

ความพิการอันเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

“ความพิการ” เป็นคำศัพท์ซึ่งได้รับการแปลมาจากคำว่า “Disability” โดยเว็บไซต์ของราชบัณฑิตยสถาน¹ ในหน้าศัพท์บัญญัติวิชาการจะพบความหมายของคำว่า “disability” เป็นศัพท์อยู่ในสาขาวิชาประชากรศาสตร์ หมายความว่า “ความพิการ, ทูพพลภาพ” ซึ่งคำว่า “ความพิการ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายความว่า เสียอวัยวะมีแขนขา เป็นต้น เสียไปจากสภาพเดิม ส่วนคำว่า “ทูพพลภาพ” หมายความว่า หย่อนกำลังความสามารถที่จะประกอบการทำงานตามปกติได้ ซึ่งจะเป็นคำที่ใช้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เพื่อแสดงถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นั่นคือการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัตินั้นมีอยู่ 2 องค์ประกอบใหญ่ ๆ คือ ต้องมีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งอย่างไรจึงจะถือเป็นการเลือกปฏิบัติได้กล่าวไว้แล้วในบทก่อนหน้า นี้ ในบทนี้จึงเป็นการกล่าวถึงองค์ประกอบที่สองนั่นก็คือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงเหตุแห่งความพิการ ว่าอย่างไรจึงจะถือเป็นความพิการที่เมื่อนำมาเลือกปฏิบัติแล้วจะทำให้การเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย โดยในการศึกษาจะเริ่มจากกฎหมายภายในของต่างประเทศนั่นก็คือ Disability Discrimination Act of 1995 ของประเทศอังกฤษ และ Americans with Disabilities Act of 1990 ของประเทศอเมริกา เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวของทั้งสองประเทศนั้นค่อนข้างที่จะมีความชัดเจนทั้งในการให้ขอบเขตหรือการบังคับใช้หลักการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการ (disability) มากกว่ากฎหมายภายในของประเทศอื่น ๆ โดยเฉพาะกับประเทศไทย

นอกจากการศึกษากฎหมายภายในของต่างประเทศแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศก็เป็นส่วนสำคัญที่จะต้องศึกษาโดยเฉพาะเมื่อกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านั้นได้สร้างพันธกรณีต่อประเทศไทยให้ต้องปฏิบัติตาม โดยในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะได้ทำการศึกษาจากสิ่งเผยแพร่ต่าง ๆ ขององค์การสหประชาชาติ องค์การอนามัยโลก รวมไปถึงอนุสัญญาต่าง ๆ ภายใต้องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคที่ถือว่ามีผลในการบังคับใช้

¹ โปรดดู www.royin.go.th

และมีความชัดเจนมากที่สุดซึ่งแม้ว่าจะไม่ได้มีพันธกรณีต่อประเทศไทยโดยตรงในทางกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ในเวทีระหว่างประเทศที่จะต้องนำมาพูดถึงนั่นก็คือ คำวินิจฉัยต่าง ๆ ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights)

หลักจากศึกษาการให้ความหมายของความพิการ (Disability) จากกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ในส่วนสุดท้ายจะพิจารณาถึงการให้ความหมายของความพิการตามกฎหมายไทยว่าการให้ความหมายนั้นมีขอบเขตกว้างหรือแคบกว่ากฎหมายอื่น ๆ อย่างไร เหมาะสมต่อประเทศไทยและเป็นไปตามพันธกรณีในทางระหว่างประเทศที่มีต่อประเทศไทยหรือไม่

1. การให้ความหมายของ “ความพิการ” ของกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายต่างประเทศที่จะนำมาศึกษาคือ กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการของประเทศอังกฤษ หรือ Disability Discrimination Act of 1995 (DDA) และกฎหมายว่าด้วยความพิการของคนอเมริกัน หรือ Americans with Disabilities Act of 1990 (ADA) เนื่องจากเป็นกฎหมายภายในที่ค่อนข้างจะมีความชัดเจนมากเกี่ยวกับการให้ความหมายของคำว่า “ความพิการ” ซึ่งเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

1.1 “ความพิการ” ตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการของประเทศอังกฤษ (Disability Discrimination Act of 1995, DDA)

กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการ หรือ DDA นี้เริ่มบังคับใช้ตั้งแต่เดือนธันวาคม ปี 1996 ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกในยุโรปที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ โดยกฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิแก่ปัจเจกชนในการนำคดีขึ้นสู่ศาล Employment tribunals ซึ่งเป็นศาลที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในการทำงาน โดยมีกรกำหนดความหมายของคำว่า “Disability” ไว้ในมาตรา 1(1) “Subject to the provisions of Schedule 1, a person has a disability for the purposes of this Act if he has a physical or mental impairment which has a substantial and long-term adverse effect on his ability to carry out normal day-to-day activities.”

การอธิบายความหมายของคำว่า “disability” หรือ “ความพิการ” ถือเป็นประตูลูกการอ้างกฎหมายฉบับนี้ และเป็นสิ่งแรกสำหรับผู้ร้องหรือผู้ที่จะอ้างกฎหมายฉบับนี้ขึ้นสู่ศาล ต้องพิสูจน์ให้ได้

ว่าตนเองอยู่ในขอบเขตของการเป็นคนพิการตามความหมายที่บัญญัติขึ้น โดยในการหาความหมายหรือขอบเขตของ “ความพิการ” นั้น มีเครื่องมืออยู่ 3 ประการ²คือ ตารางที่ 1 แนบท้ายกฎหมาย, Guidance on Matters to be Taken into Account in Determining Questions Relating to the Definition of Disability และ The Disability Discrimination Regulations 1996 เพื่อช่วยให้การหาความหมายของคำมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

ใน Guidance part 2 section A: General ได้กำหนดวิธีการหาความหมายของ “ความพิการ” ไว้ตามกฎหมายฉบับนี้เป็น 4 กระบวนการคือ

1. บุคคลจะต้องมีความบกพร่องไม่ว่าจะเป็นทางร่างกาย หรือจิตใจก็ตาม
2. ความบกพร่องนั้นจะต้องส่งผลอย่างสำคัญ
3. ผลอย่างสำคัญนั้นจะต้องมีระยะเวลายาว
4. ผลอย่างสำคัญที่มีระยะเวลายาวนั้นจะต้องส่งผลกระทบต่อกรดำเนินชีวิตปกติ

ประจำวัน

การอธิบายตามกระบวนการที่ Guidance กำหนดไว้นั้นเป็นการอธิบายแบบเพิ่มเติมองค์ประกอบเข้าไปเรื่อย ๆ ไม่ได้แยกองค์ประกอบไว้อย่างชัดเจน หากเราต้องการแยกองค์ประกอบให้เป็นเอกเทศต่อกันซึ่ง Nick Wenbourne ได้แยกองค์ประกอบเพื่อพิจารณา “ความพิการ” ไว้ 5 ประการ³ แยกออกจากกัน แต่บางประการก็มีความสอดคล้องกันมาก ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงขอแยกองค์ประกอบเป็น 4 ประการดังนี้

1.1.1 ความบกพร่อง

ความบกพร่องนี้หมายความทั้งทางร่างกาย (physical) หรือทางจิตใจ (mental) ก็ได้ ข้อเท็จจริงเรื่องความบกพร่องนี้ถือเป็นข้อเท็จจริงแรกในการพิสูจน์ถึงความพิการ และเป็นเหตุผล

² Gavin Mansfield and John Bowers, “Disabled Persons under The Disability Discrimination Act 1995”, Comparative Labor Law and Policy Journal, summer 2003, pp. 633-634

³ Nick Wenbourne, “Disabled Meanings: A Comparison of the Definitions of “Disability” in the British Disability Discrimination Act of 1995 and the Americans with Disabilities Act of 1990”, Hasting International and Comparative Law Review, vol. 23, 1(fall 1999) pp. 153-157

ส่วนใหญ่ที่ศาลปฏิเสธการอ้างสิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ว่าผู้ร้องนั้นไม่ถือเป็นผู้มีความบกพร่องจึงไม่ถือว่าเป็นผู้พิการตามกฎหมายฉบับนี้

อุปสรรคประการแรกของการสืบหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความบกพร่องคือ ไม่มีการกำหนดคำนิยามที่ชัดเจนของความบกพร่องเอาไว้ในตัวอย่างกฎหมายฉบับนี้ทั้งในตารางที่ 1 ท้ายกฎหมายฉบับนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม ใน Guidance ได้ให้วิธีการตีความหมายของความบกพร่องว่าควรจะเป็นความหมายแบบธรรมดา (ordinary) ซึ่งศาลได้มีคำวินิจฉัยที่สอดคล้องในการตีความหมายแบบธรรมดานี้ไว้ในคดี *McNicol v. Balfour Beatty Rail Maintenance Ltd.*⁴ โดยเห็นว่าคำว่า "ความบกพร่อง" นี้ควรจะพิจารณาในแบบธรรมดา (ordinary) และตามธรรมชาติ (natural) กล่าวคือ พิจารณาโดยตรงไปตรงมาตามสิ่งที่ปรากฏขึ้น สิ่งที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ ความต้องการการเปรียบเทียบระหว่างบุคคลที่มีความบกพร่องกับบุคคลธรรมดา (normal standard) โดยบุคคลที่จะถือว่ามี ความบกพร่องต้องมีระดับที่ต่ำกว่าบุคคลธรรมดา ข้อดีของการพิจารณาความบกพร่องแบบธรรมดาและตามธรรมชาติคือ เมื่อเป็นการพิจารณาตามที่เกิดขึ้นแล้วจึงเป็นการตัดปัญหาในกรณีที่บางครั้งการพิจารณาจากทางการแพทย์ไม่สามารถชี้ได้ชัดเจนถึงความบกพร่องนั้น นอกจากนี้ยังไม่ต้องคำนึงถึงสาเหตุของการเกิดความบกพร่องซึ่งในบางครั้งอาจเกิดจากเหตุที่ไม่สมควรได้รับความเห็นใจ เช่น การพิการจากการขับรถโดยมีอาการเมา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะแบ่งแยกระหว่างบุคคลที่มีความบกพร่อง กับบุคคลที่ปกติแต่มีความสามารถไม่ถึงขั้น

จากบทบัญญัติตามมาตรา 1(1) ได้กำหนดให้ความบกพร่องนั้นหมายความถึงทั้งทางร่างกาย และทางจิตใจ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากตารางที่ 1 แนบท้ายกฎหมายใน 1(1) ได้กำหนดให้ความบกพร่องทางจิตใจนั้นรวมถึงความบกพร่องที่เป็นผลมาจากการป่วย (illness) ทางจิตใจหรือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการป่วยทางจิตใจก็ได้ แต่ไม่ได้กล่าวถึงความบกพร่องทางร่างกายไว้ด้วย ทั้งนี้อาจเป็นเพราะการเกิดความบกพร่องทางร่างกายนั้นย่อมส่งผลให้เห็นอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้อีก อย่างไรก็ตาม ในคดี *McNicol v. Balfour Beatty Rail Maintenance Ltd.* ผู้ร้องมีอาการปวดหลังอย่างรุนแรงแต่ไม่สามารถชี้ได้ว่าเป็นเพราะร่างกาย แต่เป็นเพราะเหตุทางจิตใจ ศาลจึงวินิจฉัยว่าไม่ถือว่าเป็นความบกพร่องทางร่างกาย⁵

⁴ Gavin Mansfield and John Bowers, *Supra note 2*, p. 636

⁵ Katie Wells, "The Impact of The Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law, *Industrial Law Journal*, (December 2003) p. 256

กรณีของความบกพร่องทางจิตใจนั้น องค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การป่วย (illness) นั้นต้องเป็นที่รู้จักในทางการแพทย์ ซึ่งอาจต้องการความเห็นทางการแพทย์จากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ หรืออ้างอิงจาก ICD-10 ขององค์การอนามัยโลก⁶ กรณีความบกพร่องทางประสาทสัมผัส เช่น ในการได้ยิน หรือในการมอง ก็ถือเป็นความบกพร่องเช่นกัน

1.1.2. ผลกระทบอย่างสำคัญ

ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า substantial ซึ่งหมายถึงสิ่งที่ไม่เล็กน้อย⁷ หรือหมายถึงผลที่มากกว่า (more than minor) เพื่อวัตถุประสงค์ของกฎหมาย⁸ ในที่นี้จึงแปลเป็นภาษาไทยว่า หมายถึงผลกระทบอย่างสำคัญ โดยที่ substantial หรือผลกระทบอย่างสำคัญนี้จะพิจารณาควบคู่กับผลในทางตรงข้าม (adverse effect) กล่าวคือ ผลในทางตรงข้ามที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นผลกระทบที่สำคัญ และต้องพิจารณาอย่างสอดคล้องกับการดำเนินชีวิตปกติ (normal day-to-day activities) ด้วย นอกจากนี้ ใน Guidance ได้กำหนดปัจจัยที่ช่วยในการพิจารณาว่ามี substantial adverse effect หรือไม่ดังนี้

- ระยะเวลาที่ผลกระทบนั้นเกิดขึ้นกล่าวคือ หากผลกระทบนั้นมีระยะเวลายาวนานก็ถือเป็นผลกระทบอย่างสำคัญได้

- วิธีการในการทำกิจกรรม โดยเปรียบเทียบระหว่างการมีความบกพร่องกับไม่มีความบกพร่องว่าต่างกันขนาดไหนต่อการทำกิจกรรมในแต่ละวัน

- หากผลของความบกพร่องนั้นกระทบถึงการทำการกิจกรรมหลายอย่าง แม้ว่ากิจกรรมแต่ละอย่างนั้นจะเป็นเพียงกิจกรรมรอง (minor) แต่เมื่อรวมกิจกรรมรองนั้นหลายอย่างเข้าด้วยกันแล้วจะถือเป็นผลกระทบอย่างสำคัญได้

- หากความบกพร่องที่เกิดขึ้นทำให้บุคคลนั้นต้องปรับพฤติกรรมเพื่อป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบจากความบกพร่องนั้นแต่ไม่ถึงขนาดที่จะไม่สามารถปรับหรือบรรเทาความบกพร่องนั้นเลยก็ไม่ถือเป็นผลกระทบอย่างสำคัญ เช่น ผู้ที่มีอาการปวดหลังจากการที่ต้องนั่งเก้าอี้ทำงานเป็นระยะเวลานาน สามารถปรับพฤติกรรมการทำงานได้โดยการลุกขึ้น หรือเปลี่ยนอิริยาบถบ้างก็จะช่วยบรรเทาอาการปวดหลังได้ เช่นนี้ก็ไม่ถือว่ามีผลกระทบอย่างสำคัญ

⁶ มีคดีตัวอย่างคือคดี Morgan v. Staffordshire University [2002] IRLR 190

⁷ Gavin Mansfield and John Bowers, *Supra note 2*, p. 639

⁸ Nick Wenbourne, *Supra note 3*, p. 153

- พิจารณาผลกระทบของสิ่งแวดล้อม เช่น อุณหภูมิ ความชื้น เวลากลางวันหรือกลางคืน ว่ามีผลกระทบต่อความบกพร่องนั้นแค่ไหน

- ตามที่กำหนดไว้ในตารางที่ 1 ท้ายกฎหมายฉบับนี้ ในวรรค 6(1) ในกรณีที่ความบกพร่องนั้นมีมาตรการในการเยียวยา หรือแก้ไข การพิจารณาความบกพร่องว่ามีผลกระทบอย่างสำคัญหรือไม่นั้นให้พิจารณาในสภาวะที่ไม่มีอาการเยียวยา หรือแก้ไขนั้น เช่น คนที่หูตึง ต้องใช้เครื่องช่วยฟัง การพิจารณาว่าความบกพร่อง (หูตึง) นั้นถือว่ามีผลกระทบอย่างสำคัญหรือไม่ ให้พิจารณาบุคคลนั้นในสภาวะที่ไม่ได้ใส่เครื่องช่วยฟัง⁹ เป็นต้น ยกเว้นกรณีที่เป็นการพิจารณาความบกพร่องทางสายตาที่แก้ไขโดยการใส่แว่นตา หรือคอนแทคเลนส์ไม่ต้องพิจารณาขณะถอดแว่น หรือไม่ได้ใส่คอนแทคเลนส์

- กรณีที่ความบกพร่องนั้นมีสภาวะที่ต่อเนื่อง เช่น โรคมะเร็ง โรคเอดส์ อัมพาต แม้ว่าบางโรคจะไม่ได้มีผลกระทบอย่างสำคัญในการดำเนินชีวิตปัจจุบัน แต่ความบกพร่องจะมีอยู่ต่อไปจนคาดได้ว่าจะมีผลกระทบอย่างสำคัญได้ ก็ถือว่ามีผลกระทบอย่างสำคัญแล้ว

- กรณีความบกพร่องเป็นองค์ประกอบของการผิดรูปร่างอย่างรุนแรง เช่น แขน-ขาพิการ แผลเป็นอย่างรุนแรง โรคผิวหนัง ถือว่ามีผลกระทบอย่างสำคัญแต่ไม่รวมถึงการสัก หรือการกระทำใด ๆ เพื่อเป็นการประดับร่างกาย

องค์ประกอบ "ผลกระทบอย่างสำคัญ" หรือ substantial adverse effect เป็นองค์ประกอบที่บอกถึงลักษณะของความบกพร่องที่อยู่ภายในบังคับของกฎหมายฉบับนี้

1.1.3. ระยะเวลา

ความหมายของระยะเวลานานซึ่งทำให้ความบกพร่องที่เกิดขึ้นอยู่ในขอบเขตของกฎหมายนี้ กำหนดไว้ในตารางที่ 1 ท้ายกฎหมายนี้ ในวรรค 2(1)¹⁰ มีอยู่ 3 กรณีด้วยกันคือ

1. มีความบกพร่องนั้นเป็นระยะเวลานานอย่างน้อย 12 เดือน
2. คาดว่าความบกพร่องนั้นจะมีผลต่อเนื่องอย่างน้อย 12 เดือน
3. คาดว่าความบกพร่องนั้นจะมีผลตลอดชีวิตที่เหลือของบุคคลนั้น

⁹ Schedule 1 Provisions Supplementing Section 1 Para 6(1)

¹⁰ "The effect of an impairment is a long-term effect if –

- (a) if has lasted at least 12 months;
- (b) the period for which it lasts is likely to be at least 12 months; or
- (c) it is likely to last for the rest of the life of the person affected."

ส่วนความหมายของคำว่า “คาดว่า” (likely) นั้นหมายความว่ามีความน่าจะเป็นที่จะเกิดขึ้นมากกว่าที่จะไม่เกิดขึ้น

นอกจากการมีระยะเวลานานแล้ว กรณีอื่นที่ถือว่ามีความหมายรวมอยู่ในคำว่าระยะเวลานานคือ

- การเกิดขึ้นอีก (recurring) กล่าวคือ ถ้าความบกพร่องที่มีอยู่ นั้นได้หายไปแล้ว แต่มีความเป็นไปได้ที่ผลกระทบอย่างสำคัญจากความบกพร่องนั้นมีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดขึ้นอีก แม้ว่าเวลาจะล่วงเลยมากกว่า 12 เดือนแล้วก็ตาม และแม้ว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นเพียงระยะเวลานั้น ๆ แต่เกิดขึ้นได้บ่อยครั้งก็ถือว่าเป็นกรณีที่มีระยะเวลานานได้

- การประเมินว่าความพิการที่เกิดขึ้นแล้วในอดีตเป็นระยะเวลานานหรือไม่ กล่าวคือ กฎหมายนี้จะคุ้มครองบุคคลพิการแม้ว่าบุคคลนั้นบุคคลนั้นจะได้รับการรักษาจนกระทั่งผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นไม่เป็นผลกระทบอย่างสำคัญอีกต่อไป ถ้าผลกระทบที่เคยเกิดขึ้นนั้นมีระยะเวลานาน หรือนานกว่า 12 เดือน นับจากที่เคยเกิดขึ้นครั้งแรก หรือมีการเกิดขึ้นอีกอย่างต่อเนื่องนานกว่า 12 เดือน หลังจากที่เกิดขึ้นในครั้งแรก

การพิจารณาถึงการมีระยะเวลานานนั้น ให้ดูที่ผลกระทบเป็นสำคัญว่าผลกระทบนั้นเป็นผลกระทบอย่างสำคัญ (substantial adverse effect) หรือไม่ หากเป็นผลกระทบอย่างสำคัญ จึงจะนับว่าระยะเวลานานตามที่กำหนดหรือไม่

1.1.4. การดำรงชีวิตอย่างปกติ

DDA มีรายการของความสามารถที่อย่างน้อยหนึ่งในรายการนั้นต้องได้รับผล ถ้าการทำให้ความบกพร่องได้รับการพิจารณาว่ามีผลกระทบต่อความสามารถในการดำรงชีวิตอย่างปกติ ดังนี้¹¹

- ก. การเคลื่อนไหว
- ข. การใช้มือ
- ค. การสมดุลของร่างกาย
- ง. การควบคุมใจตนเอง
- จ. ความสามารถในการยก หรือเคลื่อนย้ายวัตถุ
- ฉ. การพูด การฟังหรือการมองเห็น
- ช. ความสามารถในการจำ การเรียนรู้และความเข้าใจ

¹¹ Schedule 1 Provisions Supplementing Section 1 Para 4(1)

ข. ความตระหนักถึงความเสี่ยงต่ออันตรายทางกายภาพ

ลูกจ้างจะได้รับการพิจารณาว่าพิการก็ต่อเมื่อความสามารถอย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้น มีผลกระทบมาจากความบกพร่องทั้งทางด้านกายภาพและจิตใจของลูกจ้าง แต่อย่างไรก็ดี ความบกพร่องต้องส่งผลกระทบต่อความสามารถอย่างสำคัญส่งผลให้ไม่สามารถดำรงชีวิตได้อย่างปกติ ยกตัวอย่างเช่นในกรณีของ Gittins V. Oxford Radcliffe NHS trust, ผู้อุทธรณ์ได้รับผลกระทบจากโรค Bulimia nervosa ซึ่งเป็นที่ยอมรับในทางวิชาการแพทย์ว่าเป็นโรคป่วยทางจิตใจชนิดหนึ่ง ในปี 1996 ผู้อุทธรณ์ ใช้น้ำยาล้างห้องน้ำเพื่อให้อาเจียน ในปี 1997 เธอใช้กรรไกรของนางพยาบาลทำร้ายตัวเองมากกว่าหนึ่งครั้ง โดยเธอร้องว่าโรคนี้มีผลกระทบต่อการทำงานประจำวันของเธอในด้านอารมณ์ และความเสี่ยงต่ออันตรายทางกายภาพ ซึ่งศาลได้พิจารณาว่าผลกระทบของความเสื่อมทางด้านจิตใจของเธอต่อความสามารถในการใช้สมาธิ ยังไม่เป็นสาระสำคัญ และถึงแม้ว่าเธอจะมีแนวโน้มที่จะทำร้ายตัวเองแต่เธอก็ยังตระหนักถึงอันตรายทางกายภาพของเธอเอง ดังนั้น เธอจึงไม่อยู่ในข่ายของความพิการ

กรณีหนึ่งซึ่งการส่งผลกระทบไม่จำเป็นต้องได้รับการพิสูจน์คือการที่ถูกทำให้เสียใจอย่างรุนแรง ซึ่งการถูกทำให้เสียใจเองนั้นอาจไม่ส่งผลกระทบต่อความสามารถในรายการข้างต้น แต่เป็นกรณีที่ที่ถูกพิจารณาเสมือนกับว่ามีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความสามารถ ซึ่งเป็นกรณีตัวอย่างที่ไม่ค่อยพบของความพิการซึ่งมีฐานมากจากความเห็นของสังคมมากกว่าส่วนบุคคล

ต่อคำถามถึงเรื่องการเสียใจ (ซึ่งรวมถึงแผลเป็น, ลิม หรือปาน แต่ไม่รวมถึงการสัก และการเจาะที่ไม่ใช่เพื่อการแพทย์) มีผลกระทบรุนแรงหรือไม่ขึ้นอยู่กับสถานที่เกิดขึ้นบนร่างกาย และการที่ปรากฏในสถานที่ที่เห็นได้ชัดยิ่งส่งผลให้การพิจารณาถึงผลกระทบได้มากขึ้น เนื่องจาก DDA พิจารณาถึงผลกระทบโดยอาศัยความตระหนักของผู้อื่นถึงผลกระทบ

อย่างไรก็ดี DDA ไม่ได้กำหนดว่ากิจกรรมหรือความสามารถในการดำรงชีวิตอย่างเป็นอย่างปกติ คือแบบใด แต่แนะแนวทางให้พิจารณาจากกิจกรรมที่คนส่วนมากทำและเป็นปกติ และสามารถทำอยู่ได้เป็นประจำ หรือสม่ำเสมอ

การดำรงชีวิตตามปกติไม่ได้รวมความถึงการทำงานเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ถูกที่จะพิจารณาถึงความพิการ โดยการพิจารณาที่ประเด็นของความสามารถของลูกจ้างในการทำงาน ถึงแม้ว่าจะเป็นการยากที่จะแยกการทำกิจกรรมตามปกติออกจากลักษณะของกิจกรรมที่ทำงานก็ตาม ซึ่งตามมาตรฐานแล้วความบกพร่องที่มีผลต่อความสามารถในการทำงานเฉพาะอย่างไม่เพียงพอ ถ้าไม่มีผลกระทบกับการทำกิจกรรมตามปกติ ตัวอย่างเช่นการเป็นตาบอด

สีของนักบินซึ่งไม่ส่งผลกระทบต่อกิจกรรมตามปกติ หรือกิจกรรมที่ต้องยกของน้ำหนักมากซึ่งไม่สามารถยกได้อีก แต่ยังคงสามารถยกของทั่วไปได้

วิธีปฏิบัติซึ่งไม่ค่อยธรรมดาของการพิจารณาเรื่องการดำรงชีวิตตามปกติปรากฏในกรณีของ Cruickshank v. VAW Motorcast Limited. ซึ่งผู้อุทธรณ์ได้รับผลกระทบจากการเป็นโรคที่เกิดจากควันในการปฏิบัติงาน แต่เมื่อไม่ได้ทำงาน สภาพของเขาก็ดีขึ้น แต่จากการตรวจสอบทางการแพทย์พบว่า สภาพการณ์เช่นนี้จะมีผลกระทบไม่คงที่แต่จะแยกลงเมื่ออยู่ในสภาพแวดล้อมในที่ทำงาน ซึ่งศาลได้พิจารณาว่า ความบกพร่องเช่นนี้มีผลกระทบในระยะยาวต่อความสามารถของลูกจ้างที่จะประกอบกิจกรรมตามปกติทั้งในและนอกสถานที่ทำงาน ในกรณีเช่นนี้ ความพิการจะถูกนำมาพิจารณา ถึงแม้ว่าจะเกี่ยวข้องกับการทำงานเฉพาะอย่างและไม่ธรรมดา แต่ผลกระทบนั้นเกิดขึ้นกับการประกอบกิจกรรมตามปกติของลูกจ้าง ในการดำเนินชีวิต

1.1.5. ข้อสังเกต

1. เป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับได้ทั้งในระดับเอกชนกับเอกชน และเอกชนกับมหาชน โดยมีองค์กรศาล Employment Tribunals เป็นศาลดำเนินคดีที่มีการเรียกร้องตาม DDA

2. แนวคิดของการใช้กฎหมาย DDA นี้อยู่บนพื้นฐานของ equality of opportunity มากกว่า positive discrimination กล่าวคือ เน้นที่การคุ้มครองการถูกเลือกปฏิบัติโดยอยู่บนทฤษฎีความเสมอภาคทางโอกาส มากกว่าที่จะมุ่งสร้างมาตรการการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

3. มีข้อถกเถียงกันว่าแนวคิดในการวินิจฉัยขอบเขตของ "ความพิการ" เป็นแบบ medical model หรือเป็นแบบ social model ซึ่งในขณะนี้ค่อนข้างจะสรุปไปในทางของ medical model กล่าวคือพิจารณาขอบเขตของ "ความพิการ" จากสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในทางการแพทย์เป็นหลัก

4. ความหมายของ "ความพิการ" นั้นรวมถึงผู้ป่วยโรคเอดส์ มะเร็ง หรือโรคเบาหวานด้วย นอกจากนี้ ผู้ที่เคยพิการก็สามารถได้รับความคุ้มครองด้วย

5. การพิจารณาถึงความพิการตามกฎหมายนี้ เน้นพิจารณาถึงความสามารถในการดำเนินชีวิตปกติ มากกว่าที่จะคำนึงถึงความสามารถในการทำงาน ทั้ง ๆ ที่กฎหมายฉบับนี้ เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการ

1.2 “ความพิการ” ตามกฎหมายว่าด้วยคนอเมริกันผู้พิการ (Americans with Disabilities Act of 1990, ADA)

กฎหมายว่าด้วยคนอเมริกันผู้พิการ (ADA) บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอเมริกา เป็นกฎหมายที่ไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานเนื่องจากการเป็นคนพิการ เพื่อเป็นการปกป้องผู้พิการจากการถูกเลือกปฏิบัติในกระบวนการจ้างงานตั้งแต่การว่าจ้าง, การเลื่อนระดับ, การปลดจากตำแหน่ง, การชดเชย, การฝึกอบรม และกระบวนการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน โดยคนที่บุคคลจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องเป็นบุคคลพิการตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนด ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยคนอเมริกันผู้พิการได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “ความพิการ” ไว้ดังนี้

“คำว่า “ความพิการ” หมายความว่า บุคคลที่

1. มีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจที่เป็นการจำกัดอย่างสำคัญต่อการกระทำกิจกรรมหนึ่งหรือมากกว่า ที่สำคัญในการดำรงชีวิต
2. มีประวัติของความบกพร่องดังกล่าว หรือ
3. ถูกพิจารณาว่ามีความเสื่อมสภาพดังกล่าว”¹²

จากคำนิยามดังกล่าว แม้ว่าจะได้แบ่งผู้ที่ถูกพิจารณาว่าเป็นผู้พิการได้ 3 วิธี แต่ถือว่า “ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจที่เป็นการจำกัดอย่างสำคัญต่อการกระทำกิจกรรมหนึ่งหรือมากกว่า ที่สำคัญในการดำรงชีวิต” เป็นหัวใจในการพิจารณาว่าบุคคลใดถือว่าพิการหรือไม่ ซึ่งการให้คำนิยามหรือการให้ความหมายนี้จะอาศัยคำแนะนำของคณะกรรมการว่าด้วยโอกาสในการจ้างงานที่เท่าเทียม (Equal Employment Opportunity Commission) หรือ EEOC ซึ่งได้ออกเป็น ข้อ้อยที่ 902 ว่าด้วยคำนิยามของคำว่าความพิการ (section 902 Definition of the

¹² “The term “disability” means, with respect to an individual –

(A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more of the major life activities of such individual;

(B) a record of such an impairment; or

(C) being regarded as having such an impairment.”

Term Disability)¹³ ประกอบกับระเบียบว่าด้วยการทำให้ข้อกำหนดในการจ้างงานที่เท่าเทียมของกฎหมายว่าด้วยคนอเมริกันผู้พิการเป็นผลสำเร็จ (Regulations to Implement The Equal Employment Provisions of The Americans with Disabilities Act)¹⁴ เมื่อแยกตามความหมายที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ จะสามารถแยกวิธีที่บุคคลจะถูกพิจารณาว่าเป็นผู้พิการได้ 3 วิธีคือ

1.2.1. มีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจที่เป็นการจำกัดอย่างสำคัญต่อการกระทำกิจกรรมหนึ่งหรือมากกว่า ที่สำคัญในการดำรงชีวิต

ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้อีก 3 ข้อด้วยกันคือ

ก. ความบกพร่อง ถือเป็นประเด็นแรกในการพิจารณาความพิการ ซึ่งความบกพร่องคือ ข้อจำกัดทางร่างกายหรือจิตใจที่ส่งผลให้เกิดความจำกัดในการทำกิจกรรมที่สำคัญในการดำเนินชีวิต ที่สำคัญคือ ความบกพร่องนั้นต้องเป็นความบกพร่องที่เกิดจากสภาพร่างกายหรือจิตใจ ไม่ใช่เกิดมาจากสภาพทางเศรษฐกิจ หรือทางการเงิน เช่น ความเครียดเนื่องจากประสบปัญหาทางการเงิน ไม่ได้ถือว่ามีความบกพร่องตามความหมายนี้ เป็นต้น ซึ่งอะไรบ้างที่พิจารณาว่าเป็นความบกพร่องทางร่างกาย หรือความบกพร่องทางจิตใจนั้น ในระเบียบฯ ได้ให้ลักษณะบางประการที่ถือว่าเป็นความบกพร่องดังนี้

- ความบกพร่องทางร่างกาย ได้แก่ ความผิดปกติทางร่างกาย หรือสภาวะผิดปกติทางร่างกาย, การเสียโฉมจากการทำศัลยกรรม, การสูญเสียระบบต่าง ๆ ในร่างกาย เช่น ระบบประสาท ระบบกล้ามเนื้อ ระบบประสาทสัมผัส ระบบการหายใจ ระบบทางเดินหายใจ ระบบการสืบพันธุ์ ระบบการย่อยอาหาร ระบบโลหิต ระบบต่อมน้ำเหลือง ระบบผิวหนัง และระบบต่อมไร้ท่อ¹⁵

- ความบกพร่องทางจิตใจ ได้แก่ ความผิดปกติใด ๆ ทางจิตใจ เช่น สภาพความปัญญาอ่อน โรคเกี่ยวกับอวัยวะทางสมอง การป่วยทางอารมณ์ ความพิการทางการเรียนรู้¹⁶

¹³ คำแนะนำนี้เป็นผลมาจากคดี Sutton v. United Airlines, Inc., 527 U.S (1999) และคดี Murphy v. United Parcel Service, Inc., 527 U.S. (1999) ซึ่งศาลสูงได้ออกกฎในการที่จะกำหนดว่าบุคคลใดเป็นบุคคลพิการตาม ADA หรือไม่ จึงได้มีการออกคำแนะนำนี้ขึ้นมา

¹⁴ Code of Federal Regulations 29 CFR 1630.2 Definitions

¹⁵ Code of Federal Regulations 29 CFR 1630.2 (h)(1)

¹⁶ Code of Federal Regulations 29 CFR 1630.2 (h)(2)

ความบกพร่องที่กล่าวมานี้ ไม่ได้ถูกจำกัดโดยกฎหมายนี้ กล่าวคือ ยังอาจมีความบกพร่องอย่างอื่นที่ยังไม่ได้กล่าวไว้ แต่ก็พิจารณาว่าเป็นความบกพร่องตามกฎหมายนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อยกเว้นบางประการที่ไม่ถือว่าเป็นความบกพร่องตามกฎหมายนี้ได้แก่

- สภาวะที่กฎหมายได้เคยกำหนดไว้ ได้แก่ บุคคลรักร่วมเพศ หรือบุคคลรักร่วมเพศ, ความแตกต่างอันเนื่องมาจากสภาพแวดล้อม, วัฒนธรรม และปัจจัยทางเศรษฐกิจรวมไปถึงสภาพตามอายุขัย

- ลักษณะทางกายภาพปกติ เช่น สีส้ม ดวงตา ความถนัดซ้ายขวา

- การตั้งครรภ์

- ลักษณะนิสัยปกติ เช่น การเป็นคนใจร้อน

- ความหั่นเหปกติในเรื่องความสูง น้ำหนัก หรือความแข็งแรง อย่างไรก็ตาม ความหั่นเหจากปกติแบบสุดขีด จะถือเป็นความบกพร่องได้

- บุคคลซึ่งมีสภาพปัจจัยข้างต้น แต่มีความบกพร่องอย่างอื่น เช่น บุคคลที่ถนัดมือซ้าย แต่มีความบกพร่องเรื่องการเดินของหัวใจ ก็ถือว่าเป็นผู้ที่มีความบกพร่องจากเรื่องหัวใจนั้น

โรคติดต่อก็ถือเป็นความบกพร่องประการหนึ่ง ซึ่งในที่นี้รวมถึงการเป็นโรคเอดส์ด้วย ส่วนความสมัครใจไม่มีผลต่อการพิจารณาความบกพร่อง เช่น การที่บุคคลหนึ่งสูบบุหรี่เป็นเวลานานติดต่อกัน ส่งผลให้เป็นโรคมะเร็งปอดได้ แม้ว่าบุคคลนั้นจะรู้ถึงโอกาสในการเป็นโรคนั้นอยู่แล้ว ก็ไม่ต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นจะรู้ถึงการเป็นโรคหรือไม่ หากสภาพแห่งการเป็นโรคนั้นเข้าเงื่อนไขแห่งความพิการ ก็ถือว่าเป็นบุคคลพิการได้

ข. การจำกัดอย่างสำคัญ จำเป็นต้องได้รับการวิเคราะห์อย่างรอบคอบ เนื่องจากเป็นการพิจารณาเชิงเปรียบเทียบ มีนัยสำคัญทางด้านความรุนแรงและระยะเวลาที่ส่งผลกระทบต่อซึ่งในระเบียบฯ ได้ให้ความหมายของ "การจำกัดอย่างสำคัญ" ว่าหมายถึง 1) การที่ไม่สามารถดำเนินกิจกรรมสำคัญในการดำรงชีวิตได้อย่างที่บุคคลทั่วไปสามารถปฏิบัติได้ 2) การที่บุคคลถูกจำกัดอย่างมีนัยสำคัญตามสภาวะ วิธีการ หรือระยะเวลา ในการดำเนินกิจกรรมสำคัญในการดำรงชีวิต เปรียบเทียบกับบุคคลทั่วไปตามสภาวะ วิธีการ หรือระยะเวลา ที่สามารถดำเนินกิจกรรมสำคัญในการดำรงชีวิตอย่างเดียวกัน¹⁷

¹⁷ Code of Federal Regulations 29 CFR 1630.2 (j)(1)

ปัจจัยที่จะนำมาพิจารณาในการกำหนดว่าบุคคลใดถูกจำกัดอย่างสำคัญในการดำเนินกิจกรรมสำคัญในการดำรงชีวิตหรือไม่ ควรมีดังนี้¹⁸

- ธรรมชาติและความรุนแรงของความบกพร่อง
- ระยะเวลาหรือระยะเวลาที่คาดหมายของความบกพร่องนั้น
- ผลกระทบที่ถาวรหรือมีระยะเวลานาน หรือผลกระทบที่ถาวรหรือมีระยะเวลานานที่ถูกคาดหวังว่าจะได้รับจากความบกพร่อง

ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ปวดเข่าเสมอหากเขาเดินเป็นระยะทาง 10 กิโลเมตรติดต่อกัน การปวดเข่าของนาย ก. เป็นข้อจำกัดอย่างสำคัญหรือไม่ หากเปรียบเทียบกับบุคคลทั่วไปก็จะพบว่า การเดินเป็นระยะทาง 10 กิโลเมตรติดต่อกันย่อมทำให้เกิดการปวดเข่าได้ ดังนั้นการปวดเข่าจึงไม่ใช่ข้อจำกัดอย่างสำคัญ

ประเด็นที่พิจารณาเป็นพิเศษคือ กรณีของการจำกัดอย่างสำคัญต่อการทำงาน หมายถึง การถูกจำกัดอย่างสำคัญในความสามารถที่จะกระทำไม่ว่าจะเป็นระดับของงาน หรือขอบเขตที่กว้างของงานในหลาย ๆ ระดับเปรียบเทียบกับบุคคลทั่วไปที่มีการฝึกฝน ทักษะ และความสามารถที่เปรียบเทียบกันได้ เช่น

ตัวอย่างหนึ่ง ถ้า นาย ก. ซึ่งเป็นจับกัง จะเจ็บหลังหากต้องยกของหนัก ดังนั้นการเจ็บหลังจะเป็นการจำกัดอย่างสำคัญต่อการทำงานแม้ว่าในสภาวะปกติ การเจ็บหลังจะไม่มีผลในการดำรงชีวิตก็ตาม หรือหาก นาย ก. ไปเป็นเสมียนแทน ก็จะอ้างการเจ็บหลังนี้เป็นการจำกัดอย่างสำคัญไม่ได้

ตัวอย่างสอง นาย ข. เป็นโปรแกรมเมอร์ซึ่งต้องทำงานกับคอมพิวเตอร์ แต่มีปัญหาด้านสายตาคือ ไม่สามารถแยกแยะตัวอักษรบนจอคอมพิวเตอร์ได้ เป็นผลให้ไม่สามารถทำงานในตำแหน่งโปรแกรมเมอร์ นักวิเคราะห์ระบบ อาจารย์สอนคอมพิวเตอร์ นักปฏิบัติการคอมพิวเตอร์ได้ ซึ่งตำแหน่งเหล่านี้ถือว่าเป็นระดับของงานที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ เมื่อความบกพร่อง (ปัญหาสายตา) ทำให้เกิดผลกระทบต่อระดับของงานจึงถือว่าปัญหาด้านสายตาของนาย ข. เป็นการจำกัดอย่างสำคัญ

ปัจจัยสำคัญอีกประการของการพิจารณาถึงการจำกัดอย่างสำคัญคือ ระยะเวลาของความบกพร่อง การมีความบกพร่องเป็นระยะเวลานานจะทำให้เห็นได้ชัดถึงการจำกัดอย่างสำคัญ

¹⁸ Code of Federal Regulations 29 CFR 1630.2 (j)(2)

ต่อการดำเนินกิจกรรมที่สำคัญต่อการดำรงชีวิต ซึ่งระยะเวลายาวนานเท่าใดนั้นไม่ได้กำหนดไว้ อย่างชัดเจน แต่มีแนวโน้มที่ระยะเวลายังนานยิ่งถือเป็นการจำกัดอย่างสำคัญ

ค. *กิจกรรมที่สำคัญต่อการดำรงชีวิต* ความบกพร่องที่จะนำไปสู่ความพิการได้นั้น ต้องส่งผลเป็นการจำกัดอย่างมากต่อการทำกิจกรรมที่สำคัญต่อการดำรงชีวิต ในระเบียบฯ ได้ให้ความหมายของ "กิจกรรมที่สำคัญต่อการดำรงชีวิต" ว่าหมายถึง การปฏิบัติ เช่น การดูแลตัวเอง การทำงานที่ใช้มือทำ การเดิน การมองเห็น การได้ยิน การพูด การหายใจ การเรียนรู้ และการทำงาน¹⁹ ทว่า รายการที่กล่าวมานั้นยังไม่ใช่รายการทั้งหมดที่จะถือว่าเป็นกิจกรรมที่สำคัญต่อการดำรงชีวิต เช่น กระบวนการทางจิตใจหรืออารมณ์ อย่างเช่น การใช้ความคิด การทำสมาธิ ก็เป็นกิจกรรมที่สำคัญต่อชีวิตประจำวันด้วย สรุปได้ว่ากิจกรรมที่สำคัญต่อการดำรงชีวิตคือ กิจกรรมที่เป็นพื้นฐานที่บุคคลทั่วไปสามารถทำได้โดยไม่ลำบากหรือลำบากเพียงเล็กน้อย

จนถึงขณะนี้อาจสรุปได้ว่าไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการชี้ว่า กิจกรรมใดเป็นกิจกรรมที่สำคัญต่อการดำรงชีวิต ศาลสูงของอเมริกาเคยตัดสินในคดี *Bragdon v. Abbott* ว่าการสืบพันธ์ก็ถือเป็นกิจกรรมที่สำคัญต่อการดำรงชีวิต ซึ่งคำตัดสินของศาลเป็นการพิสูจน์ว่าการตีความกิจกรรมที่สำคัญในการดำรงชีวิตนั้นสามารถยืดหยุ่นได้²⁰

1.2.2. มีประวัติของความบกพร่องดังกล่าว

เป็นวิธีการที่สองที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นคนพิการตามกฎหมายนี้ ในกรณีที่บุคคลมีประวัติ หรือเคยถูกจัด หรือถูกจัดให้แบบผิด ๆ ว่าเป็นผู้พิการตามกฎหมายนี้ รวมถึงผู้พิการที่ได้รับการรักษาจนทำให้ไม่เข้าเงื่อนไขความพิการตามกฎหมายนี้แล้วด้วย ซึ่งเงื่อนไขของความพิการก็คือ การมีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจที่เป็นการจำกัดอย่างสำคัญต่อการกระทำกิจกรรมหนึ่งหรือมากกว่า ที่สำคัญในการดำรงชีวิต ตามวิธีการในข้อแรก

ข้อยกเว้นประการหนึ่งของการถูกพิจารณาว่าเป็นคนพิการตามวิธีการนี้คือ กรณีของผู้ที่เข้ายาผิดกฎหมายซึ่งถือเป็นกรณียกเว้นของการเป็นคนพิการตามกฎหมายนี้ แต่หากเป็นกรณีที่บุคคลนั้นเคยเป็น หรือมีประวัติว่าเคยเป็นผู้ที่เข้ายาผิดกฎหมาย จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ ยกตัวอย่างเช่น นาย ค. ตัดยาเสพติดที่ผิดกฎหมาย แม้ว่าลักษณะของนาย ค. จะเข้าเงื่อนไขของความพิการตามกฎหมายนี้ แต่จะไม่ถือว่านาย ค. เป็นคนพิการ แต่หากวันหนึ่งนาย ค.

¹⁹ Code of Federal Regulations 29 CFR 1630.2 (i)

²⁰ Nick Wenbourne, *supra* note 3 pp. 161-162

เข้ารับการรักษาจนหายจากการติดยาแล้ว นาย ค. จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ในฐานะผู้ที่เคยพิการตั้งแต่วันที่ นาย ค. หายจากการติดยา เป็นต้น

1.2.3. ถูกพิจารณาว่ามีความบกพร่องนั้น

วิธีการนี้เพื่อคุ้มครองบุคคลซึ่งจริง ๆ แล้วไม่ได้เข้าเงื่อนไขความพิการตามกฎหมายนี้ กล่าวคือ อาจเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่งแต่ความบกพร่องนั้นไม่ได้เป็นการจำกัดอย่างสำคัญในการดำเนินกิจกรรมที่สำคัญต่อการดำเนินชีวิต หรือไม่ได้มีความบกพร่อง หรือความบกพร่องที่เป็นการจำกัดอย่างสำคัญนั้นเกิดจากทัศนคติอย่างอื่น ซึ่งบุคคลที่กล่าวมานี้ได้รับการปฏิบัติในทางร้าย หรือถูกเลือกปฏิบัติเสมือนหนึ่งว่าเป็นคนพิการ

ในระเบียบฯ ได้ให้ความหมายของการถูกพิจารณาว่ามีความบกพร่องไว้ 3 กรณีดังนี้²¹

1. มีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจที่ไม่เป็นการจำกัดอย่างสำคัญต่อการดำเนินกิจกรรมที่สำคัญต่อการดำรงชีวิต แต่ได้รับการปฏิบัติเสมือนหนึ่งมีการจำกัดนั้นอยู่ ดังนั้นบุคคลเหล่านี้อาจถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากความพิการ ทั้ง ๆ ที่เขาไม่ได้มีความพิการอยู่จริง เช่น นักพิมพ์ดีดมีนิ้วแหงไปบางส่วน ซึ่งส่งผลกระทบต่อการทำงานเล็กน้อย แต่หัวหน้าเห็นว่าจะไม่สามารถพิมพ์ดีดได้คล่องอีก จึงไม่ให้เลื่อนตำแหน่ง นักพิมพ์ดีดคนนี้สามารถอ้างกฎหมายฉบับนี้ได้แม้ว่าตนเองจะไม่ถือเป็นคนพิการตามกฎหมายนี้ก็ตาม

2. มีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจที่เป็นการจำกัดอย่างสำคัญในการดำเนินกิจกรรมที่สำคัญต่อการดำรงชีวิต เท่าที่เป็นผลจากทัศนคติที่เกิดจากความบกพร่องนั้น เป็นกรณีที่มีความบกพร่องอยู่จริงแต่ไม่เป็นการจำกัดการดำเนินกิจกรรมที่สำคัญต่อการดำรงชีวิตในตัวเอง เช่น นาย จ. เป็นเซลแมนซึ่งมีแผลเป็นตั้งแต่ใบหูจนถึงคางทำให้อ้าปากกินข้าวลำบาก ผู้จัดการกลัวว่าจะทำให้ลูกค้าไม่กล้าเข้าร้าน จึงไม่เลื่อนตำแหน่งให้นาย จ. มาเป็นพนักงานหน้าร้าน เช่นนี้ นาย จ. ถือว่าเป็นคนพิการที่จะอ้างการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ได้

3. ไม่ได้มีความบกพร่องแต่อย่างใด แต่ถูกปฏิบัติเสมือนหนึ่งมีความบกพร่องที่เป็นการจำกัดอย่างสำคัญ กล่าวง่าย ๆ คือ แม้ว่าลูกจ้างจะไม่ได้มีความบกพร่องอยู่เลย แต่หากมีการเลือกปฏิบัติจากนายจ้างเพราะคิดว่าลูกจ้างนั้นมีความบกพร่องอยู่ ลูกจ้างก็สามารถอ้างการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้ได้

²¹ Code of Federal Regulations 29 CFR 1630.2 (l)(1)(2)(3)

1.2.4. ข้อสังเกต ADA

1. ใน ADA มีขอบเขตการให้ความคุ้มครองที่กว้างกว่า DDA เห็นได้จากการกำหนดให้วิธีการที่ 2 และ 3 ถือเป็นคนพิการซึ่งได้รับความคุ้มครองด้วย

2. มีการให้ความคุ้มครองแก่ผู้พิการถึงขนาดว่า แม้จะเพียงแค่ว่าเคยมีความพิการก็ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน

3. นอกจากเงื่อนไขในการพิจารณาความพิการตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ในกฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดให้บุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมกับความพิการด้วย กล่าวคือ เป็นบุคคลที่สามารถทำงานที่จำเป็นตามตำแหน่งหน้าที่ของตน แม้จะมีหรือไม่มีการอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมก็ตาม²² ซึ่งอะไรคือการอำนวยความสะดวกที่เหมาะสม ก็ได้มีการกำหนดไว้ในระเบียบฯ ว่าการอำนวยความสะดวกเหมาะสมคือ (1) การปรับปรุงหรือปรับเปลี่ยนกระบวนการรับสมัครงานซึ่งทำให้ผู้สมัครที่มีคุณสมบัติแต่มีความบกพร่องถูกพิจารณาสำหรับตำแหน่งที่ผู้สมัครที่มีคุณสมบัติพึงประสงค์ (2) การปรับปรุงหรือปรับเปลี่ยนที่ทำให้ผู้ทำงานที่มีความบกพร่องได้รับสิทธิและผลประโยชน์ของการว่าจ้างงานเท่ากับผู้ทำงานผู้อื่นที่ไม่มีความบกพร่อง (3) การปรับปรุงหรือปรับเปลี่ยนสภาพแวดล้อมการทำงาน หรือการดำเนินงาน หรือพฤติกรรมต่าง ๆ เพื่อให้มีความเหมาะสมกับผู้พิการในการเข้าทำงานในตำแหน่งนั้น ๆ²³ ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ “การอำนวยความสะดวกที่เหมาะสม” หมายความว่ารวมถึงแต่ไม่จำกัด (1) การทำให้สถานที่และสิ่งอำนวยความสะดวกให้ผู้ที่มีความบกพร่องสามารถเข้าถึงหรือใช้งานได้ (2) การปรับปรุงกระบวนการ; การทำงานนอกเวลา หรือการปรับปรุงตารางงาน; การกำหนดตำแหน่งว่างให้ใหม่; การปรับปรุงหรือจัดหาเครื่องมือหรืออุปกรณ์; การปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงการประเมินผล, การอบรม, หรือ นโยบาย; การจัดหาผู้อ่านหรือผู้แปลภาษาที่มีความสามารถ; และการจัดหาอื่นๆ ที่ทำให้ผู้ที่มีความบกพร่อง²⁴ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับกรณีการเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการในการจ้างงานโดยเฉพาะ

²² กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอเมริกา (US Code) Title 42 Chapter 126 subchapter 1 § 12111(8)

²³ Code of Federal Regulations 29 1630.2 (o)(1)

²⁴ Code of Federal Regulations 29 1630.2 (o)(2)

2. การให้ความหมายของ "ความพิการ" ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การศึกษาความหมายของคำว่า "ความพิการ" (disability) ตามกฎหมายระหว่างประเทศผ่านทางเอกสารระหว่างประเทศนั้นส่วนใหญ่เป็นเอกสารที่เกิดมาจากองค์การระหว่างประเทศ เช่น เอกสารขององค์การสหประชาชาติ (United Nations, UN) องค์การอนามัยโลก (World Health Organization, WHO) องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization, ILO) นอกจากนี้ยังมี องค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาคอย่างสหภาพยุโรป (European Union, EU) ด้วย ซึ่งเอกสารระหว่างประเทศเหล่านี้อาจไม่สามารถหาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความหมายของคำว่า "ความพิการ" ได้ละเอียดเท่ากับกฎหมายภายในประเทศ ไม่ว่าจะ เป็นของประเทศอังกฤษ หรือประเทศอเมริกาที่กล่าวมาแล้วก็ตาม เนื่องจากการกำหนดความหมายนั้นเป็นรายละเอียดซึ่งแต่ละประเทศสามารถที่จะกำหนดตามความเหมาะสมของสภาพประชากรภายในประเทศของตนได้ ประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่ยังมาสู่มุมมองในการให้ความหมายของคำว่า "ความพิการ" ก็คือ การกำหนดโมเดล โดยแบ่งเป็น 2 โมเดลได้แก่ medical model และ social model

การให้ความหมายของคำว่า "ความพิการ" ที่ใช้ร่วมกันในทางระหว่างประเทศมากที่สุดมาจากเอกสารขององค์การอนามัยโลกซึ่งแบ่งแยกการให้ความหมายของคำไว้ 3 คำคือ²⁵ ความบกพร่อง (impairment) ความพิการ (disability) และอุปสรรค (handicap)

"ข้อบกพร่อง" คือการสูญเสียใด ๆ หรือความผิดปกติของจิตใจ (psychological) สรีระ (physiological) หรือโครงสร้างกายวิภาค (anatomical structure) หรือมีการสูญเสียหรือความผิดปกติในการปฏิบัติหน้าที่

"ความพิการ" คือข้อจำกัดหรือการขาดซึ่งความสามารถในการปฏิบัติกิจกรรมใด ๆ โดยวิธีการหรือในวิสัยของบุคคลทั่วไป เนื่องจากความบกพร่องอย่างหนึ่งอย่างใด

"อุปสรรค" คือความเสียเปรียบของบุคคล ซึ่งเป็นผลมาจากข้อบกพร่องหรือความพิการ อันเป็นการขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ให้ได้อย่างเต็มที่ตามที่บุคคลทั่วไปพึงทำได้

การให้ความหมายของคำทั้งสามคำนั้นมีความเชื่อมโยงกันอยู่ กล่าวคือ ความบกพร่องจะอ้างถึงข้อจำกัดของสภาพร่างกาย หรือการรับรู้ต่าง ๆ ของบุคคล ในขณะที่ความพิการ

²⁵ World Health Organisation. Document A29/INFDOCI/1, Geneva, Switzerland, 1976

นั้นมี มุมมองอยู่ที่ข้อจำกัดอันเกิดจากสังคม จากการศึกษาสังคมได้แบ่งแยกบุคคลซึ่งมีข้อบกพร่องนั้นทำให้เกิดเป็นการเลือกปฏิบัติขึ้นมา ยกตัวอย่างเพื่อความเข้าใจดังนี้ “นาย ก. มีขาเพียงข้างเดียว ทำให้ถูกกีดกันจากกิจกรรมทางสังคม” การที่นาย ก. มีขาเพียงข้างเดียวนั้น จะเรียกว่ามีความบกพร่อง แต่การที่มีความบกพร่องนั้นทำให้ถูกกีดกันจากกิจกรรมทางสังคม เรียกว่าการมีข้อบกพร่องนั้นทำให้เกิดข้อเสียเปรียบละการมีข้อเสียเปรียบนั้นคือความพิการ

ต่อมาในปี ค.ศ. 1980 องค์การอนามัยโลกได้ออก International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps: A manual of classification relating to the consequences of disease เพื่อแบ่งแยกการให้ความหมายอย่างชัดเจนของคำว่า ความบกพร่อง ความพิการ และอุปสรรค โดยมีขอบเขตครอบคลุมในเรื่องการฟื้นฟูสมรรถภาพ การศึกษา สถิตินโยบาย กฎหมาย การศึกษาเกี่ยวกับสถิติประชากร สังคมวิทยา เศรษฐศาสตร์ และมนุษยวิทยา ผลที่ได้คือการให้คำนิยามของคำว่า ความพิการ คือ “บุคคลพิการคือ ทุกคนที่มีความบกพร่องทางกาย ทางจิตใจ หรือทางความรู้สึก ไม่ว่าจะมืออยู่อย่างคงที่หรือเพิ่มขึ้นก็ตาม ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดความยากในการเรียนรู้ การสร้างความสัมพันธ์ หรือการได้รับการจ้างงาน และทำให้บุคคลนั้นต้องอยู่ในสถานการณ์ที่เสียเปรียบทางสังคม หรือถูกกีดกันทางสังคม”

ในส่วนขององค์การสหประชาชาติได้นำสิทธิขั้นพื้นฐานของคนพิการมาบรรจุไว้ในเอกสารระหว่างประเทศและมีการให้คำนิยามคำว่า “คนพิการ” ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของคนพิการ ปี ค.ศ. 1975 (Declaration on the Rights of Disabled Persons, 1975) ว่าหมายถึง “บุคคลใดก็ตามซึ่งไม่สามารถสร้างหลักประกันให้แก่ตนเองไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตปกติ และ/หรือ ใช้ชีวิตในสังคมอันเป็นผลของความขาดแคลนความสามารถทางร่างกายหรือจิตใจ ไม่ว่าจะเป็นอย่างมาแต่กำเนิดหรือไม่ก็ตาม”²⁶

แผนการสำคัญที่องค์การสหประชาชาติมีต่อคนพิการเมื่อ ปี ค.ศ. 1981คือองค์การสหประชาชาติได้ประกาศให้เป็นปีคนพิการสากล (United Nations International Year of Disabled Persons, 1981 หรือ IYDP) และได้ประกาศทศวรรษสากลเพื่อคนพิการในปี ค.ศ.

²⁶ General Assembly-Thirtieth Session “Resolution adopted on the reports of the Third Committee” Resolution Number A/RES/3447(xxx) “The term “disabled person” means any person unable to ensure by himself or herself, wholly or partly, the necessities of a normal individual and/or social life, as a result of a deficiency, either congenital or not, in his or her physical or mental capabilities.”

1983-1992 (United Nations Decade of Disabled Persons, 1983-1992) จนได้มีการประกาศใช้แผนปฏิบัติการระดับโลกว่าด้วยคนพิการ (World Program of Action Concerning Disabled Persons) โดยมีเนื้อหาโดยย่อคือ²⁷

(1) การป้องกันความพิการ คือ วิธีต่าง ๆ อันมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการเกิดขึ้นของความพิการทางจิต ภาย อวัยวะรับสัมผัส อันเป็นการป้องกันขั้นปฐมภูมิ นอกจากนี้ ยังมีการป้องกันผลกระทบจากความพิการอันส่งผลร้ายทางกาย ทางจิตใจ และทางสังคม

(2) การฟื้นฟูสมรรถภาพ คือ วิธีการที่มีเป้าหมายแน่นอนที่มีการจำกัดเวลาในการช่วยคนพิการให้บรรลุสภาพที่ดีที่สุดเท่าที่จะทำได้ ทั้งทางด้านจิตใจ ทางกาย และการอยู่ร่วมในสังคม หมายถึงการให้เครื่องมือเครื่องใช้แก่คนพิการในการเปลี่ยนวิถีชีวิต เช่น การช่วยเหลือด้านอุปกรณ์ทดแทนอวัยวะที่เสียหาย เป็นต้น

(3) การสร้างความเสมอภาคในการมีโอกาสที่เท่าเทียม คือ วิธีการอันจะทำให้คนพิการได้รับประโยชน์จากสังคมได้เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป ไม่ว่าในด้านสภาพแวดล้อมทางกาย ทางวัฒนธรรม การมีที่อยู่อาศัย การเดินทางโดยใช้ยานพาหนะ การบริการด้านสังคมและอนามัย การศึกษา การทำงานและชีวิตความเป็นอยู่ในสังคม

(4) มาตรการต่าง ๆ ที่แผนปฏิบัติการระดับโลกว่าด้วยคนพิการได้จัดทำขึ้นจะสำเร็จไม่ได้หากขาดความร่วมมือจากประเทศต่าง ๆ ในการนำไปปฏิบัติ เพราะแผนนี้ไม่ได้มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย แต่เป็นเพียงแนวทางที่ถ้าประเทศต่าง ๆ นำมาปฏิบัติ ความมุ่งหมายของแผนทั้งสามประการก็จะสัมฤทธิ์ผล

ส่วนการให้ความหมายของคำว่า “ความพิการ” ตามแผนปฏิบัติการระดับโลกว่าด้วยคนพิการกำหนดไว้ในหมวดว่าด้วยคำนิยาม ซึ่งมีการแบ่งแยกความหมายของคำสามคำตามแบบขององค์การอนามัยโลก²⁸ แต่มีการให้ตัวอย่างเกี่ยวกับรูปแบบของบุคคลพิการเพื่อชี้ให้เห็นว่าบุคคลพิการนั้นมีรูปแบบของความพิการไม่เหมือนกัน เช่น การป่วยทางจิตกับการป่วยทางสติปัญญา ความบกพร่องในการมองเห็น การได้ยิน หรือการพูด เป็นต้น

²⁷ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, มณฑิเรช บุญตัน, อัครพรพน ขวัญชื่น, รายงานการวิจัยเรื่อง “การแก้ไขกฎหมายที่กีดกันคนพิการในการเข้าไปมีส่วนร่วมในสังคม: ศึกษากรณีกฎหมายและกฎระเบียบที่จำกัดสิทธิคนพิการในการประกอบอาชีพ”. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, น. 110

²⁸ โปรดดูรายละเอียดในหน้า 97

นอกจากการผลักดันให้มีทศวรรษเพื่อคนพิการแล้ว องค์การสหประชาชาติยังได้มีการกำหนดกฎหมายมาตรฐานเพื่อความเสมอภาคทางโอกาสของคนพิการ ค.ศ. 1993 (The Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, 1993) กฎหมายมาตรฐานนี้แม้ไม่ใช่ข้อบังคับให้ปฏิบัติ แต่ก็ถือเป็นมาตรฐานสากลที่แต่ละประเทศควรถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติเพื่อให้คนพิการเกิดความเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปในสังคม ซึ่งในกฎหมายมาตรฐานนี้ได้ให้ความหมายของคำว่า “ความพิการ” ไว้ว่า “คำว่า “ความพิการ” เป็นการสรุปจำนวนของข้อจำกัดในการปฏิบัติหน้าที่ที่แตกต่างที่เกิดขึ้นในบุคคลใด ๆ ในโลก บุคคลอาจเป็นคนพิการได้ทั้งจากความบกพร่องทางร่างกาย สติปัญญา หรือระบบประสาท อยู่ในสภาวะแห่งการรักษา หรือการป่วยทางจิตใจ โดยความบกพร่อง สภาวะหรือการป่วยนั้น อาจมีลักษณะเป็นการถาวรหรือชั่วคราวก็ได้”²⁹

ในองค์การแรงงานระหว่างประเทศ หรือ International Labour Organization, ILO ก็ได้มีการออกอนุสัญญาฉบับที่ 159 ว่าด้วยการฟื้นฟูสมรรถภาพด้านอาชีพและการจ้างงานสำหรับคนพิการ ค.ศ. 1983 (Convention concerning Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons), 1983) ซึ่งเป็นเอกสารที่รับรองสิทธิของคนพิการโดยมีหลักการมุ่งเน้นให้คนพิการมีโอกาสด้านการประกอบอาชีพ และการจ้างงานในตลาดแรงงาน ได้ให้คำนิยามของคำว่า “คนพิการ” ไว้ว่า หมายถึง บุคคลที่มีโอกาสในการสร้างความมั่นคง การรักษาไว้ และสร้างความก้าวหน้าในอาชีพการงานที่เหมาะสมลดลงอย่างมาก เนื่องจากความบกพร่องทางร่างกาย หรือจิตใจที่ปรากฏอย่างชัดเจน³⁰ อย่างไม่รู้ที่ ประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้

นอกจากองค์การระหว่างประเทศในระดับสากลแล้ว องค์การระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคอย่างสหภาพยุโรป หรือ EU ก็มีประเด็นเกี่ยวกับการให้ความหมายของคำว่า “ความพิการ” เช่นกัน ซึ่งพิจารณาจาก Directive 2000/78/EC ก็มีได้มีการให้ความหมายไว้อย่างเฉพาะเจาะจง ซึ่งเริ่มมีปัญหาในการตีความบ้าง เนื่องจากความพิการนั้นไม่ได้เป็นคำที่มีลักษณะที่ชัดเจนในตัวเองเหมือนกับ เพศ ศาสนา หรือความเชื่อ แต่คำว่า “disability” นั้นสะท้อนให้

²⁹ Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, General Assembly resolution 48/96, para. 17

³⁰ Convention concerning Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons), 1983, Article 1(1)

เห็นถึงลักษณะของการขาดความสามารถ แต่ใน Directive ก็ไม่สามารถให้ความกระจ่างอะไรได้มากกว่านี้ สิ่งหนึ่งเป็นเพราะ กฎหมายของประชาคมยุโรปเกี่ยวกับเรื่องนี้อนุญาตให้แต่ละรัฐสมาชิกมีอิสระในการที่จะกำหนดว่าอย่างไรเป็นความพิการ ดังเช่นที่กฎหมายของประเทศอังกฤษที่กล่าวไว้แล้วข้างต้นนี้ได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในมาตรา 1 ซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์เพื่อต่อสู้กับการเลือกปฏิบัติ ดังนั้น การให้ความหมายก็ควรที่จะคำนึงถึงพฤติการณ์ของการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ การพิจารณาความพิการนั้นจะไม่คำนึงถึงความพิการที่มีลักษณะทางการแพทย์เท่านั้น (เช่น แขน ขาพิการ ตาบอด หูหนวก เป็นต้น) แต่หากบุคคลถูกเลือกปฏิบัติโดยมีสมมติฐานบนเรื่องของความพิการ แม้ว่าแท้จริงแล้วบุคคลนั้นจะไม่ได้พิการ ก็อาจถือว่าบุคคลนั้นมีความพิการได้ หรือแม้กระทั่งบุคคลหนึ่งได้ทำงานเกี่ยวกับคนพิการ เช่น ทำงานในองค์กรคนพิการ แล้วบุคคลนั้นได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเพราะการทำงานกับคนพิการนั้น ก็อาจถูกพิจารณาว่าถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการได้ ทั้งนี้ ปัจจัยสำคัญก็คือ มีพฤติการณ์แห่งการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความพิการ นอกจากนี้ ระบบการรับประกันการรับรองสิทธิตามกฎหมายประชาคมก็คือ องค์กรศาลยุติธรรมแห่งยุโรป ซึ่งสามารถวินิจฉัยการให้ความหมายของความพิการได้ หากว่าการให้ความหมายเช่นว่านั้น จะไม่เป็นการบรรลุถึงวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายประชาคม ซึ่งเป็นไปตามหลักการทั่วไปของสหภาพยุโรปอยู่แล้ว

แม้ว่าจะไม่ค่อยปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความหมายที่ชัดเจนของคำว่า "ความพิการ" อย่างเช่นกฎหมายภายในของประเทศอังกฤษ หรืออเมริกาได้ให้ไว้แต่อย่างไรก็ดี Barbara M Altman³¹ ได้ให้องค์ประกอบในการหาความหมายของคำว่า "ความพิการ" โดยศึกษาจากโมเดลที่แตกต่างกัน 5 โมเดลได้แก่ associal model, ICIDH-1 model, Nagi model, Verbrugge and Jette model และ IOM -1 and IOM-2 model ซึ่งเมื่อพิจารณารวมกันแล้วจะสามารถแยกได้ 5 องค์ประกอบดังนี้³²

1. ลักษณะของโรค (pathology) หมายถึงโรคต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับบุคคล
2. ความบกพร่อง (impairment)
3. ข้อจำกัดในการปฏิบัติงาน (functional limitations)

³¹ Agency for Healthcare Research and Quality, Rockville, MD

³² Barbara M. Altman, "Disability definitions, models, classification schemes and applications", chap. 3, in Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman and Michale Bury (eds.), *Handbook of Disability Studies*, (USA: Sage Publications Inc, 2001) pp. 102-110

4. ผลที่เกิดขึ้น (outcome term) หมายความว่าถึงความเสียเปรียบหรืออุปสรรคที่เกิดขึ้นแก่บุคคล เนื่องจากความบกพร่องของบุคคลนั้น
5. contextual factors หมายถึงปัจจัยพื้นฐานไม่ว่าจะเป็น ปัจจัยของตัวบุคคลเอง เช่น ลักษณะสำคัญของร่างกาย หรือปัจจัยทางสิ่งแวดล้อม เช่น สถานที่ทำงาน เป็นต้น

อย่างที่กล่าวไว้ตอนต้นว่า ประเด็นสำคัญที่เกิดขึ้นในทางระหว่างประเทศ หรือแม้แต่ภายในประเทศเองก็ตาม คือ การกำหนดโมเดลในการให้ความหมายของความพิการ ซึ่งโมเดลที่มีการกล่าวถึงกันมาก 2 โมเดลก็คือ โมเดลทางการแพทย์ (medical model) และโมเดลทางสังคม (social model)

โมเดลทางการแพทย์ หรือ Medical model เป็นโมเดลที่มักใช้ในการกำหนดความหมายของความพิการในปัจจุบัน นั่นก็คือ การวินิจฉัยถึงความพิการโดยวิธีทางการแพทย์ ผ่านการมองที่ตัวบุคคลนั้นเป็นหลักว่ามีความบกพร่องที่เกิดขึ้นหรือไม่ แล้วถึงขนาดที่จะเรียกว่าพิการได้หรือไม่

โมเดลทางสังคม หรือ Social model เป็นโมเดลที่เกิดขึ้นใหม่โดยหมายถึง ข้อจำกัดหรือความสูญเสียของโอกาสในการใช้ชีวิตอย่างที่เป็นส่วนหนึ่งของสังคม เพราะอุปสรรคทางร่างกายและอุปสรรคทางสังคม ซึ่งเป็นมุมมองที่เน้นถึงประโยชน์ของผู้ที่มีความบกพร่องว่าได้รับการปฏิบัติอย่างไรในสังคม ซึ่งความพิการของโมเดลนี้อาจเกิดขึ้นได้แม้จะไม่สามารถเห็นความบกพร่องทางร่างกาย หรือทางจิตใจของบุคคลนั้นได้อย่างชัดเจนก็ตาม

3. การให้ความหมายของ "ความพิการ" ตามกฎหมายไทย

ในการศึกษาความหมายของ "ความพิการ" ตามกฎหมายไทย สามารถศึกษาได้จากกฎหมายรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งในกฎหมายแต่ละฉบับนั้นจะใช้คำศัพท์ที่ไม่เหมือนกัน เช่น ทูพพลภาพ สมรรถภาพ เป็นต้น แม้จะแสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นเอกภาพในการให้ความคุ้มครองคนพิการ แต่ในแต่ละคำต่างก็มุ่งไปที่คนพิการทั้งสิ้น

ในเบื้องต้นนี้ ความหมายที่อยู่ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้คำว่า "พิการ" หมายถึง เสียอวัยวะ มีแขน มีขา เป็นต้น เสียไปจากสภาพเดิม ส่วนคำว่า "ทูพพลภาพ" หมายถึง หย่อนกำลังความสามารถที่จะประกอบกิจการได้ตามปกติ

นอกจากนี้ ยังข้อเสนอเกี่ยวกับการให้ความหมายของ "ความพิการ" จากคณะผู้วิจัย เรื่อง การแก้ไขกฎหมายที่กีดกันคนพิการในการเข้าไปมีส่วนร่วมในสังคม: ศึกษากรณีกฎหมาย และกฎระเบียบที่จำกัดสิทธิคนพิการในการประกอบอาชีพ โดยให้คำนิยามว่าหมายถึง บุคคลซึ่งความสามารถถูกจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวัน และการมีส่วนร่วมทางสังคมได้โดยวิธีการทั่วไป เนื่องจากมีความบกพร่องทางการเห็น การได้ยิน การเคลื่อนไหว การสื่อสาร จิตใจ อารมณ์ พฤติกรรม สติปัญญา หรือการเรียนรู้ และมีความต้องการจำเป็นพิเศษด้านต่าง ๆ เพื่อให้สามารถดำเนินชีวิตและมีส่วนร่วมในสังคมได้อย่างบุคคลทั่วไป³³

3.1 การให้ความหมายตามรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองคนพิการที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติหรือไม่ ต้องพิจารณามาตรา 30 วรรคสาม ซึ่งเป็นเรื่องของการห้ามการเลือกปฏิบัติเพียงมาตราเดียวในรัฐธรรมนูญกำหนดว่า

"การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้"

มีข้อสังเกตว่า ตามมาตรานี้ไม่ได้กำหนดเหตุแห่งความแตกต่างเรื่องความพิการเอาไว้ อย่างไรก็ตามก็ได้กำหนดเหตุเรื่องสภาพทางกายหรือสุขภาพเอาไว้ ซึ่งเป็นคำที่ใกล้เคียงกับความพิการมากที่สุด ปัญหาว่าคำที่ใกล้เคียงนั้นจะสามารถคุ้มครองคนพิการได้ในทุกกรณีหรือไม่

เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า "สภาพทางกาย" แล้วไม่ได้เป็นคำที่มีความหมายอยู่ในตัวมันเอง แต่เป็นการประสมคำว่า "สภาพ" กับ "ทางกาย" ซึ่ง "สภาพ" หมายความว่า ความเป็นเองตามธรรมชาติของมัน, ลักษณะในตัวเอง³⁴ ส่วนคำว่าว่า "ทางกาย" หมายถึง ร่างกาย³⁵ ซึ่งเมื่อรวมความหมายของทั้งสองคำแล้ว น่าจะมีความหมายว่า ร่างกายในลักษณะที่เป็นปกติ

³³ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, มณฑิธร บุญตัน, อัครพรพรณ ขวัญชื่น, อ่างแก้ว เชิงอรอด ที่ 27 น. 13

³⁴ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 จาก

<http://www.royin.go.th/th/home/>

³⁵ เฟิงอ่าง,

ธรรมดา ดังนั้นหากมีร่างกายที่แตกต่างไปจากปกติธรรมดา ก็น่าจะเข้าอยู่ในความหมายของสภาพทางกายที่ได้รับความคุ้มครองไม่ให้ถูกเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ส่วนคำว่า “สุขภาพ” หมายถึง ภาวะที่ปราศจากโรคภัยไข้เจ็บ เช่น อาหารเพื่อสุขภาพ การสูบบุหรี่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ

ดังนั้นเมื่อสรุปจากความหมายของคำว่า “สภาพทางกายหรือสุขภาพ” ตามรัฐธรรมนูญแล้ว มีขอบเขตความคุ้มครองถึงบุคคลที่มีความผิดปกติทางร่างกายที่แสดงออกมาให้เห็นถึงความผิดปกตินั้นรวมไปถึงการประสบความเจ็บป่วยด้านโรคภัยไข้เจ็บด้วย ชื่อน่าสังเกตประการหนึ่งก็คือ คำว่า “สภาพทางกายหรือสุขภาพ” ปรากฏอยู่ในการกำหนดประเภทความพิการของคณะกรรมการคัดเลือกและจำแนกความต้องการเพื่อการศึกษ (พ.ศ. 2543) ด้วยว่าความบกพร่องทางร่างกายหรือสุขภาพ เป็นความพิการประเภทหนึ่งที่คณะกรรมการฯ กำหนด ดังนั้น “สภาพทางกายหรือสุขภาพ” ตามรัฐธรรมนูญนี้ จะมีความหมายเดียวกับที่คณะกรรมการฯ กำหนดหรือไม่ หรือจะมีความหมายที่กว้างกว่านั้น เพราะหากมีความหมายเพียงที่คณะกรรมการฯ ได้กำหนดไว้ว่าเป็นประเภทหนึ่ง ก็จะไม่ครอบคลุมถึงประเภทของความพิการอื่น ๆ ที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป ทั้งนี้ ในการกำหนดความหมายของ “สภาพทางกายหรือสุขภาพ” นี้ก็ยังไม่ได้มีการกล่าวถึงกันแต่อย่างใด

การให้ความคุ้มครองแก่คนพิการตามรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมความเสมอภาคคือ มาตรา 55 ดังนี้

“บุคคลซึ่งพิการหรือทุพพลภาพ มีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ซึ่งใช้คำว่า “ผู้พิการหรือทุพพลภาพ” ประเด็นสำคัญคือ เป็นการใช้คำที่ตรงกว่าคำว่า “สภาพทางกายหรือสุขภาพ” ตามมาตรา 30 อาจทำให้ตีความได้ว่าคำว่า “สภาพทางกายหรือสุขภาพ” นี้จะไม่ใช่กรณีของความพิการ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นไปได้ว่าคำว่า “สภาพทางกายหรือสุขภาพ” อาจมีความหมายที่กว้างกว่าผู้พิการหรือทุพพลภาพตามมาตรา นี้ อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่ได้มีการให้ความหมายหรือขอบเขตของคำไว้อย่างชัดเจน จึงไม่ทราบว่าจะขอบเขตของความพิการหรือทุพพลภาพนี้กว้างหรือแคบขนาดไหน แต่ก็ยังไม่เห็นแนวคิดที่จะให้ความหมายแก่คนพิการโดยใช้โมเดลทางสังคมอยู่ดี

นอกจากความในมาตรา 30 วรรคสามแล้ว ในมาตรา 80 วรรคสอง ก็เป็นอีกมาตราหนึ่งที่ให้ความคุ้มครองแก่คนพิการดังนี้

"รัฐต้องสงเคราะห์คนชรา ผู้ยากไร้ ผู้พิการหรือทุพพลภาพ และผู้ด้อยโอกาสให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีและพึ่งตนเองได้"

มาตรานี้ก็เป็นมาตราที่ใช้คำว่า "ผู้พิการหรือทุพพลภาพ" ไว้อย่างชัดเจน แต่ก็มิได้มีการให้ความหมายหรือคำจำกัดความของคำนั้นแต่อย่างใด

3.2 การให้ความหมายตามพระราชบัญญัติเกี่ยวกับคนพิการ

พระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับคนพิการมีอยู่หลายฉบับที่กำหนดความหมายของคำว่า "ความพิการ" ไว้ แต่อย่างทีกล่าวไว้แล้วว่าพระราชบัญญัติบางฉบับก็ไม่ได้ใช้คำว่า "ความพิการ" แต่ใช้คำว่า "ทุพพลภาพ" หรือ "สมรรถภาพ" แทนมีดังนี้

พระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ. 2534 มาตรา 4 บัญญัติคำว่า "คนพิการ" หมายถึงคนที่มีความผิดปกติหรือบกพร่องทางร่างกาย ทางสติปัญญา หรือทางจิตใจ ตามประเภทและหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรานี้ คือ กฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2537)³⁶ ได้กำหนดประเภทของคนพิการไว้เป็น 5 ประเภทดังนี้

1. คนพิการทางการมองเห็น ได้แก่

1.1 คนที่มีสายตาง่าที่ต่ำกว่าเมื่อใช้แว่นสายตาธรรมดาแล้วมองเห็นน้อยกว่า 6/18 หรือ 20/70 ลงไปจนมองไม่เห็นแม้แต่แสงสว่างหรือ

1.2 คนที่มีลานสายตาแคบกว่า 30 องศา

2. คนพิการทางการได้ยินหรือการสื่อความหมาย ได้แก่

2.1 คนที่ได้ยินเสียงที่ความถี่ 500 เฮิรตซ์ 1,000 เฮิรตซ์ หรือ 2,000 เฮิรตซ์ ในหูข้างที่ต่ำกว่า ที่มีความดังเฉลี่ยดังต่อไปนี้

- สำหรับเด็กอายุไม่เกิน 7 ปี เกิน 40 เดซิเบลขึ้นไปจนไม่ได้ยินเสียง
- สำหรับคนทั่วไปไม่เกิน 55 เดซิเบลขึ้นไป จนไม่ได้ยินเสียง หรือ

2.2 คนที่มีความผิดปกติหรือความบกพร่องในการเข้าใจ หรือการใช้ภาษาพูดจนไม่สามารถสื่อความหมายกับคนอื่นได้

3. คนพิการทางกายหรือการเคลื่อนไหว ได้แก่

³⁶ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, มณฑิเยร บุญตัน, อัครพรพรรณ ขวัญชื่น, อ่างแล้ว เริงอรรด ที่ 27 น. 17-18

3.1 คนที่มีความผิดปกติหรือความบกพร่องของร่างกายที่เห็นได้อย่างชัดเจน และไม่สามารถประกอบกิจวัตรหลักในชีวิตประจำวันได้ หรือ

3.2 คนที่มีการสูญเสียความสามารถในการเคลื่อนไหวมือ แขน ขา หรือลำตัว อันเนื่องมาจากแขน หรือขาขาด อัมพาตหรืออ่อนแรง โรคข้อหรืออาการปวดเรื้อรัง รวมทั้งโรคเรื้อรังของระบบการทำงานของร่างกายอื่น ๆ ที่ทำให้ไม่สามารถประกอบกิจวัตรในชีวิตประจำวันหรือดำรงชีวิตในสังคมเยี่ยงคนปกติทั่วไป

4. คนพิการทางจิตใจหรือพฤติกรรม ได้แก่ คนที่มีความผิดปกติหรือความบกพร่องทางจิตใจ หรือสมองในส่วนของ การรับรู้ อารมณ์ ความคิดจนไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมที่จำเป็นในการดูแลตนเองหรืออยู่ร่วมกับผู้อื่น

5. คนพิการทางสติปัญญาหรือการเรียนรู้ ได้แก่ คนที่มีความผิดปกติหรือความบกพร่องทางสติปัญญาหรือสมองจนไม่สามารถเรียนรู้ด้วยวิธีการศึกษาปกติได้

พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2545 มาตรา 10 บัญญัติว่า "คนพิการ" หมายถึงบุคคลซึ่งมีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา อารมณ์ สังคม การสื่อสารและการเรียนรู้ หรือมีร่างกายพิการ หรือทุพพลภาพ หรือบุคคลซึ่งไม่สามารถพึ่งตนเองได้หรือไม่มีผู้ดูแล นอกจากนี้คณะกรรมการคัดเลือกและจำแนกความต้องการเพื่อการศึกษา (พ.ศ. 2543) ได้กำหนดประเภทของนักเรียนพิการ หรือมีความบกพร่องไว้ 9 ประเภท³⁷ โดยสรุปมีดังนี้

1. บุคคลที่มีความบกพร่องทางการมองเห็น หมายถึง บุคคลที่สูญเสียการเห็นตั้งแต่ระดับเล็กน้อยจนถึงตาบอดสนิท ซึ่งแบ่งได้อีก 2 กลุ่มคือ

1.1 คนตาบอด หมายถึง คนที่สูญเสียการมองเห็นมากจนต้องใช้อักษรอักษรเบลล์ หรือใช้วิธีการฟังเทป หรือหนังสือเสียง แต่ไม่สามารถอ่านหนังสือเองได้

1.2 คนเห็นเลือนราง หมายถึง คนที่สูญเสียการเห็นแต่ยังสามารถอ่านอักษรตัวพิมพ์ที่ขยายใหญ่ได้

2. บุคคลที่มีความบกพร่องทางการได้ยิน ซึ่งแบ่งได้อีก 2 ประเภท

2.1 คนหูหนวก หมายถึง สูญเสียการได้ยินจนไม่สามารถรับข้อมูลผ่านทาง การได้ยิน แม้จะใส่เครื่องช่วยฟังก็ตาม ในทางเทคนิคคือจะเริ่มได้ยินเมื่อเสียงดังมากกว่า 90 เดซิเบล

³⁷ เห่งอ้าง, น. 14-17

2.2 คนหูตึง หมายถึง คนที่ยังสามารถได้ยินได้โดยผ่านทางการใช้เครื่องช่วยฟัง ซึ่งแบ่งระดับความรุนแรงของการหูตึงได้ตามระดับการได้ยินเสียงเป็น 4 ระดับ

3. บุคคลที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา หมายถึง คนที่มีพัฒนาการช้า และระดับเชาวน์ปัญญาต่ำกว่าคนทั่วไป และความสามารถในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมต่ำกว่าเกณฑ์ทั่วไปอย่างน้อย 2 ทักษะ เช่น ทักษะการสื่อความหมาย ทักษะทางสังคม ทักษะการดูแลตนเอง ทักษะการควบคุมตนเอง เป็นต้น

4. บุคคลที่มีความบกพร่องทางร่างกายหรือสุขภาพ หมายถึงคนที่มีอวัยวะไม่สมบูรณ์ใดส่วนหนึ่งหรือหลายส่วนขาดหายไป กระดูกและกล้ามเนื้อพิการ เจ็บป่วยเรื้อรังรุนแรง มีความพิการของระบบประสาท มีความลำบากในการเคลื่อนไหวซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการศึกษาในสภาพปกติทั่วไป แต่ไม่รวมถึงคนหูหนวก ตาบอด ซึ่งแบ่งได้เป็น 4 กลุ่มย่อยดังนี้

4.1 โรคของระบบประสาท เช่น ซีรีบรัลพัลซีย์ (Cerebral Palsy) โรคลมชัก มัลติเพิล สเคลอโรซิส (Multiple Sclerosis) เป็นต้น

4.2 โรคทางระบบกล้ามเนื้อและกระดูก เช่น ข้ออักเสบ เท้าปุก กระดูกอ่อน อัมพาต กล้ามเนื้อลีบ หรือมัสดิวลาร์ ดิสโทรฟี (Muscular Dystrophy) กระดูกสันหลังคด เป็นต้น

4.3 การไม่สมบูรณ์แต่กำเนิด เช่น โรคศีรษะโต สไปนา เบฟฟิดา (Spina Bifida) แขนขาดแต่กำเนิด เตี้ยแคระ เป็นต้น

4.4 สภาพความพิการและความบกพร่องทางสุขภาพอื่น ๆ แบ่งได้เป็นทางกาย เช่น ความพิการอันเนื่องมาจากอุบัติเหตุ ไฟไหม้ แขนขาขาด เป็นต้น และความบกพร่องทางสุขภาพ เช่น โรคหอบ นิด โรคหัวใจ วัณโรค ปอดอักเสบ เป็นต้น

5. บุคคลที่มีปัญหาทางการเรียนรู้ หมายถึง คนที่มีความบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างในกระบวนการพื้นฐานทางจิตวิทยาที่เกี่ยวกับความเข้าใจหรือการใช้ภาษา รวมทั้งความบกพร่องในการรับรู้ ทั้งนี้ไม่รวมถึงความปัญญาอ่อน หรือปัญหาทางอารมณ์

6. บุคคลที่มีความบกพร่องทางการพูดและภาษา หมายถึง คนที่มีความบกพร่องในเรื่องของการออกเสียงพูด

7. บุคคลที่มีปัญหาทางพฤติกรรมหรืออารมณ์ หมายถึง มีพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากปกติเป็นอย่างมาก และเป็นไปอย่างต่อเนื่อง

8. บุคคลออทิสติก หมายถึง มีความบกพร่องทางพัฒนาการด้านสังคม การมีปฏิสัมพันธ์ทางสังคม การสื่อสาร ทั้งการพูด การเข้าใจ และการสื่อความหมาย, มีความบกพร่องทางด้านพฤติกรรมและอารมณ์, มีความบกพร่องด้านการรับรู้และการใช้ทางประสาทสัมผัสทั้งห้า

คือ การรับรู้ การเห็น การตอบสนองต่อการฟัง การสัมผัส การรับกลิ่นและรส, มีความบกพร่องด้านการใช้อวัยวะต่าง ๆ อย่างประสานสัมพันธ์ ไม่คล่องแคล่ว งุ่มง่าม, มีความบกพร่องด้านจินตนาการ ไม่สามารถแยกเรื่องจริงออกจากเรื่องสมมติ การประยุกต์ไม่เป็น ไม่เข้าใจสิ่งที่เป็นนามธรรม ไม่มีลำดับความสำคัญก่อนหลัง, มีความบกพร่องด้านสมาธิ

9. บุคคลพิการซ้อน หมายถึง การมีความพิการมากกว่าหนึ่งประเภท

เหตุที่ยกพระราชบัญญัติทั้งสองมากล่าวนั้นเนื่องจากการกำหนดของเขตของความพิการไว้อย่างค่อนข้างชัดเจน ไม่ได้เป็นเพียงการให้คำนิยามเอาไว้เฉย ๆ อย่างที่พระราชบัญญัติหลาย ๆ ฉบับได้ให้เอาไว้ เช่น

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 5 บัญญัติคำว่า "ทุพพลภาพ" หมายถึงการสูญเสียอวัยวะหรือสูญเสียสมรรถภาพของอวัยวะหรือของร่างกาย หรือสูญเสียสภาพปกติของจิตใจจนไม่สามารถทำงานได้ ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแพทย์กำหนด

พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มาตรา 5 บัญญัติคำว่า "สูญเสียสมรรถภาพ" หมายถึงการสูญเสียอวัยวะหรือการสูญเสียสมรรถภาพในการทำงานของร่างกายหรือจิตใจภายหลังการรักษาด้วยวิธีทางการแพทย์สิ้นสุดแล้ว

พระราชบัญญัติที่ยกมานี้ก็มีได้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยตรง ดังนั้น การให้ความหมายอาจไม่ได้เล็งถึงการคุ้มครองบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติเป็นหลัก

3.3 วิเคราะห์การให้ความหมายของคำว่า "ความพิการ" ตามกฎหมายไทย

หากจะเน้นเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติแล้ว จะพบว่าไม่มีกฎหมายใดในประเทศไทยที่กำหนดความหมายที่ชัดเจนของคำว่า "ความพิการ" เพื่อให้คนพิการได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ แม้ในรัฐธรรมนูญเองก็ได้บัญญัติเหตุแห่งความพิการเป็นเหตุที่ห้ามการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน แต่บัญญัติถึงเหตุ "สภาพทางกายหรือสุขภาพ" ดังได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งในทางปฏิบัติก็ยังไม่เคยมีการอ้างถึงเหตุดังกล่าวมากพอที่จะค้นความหมายได้จากแนวคำวินิจฉัยของศาลจึงไม่ทราบว่าจะมีขอบเขตของคำนั้นขนาดไหน อย่างไรก็ดี การให้ความหมายของ "ความพิการ" ตามพระราชบัญญัติโดยเฉพาะพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ที่ได้กำหนดความหมายและประเภทของความพิการไว้พอสมควร ทำให้พอจะเห็นภาพของลักษณะของคนพิการที่มีอยู่ในประเทศไทย

หากพิจารณาตามความหมายและขอบเขตที่พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับให้ไว้ เปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการของประเทศอังกฤษ และกฎหมายว่าด้วยคนอเมริกันผู้พิการของประเทศอเมริกา จะพบว่า มีประเด็นที่ควรให้ความใส่ใจดังนี้

1. การคุ้มครองบุคคลที่เป็นโรคเอดส์ ที่ใกล้เคียงที่สุดน่าจะเป็นพระราชบัญญัติ การศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 จากการกำหนดของคณะกรรมการคัดเลือกและจำแนกความต้องการเพื่อการศึกษา ในเรื่องโรคติดต่อแต่ก็มีได้กำหนดตัวอย่างไว้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เพราะโรคเอดส์เป็นโรคที่ได้รับความรังเกียจจากสังคมมากกว่าโรคอื่น ๆ ยิ่งกับคนที่ไม่รู้จักโรคนี้ดีด้วยแล้วยิ่งทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้

2. การให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่มีประวัติหรือเคยเป็นผู้พิการมาก่อน เป็นเรื่องทางอุดมคติที่เกิดขึ้นกับคนพิการ หรือคนที่เคยพิการที่แม้จะรักษาหายแล้วก็ยังถูกมองว่ามีศักยภาพไม่เท่ากับคนปกติ ซึ่งเป็นมุมมองที่ไม่ส่งเสริมความเสมอภาคอย่างยิ่ง

3. การคำนึงถึงผลกระทบในการดำเนินชีวิต ซึ่งถือเป็นปัจจัยทางสังคมที่เกิดขึ้นกับคนพิการ กล่าวคือ การพิจารณาว่าความพิการจะมีขอบเขตเพียงใดนั้นควรที่จะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับการดำเนินชีวิตของแต่ละบุคคลด้วย

หากพิจารณาประเด็นที่เกิดในกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการกำหนดโมเดลในการให้ความหมายและขอบเขตของความพิการ มีอยู่ 2 โมเดลคือ โมเดลทางการแพทย์ และโมเดลทางสังคม ซึ่งหากพิจารณาตามความหมายที่กฎหมายไทยให้ไว้จะเน้นหนักไปในทางโมเดลทางการแพทย์ กล่าวคือ เน้นสิ่งที่เกิดขึ้นทางกายภาพเป็นหลัก แต่มิได้ให้ความใส่ใจกับพฤติกรรมทางสังคมที่เกิดขึ้นกับบุคคลนั้นเท่าใดนัก ดังนั้นการเพิ่มความใส่ใจกับโมเดลทางสังคมซึ่งเป็นแนวโน้มที่ได้รับความสนใจมากขึ้นทั้งในทางระหว่างประเทศและในประเทศอื่น ๆ ให้มากขึ้น ก็จะทำให้กฎหมายมีความทันสมัยตามอารยประเทศไปด้วย