

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาพบว่าหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องการเลือกปฏิบัตินั้นมีที่มาจากหลักความเสมอภาคผสมกับแนวคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะเมื่อกล่าวถึงการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการแล้ว การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติถือเป็นการกระทำที่ไม่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนพิการ เพราะเป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของคนพิการลง หลักการสำคัญเรื่องการเลือกปฏิบัติคือห้ามให้มีการเลือกปฏิบัติโดยอ้างเหตุแห่งความแตกต่างที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเหตุความพิการเป็นเหตุหนึ่งที่ถูกหมายระหว่างประเทศยอมรับให้เป็นเหตุที่ห้ามให้มีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการ แม้ว่าอนุสัญญาระหว่างประเทศบางฉบับจะยังไม่ได้กำหนดเหตุความพิการนี้ไว้อย่างชัดเจน แต่ก็เปิดให้มีการตีความถึงเหตุความพิการไว้ โดยเฉพาะอนุสัญญาต่าง ๆ ขององค์การสหประชาชาติต่างก็มีแนวโน้มในการให้ความสำคัญคุ้มครองแก่บุคคลพิการจากการเลือกปฏิบัติมากขึ้น สังเกตได้จากกรณีที่สหประชาชาติได้ผลักดันมาตรการต่าง ๆ ที่มุ่งคุ้มครองบุคคลพิการเช่น การประกาศใช้แผนการระดับโลกว่าด้วยคนพิการ การกำหนดกฎหมายมาตรฐานเพื่อความเสมอภาคทางโอกาสของคนพิการ ค.ศ. 1993 เป็นต้น

การผลักดันให้เกิดความเสมอภาคโดยการใช้อกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัตินั้น เห็นได้อย่างชัดเจนเริ่มตั้งแต่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้กำหนดข้อบทที่ห้ามการเลือกปฏิบัติ อันทำให้อนุสัญญาหรือกติการะหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966, กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966, อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965 ต่างก็กำหนดบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติไว้ทั้งสิ้น นอกจากนี้กฎหมายระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค เช่น อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ก็ได้กำหนดหลักกฎหมายเรื่องการเลือกปฏิบัติไว้เช่นกัน โดยการใช้กฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ โดยเฉพาะอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป สามารถที่จะหาหลักเกณฑ์เพื่อนำมาพิจารณาการเลือกปฏิบัติได้ ว่าการกระทำอย่างไรที่จะเรียกว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะของกฎหมายในประเทศไทยแล้วจะพบว่า รัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 30 ก็ได้กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน เช่นกัน อันเป็นการแสดงถึงพัฒนาด้านกฎหมายในการให้ความคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการบัญญัติหลักการไว้เป็นกฎหมายแล้ว สิ่งสำคัญประการหนึ่งก็คือ ต้องบังคับใช้กฎหมายนั้นให้มีประสิทธิภาพตามไปด้วย แต่ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกรอบกฎหมายที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติไว้โดยตรง แม้จะมีความพยายามที่จะร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลขึ้นมา แต่ร่างพระราชบัญญัตินั้นก็ตกไป อีกทั้งเมื่อได้ศึกษาร่างพระราชบัญญัตินั้นแล้วก็สามารถพบช่องว่างในการให้ความคุ้มครองได้หลายประการ อันเป็นการแสดงว่าการให้ความใส่ใจในการให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลในประเทศไทย โดยเฉพาะเรื่องการเลือกปฏิบัตินั้นยังไม่ครอบคลุมเทียบเท่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด นอกจากนี้ เมื่อมีคดีได้ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครองที่ผู้ร้องอ้างขอความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญมาตรา 30 นี้เพื่อหาเหตุผลหรือหลักเกณฑ์ที่ศาลนั้น ๆ ใช้ในการวินิจฉัย ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองสามารถวางหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมเพื่อวินิจฉัยหลักการเลือกปฏิบัติได้ ก็สามารถเป็นมาตรฐานที่จะนำไปใช้ได้ แต่จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญกลับไม่ได้วางหลักเกณฑ์หรือเหตุผลใด ๆ แห่งการวินิจฉัย ในทางตรงกันข้าม ศาลรัฐธรรมนูญกลับมองว่าการที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการที่กำหนดให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างต่อผู้พิพากษาได้นั้นเป็นความเหมาะสมและไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่ขัดกับหลักความเสมอภาคอย่างชัดเจน ยิ่งเมื่อนำหลักเกณฑ์ในทางระหว่างประเทศมาเปรียบเทียบด้วยแล้วยิ่งพบว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในทางระหว่างประเทศเลย ในขณะที่ศาลปกครองกลางก็มีการให้เหตุผลที่ผิด ๆ ต่อการพิจารณาถึงความแตกต่างของบุคคลพิการ ว่าเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ทั้ง ๆ ที่ไม่ได้มีการทดสอบความสามารถแต่อย่างใด ส่วนคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่มองว่าความพิการนั้นเป็นความแตกต่างแต่ไม่ใช่ความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งมีความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค แต่ผู้เขียนเห็นว่าโดยพื้นฐานแล้วต้องไม่มองว่าความพิการของบุคคลเป็นความแตกต่าง เว้นแต่เป็นการมองในลักษณะที่ความเสียเปรียบของคนพิการนั้นเป็นความจำเป็นเพื่อสร้างมาตรการพิเศษอันนำไปสู่ความเสมอภาค ท้ายที่สุดแล้ว ไม่ว่าจะเป็ศาลปกครองกลาง ศาลปกครองสูงสุด หรือศาลรัฐธรรมนูญ ต่างก็ไม่ได้มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยถึงการเลือกปฏิบัติที่สอดคล้องกับทางระหว่างประเทศที่มีการคำนึงถึงการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสมด้วย

ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศในระดับสากลที่ว่าด้วยเรื่องการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการโดยเฉพาะนั้นยังไม่ปรากฏออกมาอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นแผนปฏิบัติการระดับโลกว่าด้วยคนพิการ, กฎมาตรฐานเพื่อความเสมอภาคทางโอกาสของคนพิการ ค.ศ. 1993 หรือปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของคนพิการ ค.ศ. 1975 ต่างก็ไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่การตีความเพื่อให้อนุสัญญาหรือกติการะหว่างประเทศคุ้มครองสิทธิก็ได้เปิดโอกาสให้ขยายความคุ้มครองถึงคนพิการด้วย นอกจากนี้ องค์การสหประชาชาติก็ได้มีร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้พิการโดยเฉพาะ ทั้งการห้ามการเลือกปฏิบัติ และการประกันความเสมอภาคโดยมาตรการต่าง ๆ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การให้ความคุ้มครองแก่บุคคลพิการเป็นการเฉพาะที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติและนำไปสู่ความเสมอภาคนั้น เริ่มมีก่อตัวขึ้นเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในระดับสากลแล้ว แต่หากกล่าวถึงกฎหมายระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค โดยเฉพาะภูมิภาคยุโรป สหภาพยุโรปได้ออก directive 2000/78/EC ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เท่าเทียมในการจ้างงานและการประกอบอาชีพ ที่มีการกล่าวห้ามการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการไว้อย่างชัดเจน หรือในสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป ก็มีหลักการเกี่ยวกับเรื่องการเลือกปฏิบัติ จึงค่อนข้างชัดเจนว่ากฎหมายระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคยุโรปที่ว่าด้วยเรื่องการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการนั้นเป็นกฎหมายที่แน่นอน ส่วนในระดับภายในประเทศของประเทศที่เจริญแล้ว เช่น ประเทศอังกฤษ หรือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ต่างก็มีกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของคนพิการที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนแล้วคือ กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการของประเทศอังกฤษ และกฎหมายว่าด้วยความพิการของคนอเมริกัน ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ได้ให้ความคุ้มครองแก่คนพิการในบางเรื่องมากกว่าในระดับระหว่างประเทศ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าทางกฎหมายที่เล็งเห็นถึงความสำคัญในการให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีความเสียเปรียบ และหากพิจารณาถึงกฎหมายไทยแล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าไม่มีกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการโดยตรงเลย เพียงแต่ในรัฐธรรมนูญได้กำหนดเหตุ "สภาพทางกายหรือสุขภาพ" ไว้ซึ่งมีความใกล้เคียงกับเหตุความพิการมากที่สุด แต่ก็ยังไม่ได้มีการให้ความหมายของคำดังกล่าวไว้ว่ามีขอบเขตเพียงใดและสอดคล้องกับความหมายของคำว่า "ความพิการ" ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายต่างประเทศกำหนดไว้หรือไม่ ทั้งที่มีคนพิการได้อ้างขอความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญดังได้กล่าวมาแล้วนั้น ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองก็มิได้พิจารณาความหมายของ "สภาพทางกายหรือสุขภาพ" แต่อย่างใด ในทางตรงข้าม กฎหมายหลาย ๆ ฉบับยังมีลักษณะที่เป็นการกีดกันคนพิการ และเปิดโอกาสให้มีการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการได้

แม้ว่าหลักการสำคัญของหลักเรื่องการเลือกปฏิบัตินั้นคือ การห้ามให้มีการเลือกปฏิบัติก็ตาม แต่เพื่อทำให้เกิดความเสมอภาค ในบางครั้งจึงจำเป็นต้องมีการเลือกปฏิบัติ เรียกว่า การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม ซึ่งถือเป็นกรณียกเว้นเพื่อทำให้เกิดความเสมอภาคเท่านั้น และหากศึกษาจากกฎหมายระหว่างประเทศในระดับสากลแล้วจะพบว่าแนวคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้น ก็แทรกซึมอยู่ในบทบัญญัติโดยอยู่ในลักษณะของการเปิดโอกาสให้รัฐใช้มาตรการพิเศษ ในการดำเนินการใด ๆ เพื่อทำให้เกิดความเสมอภาคหรือเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายนั้น ซึ่งวัตถุประสงค์เช่นว่านั้นก็คือการสร้างความเสมอภาค หรือความเท่าเทียมทางโอกาสให้แก่บุคคลนั้นเอง แม้ว่ามาตรการพิเศษนั้น ๆ จะเข้าลักษณะของการเลือกปฏิบัติก็ตาม แต่ก็จะไม่ถือว่าเป็น การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม มาตรการพิเศษที่อนุญาตให้รัฐสามารถใช้ได้นั้นจะเป็นเพียงมาตรการชั่วคราว กล่าวคือ หากรัฐบรรลุถึงวัตถุประสงค์ตามกฎหมายแล้วก็ต้องหยุด ดำเนินมาตรการพิเศษนั้น จึงกล่าวได้ว่าเรื่องการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นอาจจะไม่ถึงกับเป็นกฎหมายที่แน่นอน เพราะยังมีเงื่อนไขในการใช้และยังไม่ชัดเจนในเรื่องของหลักการใช้เท่าใดนัก แต่ก็ถือได้ว่าเริ่มก่อตัวขึ้นเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว และน่าจะเป็นกฎหมายที่แน่นอนต่อไป แต่หากกล่าวถึงกฎหมายภายในของประเทศที่พัฒนาแล้วจะพบว่าหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม นั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายที่แน่นอนแล้ว เช่น ในประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น เมื่อศึกษาตามกฎหมายไทยแล้วจะพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 30 วรรค 4 มีแนวคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมอยู่ด้วย แม้จะไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศก็ยังไม่สามารถกำหนดไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน ดังนั้น การปรากฏของแนวคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมในกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงถือว่าเป็นสิ่งที่ดี และควรติดตามการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนี้ อย่างใกล้ชิดเพื่อที่จะสามารถปรับปรุงได้ทันและสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ และหากจะมีการพัฒนาต่อไปเพื่อสร้างหลักประกันเรื่องความเสมอภาค ต้องเป็นการพัฒนาในแนวทางที่ ถูกต้องด้วย เนื่องจากการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้น มีการเลือกปฏิบัติเป็นองค์ประกอบซึ่งโดย พื้นฐานแล้วเป็นสิ่งที่ต้องห้าม อาจเปลี่ยนจากความเสมอภาคกลายเป็นความไม่เสมอภาคได้

การกำหนดความหมายหรือขอบเขตของความพิการที่จะอ้างความคุ้มครองตามกฎหมาย ในทางกฎหมายระหว่างประเทศมีการให้คำนิยามหรือความหมายของคำว่า "disability" ไว้ ซึ่งส่วนมากเป็นการให้คำนิยามแบบโมเดลทางการแพทย์ และยังเป็นเพียงการให้นิยามกว้าง ๆ เท่านั้น ยังไม่ชัดเจนถึงขอบเขตของความพิการเท่ากับที่กฎหมายภายในของประเทศ สหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษกำหนด ซึ่งมีการให้ความคุ้มครองแม้กระทั่งบุคคลที่เคยเป็นผู้

พิการ หรือบุคคลที่ไม่ได้พิการแต่ถูกมองว่ามีความพิการด้วย ถือเป็นกรให้คำนิยามที่ค้ำึงถึงโมเดลทางสังคมด้วย สำหรับประเทศไทยนั้น ก็มีกรให้คำนิยามของความพิการไว้ในพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ซึ่งมีลักษณะการกำหนดแบบโมเดลทางการแพทย์ และไม่มีลักษณะของโมเดลทางสังคมเลย อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติดังกล่าวก็มิได้เป็นพระราชบัญญัติที่คุ้มครองเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ จึงศึกษาได้เพียงแนวคิดเกี่ยวกับคนพิการที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ซึ่งถือว่ายังขาดมุมมองทางสังคมที่เป็นธรรมต่อคนพิการอยู่

5. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและวิเคราะห์กฎหมายไทยที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะที่ผู้เขียนเห็นว่าจะทำให้กฎหมายไทยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศได้มากขึ้น และน่าจะเป็นการสร้างหลักการเลือกปฏิบัติให้เป็นรูปธรรมมากขึ้นและคุ้มครองสิทธิของบุคคลได้มากขึ้น โดยการออกกฎหมายที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการ (หรือสภาพทางกายหรือสุขภาพ) ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเพื่อพิจารณาเป็นประเด็นดังนี้

5.1 สร้างหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติให้มีความชัดเจนมากขึ้น ซึ่งหากจะอิงกับกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งผู้เขียนได้สังเคราะห์ขึ้น ก็จะประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์สามประการคือ 1) พิจารณาว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกันหรือไม่ 2) พิจารณาว่าสถานการณ์แตกต่างกันในสาระสำคัญหรือไม่ หากแตกต่างกันในสิ่งที่ไม่ใช่สาระสำคัญก็ต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน 3) ต้องมีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้เกิดจากความอคติหรือความลำเอียง และมีความเหมาะสมได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งการสร้างหลักเกณฑ์นั้นอาจทำได้โดยการสร้างความเข้าใจร่วมกันในสังคมก่อน จากนั้นจึงค่อยนำไปกำหนดเป็นกฎหมายเท่าที่เหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศไทย

อีกประเด็นหนึ่งก็คือ การกระทำโดยเจตนาหรือไม่เจตนาไม่เป็นสาระสำคัญในการพิสูจน์ว่ามีการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ดังนั้น แม้จะเป็นการกระทำโดยไม่เจตนาหากเป็นการเลือกปฏิบัติก็อาจมีความรับผิดชอบจากการกระทำนั้นได้

5.2 ควรมีการแก้ไขกฎหมายที่มีการกำหนดสภาพทางกายหรือสุขภาพ หรือความพิการอันเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคล โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบอาชีพ โดยให้มีการทดสอบความสามารถที่แท้จริงและจำเป็นต่อการประกอบอาชีพนั้น ๆ แทน กล่าวคือ ไม่ควร

กำหนดให้สภาพทางกายหรือจิตใจ หรือความพิการใด ๆ เป็นคุณสมบัติต้องห้ามอย่างหนึ่งในการสมัครงานหรือสอบคัดเลือกเพื่อเข้ารับตำแหน่ง

ในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องการดำเนินการทดสอบความสามารถนี้จะมีประเด็นเรื่องการอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมให้แก่คนพิการด้วย อย่างไรก็ตาม ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงการอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมแก่คนพิการ ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าจะทำการศึกษากันต่อไป

5.3 การกำหนดภาระการพิสูจน์ โดยหลักผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องเป็นผู้นำสืบ ทำให้ผู้ที่ถูกเลือกปฏิบัติมีภาระในการพิสูจน์ว่าตนเองถูกเลือกปฏิบัติอย่างไร หากสืบไม่ได้ว่าถูกเลือกปฏิบัติอย่างไรก็ถือว่าไม่มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น ซึ่งการนำสืบถึงการเลือกปฏิบัติถือว่าเป็นเรื่องยากเพราะการที่ไม่มีเกณฑ์กำหนดที่ตายตัว อีกทั้งมีความเป็นนามธรรมสูง และที่สำคัญคือไม่สอดคล้องกับความต้องการคุ้มครองสิทธิของบุคคล หากศึกษาจาก Directive 2000/78/EC แล้วจะพบว่าภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับผู้ที่ถูกสันนิษฐานว่าเลือกปฏิบัติ ซึ่งการกำหนดภาระการพิสูจน์ตามโดเรกทีฟนี้อยู่ในมาตรา 10 โดยกำหนดให้รัฐสมาชิกมีการรับประกันว่า "เมื่อบุคคลถูกพิจารณาว่ามีความผิดซึ่งเป็นเพราะเขาไม่ได้รับการปฏิบัติตามหลักของการปฏิบัติที่เท่าเทียมแล้ว นำเรื่องขึ้นสู่ศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่น หากมีข้อเท็จจริงซึ่งสันนิษฐานได้ว่ามีการเลือกปฏิบัติทางตรงหรือทางอ้อมก็แล้วแต่ จะต้องเป็นหน้าที่ของจำเลยในการพิสูจน์ว่าไม่มีการละเมิดหลักของการปฏิบัติที่เท่าเทียมนั้น"¹ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เป็นการแสดงถึงการมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลมากกว่า อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องการกำหนดภาระการพิสูจน์จะเกี่ยวข้องถึงการอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมด้วย ซึ่งไม่ได้อยู่ในขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงเป็นเรื่องที่ควรทำการศึกษากันต่อไป

5.4 การกำหนดความหมายของความพิการ กล่าวคือ ควรมีการกำหนดความหมายของความพิการให้ชัดเจนหากมีการออกกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ เพื่อกำหนดขอบเขตของผู้ที่จะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งการกำหนดความหมายควรคำนึงถึงความหมายแบบโมเดลทางสังคมด้วย ไม่ใช่โมเดลทางการแพทย์อย่างเดียว เช่น การที่บุคคลถูกมองหรือถูกมีทัศนคติที่ไม่ดีว่า

¹ Directive 2000/78/EC มาตรา 10 "...when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment."

เป็นคนพิการ ทั้งที่สภาพความเป็นจริงไม่ได้พิการ เช่น การมีใบหน้าผิดปกติแต่กำเนิด เป็นต้น กรณีนี้แม้ว่าอาจจะไม่ถือว่าพิการ (หากมีการกำหนดความหมายไว้เช่นนั้น) แต่สังคมรังเกียจ เหมือนกับว่าเขาเป็นคนพิการก็ควรที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายด้วย