมอยู่ ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมิดัวช่วยเพื่อให้เกิดความสมดุลในการสร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้น

1.2.2 ความเสมอภาคในผล (Equality of Result)

นอกจากทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบ ซึ่งเน้นว่า “สิ่งที่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน” ดังกล่าวแล้วข้างต้น ยังมีทฤษฎีความเสมอภาคในผลซึ่งเน้นที่ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นว่าผลนั้นควรมีความเสมอภาคหรือเป็นผลลัพธ์ที่เท่าเทียมด้วย เพราะเพียงแค่การปฏิบัติให้เท่าเทียมกันนั้นส่วนหนึ่งทำให้เกิดความเสมอภาคขึ้นจริง แต่ก็มีบางส่วนที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคตามแนวความคิดของความเสมอภาคในผลด้วย เนื่องจากมุมมองเรื่องความเสมอภาคของทั้งสองทฤษฎีนี้ต่างกัน กล่าวคือ ทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบนั้นจะถือว่ามีเสมอภาคเกิดขึ้นถ้าบุคคลที่มีสภาวะหรือสถานการณ์ที่เหมือนกันได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน แต่ความเสมอภาคในผลนั้นจะถือว่ามีเสมอภาคเกิดขึ้นเมื่อผลลัพธ์ที่ออกมามีความเท่าเทียมกัน เช่น หากมีกฎของโรงเรียนที่เกี่ยวกับเครื่องแบบโดยห้ามนักเรียนสวมผ้าคลุมหัวเวลาเข้าโรงเรียน และกฎนี้ใช้บังคับกับนักเรียนทุกคน ดังนั้นปัญหาเรื่องความไม่เสมอภาคจะเกิดขึ้นกับนักเรียนซึ่งนับถือศาสนาซิก เพราะการสวมผ้าคลุมหัวถือเป็นความเชื่อทางศาสนาของศาสนาซิก นักเรียนที่เป็นซิกจึงต้องสวมหมวกตามความเชื่อทางศาสนาของตน แต่ก็จะเป็นการขัดกับกฎของโรงเรียน ตามปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ไม่ว่าจะใช้ทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบหรือทฤษฎีความเสมอภาคในผล ต่างก็ถือกำเนิดความไม่เสมอภาคเหมือนกัน แต่ทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบมองว่าการปฏิบัติต่อบุคคลให้แตกต่างกันโดยอ้างเหตุความเชื่อทางศาสนานั้นเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดกับหลักความเสมอภาค ส่วนทฤษฎีความเสมอภาคในผลนั้นก็ถือว่าการนี้เกิด ความไม่เสมอภาคขึ้นเช่นกัน แต่เป็นเพราะผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นกับนักเรียนที่นับถือศาสนาซิกไม่เสมอภาคกับผลลัพธ์ต่อนักเรียนที่นับถือศาสนาอื่น จึงถือเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคในผล

อย่างไรก็ดี ไซ้ว่าหากผลที่ออกมาไม่เท่าเทียมหรือไม่เสมอภาคกันแล้วจะถือว่าเป็นขัดกับหลักความเสมอภาคในผลทุกกรณีไปไม่ เช่น¹⁰ กรณีที่พบว่าอาชีพนักบิน ส่วนใหญ่จะมีแต่ผู้ชาย ซึ่งตามทฤษฎีความเสมอภาคในผลนี้จะมีการตั้งเป็นสมมติฐานขึ้นมาก่อนว่าผลที่ไม่เท่าเทียมกันนั้นเกิดขึ้นจากการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามหากสามารถพิสูจน์ได้ว่ากรณีที่ผู้หญิงไม่ค่อยได้เป็นนักบินนั้นเกิดจากการขาดทักษะหรือขาดการฝึกอบรมที่เพียงพอแล้วก็จะไม่ถือว่าเป็นความไม่เสมอภาคในผล แต่หากเกิดจากความเชื่อว่าเป็นผู้หญิงทำให้ไม่สามารถเป็นนักบินที่ดีได้ ย่อมถือว่าเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคในผล สิ่งสำคัญจึงอยู่ที่เหตุผลในการตัดสินใจต่าง ๆ ว่าเป็นเหตุผลที่เพียงพอและยอมรับได้หรือไม่กับผลที่เกิดขึ้น

ความสำคัญของความเสมอภาคในผลนั้นอยู่ที่การมีผลลัพธ์ที่เสมอภาคกัน ดังนั้นการใช้หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) จึงเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งเพื่อใช้พิจารณาหลักความเสมอภาคในผล กล่าวคือ การให้ได้มาซึ่งความเสมอภาคในผลนั้นบางครั้งต้องมีการกำหนดพื้นที่สำหรับบุคคลที่เสียเปรียบซึ่งเรียกว่า “การกำหนดโควต้า” และการกำหนดโควตานั้นจำเป็นต้องมีความได้สัดส่วนกับความมุ่งประสงค์ที่แท้จริงด้วย ดังนั้น การจะทำให้เกิดความเสมอภาคในผลได้นั้นความจำเป็นประการหนึ่งก็คือการแทรกแซงจากภาครัฐเพื่อที่จะทำให้ผลลัพธ์ที่ออกมามีความเสมอภาคกัน และเหตุผลสำคัญของทฤษฎีนี้คือ ความเชื่อที่ไม่มีสิ่งใดที่จะเหมือนกันทุกอย่างแม้จะสร้างสิ่งที่ไม่ถือว่าเป็นความแตกต่าง (เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา สภาพทางกาย เป็นต้น) ขึ้นมาก็ยังถือว่าเป็นความแตกต่างกันอยู่ดี ดังนั้นการจะปฏิบัติต่อสิ่งที่ถือว่ามีเหมือนกันทั้งที่จริงแล้วไม่เหมือนกันเพื่อจะทำให้เกิดความเสมอภาคขึ้นย่อมเป็นไปได้ เว้นแต่จะมองที่ผลของมันว่าเสมอภาคหรือไม่จึงจะได้รับความเสมอภาคที่แท้จริง

1.2.3 ความเสมอภาคในโอกาส (Equality of Opportunity)

อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดหรือทฤษฎีนี้อยู่ตรงกลางระหว่างความเสมอภาคตามรูปแบบกับความเสมอภาคในผล¹¹ โดยมีมุมมองว่าการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันจะเกิดขึ้นไม่ได้หากว่ามีจุดเริ่มต้นที่แตกต่างกัน และการให้ผลประโยชน์แก่ปัจเจกชนทุกคนอย่างเท่าเทียมก็ถือเป็นเรื่องที่ยากเกินไป แต่ผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่ปัจเจกชนแต่ละคนนั้นควรจะอยู่บนพื้นฐานของความสามารถหรือคุณภาพของแต่ละบุคคล แต่ทุกคนควรมีโอกาสในการเริ่มต้นที่เท่ากัน

¹⁰ Sandra Fredman, *supra* note 7, p. 12

¹¹ Sandra Fredman, *supra* note 7, p. 14

การสร้างโอกาสในโอกาสจึงต้องมีการจัดอุปสรรคในที่นี้คือ ความแตกต่างของแต่ละบุคคล (เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา สภาพทางกาย เป็นต้น) แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดรับประกันได้ว่าบุคคลทุกคนจะได้รับผลลัพธ์ที่เท่ากัน เช่น การเกณฑ์ทหารสามารถจัดอุปสรรคได้โดยการไม่กำหนดเพศเป็นคุณสมบัติเพื่อให้ทุกเพศมีโอกาสเข้าสู่การเป็นทหารได้เท่ากัน แต่ไม่จำเป็นต้องรับประกันว่าผู้หญิงจะสามารถผ่านเกณฑ์ทหารได้เท่า ๆ กับผู้ชาย เพราะต้องขึ้นอยู่กับความสามารถหรือคุณภาพของแต่ละบุคคล เป็นต้น

สิ่งสำคัญของทฤษฎีนี้คือการสร้างโอกาสให้ทุกคนสามารถมีจุดเริ่มต้นที่เท่าเทียมกันได้ ดังนั้นจึงต้องมีมาตรการเพื่อที่จะรับประกันว่าทุกคนมีโอกาสที่เท่าเทียมกันจริง ๆ อาจเรียกว่าเป็นมาตรการจัดอุปสรรคตามอำเภอใจเพื่อความก้าวหน้า¹² โดยหลักการสำคัญคือเพื่อเปิดโอกาสให้ทุกคนสามารถมีความสามารถที่เท่ากันได้ กล่าวคือ การจัดอุปสรรคตามอำเภอใจ เช่น อุปสรรคทางเพศ ศาสนา เชื้อชาติ ความพิการ เหล่านี้ถือเป็นอุปสรรคตามอำเภอใจที่จะนำมาอ้างเพื่อกระทำการอันทำให้เกิดความไม่เสมอภาคไม่ได้แต่สิ่งที่สามารถอ้างได้ได้แก่ความสามารถ พรสวรรค์ หรือคุณภาพของแต่ละบุคคล แต่มีใช้เพียงเท่านั้นเนื่องจากแนวความคิดหรือทฤษฎีนี้เป็นหลักการเชิงบวก ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องอำนวยความสะดวกด้านสวัสดิการต่าง ๆ และต้องมีการแบ่งสรรทรัพยากรให้ถูกต้อง เช่น การให้การศึกษาย่างเท่าเทียม การให้การฝึกอบรมทางอาชีพอย่างเพียงพอแก่ทุกคน เป็นต้น เพื่อไม่ให้เกิดกรณีบุคคลซึ่งมีความสามารถ หรือมีคุณภาพเหมือนกันขาดโอกาสเนื่องจากขาดการศึกษา หรือได้รับการศึกษาน้อยกว่าอีกบุคคลหนึ่ง

แนวคิดที่สำคัญอีกประการหนึ่งของความเสมอภาคในโอกาสคือ ให้นับผลประสบความสำเร็จตามความสามารถของตนเอง (Meritocratic) จากกรณีที่ว่าพรสวรรค์หรือความสามารถนั้น เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากตนเองไม่ได้ขึ้นอยู่กับการควบคุม และการที่รัฐต้องส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมทางโอกาสในการประสบความสำเร็จด้วยตนเองนี้ ในบางครั้งผลที่ออกมาไม่จำเป็นต้องได้ผลลัพธ์ที่เสมอภาคกัน

สรุปจากทฤษฎีทั้งสามนี้มีจุดที่เกาะเกี่ยวหรือร่วมกันอยู่ในบางจุด เช่น การยอมรับความไม่เสมอภาคอันเกิดจากความสามารถหรือคุณสมบัติของตนเอง แต่จุดที่แตกต่างกันคือมุมมองของแต่ละทฤษฎีในการมองถึงความเสมอภาคที่ทฤษฎีนั้น ๆ ให้ความหมาย หรือให้

¹² David A. Strauss, "THE ILLUSORY DISTINCTION BETWEEN EQUALITY OF OPPORTUNITY AND EQUALITY OF RESULT", *William and Mary Law Review*, Fall (1992) : 172

ความสำคัญ โดยทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบจะมองจากการปฏิบัติต่อแต่ละบุคคลว่า หากแต่ละบุคคลนั้นมีสภาวะเหมือนกันหรือมีสถานการณ์เดียวกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันจึงถือเป็นความเสมอภาค ส่วนความเสมอภาคในผลนั้นจะมองที่ผลลัพธ์ที่ออกมาซึ่งถ้าได้ผลลัพธ์ที่เหมือนกันหรือเท่ากันก็จะถือว่ามีความเสมอภาค สุดท้ายคือความเสมอภาคในโอกาส เน้นที่การให้โอกาสอย่างเท่าเทียมกันอาจมีการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกันได้ หรือผลลัพธ์ที่ออกมาไม่เหมือนกันได้แต่หากทุกคนสามารถมีจุดเริ่มต้นที่เดียวกันได้แล้วก็ถือว่ามีความเสมอภาคแล้ว อย่างไรก็ตาม ค่อนข้างจะเห็นได้ชัดเจนว่าความเสมอภาคในโอกาสและความเสมอภาคในผลนั้นเป็นแนวคิดในเชิงบวก กล่าวคือรัฐมีความจำเป็นต้องจัดการบางสิ่งบางอย่างเพื่อทำให้เกิดความเสมอภาคขึ้น แต่ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ก็ยังไม่ได้ถือเป็นที่สุดของหลักความเสมอภาค อย่างที่กล่าวไว้ก่อนแล้วว่าหลักความเสมอนั้นควรต้องมีความยืดหยุ่นสามารถปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งอาจมีแนวคิดใหม่ ๆ ออกมาได้อยู่เสมอและเป็นเรื่องที่สามารถจะศึกษาในรายละเอียดได้มากกว่านี้ แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต้องการเพียงให้ทราบเพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์การเลือกปฏิบัติต่อไปเท่านั้น

2. วิวัฒนาการจากหลักความเสมอภาคสู่การเลือกปฏิบัติ

2.1 วิวัฒนาการทางแนวคิด

แนวความคิดเรื่องหลักความเสมอภาคเริ่มขึ้นจากคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคของอาณาจักรโรมัน ต่อมาในสมัยกลางโดยระบบศักดินาได้ยกเลิกแนวความคิดเรื่องความเสมอภาค โดยมีการสร้างลำดับชั้นของสังคมขึ้นแปรผันไปตามสภาพของที่ดินและเจ้าของที่ดินเจ้าศักดินา ต่อมาเมื่อชนชั้นกลางได้สะสมความเข้มแข็งขึ้นจนนำไปสู่การเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงความไม่เสมอภาคทั้งทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง

การเปลี่ยนแปลงทางแนวความคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคเริ่มต้นจากจุดสนใจในการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ทางการเมืองมากกว่าการเปลี่ยนแปลงในทางโครงสร้างกฎหมาย¹³ อย่างไรก็ตามการพัฒนาโครงสร้างทางกฎหมายสามารถแบ่งได้เป็น 3 ช่วงระยะเวลาดังนี้

¹³ Sandra Fredman, *supra* note 7, p. 7

ระยะแรกคือ “ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” (equality before the law) อยู่ในช่วงศตวรรษที่ 18 ความเสมอภาคทางศาลถูกกลุ่มคนบางกลุ่มใช้สิทธิในการหลีกเลี่ยงโดยใช้อำนาจในการบริหาร จึงเกิดความต้องการปลดเปลื้องอุปสรรคทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่อยู่ภายใต้ความไม่เสมอภาคในยุคก่อนที่จะมีแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาค เช่น พวกที่เป็นทาสหรือแม้กระทั่งผู้หญิงที่แต่งงานแล้วถูกจำกัดสิทธิในการถือครองทรัพย์สิน สิทธิในการออกเสียง เป็นต้น¹⁴ พร้อมกันกับการพิจารณาถึงการแทรกแซงของรัฐกับเสรีภาพของปัจเจกชน จึงเกิดแนวความคิดว่าการบังคับใช้กฎหมายควรจะเท่าเทียมกันกับทุกคน โดยความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายนั้นถูกให้ความหมายว่า หมายถึง กฎหมายต้องถูกบังคับใช้กับทุกคนและไม่สามารถใช้กฎหมายเพื่อให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้

ระยะที่สองคือ “การคุ้มครองที่เท่ากันของกฎหมาย” (equal protection of the laws) เป็นช่วงถัดมาประมาณศตวรรษที่ 19 ในยุคที่มีเสรีภาพในทางเศรษฐกิจอันทำให้แนวคิดในการแทรกแซงเอกชนของภาครัฐถูกคัดค้าน พร้อมกันกับการกำหนดกฎหมายเอกชนขึ้นเพื่อขยายกิจกรรมทางเศรษฐกิจเริ่มมีความเข้มข้นมากขึ้น และที่สำคัญคือมีแนวคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาเท่าเทียมกัน ทำให้บรรดาทาสซึ่งเคยถูกถือว่าเป็นสินค้าอย่างหนึ่งเป็นสิ่งที่ต้องทำให้หมดไป และเพื่อให้บรรล่วัตถุประสงค์นั้นรัฐจะต้องขยายความคุ้มครองให้แก่บุคคลเพื่อไม่ให้มีบุคคลใดถูกกระทำเยี่ยงทาสอีก จึงเกิดเป็นหลักการคุ้มครองที่เท่ากันของกฎหมายขึ้น¹⁵

ระยะที่สามคือ “การห้ามการเลือกปฏิบัติ” (non-discrimination) เข้าสู่ช่วงศตวรรษที่ 20 เมื่อระบบอุตสาหกรรมสร้างความซับซ้อนในสังคมเพิ่มมากขึ้น การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายจึงต้องขยายมากขึ้น โดยเฉพาะบุคคลผู้พิการจากอุบัติเหตุในอุตสาหกรรมทำให้สูญเสียรายได้จากการพิการนั้นหรือแม้แต่จากการป่วย อายุที่มากขึ้นและการว่างงาน ระบบสวัสดิการจากภาครัฐจึงเกิดขึ้น ประกอบกับการเกิดขึ้นของปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กำหนดให้บุคคลทุกคนมีสิทธิในการได้รับมาตรฐานความเป็นอยู่ที่เพียงพอทั้งในเรื่องสุขภาพ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย ยารักษาโรคและสาธารณประโยชน์ขั้นพื้นฐานจากรัฐ รวมถึงการได้รับความคุ้มครองจากการว่างงาน ป่วย พิการ การหย่าร้าง ความชรา หรือการดำเนินชีวิตประจำวัน

¹⁴ Sandra Fredman, *supra* note 7, p. 6

¹⁵ Mr Asbjorn EIDE and Mr Torkel OPSAHL, RIGHTS OF PERSONS

DEPRIVED OF THEIR LIBERTY, EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION (Germany: N.P. Engel, 1994), p.103

อันเกิดจากสภาวะที่ไม่สามารถควบคุมได้¹⁶ ซึ่งหากรัฐจะปฏิบัติตามปฏิญญาสากลนี้ การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายก็จำเป็นต้องกระทำโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม การห้ามการเลือกปฏิบัติเพียงอย่างเดียวนั้นย่อมมีขอบเขตที่ค่อนข้างจำกัด เนื่องจากยังสามารถกำหนดความคุ้มครองให้เกิดขึ้นในเฉพาะกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ ดังนั้น จึงมีการเพิ่มแนวคิดซึ่งไม่ใช่เพียงการห้ามการเลือกปฏิบัติเท่านั้นแต่ต้องมีการส่งเสริมหรือสร้างหน้าที่ทางบวกในการสร้างความเสมอภาคด้วย¹⁷

2.2 วิวัฒนาการทางกฎหมาย

ที่กล่าวมานั้นเป็นวิวัฒนาการทางแนวคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค แต่ถ้าจะกล่าวถึงเอกสารที่แสดงถึงความเป็นมาในการกำหนดหลักความเสมอก่อนหน้าจะต้องเริ่มต้นที่คำประกาศอิสรภาพของอเมริกา หรือ The Declaration of Independence ซึ่งอเมริกาได้ประกาศเอกสารฉบับนี้เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 อันมีข้อความที่รับรองความเสมอภาคไว้ในวรรคสองว่า “เราถือความจริงซึ่งได้ประจักษ์แก่ตัวเองแล้วว่า มนุษย์เราเกิดมาย่อมเท่าเทียมกัน และต่างก็ได้รับสิทธิบางประการจากพระเจ้าซึ่งไม่อาจโอนให้แก่กันได้ กล่าวคือสิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุขและเพื่อที่จะป้องกันสิทธิเหล่านี้ จึงได้จัดตั้งรัฐบาลซึ่งได้รับอำนาจอันชอบธรรมด้วยความยินยอมของประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครอง เมื่อเป็นเช่นนี้หากรัฐบาลดำเนินการปกครองไปในทางที่เป็นปรปักษ์ต่อหลักการดังกล่าวเมื่อใด เมื่อนั้นก็เป็นสิทธิของประชาชนที่จะเปลี่ยนแปลงหรือเลิกล้มรัฐบาลนั้นเสียได้ และกลับสถาปนารัฐบาลใหม่ขึ้นตามที่เห็นว่าจะทำให้เขาได้รับความปลอดภัยและยังความผาสุกให้เกิดขึ้นมากที่สุด”¹⁸ อย่างไรก็ตาม

¹⁶ UDHR Article 25 “1. Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.”

¹⁷ Sandra Fredman, *supra* note 7, p. 6

¹⁸ “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these

เอกสารที่สร้างความชัดเจนยิ่งขึ้นในการให้ความคุ้มครองแก่ความเสมอภาคคือ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Declaration des droits de l'homme et du citoyen) ซึ่งตราขึ้นภายหลังการปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศสในปี 1789 ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789¹⁹ โดยบัญญัติรับรองไว้ 3 มาตรา ได้แก่

มาตรา 1 “มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมาย การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้ก็แต่เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม”

มาตรา 6 “กฎหมายคือการแสดงออกของเจตนาาร่วมกัน.....กฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับทุกคนไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกัน

are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. — That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, — That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness. Prudence, indeed, will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient causes; and accordingly all experience hath shewn that mankind are more disposed to suffer, while evils are sufferable than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed. But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security. — Such has been the patient sufferance of these Colonies; and such is now the necessity which constrains them to alter their former Systems of Government. The history of the present King of Great Britain is a history of repeated injuries and usurpations, all having in direct object the establishment of an absolute Tyranny over these States. To prove this, let Facts be submitted to a candid world.”

¹⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1 น. 161

เบื้องหน้ากฎหมายและได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันในเรื่องศักดิ์ศรี สถานะและงานภาครัฐ ตามความสามารถ โดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะพลังและพรสวรรค์ของแต่ละคน"

มาตรา 13 "เพื่อทำนุบำรุงกองทัพและเพื่อกระจายในการดำเนินงานของรัฐ จำเป็นที่ จะต้องเก็บภาษี ซึ่งจะต้องมีการกระจายภาระภาษีอย่างเท่าเทียมกันสำหรับพลเมืองทุกคนโดย คำนึงถึงความสามารถของแต่ละคน"

การคุ้มครองหลักความเสมอภาคเริ่มถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเริ่มต้นที่ รัฐธรรมนูญอเมริกาในบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ 14 ในปี ค.ศ. 1868 มาตรา 1²⁰ ดังปรากฏ ประโยค equal protection of the laws ซึ่งเป็นประโยคเดียวที่กล่าวถึงความเสมอภาคไว้อย่าง ชัดเจน แต่กระนั้นความหมายและการบังคับใช้ก็ยังไม่ชัดเจน เช่น ในปี 1896 ได้มีคำตัดสินในคดี Plessy v. Ferguson เกิดในรัฐหลุยเซียน่า โดยนาย Homer Plessy ถูกจับในฐานะไม่ยอมออกจาก ตู้รถไฟที่สงวนไว้สำหรับคนขาว ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า การแบ่งแยกในบริการสาธารณะที่ได้จัดไว้ให้แก่คนผิวขาวและผิวดำแยกจากกันนี้ไม่ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ เป็นการแบ่งแยก โดยเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะในรัฐทางตอนใต้ที่แบ่งแยกคนผิวขาวและคนดำออกจากกันในการรับ บริการต่าง ๆ เช่น ร้านอาหาร รถประจำทาง โรงเรียน สุขา หรือแม้กระทั่งน้ำดื่ม จนกระทั่งปี ค.ศ. 1954 เกิดคดี Brown v. Board of Education ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาตัดสินค้านกับคำ ตัดสินปี 1896 โดย Linda Brown เด็กหญิงผิวดำที่ถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าเรียนเกรด 5 ในโรงเรียนแห่ง หนึ่งในเมือง Topeka มลรัฐ Kansas ศาลพิจารณว่าการแบ่งแยกดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญที่ให้การ ปกป้องคุ้มครองแก่ทุกคนเท่าเทียมกัน

หลังจากนั้นรัฐธรรมนูญของเกือบทุกประเทศก็จะบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเอง ในฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม 1958 รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมัน ฉบับลงวันที่ 23 พฤษภาคม 1949 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐ

²⁰ Amendment 14. (1868) section 1.

"All persons born or naturalized in United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United State; not shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; not deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

อิตาลี่ ฉบับลงวันที่ 27 ธันวาคม 1947 รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐออสเตรเลีย ฉบับลงวันที่ 1 ตุลาคม 1920²¹

นอกจากนี้กฎหมายระหว่างประเทศก็เริ่มบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ เช่นกัน เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กำหนดไว้ในหลายมาตรา เช่น ข้อ 1 “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระเสรีและเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรี และสิทธิทุกคนได้รับการประสิทธิประสาทเหตุผลและมโนธรรม และความปฏิบัติต่อกันอย่างฉันพี่น้อง” ข้อ 7 “ทุก ๆ คนต่างเสมอกันในกฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และต่อการขย่งส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น” เป็นต้น นอกจากนี้ยังบัญญัติอยู่ในข้อ 2, 10, 16 และ 21 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant of Civil and Political Rights) ซึ่งบัญญัติในข้อ 2 ว่า (1) รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้แต่ละรัฐรับที่จะเคารพและให้ความมั่นใจแก่บรรดาบุคคลทั้งปวงภายในอาณาเขตของตน และภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่ยอมรับแล้วในกติกาฉบับนี้ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะชนิดใด ๆ เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรืออื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ (2) ในกรณีที่ยังไม่มีมาตรการทางนิติบัญญัติหรืออื่นใดในขณะนี้ รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้แต่ละรัฐรับที่จะดำเนินการเป็นขั้นเป็นตอนอย่างสอดคล้องกับกระบวนการทางรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติแห่งกติกาฉบับนี้ เพื่อให้มีมาตรการทางนิติบัญญัติหรืออื่นใดอันจำเป็นแก่การให้ได้สมดังสิทธิตามที่รับไว้ในกติกาฉบับนี้²² หรือในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Rights to Development) กำหนดไว้ในข้อ 6 ว่า “(1) รัฐทั้งหมด ควรร่วมมือกัน ส่งเสริม สนับสนุน และเสริมพลังให้มีการเคารพและปฏิบัติทั่วสากลต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหมดเพื่อทุกคน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา (2) สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหมด แบ่งแยกไม่ได้และพึ่งพากันและกัน นอกจากนี้เป็นการสมควรเช่นกัน ที่จะต้องพิจารณาอย่างตั้งใจและเร่งด่วนในเรื่องการปฏิบัติตาม ส่งเสริมและคุ้มครอง สิทธิทางแพ่ง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (3) รัฐทั้งหมด ควรดำเนินมาตรการขจัดอุปสรรคการ

²¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1 น. 161-163

²² สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว น. 164

พัฒนาที่เป็นผลมาจากความล้มเหลวที่จะปฏิบัติตามสิทธิทางแพ่งและการเมืองรวมทั้งตามสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม²³

2.3 วิวัฒนาการในประเทศไทย

จากการที่กฎหมายระหว่างประเทศเริ่มให้ความสนใจในหลักความเสมอภาคแล้วนั้น ย่อมต้องส่งผลถึงประเทศไทยในฐานะที่เป็นภาคีในอนุสัญญาต่าง ๆ อันทำให้เกิดพันธกรณีที่ จะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นในการบัญญัติกฎหมายจึงเริ่มมีหลักความเสมอภาคเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เริ่มจากคณะราษฎรซึ่งทำการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 จึงได้ร่างประกาศ 6 ประการโดยมีหลักความเสมอภาคเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่ง

รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้ชายและหญิงมีความเสมอภาคกันได้แก่ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 14 ว่า "ราษฎรไม่ว่าเพศใด...ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้..." นอกจากนี้ยังมีรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับที่บัญญัติหลักความเสมอภาคเอาไว้ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540²⁴

การพัฒนาหลักความเสมอภาคเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องจากการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติหลักการเอาไว้ แต่อย่างไรก็ดีการพัฒนาหลักความเสมอภาคก็เป็นไปอย่างจำกัดด้วยเนื่องจากการที่ไม่ค่อยได้รับความสนใจให้เกิดผลในทางปฏิบัติเท่าใดนัก จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จึงมีการพัฒนาขึ้นอย่างเห็นได้ชัด จากมาตรา 30 ว่า

²³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 164

²⁴ "ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญเสมอภาคกัน"

“บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

จากมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จะเห็นได้ว่า นอกจากจะบัญญัติให้บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันแล้ว ยังมีการบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันจะช่วยให้เกิดความเสมอภาคอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้นด้วย เป็นการแสดงให้เห็นถึงความต้องการสร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้นในสังคมอย่างจริงจังมากขึ้น ปัญหาก็คือหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ นั้นถือเป็นหลักการใหม่ที่เกิดในกฎหมายไทย ดังนั้นการจะบังคับใช้ให้มีประสิทธิภาพจึงต้องมีการทำการศึกษาถึงหลักการของมันอย่างจริงจังตามไปด้วย

3. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)

ในการศึกษาถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้จะแบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ 1. แนวคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และ 2. สถานะทางกฎหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

3.1 ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

อย่างที่กล่าวไว้แล้วในตอนต้นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือเป็นรากฐานสำคัญของสิทธิมนุษยชน ดังมีนัย 2 ประการดังนี้²⁵

(1) “ธรรมชาติมนุษย์” กล่าวคือลักษณะที่แท้จริงของมนุษย์ที่เกี่ยวกับสภาพจิตใจและความต้องการจำเป็น (needs) ที่จูงใจให้มนุษย์ทำการใดๆ โดยทฤษฎี มนุษย์น่าจะเป็นอย่าง

²⁵ อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (กรุงเทพ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด นานาสิ่งพิมพ์, 2544), น. 81-82

เดียวกันไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด แต่ในทางปฏิบัติ พฤติกรรมของมนุษย์ย่อมอยู่ภายใต้อิทธิพลของสังคมและวัฒนธรรมด้วย

(2) “ศีลธรรม” อันได้แก่ หลักที่ว่าด้วยความผิดชอบชั่วดีที่สังคมหนึ่งๆ กำหนดให้สมาชิกปฏิบัติ โดยไม่มีศีลธรรมสากลให้ยึดถือ นอกจากอนุমানเอาจากส่วนที่กำหนดไว้เหมือนกัน ในความประพฤติบางเรื่อง

เห็นได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีความเป็นพลวัตรเนื่องจากสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามสังคมและยุคสมัยได้เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับลักษณะธรรมชาติและศีลธรรม ดังนั้น การหาความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงอาจเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดความชัดเจนด้านแนวคิดเรื่องนี้ได้ แต่ในปัจจุบันยังไม่มีกรนิยามคำนี้ให้เป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไป ดังนั้น การหาความหมายอาจแยกได้เป็นสองคำ คือ คำว่า “ศักดิ์ศรี” และ “ความเป็นมนุษย์”

ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรี” ได้มีการนิยามความหมายไว้แตกต่างกันออกไปโดยหากย้อนกลับไปศึกษาความเป็นมาในอดีต การให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรี” ของชาวโรมันหมายถึงเกียรติในทางส่วนบุคคลที่ปรากฏต่อสาธารณะ ไม่ใช่เรื่องของบุคคลทุกคนหากแต่หมายถึงเฉพาะบุคคลที่ได้รับเกียรติจากสาธารณะ²⁶ แต่ในความเข้าใจของศาสนาคริสต์ หมายถึง ความเมตตาของพระเจ้าซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในทางศาสนาคริสต์ว่า มนุษย์นั้นถูกสร้างขึ้นตามความประสงค์ของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของ ดังนั้น ศักดิ์ศรีของมนุษย์มีอาจถูกทำลายหรือถูกพรากไปได้โดยการกระทำของบุคคลอื่น หากแต่ถูกทำลายได้โดยบาปของตนเอง ศักดิ์ศรีในความหมายของคริสต์ศาสนาจึงเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระเจ้า²⁷ ต่อมาในศตวรรษที่ 18 Kant ได้เข้าใจคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่าหมายถึงความอิสระของมนุษย์ แต่ความเป็นอิสระอันเป็นพื้นฐานของมนุษย์มิได้มีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่ตัวมนุษย์ หากแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อมนุษย์จะสามารถบรรลุคุณค่าอันตั้งงามได้ และมีความเชื่อว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีมาแต่กำเนิด(Inherent Dignity)²⁸

²⁶ Albert Bleckmann, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, 1997, p. 542 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547) น. 104

²⁷ Albert Bleckmann, *บรรเจิด สิงคะเนติ, เพิ่งอ้าง* น. 104

²⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547) น. 105

ในมุมมองของนักกฎหมายเยอรมัน Guenter Duerig อธิบายคำว่าศักดิ์ศรีว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง²⁹ Klaus Stern ได้สรุปความหมายของ “ศักดิ์ศรี” ว่าหมายถึงลักษณะบางประการที่สร้างออกมาเป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์ อันเป็นสาระัตถะในการกำหนดความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสาระัตถะที่มนุษย์แต่ละคนได้รับเพื่อเห็นแก่ความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น³⁰

ส่วนในพจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2542 คำว่า “ศักดิ์ศรี” แปลว่า เกียรติศักดิ์ ซึ่งน่าจะอธิบายเป็นความหมายได้ว่า หมายถึงการยอมรับนับถือสถานภาพของบุคคล³¹

โดยสรุปจากที่กล่าวมาคำว่า “ศักดิ์ศรี” เป็นสิ่งที่ติดตัวอยู่กับมนุษย์และการติดตัวนั้นมีมาตั้งแต่กำเนิด จึงกล่าวได้ว่ามนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีอยู่ในตัวเอง เว้นแต่ในยุคโรมันซึ่งมองว่าศักดิ์ศรีจะเกิดขึ้นได้เมื่อปรากฏต่อสาธารณะ ซึ่งเป็นมุมมองในเชิงภาวะวิสัย อย่างไรก็ตามศักดิ์ศรีที่เกิดขึ้นก็ไม่ได้เกิดจากการที่ใครคนใดเป็นผู้มอบให้ แต่มีอยู่ในตัวเองอยู่แล้วเพียงแต่จะเรียกว่ามีศักดิ์ศรีเมื่อสาธารณะชนได้รู้เห็น

²⁹ Duerig, *Grundgesetz-Kommentar* อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *เพ็งอ้าง* น. 106

³⁰ Albert Bleckmann, *บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26* น. 106

³¹ นพนิติ สุริยะ, “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์: มุมมองจากบริบทของไทย”, *วารสารนิติศาสตร์* 30, 3(กันยายน 2543) น. 507 อ้างถึงใน ยศศักดิ์ โกศัยยกานนท์, *ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, *วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง*, 2544, น. 127

ความหมายของคำว่า “ความเป็นมนุษย์”

การศึกษานิยามของความเป็นมนุษย์นั้นมีมุมมองที่หลากหลายออกไป ได้แก่³²

- ก) ความเป็นมนุษย์กับจารีตประเพณี โดยที่จารีตประเพณีเป็นสิ่งที่มนุษย์อาศัยสติปัญญาสร้างสรรค์ขึ้น และจารีตประเพณีนี้จะหลอมคนที่แตกต่างกันให้มีความเป็นเอกภาพและดำรงชีวิตร่วมกันได้อย่างเป็นสุข
- ข) ความเป็นมนุษย์กับสภาวะความรู้และการพัฒนา ทศณะนี้มองว่ามนุษย์อยู่คู่กับองค์ความรู้ เพราะปัญหาสภาวะธรรมชาติ และสังคมที่เกิดขึ้นนั้นล้วนมาจากความรู้ของมนุษย์ทั้งสิ้น ส่วนการพัฒนานั้นเป็นกระบวนการเปลี่ยนแปลงทางความคิด ดังนั้น ความอยู่รอดของมนุษย์ต้องมาจากการพัฒนาที่เป็นธรรมและยั่งยืนโดยอาศัยองค์ความรู้ช่วยในการพัฒนา
- ค) ความเป็นมนุษย์กับสังคมการเมือง เป็นแนวคิดที่มองว่าความเป็นมนุษย์นั้นรวมความลงตัวเกี่ยวกับกฎว่าด้วยเหตุกับผล (The Law of Causality) ผสมกับแนวความคิดของฝ่ายสัมพัทธนิยม(Relativism)
- ง) ความเป็นมนุษย์กับสัตว์ คำว่า “มนุษย์” เป็นคำที่แบ่งแยกสายพันธุ์ออกจากคำว่า “สัตว์” อย่างชัดเจน เพราะมนุษย์มองว่าตนเองแตกต่างจากสัตว์อื่น ๆ

โดยสรุป มุมมองแต่ละมุมมองนั้นล้วนแล้วแต่แสดงถึงความแตกต่างระหว่างมนุษย์กับสิ่งมีชีวิตอื่น ๆ บนโลกนี้ทั้งสิ้นไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณี ความรู้และการพัฒนา สังคมการเมือง สิ่งเหล่านี้ล้วนมีอยู่แต่ในเฉพาะมนุษย์เท่านั้น จะไม่มีในสัตว์หรือพืชหรือสิ่งอื่นใดอีกในโลก ดังนั้น “ความเป็นมนุษย์” น่าจะมีความหมายเพื่อแบ่งแยกมนุษย์ออกจากสิ่งมีชีวิตอื่น ๆ

เมื่อนำคำทั้งสองคำคือคำว่า “ศักดิ์ศรี” กับคำว่า “ความเป็นมนุษย์” มารวมกันเป็นคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” แม้พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานของทางการจะไม่มีคำอธิบายวลีนี้โดยตรง แต่หากถอดความที่ละคำแล้วนำมาประกอบกัน ก็อาจแปลความได้โดย หมายถึง

³² ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์, ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544, น.

ความยกย่องนับถือความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสัตว์ที่รู้จักใช้เหตุผลหรือเป็นสัตว์ที่มีจิตใจสูง³³ แล้วก็ยังมีการให้ความหมายต่าง ๆ เช่น

Klaus Stern ได้สรุปสาระสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ว่าหมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำกัดคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่น ๆ ของบุคคล³⁴

W. Maihofer และ R.F. Behrendt เห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นการแสดงออกถึงการสร้างปริมาณของความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลให้กว้างที่สุดเท่าที่จะทำได้ และใช้ประโยชน์จากปริมาณดังกล่าวเพื่อการดำรงไว้ซึ่งชีวิตมนุษย์ และเพื่อปรับปรุงชีวิตมนุษย์ให้ดีขึ้น โดยวิธีการพัฒนาขีดความสามารถของมนุษย์ไปสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้³⁵

บรรเจิด สิงคะเนติ สรุปไว้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขใดทั้งสิ้น คุณค่าของมนุษย์นี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้น ๆ ภายใต้อำนาจรับผิดชอบของตนเอง โดยถือว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคุณค่าที่มีอาจล่วงละเมิดได้³⁶

เห็นได้ว่าความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นเรื่องของคุณค่ามากกว่าที่จะเป็นสิทธิ ซึ่งคุณค่านี้ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด ไม่ได้เกิดจากการที่มนุษย์คนใดมอบให้แก่กัน และมีอยู่แต่ในมนุษย์เท่านั้น ไม่มีอยู่ในสิ่งมีชีวิตอื่นใดอีก

³³ จรัญ โฆษณานันท์, รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐: จาก “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” สู่ “ธัมมิภลิติมนุษยชน”, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544) น. 17-18

³⁴ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, p. 1113
อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26 น. 106

³⁵ Albert Bleckmann อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น. 106

³⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น. 107

3.2 สถานะในทางกฎหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

ประเด็นที่เกิดการถกเถียงเรื่องสถานะทางกฎหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ก็คือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีสถานะเป็น “สิทธิ” อย่างหนึ่งหรือไม่ หรือเป็นเพียงแนวคิดเชิงอุดมการณ์ที่รัฐให้ความคุ้มครองเท่านั้น ทั้งนี้เพราะสถานะในทางกฎหมายจะมีผลต่อการคุ้มครองตามกฎหมายด้วย ซึ่งเราอาจแบ่งการพิจารณาสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ออกเป็น 3 ประการ ดังนี้³⁷

(1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนุญ ซึ่งก่อให้เกิดผลที่สำคัญ 2 ประการ ประการแรก การตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายจะต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ด้วย ประการที่สอง อาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาในทางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย รวมทั้งความหมายของการแทรกแซงในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทนั้นได้รับการพัฒนามาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(2) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ แม้จะมีการกล่าวอย่างนี้ก็ตาม แต่คำถามว่าอะไรคือสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ แม้ในทางตำรากฎหมายของเยอรมันก็ยังไม่สามารถที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ออกมาเป็นหลักทั่วไปได้ แต่หากจะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพแล้ว ก็จะเป็นสาระที่อันเป็นแก่นของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทที่รัฐมีอาจล่วงละเมิดได้

(3) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสิทธิประเภทหนึ่ง มีความเห็นแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรก เห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง แต่มีสถานะเทียบเท่ากับสิทธิขั้นพื้นฐาน ฝ่ายที่สอง เห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง โดยพิจารณาจากการจัดระบบในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานและพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยวินิจฉัยยอมรับว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง แม้ว่าต่อมาจะได้วินิจฉัยว่า แม้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่อำนาจอรัฐก็ต้องผูกพันกับหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนุญ(ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์)ด้วย

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ข้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 26*, น. 110-114

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญไทยซึ่งบัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ 3 มาตราด้วยกันคือ มาตรา 4 มาตรา 26 มาตรา 28 โดยสรุปแล้วเป็นดังนี้³⁸

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 4 ซึ่งอยู่ในหมวดทั่วไป ถือเป็นการวางหลักทั่วไป อันเป็นการประกาศเจตนารมณ์ของรัฐ โดยตีความว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานของสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 26 ถือว่ามีสถานะเดียวกับ "สิทธิและเสรีภาพ" แต่ไม่ได้เป็นสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับสิทธิและเสรีภาพ

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 28 ก็ถือว่ามีสถานะเช่นเดียวกับ "สิทธิและเสรีภาพ" มีผลให้การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

กล่าวโดยสรุป ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นแสดงให้เห็นถึงคุณค่าของมนุษย์ซึ่งทุกคนมีมาแต่กำเนิด ไม่มีใครสามารถมอบให้แก่กันได้ ทำได้เพียงเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเขา และแม้ว่าผู้ใดจะไม่ได้รับการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็มิได้หมายความว่าผู้นั้นไม่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะถือว่าเป็นสิ่งที่เขามีติดตัวมาแต่กำเนิดแล้ว

กล่าวได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่ใช่ "สิทธิและเสรีภาพ" แต่มีสถานะเดียวกัน กล่าวคือ เป็นคุณค่าอย่างหนึ่งในทางกฎหมายที่ได้รับความคุ้มครองแยกต่างหากจากกัน นอกจากนี้ ในทางทฤษฎีกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย เช่น ประเทศเยอรมัน หรือประเทศฝรั่งเศส ยังถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานซึ่งเป็นที่มาของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวง เป็นแดนแห่งสิทธิที่รัฐไม่อาจใช้อำนาจล่วงละเมิดเข้าไปในขอบเขตดังกล่าวได้³⁹ ซึ่งหากศึกษาต่อไปในเรื่องกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ ก็จะได้เห็นว่าแนวคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นประเด็นสำคัญที่เรียกร้องให้มีกฎหมายป้องกันการเลือกปฏิบัติระหว่างกลุ่มบุคคลที่กระทำไปโดยมิชอบ

³⁸ โปรตดู บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26, น. 146

³⁹ อุดม รัฐอมฤต, นพนิติ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25 น.

4. สิทธิมนุษยชน (Human Rights)

สืบเนื่องมาจากหลักความเสมอภาคและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ถือว่ามีความสัมพันธ์อันแนบแน่นกับสิทธิมนุษยชน จนกล่าวได้ว่าพื้นฐานความคิดสิทธิมนุษยชนนั้นตั้งอยู่บนการเคารพนับถือในศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ ทำนองเดียวกับที่ โคลาเคอวสกี (Leszek Kolakowski) เคยกล่าวยืนยันว่า สิทธิมนุษยชนดำรงอยู่ เนื่องจากความมีศักดิ์ศรีที่ติดตัวมาในความเป็นมนุษย์⁴⁰ แต่นอกจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ที่มาสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่ต้องกล่าวถึงก็คือ สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) ซึ่งสืบเนื่องมาจากกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)

4.1 แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน

คำว่า "สิทธิมนุษยชน" (Human Rights) นี้อาจจะมาจากคำว่า "Rights of Man" ซึ่งแปลจาก "Droits De L'Homme" ในภาษาฝรั่งเศสปรากฏในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และของพลเมือง (DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN) อันเป็นการนำคำว่า "มนุษยชน" ไปต่อท้ายคำว่า "สิทธิ" ซึ่งโดยนัยทางนิติศาสตร์คำว่า "สิทธิ" เป็นแนวคิดทางกฎหมาย หมายถึง อำนาจอันชอบธรรม ซึ่งผู้ที่จะมีอำนาจเช่นนี้ได้ต้องมีตำแหน่งฐานะ หรือสถานภาพพิเศษในสังคม เช่น พระมหากษัตริย์ สมเด็จพระสันตะปาปา เป็นต้น สถานภาพดังกล่าวนี้อาจเกิดจากกฎหมาย จารีตประเพณี หรือความเชื่ออย่างแรงกล้าที่ถือปฏิบัติต่อ ๆ กันมา ก็ได้แต่ต้องเป็นคุณค่าที่มีอยู่อย่างเฉพาะเจาะจงในสถานภาพใดสถานภาพหนึ่งเท่านั้น ดังนั้นความคิดที่จะให้ "สิทธิ" เป็นของ "มนุษย์" ทุกคนนั้นจึงเป็นการขยายวิธีคิดจากแนวคิดเดิม⁴¹

ในระยะแรก ๆ ของการเผยแพร่แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนนี้ ไม่ได้ใช้คำว่า "สิทธิมนุษยชน" แต่ใช้คำว่า "สิทธิธรรมชาติ" (Natural Rights) สืบเนื่องมาจากกฎหมายธรรมชาติซึ่ง

⁴⁰ Christine Sypnowich, "The Concept of Socialist Law" อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์ อ่างแล้ว เริงอรุณที่ 33 น. 19

⁴¹ นพนิธิ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2537) น. 10-11

หมายถึง กฎหมายซึ่งบุคคลอ้างว่ามีอยู่ตามธรรมชาติ คือเกิดมีมาเองโดยมนุษย์ไม่ได้ทำขึ้น เป็นกฎหมายที่อยู่เหนือรัฐ และใช้ได้โดยไม่จำกัดกาลเทศะ โดยมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ⁴²

1. เป็นกฎหมายที่ใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลา คือ ไม่มีเวลาล่วงพ้นสมัย
2. ใช้ได้ทุกแห่งไม่จำกัดว่าต้องใช้ในรัฐใดรัฐหนึ่ง
3. อยู่เหนือกฎหมายของรัฐ คือ รัฐจะออกกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ มิฉะนั้น กฎหมายของรัฐก็จะใช้บังคับไม่ได้

แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติของนักปราชญ์ในสมัยกรีกชี้ให้เห็นได้ว่า กฎหมายธรรมชาตินี้มีพื้นฐานมาจากหลักที่ว่า ทุกสิ่งเกิดขึ้นตามที่เหมาะสม ดังนั้นจึงแตกต่างกับกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐ และความเป็นธรรมที่เกิดจากกฎหมายธรรมชาตินั้นถือว่ามีคุณสมบูรณ์เพราะสามารถมีผลใช้บังคับได้ในทุก ๆ แห่ง

ต่อมาในสมัยโรมันมีนักปราชญ์กลุ่ม Stoics มีความเชื่อว่ากฎหมายธรรมชาตินั้นใช้บังคับเหนือพระเจ้าและมนุษย์ และเป็นกฎหมายซึ่งแนะนำว่า “อะไรคือสิ่งที่ต้องทำและห้ามสิ่งที่ต้องไม่กระทำ”⁴³ ซึ่งถ้าไม่มีสิ่งนี้แล้ว สังคมจะปราศจากสันติและความเป็นระเบียบ และยังเสนอต่อไปว่าบุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันโดยธรรมชาติ และได้้นำแนวความคิดของนักปราชญ์สมัยกรีกมาพัฒนาเป็นกฎหมายเรียกว่า *Jus Gentium* อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับคลุมถึงคนต่างด้าว ด้วยเพราะกฎหมายเดิมของโรมันที่เรียกว่า *Jus Civile* เป็นกฎหมายที่ใช้เฉพาะกับคนโรมันเท่านั้น โดยนำหลักกฎหมายธรรมชาตินั้นเป็นสากลมาบังคับใช้

แนวความคิดของศาสนาคริสต์ก็ถือเป็นแนวคิดหนึ่งที่มีส่วนในการขยายแนวคิดของสิทธิมนุษยชนโดยการอ้างตามพระบัญญัติพระคัมภีร์ภาคพันธสัญญาเก่าว่า มนุษย์คนแรกคืออาดัม ได้ถูกสร้างขึ้นโดยอาศัยภาพลักษณ์ของพระเจ้า นั่นจึงหมายความว่าพระเจ้าให้คุณค่าแก่มนุษย์สูงมาก เมื่อเป็นเช่นนั้นมนุษย์ทุกคนก็จะมีคุณค่าซึ่งพระเจ้ามอบให้นั้นมาตั้งแต่กำเนิด ไม่มีผู้ใดจะพรากเอาไปได้ การพรากเอาไปก็จะถือเป็นบาป ดังนั้นกฎหมายที่เกิดขึ้นจึงต้องสอดคล้องกับสิ่งที่พระเจ้าสร้างขึ้น และธรรมชาตินี้ก็เป็นสิ่งที่พระเจ้าสร้างขึ้น กฎหมายจึงต้องสอดคล้องกับธรรมชาติด้วย อย่างไรก็ตาม ในยุคที่การครอบงำของศาสนจักรเริ่มล่มสลาย โกรเชียส(Grotius) ได้เสนอแนวความคิดว่ากฎหมายธรรมชาตินั้นไม่ต้องอาศัยข้ออ้างอิงจากพระเจ้า แต่อาศัยเหตุผล

⁴² กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก, (กรุงเทพ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547)

⁴³ กุลพล พลวัน, เพ็งอ้วง น. 6

และสติปัญญาของมนุษย์ในฐานะที่เป็นที่มาของกฎหมายธรรมชาติ โดยได้ให้คำนิยามของกฎหมายธรรมชาติว่าหมายถึง ปัญหาของเหตุผลอันถูกต้องที่ชี้ว่าการกระทำอันหนึ่งมีความต่ำทรามในทางศีลธรรม หรือมีความจำเป็นในทางศีลธรรม ทั้งนี้โดยดูจากคุณภาพของการกระทำนั้นเป็นไปตามธรรมชาติหรือขัดแย้งกับธรรมชาติที่มีเหตุผลของมนุษย์ และยืนยันว่าธรรมชาติของมนุษย์คือ ที่มาของกฎหมายธรรมชาติไม่ใช่พระเจ้า⁴⁴

จากแนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติไปสู่สิทธิธรรมชาติมีแนวคิดว่า มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกัน ต่างก็ได้รับสิทธิจากพระเจ้าเหมือนกัน และสิทธินี้ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ ไม่สามารถล่วงละเมิดได้ โดยสรุปแล้ว สิทธิธรรมชาติจะมีลักษณะเป็นเหตุเป็นผลตามธรรมชาติซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ และเป็นสิทธิเฉพาะบุคคลไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และไม่สามารถล่วงละเมิดกันได้ โดยกฎหมายต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิธรรมชาตินี้ด้วย และเมื่อสิทธิธรรมชาตินี้เริ่มได้รับการยอมรับกันมากขึ้น มนุษย์สามารถเข้าใจถึงสิทธิต่าง ๆ ของตนเองและของคนอื่นอย่างถ่องแท้ไม่ได้แล้ว สิทธิธรรมชาติดังกล่าวจึงกลายมาเป็น "สิทธิมนุษยชน" ในปัจจุบัน

4.2 หลักการอุดมคติของสิทธิมนุษยชน

สอดคล้องกับคำขวัญของการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1789 คือ อิสรภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ ซึ่งกลายมาเป็นอุดมคติของสิทธิมนุษยชน

อิสรภาพ(Liberty) หรือเสรีภาพของปัจเจกชนในการกระทำการต่าง ๆ อันไม่ขัดต่อกฎหมายซึ่งบางครั้งความมีเสรีภาพของบุคคลนั้นเป็นการเบียดบังความเสมอภาค เช่น การแสดงออกเรื่องเชื้อชาติอันเป็นเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นแต่ในขณะเดียวกันกลับเป็นการทำให้เกิดความไม่เสมอภาคขึ้นด้วย ดังนั้นจึงเกิดปัญหาขึ้นว่าจะยอมให้มีการแสดงออกเรื่องเชื้อชาติตามหลักเสรีภาพหรือไม่ยอมเพื่อรักษาความเสมอภาคเอาไว้

หากมองย้อนกลับไปถึงระบบการปกครองในอดีตจากนักปรัชญา คาร์ล มากซ์ ซึ่งเป็นผู้ที่เน้นถึงความเสมอภาค แนวความคิดของเขาเห็นว่าสิทธิและผลประโยชน์ต่าง ๆ นั้นเป็นไปเพื่อชนชั้นกลาง แต่สำหรับชนชั้นกรรมกรนั้นไร้ซึ่งสิทธิไม่ว่าจะเป็นสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการเข้ารับ

⁴⁴ กิตติบดี โยพูล. ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พันโทสในการเข้าทำงาน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2544, น. 14-1

การศึกษา เรียกว่าเป็นการขาดความเสมอภาคในโอกาส เป็นการนำไปสู่การปกครองแบบเผด็จการ จนกระทั่งมีการปฏิวัติสิทธิมนุษยชนจากการออกปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) โดยสหประชาชาติเมื่อปี ค.ศ. 1948 ซึ่งเน้นในหลักเรื่องการเคารพเสรีภาพของปัจเจกชน การคุ้มครองเสรีภาพรวมถึงการเข้าถึงสิทธิต่างๆ เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิในการมีสุขภาพดี เป็นต้น จึงทำให้ทฤษฎีของคาร์ล มากซ์ ถูกโต้แย้งมากขึ้นและทำให้ระบบการปกครองแบบเผด็จการเสื่อมลง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นส่วนหนึ่งสามารถกล่าวได้ว่าเกิดจากความขัดแย้งระหว่างการให้ความสำคัญกับหลักความเสมอภาคและหลักเสรีภาพที่ไม่สอดคล้องกัน

ความเสมอภาค(Equality) หลักความเสมอภาคนี้ถือได้ว่าเป็นที่มาที่สำคัญของการเลือกปฏิบัติ ซึ่งได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้

ภราดรภาพ(Fraternity) หรือความสามัคคีของเพื่อนมนุษย์ทั้งมวลในโลก เกิดเป็นสิทธิมนุษยชนใหม่ที่เรียกว่า สิทธิในความสามัคคี (Rights of Solidarity)⁴⁵ซึ่งเป็นที่มาของสิทธิใหม่หลายประการ เช่น สิทธิในการกำหนดตนเอง สิทธิในการพัฒนา สิทธิในการมีส่วนร่วมและได้รับประโยชน์จากมรดกร่วมกันของมนุษยชาติตลอดจนข้อมูลข่าวสารต่างๆ และความก้าวหน้าสิทธิของชนกลุ่มน้อย สิทธิในการมีสันติภาพ สิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือเยียวยา ด้านมนุษยธรรม และสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี เป็นต้น

กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังที่ศึกษากันมาแล้ว ก็เห็นได้ว่า ที่มาของการเลือกปฏิบัติประการแรกคือ หลักความเสมอภาค และยิ่งถือเป็นเป้าหมายสำคัญของการเลือกปฏิบัติด้วย อย่างไรก็ตาม คัดค้านความเป็นมนุษย์ อันถือเป็นรากฐานสำคัญของสิทธิมนุษยชน ก็ถือเป็นแนวคิดพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติด้วย แต่หลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักการอุดมคติอย่างหนึ่งของสิทธิมนุษยชน เป็นที่มาที่ใกล้ชิดกับการเลือกปฏิบัติมากที่สุด กล่าวคือ การเลือกปฏิบัตินั้นวิวัฒนาการมาจากหลักความเสมอภาค ดังนั้นจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเสมอภาคอันเป็นเรื่องของสิทธิมนุษยชนที่มีรากฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

⁴⁵ จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33 น. 46-47