

### หลักเรื่องการเลือกปฏิบัติ

อาจกล่าวได้ว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นวิธีการหนึ่งที่จะนำไปสู่ความเสมอภาค แม้จะไม่ได้เป็นวิธีการเดียวแต่ก็เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าทุก ๆ การเลือกปฏิบัติจะทำให้เกิดความไม่เสมอภาค เนื่องจากการเลือกปฏิบัติต้องอยู่บนพื้นฐานของเหตุอันไม่เป็นธรรมด้วยจึงจะถือเป็นการเลือกปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม ดังนั้นการเลือกปฏิบัติจึงเกิดผลได้ 2 ทางคือ 1. หากเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอันไม่เป็นธรรม ย่อมก่อให้เกิดความไม่เสมอภาค 2. การเลือกปฏิบัติสามารถก่อให้เกิดความเสมอภาคได้ หากเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อลดความเหลื่อมล้ำที่มีอยู่ในสังคม จึงอาจเรียกทั้งสองกรณีรวมกันได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อแก้ไขความไม่เสมอภาค ซึ่งจะได้อธิบายในเนื้อหาในแต่ละกรณีต่อไป แต่สิ่งหนึ่งที่สามารถกล่าวได้ตอนนี้ก็คือ เราสามารถตรวจสอบว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นธรรมหรือไม่ได้จากการพิสูจน์ว่าการเลือกปฏิบัตินั้นก่อให้เกิดความเสมอภาคหรือไม่ หากก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคจึงจะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

การจะพิจารณาว่าประเทศไทยมีพันธกรณีอย่างไรเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ ก็จำเป็นจะต้องศึกษาว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีนั้น กำหนดว่าอย่างไรก่อน จึงจะสามารถทราบได้ว่าเราสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นได้ขนาดไหน ดังนั้นในส่วนแรกของบทนี้จึงเริ่มที่กฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดหลักการเลือกปฏิบัติซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี รวมถึงร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการด้วย และพิเศษเพิ่มเติมในกฎหมายระหว่างประเทศของภูมิภาคยุโรปอันได้แก่ อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ECHR) ซึ่งเรียกกันทั่วไปว่า European Convention on Human Rights เป็นอนุสัญญาที่สำคัญและแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของหลักการเลือกปฏิบัติซึ่งนำมาใช้เปรียบเทียบหรือเทียบเคียงกับอนุสัญญาระหว่างประเทศสากลด้วย ต่อจากนั้นจึงเป็นการศึกษาถึงการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย โดยจะศึกษาถึงความหมาย องค์ประกอบ และวิธีการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย ในส่วนสุดท้ายจะเป็นการศึกษาถึงหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม นั่นก็คือการเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เพื่อให้เข้าใจว่าการเลือกปฏิบัติไม่ได้มีหมายความว่ากระทำการกระทำอันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น

อย่างที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าการใช้หลักการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นไปเพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาคเป็นสำคัญ กล่าวได้อย่างง่าย ๆ ในตอนนี้ว่าการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายนั้นย่อมทำให้เกิดความไม่เสมอภาค ส่วนการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นจะก่อให้เกิดความเสมอภาค

### 1. กฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ

กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัตินั้นถือเป็นหลักการพื้นฐานหนึ่งของกฎหมายสิทธิมนุษยชน และกฎหมายสิทธิมนุษยชนนี้ก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศดังจะเห็นได้จากอนุสัญญาระหว่างประเทศหลาย ๆ ฉบับมักจะวางหลักการพื้นฐานด้านสิทธิมนุษยชนไว้ก่อนเสมอไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 เป็นต้น นอกจากนี้กฎหมายระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ก็ยังให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนซึ่งแน่นอนว่าจะต้องมีหลักการเลือกปฏิบัติเข้าเป็นส่วนหนึ่งในอนุสัญญานั้น ดังนั้นในส่วนของหัวข้อนี้จะชี้ให้เห็นถึงหลักการเลือกปฏิบัติที่บัญญัติเอาไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยจะนำเอาเฉพาะกฎหมายระหว่างประเทศที่มีพันธกรณีต่อประเทศไทยมากล่าวถึง แต่จะเพิ่มอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปซึ่งประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีเอาไว้ด้วย

#### 1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights, 1948)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนถือเป็นจุดกำเนิดของกฎหมายสิทธิมนุษยชนในหลาย ๆ เรื่อง แม้ว่าจะไม่มีผลบังคับในฐานะกฎหมายลายลักษณ์อักษรระหว่างประเทศเหมือนอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศแต่นั้นก็ทำให้รัฐต่าง ๆ ไม่ปฏิเสธข้อกำหนดในปฏิญญานี้และใช้ปฏิญญานี้เป็นเครื่องมือในการตีความเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนตามกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งกำหนดไว้ในอารัมภบทและในวัตถุประสงค์เพียงให้มีการสนับสนุนการเคารพสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่มีการแบ่งแยกทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา<sup>1</sup> แต่ใน

<sup>1</sup> กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 1(3) "The Purposes of the United Nations are: ...3.

To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect

ปฏิญญานี้ได้ขยายความคุ้มครองให้มากขึ้นเช่น สีมิว ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นเรื่องอื่น ๆ ชาติหรือสังคมอันเป็นถิ่นกำเนิด ฐานะ ถิ่นกำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ โดยนาย Hernan Santa Cruz ผู้แทนจากประเทศชิลี ซึ่งเป็นคณะกรรมการชุดที่สามกล่าวว่า วัตถุประสงค์ในข้อบทที่ 2 ของปฏิญญาสากลนี้เป็นการแสดงอย่างชัดแจ้งถึงข้อกำหนดพื้นฐานของกฎบัตร และเรียกร้องให้สหประชาชาติวางหลักการเพื่อต่อต้านการเลือกปฏิบัติในสังคมโลก<sup>2</sup> อย่างไรก็ตามก็อาจกล่าวได้ว่าปฏิญญานี้ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไปภายในรัฐ ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศนั้นมักจะต้องกำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้จนกล่าวได้ว่าปฏิญญาสากลนี้ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>3</sup> ซึ่งหลักการเลือกปฏิบัติก็เป็นเรื่องหนึ่งที่ถูกกำหนดไว้ในบทบัญญัติของปฏิญญาสากลนี้โดยกำหนดไว้ในข้อบทที่ 2 วรรค 1 และข้อบทที่ 7 ดังนี้

“Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”<sup>4</sup>

“บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มี การแบ่งแยกในความแตกต่าง เช่น เชื้อชาติ สีมิว ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นเรื่องอื่น ๆ ชาติหรือสังคมกำเนิด ทรัพย์สิน ถิ่นกำเนิดหรือสถานะอื่น ๆ”

“All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.”<sup>5</sup>

for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and...”

<sup>2</sup> Johannes Morsink, The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent (United States of America: University of Pennsylvania, 1999), p. 92

<sup>3</sup> Scott Davidson, Human Rights (Great Britain: Biddles Ltd, Guildford and King's Lynn, 1993), pp. 65-66

<sup>4</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อบทที่ 2 วรรค 1

<sup>5</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อบทที่ 7

“ทุก ๆ คนต่างมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่ากันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ทุก ๆ คนชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมต่อการเลือกปฏิบัติใด ๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนต่อปฏิญญานี้ และการยุยงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น”

## 1.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)

จากการที่มีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติแต่ไม่ได้มีผลบังคับทางกฎหมายดังได้กล่าวมาแล้วนั้นทำให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน(The Commission on Human Rights) เห็นว่าควรจะมีเอกสารซึ่งมีผลบังคับทางกฎหมายเพื่อสนองต่อบทบัญญัติในปฏิญญาสากลให้มีผลบังคับได้ จึงได้มีการจัดทำกติการะหว่างประเทศขึ้นมาสองฉบับได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมฉบับหนึ่ง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอีกฉบับหนึ่ง โดยในกติการะหว่างประเทศนี้ได้สร้างผลบังคับตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทำให้รัฐซึ่งผูกพันกับกติกานี้อ้างไม่ได้ว่าเรื่องสิทธิมนุษยชนเป็นเพียงเรื่องอำนาจภายในของรัฐเท่านั้น<sup>6</sup> ซึ่งในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนี้ได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติไว้ในข้อบทที่ 2(1) และ 26 แม้จะมีได้ระบุให้เหตุความพิการเป็นเหตุแห่งการห้ามเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน แต่ด้วยจุดมุ่งหมายแห่งกติกาที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียม นอกจากนี้ หากจะพิจารณาจากข้อบทที่ 2(1) และ 26 แล้วจะพบว่าได้กำหนดเหตุสถานะอื่น ๆ ไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อันเป็นการเปิดกว้างให้แก่เหตุอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงเหตุความพิการด้วย จึงถือได้ว่ากติกานี้ได้คุ้มครองสิทธิของคนพิการที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วย ดังนี้

“Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race,

<sup>6</sup> Scott Davidson, *supra* note 3, p. 75

colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”<sup>7</sup>

“รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้แต่ละรัฐรับที่จะเคารพและรับประกันแก่บรรดาบุคคลทั้งปวง ภายในอาณาเขตของตน และภายในเขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่ยอมรับแล้วในกติกาฉบับนี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าชนิดใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นเรื่องอื่น ๆ ชาติหรือสังคมอันเป็นถิ่นกำเนิด ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ”

“All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”<sup>8</sup>

“บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันเบื้องหน้ากฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นเรื่องอื่น ๆ ชาติหรือสังคมอันเป็นถิ่นกำเนิด ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ”

จากข้อบทที่ 2(1) ในกติการะหว่างประเทศนี้ กำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้อง “เคารพและรับประกัน (respect and ensure)” ดังนั้นจึงเกิดหน้าที่สองประการแก่รัฐนั่นก็คือ รัฐจะต้องละเว้นจากการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (respect) และรัฐจะต้องมีมาตรการเชิงบวกเพื่อส่งเสริมไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น (ensure) โดยในข้อบทที่ 2(2)<sup>9</sup> กำหนดให้ในกรณีที่รัฐยัง

<sup>7</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อบทที่ 2(1)

<sup>8</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อบทที่ 26

<sup>9</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อบทที่ 2(2) “Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in

ไม่มีมาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการอื่นใด รัฐก็จะต้องสร้างมาตรการเช่นว่านั้นขึ้นมาเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิที่ยอมรับไว้ตามกติกาฉบับนี้

ตามกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ได้ทำความเห็นทั่วไป (general comment) ในเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติไว้โดยมีเนื้อหาโดยสรุปดังนี้<sup>10</sup>

1) การห้ามการเลือกปฏิบัติประกอบกับความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมายและการคุ้มครองที่เท่ากันแห่งกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ได้สร้างหลักการพื้นฐานและหลักการทั่วไปในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังนั้นในข้อบทที่ 2 วรรคแรกแห่งกติกานี้จึงสร้างพันธกรณีในแต่ละรัฐสมาชิกที่จะเคารพและรับประกันสิทธิที่กำหนดไว้ในกติกานี้ให้แก่บุคคลโดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมกำเนิด ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งในข้อบทที่ 26 ได้กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานใด ๆ ที่ได้กล่าวไว้แล้วภายใต้กฎหมาย

2) หลักการไม่เลือกปฏิบัติเป็นพื้นฐานของข้อบทที่ 3 ที่รับประกันสิทธิที่เท่าเทียมกันของผู้ชายกับผู้หญิงในการเข้าถึงสิทธิตามกติกาฉบับนี้ ขณะที่ข้อบทที่ 4 วรรค 1 อนุญาตให้รัฐภาคีใช้มาตรการเลียงพันธกรณีของตนภายใต้กติกาได้ในกรณีที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ในขณะเดียวกันเองก็บัญญัติห้ามว่า มาตรการดังกล่าวนี้ไม่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติเพียงอย่างเดียว โดยมีพื้นฐานมาจากเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา หรือที่มาทางสังคม ยิ่งไปกว่านั้น ข้อบทที่ 20 วรรค 2 ได้ก่อให้เกิดพันธกรณีแก่รัฐภาคีที่จะต้องตรากฎหมายห้ามการสนับสนุน ซึ่งก่อให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนา ซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ

3) เนื่องจากรากฐานและลักษณะทั่วไปที่กล่าวมานี้เอง หลักการห้ามการเลือกปฏิบัติซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมาย และการได้รับการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย จึงได้ถูกกล่าวอ้างถึงอย่างชัดเจนในข้อบทต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการแบ่งประเภทของสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่อง ๆ ไป ข้อบทที่ 14 วรรค 1 เกี่ยวกับความเสมอภาคพิจารณาคดีในศาล

---

accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant."

<sup>10</sup> General Comment No.18: Non-discrimination, Thirty-seventh session,

และคณะตุลาการ และพรรคสามบัญญัติเกี่ยวกับ การได้รับหลักประกันขั้นต่ำโดยเสมอภาคในการพิจารณาคดีอาญา กรณีเช่นเดียวกัน ข้อบทที่ 25 บัญญัติว่า ให้ความเสมอภาคกันในการมีส่วนร่วมในการบริหารรัฐกิจโดยไม่มีความแตกต่างกันดังที่บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 2

4) รัฐภาคีจะต้องตัดสินใจกำหนดมาตรการที่เหมาะสมอันจะทำให้บทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเรื่องนี้ให้เป็นผลสำเร็จ อย่างไรก็ตามก็ดี คณะกรรมการประสงคฺจะได้รับการแจ้งเกี่ยวกับที่มาของมาตรการต่าง ๆ ดังกล่าวและการสอดคล้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติและเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมาย และการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันโดยกฎหมาย

5) คณะกรรมการมีความประสงค์ที่จะให้รัฐใส่ใจในการสร้างมาตรการเพื่อรับประกันสิทธิที่เท่าเทียมกันของบุคคล ยกตัวอย่างเช่น ข้อบทที่ 23 วรรค 4 ได้เรียกร้องให้รัฐภาคีดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมที่จะให้ความเชื่อมั่นในสิทธิเท่าเทียมกัน เช่นเดียวกับความรับผิดชอบที่เท่าเทียมกันของคู่สมรส ระหว่างการสมรสและเมื่อการสมรสสิ้นสุดลง ขั้นตอนดังกล่าวอาจกระทำในรูปของกฎหมาย ทางด้านบริหารหรือมาตรการต่าง ๆ แต่ว่าเป็นหน้าที่เชิงบวก หรือเชิงรุกเพื่อให้คู่สมรสดังกล่าวมีสิทธิเท่าเทียมกันตามที่บัญญัติไว้ในกติกา ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของเด็ก ข้อบทที่ 24 บัญญัติ เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับมาตรการในการคุ้มครองตามที่จำเป็นในฐานะที่เป็นผู้เยาว์ อันเป็นส่วนหนึ่งของครอบครัว สังคม และของรัฐ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา สัญชาติหรือสังคมกำเนิด ทรัพย์สิน หรือกำเนิด

6) คณะกรรมการมีข้อสังเกตว่า กติกาฉบับนี้ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า "เลือกปฏิบัติ" หรือชี้ให้เห็นว่าสิ่งใดจึงจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติทุกรูปแบบ (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) ได้บัญญัติว่า คำว่า "การเลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ" มีความหมายถึงการแบ่งแยก การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการล่าเหยียด โดยมีที่มาจากเชื้อชาติ สีผิว การสืบสายโลหิต สัญชาติ หรือชาติพันธุ์ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลทำให้เกิดการเป็นโมฆะ หรือทำให้เสื่อมทรามลงซึ่งการยอมรับนับถือ การเสวยสิทธิหรือการใช้สิทธิตรงจุดยืนที่เท่าเทียมกันซึ่งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม หรือการใช้ชีวิตในสังคมในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน

ข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบก็ได้บัญญัติว่า "การเลือกปฏิบัติต่อสตรี" มีความหมายถึง ความแตกต่างใด ๆ การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยวซึ่งกระทำขึ้นโดยมีที่มาจากเรื่องเพศ ซึ่งมีผลกระทบหรือมีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้เสื่อมเสียหรือทำให้การยอมรับต้องตกเป็นโมฆะ การอุปโลกสิทธิหรือการใช้สิทธิใด ๆ โดยสตรี การไม่ยึด

ต่อความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาโดยพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชายแห่งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐานในทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม สิทธิพลเมืองหรือในเรื่องอื่น ๆ

7) ขณะที่อนุสัญญาต่าง ๆ ที่ว่ามานี้มุ่งเฉพาะการเลือกปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น เพศ ตามอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ คณะกรรมการมีความเชื่อว่าคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ที่ใช้ในกติกาฉบับนี้ควรจะเป็นที่เข้าใจกันว่าใช้สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียงซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ สีผิว เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความเห็นในเรื่องอื่น ๆ เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ฐานะ ถิ่นกำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบหรือทำให้สูญเสียหรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป การอุปโภคสิทธิหรือการใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิเสรีภาพทั้งหมด

8) การอุปโภคสิทธิและเสรีภาพบนจุดยืนที่เสมอภาคกันนั้นมิได้หมายความว่าถึงการปฏิบัติที่เหมือนกันในทุกกรณี ตัวอย่างเช่น ข้อบทที่ 6 วรรค 5 ห้ามการพิพากษาประหารชีวิตบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี หรือในวรรคเดียวกันนั้นก็ห้ามการประหารชีวิตหญิงที่มีครรภ์ในกรณีที่คล้ายคลึงกัน ข้อบทที่ 10 วรรค 3 ได้เรียกร้องให้มีการแยกผู้กระทำผิดที่เป็นเยาวชนออกจากผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่ ยิ่งไปกว่านั้นข้อบทที่ 25 ยังรับประกันถึงการให้สิทธิทางการเมืองที่แตกต่างกัน โดยมีพื้นฐานที่แตกต่างกันในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐนั้น ๆ ซึ่งเป็นการยืนยันว่าความเสมอภาคนั้นไม่ได้เกิดจากการที่จะต้องปฏิบัติให้เหมือนกันทุกกรณีเสมอไป

9) การรายงานของรัฐภาคีมักจะทำให้ข้อมูลเกี่ยวกับตัวบทกฎหมายหรือมาตรการในทางบริหาร และคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองต่อการเลือกปฏิบัติในทางกฎหมาย แต่มักจะขาดข้อมูลซึ่งกล่าวถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการคุ้มครองต่อการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ในรายงาน รัฐภาคีมักจะทำให้เห็นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคทางโอกาส ซึ่งให้ความเคารพต่อบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน แต่คณะกรรมการมีความประสงค์จะทราบปัญหาการเลือกปฏิบัติในทางที่เป็นข้อเท็จจริงด้วย ซึ่งอาจมีการกระทำกันอยู่ทั้งโดยทางราชการหรือโดยชุมชนหรือโดยเอกชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มบุคคล คณะกรรมการมีความประสงค์ที่จะได้รับแจ้งถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายและมาตรการในทางบริหารที่จะมุ่งลดหรือกำจัดการเลือกปฏิบัติโดยตรงด้วย

10) คณะกรรมการมีความประสงค์จะให้เห็นว่า ในบางครั้งรัฐก็จำเป็นต้องสร้างมาตรการเชิงบวก หรือการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม (ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้) เช่นการ

ปฏิบัติที่เป็นคุณมากกว่าต่อบุคคลที่มีความด้อยกว่า ซึ่งการปฏิบัติที่แตกต่างนี้เป็นสิ่งที่ทำได้ตามกติกาฉบับนี้

11) กติกาฉบับนี้ได้ระบุถึงเหตุต่าง ๆ ที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ อาทิ เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความเห็นในเรื่องอื่น ๆ ชาติหรือสังคมกำเนิด ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งคณะกรรมการสังเกตว่า รัฐธรรมนูญและกฎหมายจำนวนมากไม่ได้ระบุถึงเหตุต่าง ๆ ที่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันเป็นสิ่งต้องห้ามตามกติกา ฉะนั้น คณะกรรมการจึงอยากให้รัฐใส่ใจกับสิ่งที่ละเลยไป

12) ในขณะที่ข้อบทที่ 2 ได้จำกัดขอบเขตสิทธิส่วนที่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติตามที่ได้บัญญัติไว้ในกติกา แต่ข้อบทที่ 26 ไม่ได้จำกัดไว้เช่นนั้น แต่บัญญัติว่าบุคคลมีความเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิได้รับการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันโดยกฎหมาย โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติและกฎหมายจะให้หลักประกันแก่บุคคลทุกคนโดยเท่าเทียมกัน ซึ่งการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพต่อการเลือกปฏิบัติโดยมีสาเหตุตามที่ระบุไว้ ในทัศนะของคณะกรรมการ ข้อบทที่ 26 ไม่เพียงแต่จะนำเอาหลักประกันซึ่งได้รับการบัญญัติไว้แล้วในข้อบทที่ 2 มาเท่านั้น แต่ยังบัญญัติรับรองสิทธิต่าง ๆ ไว้ในข้อบทของตนเองอีกด้วย ดังนั้นข้อบทที่ 26 จึงเป็นการนำหลักการห้ามการเลือกปฏิบัติมาใช้ในทางปฏิบัติกับสิทธิอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้ในกติกาฉบับนี้โดยไม่มีข้อจำกัด

13) สุดท้ายนี้ คณะกรรมการมีข้อสังเกตว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันไม่ได้ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติทุกกรณีไป ถ้าหากบรรทัดฐานของความแตกต่างนั้นมีเหตุผลและมีวัตถุประสงค์และถ้าจุดหมายเพื่อจะบรรลุถึงความประสงค์อันเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมายภายใต้กติกาฉบับนี้

จากความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการ ได้กล่าวถึงสาระสำคัญเกี่ยวกับพันธกรณีของรัฐภาคีมีต่อกติกา สิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคีจากการเป็นภาคีในกติกาฉบับนี้อันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังมีการให้ความหมายของคำว่า "การเลือกปฏิบัติ" ซึ่งถือเป็นเรื่องที่รัฐภาคีต้องให้ความสำคัญในการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับความหมายของการเลือกปฏิบัติที่ได้ให้ไว้

### 1.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966

(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966)

เช่นเดียวกันกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมนี้เป็นกฎหมายที่

ออกมาเพื่อรองรับสิทธิที่บัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ให้อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีผลใช้บังคับกับรัฐภาคี ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในกติกานี้โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2542 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2542 โดยได้ทำถ้อยแถลงตีความของข้อบทที่ 1 วรรค 1 เกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (right of self-determination) โดยให้ความหมายตามปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเวียนนา ซึ่งเป็นผลของการประชุมระดับโลกว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อ พ.ศ. 2536 ว่า สิทธิดังกล่าวมิให้ตีความอนุญาตหรือสนับสนุนการกระทำใด ๆ ที่จะเป็นการแบ่งแยก หรือทำลายบูรณภาพแห่งดินแดน หรือเอกภาพทางการเมืองของรัฐเอกราชอธิปไตย ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงแต่บางส่วน<sup>11</sup>

สาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัตินี้ได้บัญญัติอยู่ในข้อบทที่ 2 (2) ดังนี้

"The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."<sup>12</sup>

"รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้จะใช้ได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมกำเนิด ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น"

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในข้อบทที่ 2(2) นี้ไม่ใช่เหตุทั้งหมดแต่มีการเปิดกว้างให้มีการพิจารณาเหตุอื่นได้ สืบเนื่องจากกรกำหนด "สถานะอื่น ๆ" เอาไว้ด้วย จึงถือว่าเหตุความพิการก็เป็นเหตุที่ได้รับความคุ้มครองตามกติกาฉบับนี้ โดยรัฐภาคีจะต้องกำจัดการกฎหมายที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติทั้งหมดไม่ว่าจะอยู่ในลักษณะของการกระทำหรืองดเว้นการกระทำก็ดีอันมีผลต่อการเข้าถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และมาตรการพิเศษที่ออกมาโดยมีวัตถุประสงค์

<sup>11</sup> สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน และสาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม, (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดเอราวัณการพิมพ์)(2546), น. 19

<sup>12</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 ข้อบทที่ 2(2)

เพื่อประกันการก้าวหน้าของกลุ่มบุคคลหรือปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงสิทธิที่กำหนดไว้ในกติกา นี้ จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามมาตรการดังกล่าวจะต้องไม่นำไปสู่การแบ่งแยกสิทธิใน กลุ่มบุคคล(groups) อื่น<sup>13</sup>

1.4 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979)

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2528 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 8 กันยายน 2528 โดยในอนุสัญญาว่า ด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกแบบนี้ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า "การเลือกปฏิบัติ ต่อสตรี" ไว้ในข้อบทที่ 1 ดังนี้

"For the purposes of the present Convention, the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field."<sup>14</sup>

"เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า "การเลือกปฏิบัติต่อสตรี" จะหมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะ ทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภค หรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึง สถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและ เสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมืองหรือด้านอื่น ๆ"

---

<sup>13</sup> Raphael Perpetuo M. Lotilla, STATE IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, (Philippines: U.P Printery, 1988), pp. 76-77

<sup>14</sup> อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 ข้อบท

ส่วนสาระสำคัญอื่น ๆ สามารถแบ่งได้เป็น 6 ส่วน ดังนี้<sup>15</sup>

ส่วนที่ 1 (ข้อบทที่ 1-6) กล่าวถึงคำจำกัดความของคำว่าการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (discrimination against women) พันธกรณีของรัฐภาคี มาตรการที่รัฐภาคีต้องดำเนินการเพื่อสนับสนุนความก้าวหน้าของสตรี มาตรการเร่งด่วนชั่วคราวเพื่อสร้างความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีอย่างแท้จริง ซึ่งจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศ การปรับปรุงแบบทางสังคมและวัฒนธรรมเพื่อให้เอื้อต่อการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีและการปราบปรามการลักลอบค้าและแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากสตรี

ส่วนที่ 2 (ข้อบทที่ 7-9) กล่าวถึงความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีในด้านการเมืองและการดำรงชีวิต (public life) ทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ เช่น สิทธิในการเลือกตั้ง การสนับสนุนให้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญ ความเท่าเทียมกันในกฎหมายว่าด้วยสัญชาติและการศึกษา

ส่วนที่ 3 (ข้อบทที่ 10-14) กล่าวถึงการที่สตรีจะได้รับการดูแลทางเศรษฐกิจ โดยได้รับความเท่าเทียมกันในด้านสิทธิและโอกาสที่จะได้รับการจ้างงานและสิทธิด้านแรงงาน รวมถึงการป้องกันความรุนแรงต่อสตรีในสถานที่ทำงาน ความเท่าเทียมกันในการเข้าถึงบริการด้านสุขภาพ โดยเฉพาะสตรีมีครรภ์และหลังคลอดบุตร การที่รัฐภาคีจะประกันความเป็นอิสระของสตรีด้านการเงินและความมั่นคงด้านสังคม และการให้ความสำคัญแก่สตรีในชนบททั้งในด้านแรงงานและความเป็นอยู่

ส่วนที่ 4 (ข้อบทที่ 15-16) กล่าวถึงความเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีในด้านกฎหมาย โดยเฉพาะในด้านกฎหมายแพ่ง และกฎหมายครอบครัวซึ่งเป็นการประกันความเท่าเทียมกันในชีวิตส่วนบุคคล

ส่วนที่ 5 (ข้อบทที่ 17-22) กล่าวถึงการจัดตั้งคณะกรรมการการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ พันธกรณีในการจัดทำรายงานของรัฐภาคี การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ และการมีส่วนร่วมของทบวงชำนาญพิเศษที่เกี่ยวข้อง

ส่วนที่ 6 (ข้อบทที่ 23-30) กล่าวถึงการมิให้ตีความข้อบทของอนุสัญญาที่จะขัดต่อกฎหมายภายในที่ดำเนินการมากกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาและกฎหมายระหว่างประเทศที่มี

---

<sup>15</sup> สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน และสาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ, (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดเอราวัณการพิมพ์)(2546) น. 11-12

อยู่ การนำพันธุกรรมไปปฏิบัติในระดับประเทศ การเปิดให้ลงนามและกระบวนการเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา การแก้ไขอนุสัญญา เจื่อนไขการมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา การตั้งข้อสงวน การขัดแย้งในการตีความระหว่างรัฐภาคี

1.5 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965)

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 28 มกราคม 2546 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2546 โดยในการเข้าเป็นภาคี ได้ทำถ้อยแถลงตีความทั่วไปว่า รัฐบาลไทยจะไม่ตีความหรือใช้บทบัญญัติใด ๆ ที่ปรากฏในอนุสัญญาเป็นพันธุกรรมที่เกินกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายภายในได้บัญญัติไว้ และการตีความหรือใช้บทบัญญัติดังกล่าวจะจำกัดหรือเป็นไปตามตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่นที่ไทยเป็นภาคี โดยในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบนี้ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลักการเลือกปฏิบัติไว้ในอารัมภบท วรรค 7 ดังนี้

"Reaffirming that discrimination between human beings on the grounds of race, colour or ethnic origin is an obstacle to friendly and peaceful relations among nations and is capable of disturbing peace and security among peoples and the harmony of persons living side by side even within one and the same State,"<sup>16</sup>

"ยืนยันว่าการเลือกปฏิบัติระหว่างมนุษย์บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว และเผ่าพันธุ์ ก่อให้เกิดอุปสรรคประการหนึ่งต่อความสัมพันธ์ฉันมิตรและสันติภาพระหว่างชาติ และอาจก่อความสงบสุขและสวัสดิภาพในหมู่ชน และความสมานฉันท์ระหว่างผู้ที่อาศัยอยู่เคียงข้างกันแม้แต่ภายในรัฐหนึ่งรัฐเดียวกัน"

และยังมีบทบัญญัติอันเป็นการให้คำจำกัดความคำว่า "การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ" เอาไว้โดยบัญญัติไว้ในข้อบทที่ 1(1) ดังนี้

<sup>16</sup> อารัมภบท วรรค 7 แห่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965

"In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life."<sup>17</sup>

“ในอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” จะหมายถึง การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือกโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสายหรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลทำให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่น ๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล”

ตามอนุสัญญานี้ คณะกรรมการว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Committee on the Elimination of Racial Discrimination) ได้ทำคำแนะนำไว้ในการประชุมครั้งที่ 42 ปี 1993 ดังนี้<sup>18</sup>

1. หลักการห้ามเลือกปฏิบัติรวมถึงหลักความเสมอภาคเบื้องต้น กฎหมายและหลักการคุ้มครองที่เท่าเทียมตามกฎหมายเป็นหลักพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการมีความเห็นว่า คำว่า “อยู่บนพื้นฐานของ” (based on) ไม่ได้มีความหมายแตกต่างจาก “อันเนื่องมาจากเหตุ” (on the grounds of) ในอารัมภบท วรรค 7 การแบ่งแยกที่ขัดกับอนุสัญญานี้จะต้องมีวัตถุประสงค์หรือผลของความเสียหายในสิทธิและเสรีภาพโดยเฉพาะ ซึ่งอนุสัญญานี้ได้สร้างพันธกรณีไว้ในข้อบทที่ 2 วรรค 1(c) คือรัฐภาคีจะต้องยกเลิกกฎหมายหรือการกระทำที่มีผลเป็นการสร้างการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติหรือทำให้การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาตินั้นไม่หมดไป

2. คณะกรรมการมีข้อสังเกตว่า การปฏิบัติที่แตกต่างจะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ถ้าหลักเกณฑ์ของความแตกต่างนั้นเป็นกฎหมายหรืออยู่ภายในขอบเขตของ

<sup>17</sup> อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุก  
รูปแบบ ค.ศ. 1965 ข้อบทที่ 1(1)

<sup>18</sup> General Recommendation XIV, Forty-second session, 1993

ข้อบทที่ 1 วรรค 4<sup>19</sup> ของอนุสัญญาฯ โดยในการพิจารณาว่าหลักเกณฑ์นั้นทำให้เกิดผลที่ขัดกับอนุสัญญาฯ หรือไม่ จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นทำให้เกิดผลกระทบที่ต่างกันอย่างไม่ยุติธรรมต่อกลุ่มคนที่ถูกแบ่งแยกโดยเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสายหรือชาติอันเป็นถิ่นกำเนิดหรือกลุ่มชนอันเป็นถิ่นกำเนิดหรือไม่

3. ข้อบทที่ 1 วรรค 1 นี้ยังรวมถึงสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวกับการเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมตามข้อบทที่ 5<sup>20</sup> ด้วย

---

<sup>19</sup> อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุก รูปแบบ ข้อบทที่ 1 วรรค 4 “มาตรการพิเศษที่จัดให้มีขึ้นตามความจำเป็น โดยมีเจตนาเพื่อประกันให้มีความก้าวหน้าอย่างเพียงพอในหมู่ชนบางเชื้อชาติหรือบางเผ่าพันธุ์ หรือบุคคลบางกลุ่มที่ต้องการความคุ้มครอง เพื่อให้กลุ่มหรือบุคคลเหล่านั้นได้มีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างเสมอภาค จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวต้องไม่ก่อให้เกิดการรังไวซึ่งสิทธิที่แตกต่างกันระหว่างกลุ่มคนเชื้อชาติต่าง ๆ และจะไม่คงอยู่ต่อไปภายหลังจากที่ได้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้แล้ว”

<sup>20</sup> อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุก รูปแบบ ข้อบทที่ 5 “เพื่อให้สอดคล้องตามพันธกรณีพื้นฐานที่ได้จัดวางไว้ตามข้อ 2 ของอนุสัญญาฯ นี้ รัฐภาคีจะห้ามและจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ และจะประกันสิทธิของทุกคนให้มีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย โดยไม่จำแนกตามเชื้อชาติ สีผิว หรือชาติหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้สิทธิดังต่อไปนี้

ก) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้ศาลและองค์กรอื่น ๆ ทั้งปวง ในกระบวนการยุติธรรม

ข) สิทธิที่บุคคลจะได้รับสวัสดิภาพและการคุ้มครองโดยรัฐให้รอดพ้นจากความรุนแรงหรือการทำร้ายร่างกายไม่ว่าจะโดยการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือโดยกลุ่มบุคคลหรือสถาบันใดก็ตาม

ค) สิทธิทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิที่จะเข้าร่วมในการเลือกตั้ง การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและการสมัครรับเลือกตั้ง โดยอยู่บนพื้นฐานของการใช้สิทธิอย่างทั่วถึงและเสมอภาคกัน การเข้าร่วมในรัฐบาล และเข้าร่วมในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะในทุกระดับ และความเสมอภาคในการเข้าถึงบริการสาธารณะ

ง) สิทธิพลเมืองอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

1.6 อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 และพิธีสารที่ 12 (European Convention on Human Rights 1950 and Protocol 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ECHR and Protocol 12)

(1) สิทธิในการมีเสรีภาพในการโยกย้ายและในการพำนักอาศัยภายในเขตแดน  
ของรัฐ

(2) สิทธิในการเดินทางออกจากประเทศหนึ่งประเทศใด รวมทั้งประเทศของตน  
และในอันที่จะกลับคืนมายังประเทศตน

(3) สิทธิในการครองสัญชาติ

(4) สิทธิในการสมรสและการเลือกคู่สมรส

(5) สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน ทั้งโดยส่วนตัวและโดยร่วมกับบุคคลอื่น

(6) สิทธิในการรับมรดก

(7) สิทธิในการมีเสรีภาพทางความนึกคิด ความสำนึก และศาสนา

(8) สิทธิในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก

(9) สิทธิในการชุมนุมอย่างสงบและการรวมกลุ่ม

จ) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

(1) สิทธิในการมีงานทำ ในการเลือกงานอย่างเสรี ในการมีสภาพในการทำงานที่  
เหมาะสมและน่าพอใจ ในการได้รับการคุ้มครองจากสภาพการตกงาน ในการได้รับค่าจ้างที่เท่า  
เทียมกันกับงานที่ทำในระดับเดียวกัน ในการได้รับผลตอบแทนที่ยุติธรรมและน่าพอใจ

(2) สิทธิในการจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน

(3) สิทธิในการมีที่อยู่อาศัย

(4) สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุข การดูแลทางการแพทย์ การประกันสังคม  
และบริการทางสังคม

(5) สิทธิในการได้รับการศึกษาและการฝึกอบรม

(6) สิทธิในการเข้าร่วมในกิจกรรมทางวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

ข) สิทธิในการเข้าถึงสถานที่หรือบริการใด ๆ ที่มีไว้สำหรับสาธารณชน เช่น การ  
เดินทางขนส่ง โรงแรม ร้านอาหาร ร้านกาแฟ โรงละคร และสวนสาธารณะ

ในกระบวนการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิมนุษยชนนั้น เครื่องมือตามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนถือได้ว่ามีประสิทธิภาพมากที่สุด<sup>21</sup> โดยเมืองค็กรศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเป็นองค์กรหลักที่ช่วยในการวินิจฉัยหรือสร้างหลักเกณฑ์ให้แก่รัฐสมาชิกในการใช้บทบัญญัติต่างๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ซึ่งในอารัมภบทของอนุสัญญานี้ได้รวบรวมไว้ซึ่งสิทธิต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมไปถึงการห้ามการเลือกปฏิบัติและความเสมอภาคด้วย

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประกอบไปด้วยพิธีสารทั้งสิ้น 14 ฉบับซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญาด้วย ข้อบทที่สำคัญเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติถูกบัญญัติไว้ในข้อบทที่ 14 นอกจากนี้ในพิธีสารฉบับที่ 12 (Protocol No.12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ยังเป็นพิธีสารที่กำหนดถึงหลักการเลือกปฏิบัติไว้โดยเฉพาะอีกด้วย

อนุสัญญาข้อ 14 กำหนดเป็นการทั่วไปในการห้ามการเลือกปฏิบัติ

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status"<sup>22</sup>

"การอุปโภคสิทธิและเสรีภาพตามอนุสัญญานี้จะได้รับมาโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเหตุใด ๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมกำเนิด การรวมตัวกันของชนกลุ่มน้อยในชาติ ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น"

ความแตกต่างพื้นฐานซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 14 นี้เป็นเพียงการยกตัวอย่างเท่านั้นไม่ได้ถือเป็นหลักเกณฑ์ตายตัว หากแต่ความแตกต่างใด ๆ ก็ตามอาจถือเป็นพื้นฐานความแตกต่างที่

<sup>21</sup> Warwick McKean. Equality and Discrimination under International Law. New York: Oxford University Press Inc, 1983, p. 204

<sup>22</sup> อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 ข้อบทที่ 14

ห้ามเลือกปฏิบัติตามข้อนี้ได้ ไม่ว่าจะเป็นการแปลงเพศ<sup>23</sup> หรือการเกิดนอกสมรส<sup>24</sup>

ปัญหาของการบังคับใช้ข้อ 14 แห่งอนุสัญญาฯ ในช่วงแรกคือ เนื่องจากในดัตช์ใช้คำว่า "the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention..." จะหมายความว่า การห้ามการเลือกปฏิบัตินั้นจะสามารถหยิบยกขึ้นมาอ้างได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทบสิทธิและเสรีภาพตามอนุสัญญาฯ อย่างใดอย่างหนึ่งก่อน แต่บทบัญญัตินี้มิได้เป็นการสร้าง "สิทธิในความเสมอภาค" (right to equality) ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าข้อ 14 นั้นสามารถบังคับใช้ได้ อย่างเป็นเอกเทศ ปัญหาได้รับการวินิจฉัยในคดี Belgian Linguistic case<sup>25</sup> ผู้ร้องเป็นครอบครัวที่มีสัญชาติเบลเยียมต้องการให้เด็ก ๆ ได้รับการศึกษาภาษาฝรั่งเศสกล่าวอ้างว่าบางจังหวัดในประเทศเบลเยียมไม่อนุญาตให้เด็กของตนได้รับการศึกษาภาษาฝรั่งเศสอันเป็นการขัดต่อสิทธิเสรีภาพในการได้รับการศึกษา โดยศาลชี้ว่าการใช้ข้อ 14 แห่งอนุสัญญาฯ เป็นไปเพื่อคุ้มครองไม่ให้มีการละเมิดสิทธิอื่น ๆ ตามอนุสัญญาฯ แต่จะไม่ใช่เพื่อพิจารณาอย่างเป็นเอกเทศ กล่าวคือ การอ้างการเลือกปฏิบัตินั้นจะอ้างได้ก็ต่อเมื่อมีการละเมิดสิทธิอื่น ๆ ตามที่อนุสัญญารวมไปถึงพิธีสารให้ความคุ้มครองไว้ ดังนั้นเมื่อนำข้อ 14 ขึ้นพิจารณา ศาลจะพิจารณาพร้อมกับข้ออื่นโดยมักจะใช้คำว่า "in conjunction with article 14"

นอกจากจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้ข้อ 14 ดังที่กล่าวมาแล้ว ยังมีกระบวนการที่ชัดเจนในการพิจารณาว่าอย่างไรจึงจะถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมตามข้อ 14 ด้วย ซึ่งล้วนแต่เป็นสิ่งที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยดังนี้<sup>26</sup>

1. มีการปฏิบัติที่แตกต่างหรือไม่ ประการแรกที่ต้องพิจารณาคือ สถานการณ์สามารถเปรียบเทียบกันได้จริงหรือไม่ เพราะการเลือกปฏิบัติหมายถึงการปฏิบัติต่อบุคคลอย่างแตกต่างกัน

<sup>23</sup> ดูรายละเอียดในคดี Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal case, judgment of 21 December 1999 Application no. 33290/96

<sup>24</sup> ดูรายละเอียดในคดี Marckx v. Belgium case, judgment of 13 June 1979 Application no. 6833/74

<sup>25</sup> Belgian Linguistic Case, Judgments of 9 February 1967 and 23 July 1968, Series A Nos. 5 and 6; (1979-80) อ่านรายละเอียดในย่อหน้าที่ 8-9

<sup>26</sup> Luke Clements, Nuala Mole and Alan Simmons, European Human Rights: taking a case under the Convention, Second edition, (London: Butler & Tanner Ltd. 1999) p. 215-218

ในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน เช่น ในคดี Van der Mussels v. Belgium<sup>27</sup> ผู้ร้องเป็นทนายเรียกร้องว่าวิชาชีพทนายความมีกฎหมายบังคับให้มีการทำงานสาธารณะในขณะที่วิชาชีพอื่น ๆ เช่น แพทย์หรือทันตแพทย์ กลับไม่มีกฎหมายบังคับให้มีการทำงานสาธารณะ ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าการมีสถานการณ์พื้นฐานที่แตกต่างกัน ไม่สามารถนำมาเปรียบเทียบกันได้ ดังนั้น จะอ้างว่าได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างบนสถานการณ์ที่ไม่สามารถเปรียบเทียบกันได้นั้นไม่ได้ ซึ่งการประกอบอาชีพแต่ละอาชีพ ถือว่ามีความแตกต่างกันโดยพื้นฐานจึงไม่สามารถนำมาเปรียบเทียบกันได้

2. การปฏิบัติที่แตกต่างนั้นกระทบต่อการอุปโภคสิทธิตามอนุสัญญาหรือไม่ อย่างน้อยที่สุดการอ้างการเลือกปฏิบัติจะต้องไม่อยู่นอกขอบเขตของสิทธิที่ปรากฏในอนุสัญญานี้ เช่น หากมีการเลือกปฏิบัติต่อสิทธิในการได้สัญชาติ ก็ไม่สามารถอ้างการเลือกปฏิบัติได้ เพราะสิทธิในการได้สัญชาติไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในอนุสัญญา เป็นต้น ซึ่งแตกต่างกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ที่กำหนดเรื่องการเลือกปฏิบัติไว้เป็นการทั่วไป

3. การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปตามจุดมุ่งหมายของกฎหมายหรือไม่ จากคำวินิจฉัยของศาลในคดี Lithgow case<sup>28</sup> ซึ่งผู้ร้องเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำให้อุตสาหกรรมต่อเรือและต่อเครื่องบินเป็นของสาธารณะ ซึ่งผู้ร้องร้องว่าค่าตอบแทนในการเปลี่ยนจากบริษัทเอกชนเป็นบริษัทของรัฐไม่เป็นธรรมและเป็นการเลือกปฏิบัติ ศาลวางหลักว่า

"ตามจุดประสงค์ของข้อ 14 แล้วการปฏิบัติที่แตกต่างจะถือเป็นการเลือกปฏิบัติก็ต่อเมื่อ การปฏิบัติที่แตกต่างนั้นไม่มีวัตถุประสงค์และเหตุผลที่เป็นธรรม นั่นคือ ไม่เป็นไปตามจุดมุ่งหมายของกฎหมาย"

จากคำวินิจฉัยนี้ทำให้รัฐต้องชี้ให้เห็นได้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นเป็นไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย เช่น ในคดี Darby case<sup>29</sup> ตามข้อเท็จจริง ดร.ดาร์บี้ เป็นหมอในประเทศสวีเดน ได้เช่าแฟลตอยู่ในเมือง แต่ช่วงวันหยุดสุดสัปดาห์เขาจะไปอยู่กับครอบครัวบนเกาะเลมแลนด์ (Lemland) บริเวณอ่าวบอทเนีย (Bothnia) ในประเทศฟินแลนด์ ซึ่งรายได้ของเขาจะต้องเสียภาษีให้กับประเทศสวีเดน ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศสวีเดนกับประเทศฟินแลนด์ เพื่อ

<sup>27</sup> Van der Mussels v. Belgium case, judgments of 23 November 1983

Application no. 8919/80

<sup>28</sup> Lithgow and others v. United Kingdom, judgment of 8 July 1986

Application no. 9006/80;9262/81;9263/81;9265/81;9266/81;9313/81;9405/81

<sup>29</sup> Darby v. Sweden, judgment of 23 October 1990 Application no. 11581/85

หลีกเลี่ยงการเสียภาษีซ้อน และได้รับการลดหย่อนภาษีจากการที่ต้องเดินทางกลับบ้าน จากการที่เขาไม่ถูกถือว่าเป็นผู้อยู่อาศัยถาวรของสวีเดน เขาจึงต้องเสียภาษีที่เรียกว่า คอมมอนดิสทริกต์ (Common District) และเสียภาษีท้องถิ่นซึ่งได้รับการลดหย่อน จนกระทั่งมีการแก้ไขกฎหมายทำให้เขาไม่ต้องเสียภาษีคอมมอนดิสทริกต์ อีก แต่ยังคงต้องเสียภาษีท้องถิ่นและไม่ได้รับการลดหย่อนอีก และยังคงเสียภาษีพิเศษให้แก่โบสถ์ลูเธอรัน (Lutheran) ของสวีเดนซึ่งเขาไม่ได้เป็นสมาชิกในโบสถ์นั้นด้วย ในที่สุดแล้วศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้วินิจฉัยว่าการที่ไม่ยกเว้นภาษีโบสถ์ (church tax) ให้แก่บุคคลซึ่งไม่ใช่ผู้อยู่อาศัยถาวร โดยเก็บอย่างบุคคลที่เป็นผู้อยู่อาศัยถาวรของสวีเดนไม่ตรงกับจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย

4. ความได้สัดส่วนในวิธีการจำกัดจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย นอกจากการปฏิบัติที่แตกต่างจะต้องเป็นไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมายแล้ว วิธีการนั้นต้องมีความสัมพันธ์อย่างมีเหตุผลของความได้สัดส่วนระหว่างวิธีการจำกัดจุดมุ่งหมายนั้นด้วย ซึ่งในคดีระหว่าง Abdulaziz, Cabales and Balkandali กับ United Kingdom<sup>30</sup> ตามข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ร้องอยู่อาศัยในสหราชอาณาจักรอย่างถูกกฎหมายและอย่างถาวรแต่ นาย Abdulaziz ถูกรัฐบาลปฏิเสธที่จะให้อยู่อาศัยในราชอาณาจักรในฐานะสามีของผู้ร้อง ผู้ร้องจึงอ้างว่าสามีของเธอถูกเลือกปฏิบัติ และกฎหมายให้สิทธิแก่คู่ของเพศชายในการอาศัยอยู่ในประเทศมากกว่าคู่ของเพศหญิง ซึ่งรัฐบาลได้อ้างว่าเป็นมาตรการเพื่อจำกัดการย้ายมาอยู่อย่างถาวรและคุ้มครองตลาดแรงงานภายในประเทศ ในช่วงเวลาที่มีอัตราการว่างงานสูง ศาลสรุปว่า การสร้างหลักเกณฑ์การอพยพโดยมุ่งเน้นการคุ้มครองตลาดแรงงานภายในประเทศเป็นเรื่องปกติทางกฎหมาย แต่การบังคับใช้หลักเกณฑ์นั้นโดยเป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

5. พิจารณาทฤษฎีมาร์จินออฟแอปเพรียชัน (*margin of appreciation*) หมายถึงวิธีการที่อนุญาตให้รัฐสมาชิกตัดสินใจเนื่องจากสถานการณ์นั้นเป็นสถานการณ์เฉพาะภายในของรัฐนั่นเอง เพื่อให้บรรลุถึงมาตรฐานของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เช่น การกำหนดมาตรการทางภาษี หรือนโยบายที่อยู่อาศัย ย่อมเป็นเรื่องภายในของรัฐนั้น ๆ โดยองค์กรศาลฯไม่สามารถทราบได้ถึงสถานการณ์เฉพาะกรณี การจะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาร์จินออฟแอปเพรียชันจึงเป็นเรื่องที่ยากแต่อาจต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Petrovic v.

<sup>30</sup> Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, judgment of 28 May 1985 Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81

Austria<sup>31</sup> ผู้ร้องได้เรียกร้องสิทธิในการเป็นพ่อแต่กำเนิด แต่ถูกปฏิเสธว่าสิทธิในการเป็นบุพการีโดยกำเนิดนั้นมีได้สำหรับผู้เป็นแม่เท่านั้นจึงร้องว่ากฎหมายมีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้ปฏิเสธที่จะอนุญาตให้สิทธิในการเป็นพ่อตั้งแต่กำเนิด โดยให้เหตุผลว่าสิทธิในการเป็นบุพการีนั้นเป็นสถานการณ์เฉพาะกรณีของแต่ละรัฐที่จะให้สิทธิแก่ประชาชน

นอกจากข้อ 14 ตามอนุสัญญาที่กล่าวมาแล้ว พิธีสารซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญาที่กำหนดเรื่องการเลือกปฏิบัติไว้โดยเฉพาะ ได้แก่พิธีสารที่ 12 ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ในข้อ 1 ดังนี้

"Article 1 – General prohibition of discrimination

1 The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2 No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1."<sup>32</sup>

"ข้อ 1 – การห้ามทั่วไปของการเลือกปฏิบัติ

1. การอุปโภคสิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายจะต้องได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานใด ๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความเห็นในเรื่องอื่น ๆ ชาติหรือสังคมกำเนิด การรวมตัวกันกับชนกลุ่มน้อย ฐานะ ต้นกำเนิด หรือสถานะอื่น
2. บุคคลจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ<sup>33</sup> ไม่ว่าบนพื้นฐานใด ๆ เช่นที่กล่าวไว้ในวรรคแรก"

เหตุผลสำคัญของ การกำหนดเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในพิธีสารฉบับนี้ โดยมีลักษณะเป็นการห้ามโดยทั่วไปก็คือ เพื่อที่จะขยายขอบเขตของการอ้างการเลือกปฏิบัติให้ไกลกว่า

<sup>31</sup> Petrovic v. Austria, judgment of 27 March 1998 Application no. 20458/92

<sup>32</sup> พิธีสารฉบับที่ 12 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 ข้อบทที่ 1

<sup>33</sup> จากข้อบทที่ 8 และ 10 ของอนุสัญญา ซึ่งมีความหมายรวมถึง เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ

ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาซึ่งกำหนดไว้เพียง “enjoyment of the rights and freedoms set forth in the convention” โดยในข้อ 1 แห่งพิธีสารนี้จะให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติในกรณีต่อไปนี้

1. การอุปโภคสิทธิที่ได้รับอนุญาตเป็นพิเศษภายใต้กฎหมายภายในของรัฐ
  2. การอุปโภคสิทธิซึ่งอนุমানได้ว่าเป็นสาธารณะประโยชน์จากกฎหมายภายในของรัฐซึ่งรัฐนั้น ๆ จะต้องสร้างให้แก่ประชาชน
  3. ถูกเลือกปฏิบัติจากการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ
  4. ถูกเลือกปฏิบัติจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำใด ๆ จากเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- อย่างไรก็ดี บทบัญญัตินี้มิได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องมีมาตรการเชิงบวก(positive obligation) เพื่อป้องกันหรือเยียวยาความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติ แต่หากมองในระดับของเอกชนด้วยตนเองในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงสิทธิประโยชน์สาธารณะ บทบัญญัตินี้ก็ถือว่าได้สร้างมาตรการให้รัฐต้องทำให้เกิดความเท่าเทียมในการให้บริการแก่เอกชนอย่างไม่มี การเลือกปฏิบัติ

1.7 ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ (International Convention on the Protection and promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities)

เห็นได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวมา โดยเฉพาะที่เกิดจากองค์การสหประชาชาติ ไม่ว่าจะเป็นกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 หรือกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 หรืออนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 จะไม่ได้กำหนดเหตุความพิการเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ได้มีการร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ (International Convention on the Protection and promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities) โดยมีการตั้งคณะกรรมการดำเนินการเฉพาะ (Ad Hoc Committee) ในการจัดทำอนุสัญญานี้จากการเจรจาของรัฐสมาชิกและการสังเกตของคณะกรรมการเอง จนกระทั่งการเสนอร่างอนุสัญญานี้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ (General Assembly) ในมติที่

58/246 วันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 2003 ซึ่งประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกที่ร่วมในการร่างอนุสัญญาด้วย โดยในร่างอนุสัญญานี้ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติไว้ในร่างข้อบทที่ 7 มีอยู่ 5 ข้อย่อย ในข้อย่อยที่ 1 เป็นเรื่องการสนับสนุนความเสมอภาคและห้ามการเลือกปฏิบัติ ดังนี้

“States Parties recognise that all persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. States Parties shall prohibit any discrimination on the basis of disability, and guarantee to all persons with disabilities equal and effective protection against discrimination. States Parties shall also prohibit any discrimination and guarantee to all persons with disabilities equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, source or type of disability, age, or any other status.”<sup>34</sup>

“รัฐสมาชิกตระหนักว่าบุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันเบื้องหน้ากฎหมายและข้อที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่ากันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ รัฐสมาชิกจะต้องห้ามไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของความพิการ และรับประกันความเสมอภาคของบุคคลผู้พิการทุกคน และการป้องกันอย่างมีประสิทธิภาพต่อการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐาน เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นเรื่องอื่น ชาติหรือสังคมกำเนิด ทรัพย์สินกำเนิด แหล่งหรือแบบของความพิการ อายุ หรือสถานะอื่น ๆ “

นอกจากบทบัญญัติที่เป็นการสนับสนุนความเสมอภาคและห้ามการเลือกปฏิบัติแล้ว ในร่างอนุสัญญานี้ยังได้ให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติ และกล่าวถึงรูปแบบของการเลือกปฏิบัติว่ามีทั้งแบบทางตรง และทางอ้อม รวมไปถึงแนวคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมด้วย ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

---

<sup>34</sup> ร่างข้อบทที่ 7 แห่งร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ,  
<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcwgreporta7.htm>

## 2. การเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย

ต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำระหว่าง "การเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย" "การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม" และ "การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม" ก่อน เนื่องจากมุมมองเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัตินั้นสามารถมองได้ 2 มุมคือ

1. มองว่าคำว่า "การเลือกปฏิบัติ" ให้ความหมายในเชิงลบเสมอ กล่าวคือ เมื่อกล่าวถึงการเลือกปฏิบัติที่ใด แสดงว่าเกิดความไม่เสมอภาคขึ้นที่นั่น เรียกว่าเป็นการมองในเชิงกฎหมายก็ได้ เนื่องจากเป็นคำที่มีความหมายในทางกฎหมายด้วย

2. มองว่าคำว่า "การเลือกปฏิบัติ" เป็นเพียงคำกลางทั่ว ๆ ไป กล่าวคือ ในชีวิตประจำวันนี้เราต่างก็ถูกเลือกปฏิบัติ หรือเลือกปฏิบัติกันเป็นปกติอยู่แล้ว เช่น การเลือกซื้อของอย่างใดอย่างหนึ่ง ก็ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติแล้ว ซึ่งการมองแบบนี้เป็นการมองแบบทั่ว ๆ ไป

"การเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย" นั้น ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ คือ "การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม" และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นั้น ซึ่งจะได้กันศึกษาต่อไป และคำว่า "การเลือกปฏิบัติ" อันปรากฏอยู่ในวิทยานิพนธ์นี้จะเป็นความหมายในเชิงลบ ดังนั้นคำว่า "การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม" ซึ่งเป็นแนวคิดเชิงบวกนั้นจะถือเป็นข้อยกเว้นของคำว่า "การเลือกปฏิบัติ" อีกทีหนึ่งซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

### 2.1 ความหมายของการเลือกปฏิบัติ

การให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติ นั้น ถือเป็นการเปิดประตูสู่การทำความเข้าใจถึงการเลือกปฏิบัติว่าจะมีขอบเขตแค่ไหน หรือมีองค์ประกอบอย่างไรบ้าง ซึ่งในเบื้องต้นนี้จะเป็นการให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติโดยพิจารณาจากตัวถ้อยคำเอง หรือจากบทนิยามศัพท์ที่อยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ หรือจากนักวิชาการ และจากการที่ "การเลือกปฏิบัติ" นั้น ประกอบด้วยองค์ประกอบหลัก 2 ประการคือ การเลือกปฏิบัติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาให้ลึกกลงไปถึงองค์ประกอบแต่ละส่วนด้วย

#### 2.1.1 ความหมายโดยทั่วไป

ความหมายโดยทั่วไปมาจากการให้คำนิยามไม่ว่าจะเป็นจากบทบัญญัติในกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจากนักวิชาการต่าง ๆ ดังนี้

ความหมายจากความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยคณะกรรมการมีความเชื่อว่าคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ควรเป็นที่เข้าใจกันว่าใช้สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการล่าเหยียดซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ สีผิว เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความเห็นในเรื่องอื่น ๆ เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ฐานะ ถิ่นกำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบหรือทำให้สูญเสียไปหรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป การอุปโภคสิทธิหรือการใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิเสรีภาพทั้งหมด<sup>35</sup>

ความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” ตามข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ได้ให้ความหมายของ “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี” ว่าหมายถึงการแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภค หรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมืองหรือด้านอื่น ๆ<sup>36</sup>

ความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965 โดยให้ความหมายของคำว่า “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” ว่าหมายถึง การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือกโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสายหรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลทำให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่น ๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล<sup>37</sup>

<sup>35</sup> กุลพล พลวัน, “การเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ”, วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐบาล, เล่ม 2, 2 (ตุลาคม 2546 - มีนาคม 2547) น. 14-15

<sup>36</sup> อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 ข้อบทที่ 1

<sup>37</sup> อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 ข้อบทที่ 1(1)

ความหมายจากร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ ว่าหมายถึงความแตกต่าง การแบ่งแยก หรือการจำกัดใด ๆ ซึ่งมีความมุ่งประสงค์ หรือส่งผลกระทบเป็นการลดคุณค่า หรือการทำให้ไร้ค่าในการยอมรับ การเข้าร่วม การปฏิบัติของบุคคลผู้พิการ บนพื้นฐานของความเสมอภาคของสิทธิมนุษยชนทั้งหมดและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน<sup>38</sup>

แบล็คลอร์ดิกชันนารี (Black's law Dictionary) ได้ให้ความหมายกล่าวโดยสรุปของคำว่า การเลือกปฏิบัติ หมายความว่า การปฏิบัติใด ๆ ต่อบุคคลหรือกลุ่มคนโดยไม่เท่าเทียมกัน และไร้เหตุผล หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติเนื่องจาก เชื้อชาติ อายุ สัญชาติ หรือศาสนา หรือการปฏิบัติที่แตกต่างเรื่องความชอบหรือความไม่ชอบที่ปราศจากเหตุผลที่สามารถรับฟังได้<sup>39</sup>

คำว่า "การเลือกปฏิบัติ" หมายความว่า การกีดกันหรือการใช้สิทธิพิเศษ อันเนื่องมาจากความแตกต่าง ๆ เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง การแบ่งแยกเชื้อชาติ หรือสังคมอันนำมาซึ่งความเสื่อมเสียต่อความเสมอภาคในโอกาส<sup>40</sup>

การเลือกปฏิบัติหมายถึง การกระทำ หรืออดเว้นกระทำการใดๆ ที่มีลักษณะของการกีดกัน การแบ่งแยก การหน่วงเหนี่ยว หรือการจำกัดซึ่งสิทธิแก่บุคคลใด อันมีผลทำให้บุคคลนั้นไม่ได้รับโอกาสแห่งความเท่าเทียมกันอย่างที่บุคคลนั้นพึงจะได้รับ<sup>41</sup>

สรุป ความหมายทั่วไปของ "การเลือกปฏิบัติ" หมายถึง การปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานของอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วแต่จะกำหนด เช่น เพศ ศาสนา เป็นต้น และทำให้เกิดความไม่เสมอภาค

<sup>38</sup> ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ ข้อบทที่ 7(2) a

<sup>39</sup> Henry Campbell Black, Black's law Dictionary อ้างถึงใน กิตติบดี ไยพูล, ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พันโทษในการเข้าทำงาน, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544, น. 41

<sup>40</sup> ชุติรัตน์ ทองทิพย์, "สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของแรงงานตามมาตรฐานสากล" อ้างถึงในกิตติบดี ไยพูล, เพิ่งอ้าง, น. 41

<sup>41</sup> กิตติบดี ไยพูล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39 น. 42

### 2.1.2 ปัจจัยที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

จากการให้ความหมายโดยทั่วไปของการเลือกปฏิบัติว่าหมายถึง การปฏิบัติต่อบุคคลอย่างแตกต่างกันบนพื้นฐานของความแตกต่างที่กฎหมายกำหนด ซึ่งทำให้เราสามารถแยกองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติได้เป็น 2 องค์ประกอบอย่างที่กล่าวไว้แล้วในตอนต้น ในหัวข้อนี้จะเป็นการอธิบายถึงองค์ประกอบแรกคือ การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมก่อน ทำไมต้องใช้คำว่า "เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม" นั่นก็เพราะว่าการเลือกปฏิบัตินั้นสามารถเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมได้และการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมย่อมไม่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายได้ ซึ่งจะกล่าวต่อไป

การเลือกปฏิบัตินั้นคงไม่ได้หมายถึงเพียงการปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น แต่หากจะพิจารณาว่าปัจจัยใดบ้างที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายแล้ว Mr. Daniele LOCHAK<sup>42</sup> ได้แบ่งปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาโครงสร้างพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไว้ 3 ปัจจัยได้แก่<sup>43</sup>

1. ต้องมีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ถูกปฏิบัติอย่างแตกต่าง หรือถูกใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างในการแบ่งแยก
2. ต้องมีการกระทำที่แตกต่างนั้นเกิดขึ้น
3. ความแตกต่างนั้นต้องมีเหตุผลที่ดีและสามารถยอมรับได้ และมีความเหมาะสมหรือไม่เหมาะสมกับจุดมุ่งหมาย

นอกจากนี้ Li Weiwei ก็เป็นอีกท่านหนึ่งที่ให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติโดยการแยกองค์ประกอบ ดังนี้<sup>44</sup>

1. มีการปฏิบัติที่แตกต่าง
2. มีผลที่แน่นอน
3. อยู่บนพื้นฐานที่ห้ามอย่างแน่ชัด

<sup>42</sup> Professor at the University of Amiens (France)

<sup>43</sup> Mr Asbjorn EIDE and Mr Torkel OPSAHL, RIGHTS OF PERSONS DEPRIVED OF THEIR LIBERTY EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION (Germany: N.P. Engel, 1994), p. 134

<sup>44</sup> Li Weiwei, [www.humanrights.uio.no/forskning/publ/rn/2004/0304.pdf](http://www.humanrights.uio.no/forskning/publ/rn/2004/0304.pdf)

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบที่ศาลหรือนักวิชาการใช้ในการอธิบายว่า อะไรคือการเลือกปฏิบัติแล้วก็พอที่จะสรุปเป็นหลักเกณฑ์อันน่าจะถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ควรจะเป็นกฎหมาย (lex ferenda) ได้แม้ว่าจะยังไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอย่างกฎหมายระหว่างประเทศแต่ก็ต้องมีการนำมาพิจารณาทุกครั้งที่มีการอ้างการเลือกปฏิบัติ ดังนี้

(ก). การปฏิบัติที่แตกต่าง

ในภาษาอังกฤษมักจะอธิบายโดยคำว่า "difference of treatment" ส่วนถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ได้กล่าวมาแล้วมีการใช้ถ้อยคำในหลายลักษณะเช่น "distinction" "exclusion" "restriction" "preference" เป็นต้น ซึ่งแต่ละคำล้วนสื่อความหมายถึงการปฏิบัติที่แตกต่างทั้งนั้น โดยการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นจะมีปัจจัยที่พุ่งเข้ามาเสมอ นั่นก็คือ สถานการณ์ที่นำมาเปรียบเทียบ กล่าวคือ บุคคลจะอ้างว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างอันถือเป็นการเลือกปฏิบัติได้นั้น สถานการณ์ของทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องสามารถเปรียบเทียบกันได้ ดังนั้น จึงมีคำอธิบายถึงการเลือกปฏิบัติไว้ว่าหมายถึง การปฏิบัติที่แตกต่างกันในสถานการณ์ที่เหมือนกัน และมีการปฏิบัติที่เหมือนกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ซึ่งในกรณีหลังนี้แม้ว่าจะมีการปฏิบัติที่เหมือนกันแต่ในเมื่อสถานการณ์แตกต่างกัน การปฏิบัติที่เหมือนกันก็ถือเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้

อย่างไรก็ดี การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นไซ้ว่าจะทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติเสมอไป เช่น ในคดี Van Oord กับ The Netherlands<sup>45</sup> ซึ่งมีคำตัดสินโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Human Rights Committee) มีข้อเท็จจริงคือ นายและนาง Van Oord เคยมีสัญชาติเนเธอร์แลนด์มาก่อนที่จะย้ายมาอยู่ที่อเมริกา และต่อมาภายหลังก็ได้สัญชาติอเมริกา แต่ก็ยังต้องจ่ายเงินภาษีจากบ้านนาถุที่ตนเองได้รับให้แก่ประเทศเนเธอร์แลนด์ ในขณะที่ชาวเนเธอร์แลนด์คนอื่น ๆ ซึ่งย้ายไปอยู่ประเทศอื่น เช่น แคนาดา หรือนิวซีแลนด์ กลับไม่ต้องเสียภาษีให้แก่ประเทศเนเธอร์แลนด์อีก ทั้งนี้ การที่ครอบครัว Van Oord ต้องเสียภาษีส่วนครอบครัวซึ่งย้ายไปอยู่ประเทศอื่นไม่ต้องเสียภาษีเป็นเพราะสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเนเธอร์แลนด์ทำกับประเทศอเมริกาไม่เหมือนกับที่ทำไว้กับประเทศอื่น ๆ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติวินิจฉัยถึงการปฏิบัติที่แตกต่างว่า การปฏิบัติที่แตกต่างเพียงประการเดียวไม่เพียงพอที่จะถือว่ามี การเลือกปฏิบัติ มันเป็นสิ่งจำเป็น(ในกรณีนี้) ในการทำความเข้าใจที่ละเอียด

<sup>45</sup> Communication No 658/1995, Admissibility Decision of the UNHRC, 23 July 1997 [1997] IJHRL 76 (23 July 1997)

หลักต่างตอบแทน ซึ่งถือเป็นเหตุผลและวัตถุประสงค์ที่เป็นธรรมในการที่จะปฏิบัติตาม แม้จะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างก็ตาม

เห็นได้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างนั้นถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่จะนำไปสู่การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมได้ แต่การปฏิบัติที่แตกต่างเพียงอย่างเดียวนั้นยังไม่เพียงพอที่จะวินิจฉัยว่า นั่นคือการเลือกปฏิบัติ

(ข). สถานการณ์ที่มีการเลือกปฏิบัติ

สถานการณ์เป็นสิ่งจำเป็นที่จะช่วยในการพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือไม่ กล่าวคือ หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกิดขึ้นในกรณีสถานการณ์มีสาระสำคัญเหมือนกันย่อมถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ในทางตรงข้ามหากมีการปฏิบัติที่เหมือนกันในสถานการณ์ที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันก็ถือเป็นการเลือกปฏิบัติได้เช่นเดียวกัน ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปในคดีระหว่าง Fredin กับ Sweden<sup>46</sup> ศาลได้วางหลักว่าการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นต้องเกิดขึ้นในกรณีที่มีสถานการณ์ที่เหมือนกันจึงจะพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติได้

อย่างไรก็ดี การปฏิบัติที่แตกต่างในบางกรณี ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีสถานการณ์ที่แตกต่างกันจริงหรือไม่ หากการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นเกิดจากการตัดสินจากคุณค่าพื้นฐานในตัวบุคคลซึ่งติดตัวมาได้แก่ เหตุทางเชื้อชาติ และสีผิว กล่าวคือหากมีการปฏิบัติที่แตกต่างเพราะเหตุทางเชื้อชาติ หรือสีผิว ก็ไม่จำเป็นจะต้องพิจารณาว่ามีสถานการณ์อย่างไร

สังเกตว่า เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอันเป็นองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายเช่น การมีสภาพทางกายต่างกัน มีศาสนาต่างกันก็ถือเป็นสถานการณ์ที่ต่างกัน แต่กฎหมายบอกว่สิ่งเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นสถานการณ์ที่ต่างกันจึงจะมีการปฏิบัติที่ต่างกันเพราะเหตุเหล่านั้นมิได้

(ค). การพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม

เป็นเงื่อนไขที่สำคัญของการพิจารณาว่ามีการเลือกปฏิบัติหรือไม่ กล่าวคือหากการเลือกปฏิบัติ(ซึ่งมีองค์ประกอบตามข้อ 1 และ 2 แล้ว) นั้นมีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและพิสูจน์ความ

<sup>46</sup> Fredin v. Sweden, judgment of 18 February 1991 Application no.

เหมาะสมของการกระทำแล้วก็จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ใน Koua Poirrez case<sup>47</sup> ผู้ร้องเป็น คนพิการอาศัยอยู่ในปารีส และเป็นลูกบุญธรรมของคนสัญชาติฝรั่งเศส ผู้ร้องได้พยายามจะขอ สัญชาติฝรั่งเศสแต่ถูกปฏิเสธเนื่องจากมีอายุเกิน 18 ปี ผู้ร้องจึงถือสัญชาติไอเวอรีโคสต์แทน ต่อมา ผู้ร้องได้ไปขอสิทธิในเงินให้เปล่าสำหรับผู้พิการ แต่ถูกปฏิเสธเนื่องจากไม่มีสัญชาติฝรั่งเศสและ ประเทศไอเวอรีโคสต์ไม่มีสัญญาต่างตอบแทนกับประเทศฝรั่งเศสในเรื่องดังกล่าว ศาลวินิจฉัยว่า ความแตกต่างที่จะถือเป็นการเลือกปฏิบัตินั้น ถ้าไม่มีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและพิสูจน์ความ เหมาะสม กล่าวคือถ้าไม่เป็นไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย หรือไม่มีความสัมพันธ์ที่เหมาะสม ของความได้สัดส่วน (proportionality) ระหว่างวิธีการที่ใช้ (means employed) และจุดมุ่งหมายที่ ต้องการ (aim sought) แล้วก็จะพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ได้ ซึ่งการอ้างสัญชาติหรือ สัญญาต่างตอบแทนนั้นไม่เป็นเหตุผลอันสมควร คำถามก็คือ อย่างไรที่เรียกได้ว่ามี การพิสูจน์ ภาวะวิสัยและพิสูจน์ความเหมาะสมแล้ว ทางหนึ่งของการหาคำตอบโดย Mrs. Daniele Lochak ศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัย Amiens ประเทศฝรั่งเศส ว่าปัจจัยที่นอกเหนือจากการปฏิบัติที่ แตกต่าง และสถานการณ์ที่แตกต่างกันแล้วคือ ความแตกต่างนั้นควรที่จะได้รับการพิสูจน์อย่างมี เหตุผล มีความเหมาะสมและไม่เกินกว่าเหตุ มีความสัมพันธ์อย่างเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของ กฎหมาย และไม่เป็นไปตามอำเภอใจ<sup>48</sup> กล่าวคือ พิจารณาว่าความแตกต่างที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจาก ความลำเอียง หรืออคติหรือไม่ และมีความได้สัดส่วนกับความต้องการที่แท้จริงซึ่งแสดงออกผ่าน ทางกฎหมาย ซึ่งการวินิจฉัยถึงหลักการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสมนั้น คงต้องพิจารณา เป็นกรณี ๆ ไปว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นเป็นไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมายหรือไม่ อาจศึกษาได้ จากคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป เช่น Thlimmenos case<sup>49</sup> ผู้ร้องเป็นทหารได้ถูกศาล ทหารตัดสินให้จำคุก 4 ปี ในข้อหาที่ไม่แต่งชุดฟอร์มของทหารเนื่องจากความเชื่อทางศาสนา หลังจากนั้นอีกห้าปี ผู้ร้องได้ไปสอบนักบัญชีของประเทศกรีซซึ่งรับจำนวน 12 คน โดยผู้ร้องสอบได้ เป็นอันดับที่สอง แต่คณะกรรมการบริหารไม่ยอมให้รับตำแหน่งเนื่องจากผู้ร้องได้เคยถูกตัดสินให้มีความผิดร้ายแรงสมัยเป็นทหาร ผู้ร้องจึงร้องว่าตนเองถูกริดรอนสิทธิในการนับถือศาสนา ศาล วินิจฉัยว่าการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อนักโทษเพราะเหตุแห่งศาสนากับนักโทษเพราะเหตุอื่นใน

<sup>47</sup> Koua Poirrez v. France, judgment of 30 September 2003 Application no. 40892/98

<sup>48</sup> Mr Asbjorn EIDE and Mr Torkel OPSAHL, *supra* note 43, p. 136

<sup>49</sup> Thlimmenos v. Greece, judgment of 6 April 2000 Application no. 34369/97

ความผิดอาญา ถือว่าไม่มีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสมแห่งกฎหมายนั้น และไม่เป็นที่  
ตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย เป็นต้น

สรุป องค์ประกอบในการพิจารณาว่ามีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นหรือไม่ มี  
อยู่ด้วยกันสามประการดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งแม้จะไม่ได้มีกฎหมายระหว่างประเทศใดที่บัญญัติว่า  
ต้องพิจารณาองค์ประกอบเหล่านี้ไว้อย่างชัดเจน แต่จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลโดยเฉพาะ  
ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights) พร้อมทั้งความเห็นต่าง ๆ ของ  
นักวิชาการแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นสามองค์ประกอบที่ต้องนำมาพิจารณาอยู่เสมอ

นอกจากองค์ประกอบที่กล่าวมาแล้ว อีกสิ่งหนึ่งที่มีการหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงก็คือ  
การส่งผลกระทบ หรือเป้าหมาย โดยพิจารณาจากอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศที่  
111 เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและการประกอบอาชีพ ค.ศ. 1958 (International  
Labor Organization Convention No.111 Concerning Discrimination in Respect of  
Employment and Occupation 1958) ในข้อบทที่ 1 ดังนี้

“1. For the purpose of this Convention the term *discrimination* includes--

(a) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex,  
religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of  
nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or  
occupation...”

และในอนุสัญญาต่อต้านการเลือกปฏิบัติในการศึกษา ค.ศ. 1960 ขององค์การ  
UNESCO แห่งสหประชาชาติ (Convention Against Discrimination in Education 1960) ในข้อ  
บทที่ 1 ดังนี้

“1. For the purposes of this Convention, the term ‘discrimination’ includes  
any distinction, exclusion, limitation or preference which, being based on race, colour,  
sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic  
condition or birth, has the purpose or effect of nullifying or impairing equality of  
treatment in education.”

เห็นได้ว่าในบทบัญญัติจะอ้างว่าการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นส่งผลกระทบต่อความเสมอ  
ภาคซึ่งประเด็นที่เกิดขึ้นประการหนึ่งคือ “เจตนา”(intention) ว่าการจะกล่าวอ้างการเลือกปฏิบัติ  
นั้นจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงเจตนาของการกระทำนั้นหรือไม่ หากเจตนาที่กล่าวนี้หมายถึงเจตนา  
ภายใน ก็เป็นการยากที่จะบอกได้ว่ามีเจตนาหรือไม่ ในคดีเกี่ยวกับการแบ่งแยกเชื้อชาติใน

แอฟริกาใต้โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยมีความเห็นของผู้พิพากษาว่า “การแบ่งแยกเชื้อชาตินั้นเป็นการกระทำที่ไม่มีความเหมาะสม และไม่ยุติธรรม เป็นพื้นฐาน ซึ่งความไม่เหมาะสมและความไม่ยุติธรรมนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจตนาหรือแรงจูงใจในการกระทำแต่ถือเป็น *mala fides*”<sup>50</sup> ซึ่งต่อมาก็เป็นที่ยอมรับว่าเจตนา(intention) ไม่มีผลกับการวินิจฉัยว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่

### 2.1.3 เหตุของการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย

องค์ประกอบประการที่สองของการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายคือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นั้น เช่น เพศ ศาสนา เชื้อชาติ ฯลฯ ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเน้นศึกษาในเหตุความพิการ หรือ disability ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดในบทต่อไป โดยในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงลักษณะของการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน

ใครคือผู้ที่สามารถกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ในกฎหมายได้ ระหว่างองค์กรศาล หรือฝ่ายนิติบัญญัติ หากพิจารณาจากกฎหมายที่มีอยู่จะพบว่ามีลักษณะการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ 3 ลักษณะด้วยกันคือ<sup>51</sup>

1. การกำหนดแบบ open-textured กล่าวคือ ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย โดยไม่มีการกำหนดเหตุพื้นฐานใดๆ ว่าเป็นการเฉพาะ ซึ่งลักษณะนี้จะอาศัยคำวินิจฉัยของศาลเป็นเครื่องมือในการกำหนดเหตุพื้นฐาน ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ 14 กำหนดห้ามแต่ละรัฐในการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองที่เท่ากันทางกฎหมายแก่บุคคลซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้น

2. การกำหนดแบบระบุเหตุทั้งหมดที่ไม่สามารถนำมาเลือกปฏิบัติได้ไว้ในบทบัญญัติ ลักษณะนี้จะไม่พึงพาการวินิจฉัยของศาลเลย กล่าวคือศาลไม่สามารถจะวินิจฉัยให้นำเหตุอื่นที่ไม่ได้ระบุไว้ในกฎหมายมาอ้างการเลือกปฏิบัติได้ แต่เหตุพื้นฐานที่ระบุไว้นั้นสามารถเพิ่มขึ้นหรือลดลงได้โดยวิธีการทางนิติบัญญัติเท่านั้น ซึ่งการกำหนดลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายของสหภาพยุโรป และสหราชอาณาจักร

3. การกำหนดแบบระบุเหตุพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไว้แต่ไม่ทั้งหมด ข้อสังเกตประการแรกของการกำหนดแบบนี้คือ ในบทบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัตินั้นจะกำหนดเหตุ

<sup>50</sup> Li Weiwei, [www.humanrights.uio.no/forskning/publ/rn/2004/0304.pdf](http://www.humanrights.uio.no/forskning/publ/rn/2004/0304.pdf)

p. 11, คำว่า “mala fides” เป็นภาษาลาติน หมายถึง โดยทุจริต

<sup>51</sup> Sandra Fredman, *Discrimination Law*, New York : Oxford University Press, 2002 , p. 67

พื้นฐานแห่งการเลือกปฏิบัติไว้และจะกำหนด "สถานะอื่น ๆ" (other status) ไว้ตอนท้าย ประการที่สองคือจะไม่มีกำหนดมาตรฐานหรือเงื่อนไขในการประเมินว่าจะอะไรทำให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียม แต่จะปล่อยให้เป็นที่ของศาล และศาลยังสามารถขยายหรือเพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้ด้วย ซึ่งการกำหนดแบบนี้จะปรากฏในเอกสารสิทธิมนุษยชนมากกว่าทั้งสองแบบที่กล่าวมา เช่น ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นต้น

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ในมาตรา 30 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า "การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้" เห็นได้ว่ามีความใกล้เคียงกับลักษณะการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในแบบที่สอง กล่าวคือ ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทยได้กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ทั้งสิ้น 13 เหตุ โดยที่ไม่มีเหตุไหนที่เปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการขยายนำเอาเหตุอื่นที่ไม่ได้กำหนดไว้มาปรับใช้ อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญก็ยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยในการทำงานที่เป็นการขยายการอ้างเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเลย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญไทย มาตรา 30 นั้นเป็นเหตุทั้งหมดที่สามารถอ้างได้ หากเป็นเหตุอื่นที่เกินกว่านั้นก็จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย

## 2.2 รูปแบบการเลือกปฏิบัติ

จากการศึกษาพบว่ารูปแบบของการเลือกปฏิบัติทำให้เกิดความไม่เสมอภาคนั้นมีอยู่ 2 รูปแบบด้วยกันคือ การเลือกปฏิบัติทางตรง และการเลือกปฏิบัติทางอ้อม เป็นรูปแบบหลักที่เป็นที่ยอมรับในระดับระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น ในสหภาพยุโรปได้มีการออกเคาซิลไดเรกทีฟ 2000/78/EC (Council Directive 2000/78/EC)<sup>52</sup> เพื่อสร้างโครงสร้างทั่วไปสำหรับการปฏิบัติที่เท่าเทียมในการจ้างงานและการประกอบอาชีพ โดยในมาตรา 2 ได้มีการกำหนดลักษณะของการเลือกปฏิบัติทางตรง และทางอ้อมไว้อย่างชัดเจน

<sup>52</sup> ค้นคว้าได้จาก

### 2.2.1 การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination)

การเลือกปฏิบัติทางตรงนั้นเป็นรูปแบบที่ตรงไปตรงมากับความหมายของการเลือกปฏิบัติ โดยมีแนวคิดของทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบ ที่เน้น"การปฏิบัติที่ด้อยกว่า"เป็นพื้นฐาน ดังที่มีการให้ความหมายกันไว้ เช่น

"การเลือกปฏิบัติทางตรงนั้นเกิดขึ้นเมื่อบุคคลถูกปฏิบัติอย่างแตกต่างโดยปราศจากการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม หรือไม่เป็นไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย หรือไม่ได้สัดส่วนที่เหมาะสมของวิธีการจำกัดจุดมุ่งหมาย"<sup>53</sup>

"การเลือกปฏิบัติทางตรงเกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าอีกบุคคลหนึ่งในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้บนพื้นฐานที่กำหนด"<sup>54</sup>

"การเลือกปฏิบัติทางตรงเป็นการใช้หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติที่แตกต่างกันเป็นพื้นฐาน"<sup>55</sup>

ส่วนใน Directive 2000/78/EC และ Directive 2000/43/EC ต่างก็ให้คำนิยามไว้เหมือนกันคือ "การเลือกปฏิบัติทางตรงจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าอีกบุคคลหนึ่งในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้บนพื้นฐานที่กำหนด"

กรณีตัวอย่างของการเลือกปฏิบัติทางตรง เช่น

- นาย ก. เป็นโรคชักกระตุกถูกห้ามให้ร่วมคณะไปออกแคมป์ตอนกลางคืน เนื่องจาก นาย ก. ต้องกินยาทุกคืน
- นาย ข. ซึ่งร่างกายพิการต้องนั่งรถเข็นและเพื่อนจะเข้าไปรับประทานอาหารในร้านอาหาร แต่พนักงานร้านไม่ให้เข้าเพราะไม่ต้องการจะจัดโต๊ะใหม่ให้แก่นาย ข.
- นาง ค. ซึ่งตั้งครรถ์ถูกปฏิเสธจากอาจารย์ในการสนับสนุนให้ทำการศึกษาต่อในระดับที่สูงขึ้น เนื่องจากการตั้งครรถ์นั้น

---

<sup>53</sup> O.De Schutter, The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/publications/2005/ke6605103\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/employment_social/publications/2005/ke6605103_en.pdf)

<sup>54</sup> Declan O'Dempsey, Barrister, Cloisters  
[http://www.era.int/web/en/resources/5\\_2341\\_1535\\_file\\_en.1967.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_1535_file_en.1967.pdf)

<sup>55</sup> Michel Mine.  
[http://www.era.int/web/en/resources/5\\_2341\\_626\\_file\\_en.664.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_626_file_en.664.pdf)

จากกรณีตัวอย่างที่ยกมานั้นล้วนแต่เป็นการเลือกปฏิบัติทางตรงทั้งสิ้น เพราะได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเนื่องจากสภาพร่างกายของตนโดยตรง

ปัจจัยสำคัญของการเลือกปฏิบัติทางตรงคือ ตัวเปรียบเทียบ (comparator) เพื่อเปรียบเทียบสถานการณ์ กับผู้กล่าวอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติว่าเกิดการปฏิบัติที่ด้อยกว่ากับผู้กล่าวอ้างหรือไม่ ปัญหาคือ จะสามารถหาตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมได้อย่างไร แล้วมีความเหมาะสมที่จะเปรียบเทียบจริงหรือไม่ ตัวอย่างของกรณีที่เกิดขึ้นในการกล่าวอ้างการเลือกปฏิบัติทางศาสนา เพศ และการตั้งครุฑดังนี้

- ผู้กล่าวอ้างเป็นมุสลิมที่เคร่งครัดในพิธีกรรมทางศาสนามาก อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากตนเองต้องเข้าสุเหร่าทุกวันศุกร์แต่ไม่สามารถที่จะหยุดงานได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือผู้กล่าวอ้างไม่สามารถพิสูจน์ว่ามีการปฏิบัติที่ด้อยกว่าได้ เพราะปกติแล้ววันหยุดทางศาสนาของประเทศส่วนใหญ่จะอนุญาตเฉพาะศาสนาที่ประชากรส่วนใหญ่ของประเทศนับถือ เช่น ในประเทศไทยก็จะไม่นับวันคริสต์มาสเป็นวันหยุด เป็นต้น ซึ่งทุกคนในประเทศล้วนได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม

- ตัวเปรียบเทียบของกรณีผู้ชายรักร่วมเพศจะเป็นผู้หญิงรักร่วมเพศ หรือเป็นผู้ชายปกติ (รักต่างเพศ) เพื่ออ้างการเลือกปฏิบัติทางเพศ เพราะเขาถูกปฏิบัติเนื่องจากการเป็นบุคคลรักร่วมเพศไม่ใช่เพราะการเป็นเพศชาย หรือเพศหญิง

- กรณีการปฏิบัติที่ด้อยกว่าต่อผู้หญิงที่ตั้งครุฑ ปัญหาคือไม่สามารถหาผู้ชายตั้งครุฑเพื่อเป็นตัวเปรียบเทียบได้ การแก้ปัญหาดังกล่าวของศาลสถิตยุติธรรมแห่งยุโรปคือ ให้เปรียบเทียบกับผู้ป่วยชาย<sup>56</sup>

จะเห็นได้ว่าความต้องการตัวเปรียบเทียบเพื่อพิสูจน์การปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้นเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งในการบรรลุถึงความเสมอภาค โดยเฉพาะเมื่อไม่สามารถหาตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมได้แม้จะมีสถานการณ์ของการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเกิดขึ้นอย่างเห็นได้ชัดก็ตาม

ในการรับมือกับปัญหานี้ Directives 2000/78 และ 2000/43 โดยศาลได้กำหนดลักษณะของตัวเปรียบเทียบไว้ โดยอนุญาตให้มีการเปรียบเทียบระหว่างสถานการณ์ของผู้กล่าวอ้างกับสถานการณ์ของบุคคลซึ่งไม่จำเป็นต้องเหมือนกันทุกประการถ้ามีหลักฐานแสดงให้เห็นว่ามีการปฏิบัติต่อผู้กล่าวอ้างด้อยกว่าบุคคลอื่นในสถานการณ์ที่ใกล้เคียงกัน ต่างกันเพียงพื้นฐานหรือเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ<sup>57</sup> เช่น เพศชาย-หญิง ศาสนาพุทธ-อิสลาม เป็นต้น

<sup>56</sup> Sandra Fredman, *supra* note 51, p. 100

<sup>57</sup> Declan O'Dempsey, Barrister, Cloisters, *supra* note 54 para.19

### 2.2.2 การเลือกปฏิบัติโดยทางอ้อม (Indirect Discrimination)

แนวคิดของการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นสอดคล้องกับทฤษฎีความเสมอภาคทางโอกาส ซึ่งมีแนวคิดพื้นฐานเพื่อให้บุคคลทุกคนมีโอกาสที่เท่าเทียมซึ่งบางครั้งการมีโอกาสที่เท่าเทียมก็ไม่ได้เกิดจากการมีบทบัญญัติที่เป็นกลาง และจากการที่กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติมีจุดมุ่งหมายเพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาค ซึ่งไม่สามารถเกิดขึ้นได้โดยวิธีการใช้หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันเท่านั้น เพราะในบางครั้งการใช้หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติอย่างเดียวกันตลอดก็อาจทำให้เกิดความไม่เสมอภาคได้

Directive 2000/78/EC เป็นกฎหมายที่กล่าวถึงการเลือกปฏิบัติทางอ้อมไว้อย่างชัดเจนโดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 2 ดังนี้

“การเลือกปฏิบัติทางอ้อมจะเกิดขึ้นเมื่อปรากฏว่าข้อกำหนด (provision) หลักเกณฑ์ (criterion) หรือแนวปฏิบัติ (practice) ที่มีความเป็นกลาง ได้ทำให้บุคคลซึ่งมี ศาสนาหรือความเชื่อ พิกัด อายุ หรือความเป็ยงเบนทางเพศ เกิดความเสียเปรียบเมื่อเทียบกับบุคคลอื่น เว้นแต่

(i) ข้อกำหนด หลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัตินั้นได้พิสูจน์วัตถุประสงค์(objectively justified) โดยจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย และวิธีการในการบรรลุถึงจุดมุ่งหมายนั้นมีความเหมาะสมและจำเป็นแล้ว หรือ

(ii) ข้อกำหนด หลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัตินั้น เป็นมาตรการที่เหมาะสมเพื่อกำจัดความเสียเปรียบแก่บุคคลพิการ”<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> “(b) indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, or a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons unless:

(i) that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, or

(ii) as regards persons with a particular disability, the employer or any person or organization to whom this Directive applies, is obliged, under national legislation, to take appropriate measures in line with the principles contained in Article 5 in order to eliminate disadvantages entailed by such provision, criterion or practice.”

นอกจากนี้ใน Directive 2000/43/EC ก็ได้กำหนดไว้เช่นกัน เนื้อหาที่มีลักษณะคล้ายกับ Directive 2000/78/EC เพียงแต่ไม่มีเนื้อหาในส่วน (ii) เหมือน Directive 2000/78/EC และใน Directive 76/207/EEC เกี่ยวกับหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างผู้ชายกับผู้หญิงในการเข้าสู่การจ้างงาน การฝึกหัดและการสนับสนุนอาชีพ และเงื่อนไขในการทำงาน โดยกำหนดไว้ในมาตรา 2(1)

“หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมหมายถึงวิธีการที่จะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างใดๆ บนพื้นฐานของเพศ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยเฉพาะเกี่ยวกับการสมรส หรือสถานะของครอบครัว”<sup>59</sup>

เนื่องจากประเด็นเรื่องการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นมีความเป็นนามธรรมสูง จึงสามารถทำให้เข้าใจได้ง่ายขึ้นโดยการยกตัวอย่าง ต่อไปนี้จะเป็นกรณีตัวอย่างของการเลือกปฏิบัติทางอ้อม

- กรณีการสัมภาษณ์งาน ซึ่งนัดสัมภาษณ์ทุกคนที่สมัครเอาไว้ แต่การสัมภาษณ์นั้นจะดำเนินการบนอาคารชั้นสาม ในตึกที่ไม่มีลิฟต์ ส่งผลให้บุคคลซึ่งพิการต้องใช้รถเข็นไม่สามารถที่จะเข้ารับการสัมภาษณ์ได้ ถือเป็น การเลือกปฏิบัติทางอ้อม

- นาย ก. เป็นสมาชิกของทีมปาเป้าแต่แขนด้วน ดังนั้นเวลาเล่นปาเป้า นาย ก. จะใช้วิธีการปา เมื่อทีมของนาย ก. ต้องการจะเข้าแข่งขันปาเป้า ปรากฏว่าสมาคมปาเป้าได้กำหนดให้แต่ละทีมจะต้องใช้การปาเท่านั้น ทั้ง ๆ ที่การวัดผลอยู่ที่การส่งลูกดอกให้เข้าเป้า เป็นผลให้ทีมของนาย ก. ไม่มีสิทธิเข้าแข่งขัน ถือเป็น การเลือกปฏิบัติทางอ้อมต่อทีมของนาย ก.

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างประกอบกับข้อกำหนดที่บัญญัติไว้ใน Directive ต่าง ๆ นั้นก็น่าจะพอสรุปการเลือกปฏิบัติทางอ้อมได้ว่า จะถูกพิจารณาเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมหรือไม่ก็ต่อเมื่อกฎ หลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติในเรื่องนั้น ๆ มีความเป็นกลาง กล่าวคือ ไม่ได้มีการสร้างเงื่อนไขในการปฏิบัติอย่างแตกต่างไว้เพราะจะปฏิบัติเหมือนกัน แต่ส่งผลกระทบต่ออย่างไม่ได้สัดส่วนต่อบุคคลกลุ่มหนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น พิการ กะเทย ชนกลุ่มน้อย เป็นต้น ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นถือว่าเป็นธรรมในส่วนจากรูปแบบและเจตนา แต่เป็นการ

<sup>59</sup> “1. For the purposes of the following provisions, the principle of equal treatment shall mean that there shall be no discrimination whatsoever on grounds of sex either directly or indirectly by reference in particular to marital or family status.”

เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในผลกระทบ หรือผลลัพธ์ที่ออกมาทำให้เกิดความไม่เสมอภาคขึ้น ดังได้กล่าวไว้แล้วว่า แนวคิดของการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นมาจากทฤษฎีความเสมอภาคทางโอกาส อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นอีกประการหนึ่งซึ่งจะขาดไม่ได้คือ การพิสูจน์ความไม่ลำเอียงทางกฎหมาย และวิธีการที่เหมาะสมในการกระทำเช่นว่านั้น ซึ่งหากการกระทำอันจะถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อม เป็นการกระทำที่มีความเหมาะสมตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายไม่ลำเอียงรวมถึงวิธีการ ก็จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังที่ได้มีการแยกองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติทางอ้อมไว้ดังนี้<sup>60</sup>

1. มีข้อกำหนด หลักเกณฑ์ จารีตปฏิบัติ
2. มีความเป็นกลาง
3. ส่งผลในทางเสียเปรียบอย่างเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลที่มีสถานะอันเสียเปรียบนั้น
4. เว้นแต่ข้อกำหนด หลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัตินั้นได้รับการพิสูจน์ภาวะวิสัยตามวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายและวิธีการที่ให้นั้นเป็นวิธีการที่เหมาะสมและมีความจำเป็น

จากองค์ประกอบที่กล่าวมานี้ หากครบเพียงสามองค์ประกอบแรกแล้ว ก็สามารถพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมได้ แต่หากมีองค์ประกอบข้อสี่เข้ามาด้วยก็จะเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมที่ไม่เป็นธรรม ที่กล่าวอย่างนี้เพราะการเลือกปฏิบัตินั้นยังคงมีอยู่แต่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

ในส่วนของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Convention on Human Rights) โดย Prof. O.De Schutter ได้แบ่งการเลือกปฏิบัติทางอ้อมออกเป็น 3 รูปแบบ<sup>61</sup> คือ (a) ในกรณีที่กฎเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นกลาง แต่เกิดขึ้นแล้วทำให้เกิดความเสียเปรียบแก่บุคคลกลุ่มหนึ่งอย่างเฉพาะเจาะจง โดยความเสียเปรียบที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้มีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม; (b) ในกรณีที่เป็นการใช้มาตรการทั่วไปซึ่งส่งผลกระทบอย่างไม่ได้สัดส่วนต่อกลุ่มบุคคลเฉพาะกลุ่มเป็นจำนวนมาก เว้นแต่มาตรการที่ส่งผลกระทบนั้นมีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม; (c) ในกรณีที่ผู้ใช้วิธีการนั้นปฏิบัติต่อผู้ที่มีลักษณะเฉพาะอย่างแตกต่างโดยการกำหนดข้อยกเว้นไว้ในกฎเกณฑ์ทั่วไป กล่าวคือไม่มีการอำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลผู้ซึ่งพิการกีด หรือนับถือศาสนาอื่นกีด เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นสามารถอยู่ร่วมกับบุคคลอื่นได้

<sup>60</sup> Michel Mine, *supra* note 55, p. 7

<sup>61</sup> O.De Schutter, *supra* note 53, p.16

ความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติทางตรงกับการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นยังมีหลายประเทศที่เห็นว่ายังไม่มี ความชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการก็ยังคงกล่าวถึงรูปแบบของการเลือกปฏิบัติทั้งสองรูปแบบด้วย แต่ก็มีได้ให้ความหมายเฉพาะเอาไว้

ส่วนผู้เขียนมีความเห็นว่า หากเป็นการปฏิบัติอย่างแตกต่างกันต่อบุคคลที่มีสถานการณืเหมือนกัน (ในกรณีนี้ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ศาสนา เชื้อชาติ ฯลฯ ไม่ถือเป็นสถานการณืที่แตกต่างกัน) ส่วนใหญ่แล้วถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางตรง แต่หากเป็นการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อบุคคลที่มีสถานการณืแตกต่างกันในเชิงเสียเปรียบ (ในกรณีนี้ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ศาสนา เชื้อชาติ ฯลฯ ถือเป็นสถานการณืที่แตกต่างกัน) ส่วนใหญ่จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อม

### 3. การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม (Positive Discrimination)

คำว่า "การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม" ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แปลมาจากคำในภาษาอังกฤษว่า "Positive discrimination" อย่างไรก็ตาม คำที่มีความหมายเดียวกันนี้มีอยู่อย่างน้อยเป็นภาษาอังกฤษอีกสองคำด้วยกันคือ "affirmative action" ซึ่งเป็นคำที่ใช้ในประเทศอเมริกา "reservation" เป็นคำที่ใช้ในประเทศอินเดีย ส่วนคำว่า "positive discrimination" นี้ส่วนใหญ่จะใช้กันในยุโรป<sup>62</sup> แต่ว่าทุกคำให้ความหมายที่เหมือนกันโดยในที่นี้แปลเป็นคำว่า "การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม"

#### 3.1 แนวคิดและความหมายของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

แนวคิดของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนี้มาจากหลักความเสมอภาคตามเนื้อหา (substantive equality) โดยเฉพาะความเสมอภาคในผล (equality of result) กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเน้นถึงผลที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น ทางเพศ ทางศาสนา ทางสภาพร่างกาย เป็นต้น กับบุคคลธรรมดาทั่วไปให้มีความเสมอภาคกันได้อย่างได้สัดส่วน โดยอาจ

<sup>62</sup> Marjorie Cohn, "Affirmative Action and the Equality Principle in Human Rights Treaties: United States' Violation of Its International Obligations", *VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, 43, 1(Fall 2002) p. 251

มีมาตรการพิเศษเพื่อช่วยเหลือบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น การกำหนดโควตาในตำแหน่งงานนั้น ๆ เป็นต้น

การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นหมายถึง การเลือกบุคคลเพื่อรับเข้าทำงาน ให้การสนับสนุน รับการฝึกฝน โยกย้าย เนื่องจากบุคคลนั้นมีลักษณะเฉพาะ(เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ความพิการ เพศ การนับถือศาสนา เป็นต้น) โดยไม่ได้คำนึงถึงความสามารถในการทำงานเป็นหลัก โดยอาศัยหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) และการปรับเปลี่ยนตามความเหมาะสม (reasonable adjustment)

- ความได้สัดส่วนหมายถึง การคำนึงถึงความเหมาะสมของสัดส่วนระหว่างการให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลกับการพิจารณาความสามารถที่แท้จริงโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์นั้นๆ เช่น การกำหนดโควตาสำหรับคนพิการในการรับเข้าทำงาน

- การปรับเปลี่ยนตามความเหมาะสมหมายถึง การปรับหลักเกณฑ์บางประการ เพื่อให้ประโยชน์หรือสิทธิแก่บุคคลซึ่งมีลักษณะเฉพาะ เช่น ลูกจ้างที่พิการได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษในการเข้าทำงานในตำแหน่งอื่นโดยไม่คำนึงถึงเกณฑ์การประเมินที่กำหนดไว้สำหรับตำแหน่งงานนั้นๆ<sup>63</sup>

### 3.2 กฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นจะมีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาต่าง ๆ ที่ว่าด้วยการห้ามการเลือกปฏิบัติดังเช่น อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1966) และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979) นอกจากนี้ยังรวมไปถึงกติการะหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966) และกติกา

---

<sup>63</sup> Pauline Hughes, Disability Discrimination and The Duty to Make Reasonable Adjustment: Recent Development, *Industrial law journal* (December, 2004) p. 359-362

ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)

3.2.1 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุก  
รูปแบบ ค.ศ. 1966 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial  
Discrimination 1966)

ในอนุสัญญานี้ได้สร้างมาตรการเพื่อการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมขึ้น ดังที่กำหนด  
ไว้ในอารัมภบทว่า “รัฐภาคีจะต้องมีมาตรการที่จำเป็นเพื่อที่จะกำจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ  
ในทุกรูปแบบอย่างรวดเร็ว<sup>64</sup>” นอกจากนี้ข้อบทที่บ่งบอกถึงแนวคิดของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม  
ได้แก่ ข้อบทที่ 1(4), 2(2) และ 7 ดังนี้

“Special measures taken for the sole purpose of securing adequate  
advancement of certain racial or ethnic groups or individuals requiring such protection  
as may be necessary in order to ensure such groups or individuals equal enjoyment or  
exercise of human rights and fundamental freedoms shall not be deemed racial  
discrimination, provided, however, that such measures do not, as a consequence, lead  
to the maintenance of separate rights for different racial groups and that they shall not  
be continued after the objectives for which they were taken have been achieved.”<sup>65</sup>

“มาตรการพิเศษที่ดำเนินการเพื่อรับประกันความก้าวหน้าที่ยั่งยืนของเชื้อชาติที่  
แน่นอน หรือชนกลุ่มน้อย หรือบุคคลที่ต้องการการคุ้มครองเช่นนั้น ซึ่งบางครั้งมีความจำเป็นใน  
การทำให้มั่นใจว่ากลุ่มหรือบุคคลเช่นนั้นได้รับการอุปโภคสิทธิหรือการใช้สิทธิที่เท่าเทียมของสิทธิ  
มนุษยชนแลพลเสรีภาพขั้นพื้นฐาน จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ซึ่งการมีมาตรการนั้น  
ต้องไม่นำไปสู่การผดุงไว้ซึ่งการแบ่งแยกสิทธิในกลุ่มเชื้อชาติที่แตกต่างและมาตรการนั้นจะต้องยุติ  
หลังจากที่บรรลุวัตถุประสงค์แล้ว”

“States Parties shall, when the circumstances so warrant, take, in the social,  
economic, cultural and other fields, special and concrete measures to ensure the

---

<sup>64</sup> อนุสัญญาว่าด้วยประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุก  
รูปแบบ ค.ศ. 1966, อารัมภบท

<sup>65</sup> อนุสัญญาว่าด้วยประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุก  
รูปแบบ ค.ศ. 1966, ข้อบทที่ 1(4)

adequate development and protection of certain racial groups or individuals belonging to them, for the purpose of guaranteeing them the full and equal enjoyment of human rights and fundamental freedoms. These measures shall in no case entail as a consequence the maintenance of unequal or separate rights for different racial groups after the objectives for which they were taken have been achieved."<sup>66</sup>

“รัฐสมาชิกต้องดำเนินมาตรการที่พิเศษและเป็นรูปธรรมเพื่อรับประกันการพัฒนา และการคุ้มครองที่เพียงพอต่อกลุ่มเชื้อชาติที่ชัดเจน หรือบุคคลที่มีเชื้อชาตินั้นให้สามารถอุปโภค สิทธิได้อย่างเต็มที่และเท่าเทียมของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งการมีมาตรการนั้น ต้องไม่นำไปสู่การผดุงไว้ซึ่งการแบ่งแยกหรือความไม่เท่าเทียมในสิทธิในกลุ่มเชื้อชาติที่แตกต่าง และมาตรการนั้นจะต้องยุติหลังจากที่บรรลุวัตถุประสงค์แล้ว”

“States Parties undertake to adopt immediate and effective measures, particularly in the fields of teaching, education, culture and information, with a view to combating prejudices which lead to racial discrimination and to promoting understanding, tolerance and friendship among nations and racial or ethnical groups, as well as to propagating the purposes and principles of the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, and this Convention.”<sup>67</sup>

“รัฐสมาชิกรับดำเนินการที่จะรับเอามาตรการเร่งด่วนและมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะ ในเรื่องการสอน การศึกษา วัฒนธรรม และข้อมูล กับมุมมองในการต่อสู้กับอคติอันนำไปสู่การ เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และสนับสนุนความเข้าใจ ความอดทน และมีมิตรภาพระหว่างชาติและเชื้อ ชาติหรือชนกลุ่มน้อย ตามที่ประกาศไว้ในวัตถุประสงค์และหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติ ทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ และอนุสัญญาฯนี้”

<sup>66</sup> อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุก รูปแบบ ค.ศ. 1966, ข้อบทที่ 2(2)

<sup>67</sup> อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุก รูปแบบ ค.ศ. 1966, ข้อบทที่ 7

โดยเมื่อพิจารณาข้อบทที่ 1(4), 2(2) ประกอบข้อบทที่ 7 แล้วจะแสดงถึงสิทธิที่รัฐสามารถดำเนินการเพื่อสร้างความเสมอภาคได้ แม้ว่ามาตรการที่ออกมาจะจะมีการให้ความอนุเคราะห์แก่บุคคลที่มีเชื้อชาติหรือเป็นชนกลุ่มน้อยเพียงบางกลุ่ม แต่ก็ไม่ถือว่ามาตรการเหล่านั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยมีกรอบคือวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเสมอภาคตามอนุสัญญา

3.2.2 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979)

ในอนุสัญญานี้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่ามาตรการพิเศษชั่วคราวเพื่อให้บรรลุถึงความเสมอภาคจะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ดังที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 4 (1) ว่า “มาตรการพิเศษชั่วคราวเพื่อเร่งให้เกิดความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงที่รัฐภาคีได้ยอมรับจะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้ในความตกลงฉบับนี้ ซึ่งจะต้องไม่มีลักษณะเป็นไปในทางที่จะให้ได้รับผลที่ตามมาในการรักษาความไม่เสมอภาคและมาตรฐานที่แตกต่าง และมาตรการเหล่านี้จะสิ้นสุดเมื่อบรรลุถึงวัตถุประสงค์แห่งความเสมอภาค”<sup>68</sup>

คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบได้ทำคำแนะนำทั่วไปที่ 25 ว่าด้วยข้อบทที่ 4(1) เกี่ยวกับ “มาตรการพิเศษชั่วคราว”<sup>69</sup> ว่าเป็นคำที่เกิดจากการที่รัฐสมาชิกใช้คำเรียกมาตรการที่ทำให้เกิดความเท่าเทียมต่าง ๆ กันตามภาษาอังกฤษดังนี้ “affirmative action”, “positive action”, “positive measures”, “reverse discrimination” และ “positive discrimination” ซึ่งเป็นคำที่สื่อถึงการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมทั้งสิ้น โดยคณะกรรมการฯ

<sup>68</sup> อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 ข้อบทที่ 4(1) “Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved.”

<sup>69</sup> General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, thirtieth session, 2004

กำหนดกรอบของการใช้มาตรการพิเศษชั่วคราว ว่าต้องเป็นการกำจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบต่อผู้หญิง โดยให้ผู้หญิงได้รับความเสมอภาคกับผู้ชายทั้งในทางกฎหมายและทางความเป็นจริงในการอุปโภคสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งเมื่อมองผู้หญิงเป็นกลุ่มหนึ่งแล้ว การเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มผู้หญิงก็เกิดขึ้นได้จากหลายฐานรวมถึงฐานความพิการด้วย ดังนั้น รัฐภาคีจึงต้องมีมาตรการพิเศษชั่วคราวเพื่อกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิงเนื่องมาจากเหตุอื่น ๆ ด้วย

ปัจจัยสำคัญประการหนึ่งต่อแนวคิดในการใช้มาตรการนี้คือ มิุมมองว่าการใช้ "มาตรการพิเศษชั่วคราว" นี้เป็นสิ่งจำเป็นที่รัฐสมาชิกต้องดำเนินการโดยตรงเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ โดยไม่ถือว่ามาตรการพิเศษชั่วคราวนี้เป็นเพียงข้อยกเว้นของการไม่เลือกปฏิบัติเท่านั้น เนื่องจากการดำเนินมาตรการดังกล่าวนั้นจะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ชาย อย่างไรก็ตาม มาตรการพิเศษชั่วคราวนั้นจะยุติเมื่อบรรลุวัตถุประสงค์แล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่า อนุสัญญาฉบับนี้มีแนวคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมด้วย แม้ว่าจะยังไม่ได้ใช้คำที่ชัดเจนก็ตาม

3.2.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966)

ในกติกาฉบับนี้ได้กำหนดขั้นตอนที่จะก่อให้เกิดการรับประกันในสิทธิที่กำหนดไว้ในกติกานี้ ในข้อบทที่ 2 (1) ว่า "Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures."<sup>70</sup>

"รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะดำเนินการ โดยเอกเทศและโดยความร่วมมือและความช่วยเหลือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางเศรษฐกิจและวิชาการ โดยใช้ประโยชน์สูงสุดจากทรัพยากรที่มีอยู่ เพื่อให้สัมฤทธิ์ผลในการทำให้สิทธิซึ่งรับรองไว้ในกติกานี้กลายเป็นความจริงอย่างบริบูรณ์โดยลำดับด้วยวิธีที่พึงประสงค์ที่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งรวมทั้งการกำหนดมาตรการทางกฎหมายด้วย"

<sup>70</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 ข้อบทที่ 2(1)

คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ, สังคม และวัฒนธรรม ได้ทำความเข้าใจทั่วไปที่ 3<sup>71</sup> เกี่ยวกับการดำเนินโดยวิธีการที่เหมาะสม รวมถึงการกำหนดมาตรการทางกฎหมายว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นเพราะ เป็นการยากที่จะต่อสู้กับการเลือกปฏิบัติซึ่งได้ห้ามไว้แล้วในข้อบทที่ 2(2) รัฐจึงสามารถสร้างมาตรการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งความเสมอภาคได้

3.2.4 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)

กติการะหว่างประเทศฉบับนี้แม้จะมีได้มีการกำหนดให้รัฐภาคีต้องมีมาตรการพิเศษเพื่อทำให้เกิดความเสมอภาคแต่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติตามกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ได้ทำคำแนะนำทั่วไปไว้เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคว่ารัฐภาคีสามารถที่จะมีมาตรการใด ๆ เพื่อลดหรือกำจัดเงื่อนไขซึ่งเป็นสาเหตุให้มีการเลือกปฏิบัติที่ถูกห้ามไว้ตามกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ มาตรการเช่นว่านี้รวมไปกับการปฏิบัติที่เป็นพิเศษสำหรับบุคคลที่มีลักษณะพิเศษได้ทราบเท่าที่จำเป็นเพื่อแก้ไขการเลือกปฏิบัติในความเป็นจริงได้<sup>72</sup>

3.2.5 ร่างอนุสัญญาว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ (International Convention on the Protection and promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities)

ในร่างอนุสัญญานี้ได้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม โดยบัญญัติไว้ในร่างข้อบทที่ 7(3) (4) และ(5) ดังนี้

“Discrimination does not include a provision, criterion or practice that is objectively and demonstrably justified by the State Party by a legitimate aim and the means of achieving that aim are reasonable and necessary”<sup>73</sup>

“การเลือกปฏิบัติไม่รวมถึงข้อกำหนด หลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติที่ได้รับการพิสูจน์ภาวะวิสัยและสาริตได้ถึงความสมเหตุสมผลและความจำเป็นจากจุดมุ่งหมายที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการในการบรรลุผลแห่งจุดมุ่งหมายนั้น”

<sup>71</sup> General Comment No.3, The nature of States parties obligations, Art 2, para. 1 of the Covenant, Fifth session, 1990

<sup>72</sup> Marjorie Cohn, *Supra note* 62, p. 258

<sup>73</sup> ร่างอนุสัญญาว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ ในร่างข้อบทที่ 7(3)

"In order to secure the right to equality for persons with disabilities, States Parties undertake to take all appropriate steps, including by legislation, to provide reasonable accommodation, defined as necessary and appropriate modification and adjustments to guarantee to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal footing of all human rights and fundamental freedoms, unless such measures would impose a disproportionate burden."<sup>74</sup>

"เพื่อให้มั่นใจในสิทธิแห่งความเสมอภาคเพื่อบุคคลผู้พิการ รัฐสมาชิกรับดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสม รวมทั้งการออกกฎหมาย เพื่อจัดหาเครื่องอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมอันเป็นการแก้ไขที่จำเป็นและเหมาะสม และปรับการรับประกันการอุปโภคสิทธิหรือการใช้สิทธิบนพื้นฐานที่เท่ากันของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เว้นแต่มาตรการนั้นจะกำหนดภาระอย่างไม่ได้สัดส่วน"

"Special measures aimed at accelerating de facto equality of persons with disabilities shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; those measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved."<sup>75</sup>

"มาตรการพิเศษที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อเร่งการสร้างความเสมอภาคทางความเป็นจริงของบุคคลผู้พิการจะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติตามความหมายของอนุสัญญานี้ แต่ต้องไม่เป็นวิธีการที่นำมาซึ่งผลลัพธ์อันผดุงไว้ซึ่งมาตรฐานความไม่เท่าเทียมหรือมาตรฐานการแบ่งแยกมาตรการนั้น ๆ ต้องยุติเมื่อวัตถุประสงค์แห่งความเสมอภาคทางโอกาสและการปฏิบัติบรรลุผลสำเร็จ"

จะเห็นได้ว่าร่างอนุสัญญานี้แสดงถึงแนวคิดของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมต่อคนพิการไว้ด้วยนั่นคือ การดำเนินมาตรการพิเศษเพื่อสร้างความเสมอภาคให้แก่คนพิการ จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ออกมาโดยมีจุดมุ่งหมายที่ขบถ

---

<sup>74</sup> ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ ในร่างข้อบทที่ 7(4)

<sup>75</sup> ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ ในร่างข้อบทที่ 7(5)

กฎหมายก็ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติเช่นกัน นอกจากนี้ยังกำหนดให้รัฐต้องจัดหาเครื่องอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมเพื่อทำให้เกิดความเสมอภาคแก่คนพิการด้วย แม้ว่าร่างอนุสัญญาฉบับนี้ จะยังไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ได้แสดงถึงแนวคิดที่ก่อตัวขึ้นในเรื่อง เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

กฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวมาแล้วนั้นถือว่ามีส่วนที่พิจารณาได้ว่าอนุญาตให้รัฐ สามารถที่จะใช้วิธีการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมได้ แต่หากพิจารณาใน Directive 2000/43/EC และ 2000/78/EC จะพบว่าได้มีการกำหนดมาตรการที่เรียกว่า Positive action ขึ้นในมาตรา 5 และ 7 ตามลำดับ ซึ่งมีความคล้ายกับการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม กล่าวคือ Positive action นั้นหมายถึง การกระทำที่มุ่งจะเสนอโอกาสแก่บุคคลที่มีลักษณะเฉพาะให้ดีขึ้น เช่น การจัดหาเครื่องอำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลเหล่านั้น หรือให้การฝึกอบรมเป็นพิเศษแก่บุคคลเหล่านั้นเพื่อเพิ่ม ประสิทธิภาพในการทำงานให้สูงขึ้น ซึ่งวิธีการเหล่านี้จะเป็นมาตรการที่ได้รับการสนับสนุนจาก กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเสมอ หรือในพิธีสารฉบับที่ 12 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วย สิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) ในส่วนของอารัมภบทว่า “ยืนยันว่า หลักการไม่เลือกปฏิบัตินั้นไม่ห้ามรัฐสมาชิกในการออกมาตรการเพื่อสนับสนุนให้เกิดความเสมอภาคที่มีประสิทธิภาพและเต็มรูปแบบ โดยเป็นมาตรการที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัยและมีความเหมาะสม” ก็ถือเป็นการอนุญาตใน Positive action เช่นกัน<sup>76</sup>

### 3.3 หลักเกณฑ์ของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมตามกฎหมายไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 30 วรรค 4 และมาตรา 55 เป็นบทบัญญัติที่แสดงถึงแนวคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

มาตรา 30 วรรค 4 “...มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคล สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

มาตรา 55 “บุคคลซึ่งพิการหรือทุพพลภาพ มีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอัน เป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

<sup>76</sup> O.De Schutter, *supra* note 53, p.19

แนวคิดตามมาตรา 30 วรรค 4 เป็นแบบที่อนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับได้กำหนดเอาไว้คือ หากเป็นมาตรการที่ส่งเสริมความเสมอภาค ย่อมไม่ถือว่ามาตรการนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ ส่วนมาตรา 55 นั้นเป็นการกำหนดให้รัฐต้องอำนวยความสะดวกแก่คนพิการ แม้ว่าการอำนวยความสะดวกนั้นจะเป็นการกระทำเพื่อคนพิการเท่านั้น และอาจเป็นการเลือกปฏิบัติก็ได้ แต่ก็ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

เช่นเดียวกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมคือ เน้นอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคที่ว่าต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระ หรือสถานะเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระหรือสถานะแตกต่างกันให้แตกต่างกัน ต่างกันตรงที่การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้าม แต่การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นสามารถทำได้ ในการค้นหาหลักเกณฑ์นั้น ยังคงมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่หลากหลายซึ่งสามารถรวบรวมออกมาได้เป็นหลักเกณฑ์กว้าง ๆ 3 ประการด้วยกันคือ

### 3.3.1 กรณีที่เป็นเรื่องที่แตกต่างกัน

หากมิใช่สถานการณ์หรือสภาพอย่างเดียวกัน ย่อมมีกฎหมายที่จะกำหนดเนื้อหารายละเอียดในการปฏิบัติต่อบุคคลนั้น ๆ ให้แตกต่างกันได้ แต่กฎเกณฑ์ที่ใช้ปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์โดยรวมในเรื่องนั้น ๆ และต้องมีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้นด้วย สิ่งที่เกี่ยวข้องเป็นกรณีที่แตกต่างกันเป็นไปได้หลายกรณี เช่น ขนบธรรมเนียมประเพณี<sup>77</sup> ซึ่งประชาชนมักจะเห็นว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกันตามขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่การพิจารณาว่าประเพณีใดถูกต้องหรือไม่นั้นจะต้องไม่ยึดหลักความยาวนานของประเพณีนั้นเป็นเกณฑ์ แต่ควรที่จะยึดหลักความถูกต้อง ตัวอย่างของความแตกต่างทางประเพณี เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 กำหนดให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่คู่ความนับถือศาสนาอิสลาม เป็นต้น นอกจากนี้ระบบที่แตกต่างกันก็สามารถทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้<sup>78</sup> เช่น การที่กฎหมายไม่กำหนดให้ข้าราชการ ทหาร หรือตำรวจ มีสิทธิในการประท้วงการนัดหยุดงานอย่างเช่นที่ระบบของลูกจ้างเอกชนสามารถทำได้ เพราะระบบของราชการกับระบบของภาคเอกชนนั้นแตกต่างกัน

<sup>77</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, "หลักความเสมอภาค", โครงการเฉลิมพระเกียรติสารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์คุรุสภา) (2543), น. 21

<sup>78</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, เพ็งฮ้าง, น. 21

### 3.3.2 กรณีที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวม

เป็นไปตามหลักการในกฎหมายมหาชนคือ ประโยชน์ของส่วนรวมย่อมอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกชน ซึ่งในบางครั้งการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันอาจจะไม่เป็นธรรมต่อผลประโยชน์มหาชนหรือไม่เป็นธรรมต่อผู้ที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่มหาชน เช่น กรณีที่เกิดความไม่สงบในบ้านเมืองอันจำเป็นต้องให้มาตรการโดยเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อ นำความสงบสุขกลับสู่บ้านเมืองอีกครั้ง ดังนั้น การออกกฎหมายเพื่อเอื้อประโยชน์ของส่วนรวมแม้จะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมาย

### 3.3.3 กรณีเป็นการมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่

หมายถึงการดำเนินการตามกฎหมายที่แตกต่างกันในลักษณะชั่วคราวที่ผู้มีอำนาจกำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและยกระดับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่นเพื่อทดแทนความไม่เท่าเทียมกันที่ดำรงอยู่ ซึ่งหลักการนี้เกิดจากแนวคิดของประธานาธิบดีเคนเนดีและประธานาธิบดีจอห์นสันที่ต้องการสร้างความเป็นธรรมขึ้นในสังคมอเมริกา โดยหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับด้วยการตรากฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act) และศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกายังได้เคยตัดสินในคดี Regents of University of California V. Bakke 438 US265 (1978) ว่าการที่มหาวิทยาลัยสำรองที่นั่ง 16% ของคณะแพทยศาสตร์ให้แก่นักศึกษาชนกลุ่มน้อยต่าง ๆ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่<sup>79</sup>

สรุป หลักเบื้องต้นในการพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัติใดจะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมคือ การคำนึงถึงการได้มาซึ่งความเสมอภาค หากได้มาซึ่งความเสมอภาคแล้วย่อมอธิบายได้ว่านั่นคือการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม แต่บางครั้งอาจเป็นการยากที่จะบอกว่าเกิดความเสมอภาคจากการเลือกปฏิบัติที่แท้จริงหรือไม่ ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติจึงควรมีหลักเกณฑ์เพื่อใช้ในการวินิจฉัยถึงการกระทำนั้น ๆ ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายหรือไม่

เนื่องจากการเลือกปฏิบัตินั้นค่อนข้างจะมีลักษณะเป็นนามธรรมสูงจึงเป็นการยากที่จะกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อใช้ในการพิจารณา แต่จากการศึกษานี้พบว่า ในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้เริ่มมีการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น ไม่ว่าจะเกิดจากการทำความเข้าใจของคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ความเห็นของนักวิชาการ

<sup>79</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, "หลักความเสมอภาค", วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 30, 2(มิถุนายน 2543), น. 170

นานาประเทศ หรือคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ซึ่งอาจทำให้กฎเกณฑ์เหล่านี้มีลักษณะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้วยตัวมันเองต่อไปได้