

หลักเกณฑ์ของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 และ  
สาระสำคัญของพัฒนาการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

## 1. พัฒนาการทางประวัติศาสตร์และสาระสำคัญในอนุสัญญา

### 1.1. แนวคิดและความเป็นมาของอนุสัญญา

การพัฒนาความก้าวหน้าและการประกันความเท่าเทียมกันในเรื่องสิทธิระหว่างหญิงและชายเป็นเรื่องที่สหประชาชาติให้ความสำคัญและให้ความสนใจมาเป็นเวลานานแล้ว โดยตั้งแต่สหประชาชาติได้จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1945 สหประชาชาติได้เป็นกลไกสำคัญในการยกระดับสถานภาพของสตรีด้วยการเป็นผู้นำในการเปลี่ยนแปลงและปลูกฝังความสนใจให้โลกตระหนักถึงสถานการณ์ที่สตรีต้องเผชิญอยู่<sup>1</sup> และเพื่อเป็นการคุ้มครองสตรีโดยเฉพาะ สหประชาชาติภายใต้การทำงานของคณะกรรมการสิทธิสตรี<sup>2</sup> (Commission on the Status of Women) หรือ CSW จึงได้จัดทำปฏิญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (Declaration on the Elimination of Discrimination against Women) ขึ้นในปี ค.ศ. 1967 โดยปฏิญญาดังกล่าวนับเป็นเอกสารทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการรับรองและระบุไว้อย่างชัดเจนถึงสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี ดังจะเห็นได้จากคำปวารณาของปฏิญญาที่ระบุว่า "หญิงมีบทบาทในทางสร้างสรรค์โลก ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าชาย ไม่ว่าจะเป็นในทางด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และวัฒนธรรม ตลอดจนบทบาทต่อครอบครัว โดยเฉพาะการเลี้ยงดูลูก เพราะฉะนั้น การเลือกปฏิบัติต่อสตรี จึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขั้นพื้นฐาน เป็นการขัดต่อเกียรติภูมิของมนุษย์ สวัสดิภาพของครอบครัวและสังคม ทั้งยังเป็นการขัดขวางมิให้สตรีมีส่วนร่วมอย่างเท่าเทียมกับชายในเรื่องการเมือง เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม"

<sup>1</sup> United Nations, Women : Challenges to the Year 2000 (New York : United Nations Department of Public Information, 1997), p.1.

<sup>2</sup> จัดตั้งขึ้นโดยคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ เมื่อ ปี ค.ศ. 1946 มีหน้าที่พิจารณาและจัดสร้างกฎเกณฑ์สากลที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคระหว่างบุรุษและสตรี

อย่างไรก็ตามแม้ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี จะมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ยกเลิกกฎหมายหรือประเพณีที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อสตรีก็ตาม แต่ปฏิญญาดังกล่าวก็เป็นเพียงคำประกาศหลักการโดยทั่วไปที่บรรดาประเทศต่าง ๆ ยอมรับ ซึ่งอาจจะมีผลบังคับในเชิงจริยธรรมและการเมืองเท่านั้น แต่ในแง่สภาพบังคับตามกฎหมายแล้ว ปฏิญญาไม่มีผลผูกพันให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตาม

ดังนั้น เพื่อให้หลักการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี บรรลุผลอย่างแท้จริง ในปี ค.ศ. 1972 คณะกรรมาธิการว่าด้วยสถานภาพสตรี จึงดำเนินการศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดทำอนุสัญญา และในการประชุมระดับโลกว่าด้วยเรื่องสตรี ค.ศ. 1975 ณ ประเทศเม็กซิโก ก็ได้นำประเด็นดังกล่าวขึ้นมาพิจารณา ในที่สุดอนุสัญญาดังกล่าวก็ถูกจัดทำขึ้นภายใต้ชื่อ "อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979" (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) โดยได้รับการรับรองจากที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติสมัยที่ 34 เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1979 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1981 ปัจจุบันมีประเทศที่ให้สัตยาบัน (Ratification) หรือภาคอนุวัติ (accession) อนุสัญญานี้แล้ว 165 ประเทศ<sup>3</sup>

## 1.2 วัตถุประสงค์

อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติทั้งหมดต่อสตรี และเพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของสิทธิมนุษยชน โดยตระหนักถึงอิทธิพลของวัฒนธรรมและประเพณีปฏิบัติที่มีต่อการจำกัดการที่สตรี จะได้ใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของตน ซึ่งอิทธิพลเหล่านี้ได้แก่ ความคิดดั้งเดิม ขนบธรรมเนียม และกฎเกณฑ์สังคมที่มีผลทำให้เกิดมีข้อจำกัดในรูปแบบหลากหลายทางด้านกฎหมาย การเมือง การเศรษฐกิจที่มีต่อความก้าวหน้าของสตรี

<sup>3</sup>Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

### 1.3 สาระสำคัญของอนุสัญญาฯ

อนุสัญญาฯ มีบทบัญญัติรวม 30 มาตรา เพื่อให้รัฐภาคีหรือประเทศสมาชิกใช้เป็นแนวทางในการกำหนดนโยบายและมาตรการดำเนินงานด้านนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรือ มาตรการอื่น ๆ เกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติทั้งมวลต่อสตรี อนุสัญญาดังกล่าวประกอบด้วย สาระสำคัญดังนี้

#### ก. นิยามของการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

มาตรา 1 ให้คำจำกัดความของคำว่า การเลือกปฏิบัติต่อสตรี (discrimination against women) ไว้ว่า หมายถึง การแบ่งแยก (distinction) การกีดกัน (exclusion) หรือการจำกัด (restriction) ใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสีย การยอมรับ ทรัพย์สิน โภค หรือใช้สิทธิโดยสตรีโดยไม่เลือกสถานภาพด้านการสมรส บทพื้นฐานของ ความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมือง หรือด้านอื่น ๆ

#### ข. มาตรการในการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

มาตราที่ 2-16 เป็นการระบุมมาตรการในการดำเนินการเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อ สตรีในด้านต่าง ๆ ซึ่งเนื้อหาที่เป็นประเด็นหลักของอนุสัญญานั้นมีดังต่อไปนี้

มาตรา 2 กำหนดมาตรการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

มาตรา 3 เรียกร้องให้รัฐภาคีใช้มาตรการที่เหมาะสม รวมถึงการออกกฎหมายเพื่อ ประกันการพัฒนาและความก้าวหน้าอย่างเต็มที่ของสตรี เพื่อให้สตรีได้ใช้และได้อุปโภคสิทธิ มนุษยชนขั้นพื้นฐานโดยเสมอภาค

มาตรา 5 การปรับปรุงบทบาททางเพศและเจตคติดั้งเดิม

มาตรา 6 เรียกร้องให้มีการปราบปรามการค้าประเวณีของสตรีในทุกรูปแบบ

มาตรา 7 กล่าวถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของสตรีในการมีส่วนร่วมทางการเมือง การออก เสียงเลือกตั้งและลงประชามติ การเข้าร่วมในการวางนโยบายของรัฐบาลและดำเนินการตาม นโยบายนั้นและในการรับตำแหน่งราชการและปฏิบัติหน้าที่ราชการในทุก ๆ ระดับของรัฐบาล

มาตรา 10, 11 และ 13 ยืนยันถึงสิทธิของสตรีที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติในการศึกษา การจ้างงาน ตลอดจนกิจกรรมต่าง ๆ ทางเศรษฐกิจและสังคม

มาตรา 12 ขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านการรักษาสุขภาพ การวางแผน ครอบครัว

มาตรา 15 เน้นความเสมอภาคของสตรี และบุรุษในการทำสัญญา การจัดการทรัพย์สิน ในกระบวนการทางศาลและการชำระความ

มาตรา 16 กล่าวถึงประเด็นการสมรสและความสัมพันธ์ทางครอบครัว โดยเรียกร้องให้สตรีมีสิทธิและความรับผิดชอบเช่นเดียวกับบุรุษในการเลือกคู่สมรสและการขาดจากการสมรส การเป็นบิดามารดา การตัดสินใจมีบุตร การดูแลบุตร การเลือกใช้นามสกุล และการจัดการทรัพย์สิน

ค. พันธกรณีของรัฐภาคีตามอนุสัญญาฯ

มาตรา 18 กำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องเสนอรายงานว่าด้วยมาตรการด้านนิติบัญญัติ ตุลาการ บริหาร หรืออื่น ๆ ที่รัฐภาคีได้กำหนดขึ้นเพื่อให้มีผลต่อบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ โดยเสนอต่อเลขาธิการสหประชาชาติเพื่อการพิจารณาโดยคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี และจะต้องเสนอรายงานภายใน 1 ปี หลังจากการเริ่มมีผลบังคับใช้สำหรับรัฐที่เกี่ยวข้อง และหลังจากนั้นอย่างน้อยที่สุดทุก ๆ 4 ปี หรือเมื่อใดก็ตามที่คณะกรรมการร้องขอ

ง. การแก้ไขอนุสัญญาฯ

มาตรา 26 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยวิธีการแก้ไขอนุสัญญาฯ โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

1. คำร้องขอเพื่อการแก้ไขอนุสัญญาฉบับปัจจุบันอาจกระทำขึ้นในเวลาใด ๆ โดยรัฐภาคีโดยวิธีทำหนังสือบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรส่งถึงเลขาธิการสหประชาชาติ
2. สมัชชาประชาชาติจะตัดสินใจเกี่ยวกับขั้นตอนต่าง ๆ ถ้ามี ที่จะดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำร้องขอเช่นนั้น

จ. การระงับข้อพิพาทของอนุสัญญาฯ

มาตรา 29 กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคี โดยให้จัดตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด หรืออาจเสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

รัฐภาคีอาจตั้งข้อสงวนที่จะไม่ผูกมัดตามมาตรานี้ได้ และเมื่อตั้งข้อสงวนแล้ว อาจถอนข้อสงวนโดยมีหนังสือบอกกล่าวไปยังเลขาธิการสหประชาชาติได้

## 2 กลไกในการติดตามการปฏิบัติงานตามอนุสัญญาฯ

### คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

เพื่อให้อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ มีผลบังคับใช้ในการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีได้สมดังเจตนารมณ์ของอนุสัญญาฯ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการระดมการหรือกลไกในการติดตามและกระตุ้นให้รัฐภาคีดำเนินการตามพันธกรณี ดังนั้น คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (Committee on the Elimination of Discrimination against Women) จึงถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ควบคุมและติดตามการปฏิบัติงานตามอนุสัญญาฯ ของบรรดารัฐภาคีต่าง ๆ<sup>4</sup>

คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ประกอบด้วยคณะผู้เชี่ยวชาญจำนวน 23 คน โดยได้รับคัดเลือกจากรัฐภาคีตามรายชื่อที่รัฐบาลประเทศต่าง ๆ เสนอเข้าไป คุณสมบัติของผู้ที่เป็นคณะกรรมการได้นั้น จะต้องเป็นบุคคลที่มีคุณธรรมและความสามารถสูงในสาขาที่ครอบคลุมโดยอนุสัญญาฯ นอกจากนี้คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรียังเป็นบุคคลที่มาจากหลากหลายอาชีพ เช่น นักสังคม ศึกษาน นักกฎหมาย ครู หมอ นักการทูต และผู้เชี่ยวชาญกิจการด้านสตรี โดยบุคคลเหล่านี้จะทำหน้าที่ตามความสามารถของตนในฐานะปัจเจกบุคคลมากกว่าเป็นผู้แทนของรัฐบาล

จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีนี้ มีลักษณะที่ต่างไปจากคณะกรรมการตามอนุสัญญาอื่น ๆ ของสหประชาชาติ อยู่ 2 ประการ<sup>5</sup> ประการแรก คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี จะประกอบไปด้วยสมาชิกที่เป็นสตรีทั้งหมด ประการที่สอง คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี จะเป็นบุคคลที่มาจากหลากหลายสาขาอาชีพ เช่น นักเศรษฐศาสตร์ นักการทูต นักสังคมศาสตร์ เป็นต้น ในขณะที่ คณะกรรมการของสหประชาชาติอื่น ๆ เช่น คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มักจะเป็นบุคคลที่มาจากสาขาอาชีพด้านกฎหมาย เช่น ทนายความและผู้พิพากษา ซึ่งความแตกต่างทั้งสองประการข้างต้นนี้จะช่วยให้ระบบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสามารถเข้าใจปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นได้อย่างครอบคลุม

<sup>4</sup>โปรดดูอนุสัญญาฯ มาตรา 17(1) ในภาคผนวก

<sup>5</sup>CEDAW-The Convention at work, <http://www.un.org/womenwatch/daw>.

### อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

#### ก. พิจารณารายงานที่รัฐภาคีจัดทำขึ้น

คณะกรรมการมีหน้าที่พิจารณารายงานที่รัฐภาคีจัดทำขึ้น โดยบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ กำหนดให้มีระบบการรายงานเป็นระยะ ซึ่งถือเป็นมาตรการระหว่างประเทศที่รัฐภาคีต้องถือปฏิบัติ ภายใต้ระบบดังกล่าว รัฐภาคีมีพันธกรณีตามอนุสัญญาที่จะต้องเสนอรายงานที่ระบุถึงมาตรการด้านนิติบัญญัติ ตุลาการ บริหาร หรืออื่น ๆ ที่รัฐภาคีกำหนดขึ้นเพื่อให้มีผลต่อบทบัญญัติของอนุสัญญา โดยจะต้องรายงานภายใน 1 ปี หลังจากการเริ่มมีผลบังคับใช้สำหรับรัฐที่เกี่ยวข้อง<sup>6</sup> และหลังจากนั้นอย่างน้อยที่สุดทุก ๆ 4 ปี และต่อจากนั้นเมื่อใดก็ตามที่คณะกรรมการฯ ร้องขอ<sup>7</sup> ทั้งนี้เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าว่ารัฐภาคีได้ดำเนินการไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในอนุสัญญาอย่างน้อยเพียงใด และเมื่อคณะกรรมการฯ พิจารณารายงานแล้วจะส่งคืนให้กับรัฐบาลของรัฐภาคี พร้อมทั้งทำวิพากษ์วิจารณ์หรืออาจจะมีคำถามให้รัฐภาคีตอบกลับมา

#### ข. จัดทำข้อเสนอแนะทั่วไป (General Recommendation)

ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 21 ของอนุสัญญานั้น คณะกรรมการฯ มีอำนาจจัดทำข้อเสนอแนะทั่วไป โดยยึดการตรวจสอบรายงานและข้อเสนอแนะซึ่งได้รับจากรัฐภาคีเป็นมูลฐาน และข้อเสนอแนะทั่วไปนี้จะรวมอยู่ในรายงานของคณะกรรมการ

#### ลักษณะของข้อเสนอแนะทั่วไป

ข้อเสนอแนะทั่วไป จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแนะนำให้รัฐภาคีกำหนดมาตรการในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา โดยในช่วงทศวรรษแรกนั้น คณะกรรมการฯ ได้ออกข้อเสนอแนะทั่วไปโดยสังเขป ไม่เน้นเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ ต่อมาในปี ค.ศ. 1992 คณะกรรมการฯ เริ่มจัดทำคำวิจารณ์โดยเน้นประเด็นที่เป็นการเฉพาะเรื่องมากขึ้น โดยคำวิพากษ์วิจารณ์เหล่านี้จัดทำขึ้นโดยยึดถือหลังการตรวจสอบรายงานของฝ่ายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นรายงานของคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี รายงานของเลขาธิการสหประชาชาติ รายงานของทบวงการชำนัญพิเศษต่าง ๆ และองค์กรของสหประชาชาติอื่น ๆ รวมทั้งรายงานขององค์กรเอกชนเป็นสำคัญและจากผลของคำวิพากษ์วิจารณ์ที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1992 นี้ จึงเป็นที่มาของข้อเสนอแนะทั่วไปของคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ซึ่งเป็นข้อเสนอแนะทั่วไปที่กำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เพื่อสร้างความเข้าใจ ตลอดจนเสนอแนะ

<sup>6</sup>โปรดดูอนุสัญญา มาตรา 18 (a) ในภาคผนวก

<sup>7</sup>โปรดดูอนุสัญญา มาตรา 18 (b) ในภาคผนวก

นโยบายสำหรับสถานการณ์พิเศษ เพื่อให้การปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ สามารถบรรลุผลได้อย่างมีประสิทธิภาพ

#### การประชุมประจำปี ของคณะกรรมการฯ

คณะกรรมการฯ จะทำการประชุมกันเป็นเวลาไม่เกิน 2 สัปดาห์ทุกปี เพื่อพิจารณา รายงานที่รัฐภาคีเสนอ โดยจะจัดให้มีการประชุม ณ สำนักงานใหญ่สหประชาชาติหรือที่อื่นใดที่สะดวกตามที่คณะกรรมการฯ กำหนด<sup>๑</sup>

### 3. การเลือกปฏิบัติต่อสตรี

#### ก. ความหมายของเลือกปฏิบัติ

มาตรา 1 แห่งอนุสัญญาให้คำจำกัดความว่า การเลือกปฏิบัติต่อสตรี (Discrimination against women) ว่าหมายถึง การแบ่งแยก (distinction) การกีดกัน (exclusion) หรือการจำกัด (restriction) ใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสีย การยอมรับ การได้อุปโภค หรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่เลือกสถานภาพด้านการสมรส บนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรี ของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ ชั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ศาสนา พลเมือง หรือด้านอื่น ๆ

จากคำจำกัดความของคำว่า การเลือกปฏิบัติต่อสตรีนี้ จะเห็นได้ว่าไม่มีการระบุถึงการกีดกันสตรีเข้าไปในสถานที่ทางศาสนาแต่อย่างใด ดังนั้น จึงทำให้เข้าใจได้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ในทุกรูปแบบ มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ความคุ้มครองประเด็นการกีดกันสตรี เข้าไปในสถานที่ทางศาสนา ทั้งที่การกีดกันสตรีเข้าไปในสถานที่ทางศาสนา ถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนชั้นพื้นฐานและเป็นอุปสรรคคือการพัฒนาความก้าวหน้าต่อสตรี อีกทั้งยังเป็นหัวข้อสำคัญ หัวข้อหนึ่งที่נדเคื่อนไหวเกี่ยวกับสิทธิสตรีและสิทธิมนุษยชนในระดับสากลและในระดับประกาศออกมาเรียกร้องให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายและมีการกำหนดมาตรการเลือกดูแลกันอย่างจริงจัง

อย่างไรก็ตาม แม้อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบจะไม่มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการกีดกันสตรีเข้าไปในสถานที่ทางศาสนาก็ตาม และอีกทั้งคณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ในฐานะกลไกสำคัญในการติดตามการปฏิบัติตามพันธกรณี ของบรรดารัฐภาคี ยังไม่ได้มีการนำกรณีดังกล่าวเข้าพิจารณา เพื่อออก

<sup>๑</sup>โปรดดูอนุสัญญาฯ มาตรา 20 ในภาคผนวก

แนวทางการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการกีดกันสตรีเข้าไปในสถานที่ทางศาสนาเฉพาะในพื้นที่  
ชั้นในของพุทธศาสนสถานที่ยังคงพระบรมสารีริกธาตุหรือพระธาตุตั้งรายละเอียดที่จะได้กล่าว  
ต่อไป

ต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำระหว่าง "การเลือกปฏิบัติ" "การเลือกปฏิบัติที่  
ไม่เป็นธรรม" และ "การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม" ก่อนเนื่องจากมุมมองเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัตินั้น  
สามารถมองได้ 2 มุมคือ

1. มองว่าคำว่า "การเลือกปฏิบัติ" ให้ความหมายในเชิงลบเสมอ กล่าวคือ เมื่อกล่าวถึง  
การเลือกปฏิบัติที่ใด แสดงว่าเกิดความไม่เสมอภาคขึ้นที่นั่น เรียกว่าเป็นการมองในเชิงกฎหมายก็  
ได้ เนื่องจากเป็นคำที่มีความหมายในทางกฎหมายด้วย

2. มองว่าคำว่า "การเลือกปฏิบัติ" เป็นเพียงคำกลางทั่ว ๆ ไป กล่าวคือ ในชีวิตประจำวัน  
นี้เราต่างก็ถูกเลือกปฏิบัติ หรือเลือกปฏิบัติกันเป็นปกติอยู่แล้ว เช่น การเลือกซื้อของกับพนักงาน  
คนหนึ่งแต่ไม่ซื้อกับอีกคนหนึ่ง ในของชนิดเดียวกัน หรือการห้ามบุคคลภายนอกเข้าไปในสถานที่  
ราชการ ก็ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติแล้ว ซึ่งการมองแบบนี้เป็นการมองแบบทั่ว ๆ ไป

"การเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย" นั้น ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการคือ  
"การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม" และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่นั่น ซึ่งจะได้กันศึกษาต่อไป และคำว่า  
"การเลือกปฏิบัติ" อันปรากฏอยู่ในวิทยานิพนธ์นี้จะเป็นความหมายในเชิงลบ ดังนั้นคำว่า "การ  
เลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม" ซึ่งเป็นแนวคิดเชิงบวกนั้นจะถือเป็นข้อยกเว้นของคำว่า "การเลือกปฏิบัติ"  
อีกทีหนึ่งซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

#### ความหมายของการเลือกปฏิบัติ

การให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติที่นั่น ถือเป็นการเปิดประตูสู่การทำความเข้าใจถึง  
การเลือกปฏิบัติว่าจะมีขอบเขตแต่ไหน หรือมีองค์ประกอบอย่างไรบ้าง ซึ่งในเบื้องต้นนี้จะเป็นการ  
ให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติโดยพิจารณาจากตัวถ้อยคำเอง หรือจากบทนิยามศัพท์ที่อยู่ใน  
กฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ หรือจากนักวิชาการ และจากการที่ "การเลือกปฏิบัติ" นั้น  
ประกอบด้วยองค์ประกอบหลัก 2 ประการคือ การเลือกปฏิบัติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่นั่น จึง  
จำเป็นต้องศึกษาให้ลึกกลงไปถึงองค์ประกอบแต่ละส่วนด้วย

#### ความหมายโดยทั่วไป

ความหมายโดยทั่วไปมาจากการให้คำนิยามไม่ว่าจะเป็นจากบทบัญญัติในกฎหมาย  
ระหว่างประเทศ หรือจากนักวิชาการต่าง ๆ ดังนี้

ความหมายจากความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยคณะกรรมการมีความเชื่อว่า คำว่า "การเลือกปฏิบัติ" ควรเป็นที่เข้าใจกันว่าใช้สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการล่าเหยียดซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ สีผิว เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความเห็นในเรื่องอื่น ๆ เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ฐานะ ถิ่นกำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบหรือทำให้สูญเสียไปหรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป การอุปโภคสิทธิหรือการใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิเสรีภาพทั้งหมด<sup>9</sup>

ความหมายของ "การเลือกปฏิบัติ" ตามข้อบทที่ 1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบได้ให้ความหมายของ "การเลือกปฏิบัติต่อสตรี" ว่าหมายถึงการแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภค หรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมืองหรือด้านอื่น ๆ<sup>10</sup>

ความหมายของ "การปฏิบัติปฏิบัติ" ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965 โดยให้ความหมายของคำว่า "การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ" ว่าหมายถึง การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือกโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสายหรือชาติกำหนดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลทำให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่น ๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล<sup>11</sup>

ความหมายจากร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ ว่าหมายถึง ความแตกต่าง การแบ่งแยก หรือการจำกัดใด ๆ ซึ่ง

<sup>9</sup> กุลพล พลวัน, "การเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ", วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐธรรมนูญ, เล่ม 2,2 (ตุลาคม 2546- มีนาคม 2547) น. 14-15

<sup>10</sup> อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 ข้อบทที่ 1

<sup>11</sup> อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 ข้อบทที่ 1(1)

มีความมุ่งประสงค์ หรือส่งผลกระทบต่อเป็นการลดคุณค่า หรือการทำให้ไร้ค่าในการยอมรับ การเข้าร่วม การปฏิบัติของบุคคลผู้พิการ บนพื้นฐานของความเสมอภาคของสิทธิมนุษยชนทั้งหมด และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน<sup>12</sup>

แบล็คลอร์ดิคชันนารี (Black's law Dictionary) ได้ให้ความหมายกล่าวโดยสรุปของคำว่า การเลือกปฏิบัติ หมายความว่า การปฏิบัติใด ๆ ต่อบุคคลหรือกลุ่มคนโดยไม่เท่าเทียมกัน และไร้เหตุผล หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ อายุ สัญชาติ หรือศาสนา หรือการปฏิบัติที่แตกต่างเรื่องความชอบหรือความไม่ชอบที่ปราศจากเหตุผลที่สามารถรับฟังได้

คำว่า "การเลือกปฏิบัติ" หมายความว่า การกีดกันหรือการใช้สิทธิพิเศษ อันเนื่องมาจากความแตกต่าง ๆ เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง การแบ่งแยกเชื้อชาติหรือสังคมอันนำมาซึ่งความเสื่อมเสียต่อความเสมอภาคในโอกาส<sup>13</sup>

การเลือกปฏิบัติหมายถึง การกระทำ หรืองดเว้นกระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะของการกีดกัน การแบ่งแยก การหน่วงเหนี่ยว หรือการจำกัดซึ่งสิทธิแก่บุคคลใด อันมีผลทำให้บุคคลนั้นไม่ได้รับโอกาสแห่งความเท่าเทียมกันอย่างที่บุคคลนั้นพึงจะได้รับ<sup>14</sup>

สรุป ความหมายทั่ว ๆ ไปของ "การเลือกปฏิบัติ" หมายถึง การปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานของอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วแต่จะกำหนด เช่น เพศ ศาสนา เป็นต้น และทำให้เกิดความไม่เสมอภาค

#### ข. การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

จากการให้ความหมายโดยทั่วไปของการเลือกปฏิบัติว่าหมายถึง การปฏิบัติต่อบุคคลอย่างแตกต่างกันบนพื้นฐานของความแตกต่างที่กฎหมายกำหนด ซึ่งทำให้เราสามารถแยกองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติได้เป็น 2 องค์ประกอบอย่างที่กล่าวไว้แล้วในตอนต้น ในหัวข้อนี้

<sup>12</sup>ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ ข้อบทที่ 7 (2) a

<sup>13</sup>Henry Campbell Black, Black's law Dictionary อ้างถึงใน กิตติบดี ไบพูล. "ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พันโทษในการเข้าทำงาน." (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2544), น.41

<sup>14</sup>ซูลีรัตน์ ทองทิพย์, "สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของแรงงานตามมาตรฐานสากล" อ้างถึงในกิตติบดี ไบพูล, เพิ่งอ้าง, น.41

จะเป็นการอธิบายถึงองค์ประกอบแรกคือ การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมก่อน ทำไมต้องใช้คำว่า "เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม" นั่นก็เพราะว่าการเลือกปฏิบัตินั้นสามารถเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมได้และการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมย่อมไม่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายได้ ซึ่งจะกล่าวต่อไป

การเลือกปฏิบัตินั้นคงไม่ได้หมายถึงเพียงการปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น แต่หากจะพิจารณาว่าปัจจัยใดบ้างที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายแล้ว Mr. Daniele LOCHAK<sup>15</sup> ได้แบ่งปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาโครงสร้างพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไว้ 3 ปัจจัยได้แก่

1. ต้องมีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ถูกปฏิบัติอย่างแตกต่าง หรือถูกใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างในการแบ่งแยก
2. ต้องมีการกระทำที่แตกต่างนั้นเกิดขึ้น
3. ความแตกต่างนั้นต้องมีเหตุผลที่ดีและสามารถยอมรับได้ และมีความเหมาะสมกับจุดมุ่งหมาย

นอกจากนี้ Li Weiwei ก็เป็นอีกท่านหนึ่งที่ให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติโดยการแยกองค์ประกอบ ดังนี้<sup>16</sup>

1. มีการปฏิบัติที่แตกต่าง
2. มีผลที่แน่นอน
3. อยู่บนพื้นฐานที่ห้ามอย่างแน่ชัด

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบที่ศาลหรือนักวิชาการใช้ในการอธิบายว่า อะไรคือการเลือกปฏิบัติแล้วก็พอที่จะสรุปเป็นหลักเกณฑ์อันน่าจะถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ควรจะเป็นกฎหมาย (lex ferenda) ได้แม้ว่าจะยังไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอย่างกฎหมายระหว่างประเทศแต่ก็ต้องการนำมาพิจารณาทุกครั้งที่มีการอ้างการเลือกปฏิบัติดังนี้

#### (1) การปฏิบัติที่แตกต่าง

ในภาษาอังกฤษมักจะอธิบายโดยคำว่า "difference of treatment" ส่วนด้วยคำที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ได้กล่าวมาแล้วมีการใช้ถ้อยคำในหลายลักษณะเช่น "distinction" "exclusion" "restriction" "preference" เป็นต้น ซึ่งแต่ละคำล้วนสื่อความหมายถึงการปฏิบัติที่แตกต่างทั้งนั้น โดยการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นจะมีปัจจัยที่พ่วงเข้ามาเสมอ นั่นก็คือ

<sup>15</sup> Professor at the University of Amiens (France)

<sup>16</sup> Li Weiwei, [www.humanrights.uio.no/forskning/pub/rn/2004/0304.pdf](http://www.humanrights.uio.no/forskning/pub/rn/2004/0304.pdf)

สถานการณ์ที่นำมาเปรียบเทียบ กล่าวคือ บุคคลจะอ้างว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างอันถือเป็นการเลือกปฏิบัติได้นั้น สถานการณ์ของทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องสามารถเปรียบเทียบกันได้ ดังนั้น จึงมีคำอธิบายถึงการเลือกปฏิบัติไว้ว่าหมายถึง การปฏิบัติที่แตกต่างกันในสถานการณ์ที่เหมือนกัน และมีการปฏิบัติที่เหมือนกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ซึ่งในกรณีหลังนี้แม้ว่าจะมีการปฏิบัติที่เหมือนกันแต่ในเมื่อสถานการณ์แตกต่างกัน การปฏิบัติที่เหมือนกันก็ถือเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้

อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นไซ้ว่าจะทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติเสมอไป เช่น ในคดี Van Oord กับ The Netherlands<sup>17</sup> ซึ่งมีคำตัดสินโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Human Rights Committee) มีข้อเท็จจริงคือ นายและนาง Van Oord เคยมีสัญชาติเนเธอร์แลนด์มาก่อนที่จะย้ายมาอยู่ที่อเมริกา และต่อมาภายหลังก็ได้สัญชาติอเมริกา แต่ก็ยังต้องจ่ายภาษีจากบ้านนาถุที่ตนเองได้รับให้แก่ประเทศเนเธอร์แลนด์ ในขณะที่ชาวเนเธอร์แลนด์คนอื่น ๆ ซึ่งย้ายไปอยู่ประเทศอื่น เช่น แคนาดา หรือนิวซีแลนด์ กลับไม่ต้องเสียภาษีให้แก่ประเทศเนเธอร์แลนด์อีก ทั้งนี้ การที่ครอบครัว Van Oord ต้องเสียภาษีส่วนครอบครัวซึ่งย้ายไปอยู่ประเทศอื่นไม่ต้องเสียภาษีเป็นเพราะสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเนเธอร์แลนด์ทำกับประเทศอเมริกาไม่เหมือนกับที่ทำไว้กับประเทศอื่น ๆ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติวินิจฉัยถึงการปฏิบัติที่แตกต่างว่า การปฏิบัติที่แตกต่างเพียงประการเดียวไม่เพียงพอที่จะถือว่ามี การเลือกปฏิบัติ มันเป็นสิ่งจำเป็น (ในกรณีนี้) ในการทำความเข้าใจว่าเหตุใดที่แตกต่างตอบแทน ซึ่งถือเป็นเหตุผลและวัตถุประสงค์ที่เป็นธรรมในการที่จะปฏิบัติตาม แม้จะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างก็ตาม

เห็นได้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างนั้นถือเป็นเรื่องประกอบหนึ่งที่จะนำไปสู่การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมได้ แต่การปฏิบัติที่แตกต่างเพียงอย่างเดียวนั้นยังไม่เพียงพอที่จะวินิจฉัยว่านั่นคือการเลือกปฏิบัติ

## (2) สถานการณ์ที่มีการเลือกปฏิบัติ

สถานการณ์เป็นสิ่งจำเป็นที่จะช่วยในการพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือไม่ กล่าวคือ หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกิดขึ้นในกรณีที่สถานการณ์มีสาระสำคัญเหมือนกันย่อมถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ในทางตรงข้ามหากมีการปฏิบัติที่เหมือนกันในสถานการณ์ที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันก็ถือเป็นการเลือกปฏิบัติได้เช่นเดียวกัน ตัวอย่างคำวินิจฉัย

<sup>17</sup>Communication No 658/1995, Admissibility Decision of the UNHRC, 23 July 1997 [1997]IIHRL 76 (23 July 1997)

ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปในคดีระหว่าง Fredin กับ Sweden<sup>18</sup> ศาลได้วางหลักว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันต้องเกิดขึ้นในกรณีที่มีสถานการณ์ที่เหมือนกันจึงจะพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติได้

อย่างไรก็ดี การปฏิบัติที่แตกต่างกันในบางกรณี ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีสถานการณ์ที่แตกต่างกันจริงหรือไม่ หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเกิดจากการตัดสินจากคุณค่าพื้นฐานในตัวบุคคลซึ่งติดตัวมาได้แก่ เหตุทางเชื้อชาติ และสีผิว กล่าวคือหากมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพราะเหตุทางเชื้อชาติ หรือสีผิว ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีสถานการณ์อย่างไร

สังเกตว่า เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอันเป็นองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายเช่น การมีสภาพทางกายต่างกัน มีศาสนาต่างกันก็ถือเป็นสถานการณ์ที่ต่างกัน แต่กฎหมายบอกว่าสิ่งเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นสถานการณ์ที่ต่างกันจึงจะมีการปฏิบัติที่ต่างกันเพราะเหตุเหล่านั้นมิได้

### (3) การพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม

เป็นเงื่อนไขที่สำคัญของการพิจารณาว่ามีการเลือกปฏิบัติหรือไม่ กล่าวคือหากการเลือกปฏิบัติ (ซึ่งมีองค์ประกอบตามข้อ 1 และ 2 แล้ว) นั้นมีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและพิสูจน์ความเหมาะสมของการกระทำแล้วก็จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ใน Koua Poirrez case<sup>19</sup> ผู้ร้องเป็นคนพิการอาศัยอยู่ในปารีส และเป็นลูกบุญธรรมของคนสัญชาติฝรั่งเศส ผู้ร้องได้พยายามจะขอสัญชาติฝรั่งเศสแต่ถูกปฏิเสธเนื่องจากมีอายุเกิน 18 ปี ผู้ร้องจึงถือสัญชาติไอเวอรีโคสต์แทน ต่อมาผู้ร้องได้ไปขอสิทธิในเงินให้เปล่าสำหรับผู้พิการ แต่ถูกปฏิเสธเนื่องจากไม่มีสัญชาติฝรั่งเศสและประเทศไอเวอรีโคสต์ที่ไม่มีสัญญาต่างตอบแทนกับประเทศฝรั่งเศสในเรื่องดังกล่าว ศาลวินิจฉัยว่า ความแตกต่างที่จะถือเป็นการเลือกปฏิบัตินั้น ถ้าไม่มีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและพิสูจน์ความเหมาะสม กล่าวคือถ้าไม่เป็นไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย หรือไม่มีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมของความได้สัดส่วน (proportionality) ระหว่างวิธีการที่ใช้ (means employed) และจุดมุ่งหมายที่ต้องการ (aim sought) แล้วก็จะพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ได้ ซึ่งการอ้างสัญชาติหรือสัญญาต่างตอบแทนนั้นไม่เป็นเหตุผลอันสมควร คำถามก็คือ อย่างไรก็ตามที่เรียกว่ามีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและพิสูจน์ความเหมาะสมแล้ว ทางหนึ่งของการหาคำตอบโดย Mrs. Daniele Lochak ศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัย Amiens ประเทศฝรั่งเศส ว่าปัจจัยที่นอกเหนือจากการปฏิบัติที่

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

<sup>19</sup> Koua Poirrez v. France, judgment of 30 September 2003 Application no. 4

แตกต่าง และสถานการณ์ที่แตกต่างกันแล้วคือ ความแตกต่างนั้นควรที่จะได้รับการพิสูจน์อย่างมีเหตุผล มีความเหมาะสมและไม่เกินกว่าเหตุ มีความสัมพันธ์อย่างเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และไม่เกินไปตามอำเภอใจ<sup>20</sup> กล่าวคือ พิจารณาว่าความแตกต่างที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากความลำเอียง หรือมีอคติหรือไม่ และมีความได้สัดส่วนกับความต้องการที่แท้จริงซึ่งแสดงออกผ่านทางกฎหมาย ซึ่งการวินิจฉัยถึงหลักการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสมนั้น คงต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นเป็นไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมายหรือไม่ อาจศึกษาได้จากคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป เช่น Thlimmenos case<sup>21</sup> ผู้ร้องเป็นทหารได้ถูกศาลทหารตัดสินให้จำคุก 4 ปี ในข้อหาที่ไม่แต่งชุดฟอร์มของทหารเนื่องจากความเชื่อทางศาสนา หลังจากนั้นอีกห้าปี ผู้ร้องได้ไปสอบนักบัญชีของประเทศกรีซซึ่งรับจำนวน 12 คน โดยผู้ร้องสอบได้เป็นอันดับที่สอง แต่คณะกรรมการบริหารไม่ยอมให้รับตำแหน่งเนื่องจากผู้ร้องได้เคยถูกตัดสินให้มีความผิดร้ายแรงสมัยเป็นแรงสมัยเป็นทหาร ผู้ร้องจึงร้องว่าตนเองถูกละเมิดสิทธิในการนับถือศาสนา ศาลวินิจฉัยว่าการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อนักโทษเพราะเหตุแห่งศาสนากับนักโทษเพราะเหตุอื่นในความผิดอาญา ถือว่าไม่มีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสมแห่งกฎหมายนั้น และไม่เกินไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย เป็นต้น

สรุป องค์ประกอบในการพิจารณาว่ามีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นหรือไม่ มีอยู่ด้วยกันสามประการดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งแม้จะไม่ได้มีกฎหมายระหว่างประเทศใดที่บัญญัติว่าต้องพิจารณาองค์ประกอบเหล่านี้ไว้อย่างชัดเจน แต่จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลโดยเฉพาะศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights) พร้อมทั้งความเห็นต่าง ๆ ของนักวิชาการแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นสามองค์ประกอบที่ต้องนำมาพิจารณาอยู่เสมอ

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,

<sup>20</sup>Mr Asbjorn EIDE and Mr Torkel OPSAHL, supra note 43, p.136

<sup>21</sup>Thlimmenos v.Greece, judgment of 6 April 2000 Application no. 23469/97

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) ในข้อบทที่ 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."

เห็นได้ว่าในบทบัญญัติจะอ้างว่าการปฏิบัติที่ต่างต่างนั้นส่งผลกระทบต่อความเสมอภาคซึ่งประเด็นซึ่งที่เกิดขึ้นประการหนึ่งคือ "เจตนา" (intention) ว่าการจะกล่าวอ้างการเลือกปฏิบัตินั้นจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงเจตนาของการกระทำนั้นหรือไม่ หากเจตนาที่กล่าวนี้หมายถึงเจตนาภายใน ก็เป็นการยากที่จะบอกได้ว่ามีเจตนาหรือไม่ ในคดีเกี่ยวกับการแบ่งแยกเชื้อชาติในแอฟริกาใต้โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยมีความเห็นของผู้พิพากษาว่า "การแบ่งแยกเชื้อชาตินั้นเป็นการกระทำที่ไม่มีความเหมาะสม และไม่ยุติธรรม เป็นพื้นฐาน ซึ่งความไม่เหมาะสมและความไม่ยุติธรรมนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจตนาหรือแรงจูงใจในการกระทำแต่ถือเป็น mala fides"<sup>22</sup> ซึ่งต่อมาก็เป็นที่ยอมรับว่าเจตนา (intention) ไม่มีผลกับการวินิจฉัยว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่

#### ค. เหตุของการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย

องค์ประกอบประการที่สองของการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายคือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัตินั้น เช่น เพศ ศาสนา เชื้อชาติ ฯลฯ โดยในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงลักษณะของการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน

<sup>22</sup>Li Weiwei, [www.humanrights.uio.no/forskning/pub/rn/2004/0304.pdf](http://www.humanrights.uio.no/forskning/pub/rn/2004/0304.pdf) p. 11,

คำว่า "mala fides" เป็นภาษาลาติน หมายถึง โดยทุจริต

ใครคือผู้ที่สามารถกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ในกฎหมายได้ ระหว่างองค์กรศาลหรือฝ่ายนิติบัญญัติ หากพิจารณาจากกฎหมายที่มีอยู่จะพบว่าลักษณะการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ 3 ลักษณะด้วยกันคือ<sup>23</sup>

1. การกำหนดแบบ open-textured กล่าวคือ ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องต้นตามกฎหมาย โดยไม่มีการกำหนดเหตุพื้นฐานใด ๆ ไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งลักษณะนี้จะอาศัยคำวินิจฉัยของศาลเป็นเครื่องมือในการกำหนดเหตุพื้นฐาน ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ 14 กำหนดห้ามแต่ละรัฐในการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองที่เท่ากันของกฎหมายแก่บุคคลซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้น

2. การกำหนดแบบระบุเหตุทั้งหมดที่ไม่สามารถนำมาเลือกปฏิบัติได้ไว้ในบทบัญญัติ ลักษณะนี้จะไม่พึ่งพาการวินิจฉัยของศาลเลย กล่าวคือศาลไม่สามารถจะวินิจฉัยให้นำเหตุอื่นที่ไม่ได้ระบุไว้ในกฎหมายมาอ้างการเลือกปฏิบัติได้ แต่เหตุพื้นฐานที่ระบุไว้สามารถเพิ่มขึ้นหรือลดลงได้โดยวิธีการทางนิติบัญญัติเท่านั้น ซึ่งการกำหนดลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายของสหภาพยุโรป และสหราชอาณาจักร

3. การกำหนดแบบระบุเหตุพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไว้แต่ไม่ทั้งหมด ข้อสังเกตประการแรกของการกำหนดแบบนี้คือ ในบทบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัตินั้นจะกำหนดเหตุพื้นฐานแห่งการเลือกปฏิบัติไว้และจะกำหนด "สถานะอื่น ๆ" (other status) ไว้ตอนท้าย ประการที่สองคือจะไม่มีกำหนดมาตรฐานหรือเงื่อนไขในการประเมินว่าอะไรทำให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียม แต่จะปล่อยให้เป็นที่ของศาล และศาลยังสามารถขยายหรือเพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้ด้วย ซึ่งการกำหนดแบบนี้จะปรากฏในเอกสารสิทธิมนุษยชนมากกว่าทั้งสองแบบที่กล่าวมา เช่น ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นต้น

#### การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ในมาตรา 30 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า "การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้" เห็นได้ว่ามีความใกล้เคียงกับลักษณะการกำหนด

<sup>23</sup> Sandra Fredman, Discrimination Law, New York : Oxford University Press, 2002, p.67

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในแบบที่สอง กล่าวคือ ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทยได้กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ทั้งสิ้น 13 เหตุ โดยที่ไม่มีเหตุไหนที่เปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการขยายนำเอาเหตุอื่นที่ไม่ได้กำหนดไว้มาปรับใช้ อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญก็ยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยในทำนองที่เป็นการขยายการอ้างเหตุการเลือกปฏิบัติเลย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญไทย มาตรา 30 นั้นเป็นเหตุทั้งหมดที่สามารถอ้างได้ หากเป็นเหตุอื่นที่เกินกว่านั้นก็จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมาย

### รูปแบบการเลือกปฏิบัติ

จากการศึกษาพบว่ารูปแบบของการเลือกปฏิบัติที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคนั้นมีอยู่ 2 รูปแบบด้วยกันคือ การเลือกปฏิบัติทางตรง และการเลือกปฏิบัติทางอ้อม เป็นรูปแบบหลักที่เป็นที่ยอมรับในระดับระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น ในสหภาพยุโรปได้มีการออกเคาซิลไดเรกทีฟ (2000/78/EC (Council Directive 2000/78/EC)<sup>24</sup> เพื่อสร้างโครงสร้างทั่วไปสำหรับการปฏิบัติที่เท่าเทียมในการจ้างงานและการประกอบอาชีพ โดยในมาตรา 2 ได้มีการกำหนดลักษณะของการเลือกปฏิบัติทางตรง และทางอ้อมไว้อย่างชัดเจน

#### 3.1 การเลือกปฏิบัติโดยทางตรง (Direct Discrimination)

การเลือกปฏิบัติทางตรงนั้นรูปแบบที่ตรงไปตรงมากับความหมายของการเลือกปฏิบัติ โดยมีแนวคิดของทฤษฎีความเหมาะสมสมภาคตามรูปแบบ ที่เน้น "การปฏิบัติที่ด้อยกว่า" เป็นพื้นฐาน ดังที่มีการให้ความหมายกันไว้ เช่น

"การเลือกปฏิบัติทางตรงนั้นเกิดขึ้นเมื่อบุคคลถูกปฏิบัติอย่างแตกต่างโดยปราศจากการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม หรือไม่เป็นไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย หรือไม่ได้สัดส่วนที่เหมาะสมของวิธีการจ้างกับจุดมุ่งหมาย"<sup>25</sup>

"การเลือกปฏิบัติทางตรงเกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าอีกบุคคลหนึ่งในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ในพื้นฐานที่กำหนด"<sup>26</sup>

<sup>24</sup> ค้นคว้าได้จาก

[http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/news/2001/jul/dir200078\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2001/jul/dir200078_en.html)

<sup>25</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)

"การเลือกปฏิบัติทางตรงเป็นการใช้หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติที่แตกต่างกันเป็นพื้นฐาน"<sup>27</sup>

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

กรณีตัวอย่างของการเลือกปฏิบัติทางตรง เช่น

- นาย ก. เป็นโรคชักกระตุกถูกห้ามให้ร่วมคณะไปออกแคมป์ตอนกลางคืน เนื่องจาก นาย ก. ต้องกินยาทุกคืน
- นาย ข. ซึ่งร่างกายพิการต้องนั่งรถเข็นและเพื่อนจะเข้าไปรับประทานอาหารในร้านอาหาร แต่พนักงานร้านไม่ให้เข้าเพราะไม่ต้องการจะจัดโต๊ะใหม่ให้แก่นาย ข.
- นาง ค. ซึ่งตั้งครรรภ์ถูกปฏิเสธจากอาจารย์ในการสนับสนุนให้ทำการศึกษาต่อในระดับที่สูงขึ้น เนื่องจากการตั้งครรรภ์นั้น

จากกรณีตัวอย่างที่ยกมานั้นล้วนแต่เป็นการเลือกปฏิบัติทางตรงทั้งสิ้น เพราะได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเนื่องจากสภาพร่างกายของตนโดยตรง

ปัจจัยสำคัญของการเลือกปฏิบัติทางตรงคือ ตัวเปรียบเทียบ (comparator) เพื่อเปรียบเทียบสถานการณ์ กับผู้กล่าวอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติว่าเกิดการปฏิบัติที่ด้อยกว่ากับผู้กล่าวอ้างหรือไม่ ปัญหาคือ จะสามารถหาตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมได้อย่างไร แล้วมีความเหมาะสมที่จะเปรียบเทียบจริงหรือไม่ ตัวอย่างของกรณีที่เกิดขึ้นในการกล่าวอ้างการเลือกปฏิบัติทางศาสนาเพศ และ การตั้งครรรภ์ดังนี้

- ผู้กล่าวอ้างเป็นมุสลิมที่เคร่งครัดในพิธีกรรมทางศาสนามาก อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากตนเองต้องเข้าสู่สุเหร่าทุกวันศุกร์แต่ไม่สามารถที่จะหยุดงานได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือผู้กล่าวอ้างไม่สามารถพิสูจน์ว่ามีการปฏิบัติที่ด้อยกว่าได้ เพราะปกติแล้ววันหยุดทางศาสนาของประเทศส่วนใหญ่จะอนุญาตเฉพาะศาสนาที่ประชากรส่วนใหญ่ของประเทศนับถือ เช่น ในประเทศไทยก็จะไม่นับวันคริสต์มาสเป็นวันหยุด เป็นต้น ซึ่งทุกคนในประเทศล้วนได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม
- ตัวเปรียบเทียบของกรณีผู้ชายรักร่วมเพศจะเป็นผู้หญิงรักร่วมเพศ หรือเป็นผู้ชายปกติ (รักต่างเพศ) เพื่ออ้างการเลือกปฏิบัติทางเพศ เพราะเขาถูกปฏิบัติเนื่องจากการเป็นบุคคลรักร่วม

<sup>26</sup>Declan O'Dempsey, Barrister, Cloisters

<sup>27</sup>Michel Mine. [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_2541\\_626\\_file\\_en.664.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_2541_626_file_en.664.pdf)

เพศไม่ใช่เพราะการเป็นเพศชาย หรือเพศหญิง

- กรณีการปฏิบัติที่ด้อยกว่าต่อผู้หญิงที่ตั้งครรภ์ ปัญหาคือไม่สามารถหาผู้ชายตั้งครรภ์ เพื่อเป็นตัวเปรียบเทียบได้ การแก้ปัญหาดังกล่าวของศาลสิทธิยุติธรรมแห่งยุโรปคือ ให้เปรียบเทียบกับผู้ป่วยชาย<sup>28</sup>

จะเห็นได้ว่าความต้องการตัวเปรียบเทียบเพื่อพิสูจน์การปฏิบัติที่ด้อยกว่านั้นเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งในการบรรลุถึงความเสมอภาค โดยเฉพาะเมื่อไม่สามารถหาตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมได้แม้จะมีสถานการณ์ของการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเกิดขึ้นอย่างเห็นได้ชัดก็ตาม

ในการรับมือกับปัญหานี้ Directives 2000/78 และ 2000/43 โดยศาลได้กำหนดลักษณะของตัวเปรียบเทียบไว้ โดยอนุญาตให้มีการเปรียบเทียบระหว่างสถานการณ์ของผู้กล่าวอ้างกับสถานการณ์ของบุคคลซึ่งไม่จำเป็นต้องเหมือนกันทุกประการถ้ามีหลักฐานแสดงให้เห็นว่ามีการปฏิบัติต่อผู้กล่าวอ้างด้อยกว่าบุคคลอื่นในสถานการณ์ที่ใกล้เคียงกัน ต่างกันเพียงพื้นฐานหรือเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ<sup>29</sup> เช่น เพศชาย-หญิง ศาสนาพุทธ-อิสลาม เป็นต้น

### 3.2 การเลือกปฏิบัติโดยทางอ้อม (Indirect Discrimination)

แนวคิดของการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นสอดคล้องกับทฤษฎีความเสมอภาคทางโอกาส ซึ่งมีแนวคิดพื้นฐานเพื่อให้บุคคลทุกคนมีโอกาสที่เท่าเทียมซึ่งบางครั้งการมีโอกาสที่เท่าเทียมก็ไม่ได้เกิดจากการมีบทบัญญัติที่เป็นกลาง และจากการที่กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติมีจุดมุ่งหมายเพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาค ซึ่งไม่สามารถเกิดขึ้นได้โดยวิธีการใช้หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันเท่านั้น เพราะในบางครั้งการใช้หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติอย่างเดียวกันตลอดก็อาจทำให้เกิดความไม่เสมอภาคได้

Directive 200/78/EC เป็นกฎหมายที่กล่าวถึงการเลือกปฏิบัติทางอ้อมไว้อย่างชัดเจนได้กำหนดไว้ในมาตรา 2 ดังนี้

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

<sup>28</sup>Sandra Fredman, supra note 51, p. 100

<sup>29</sup>Declan O'Dempsey, Barrister, Cloisters, supra note 54 para. 19

(i) ข้อกำหนด หลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติ<sup>30</sup> นั้นได้พิสูจน์ว่าวัตถุประสงค์ (objectively justified) โดยจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย และวิธีการในการบรรลุถึงจุดมุ่งหมายนั้นมีความเหมาะสมและจำเป็นแล้ว หรือ

(ii) ข้อกำหนด หลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติ<sup>30</sup> นั้น เป็นมาตรการที่เหมาะสมเพื่อกำจัดความเสียเปรียบแก่บุคคลพิการ<sup>30</sup>

นอกจากนี้ใน Directive 2000/43/EC ก็ได้กำหนดไว้เช่นกัน เนื้อหาที่มีลักษณะคล้ายกับ Directive 2000/78/EC เพียงแต่ไม่มีเนื้อหาในส่วน (ii) เหมือน Directive 200/78/EC และใน Directive 76/207/EEC เกี่ยวกับหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างผู้ชายกับผู้หญิงในการเข้าสู่ การจ้างงาน การฝึกหัดและการสนับสนุนอาชีพ และเงื่อนไขในการทำงาน โดยกำหนดไว้ในมาตรา 2(1)

"หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมหมายถึงวิธีการที่จะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างใด ๆ บนพื้นฐานของเพศ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยเฉพาะเกี่ยวกับการสมรส หรือสถานะของครอบครัว"<sup>31</sup>

เนื่องจากประเด็นเรื่องการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นมีความเป็นนามธรรมสูง จึงสามารถทำให้เข้าใจได้ง่ายขึ้นโดยการยกตัวอย่าง ต่อไปนี้จะเป็นกรณีตัวอย่างของการเลือกปฏิบัติทางอ้อม

---

<sup>30</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 the 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."

<sup>31</sup> "1, For the purposes of the following provisions, the principle of equal treatment shall mean the there shall be no discrimination whatsoever on grounds of sex either directly or indirectly by reference in particular to marital or family status."

- กรณีการสัมภาษณ์งาน ซึ่งนัดสัมภาษณ์ทุกคนที่สมัครเอาไว้ แต่การสัมภาษณ์นั้นจะดำเนินการบนอาคารชั้นสาม ในตึกซึ่งไม่มีลิฟท์ ส่งผลให้บุคคลซึ่งพิการต้องใช้รถเข็นไม่สามารถที่จะเข้ารับการสัมภาษณ์ได้ ถือเป็นทางเลือกปฏิบัติทางอ้อม

- นาย ก. เป็นสมาชิกของทีมปาเป้าแต่แขนด้วน ดังนั้น เวลาเล่นปาเป้า นาย ก. จะใช้วิธีการเป่า เมื่อทีมของนาย ก. ต้องการจะเข้าแข่งขันปาเป้า ปรากฏว่าสมาคมปาเป้าได้กำหนดให้แต่ละทีมจะต้องใช้การปาเท่านั้น ทั้ง ๆ ที่การวัดผลอยู่ที่การส่งลูกตกให้เข้าเป้า เป็นผลให้ทีมของนาย ก. ไม่มีสิทธิเข้าแข่งขัน ถือเป็นทางเลือกปฏิบัติทางอ้อมต่อทีมของนาย ก.

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างประกอบกับข้อกฎหมายที่บัญญัติไว้ใน Directive ต่าง ๆ นั้นก็น่าจะพอสรุปการเลือกปฏิบัติทางอ้อมได้ว่า จะถูกพิจารณาเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมหรือไม่ก็ต่อเมื่อกฎ หลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติในเรื่องนั้น ๆ มีความเป็นกลาง กล่าวคือ ไม่ได้มีการสร้างเงื่อนไขในการปฏิบัติอย่างแตกต่างไว้เพราะจะปฏิบัติเหมือนกัน แต่ส่งผลกระทบอย่างไม่ได้สัดส่วนต่อบุคคลกลุ่มหนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะเช่น พิการ กะเทย ชนกลุ่มน้อย เป็นต้น ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นถือว่าเป็นธรรมในส่วนของรูปแบบและเจตนา แต่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในผลกระทบ หรือผลลัพธ์ที่ออกมาทำให้เกิดความไม่เสมอภาคขึ้น ดังได้กล่าวไว้แล้วว่า แนวคิดของการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นมาจากทฤษฎีความเสมอภาคทางโอกาสอย่างไรก็ดี องค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นอีกประการหนึ่งซึ่งจะขาดไม่ได้คือ การพิสูจน์ความไม่ลำเอียงทางกฎหมาย และวิธีการที่เหมาะสมในการกระทำเช่นว่านั้น ซึ่งหากการกระทำอันจะถือเป็นทางเลือกปฏิบัติทางอ้อม เป็นการกระทำที่มีความเหมาะสมตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายไม่ลำเอียงรวมถึงวิธีการ ก็จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังที่ได้มีการแยกองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติทางอ้อมไว้ดังนี้<sup>32</sup>

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

จากองค์ประกอบที่กล่าวมานี้ หากครบเพียงสามองค์ประกอบแรกแล้ว ก็สามารถพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมได้ แต่หากมีองค์ประกอบข้อสี่เข้ามาด้วยก็จะเป็นการ

<sup>32</sup>Michel Mine, supra note 55,p.7

เลือกปฏิบัติทางอ้อมที่ไม่เป็นธรรม ที่กล่าวอย่างนี้เพราะการเลือกปฏิบัตินั้นยังคงมีอยู่แต่ไม่ถึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

ในส่วนของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European convention on Human Rights) โดย Prof, O.De Schutter ได้แบ่งการเลือกปฏิบัติทางอ้อมออกเป็น 3 รูปแบบ<sup>33</sup> คือ (a) ในกรณีที่เกิดกฏเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นกลาง แต่เกิดขึ้นแล้วทำให้เกิดความเสียหายเปรียบแก่บุคคลกลุ่มหนึ่งอย่างเฉพาะเจาะจง โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้มีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม ; (b) ในกรณีที่เป็นการใช้มาตรการทั่วไปซึ่งส่งผลกระทบต่ออย่างไม่ได้สัดส่วนต่อกลุ่มบุคคลเฉพาะกลุ่มเป็นจำนวนมาก เว้นแต่มาตรการที่ส่งผลกระทบต่อมีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม; (c) ในกรณีที่ใช้วิธีนั้นปฏิบัติต่อผู้ที่มีลักษณะเฉพาะอย่างแตกต่างโดยการกำหนดข้อยกเว้นไว้ในกฏเกณฑ์ทั่วไป กล่าวคือไม่มีการอำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลผู้ซึ่งพิการก็ดี หรือนับถือศาสนาอื่นก็ดี เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นสามารถอยู่ร่วมกับบุคคลอื่นได้

ความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติทางตรงกับการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นยังมีหลายประเทศที่เห็นว่ยังไม่มีความชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการก็ได้กล่าวถึงรูปแบบของการเลือกปฏิบัติทั้งสองรูปแบบด้วย แต่ก็มิได้ให้ความหมายเฉพาะเอาไว้

ส่วนผู้เขียนมีความเห็นว่า หากเป็นการปฏิบัติอย่างแตกต่างกันต่อบุคคลที่มีสถานการณืเหมือนกัน (ในกรณีนี้ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ศาสนา เชื้อชาติ ฯลฯ ไม่ถือเป็นสถานการณืที่แตกต่าง) ส่วนใหญ่แล้วถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางตรง แต่หากเป็นการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อบุคคลที่มีสถานการณืแตกต่างกันในเชิงเสียเปรียบ (ในกรณีนี้ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ศาสนา เชื้อชาติ ฯลฯ ถือเป็นสถานการณืที่แตกต่าง) ส่วนใหญ่จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อม

#### การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม (Positive Discrimination)

คำว่า "การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม" ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แปลมาจากคำในภาษาอังกฤษว่า "Positive discrimination" อย่างไรก็ตาม คำที่มีความหมายเดียวกันนี้มีอยู่อย่างน้อยเป็นภาษาอังกฤษอีกสองคำด้วยกันคือ "affirmative action" ซึ่งเป็นคำที่ใช้ในประเทศอเมริกา "reservation" เป็นคำที่ใช้ในประเทศอินเดีย ส่วนคำว่า "positive discrimination" นี้ส่วนใหญ่จะใช้

<sup>33</sup>O.De Schutter, supra note 53,p.16

กันในยุโรป<sup>34</sup> แต่ว่าทุกคำให้ความหมายที่เหมือนกันโดยในที่นี้แปลเป็นคำว่า "การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม"

แนวคิดและความหมายของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

แนวคิดของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนี้มาจากหลักความเสมอภาคตามเนื้อหา (substantive equality) โดยเฉพาะความเสมอภาคในผล (equality of result) กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเน้นถึงผลที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น ทางเพศ ทางศาสนา ทางสภาพร่างกาย เป็นต้น กับบุคคลธรรมดาทั่วไปให้มีความเสมอภาคกันอย่างได้สัดส่วน โดยอาจ มีมาตรการพิเศษเพื่อช่วยเหลือบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น การกำหนดโควตาในตำแหน่งงานนั้น ๆ เป็นต้น

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

- ความได้สัดส่วนหมายถึง การคำนึงถึงความเหมาะสมของสัดส่วนระหว่างการให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลกับการพิจารณาความสามารถที่แท้จริงโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์นั้น ๆ เช่น การกำหนดโควตาสำหรับคนพิการในการรับเข้าทำงาน

- การปรับเปลี่ยนตามความเหมาะสมหมายถึง การปรับหลักเกณฑ์บางประการเพื่อให้ประโยชน์หรือสิทธิแก่บุคคลซึ่งมีลักษณะเฉพาะ เช่น ลูกจ้างที่พิการได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษในการเข้าทำงานในตำแหน่งอื่นโดยไม่คำนึงถึงเกณฑ์การประเมินที่กำหนดไว้สำหรับตำแหน่งงานนั้น ๆ<sup>35</sup>

<sup>34</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

<sup>35</sup> Pauline Hughes, Disability Discrimination and The Duty to Make Reasonable Adjustment: Recent Development, Industrial law journal (December, 2004) pp.359-362

กฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นจะมีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาต่าง ๆ ที่ว่าด้วยการห้ามการเลือกปฏิบัติดังเช่น อนุสัญญา ระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1966) และอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ 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) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)

4 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1966)

ในอนุสัญญานี้ได้สร้างมาตรการเพื่อการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมขึ้น ดังที่กำหนดไว้ในอารัมภบทว่า "รัฐภาคีจะต้องมีมาตรการที่จำเป็นเพื่อที่จะกำจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบอย่างรวดเร็ว"<sup>36</sup> นอกจากนี้ข้อบทที่บ่งบอกถึงแนวคิดของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมได้แก่ ข้อบทที่ 1(4), 2(2) และ 7 ดังนี้

"Special measures taken for the sole purpose of securing adequate advancement of certain 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,

---

<sup>36</sup>อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966, อารัมภบท

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>37</sup>

"มาตรการพิเศษที่ดำเนินการเพื่อรับประกันความก้าวหน้าที่ยั่งยืนของเชื้อชาติที่แน่นอน หรือชนกลุ่มน้อย หรือบุคคลที่ต้องการการคุ้มครองเช่นนั้น ซึ่งบางครั้งมีความจำเป็นในการทำให้มั่นใจว่ากลุ่มหรือบุคคลเช่นนั้นได้รับการอุปโภคสิทธิหรือการใช้สิทธิที่เท่าเทียมของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ซึ่งการมีมาตรการนั้นต้องไม่นำไปสู่การผดุงไว้ซึ่งการแบ่งแยกสิทธิในกลุ่มเชื้อชาติที่แตกต่างกันและมาตรการนั้นจะต้องยุติหลังจากที่บรรลุวัตถุประสงค์แล้ว"

"States Parties shall, when the circumstances so warrant, take, in the social, economic, cultural and other fields, special and concrete measures to ensure the 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 right 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>38</sup>

"รัฐสมาชิกต้องดำเนินการที่พิเศษและเป็นรูปธรรมเพื่อรับประกันการพัฒนาและการคุ้มครองที่เพียงพอต่อกลุ่มเชื้อชาติที่ชัดเจน หรือบุคคลที่มีเชื้อชาตินั้นให้สามารถอุปโภคสิทธิได้อย่างเต็มที่และเท่าเทียมของสิทธิในมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งการมีมาตรการนั้นต้องไม่นำไปสู่การผดุงไว้ซึ่งการแบ่งแยกหรือความไม่เท่าเทียมในสิทธิในกลุ่มเชื้อชาติที่แตกต่างกันและมาตรการนั้นจะต้องยุติหลังจากที่บรรลุวัตถุประสงค์แล้ว"

"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,

<sup>37</sup> อนุสัญญาาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966, ข้อบทที่ 1(4)

<sup>38</sup> อนุสัญญาาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966, ข้อบทที่ 2(2)

the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, and this convention."<sup>39</sup>

"รัฐสมาชิกกับดำเนินการที่จะรับเอามาตรการเร่งด่วนและมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะในเรื่องการสอน การศึกษา วัฒนธรรม และข้อมูล กับมุมมองในการต่อสู้กับอคติอันนำไปสู่การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และสนับสนุนความเข้าใจ ความอดทนและมิตรภาพระหว่างชาติแลเชื้อชาติหรือชนกลุ่มน้อย ตามที่ประกาศไว้ในวัตถุประสงค์และหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยการกำจัดเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ และอนุสัญญา"<sup>40</sup>

โดยเมื่อพิจารณาข้อบทที่ 1(4), 2(2) ประกอบข้อบทที่ 7 แล้วจะแสดงถึงสิทธิที่รัฐสามารถดำเนินการเพื่อสร้างความเสมอภาคได้ แม้ว่ามาตรการที่ออกมานั้นจะมีการให้ความอนุเคราะห์แก่บุคคลที่มีเชื้อชาติหรือเป็นชนกลุ่มน้อยเพียงบางกลุ่ม แต่ก็ไม่ถือว่ามาตรการเหล่านั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยมีกรอบคือวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเสมอภาคตามอนุสัญญานี้

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

ในอนุสัญญานี้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่ามาตรการพิเศษชั่วคราวเพื่อให้บรรลุถึงความเสมอภาคจะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ดังที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 4(1) ว่า "มาตรการพิเศษชั่วคราวเพื่อเร่งให้เกิดให้ความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงที่รัฐภาคีได้ยอมรับจะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้ในความตกลงฉบับนี้ ซึ่งจะต้องไม่มีลักษณะเป็นไปในทางที่จะให้ได้รับผลที่ตามมาในการรักษาความไม่เสมอภาคและมาตรฐานที่แตกต่างและมาตรการเหล่านี้จะสิ้นสุดเมื่อบรรลุถึงวัตถุประสงค์แห่งความเสมอภาค"<sup>40</sup>

<sup>39</sup>อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ.1966 ข้อบทที่ 7

<sup>40</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."

คณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบได้ทำคำแนะนำทั่วไปที่ 25 ว่าด้วยข้อบทที่ 4(1) เกี่ยวกับ "มาตรการพิเศษชั่วคราว"<sup>41</sup> ว่าเป็นคำที่เกิดจากการที่รัฐสมาชิกใช้คำเรียกมาตรการที่ทำให้เกิดความเท่าเทียมต่าง ๆ กันตามภาษาอังกฤษดังนี้ "affirmative action" "positive action" "positive measures", "reverse discrimination" และ "positive discrimination" ซึ่งเป็นคำที่สื่อถึงการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมทั้งสิ้น โดยคณะกรรมการกำหนดกรอบของการใช้มาตรการพิเศษชั่วคราว ว่าต้องเป็นการจำกัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบต่อผู้หญิง โดยให้ผู้หญิงได้รับเสมอภาคกับผู้ชายทั้งในทางกฎหมายและทางความเป็นจริงในการอุปโภคสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งเมื่อมองผู้หญิงเป็นกลุ่มหนึ่งแล้ว การเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มผู้หญิงก็เกิดขึ้นได้จากหลายฐานรวมถึงฐานความพิกัดด้วย ดังนั้น รัฐภาคีจึงต้องมีมาตรการพิเศษชั่วคราวเพื่อกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิงเนื่องมาจากเหตุอื่น ๆ ด้วย

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

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

ในกติกาฉบับนี้ได้กำหนดขั้นตอนที่จะก่อให้เกิดการรับประกันในสิทธิที่กำหนดไว้ในกติกานี้ ในข้อบทที่ 2(1) ว่า

"Each 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

<sup>41</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

progressively the full realization of the rights recognized in the present covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures."<sup>42</sup>

"รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะดำเนินการโดยเอกเทศและโดยความร่วมมือและความช่วยเหลือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางเศรษฐกิจและวิชาการโดยใช้ประโยชน์สูงสุดจากทรัพยากรที่มีอยู่ เพื่อให้สัมฤทธิ์ผลในการทำให้สิทธิซึ่งรับรองไว้ในกติกานี้กลายเป็นความจริงอยู่อย่างบริบูรณ์โดยลำดับด้วยวิธีที่พึงประสงค์ที่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งรวมทั้งการกำหนดมาตรการทางกฎหมายด้วย"

คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ได้ทำความเข้าใจทั่วไปที่ 3<sup>43</sup> เกี่ยวกับการดำเนินการที่เหมาะสม รวมถึงการกำหนดมาตรการทางกฎหมายว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นเพราะ เป็นการยากที่จะต่อสู้กับการเลือกปฏิบัติซึ่งได้ห้ามไว้แล้วในข้อบทที่ 2(2) รัฐจึงสามารถสร้างมาตรการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งความเสมอภาคได้

ค. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

(International Covenant on Civil and Political Rights 1966)

กติการะหว่างประเทศฉบับนี้แม้จะมีได้มีการกำหนดให้รัฐภาคีต้องมีมาตรการพิเศษเพื่อทำให้เกิดความเสมอภาคแต่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติตามกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ได้ทำคำแนะนำทั่วไปไว้เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคว่ารัฐภาคีสามารถที่จะมีมาตรการใด ๆ เพื่อลดหรือกำจัดเงื่อนไขซึ่งเป็นสาเหตุให้มีการเลือกปฏิบัติที่ถูกละเมิดได้ตามกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ มาตรการเช่นว่านี้รวมไปกับการปฏิบัติที่เป็นพิเศษสำหรับบุคคลที่มีลักษณะพิเศษได้ทราบเท่าที่จำเป็นเพื่อแก้ไขการเลือกปฏิบัติในความเป็นจริงได้<sup>45</sup>

ง. ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ (International Convention on the Protection and promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities)

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

<sup>42</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 ข้อบทที่ 2(1)

<sup>43</sup> General Comment No.3, The nature of States parties obligations, Art 2, para, 1 of the Covenant, Fifth session, 1990

<sup>45</sup> Marjorie Cohn, Supra note 62, p. 258

"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>46</sup>

"การเลือกปฏิบัติไม่รวมถึงข้อกำหนด หลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติที่ได้รับการพิสูจน์ภาวะวิสัยและสถิติได้ถึงความสมเหตุสมผลและความจำเป็นจากจุดมุ่งหมายที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการในการบรรลุผลแห่งจุดมุ่งหมายนั้น"

"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>47</sup>

"เพื่อทำให้มั่นใจในสิทธิแห่งความเสมอภาคเพื่อบุคคลผู้พิการ รัฐสมาชิกรับดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสม รวมทั้งการออกกฎหมาย เพื่อจัดหาเครื่องอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมอันเป็นการแก้ไขที่จำเป็นและเหมาะสม และปรับการรับประกันการอุปโภคสิทธิหรือการใช้สิทธิบนพื้นฐานที่เท่ากันขอสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน 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>48</sup>

---

<sup>46</sup>ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ ในร่างข้อบทที่ 7(3)

<sup>47</sup>ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ ในร่างข้อบทที่ 7(4)

<sup>48</sup>ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการ ในร่างข้อบทที่ 7(5)

"มาตรการพิเศษที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อเร่งการสร้างความสะดวกทางความเป็นจริงของบุคคลผู้พิการจะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติตามความหมายของอนุสัญญาฯ นี้ แต่ต้องไม่เป็นวิธีการที่นำมาซึ่งผลลัพธ์อันผดุงไว้ซึ่งมาตรฐานความไม่เท่าเทียมหรือมาตรฐานการแบ่งแยกมาตรการนั้น ๆ ต้องยุติเมื่อวัตถุประสงค์แห่งความสะดวกทางโอกาสและการปฏิบัติบรรลุผลสำเร็จ"

จะเห็นได้ว่าร่างอนุสัญญาฉบับนี้แสดงถึงแนวคิดของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมต่อคนพิการไว้ด้วยนั่นคือ การดำเนินมาตรการพิเศษเพื่อสร้างความสะดวกให้แก่คนพิการ จะไม่ถือเป็นเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ออกมาโดยมีจุดมุ่งหมายที่ชอบด้วยกฎหมายก็ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติเช่นกัน นอกจากนี้ยังกำหนดให้รัฐต้องจัดหาเครื่องอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมเพื่อทำให้เกิดความสะดวกแก่คนพิการด้วย แม้ว่าร่างอนุสัญญาฉบับนี้จะยังไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ได้แสดงถึงแนวคิดที่ก่อตัวขึ้นในเรื่องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

กฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวมาแล้วนั้นถือว่ามีส่วนที่พิจารณาได้ว่าอนุญาตให้รัฐสามารถที่จะใช้วิธีการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมได้ แต่หากพิจารณาใน Directive 2000/43/EC และ 2000/78/EC จะพบว่าได้มีการกำหนดมาตรการที่เรียกว่า Positive action ขึ้นในมาตรา 5 และ 7 ตามลำดับ ซึ่งมีความคล้ายกับการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม กล่าวคือ Positive action นั้นหมายถึงการกระทำที่มุ่งจะเสนอโอกาสแก่บุคคลที่มีลักษณะเฉพาะให้ดีขึ้น เช่น การจัดหาเครื่องอำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลเหล่านั้น หรือให้การฝึกอบรมเป็นพิเศษแก่บุคคลเหล่านั้นเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานให้สูงขึ้น ซึ่งวิธีการเหล่านี้จะเป็นมาตรการที่ได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเสมอ หรือในพิธีสารฉบับที่ 12 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) ในส่วนของอาร์มบทว่า "ยืนยันว่าหลักการไม่เลือกปฏิบัตินั้นไม่ห้ามรัฐสมาชิกในการออกมาตรการเพื่อสนับสนุนให้เกิดความสะดวกภาคที่มีประสิทธิภาพและเต็มรูปแบบ โดยเป็นมาตรการที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัยและมีความเหมาะสม" ก็ถือเป็นการอนุญาตใน Positive action เช่นกัน<sup>49</sup>

หลักเกณฑ์ของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมตามกฎหมายไทย

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

<sup>49</sup>O.De Schutter, supra note 53,p.19

มาตรา 30 วรรค 4 "...มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม"

มาตรา 55 "บุคคลซึ่งพิการหรือทุพพลภาพ มีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ"

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

เช่นเดียวกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมคือ เน้นอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคที่ว่าต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระ หรือสถานะเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระหรือสถานะแตกต่างกันให้แตกต่างกัน ต่างกันตรงที่การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้าม แต่การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นสามารถทำได้ ในการค้นหาหลักเกณฑ์นั้น ยังคงมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่หลากหลายซึ่งสามารถรวบรวมออกมาได้เป็นหลักเกณฑ์กว้าง ๆ 3 ประการด้วยกันคือ

##### 5. การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเกิดจากสภาพจากเรื่องที่แตกต่างกัน

หากมิใช่สถานการณ์หรือสภาพอย่างเดียวกัน ย่อมมีกฎหมายที่จะกำหนดเนื้อหารายละเอียดในการปฏิบัติต่อบุคคลนั้น ๆ ให้แตกต่างกันได้ แต่กฎเกณฑ์ที่ใช้ปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์โดยรวมในเรื่องนั้นๆ และต้องมีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้นด้วย สิ่งที่เป็นกรณีที่แตกต่างกันเป็นไปได้อย่างหลายกรณี เช่น ขนบธรรมเนียมประเพณี<sup>50</sup> ซึ่งประชาชนมักจะเห็นว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกันตามขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นสิ่งที่ถูกต้องแต่การพิจารณาว่าประเพณีใดถูกต้องหรือไม่นั้นจะต้องไม่ยึดหลักความยาวนานของประเพณีนั้นเป็นเกณฑ์ แต่ควรที่จะยึดหลักความถูกต้อง ตามหลักภายในของประเทศนั้น ๆ

<sup>50</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, "หลักความเสมอภาค", โครงการเฉลิมพระเกียรติสิริราชานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภา) (2543), น.21

ตัวอย่างของความแตกต่างทางประเพณี เช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 กำหนดให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่คู่ความนับถือศาสนาอิสลาม เป็นต้น นอกจากนั้นระบบที่แตกต่างกันก็สามารถทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้<sup>51</sup> เช่น การที่กฎหมายไม่กำหนดให้ข้าราชการ ทหารหรือตำรวจ มีสิทธิในการประท้วงการนัดหยุดงานอย่างเช่นที่ระบบของลูกจ้างเอกชนสามารถทำได้เพราะระบบของราชการกับระบบของภาคเอกชนนั้นแตกต่างกัน หรือในกรณีของการห้ามเข้าพื้นที่ชั้นในของพระธาตุ ของสตรีนั้น ตั๋วรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน โดยไม่มีการตราพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายของล้านนา เพราะศาสนาล้านนาไม่มีแต่ศาสนาพุทธด้วยกันเปรียบเหมือนระบบที่เหมือนกัน แต่ถ้าเทียบกับศาสนาอิสลามแล้ว จะเป็นคนละระบบกัน เพราะถือเป็นคนละศาสนา แต่กรณีของชาวล้านนาในการห้ามผู้หญิงเข้าไปในพื้นที่ชั้นในของพุทธศาสนสถานนั้น ไม่ใช่หลักการของศาสนาพุทธ แต่เป็นจารีตประเพณีของชุมชนชาวล้านนา โดยที่หาเหตุผลในการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกัน ระหว่างผู้หญิงกับผู้ชายในเชิงประจักษ์ยอมรับในความถูกต้องของศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ในแบบรูปธรรมไม่ได้ในเรื่องการห้ามผู้หญิงเข้าไปในพื้นที่ชั้นในของพระธาตุนี้จึงไม่ใช้การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมที่เกิดจากสภาพจากเรื่องที่แตกต่างกัน

#### การเลือกปฏิบัติที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวม

เป็นไปตามหลักการในกฎหมายมหาชนคือ ประโยชน์ของส่วนรวมย่อมอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกชน ซึ่งในบางครั้งการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันอาจจะไม่เป็นธรรมต่อผลประโยชน์มหาชนหรือไม่เป็นธรรมต่อผู้ที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่มหาชน เช่น กรณีที่เกิดความไม่สงบในบ้านเมืองอันจำเป็นต้องใช้มาตรการโดยเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อนำความสงบสุขกลับสู่บ้านเมืองอีกครั้ง ดังนั้น การออกกฎหมายเพื่อเอื้อประโยชน์ของส่วนรวมแม้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมาย แต่ในกรณีการตีบห้ามเข้าของผู้หญิงนี้ พิจารณาตามหลักกฎหมายมหาชนก็ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมแต่อย่างใด

#### กรณีเป็นการมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่

หมายถึงการดำเนินการตามกฎหมายที่แตกต่างกันในลักษณะชั่วคราวที่ผู้มีอำนาจกำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและยกระดับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่นเพื่อทดแทนความไม่เท่าเทียมกันที่ดำรงอยู่ ซึ่งหลักการนี้เกิดจากแนวคิดของ

<sup>51</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, เพิ่งอ้าง, น.21

ประธานาธิบดีเคนเนดีและประธานาธิบดีจอห์นสันที่ต้องการสร้างความเป็นธรรมขึ้นในสังคมอเมริกา โดยหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับด้วยการตรากฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act) และศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกายังได้เคยตัดสินในคดี Regents of University of California V. Bakke 438 US265 (1978) ว่าการที่มหาวิทยาลัยสำรองที่นั่ง 16% ของคณะแพทยศาสตร์ให้แก่ นักศึกษาชนกลุ่มน้อยต่าง ๆ ถือเป็น การเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่<sup>52</sup> ซึ่งถ้ามา ปรับกับกรณีการห้ามผู้หญิงเข้านี้ เมื่อพิจารณาแล้วกลับเป็นการทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำทางเพศ เพราะเหตุแห่งจารีตมากยิ่งขึ้นกว่าเป็นกรณีมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ เป็นการเลือกปฏิบัติที่ ทำให้สิทธิของผู้หญิงกับผู้ชายแตกต่างกันมากยิ่งขึ้น จึงไม่ใช่การเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อม ล้ำที่ดำรงอยู่

---

<sup>52</sup>สมคิด เลิศไพฑูรย์., "หลักความเสมอภาค", วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 30, 2 (มิถุนายน 2543), น. 170.