

แนวทางว่าด้วยการบริหารจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

1 หลักความเสมอภาค (Equality)

หลักความเสมอภาคคือ การทำให้เกิดความเท่าเทียมกัน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติพัฒนามาจากหลักความเสมอภาคกล่าวคือ การใช้กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นไปเพื่อพยายามลดความไม่เสมอภาค ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักความเสมอภาคเพื่อใช้เป็นกรอบในการตรวจสอบว่าการใช้กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ นั้นเป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องหรือไม่ ซึ่งหากเป็นการใช้ที่ถูกต้องแล้วย่อมก่อให้เกิดความเสมอภาคเป็นผล

หลักความเสมอภาคนั้นถือเป็นรากฐานของระบอบประชาธิปไตย นอกจากนี้ยังเป็นหลักที่ควบคุมไม่ให้รัฐใช้อำนาจของตนอย่างอำเภอใจ เพราะทำให้รัฐจะต้องอธิบายเหตุผลในการกระทำอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งหากรัฐไม่สามารถที่จะอธิบายถึงการกระทำอย่างนั้นได้ หรือเป็นเหตุผลที่ไม่สามารถจะรับฟังได้ย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ยกตัวอย่างเช่น การให้เสรีภาพแก่ประชาชน หากเป็นการให้เสรีภาพแก่กลุ่มบุคคลใดเพียงกลุ่มใดไม่สามารถอธิบายหรือให้เหตุผลในการกระทำนั้นได้ ก็ย่อมจะขัดต่อหลักความเสมอภาค ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความเสมอภาคนั้นทำให้เกิดการใช้เสรีภาพให้เป็นไปได้อย่างทั่วถึง

1.1 ความหมายของความเสมอภาค

ก่อนที่จะอธิบายความหมายของคำว่า "ความเสมอภาค" นั้น ขอทำความเข้าใจกับคำที่ ยังมีความหมายใกล้เคียงกัน และอาจทำให้เกิดความสับสนอยู่โดยขอเริ่มจากคำว่า "ความเท่ากัน"

"ความเท่ากัน" ไม่ได้หมายถึงความเหมือนกันหรือเท่ากันทุกประการ หรือแทนกันได้ทุกอย่าง แต่หมายถึงความเหมือนกันในบางลักษณะ โดยเฉพาะขนาดหรือปริมาณ ที่เป็นลักษณะที่สามารถวัดได้ เช่น A สูงเท่ากับ B หรือ A หนักเท่ากับ B เป็นต้น ส่วนอีกคำหนึ่งคือคำว่า "ความเท่าเทียมกัน"

"ความเท่าเทียมกัน" ในความหมายนั้น อาจเป็นความเหมือนกันหรืออาจจะต้องเหมือนกันและไม่ต้องเท่ากันก็ได้ แต่ให้เทียบกันได้ใกล้เคียง ในเรื่องของคุณค่า เช่นแม่ซื้อตุ๊กตาให้ลูกสาว แต่ซื้อรถบังคับให้ลูกชาย โดยที่ราคาของสองชิ้นนี้ใกล้เคียงกัน ก็ถือได้ว่าแม่ให้ของขวัญลูกสองคนอย่างเท่าเทียมกัน เพราะให้ด้วยความรักทั้งคู่ ไม่จำเป็นที่ลูกสาวลูกชาย จะต้องได้ของขวัญเหมือนกันแล้วจึงจะเรียกว่า เท่าเทียมกัน

ส่วนคำว่า "ความเสมอภาค" ซึ่งยังเกิดความสับสน และเข้าใจไม่ตรงกันอีกมาก เพราะเป็นคำที่เป็นปรัชญาทางการเมืองการปกครอง บางคนจึงคิดถึงความเท่ากัน ความเท่าเทียมกันจนแม้บางคนยังคิดว่าต้องได้ในสิ่งเหมือนกันทุกประการจึงจะเสมอภาคก็มี

"ความเสมอภาค" เป็นคำที่มาจากรากฐานทางการเมืองแบบประชาธิปไตย และแน่นอนที่ไม่ได้หมายถึง "ความเหมือนกัน" ดังนั้นการที่กล่าวว่า ทุกคนเกิดมาโดยเสมอภาค<sup>1</sup> จึงไม่ได้หมายความว่า ทุกคนเกิดมาหน้าตา บุคลิกเหมือนกัน ซึ่งเป็นไปไม่ได้แน่นอน แต่ให้ถือว่ามีความเป็น "มนุษย์" เหมือนกันทุกคน จึงควรที่จะได้รับการปฏิบัติโดย "เท่าเทียมกัน" คือ สิทธิอะไรที่ในฐานะของความเป็นมนุษย์ มีสิทธิที่จะมี ก็ต้องมีให้เท่ากัน

แต่เนื่องจากมนุษย์มีความแตกต่างกันในหลายลักษณะทั้งในด้านสรีระร่างกาย จิตใจ สติปัญญา ความสามารถ ฯลฯ และเพศ ซึ่งเป็นความแตกต่างที่สำคัญมากประการหนึ่งของมนุษย์ที่มีการแบ่งแยกเป็นผู้ชายและผู้หญิง ทั้งนี้เนื่องจากพื้นฐานกฎเกณฑ์ทางตรรกวิทยา ซึ่งมีวิธีคิดที่

---

<sup>1</sup> จอห์น ล็อค นักปรัชญาชาวอังกฤษได้กล่าวไว้ว่า "มนุษย์ถูกสร้างมาอย่างเท่าเทียมกัน" (Man is created equal) โดยความเท่าเทียมกันตามทัศนะของล็อคเป็นความเท่าเทียมกันในฐานะที่มนุษย์ทุกคนเป็นสิ่งที่พระเจ้าสร้าง คือมีความเท่ากันในความเป็นมนุษย์ ทั้งนี้โดยมีที่มาจากแนวคิดสำคัญ 2 สำนักรคือ

1. แนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ ที่ถือว่าสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่อยู่คู่กับมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดโดยแนวคิดสำนักนี้เชื่อว่า เมื่อบุคคลมีสภาพความเป็นมนุษย์ก็ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติ อย่างเท่าเทียมกัน ความเป็นมนุษย์คือเงื่อนไขของการมีสิทธิเช่นว่านี้ ไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรของฝ่ายบ้านเมือง

2. แนวคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งแนวคิดนี้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลแต่ละคนโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่อยู่ควบคุมในตัวมนุษย์แต่ละคนที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมเป็นการเน้นให้ความสำคัญกับคุณค่าความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคลที่อยู่รวมกันเป็นสิ่งคม

เรียกว่า กฎแห่งเอกลักษณ์ (Law of identity) หรือกฎแห่งความเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งคือการที่ กำหนดว่าสิ่งหนึ่งต้องเป็นอย่างนั้น จะเป็นอย่างอื่นไม่ได้ เป็นการนำไปสู่แนวคิดที่จะจำแนกสิ่ง ต่าง ๆ ออกเป็นกลุ่ม ๆ เมื่อนำแนวคิดนี้มาแบ่งแยกมนุษย์จึงสามารถแบ่งมนุษย์ออกเป็นผู้ชาย กับ สิ่งที่ไม่ใช่ผู้ชายก็คือผู้หญิงนั่นเอง ดังนั้นเมื่อผู้ชายและผู้หญิงถูกกำหนดให้แตกต่างกันแล้ว ความ เสมอภาคระหว่างชายและหญิง จะเกิดขึ้นได้ในลักษณะใด จึงสมควรเริ่มจากการทำความเข้าใจ ความหมายของคำว่า "ความเสมอภาค" ก่อน ซึ่งมีนักกฎหมายหลายท่านได้อธิบายความหมาย ของคำว่า "ความเสมอภาค" ไว้ดังนี้คือ

1. การที่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน และ บุคคลที่ต่างกันสาระสำคัญ จะต้องได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน<sup>2</sup>

2. ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน หากมีการเลือก ปฏิบัติในสถานการณ์ที่เหมือนกันถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและขัดแย้งกับหลักความ เสมอภาค<sup>3</sup>

3. การไม่ให้ปฏิบัติต่อสิ่งที่เหมือนกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันตามอำเภอใจหรือ ไม่ให้ปฏิบัติให้แตกต่างกันในสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันตามอำเภอใจ<sup>4</sup> โดยอำเภอใจในที่นี้ หมายถึงการปราศจากเหตุผลที่เหมาะสมต่อการปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

จากคำนิยามข้างต้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสาระสำคัญของ "ความเสมอภาค" คือสิทธิตาม ธรรมชาติของปัจเจกที่จะได้รับการปฏิบัติและคุ้มครองตามกฎหมายต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญ เหมือนกัน โดยเท่าเทียมกันเพื่อสามารถทำให้มนุษย์ดำรงชีวิตได้อย่างมีศักดิ์ศรี ดังนั้นในส่วนของ

<sup>2</sup>แนวคิดนี้สอดคล้องกับแนวคิดของนักปรัชญาเสรีนิยมทางการเมือง John Locke และ คำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา

<sup>3</sup>แนวคิดนี้ สอดคล้องกับแนวคิดของนักปรัชญาเสรีนิยมทางการเมือง Herbert Spencer และ Adam Smith และคำประกาศสิทธิมนุษยชน และพลเมืองฝรั่งเศส 1789

<sup>4</sup>วิธีคิดของคนตะวันตกมาจากพื้นฐานของตรรกวิทยาตะวันตก 3 ข้อ ซึ่งเรียกว่า "กฎ แห่งความคิด" (Law of thought) ซึ่งคนตะวันตกคิดว่ามนุษย์ทุกคนจะต้องคิดแบบนั้นทั้งหมดโดย กฎ 3 ข้อนี้ได้แก่ "กฎแห่งความเป็นอย่างใดอย่างหนึ่ง (Law of identity) "กฎแห่งความไม่เป็นสิ่ง ตรงข้าม" (Law of non contradiction) และ "กฎแห่งความไม่มีตรงกลาง" (Law of excluded middle) โปรดดู ปรีชา ช้างขวัญยืน. สตรีในคัมภีร์ตะวันออก. โครงการตำราคณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 70

ความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงจึงมีข้อพิจารณาว่าความเป็นชายและความเป็นหญิงคือสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์หรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้เห็นว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาโดยเท่าเทียมจึงมีนัยว่าทั้งผู้ชายและผู้หญิงมีคุณค่าในความเป็นมนุษย์เท่ากันโดยกำเนิดเป็นความชอบธรรมที่แท้จริงของความเสมอภาค ความเป็นชายหรือหญิงจึงไม่ใช่สาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ แต่สิ่งที่ทำให้มนุษย์แตกต่างกัน เช่น เรื่องทางกายภาพภายนอก เชื้อชาติ ศาสนา สถานะทางสังคม และเพศ เป็นเพียงตัวกำหนดความแตกต่างของมนุษย์ในภายหลังเท่านั้น และกลไกที่จะสามารถทำให้มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันได้อย่างเป็นรูปธรรมที่สุดก็คือ "กฎหมาย" กล่าวคือ แม้บุคคลจะแตกต่างกันโดยมูลเหตุและปัจจัยต่าง ๆ ก็ต้องเสมอภาคกันในทางกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน หรือที่เรียกว่า "หลักความเสมอภาคทั่วไป" หรือ "หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย" ซึ่งความเสมอภาคนี้ไม่ได้มุ่งหมายให้ทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติให้เหมือนกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างใด ๆ แต่ความเสมอภาคในที่นี้หมายถึงการได้รับการปฏิบัติหรือคุ้มครองตามกฎหมายอย่างสมเหตุสมผล เหมาะสมไปตามสภาพของแต่ละบุคคล เพื่อให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด ซึ่งประเด็นเรื่องความเสมอภาคกับความยุติธรรมในทางกฎหมายนั้นยังเป็นเรื่องที่มีข้อโต้แย้งกันอยู่มาก กล่าวคือในเรื่องของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ใช้อยู่บังคับกำหนดกฎเกณฑ์ในชีวิตมนุษย์นั้น การที่จะปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงใดนั้นย่อมจะแตกต่างกันออกไปตามสัดส่วนและสาระสำคัญของความแตกต่าง ดังนั้นปัญหาที่น่าพิจารณา<sup>5</sup> ก็คือ

1. ถ้าสามารถบ่งชี้แยกแยะได้ว่าบุคคลเหมือนกันได้แล้ว แต่การที่จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้น ๆ ให้ได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมจะกระทำในลักษณะใด อะไรคือความเสมอภาคในด้านโอกาส อะไรคือการได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาค หรืออะไรคือความหมายของการได้รับการปกป้องคุ้มครองจากกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน

2. ถ้าสามารถบ่งชี้แยกแยะได้ว่าบุคคลต่างกันแล้วยังจะได้รับความเท่าเทียมหรือเสมอภาคได้หรือไม่ อย่างไร และอะไรคือการได้รับการปฏิบัติหรือการเยียวยาตามสัดส่วนของความแตกต่างหรือให้เกิดความเป็นธรรม

เมื่อพิจารณาจากข้อที่ 1 ที่ต้องการให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันนั้น จะเป็นไปในลักษณะใด โดยที่เคยพิจารณาไว้ว่าบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญก็ต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันและบุคคลที่ต่างกันสาระสำคัญ ก็สมควรที่ได้รับการปฏิบัติที่

<sup>5</sup>P.SMITH, "On Equality : Justice, Discrimination, and Equal Treatment."

ต่างกัน เช่นถ้ามีคนอยู่สองกลุ่มคือ กลุ่มที่เป็นเจ้าของที่ดิน กับกลุ่มที่ไม่มีที่ดินเป็นของตนเองถูกพิจารณาแล้วว่าคนสองกลุ่มนี้ควรมีสติธิทางการเมืองเท่าเทียมกัน ดังนั้นคนทั้งสองกลุ่มจึงควรมีสติธิเลือกตั้ง มีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองเหมือน ๆ กัน ทั้งนี้เพราะคนสองกลุ่มถูกยืนยันแล้วว่าเหมือนกันแต่อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีของผู้ชายและผู้หญิงซึ่งได้พิจารณาแล้วว่าไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ ดังนั้นจึงสมควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันก็จริงอยู่ แต่เพื่อความยุติธรรมในบางกรณีจึงต้องมีการปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ โดยที่อะไรที่ผู้หญิงควรได้ในฐานะที่เป็นผู้หญิงก็ต้องให้ อะไรที่ผู้ชายควรได้ในฐานะที่เป็นผู้ชายก็ต้องให้ อะไรที่ทั้งสองเพศควรได้ในฐานะที่เป็นมนุษย์ก็ต้องสมควรให้ อะไรที่ไม่ควรได้ไม่ว่าจะเป็นจะเป็นหญิงหรือว่าผู้ชายก็ไม่ต้องให้ ดังนั้นการที่ผู้หญิงได้รับอะไรเท่า ๆ กัน ผู้ชายก็คือความยุติธรรมได้ และการให้อะไรบางอย่างแก่ผู้หญิงมากกว่าผู้ชายโดยสมเหตุสมผลก็เป็นความยุติธรรมได้เช่นกัน และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด

ดังนั้นจึงไม่ควรเน้นหลักการที่ให้ทุกคนสามารถได้รับการปฏิบัติหรือคุ้มครองเหมือนกันเท่านั้น แต่ควรพัฒนาให้ไกลไปจนถึงว่าบุคคลสามารถได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขความถูกต้อง และความเหมาะสมด้วย

ส่วนในการพิจารณาข้อที่ 2 ว่าอะไรคือความหมายของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อกรณีที่แตกต่างกันให้เหมาะสม และมีวิธีการอย่างไรนั้นเห็นได้ว่า การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันนั้นอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณีซึ่งสามารถกระทำได้ โดยบางกรณีไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือบางกรณีก็อาจถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมซึ่งไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่นกรณีผู้พิการหรือทุพพลภาพ เด็ก เยาวชน ผู้สูงอายุ ที่มีสิทธิได้รับการดูแลและคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐ เป็นต้น ดังนั้นการปฏิบัติต่อบุคคลบางประเภทให้แตกต่างจากบุคคลทั่วไปเพื่อให้บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมสามารถกระทำได้มากน้อยตามสัดส่วนของความแตกต่างและความเหมาะสมในแต่ละกรณี ซึ่งการปฏิบัติในลักษณะเช่นนี้ถือเป็นการยุติธรรมอย่างยิ่ง

แต่อย่างไรก็ตามการเรียกร้องความเสมอภาค ที่ปรากฏให้เห็นกันอยู่นั้นจะเน้นเพียงเพื่อให้ได้มาซึ่งหลักประกันในความเสมอภาคด้านต่าง ๆ โดยมุ่งหวังจากสังคม รัฐ กฎหมาย หรือบุคคลอื่นเป็นผู้มอบให้ ซึ่งสิ่งเหล่านี้สามารถตอบสนองความต้องการของมนุษย์ได้เพียงบางส่วนไม่ใช่ทั้งหมดในชีวิตที่มนุษย์ต้องการอย่างแท้จริง โดยเฉพาะความเสมอภาคของชายและหญิงที่เรียกร้องกันมากในปัจจุบันที่ส่วนใหญ่ได้แก่ ความเท่าเทียมกันในเรื่องสิทธิทางเศรษฐกิจ การเมือง และสังคม กฎหมายจึงบัญญัติขึ้นเพื่อรองรับแต่ในเรื่องดังกล่าว เพราะคนในสังคมไม่ได้รับการ

อบรมให้เข้าใจถึงความสำคัญในเชิงคุณค่าของจิตใจ จึงแทบไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อรองรับหรือเยียวยาเรื่องทางจิตใจ เพราะเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรได้ยาก เช่น การมีกฎหมายแรงงานที่พยายามคุ้มครองแรงงานหญิงให้ได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมกับชายโดยการเพิ่มโอกาสให้ผู้หญิงทำงานในอาชีพต่าง ๆ มากขึ้นได้รับค่าตอบแทนมากขึ้น แต่ในส่วนของผู้หญิงที่ไม่มีอาชีพหรือเป็นแม่บ้าน กฎหมายยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการปกป้องช่วยเหลือผู้หญิงเหล่านั้นอย่างเป็นทางการหรือการที่ผู้หญิงถูกผู้ชายทำร้ายหรือถูกละเมิดในเรื่องต่าง ๆ กฎหมายก็มุ่งเน้นกระบวนการที่จะลงโทษผู้กระทำเป็นหลัก แต่กระบวนการเยียวยาปกป้องผู้หญิงที่ถูกกระทำ โดยเฉพาะทางด้านจิตใจหรืออนาคตของผู้หญิงเหล่านี้กลับถูกละเลยเพราะกฎหมายไม่ทราบว่า จะชดเชยให้อย่างไร ดังนั้นความเสมอภาคซึ่งวัดกันโดย ไม่มีเรื่องคุณค่าทางจิตใจมาประกอบด้วยกันแล้วความเสมอภาคที่ได้ก็คงเป็นเพียงความเสมอภาคทางกายภาพเท่านั้น

ทั้งที่ความเสมอภาคแท้จริงก็คือ ความเสมอภาคจากภายในตัวตนของมนุษย์เราเอง ออกไปสู่สังคมนั้นก็คือ การยอมรับความแตกต่างของผู้อื่นด้วยความเข้าใจ เอาใจเขามาใส่ใจเรา เราต้องการให้คนอื่นปฏิบัติต่อเราอย่างไร เราก็ต้องปฏิบัติต่อบุคคลอื่นเขาอย่างนั้น ต้องเคารพสิทธิซึ่งกันและกันและสำนึกในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่น

## 1.2 ทฤษฎีความเสมอภาค

เพื่อให้เกิดความเข้าใจกับหลักความเสมอภาคได้นั้น เราจึงต้องศึกษาถึงทฤษฎีของความเสมอภาคซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ทฤษฎี<sup>6</sup> คือ 1. ความเสมอภาคตามรูปแบบ (Formal equality) และ 2. ความเสมอภาคตามเนื้อหา (Substantive equality) โดยความเสมอภาคตามรูปแบบนั้น จะเน้นที่การไม่นำสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ไม่เกี่ยวข้องมาพิจารณาด้วยในการปฏิบัติเพื่อให้เกิดความเท่าเทียม เช่น เพศ หรือเชื้อชาติ เป็นต้น ส่วนความเสมอภาคตามเนื้อหานั้นจะเป็นการเพิ่มสิทธิพิเศษเพื่อทำให้เกิดความเท่าเทียมทางโอกาสและผล แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอเสนอเป็น 3 หัวข้อ เนื่องจากความเสมอภาคตามเนื้อหานั้นสามารถแบ่งออกพิจารณาได้อีก 2 แบบคือ 1. ความเสมอภาคในโอกาส (Equality of opportunity) และ 2. ความเสมอภาคในผล (Equality of results) ดังนั้น 3 หัวข้อที่จะอธิบายก็คือ 1. ความเสมอภาคตามรูปแบบ 2. ความเสมอภาคในผล 3. ความเสมอภาคในโอกาส

<sup>6</sup>Sanda Fredman, Ibid, pp.7-11

### 1.2.1 ความเสมอภาคตามรูปแบบ (Formal equality)

ความเสมอภาคตามรูปแบบ เป็นหลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เท่าเทียม โดยมีแนวคิดพื้นฐานอยู่บนหลักที่ว่า "สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน" ในภาษาอังกฤษอธิบายด้วยคำว่า "likes should be treated alike" จึงเป็นการเน้นที่การลบล้างการกระทำที่ไม่เท่าเทียมกันเช่น อัตราการจ่ายค่าจ้างในงานที่มีผลงานเหมือนกัน เป็นต้น อาจเรียกได้ว่า ทฤษฎีนี้เป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติก็ได้ อย่างไรก็ตาม ความเสมอภาคตามรูปแบบนี้ได้ชี้ให้เห็นปัญหาที่ต้องพิจารณาอย่างน้อย 4 ประการได้แก่

1. ปัญหาประการแรกคือ เมื่อไรจะถือว่ามี 2 บุคคลที่มีความเหมือนอย่างเกี่ยวพันกัน เนื่องจากแนวคิดพื้นฐานที่ว่า "สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน" จึงจำเป็นจะต้องบอกให้ได้ก่อนว่าอย่างไรจึงจะถือว่าบุคคล 2 คนนั้นมีความเหมือนกัน แต่มีความแตกต่างกันในส่วนที่จะไม่ถือว่าเป็นความแตกต่าง แล้วอะไรที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการตัดสินว่าความแตกต่างนั้นไม่ถูกถือว่าเป็นความแตกต่าง เช่น การเก็บภาษีคนที่มียาได้มากกว่าคนที่มียาได้น้อย เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยมีเกณฑ์แห่งรายได้เป็นตัวกำหนดการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น แต่อะไรจะเป็นตัวชี้ว่ารายได้เท่าใดถือเป็นรายได้น้อยหรือมาก

2. ความเสมอภาคตามรูปแบบนั้นเป็นเพียงหลักความสัมพันธ์ (relative principle) กล่าวคือหากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีบุคคล 2 คนที่มีสภาวะการณณ์เหมือนกัน สถานะเดียวกันแล้ว ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงการปฏิบัติต่อบุคคลทั้ง 2 นั้นจะเป็นไปในเชิงบวกหรือเชิงลบ เช่น การได้รับค่าจ้างของลูกจ้างผู้ชายกับผู้หญิง หากว่าเดิมลูกจ้างชายได้มากกว่า การทำให้เกิดความเสมอภาคก็คือ ลดค่าจ้างของลูกจ้างชายให้ลงมาเท่ากับค่าจ้างที่ลูกจ้างหญิงได้รับ หรือการที่ลูกจ้างผู้หญิงได้รับความคุ้มครองพิเศษจากการทำงานหรือได้รับโอกาสหยุดงานที่มากกว่า (เช่น จากการคลอดลูก) การลดความคุ้มครองเหล่านั้นลงมาก็เท่ากับเป็นการสร้างความเสมอภาคตามทฤษฎีนี้เช่นกัน ดังนั้นปัญหาข้อนี้คือ จะให้สภาวะการณณ์ของฝ่ายไหนเป็นหลักเพื่อปรับความสัมพันธ์ของอีกฝ่ายหนึ่งเข้าหา

3. อุปสรรคประการที่สามมาจากหลักพื้นฐานที่ว่า "สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน" จากหลักการพื้นฐานนี้ทำให้เกิดความต้องการตัวเปรียบเทียบ (comparator) ขึ้นเพื่อที่จะเปรียบเทียบสถานการณ์ของผู้ที่อ้างว่าตนเองไม่ได้รับความเสมอภาค โดยที่ตัวเปรียบเทียบนั้นต้องเป็นบุคคลที่มีสภาวะการณณ์ หรือสถานะเดียวกันกับผู้กล่าวอ้าง เนื่องจากการใช้ความเสมอภาคตามรูปแบบนี้จำเป็นที่จะต้องตอบคำถามว่า "เสมอภาคกับใคร" ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือไม่สามารถที่จะหาตัวเปรียบเทียบที่สมบูรณ์ได้ในบางกรณี ทำให้ไม่สามารถตัดสินได้ว่าผู้

กล่าวอ้างนั้นไม่ได้รับความเสมอภาคอย่างไร ซึ่งโดยปกติแล้วจะมีการนำเอาเกณฑ์ปกติของคนทั่วไปในสังคมมาเป็นสิ่งเปรียบเทียบ ปัญหาคือเกณฑ์ปกตินั้นเหมาะสมจริงหรือไม่ เช่น ในคดี Grant v South-West Trains<sup>7</sup> ซึ่งตัดสินโดยศาลประชาคมยุโรป โดย Lisa Jacqueline Grant ผู้กล่าวอ้างถูกบริษัท South-West Trains ปฏิเสธในการท่องเที่ยวแบบครอบครัวจากการที่เธอมีคู่ครองเป็นเพศเดียวกัน หากจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเธอจะต้องนำลูกจ้างผู้ชายซึ่งมีคู่ครองเป็นเพศเดียวกัน แต่สามารถไปเที่ยวแบบครอบครัวได้มาเป็นตัวเปรียบเทียบ ซึ่งไม่สามารถหาได้ง่าย หรือกรณีที่ถูกจ้างนับถือศาสนาอื่นซึ่งจะถือวันสะบาโตในวันเสาร์ (คือ ไม่มาทำงาน) หากว่าไม่มีลูกจ้างคนใดที่นับถือศาสนาอื่นด้วยแล้วย่อมไม่มีตัวเปรียบเทียบเพื่อแสดงถึงความไม่เสมอภาคทางศาสนา เพราะถือว่าทุกคนต้องมาทำงานอย่างเสมอภาคกันหมด กรณีเช่นนี้ก็เป็นปัญหาที่เกิดจากการไม่มีตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมนั่นเอง

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

โดยสรุป ทฤษฎีนี้จึงมีการนำเอาความแตกต่าง (เพศ ภาษา ศาสนา สภาพทางกาย) ออกแล้วพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างนั้น ซึ่งในความเป็นจริง ความแตกต่างเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ส่งผลถึงพฤติกรรมของแต่ละบุคคลด้วย ดังนั้น หากไม่คำนึงถึงความแตกต่าง ก็ไม่สามารถพิจารณาความเหมือนที่แท้จริงของบุคคลได้

อย่างไรก็ดี การใช้ทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบนี้ก็เพื่อช่วยให้เกิดความเสมอภาคเนื่องจากเป็นแนวคิดที่เน้นกำจัดความไม่เท่าเทียมของบุคคล 2 คนที่มีความเหมือนกันแต่อาจไม่ได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ซึ่งนับเป็นรากฐานของความไม่เสมอภาค อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าการใช้ทฤษฎีนี้เพียงทฤษฎีเดียวย่อมมีข้อเสียและมีช่องว่างอันจะทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เป็นธรรมอยู่ ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมีส่วนช่วยเพื่อให้เกิดความสมดุลในการสร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้น

<sup>7</sup> case c-249/96 [1998] ECR อ้างถึงใน Mark Bell.

### 1.2.2 ความเสมอภาคในผล (Equality of Result)

นอกจากทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบ ซึ่งเน้นว่า "สิ่งที่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน" ดังกล่าวแล้วข้างต้น ยังมีทฤษฎีความเสมอภาคในผลซึ่งเน้นที่ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นว่าผลนั้นควรมีความเสมอภาคหรือเป็นผลลัพธ์ที่เท่าเทียมด้วย เพราะเพียงแค่การปฏิบัติให้เท่าเทียมกันนั้นส่วนหนึ่งทำให้เกิดความเสมอภาคขึ้นจริง แต่ก็มีบางส่วนที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคตามแนวความคิดของความเสมอภาคในผลด้วย เนื่องจากมุมมองเรื่องความเสมอภาคของทั้งสองทฤษฎีนี้ต่างกัน กล่าวคือ ทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบนั้น จะถือว่ามีความเสมอภาคเกิดขึ้นถ้าบุคคลที่มีสถานะหรือสถานการณ์ที่เหมือนกันได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน แต่ความเสมอภาคในผลนั้นจะถือว่ามีความเสมอภาคเกิดขึ้นเมื่อผลลัพธ์ที่ออกมามีความเท่าเทียมกัน เช่น หากมีกฎของโรงเรียนที่เกี่ยวกับเครื่องแบบโดยห้ามนักเรียนสวมผ้าคลุมหัวเวลาเข้าโรงเรียน และกฎนี้ใช้บังคับกับนักเรียนทุกคน ดังนั้นปัญหาเรื่องความไม่เสมอภาคจะเกิดขึ้นกับนักเรียนซึ่งนับถือศาสนาซิกเพราะการสวมผ้าคลุมหัวถือเป็นความเชื่อทางศาสนาของศาสนาซิก นักเรียนที่เป็นซิกจึงต้องสวมหมวกตามความเชื่อทางศาสนาของตน แต่ก็จะเป็นการขัดกับกฎของโรงเรียน ตามปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ไม่ว่าจะใช้ทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบหรือทฤษฎีความเสมอภาคในผล ต่างก็ถือว่าเกิดความไม่เสมอภาคเหมือนกัน แต่ทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบมองว่าการปฏิบัติต่อบุคคลให้แตกต่างกันโดยอ้างเหตุผลความเชื่อทางศาสนานั้นเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดกับหลักความเสมอภาคส่วนทฤษฎีความเสมอภาคในผลนั้นก็ถือว่ากรณีนี้เกิด ความไม่เสมอภาคขึ้นเช่นกัน แต่เป็นเพราะผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นกับนักเรียนที่นับถือศาสนาซิกไม่เสมอภาคกับผลลัพธ์ต่อนักเรียนที่นับถือศาสนาอื่น จึงถือเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคในผล

อย่างไรก็ดี ใช่ว่าหากผลที่ออกมานั้นไม่เท่าเทียมหรือไม่เสมอภาคกันแล้วจะถือว่าขัดกับหลักความเสมอภาคในผลทุกกรณีไปไม่ เช่น กรณีที่พบว่าอาชีพนักบิน ส่วนใหญ่จะมีแต่ผู้ชายซึ่งตามทฤษฎีความเสมอภาคในผลนี้จะมีการตั้งเป็นสมมติฐานขึ้นมาก่อนว่าผลที่ไม่เท่าเทียมกันนั้นเกิดขึ้นจากการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าการที่ผู้หญิงไม่ค่อยได้เป็นนักบินนั้นเกิดจากการขาดทักษะหรือขาดการฝึกอบรมที่เพียงพอแล้วก็จะไม่ถือว่าเป็นความไม่เสมอภาคในผล แต่หากเกิดจากความเชื่อว่าเป็นผู้หญิงทำให้ไม่สามารถเป็นนักบินที่ดีได้ย่อมถือว่าเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคในผล สิ่งสำคัญจึงอยู่ที่เหตุผลในการตัดสินใจต่าง ๆ ว่าเป็นเหตุผลที่เพียงพอและยอมรับได้หรือไม่กับผลที่เกิดขึ้น

ความสำคัญของความสามารถในผลนั้นอยู่ที่การมีผลลัพธ์ที่เสมอภาคกัน ดังนั้นการใช้หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) จึงเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งเพื่อใช้พิจารณา

หลักความเสมอภาคในผล กล่าวคือ การให้ได้มาซึ่งความเสมอภาคในผลนั้นบางครั้งต้องมีการกำหนดพื้นที่สำคัญบุคคลที่เสียเปรียบซึ่งเรียกว่า "การกำหนดโควต้า" และการกำหนดโควตานั้นจำเป็นต้องมีความได้สัดส่วนกับความมุ่งประสงค์ที่แท้จริงด้วย ดังนั้น การจะทำให้เกิดความเสมอภาคในผลได้นั้นความจำเป็นประการหนึ่งก็คือการแทรกแซงจากภาครัฐเพื่อที่จะทำให้ผลลัพธ์ที่ออกมามีความเสมอภาคกัน และเหตุผลสำคัญของทฤษฎีนี้คือ ความเชื่อที่ไม่สิ่งใดที่จะเหมือนกันทุกอย่างแม้จะสร้างสิ่งที่ไม่ถือว่าเป็นความแตกต่าง (เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา สภาพทางกาย เป็นต้น) ขึ้นมาก็ยังถือว่าเป็นความแตกต่างกันอยู่ดี ดังนั้นการจะปฏิบัติต่อสิ่งที่ถือว่าเป็นเหมือนกันทั้งที่จริงแล้วไม่เหมือนกันเพื่อจะทำให้เกิดความเสมอภาคขึ้นย่อมเป็นไปได้ เว้นแต่จะมองที่ผลของมันว่าเสมอภาคหรือไม่จึงจะได้รับความเสมอภาคที่แท้จริง

### 1.2.3 ความเสมอภาคในโอกาส (Equality of Opportunity)

อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดหรือทฤษฎีนี้อยู่ตรงกลางระหว่างความเสมอภาคตามรูปแบบกับความเสมอภาคในผล โดยมีมุมมองว่าการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมนั้นจะเกิดขึ้นไม่ได้หากว่ามีจุดเริ่มต้นที่แตกต่างกัน และการให้ผลประโยชน์แก่ปัจเจกชนทุกคนอย่างเท่าเทียมก็ถือเป็นเรื่องที่ยากเกินไป แต่ผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่ปัจเจกชนแต่ละคนนั้นควรจะอยู่บนพื้นฐานของความสามารถหรือคุณภาพของแต่ละบุคคล แต่ทุกคนควรมีโอกาสในการเริ่มต้นที่เท่ากัน

การสร้างความเสมอภาคในโอกาสจึงต้องมีการจัดอุปสรรคในที่นี้คือ ความแตกต่างของแต่ละบุคคล (เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา สภาพทางกาย เป็นต้น) แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดรับประกันได้ว่าบุคคลทุกคนจะได้รับสิทธิ์ที่เท่ากัน เช่น การเกณฑ์ทหารสามารถจัดอุปสรรคได้โดยการไม่กำหนดเพศเป็นคุณสมบัติเพื่อให้ทุกเพศมีโอกาสเข้าสู่อุตสาหกรรมได้เท่ากัน แต่ไม่จำเป็นต้องรับประกันว่าผู้หญิงจะสามารถผ่านเกณฑ์ทหารได้เท่า ๆ กับผู้ชาย เพราะต้องขึ้นอยู่กับความสามารถหรือคุณภาพของแต่ละบุคคล เป็นต้น

สิ่งสำคัญของทฤษฎีนี้คือการสร้างโอกาสให้ทุกคนสามารถมีจุดเริ่มต้นที่เท่าเทียมกันได้ ดังนั้นจึงต้องมีมาตรการเพื่อที่จะรับประกันว่าทุกคนมีโอกาสที่เท่าเทียมกันจริง ๆ อาจเรียกว่าเป็นมาตรการจัดอุปสรรคตามอำเภอใจเพื่อความก้าวหน้า โดยหลักการสำคัญคือเพื่อเปิดโอกาสให้ทุกคนสามารถมีความสามารถที่เท่ากันได้ กล่าวคือ การจัดอุปสรรคตามอำเภอใจ เช่น อุปสรรคทางเพศ ศาสนา เชื้อชาติ ความพิการ เหล่านี้ถือเป็นอุปสรรคตามอำเภอใจที่จะนำมาอ้างเพื่อกระทำการอันทำให้เกิดความไม่เสมอภาคไม่ได้แต่สิ่งที่สามารถอ้างได้ได้แก่ความสามารถ พรสวรรค์ หรือคุณภาพของแต่ละบุคคล แต่ไม่ใช่เพียงเท่านั้นเนื่องจากแนวความคิดหรือทฤษฎีนี้เป็นหลักการเชิงบวก ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องอำนวยความสะดวกด้านสวัสดิการต่าง ๆ และต้องมี

การแบ่งสรรทรัพยากรให้ถูกต้อง เช่น การให้การศึกษาย่างเท่าเทียม การให้การฝึกอบรมทางอาชีพอย่างเพียงพอแก่ทุกคน เป็นต้น เพื่อไม่ให้เกิดกรณีที่บุคคลซึ่งมีความสามารถ หรือมีคุณภาพเหมือนกันขาดโอกาสเนื่องจากขาดการศึกษา หรือได้รับการศึกษาน้อยกว่าอีกบุคคลหนึ่ง

แนวคิดที่สำคัญอีกประการหนึ่งของความเสมอภาคในโอกาสคือ ให้บุคคลประสบความสำเร็จตามความสามารถของตนเอง (Meritocratic) จากการถือว่าพรสวรรค์หรือความสามารถนั้น เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากตนเองไม่ได้ขึ้นอยู่กับการควบคุม และการที่รัฐต้องส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมทางโอกาสในการประสบความสำเร็จด้วยตนเองนี้ ในบางครั้งผลที่ออกมาไม่จำเป็นต้องได้ผลลัพธ์ที่เสมอภาคกัน

สรุปจากทฤษฎีทั้งสามนี้มีจุดที่เกาะเกี่ยวหรือร่วมกันอยู่ในบางจุด เช่น การยอมรับความไม่เสมอภาคอันเกิดจากความสามารถหรือคุณสมบัติของตนเอง แต่จุดที่แตกต่างกันคือมุมมองของแต่ละทฤษฎีในการมองถึงความเสมอภาคที่ทฤษฎีนั้น ๆ ให้ความหมาย หรือให้ความสำคัญ โดยทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบจะมองจากการปฏิบัติต่อแต่ละบุคคลว่าหากแต่ละบุคคลนั้นมีสถานะเหมือนกันหรือมีสถานการณ์เดียวกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันจึงถือเป็นความเสมอภาค ส่วนความเสมอภาคในผลนั้นจะมองที่ผลลัพธ์ที่ออกมาซึ่งถ้าได้ผลลัพธ์ที่เหมือนกันหรือเท่ากันก็จะถือว่ามีความเสมอภาค สุดท้ายคือความเสมอภาคในโอกาสเน้นที่การให้โอกาสอย่างเท่าเทียมกันอาจมีการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกันได้ หรือผลลัพธ์ที่ออกมาไม่เหมือนกันได้ แต่หากทุกคนสามารถมีจุดเริ่มต้นที่เดียวกันได้แล้วก็ถือว่ามีความเสมอภาคแล้วอย่างไรก็ดีค่อนข้างจะเห็นได้ชัดเจนว่าความเสมอภาคในโอกาสและความเสมอภาคในผลนั้นเป็นแนวคิดในเชิงบวก กล่าวคือรัฐมีความจำเป็นต้องจัดการบางสิ่งบางอย่างเพื่อทำให้เกิดความเสมอภาคขึ้น แต่ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ก็ยังไม่ถือเป็นที่สุดของหลักความเสมอภาค อย่างที่กล่าวไว้ก่อนแล้วว่าหลักความเสมอภาคนั้นควรต้องมีความยืดหยุ่นสามารถปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งอาจมีแนวคิดใหม่ ๆ ออกมาได้อยู่เสมอและเป็นเรื่องที่สามารถจะศึกษาในรายละเอียดได้มากกว่านี้ แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต้องการเพียงให้ทราบเพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์การเลือกปฏิบัติต่อไปเท่านั้น

## 2 วิวัฒนาการจากหลักความเสมอภาคสู่การเลือกปฏิบัติ

### 2.1 วิวัฒนาการทางแนวคิด

แนวความคิดเรื่องหลักความเสมอภาคเริ่มขึ้นจากคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคของอาณาจักรโรมัน ต่อมาในสมัยกลางโดยระบบศักดินาได้ยกเลิกแนวความคิดเรื่องความเสมอภาค โดยมีการสร้างลำดับชั้นของสังคมขึ้นแปรผันไปตามสภาพของที่ดินและเจ้าของที่ดินเจ้าศักดินา ต่อมาเมื่อชนชั้นกลางได้สะสมความเข้มแข็งขึ้นจนนำไปสู่การเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงความไม่เสมอภาคทั้งทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง

การเปลี่ยนแปลงทางแนวความคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคเริ่มต้นจากจุดสนใจในการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ทางการเมืองมากกว่าการเปลี่ยนแปลงในทางโครงสร้างกฎหมาย<sup>8</sup> อย่างไรก็ตามการพัฒนาโครงสร้างทางกฎหมายสามารถแบ่งได้เป็น 3 ช่วงระยะเวลาดังนี้

ระยะแรกคือ "ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย" (equality before the law) อยู่ในช่วงศตวรรษที่ 18 ความเสมอภาคทางศาลถูกกลุ่มคนบางกลุ่มใช้สิทธิในการหลีกเลี่ยงโดยใช้อำนาจในการบริหาร จึงเกิดความต้องการปลดปล่อยอุปสรรคทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่อยู่ภายใต้ความไม่เสมอภาคในยุคก่อนที่จะมีแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาค เช่น พวกที่เป็นทาสหรือแม้กระทั่งผู้หญิงที่แต่งงานแล้วถูกจำกัดสิทธิในการถือครองทรัพย์สิน สิทธิในการออกเสียงเป็นต้น พร้อมกันกับการพิจารณาถึงการแทรกแซงของรัฐกับเสรีภาพของปัจเจกชน จึงเกิดแนวความคิดว่าการบังคับใช้กฎหมายควรจะเท่าเทียมกันกับทุกคน โดยความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายนั้นถูกให้ความหมายว่า หมายถึง กฎหมายต้องถูกบังคับใช้กับทุกคนและไม่สามารถใช้กฎหมายเพื่อให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้

ระยะที่สองคือ "การคุ้มครองที่เท่ากันของกฎหมาย" (equal protection of the laws) เป็นช่วงถัดมาประมาณศตวรรษที่ 19 ในยุคที่มีเสรีภาพในทางเศรษฐกิจอันทำให้แนวคิดในการแทรกแซงเอกชนของภาครัฐถูกคัดค้าน พร้อมกันกับการกำหนดกฎหมายเอกชนขึ้นเพื่อขยายกิจกรรมทางเศรษฐกิจเริ่มมีความเข้มแข็งมากขึ้น และที่สำคัญคือมีแนวคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมา

<sup>8</sup>Sandra Fredman, supra note 7, p 7

เท่าเทียมกัน ทำให้บรรดาทาสซึ่งเคยถูกถือว่าเป็นสินค้าอย่างหนึ่งเป็นสิ่งที่ต้องทำให้หมดไป และเพื่อให้บรรลุดัตถุประสงค์นั้นรัฐจะต้องขยายความคุ้มครองให้แก่บุคคลเพื่อไม่ให้มีบุคคลใดถูกกระทำเยี่ยงทาสอีก จึงเกิดเป็นหลักการคุ้มครองที่เท่ากันของกฎหมายขึ้น

ระยะที่สามคือ "การห้ามการเลือกปฏิบัติ" (non-discrimination) เข้าสู่ช่วงศตวรรษที่ 20 เมื่อระบบอุตสาหกรรมสร้างความซับซ้อนในสังคมเพิ่มมากขึ้น การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายจึงต้องขยายมากขึ้น โดยเฉพาะบุคคลผู้พิการจากอุบัติเหตุในอุตสาหกรรมทำให้สูญเสียรายได้จากการพิการนั้นหรือแม้แต่จากการป่วย อายุที่มากขึ้นและการว่างงานระบบสวัสดิการจากภาครัฐจึงเกิดขึ้น ประกอบกับการเกิดขึ้นของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กำหนดให้บุคคลทุกคนมีสิทธิในการได้รับมาตรฐานความเป็นอยู่ที่เพียงพอทั้งในเรื่องสุขภาพ อาหารเครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย ยารักษาโรคและสาธารณประโยชน์ขั้นพื้นฐานจากรัฐ รวมถึงการได้รับความคุ้มครองจากการว่างงาน ป่วย พิกการ การหย่าร้าง ความชรา หรือการดำเนินชีวิตประจำวันอันเกิดจากสภาวะที่ไม่สามารถควบคุมได้ ซึ่งหากรัฐจะปฏิบัติตามปฏิญญาสากลนี้ การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายก็จำเป็นต้องกระทำโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม การห้ามการเลือกปฏิบัติเพียงอย่างเดียวนั้นย่อมมีขอบเขตที่ค่อนข้างจำกัด เนื่องจากยังสามารถกำหนดความคุ้มครองให้เกิดขึ้นในเฉพาะกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ ดังนั้น จึงมีการเพิ่มแนวคิดซึ่งไม่ใช่เพียงการห้ามการเลือกปฏิบัติเท่านั้น แต่ต้องมีการส่งเสริมหรือสร้างหน้าที่ทางบวกในการสร้างความเสมอภาคด้วย

## 2.2 วิวัฒนาการทางกฎหมาย

ที่กล่าวมานั้นเป็นวิวัฒนาการทางแนวคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค แต่ถ้าจะกล่าวถึงเอกสารที่แสดงถึงความเป็นมาในการกำหนดหลักความเสมอภาคน่าจะต้องเริ่มต้นที่คำประกาศอิสรภาพของอเมริกาหรือ The Declaration of Independence ซึ่งอเมริกาได้ประกาศเอกสารฉบับนี้เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 อันมีข้อความที่รับรองความเสมอภาคไว้ในวรรคสองว่า "เราถือความจริงซึ่งได้ประจักษ์แก่ตัวเองแล้วว่า มนุษย์เราเกิดมาเสมอเท่าเทียมกัน และต่างก็ได้รับสิทธิบางประการจากพระเจ้าซึ่งไม่อาจโอนให้แก่กันได้ กล่าวคือสิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุขและเพื่อที่จะป้องกันสิทธิเหล่านี้ จึงได้จัดตั้งรัฐบาลซึ่งได้รับอำนาจอันชอบธรรมด้วยความยินยอมของประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครอง เมื่อเป็นเช่นนี้หากรัฐบาลดำเนินการปกครองไปในทางที่เป็นปรปักษ์ต่อหลักการดังกล่าวเมื่อใด เมื่อนั้นก็เป็นสิทธิของประชาชนที่จะเปลี่ยนแปลงหรือเลิกล้มรัฐบาลนั้นเสียได้ และกลับสถาปนารัฐบาลใหม่ขึ้นตามที

เห็นว่าจะทำให้เขาได้รับความปลอดภัยและยังความผาสุกให้เกิดขึ้นมากที่สุด" อย่างไรก็ตามดีเอกสารที่สร้างความชัดเจนยิ่งขึ้นในการให้ความคุ้มครองแก่ความเสมอภาคคือ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยย์และพลเมือง (Declaration des droits de l'homme et du citoyen) ซึ่งตราขึ้นภายหลังการปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศสในปี 1789 ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 โดยบัญญัติรับรองไว้ 3 มาตรา ได้แก่

มาตรา 1 "มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมายการแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม"

มาตรา 6 "กฎหมายคือการแสดงออกของเจตนาร่วมกัน....กฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับทุกคนไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมายและได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันในเรื่องศักดิ์ศรี สถานะและงานภาครัฐตามความสามารถ โดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะพลังและพรสวรรค์ของแต่ละคน"

มาตรา 13 "เพื่อทำนุบำรุงกองทัพและเพื่อรายจ่ายในการดำเนินงานของรัฐ จำเป็นที่จะต้องเก็บภาษี ซึ่งจะต้องมีการกระจายภาระภาษีอย่างเท่าเทียมกันสำหรับพลเมืองทุกคนโดยคำนึงถึงความสามารถของแต่ละคน"

การคุ้มครองหลักความเสมอภาคเริ่มถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเริ่มต้นที่รัฐธรรมนูญอเมริกาในบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ 14 ในปี ค.ศ. 1868 มาตรา 1 ดังปรากฏประโยค equal protection of the laws ซึ่งเป็นประโยชน์เดียวที่กล่าวถึงความเสมอภาคไว้อย่างชัดเจน แต่กระนั้นความหมายและการบังคับใช้ก็ยังไม่ชัดเจน เช่น ในปี 1896 ได้มีคำตัดสินในคดี Plessy v. Ferguson เกิดในรัฐลุยเซียน่า โดยนาย Homer Plessy ถูกจับในฐานะไม่ยอมออกจากตู้รถไฟที่สงวนไว้สำหรับคนขาว ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า การแบ่งแยกในบริการสาธารณะที่ได้จัดไว้ให้แก่คนผิวขาวและผิวดำแยกจากกันนี้ไม่ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ เป็นการแบ่งแยกโดยเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะในรัฐทางตอนใต้ที่แบ่งแยกคนผิวขาวและคนดำออกจากกันในการรับบริการต่าง ๆ เช่น ร้านอาหาร รถประจำทาง โรงเรียน สุขภาพ หรือแม้กระทั่งน้ำดื่ม จนกระทั่งปี ค.ศ. 1954 เกิดคดี Brown v. Board of Education ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาตัดสินค้านกับคำตัดสินปี 1896 โดย Lind Brown เด็กหญิงผิวดำที่ถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าเรียนเกรด 5 ในโรงเรียนแห่งหนึ่งในเมือง Topeka มลรัฐ Kansas ศาลพิจารณาว่าการแบ่งแยกดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญที่ให้การปกป้องคุ้มครองแก่ทุกคนเท่าเทียมกัน

หลังจากนั้นรัฐธรรมนูญของเกือบทุกประเทศก็จะบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน

### รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (ค.ศ. 1958)

ในทวีปยุโรป ช่วงศตวรรษที่ 18 ได้เฉพาะในฝรั่งเศส ภายหลังจากปฏิวัติในปี ค.ศ. 1789 ได้มีการประกาศปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 โดยในมาตรา 1 ของปฏิญญานี้มีหลักการว่า “บุคคลทั้งหลายเกิดมาและดำรงอยู่อย่างเสรีและมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลจะมีขึ้นได้ก็แต่บนพื้นฐานของประโยชน์ร่วมกันของพลเมือง” ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เองเป็นที่มาของหลักการว่าด้วยความเสมอภาคในกฎหมายของบุคคล (Equality before the law) ประกอบกับคำปรารภ (preamble) ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ได้บัญญัติรับรองหลักการนี้อย่างชัดเจนอีกครั้งที่ว่ากฎหมายต้องให้ความคุ้มครองและรับรองสิทธิความเสมอภาคแก่หญิงให้เท่าเทียมกับชายในทุกกรณี (The Law guarantees women equal rights to Those of men in all Spheres)

กฎหมายของบุคคล (Equality before the law) ประกอบกับคำปรารภ (preamble) ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ได้บัญญัติรับรองหลักการนี้อย่างชัดเจนอีกครั้งที่ว่ากฎหมายต้องให้ความคุ้มครองและรับรองสิทธิความเสมอภาคแก่หญิงให้เท่าเทียมกับชายในทุกกรณี (The Law guarantees women equal rights to Those of men in all Spheres)

ซึ่งในฝรั่งเศสนี้เอง "การเลือกปฏิบัติระหว่างพลเมือง" ถือเป็น การปฏิบัติที่ขัดกับหลักการว่าด้วยความเสมอภาคกับเบื้องหน้ากฎหมายซึ่งจะกระทำมิได้เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 27 ธันวาคม 1974 ซึ่งวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของบทบัญญัติ มาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญการคลังประจำปี ค.ศ. 1974 โดยมีความเป็นมา ดังต่อไปนี้

ในประเทศฝรั่งเศส ได้ใช้ประมวลกฎหมายทั่วไปว่าด้วยภาษี เพื่อกำหนดระบบการจ่ายภาษีของประชาชน ซึ่งให้เป็นหน้าที่ของผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้ต้องไปยื่นรายการและประเมินภาษีที่ต้องเสียต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เอง และสันนิษฐานไว้ก่อนว่า รายการภาษีเงินได้นั้นถูกต้อง ถ้ามีข้อผิดพลาด เจ้าหน้าที่ภาษีก็จะนำคดีสู่ศาลปกครองต่อไป โดยระบบภาษีเงินได้ดังกล่าว เป็นไปตามมาตรา 180 ของประมวลกฎหมายทั่วไปว่าด้วยภาษี

ต่อมาในปี ค.ศ. 1974 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญการคลังขึ้น โดยเพิ่มเติมเป็นมาตรา 62 โดยกำหนดหลักการให้ระบบภาษีตามประมวลกฎหมายทั่วไปว่าด้วยภาษีมาตรา 180 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญการคลัง ประจำปี ค.ศ. 1974 นี้ จะไม่ใช้บังคับแก่ผู้มี

หน้าที่เสียภาษีเงินได้ ซึ่งมีรายจ่ายประจำปีสูงกว่าปีละ 276,000 แฟรังก์ แต่สำหรับผู้มีรายจ่ายประจำปีเกินจำนวนดังกล่าวจะอยู่ภายใต้ระบบเดิมที่เข้มงวดกว่า ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการมุ่งประสงค์ต่อการเลือกปฏิบัติระหว่างพลเมือง เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักการว่าด้วยความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจึงวินิจฉัยว่าบทบัญญัติ มาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1974 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายทั่วไปว่าด้วยภาษี มาตรา 180 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จากหลักการดังกล่าวจะเห็นได้ว่า พลเมืองของฝรั่งเศสทุกคนไม่ว่าชายหรือหญิง จะได้รับการคุ้มครองตามหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ และหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายได้อย่างเป็นรูปธรรมมากที่สุดประเทศหนึ่ง

#### รัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

หลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้บัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 3 โดยกำหนดหลักการไว้ดังนี้

- (1) บุคคลย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย
- (2) ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันให้รัฐดำเนินการสนับสนุนเพื่อบรรลุเป้าหมายแห่งความมีสิทธิเท่าเทียมกันของหญิงและชาย และก่อให้เกิดผลในการขจัดความไม่เท่าเทียมกันที่มีอยู่
- (3) บุคคลไม่อาจจะถูกเลือกปฏิบัติได้เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด และเผ่าพันธุ์ ความเชื่อ ความคิดในทางศาสนาหรือการเมืองบุคคลไม่อาจได้รับการปฏิบัติอย่างเสียเปรียบเพราะเหตุแห่งความพิการของบุคคลนั้น

จากมาตรา 3(1) เป็นเรื่องหลักความเสมอภาคโดยทั่วไปที่เรียกว่า "ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย" หรือ "ความเสมอภาคของกฎหมาย" หมายความว่ากฎหมายฉบับใด ๆ จะต้องบัญญัติให้เป็นการทั่วไป ให้มีผลบังคับใช้ได้กับทุกคน ห้ามมิให้บัญญัติกฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือต่อข้อเท็จจริงใด ข้อเท็จจริงหนึ่งโดยเฉพาะ

มาตรา 3(2) เป็นเรื่องหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่จำกัดให้แคบลงในเรื่องความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย โดยกฎหมายห้ามมิให้อาศัยความเป็นชาย หรือความเป็นหญิงมาเป็นหลักเกณฑ์ ในการนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกันทางกฎหมาย แต่ไม่ได้ห้ามให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างชายและหญิง เพื่อต้องการให้เกิดผลให้ผู้หญิงได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกันกับผู้ชายอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้นในสังคมโดยมีลักษณะเป็นการรับรองว่า รัฐสามารถใช้มาตรการพิเศษต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมให้ผู้หญิงสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพให้บรรลุผลตามรัฐธรรมนูญได้

มาตรา 3(3) เป็นเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด เผ่าพันธุ์ ความเชื่อ ความคิดในทางศาสนาหรือทางการเมือง และความพิการของบุคคล"

รัฐธรรมนูญของประเทศฟิลิปปินส์ (ค.ศ. 1987)

ได้กำหนดหลักเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายไว้ในหมวดที่ 3 กฎบัตรแห่งสิทธิ มาตรา 1 ที่ว่า

"...ไม่มีบุคคลใดจะถูกปฏิเสธการได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน" ส่วนหลักเรื่องความเสมอภาคระหว่างชายหญิงได้ปรากฏอยู่ในแนวนโยบายของรัฐมาตรา 14 ที่ว่า "รัฐที่สำนึกบทบาทของผู้หญิงในการสร้างชาติ และแน่วแน่ที่จะยึดมั่นในสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายของผู้ชาย และผู้หญิงโดยเท่าเทียมกัน"

รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น

ได้กำหนดหลักเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายไว้ในหมวดที่ 3 กฎบัตรแห่งสิทธิ มาตรา 1 ที่ว่า

"...ไม่มีบุคคลใดจะถูกปฏิเสธการได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน" ส่วนหลักเรื่องความเสมอภาคระหว่างชายหญิงได้ปรากฏอยู่ในแนวนโยบายของรัฐมาตรา 14 ที่ว่า "รัฐได้สำนึกบทบาทของผู้หญิงในการสร้างชาติ และแน่วแน่ที่จะยึดมั่นในสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายของผู้ชาย และผู้หญิงโดยเท่าเทียมกัน"

รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น

ได้กำหนดหลักเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย และหลักเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 14 วรรค 1 ที่ว่า "ประชาชนทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย และห้ามมีการเลือกปฏิบัติในเรื่องทางการเมือง เศรษฐกิจ และความสัมพันธ์ในสังคม อันเนื่องมาจากเชื้อชาติหลัก ความเชื่อทางศาสนา เพศ สถานภาพทางสังคม หรือภูมิหลังของครอบครัว"

ในมาตรา 24 เรื่องความเสมอภาคในการสมรสที่ว่า "การสมรสต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจของคู่สมรสและความสัมพันธ์ระหว่างสามี ภรรยา ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิทธิความเสมอภาคของทั้งสามีและภรรยาและสิทธิในเรื่องทรัพย์สิน การตั้งภูมิลำเนา การหย่า และสิทธิอื่น ๆ ในเรื่องครอบครัวต้องตั้งอยู่บนหลักของศักดิ์ศรีของบุคคลและความเสมอภาคระหว่างเพศ"

จะเห็นว่าความพิเศษของรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น คือ การมีบทบัญญัติเรื่องความเสมอภาคในการสมรสไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพราะว่า ในข้อกำหนดทางวัฒนธรรมและประเพณี

เป็นสิ่งที่ทำให้สถานภาพของผู้หญิงญี่ปุ่นต่ำต้อยกว่าผู้ชาย ผู้หญิงญี่ปุ่นตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขแนวคิดลัทธิทางสังคมที่ผู้ชายเป็นศูนย์กลาง (Androcentrism) ผู้หญิงจึงมีบทบาททางสังคมน้อยมากประกอบกับสังคมญี่ปุ่นเป็นสังคมที่มีการแบ่งแยกหน้าที่ของผู้ชายและผู้หญิงออกจากกันอย่างค่อนข้างแน่นอน ตายตัว คือผู้ชายต้องเป็นผู้หาเลี้ยงครอบครัว เป็นหัวหน้าครอบครัว ประมาณว่าร้อยละ 98 ของครัวเรือนญี่ปุ่นใช้ชื่อผู้ชาย หรือสามีเป็นหัวหน้าครอบครัว ผู้หญิงมักจะถูกคาดหวังให้เป็นภรรยาและแม่ที่ดี ถึงแม่แม่บ้านบางคนจะออกไปทำงานนอกบ้านด้วย ก็ถือเป็นเพียงการหารายได้พิเศษให้กับครอบครัวเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นการชดเชยกับหน้าที่การเป็นแม่บ้านได้

อย่างไรก็ดี เมื่อสังคมและเศรษฐกิจญี่ปุ่นพัฒนาไปโดยมีผู้หญิงที่ออกมาทำงานนอกบ้านอย่างเต็มตัว และไม่ได้ทำงานบ้านด้วยตนเอง การต่อสู้เรื่องความไม่เท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย จึงเริ่มจากผู้หญิงกลุ่มนี้ ร่วมกับแม่บ้านอีกกลุ่มหนึ่งที่หมดภาระจากการทำงานบ้านและเลี้ยงดูบุตรแล้ว จึงหันมาเรียกร้องความเท่าเทียมกันทางสังคมระหว่างผู้หญิงและผู้ชายเพราะแม่บ้านกลุ่มนี้มักจะทำงานในองค์กรเพื่อชุมชน เช่น กลุ่มสหกรณ์ กลุ่มวัฒนธรรม ที่มีการจัดกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นเครือข่ายขององค์กรผู้หญิงที่เป็นรูปธรรมมาก โดยผู้หญิงในกลุ่มนี้จะเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในด้านต่าง ๆ ทั้งเป็นกลุ่มที่มีอายุกว่า 40 ปีขึ้นไปจึงสามารถมาทำกิจกรรมเพื่อชุมชน ทั้งช่วยเหลือคนชรา เด็กด้อยโอกาส ฝึกฝนอาชีพให้คนตกงาน ฯลฯ และเป็นตัวแทนเรียกร้องสิทธิสตรีจากกลุ่มรากหญ้าควบคู่ไปด้วย จนรัฐเห็นความสำคัญและออกกฎหมายส่งเสริมกิจกรรมขององค์กรผู้หญิงเหล่านี้ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแนวคิดเรื่องความเสมอภาคได้รับความยอมรับโดยเริ่มจากจุดเล็ก ๆ ในแต่ละชุมชน และสามารถพัฒนาจนถึงการยอมรับในระดับประเทศ จนสามารถบัญญัติไว้ในธรรมนูญได้

#### รัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้

ได้กำหนดหลักเรื่องความเสมอภาคไว้ในมาตรา 11 ที่ว่า "ประชาชนทุกคนมีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย และจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม ด้วยสาเหตุจากเพศ ศาสนา สถานภาพทางสังคม" และในมาตรา 36 ในเรื่อง การสมรส ครอบครัว และสุขภาพของหญิงเป็นแม่ ซึ่งมีหลักการว่าการแต่งงาน และการดำเนินชีวิตครอบครัวต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของศักดิ์ศรีของบุคคล และความเสมอภาคระหว่างเพศ และรัฐต้องพยายามดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว รัฐต้องพยายามปกป้องผู้เป็นแม่ และสุขภาพของประชาชนจะได้รับการดูแลจากรัฐ

#### รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

ได้กำหนดหลักเรื่องความเสมอภาคไว้ใน มาตรา 22 ที่ว่า "พลเมืองลาวโดยไม่จำแนกหญิงชาย สถานะทางสังคม ระดับการศึกษา ความเชื่อถือ และเผ่าชนล้วนแต่มีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย" และในมาตรา 24 ที่ว่า "พลเมืองลาว หญิงชาย มีสิทธิเท่าเทียมกันในด้านการเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม สังคม และครอบครัว"

#### รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (ค.ศ. 1993)

ได้กำหนดหลักเรื่องความเสมอภาคไว้ในมาตรา 4 ที่ว่า "พลเมืองจีนทุกคนล้วนมีความเสมอภาค รัฐมีหน้าที่ต้องป้องกันสิทธิแห่งพลเมือง และพัฒนาความสัมพันธ์เรื่องความเสมอภาค เอกภาพ และการช่วยเหลือซึ่งกันและกันระหว่างชนชาติ การเลือกปฏิบัติเป็นสิ่งต้องห้าม" และในมาตรา 48 ที่ว่า "ผู้หญิงจีนมีสิทธิเท่าเทียมกับชายในการใช้ชีวิต การใช้สิทธิทางการเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม สังคม และครอบครัว"

โดยรัฐมีหน้าที่ต้องปกป้องสิทธิ และผลประโยชน์ของผู้หญิง และต้องปรับปรุงใช้หลักการจ่ายค่าจ้างที่เป็นธรรมระหว่างแรงงานหญิงและชาย และผู้หญิงมีสิทธิได้รับเลือกเป็นเจ้าหน้าที่พรรคคอมมิวนิสต์ได้

#### รัฐธรรมนูญของประเทศอินโดนีเซีย (ค.ศ. 1989)

ได้กำหนดหลักเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายไว้ในมาตรา 27 ที่ว่า "ประชาชนทุกคนมีสถานภาพเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมาย และประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะทำงานและใช้ชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์"

#### รัฐธรรมนูญของประเทศสิงคโปร์

ได้กำหนดหลักเรื่องความเสมอภาคไว้ในมาตรา 12 ที่ว่า "ประชาชนทุกคนมีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย และมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน"

#### รัฐธรรมนูญของประเทศกัมพูชา

ได้กำหนดหลักเรื่องความเสมอภาคไว้ในมาตรา 31 ที่ว่า "ประชาชนชาวกัมพูชาทุกคนมีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย มีสิทธิ เสรีภาพ อย่างเต็มที่ โดยไม่แบ่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเชื่อ ต้นกำเนิด สถานภาพทางสังคม และแนวคิดทางการเมือง" และในมาตรา 45 ที่กำหนดเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิงไว้ว่า "การเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิงในทุกรูปแบบนั้นเป็นสิ่งที่ไม่กระทำไม่ได้" และในมาตรา 46 ที่ว่า "ผู้หญิงจะไม่ถูกปฏิเสธจากการประกอบอาชีพ เนื่องจาก

ตั้งครรรภ์ ผู้หญิงมีสิทธิที่จะใช้ชีวิตของการเป็นแม่ โดยมีสิทธิได้รับค่าจ้างเต็ม หรือไม่ถูกตัดผลประโยชน์อื่น ๆ"

#### รัฐธรรมนูญของประเทศศรีลังกา

(a) ทุกคนมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย และมีสิทธิได้รับการปกป้องที่เท่าเทียมกันตามกฎหมาย

(b) ผู้ใดจะเอาไปเสียซึ่งชีวิต เสรีภาพ หรือความปลอดภัยของผู้อื่น เว้นแต่กฎหมายกำหนดไว้

(c) ไม่มีพลเมืองคนใดจะถูกจับกุม กักขังไว้ในเรือนจำ ถูกคุมขังหรือกักกัน เว้นแต่กฎหมายกำหนดไว้

(d) พลเมืองทุกคนมีสิทธิที่ได้รับเสรีภาพทางความคิด ความเชื่อ และด้านศาสนา สิทธิดังกล่าวนี้จะรวมถึงสิทธิในการได้มาหรือใช้ศาสนาหรือความเชื่อตามแนวทางของตนเอง และอิสระภาพไม่ว่าจะส่วนตัวหรือในชุมชนที่เกี่ยวข้องกับผู้อื่น และในสาธารณะหรือส่วนตัว เพื่อปฏิบัติตามศาสนาหรือความเชื่อนับถือ การเข้าฟัง การปฏิบัติและการสอนศาสนา

(e) พลเมืองทุกคนมีสิทธิด้วยตนเองหรือด้วยการมีปฏิสัมพันธ์ร่วมกับผู้อื่น ที่จะชื่นชมและสนับสนุนวัฒนธรรมของตนเอง

(f) พลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับอิสระภาพของการร่วมสมัยชาและองค์กรต่าง ๆ อย่างสงบ

(g) พลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับอิสระภาพในการพูดและการแสดงออก รวมถึงการตีพิมพ์ด้วย

(h) ไม่มีพลเมืองคนใด เว้นแต่จะมีคุณสมบัติที่เหมาะสมในการได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐบาลกลาง รัฐบาลท้องถิ่น องค์กรการให้บริการสาธารณะ หรือที่ใกล้เคียงกันนี้ จะถูกกีดกันแบ่งแยกในการจะได้เข้ารับการแต่งตั้งบนพื้นฐานของชาติเผ่าพันธุ์ ศาสนา หรือเพศเว้นแต่ว่า เพื่อประโยชน์ของการให้บริการนั้น ๆ ตำแหน่งที่มีลักษณะเฉพาะ หรือ ชั้นชั้นของตำแหน่ง ที่อาจจะได้รับการสงวนไว้สำหรับสมาชิกเพศใดเพศหนึ่ง

(i) พลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับเสรีภาพในการเคลื่อนไหวและเลือกที่อยู่อาศัยภายในประเทศศรีลังกา

บทที่ 2 ศาสนาพุทธ สาธารณรัฐศรีลังกาจะให้ความสำคัญกับพุทธศาสนามากที่สุดและกำหนดเป็นภาระหน้าที่ของรับในการปกป้องและสนับสนุนพุทธศาสนา ในขณะที่เดียวกันก็จะให้

ความเชื่อมั่นกับศาสนาอื่น ๆ ในการได้รับการอนุญาตในการปฏิบัติต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในข้อ 18 (1) (d)

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญประเทศต่าง ๆ ข้างต้น ล้วนมีบทบัญญัติรับรองเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับแนวคิดเรื่องความเสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน แต่จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบางประเทศที่มีการบัญญัติให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน หรือมีบทบัญญัติห้ามไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิงในรูปแบบต่าง ๆ นั้นแยกออกมาเป็นอีกมาตราหนึ่ง เช่น รัฐธรรมนูญของฟิลิปปินส์ รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น เป็นต้นนั้น ซึ่งอาจเป็นที่สงสัยว่าในเมื่อนัยของความเสมอภาคของประชาชนทุกคนต่อหน้ากฎหมาย ก็คือ รวมทั้งชาย และหญิง อยู่แล้ว ทำไมจึงต้องมาบัญญัติไว้ซ้ำซ้อนอีก ซึ่งทั้งนี้คงเป็นเพราะบางประเทศนั้นต้องการตอกย้ำ หลักความเสมอภาค หรือความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงได้เด่นชัดขึ้นเท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนตามแนวนโยบายของรัฐ สถานการณ์ทางการเมือง ประกอบกับ ภูมิหลังจารีตประเพณี พัฒนาการทางกฎหมายของแต่ละประเทศซึ่งย่อมแตกต่างกันออกไป แต่สาระสำคัญนั้นอยู่ที่การยอมรับหลักเรื่องความเสมอภาค และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ดี แม้จะมีบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว แต่ความเสมอภาคที่แท้จริง จะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อต้องมีการดำเนินการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อรองรับหลักการดังกล่าว ตลอดจนต้องมีกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา รวมทั้งกฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งเป็นหลักในการกำหนด หลักเกณฑ์วิธีการปฏิบัติในเรื่องต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญด้วย ความเสมอภาคจึงจะปรากฏเป็นรูปธรรมขึ้นมาได้

### 2.3 วิวัฒนาการในประเทศไทย

วิวัฒนาการเรื่องความเสมอภาคที่ปรากฏในกฎหมายไทยตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน

สมัยสุโขทัย พ่อขุนรามคำแหงมหาราช ได้ทรงประดิษฐ์อักษรไทยและมีการจารึกไว้ในศิลาจารึกเพื่อเป็นการจารึกถึงความเป็นอยู่ของคนในสมัยนั้นประกอบกับมังรายศาสตร์ ซึ่งเป็นกฎหมายที่พระเจ้าเม็งรายกษัตริย์ผู้ทรงสร้างนครเชียงใหม่แห่งอาณาจักรล้านนาประกอบกันแสดงความเสมอภาคของชายหญิงไว้เป็นสิทธิในการฟ้องร้อง ในสมัยสุโขทัยให้สิทธิแก่ชายและหญิงเสมอกันในการฟ้องร้อง ร้องทุกข์ และพ่อขุนรามคำแหงและทรงสอบสวนพิจารณาด้วย

พระองค์เอง ดังจากศิลาจารึก บางตอนได้กำหนดไว้ว่า "ในปากประตูมีกระดิ่งอันหนึ่งแขวนไว้ พ่อขุนรามคำแหงเจ้าเมืองได้ยินเสียงเมื่อถามสวนความแก่มันด้วยชื่อไพร่ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม"

สมัยอยุธยา สมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถได้มีการปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาวะบ้านเมือง และมีการกำหนดศักดินาแห่งฐานะพลเมืองออกเป็นชั้น ๆ เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ เช่น ชนชั้นผู้ปกครอง ชนชั้นไพร่ ทำให้เกิดระบบศักดินา ทำให้ความเสมอภาคระหว่างชายหญิงแตกต่างกันเช่น ภรรยาพระราชทานและภรรยาหลวง ถือศักดินาครึ่งหนึ่งของสามี หรือในกรณีสามียกภรรยาให้ชายอื่นเพื่อเป็นการตอบแทนพระคุณ หรือยกให้โดยเสน่หากก็ได้ โดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ เพื่อคุ้มครองหญิงผู้เป็นภรรยาเลย เป็นสภาพที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างชายกับหญิงเกิดขึ้น

สมัยกรุงธนบุรี เนื่องจากสภาพบ้านเมืองยังไม่สงบจากการศึก ความเสมอภาคของชายหญิงไม่มีอะไรเปลี่ยนแปลงจากสมัยอยุธยาเท่าไร

สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ สมัยรัชกาลที่ 1 ได้ทรงโปรดเกล้าให้มีการชำระกฎหมายแก้ที่ตกทอดมาจากสมัยอยุธยาขึ้นเป็นกฎหมายตราสามดวงและก็มีทำให้ความเสมอภาคของหญิงเท่ากับชาย เช่น หญิงต้องมีหน้าที่ต้องเชื่อฟังสามี และสามีมีอำนาจโดยตีภรรยาได้ บางครั้งเมื่อภรรยามีความผิด

ต่อมามีเหตุการณ์ที่เป็นยุคเรียกร้องสิทธิสตรีสามัญชนที่เริ่มต้นบนแผ่นดินไทยและกลายเป็นพื้นฐานทางกฎหมายในปัจจุบันในสมัยรัชกาลที่ 4 เมื่อปี พ.ศ. 2408 เมื่อมีการประกาศให้พระราชบัญญัติลักพาซึ่งถือว่าเป็นเอกสารเขตชุดสตรีฉบับแรกของไทย เพราะมีหญิงชื่ออำแดงเหมือนได้ทูลเกล้าถวายฎีกา ว่าเธอชื่ออำแดงเหมือนรักใคร่กับนายริด โดยบิดามารดาไม่รู้ต่อมาจึงยกอำแดงเหมือนให้เป็นภรณานายภู เธอไม่ยอมจึงถูกตีและให้นายภูเอาตัวไป เธอจึงขัดขืนและแอบไปอยู่กับนายริดนายริดได้นำดอกไม้รูปเทียนมาขอขมาบิดามารดาอำแดงเหมือนจึงถูกจัดตัวไปส่งกรมการเมืองอำแดงเหมือนถูกกักขัง บังคับทำงานหนัก แต่เธอก็หนีออกมาและยื่นฎีกาทูลเกล้าเพื่อขอความเป็นธรรม รัชกาลที่ 4 ทรงวินิจฉัยให้อำแดงเหมือนเป็นภรณานายริด และทรงประกาศว่า...ตามสิทธิผู้ชายในบ้านเมืองทุกวันนี้ พอใจถือหาหญิงคนใดชายได้พาเข้าไปในที่ลับจับตัวถึงตัวแล้วก็พอใจถือว่าเป็นเจ้าผัว ความก็ว่าอย่างนั้น ผู้ตัดสินก็ว่าอย่างนั้นและตัดสินให้ผัวเป็นเจ้าของและเมียให้เป็นดังสัตว์เดียรัจฉานเพราะสิทธิอย่างนั้นแล้ว จึงได้ตัดสินในเวลาหนึ่งให้เลิกกฎหมายเก่าว่า ผู้หญิงหย่าชายให้หย่าได้ให้เอาประมาณความเรื่องนี้ที่เปรียบเทียบพิจารณาว่าเป็นเมียไม่ได้เป็นเมียให้ยกเสีย เอาแต่ตามหญิงที่สมควรเป็นประมาณ...พร้อมประกาศให้พระราชบัญญัติลักษณะลักพาให้ความเสมอภาคแก่หญิงในบางเรื่องเช่น ให้ยกเลิกธรรมเนียม

ที่ว่า หญิงใดหากชายพาไปในที่ลักจับตัวถึงตัวแล้วให้ถือว่าชายเป็นสามีต่อไปให้ถือความสมัครใจของหญิงเป็นประมาณ นอกจากนี้ให้ยกเลิกประเพณี โหดร้ายสมัยอยุธยา เช่น ชู้ดคร่าใช้กำลังอำนาจเหมือนเก่าไม่ได้ ผู้หญิงที่ถวายตัวเข้ามาทำราชการในสมัยพระองค์ จึงมีโอกาสออกมาแต่งงาน นอกจากพระราชทานได้โดยเสรีภาพ รวมบุตรหลานของข้าราชการผู้ใหญ่ผู้น้อย ที่ถูกถวายตัวเข้ารับราชการในวังหลวงก็ทรงโปรดเกล้าคืนบุตรหลานเหล่านั้นกลับบ้านตามความสมัครใจ จากพระราชโองการข้างต้นแสดงให้เห็นว่าพระองค์ทรงมีแนวคิดเรื่องความเสมอภาคของหญิงกับชาย ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 6 ได้ทรงนำแบบอย่างวัฒนธรรมตะวันตกบางประการมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทย โดยเฉพาะมีพระราชดำริที่จะยึดระบบ "ผิวเดียวเมียวเดียว" แบบตะวันตกและทรงพยายามพัฒนาสถานภาพของผู้หญิงให้ดีขึ้นและทรงย้ำว่าการให้หญิงมีความเสมอภาคเท่ากับชายเป็นอันหนึ่งขงความรุ่งเรือง

สมัยช่วงหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญรวมทั้งสิ้น 16 ฉบับ และได้บัญญัติรับรองเรื่องของความเสมอภาคระหว่างและชาย โดยในรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย คือ ในธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ในมาตรา 14 ที่บัญญัติว่า "ราษฎร ไม่ว่าเพศใดเมื่อมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้" ซึ่งถึงแม้จะเป็นการรับรองเฉพาะสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งอันเป็นสิทธิทางการเมืองก็ตาม ก็ถือได้ว่าการรับรองสิทธิความเสมอภาคระหว่างชายหญิง

จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2517 ซึ่งประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่ได้บัญญัติรับรองความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงไว้โดยชัดแจ้งตามมาตรา 28 วรรคสองว่า "ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน"

การที่บัญญัติสิทธิสตรีไว้อย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 นั้น นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมาย การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ในปี พ.ศ. 2519 ซึ่งรับรองสิทธิส่วนบุคคลของหญิงที่สมรสแล้วมากขึ้น และปรับปรุงสถานภาพทางกฎหมายของภรรยาให้เหมาะสมขึ้นกว่าเดิม เช่น การกำหนดเงื่อนไข หลักเกณฑ์ เรื่องความเป็นโมฆะและโมฆียะของการสมรส เป็นต้น

แต่ที่น่าเสียดายว่า รัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้มีผลบังคับใช้เพียงประมาณ 2 ปี เนื่องจากถูกยกเลิกโดยคณะปฏิรูปฯ ซึ่งยึดอำนาจจากรัฐบาลพลเรือน ต่อมาในปี พ.ศ. 2521 ในการร่างรัฐธรรมนูญสมาชิกสภานิติบัญญัติหญิง 2 คน ได้พยายามที่จะนำเสนอให้มีการบัญญัติสิทธิสตรีไว้อย่างชัดแจ้ง แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ ดังนั้น จึงได้มีการบัญญัติในเรื่องความเสมอภาคไว้โดย

ใช้ถ้อยคำรวม ๆ คือ มาตรา 22 "บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ"  
 มาตรา 23 "บุคคลย่อมมีเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน"

ในปี พ.ศ. 2535 มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถึง 5 ฉบับ โดยสาระสำคัญที่มีการแก้ไขใหม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับ 5) พ.ศ. 2538 คือได้มีการเพิ่มเติมสาระเรื่องบุรุษและสตรีมีสิทธิเท่าเทียมกันไว้ในมาตรา 24 โดยมีหลักการดังนี้

มาตรา 24 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การกำจัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกระทำมิได้

ต่อมา มีการร่างรัฐธรรมนูญประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2540 โดยมีสาระสำคัญนั้นมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เป็นรูปธรรมมากที่สุด และในประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องสิทธิความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีก็ได้มีบทบัญญัติในมาตรา 30 ที่ว่า

มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะของเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกระทำมิได้

จากมาตราข้างต้น ซึ่งบัญญัติให้ "ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน" เป็นการรับรองความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งที่สาม โดยนับจากการบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับ 5) พ.ศ. 2538 เป็นครั้งที่ สอง และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นครั้งที่สาม อันเป็นการแสดงถึงการยอมรับในพัฒนาการของการเคารพในสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับใหม่จะได้บัญญัติหลักเรื่องความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้คล้ายคลึงกับฉบับก่อน ๆ ในสาระสำคัญก็ตาม แต่กลไกในการบังคับใช้สิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนแปลงไป โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้สิทธิแก่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม สามารถที่จะใช้สิทธิทางศาลเพื่อเรียกร้องให้บังคับตามสิทธินั้น ๆ ได้ และในปัจจุบันก็ได้มีรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549 ในมาตรา 3 ความเสมอภาคบรรดาที่ว่าชนชาวไทยเคยได้รับ

คุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญบังคับแก่กรณีใดทำให้มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ 2540 ไม่ถูกยกเลิกไปโดยรัฐธรรมนูญปัจจุบันและยังใช้ได้ต่อไป

มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะของเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกระทำมิได้

จากมาตราข้างต้น ซึ่งบัญญัติให้ “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” เป็นการรับรองความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งที่สาม โดยนับจากการบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้เป็นครั้งแรก ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับ 5) พ.ศ. 2538 เป็นครั้งที่ 2 และรัฐธรรมนูญปี 2540 เป็นครั้งที่สาม อันเป็นการแสดงถึงการยอมรับในพัฒนาการของการเคารพในสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน แม้ว่ารัฐธรรมนูญ 2540 จะได้บัญญัติหลักเรื่องความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้คล้ายคลึงกับฉบับก่อน ๆ ในสาระสำคัญก็ตาม แต่กลไกในการบังคับใช้สิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนแปลงไปโดยรัฐธรรมนูญฉบับ 2540 ให้สิทธิแก่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมสามารถที่จะใช้สิทธิทางศาลเพื่อเรียกร้องให้บังคับตามสิทธินั้น ๆ ได้

หลักความเสมอภาคโดยทั่วไป

ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน.”

หลักความเสมอภาคทั่วไปนี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่อาจกล่าวอ้างกับการกระทำใด ๆ ของรัฐได้ หากเรื่องนั้นมิได้มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หาก

เรื่องใดมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้วก็ให้พิจารณาไปตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ๆ

หลักความเสมอภาคทั่วไปตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ถือว่าเป็นสิทธิของบุคคลเพื่อเรียกร้องให้มี การใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ การใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ หมายถึง การใช้ อำนาจโดยไม่พิจารณาเนื้อหาของเรื่องนั้น ๆ และไม่อาจจะค้นหาเหตุผลที่รับฟังได้จากการ พิจารณาตัดสินใจดังกล่าว ตัวอย่างเช่น การสอบเข้าโรงเรียนแห่งหนึ่งมีการกำหนดว่า ผู้ สอบแข่งขันคนใดที่มีบิดาหรือมารดาเป็นข้าราชการของโรงเรียนนั้น ผู้สอบแข่งขันรายนั้นจะได้ คะแนนพิเศษ การวางกฎเกณฑ์โดยอาศัยเหตุผลดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นเหตุผลที่มีอาจจะรับ ฟังได้จากความรู้สึกของบุคคลทั่วไป กรณีที่มีอาจจะค้นหาเหตุผลอันอาจรับฟังได้จากการกำหนด กฎเกณฑ์ในเรื่องนั้น ๆ กรณีนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นการวางกฎเกณฑ์อย่างอำเภอใจ

หลักของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันมิได้เรียกร้องว่าจะต้องกระทำให้เท่าเทียมกัน ทุก ๆ ประการ เนื่องจากการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมายนั้น หมายถึง กรณีที่ มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ย่อมได้รับผลในทางกฎหมายอย่างเดียวกัน ดังนั้น เรื่องหลักความเสมอภาคจึงต้องมีการเปรียบเทียบกันระหว่างข้อเท็จจริง 2 ข้อเท็จจริง หรือบุคคล 2 คน หรือกลุ่ม บุคคล 2 กลุ่ม โดยจะต้องคำนึงว่าไม่มีข้อเท็จจริงใด ๆ หรือบุคคลใด หรือกลุ่มบุคคลใดจะ เหมือนกันทุกประการกับอีกข้อเท็จจริงหนึ่ง หรืออีกบุคคลหนึ่ง หรืออีกกลุ่มบุคคลหนึ่ง เพราะหาก ปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยมิได้พิจารณาข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของเรื่องนั้น ๆ ในที่สุด อาจนำไปสู่การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้ อันจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับบุคคลบางกลุ่ม เช่น การกำหนดให้ทุกคนเสียภาษีเท่ากันหมด โดยไม่พิจารณาว่าบุคคลนั้นมีรายได้มากน้อย เพียงใด เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การเปรียบเทียบกันนั้นย่อมมีปัญหาว่า อะไรคือ ความแตกต่างหรือความ เหมือนกันในข้อที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งสามารถเปรียบเทียบกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งได้ โดยการนำลักษณะที่เป็นสาระสำคัญในเรื่องนั้น ๆ เป็นจุดยึดโยงในการเปรียบเทียบความเหมือน หรือความแตกต่างในสาระสำคัญดังกล่าวนั้นเองที่จะเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาอันนำไปสู่ การปฏิบัติให้เหมือนหรือแตกต่างกัน เช่น การที่กฎหมายกำหนดให้เงินค่าเลี้ยงดูแก่เด็ก 2 กลุ่ม คือ เด็กซึ่งกำพร้าบิดามารดากับเด็กซึ่งมิได้กำพร้าบิดามารดา ในกรณีของเด็ก 2 กลุ่มนี้ มีข้อ แตกต่างที่เป็นสาระสำคัญอันนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกัน คือ เด็กกลุ่มหนึ่งเป็นเด็กที่ขาดบิดา มารดาในการให้การเลี้ยงดูกับเด็กอีกกลุ่มหนึ่งเป็นเด็กที่อยู่ภายใต้การเลี้ยงดูของบิดามารดา

ดังนั้น เด็กทั้งสองกลุ่มจึงมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ และสมควรที่จะได้รับการปฏิบัติให้แตกต่างกันการปฏิบัติให้แตกต่างกันในกรณีนี้จึงไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค

ปัญหาจึงมีอยู่ว่า อะไรเป็นข้อแตกต่างที่เป็นสาระสำคัญหรือมิใช่ข้อแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญนั้น ส่วนหนึ่งรัฐธรรมนูญเองได้ให้คำตอบในเรื่องนั้นไว้แล้วโดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 30 วรรคสามว่า ความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ สิ่งเหล่านี้มิใช่สาระสำคัญที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างกัน

#### หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง หมายถึง หลักความเสมอภาคที่ใช้เฉพาะภายในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น ตามมาตรา 30 วรรคสอง กำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ในกรณีนี้ถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชายและหญิง รัฐธรรมนูญของไทยได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องไว้หลายเรื่อง เช่น

มาตรา 30 วรรคสอง

ความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย (หลักความเสมอภาคของหญิงและชาย) โดยมีการบัญญัติไว้เป็นลักษณะเฉพาะเรื่อง โดยนำเอาเรื่องเพศ มาเป็นเกณฑ์ เช่น กำหนดให้หญิงและชายมีสิทธิเท่าเทียมกัน กรณีนี้ สิ่งที่รัฐธรรมนูญประสงค์จะให้ความเท่าเทียมกัน คือหญิงกับชาย

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น โดยแท้จริงแล้ว หลักความเสมอภาคทั่วไปถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้น สามารถนำไปใช้ได้กับทุก ๆ เรื่อง โดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และบุคคลทุก ๆ คนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น อาจถูกจำกัดเฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น เช่น ตามมาตรา 113 ได้กำหนดให้มีการสนับสนุนการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างเสมอภาค ในการสนับสนุนนั้น รัฐจะต้องจัดที่ปิดประกาศ จัดหาสถานที่หาเสียง จัดสรรเวลาออกอากาศทางวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ให้แก่พรรคการเมือง ในกรณีนี้ หากมีการจัดสรรเวลาหรือมีการสนับสนุนจากรัฐในเรื่องดังกล่าวอย่างไม่เป็นธรรม บุคคลที่มีสิทธิเรียกร้องหรืออ้างหลักความเสมอภาคในกรณีนี้ได้ย่อมได้แก่ ผู้สมัครรับเลือกตั้งและพรรคการเมืองเท่านั้น

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง นั้น โดยแท้จริงแล้ว หลักความเสมอภาคทั่วไปถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้กับทุก ๆ เรื่อง โดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และบุคคลทุก ๆ คนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น อาจถูกจำกัดเฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น เช่น ตามมาตรา 113 ได้กำหนดให้มีการสนับสนุนการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างเสมอภาค ในการสนับสนุนนั้น รัฐจะต้องจัดที่ปิดประกาศ จัดหาสถานที่หาเสียง จัดสรรเวลาออกอากาศทางวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ให้แก่พรรคการเมือง ในกรณีนี้ หากมีการจัดสรรเวลาหรือมีการสนับสนุนจากรัฐในเรื่องดังกล่าวอย่างไม่เป็นธรรม บุคคลมีสิทธิเรียกร้องหรืออ้างหลักความเสมอภาคในกรณีนี้ได้ย่อมได้แก่ ผู้สมัครรับเลือกตั้งและพรรคการเมืองเท่านั้น

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง นั้น โดยหลักทั่วไปแล้วหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องถือว่าเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดกฎหมายหนึ่งหรือกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นโมฆะเนื่องจากขัดต่อหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง ในกรณีนี้ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องนำหลักความเสมอภาคทั่วไปมาพิจารณา แต่ถ้ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้ว กฎหมายฉบับนั้นไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง กรณีนี้จะไม่ย้อนกลับมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก เช่น การกำหนดห้ามมิให้ผู้หญิงเป็นทหารพราน หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในเรื่องนี้ได้แก่ มาตรา 30 วรรคสอง ที่กำหนดให้หญิงและชายมีสิทธิเท่าเทียมกัน เมื่อพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้ว หากเห็นว่าไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในเรื่องนั้น กรณีนี้ไม่จำเป็นต้องย้อนกลับมาพิจารณาหลักความเสมอภาคทั่วไปตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดให้ “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” อีก

#### หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามมาตรา 30

เนื่องจากหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องได้มีการกำหนดไว้หลายเรื่อง ในที่นี้จะขอกกล่าวถึงเฉพาะหลักความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย ตามมาตรา 30 วรรคสองเท่านั้น ซึ่งได้กำหนดไว้เป็นหลักว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” บทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นการทำให้หลักความเสมอภาคทั่วไปปรากฏเป็นรูปธรรมที่ชัดเจนขึ้น ในการตีความกฎหมายนั้นหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องระหว่างชายและหญิงต้องมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไปตามมาตรา 30 วรรคหนึ่งแล้ว อาจจะมีปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ระหว่างข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงหรือระหว่างกลุ่มบุคคล

สองกลุ่มเมื่อมีเหตุผลอันรับฟังได้ตามข้อเท็จจริงของเรื่องนั้น ๆ จากหลักความเสมอภาคระหว่างหญิงกับชายในมาตรา 30 วรรคสอง จึงมีความหมายว่า ถ้าฟังแต่ข้อเท็จจริงที่ว่าฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ชาย อีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้หญิง ในกรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นเกณฑ์ของความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญที่จะเป็นเหตุให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันได้

แต่อย่างไรก็ตาม ก็ไม่อาจที่จะไม่คำนึงถึงความแตกต่างกันในทางกายภาพและในทางหน้าที่ระหว่างหญิงและชายได้อย่างสมบูรณ์ ด้วยเหตุเช่นนี้เอง จึงได้มีการวางหลักไว้ว่า ความแตกต่างระหว่างหญิงกับชายนั้นอาจจะเป็นเหตุผลที่สำคัญของการปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ เมื่อการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นเรียกร้องให้คำนึงถึงความแตกต่างในทางกายภาพ หรือความแตกต่างในทางภาระหน้าที่ระหว่างหญิงกับชาย เช่น การกำหนดให้เฉพาะผู้ชายเท่านั้นที่อาจเป็นทหารในหน่วยรบได้ กรณีนี้การเป็นทหารในหน่วยรบย่อมเรียกร้องความแข็งแรงทางกายภาพในการที่จะต้องอยู่ในสนามรบ ข้อเรียกร้องดังกล่าวอาจเป็นการเหมาะสมที่จะปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างหญิงและชายในเรื่องดังกล่าว แต่ในทางตรงกันข้าม หากมีการกำหนดว่าเฉพาะผู้ชายเท่านั้นที่จะเป็นนายอำเภอได้ ในกรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า ข้อเรียกร้องของการเป็นนายอำเภอนั้น มิได้เรียกร้องถึงความแตกต่างทางกายภาพระหว่างหญิงและชายแต่อย่างใด การกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวจึงขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายได้

หรือการกำหนดข้อห้ามโดยมีป้ายปิดประกาศว่าห้ามผู้หญิงเข้าของพระธาตุ ทางภาคเหนือบริเวณทางเข้าพื้นที่ชั้นในของพระธาตุ เช่น พระธาตุหริภุญชัย ข้อห้ามเช่นนี้ถือว่าเป็นข้อห้ามที่ไม่ได้มีข้อชี้ให้เห็นเด่นชัด ถึงความแตกต่างทางกายภาพระหว่างชายกับหญิงแต่อย่างใดเลย ในการเข้าไปพื้นที่ในพระธาตุ การกำหนดข้อห้าม กฎเกณฑ์ของวัดในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเหมือนกรณีนายอำเภอ

#### ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช

#### 2540

ตามมาตรา 30 วรรคสาม บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง ในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้” ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัตินี้ได้แสดงให้เห็นว่า บุคคลไม่อาจจะได้รับการเลือกปฏิบัติอันมีผลทำให้บุคคลนั้นได้เปรียบหรือเสียเปรียบได้ ตัวอย่างเช่น การสอบคัดเลือกเข้าศึกษาในสถานศึกษาแห่งหนึ่งได้ให้คะแนนพิเศษแก่บุคคลที่เป็นบุตรของข้าราชการในสถาบันการศึกษาแห่งนั้น กรณีนี้ถือว่าเป็นการ

เลือกปฏิบัติในลักษณะที่เป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลโดยอาศัยสถานะของบุคคล ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค ในทางตรงกันข้ามหากสถาบันการศึกษาดังกล่าวได้กำหนดว่า หากผู้ที่สอบได้มีคะแนนใกล้เคียงกัน และหากบุคคลนั้นนับถือศาสนาอิสลาม บุคคลที่นับถือศาสนาอื่นจะได้รับการพิจารณาก่อนในกรณีเช่นนี้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความเชื่อทางศาสนามาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติในลักษณะที่เป็นการทำให้บุคคลนั้น ๆ เสียเปรียบหลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคเช่นกัน

เช่นเดียวกับข้อห้าม การปิดป้ายห้ามเข้าพื้นที่ชั้นในของพระธาตุของผู้หญิง โดยอาศัยจารีตประเพณีเดิมของล้านนา ตามที่กล่าวในบทที่ 4 เป็นการให้ประโยชน์แก่เพศชาย ทำให้เพศหญิงถูกเลือกปฏิบัติ เพศหญิงเกิดความเสียเปรียบโดยอาศัยสภาพทางกายตามมาตรา 30 วรรค 3 เป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค เพราะไม่มีเหตุผลอันรับฟังได้

ดังนั้น การเลือกปฏิบัติใด ๆ ที่อาศัยคุณสมบัติดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 30 วรรคสาม มาเป็นเกณฑ์เพื่อปฏิบัติให้แตกต่างกันโดยปราศจากเหตุผลอันอาจรับฟังได้ อาจเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคได้

อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยอาศัยคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 30 วรรคสาม มิได้หมายความว่า จะเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคเสมอไป เพราะบางกรณีก็มีความจำเป็นต้องอาศัยความแตกต่างทางด้านอายุมาเป็นเกณฑ์ในการปฏิบัติให้แตกต่างกัน เช่นเรื่องสิทธิเลือกตั้ง ตามมาตรา 105 ของรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้บุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์เป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง กรณีนี้จะถือว่าเป็นการอาศัยเกณฑ์อายุเพื่อใช้เป็นข้อพิจารณาในการปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดกับหลักความเสมอภาคได้หรือไม่ ก่อนอื่นจะต้องยอมรับกันโดยทั่วไปว่า สิทธิในการเลือกตั้งนั้นไม่อาจจะกำหนดให้กับทุกวัยได้รับสิทธิดังกล่าวได้ เช่น บุคคลที่อยู่ในวัยเด็ก เพราะสิทธิทางการเมืองดังกล่าวนี้มีพื้นฐานจากการให้สิทธิโดยคำนึงถึงวิจรรย์ญาณในการตัดสินใจของบุคคล โดยอาศัยอายุเป็นเกณฑ์ ซึ่งแต่เดิมนั้นได้กำหนดให้บุคคลที่มีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ มีสิทธิเลือกตั้ง แต่ต่อมาเห็นว่าบุคคลที่มีอายุ 18 ปีบริบูรณ์น่าจะมีวิจรรย์ญาณในการตัดสินใจต่อเรื่องทางการเมืองได้ ดังนั้น การให้สิทธิทางการเมืองโดยอาศัยเกณฑ์อายุมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาจึงไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค เพราะบุคคลทุกคนเมื่ออย่างเข้าสู่อายุ 18 ปีบริบูรณ์ ย่อมจะได้สิทธิเลือกตั้งดังกล่าวด้วยเช่นกัน

ในกรณีที่จะมีการโต้แย้งเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคสาม คุณสมบัติที่กำหนดไว้ในมาตรานี้ เช่น เชื้อชาติ ภาษา เพศ ความเชื่อทางศาสนา ฯลฯ คุณสมบัติดังกล่าวจะต้องเป็นสาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หากการเลือกปฏิบัติเกิดจากเหตุผลอื่น ๆ กรณีนี้อาจไม่ถือ

ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคสามนี้ ตัวอย่างเช่น สถาบันการศึกษาแห่งหนึ่งได้กำหนดให้บุคคลที่เข้าศึกษาในสถานศึกษาดังกล่าว ต้องแต่งกายตามเครื่องแบบที่กำหนดไว้ หากนาย ก. ซึ่งเคร่งครัดในศาสนาหนึ่งเห็นว่าการแต่งกายตามที่กำหนดไว้นั้นไม่สอดคล้องกับหลักศาสนาของตนจึงปฏิเสธไม่ยอมรับเครื่องแต่งกายดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ทางสถาบันการศึกษานั้น จึงไม่รับบุคคลนั้นเข้าศึกษาในสถานศึกษาดังกล่าว ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า บุคคลนั้นมีได้ถูกเลือกปฏิบัติ เพราะการที่เขานับถือศาสนานั้น แต่บุคคลนั้นถูกปฏิเสธ เพราะบุคคลนั้นไม่ยอมรับเครื่องแต่งกายของสถาบันการศึกษา กรณีนี้จึงไม่ใช่ถูกเลือกปฏิบัติ เพราะความเชื่อทางศาสนา

นอกเหนือจากหลักมิให้เลือกปฏิบัติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30 วรรคสามแล้ว มาตรา 30 วรรคสี่ ยังได้กำหนดว่า “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” มาตรา 30 วรรคสี่นี้ เป็นการยืนยันในหลักการว่า การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่พิจารณาถึงความแตกต่างของบุคคลนั้นอาจกลายเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้ ดังนั้น มาตรา 30 วรรคสี่ จึงได้กำหนดให้ชัดเจนว่า การที่รัฐปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลหนึ่งกลุ่มบุคคลใดในลักษณะที่แตกต่างไปจากบุคคลทั่วไป เพื่อเป็นการขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลเหล่านั้นสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตัวอย่างเช่น เมื่อมีการสร้างเส้นทางรถไฟลอยฟ้า รัฐจะต้องสร้างลิฟต์เพื่อให้คนพิการที่ไม่สามารถเดินขึ้นบันไดได้ สามารถใช้บริการเส้นทางรถไฟลอยฟ้าได้เช่นเดียวกับคนทั่วไป แม้ว่ารัฐจะต้องใช้งบประมาณจำนวนมากเพื่อการดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นการใช้งบประมาณไปในทางที่เป็นการเลือกปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม เพื่อกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกรณีของรัฐได้จัดให้มีทุนการศึกษาสำหรับนักเรียน นักศึกษาที่บิดามารดามีรายได้น้อยให้มีสิทธิได้รับทุนการศึกษาจากรัฐในลักษณะของการกู้ยืมโดยผ่อนคั้นในระยะยาว ซึ่งรัฐต้องจัดสรรงบประมาณจำนวนมากเพื่อการดังกล่าว กรณีเช่นนี้ก็มิอาจจะถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติในลักษณะที่เป็นการให้ประโยชน์แก่กลุ่มนักเรียนที่บิดามารดามีฐานะยากจนอันเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดกับหลักความเสมอภาคเช่นเดียวกัน หากแต่เป็นการส่งเสริมเพื่อให้บุคคลที่มีฐานะยากจนสามารถใช้สิทธิทางการศึกษาเช่นบุคคลทั่วไปได้ กรณีนี้จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

การพิจารณาเกี่ยวกับการปฏิบัติให้เท่าเทียมกัน หรือการปฏิบัติให้แตกต่างกันมีหลักเกณฑ์อย่างไร

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันหรือการปฏิบัติให้แตกต่างกันตามหลักความเสมอภาค หรือข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติมีข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค ดังนี้

การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันจะต้องมีผลมาจากองค์กรที่มีอำนาจในการกำหนดเรื่องนั้น ๆ โดยต้องเป็นองค์กรเดียวกัน

ตัวอย่างเช่น หากองค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) ก. กำหนดกฎเกณฑ์ให้บุคคลที่อยู่ในเขต อบต. ของตนมีสิทธิได้รับส่วนลด 50 % จากการใช้น้ำที่ อบต. ก. ผลิตเอง แต่ในขณะที่ อบต. ข. ไม่ได้กำหนดให้มีส่วนลดในเรื่องค่าบริการการใช้น้ำแต่อย่างใด ในกรณีนี้ประชาชนที่อยู่ในเขต อบต. ข. ไม่อาจจะอ้างได้ว่า ตนได้รับการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกับประชาชนที่อยู่ในเขต อบต. ก. และไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อหลักความเสมอภาคด้วย เพราะกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับประชาชนใน อบต. ก. และ อบต. ข. ย่อมเป็นไปตามระเบียบข้อบังคับของ อบต. ที่แตกต่างกัน ในกรณีนี้จึงไม่ใช่การปฏิบัติให้แตกต่างกันที่กระทบกับปัญหาความเสมอภาค เพราะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละองค์กรโดยหลักพื้นฐานแล้ว ย่อมมีอิสระที่จะดำเนินการ ใด ๆ ภายในขอบเขตของกฎหมายในองค์กรปกครองท้องถิ่นของตนได้

การกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์โดยรวมในเรื่องนั้น ๆ ด้วย

ตัวอย่างเช่น สิทธิของผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญา หลักเกณฑ์พื้นฐานสำหรับเรื่องของสิทธิของผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญานั้น ตามหลักพื้นฐานแล้วบุคคลเหล่านั้นต้องมีสิทธิโต้แย้งข้ออ้างหรือข้อกล่าวหาตนมีสิทธิที่จะพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนได้ หากในคดีเกี่ยวกับความผิดอันเป็นคอมมิวนิสต์กำหนดให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านข้ออ้างหรือข้อกล่าวหาว่าตนกระทำความผิด อีกทั้งไม่ให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีทนายความเพื่อแก้ต่างแทนบุคคลนั้น ในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นการปฏิบัติให้แตกต่างจากกฎเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องนั้น อันจะมีผลทำให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวขัดกับหลักการพื้นฐานในเรื่องของสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย และเป็นกฎเกณฑ์ที่ขัดกับหลักความเสมอภาค โดยหลักทั่วไปแล้ว การกำหนดกฎเกณฑ์ใด กฎเกณฑ์หนึ่ง จะต้องให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ ด้วย หากจะกำหนดกฎเกณฑ์ให้แตกต่างจากหลักการพื้นฐานก็จะต้องมีเหตุผลที่ชัดเจนในการยกเว้นหลักพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ เช่น กรณีการห้ามผู้หญิงเข้าไปในพระธาตุบริเวณชั้นใน เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้แตกต่างจากหลักการพื้นฐานความเสมอภาคโดยไม่มีเหตุผลที่ชัดเจนเพียงพอในการยกเว้นหลักพื้นฐานในเรื่องนี้

### การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน

ในบางกรณีการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันอาจไม่เป็นธรรมต่อผลประโยชน์มหาชน หรือ อาจไม่เป็นธรรมต่อผู้ที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่มหาชน เช่น มีการกำหนดโทษปรับเป็นจำนวน ค่อนข้างสูงมากสำหรับผู้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า การกำหนด โทษปรับแก่ผู้ที่กระทำการให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมนั้น มีโทษปรับที่สูงกว่าบุคคลที่ฝ่าฝืน สัญญาจนจรรยา ในกรณีของโทษปรับที่กระทำการกระทบต่อสิ่งแวดล้อมนั้นถือได้ว่าเป็นการ กระทบต่อประโยชน์ของมหาชน ดังนั้น การที่บุคคลใดกระทำให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ มหาชน บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบในการแก้ไขให้ผลกระทบนั้นกลับคืนสู่ภาวะปกติด้วย

กรณีนี้ข้อห้ามการเข้าพื้นที่ชั้นในพระธาตุของผู้หญิง เป็นการกระทำที่ไม่เป็นการกระทบ ต่อประโยชน์ของมหาชนแต่อย่างใด เป็นการกระทำที่ไม่มีรูปธรรมเพียงพอ จึงเป็นข้อห้ามที่ขัดกับ หลักปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชนจึงไม่สามารถกระทำได้

### การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากระบบที่แตกต่างกัน

การปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นอาจมีผลเนื่องมาจากการมีระบบที่แตกต่างกัน ดังนั้น การ จะพิจารณาเปรียบเทียบว่ามีการปฏิบัติเท่าเทียมกันหรือไม่ จึงต้องเปรียบเทียบว่าอยู่ในระบบ เดียวกันหรือไม่ ตัวอย่างเช่น

มาตรา 64 ได้บัญญัติว่า

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐพนักงานส่วนท้องถิ่น และ พนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคล ทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจรรยาบรรณ

การที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ข้าราชการ ทหาร หรือตำรวจ มีสิทธิในการประท้วงการ นัดหยุดงานเพื่อต่อรองค่าจ้างหรือเงินเดือนของข้าราชการ ซึ่งแตกต่างไปจากระบบของเอกชนที่ให้ ลูกจ้างมีสิทธิที่ใช้การประท้วง การนัดหยุดงานตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นเครื่องมือใน การต่อรอง เรื่องเงื่อนไขในการจ้างได้ ในกรณีนี้มีอาจจะกล่าวได้ว่า เป็นการปฏิบัติอย่างไม่เท่า เทียมกันอันเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาค ทั้งนี้เพราะระบบของราชการกับระบบของ ภาคเอกชนนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกัน ดังนั้น ในบางกรณีจึงไม่อาจจะนำระบบที่แตกต่างกันมา พิจารณาเปรียบเทียบกับกรปฏิบัติที่แตกต่างกันได้

### การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากประเพณี

ขนบธรรมเนียมประเพณีที่แตกต่างกัน อาจเป็นเหตุผลในการปฏิบัติให้แตกต่างอันเนื่องมาจากประเพณี

ตัวอย่างของการปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากความแตกต่างทางประเพณีวัฒนธรรมในทางศาสนา เช่น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 มาตรา 4 ระบุว่า “ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดก อิสลามศาสนิกชนของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งอิสลามศาสนิกชนเป็นทั้งโจทก์ จำเลยหรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีไม่มีข้อพิพาทให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลที่เกิดขึ้นก่อนหรือหลังการใช้พระราชบัญญัตินี้” และตามมาตรา 4 วรรคสาม ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะตุลาการในข้อกฎหมายอิสลามให้เป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น”

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดให้มีการใช้กฎหมายบังคับให้แตกต่างกับกรณีทั่วไป โดยมีเงื่อนไขว่า ต้องเป็นข้อพิพาทอันเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดก คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นอิสลามศาสนิกชน และเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นใน 4 จังหวัดดังกล่าวข้างต้น การยอมการปฏิบัติให้แตกต่างในกรณีนี้ย่อมมีเหตุผลอันสมควร เพราะหลักปฏิบัติในทางศาสนาอิสลามมีผลอย่างสำคัญในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งในเรื่องดังกล่าวให้แตกต่างกัน เรื่องของขนบธรรมเนียมประเพณีนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญประชาชนมักจะเห็นว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกันตามขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นเรื่องที่มีความถูกต้อง เพราะคนมักจะมีคามโน้มเอียงไปในทางที่เห็นว่าการปฏิบัติประเพณีเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เรื่องเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีกับหลักความเสมอภาคนั้นเมื่อพิจารณาว่า การยอมรับขนบธรรมเนียมประเพณีใดที่มีการปฏิบัติมาอย่างยาวนานจะต้องไม่ยึดหลักการปฏิบัติกันมาอย่างยาวนานของขนบธรรมเนียมประเพณีดังกล่าวเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความถูกต้อง ในการพิจารณาหลักความเสมอภาค หากแต่จะต้องใช้หลักความยุติธรรมของประชาชนในขณะปัจจุบันเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ตัวอย่างเช่น สถาบันการศึกษาของรัฐแห่งหนึ่งได้ตั้งมาเป็นเวลายาวนานมาก ซึ่งในขณะที่ตั้งนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อจะให้เฉพาะลูกหลานของข้าราชการเท่านั้นได้ศึกษาเล่าเรียน ต่อมาเมื่อการศึกษาเปิดกว้างมากขึ้น สำหรับการรับบุคคลอื่นเข้าศึกษา แต่สถาบันดังกล่าวก็ยังกำหนดไว้ว่า ผู้ที่เป็นข้าราชการของหน่วยงานนั้นย่อมได้รับสิทธิพิเศษในการคัดเลือกเข้าศึกษาในสถาบันแห่งนั้น ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าการยึดถือประเพณีที่ปฏิบัติมาอย่างยาวนานของสถาบันการศึกษาแห่งนั้นไม่อาจจะใช้เป็นเกณฑ์ใน

การพิจารณาหลักความเสมอภาคได้ เพราะการพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องอาศัยหลักความยุติธรรมที่เป็นอยู่ในปัจจุบันเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกันกับเรื่องปิดป้ายห้ามเข้าพื้นที่ชั้นในพระธาตุของผู้หญิง ตามหลักนี้ต้องไม่ยึดหลักการปฏิบัติกันมาอย่างยาวนานของจารีตประเพณีของล้านนาที่ห้ามผู้หญิงเข้า โดยอ้างว่ามีประจำเดือน โดยเป็นการเลือกปฏิบัติว่า มีมานานแล้วเป็นเวลาหลายร้อยปี แต่ต้องใช้หลักความยุติธรรมของประชาชนถึงสิทธิในการเข้าไปยังพื้นที่ชั้นในของผู้ชายกับผู้หญิงในปัจจุบันเป็นเกณฑ์จะเห็นว่าข้อห้ามนี้เป็นจารีตประเพณีที่เป็น การเลือกปฏิบัติ ทำให้เกิดความไม่เสมอภาค แม้จะมีมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานก็ตาม ก็ไม่เข้า ข้อยกเว้นของหลัก

สำนักหอสมุด