ปัญหาการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

โดย

นางสาวกานต์สินี ศิริ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายมหาชน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปัญหาการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

โดย

นางสาวกานต์สินี ศิริ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายมหาชน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

PROBLEMS IN ENFORCING PRINCIPLES OF EQUALITY IN THE PRIVATE SPHERE: A STUDY OF GENDER EQUALITY ACT, B.E. 2558 (2015)

BY

MISS KANSINEE SIRI

A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PUBLIC LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2020

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวกานต์สินี ศิริ

เรื่อง

ปัญหาการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน: ศึกษากรณี
พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 17 กันยายน พ.ศ. 2564

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ _____
(รองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อารยา สุขสม)

คณบดี _____
(รองศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558
ชื่อผู้เขียน	นางสาวกานต์สินี ศิริ
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์
ปีการศึกษา	2563

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ถือเป็นกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคทางเพศฉบับแรกในระบบกฎหมายไทยที่มีผลบังคับใช้ต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน กฎหมายฉบับนี้จึงแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายที่มีค่าบังคับเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และผลบังคับดั้งเดิมของหลักความเสมอภาคที่มีอยู่ตามธรรมชาติและปราศจากซึ่งพรมแดน จากความเข้าใจเดิมที่ว่า หลักกความเสมอภาคมีผลบังคับใช้เฉพาะในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สำหรับระบบกฎหมายที่ยึดถือแนวคิดการแบ่งแยกแดนกฎหมายและแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม การรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ตามความเข้าใจทั่วไปแล้วยังมีผลจำกัดขอบเขตอยู่เฉพาะแต่ในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อสภาพและเนื้อหาของสิทธิในความเสมอภาคกลายเป็นมาตรฐานแห่งการใช้อำนาจรัฐจึงถือได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่เพียงแสดงให้เห็นถึงผลบังคับของหลักความเสมอภาคภายนอกขอบเขตดังกล่าวเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการทำลายหลักความอิสระในทางแพ่งซึ่งเป็นพื้นฐานแห่งความสัมพันธ์ต่าง ๆ ในแดนกฎหมายเอกชนลงด้วย ทั้งนี้ เมื่อไม่ปรากฏบรรทัดฐานในทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนอย่างเป็นรูปธรรม ดังเช่นกรณีหลักสุจริต หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปอื่น ๆ ย่อมหมายความว่า การบังคับใช้หลักความเสมอภาคมิได้เป็นไปในลักษณะของผลบังคับที่เกิดขึ้นจากภายในแดนกฎหมายนี้เอง แต่เป็นการที่หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชนได้เข้ามามีผลบังคับใช้ในแดนกฎหมายเอกชน โดยลักษณะแห่งผลบังคับดังกล่าวนั้นคงเป็นได้แค่เพียงผลผูกพันทุติย

ภูมิหรือผลผูกพันโดยอ้อมของหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นผลต่อเนื่องมาจากผลผูกพันปฐมภูมิหรือผลผูกพันโดยตรงของหลักการนี้ต่อการใช้อำนาจรัฐ

เมื่อหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนก่อให้เกิดมาตรฐานแห่งการกระทำของเอกชน การรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนผู้หนึ่งจึงอาจมีผลเป็นการจำกัดผลบังคับสิทธิขั้นพื้นฐานเดียวกันนี้หรือประเภทอื่นของเอกชนผู้อื่นในเวลาเดียวกันด้วย ผลจากการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ย่อมนำพามาซึ่งปัญหาต่าง ๆ ในการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน โดยรัฐมีหน้าที่ชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของทุกฝ่าย ภายใต้ข้อเรียกร้องผลบังคับอย่างมากที่สุดของทุกสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น โดยไม่อาจลดทอนผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานใดลงอย่างสิ้นเชิงได้ และผลแห่งการชั่งน้ำหนักที่เหมาะสมที่สุดจะกลายมาเป็นขอบเขตผลบังคับของหลักความเสมอภาคที่ “ควรจะเป็น” ในแดนกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตาม ขอบเขตดังกล่าวอาจแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม เพราะนอกจากการคำนึงถึงรูปแบบและลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันแล้ว รัฐจำเป็นจะต้องนำเอาความคิดเห็นส่วนใหญ่ของสังคม ณ ช่วงเวลานั้นมาพิจารณาประกอบการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกัน เพื่อนำพาความเป็นธรรมให้แก่เอกชนทุกฝ่ายมากที่สุด

จากการศึกษาเปรียบเทียบการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย สามารถแสดงให้เห็นถึงประเด็นปัญหาของระบบกฎหมายไทย ได้แก่ 1) ปัญหาการบังคับใช้บรรดากฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่มีผลบังคับทับซ้อนกัน 2) ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดแห่งเนื้อหาของหลักการไม่เลือกปฏิบัติในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะแห่งการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ ขอบเขตบุคคลและเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง ข้อยกเว้น การกระทำในเชิงบวก องค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาค หรือผลแห่งการละเมิดหลักความเสมอภาค 3) ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ในทางปฏิบัติ ซึ่งเป็นผลต่อเนื่องจากปัญหาทั้งสองประการข้างต้น ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ จะถือเป็นก้าวย่างแรกแห่งความพยายามอย่างจริงจังในการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไทย แต่ปัญหาในเชิงโครงสร้างการคุ้มครองที่ไร้ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายทั่วไปว่าด้วยหลักความเสมอภาค ทั้งความซ้ำร้ายจากข้อบกพร่องของกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ ที่บังคับใช้ในปัจจุบันนั้น ย่อมไม่สามารถนำพาให้เกิดความเสมอภาคที่แท้จริงได้

คำสำคัญ: หลักความเสมอภาค, ผลผูกพันโดยอ้อม, สิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชน, พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

Thesis Title	PROBLEMS IN ENFORCING PRINCIPLES OF EQUALITY IN THE PRIVATE SPHERE: A STUDY OF GENDER EQUALITY ACT, B.E. 2558 (2015)
Author	Miss Kansinee Siri
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Public Law Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Torpong Kittiyanupong, Dr.iur.
Academic Years	2020

ABSTRACT

The Gender Equality Act, B.E. 2558 (2015), is regarded as the first Thai law concerning principles of gender equality, enforcing relationships in the private sphere. The statute manifests a necessity of principles of equality, being valuable as a general principle of laws in a legal system. This norm consequently certifies former enforcement of principles of equality as natural and limitless principles, dissolving the common understanding of enforcing limitation only in the public sphere. Nevertheless, for a legal system adhering to concepts of private and public spheres with distinction and constitutionalism, certifying and protecting principles as constitutional rights generally result in the principles' scope covering the public sphere solely. The nature and content of rights to equality become standards of the exercise of state power. Thus, this act demolishes the private autonomy that is the foundation of relationships in the private sphere and simultaneously enforces the principles' dimension extraterritorially. Due to the absence of solid legal norms in the private sphere like other general principles of Private law such as good faith, public order, and good morality, principles enforcing becomes exogenous effect, rather than endogenous. It is so because effects from the public sphere could be merely secondary effects or vertical effects of ones inherited from primary effects or direct effects of the exercise of state power.

Where principles of equality in the private sphere create standards of private personal actions, certifying and protecting individual rights to equality shall simultaneously result in effective limiting the same, or other, constitutional rights. Consequences of the collision of constitutional rights inevitably lead to problems in enforcing principles in this sphere. A state has a function to evaluate the protection of all parties' rights. Such evaluation must be subject to the requirement of every right to be fully effective and not essentially diminished in effect. A proper evaluative result will ultimately become the ideal dimension of influence of principles for the private sphere. Moreover, such ones may differ according to societal considerations of patterns and characteristics in relationships of private sectors. In addition, for justice to each private party, a state must execute this duty by considering the majority comments of a society contemporaneously.

A comparative study of enforcement dimensions of principles of equality in the private sphere grounded on legal systems in Germany, France, and Thailand. The results indicating the main problems in the Thai legal system are 1) enforcement conflicts among laws on specific principles of equality which their effects are overlapping 2) limitations of principles of discrimination in the Gender Equality Act protecting characteristics, personal and material scope, exceptions, positive actions, related organizations, and effects of the violation and 3) pragmatic enforcement of the Gender Equality Act continually caused by the mentioned problems. In conclusion, the Gender Equality Act is considered the first step towards an earnest effort to certify and protect principles in the Thai private sphere. Nevertheless, a structural problem without a general statute on principles and weaknesses of specific laws currently enforced cannot lead to full equality.

Keywords: Principles of equality, Vertical effect, Constitutional rights in the private sphere, Gender Equality Act, B.E. 2558 (2015).

กิตติกรรมประกาศ

หากมิได้พบเจอความผิดหวังครั้งสำคัญ วิทยานิพนธ์เล่มนี้ก็คงไม่มีวันเขียนเสร็จ จึงขอให้ความสำเร็จครั้งนี้เป็นเครื่องการันตีคำปลอบประโลมที่ว่า “ทุกสิ่งที่เกิดขึ้นแล้วย่อมดีเสมอ” ในทุกครั้งเมื่อรู้สึกว่าชีวิตไม่เป็นไปดั่งใจหวัง

ขอบคุณตัวข้าพเจ้าที่ยังคงเชื่อมั่นในตัวเองและลุกขึ้นสู้

ขอบคุณพ่อดำรงค์ แม่ยูง และน้องมาสที่คอยโอบกอดและเป็นกำลังใจสำคัญเสมอมา ความสำเร็จตลอดชีวิตที่ผ่านมา ในครั้งนี้ และที่กำลังจะเกิดขึ้นต่อไปในอนาคตข้างหน้าของข้าพเจ้า ล้วนแล้วแต่เป็นผลงานของบุคคลเหล่านี้ทั้งสิ้น ขอบคุณที่ทำให้ข้าพเจ้ากลายเป็นผู้ที่โชคดีที่สุดในโลก

วิทยานิพนธ์คงไม่อาจเกิดขึ้นและเสร็จสมบูรณ์ได้ หากปราศจากซึ่งคำสั่งสอนของบรรดาครูบาอาจารย์ทั้งหลาย และคำแนะนำอันทรงคุณค่าจากคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อารยา สุขสม ผู้เจียระไนเหลี่ยมเพชรให้กับผลงานชิ้นนี้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง รองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ อาจารย์ที่ปรึกษาผู้จุดประกายไฟและเป็นดั่งแสงสว่างนำทางให้แก่ข้าพเจ้า สิ่งที่ปรากฏในวิทยานิพนธ์ย่อมไม่สามารถมาได้ไกลถึงเพียงนี้ หากมิได้รับความช่วยเหลือและการสนับสนุนของอาจารย์ จึงขอขอบพระคุณอาจารย์ที่เคารพในการตัดสินใจและให้เกียรติในความคิดของลูกศิษย์คนนี้เสมอ

ข้าพเจ้าขอขอบคุณสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในการศึกษาและมอบทุนสนับสนุนการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทุกกำลังใจและความช่วยเหลือจากเพื่อนสนิทมิตรสหายที่มีให้กัน ไม่ว่าจะเป็นแสตมป์ผู้คอยตั้งรับตัวข้าพเจ้าในทุกครั้งที่ล้มและหลงทาง รานีผู้สนับสนุนและร่วมเดินทางไปในทุกหนทุกแห่งกับข้าพเจ้า ไนน์ผู้มอบความรู้สึกเป็นบ้านอีกหลัง เพื่อนเย่ห์โด่และเพื่อนกฎของหญิงล้วนผู้คอยส่งเสริมและสนับสนุนทุกย่างก้าวของข้าพเจ้า แต๊งกิ้ว ซันผู้นำพาข้าพเจ้าให้ออกเดินทางในเส้นนี้ ชาวกฎหมายมหาชน 60 ผู้ร่วมทุกข์ร่วมสุขกันมาตลอดการศึกษา ครอบครัว LHMH ผู้คอยเข้าอกเข้าใจและสนับสนุนเมื่อข้าพเจ้าต้องเรียนและทำงานไปพร้อมกัน โดยเฉพาะพี่นุ้ยผู้กวดขันและเคี่ยวเข็ญจนข้าพเจ้าประสบความสำเร็จในครั้งนี้ พี่รินผู้ช่วยร่างอีเมล์สำคัญ โฟล์ท โอม ผู้ช่วยตรวจทานร่างบทความ น้องชัดเจนผู้ขัดเกลาภาษาในร่างวิทยานิพนธ์ ตลอดจนเหล่าผองเพื่อนผู้โชคดีทั้งหลายที่(จำต้อง)ยอมสละเวลามาถกเถียงและหาทางออกสำหรับสารพันปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงชีวิตที่ผ่านมาของข้าพเจ้า รวมถึงผู้ที่คอยหมั่นถามไถ่สารทุกข์สุขดิบและเป็นที่พึ่งทางใจในหลากหลายเรื่อง ซึ่งหากจะต้องบรรจงเขียนรายชื่อทั้งหมดเอาไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็เกรงว่าจะกินพื้นที่หน้ากระดาษหนากว่าเนื้อหาทั้งหมด ดังนั้น ข้าพเจ้าจึงขอสลักไว้ในหัวใจของข้าพเจ้าแทน

นางสาวกานต์สินี ศิริ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน	7
2.1 ข้อความคิดว่าด้วยหลักความเสมอภาค	7
2.1.1 พัฒนาการและความสำคัญของหลักความเสมอภาค	7
2.1.1.1 หลักความเสมอภาคในช่วงเวลาก่อนการเกิดขึ้นของแนวความคิดรัฐสมัยใหม่	8
2.1.1.2 หลักความเสมอภาคตามแนวความคิดรัฐสมัยใหม่	10
2.1.2 ความหมายของหลักความเสมอภาค	13
2.1.3 ลักษณะของหลักความเสมอภาค	14
2.1.3.1 ความเสมอภาคตามทฤษฎี	14
(1) ทฤษฎีว่าด้วยความเท่าเทียมกันของมนุษย์	14
(2) ทฤษฎีว่าด้วยความไม่เท่าเทียมกันของมนุษย์	14

2.1.3.2 ความเสมอภาคในระบอบประชาธิปไตย 15
2.1.3.3 ความเสมอภาคที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ 15
2.1.4 หลักความเสมอภาคกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ 16
2.1.4.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ 17
(1) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ 17
(2) มิติแห่งการเลือกปฏิบัติ 20
(3) ลักษณะการเลือกปฏิบัติ 20
2.1.4.2 การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับการปฏิบัติที่แตกต่าง 23
2.1.4.3 ประเด็นอื่นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ 29
(1) สภาวะแห่งการเป็นผู้เสียหาย 29
(2) ภาระการพิสูจน์ความผิด 29
2.2 ข้อความคิดว่าด้วยการเข้ามามีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน 30
2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกแดนกฎหมายในระบบกฎหมาย 30
2.2.2 บรรทัดฐานทางกฎหมายของหลักความเสมอภาค 34
2.2.2.1 บรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ 35
2.2.2.2 บรรทัดฐานทางกฎหมายภายในประเทศ 37
(1) บรรทัดฐานในแดนกฎหมายมหาชน 37
(2) บรรทัดฐานในแดนกฎหมายเอกชน 47
2.2.3 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน 49
2.2.3.1 ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน 49
2.2.3.2 ทฤษฎีโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน 50
2.2.3.3 ทฤษฎีผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐาน 52
(1) ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวดิ่ง 53
(2) ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบ 55
2.2.3.4 ทฤษฎีการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน 59
2.2.3.5 ทฤษฎีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน 63
2.2.4 ผลบังคับของหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชน 65

2.2.4.1 ลักษณะผลบังคับของหลักความเสมอภาค 65
(1) การคุ้มครองหลักความเสมอภาคในเชิงป้องกัน 66
(2) การคุ้มครองหลักความเสมอภาคในเชิงสนับสนุน 66
2.2.4.2 ขอบเขตผลบังคับของหลักความเสมอภาค 67
(1) ขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง 67
(2) ขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง 70
2.2.4.3 ข้อยกเว้นของผลบังคับของหลักความเสมอภาค 71
2.2.4.4 ผลแห่งการละเมิดหลักความเสมอภาค 74
2.2.5 เหตุผลและความจำเป็นของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน: ศึกษากรณีหลักความเสมอภาคทางเพศ 75

บทที่ 3 การบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนในต่างประเทศ 81

3.1 การบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 81
3.1.1 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชน 81
3.1.2 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน 84
3.1.2.1 ผลบังคับของหลักความเสมอภาค 84
3.1.2.2 หลักความเสมอภาคที่ปรากฏในแดนกฎหมายเอกชนปัจจุบัน 90
(1) กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้อง 90
(2) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ 91
(3) ขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง 94
(4) ขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง 95
(5) ข้อยกเว้น 97
(6) การกระทำในเชิงบวก 98
(7) องค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาค 98
(8) ผลแห่งการละเมิดหลักความเสมอภาค 99
3.1.3 หลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชน 102
3.1.4 สรุป 105

3.2 การบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส 106
3.2.1 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชน 107
3.2.2 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน 108
3.2.2.1 ผลบังคับของหลักความเสมอภาค 108
3.2.2.2 หลักความเสมอภาคที่ปรากฏในแดนกฎหมายเอกชนปัจจุบัน 112
(1) กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้อง 112
(2) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ 113
(3) ขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง 115
(4) ขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง 116
(5) ข้อยกเว้น 117
(6) การกระทำในเชิงบวก 118
(7) องค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาค 119
(8) ผลแห่งการละเมิดหลักความเสมอภาค 119
3.2.3 หลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชน 121
3.2.4 สรุป 125

บทที่ 4 การบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนในประเทศไทย 127

4.1 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชน 127
4.1.1 ช่วงเวลาก่อนบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 127
4.1.2 ช่วงเวลาภายหลังบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 129
4.1.2.1 หลักประกันสิทธิในความเสมอภาค 129
4.1.2.2 การรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญ 131
4.2 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน 133
4.2.1 ผลบังคับของหลักความเสมอภาค 133
4.2.1.1 ผลบังคับของหลักความเสมอภาคผ่านการใช้อำนาจบริหาร 135
4.2.1.2 ผลบังคับของหลักความเสมอภาคผ่านการใช้อำนาจนิติบัญญัติ 136
4.2.1.3 ผลบังคับของหลักความเสมอภาคผ่านการใช้อำนาจตุลาการ 137

4.2.2 หลักความเสมอภาคที่ปรากฏในแดนกฎหมายเอกชนปัจจุบัน 139
4.2.2.1 กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้อง 139
4.2.2.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ 143
4.2.2.3 ขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง 146
4.2.2.4 ขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง 147
4.2.2.5 ข้อยกเว้น 148
4.2.2.6 การกระทำในเชิงบวก 149
4.2.2.7 องค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาค 152
4.2.2.8 ผลแห่งการละเมิดหลักความเสมอภาค 153
4.3 หลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชน 156
4.4 สรุป 165

บทที่ 5 ปัญหาการบังคับใช้หลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชนในประเทศไทย : ศึกษากรณีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 167

5.1 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคทางเพศ 167
5.1.1 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศในมิติความสัมพันธ์โดยเฉพาะ 167
5.1.2 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคของกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ 170
5.1.3 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เพื่อคุ้มครองหลักความเสมอภาคของกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษหรือในมิติความสัมพันธ์ที่ไม่ปรากฏการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะ 171
5.2 ข้อจำกัดของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 173
5.2.1 เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ 173
5.2.2 การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ 175
5.2.2.1 องค์ประกอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ 175
5.2.2.2 ข้อห้ามมิให้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 17 วรรคแรก) 178

5.2.3 ขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง 179
5.2.3.1 ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย 179
5.2.3.2 ผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย 181
5.2.4 ขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง 183
5.2.5 ข้อยกเว้น 184
5.2.6 การกระทำในเชิงบวก 188
5.2.7 องค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาคทางเพศ 191
5.2.8 ผลแห่งการละเมิดกฎหมาย 192
5.2.8.1 สิทธิในการเรียกร้องตามกระบวนการภายนอกศาล 192
5.2.8.2 สิทธิในการเรียกร้องตามกระบวนการภายในศาล 194
5.2.8.3 ผลแห่งการกระทำหรือไม่กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ 195
5.2.9 ประเด็นอื่น ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศ 198
5.2.9.1 การพิสูจน์ข้อเท็จจริง 198
5.2.9.2 การคุ้มครองผู้เสียหายโดยเฉพาะ 199
5.3 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 200
5.3.1 การวินิจฉัยในประเด็นพิพาทเดียวกันที่ขัดแย้งกัน 200
5.3.1.1 ความขัดแย้งระหว่างคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมกับคณะกรรมการ วลพ. 200
5.3.1.2 ความขัดแย้งระหว่างคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง 201
5.3.2 การบังคับใช้กฎหมายฉบับเดียวกันต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชน 202
5.3.3 ปัญหาอื่น ๆ เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ 204
5.3.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับผู้เสียหายหรือผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย 204
5.3.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับผู้ละเมิดสิทธิในความเสมอภาคทางเพศหรือผู้มีหน้าที่ตามสิทธิตามกฎหมาย 205
5.3.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับผู้ตีความและบังคับใช้กฎหมาย 205
5.3.3.4 ปัญหาเกี่ยวกับสังคม 207

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 208

6.1 บทสรุป 208
6.2 ข้อเสนอแนะ 218

บรรณานุกรม 228

ประวัติผู้เขียน 242

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“ความอดทนไม่ใช่ลักษณะประจำตัวของเซเปียนส์ ดังเช่นในโลกสมัยใหม่ที่ความแตกต่างเพียงเล็กน้อยของสีผิว ภาษาถิ่น หรือศาสนาก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้เซเปียนส์กลุ่มหนึ่งทำลายล้างฝ่ายตรงข้ามอย่างถอนรากถอนโคน”[1]

ภายหลังการสิ้นสุดลงของสงครามโลกครั้งที่สอง (ค.ศ. 1945) โลกได้ก้าวสู่การหลอมรวมสังคมเป็นดินแดนอันไร้พรมแดน เรียกว่า “ยุคโลกาภิวัตน์” (Globalization) ด้วยพัฒนาด้านเทคโนโลยีแบบก้าวกระโดดประกอบกับการร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อฟื้นฟูความเสียหายจากสงคราม ซึ่งส่งผลให้เศรษฐกิจโลกเกิดการขยายตัวอย่างรวดเร็ว อย่างไรก็ตาม ในขณะเดียวกันก็ได้สร้างผลกระทบในทางลบซึ่งเกิดจากความไม่สมดุลระหว่างอุปสงค์กับอุปทานในตลาดสินค้าหรือบริการ อย่างสวนทางกับความพยายามในการลดช่องว่างแห่งความเหลื่อมล้ำในสังคมหรือความไม่เท่าเทียมในเชิงโครงสร้าง (Systemic Inequality) โดยเฉพาะสถานะทางเศรษฐกิจหรืออำนาจการต่อรองระหว่างบุคคลซึ่งต่างเป็นเอกชนในตลาดแรงงานที่เป็นปัจจัยพื้นฐานสำคัญในระบบเศรษฐกิจปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้ สภาวะอุปทานแรงงานส่วนเกินหรือแรงงานล้นตลาดจึงเป็นสิ่งที่สะท้อนความอ่อนแอในอำนาจการต่อรองของแรงงาน อันแสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวของการรับรองหลักความอิสระในทางแพ่งและเสรีภาพในการทำสัญญาในแดนกฎหมายเอกชน โดยปราศจากขอบเขตหรือข้อจำกัด

“เสรีภาพในการทำสัญญา” (Freedom of Contract) เป็นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันภายใต้กฎหมายเอกชนได้รับการรับรองและคุ้มครองในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ด้วยความเคารพต่อความทัดเทียมของบุคคลในการแสดงเจตนาโดยบริสุทธิ์[2] และการยอมรับดินแดนแห่งอำนาจของเอกชน เรียกว่า “หลักความอิสระในทางแพ่ง” (Private autonomy) เพราะบุคคลทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน ดังนั้น แดนกฎหมายเอกชนจึงสมควรต้อง

---

[1] ยูวัล โนอาห์ แฮรารี, เซเปียนส์ ประวัติย่อมนุษยชาติ Sapiens, แปลโดย นำชัย ชีววิวรรธน์ (กรุงเทพมหานคร : ยิปซี กรุ๊ป, 2561), น.46.

[2] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔-๑๔, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554), น.155.

ปราศจากซึ่งการก้าวก่ายแทรกแซงจากรัฐอย่างผู้อนุบาล อย่างไรก็ดี ความเสมอภาคเช่นว่านั้นกลับไม่สามารถดำรงอยู่ได้ตลอดเวลาในความเป็นจริง โดยเฉพาะเมื่อสังคมเต็มไปด้วยความไม่เท่าเทียมในเชิงโครงสร้าง บรรดาสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลจึงไม่อาจบังคับใช้ได้อย่างแท้จริง ดังปรากฏในตลาดแรงงานหรือมิติการจ้างแรงงานที่อุปทานของนายจ้างไม่สัมพันธ์กันกับอุปสงค์ของแรงงาน ไม่ว่าจะเป็นผลมาจากข้อจำกัดในด้านทุนหรือความคุ้มค่าในเชิงธุรกิจ และเป็นการเปิดช่องให้มีการแสดงเจตนาอย่างอำเภอใจของฝ่ายที่มีอำนาจในการต่อรองมากกว่า คือ นายจ้าง ซึ่งในบางครั้งเต็มไปด้วยความพึงพอใจส่วนตัวอย่างไร้เหตุผลอันสมควรต่ออีกฝ่ายหนึ่ง คือ แรงงานหรือลูกจ้าง ซึ่งเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ความพึงพอใจดังกล่าวนั้นอาจเกิดจากความแตกต่างกันระหว่างบุคคลในองค์ประกอบพื้นฐานของมนุษย์ เช่น เพศ ศาสนา หรือเชื้อชาติ เป็นต้น โดยจะเห็นว่าส่วนใหญ่มิได้มีความเกี่ยวข้องกับคุณสมบัติจำเป็นใดต่อการทำงานอย่างแท้จริง ดังนั้น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจึงเป็นการกระทำหรือไม่กระทำการของฝ่ายนายจ้างที่ขัดแย้งต่อหลักความเสมอภาคและเป็นการละเมิดต่อสิทธิในความเสมอภาคของฝ่ายแรงงานหรือลูกจ้าง ทั้งนี้ เมื่อการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมของฝ่ายนายจ้างนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ตั้งแต่ในขั้นตอนการประกาศรับสมัครลูกจ้าง เช่น การกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครงานเฉพาะเพศหญิงหรือผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์เท่านั้น เป็นต้น จึงแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนที่ควรมีผลบังคับอย่างจริงจังเพื่อแก้ไขสภาพที่ไม่เป็นธรรมเช่นว่านั้นให้สิ้นไป

ความจำเป็นของการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคของเอกชนด้วยกันข้างต้นเป็นสิ่งที่บ่งชี้ให้เห็นถึงลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันในปัจจุบันที่เข้าใกล้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคล (รวมถึงระหว่างรัฐด้วยกัน) ในแดนกฎหมายมหาชน ซึ่งรัฐเป็นผู้กอบกุมอำนาจปกครองหรืออำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า “ผู้อยู่ภายใต้ (อำนาจ) การปกครอง” ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดแนวคิดการกำหนดมาตรฐานการใช้อำนาจของรัฐ เพื่อควบคุมและป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และหลักความเสมอภาคนั้นก็เป็นหนึ่งในมาตรฐานสำคัญดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อความพยายามในการดำรงไว้ซึ่งหลักความเสมอภาคของแต่ละรัฐได้แสดงให้เห็นในรูปแบบของการรับรองและคุ้มครองในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ได้ก่อให้เกิดภารกิจแก่รัฐในการดำเนินการใด ๆ เพื่อป้องกันสิทธิในความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดโดยรัฐและบุคคลที่สามซึ่งหมายความถึงเอกชนผู้อื่นด้วยกัน รวมไปถึงสนับสนุนให้สิทธินั้นสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วย ดังนั้น ความจำเป็นทั้งหมดนี้ย่อมส่งผลให้แนวคิดเกี่ยวกับผลบังคับของหลักความเสมอภาคซึ่งเดิมทีเป็นมาตรฐานของการใช้อำนาจรัฐในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้นได้รับการยอมรับมากยิ่งขึ้นในปัจจุบัน เพื่อฟื้นฟูความไม่เท่าเทียมในเชิงโครงสร้างและเสริมสร้างความเสมอภาคอันเป็นพื้นฐานแห่งสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายของปัจเจกบุคคลในแดนกกฎหมายเอกชน

ถึงกระนั้น ในปัจจุบันปัญหาผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนยังคงมีความคลุมเครือ เนื่องจากความไม่ชัดเจนของสถานะของหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายทั้งระบบ เพราะโดยความคิดทั่วไปแล้วยังคงยอมรับหลักความเสมอภาคในฐานะหลักการทั่วไปในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้น อีกทั้ง การรับรองหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานโดยรัฐธรรมนูญเองก็มิอาจสร้างผลผูกพันต่อการกระทำหรือไม่กระทำการของเอกชนโดยตรงได้ เมื่อหลักการต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคลและรัฐด้วยกันเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม เราไม่อาจปฏิเสธความสำคัญของผลบังคับที่ควรต้องมีของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนได้เลย ดังนั้น จึงต้องกำหนดให้เป็นหน้าที่ของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการที่จะต้องตรากฎหมาย บังคับใช้กฎหมาย รวมถึงการตัดสินคดีโดยคำนึงถึงหลักความเสมอภาคเพื่อกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันด้วย

การอธิบายถึงรูปแบบการเข้ามามีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนสามารถทำได้โดยการยกตัวอย่างจากการตราและบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล (Anti-discrimination acts) ในหลายประเทศ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวในหลายประเทศนั้นมีขอบเขตการบังคับใช้ต่อบุคคลซึ่งเป็นเอกชนและเอกชนด้วยกันและมีผลบังคับครอบคลุมไปถึงความสัมพันธ์ต่าง ๆ ในแดนกฎหมายเอกชน เช่น รัฐบัญญัติเยอรมันว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (AGG) กฎหมายฝรั่งเศสเลขที่ 2001-1066 และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทย เป็นต้น ซึ่งล้วนเป็นผลสืบเนื่องมาจากการเป็นรัฐภาคีและผลผูกพันต่อหลักความเสมอภาคหรือหลักการไม่เลือกปฏิบัติที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในกฎหมายระหว่างเทศที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการตราและบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะพิเศษ เช่น กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน ผู้พิการ เด็กหรือเยาวชน หรือผู้อาวุโส เป็นต้น เพื่อสนับสนุนความเท่าเทียมในการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียม นอกจากนี้ การใช้อำนาจตุลาการในการตีความและบังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ โดยคำนึงถึงสิทธิในความเสมอภาคของคู่ความแต่ละฝ่ายซึ่งต่างเป็นเอกชนนั้น ยังเป็นอีกหนึ่งรูปแบบผลผูกพันโดยอ้อมของหลักความเสมอภาคที่ส่งผลให้เอกชนพึงต้องระวังมิให้การกระทำหรือไม่กระทำการของตนสร้างความเสียหายให้แก่สิทธิในความเสมอภาคของผู้อื่นเสมอ

สำหรับประเทศไทย แม้ว่าแนวคิดเรื่องผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนจะได้ปรากฏตัวทั้งในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 รวมถึงพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นต้น แต่การรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของ

เอกชนในแดนกฎหมายด้วยกฎหมายเหล่านี้ กลับมิได้ครอบคลุมไปทุกเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติความสัมพันธ์ที่อาจเกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมขึ้นได้ในชีวิตประจำวัน โดยเฉพาะพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ซึ่งถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่รับรองผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไว้อย่างชัดเจนที่สุดที่เคยปรากฏในระบบกฎหมายไทย ด้วยการวางโครงสร้างเกี่ยวกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (The Principle of Non-discrimination) ไว้อย่างครบถ้วนและมีผลบังคับครอบคลุมทุกมิติความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน หากแต่ยังคงแสดงให้เห็นว่าวงการกฎหมายมิได้ให้ความสำคัญในการทำความเข้าใจหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนอย่างแท้จริง จากการเลือกให้ความคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศประการเดียวเป็นหลักเท่านั้น ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศในทำนองเดียวกันนี้ไม่ปรากฏข้อจำกัดเช่นว่านี้ ความเข้าใจหลักความเสมอภาคที่ไม่ครบถ้วนทุกมิติที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยนั้นจึงยังคงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น และต้องนับว่าบรรดากฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่นั้นยังไม่ทันต่อปัญหาการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริงในสังคม

ด้วยเหตุข้างต้น ส่งผลให้ผู้เขียนค้นพบปัญหาการบังคับใช้กฎหมายหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายของประเทศไทย และเห็นว่าการนำประเด็นปัญหาดังกล่าวมาศึกษาวิเคราะห์เพื่ออธิบายด้วยเหตุผลในเชิงวิชาการจะเป็นประโยชน์ต่อระบบกฎหมายไทยเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นการสร้างพื้นฐานความเข้าใจเกี่ยวกับการเข้ามามีผลบังคับของหลักการต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญในแดนกฎหมายเอกชนอย่างเป็นระบบ เพื่อช่วยให้การใช้อำนาจรัฐในด้านการวางโครงสร้างและบังคับใช้กฎหมายมีความเป็นเอกภาพ หรือการซ่อมแซมเสริมสร้างรากฐานที่สึกกร่อนหรือบกพร่องในการเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยในการศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ ผู้เขียนได้ยึดพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ เป็นวัตถุแห่งการศึกษาหลัก เพื่อแสดงให้เห็นถึงความสมบูรณ์และข้อบกพร่องของกฎหมาย เพราะถือว่าเป็นกฎหมายที่มีความพร้อมในด้านหลักการเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคมากที่สุดในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน และชี้ให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าสำหรับสังคมไทยนั้นได้เลือกใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาค ไม่ว่าในแดนกฎหมายมหาชนหรือแดนกฎหมายเอกชน จากนั้นผู้เขียนจะนำเอาผลแห่งการศึกษามาประมวลและใช้เป็นเหตุผลในการแก้ไขและเพิ่มเติมทั้งจุดแข็งและจุดอ่อนของระบบกฎหมายไทย อันเป็นประสงค์สูงสุดของผู้เขียนในการยกระดับความชอบธรรมทั้งในด้านวิธีการและเนื้อหาแห่งกฎหมายไทย นอกไปจากการนำเสนอองค์ความรู้ที่ยังมีความคลุมเครือในรูปแบบใหม่ที่ทันต่อยุคสมัยและมีความเป็นระบบมากยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาที่มาและแนวคิดของการเข้ามามีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนทั้งในระบบกฎหมายต่างประเทศและระบบกฎหมายไทย

1.2.2 เพื่อศึกษาแนวคิดของการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนทั้งในระบบกฎหมายต่างประเทศและระบบกฎหมายไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาขอบเขตการนำหลักความเสมอภาคมาบังคับใช้เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาที่ได้และอาจเกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชน

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

แม้ว่ารัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคไว้อย่างชัดแจ้ง แต่หลักความเสมอภาคก็หาได้มีผลบังคับโดยตรงในแดนกฎหมายเอกชนหรือต่อความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน อย่างไรก็ตาม หลักความเสมอภาคอาจมีผลบังคับโดยอ้อมเข้าไปในแดนกฎหมายเอกชนได้ผ่านการใช้อำนาจรัฐ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับในแดนกฎหมายเอกชนหรืออำนาจตุลาการในการตีความและบังคับใช้กฎหมายที่มีผลต่อคู่ความเอกชน ทั้งนี้ ยังรวมไปถึงการใช้อำนาจบริหารในทำนองข้างต้นด้วย ยิ่งไปกว่านั้น รัฐอาจมีหน้าที่ดำเนินการใด ๆ เพื่อยังให้สิทธิขั้นพื้นฐานสามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริงด้วย ด้วยเหตุนี้ ผลผูกพันโดยตรงของรัฐดังกล่าวจึงสามารถก่อให้เกิดผลต่อเนื่องไปยังบุคคลซึ่งเป็นเอกชนแต่ละฝ่ายในแดนกฎหมายเอกชนได้ เรียกว่าผลผูกพันโดยอ้อม และผลผูกพันนี้เองที่ได้ก่อให้เกิดทั้งสิทธิและหน้าที่ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อแดนกฎหมายเอกชนมิได้ปรากฏผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานเพียงประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้น การบังคับใช้สิทธิในความเสมอภาคของเอกชนผู้หนึ่งย่อมสามารถปะทะกับผลบังคับของสิทธิในความเสมอภาคหรือสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นของเอกชนผู้อื่นได้เสมอ ดังนั้น การบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนจึงต้องเป็นไปตามหลักการชั่งน้ำหนัก เพื่อรักษาสมดุลของผลบังคับแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานบนพื้นฐานแห่งความสัมพันธ์หนึ่ง ๆ และยังให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกันนั้นสามารถบังคับใช้ได้มากที่สุดในเวลาเดียวกันด้วย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาแนวความคิดว่าด้วยการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน ทั้งในฐานะหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปและสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการรวบรวมจากหลักการและแนวคิดต่าง ๆ ที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส อันถือเป็นระบบกฎหมายที่มีพัฒนาการแห่งทฤษฎีเกี่ยวกับผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนอย่างก้าวหน้าและทันสมัย รวมถึงมีการวางโครงสร้างระบบกฎหมายและการรวบรวมหลักการและเนื้อหาในกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนไว้อย่างเป็นระบบ และนำมาวิเคราะห์ประกอบกับแนวคิดทฤษฎีและสภาพการณ์ปัจจุบันของระบบกฎหมายไทย โดยอาศัยพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เป็นวัตถุแห่งการศึกษาหลัก

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้รูปแบบการศึกษาโดยวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งเป็นการรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ จากตำราหนังสือ ตัวบทกฎหมาย คำพิพากษาของศาล รวมถึงบทความและข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ได้ศึกษาที่มาและแนวคิดของการเข้ามามีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนทั้งในระบบกฎหมายต่างประเทศและระบบกฎหมายไทย

1.6.2 ได้ศึกษาแนวคิดของการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนทั้งในระบบกฎหมายต่างประเทศและระบบกฎหมายไทย

1.6.3 ได้ศึกษาขอบเขตการนำหลักความเสมอภาคมาใช้เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาที่ได้และอาจเกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชน

1.6.4 ได้ศึกษาหาแนวทางการแก้ไขข้อบกพร่องและส่งเสริมกฎหมายที่ได้มีการนำหลักความเสมอภาคมาใช้เป็นวิธีการในการแก้ไขปัญหาที่ได้และอาจเกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

บทที่ 2
ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน

2.1 ข้อความคิดว่าด้วยหลักความเสมอภาค

"หลักความเสมอภาค" (Equality) เป็นหนึ่งในหลักกฎหมายมหาชนสำคัญที่ได้รับหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างและนำไปปรับใช้กับเรื่องราวในชีวิตประจำวันอยู่บ่อยครั้ง ตั้งแต่เรื่องเล็กน้อยอย่างการแบ่งเค้กวันเกิดไปจนถึงเรื่องใหญ่อย่างการปกครองรัฐ แม้กระทั่งบุคคลทั่วไปที่มิได้ศึกษากฎหมายมาโดยตรงก็ยังสามารถใช้สามัญสำนึกแห่งตนพิจารณาได้ว่าข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ ปรากฏผลแห่งความเสมอภาคอยู่หรือไม่ อย่างไรก็ดี หากพิจารณาในเชิงข้อความคิด (Concept) ทางกฎหมายกลับพบว่า หลักความเสมอภาคเป็นหลักการที่มีความซับซ้อนและเป็นนามธรรมสูงมาก เพราะเหตุแห่งคลุมเครือในผลบังคับทางกฎหมายในบางกรณี อย่างความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันซึ่งมีพื้นฐานตั้งอยู่บนหลักอิสระในทางแพ่ง (Private autonomy) และเสรีภาพแห่งการทำสัญญา (Freedom of Contract) อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากข้อจำกัดดั้งเดิมของหลักความเสมอภาคในฐานะ "มาตรฐานการใช้อำนาจรัฐ" หรือผลบังคับต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนที่มีรัฐเป็นคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเสมอในแง่นี้ จึงมีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า เพราะเหตุใดหลักการที่โดยปกติแล้วโดยทั่วไปสามารถนำมาใช้เป็นเหตุผลกับทุกเรื่องได้ กลับมีบรรทัดฐานในทางนิติศาสตร์อย่างจำกัดและถูกลดทอนผลบังคับให้อยู่ในพื้นที่ที่แคบลงเช่นนี้

2.1.1 พัฒนาการและความสำคัญของหลักความเสมอภาค

เดิมทีหลักความเสมอภาคถือได้ว่าเป็นหลักการตามธรรมชาติ จนกระทั่งได้รับการพัฒนาให้กลายเป็นหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญซึ่งส่งผลเป็นการรับรองสถานะหรือบรรทัดฐานทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังปรากฏพัฒนาการครั้งแรกในยุคกรีกด้วยเหตุที่สังคมถือเอาความเสมอภาคเป็นเงื่อนไขขั้นต่ำแห่งความพึงพอใจของมนุษย์ ดังนั้น หากพิจารณาด้วยเกณฑ์ความเป็นรัฐภายใต้กฎหมายหรือรัฐสมัยใหม่ (Modern State) จะสามารถแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการและความสำคัญของหลักความเสมอภาคในแต่ละช่วงสมัยแห่งสังคมมนุษย์ที่มีความแตกต่างกัน ได้ดังนี้

2.1.1.1 หลักความเสมอภาคในช่วงเวลาก่อนการเกิดขึ้นของแนวความคิดรัฐสมัยใหม่

ความสุขจากการมิต้องตกอยู่ภายใต้อาณัติของผู้ใดหรือความเท่าเทียมกันกับผู้อื่นถือเป็นหนึ่งในปัจจัยที่ทำให้มนุษย์ตัดสินใจอยู่ร่วมกันเป็นสังคม (แม้ในบางสังคมยอมรับอำนาจปกครองของชนชั้นกลุ่มน้อย หากแต่ระหว่างชนกลุ่มใหญ่ก็ยังต้องมีความเท่าเทียมกันอยู่เสมอ) ด้วยเหตุนี้ การมีอยู่ของสังคมจึงเป็นเครื่องยืนยันถึงจิตวิญญาณแห่งหลักความเสมอภาค และได้ปรากฏตัวอย่างเด่นชัดมากยิ่งขึ้น เมื่อมีการก่อตั้งสังคมประชาธิปไตยในยุคกรีก เพราะถือเป็นรูปแบบของสังคมที่มีแนวคิดเรื่องความเท่าเทียมกันของมนุษย์เป็นรากฐาน กล่าวคือ ทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเสมอกันในการร่วมกันตัดสินใจเลือกเส้นทางเดินของสังคม ดังนั้น คุณค่าพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในสังคมประชาธิปไตยจึงหมายถึงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและความเสมอภาคของประชาชน ซึ่งเป็นสมาชิกของสังคมการเมืองนั้น ๆ[1] นั่นเอง

อย่างไรก็ดี รูปแบบของสังคมส่วนใหญ่ในอดีตยังคงเต็มไปด้วยการแบ่งแยกและการกดขี่ข่มเหงระหว่างบุคคลในแต่ละชนชั้น แต่ด้วยสภาพดังกล่าวได้ผลักดันให้แนวคิดเรื่องความเสมอภาคกลับมาส่องแสงสว่างขึ้นในเวลาเดียวกันด้วย ดังปรากฏแนวความคิดต้นแบบแห่งหลักความเสมอภาคโดยนักปราชญ์ผู้ทรงอิทธิพลในยุคกรีกอย่างอริสโตเติล (Aristotle) ที่กล่าวไว้อย่างน่าสนใจว่า *“สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน ในขณะที่สิ่งที่ไม่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกันในสัดส่วนแห่งความไม่เหมือนกันนั้น”* [2] และอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า *“ความอยุติธรรมย่อมเกิดขึ้น เมื่อสิ่งที่เหมือนกันได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกัน เช่นเดียวกันกับเมื่อสิ่งที่ไม่เหมือนกันได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน”* [3] แนวความคิดดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งกับการแบ่งชนชั้นการปกครองแบบอภิชนาธิปไตย (Aristocracy) ในสังคมอุดมคติของเพลโต (Plato) ถึงกระนั้น อริสโตเติลเองกลับมองความเสมอภาคเป็นเรื่องเฉพาะกลุ่มชนและทาสเป็นเพียงเครื่องจักร ดังนั้น คนต่างด้าวและทาสจึงหาได้มีสิทธิเทียบเท่าพลเมืองไม่[4]

---

[1] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, “การปะทะกันแห่งคุณค่าในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 3, ปีที่ 48, น.439-440 (กันยายน 2562).

[2] Peter Weston, “ The Empty Idea of Equality,” Harvard Law Review, No.3, Vol.95, p.543 (1982).

[3] ดังปรากฏเป็นหลักการในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.18/2547 และที่ อ.22/2551

[4] โปรดดู อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), น.33.

ลักษณะความยุติธรรมในมุมมองของอริสโตเติล ได้แก่ **1) ความยุติธรรมในการแบ่งสันปันส่วน (Distributive Justice)** ด้วยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมตามสัดส่วน (Proportional equality) โดยคำนึงถึงความแตกต่างระหว่างบุคคลและการกระจายผลแห่งการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม เรียกว่า “ความยุติธรรมในเชิงคุณภาพ” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าความยุติธรรมลักษณะนี้เป็นรากฐานของระบบกฎหมายมหาชน เพราะมักปรากฏในความสัมพันธ์ที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจมากกว่าอย่างเช่นความสัมพันธ์ที่มีรัฐเป็นคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง[5] **2) ความยุติธรรมในการแก้ไขเยียวยา (Corrective Justice)** ด้วยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมตามปริมาณ (Arithmetic equality) โดยคำนึงถึงความแตกต่างของความเสียหาย เพื่อเยียวยาแก้ไขสิ่งที่ผิดพลาด เรียกว่า “ความยุติธรรมในเชิงความถูกต้อง” และ **3) ความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนตอบแทน (Commutative Justice)** ด้วยการปฏิบัติแลกเปลี่ยนกันระหว่างบุคคลบนพื้นฐานแห่งความถูกต้องและความเท่าเทียมกัน โดยมิได้คำนึงถึงคุณสมบัติใดโดยเฉพาะของบุคคล ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าความยุติธรรมลักษณะนี้เป็นรากฐานของระบบกฎหมายเอกชน เพราะมักปรากฏในความสัมพันธ์ที่ทุกฝ่ายมีอำนาจเท่าเทียมกันอย่างเช่นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน[6]

นอกจากนี้ หลักความเสมอภาคยังกลายมาเป็นหนึ่งในแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายในสมัยโซลอน (Solon) เพื่อคุ้มครองพลเมืองจากการเลือกปฏิบัติของรัฐอันเนื่องด้วย

---

[5] ความยุติธรรมเช่นว่าอาจส่งผลต่อเนื่องให้เกิดความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนตอบแทนในความสัมพันธ์ที่แต่ละฝ่ายมีอำนาจเท่าเทียมกันอย่างความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ด้วยการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการปฏิบัติบนพื้นฐานแห่งกฎหมายเอกชน เพื่อคุ้มครองเอกชนฝ่ายที่มีสภาพตามความเป็นจริงดังเช่นผู้อยู่ภายใต้อำนาจของเอกชนอีกฝ่ายในความสัมพันธ์เดียวกัน ดังปรากฏในตัวอย่างการทำสัญญาจ้างแรงงานบนพื้นฐานแห่งความสมัครใจหรือเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนคู่สัญญา ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดตามกฎหมายแรงงาน ซึ่งจะเห็นได้ว่าความยุติธรรมที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายแรงงานเกิดจากการประสานกันระหว่างความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนตอบแทนกับความยุติธรรมในการแบ่งสันปันส่วน ตามลำดับ โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, (กรุงเทพมหานคร : อ่านกฎหมาย, 2561), น.98.

[6] ความยุติธรรมนี้ถือเป็นเหตุผลและจุดมุ่งหมายของกฎหมายที่มีผลบังคับในแดนกฎหมายเอกชน เช่น กฎหมายว่าด้วยสัญญาและกฎหมายว่าด้วยละเมิด เป็นต้น โปรดดู *เพิ่งอ้าง*, น.98.

เหตุแห่งชาติกำเนิด[7] ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ (Privilege) ของพลเมืองกรีก[8] ในทำนองเช่นเดียวกับชาวโรมันภายใต้กฎหมายสิบสองโต๊ะแห่งยุคโรมัน ซึ่งได้ขยายขอบเขตการคุ้มครองไปถึงหลักความเสมอภาคระหว่างเพศชาย เพศหญิง และเด็กด้วย อย่างไรก็ตาม คุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ในสมัยโรมันกลับผูกติดอยู่กับสถานะทางสังคมการเมือง อันส่งผลให้เกิดความเหลื่อมล้ำระหว่างชนชั้นทาสและคนต่างด้าวกับนักการปกครองและนักการเมือง[9] และยังสร้างแรงผลักดันให้หลักคำสอนว่าด้วยความเป็นคนที่เท่าเทียมกันในสายตาของพระเจ้าของศาสนาคริสต์เข้ามามีอิทธิพลต่อแนวความคิดด้านกฎหมายในเวลาเดียวกันอีกด้วย[10] โดยเฉพาะช่วงเวลาแห่งยุคกลาง (Middle Ages) ที่หลักความเสมอภาคในศาสนาคริสต์เฟื่องฟูมากที่สุด ดังปรากฏคำสอน *“ไม่มีทั้งยิวหรือกรีก ไม่มีทั้งเสรีชนหรือทาส ไม่มีทั้งชายและหญิง เพราะเจ้าทั้งหลายถือเป็นหนึ่งในพระเยซูคริสต์”* [11] ตราบใดที่มนุษย์มุ่งกระทำแต่ความดี เพราะความชั่วจะลดทอนความเป็นมนุษย์จนกลายเป็นเพียงวัตถุสิ่งของ และเมื่อนั้นย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติโดยความเสมอภาคกับคนที่หมดคุณค่าความเป็นมนุษย์[12]

2.1.1.2 หลักความเสมอภาคตามแนวความคิดรัฐสมัยใหม่

ในช่วงปลายยุคกลาง การปกครองรัฐอันยึดติดกับความเชื่อแห่งศาสนาได้ถูกกลืนกินและแทนที่ด้วยแนวความคิดรัฐสมัยใหม่และแนวความคิดมนุษยนิยม (Humanism) โดยการสร้างความเชื่อมั่นในตัวมนุษย์เอง อันส่งผลให้โลกก้าวเข้าสู่ยุคสมัยแห่งการฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) และผันเปลี่ยนให้แนวคิดความเท่าเทียมกันของมนุษย์กลายเป็นรากฐานและที่มาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือเป็นการปลดตะขอเส้นทางชีวิตลิขิตโดยพระเป็นเจ้า ยิ่งไปกว่านั้น

---

[7] โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.7.

[8] โปรดดู อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.34.

[9] โปรดดู เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “คุณค่าของความเป็นมนุษย์ในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,” ใน รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562), น.49.

[10] ภัทรดา เมฆานันท์, “หลักความเสมอภาคกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : ศึกษากรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), น.8.

[11] วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525), น.5.

[12] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.54.

ภายหลังการปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส (ค.ศ.1789) หลักความเสมอภาคก็ได้ก้าวเข้าสู่ยุคทอง เมื่อได้รับการรับรองบรรทัดฐานทางกฎหมายอย่างเป็นทางการครั้งแรกในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ได้แก่ หลักความเสมอภาคกันตามกฎหมายในฐานะมนุษย์ (มาตรา 1) หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย (มาตรา 6) และหลักภาษีที่เท่าเทียม (มาตรา 13) อันสอดคล้องกับบทสรุปของ Siep Stuurmann ถึงการปรากฏตัวและดำรงอยู่ของหลักความเสมอภาคในช่วงศตวรรษที่ 18 โดยมีฐานะอย่างน้อยที่สุดเป็นทฤษฎี[13] และประกาศของของ Nicolas de Condorcet ในช่วงทศวรรษที่ 1790 ถึงความหวังแห่งอนาคตของมนุษยชาติ ได้แก่ จุดจบของความไม่เท่าเทียมในนานาประเทศ ความก้าวหน้าของหลักความเสมอภาคของปัจเจกชน และความสมบูรณ์แบบของมนุษย์ (ไม่ว่าชายหรือหญิง) โดยถือว่าการทำลายกำแพงแห่งความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศเป็นสิ่งสำคัญที่สุดที่สามารถนำพามาซึ่งความสุขได้[14] นอกจากนี้ พัฒนาการแห่งมนุษยนิยมยังก่อให้เกิดลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งให้ความสำคัญแก่ความเป็นปัจเจกบุคคลและความสามารถของปัจเจกบุคคลภายใต้หลักความเสมอภาคระหว่างกัน โดยปราศจากข้อแตกต่างในเรื่องเพศ ชาติกำเนิด สีผิว ตลอดจนศาสนา ยิ่งไปกว่านั้น พัฒนาการดังกล่าวยังก่อให้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับวิถีของสังคมบนพื้นฐานแห่งหลักความเสมอภาคอย่างสุดทางของคาร์ล มาร์กซ์ (Carl Marx) ที่เรียกว่า “ลัทธิสังคมนิยม” (Socialism) หรือสังคมไร้ซึ่งชนชั้น

ด้วยเหตุผลข้างต้น หลักความเสมอภาคจึงกลายเป็นแนวคิดเบื้องหลังและหลักการสำคัญที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางปกครองของหลาย ๆ ประเทศทั่วโลก รวมถึงประเทศไทยด้วย ดังปรากฏบรรทัดฐานทางกฎหมายไทยของหลักความเสมอภาคครั้งแรกใน**หลัก 6 ประการ**ของคณะราษฎร ซึ่งมีใจความหลักว่า “*เอกราช ปลอดภัย เศรษฐกิจ เสมอภาค เสรีภาพ การศึกษา*” โดยมีการบัญญัติรายละเอียดของหลักประการที่ 4 ไว้ว่า *“**หลักเสมอภาค** จะต้องให้ราษฎรได้สิทธิเสมอภาคกัน (ไม่ใช่ให้พวกเจ้ามีสิทธิยิ่งกว่าราษฎรที่เป็นอยู่) คือ ราษฎรจะต้องมีสิทธิเสมอกัน โดยไม่ให้ผู้ใดมีสิทธิเหนือผู้อื่น”* และการขยายความถึงหลักการนี้ไว้อีกว่า *“ผู้ที่ปลูกข้าวทำนา พวกเขาก็ย่อมมีสิทธิในข้าวนานั้นยิ่งกว่าผู้ที่มิได้ออกแรงไถหว่าน และเมื่อพิจารณาคำกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า ความเสมอภาคถือเป็นฐานรากและเสาหลักแห่งความยุติธรรมทั้งปวงในหมู่ราษฎร หรืออาจกล่าว*

---

[13] See also Siep Stuurmann, “TO WRITE THE HISTORY OF EQUALITY,” History and Theory, no.1, Vol.58, p.112 (2019).

[14] See also Nicolas de Condorcet, Esquisse d’un tableau historique des progrès de l’esprit humain, (Paris : Hachette, 2012).

ได้ว่าความเสมอภาคมิได้หมายถึงการที่ราษฎรทุกคนมีสิทธิเท่ากัน แต่หมายถึงราษฎรทุกคนมีโอกาสที่จะได้รับสิทธิเท่าเทียมกัน” [15]

หลักความเสมอภาคได้ดำรงอยู่เรื่อยมาในระบบกฎหมายไทยในฐานะหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ฉบับปี พ.ศ. 2475 เรื่อยมาจวบจนปัจจุบัน และอยู่เคียงคู่กับหลักการที่เป็นแกนกลางแห่งรัฐธรรมนูญอย่างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (ปรากฏตัวครั้งแรกในฉบับปี พ.ศ. 2540) ซึ่งต่างมีความสัมพันธ์ระหว่างกันโดยมิอาจแยกออกจากกันได้เพราะเป็นหลักการที่เกื้อหนุนซึ่งกันและกัน กล่าวคือ ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความมนุษย์จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อยอมรับความเท่าเทียมกันของบุคคลในความเป็นมนุษย์[16] โดยระบบกฎหมายส่วนใหญ่จะรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic right) เรียกว่า “สิทธิในความเสมอภาค” (Right to Equality) อันมีลักษณะเป็นสิทธิในเชิงป้องกัน (Status negativus) เพราะถือเป็นสภาวะตามธรรมชาติของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ก่อนการบังคับใช้กฎหมาย[17] โดยรัฐมีเพียงหน้าที่ในการรับรองและปกป้องคุ้มครองไม่ให้สิทธินี้ถูกกระทบหรือลดทอนหายไป เสมือนการตั้งเกราะกำบังดินแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นไว้เท่านั้น[18] ถึงกระนั้น สิทธิในความเสมอภาคในเชิงป้องกันดังกล่าวกลับไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์แห่งสิทธิได้ เมื่อในปัจจุบันรัฐต้องเผชิญกับความไม่เท่าเทียมเชิงระบบหรือโครงสร้าง (Systemic or Structural Equality)[19] ซึ่งส่งผลกระทบแบบลูกโซ่จากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีก

---

[15] ประชาไท, “ประกาศหลัก 6 ประการของคณะราษฎรที่ 2,” สืบค้นเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2562, จาก https://prachatai.com/journal/2012/06/41243.

[16] อย่างไรก็ดี ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะไม่ได้รับการคุ้มครอง แม้มีการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อบุคคล แต่ไร้ซึ่งคุณภาพตามหลักความเสมอภาคที่แท้จริง มิฉะนั้น ย่อมสร้างความใจผิดได้ว่าตราบใดที่ทุกคนได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน แม้การนั้นจะลดทอนหรือย่ำยีความเป็นมนุษย์ เมื่อนั้นถือว่าได้คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว โปรดดู Ronald Dworkin, Life’s Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom, (New York : Knopf, 1993).

[17] โปรดดู ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น.50-52.

[18] See also Carl Schmitt, Verfassungslehre, 10th ed. (Berlin : Duncker & Humblot GmbH, 2010), pp.163-164.

[19] โปรดดู คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2560), น.295.

รุ่นหนึ่งได้เรื่อย ๆ โดยไม่รู้จบ[20] และแสดงให้เห็นความจำเป็นที่รัฐจะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคในเชิงรุกเพื่อกลบหลุมแห่งความเหลื่อล้ำดังกล่าว ซึ่งถือเป็นอีกแนวคิดว่าด้วยลักษณะของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับในรัฐสมัยใหม่ เรียกว่า สิทธิเรียกร้องในเชิงบวก (Status Positivus) ที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการดำเนินการใด ๆ เพื่อยังให้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นสามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริง และยังถือเป็นเหตุผลอันชอบธรรมให้รัฐสามารถกระทำการในเชิงบวก (Positive action) ได้ เสมือนการออกรบเพื่อแสวงหาดินแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพที่ขาดหายไปนั่นเอง

2.1.2 ความหมายของหลักความเสมอภาค

พจนานุกรม Black's Law (2019) ได้ให้ความหมายของคำว่า **"Equality"** ไว้ว่า *"คุณลักษณะ บทบัญญัติ หรือเงื่อนไขของการเป็นอยู่อย่างเท่าเทียม โดยเฉพาะความเหมือนกันในอำนาจหรือสถานะทางการเมือง"* ในทำนองเดียวกันกับพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ซึ่งให้ความหมายของคำว่า **"เสมอภาค"** ไว้ว่า *"ว. มีส่วนเท่ากัน เท่าเทียมกัน เช่น ในปัจจุบันบุรุษและสตรีมีสิทธิเสมอภาคกัน"* อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวความคิดต้นแบบของอริสโตเติลจะเห็นได้ว่า ความหมายตามพจนานุกรมดังกล่าวไม่สามารถอธิบายถึงหลักความเสมอภาค (Principles of Equality) ได้อย่างครอบคลุม เนื่องจากการกล่าวถึงเฉพาะแต่ในส่วนการปฏิบัติ (ต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน) อย่างเท่าเทียมกัน[21] โดยมิได้รวมไปถึงกรณีการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ[22] เรียกว่า "การปฏิบัติที่แตกต่าง" (Differentiation of Treatment) โดยไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Discrimination) เมื่อปรากฏเหตุผลอันสมควรและความจำเป็นที่มีคุณค่ารับฟังได้ ดังปรากฏเป็นบรรทัดฐานการพิจารณาและตัดสินคดีของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและเหตุผล

---

[20] See Also Melissa S. Williams, Voice, Trust, and Memory: Marginalized groups and the Failings of liberal representation, (New Jersey : Princeton university press, 1998), pp.175-178.

[21] ดังปรากฏเป็นหลักการในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.299/2551 เกี่ยวกับการบังคับใช้หลักเกณฑ์การพิจารณารับรองคุณวุฒิให้แก่ผู้สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศต่อผู้สำเร็จการศึกษาจากทุกประเทศ หาใช่เฉพาะต่อผู้สำเร็จการศึกษาจากประเทศอินเดียเท่านั้น

[22] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, "หลักความเสมอภาค," สืบค้นเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2563, จาก http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=657&Page=1#m10.

เบื้องหลังในการร่างกฎหมายเยอรมัน[23] ทั้งนี้ พึงต้องระวังเสมอว่าการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคทั้งสองลักษณะอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของการประเมินคุณค่า (ว่าสิ่งใดเหมือนหรือแตกต่างกัน) และผู้มีอำนาจหน้าที่ในการประเมินคุณค่าดังกล่าว (ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ)[24]

2.1.3 ลักษณะของความเสมอภาค

บรรทัดฐานทางกฎหมายต่าง ๆ ของหลักความเสมอภาคส่งผลให้ความเสมอภาคที่ปรากฏในสังคมภายใต้บรรทัดฐานนั้นมีความแตกต่างกัน ซึ่งจำเป็นต้องได้รับคุ้มครองอย่างเหมาะสมตามแต่ลักษณะ ดังพิจารณาได้ต่อไปนี้

2.1.3.1 ความเสมอภาคตามทฤษฎี[25]

(1) ทฤษฎีว่าด้วยความเท่าเทียมกันของมนุษย์

แนวคิดความเท่าเทียมกันของมนุษย์ก่อให้เกิดหลักการว่าด้วย “ความเสมอภาคสากล” (Universal Equality) หรือการปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียม ภายใต้เงื่อนไขแห่งการเป็นผู้ทรงสิทธิเพียงประการเดียวเท่านั้น นั่นคือ ความเป็นมนุษย์ โดยมุ่งพิจารณาเฉพาะรูปแบบและวิธีการของการปฏิบัติ เพื่อสร้าง “ความเสมอภาคในเชิงรูปแบบ” (Formal Equality) ด้วยการบังคับใช้หลักเกณฑ์ กฎหมาย นโยบาย หรือวิธีปฏิบัติระหว่างบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน และการปฏิบัติที่ขัดแย้งต่อหลักการย่อมเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยตรงต่อบุคคล” (Direct Discrimination)

(2) ทฤษฎีว่าด้วยความไม่เท่าเทียมกันของมนุษย์

ความแตกต่างแห่งองค์ประกอบพื้นฐานของมนุษย์ เช่น เชื้อชาติ เพศ หรือศาสนา เป็นต้น จะได้รับการคุ้มครองก็ต่อเมื่อสมาชิกส่วนใหญ่ในสังคมเห็นพ้องว่ามีคุณค่ามากเพียงพอที่จะก่อให้เกิดข้อเรียกร้องถึง “ความเสมอภาคเชิงโครงสร้าง” (Systemic Equality) เพื่อยังให้เกิด “ความเสมอภาคในเชิงสาระ” (Substantive Equality) หรือความเสมอภาคตามความเป็นจริง โดยรูปแบบหรือวิธีการในการปฏิบัติต่อแต่ละบุคคลอาจแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับสภาพแห่งสถานการณ์ และการปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียมย่อมกลายเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมต่อบุคคล” แม้ปราศจากเจตนา เพราะเป็นการสร้างผลกระทบทางลบที่นอกจากจะไม่สามารถนำพาความเสมอภาคให้เกิดขึ้นได้แล้ว ยังเป็นการตอกย้ำความไม่เท่าเทียมที่ดำรงอยู่ให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นด้วย ทั้งนี้ ทฤษฎีนี้ยังสอดคล้องกับแนวคิดว่าด้วย “ความเสมอภาคภายใต้การปกป้องคุ้มครอง”

---

[23] See also Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, trans. Julian Rivers, 2nd ed. (Oxford, England : Oxford University Press, 2010), p.263.

[24] *Ibid.*, p.265.

[25] โปรดดู คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.294-304.

(Protectionist Approach) ที่ยอมรับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน เมื่อปรากฏเหตุอันสมควรหรือความจำเป็นในการปกป้องและคุ้มครองบุคคลบางกลุ่ม เช่น สตรี เด็ก ผู้พิการ หรือคนชรา เป็นต้น ซึ่งถูกเหมารวมว่ามีสถานภาพที่อ่อนแอกว่าผู้อื่น ด้วยการสร้าง “ความเสมอภาคในโอกาสหรือในการเข้าถึง” (Equality of Opportunity) หรือ “ความเสมอภาคกันในผลลัพธ์” (Equality of Outcome)

2.1.3.2 ความเสมอภาคในระบอบประชาธิปไตย[26]

คุณค่าพื้นฐานที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในสังคมประชาธิปไตย คือ การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและความเสมอภาคของปัจเจกบุคคล รัฐที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยจึงจำเป็นต้องให้การรับรองและคุ้มครองความเสมอภาคอย่างน้อย 4 ประการ ได้แก่ **1) ความเสมอภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง** ดังปรากฏในปฏิญญาสากลแห่งสิทธิมนุษยชน (UDHR) ข้อ 21 (3) ว่า *“เจตจำนงของประชาชนจะต้องเป็นพื้นฐานแห่งอำนาจการปกครอง ทั้งนี้ เจตจำนงนี้จะต้องแสดงออกทางการเลือกตั้งตามกำหนดเวลาและอย่างแท้จริง ซึ่งต้องเป็นการออกเสียงอย่างทั่วถึงและเสมอภาค และต้องเป็นการลงคะแนนลับหรือวิธีการลงคะแนนโดยอิสระในทำนองเดียวกัน”* **2) ความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย (Equality before the law)** คือ การคุ้มครองโดยกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียม **3) ความเสมอภาคที่จะแสวงหาความก้าวหน้าในชีวิตหรือความเสมอภาคในการเข้าถึงโอกาส** เช่น การเข้าถึงการศึกษา การพัฒนาความสามารถ หรือการรับสมัครเข้าทำงานในภาครัฐ เป็นต้น และ **4) ความเสมอภาคทางเศรษฐกิจและสังคม** คือ การยกระดับความเป็นอยู่ของบุคคลให้เท่าเทียมกัน

2.1.3.3 ความเสมอภาคที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ

วิวัฒนาการของหลักความเสมอภาคเป็นรูปธรรมมากขึ้น เมื่อได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด กล่าวคือ กฎหมายอื่นและการใด ๆ ของรัฐย่อมไม่อาจขัดหรือแย้งหลักการนี้ได้ ผลดังกล่าวจึงถือเป็นการบังคับให้กฎหมายทุกฉบับในระบบกฎหมายจักต้องสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค อันจะนำพาความชอบธรรมให้เกิดแก่การใช้อำนาจของรัฐ ในการศึกษาเปรียบเทียบหลักความเสมอภาคที่ปรากฏตัวอยู่ในรัฐธรรมนูญสามารถแสดงให้เห็นลักษณะต่าง ๆ ของหลักการได้ ดังต่อไปนี้

---

[26] สิทธิพร เศาภายน, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญส่งผลกระทบต่อการเมืองการปกครอง,” ใน ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ, รวบรวมโดย สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557), น.392-394.

1) หลักความเสมอภาคทั่วไป เช่น หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายและหลักการไม่เลือกปฏิบัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 (มาตรา 27 วรรคแรกและวรรคสาม) และในกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน (Basic Law) (มาตรา 3 (1) และ (3)) เป็นต้น โดยสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคลักษณะนี้ คือ ทุกคนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ในฐานะสิทธิในเชิงป้องกัน ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิมนุษยชน (Human rights)

2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง โดยมีเหตุผลเบื้องหลังทั่วไปแห่งหลักการต่าง ๆ ว่า เฉพาะกลุ่มบุคคลที่มีคุณลักษณะพิเศษเท่านั้นที่สมควรเป็นผู้ทรงสิทธิได้ทั้งในฐานะสิทธิเชิงป้องกันและสิทธิเชิงบวก ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับสิทธิพลเมือง (Civil rights) ตัวอย่างหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2560 ได้แก่ หลักความเสมอภาคทางเพศ หลักความเสมอภาคในสถานภาพของบุคคล เช่น เจ้าหน้าที่ของรัฐ มารดา ผู้สูงอายุ บุคคลผู้ยากไร้ ผู้บริโภค ชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ยากไร้ ผู้ด้อยโอกาส เกษตรกร และแรงงาน เป็นต้น หลักความเสมอภาคในการประกอบอาชีพ หลักความเสมอภาคในสาธารณสุข หลักความเสมอภาคในการศึกษา หลักความเสมอภาคในสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน หลักความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม หลักความเสมอภาคในทรัพย์สิน และหลักความเสมอภาคในการเลือกตั้ง นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญต่างประเทศด้วย เช่น หลักความเสมอภาคของเด็กนอกสมรสและเด็กในสมรสในกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน (มาตรา 6) และหลักภาษีเท่าเทียมในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส (ข้อ 13) เป็นต้น

2.1.4 หลักความเสมอภาคกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ

หลักการไม่เลือกปฏิบัติถือเป็นหลักการย่อยหรือหลักการส่วนขยายของหลักความเสมอภาค ดังพิจารณาได้จากตัวอย่างในกรณีหลักความเสมอภาคในการศึกษา[27] อันมีลักษณะเป็นทั้งสิทธิเชิงป้องกันและสิทธิพลเมืองในเวลาเดียวกัน กล่าวคือ ในฐานะสิทธิเชิงป้องกัน รัฐจะต้องมอบโอกาสในการเข้าถึงการศึกษาให้แก่ทุกคนด้วยมาตรฐานเดียวกัน ส่วนในฐานะสิทธิพลเมืองนั้นได้ก่อให้เกิดข้อเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการสร้างโรงเรียนขึ้นมารองรับการบังคับใช้สิทธิในการศึกษาตามมาตรฐานและเป็นไปอย่างทั่วถึงนั่นเอง อีกทั้ง ในทางกลับกันการเลือกปฏิบัติก็ถือเป็นสิ่งที่ทำลายและกีดกันความเสมอภาคมิให้เกิดขึ้นหรือดำรงอยู่ได้ด้วย เพียงแต่การเลือกปฏิบัติหาใช่สิ่งเดียวที่บั่นทอนความเสมอภาคได้ ดังแสดงให้เห็นได้จากกรณีความไม่เท่าเทียมในเชิงโครงสร้าง

---

[27] See also Ari Hólm Ketilsson, “Equality and non-discrimination are they one and the same?,” Retrieved on March 31, 2020, from http://hdl.handle.net/1946/30420.

2.1.4.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ

พจนานุกรมศัพท์สังคมวิทยา ฉบับราชบัณฑิตยสถาน (พ.ศ. 2557) ได้ให้ความหมายของคำว่า **"การเลือกปฏิบัติ"** ไว้ว่า *"การปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มต่าง ๆ โดยคำนึงถึงความเป็นชาติพันธุ์ ศาสนา ชั้นชน เพศ อายุ ฯลฯ มักเป็นพฤติกรรมของชนส่วนใหญ่ที่มีอำนาจครอบงำ (Dominant majority) ที่แสดงออกต่อชนส่วนน้อยที่อ่อนแอ (Weak minority)"* ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีความขัดแย้งเชิงความเป็นจริง (Realistic-Conflict Theory) และทฤษฎีตัวตนทางสังคม (Social-Identity Theory)[28] ที่ได้สรุปเหตุผลจูงใจให้มีการเลือกปฏิบัติ ได้แก่ **1) การแข่งขันในเชิงรูปธรรม (Realistic Competition)** เพื่อแย่งชิงทรัพยากรที่จับต้องได้และมีจำกัดให้แก่พวกพ้องของตน โดยเฉพาะตลาดแรงงานในสภาวะอุปทานแรงงานส่วนเกิน **2) การแข่งขันเชิงสังคม (Social Competition)** โดยไม่มีผลประโยชน์ทางวัตถุ แต่เป็นผลประโยชน์ในทางจิตใจจากการที่พวกพ้องของตนได้รับการยอมรับเชิงบวกจากสังคมมากขึ้น และ **3) การเลือกปฏิบัติด้วยความยินยอม (Consensual Discrimination)** ซึ่งเป็นผลจากการแบ่งแยกชนชั้นบุคคลในสังคม อนึ่ง การเลือกปฏิบัติจะยังคงเกิดขึ้น แม้ว่าบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติยังคงได้รับผลประโยชน์ เช่น การบริจาคเพื่อช่วยเหลือเด็กกำพร้าให้เด็กผิวสีน้อยกว่าเด็กคนอื่น[29] เป็นต้น เช่นนี้ ในการพิจารณาว่ามีการเลือกปฏิบัติหรือไม่ จึงต้องใช้วิธีการพิจารณาถึงความเสียเปรียบ (Disadvantage) เป็นหลัก

(1) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination)[30]

"บุคคลไม่ควรถูกลงโทษหรือเลือกปฏิบัติเพียงเพราะเขา "เกิดมาเป็นเช่นนั้น (Born that way)""[31] เป็นเหตุผลที่ศาลสูงสุดมลรัฐเคนตักกี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้เป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดี Kentucky v. Wasson (1992) โดย*การเกิดมาเป็นเช่นนั้น*ย่อมหมายถึงเหตุจูงใจให้เกิดการเลือกปฏิบัติ เรียกว่า "เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ" โดยมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบพื้นฐานของมนุษย์ที่มีมาตั้งแต่กำเนิดหรืออาจเกิดขึ้นภายหลังก็ได้ และการตัดสินใจเลือกปฏิบัติต่อบุคคลผู้เป็นเจ้าขององค์ประกอบดังกล่าวจะไม่ชอบธรรมหรือผิดต่อกฎหมายก็ต่อเมื่อสมาชิกในสังคมส่วนใหญ่เห็นพ้องว่าองค์ประกอบพื้นฐานของมนุษย์นั้นสมควรได้รับการคุ้มครอง เพราะถือว่า

---

[28] โปรดดู คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.25.

[29] โปรดดู *เพิ่งอ้าง*, น.25.

[30] *เพิ่งอ้าง*, น.7.

[31] โปรดดู อารยา สุขสม, คู่มือการปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศ ตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558, (กรุงเทพมหานคร : โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติประจำประเทศไทย, 2562), น.6.

บุคคลที่เลือกปฏิบัติต่อผู้อื่นโดยใช้แรงจูงใจจากเหตุดังกล่าว เลือกใช้เหตุผลประกอบการตัดสินใจที่ไร้ความชอบธรรมซึ่งเต็มไปด้วยอคติและเป็นไปตามอำเภอใจจนก่อให้เกิดความเสียหายต่อส่วนรวม ตัวอย่างเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2560 (มาตรา 27 วรรคสาม) ได้แก่ *ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด* มากกว่านั้น ในกฎหมายระหว่างประเทศยังได้คุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ที่มีความเฉพาะเจาะจงเป็นพิเศษด้วย เช่น *สีผิว ความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน และสถานะอื่น*ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) *การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติอันตั้งอยู่บนพื้นฐานของสีผิว เชื้อสาย และชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด*ในอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD) รวมถึง*การตั้งครรภ์ ความเป็นมารดา ความเป็นพลเมือง ครอบครัวหรือสถานะผู้ดูแล (ผู้อื่น) สถานะทางเศรษฐกิจ ความเกี่ยวข้องกับชนชาติส่วนน้อย เพศกำเนิด เพศเอกลักษณ์ สุขภาพ ความไวแฝงรับโรคโดยพันธุกรรมหรือโดยประการอื่น ๆ และสิ่งที่ประกอบขึ้นโดยพื้นฐานเหล่านี้หรือภายใต้พื้นฐานของลักษณะเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับพื้นฐานเหล่านี้*ในประกาศว่าด้วยหลักเกณฑ์แห่งหลักความเสมอภาค ค.ศ. 2008 (Declaration of Principles on Equality 2008)[32]

ทั้งนี้ ยังมีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ดังนี้

1) การตีความการคุ้มครอง*เหตุอื่นใด* ซึ่งถือเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่มีลักษณะแบบปลายเปิดและปรากฏเฉพาะในรัฐธรรมนูญไทยเท่านั้น ซึ่งถือว่าได้สร้างภาระเกินสมควรให้แก่คุ้มครองฝ่ายที่มีหน้าที่ในการเคารพสิทธิในความเสมอภาคโดยการไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้อื่น เพราะเป็นการเปิดช่องทางให้มีการตีความการคุ้มครองไปถึงการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติต่อบุคคลอันเนื่องด้วยเหตุใด ๆ ก็ได้ แม้ว่าเป็นเหตุที่ชอบธรรมพอสมควร ทั้งยังก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในผลแห่งกฎหมายของการกระทำอีกด้วย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหาจุดร่วมอย่างกว้างเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่สมควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เพื่อจำกัดการใช้อำนาจดุลยพินิจตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจตรากฎหมายและผู้ตีความและบังคับใช้กฎหมาย อย่างเช่นการพิจารณาไปถึง**ความสมัครใจในการเป็นเจ้าขององค์ประกอบพื้นฐานนั้น ๆ** ว่าเกิดจากการเลือกไม่ได้หรือไม่มีทางเลือกหรือไม่ **ต้นกำเนิดของเหตุนั้น**มาจากธรรมชาติ (ตั้งแต่หรือภายหลังกำเนิด) การกระทำของ

---

[32] มาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาค ซึ่งจัดทำโดยทรัสต์เพื่อสิทธิในความเสมอภาค (The Equal right Trust)

บุคคล (ตนเองหรือผู้อื่น) หรือผลของกฎหมายหรือไม่ และในประการสำคัญที่สุด คือ **การเป็นเหตุที่สมาชิกในสังคมส่วนใหญ่เห็นพ้อง**ว่าสมควรได้รับการคุ้มครอง

2) ระดับการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ครั้นเมื่อศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (ECJ) ต้องตีความบรรดากฎหมายแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทภายใต้กฎหมายภายในประเทศ ได้ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ว่า เมื่อรัฐฐาธิปัตย์มีขอบเขตแห่งดุลยพินิจที่กว้างขวาง (อย่างเรื่องความปลอดภัยของสังคม) การให้เหตุผลแห่งดุลยพินิจจะต้องเป็นไปอย่างประณีตมากกว่ากรณีอื่น ๆ (อย่างเรื่องเกณฑ์ควบคุมการเลิกจ้าง)[33] ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการจัดระดับความคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างกัน ด้วยการคำนึงถึงขอบเขตดุลยพินิจของผู้ตรากฎหมายหรือผู้ตีความและบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ การคุ้มครองเหตุแห่งเพศหรือเชื้อชาติย่อมมีระดับการคุ้มครองสูงสุด เพราะถือเป็นเป้าหมายใหญ่ของรัฐภาคีในสนธิสัญญาเช่นเดียวกันกับเหตุแห่งศาสนา สัญชาติ ความเป็นบุตรไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเพศกำเนิด[34]

3) การเลือกปฏิบัติควบซ้อน (Multiple discrimination) หรือการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตั้งแต่สองเหตุพร้อมกันขึ้นไป ซึ่งอาจจะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับ “การเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวโยงกัน” (Intersectional discrimination) ตัวอย่างเช่นการเลิกจ้างลูกจ้างที่ตั้งครรภ์ซึ่งเป็นการเลิกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งความเป็นมารดาหรือการตั้งครรภ์ นอกจากนั้นเหตุดังกล่าวยังเชื่อมโยงไปถึงเหตุแห่งเพศหญิงได้ด้วย และเมื่อการเลือกปฏิบัติควบซ้อนได้ส่งผลกระทบหรือความเสียหายแบบทวีคูณต่อบุคคลอย่างไม่เป็นธรรม ย่อมเป็นกรณีที่มีเหตุผลอันสมควรที่จะต้องกำหนดให้มีการเยียวยาและชดใช้ค่าเสียหายแบบทวีคูณได้

4) สมมติฐานแห่งการเลือกปฏิบัติ (Assumed discrimination) อันเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับประโยชน์แห่งข้อสันนิษฐานตามกฎหมายเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในเชิงภววิสัย แม้ในทางพิสูจน์ข้อเท็จจริงจะได้ความแตกต่างไปจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติพิพาท เพราะต้องถือว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเป็นเรื่องอัตวิสัยเกี่ยวกับแรงจูงใจที่เกิดขึ้นภายในจิตใจของผู้เลือกปฏิบัติซึ่งยากต้องการพิสูจน์

5) การเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ (Associated discrimination) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้เสียหายจากการเลือกปฏิบัติมิใช่เจ้าขององค์ประกอบพื้นฐานอันเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยตรง หากแต่เป็นเพียงผู้ที่มีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องกับผู้เป็น

---

[33] Christopher McCrudden and Sacha Prechal, The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach, (N.p. : n.p., 2009), p.26.

[34] *Ibid.*, pp.26-27.

เจ้าขององค์ประกอบพื้นฐานดังกล่าวเท่านั้น ดังปรากฏการคุ้มครองเหตุแห่งการเป็นบิดามารดาของผู้พิการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (CRPD) หรือการเข้าร่วมเป็นสมาชิกของกลุ่มที่มีสมาชิกส่วนใหญ่เป็นชาวผิวสีในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR)

(2) มิติแห่งการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination)[35]

เนื่องด้วยหลักความเสมอภาคเป็นหลักการที่มีความเป็นสากลเพราะเป็นหนึ่งในจริยธรรมพื้นฐานที่มนุษย์ควรยึดถือในการปฏิบัติตนในทุกสังคม ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคจึงควรมีผลบังคับใช้ครอบคลุมในทุกรูปแบบการดำเนินชีวิตประจำวัน และเมื่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญอาจเข้าไปมีผลในแดนกฎหมายเอกชนได้ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่าข้อเรียกร้องเกี่ยวกับสิทธิในความเสมอภาคอาจมิได้เกิดขึ้นโดยนิติกรรมหรือนิติเหตุเท่านั้น แต่อาจเป็นเรื่องของผลโดยกฎหมายได้ด้วย ด้วยเหตุนี้ ผู้ที่มีสิทธิหรือหน้าที่ต่อผู้อื่นตามเนื้อหาแห่งสิทธิในความเสมอภาคจึงไม่จำเป็นจะต้องมีนิติสัมพันธ์ระหว่างกันมาก่อนก็ได้ ดังกรณีการประกาศรับสมัครงานเฉพาะเพศหญิงในบริษัทเอกชนหรือการจำกัดมิให้บุคคลเพศที่สามเข้าใช้บริการในสถานบันเทิง ซึ่งจะเห็นได้ว่าทั้งสองกรณียังมิได้มีการก่อนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาใช้บริการ แต่ความเสียหายจากการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคก็เกิดขึ้นแก่ผู้สมัครงานและผู้ใช้บริการแล้ว ดังนั้นบุคคลดังกล่าวจึงสมควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายในทำนองเดียวกันกับกรณีละเมิด ด้วยเหตุนี้จึงสรุปได้ว่าทุกบริบทที่เกี่ยวข้องกับบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปย่อมสามารถกลายเป็นมิติแห่งการเลือกปฏิบัติได้ทั้งสิ้น โดยปราศจากเงื่อนไขแห่งนิติสัมพันธ์เพื่อรับรองสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ยกตัวอย่างเช่นในมิติการจ้างแรงงาน ซึ่งการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคย่อมเริ่มตั้งแต่การประกาศรับสมัครงานหรือคัดเลือกบุคคลเข้าทำงาน การตกลงเข้าทำสัญญา การบังคับใช้สัญญา การเลื่อนตำแหน่งหรือสวัสดิการแรงงาน ตลอดกระทั่งการเลิกจ้าง และในบางกรณีอาจต่อเนื่องไปจนภายหลังสิ้นสุดสัญญา

(3) ลักษณะการเลือกปฏิบัติ

จากบทนิยามการเลือกปฏิบัติในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติ สามารถสรุปลักษณะของการเลือกปฏิบัติได้ 2 ประการ ได้แก่

1) การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct discrimination) ซึ่งส่งผลให้บุคคลได้รับการปฏิบัติด้วยความพึงพอใจน้อยกว่าผู้อื่นซึ่งได้รับ เคยได้รับ หรืออาจได้รับการปฏิบัติใน

---

[35] คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.7.

สถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้[36] อันเนื่องด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหนึ่ง อันเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นถึงการมุ่งพิจารณาเฉพาะ*เนื้อหาของการกระทำหรือไม่กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ* ยกตัวอย่างเช่นการประกาศรับสมัครงานที่กำหนดไว้ว่ารับสมัครเฉพาะเพศชาย การอนุญาตให้เฉพาะผู้เช่าที่มิได้นับถือศาสนาอิสลามพักอาศัยในหอพัก หรือการบังคับใช้หลักเกณฑ์การออกโฉนดที่ดินในเกาะต่อผู้ครอบครองที่ดินในเกาะและยังมิได้มีหลักฐานการครอบครองรายหนึ่งโดยเฉพาะ[37] เป็นต้น

2) การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Direct and indirect discrimination) ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมีการบังคับใช้บทบัญญัติ หลักเกณฑ์ หรือหลักในการปฏิบัติที่เป็นกลาง (Neutral) อย่างชัดแจ้งต่อบุคคลซึ่งมีลักษณะที่เป็นข้อเสียเปรียบและสมควรได้รับการคุ้มครองโดยเฉพาะ อันเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นถึงการมุ่งพิจารณาที่*เนื้อหาของบุคคลที่ได้รับการเลือกปฏิบัติ* หรือกล่าวโดยสรุปได้ว่าเป็น *“มาตรการซึ่งส่งผลให้เกิดการเสียเปรียบอย่างไม่ได้สัดส่วน (Disproportionately Prejudicial Effect) ต่อบุคคลบางกลุ่มนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม แม้ว่าจะไม่มีเจตนาเลือกปฏิบัติ (Discriminatory Intent)”*[38] เช่น การประกาศรับสมัครงานที่กำหนดให้ผู้สมัครต้องมีความสูงเกินกว่า 182 ซม. ซึ่งมิใช่ความสูงโดยเฉลี่ยของผู้หญิงและผู้พิการ เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังปรากฏการกำหนดให้การกระทำบางอย่างถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย เช่น

1) การคุกคามและการคุกคามทางเพศ (Harassment and sexual harassment) เพื่อคุ้มครองหลักความเสมอภาคในมิติการจ้างแรงงาน (โดยเฉพาะเพศหญิง) ได้แก่ พฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมเกี่ยวกับเพศจากการสัมผัสหรือการกระทำทางกายภาพ การพูดเสียดสีเกี่ยวกับเพศ การแสดงภาพโป๊เปลือยหรือความต้องการทางเพศ ไม่ว่าผ่านทางคำพูดหรือการกระทำ รวมไปถึงการกระทำที่สร้างสิ่งแวดล้อมในการทำงานที่ไม่น่าไว้ใจ โดยการกระทำนั้นก่อให้เกิดความน่า

---

[36] บรรทัดฐานของศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในการพิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าวจะไม่ใช้วิธีการเปรียบเทียบระหว่างบุคคลหนึ่งกับอีกบุคคลหนึ่งเท่านั้น หากแต่จะเลือกใช้วิธีการเปรียบเทียบกับกลุ่มบุคคล (หรืออย่างน้อยที่สุดกับบุคคลจำนวนมาก)

[37] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8–ฟ.10/2546

[38] ดังปรากฏเป็นคำอธิบายของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECtHR) ในคดีระหว่าง D.H. กับสาธารณรัฐเช็ก

อับอายหรือปัญหาด้านสุขภาพและความปลอดภัย และผู้ถูกกระทำมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าหากต่อต้านจะส่งผลเสียเกี่ยวกับการงานของตนเอง[39]

2) การก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Instructions to discriminate) คือ การยุยงหรือปลุกปั่นให้บุคคลอื่นกระทำการอันเป็นเลือกปฏิบัติต่อผู้อื่น[40]

3) การงดเว้นไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสม (Omission of reasonable accommodation duties) หน้าที่ดังกล่าวปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (CRPD) ซึ่งหมายความถึง *"การเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงที่จำเป็นและเหมาะสม โดยไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินควรหรือเกินสัดส่วน เฉพาะในกรณีที่จำเป็น เพื่อประกันว่าคนพิการได้อุปโภคและใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น"* อันแสดงให้เห็นถึงแนวคิดเช่นเดียวกันกับการงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลในกฎหมายอาญา

4) การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)[41] เพื่อสร้างผลกระทบในทางลบใด ๆ ต่อ(กลุ่ม)บุคคลผู้เป็นเจ้าขององค์ประกอบพื้นฐานซึ่งเป็นเหตุจูงใจให้กระทำการเช่นว่านั้น[42] ดังปรากฏในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)

---

[39] โปรดดู ข้อชี้แนะทั่วไปเกี่ยวกับความรุนแรงต่อสตรี ฉบับที่ 19 (ค.ศ. 1992) โดยคณะกรรมการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีตามอนุสัญญาฯ (CEDAW)

[40] เช่นเดียวกับผู้ใช้ให้กระทำความผิดอาญา ซึ่งความจริงแล้วแม้มิได้มีการกำหนดให้การกระทำเช่นว่านี้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ก็ตาม ศาลก็ควรตีความและบังคับใช้กฎหมายให้ครอบคลุมกรณีดังกล่าวได้ เพราะถือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายบั้นปลายต่อสิทธิในความเสมอภาคของผู้อื่น แต่เมื่อกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลนั้นมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นในเวลาเดียวกันด้วย เช่นเดียวกับกฎหมายอาญา ดังนั้น ศาลจึงต้องตีความและบังคับใช้กฎหมายนี้ให้เป็นไปโดยแคบ

[41] คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.424.

[42] ทั้งนี้ พึงตั้งข้อสังเกตถึงขอบเขตความเป็นผู้เสียหาย ทั้งในกรณีที่การสื่อสารหนึ่งก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อเนื่องไปยังบุคคลอื่นผู้มีองค์ประกอบพื้นฐานอันเป็นเหตุแห่งการสื่อสารนั้นร่วมกับผู้ได้รับการสื่อสารโดยตรง และในกรณีที่การสื่อสารหนึ่งมิได้มีผู้ได้รับการสื่อสารโดยตรงหรือเจาะจงไปยังผู้ใดผู้หนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การปราศรัยในที่สาธารณะที่มีถ้อยคำเหยียดชาติพันธุ์ หรือการพูดจาเหยียดเพศเชิงล้อเลียนต่อบุคคลผู้ที่มิได้มีอัตลักษณ์ทางเพศตามคำกล่าว เป็นต้น

2.1.4.2 การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับการปฏิบัติที่แตกต่าง

"ความเป็นธรรม" ของการเลือกปฏิบัติถือเป็นจุดตัดแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำหรือไม่กระทำการอันเป็นเลือกปฏิบัติ โดยพิจารณาจากเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นที่จะต้องเลือกปฏิบัติ ถึงกระนั้น แม้การเลือกปฏิบัตินจะเป็นผลอันเนื่องมาจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายคุ้มครอง กล่าวคือ เมื่อมีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นอันควรค่าแก่การรับฟัง ย่อมเป็น "การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม" ซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นอันควรค่าแก่การรับฟังจะเป็นเพียง "การปฏิบัติที่แตกต่าง"[43] ซึ่งชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยไม่ถือว่าขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค[44] ดังพิจารณาได้จากตัวอย่างกรณีการกำหนดตำแหน่งงานบางประเภทที่ไม่สามารถให้ลูกจ้างหญิงทำได้ ซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าเหตุผลและความจำเป็นของการกำหนดข้อห้ามดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับสุขภาพและอนามัยของลูกจ้างเพศหญิงที่มีสรีระและระบบการทำงานของร่างกายที่เปราะบางและเป็นอันตรายได้ง่ายกว่าเพศชาย ซึ่งความเห็นส่วนใหญ่ในสังคมปัจจุบันถือว่ามีน้ำหนักควรค่ารับฟังได้ ดังนั้น การเลือกปฏิบัติดังกล่าวจึงเป็นเพียงการปฏิบัติที่แตกต่างและชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

ตัวอย่างการปฏิบัติที่แตกต่างยังปรากฏอีกหลายกรณี เช่น กรณีภาษาบังคับตามกฎหมายที่ใช้ในการศึกษาของประเทศเบลเยียม[45] การไม่บังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับแรงงาน

---

[43] ในบางประเทศอาจเรียกแตกต่างออกไป เช่น การเลือกปฏิบัติโดยชอบด้วยกฎหมาย การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม หรือการปฏิบัติการอย่างสร้างสรรค์ เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้น ในบางประเทศอาจถือว่าไม่มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นตั้งแต่แรกเลยก็ได้

[44] สมคิด เลิศไพฑูรย์, "หลักความเสมอภาค," วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 2, ปีที่ 30, น.167 (มิถุนายน 2543).

[45] คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปในคดี Belgium Linguistics (1968) ซึ่งส่งผลให้เด็กที่ใช้ภาษาดัตช์ในชีวิตประจำวันไม่สามารถเข้ารับการศึกษาที่ใช้ภาษาฝรั่งเศสเป็นหลักได้และขัดต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (EUCHR) (มาตรา 14) เพราะปราศจากซึ่งเหตุผลอันสมควรอันเป็นภาวะวิสัยและความจำเป็น ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายดังกล่าวก็ไม่อาจนำมาซึ่งการบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายได้ จึงถือได้ว่าเป็นมาตการที่ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์

ต่อหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ[46] และการไม่อภัยโทษหรือลดโทษให้แก่นักโทษเด็ดขาดหรือต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดในความผิดร้ายแรง[47] เป็นต้น และการกระทำหรือไม่กระทำการที่ไม่อาจถือเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างได้ เช่น การตัดสิทธิผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยเนื่องจากมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสม[48] การกำหนดให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยม[49] และการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่จำกัดสิทธิของผู้ดำรงตำแหน่งบางตำแหน่งในการเลือกตั้งและจำกัดสิทธิในการเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา[50] เป็นต้น

จากที่ได้พิจารณาในข้างต้นจะเห็นว่าความชอบธรรมดังกล่าวล้วนเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยการพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะเป็นรายกรณีไป ซึ่งส่งผลให้กฎหมายไม่สามารถบัญญัติถึงเหตุผลหรือความจำเป็นที่สามารถนำมาใช้อ้างความชอบธรรมให้แก่การเลือกปฏิบัติได้อย่างครบถ้วนได้ อย่างไรก็ตาม การเลือกใช้ถ้อยคำปลายเปิดอย่างการเลือกปฏิบัติ*โดยไม่เป็นธรรม* เพื่อบัญญัติหลักการว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติในกฎหมายและปล่อยให้ศาลเป็นผู้วางบรรทัดฐานนั้น ย่อมก่อให้เกิดความสับสนและการไม่สามารถคาดคะเนผลแห่งการกระทำของผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายได้ จนกว่าจะมีบรรทัดฐานการพิจารณาและตัดสินคดีของศาลเสียก่อน ซึ่งอาจประสบปัญหาสืบเนื่องต่อไปได้อีก เมื่อบรรทัดฐานดังกล่าวไม่มีความแน่ชัดและสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา โดยเฉพาะในรัฐที่มีระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งศาลไม่ผูกพันต่อคำตัดสินในคดีก่อน ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง คือ การเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้อำนาจในการตีความและบังคับใช้กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ตามอำเภอใจและมิได้เป็นไปโดยแคบ

---

[46] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2542 เนื่องจากหน่วยงานดังกล่าวมิใช่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานเอกชน จึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีเหตุอันควรซึ่งสมเหตุสมผลและเหมาะกับสถานะของผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐนั้น โดยไม่ถือเป็นการอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ

[47] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.22/2554 ที่ ฟ.44/2551 และที่ ฟ.31/2553 เพื่อก่อให้เกิดความเกรงกลัวในกฎหมายและการยับยั้งชั่งใจที่จะกระทำความผิดดังกล่าว จึงถือว่าเป็นกรณีที่มีเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟังเป็นอย่างยิ่ง

[48] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 เพราะลักษณะทางกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมนั้น มิได้ส่งผลกระทบจนทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้

[49] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.158/2550

[50] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.17/2551

ด้วยเหตุนี้ จึงปรากฏความพยายามในการบัญญัติถึงเหตุทั่วไปแห่งความชอบธรรมของการปฏิบัติที่แตกต่าง ยกตัวอย่างเช่นเหตุแห่งประโยชน์สาธารณะ ความมั่นคงแห่งรัฐ และสุขภาพพลานามัย รวมถึงเหตุเฉพาะแห่งความชอบธรรมของการปฏิบัติที่แตกต่าง ดังปรากฏตัวอย่างในความเห็นทั่วไปที่ 14 เกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD)[51] ว่า *"การปฏิบัติที่แตกต่างกันย่อมไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ หากหลักเกณฑ์แห่งความแตกต่างนั้น เมื่อพิจารณาประกอบจุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ฉบับนี้แล้วชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate) หรืออยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรา 1 วรรคสี่ของอนุสัญญาฯ"* และการเลื่อนตำแหน่งหรือกำหนดรายได้บนพื้นฐานคุณภาพแห่งผลผลิตของแรงงาน ซึ่งสะท้อนมาจากฝีมือ คุณสมบัติ และความสามารถที่แตกต่างกัน แม้ความแตกต่างนั้นจะเป็นเรื่องความสามารถส่วนบุคคล อาทิ พรสวรรค์ ความรู้ และฝีมือ[52] โดยถือว่าเป็น "ข้อยกเว้น" ของหลักการไม่เลือกปฏิบัติซึ่งปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศหลายฉบับ เพื่อใช้เป็นมาตรวัดการกระทำเบื้องต้นของบุคคลและกรอบการใช้ดุลยพินิจของศาล

การกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวจะต้องเป็นเหตุสมควรหรือความจำเป็นอันชอบธรรมที่มีลักษณะทั่วไป หากแต่ยังคงต้องเป็นเรื่องที่ตีความและนำมาปรับใช้ได้อย่างจำกัดในเวลาเดียวกันด้วย เพื่อให้เป็นไปตาม "ขอบเขตแห่งดุลพินิจ (Margin of Appreciation)" ทั้งนี้ พึงเข้าใจไว้เสมอว่าขอบเขตแห่งดุลพินิจของเอกชนย่อมมีอยู่อย่างจำกัดมากกว่ารัฐ เพราะมิจำต้องคำนึงผลประโยชน์ส่วนรวม ตัวอย่างข้อยกเว้นที่ปรากฏในกฎหมายปัจจุบัน ได้แก่ 1) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับสุขภาพและอนามัยของผู้หญิง ด้วยการกำหนดประเภทงานเฉพาะสำหรับแรงงานชาย 2) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการพัฒนาสังคม ด้วยการอนุญาตให้นายจ้างสามารถประกาศรับสมัครงานสำหรับผู้สมัครที่มีอายุน้อยและผู้สมัครที่มีอายุมากกว่าปกติได้ และ 3) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับศาสนา ด้วยการกำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีห้องละหมาดสำหรับแรงงานที่นับถือศาสนาอิสลาม ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นอาจเกิดจากเนื้อหาแห่งสิทธิในความเสมอภาคทั้งในฐานะสิทธิเชิงป้องกันและสิทธิเชิงบวกนั่นเอง

---

[51] ในทำนองเดียวกันกับข้อ 13 แห่งความเห็นทั่วไปที่ 20 (ค.ศ. 2009) เรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR)

[52] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.285/2553 ได้นำหลักการนี้ไปปรับใช้เป็นเหตุผลประกอบการพิจารณากรณีการสรรหาข้าราชการเพื่อเข้ารับตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น โดยใช้เกณฑ์คุณสมบัติครบถ้วนถูกต้องตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง การผ่านการคัดเลือกเพื่อเลื่อนระดับตำแหน่ง และการมีประสบการณ์การทำงานที่เหมาะสม

อนึ่ง ข้อยกเว้นที่เป็นผลมาจากสิทธิเชิงบวก ด้วยการยอมให้กฎหมายสามารถกำหนดภาระหน้าที่แก่บุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นได้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ในการดำเนินการอันมีลักษณะเป็น “การกระทำในเชิงบวก” (Positive Action)[53] ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ[54] และกฎหมายภายในประเทศของหลายประเทศรวมถึงประเทศไทย โดยถือเป็นมาตรการด้านกฎหมาย การปกครอง และนโยบาย เพื่อต่อสู้กับปัญหาความเสียเปรียบที่เกิดขึ้นจากอดีตและเร่งความก้าวหน้าให้แก่ความเสมอภาคของกลุ่มบุคคลเฉพาะ[55] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการลดความเหลื่อมล้ำระหว่างชนชั้นในการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ที่เกิดจากระบบทุนนิยมในระบบเศรษฐกิจ[56] ตามแนวคิดสังคมนิยมประชาธิปไตย (Democratic socialism) อันจะนำมาซึ่งความเสมอภาคในเชิงสาระในที่สุด[57] เช่น การกำหนดโควตาจำนวนขั้นต่ำของพนักงานที่เป็นผู้หญิงในตำแหน่งระดับบริหาร[58] หรือการให้พนักงานที่เป็นชนกลุ่มน้อยเข้าอบรมหลักสูตรเสริมทักษะพิเศษในการทำงาน เป็นต้น ทั้งนี้ การกำหนดมาตรการดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักความเหมาะสมและได้สัดส่วนเสมอ[59] อย่างไรก็ตาม หน้าที่ดังกล่าวของภาคเอกชน แม้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเอกชนผู้อื่นด้วย แต่ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นประโยชน์โดยตรงมากไปกว่าการเป็นผลพวงจากประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น ดังนั้น การงดเว้นหน้าที่ของเอกชนผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายจึงไม่ก่อสิทธิเรียกร้องโดยตรงให้แก่

---

[53] การกระทำในเชิงบวกเป็นชื่อที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในประเทศแถบทวีปยุโรป ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาจะเรียกว่า “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative Action)

[54] ดังปรากฏในความเห็นทั่วไปที่ 18 (ค.ศ. 1989) ว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติ (ข้อ 10) โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) และความเห็นทั่วไปที่ 32 โดยคณะกรรมการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ

[55] ประกาศว่าด้วยหลักเกณฑ์แห่งหลักความเสมอภาค ค.ศ. 2008

[56] โปรดดู ภาณุวัฒน์ พันธุ์ประเสริฐ, “สังคมนิยมประชาธิปไตย: ทางเลือกที่ยังเป็นไปได้ของประเทศไทย?,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2563, จาก https://themomentum.co/social-democracy/.

[57] โปรดดู ข้อชี้แนะทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิในความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงในการบังคับใช้สิทธิในเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ฉบับที่ 16 (ค.ศ. 2005) โดยคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR)

[58] See also Christopher McCrudden and Sacha Prechal, *supra note 33*, p.38.

[59] อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) กำหนดให้มาตรการเช่นนี้จะต้องสิ้นสุดลง เมื่อได้บรรลุวัตถุประสงค์แล้ว (มาตรา 4)

เอกชนผู้อาจได้รับประโยชน์ และถือเป็นเพียงเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชนผู้มีหน้าที่ในฐานะเครื่องมือหนึ่งที่รัฐนำมาใช้เพื่อการดำเนินภารกิจรัฐเท่านั้น[60] กล่าวคือ รัฐเท่านั้นที่ถือเป็นผู้เสียหายในกรณีนี้ได้

ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่การกำหนดหน้าที่ให้ภาคเอกชนจะต้องดำเนินการกระทำในเชิงบวกโดยกฎหมายนั้นย่อมมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนผู้นั้นเสมอ และเพื่อให้เป็นไปตามหลักความเหมาะสมและได้สัดส่วนหรือหลักการชั่งน้ำหนักผลบังคับแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่อาจลดทอดผลบังคับแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานใด ๆ ได้โดยสิ้นเชิง ด้วยเหตุนี้ ผลบังคับในทางกฎหมายของการงดเว้นหน้าที่ดังกล่าวจึงไม่สมควรเกิดขึ้นมากไปกว่าเป็นการเพียงการขอความร่วมมือจากรัฐเท่านั้น[61] ซึ่งอาจต้องจูงใจภาคเอกชนด้วยการตอบแทนผลประโยชน์บางอย่าง เช่น การลดหย่อนภาษีให้ การให้เงินทุนสนับสนุนการดำเนินการ หรือการให้รางวัลเพื่อรับรองคุณงามความดีและประกาศชื่อเสียง เป็นต้น เพราะสุดท้ายแล้วรัฐเองก็ยังคงเป็นผู้มีหน้าที่โดยตรงตามสิทธิในความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลเสมอ เว้นแต่ในกรณีที่การดำเนินมาตรการเชิงบวกนั้นจำเป็นต้องอาศัยความใกล้ชิดกับผู้อาจได้รับประโยชน์ ดังปรากฏตัวอย่างหน้าที่ในการจัดหาสวัสดิการแรงงานของนายจ้างตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน หรือการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับอาคารขนาดใหญ่ของเจ้าของอาคารตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร

---

[60] ปรากฏแนวคิดมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกโดยภาคเอกชนในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้รับการยอมรับในปี ค.ศ. 1961 ด้วยข้อเรียกร้องให้คู่สัญญาเอกชนใดที่จะทำสัญญากับภาครัฐ และสัญญานั้นมีมูลค่าสัญญาเกินกว่าที่คณะกรรมการกำกับสัญญาแห่งสหรัฐ (PFCCP) ภายใต้กระทรวงแรงงานกำหนดไว้จะต้องจัดทำแผนการการเลือกปฏิบัติในเชิงบวก (AAP) และปฏิบัติตามแผนการดังกล่าวอย่างเคร่งครัด เพื่อป้องกันมิให้มีหลักการไม่เลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงาน ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ชาติกำเนิด และเพศ

[61] ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการกระทำในเชิงบวกยังคงปรากฏอยู่ตลอดเวลาในปัจจุบัน โดยฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยนั้นได้ยกผลกระทบต่อบุคคลที่สามเป็นข้อต่อสู้ว่ากลุ่มคนเหล่านี้ไม่ได้มีหน้าที่ที่จะต้องมารับภาระหรือถูกตัดโอกาสในการดำเนินชีวิตประจำวัน เพื่อเพิ่มโอกาสหรือมอบสิทธิพิเศษให้แก่ผู้ใด ยกตัวอย่างเช่นกรณีโควตาตำแหน่งงานสำหรับพนักงานที่เป็นผู้หญิงซึ่งอาจตัดโอกาสพนักงานที่เป็นผู้ชายซึ่งมีความสามารถมากกว่าหรือทัดเทียมกันไม่ให้ได้รับตำแหน่งดังกล่าว นอกจากนั้น ยังมีความเห็นเชิงปฏิเสธจากฝ่ายที่ได้รับผลประโยชน์จากแนวคิดนี้ เพราะต้องการให้การเข้ารับตำแหน่งดังกล่าวเป็นไปตามความสามารถ ปราศจากข้อครหาว่าได้รับตำแหน่งเพราะความเป็นผู้หญิง ซึ่งผลสุดท้ายอาจเป็นการตอกย้ำความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศที่ปรากฏอยู่ให้ฝังรากหยั่งลึกมากขึ้นกว่าเดิม

เมื่อได้พิจารณาตัวอย่างข้างต้นประกอบกับหลักเกณฑ์ของการปฏิบัติที่แตกต่าง[62] สามารถสรุปเงื่อนไขได้ ดังนี้

1) การปฏิบัติที่แตกต่างสามารถทำได้ในกรณีที่สถานการณ์หรือระบบที่แตกต่างกันเสมอ เช่น การให้เงินช่วยเหลือข้าราชการและเด็กกำพร้า และการจัดหาที่อยู่อาศัยของข้าราชการกับผู้ไร้บ้าน เป็นต้น

2) การปฏิบัติให้แตกต่างกันอาจเป็นเหตุผลที่มีจุดมุ่งหมายอันชอบธรรมบนพื้นฐานของผลประโยชน์มหาชน ไม่ว่าจะเป็นการลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ และประเพณีวัฒนธรรมซึ่งรวมถึงศาสนาและความเชื่อ อย่างได้สัดส่วนกับผลร้ายที่อาจเกิดขึ้น เช่น กรณีอัตราภาษีระหว่างธนาคารกับโรงรับจำนำ เป็นต้น

3) เหตุผลในการปฏิบัติที่แตกต่างเป็นเรื่องโดยเฉพาะของแต่ละองค์กร เช่น เหตุผลในการคัดเลือกเฉพาะผู้สมัครชายของบริษัทหนึ่งอาจไม่เป็นธรรมสำหรับใช้เป็นเหตุผลของอีกบริษัทหนึ่ง เป็นต้น

4) การปฏิบัติที่แตกต่างกันจะต้องพิจารณากฎเกณฑ์โดยรวมในเรื่องนั้น ๆ เช่น ข้อยกเว้นการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากมารดาที่ได้รับการประกันสุขภาพและได้รับผลกระทบเรื่องสุขภาพจากการทำงานของมารดาในกฎหมายประกันสังคม ย่อมขัดต่อหลักรัฐสังคมและหลักความเสมอภาค เป็นต้น

5) การปฏิบัติที่แตกต่างจะต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกันของระบบกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำนั้นยังคงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักและเป็นไปตามหลักการทั่วไปในเรื่องนั้น ๆ

6) การปฏิบัติที่แตกต่างนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมนั้นได้ ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุเสมอ

7) เนื้อหาของกฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้นเสมอ

---

[62] โปรดดู เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22*. บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 [แก้ไขและเพิ่มเติม] (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น.135-140. และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562), น.122-123.

2.1.4.3 ประเด็นอื่นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ

(1) สภาวะแห่งความเป็นผู้เสียหาย (Victimization)

สภาวะแห่งความเป็นผู้เสียหายหรือการตกเป็นเหยื่อ คือ สถานการณ์ที่สามารถก่อให้เกิดความเสียหายซ้ำซ้อนจากการกระทำผู้ก่อความเสียหายรายเดิมได้โดยง่าย ดังนั้น กฎหมายจึงจำเป็นต้องสร้างหลักประกันโดยกฎหมายบางอย่างให้แก่ผู้เสียหาย โดยเฉพาะเมื่อมีการดำเนินการตามสิทธิใด ๆ ตามกฎหมายจากความเสียหายที่เกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีตามอนุสัญญาฯ (CEDAW) จึงได้กำหนดมาตรการการคุ้มครองสตรีซึ่งอยู่ในฐานะโจทก์ พยาน จำเลย และนักโทษต่อการปฏิบัติ การคุกคาม หรือเหตุร้ายอื่น ๆ ในระหว่างและภายหลังการดำเนินกระบวนการทางกฎหมาย รวมถึงการให้ความช่วยเหลืออื่น ๆ ที่จำเป็นในข้อชี้แนะทั่วไปเกี่ยวกับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของสตรี ในทำนองเดียวกันกับหลักการคุ้มครองลูกจ้างที่ถูกเลือกปฏิบัติโดยนายจ้างที่ปรากฏในกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในการจ้างแรงงาน (Directive 2000/78/EC) (มาตรา 11)

(2) ภาระการพิสูจน์ความผิด (Burden of proof)

ในกรณีพิพาทว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ข้อมูลและพยานหลักฐานส่วนใหญ่มักเป็นสิ่งที่อยู่ในการครอบครองของฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา ดังนั้น การนำหลักการทั่วไปว่าด้วยภาระการพิสูจน์ (ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ) มาบังคับใช้ ย่อมสร้างความลำบากและส่งผลให้ผู้เสียหายไร้ซึ่งหนทางนำสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้ศาลเห็นได้ว่ามีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นจริง ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำเอาข้อยกเว้นของหลักการดังกล่าวมาปรับใช้แทน เรียกว่า “การพิสูจน์สองชั้น” (Two-stage testing)[63] นั่นคือ เมื่อใดที่ผู้กล่าวหาสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐานว่ามีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นได้ โดยอาจใช้วิธีการเปรียบเทียบกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่น (ชั้นแรก) ภาระการพิสูจน์ย่อมตกแก่ผู้ถูกกล่าวหาซึ่งต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อให้ตนพ้นความรับผิดตามกฎหมาย (ชั้นที่สอง) ทั้งนี้ โดยเฉพาะสำหรับประเด็นข้อพาทเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมซึ่งมีความซับซ้อนในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเป็นอย่างมาก เนื่องจากรูปแบบและวิธีการของการกระทำที่เป็นกลางจึงไม่สามารถมุ่งพิจารณาเฉพาะตัวการกระทำเท่านั้น แต่ต้องใช้วิธีการพิจารณาไปถึงแง่มุมองค์ประกอบพื้นฐานหรือสาระสำคัญของบุคคลที่ได้รับการปฏิบัติ ดังนั้น จึงมีความ

---

[63] ดังปรากฏในกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป ได้แก่ Council directive 97/80 ว่าด้วยภาระการพิสูจน์ในคดีการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเหตุแห่งเพศ Directive 2000/43 ว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่าบุคคลว่าด้วยเชื้อชาติและชาติพันธุ์ดั้งเดิม (มาตรา 8) และ Directive 2000/78 ว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในการจ้างแรงงานและอาชีพ (มาตรา 10)

จำเป็นต้องใช้ “ข้อมูลเชิงสถิติพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวกับสถิติ” มาเป็นเครื่องมือสำหรับการพิสูจน์ข้อเท็จจริงสำหรับคู่กรณีฝ่ายที่เสียเปรียบ โดยใช้วิธีการรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพื่อนำมาสรุปผลในเชิงสถิติแทนวิธีการจำลองสถานการณ์ (Situation testing) ซึ่งเป็นวิธีสำหรับการเลือกปฏิบัติโดยตรงด้วยการนำมาเปรียบเทียบกับสถานการณ์ที่เกิดจริง[64] ภายใต้เงื่อนไขความเหมือนกันในสาระสำคัญของเหตุการณ์ที่ต้องเปรียบเทียบกัน

2.2 ข้อความคิดว่าด้วยการเข้ามามีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่า หลักความเสมอภาคมีสภาพเป็นหลักการในรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้น การบังคับใช้หลักความเสมอภาคจึงย่อมมุ่งเน้นควบคุมการใช้อำนาจรัฐเป็นสำคัญ แต่ถึงกระนั้นก็ดี เมื่อปัจจุบันหลักความเสมอภาคได้รับการยอมรับให้เป็นคุณค่าสากลสำคัญ หลักความเสมอภาคภาคจึงไม่สมควรถูกละเลยในแดนกฎหมายเอกชน และจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการอธิบายเหตุผลรองรับการเข้ามามีผลบังคับในแดนกฎหมายนี้อย่างเป็นระบบให้ได้ ด้วยเหตุนี้ ในหัวข้อนี้จึงเป็นการสร้างรากฐานความเข้าใจเรื่องการเข้ามามีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน โดยจะเป็นการพิจารณาแนวความคิดการแบ่งแยกแดนกฎหมายบรรทัดฐานทางกฎหมายของหลักความเสมอภาค ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับผลบังคับของความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน ผลบังคับของหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชน และเหตุผลและความจำเป็นของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน ตามลำดับ ทั้งนี้เมื่อระบบกฎหมายไทยคงปรากฏผลบังคับของหลักความเสมอภาคอย่างเป็นรูปธรรม เฉพาะแต่ในกรณีหลักความเสมอภาคทางเพศในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ฉะนั้นการศึกษาจึงจะต้องมุ่งไปที่กรณีดังกล่าวเป็นสำคัญ ดังพิจารณาได้ต่อไปนี้

2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกแดนกฎหมายในระบบกฎหมาย

เมื่อระดับความสำคัญของการแบ่งแยกแดนกฎหมายในแต่ละระบบกฎหมายเป็นไปอย่างแตกต่างกัน ดังจะเห็นได้จากการที่ระบบกฎหมาย Common Law โดยเฉพาะในระบบกฎหมายอังกฤษได้ยึดถือแนวคิดที่ว่า ต่อให้เป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนก็ไม่ได้มีเนื้อหา

---

[64] See also International Labour Organization, ““SITUATION TESTING” DISCRIMINATION IN ACCESS TO EMPLOYMENT BASED ON ILO METHODOLOGY,” Retrieved on March 10, 2020, from https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2012/469640.pdf.

แห่งหลักการที่แยกขาดออกจากกัน จนถึงขนาดส่งผลให้รูปแบบการพิจารณาคดีพิพาทที่เกิดขึ้นต่างแดนกฎหมายจำเป็นต้องแตกต่างกันตามไปด้วยโดยสิ้นเชิง โดยการพิจารณาข้อพิพาทใด ๆ ด้วยกฎหมายมหาชนซึ่งถือเป็นการตั้งประเด็นเกี่ยวกับการกระทำในภาครัฐ ศาลจะมุ่งประเด็นไปที่กระบวนการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial review)[65] แต่เพียงเท่านั้น โดยไม่ก้าวล่วงไปถึงการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของการกระทำพิพาท ซึ่งแตกต่างไปจากระบบกฎหมาย Civil Law ที่ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับการแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนอย่างมาก

ด้วยแนวคิดแบบรัฐสมัยใหม่ภายใต้ระบบกฎหมายส่งผลให้มนุษย์ในสังคมมีถึงสองสถานภาพในเวลาเดียวกัน ได้แก่ ฐานะปัจเจกบุคคลและสมาชิกของสังคมที่ตนเองอยู่ร่วมด้วย ซึ่งกลายเป็นสาเหตุหลักที่ก่อให้เกิดความแตกต่างในการเรียกร้องผลประโยชน์ส่วนตนของปัจเจกชน[66] และเป็นพื้นฐานของแนวคิดการแบ่งแยกแดนกฎหมาย ได้แก่ แดนกฎหมายมหาชนและแดนกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะเฉพาะตัวต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1) แนวคิดพื้นฐาน กฎหมายเอกชนจะมีพื้นฐานตั้งอยู่บนหลักอิสระในทางแพ่ง (Private autonomy) และเสรีภาพแห่งการกระทำ ซึ่งส่งผลให้บุคคลในแดนกฎหมายเอกชน เรียกว่า “เอกชน” สามารถริเริ่มและตัดสินใจกระทำหรือไม่กระทำการได้ตามอำเภอใจ ในขณะที่กฎหมายมหาชนจะมีพื้นฐานตั้งอยู่บนหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ซึ่งส่งผลให้การริเริ่มการกระทำหรือไม่กระทำของภาครัฐจะต้องมีกฎหมายรองรับไว้ก่อนเสมอ

2) ความสัมพันธ์ภายในแดนกฎหมาย กฎหมายเอกชน หมายถึง บรรดาหลักการ สิทธิ และหน้าที่ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินชีวิตประจำวันของเอกชน ดังนั้น ภายในแดนกฎหมายเอกชนจึงเต็มไปด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน แม้ว่าในบางกรณีจะมีรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง อย่างในกรณีที่กฎหมายกำหนดเอกชนจะต้องดำเนินการใด ๆ ต่อหน้าและได้รับการรับรองจากเจ้าหน้าที่รัฐ เช่น การจดทะเบียนสมรส โอนทรัพย์สิน หรือจัดตั้งบริษัท เป็นต้น โดยถือเป็นเรื่องที่รัฐเข้ามากำกับดูแลเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลที่มีสถานภาพตามความเป็นจริงหรือในทางกฎหมายเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ เอกชนอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน โดยหมายความรวมถึงรัฐวิสาหกิจและองค์กรของรัฐที่ยอมลดสถานะจากผู้ใช้อำนาจ

---

[65] โปรดดู จิรนิติ หะวานนท์, “ กฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษกับระบบประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส,” ดุลพาห, เล่มที่ 1, ปีที่ 44, น.88 (มกราคม-มีนาคม 2540).

[66] โปรดดู หัสวุฒิ วิฑิตวิริยกุล, “ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมาย : ระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 2, ปีที่ 20, น.170 (มิถุนายน 2533).

รัฐ เพื่อก่อนิติสัมพันธ์กับเอกชนบนพื้นฐานแห่งกฎหมายเอกชนด้วย ส่วนกฎหมายมหาชนซึ่งประกอบไปด้วยบรรดาหลักการใด ๆ ที่มีรัฐเกี่ยวข้องโดยตรงเสมอนั้น ส่งผลให้แดนกฎหมายมหาชนเต็มไปด้วยนิติสัมพันธ์ที่มีรัฐเป็นคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเสมอ โดยหมายความรวมถึงผู้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐซึ่งอาจเป็นเอกชน[67] ไม่ว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นปัจเจกบุคคลหรือรัฐด้วยกันเอง ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ที่มีรัฐผู้กุมอำนาจรัฐเป็นผู้มีสถานภาพที่เหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งเสมอ

3) วัตถุประสงค์แห่งกฎหมาย กฎหมายเอกชนจะมุ่งรับรองและคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนเอกชนที่เป็นผลมาจากการบังคับใช้สิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย อนามัย ชื่อเสียง และทรัพย์สินของเอกชนนั้นเป็นสำคัญ แต่เมื่อในบางกรณีการบังคับใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวของเอกชนนึ่งอาจส่งผลกระทบต่อเอกชนอื่น ๆ หรือส่วนรวมได้ในเวลาเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์ในการเข้ามารับรองและคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชนผู้ได้รับผลกระทบและประโยชน์แห่งสาธารณะดังกล่าว

4) วิธีการบังคับและผลบังคับตามกฎหมาย เมื่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนเป็นผลมาจากการกระทำหรือไม่กระทำการของเอกชนโดยสมัครใจ ซึ่งอาจก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างเอกชนด้วยกันตามนิติสัมพันธ์โดยนิติกรรมหรือนิติเหตุ ซึ่งการบังคับผลแห่งสิทธิและหน้าที่นั้นจะต้องอาศัยวิธีการทางศาลเท่านั้น ในขณะที่ความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนเป็นเรื่องที่มีรัฐเป็นผู้ถืออำนาจรัฐอยู่เหนืออีกฝ่ายหนึ่งเสมอแล้ว การใด ๆ จึงมิได้เป็นไปโดยสมัครใจ หากแต่เป็นเรื่องที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้แล้ว ดังนั้น วิธีการบังคับผลแห่งสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องพึ่งศาลเป็นสำคัญ กล่าวคือ รัฐโดยเฉพาะหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่มีอำนาจตามกฎหมายย่อมสามารถดำเนินการได้เองภายใต้ขอบเขตอำนาจดังกล่าว

5) เนื้อหาแห่งกฎหมาย เนื้อหาส่วนใหญ่ของกฎหมายเอกชนจะมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชน โดยเฉพาะเสรีภาพในการกระทำ เพราะต้องคำนึงไว้เสมอว่าแดนกฎหมายเอกชนตั้งอยู่บนพื้นฐานเสรีภาพดังกล่าว และกฎหมายเพียงเข้ามาควบคุมมิให้มีการใช้เสรีภาพอย่างอำเภอใจเท่านั้น กล่าวคือ เอกชนจะกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ ก็ได้ ตราบเท่าที่การนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายหรือหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี โดยสภาพเช่นนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้ในแดนกฎหมายมหาชนที่การกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ เป็นเรื่องที่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจและ

---

[67] อย่างไรก็ตาม ยังปรากฏปัญหาในระบบกฎหมายอเมริกัน ซึ่งถือว่าหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐโดยตรงเท่านั้น โปรดดู Manuel Tirard, “Privatization and Public Law Values: A View from France,” Indiana Journal of Global Legal Studies, No.1, Vol.15, pp.285-304 (2008).

กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้น การนั้นจึงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายระบุไว้ทุกประการอย่างเคร่งครัด โดยไม่อาจตกลงเป็นประการอื่นที่แตกต่างออกไปได้

ทั้งนี้ ปัจจุบันยังคงปรากฏประเด็นปัญหาเกี่ยวกับแนวคิดนี้หลายประการ เช่น

1) ปัญหาความคาบเกี่ยวของแดนกฎหมายของกฎหมายบางฉบับ ยกตัวอย่าง เช่นกฎหมายแรงงานและกฎหมายประกันสังคมที่ถูกจัดให้เป็นกฎหมายมหาชนเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะซึ่งหมายถึงบรรดาลูกจ้างทั้งหมด เนื่องจากอำนาจตามความเป็นจริงของนายจ้างที่มีอยู่เหนือกว่าลูกจ้าง อันมีลักษณะเข้าใกล้กับความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชน แต่จะเห็นได้ว่าผลบังคับของกฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้นโดยตรงต่อนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานระหว่างเอกชนด้วยกัน ทั้งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้ก็ใช้อ้างยันคู่กรณีได้โดยตรงด้วย ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่ากฎหมายแรงงานเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับอยู่กึ่งกลางระหว่างแดนกฎหมายได้นั่นเอง

2) ปัญหาเกี่ยวกับแดนกฎหมายของความสัมพันธ์ตามกฎหมายอาญาที่ระบบกฎหมายส่วนใหญ่จัดจำแนกให้เป็นกฎหมายมหาชน ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วประกอบไปด้วยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยจะเห็นได้ว่ารัฐเป็นเพียงคนกลางที่เข้ามาควบคุมผลแห่งการดังกล่าวเท่านั้น ในขณะที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ยึดถือเอาเป็นข้อสรุปที่ชัดเจนแล้วว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายเอกชน[68] เพราะคดีอาญาล้วนแล้วแต่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลยุติธรรมทั้งสิ้น หาใช่ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญที่มีเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทต่าง ๆ ในแดนกฎหมายมหาชนแต่อย่างใด ในขณะที่ระบบกฎหมายส่วนใหญ่ไม่ว่าของไทยหรือเยอรมันต่างยังคงเห็นว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน

จากปัญหาข้างต้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการขีดเส้นแบ่งพรมแดนระหว่างแดนกฎหมายมหาชนและแดนกฎหมายเอกชนอย่างเด็ดขาดไม่อาจเกิดขึ้นได้[69] อีกทั้ง เมื่อความซับซ้อนของสังคมและความเหลื่อมล้ำระหว่างบุคคลเด่นชัดขึ้นเรื่อย ๆ รัฐจึงสามารถอ้างเป็นเหตุผลอันสมควรและความจำเป็นในการเข้ามาควบคุมและแทรกแซงแดนกฎหมายเอกชน เพื่อป้องกันและแก้ไขความเสียหายต่อส่วนรวม ฉะนั้น ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายมหาชนได้กลืนกินกฎหมายเอกชนขึ้นเรื่อย ๆ จนกระทั่งพรมแดนกฎหมายที่ไม่มีความชัดเจนแต่เดิมอยู่แล้วนั้นอาจสลายหายไปได้ในที่สุด[70]

---

[68] ภูริชญา วัฒนรุ่ง, หลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550), น.57.

[69] โปรดดู หัสวุฒิ วิฑิตวิริยกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66*, น.173-178.

[70] See also Roscoe Pound, “Public Law and Private Law,” Cornell Law Review, p.469 (June, 1939).

อย่างไรก็ตาม หากจะกล่าวว่า “การแบ่งแยกแดนกฎหมายเป็นเรื่องที่ไม่จำเป็น” ก็คงจะไม่ถูกต้องเท่าใดนัก โดยเฉพาะเมื่อประกอบกับระบบศาลที่ส่งผลให้คดีพิพาทในแต่ละแดนกฎหมายอยู่ภายใต้อำนาจศาลต่างประเภทที่มีความเชี่ยวชาญของคณะตุลาการและหลักการที่ใช้ในการพิจารณาคดีโดยเฉพาะ กล่าวคือ ในการพิจารณาข้อพิพาทในแดนกฎหมายมหาชน ศาลปกครองจำเป็นต้องตีความและบังคับใช้กฎหมายบนพื้นฐานแห่งหลักประโยชน์สาธารณะเสมอ ในขณะที่ศาลยุติธรรมจะมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความที่สุจริตเป็นหลัก สำหรับข้อพิพาทที่เกิดในแดนกฎหมายเอกชน อันสะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบสังคมแห่งประชาธิปไตย ในทำนองเดียวกันกับวิธีพิจารณาคดีโดยเฉพาะของคดีและศาลแต่ละประเภท เพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะพิเศษและความเฉพาะตัวของการพิสูจน์ข้อเท็จจริงอย่างเหมาะสม อย่างการใช้ระบบกล่าวหาในศาลยุติธรรมที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ได้รับประโยชน์ส่วนตัวในการแสดงพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายที่ตนมี ส่วนในศาลปกครองรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะเป็นระบบไต่สวนซึ่งศาลจะเป็นผู้รวบรวมพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการพิจารณาคดีเอง เพราะถือเป็นเรื่องผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมซึ่งรัฐมีหน้าที่โดยตรงในการรักษาและให้ความคุ้มครอง

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อปรากฏสมมติฐานเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญในแดนกฎหมายเอกชนที่มีผลบังคับตั้งต้นจากแดนกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะสมมติฐานว่าเป็น **“ผลจากภายนอก” (Exogenous)** แดนกฎหมายเอกชน ด้วยอิทธิพลจากการแผ่รัศมีจากแดนกฎหมายมหาชนผ่านช่องทางใดช่องทางหนึ่งในระบบกฎหมายเท่านั้น ย่อมแสดงถึงความสำคัญในการแบ่งแยกแดนกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด ในขณะที่สมมติฐานว่าเป็น **“ผลจากภายใน” (Endogenous)** แดนกฎหมายเอกชนเองกลับเป็นกรณีที่มิได้ให้ความสำคัญกับการแบ่งแยกแดนกฎหมายแต่อย่างใด เพราะถือว่ากฎหมายทั้งหมดในระบบกฎหมายได้รวบรวมเอาคุณค่าพื้นฐานสากลเข้าไว้ด้วยกันเสมอ จึงเท่ากับว่าผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีบรรทัดฐานทางกฎหมายเอกชนอยู่ก่อนแล้วตั้งแต่ต้น โดยไม่อาจถูกเพิกเฉยหรือจำกัดขอบเขตได้[71] ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นเป็นสิ่งที่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับแนวคิดการแบ่งแยกแดนกฎหมายในระบบกฎหมายนั้น ๆ ได้นั่นเอง

2.2.2 บรรทัดฐานทางกฎหมายของหลักความเสมอภาค

สำหรับระบบกฎหมาย Civil Law หลักความเสมอภาคจะมีผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เว้นแต่กรณีข้อยกเว้นให้นำบรรทัดฐานอื่น

---

[71] Sonya Walkila, Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law, (Gelderland : Europa Law Publishing, 2016), pp.132-133.

ที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรมาบังคับใช้ได้[72] ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมาย Common Law ดังนั้น การค้นหาบรรทัดฐานทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมาย Civil Law จึงต้องเริ่มต้นจากการพิจารณาบ่อเกิดแห่งกฎหมายของหลักการ โดยเริ่มตั้งแต่กฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐต้องผูกพันและอาจมีผลต่อการวางโครงสร้างกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐ ตามด้วยกฎหมายภายในประเทศตลอดไปจนถึงการสืบสาวต่อไปถึงช่องทางหรือรูปแบบวิธีการต่าง ๆ ที่สามารถทำให้หลักความเสมอภาคที่มีบรรทัดฐานทางกฎหมายอย่างชัดแจ้งในแดนกฎหมายมหาชนนั้นสามารถเข้าไปมีผลบังคับได้ในแดนกฎหมายเอกชน

2.2.2.1 บรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ

ในบรรดารัฐที่จัดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นหลักทวินิยม (Dualism) หลักการในกฎหมายระหว่างประเทศจะมิได้มีสภาพบังคับ (Sanction) ทางกฎหมายโดยตรงต่อรัฐภาคีหรือประชากรในรัฐนั้น ๆ เนื่องด้วยเหตุผลแห่งอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ ถึงกระนั้น ด้วยอำนาจการต่อรองและการให้ความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีอาจก่อให้เกิดสภาพบังคับอื่น ๆ ให้รัฐจะต้องอนุวัติหลักการเหล่านั้นไปแก้ไขปรับปรุงหรือเพิ่มเติมกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องและได้มาตรฐานเดียวกันได้ และเมื่อรัฐภาคีทั้งหมดได้ลงความเห็นร่วมกันในการรับรองและคุ้มครองหลักการต่าง ๆ ซึ่งรวมไปถึงหลักความเสมอภาค ดังนั้นสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิมนุษยชนจึงสมควรได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยกฎหมายด้วยบรรทัดฐานจากการเป็นหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญ ดังปรากฏเป็นหลักการในกฎบัตรสหประชาชาติ (UN Charter)[73] ซึ่งปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิย่อมสามารถเรียกร้องและอ้างยันสิทธิดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้ต่อการใช้อำนาจของรัฐได้

---

[72] ปรากฏหลักการในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยที่กำหนดให้นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีได้ รวมถึงการนำมาพิจารณาประกอบดุลยพินิจของศาลในการตีความและบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะทั่วไป (General Clauses) ยกตัวอย่างเช่นการพิจารณาการใด ๆ อันมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 150)

[73] เช่น หลักความเสมอภาคระหว่างรัฐภาคี (ข้อ 1 และข้อ 76) หลักความเสมอภาคทางเพศ (ข้อ 8) หลักความเสมอภาคในเศรษฐกิจ สังคม อนามัย วัฒนธรรม และการศึกษา (ข้อ 55) และหลักการขจัดการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ ภาษา และศาสนา (ข้อ 1 ข้อ 13 และข้อ 76) เป็นต้น โปรดดู อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ, และ บรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความ

หลักความเสมอภาคได้ปรากฏตัวทั้งในกฎหมายและจารีตประเพณีระหว่างประเทศหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็น**หลักความเสมอภาคทั่วไป** ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) (ข้อ 7) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) (ข้อ 26) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) หรือ**หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง** เช่น หลักความเสมอภาคในการสมรสในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) (ข้อ 16) หลักความเสมอภาคในค่าจ้างในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) (ข้อ 7) หลักความเสมอภาคทางเพศในการอุปโภคสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) (ข้อ 3) หลักความเสมอภาคทางเพศในอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) หลักความเสมอภาคของเด็กในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC) หลักความเสมอภาคระหว่างกลุ่มชนหรือบุคคลแต่ละเชื้อชาติในอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD) และหลักความเสมอภาคของคนพิการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (CRPD) เป็นต้น ทั้งนี้ ยังปรากฏไปถึง**หลักการไม่เลือกปฏิบัติ**โดยเฉพาะในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) (ข้อ 2 และข้อ 7) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) (ข้อ 26) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) (ข้อ 2) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) (เหตุแห่งเพศ) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC) (เหตุแห่งอายุ) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD) (เหตุแห่งเชื้อชาติ) อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี (CAT) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (CRPD) (เหตุแห่งความพิการ) อีกด้วย

นอกจากนี้ กฎหมายระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคก็ได้รับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคเอาไว้ด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Rights) กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชน (The African Charter on Human and People's Rights) หรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งในระดับสหภาพยุโรปที่วางโครงสร้างหลักการต่าง ๆ ว่าด้วยหลักความเสมอภาคไว้อย่างเป็นระบบ โดยมีผลบังคับครอบคลุมไปเกือบทุกมิติแห่งความสัมพันธ์ในทุกแดนกฎหมาย ดังปรากฏหลักการไม่เลือกปฏิบัติในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) และหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายและการไม่

เป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544), น.85-86.

เลือกปฏิบัติในกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีกฎหมายเฉพาะ (Directive) ว่าด้วยหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติอีกหลายฉบับ ได้แก่ **Directive 2000/43/EC** (การเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติและชาติพันธุ์ดั้งเดิม) **Directive 2000/78/EC** (การเลือกปฏิบัติในที่ทำงานอันเนื่องด้วยเหตุแห่งศาสนาหรือความเชื่อ ความทุพพลภาพ (พิการ) อายุ และความหลากหลายทางเพศ) **Directive 2006/54/EC** (การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อผู้ชายและผู้หญิงในมิติการจ้างแรงงานและอาชีพ)[74] **Directive 2004/113/EC** (การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อผู้ชายและผู้หญิงในการเข้าถึงและอุปทานสินค้าและบริการ) รวมถึงสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (TFEU) ซึ่งมีอิทธิพลต่อการตรากฎหมายภายในประเทศของรัฐภาคี โดยเฉพาะกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส

2.2.2.2 บรรทัดฐานทางกฎหมายภายในประเทศ

ด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญประกอบกับผลผูกพันต่อกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐต้องวางโครงสร้าง ปรับปรุงแก้ไข หรือเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในประเทศเพื่อรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาค ตั้งแต่รัฐธรรมนูญตลอดจนกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์รองลงมาเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และดังที่ฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) ได้อธิบายไว้ถึงเป้าหมายหลักของรัฐธรรมนูญในฐานะขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ สิ่งใดที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจถูกละเมิดได้โดยการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งเท่ากับว่าอำนาจรัฐมี “ผลผูกพันโดยตรง” (Direct Effect) ต่อหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าความต้องการในการให้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันตนต่อสิ่งใดในรัฐธรรมนูญย่อมเป็นเรื่องที่ระบบกฎหมายแต่ละระบบจะกำหนดไว้ในการสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้น[75] นั่นเอง

(1) บรรทัดฐานในแดนกฎหมายมหาชน

นับตั้งแต่การเกิดขึ้นของกฎบัตรแม็กนาคาร์ต้า (Magna Carta) ใน ค.ศ. 1215 กฎหมายรัฐธรรมนูญได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งแนวคิดที่ว่ามนุษย์ควรได้รับความคุ้มครองจากรัฐเพื่อรักษาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาโดยตลอด กล่าวคือ รัฐจะใช้อำนาจใด ๆ โดยเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งย่อมหมายความรวมถึงสิทธิใน

---

[74] เช่นเดียวกับ **Directive Proposal (COM(2008)462)** (การเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งอายุ ความทุพพลภาพ ความหลากหลายทางเพศ และศาสนาหรือความเชื่อในที่ทำงาน)

[75] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 42, น.979 (ธันวาคม 2556).

ความเสมอภาคด้วย โดยปราศจากเหตุอันสมควรหรือเกินจำเป็นไม่ได้[76] ด้วยเหตุนี้ จึงปรากฏเป็นหลักการในรัฐธรรมนูญหลายฉบับ อาทิ ในกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 3 (1) ว่า *"บุคคลย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย"* รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 1 ว่า *"... สาธารณรัฐรับรองความเสมอภาคตามกฎหมายของพลเมืองโดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา..."* และแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติไว้คล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญของสองประเทศข้างต้นในมาตรา 27 วรรคแรกว่า *"บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน"* เป็นต้น

ส่วนโครงสร้างของหลักการว่าด้วยหลักความเสมอภาคนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้วางหลักการไว้ในทำนองเดียวกันกับกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน ด้วยการบัญญัติหลักความเสมอภาคทั่วไปไว้ในมาตราหนึ่งโดยเฉพาะตามด้วยบทขยายหลักการไว้ในมาตราเดียวกัน ได้แก่ หลักความเสมอภาคทางเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ และเมื่อหลักความเสมอภาเป็นหนึ่งในหลักการตามรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับโดยตรงต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนย่อมเท่ากับว่าหลักความเสมอภาคได้รับการยอมรับในฐานะสิทธิอันเป็นการเรียกร้องให้รัฐดำเนินการตามหน้าที่และภารกิจของรัฐมากกว่าในฐานะเกณฑ์หรือขอบเขตการบังคับใช้เสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่ใช้ยันอำนาจรัฐ[77] อนึ่ง ด้วยสภาพสังคมปัจจุบันประกอบกับเนื้อหาของสิทธิในความเสมอภาคจึงส่งผลให้ต้องมีการรับรองและคุ้มครองทั้งในฐานะสิทธิเชิงป้องกันและสิทธิเชิงบวก ภายใต้ขอบเขตภารกิจแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานในปัจจุบันของ Albert Bleckmann[78] ได้แก่ ภารกิจการเรียกร้องให้รัฐกระทำการ ภารกิจในการเป็นข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติหรือภารกิจเพื่อให้เกิดความเสมอภาค ภารกิจในการคุ้มครองต่อการแทรกแซงของบุคคลที่สาม ภารกิจการคุ้มครองในฐานะที่เป็นหลักการ

---

[76] โปรดดู สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562), น.34-35.

[77] Donald P. Kommers and Russell A. Miller, the Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 3rd rev. ed., (North Carolina : Duke University Press, 2012), p.420.

[78] แนวคิดดังกล่าวปรากฏตัวอย่างเด่นชัดในการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.57-62. และต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.50-67.

ด้วยการกำกับการใช้และการตีความกฎหมาย ภารกิจในฐานะที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายรับรอง และภารกิจในฐานะที่เป็นการให้หลักประกันในทางศาล

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นศูนย์รวมแห่งหลักการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่มีรัฐเป็นคู่กรณีที่มีอำนาจเหนือกว่าฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า “ความสัมพันธ์ในแนวดิ่ง” (Vertical relationships) ดังนั้น รัฐจึงต้องผูกพันโดยตรงต่อบรรดาหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญเสมอ ไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติรับรองถึงผลผูกพันดังกล่าวไว้อย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม[79] ทั้งนี้ เมื่อหลักการ สิทธิ หรือเสรีภาพใดได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมมีบรรทัดฐานในทางกฎหมายเช่นว่าทันที[80] โดยไม่จำเป็นต้องมีการตรากฎหมายโดยองค์กรนิติบัญญัติเพื่อรับรองเนื้อหา[81] อันแตกต่างจากกรณีผลบังคับต่อปัจเจกบุคคลโดยตรงที่จะต้องมีการตรากฎหมายรับรองอีกชั้นหนึ่งนั้นก่อนเสมอ เรียกว่า “Interpositio legislatoris”[82] ด้วยเหตุผลในทางกลับกันที่ว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญมิใช่หลักการว่าด้วยความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน

ผลผูกพันของหลักความเสมอภาคต่อการใช้อำนาจรัฐแต่ละประเภทสามารถพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

1) ผลผูกพันของหลักความเสมอภาคต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัติ

นอกจากรัฐสภาในฐานะองค์กรในทางนิติบัญญัติจะมีหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อรับรองหลักการต่าง ๆ ว่าด้วยหลักความเสมอภาคให้ปรากฏขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมในรูปของกฎหมายแล้ว ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมในฐานะสิทธิเชิงป้องกัน หรือกฎหมายว่า

---

[79] เช่น การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การใช้อำนาจรัฐจะต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐหรือนิติธรรมเท่านั้น เป็นต้น เพราะหลักการลักษณะนี้มีเนื้อหาครอบคุลมไปถึงหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานจากการใช้อำนาจของรัฐด้วย โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, ““หลักนิติธรรม” ในฐานะ “เกณฑ์” ตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 55, ปีที่ 19, น.94-97 (2560).

[80] ดังปรากฏเป็นหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 25 วรรคสอง

[81] หลักการนี้ได้รับการยืนยันในคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1352/2553 (คดีมาบตาพุด) ซึ่งตัดสินให้ต้องเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกให้แก่โครงการหรือกิจกรรมที่มิได้มีการดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 67 วรรคสอง แม้ไม่ปรากฏการบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติรับรองถึงรายละเอียดของหลักการดังกล่าว ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกันกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552 โดยถือเป็นการกลับความเห็นในเรื่องเสร็จที่ 491-493/2552 ของคณะกรรมการกฤษฎีกา

[82] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น.974.

ด้วยการพัฒนาและส่งเสริมสิทธิของกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ (das gruppenbezogene Gasetz) ในฐานะสิทธิเชิงบวก[83] รัฐสภาก็ยังมีหน้าที่นอกเหนือจากนี้อีกถึง 2 ประการ ได้แก่ การตรากฎหมายเพื่อรับรองและจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ อย่างเท่าเทียม โดยกฎหมายนั้นจะต้องบังคับใช้กับบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน[84] แต่เมื่อปรากฏเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นที่ควรค่าแก่การรับฟัง รัฐสภาก็สามารถตรากฎหมายที่มีผลบังคับใช้อย่างแตกต่างกันต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันได้ตามดุลยพินิจโดยอิสระของรัฐสภา[85] ภายใต้การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจเฉพาะกรณีที่มีการใช้อำนาจดุลพินิจเกินขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด[86] อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายที่ยอมให้รัฐสภามีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมมิอาจถือได้ว่ารัฐสภาได้ใช้อำนาจในทำนองเดียวกับการตรากฎหมาย ดังนั้น การใช้อำนาจดังกล่าวจึงไม่จำต้องผูกพันต่อหลักการหรือสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ เว้นแต่ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามไว้ชัดเจนมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง[87]

---

[83] ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยืนยันไว้ในคดีที่ 85, 191 ซึ่งถือเป็นจุดเปลี่ยนของการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานในเชิงรุก (Active equal rights interpretation) ว่า *“บทบัญญัติในมาตรา 3 (2) ว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” นั้น ไม่ใช่เพียงแต่การทำลายบรรทัดฐานทางกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์และผลเสียระหว่างเพศ แต่ยังต้องส่งเสริมสิทธิที่เท่าเทียมในอนาคตด้วย”*

[84] ดังตัวอย่างในกฎหมายว่าด้วยการห้ามสูบบุหรี่ในสถานบริการ ซึ่งบังคับใช้กับสถานบริการทุกขนาด ด้วยเหตุผลในเรื่องสุขภาพอนามัย โปรดดู ศิระณัฐ วิทยาธรรมธัช, “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ : ศึกษาจากกฎหมายห้ามสูบบุหรี่ในสถานบริการ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 7 มิถุนายน 2563, จาก http://public-law.net/publaw/view.-aspx?id=1282.

[85] ตราบเท่าที่ปรากฏความแตกต่างอย่างชัดเจนเท่านั้น ตามบรรทัดฐานในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfGE) ที่ 1, 264 (275 f.) และที่ 67, 70 (85 f.) และต้องถือว่าบทบัญญัติที่ส่งผลร้ายต่อผู้คนส่วนน้อยและขัดต่อหลักความเสมอภาคเพียงเล็กน้อยนั้นเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ ตามบรรทัดฐานในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 79, 87 (100) และที่ 91, 93 (115)

[86] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22*.

[87] ดังที่กฎหมายพื้นฐานเยอรมันกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้ตราบเท่าที่ไม่กระทบต่อหลักการพื้นฐาน (มาตรา 79 วรรคสาม) เช่น หลักการมีส่วนร่วมของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติในระดับสหพันธ์ หลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือหลักการจัดการ

ในการแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค[88] ซึ่งตามหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมตกเป็นโมฆะทันที แต่เมื่อผลดังกล่าวกระทบกระเทือนอำนาจดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดนโยบาย (Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers) มากเกินสมควร[89] ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญผู้มีหน้าที่ตรวจสอบจึงต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์หรือภาระหน้าที่แห่งกฎหมายต่อผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อเป็นการให้ผลประโยชน์อย่างไม่เท่าเทียมกันก็จะต้องใช้วิธีการแก้ไขกฎหมายในทางขยายประโยชน์ให้เท่าเทียมกันเท่านั้น โดยสำหรับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แล้วถือว่าเป็นการปิดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วยอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ ตามหน้าที่การดำเนินการใด ๆ อันเป็นการให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชน[90] อย่างไรก็ดี หากในระบบกฎหมายใดไม่ปรากฏบทบัญญัติเช่นว่า ศาลย่อมก็มิอาจก้าวล้ำเขตแดนการใช้อำนาจนิติบัญญัติและต้องวินิจฉัยให้กฎหมายดังกล่าวตกเป็นโมฆะทันที ส่วนเมื่อเป็นการก่อภาระหน้าที่อย่างไม่เท่าเทียมกัน ตามบรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นได้กำหนดผลให้กฎหมายเช่นนี้ตกเป็นโมฆะตั้งแต่ในคราวแรก[91] เว้นแต่ปรากฏเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นที่ควรค่ารับฟังได้ ทั้งนี้ เมื่อไม่ปรากฏว่ารัฐสภาละเลยต่อหน้าที่ด้วยการไม่ใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อกระทำการใด ๆ เลย แม้เดิมทีเห็นว่าเป็นดุลยพินิจอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะจึงไม่อาจก้าวล่วงได้[92] หากแต่ด้วยภารกิจของรัฐในการรับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวตามแนวคิด

ปกครองตามมาตรา 20 เป็นต้น อีกทั้ง ยังต้องอยู่ภายใต้กลไกการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายหลังประกาศใช้ด้วย โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75,* น.979-980.

[88] บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.147-149.

[89] ดังปรากฏหลักการในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfGE) ที่ 33, 349 (1972) และที่ 93, 121 (1995) และโปรดดู สุวิวัฒน์ เจนวิชชุวงศ์, “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.57-58. และ*เพิ่งอ้าง,* น.54.

[90] หน้าที่เช่นนี้แสดงให้เห็นถึงผลการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองระหว่างผลประโยชน์ที่เป็นผลจากกฎหมายกับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล โดยคำนึงว่าการใช้อำนาจตุลาการต้องผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักทั่วไปในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธินั้นในทำนองเดียวกันกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติด้วยเสมอ

[91] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfGE) ที่ 22, 349 (360)

[92] โปรดดู อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ, และ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 73,* น. 195-196.

รัฐสมัยใหม่ประกอบภารกิจของสิทธิในความเสมอภาค จึงก่อเกิดเป็นหน้าที่แก่รัฐสภาในการทำให้สภาพการณ์ในทางกฎหมายสอดคล้องกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญ[93] ดังปรากฏในบทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ของรัฐในกฎหมายพื้นฐานเยอรมันเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับ โดยหน้าที่ดังกล่าวนั้นได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลในฐานะผู้ทรงสิทธิต่อรัฐโดยตรง ในขณะที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น จะมีมาตรการโดยเฉพาะเพื่ออุดช่องว่างดังกล่าวไว้ ด้วยอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 (มาตรา 37 ประกอบมาตรา 34) ของฝ่ายบริหารในการตรากฎเกณฑ์เพื่อกำหนดรายละเอียดแห่งสิทธิขั้นพื้นฐาน เมื่อไม่ปรากฏกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

2) ผลผูกพันของหลักความเสมอภาคต่อการใช้อำนาจบริหาร

ในช่วงเวลาที่ผ่านมาหลักความเสมอภาคมีบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับในฐานะหลักกฎหมายปกครองทั่วไป สืบเนื่องจากผลผูกพันโดยตรงของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจบริหารซึ่งเป็นอำนาจในทางปกครองของรัฐ[94] ภายใต้การตรวจสอบของหน่วยงานปกครองผู้ใช้อำนาจนั้นเอง คณะกรรมการตรวจสอบ และศาลปกครอง โดยการใช้อำนาจบริหารที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคมี 2 ลักษณะ ได้แก่ การดำเนินการในทางปกครองตามกฎหมายโดยเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม และการดำเนินการในทางปกครองโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งล้วนแล้วขัดต่อหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายทั้งสิ้น โดยจะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติด้วยอำนาจบริหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้มีสาเหตุมากจากบรรดาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายคุ้มครอง อันแสดงให้เห็นถึงขอบเขตของการเลือกปฏิบัติในความหมายที่กว้างกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชน[95] และแตกต่างไปจากการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชนซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งหลักอิสระในทางแพ่ง โดยอาจเรียกได้ว่าผลผูกพันของหลักความเสมอภาคมีต่อทั้งเนื้อหาและรูปแบบของการใช้อำนาจบริหาร ด้วยเหตุนี้ จึงสรุปได้ว่าหลักความเสมอภาคเป็นขอบเขตและข้อจำกัดอำนาจดุลยพินิจของหน่วยงานรัฐ ทั้งในกรณีการใช้อำนาจภายในหน่วยงานรัฐและต่อปัจเจกบุคคลภายนอก[96]

---

[93] W. Höfling, “Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt,” JA, p.435 (1995).

[94] ทั้งนี้ ข้อเรียกร้องว่าด้วยหลักความเสมอภาคจะไม่เกิดขึ้นในกรณีที่ต้องการให้รัฐใช้อำนาจทางปกครองในทางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อก่อให้เกิดผลอันเป็นประโยชน์หรือภาระหน้าที่อย่างเท่าเทียมกัน โปรดดู ศาลปกครองสูงสุด, “แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่ม 9, ” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2563, จาก http://www.admincourt.go.th-/admincourt/site/09bookdetail-6099.html.

[95] คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.81.

[96] โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น.981.

ด้วยลักษณะพิเศษของการใช้อำนาจปกครอง ในหลายระบบกฎหมายได้ยอมรับการกระทำใด ๆ ของหน่วยงานรัฐในแดนกฎหมายเอกชน ด้วยการแสดงเจตนาผูกพันตนบนพื้นฐานแห่งกฎหมายเอกชนได้เสมือนเป็นเอกชนผู้หนึ่ง เช่น การรับสมัครแม่บ้าน การจัดหาวัสดุอุปกรณ์สำนักงาน หรือการทำสัญญาก่อสร้างอาคารหรือทำสวน เป็นต้น โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการที่ทำให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน (Privatization) หรือรัฐวิสาหกิจเสียก่อน ด้วยเหตุนี้ จึงก่อให้เกิดประเด็นเกี่ยวกับผลผูกพันของหลักความเสมอภาคต่อหน่วยงานรัฐในการดำเนินการใด ๆ ภายในแดนกฎหมายเอกชน ซึ่งสามารถตั้งสมมติฐานได้ 2 แนวทาง คือ การมีผลผูกพันเช่นเดียวกับการดำเนินกิจการทางปกครองในแดนกฎหมายมหาชน เพราะถือเป็นการใช้อำนาจรัฐในอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งส่งผลให้ต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคในระดับสูงสุดและเป็นผลผูกพันโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ เรียกว่า “ผลผูกพันปฐมภูมิ”[97] ส่วนอีกแนวทางหนึ่ง คือ การไม่มีผลผูกพันปฐมภูมิ แต่เมื่อเป็นการดำเนินการในแดนกฎหมายเอกชนเสมือนเป็นเอกชนผู้หนึ่งแล้วจึงมีผลผูกพันต่อหลักความเสมอภาคผ่านการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งถือเป็นความผูกพันอย่างเข้มข้นในระดับรองลงมาและเป็นผลผูกพันโดยอ้อมจากรัฐธรรมนูญ เรียกว่า “ผลผูกพันทุติยภูมิ”[98]

3) ผลผูกพันของหลักความเสมอภาคต่อการใช้อำนาจตุลาการ

การใช้อำนาจตุลาการถือเป็นหลักประกันสิทธิในความเสมอภาคที่มีความเป็นรูปธรรมมากที่สุด ด้วยอาจเป็นทั้งปราการด่านแรก (ในกรณีไม่ปรากฏกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาค) และด่านสุดท้าย (ในการตีความและบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาค) โดยหลักความเสมอภาคที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตุลาการ ได้แก่

3.1) หลักความเสมอภาคในการเข้าถึงกระบวนยุติธรรม คือ ข้อห้ามมิให้การปฏิเสธการวินิจฉัยคดี เว้นแต่มีเหตุอันสมควร เช่น การฟ้องร้องเมื่อคดีขาดอายุความ เป็นต้น

---

[97] ตามแนวคิดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในคดีที่ 1 Bvr 699/06 อนึ่ง อาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้หลักความเสมอภาคในฐานะหลักกฎหมายปกครองทั่วในการพิจารณาคดีแพ่ง ด้วยเพราะคณะตุลาการในศาลยุติธรรมมิได้มีความเชี่ยวชาญการพิจารณาคดีด้วยกฎหมายมหาชน ทั้งยังต้องนำหลักการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างเช่นหลักประโยชน์สาธารณะหรือหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบด้วยเสมอ

[98] ดังปรากฏในประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส มาตรา L1131-1 วรรคสอง ว่า *“บทบัญญัติว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติย่อมมีผลบังคับใช้ต่อภาครัฐ ในการว่าจ้างภายใต้เงื่อนไขแห่งกฎหมายเอกชน”*

3.2) หลักความเสมอภาคในการพิจารณาคดี คือ ข้อเรียกร้องในการให้สิทธิการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของคู่ความอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นการอ้างหรือโต้แย้งพยานหลักฐานของคู่ความในคดีอันเป็นไปตามหลักการรับฟังความอย่างเท่าเทียม

3.3) หลักความเสมอภาคในการตีความและบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากฐานะของสิทธิขั้นพื้นฐานใน “ระบบแห่งคุณค่า” (Value system) จึงส่งผลให้การตีความและบังคับใช้กฎหมายทั้งหลายต้องเป็นไปตามเป้าหมายแห่งการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้[99] โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้ดุลยพินิจตามกฎหมายของศาลที่สืบเนื่องมาจากการคุ้มครองหลักความเสมอภาคโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั่นเอง

การตีความและบังคับใช้กฎหมายของศาลดังกล่าวได้กลายมาเป็นประตูบานสำคัญแห่งการเข้ามามีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนได้ ซึ่งเรียกว่า “ผลผูกพันโดยอ้อม” (Indirect Effect) ต่อบุคคลที่สาม นอกไปจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมายให้หลักความเสมอภาคมีผลบังคับโดยตรงต่อความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยถือเป็นสืบทอดมาจากอำนาจนิติบัญญัติด้วยการตรากฎหมายด้วยถ้อยคำหรือบทกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป (General Clauses) ดังตัวอย่างบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริตหรือหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในกฎหมายแพ่งทั่วไป ซึ่งนำมาใช้ประกอบการพิจารณาความชอบของกระทำของบุคคลหรือข้อพิพาทตามสัญญา อย่างไรก็ตาม การนำหลักความเสมอภาคมาใช้ประกอบการตีความและบังคับกฎหมายในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชนยังคงต้องเป็นไปโดยแคบและจำกัด เพราะถือเป็นกรณีที่ศาลได้นำหลักการที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ประกอบการพิจารณาคดี เพื่อรักษาเอกภาพแห่งกฎหมายและระบบแห่งคุณค่า มิเช่นนั้น ย่อมกลายเป็นการทำลายล้างระบบแดนกฎหมายไปในตัว ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมาย Common Law ที่ศาลเป็นผู้สร้างกฎหมายได้เอง โดยปราศจากข้อจำกัดเกี่ยวกับแดนทางกฎหมายและมีข้อเรียกร้องเพียงว่าต้องเป็นหลักการที่สังคมให้การยอมรับและสามารถนำพาให้เกิดความยุติธรรมรายคดีได้อย่างแท้จริง

อนึ่ง จะเห็นได้ว่าผลผูกพันโดยอ้อมดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลแล้วเท่านั้น ฉะนี้ จึงเกิดประเด็นต่อไปว่าหากศาลยกฟ้องตั้งแต่ยังไม่มีการเริ่มพิจารณาในเนื้อหาแห่งคดีจะถือว่าศาลได้ละเว้นต่อการคุ้มครองหลักความเสมอภาคแล้วหรือไม่[100] โดยขั้นแรกพึง

---

[99] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.461.

[100] See also Gert Brüggemeier, “CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW – THE GERMAN PERSPECTIVE,” in Constitutionalisation of private law, ed. Tom Barkhuysen and Siewert Lindenbergh, (Leiden, Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2006), pp.75-76.

ต้องทำความเข้าใจด้วยว่ากรณีการยกฟ้องโดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีความเพราะเหตุแห่งความบกพร่องของคู่ความถือว่าศาลได้ให้รับรองและคุ้มครองสิทธิในการเข้าถึงกระบวนยุติธรรมของคู่ความอีกฝ่ายอยู่ด้วยในเวลาเดียวกัน ดังนั้น จึงถือไม่ได้ว่าศาลได้ละเมิดสิทธิในความเสมอภาคของคู่ความนั้น อันเป็นไปตาม “หลักสิทธิในความเสมอภาคไม่อาจถูกเรียกร้องได้ในกรณีที่ไม่มีความชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่แรก” ดังนั้น เฉพาะแต่การที่ศาลมิได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นเป็นการใช้อำนาจตุลาการโดยเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคู่ความได้

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าผลผูกพันโดยอ้อมผ่านการใช้อำนาจตุลาการ เมื่อไม่ปรากฏกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติอาจสร้างความไม่แน่นอนในผลกฎหมายแห่งการกระทำหรือไม่กระทำใด ๆ ของบุคคลในแดนกฎหมายเอกชนได้ ด้วยเพราะบรรทัดฐานตามคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมาย Civil Law สามารถเปลี่ยนแปลงได้เสมอและไม่ถือเป็นกฎหมายดังเช่นระบบกฎหมาย Common Law ด้วยเหตุนี้ จึงอาจส่งผลให้เกิดภาวะการใช้ดุลยพินิจในการสร้างหลักกฎหมายโดยศาลขึ้นมาเพื่อให้ข้อพิพาทนั้นมีทางยุติได้[101] และย่อมเป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติในระบบกฎหมาย Civil Law ได้ ยิ่งไปกว่านั้น ยังก่อให้เกิดปัญหาผลผูกพันต่อหลักความเสมอภาคของอนุญาโตตุลาการ[102] ซึ่งมิใช่ผู้ใช้อำนาจรัฐ เมื่อมีการขอให้ศาลบังคับผลตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งต้องห้ามมิให้ศาลใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงผล เว้นแต่เป็นกรณีตามข้อยกเว้นตามกฎหมาย เช่น กรณีที่ปรากฏแก่ศาลว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[103] เป็นต้น อย่างไรก็ดี ศาลอาจอาศัยข้อยกเว้นเช่นว่าในการคุ้มครองหลักความเสมอภาค ด้วยการตีความว่าคำชี้ขาดที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ด้วยเหตุทั้งหมดข้างต้นจึงแสดงให้เห็น

---

[101] สิทธิกร ศักดิ์แสง และ กิตติพิชญ์ โสภา, “ศาลสร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่? ตามทัศนะ เฮท แอล เอ ฮาร์ท กับ โรแนล ดวอกิ้น,” Journal of the Association of Researchers, เล่มที่ 2, ปีที่ 22, น.87-88 (2017).

[102] Gert Brüggemeier, *supra note 100*, p.76.

[103] พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 (2) (ข) ประกอบมาตรา 43 และมาตรา 42

ว่าการคุ้มครองหลักความเสมอภาคด้วยอำนาจนิติบัญญัติเป็นสิ่งสำคัญที่สามารถป้องกันมิให้เกิดปัญหาดังกล่าวได้ แม้สุดท้ายยังคงต้องอาศัยการตีความและบังคับใช้กฎหมายโดยศาลอีกครั้งก็ตาม[104]

ในการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ศาลสูงตามระบบศาลนั้น ๆ เว้นแต่ในบางระบบกฎหมายอย่างระบบกฎหมายเยอรมันที่มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจตุลาการโดยองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ เรียกว่า “ระบบการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักการคุ้มครองจนสุดทาง”[105] โดยศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรในลักษณะเดียวกัน สำหรับประเด็นในทางกฎหมายใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ รวมถึงคำพิพากษาของศาลที่ถูกโต้แย้งถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ว่าด้านวิธีการหรือเนื้อหา ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายฝรั่งเศสกลับมิได้รับรองถึงหลักประกันดังกล่าว โดยถือว่าอำนาจอิสระของศาล[106] ถึงกระนั้น ย่อมไม่อาจตีความว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลสูงสุดและสุดท้ายในระบบกฎหมายเยอรมัน ด้วยการมีอำนาจเหนือศาลอื่น เพราะการตรวจสอบคำพิพากษานั้นมิใช่การพิจารณาข้อพิพาทในคดีที่ยุติแล้วโดยคำพิพากษาของศาลนั้นเพื่อตัดสินใหม่ แต่จะมุ่งพิจารณาทั้งเนื้อหาและรูปแบบวิธีการการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาและตัดสินคดี (ซึ่งอาจเป็นประเด็นพิพาทในศาลเดิม) ภายใต้ข้อเรียกร้องตามสิทธิในความเสมอภาคที่เกี่ยวข้องของคู่ความ ทั้งนี้ เมื่อการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารยังเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลด้วย โดยเฉพาะเมื่อเป็นเรื่องที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลในวงกว้างและมีระดับความเสียหายที่รุนแรง และภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจรัฐและหลักการตรวจสอบและถ่วงดุล (Checks and Balances) ศาลต้องจำกัดอำนาจดังกล่าวโดยไม่ก้าวล่วงอำนาจรัฐฝ่ายอื่น โดยเฉพาะในการใช้ดุลยพินิจตามขอบเขตความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลจึงไม่อาจมีผลเป็นการริเริ่มดำเนินการใด ๆ เช่นเดียวกันกับการใช้อำนาจรัฐฝ่ายอื่นได้

---

[104] ดังปรากฏเป็นหลักการของโรแนลด์ ดวอร์กิ้น (Ronald Dworkin) ที่ว่า *“ในการกล่าวว่าผู้ใดมีหน้าที่ทางกฎหมาย คือ การกล่าวว่าผู้นั้นตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายซึ่งเรียกร้องให้ผู้นั้นต้องกระทำการหรือไม่กระทำการบางสิ่ง...หากไม่มีกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายดังกล่าวถือว่าไม่หน้าที่ตามกฎหมาย”* หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า “หากปราศจากซึ่งกฎเกณฑ์แล้วย่อมเป็นอันตรายต่อสิทธิของปัจเจกชน” โปรดดู Axel Tschentscher, “Interpreting Fundamental Rights: Freedom vs. Optimization,” in Debates in German Public Law, ed. Hermann Pünder and Christian Waldhoff. (Oxford : Hart Publishing, 2014), p.44.

[105] โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น.985.

[106] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 188 โปรดดู คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2560 และต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17,* น.171.

(2) บรรทัดฐานในแดนกฎหมายเอกชน

ในขณะที่บรรทัดฐานทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไม่เคยปรากฏตัวอย่างชัดแจ้งดังเช่นในแดนกฎหมายมหาชนเพื่อยึดโยงระบบกฎหมายทั้งระบบไว้ให้ระบบกฎหมายนั้นเป็นระบบที่ยุติธรรม[107] โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อได้เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายทั่วไปในแดนกฎหมายเอกชน เช่น หลักความสุจริต หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี และหลักการตีความเจตนาหรือสัญญา เป็นต้น ทั้งที่ในความเป็นจริงหลักความเสมอภาคเองก็มีลักษณะเป็นมาตรวัดการกระทำของบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกันกับหลักการดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้น หลักความเสมอภาคยังถือเป็นพื้นฐานของบรรดาหลักการในกฎหมายเอกชนทั้งมวลเสียด้วยซ้ำ เพราะถือเป็นหลักการที่เป็นผลมาจากการยอมรับว่ามนุษย์เท่าเทียมกัน อันส่งผลให้มนุษย์แต่ละคนสามารถมีสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน และสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นของตนได้ เมื่ออยู่ในแดนอิสระซึ่งเต็มไปด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง โดยไม่มีฝ่ายมีอำนาจเหนือไปกว่ากัน อย่างไรก็ตาม ด้วยความไม่เท่าเทียมในเชิงโครงสร้าง จึงส่งผลให้หลักอิสระในทางแพ่งมีข้อบกพร่อง และสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชนถูกจำกัดขอบเขต เพราะเหตุอันสมควรและความจำเป็นจากความเหลื่อมล้ำของอำนาจเจรจาต่อรองระหว่างเอกชนด้วยกัน ซึ่งส่งผลให้ฝ่ายหนึ่งอาจถูกบีบบังคับด้วยอำนาจในทางใด ๆ ของอีกฝ่ายหนึ่งจนกระทั่งไม่สามารถบังคับใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น เงื่อนไขและขอบเขตแห่งเสรีภาพตามกฎหมายจึงเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองเอกชนที่มีข้อเสียเปรียบหรืออ่อนแอกว่าในความสัมพันธ์นั่นเอง

เหตุผลดังกล่าวได้กลายมาเป็นเบื้องหลังแห่งการตรากฎหมายหลายฉบับยกตัวอย่างเช่นกฎหมายแรงงานและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค แม้มิได้ปรากฏเป็นวัตถุประสงค์อันชัดแจ้ง ดังปรากฏบรรทัดฐานในทางกฎหมายที่ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้น แม้คู่สัญญามิได้ต้องการทำสัญญาอันเป็นหนึ่งในข้อยกเว้นของเสรีภาพในการทำสัญญา[108] เรียกว่า “การบังคับให้เข้าทำสัญญา”[109]

---

[107] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” จุลนิติ, เล่มที่ 4, ปีที่ 7, น.81 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553).

[108] See Also Matthias E. Storme, “Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law,” Juridica international, 6, p.38 (December 2005).

[109] ดังปราฏในคำพิพากษาคดี Rossignol skis (1976) ของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BGH) เพื่อคุ้มครองเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากถูกปฏิเสธการเข้าทำสัญญากับแพทย์หรือเภสัชกรในฐานะผู้ผูกขาดจำหน่ายสินค้า (ทางการแพทย์) โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร อีกทั้ง ยังเป็น

(Kontrahierungszwang) อันเป็นบทกำหนดข้อห้ามมิให้มีการปฏิเสธบุคคลที่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายและต้องการเข้าทำสัญญากับผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ เช่น การให้บริการขนส่งหรือไปรษณีย์ หรือการรับประกันสุขภาพ เป็นต้น โดยจะเห็นได้ว่าสินค้าและบริการดังกล่าวมีลักษณะของการผูกขาดด้วยข้อจำกัดของทรัพยากร ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสภาพที่เข้าใกล้กับการดำเนินภารกิจของรัฐ โดยเฉพาะการให้บริการสาธารณะภายใต้หลักความเป็นกลางในบริการสาธารณะ และอำนวยให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้โดยง่าย อย่างไรก็ดี แม้ความแตกต่างในอำนาจการต่อรองเพื่อเข้าทำสัญญาระหว่างผู้จำหน่ายหรือให้บริการสินค้ากับผู้ซื้ออาจก่อให้เกิดความเสียหายเกินสมควรตามปกติทั่วไป แต่ตราบใดที่ยังไม่ปรากฏการรับรองหลักการในทำนองข้างต้นโดยชัดแจ้งเพื่อให้มีผลบังคับใช้ในแดนกฎหมายเอกชน เมื่อนั้นการยับยั้งความเสียหายด้วยกฎหมายจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้และคงเป็นไปได้เพียงการชดใช้และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วผ่านกระบวนการในทางศาลเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่สามเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล ด้วยการกำหนดมาตรการควบคุม รับรองคุ้มครอง และเยียวยาหรือช่วยเหลือเกิดความเสียหาย[110] ภายใต้เงื่อนไขการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานให้แต่ละปัจเจกบุคคลสามารถบังคับใช้สิทธิของตนได้มากที่สุดในเวลาเดียวกัน

จากการพิจารณาในข้างต้น อาจตั้งข้อสมมติฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนได้ ดังนี้ **ประการแรก** หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับโดยตรงในแดนกฎหมายเอกชน เพราะไม่ปรากฏบรรทัดฐานในทางกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยตรง และ **อีกประการหนึ่ง** คือ ความเป็นไปได้ที่ผลบังคับของหลักความเสมอภาคจะเกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชนได้นั้นต้องเป็นผลต่อเนื่องหรือสืบทอดจากการใช้อำนาจรัฐที่ผูกพันต่อหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยถือเป็นเพียงผลบังคับโดยอ้อมจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น ทั้งนี้ ความเป็นไปได้ดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้อย่างไรบ้างนั้น จำเป็นต้องศึกษาและวิเคราะห์จากทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าไปมีผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชน ดังพิจารณาได้ในหัวข้อถัดไป

หลักกฎหมายในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (GWB) (มาตรา 20 (2)) ด้วย โปรดดู Basil S Markesinis, Hannes Unberath, and Angus C Johnston, The German Law of Contract: A Comparative Treatise, 2nd ed., (Oregon : Hart Publishing, 2006), p.71 และ Federal Ministry of Heath, “Kontrahierungszwang,” Retrieved on December 12, 2020, from https://www.-bundesgesundheitsministerium.de/service-/begriffe-von-a-z/k/kontrahierungszwang.html

[110] หลักการดังกล่าวนี้ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 25

2.2.3 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน

ด้วยพัฒนาการและการยอมรับผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อบุคคลที่สาม (Third Party Effect) ประกอบกับเหตุผลต่าง ๆ ที่แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนแล้วว่าระบบกฎหมายไม่อาจปฏิเสธผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนได้อีกต่อไป เพียงเพราะไม่มีบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร อันถือเป็นการบิดเบือนสถานะแห่งหลักการตามธรรมชาติซึ่งเดิมทีปราศจากซึ่งขอบเขตหรือข้อจำกัด ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อหลักอิสระในทางแพ่งถูกสั่นคลอนด้วยความไม่เท่าเทียมเชิงโครงสร้างที่เกิดขึ้นจริงในสังคมปัจจุบัน ดังนั้น เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจอย่างเป็นระบบจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีคำอธิบายตามทฤษฎีให้แก่ปรากฏการณ์ดังกล่าว โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งบรรดาทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

2.2.3.1 ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน (A Theory of Constitutional Rights)

สิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrecht) หมายถึง “สิทธิอันสมควรได้รับการคุ้มครองของปัจเจกบุคคลซึ่งก่อหน้าที่ให้แก่รัฐ โดยถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการใช้อำนาจรัฐ” ในแต่ละรัฐจึงได้รับรองบรรทัดฐานแห่งสิทธิดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะคุณค่าอันสูงสุด ซึ่งก่อให้เกิดผลผูกพันโดยตรงต่อการใช้อำนาจรัฐทั้งปวง ในขณะที่ในระบบกฎหมาย Common Law นั้น สิทธิขั้นพื้นฐานจะได้รับการประกันสิทธิโดยรัฐสภาหรือศาลเท่านั้น อนึ่ง แนวคิดภารกิจแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานในปัจจุบันของ Bleckmann นั้นแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ของผลบังคับแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานเหนือความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง (Drittwirkung der Grundrechte) ในแดนกฎหมายเอกชนอย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น เพื่อยังสิทธินั้นสามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริงและเต็มสุดขีดความสามารถ[111] ตราบเท่าที่สภาพและเนื้อหาแห่งสิทธินั้นจะเป็นไปได้ในแดนกฎหมายดังกล่าว ซึ่งเท่ากับว่าภารกิจของสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชนอาจเป็นไปตามลักษณะที่เป็นสิทธิเชิงป้องกันหรือเชิงบวกก็ได้ ด้วยเหตุนี้ จึงนำพามาสู่การพัฒนาทฤษฎีต่าง ๆ ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้น[112] เพื่อใช้เป็นหลักการในการอธิบายผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในทุกแดนกฎหมายหรือการให้เหตุผลในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการยอมให้สิทธิขั้นพื้นฐานสามารถเข้าไปมีผลบังคับในทุกอณูของระบบกฎหมาย

---

[111] โปรดดู ชุติเดช เมธีชุติกุล, “สิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการว่าด้วยรัฐธรรมนูญ: ความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของ “เบิกเค่นฟอร์เด่อ”,” วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, เล่มที่ 1, ปีที่ 15, น.76 (มกราคม-มิถุนายน 2562). และวรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 82*, น.971-973.

[112] ทั้งนี้ พึงทำความเข้าใจเบื้องต้นว่าทฤษฎีเหล่านี้เป็นเพียงเครื่องมือช่วยเหลือและสนับสนุนการบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย เพื่ออธิบายการตอบคำถามเกี่ยวกับผลในทางกฎหมายตามข้อเท็จจริงต่อไปเท่านั้น โปรดดู ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.26.

2.2.3.2 ทฤษฎีโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน

เมื่อพิจารณาสภาพและเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานประกอบกับแนวคิดเรื่อง “กฎเกณฑ์-หลักการ” ของ Robert Alexy ผู้นำเสนอทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน จะเห็นได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานหนึ่ง ๆ อาจมีลักษณะเป็น “กฎเกณฑ์” หรือ “หลักการ” โดยการจำแนกลักษณะดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ในการกำหนดผลในทางกฎหมายแห่งสิทธิที่เหมาะสมและยุติธรรมมากที่สุด หากเกิด “การปะทะกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐาน” ของปัจเจกบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยไม่ต้องคำนึงถึงประเภทของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ซึ่งเป็นสิ่งที่ปรากฏโดยทั่วไปและตลอดเวลาเมื่อมีความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชน และเพื่อให้เกิดหนทางสู่การยุติข้อพิพาทอันจะนำมาซึ่งความสงบสุขของสังคม ระบบกฎหมายจึงต้องให้ความสำคัญกับรูปแบบผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อบุคคลที่สาม ทั้งนี้ พึงต้องทำความเข้าใจเบื้องต้นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นวัตถุแห่งการศึกษาตามทฤษฎีนี้ หมายถึง บรรทัดฐานหรือสิ่งที่ใช้ในการกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์[113] โดยไม่คำนึงว่าจะมีบรรทัดฐานในทางกฎหมายหรือไม่

ทฤษฎีดังกล่าวนี้ได้อธิบายถึง “กฎเกณฑ์” ว่าเป็นบรรทัดฐานที่มีผลในทางกฎหมายเพียงประการเดียว สำหรับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหนึ่ง ๆ ดังนั้น จึงมักปรากฏตัวในรูปของคำสั่ง ข้อห้าม หรือการไม่อนุญาตที่มีความแน่นอนชัดเจนเสมอ[114] ดังตัวอย่างผลแห่งการกระทำในฐานความผิดต่าง ๆ ของบุคคลในกฎหมายอาญา ซึ่งส่งผลให้ในเหตุการณ์หนึ่งสามารถนำบรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์มาปรับใช้ได้ทีละเรื่องเท่านั้น ดังเช่นในกรณีที่คู่สัญญาผิดข้อตกลงห้ามมิให้กระทำการใด ๆ อันเป็นละเมิดที่ระบุไว้ในสัญญา ซึ่งคู่ความฝ่ายที่เสียหายต้องเลือกว่าจะนำบทบัญญัติว่าด้วยการผิดสัญญาหรือละเมิดอย่างหนึ่งอย่างใดมาปรับในการตั้งฟ้องเป็นคดีต่อศาล โดยจะยกอ้างมูลเหตุแห่งคดีทั้งสองในคราวเดียวเพื่อเป็นข้อต่อสู้พร้อมกันไม่ได้ ส่วน “หลักการ” คือ บรรทัดฐานที่มีลักษณะเป็นข้อเรียกร้องบางประการ เพื่อส่งเสริมการบังคับใช้สิ่งใดสิ่งหนึ่งให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด โดยไม่มีผลในทางกฎหมายที่แน่นอนดังเช่นกฎเกณฑ์ ดังนั้น ในการบังคับใช้หลักการในเหตุการณ์หนึ่ง ๆ จึงต้องพิจารณาถึงหลักการอื่น (ถ้ามี) และกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องประกอบการสรุปผลในทางกฎหมายของเหตุการณ์นั้นด้วยเสมอ

จากคำอธิบายในทฤษฎีข้างต้นตลอดถึงสภาพและเนื้อหาของหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานได้แสดงถึงลักษณะของบรรทัดฐานในฐานะที่เป็น “หลักการ” อย่างชัดเจน กล่าวคือ การใด ๆ ที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคจะยังไม่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางกฎหมาย

---

[113] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.444.

[114] โปรดดู ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.79-80.

โดยตรงต่อผู้กระทำการในทันที หากแต่ยังต้องนำไปพิจารณาประกอบกับบรรทัดฐานทางกฎหมายอื่นที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์อีกขั้นหนึ่งเสียก่อน ตัวอย่างเช่นในกรณีที่ข้อตกลงในสัญญาเป็นไปโดยการเลือกปฏิบัติต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและความจำเป็นของคู่สัญญาอีกฝ่ายผู้กำหนดข้อตกลงข้อนั้น การที่ข้อตกลงนั้นจะตกเป็นโมฆะหรือมีผลบังคับใช้ในทางกฎหมายต่อไปและมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ในกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางแพ่ง ซึ่งจะเห็นได้ว่าผลบังคับของสิทธิในความเสมอภาคในเหตุการณ์หนึ่งนั้นขึ้นอยู่กับทั้งผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ในฐานะหลักการซึ่งในตัวอย่าง คือ เสรีภาพในการกำหนดข้อตกลง *ประการหนึ่ง* อันแสดงถึงความจำเป็นในการลดทอนผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยต้องถือว่าไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายใดมีลำดับศักดิ์ คุณค่า หรือน้ำหนักการคุ้มครองมากไปกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง[115] ทั้งนี้ ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาถึงผลบังคับของสิทธิในกรณีนี้ คือ ศาลผู้ใช้อำนาจตุลาการ และ*อีกประการหนึ่ง* คือ ผลแห่งบรรทัดฐานอันเป็นกฎเกณฑ์ซึ่งในกรณีนี้ คือ กฎหมายว่าด้วยสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ การที่กฎหมายกำหนดให้ข้อตกลงเช่นว่าเป็นโมฆะย่อมแสดงให้เห็นถึงการเลือกให้น้ำหนัก (Weighing) ความคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาค โดยรัฐสภาผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ (รวมถึงหน่วยงานรัฐที่ใช้อำนาจบริหารในทำนองเดียวกัน) ด้วยการลดทอนผลบังคับของเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่ได้ประโยชน์นั่นเอง ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าบรรทัดฐานในรูปแบบกฎเกณฑ์ของหลักความเสมอภาคเป็นผลมาจากความพยายามในการทำให้หลักความเสมอภาคในฐานะหลักการมีสภาพบังคับมากยิ่งขึ้น เหตุผลเพราะรัฐเล็งเห็นถึงความจำเป็นในการสร้างความคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรม เพื่อยับยั้งและป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นโดยเอกชนในแดนกฎหมายเอกชน และเห็นว่าความเสียหายต่อสิทธิในความเสมอภาคสามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อส่วนรวมได้มากกว่าการรับรองผลประโยชน์ส่วนตนของผู้ก่อความเสียหาย

นอกจากนี้ ทฤษฎีโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานยังอาจอธิบายได้ด้วยแนวคิด “สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ”[116] ตามระบบคุณค่าแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นระบบที่ประกอบไปด้วยคุณค่าพื้นฐานต่าง ๆ ที่ควรได้รับการคุ้มครองในฐานะมาตรวัดพฤติกรรมของสมาชิกในสังคม โดยหลักความเสมอภาคเองก็เป็นหนึ่งในคุณค่านั้น ด้วยเหตุนี้ การกระทำหรือไม่กระทำการของบุคคลจะต้องผูกพันต่อคุณค่าเหล่านี้ ทั้งนี้ เพื่อประสิทธิผลอย่างแท้จริง คุณค่าจึงจำเป็นต้องมีลักษณะเชิงบังคับ (Normative) แม้ว่าสภาพบังคับนั้นจะไม่ได้มีลักษณะเช่นเดียวกับบรรทัดฐานทางกฎหมายทั้งหลาย (Rechtsnor-

---

[115] โปรดดู *เพิ่งอ้าง*, น.82.

[116] *เพิ่งอ้าง*, น.108-122.

men)[117] แต่การใช้อำนาจรัฐหรือแม้กระทั่งการกระทำของปัจเจกบุคคลก็ไม่อาจหลุดพ้นไปจากกรอบแห่งคุณค่านี้ไปได้ อีกทั้ง เมื่อได้พิจารณาระบบคุณค่าประกอบกับสถานะของรัฐธรรมนูญจะพบว่าคุณค่าเป็นสิ่งที่ทำหน้าที่เชื่อมโยงบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญ (ทั้งหลาย) เข้ากับข้อเท็จจริงในทางสังคม[118] ดังนั้น บรรดาบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญจึงมีฐานะเป็น “ระบบแห่งคุณค่า”[119] กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานคือตัวแทนของชุดคุณค่าที่สำคัญในชุมชนนั้น ๆ นั่นเอง ยิ่งไปกว่านั้น จะเห็นได้ว่าภายใต้แนวคิดของ Alexy คุณค่ามีลักษณะเป็นหลักการมากกว่ากฎเกณฑ์ เนื่องจากการมีบรรทัดฐานในทางกฎหมายมิใช่เงื่อนไขสำคัญแห่งการเป็นคุณค่าของสังคม และแม้คุณค่านั้นจะปรากฏตัวในฐานะบรรทัดฐานทางกฎหมาย แต่โดยลำพังการใด ๆ ที่ละเมิดต่อคุณค่านั้นก็มิอาจก่อให้เกิดผลสรุปในทางกฎหมายได้โดยตรง และคงต้องพิจารณาไปถึงบรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์ต่อไป อันสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า “บรรทัดฐานแห่งคุณค่าเป็นเพียงเครื่องมือในการตีความและบังคับใช้กฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์” เพื่อบรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายและนำพามาซึ่งความยุติธรรมได้มากที่สุดเท่านั้น

2.2.3.3 ทฤษฎีผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐาน

ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐาน หมายถึง ข้อเรียกร้องห้ามมิให้มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเดิมทีปรากฏเฉพาะในแดนกฎหมายมหาชนด้วยผลบังคับแห่งรัฐธรรมนูญต่อการใช้อำนาจรัฐ เรียกว่า “ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อความสัมพันธ์แนวดิ่ง” (Vertical Effect) ในขณะที่แนวคิดเกี่ยวกับผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชน เรียกว่า “ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อความสัมพันธ์แนวระนาบ” (Horizontal Effect) ได้ปรากฏตัวขึ้นภายหลังช่วงเวลาแห่งการสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง เนื่องจากความตื่นตัวของแนวคิดประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศแถบยุโรปตะวันตก ซึ่งส่งผลให้มีการแก้ไขปรับปรุงและเพิ่มเติมกฎหมายหลายฉบับ จนสามารถเรียกได้ว่าเป็น “ยุคแห่งการหลอมรวมกฎหมายแพ่งของศตวรรษที่ 19 เข้ากับมาตรฐานสมัยใหม่ของสิทธิมนุษยชน”[120] และได้รับการรับรองและยอมรับอย่างเป็นทางการจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในฐานะ “ทฤษฎีผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อบุคคลที่

---

[117] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.445.

[118] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.115.

[119] หลักการว่าด้วยระบบแห่งคุณค่าได้ถูกนำมาปรับใช้ในการอธิบายการมีผลของสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะคุณค่าต่อการตีความและบังคับใช้กฎหมายในทุกแดนกฎหมายด้วย ดังที่ปรากฏในคดี Lüth-Urteil (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfGE) ที่ 7, 198 (1958))

[120] Sonya Walkila, *supra note 71*, p.144.

สาม" (Drittwirkung) ซึ่งหมายถึง ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อบุคคลภายนอกความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคลในแดนกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นปัจเจกบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์กับรัฐในแดนกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน จึงกล่าวได้ว่าปัจเจกชนในแดนกฎหมายมหาชนนั้น คือ เหล่าเอกชนผู้มีสถานะและสถานภาพในระดับหรือแนวระนาบเดียวกันในแดนกฎหมายเอกชนนั่นเอง

(1) ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวดิ่ง (Vertical Effect)

ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวดิ่งเป็นผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีเหนือความสัมพันธ์ที่มีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้มีอำนาจผูกขาด (Monopoly power) หรืออำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง และการใช้อำนาจนั้นไม่ว่าจะเป็นอำนาจในทางกฎหมายหรือตามความเป็นจริง ส่งผลเป็นการลดทอนผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายที่อ่อนแอกว่าลง ดังเช่นลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชนที่ปรากฏทั่วไปในแดนกฎหมายมหาชน โดยเนื้อหาของผลผูกพันของหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวดิ่ง คือ การที่ผู้มีอำนาจเหนือนั้นจะไม่สามารถแทรกแซงหรือละเมิดสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิเชิงป้องกันของผู้ทรงสิทธิได้ รวมถึงการมีหน้าที่ของผู้นั้นในการดำเนินการใด ๆ เพื่อยังให้สิทธิในความเสมอภาคนั้นในฐานะสิทธิเชิงบวกสามารถบังคับใช้ได้อย่างเต็มที่ด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่าผลผูกพันในลักษณะนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการรุกล้ำสิทธิจากฝ่ายที่มีอำนาจมากกว่า[121] และเป็นผลมาจากการผูกพันต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือผลบังคับของกฎหมายภายในประเทศโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญก็ได้

ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวดิ่งนี้ เป็นรูปแบบผลผูกพันเดียวที่ปรากฏในระบบกฎหมายอเมริกัน[122] ตาม "หลักการกระทำของรัฐ" (State Action Doctrine) เพราะถือว่าหน้าที่หรือความรับผิดต่อการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลเป็นเรื่องเฉพาะของรัฐ แม้เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนก็ตาม ดังปรากฏเป็นบรรทัดฐานของศาลเกี่ยวกับเกณฑ์การกระทำของรัฐ[123] ได้แก่ **1) ภารกิจแห่งรัฐ** (Public functions) แม้มอบหมายอำนาจให้แก่เอกชนดำเนินการแทน **2) ความเกี่ยวข้องในการกระทำของเอกชนของรัฐ** ไม่ว่าเป็น

---

[121] Myriam Hunter-Henin, "France; Horizontal Application and Triumph of the European Convention in Human Rights." in Human Right and the Private Sphere : A Comparative Study Studies, ed. Dawn Oliver and Jörg Fedtke (New York : Routledge-Cavendish, 2007), p.98.

[122] Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *supra note 77*, p.420.

[123] See also Stephen Gardbaum, "The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights," Michigan Law Review, Vol.102, pp.412-414 (2003).

กรณีการทำสัญญาหรือการได้รับผลประโยชน์ร่วมกัน ดังปรากฏตัวอย่างในคดี Burton v. Wilmington Parking Auth. (1961)[124] เกี่ยวกับความรับผิดของรัฐตามรัฐธรรมนูญ เมื่อร้านอาหารเอกชนที่เช่าพื้นที่เก็บขยะของเทศบาลได้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล **3) การได้รับการสนับสนุนจากรัฐ** ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งบางครั้งหมายถึงการได้รับมอบหมายหรือได้รับการอนุญาตจากรัฐให้เอกชนกระทำการ และ **4) คำสั่งของศาลที่มีผลบังคับเกี่ยวกับการกระทำของเอกชนด้วยความสมัครใจอย่างแท้จริง** อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าความผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักการกระทำของรัฐอาจส่งผลต่อเนื่องในทำนองเดียวกันกับผลผูกพันโดยอ้อม[125] ผ่านระบบกฎหมายและการใช้อำนาจตุลาการ ด้วยเหตุนี้ หลักความเสมอภาคจึงอาจเข้าไปมีผลบังคับในแดนกฎหมายเอกชนผ่านการกระทำของรัฐได้ในที่สุด เพียงแต่ขอบเขตผลบังคับนั้นยังคงเป็นไปโดยจำกัดมากกว่ากรณีผลผูกพันโดยอ้อม เพราะผลบังคับในกรณีนี้มิใช่ในรูปแบบการส่งอิทธิพล (influenced) หรือเป็นผล (affected) จากคุณค่าในรัฐธรรมนูญ[126] ซึ่งทำให้คู่ความที่เป็นเอกชนไม่สามารถยกข้อต่อสู้ว่าด้วยความขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญในการกระทำพิพาทได้โดยตรง แต่คงทำได้เพียงตั้งข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่บังคับใช้ในคดีเท่านั้น และกล่าวโดยสรุปได้ว่า ตราบใดที่การกระทำของเอกชนยังต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเพื่อยังให้เกิดความคุ้มครองตามกฎหมาย เมื่อนั้นการตัดสินใจดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญตามผลผูกพันโดยตรงของสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการรัฐธรรมนูญต่อการใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายด้วยเสมอ[127]

---

[124] *Ibid.*, p.413. อนึ่ง กลับไม่ปรากฏผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกันนี้ สำหรับกรณีสถานบันเทิงภายใต้การควบคุมของหน่วยงานจดทะเบียนอนุญาตของรัฐในคดี Moose Lodge No. 107 v. Irvis (1972) และบ้านพักคนชราเอกชนได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐในคดี Blum v. Yaretsky (1982) และคดี Rendell-Baker v. Kohn (1982)

[125] ดังปรากฏในหมวด 6 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ซึ่งบัญญัติไว้ว่า *"รัฐธรรมนูญฉบับนี้รวมถึงบรรดากฎหมายแห่งรัฐ และเหล่าสนธิสัญญาที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคี ให้ถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ผู้พิพากษาของมลรัฐทุกคนต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของมลรัฐ โดยไม่อาจขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งรัฐได้"* ในทำนองเดียวกันกับผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อศาลในระบบกฎหมายอังกฤษตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (EUCHR) (มาตรา 6) ประกอบกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (The Human Rights Act of 1998)

[126] Stephen Gardbaum, *supra note 123*, p.420.

[127] *Ibid*., pp.458-459.

(2) ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบ (Horizontal Effect)

แนวคิดเรื่องผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบ (Drittwirkung) หรือผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างเอกชนด้วยกัน[128] โดยแนวคิดดังกล่าวปรากฏอย่างมีนัยสำคัญมากขึ้นเมื่อมีการยอมรับ “กระบวนการทำให้กฎหมายเอกชนมีความเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Constitutionalisation of Private Law) ภายใต้วัตถุประสงค์ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยระดับที่สูงขึ้น เรียกว่า ความพยายามในการทำให้หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนมีความใกล้ชิดและสอดคล้องกับหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของกฎหมายมหาชนมากยิ่งขึ้น ทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้กฎหมายมหาชนสมบูรณ์และมีผลบังคับใช้ได้ในความเป็นจริงอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นตามไปด้วย[129] ดังปรากฏตัวอย่างผลผูกพันเช่นนี้ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) และสนธิสัญญาว่าด้วยรัฐธรรมนูญแห่งสหภาพยุโรป (ECT) ทั้งนี้ แนวคิดดังกล่าวยังเป็นหลักการพื้นฐานของ “รัฐธรรมนูญทางเศรษฐกิจ” (Wirtschaftsverfassung) ที่มีผลบังคับใช้ในแดนกฎหมายเอกชน และหนึ่งในวิธีการของลัทธิเสรีนิยมเพื่อแก้ไขปัญหาทางการเมือง ความขัดแย้งทางชนชั้น ความเกลียดชัง และความอิจฉาริษยาในการแข่งขันเชิงโครงสร้างทางเศรษฐกิจ เพื่อที่จะป้องกันความรุนแรงทางการเมืองและสังคม[130] อีกด้วย

รูปแบบผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบของ Alexy[131] ได้แก่

1) ทฤษฎีผลผูกพัน*โดยตรง*ของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบ (Direct Horizontal Effect) ซึ่งได้รับแรงสนับสนุนจาก Hans Carl Nipperdey ประธานศาลแรงงานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BAG) (ค.ศ.1954-1963) ด้วยการนำมาปรับใช้เป็นบรรทัดฐานการตัดสิน

---

[128] ทั้งนี้ พึงทำความเข้าใจว่าด้วยเนื้อหาและลักษณะโดยเฉพาะของสิทธิขั้นพื้นฐานทำให้สิทธิบางประเภท เช่น สิทธิปฏิเสธไม่รับราชการทหาร หรือสิทธิในสัญชาติ เป็นต้น ไม่อาจมีผลบังคับในแดนกฎหมายเอกชนได้เลย โปรดดู M. Kloepfer, Verfassungsrecht Band II Grundrechte, (Müchen : Beck, 2010), p.74., วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น.986. และ Jan Smits, “PRIVATE LAW AND FUNDAMENTAL RIGHTS: A SCEPTICAL VIEW,” in Constitutionalisation of Private Law, ed. Tom Barkhuysen and Siewert D. Lindenbergh (Leiden, Boston : Martinus Nijhoff, 2005), p.10.

[129] โปรดดู ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.170.

[130] Eric Engle, “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung),” Hanse Law Review, No.2, Vol.5, pp.165-173 (2009).

[131] Robert Alexy, *supra note 23*, pp.354-365.

คดีแรงงานในยุคแรก[132] ในฐานะผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานโดยตรงจากกฎหมายพื้นฐานเยอรมันต่อบุคคลที่สามในทำนองเดียวกับการใช้อำนาจรัฐ[133] ซึ่งถือเป็นการขยายขอบเขตภารกิจดั้งเดิมของสิทธิขั้นพื้นฐาน ด้วยเหตุผลที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายนั้นมิได้มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการกระทำของรัฐเพียงเท่านั้น หากแท้จริงแล้วยังมุ่งคุ้มครองสวัสดิการในทางสังคมอีกด้วยตามหลักรัฐสังคมนิยมหรือรัฐสวัสดิการในกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน ซึ่งส่งผลให้การตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายใด ๆ ต้องคำนึงผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อบุคคลที่สามด้วยเสมอ[134] ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการยอมรับผลผูกพันโดยตรงเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบเป็นการทำลายล้างขอบเขตหรือเส้นพรมแดนกฎหมายเพราะไม่มีแดนกฎหมายใดที่ปราศจากผลบังคับของรัฐธรรมนูญอีกต่อไป

---

[132] Jörg Fedtke, “Germany; *Drittwirkung* in Germany,” in Human Right and the Private Sphere : A Comparative Study Studies, ed. Dawn Oliver and Jörg Fedtke (New York : Routledge-Cavendish, 2007), p.139.

[133] ดังปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการรวมกลุ่มแรงงานกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 9 (3) และเสรีภาพในการเสนอข่าวและแสดงความคิดเห็นของสื่อมวลชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 46 ซึ่งส่งผลให้เอกชนสามารถยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ระหว่างเอกชนอื่นด้วยกันได้โดยตรง อย่างไรก็ดี ยังคงมีการตั้งข้อสังเกตถึงรายละเอียดของเนื้อหาแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความเป็นนามธรรมสูง เพื่อจำกัดอำนาจตุลาการในฐานะผู้ตีความและบังคับใช้กฎหมายจนอาจนำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ โปรดดู จักรกฤษณ์ มุสิกสาร, “ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญในแดนของกฎหมายเอกชน (Horizontal Effect of Constitutional Rights),” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 20, เล่มที่ 60, น.73 (กันยายน-ธันวาคม 2561).

[134] ตามเหตุผลในคำพิพากษาศาลแรงงานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BAGE) ที่ 1, 185 เกี่ยวกับการเลิกจ้างพนักงานโดยการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยความเห็นในทางการเมือง ซึ่งถือว่านายจ้างได้ละเมิดสิทธิในการแสดงออกและสิทธิในความเสมอภาคของลูกจ้าง เช่นเดียวกันกับคำพิพากษาที่ 4, 274 ด้วยข้อตกลงอันเป็นโมฆะเกี่ยวกับสิทธิเลิกจ้างของนายจ้างตามสัญญาในกรณีลูกจ้างจดทะเบียนสมรสในระหว่างสัญญามีผลบังคับ เพราะต้องถือว่าการใช้อำนาจเจรจาต่อรองของนายจ้างที่มีเหนือกว่าลูกจ้างนั้นมีลักษณะเข้าใกล้กับการใช้อำนาจของรัฐซึ่งมีผลเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลในแดนกฎหมายมหาชน โปรดดู Göttinger Juristische Schriften, *The Law in the Information and Risk Society*, ed. Gunnar Duttge and Sang Won Lee, (Universitätsverlag Göttingen : Lower Saxony, 2011), pp.87-88.

2) ทฤษฎีผลผูกพัน*โดยอ้อม*ของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบ (Indirect Horizontal Effect) ซึ่งถือเป็นทฤษฎีกึ่งกลางระหว่างทฤษฎีผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวดิ่งกับทฤษฎีผลผูกพันโดยตรงของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบ[135] โดยเป็นผลผูกพันที่ตั้งอยู่บนข้อเรียกร้องให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะคุณค่าในรัฐธรรมนูญ ด้วยการตราเป็นกฎหมายและการตีความและบังคับใช้กฎหมายเอกชน อันก่อให้เกิดผลผูกพันสืบทอดและต่อเนื่องจากผลผูกพันโดยตรงของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจรัฐหรือผลผูกพันปฐมภูมิ เพื่อสร้างความเป็นเอกภาพและความเหมาะสมกับบริบทของสังคมในช่วงเวลาหนึ่งระหว่างกฎหมายที่มีผลบังคับในแดนกฎหมายเอกชนกับรัฐธรรมนูญ อันจะนำพาให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะรายคดีได้มากที่สุด[136] โดยเรียกผลผูกพันสืบทอดนั้นว่าผลผูกพันโดยอ้อมของสิทธิขั้นพื้นฐานหรือผลผูกพันทุติยภูมิผ่านการใช้อำนาจรัฐต่าง ๆ ดังพิจารณาได้ต่อไปนี้

2.1) ทฤษฎีผลผูกพันโดยอ้อมของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบผ่านการใช้อำนาจตุลาการ ด้วยการพิจารณาและตัดสินอรรถคดีโดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของคู่ความทุกฝ่ายที่เป็นเอกชน ดังปรากฏต้นแบบการวินิจฉัยคดีเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชน[137] ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในคดี Lüth-Urteil เกี่ยวกับคำร้องของนายลูธในประเด็นการใช้อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมโดยละเมิดต่อสิทธิแห่งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของตน โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้ยอมรับ “ระบบแห่งคุณค่า” (Wertsystem) ของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งผูกพันให้ศาลยุติธรรมต้องใช้อำนาจตุลาการด้วยการตีความการกระทำของนายลูธในการสนับสนุนให้มีการบอยคอตภาพยนตร์ของผู้กำกับคนหนึ่งภายใต้การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (มาตรา 826) ว่าเมื่อการกระทำพิพาทนั้นเป็นไปเพื่อยับยังความเกลียดชังต่อชาวยิวซึ่งเกี่ยวข้องกับประโยชน์ในทางสาธารณะ

---

[135] Stephen Gardbaum, *supra note 123*, pp.395-396.

[136] See also Christian Starck, “STATE DUTIES OF PROTECTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS,” African Journals Online, pp.24-25 (2000).

[137] ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfGE) ที่ 103, 89 (2001) เกี่ยวกับข้อตกลงอันไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อระงับสิทธิเรียกร้องค่าเลี้ยงดูหลังหย่าร้างของฝ่ายหญิงในสัญญาก่อนสมรส เนื่องด้วยอำนาจเหนือในทางเศรษฐกิจที่เป็นข้อได้เปรียบประกอบกับการละเมิดต่อสิทธิในการสมรสและการมีครอบครัวของฝ่ายชาย ในทำนองเดียวกันกับคำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศสที่ 02-10.778 เกี่ยวกับข้อผูกมัดในสัญญาเช่าให้ผู้เช่าต้องเข้าร่วมกับสมาคมแห่งผู้ค้าขายและรักษาสถานภาพสมาชิกตลอดอายุสัญญา อันเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการรวมกลุ่มของผู้เช่า

มากกว่าส่วนตน ทั้งยังเป็นความพยายามของชาวเยอรมันในการปราบปรามแนวคิดแบบนาซีที่มุ่งฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ย่อมไม่เป็นการขัดต่อ “ศีลธรรมอันดี” ดังที่ศาลยุติธรรมวินิจฉัย โดยเท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ เห็นว่าการใช้อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมนั้นละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของนายลูธ และส่งผลให้บรรดาสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลมีผลบังคับในทุกแดนกฎหมายรวมถึงแดนกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ หาได้ยอมรับผลบังคับดังกล่าวในฐานะผลผูกพันโดยตรงจากกฎหมายพื้นฐานไม่ หากแต่เป็นเพียงผลผูกพันโดยอ้อมของสิทธิขั้นพื้นฐานผ่านการใช้อำนาจรัฐเท่านั้น[138] เรียกว่า “การแผ่รังสีของคุณค่าของรัฐธรรมนูญ”[139] ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายกับคุณค่าบางประการเพื่อรับใช้ความถูกต้องและความยุติธรรม กล่าวคือ กฎหมายมิใช่เป็นเพียงข้อความคิดที่ว่างเปล่าและปราศจากซึ่งคุณค่าใดโดยสิ้นเชิงนั่นเอง[140]

2.2) ทฤษฎีผลผูกพันโดยอ้อมของสิทธิขั้นพื้นฐาน (ในฐานะสิทธิเรียกร้องต่อรัฐ) ในแนวระนาบผ่านการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ด้วยผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานโดยตรงจากรัฐธรรมนูญต่อการใช้อำนาจรัฐเช่นเดียวกันกับทฤษฎีก่อนหน้า เพียงแต่ทฤษฎีนี้มุ่งเน้นไปยังการใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายรวมถึงการใช้อำนาจบริหารในทำนองเดียวกัน โดยเฉพาะในการตรากฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองไม่ให้มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยบุคคลที่สามนอกจากรัฐ รวมถึงการก่อภาระหน้าที่เพื่อยังให้สิทธิขั้นพื้นฐานบังคับใช้ได้อย่างแท้จริงให้แก่บุคคลที่สามด้วย โดยอาจกล่าวได้ว่าผลผูกพันเช่นนี้ก่อให้เกิดมาตรการที่มีความเป็นรูปธรรมมากที่สุดในการที่รัฐเข้ามาปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนในแดนกฎหมายเอกชน[141] ดังปรากฏเป็นหลักการในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfGE) ที่ 81, 242 (1990) เกี่ยวกับเหตุผลในการตรากฎหมายว่าด้วยข้อห้ามการแข่งขันตามสัญญาของตัวแทนภายหลังจากสิ้นสุดสัญญาโดยฝ่ายนิติบัญญัติ คือ เพื่อคุ้มครองตัวแทนค้าต่างภายใต้อำนาจในทางเศรษฐกิจของนายจ้างที่มีเหนือกว่า โดยต้องรักษาและคงผลประโยชน์ของฝ่ายนายจ้างไว้ในขณะเดียวกันตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญกับแนวคิดการแบ่งแยกแดนกฎหมาย

---

[138] See also Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *supra note 77*, pp.60-61.

[139] โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75,* น.990-991.

[140] โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “กุสตาฟ ร้าดบรุค กับนิติปรัชญาสายที่สาม,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 2, ปีที่ 32, น.461 (2545).

[141] Hans D Jarass, “Grundrechte als Wertentscheidung bzw, obkektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,” AöR, pp.363, 379 (1985).

โดยถือว่า *“แต่ละแดนกฎหมายไม่ได้ดำรงอยู่อย่างอิสระโดยปราศจากความสัมพันธ์ระหว่างกัน”* กล่าวคือ แม้กฎหมาย (มหาชน) ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของนายจ้างไว้ต่อรัฐ แต่จุดมุ่งหมายที่แท้จริงของกฎหมาย คือ ผลต่อเนื่องไปยังความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนได้[142] อันส่งผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบสังคมจากเดิมที่เป็นรัฐเสรีนิยมให้เข้าใกล้สู่การเป็นรัฐสวัสดิการ (Sozialstaat)[143]

2.2.3.4 ทฤษฎีการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน

เมื่อเอกชนทุกคนต่างก็เป็นปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายมหาชนด้วยกันทั้งสิ้น การที่สิทธิขั้นพื้นฐานสามารถเข้ามามีผลบังคับในแดนกฎหมายเอกชนย่อมนำมาซึ่งเหตุการณ์การอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนหลายคนในคราวเดียวกันได้ เรียกว่า “การปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐาน” หรือความขัดแย้งในผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปในเวลาเดียวกัน โดยไม่ต้องคำนึงถึงประเภทของสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละฝ่าย ยกตัวอย่างเช่น การประกาศรับสมัครเฉพาะพนักงานชายซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงผลบังคับของเสรีภาพในการกระทำหรือเสรีภาพในการทำสัญญาของฝ่ายนายจ้างที่ปะทะกันกับสิทธิในความเสมอภาคของฝ่ายผู้สมัคร (เพศอื่น) ในช่วงเวลาก่อนเกิดนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยเหตุการณ์เช่นนี้ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับผลในทางกฎหมายซึ่งต้องพิจารณาจากการให้น้ำหนักการคุ้มครองแต่ละฝ่าย อันเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้คำตอบในฐานะผู้ที่ต้องผูกพันต่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายในฐานะปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าปัญหาดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่ระบบกฎหมายมิได้จำกัดขอบเขตการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธิไว้อย่างชัดเจน ประกอบกับการเป็นบรรทัดฐานที่มีลักษณะเป็นหลักการของสิทธิขั้นพื้นฐานและคุณค่าหรือลำดับศักดิ์ที่เสมอกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย หนทางสู่คำตอบของรัฐจึงไม่สามารถใช้วิธีการลดทอนสิทธิขั้นพื้นฐานใด ๆ ที่เกี่ยวข้องลงไปโดยสิ้นเชิงได้ อันแตกต่างไปจากบทสรุปเมื่อเกิดเหตุการณ์การปะทะกันระหว่างบรรทัดฐานที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์

ด้วยเหตุนี้ จึงก่อให้เกิดข้อเรียกร้องต่อรัฐในการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกัน เพื่อหาบทสรุปอันเป็นจุดสมดุลของการรับรองและคุ้มครองให้สิทธิ

---

[142] โปรดดู จักรกฤษณ์ มุสิกสาร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 133*, น.65.

[143] โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม,” จุลนิติ, เล่มที่ 1, ปีที่ 9, น.56-57 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2555). และ Erich Fromm et al., Das Menschenbild bei Marx, (Frankfurt am Main : Europäische Verlagsanstalt, 1963), p.15.

ขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องทั้งหมดตาม “กฎเกณฑ์ว่าด้วยการชั่งน้ำหนัก”[144] ของ Alexy หรือที่รู้จักกันทั่วไปในชื่อ “หลักการตีความรัฐธรรมนูญให้มีผลบังคับใช้ทุกมาตรา”หรือ “การตีความรัฐธรรมนูญในฐานะหน่วยที่มีความเป็นเอกภาพ” กล่าวคือ การชั่งน้ำหนักความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกันนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญและยังให้สิทธิขั้นพื้นฐานของทุกฝ่ายสามารถบังคับใช้ได้มากที่สุด โดยในขณะเดียวกันต้องไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานใดถูกลดทอนผลบังคับจนหมดไปอย่างสิ้นเชิง อันแสดงให้เห็นความสอดคล้องกันกับหลักพอสมควรแก่เหตุซึ่งเป็นหลักการสำคัญในจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ทั้งนี้ ยังปรากฏการนำ “หลักขอบเขตแห่งดุลยพินิจ” (Margin of Appreciation)[145] มาปรับใช้ในการวิเคราะห์ความขัดแย้งระหว่างสิทธิมนุษยชนโดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (ECtHR) ซึ่งประกอบไปด้วยข้อเรียกร้อง 1) การจำกัดสิทธิโดยสอดคล้องหรือเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด 2) การจำกัดสิทธิภายใต้ขอบเขตวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายแห่งสิทธินั้น และ 3) การจำกัดสิทธิด้วยความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยอีกด้วย

แม้ในระบบกฎหมายอเมริกันได้ให้ความสำคัญอย่างมากกับสิทธิในความเสมอภาคเพราะถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ล้วนมีต้นกำเนิดมาจากสิทธิดังกล่าว ดังนั้น จึงไม่มีสิทธิใดโดยเฉพาะสิทธิในการมีอิสรภาพอาจขัดต่อสิทธิในความเสมอภาคได้[146] หรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า “หลักความเสมอภาคอยู่เหนือหลักเสรีภาพ”[147] อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับลำดับศักดิ์ของหลักความเสมอภาคข้างต้นย่อมเป็นไปได้เฉพาะแต่ในแดนกฎหมายมหาชน เพราะต้องถือว่าหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายนี้เป็นเรื่องของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและความมั่นคงของรัฐ ซึ่งแสดงให้ถึงการมีน้ำหนักการคุ้มครองในระดับที่มากกว่าหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนที่

---

[144] โปรดดู ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17,* น.144-148. และ Robert Alexy, “Die Gewichtsformel,” GS für Jürgen Sonnenschein, pp.771, 773 (2003).

[145] Sybe A. de Vries, “Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice,” the Utrecht Law Review, No.1, Vol.9, p.183 (2013).

[146] See also Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, (London : Duckworth, 1978), pp.273–274.

[147] Claude-Albert Colliard, Libertés publiques, 6th ed. (Paris : Dalloz, 1982), p.198.

มีการถ่วงน้ำหนักด้วยหลักอิสระในทางแพ่งหรือหลักผลประโยชน์ส่วนบุคคล[148] มิเช่นนั้น อาจกลายเป็นการยอมให้การดำเนินการใด ๆ ของเอกชนในแดนกฎหมายเอกชนจำต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นเดียวกับการใช้อำนาจรัฐ[149]

ตัวอย่างผลแห่งการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกันที่เกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชน ได้แก่ 1) การกำหนดเงื่อนไขอันเป็นข้อจำกัดแห่งข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทางการค้าในสัญญาตัวแทนการค้าในประมวลกฎหมายพาณิชย์ของฝรั่งเศส มาตรา L134-14 จากการปะทะกันระหว่างเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการจำกัดสิทธิกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพของคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกจำกัดสิทธิ[150] 2) กฎหมายว่าด้วยการทำแท้งซึ่งเป็นผลจากการปะทะกันระหว่างสิทธิในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเองของมารดากับสิทธิในชีวิตร่างกายและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทารก[151] 3) รัฐบัญญัติว่าด้วยความปลอดภัยทางอากาศ (LuftSiG) ซึ่งเป็นกรณีความขัดแย้งระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของผู้โดยสารบนเครื่องบินที่อาจถูกใช้เป็นอาวุธโจมตี

---

[148] See also Pavel Ondřejek, “A Structural Approach to the Effects of Fundamental Rights on Legal Transactions in Private Law,” European Constitutional Law Review, No.2, Vol.13, pp.297-302 (2017).

[149] See also Johannes Hager, “Grundrechte im Privatrecht,” JZ, p.373 (1994).

[150] โดยไม่อาจกำหนดให้ข้อสัญญาเช่นว่ามีผลเป็นโมฆะในทุกกรณีได้เพราะย่อมเป็นการลดทอนผลบังคับของเสรีภาพในการทำสัญญาไปอย่างสิ้นเชิง ทั้งนี้ โดยเฉพาะสำหรับเงื่อนไขแห่งสัญญาแรงงานภายใต้ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส (มาตรา 120-2) ยังได้กำหนดความรับผิดในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของนายจ้างที่ละเมิดต่อเสรีภาพของลูกจ้าง โดยปราศจากเหตุอันสมควรเกี่ยวกับสภาพการงานเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเป็นไปอย่างไม่ได้สัดส่วนต่อวัตถุประสงค์ แม้เป็นการเลิกจ้างด้วยเหตุแห่งความประพฤติผิดร้ายแรงก็ตาม ดังปรากฏเหตุผลในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 07-41.791 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfGE) ที่ 81, 242 เกี่ยวกับบทบัญญัติทำนองเดียวกันนี้ในมาตรา 90a แห่งกฎหมายพาณิชย์ (HGB))

[151] ทั้งนี้ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfGE) ที่ 39,1 ปรากฏความเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ทำการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาไปโดยมิได้คำนึงถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของทารกในครรภ์

ประชาชนภาคพื้นดินกับสิทธิในการมีชีวิตของประชาชนดังกล่าว[152] และ 4) กฎหมายว่าด้วยการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ซึ่งเป็นการปะทะกันระหว่างเสรีภาพในการสื่อสารหรือแสดงความคิดเห็นกับสิทธิในชื่อเสียงและความเป็นส่วนตัว

จากตัวอย่างข้างต้นเมื่อได้พิจารณาประกอบกับกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติหรือกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและสนับสนุนกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ จะพบว่า หลักความเสมอภาคกลายเป็นฝั่งที่ถูกลดทอนผลบังคับมากกว่า เพราะสำหรับแดนกฎหมายเอกชนนั้นนอกจากหลักอิสระในทางแพ่งแล้ว น้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนฝ่ายตรงข้ามกับผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคมักได้รับการถ่วงดุลด้วยความคล่องตัวของระบบเศรษฐกิจหรือการหมุนเวียนในตลาดสินค้าหรือบริการอีกแรงหนึ่ง ดังนั้น หากรัฐมุ่งให้การรับรองและคุ้มครองแต่หลักความเสมอภาคเป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงผลข้างเคียงและความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันซึ่งส่วนใหญ่ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งระบบเศรษฐกิจและการหมุนเวียนสินค้าหรือบริการดังกล่าว ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเมื่อแลกกับการดำรงอยู่ซึ่งหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนย่อมไม่คุ้มค่ากับ ดังพิจารณาให้เห็นภาพได้จากกรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้บริษัทเอกชนจะต้องจ้างลูกจ้างแต่ละเพศด้วยอัตราส่วนหนึ่งต่อหนึ่ง โดยนอกจากจะเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากด้วยสัดส่วนด้านเพศของประชากรโลกและในตลาดแรงงานปัจจุบัน ผลแห่งกฎหมายดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความชะงักงันในการดำเนินธุรกิจ ทั้งยังเป็นการบั่นทอนคุณค่าประสบการณ์และความสามารถของลูกจ้าง ซึ่งในประการสุดท้ายย่อมสร้างความเสียหายแก่ทุกฝ่ายไม่ว่าจะต่อผลกำไรของบริษัทหรือความรู้สึกภายในจิตใจของลูกจ้าง ทั้งนี้ บทสรุปของเรื่องนี้อาจเป็นไปได้มากที่สุดด้วยการสร้างกรอบหรือเกณฑ์ในเชิงการมอบความเสมอภาคในการเข้าถึงโอกาสเท่านั้น อย่างการรับสมัครงานโดยไม่จำกัดเพศ การคัดเลือกผู้สมัครงานและการเลื่อนตำแหน่งงานโดยไม่ใช้เพศเป็นเกณฑ์การตัดสิน หรือการกำหนดโควตาเฉพาะในคณะกรรมบริหารที่มีจำนวนคนไม่มากจนเกินไปและมีผู้ที่เข้าเกณฑ์การคัดเลือกดำรงตำแหน่งจากหลากหลายแผนกและสายงาน ซึ่งเพียงพอให้การกำหนดโควตาเกี่ยวกับเพศสามารถเป็นไปได้ในอัตราส่วนที่ก่อให้เกิดความเท่าเทียมมากที่สุด

---

[152] อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfGE) ที่ 115, 118 กลับปรากฏความเห็นว่ารัฐบัญญัติดังกล่าวมิได้คุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตรวมทั้งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้โดยสารบนเครื่อง ทั้งการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานก็ไม่อาจใช้วิธีการพิจารณาจากจำนวนของประชากร ด้วยการเพิกเฉยต่อสิทธิของประชาชนส่วนน้อยเพื่อรักษาชีวิตของประชาชนส่วนมาก เพราะรัฐมีหน้าที่คุ้มครองประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกันและการเปรียบเทียบมนุษย์ในเชิงคุณค่าเป็นเรื่องที่ไม่สามารถทำได้

ด้วยเหตุทั้งหมดนี้ การหาบทสรุปในกรณีที่มีการปะทะกันระหว่างสิทธิในความเสมอภาคกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นจึงเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องได้รับการพิจารณาเป็นรายกรณีไป และต้องสอดคล้องกับความเห็นและความรู้สึกส่วนใหญ่ของสังคมซึ่งจะถ่ายทอดและชี้ขาดผ่านตัวแทนสังคมอย่างผู้ใช้อำนาจรัฐ ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภาหรือคณะตุลาการ อันจะนำพามาซึ่ง “ความยุติธรรมเฉพาะรายกรณี” อย่างไรก็ตาม ด้วยความจำเป็นในทางปฏิบัติและข้อเรียกร้องของสังคมถึงความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะของผู้ที่อาจตกอยู่ใต้บังคับแห่งหลักความเสมอภาคตามกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่อาจนำมาใช้เป็นกรอบแห่งการกระทำหรือความประพฤติของบุคคล ได้ส่งผลให้การรอคอยบรรทัดฐานแห่งความยุติธรรมของแต่ละรายกรณีไม่อาจตอบสนองสิ่งเหล่านี้ได้ ซึ่งสอดคล้องกับเหตุผลในการยอมรับระบบกฎหมาย Civil Law ของสังคมหนึ่ง ๆ เพื่อประกันความมั่นคงในระบบกฎหมายที่มากกว่า[153] ดังนั้น รัฐสภาจึงมีหน้าที่และความจำเป็นที่จะต้องค้นหาแกนกลางแห่งความยุติธรรมเฉพาะรายกรณีดังกล่าว เพื่อนำมาตราเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายอย่างกว้าง โดยสามารถนำมาปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงใด ๆ ที่มีปัจจัยแวดล้อมร่วมกันได้ ดังปรากฏเป็นกฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอันเนื่องด้วยเหตุต่าง ๆ ในหลายรัฐ ทั้งนี้ ผลเช่นนี้ยังสามารถแสดงให้เห็นได้ถึงกระบวนการที่ทำให้หลักการในรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นนามธรรมสูงถูกนำมาใช้งานได้อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ อันเป็นการผลักดันแนวความคิดจากเดิมที่เรียกกระบวนการดังกล่าวว่าเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานให้กลายเป็น “การทำให้เป็นรูปธรรมโดยกฎหมาย” หรือ “การประกันโดยกฎหมาย”[154] นั่นเอง

2.2.3.5 ทฤษฎีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

ไม่ว่าเมื่อใดที่เกิดการปะทะกันของสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นย่อมส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของทุกฝ่าย เพื่อยังให้ทุกสิทธินั้นสามารถบังคับใช้ได้มากที่สุดในเวลาเดียวกัน ดังนั้น การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจึงหมายถึงการจำกัด “ผลบังคับ” ของสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเอง โดยอาจเป็นผลจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธินั้นเองหรือบทบัญญัติทั่วไปในรัฐธรรมนูญว่าด้วยการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ทั้งนี้ โดยเฉพาะในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชนจะต้องมีการตรากฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดแห่งการจำกัดสิทธิดังกล่าวโดยรัฐสภาอีกหนึ่งชั้นเสียก่อน ด้วยผลสืบเนื่องจากการใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นว่า “...ตามที่กฎหมายบัญญัติ...”[155] อย่างไรก็ตาม แม้โดยส่วนใหญ่รัฐธรรมนูญจะมิได้บัญญัติถึงเงื่อนไข

---

[153] โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 143*, น.55.

[154] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.520.

[155] โปรดพิจารณาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2545 และที่ 40/2545

แห่งการจำกัดสิทธิในความเสมอภาคไว้โดยเฉพาะ แต่ก็มิอาจแปลได้ว่าสิทธิในความเสมอภาคนั้นไม่อาจถูกจำกัดผลบังคับได้เลยหรืออาจถูกจำกัดผลบังคับได้โดยปราศจากเงื่อนไขใด ๆ มิเช่นนั้นแล้วอาจทำให้สิทธินี้กลายเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองในระดับที่มีคุณค่าสูงสุดหรือด้อยกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดสิทธินั้นโดยเฉพาะ เพราะไม่ว่าอย่างไรการจำกัดสิทธิในความเสมอภาคก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักการทั่วไปว่าด้วยการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

หลักเกณฑ์ทั่วไปในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถพิจารณาได้จากมาตรา 26 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ว่าด้วยเงื่อนไขการใช้อำนาจนิติบัญญัติ (รวมถึงอำนาจบริหาร) ในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยจะต้อง 1) ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม 2) เป็นไปตามหลักพอสมควรแก่เหตุ คือ เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ผลตามที่ต้องการตาม**หลักความเหมาะสม** โดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุดตาม**หลักความจำเป็น** อีกทั้ง ต้องเป็นไปอย่างพอสมควรแก่เหตุและได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการเมื่อได้มีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับสิ่งที่ต้องสูญเสียไปตาม**หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ** 3) ไม่กระทบต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลซึ่งถือเป็นสารัตถะแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งปวง และ 4) ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิไว้ด้วย นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่สาม รวมถึงคุณค่าอื่น ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน[156] หลักเกณฑ์ที่ไม่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร[157] และหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายประกอบด้วยเสมอ

เนื่องจากการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองที่ต้องคำนึงถึงหลักความอิสระในทางแพ่งเป็นสำคัญ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนในแดนกฎหมายเอกชนจึงเป็นเรื่องของความจำเป็นอันเป็นประจักษ์เพื่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนอีกฝ่ายอย่างแท้จริง ดังปรากฏตัวอย่างการจำกัดสิทธิส่วนใหญ่ในมิติการจ้างแรงงานและมิติการทำสัญญาซึ่งมักมีเอกชนฝ่ายหนึ่งมีอำนาจใด ๆ อ่อนแอกว่าในความสัมพันธ์ โดยการจำกัดสิทธิในแดนกฎหมายเอกชนต้องเป็นผลสืบเนื่องมาจากการใช้อำนาจรัฐเป็นสำคัญ ซึ่งอาจเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อตรากฎหมาย เช่น กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม และกฎหมายคุ้มครอง

---

[156] โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7,* น.547.

[157] เช่น กฎหมายที่ตราขึ้นจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องชัดเจนแน่นอน เป็นต้น โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน: “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 2, ปีที่ 30, น.194 (มิถุนายน 2543).

ผู้บริโภค เป็นต้น หรือการใช้อำนาจตุลาการเพื่อตีความและบังคับใช้กฎหมาย เมื่อปรากฏช่องว่างในระบบกฎหมายไม่ว่าเป็นความตั้งใจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ก็ตาม โดยที่ศาลก็ยังคงต้องใช้ดุลยพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นภายใต้หลักทั่วไปในการ (ตรากฎหมาย) จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน แม้ไม่ปรากฏหลักการโดยเฉพาะสำหรับการใช้อำนาจตุลาการในกรณีเช่นนี้ มิเช่นนั้น ย่อมเป็นการเปิดช่องให้ศาลกลายเป็นผู้มีอำนาจในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้อย่างอิสระตามอำเภอใจ เมื่อเทียบกับฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารในฐานะผู้ที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการจำกัดสิทธิ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเพิ่มเติมกรอบอำนาจดุลยพินิจดังกล่าวให้ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เฉพาะ[158] โดยเฉพาะในการตีความและบังคับใช้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่าด้วยรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน อย่างหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ หลักการมีผลบังคับในทางปฏิบัติของบทบัญญัติทุกบทบัญญัติ หลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หลักบูรณภาพแห่งรัฐธรรมนูญ และหลักความมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ

ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพและเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ยังอาจตั้งข้อสังเกตได้อีกประการถึงแดนกฎหมายเอกชนบนพื้นฐานแห่งหลักอิสระในทางแพ่ง ซึ่งอาจก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเอกชนด้วยกันเองได้ผ่านนิติกรรมหรือนิติเหตุ โดยเฉพาะเมื่อปรากฏการมีอยู่ของอำนาจเหนือระหว่างเอกชนในความสัมพันธ์นั้น ๆ ประกอบกับการที่เอกชนมิได้มีความผูกพันต่อหลักการทั่วไปหรือโดยเฉพาะแห่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังเช่นกรณีการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น ผลบังคับแห่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกิดขึ้นโดยเอกชนนั้นจะเป็นไปได้หรือไม่และมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่ความชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญ ดังพิจารณาตัวอย่างให้เห็นภาพยิ่งขึ้นได้จากหลักการต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือกฎหมายแพ่งว่าด้วยการใด ๆ อันมีผลเป็นกระทบต่อการบังคับใช้สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของบุคคลอื่น เช่น บทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรม หนี้ สัญญา ละเมิด หรือเอกเทศสัญญา เป็นต้น

2.2.4 ผลบังคับของหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชน

2.2.4.1 ลักษณะผลบังคับของหลักความเสมอภาค

ลักษณะของผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนสามารถเกิดขึ้นได้อย่างน้อย 2 ประการ โดยถือเป็นการถอดแบบหรือสืบทอดภารกิจแห่งสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในแดนกฎหมายมหาชน ดังสามารถพิจารณาได้ต่อไปนี้

---

[158] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 107*, น.140-141.

(1) การคุ้มครองหลักความเสมอภาคในเชิงป้องกัน (Preventive protection)

ผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนลักษณะนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากข้อเรียกร้องให้รัฐไม่อาจเข้ามาแทรกแซงหรือละเมิดต่อสิทธิในความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลในฐานะสิทธิเชิงป้องกัน (Status negativus) ซึ่งเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่าเป็น “สิทธิขั้นพื้นฐานในเชิงปฏิเสธอำนาจรัฐ” โดยถือเป็นการคุ้มครองที่มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการคุ้มครอง “สิทธิมนุษยชน” ด้วยการก่อให้เกิดหน้าที่แก่ทุกคนต้องกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ ด้วยความเคารพต่อสิทธิเช่นว่านี้ของบุคคลอื่น โดยผลแห่งการละเมิดและความรับผิดของผู้ละเมิดสิทธิในความเสมอภาคตามความคุ้มครองนี้อาจเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยละเมิด ซึ่งถือเป็นผลที่เกิดจากการตีความและบังคับใช้หลักกฎหมายเอกชนทั่วไปของศาล หรือตามกฎหมายว่าด้วยการขจัดมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจนิติบัญญัติ (รวมถึงอำนาจบริหาร) เพื่อรับรองผลบังคับโดยตรงต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน

(2) การคุ้มครองหลักความเสมอภาคในเชิงสนับสนุน (Supportive protection)

ผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนลักษณะนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากข้อเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการใด ๆ อันมีวัตถุประสงค์ในการขจัดความไม่เท่าเทียมหรือความเหลื่อมล้ำเชิงโครงสร้าง อันมีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงบวก เพื่อยังให้เกิดการบังคับใช้สิทธิในความเสมอภาคได้อย่างแท้จริงในฐานะสิทธิเชิงบวก (Status positivus) โดยถือเป็นการคุ้มครองที่มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการคุ้มครอง “สิทธิพลเมือง” ดังนั้น การคุ้มครองในลักษณะนี้ย่อมก่อภาระหน้าที่ให้แก่เอกชนในฐานะเครื่องมือหนึ่งของรัฐ เพื่อดำเนินการใด ๆ อันเป็นประโยชน์ต่อเอกชนผู้อื่นและบรรลุซึ่งภารกิจของรัฐนั่นเอง ดังแสดงให้เห็นตัวอย่างได้จากมาตรการส่งเสริมการใช้สิทธิในความเสมอภาคในกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง เช่น กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ และกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน เด็ก หรือผู้พิการ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผลผูกพันของหลักความเสมอภาคต่อเอกชนเป็นเพียงผลผูกพันทุติยภูมิ ดังนั้น หน้าที่ดังกล่าวของเอกชนจึงไม่สมควรมีขอบเขตได้อย่างกว้างขวางดังกรณีรัฐ อีกทั้ง เมื่อการกำหนดหน้าที่ตามกฎหมายให้แก่เอกชนยังมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำของเอกชนด้วย การตีความและบังคับใช้กฎหมายที่ได้กำหนดหน้าที่นั้นจึงต้องเป็นไปอย่างแคบตราบเท่าที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น ยังต้องอยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยไม่อาจสร้างภาระเกินสมควรให้แก่เอกชน เช่น การกำหนดความรับผิดในทางอาญาในฐานการงดเว้นหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าว การกำหนดหน้าที่ให้แก่นายจ้างในการดำเนินการใด ๆ โดยสร้างภาระหรือค่าใช้จ่ายมากเกิน

สมควร[159] และการกำหนดหน้าที่ด้วยมาตรฐานเดียวกันต่อเอกชน โดยมิได้คำนึงถึงสมรรถภาพความสามารถของเอกชนนั้นซึ่งเป็นเพียงบุคคลธรรมดาหรือองค์กรขนาดเล็ก เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ จึงแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการจำกัดขอบเขตแห่งผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนซึ่งจะได้พิจารณารายละเอียดในหัวข้อถัดไป

2.2.4.2 ขอบเขตผลบังคับของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคย่อมส่งผลเป็นการจำกัดขอบเขตหลักความอิสระตามหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน[160] และหลักไม่มีเสรีภาพใดแม้กระทั่งความอิสระในทางแพ่งของปัจเจกบุคคลดำรงอยู่ได้โดยปราศจากข้อจำกัด[161] ถึงกระนั้นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชนโดยหลักความเสมอภาคดังกล่าวก็ไม่อาจเป็นไปโดยปราศจากขอบเขตเช่นกัน มิเช่นนั้น ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะของเอกชนมากเกินสมควร ดังนั้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดขอบเขตผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายนี้ไว้อย่างชัดเจน ด้วยการตรากฎหมายถึงรายละเอียดแห่งสิทธิในความเสมอภาค โดยเฉพาะเมื่อต้องการกำหนดให้เอกชนมีหน้าที่ในทางกฎหมายตามเนื้อหาแห่งสิทธิดังกล่าว ซึ่งมีผลเป็นการลดทอนเสรีภาพในการกระทำของเอกชนนั้นลงในขณะเดียวกัน โดยขอบเขตดังกล่าว ได้แก่

(1) ขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง (Personal scope)

1) ผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาค[162] ซึ่งจำเป็นต้องแบ่งแยกการพิจารณาเป็น 2 กรณีตามลักษณะแห่งสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยกรณีแรก ได้แก่ **การเป็นผู้ทรงสิทธิในความเสมอ**

---

[159] โปรดดู ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส มาตรา L5213-6

[160] ดังปรากฏเป็นสาระสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญว่า *"...การใดที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายมิได้ห้ามหรือกำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิหรือเสรีภาพไว้ บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการนั้น ๆ ได้อย่างเสรีและถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย"* ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 (มาตรา 25) โปรดดู คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, "คำอธิบายสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญ เล่มที่ 1," สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2563, จาก https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=440&filename=index.

[161] Eduard Picker, "Anti-Discrimination as a Program of Private Law," German Law Journal, No.8, Vol.4, p.780 (2003).

[162] โปรดดู กานต์สินี ศิริ, "ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคในพรมแดนกฎหมายเอกชน," ใน หนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการ (Proceedings) การ

ภาคในฐานะสิทธิเชิงป้องกัน ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชน ดังนั้น เงื่อนไขอย่างน้อยที่สุดของการเป็นผู้ทรงสิทธิเช่นนี้ในทุกแดนกฎหมาย นั่นคือ **“ความเป็นมนุษย์”** และเมื่อไม่เป็นการขัดต่อสภาพและเนื้อหาแห่งสิทธิในความเสมอจึงต้องหมายความรวมถึงการเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนด้วย[163] ดังปรากฏเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมและกฎหมายแพ่งต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้ผลบังคับของหลักความเสมอภาค นอกจากนี้ จากที่ได้บทสรุปแล้วว่าการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคโดยเอกชนด้วยกันอาจเกิดขึ้นได้แม้ไม่ปรากฏการมีอยู่ของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน แต่ก็การละเว้นถึงการพิจารณาถึง **“การเป็นผู้เสียหายโดยตรง”** ย่อมส่งผลให้ไม่ว่าผู้ใดก็อาจกลายเป็นผู้ถูกละเมิดสิทธิในความเสมอภาคได้เพียงเพราะการเป็นเจ้าขององค์ประกอบพื้นฐานร่วมกับผู้ถูกเลือกปฏิบัติ แม้ว่าผู้นั้นจะยกเอาความเสียหายเชิงจิตใจจากการถูกเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาอ้างก็ตาม โดยความเสียหายโดยตรงนั้นหมายถึงการตกอยู่ในสถานะที่การเลือกปฏิบัติได้สร้างความเสียหายอย่างแน่แท้แก่ผู้เสียหาย ไม่ว่าเป็นความเสียหายในเชิงกายภาพหรือจิตใจ ยกตัวอย่างเช่นในการอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยเจ้าของห้างสรรพสินค้าต่อผู้เข้าใช้บริการที่พิการ แม้ผู้ที่อาจเข้าใช้บริการในห้างฯ ระหว่างเวลาทำการอาจเป็นผู้พิการคนใดก็ได้ในรัฐ แต่ผู้เสียหายโดยตรงในกรณีนี้ คือ ผู้พิการที่อยู่ในภาวะใกล้ชิดกับการได้เข้าใช้บริการดังกล่าวด้วยความสุจริต และการเลือกปฏิบัติของห้างฯ เกี่ยวข้องกับความพิการของผู้พิการโดยชัดแจ้ง ซึ่งสรุปได้ว่าการเป็นผู้เสียหายโดยตรง คือ การพิจารณาถึง **“ความสามารถในก่อนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน”** ของผู้เสียหายนั่นเอง

ส่วนอีกกรณีหนึ่ง คือ **การเป็นผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิเชิงบวก**นั้นอาจไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในแดนกฎหมายเอกชน ด้วยเหตุผล จากการสืบทอดพันธกิจของสิทธิในความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็นสิทธิพลเมืองซึ่งก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องต่อรัฐในการดำเนินการใด ๆ เพื่อยังให้สิทธิในความเสมอภาคสามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริง แต่เมื่อสิทธิในความเสมอภาคเช่นนี้ปรากฏตัวอยู่ในแดนกฎหมายเอกชนซึ่งเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันบนพื้นฐานแห่งความอิสระและความสมัครใจของเอกชนเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่อาจก่อให้เกิดสภาวะดังเช่น

ประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 2 หัวข้อ จินตนาการใหม่ ภูมิทัศน์นิติศาสตร์ไทย, (เชียงใหม่ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2563), น.248-257.

[163] แม้ตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังคงถือว่านิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนมิอาจเป็นทั้งผู้ที่ต้องผูกพันต่อสิทธิและผู้ได้รับประโยชน์ตามสิทธิในความเสมอภาคในเวลาเดียวกันได้ เว้นแต่ในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนด้วยกัน โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.132.

ในแดนกฎหมายมหาชนบนพื้นฐานแห่งเจตจำนงร่วมกันของสังคมและการยอมรับอำนาจปกครองของรัฐที่ยังให้สิทธิพลเมืองสามารถบังคับได้ ด้วยเหตุนี้ หน้าที่ตามกฎหมายของเอกชนตามสิทธิในความเสมอภาคในฐานะเช่นนี้ถือเป็นเพียงเครื่องมือหนึ่งของรัฐในการดำเนินภารกิจแห่งรัฐ และเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชนผู้หน้าที่นั้นเท่านั้น ดังนั้น เมื่อการที่เอกชนงดเว้นหน้าที่จะสร้างความเสียหายต่อเอกชนผู้อื่นก็ก่อความรับผิดในทางกฎหมายให้เอกชนนั้นนอกไปจากความรับผิดต่อรัฐ เพราะความเสียหายนั้นเป็นผลที่เกิดขึ้นต่อส่วนรวมหาใช่ผู้อาจได้รับประโยชน์จากการนั้นโดยตรง ในทำนองเดียวกับบรรดาความผิดอาญาต่อรัฐซึ่งแม้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น แต่ผู้นั้นก็ไม่อาจเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายอาญาประกอบกฎหมายว่าด้วยวิธีการพิจารณาความอาญาได้ มิเช่นนั้น ย่อมเป็นการลดทอนเสรีภาพในการกระทำของเอกชนผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายเกินสมควร อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการกำหนดให้การงดเว้นไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสมตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (CRPD) เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่ากรณีนี้เป็นรูปแบบสิทธิและหน้าที่เดียวของสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิเชิงบวกที่อาจเกิดขึ้นได้ในแดนกฎหมายเอกชน

2) ผู้มีหน้าที่ตามหลักความเสมอภาค ซึ่งจำเป็นต้องแบ่งแยกการพิจารณาเป็น 2 กรณีตามลักษณะแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นเดียวกันกับการพิจารณาผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาค นั่นคือ **ผู้มีหน้าที่ตามสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิเชิงป้องกัน** ซึ่งเมื่อมนุษย์ทุกคนสมควรได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาค ดังนั้น มนุษย์ทุกคนก็ย่อมมีหน้าที่ในการเคารพสิทธิเช่นเดียวกันนี้ของผู้อื่นเสมอด้วย เมื่อได้กระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ อันมีผลเป็นการก่อนิติกรรมหรือนิติเหตุ อย่างไรก็ตาม สำหรับข้อเรียกร้องห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัตินั้น ในกรณีที่เอกชนได้กระทำการย่อมเป็นที่ชัดเจนอยู่เสมอแล้วว่าผูกพันต่อข้อเรียกร้องดังกล่าว แต่สำหรับการไม่กระทำการต้องพิจารณาต่อไปว่าเมื่อเปรียบเทียบกับผู้อื่นแล้วผู้เสียหายถูกเลือกปฏิบัติโดยการไม่กระทำการของเอกชนนั้นหรือไม่ กล่าวคือ หากเอกชนเลือกที่จะไม่กระทำการต่อทุกคน ความเสียหายต่อสิทธิในความเสมอภาคย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เว้นแต่เป็นเรื่องที่เอกชนนั้นมีหน้าที่โดยตรงตามกฎหมายและการงดเว้นหน้าที่ดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่ผู้อาจได้รับประโยชน์โดยตรง อย่างกรณีการงดเว้นไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสมตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (CRPD) ซึ่งแตกต่างจากกรณีการงดเว้นหน้าที่ตามกฎหมายที่เอกชนมีฐานะเป็นเครื่องมือดำเนินภารกิจรัฐตามสิทธิในเชิงบวก ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่าในแดนกฎหมายเอกชนนั้นแทบไม่ปรากฏการมีอยู่ของ**ผู้มีหน้าที่ตามสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิเชิงบวก** ซึ่งสอดคล้องกับบทสรุปที่ได้พิจารณาไปในหัวข้อก่อนว่าการเป็นผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิเชิงบวกนั้นอาจไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในแดนกฎหมายเอกชนเช่นกัน ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าใน การพิจารณาถึงขอบเขต

ผลบังคับแห่งกฎหมายต่อบุคคลในลักษณะนี้ต้องเป็นไปโดยแคบและเคร่งครัด กล่าวคือ ศาลไม่อาจตีความและบังคับใช้กฎหมายเพื่อขยายขอบเขตผู้มีหน้าที่ตามหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน เพื่อก่อหน้าที่บางประการแก่เอกชนนอกเหนือไปจากหน้าที่ตามนิติกรรมหรือนิติเหตุได้ มิเช่นนั้น ย่อมส่งผลเป็นการทำลายหลักอิสระในทางแพ่งไปโดยสิ้นเชิง

(2) ขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง (Material scope)

หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชนเป็นผลพวงที่เกิดขึ้นจากรูปแบบความสัมพันธ์ที่มีรัฐฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ถืออำนาจการผูกขาด (Monopolist) ดังนั้น เมื่อหลักความเสมอภาคเข้ามามีผลบังคับในแดนกฎหมายเอกชนจึงต้องนำพาเอาเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดผลบังคับแห่งหลักการมาด้วย กล่าวคือ ผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนย่อมเกิดขึ้นได้เฉพาะในกรณีที่ปรากฏลักษณะความสัมพันธ์ที่ใกล้เคียงกับความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชน นั่นคือ สภาวะที่เอกชนฝ่ายหนึ่งมีอำนาจโดยเฉพาะอำนาจในทางเศรษฐกิจเหนือกว่าเอกชนอีกฝ่ายในความสัมพันธ์ ซึ่งมักปรากฏตัวในรูปแบบ “ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์” หรือตลาดทรัพยากรที่ประกอบไปด้วยเอกชนเพียงรายเดียวหรือน้อยราย ยกตัวอย่างเช่นการที่ร้านค้าหนึ่งปฏิเสธการจำหน่ายสินค้าให้แก่บุคคลที่มีเชื้อชาติเอเชีย หากเหตุการณ์นี้เกิดขึ้นในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ผู้ซื้อย่อมเลือกที่จะเสนอซื้อสินค้าชนิดเดียวกันจากร้านค้ารายอื่นได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติของร้านค้านั้นไม่ก่อให้เกิดความเสียหาจากการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคแต่อย่างใด และบทลงโทษที่มีต่อร้านค้านั้นอาจเกิดขึ้นเฉพาะในรูปแบบการลงโทษจากสังคมเท่านั้น เช่น การถูกคว่ำบาตร (Boycott) จากผู้บริโภค เป็นต้น ซึ่งถือว่าเพียงพอที่จะก่อให้เกิดผลร้ายจากการกระทำอันไม่เป็นธรรม แม้ว่าผลดังกล่าวจะจำกัดโอกาสในการตัดสินใจอย่างอิสระของเอกชนเจ้าของร้านค้ามากขึ้นก็ตาม[164] ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถกำหนดให้เกณฑ์ **“ความสัมพันธ์ที่ตกอยู่ภายใต้สภาวะแห่งการผูกขาดอำนาจใด ๆ ของเอกชนฝ่ายหนึ่ง”** ถือเป็นข้อพิจารณาแรกในการกำหนดขอบเขตเนื้อหาของผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนได้

นอกจากนั้น **“ความเป็นสาธารณะ”** ยังเป็นอีกหนึ่งในข้อพิจารณาสำคัญที่เป็นสรุปจากการประมวลผลบรรดาหลักกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคที่บังคับใช้ในแต่ละรัฐ โดยเฉพาะในระบบกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสซึ่งได้อนุวัติหลักการนี้มาจากกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป ประกอบกับบรรทัดฐานของศาลในคดีต่าง ๆ กล่าวคือ สภาวะที่มีความเป็นไปได้มากที่สุดที่จะเกิดการปะทะกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนด้วยกัน นั่นคือ เมื่อใดก็ตามที่มีการบังคับใช้สิทธิ

---

[164] See also Matthias E. Storme, *supra note 108.*

ขั้นพื้นฐานของเอกชนเกี่ยวข้องกับแดนสาธารณะ[165] โดยไม่ต้องคำนึงถึงการมีอยู่ของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน ในทำนองเดียวกันกับปัจจัยที่ก่อให้เกิดการอันเป็นละเมิดได้ โดยต้องถือว่าหลักความเป็นสาธารณะนั้นได้สร้างเกราะกำบังให้แก่การบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชน เพื่อคงไว้ซึ่งหลักอิสระในทางแพ่ง ดังแสดงให้เห็นได้จากผลบังคับของหลักความเสมอภาคที่สมควรปรากฏในกรณีที่เจ้าของสนามฟุตบอลเอกชนไม่อนุญาตให้ชายผู้หนึ่งเข้าชมการแข่งขัน[166] เมื่อการแข่งขันนัดนั้นเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปสามารถซื้อตั๋วเข้าชมได้ ในขณะที่การไม่อนุญาตให้ผู้ใดเข้าบ้านพักส่วนตัวของเจ้าของบ้านไม่สมควรมีหลักความเสมอภาคเข้ามาเกี่ยวข้อง ทั้งยังเป็นเรื่องการถ่วงดุลน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเจ้าของบ้านด้วยผลบังคับแห่งสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลและสิทธิในทรัพย์สินอีกด้วย ทั้งนี้ ตัวอย่างดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของระดับผลบังคับของหลักความเสมอภาคในความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานหลายประเภท ดังในกรณีการรับสมัครลูกจ้างเพื่อเข้าทำงานในโรงงานอุตสาหกรรมกรณีหนึ่งและเพื่อเข้าทำงานในที่รโหฐานอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งแม้ทั้งสองกรณีได้มีการประกาศรับสมัครต่อสาธารณชนทั้งคู่ แต่จะเห็นได้ว่ากรณีการรับสมัครงานเพื่อเข้าทำงานในที่รโหฐานมีการปรากฏตัวของผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องหลากหลายประเภทในจำนวนและความเข้มข้นที่มากกว่าอีกกรณี โดยเฉพาะในความเป็นส่วนบุคคลของสถานที่ทำงาน ยิ่งไปกว่านั้น ความแตกต่างกันของระดับผลบังคับแห่งหลักความเสมอภาคยังอาจแตกต่างกันได้ เมื่อปรากฏความแตกต่างในระดับความสามารถหรือปัจจัยด้านอื่น ๆ เกี่ยวกับผู้มีหน้าที่ตามหลักความเสมอภาค ดังตัวอย่างที่เกิดขึ้นในการบังคับใช้กฎหมายเรื่องเดียวกันโดยแตกต่างกันต่อโรงงานอุตสาหกรรมแต่ละขนาด และหน้าที่เพิ่มเติมของนายจ้างเมื่อในสถานประกอบกิจการมีจำนวนลูกจ้างถึงขนาดตามกฎหมายกำหนดนั่นเอง

2.2.4.3 ข้อยกเว้นของผลบังคับของหลักความเสมอภาค

ด้วยสภาพบีบบังคับทั้งจากสังคมและกฎหมายที่มุ่งรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคเป็นการปิดกั้นความอิสระในการตัดสินใจและการกระทำของเอกชน และเพื่อป้องกันความเสี่ยงในความรับผิดการใด ๆ อันขัดต่อหลักความเสมอภาคจึงเกิดความพยายามในการหลีกเลี่ยงปัจจัยที่จะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันต้องตกอยู่ใต้ขอบเขตหลักความเสมอภาค โดยเฉพาะความข้องเกี่ยวกับสาธารณะ ซึ่งหากพิจารณาตามตัวอย่างการไม่อนุญาตให้เข้าสถานที่

---

[165] See also Amnon Reichman, “Property Rights, Public Policy and the Limits of the Legal Power to Discriminate,” HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW, (Oxford-Portland Oregon : Hart Publishing, 2001), pp.261-271.

[166] คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ 1 BvR 3080/09

ของเอกชน เพื่อมิให้เกี่ยวข้องกับสาธารณชนเจ้าของสถานที่อาจใช้วิธีการเชิญชวนโดยตรง แทนการประกาศต่อสาธารณะ ในทำนองเดียวกันกับการเสนอจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการด้วยวิธีการขายตรงต่อบุคคลหรือการเสนอตำแหน่งงานให้แก่แรงงานแบบตัวต่อตัว แทนการนำเสนอแบบสาธารณะ (Public offers) โดยหากความพยายามดังกล่าวเกิดขึ้นมากเรื่อย ๆ ในท้ายที่สุดย่อมส่งผลเสียหายต่อสิทธิในความเสมอภาคในการเข้าถึงโอกาส[167] และยังก่อให้เกิดปัญหาอื่น ๆ ต่อเนื่อง ไม่ว่าจะเป็นการเลี่ยงภาษี การกระจายตัวของทรัพยากรอย่างไม่เป็นธรรม ความไม่แน่นอนในนิติฐานะ รวมไปถึงการคุกคามทางสังคม ซึ่งส่งผลไปถึงขนาดที่มีการเสนอแนวคิดการโต้แย้งคัดค้านบรรทัดฐานในทางกฎหมายของหลักการไม่เลือกปฏิบัติ โดยหันมาใช้วิธีการด้านเศรษฐศาสตร์เพื่อการกระจายอำนาจผูกขาดอำนาจบนพื้นฐานหลักอิสระในทางแพ่งแทน เพื่อจบปัญหาทุกอย่างของการเข้ามามีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน แต่เมื่อในช่วงเวลาที่ผ่านมาได้แสดงให้เห็นโดยประจักษ์ชัดแจ้งแล้วว่าอำนาจผูกขาดดังกล่าวมีความมั่นคงและแข็งแรงจนไม่สามารถโค่นล้มได้ด้วยวิธีดังกล่าวหรือวิธีการอื่นใดได้ แม้กระทั่งกฎหมายเองก็ยังคงพ่ายแพ้ให้แก่อำนาจดังกล่าวอย่างหมดรูป ดังยังคงปรากฏความไม่เท่าเทียมเชิงโครงสร้างหรือการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมอยู่ดาดดื่นและทั่วไปในทุกสังคม แม้จะมีการบังคับใช้กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวมาได้ช่วงระยะเวลาพอสมควรแล้วก็ตาม ด้วยเหตุนี้ การคงไว้ซึ่งบรรทัดฐานทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคย่อมส่งดีมากกว่า และปัญหาที่เกิดขึ้นก็ต่างเป็นผลต่อเนื่องจากการบังคับใช้หลักความเสมอภาคแบบสุดทาง ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องค้นหาจุดสมดุลด้วยการผ่อนคลายผลบังคับของหลักความเสมอภาคลงด้วย “ข้อยกเว้น” ที่เหมาะสม อันแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่ต้อง “ลดทอนผลบังคับของสิทธิในความเสมอภาคลงในระดับที่ต่ำกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นที่ปะทะกันอยู่”[168]

ข้อพิจารณาสำคัญในการกำหนดข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนนั้น คือ **“เหตุผลอันสมควรและความจำเป็น”** ที่สอดคล้องกับความคิดเห็นส่วนใหญ่ของสังคมนั้น ๆ ซึ่งส่งผลให้ข้อยกเว้นที่ได้รับการยอมรับในสังคมหนึ่งอาจต้องห้ามในอีกสังคมหนึ่งก็ได้ อย่างในสังคมที่ให้ความสำคัญกับศาสนาจะกำหนดเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิธีปฏิบัติทางศาสนาเป็นข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคเสมอ ดังปรากฏตัวอย่างอันเป็นรูปธรรมในการบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยมรดกโดยเฉพาะสำหรับผู้นับถือศาสนาอิสลามในพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตต์จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ในขณะที่ยังคงบังคับใช้บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยมรดกสำหรับผู้นับถือศาสนาอิสลามในจังหวัดอื่น ๆ ของประเทศไทย เพราะ

---

[167] See also Matthias E. Storme, *supra note 108.*

[168] See also *Ibid.*

ความเห็นส่วนใหญ่ของสังคมในจังหวัดอื่นนั้นยังคงเห็นว่าศาสนาไม่ใช่เหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นที่ควรค่ารับฟังเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างแตกต่าง อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าการรับฟังเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นนั้นเป็นเรื่องที่ต้องใช้ข้อเท็จจริงรายกรณีในการพิจารณา แต่เมื่อบางเหตุผลและความจำเป็นมีลักษณะทั่วไปและเกิดขึ้นได้บ่อยครั้งในแดนกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะเหตุผลและความจำเป็นในความคล่องตัวในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญที่ทำให้เอกชนต้องมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันภายใต้กฎหมายเอกชน ประกอบกับการยังให้เกิดความมั่นคงในนิติฐานะและการคาดคะเนผลแห่งการกระทำของเอกชน รัฐจึงต้องกำหนดให้เหตุผลและความจำเป็นทั่วไปนี้เป็นข้อยกเว้นตามกฎหมายของหลักความเสมอภาคไว้อย่างชัดแจ้ง ทั้งในการตีความและบังคับใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวก็ต้องเป็นไปโดยเคร่งครัด เพราะบทกฎหมายดังกล่าวมิได้มีผลเป็นเพียงเฉพาะการขยายขอบเขตเสรีภาพในการกระทำของผู้มีหน้าที่ตามหลักความเสมอภาคที่เคยถูกจำกัดไว้เท่านั้น หากแต่ยังมีผลเป็นการจำกัดสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนในเวลาเดียวกันด้วย

ตัวอย่างข้อยกเว้นหลักความเสมอภาคที่เป็นสากลและได้รับยอมรับจากหลายประเทศ ซึ่งส่งผลให้การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลยังคงชอบธรรมและชอบด้วยกฎหมาย เพราะปรากฏเหตุอันสมควรและความจำเป็นอันควรค่ารับฟังได้ ได้แก่ **1) ข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องกับมิติการจ้างแรงงาน** ซึ่งมีเหตุผลและความจำเป็นมาจากการดำเนินกิจการหรือในทางการที่จ้างของนายจ้างโดยแท้ ไม่ว่าจะเป็นข้อเรียกร้องเกี่ยวกับงานที่แท้จริง ศาสนา สัญชาติ สุขภาพและความปลอดภัย อายุ หรือเพศของลูกจ้างที่มีผลกระทบต่อการทำงานโดยตรง โดยแตกต่างจากกรณีประสบการณ์การทำงาน คุณวุฒิ ประสิทธิผลในการทำงาน และความสามารถเฉพาะด้านซึ่งไม่อาจนำมาเป็นเหตุแห่งความไม่เป็นธรรมได้ อีกทั้ง ในทางตรงกันข้ามเหตุเหล่านี้กลับแสดงถึงแต่ความชอบธรรมของนายจ้างในการปฏิบัติที่แตกต่างออกไป **2) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับศาสนา** ด้วยความยึดโยงกันระหว่างการดำเนินชีวิตประจำวันกับศาสนาหรือความเชื่อของบุคคลในสังคม ดังนั้น ในบางกิจการของเอกชนอาจเกี่ยวข้องกับศาสนาโดยตรงซึ่งแสดงให้เห็นถึงผลบังคับของเสรีภาพในการนับถือศาสนา อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของข้อยกเว้นนี้คงใช้ได้กับรูปแบบของศาสนาที่กฎหมายรับรองเท่านั้น ซึ่งอาจไม่ครอบคลุมถึงนิกายหรือความเชื่อในรูปแบบอื่น[169] **3) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับสัญชาติ** โดยเฉพาะในมิติการจ้างแรงงานและการประกอบอาชีพ ดังปรากฏบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับ เช่น เงื่อนไขการมีสัญชาติไทยของเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (มาตรา 45) อันมีเหตุผลเกี่ยวกับเหตุความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศชาติ และ **4) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศหรือสาธารณประโยชน์** โดยถือ

[169] โปรดดู กฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 140

เป็นเรื่องที่รัฐต้องให้ความสำคัญเป็นลำดับแรกเสมอ มิเช่นนั้น เมื่อใดก็ตามที่ความพยายามของรัฐในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลอยู่เหนือสองสิ่งนี้ เมื่อนั้นก็ถือว่ารัฐไม่มีความเป็นรัฐอีกต่อไป เพราะถือว่ารัฐได้สละตัวตน (ความมั่นคงของประเทศ) และมองข้างเป้าหมายที่สำคัญที่สุดแห่งความรัฐ นั่นคือ สาธารณประโยชน์ไปเสียแล้ว ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อไร้ซึ่งรัฐก็ย่อมไร้ซึ่งผู้รับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคอีกต่อไป

2.2.4.4 ผลแห่งการละเมิดหลักความเสมอภาค

เมื่อผลแห่งการละเมิดหลัดความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไม่อาจแก้ไขข้อบกพร่องดังเช่นกรณีการใช้อำนาจรัฐที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคได้ โดยเฉพาะในกรณีการคงให้มีผลบังคับต่อไปโดยไม่ตกเป็นโมฆะและยังต้องขยายผลประโยชน์ให้ครอบคลุมกับปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้อง เนื่องด้วยข้อจำกัดของเอกชน ไม่ว่าจะเป็นความสามารถด้านเศรษฐกิจหรือการจำกัดเสรีภาพของเอกชนนั้นเกินสมควรแก่เหตุ ส่วนการกำหนดผลแห่งความเป็นโมฆะของการกระทำอันไม่ชอบกฎหมาย (ว่าด้วยหลักความเสมอภาค) หรือขัดต่อหลักความสงบเรียกร้อยและศีลธรรมอันดี (ซึ่งรวมถึงหลักความเสมอภาค) ในกฎหมายเอกชนทั่วไปนั้นก็ย่อมแสดงให้เห็นถึงการลดทอนผลบังคับของเสรีภาพในการกระทำของเอกชนผู้นั้นลงไปโดยสิ้นเชิง ในทำนองเดียวกันกับการกำหนดให้เป็นฐานความผิดที่ต้องรับโทษในทางอาญา ด้วยเหตุทั้งสองประการนี้ ในหลายประเทศจึงยอมให้การอันเป็นละเมิดต่อสิทธิในความเสมอภาคยังคงมีผลบังคับใช้ได้ต่อไป เพียงแต่ผู้ละเมิดจะต้องรับผิดในการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิม อันแสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนด้วยความเคารพต่อหลักอิสระในทางแพ่งและเสรีภาพในการกระทำการของเอกชนผู้อื่น รวมถึงความพยายามในการป้องกันมิให้เกิดความชะงักงันของระบบเศรษฐกิจ

โดยในการกำหนดวิธีการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนนั้น ต้องพิจารณาจากลักษณะทั่วไปของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้จากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเป็นสำคัญ โดยลักษณะเด่นสำคัญของความเสียหายดังกล่าว นั่นก็คือ ความเสียหายด้านจิตใจหรือความรู้สึกของผู้ถูกเลือกปฏิบัตินั้น ซึ่งส่งผลให้กฎหมายสมควรที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายเชิงจิตใจไว้อย่างชัดแจ้ง ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนนั้นตั้งอยู่บนวัตถุประสงค์แห่งประโยชน์ส่วนตัวและความคุ้มค่าในทางเศรษฐกิจ ดังนั้น จึงอาจก่อให้เกิดเหตุการณ์ที่ค่าเสียหายตามความเป็นจริงและมีมูลค่าน้อยกว่าผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งอาจเป็นเพียงผลประโยชน์ด้านจิตใจของผู้กระทำแต่เพียงเท่านั้นก็ได้ จนกระทั่งกลายเป็น “ความคุ้มทุน” ให้เอกชนเลือกที่จะกระทำการอันเป็นละเมิดต่อหลักความเสมอภาคได้ ด้วยเหตุนี้ จึงก่อให้เกิดแนวคิด “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ” (Punitive Damages) ขึ้นในกฎหมายว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติโดย

ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นค่าเสียหายเพิ่มเติมจากค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริง เพื่อยับยั้งมิให้มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นดังเช่นกรณีดังกล่าวด้วย

2.2.5 เหตุผลและความจำเป็นของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน: ศึกษากรณีหลักความเสมอภาคทางเพศ

ในปัจจุบันที่สังคมเต็มไปด้วยหลุมลึกแห่งความเหลื่อมล้ำในเกือบทุกด้าน ไม่เว้นแม้แต่รสนิยมส่วนตัวหรือมาตรฐานความงาม (Beauty standard) ของบุคคล โดยเฉพาะในด้านเศรษฐกิจที่ก่อให้เกิดความเสียหายในวงกว้างและมีผลกระทบโดยตรงต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน ด้วยการบั่นทอนความเท่าเทียมระหว่างบุคคลอันเป็นพื้นฐานแห่งหลักความอิสระทางแพ่ง อีกทั้ง เมื่อโครงสร้างและพัฒนาการของระบบเศรษฐกิจก่อให้เกิดชนชั้นผู้กุมอำนาจผูกขาด ซึ่งเป็นผลแห่งความล้มเหลวของตลาดการค้าในระบบเศรษฐกิจปัจจุบัน จนเกิดเป็นตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ที่มีสภาพเข้าใกล้กับการใช้อำนาจรัฐในแดนกฎหมายมหาชน และเอื้อให้เกิดการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของตนโดยมิชอบหรือเบียดเบียนต่อผู้ที่มีอำนาจอ่อนแอกว่าตามอำเภอใจได้โดยง่าย ในขณะที่เอกชนฝ่ายที่อ่อนแอกว่านั้นไม่สามารถสร้างความเสียหายในทำนองเดียวกันนั้นได้ แม้ว่าจะได้กระทำหรือไม่กระทำการในทำนองเดียวกัน เช่น ฝ่ายนายจ้างที่ไม่อาจได้รับความเสียหายจากการที่แรงงานที่ว่างงานเลือกสมัครงานเฉพาะในบริษัทที่มีคณะผู้บริหารนับถือศาสนาอิสลามในสัดส่วนที่มากกว่า เช่นเดียวกับกรณีการเลือกซื้อสินค้าและบริการเฉพาะกับผู้ค้าที่มีสัญชาติไทย เป็นต้น ด้วยถือได้ว่าตลาดของฝั่งแรงงานและผู้ซื้อไม่ปรากฏความล้มเหลวของตลาดหรือการผูกขาดอำนาจ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองที่กลายเป็นเหตุกระตุ้นให้เกิดความตื่นตัวในการปกป้องความเสมอภาคในดินแดนอิสระแห่งกฎหมายเอกชน ตามหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนจากการละเมิดโดยบุคคลที่สาม ดังเป็นไปตามข้อสนับสนุนของ Canaris นักวิชาการชาวเยอรมันถึงเสรีภาพในการทำสัญญาที่ควรถูกจำกัดด้วยหลักการของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม โดยคู่สัญญาต้องผูกพันต่อข้อเรียกร้องของความยุติธรรมในการจัดสรร[170] กล่าวคือ เอกชนจะต้องบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของตนด้วยการคำนึงถึงประโยชน์ของเอกชนผู้อื่นด้วยเสมอ

รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันที่มีความสำคัญต่อสังคมปัจจุบันสามารถแสดงให้เห็นได้จากการปรากฏบทบัญญัติโดยเฉพาะของความสัมพันธ์นั้น ๆ ในกฎหมาย

---

[170] Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, (München : n.p., 1997), p.35, quoted in Olha Cherednychenko, Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party, (München : Sellier European Law Publishers, 2007), p.39.

เอกชน ซึ่งอาจเป็นเรื่องของนิติกรรมตามความสมัครใจของคู่กรณีหรือนิติเหตุตามผลแห่งกฎหมายก็ได้ และด้วยการเข้าไปมีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนเป็นการเข้าไปในฐานะกฎเกณฑ์ควบคุมและกรอบวิธีปฏิบัติของเอกชนในความสัมพันธ์ที่ไม่ได้ตั้งต้นอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียม โดยมิต้องคำนึงถึงการมีอยู่ของนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนแต่อย่างใด ดังปรากฏตัวอย่างการมีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน เช่น การใช้ถ้อยคำและการสื่อสารเพื่อเหยียดหยามผู้มีความหลากหลายทางเพศ การปฏิเสธการจ้างงานต่อบุคคลซึ่งมีประวัติอาชญากรรม หน้าที่ตามกฎหมายในการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้พิการหรือมารดาที่ต้องให้นมบุตรหรือการจัดหาห้องน้ำสำหรับผู้มีความหลากหลายทางเพศในห้างสรรพสินค้าเอกชน การเลือกให้บริการหรือกีดกันการบริการโดยเฉพาะต่อกลุ่มบุคคลผู้ติดเชื้อ HIV และการคุกคามผู้หญิงในที่สาธารณะหรือสถานที่ส่วนบุคคล[171] เป็นต้น อย่างไรก็ตาม จากสภาพที่เอื้ออำนวยและสถิติแสดงให้เห็นว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในแดนกฎหมายเอกชนเกิดขึ้นมากที่สุดในมิติการจ้างแรงงาน ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดเงื่อนไขในการรับสมัครงาน[172] ซึ่งอาจเป็นการกำหนดคุณสมบัติเพื่อได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษหรือแม้แต่เป็นสิ่งที่ไม่ได้แจ้งให้ผู้ประกาศทราบแต่ในทางปฏิบัติได้นำมาเป็นเกณฑ์ภายในองค์กรที่ใช้ในการรับสมัครงาน การกำหนดค่าแรง[173] การจัดหาสวัสดิการแรงงาน การเลื่อนตำแหน่ง การปลดหรือเลิกจ้าง[174] หรือการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน

ส่วนความพยายามในการแก้ไขปัญหาความไม่เท่าเทียมในแดนกฎหมายเอกชนปัจจุบัน รัฐมักให้ความสำคัญต่อหลักความเสมอภาคทางเพศเป็นลำดับแรก เนื่องด้วยสัดส่วนสูงสุดของการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคโดยเอกชนด้วยกันที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่มีเหตุจูงใจจากเหตุแห่งเพศ

---

[171] แม้ผู้คุกคามกล่าวอ้างว่าได้กระทำไปโดยหน้าที่เพื่อรักษาความปลอดภัยก่อนเข้าอาคารของเอกชนก็ตาม ดังปรากฏในคำร้องต่อกสม.ที่ 45/2555 และที่ 49/2558

[172] สอดคล้องกับรายงานในปี ค.ศ. 2011 เกี่ยวกับอัตราผู้ติดเชื้อ HIV ชาวไทยที่ถูกปฏิเสธการจ้างงานและการเลื่อนขั้นเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นในเอเชียแปซิฟิก (People Living with HIV Stigma Index: Asia Pacific Regional Analysis) ซึ่งประเทศไทยมีอัตราสูงสุดในลำดับที่ 3 รองจากประเทศสาธารณรัฐอิสลามปากีสถานและประเทศสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ และมีอัตราการปลดหรือเลิกจ้างสูงสุดเป็นลำดับที่ 2

[173] คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (ECJ) ที่ C-4/02 (Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main)

[174] MGR Online, ""เกย์นที" พาพวกร้องสภา หลังโดนไล่ออกด้วยข้อหา "คนสองเพศ"," สืบค้นเมื่อ 14 มกราคม 2563, จาก https://mgr-online.com/politics/detail/9550000006815.

ซึ่งกลายเป็นหนึ่งในสาเหตุสำคัญที่นำไปสู่การก่ออาชญากรรมร้ายแรง[175] ด้วยถือเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของบุคคลที่เห็นได้ชัดเป็นประจักษ์ตาและเป็นสิ่งที่มนุษย์สามารถเชื่อมโยงเพื่อตัดสินใจปฏิบัติตนต่อผู้อื่นได้ง่ายที่สุด เมื่อเทียบกับเหตุอื่น ๆ อย่างเช่นความหลากหลายด้านเชื้อชาติ ศาสนา ภาษา หรือสภาวะทางเศรษฐกิจ เป็นต้น โดยความเสียหายดังกล่าวถือเป็นผลต่อเนื่องของชุดความคิดที่ฝังรากหยั่งลึกของสังคมยุคเก่าแห่งปิตาธิปไตย นอกจากนี้ ยังปรากฏแนวคิดที่ว่าความเสมอภาคทางเพศจะเป็นบันไดก้าวสู่ผลสำเร็จของการแก้ปัญหาอื่น ๆ แม้ว่าลำพังปัญหาเกี่ยวกับการการเลือกปฏิบัติทางเพศนั้นเองยังคงไม่บรรลุผลสมบูรณ์ก็ตาม[176] อย่างไรก็ตาม ก็มิอาจแปลความได้ว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นนั้นไม่สำคัญหรือควรได้รับความคุ้มครองในระดับที่ต่ำกว่า เพราะความเป็นจริงแล้วหลักความเสมอภาคไม่ว่าในเรื่องใดก็สมควรได้รับการรับรองและคุ้มครองไปอย่างพร้อมเพรียงกัน มิเช่นนั้น ย่อมเท่ากับว่าสังคมกำลังให้ความสำคัญกับการรับรองและคุ้มครองโดยเลือกปฏิบัติต่อผู้มีองค์ประกอบพื้นฐานอย่างใดอย่างหนึ่ง ยิ่งไปกว่านั้น การเลือกปฏิบัติดังกล่าวยังไม่อาจให้เหตุผลแห่งความชอบธรรมหรือความจำเป็นใด ๆ อันควรค่าแก่การรับฟังได้ ด้วยเหตุผลที่ว่าไม่มีสมควรมีผู้ใดต้องรอคอยความยุติธรรมภายหลังผู้อื่น

แม้หลักความเสมอภาคทางเพศกลายเป็นหลักการพื้นฐานที่มีความใกล้ชิดกับการดำเนินชีวิตประจำวันในสังคมมากที่สุด แต่จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันการสร้างความเข้าใจในความเป็นเพศ (Sex) นั้นกลับเป็นเรื่องยากและมีความซับซ้อนกว่าการรับรู้ดั้งเดิมของสังคม ด้วยเพราะสิ่งที่บ่งชี้เกี่ยวกับเพศอาจเกิดจากแสดงออกจากลักษณะภายนอกของบุคคลหรือเป็นเรื่องภายในจิตใจของบุคคลนั้นก็ได้ และความเป็นเพศไม่ได้จำกัดอยู่ที่ความเป็นหญิงหรือชายตามแนวคิดเพศสรีระ (Sex) หรือเพศทางชีวภาพของมนุษย์ เช่น อวัยวะเพศ ต่อมบ่งเพศ และรูปแบบโครโมโซม (ตั้งแต่กำเนิด) เป็นต้น ดังเช่นในยุคก่อนอีกต่อไป[177] ด้วยเหตุนี้ จึงปรากฏเป็นแนวคิด **“SOGIESC”** ในกฎหมาย

---

[175] ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนเพื่อเปลี่ยนเพศสภาวะ (Corrective rape) หรือการฆาตกรรมบุคคลผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ โปรดดู UNDP and USAID, Being LGBT in Asia: รายงานในบริบทของประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2557), น.11.

[176] องค์การแรงงานระหว่างประเทศ, “การเลือกปฏิบัติในที่ทำงาน: คำถามและคำตอบ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2563, จาก https://www.ilo.org/asia/publications/WCMS-_099569/lang-en/index.htm.

[177] โปรดดู สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “เวทีสาธารณะ เรื่อง “พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ กับสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ”,”

ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอย่างหลักการยอกยาการ์ตา ค.ศ. 2006 (Yogyakarta Principles) ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองความเป็นเพศในทุกมิติ ได้แก่ **1) วิถีทางเพศ (Sexual Orientation)** คือ รสนิยมทางเพศหรืออารมณ์ความรู้สึกของแต่ละบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความดึงดูดทางเพศ ความลึกซึ้งใกล้ชิด รวมทั้งความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่น เช่น ความดึงดูดทางเพศกับคนที่มีเพศสถานะเดียวกัน (บุคคลผู้รักเพศเดียวกัน) หรือคนต่างเพศสถานะ (บุคคลผู้รักต่างเพศ) หรืออาจมากกว่าหนึ่งเพศสถานะก็ได้ (บุคคลผู้รักสองเพศหรือรักได้ทุกเพศ) **2) อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity)** ซึ่งหมายถึงความรู้สึกทางเพศภายในของบุคคลในการเป็นผู้ชาย ผู้หญิง หรือเพศสถานะอื่น ๆ รวมถึงการมีหลายเพศสถานะ เรียกว่า “เพศขั้วตรงข้าม" (Non-binary persons) และแม้กระทั่งการไม่ยึดถือเอาเพศสถานะเลยก็ได้ตามทฤษฎีเควียร์ (Queer theory)[178] **3) การแสดงออกทางเพศ (Gender Expression)** ผ่านรูปลักษณ์ทางกายภาพซึ่งอาจไม่ตรงตามอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งกาย ทรงผม เครื่องประดับ เครื่องสำอาง กิริยามารยาท การพูดจา ท่าทางความประพฤติ ชื่อสกุล หรือบุคคลอ้างอิง และ **4) ลักษณะทางเพศ (Sex Characteristics)** ในทางกายภาพ ได้แก่ อวัยวะทางเพศและลักษณะอื่น ๆ ทางกายภาคเกี่ยวกับเพศและการเจริญพันธุ์ โครโมโซม ฮอร์โมน และลักษณะทุติยภูมิทางเพศ (Secondary sex characteristic) ที่แบ่งแยกความเป็นเพศชายและหญิงในวัยแรกรุ่น

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันกลับยังพบความไม่สอดคล้องและความคลุมเครือในผลบังคับของหลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชนสำหรับหลายกรณี อย่างการให้ความสำคัญโดยเฉพาะกับเพศหญิงเพียงเพศเดียว เช่น การจัดสร้างสถานที่จอดรถหรือที่นั่งโดยสารโดยเฉพาะสำหรับผู้หญิง เป็นต้น ซึ่งส่งผลเป็นการสร้างภาพเหมารวมความอ่อนแอให้แก่เพศหญิงและยังอาจสร้างภาพจำให้หลักความเสมอภาคทางเพศเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงลัทธิสตรีนิยม (Feminism) เท่านั้น เพราะจะเห็นได้ว่าความพยายามที่แท้จริงของมาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อป้องกันและยับยั้งอาชญากรรมหรือความเสียหายอื่น ๆ ที่อาศัยประโยชน์จากความเป็นเพศเป็นสำคัญ นอกจากนี้ ด้วยพื้นฐานของการกระทำในแดนกฎหมายเอกชนที่ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจและผลประโยชน์ส่วนตนเป็นหลัก ความเป็นเพศยังเป็นอีกหนึ่งสาเหตุที่ก่อให้เกิดความซับซ้อนในการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกันในแดนกฎหมายเอกชน ยกตัวอย่างเช่นการรับสมัครแม่บ้านหญิงเพื่อทำในงาน

สืบค้นเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2562, จาก www.nhrc.or.th/News/Information-News/เวทีสาธารณะ-เรือง-พ-ร-บ-ความเท่าเทียมระหว่างเพศ-พ.aspx.

[178] โปรดดู ติณณภพจ์ สินสมบูรณ์ทอง, “อัตลักษณ์รวมกลุ่มของสมาชิก “เพจน้องง” ในฐานะญาณวิทยาเควียร์,” วารสารสังคมวิทยามานุษยวิทยา, เล่มที่ 2, ปีที่ 36 น.67-85 (กรกฎาคม 2560).

บ้านในครัวเรือนซึ่งมีสมาชิกในครอบครัวเป็นหญิงทั้งหมด ซึ่งเห็นได้ว่านอกจากการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองระหว่างสิทธิความเสมอภาคของผู้ต้องการสมัครงานดังกล่าวแต่มิได้เป็นเพศหญิง ยังมีประเด็นความคุ้มครองเรื่องสิทธิส่วนตัวและสิทธิในทรัพย์สินเนื่องจากต้องทำงานภายในครัวเรือน รวมไปถึงการพิจารณาเกี่ยวกับความรู้สึกพึงพอใจและความสบายใจส่วนตัวของผู้ว่าจ้างที่เป็นเพศหญิง อันแสดงให้เห็นถึงความละเอียดอ่อนของการพิจารณาถึงผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน จนอาจกลายเป็นอุปสรรคต่อการนำพามาซึ่งความยุติธรรมรายกรณีด้วยกฎเกณฑ์ทั่วไปเพียงกฎเกณฑ์เดียวได้ ยิ่งไปกว่านั้น แม้รัฐอาจให้อำนาจตุลาการในฐานะกุญแจสำคัญเพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าดังกล่าว แต่เมื่อปรากฏว่าในรัฐที่มีการแบ่งแยกประเภทศาล ไม่ใช่ทุกศาลโดยเฉพาะศาลยุติธรรมที่มีความรู้และความเข้าใจในเรื่องนี้เพราะถือเป็นแนวคิดใหม่และอาจหักล้างหลักการเดิมของแดนกฎหมายเอกชนในบางรัฐ ดังนั้น จึงถือได้ว่าความคลุมเครือและองค์ความรู้ที่ยังไม่แตกฉานนั้นเป็นอีกหนึ่งในหลายอุปสรรคสำคัญที่นับได้ว่ายังมิได้ผ่านพ้นไป

ส่วนพัฒนาการการของผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไทยเรียกได้ว่าเป็นไปอย่างต่อเนื่องมาโดยตลอด ดังปรากฏการบังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองเอกชนฝ่ายที่อ่อนแอ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และประมวลกฎหมายอาญาในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศ (มาตรา 276 ถึงมาตรา 287/2 และมาตรา 397) ถึงกระนั้น กฎหมายดังกล่าวกลับมิได้แสดงให้เห็นถึงการปรากฏตัวของผลบังคับของหลักความเสมอภาคอย่างชัดแจ้ง จนกระทั่งมีการตรา “พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558” ขึ้นบังคับใช้ เพื่อรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศโดยเฉพาะและมีผลบังคับโดยตรงสำหรับทุกแดนกฎหมาย อย่างไรก็ดี เมื่อได้ศึกษาพิจารณาหลักการต่าง ๆ ในกฎหมายฉบับนี้โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว กลับพบข้อบกพร่องและข้อจำกัดหลายประการซึ่งถึงขนาดที่สามารถส่งผลต่อการบรรลุวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายได้ และแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่ารัฐรวมถึงนักกฎหมายไทยเองก็มิได้ให้ความสำคัญหรือความพยายามอย่างแท้จริงในการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาค โดยไม่อาจจำกัดเฉพาะกรณีหลักความเสมอภาคทางเพศแต่เพียงเท่านั้น ดังปรากฏในระบบกฎหมายส่วนใหญ่ที่เลือกวางโครงสร้างการคุ้มครองหลักความเสมอภาคตามกฎหมาย โดยเริ่มต้นจากการตรากฎหมายทั่วไปแล้วจึงตรากฎหมายเฉพาะเพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะโดยเฉพาะของสิทธิในความเสมอภาคเฉพาะเรื่องหรือความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ในขณะที่ประเทศไทยนั้นเลือกวางโครงสร้างดังกล่าวในรูปแบบตรงกันข้าม

ด้วยเหตุทุกประการที่กล่าวมานี้ จึงแสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาปัจจุบันของการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเทศไทยที่เรียกได้

ว่าอยู่ในช่วงเวลาการวางรากฐานแห่งหลักการที่สำคัญต่อการบังคับผลในระยะยาวให้เกิดประสิทธิภาพ ซึ่งหากฐานที่กำลังก่อขึ้นนี้เป็นไปอย่างถูกต้องและมั่นคงแข็งแรง ในภายภาคหน้าระบบกฎหมายก็จะสามารถพัฒนาต่อยอดผลบังคับของหลักความเสมอภาคนี้ไปได้โดยไม่สะดุด อย่างไรก็ดี เมื่อได้รวบรวมและศึกษากฎหมายไทยที่จะสามารถเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะช่วยผลักดันหลักการนี้ให้เกิดความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นนั้นกลับพบว่ามีข้อบกพร่องที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันหลายประการ แม้แต่ในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ที่ถือเป็นกฎหมายเฉพาะและมีความสำคัญเป็นลำดับแรก จึงสามารถกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายไทยกำลังประสบปัญหาเกี่ยวกับความซับซ้อนและทับซ้อนของกฎหมายหลายฉบับที่บังคับใช้อยู่มากจนเกินไป แต่ไม่สามารถบรรลุซึ่งวัตถุประสงค์แห่งการสนับสนุนและธำรงสังคมให้เกิดความสงบเรียกร้อยได้อย่างแท้จริง ดังนั้น สิ่งเหล่านี้จึงถือเป็นจุดเริ่มต้นของการศึกษาค้นคว้าในครั้งนี้ เพื่อคลี่คลายปัญหาตั้งแต่ต้นจนสุดปลายทางเพื่อจัดระเบียบและก่อรากฐานระบบกฎหมายไทยใหม่อย่างถูกต้อง มั่นคงแข็งแรง และถาวรต่อไป

บทที่ 3
การบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนในต่างประเทศ

3.1 การบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ด้วยระบบกฎหมาย Civil Law และแนวความคิดความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้ความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนจะต้องอยู่ภายใต้หลักการในรัฐธรรมนูญที่ชื่อว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz : GG) โดยเฉพาะหลักนิติรัฐและผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจรัฐ ฉะนั้น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงถือเป็นรัฐแห่งประชาธิปไตยและสังคมรัฐในขณะเดียวกัน ซึ่งระบบกฎหมายเยอรมันในปัจจุบันนี้ คือ ผลลัพธ์แห่งความพยายามและพัฒนาการด้านการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างเป็นรูปธรรมและก้าวหน้า ดังปรากฏการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิเรียกร้องหรือข้อต่อสู้โดยตรงของปัจเจกบุคคลที่มีต่อรัฐ รวมไปถึงการเป็นต้นกำเนิดของเหล่าทฤษฎีว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานและผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมาย

3.1.1 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชน

ในฐานะรัฐภาคีแห่งสหภาพยุโรป (EU) ได้ส่งผลให้กฎหมายพื้นฐาน[1] จะต้องประกอบไปด้วยหลักการต่าง ๆ ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะหลักความเสมอภาค[2] เพื่อให้สอดคล้องกับบรรดากฎหมายแห่งสหภาพยุโรป ได้แก่ **1) Directive 2006/54/EC** ว่าด้วยการ

---

[1] มาตรา 28 และมาตรา 70 (1) ประกอบมาตรา 31 ของกฎหมายพื้นฐานได้ก่อให้เกิดอำนาจแก่มลรัฐ (Länder) ในการตรารัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐภายใต้กฎหมายพื้นฐาน อันส่งผลให้หลักความเสมอภาคต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐทุกฉบับด้วย โดยอาจมีการระบุถึงรายละเอียดของหลักการแตกต่างกันไปตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักการทั่วไปในกฎหมายพื้นฐาน ยกตัวอย่างเช่นการรับรองความคุ้มครองพิเศษสำหรับพลเมืองชนกลุ่มน้อยในรัฐธรรมนูญเมคเลินบวร์ค-ฟอร์พ็อมเมิร์น (VerfMV) การห้ามมิให้ปฏิเสธการเรียนการสอนด้วยเหตุผลทางศาสนาในรัฐธรรมนูญนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลิน (VerfNRW) และการรับรองสิทธิแห่งการเป็นเจ้าของอัตลักษณ์ทางชาติ ภาษา วัฒนธรรม ประเพณี และสำนักศึกษาในรัฐธรรมนูญซัคเซิน (SächsVerf) เป็นต้น

[2] EUROPEAN EQUALITY LAW NETWORK, “Key EU directives in gender equality and non-discrimination,” Retrieved on July 3, 2020, from https://www.equalitylaw.eu/legal-developments/16-law/76-key-eu-directives-in-gender-equality-and-non-discrimination.

ปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิง ในมิติการจ้างแรงงานและอาชีพ เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติทั้งโดยตรงและโดยอ้อมอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศ การคุกคาม และการคุกคามทางเพศ ในค่าแรง (การเข้าถึง) การจ้างงาน และสิทธิประกันสังคมของอาชีพ **2) Directive 79/7/EEC** ว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทั้งโดยตรงและโดยอ้อมอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศ ในสิทธิประสังคมตามกฎหมาย **3) Directive 2010/41/EU** ว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทั้งโดยตรงและโดยอ้อมอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศ ในการว่าจ้างตัวเอง (Self-employment) หรือการทำธุรกิจส่วนตัว **4) Directive 2004/113/EC** ว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิง ในการเข้าถึงและอุปทานสินค้าและบริการ" **5) Directive 92/85/EEC** ว่าด้วยการตั้งครรภ์ **ฉ) Directive 2010/18/EU** ว่าด้วยการลางานอันเนื่องมากจากความเป็นผู้ปกครอง **6) Directive 97/81/EC** ว่าด้วยงานนอกเวลา (Part-time Work) **7) Directive 2000/43/EC** ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติและชาติพันธุ์ดั้งเดิมในมิติต่าง ๆ ได้แก่ มิติการจ้างงาน มิติความคุ้มครองและประโยชน์ทางสังคม มิติการศึกษา และมิติสินค้าและบริการต่อสาธารณะรวมถึงการเคหะ และ **8) Directive 2000/78/EC** ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในที่ทำงานอันเนื่องด้วยเหตุแห่งศาสนาหรือความเชื่อ ความทุพพลภาพ อายุ หรือความหลากหลายทางเพศ นอกจากนี้ การรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายเยอรมันยังเป็นผลผูกพันมาจากคำพิพากษาที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นคู่ความ โดยศาลต่าง ๆ แห่งสหภาพยุโรปอีกด้วย

รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (ค.ศ. 1919) (Weimar Constitution) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานในปัจจุบันนั้น ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในฐานะรัฐธรรมนูญที่ประกอบไปด้วยบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างครบถ้วนและสมบูรณ์ฉบับหนึ่งของโลก[3] ซึ่งรวมไปถึงหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองเยอรมันด้วย อย่างไรก็ตาม กลับปรากฏความเห็นในทางวิชาการที่แสดงทัศนะเอาไว้ว่าบทบัญญัติเหล่านั้นมีลักษณะเทียบเคียงได้กับ*แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ (Staatsziel)*[4] ที่ไม่ก่อให้เกิดผลบังคับใดในความเป็นจริงต่อรัฐ และความคุ้มครองดังกล่าวกลับเป็นสิ่งที่รัฐไม่อาจ

---

[3] ณัฏฐพล สกุลเมฆา, "วิวัฒนาการของระบอบการเมืองการปกครองของสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีศึกษาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. ๑๘๔๙ ถึงรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. ๑๙๔๙," สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มกราคม 2563, จาก http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?-type=act&actCode=267.

[4] *เพิ่งอ้าง*.

ตอบสนองให้ได้[5] เมื่อรัฐธรรมนูญรับรองความเป็นสิทธิเรียกร้องของสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่ปัจเจกบุคคล ซึ่งส่งให้สามารถอ้างยันเป็นข้อต่อสู้ต่อรัฐได้โดยตรง จนกระทั่งรัฐธรรมนูญไม่สามารถรักษาและสูญเสียความเป็นกฎหมายสูงสุดไปในที่สุด ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถูกยกเลิกไปอย่างง่ายดาย

ต่อมาหลักความเสมอภาคได้ปรากฏตัวเป็นหลักการในมาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐาน[6] ซึ่งมีการวางโครงสร้างการคุ้มครองไว้อย่างเป็นระบบ โดยการบัญญัติถึงหลักการทั่วไป นั่นก็คือ **หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Rechtsanwendungsgleichheit)** ไว้ในอนุมาตราแรก และหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่มีความสำคัญมาก คือ **หลักความเสมอภาคทางเพศ**ทั้งในฐานะสิทธิเชิงป้องกันและสิทธิเชิงบวกในอนุมาตรา (2) ส่วนในอนุมาตรา (3) นั้นเป็นบทบัญญัติว่าด้วย **หลักการไม่เลือกปฏิบัติ** นอกจากนี้ ยังปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอีกหลายประการ เช่น หลักความเสมอภาคของบุตรนอกสมรส (มาตรา 6 (5)) หลักความเสมอภาคในสิทธิและหน้าที่ทางการเมืองของพลเมือง (มาตรา 33 (1)) หลักความเสมอภาคในการเข้ารับตำแหน่งราชการ (มาตรา 33 (2)) หลักการไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งศาสนาหรือลัทธิ (มาตรา 33 (3)) หลักความเสมอภาคการเลือกตั้ง (มาตรา 38 (1) และ (2)) และหลักความเสมอภาคในสถานะและองค์กรอันเป็นอิสระของนิกายทางศาสนา (มาตรา 140) เป็นต้น

ยิ่งไปกว่านั้น เพื่อแก้ปัญหาดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์และสร้างเสริมกำลังสำคัญที่จะช่วยให้หลักความเสมอภาคสามารถมีผลบังคับในทางกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น กฎหมายพื้นฐานจึงได้เปลี่ยนโครงสร้างและสถานะเดิมของสิทธิขั้นพื้นฐานจากเดิมที่อยู่ภายใต้กรอบกฎหมาย ด้วยการลดลำดับศักดิ์ของกฎหมายให้มาอยู่ภายใต้กรอบแห่งสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ ไม่ว่ากฎหมายฉบับใดก็จะต้องเป็นไปด้วยวัตถุประสงค์แห่งการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้น

---

[5] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.120-121.

[6] ***มาตรา 3*** *(1) บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย*

(2) ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน รัฐจะต้องสนับสนุนการดำเนินการเพื่อให้เกิดผลในความเป็นจริงซึ่งสิทธิในความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย และจะต้องดำเนินการเพื่อขจัดความเสียเปรียบที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

(3) บุคคลย่อมไม่อาจได้รับอภิสิทธิ หรือถูกลิดรอนสิทธิอันเนื่องมาจากเหตุแห่งเพศ บรรพบุรุษ เชื้อชาติ ภาษา ถิ่นฐานและแหล่งกำเนิด ความเชื่อหรือศาสนา หรือความเห็นทางการเมือง บุคคลไม่อาจถูกลิดรอนสิทธิอันเนื่องมากจากเหตุแห่งความทุพพลภาพ

พื้นฐานของปัจเจกบุคคล[7] ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัตินั่นเอง อีกทั้ง กฎหมายพื้นฐานยังได้บัญญัติถึงหลักการต่าง ๆ ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้อย่างเป็นระบบ ยกตัวอย่างเช่น 1) ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจรัฐ (มาตรา 1 (3))[8] 2) ข้อเรียกร้องการให้ความเคารพและการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีต่อเจ้าหน้าที่รัฐ (มาตรา 1 (1)) 3) เงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (มาตรา 19 (1)) 4) ข้อห้ามการจำกัดสาระสำคัญแห่งสิทธิขั้นพื้นฐาน (มาตรา 19 (2)) 5) ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อองค์กรตามกฎหมาย (มาตรา 19 (3)) 6) การเยียวยาผลแห่งการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยรัฐ (มาตรา 19 (4)) 7) ผลผูกพันของรัฐธรรมนูญต่อฝ่ายนิติบัญญัติ และผลผูกพันของกฎหมายและความยุติธรรมต่อฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ (มาตรา 20 (3)) 8) ลำดับศักดิ์ของสิทธิขั้นพื้นฐาน (มาตรา 142 ประกอบมาตรา 31) และ 9) สิทธิในการร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 93 (1) 4a)

3.1.2 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน

3.1.2.1 ผลบังคับของหลักความเสมอภาค

แม้ว่าระบบกฎหมายเยอรมันในสมัยก่อนได้ยอมรับแนวคิดผลผูกพัน*โดยตรง*ของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อบุคคลที่สาม[9] แต่ในช่วงเวลา 40 กว่าปีให้หลังมานี้ แนวคิดดังกล่าวได้รับการโต้แย้งและต่อต้านอย่างหนัก[10] ดังปรากฏคำวิจารณ์ภายหลังมีคำพิพากษาของศาลยุติธรรม

---

[7] โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549), น.141.

[8] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 98, 365 (1998) ที่ 1, 14 (52) และที่ 13, 46 (53)

[9] ปรากฏในมาตรา 9 (3) ว่า *"สิทธิของบุคคลที่จะรวมกันจัดตั้งสมาคมเพื่อพิทักษ์และปรับปรุงสภาพการทำงานและภาวะเศรษฐกิจย่อมได้รับการคุ้มครอง ข้อตกลงที่จำกัดหรือขัดขวางสิทธินี้ย่อมเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ ทั้งนี้ มาตรการใด ๆ เพื่อให้มีข้อตกลงดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย"*

[10] See also Aurelia Colombi Ciacchi, "The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights: ECJ 17 April 2018, Case C-414/16, Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. and ECJ 11 September 2018, Case C-68/17, IR v JQ," European Constitutional Law Review, No.2, Vol.15, pp. 294-305 (2019).

แห่งสหภาพยุโรปในคดี Egenberger (2018)[11] ซึ่งมีการยืนยันถึงผลผูกพันโดยตรงของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน ถึงกระนั้น ก็ไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายแห่งสหภาพยุโรปนั้นมีผลบังคับโดยตรงต่อเอกชนด้วยกันได้ เพราะกฎหมายดังกล่าวระบุถึงผลผูกพันโดยเฉพาะต่อรัฐภาคีเท่านั้น[12] และเมื่อกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 (3) บัญญัติไว้ว่า *"ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการพึงผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งมวลดังต่อไปนี้ เสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้"* ประกอบกับมาตรา 20 (3) ที่บัญญัติว่า *"ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมผูกพันต่อระบอบรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการย่อมผูกพันต่อกฎหมายและความยุติธรรม"* นอกจากจะแสดงถึงผลผูกพันของหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจรัฐ[13] ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 19 (4) และมาตรา 93 (1)) แล้ว ยังเป็นการเปิดช่องทางการเข้ามามีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนตามทฤษฎีผลผูกพัน*โดยอ้อม*ของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบไว้อีกด้วย

โดยทฤษฎีดังกล่าวมีแนวโน้มได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการมากขึ้นภายหลังจากการตัดสินคดี Lüth ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ ดังคำอธิบายอย่างชัดเจนที่ว่ากฎหมายเอกชนจะต้องไม่ขัดแย้งหรือละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล[14] อันเป็นการเน้นย้ำถึงอิทธิพลของสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชน ด้วยการแผ่รังสีแห่งผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะคุณค่าตามระบบแห่งคุณค่าของรัฐธรรมนูญ ผ่านการตีความและบังคับใช้กฎหมายซึ่ง

---

[11] เมื่อการตีความและบังคับใช้รัฐบัญญัติเยอรมันว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (AGG) จะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปเสมอ การพิจารณาคัดเลือกรับผู้สมัครงานที่เป็นสมาชิกของโบสถ์คริสเตียนนิกายโปรเตสแตนต์หรือโบสถ์ในเครือเข้าทำงานเป็นกรณีพิเศษจึงมิได้ขัดต่อกฎหมาย เนื่องด้วยข้อเรียกร้องโดยชอบธรรมเกี่ยวกับอาชีพซึ่งกรณีนี้เป็นการรับสมัครเข้าทำงานเกี่ยวกับศาสนาอย่างแท้จริง อันเป็นการรับรองสิทธิของกลุ่มคน (Ethos) ผู้เกี่ยวข้องกับศาสนาหรือความเชื่อ ดังปรากฏหลักการในคำพิพากษาศาลแรงงานแห่งสหพันธ์ฯ (BAGE) ที่ 8 AZR 501/14

[12] โปรดดู คำพิพากษาของศาลแห่งสหภาพยุโรป (CJEU) ที่ C-144/04 และที่ C-555/07 และ Matteo Fornasier, "The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?," European Review of Private Law (ERPL), No.1, Vol. 23, pp.29-46 (2015).

[13] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 1, 14 (52) และโปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น.145.

[14] บรรทัดฐานนี้ได้รับการยืนยันอีกครั้งในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 89, 214 ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับอำนาจการต่อรองที่อ่อนแอของฝ่ายผู้ค้ำประกันเนื่องด้วยอายุและรายได้

มีลักษณะเป็นบทบัญญัติแบบปลายเปิด (Open-textured provisions)[15] ดังนั้น ศาลผู้มีหน้าที่ใช้อำนาจตุลาการให้สอดคล้องกับหลักรัฐสังคมในรัฐธรรมนูญ (มาตรา 20 (1) และมาตรา 28 (1)) จึงต้องตีความและบังคับใช้หลักการทั่วไป (General Clauses) ในกฎหมายแพ่ง เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนมิให้ตกอยู่ภายใต้สภาวะที่มีอิทธิพลหรือการควบคุมของเอกชนผู้อื่น

ยิ่งไปกว่านั้น เนื่องด้วยผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัติ รัฐสภาจึงมีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย[16] เพื่อคุ้มครองหลักความเสมอภาคและป้องกันมิให้ถูกละเมิดได้โดยรัฐรวมไปถึงบุคคลที่สาม ด้วยเหตุนี้ หลักความเสมอภาคจึงสามารถเข้ามามีผลบังคับหรือผลผูกพันโดยอ้อมต่อความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันได้อย่างเป็นรูปธรรม ดังปรากฏ **“รัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” (AGG)** ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมที่มีผลบังคับใช้ทั้งในความสัมพันธ์ของภาครัฐและภาคเอกชน อย่างไรก็ดี เมื่อกฎหมายดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้อื่นในเวลาเดียวกันด้วย รัฐสภาจึงมีหน้าที่ชั่งน้ำหนักความคุ้มครองและผลบังคับทั่วไประหว่างสิทธิในความเสมอภาคกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นที่ปะทะกัน และสำหรับการกระทำหรือไม่กระทำการหนึ่งโดยเฉพาะ[17] ย่อมตกเป็นหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ

---

[15] See also Donald P. Kommers and Russell A. Miller, the Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 3rd rev. ed., (North Carolina : Duke University Press, 2012), pp.60-61.

[16] รวมถึงดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิมที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เช่น บทบัญญัติที่ให้สิทธิพิเศษแก่ทายาทที่เป็นผู้ชายในเรื่องมรดก (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 15, 337) สิทธิในวันทำงานบ้านของหญิงที่มีสถานภาพโสดและทำงานนอกบ้าน (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 52, 370) หน้าที่ของภริยาที่ต้องใช้นามสกุลของสามี (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1355 วรรคสอง (เดิม)) และสิทธิที่เกี่ยวข้องกับบุตรให้แก่บิดามากกว่ามารดา (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1628 และมาตรา 1629 (เดิม)) เป็นต้น

[17] ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การชั่งน้ำหนักความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้มากมาย ยกตัวอย่างเช่นการปฏิบัติที่แตกต่างจะต้องขึ้นอยู่กับผลกระทบในด้านลบต่อการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานอื่น (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 88, 87 (96)) หรือเหตุผลอันสมควรอื่น ดังเช่นข้อห้ามในกฎหมายแรงงานมิให้ผู้หญิงทำงานในรอบช่วงเวลาแปดโมงเช้าถึงหกโมงเย็นด้วยเหตุผลด้านสุขภาพ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 85, 191) อนึ่ง ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐสภา ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจก้าวก่ายความอิสระของ

ต่อไป เนื่องจากเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ สำหรับกรณีนั้น เพื่อยังให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะรายคดี ด้วยถือเป็นข้อจำกัดของกฎหมายที่ไม่อาจบรรจุหลักการเฉพาะได้อย่างครบถ้วนทุกกรณี ทั้งนี้ เมื่อได้พิจารณาระบบกฎหมายเยอรมันโดยรวมจะพบว่า ข้อเรียกร้องของหลักความเสมอภาคในการใช้อำนาจนิติบัญญัติคำนึงถึงแต่เพียงการใช้อำนาจในเชิงกระบวนการหรือรูปแบบ ในขณะที่ส่วนเนื้อหากลับเป็นเรื่องลำดับรองลงมาและมิได้มีความเข้มข้นของผลผูกพันมากเท่ากับการใช้อำนาจบริหาร[18] เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับผลบังคับของกฎหมายที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมไว้หลายระดับ โดยเฉพาะการที่กฎหมายนั้นมิได้มีผลตกเป็นโมฆะไปในทันที เพื่อป้องกันสภาวะไร้ซึ่งกฎหมายบังคับในเรื่องนั้น ๆ[19] ที่อาจกลายเป็นการใช้อำนาจรัฐโดยขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญมากกว่าการยอมให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ต่อไปจนกว่าจะครบระยะเวลาสิ้นผลที่ศาลกำหนดไว้[20] อนึ่ง เงื่อนไขในการกำหนดผลเช่นนี้ต้องขึ้นอยู่กับความเคร่งครัดในตัวของบทบัญญัติที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย โดยเฉพาะในการกำหนดผลวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายที่ละเมิดต่อสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งย่อมแตกต่างไปจากกรณีกฎหมายที่ละเมิดต่อสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองซึ่งอาจยอมให้มีการบังคับใช้กฎหมายที่ละเมิดดังกล่าวนี้ต่อไปได้ตามสมควร[21]

อำนาจตุลาการนับว่าเป็นอำนาจรัฐที่มีความใกล้ชิดกับความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนและสามารถสร้างความยุติธรรมได้มากที่สุด เพราะในการพิจารณาและตัดสินอรรถคดีที่มีข้อพิพาทอันเกิดจากการปะทะกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนด้วยกันนั้น ส่งผลให้ศาลต้องชั่งน้ำหนักความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงเฉพาะในคดีนั้น ดังปรากฏตัวอย่างการตีความการคุ้มครองเหตุแห่งเพศซึ่งมิได้หมายความรวมถึงเฉพาะกรณีที่เพศเป็นข้อเสียเปรียบในแง่เงื่อนไขการทำงานเท่านั้น หากแต่จะต้องพิจารณาไปถึงความแตกต่างอย่างมีนัยยะในจำนวนแรงงานเพศชายและหญิงในบรรดาแรงงานที่ได้สิทธิพิเศษหรือเสียเปรียบนั้น ๆ ด้วย[22] ยิ่งไป

รัฐสภาจนเกินสมควร ดังนั้น เฉพาะกรณีที่รัฐสภามิได้ใช้ดุลยพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่ถูกจำกัดอำนาจหน้าที่ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 68, 250)

[18] โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7,* น.144.

[19] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 8, 1 (20) และที่ 73, 280 (297)

[20] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 33, 1 (12 f.)

[21] โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7,* น.145.

[22] คำพิพากษาศาลแรงงานสหพันธ์ฯ (BAGE) ที่ 5 AZR 598/90 และที่ 4 AZR 30/92

กว่านั้น ศาลยังต้องตระหนักเสมอว่าแนวคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค[23] จะต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบในการตีความกฎหมายว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อดำรงไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญด้วย[24] โดยไม่ถึงขนาดต้องผูกพันต่อคำพิพากษาดังกล่าวเสมอไป[25] ทั้งยังต้องสอดคล้องกับหลักการในกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป[26] ดังปรากฏการนำบทนิยามการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมและมาปรับใช้ในช่วงก่อนมีการบังคับใช้กฎหมายโดยเฉพาะภายในประเทศ เช่นเดียวกับก่อนที่กฎหมายเยอรมันจะได้ระบุถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้อย่างครบถ้วน[27] ยิ่งไปกว่านั้น ศาลเยอรมันยังได้นำแนวคิดในเรื่อง “การใช้อำนาจตามอำเภอใจ” (Arbitrariness)[28] มาปรับใช้ในการพิจารณาและตัดสินคดีด้วย ภายใต้ข้อพิจารณา 1) การเปรียบเทียบวัตถุอย่างน้อยสองสิ่งตามหลักความเสมอภาคทั่วไป และ 2) ข้อห้ามทั่วไปในการปฏิบัติตามอำเภอใจหรือโดยปราศจากเหตุอันสมควรหรือความจำเป็น ซึ่งต้องรวมไปถึงปราศจากกฎหมายให้อำนาจด้วย

---

[23] ดังปรากฏหลักการในคดี Mangold (2006) เกี่ยวกับการว่าจ้างงานแรงงานเยอรมันโดยเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งอายุ โดยศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (ECJ) สร้างบรรทัดฐานไว้ว่า *“เป็นหน้าที่ความรับผิดชอบของศาลภายในประเทศที่จะต้องรับฟังข้อพิพาทภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติในฐานะหลักการทั่วไปของกฎหมายประชาคม (Community law) เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคล และจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติต่าง ๆ ภายในประเทศที่ขัดหรือแย้งหลักการดังกล่าว เพื่อสร้างหลักประกันให้หลักเกณฑ์ดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้อย่างเต็มที่”*

[24] ดังปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 74, 358, 37 ที่ 82, 106, 115 และที่ 111, 307, 317 (Görgülü) และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์ฯ (BVerwGE) ที่ 110, 203, 211 และที่ 117, 380, 389 โปรดดู Christoph Busch, “Fundamental Rights and Private Law in the EU Member States,” in EU Compendium - Fundamental Rights and Private Law, ed. Christoph Busch and Hans Schulte-Nölke (Munich : European law publishers, 2011), p.8.

[25] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 1 BvR 1481/04

[26] See also Matthias Mahlmann, Country report Non-discrimination, (Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2019), pp.29-30.

[27] โปรดดู มาตรา 611a และมาตรา 612 (3) ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) เดิมก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติม และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 121, 241 (254ff)

[28] ภัทรดา เมฆานันท์, “หลักความเสมอภาคกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : ศึกษากรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), น.96.

ตัวอย่างผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนผ่านการใช้อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมเยอรมัน ได้แก่ 1) การตัดสินคดีของศาลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายพื้นฐาน เนื่องจากมิได้เป็นไปโดยคำนึงถึงสิทธิในความเสมอภาคและสิทธิในการได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐในการสมรสและครอบครัว (มาตรา 6 (1)) ของภริยาที่มีหน้าที่ทำงานบ้านและเลี้ยงดูบุตรเมื่อเทียบกับกับสามีที่ทำงานหารายได้นอกบ้าน[29] 2) การใช้สิทธิในการตั้งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับทรัพย์สินของเจ้าของสนามฟุตบอลภายใต้หลักความเสมอภาค โดยในการห้ามมิให้บุคคลหนึ่งเข้าชมการแข่งขันที่มีการขายตั๋วต่อสาธารณชนโดยทั่วไปตามสิทธิในการเข้าร่วมกับสังคมนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมาย เมื่อปรากฏเหตุอันควรเชื่อว่าผู้นั้นอาจจะก่อเหตุทะเลาะวิวาทในระหว่างการแข่งขันและได้มีการมีการดำเนินการตามสิทธิในการรับฟัง การให้เหตุผลของข้อห้าม รวมถึงการให้สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือตามกฎหมายแล้ว ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่ถูกต้องและชอบธรรม[30] และ 3) การที่โรงแรมห้ามมิให้แขกผู้หนึ่งเข้าพักในโรงแรมบนพื้นฐานแห่งสิทธิของเจ้าบ้าน (มาตรา 14 (1)) และเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ (มาตรา 12 (1)) ในกฎหมายพื้นฐาน แม้เป็นผลอันเนื่องด้วยเหตุแห่งความคิดเห็นทางการเมืองยังคงชอบด้วยกฎหมาย เมื่อปรากฏเหตุอันสมควรเพื่อความรื่นรมย์ใจให้แก่แขกผู้เข้าพักทุกคนตามวัตถุประสงค์หลักสำคัญของธุรกิจโรงแรมและได้มีการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังแขกผู้นั้นโดยตรงล่วงหน้าแล้ว[31]

จากตัวอย่างข้างต้นจึงสามารถสรุปถึงผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนเยอรมันได้ว่าเป็นไปตามทฤษฎีผลผูกพัน*โดยอ้อม*ผ่านการใช้อำนาจของรัฐที่ผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งมีหน้าที่ในทางภาวะวิสัยในการปกป้องคุณค่าพื้นฐานแห่งรัฐ โดยถือว่าผลผูกพันของสิทธิในความเสมอภาคต่อเอกชนเป็นพื้นฐานคุณค่าในกฎหมายพื้นฐาน (Verfassungsrechtliche Wertentscheidungen) ซึ่งแผ่รังสีต่อเนื่องไปยังความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนในรูปแบบของหลักการที่เป็นแนวทาง (Guiding principles) นอกจากนั้น อาจตั้งข้อสังเกตุเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในกฎหมายพื้นฐานที่มุ่งคุ้มครองสวัสดิการในทางสังคมซึ่งมีความสำคัญต่อความสัมพันธ์ในทางกฎหมายของเอกชน โดยเฉพาะหลักสังคมรัฐที่มีผลต่อการตีความกฎหมายต่าง ๆ ด้วยเหตุนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานในทำนองดังกล่าวจึงอาจมีผลบังคับต่อกฎหมายเอกชนได้*โดยตรง*ด้วย ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลแรงงานแห่งสหพันธ์ฯ (BAGE) ที่ 1, 185 (1954)[32]

---

[29] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 105, 1

[30]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 1 BvR 3080/09

[31]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 1 BvR 879/12

[32]โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.83.

3.1.2.2 หลักความเสมอภาคที่ปรากฏในแดนกฎหมายเอกชนปัจจุบัน

(1) กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้อง

เมื่อผลผูกพันของหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐานต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัติถือเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคที่มีผลบังคับในแดนกฎหมายเอกชน ใน ค.ศ. 1972 จึงได้มีการประกาศใช้ “รัฐบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญในการทำงาน” (BetrVG) ว่าด้วยเสรีภาพในการรวมกลุ่ม การเจรจาต่อรอง และความสัมพันธ์ด้านอุตสาหกรรมซึ่งมีผลบังคับใช้กับทุกองค์กร ยกเว้นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ทางศาสนาภายใต้เหตุผลเบื้องหลังแห่งหลักความเสมอภาคในมิติการจ้างแรงงาน และใน ค.ศ. 2006 ได้พัฒนาการคุ้มครองหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนเยอรมันให้ก้าวหน้าไปในระดับสูงสุดด้วยการบประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคทั่วไป “รัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” (Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz : AGG) (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “รัฐบัญญัติฯ”) ซึ่งได้อนุวัติหลักการมาจากกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป เพื่อบังคับใช้ต่อความสัมพันธ์ในทุกมิติและทุกแดนกฎหมาย แม้พบจุดอ่อน[33] เช่น 1) การผ่อนปรนหลักการสำหรับการเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรมโดยคำพิพากษา (มาตรา 2 (4)) 2) ข้อยกเว้นในการดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับสินค้าและบริการในกรณีที่คู่สัญญามีความสัมพันธ์ที่มีความไว้เนื้อเชื่อใจหรือใกล้ชิดกัน แม้การเลือกปฏิบัตินั้นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งเชื้อชาติและกำเนิดชาติพันธุ์ (มาตรา 19 (5)) ซึ่งขัดต่อกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเชื้อชาติ เช่นเดียวกันกับข้อยกเว้นเกี่ยวกับการเคหะที่มีวัตถุประสงค์ปรับสมดุลทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (มาตรา 19 (3)) 3) ความชอบธรรมในการปฏิบัติที่แตกต่างอันเนื่องด้วยเหตุผลทางศาสนาและความเชื่อ (มาตรา 9 (1)) 4) การไม่ปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยความเป็นผู้เสียหาย (Victimization) ในกฎหมายแพ่ง 5) การพิจารณาค่าเสียหายตามจริง (มาตรา 15 (1) มาตรา 15 (3) และมาตรา 21 (2)) ซึ่งไม่เป็นไปตามแนวทางของศาลแห่งสหภาพยุโรป (CJEU) และ 6) การไม่ปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสมแก่ผู้พิการ เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีบังคับใช้กฎหมายโดยเฉพาะเพื่อรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอีกหลายฉบับ ไม่ว่าจะปรากฏเป็นเหตุผลสำคัญหรือโดยตรงในกฎหมายหรือไม่ก็ตาม เช่น 1) ประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ได้แก่ มาตรา 1353 ว่าด้วยการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน และมาตรา 823 และมาตรา 826 ว่าด้วยความรับผิดในทางแพ่งอันเนื่องมาจากการก่อให้เกิดความเกลียดชัง ดูถูก และเสื่อมเสียชื่อเสียง 2) ประมวลกฎหมายสังคม (SGB) ว่าด้วยมาตรการการฟื้นฟูและการมีส่วนร่วมของแรงงานผู้พิการ 3) ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) มาตรา

---

[33] Matthias Mahlmann, *supra note 26,* pp.12-13.

185 และมาตรา 192 ว่าด้วยความผิดอาญาในฐานดูหมิ่นผู้อื่น และมาตรา 130 ว่าด้วยความผิดอาญาในฐานการแสดงความเห็นในเชิงสนับสนุนพรรคสังคมนิยมหรือความเชื่อว่าไม่มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว[34] 4) กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมของผู้พิการ (BGG) ว่าด้วยมาตรต่าง ๆ เพื่อสร้างความเท่าเทียมให้แก่ผู้พิการ 5) กฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการผู้แทนการบริหารจัดการอาวุโส (SprAuG) ว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้บริหารอาวุโส 6) กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้อง (UrhG) มาตรา 42 ว่าด้วยสิทธิในการเข้าถึงงานประพันธ์ของผู้พิการทางสายตา และ 7) ข้อตกลงในการกระจายเสียงและการแพร่ภาพออกอากาศ (RStV) มาตรา 3 (1) ข้อ 1.) ว่าด้วยข้อห้ามมิให้เอกชนสร้างความเกลียดชังต่อกลุ่มประชากรที่มีความแตกต่าง และมาตรา 12 ว่าด้วยข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ เป็นต้น โดยบทบัญญัติข้างต้นนี้เว้นแต่กฎหมายมหาชนว่าด้วยการคุ้มครองกลุ่มบุคคลพิเศษย่อมไม่อาจตกอยู่ภายใต้ผลบังคับแห่งรัฐบัญญัติฯ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไป

(2) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

1) นิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติ มาตรา 3 ในรัฐบัญญัติฯ ได้บัญญัติถึงนิยามของการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมไว้ ทั้งยังถือเอาการคุกคาม[35] การคุกคามทางเพศ และการก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายฉบับนี้อีกด้วย ทั้งนี้ ยังปรากฏบทนิยามของการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะในกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายสังคม เล่มที่ 9 (SGB IX) ว่าด้วยข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมต่อลูกจ้าง อันเนื่องด้วยเหตุแห่งความพิการทั้งปวง เช่นเดียวกันกับกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมของผู้พิการ (BGG) ซึ่งมีขอบเขตการคุ้มครองครอบคลุมผู้พิการทุกคน และประมวลกฎหมายอุตสาหกรรม (GewO) และประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้แก่เอกชนในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสมให้แก่ผู้พิการ อย่างการกำหนดโควตาการจ้างงาน การสร้างสิ่งอำนวยความสะดวก หรือการกำหนดวันลาเพิ่มเติมโดยเฉพาะให้แก่แรงงานผู้พิการอย่างร้ายแรง และการงดเว้น

---

[34] โปรดดู สาวตรี สุขศรี และคณะ, “รายงานสถานการณ์การควบคุมแลปิดกั้นสื่อออนไลน์ด้วยการอ้างกฎหมายและแนวนโยบายแห่งรัฐไทย,” ใน โครงการวิจัยผลกระทบจากว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, (กรุงเทพมหานคร : โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (iLaw), 2553), น.18-19.

[35] แม้ศาลแรงงานแห่งสหพันธ์ฯ จะเคยตีความบทบัญญัตินี้ไว้ในคดีที่ 8 AZR 74/18 ว่าต้องเป็นกรณีที่มีการกระทำอย่างต่อเนื่องมิใช่แต่เพียงครั้งเดียว จึงจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 3 (3) แห่งรัฐบัญญัติฯ อย่างไรก็ตาม การกระทำที่เป็นการคุกคามเพียงครั้งเดียวนั้นก็ยังคงผิดกฎหมายว่าด้วยละเมิดและเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา 185 ถึงมาตรา 187)

หน้าที่ดังกล่าวย่อมถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงอันเนื่องด้วยเหตุแห่งความพิการด้วย[36] เป็นต้น นอกจากนี้ แม้ในช่วงแรกศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ จะได้เน้นย้ำถึง “เจตนาของผู้กระทำ” ในฐานะองค์ประกอบความผิดฐานเลือกปฏิบัติ แต่ในระยะหลังหลักการดังกล่าวก็ได้เปลี่ยนแปลงไป[37] โดยคำนึงถึงเฉพาะข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงมูลเหตุจูงใจ (Motivbündel) และถือเอาเฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามที่ได้ระบุไว้ในกฎหมายเท่านั้นเป็นองค์ประกอบหลักสำคัญแห่งการกระทำผิด

2) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ กฎหมายพื้นฐานได้การคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 3 (3) ได้แก่ *“เหตุแห่งเพศ บรรพบุรุษ เชื้อชาติ ภาษา ถิ่นฐานและแหล่งกำเนิด ความเชื่อหรือศาสนา ความเห็นทางการเมือง และความทุพพลภาพ”* ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ในรัฐบัญญัติฯ ยิ่งไปกว่านั้น ในรัฐบัญญัติฯ ยังได้ขยายขอบเขตการคุ้มครองไปถึงเหตุแห่งอายุและความหลากหลายทางเพศอีกด้วย[38] โดยรายละเอียดของแต่ละเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติสามารถพิจารณาได้จากคู่มือการใช้รัฐบัญญัติฯ ซึ่งจัดทำขึ้นโดยองค์กรต่อต้านการเลือกปฏิบัติแห่งสหพันธ์ฯ[39] เช่น **1) เหตุแห่งแหล่งกำเนิดชาติพันธุ์** ให้หมายความรวมถึงสัญชาติ **2) เหตุแห่งเพศ** ให้หมายความรวมถึงเพศตามกำเนิด เพศกำกวม (Intersex)[40] ข้ามเพศ (Transgender)[41] และการ (ปรารถนา) ตั้งครรภ์และความเป็นมารดา (มาตรา 20 (2)) **3) เหตุแห่ง**

---

[36] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 96, 288

[37] คำพิพากษาศาลแรงงานแห่งสหพันธ์ฯ (BAGE) ที่ 8 AZR 470/14

[38] แม้ในการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติส่วนใหญ่จะสอดคล้องกับกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป แต่จะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายเยอรมันยังไม่ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในการคุ้มครองเหตุแห่งภาษา ถิ่นฐาน และความเห็นทางการเมืองเท่าใดนัก เพราะไม่ปรากฏเหตุดังกล่าวทั้งในกฎหมายพื้นฐานและรัฐบัญญัติฯ

[39] Federal Anti-Discrimination Agency, “ Guide to the General Equal Treatment Act: Explanations and Examples,” Retrieved on April 6, 2020, from http://www.anti-diskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/EN/publikationen/agg_wegweiser_engl_guide_to_the_general_equal_treatment_act.pdf?__blob=publicationFile.

[40] ผู้ที่โดยกำเนิดแล้วมีลักษณะสภาพร่างกายเป็นหญิงหรือชาย

[41] ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏความชัดเจนว่าต้องเป็นกรณีที่ได้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงเพศสภาพแล้ว ไม่ว่าด้วยวิธีทางกฎหมาย สังคม หรือทางการแพทย์ แม้คำวินิจฉัยของศาลแห่งสหภาพยุโรป (CJEU) เคยตีความกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปไว้ว่าจะต้องเป็นกรณีที่ได้หรือกำลังจะดำเนินการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศเท่านั้น

ศาสนาและความเชื่อ ซึ่งมีเพียงเหตุแห่งศาสนาเท่านั้นที่มีข้อห้ามการเลือกปฏิบัติภายใต้กฎหมายแพ่ง (มาตรา 19 (1)) และ **4) เหตุแห่งความทุพพลภาพ** ให้หมายความรวมถึงกรณีที่ไม่มีการแสดงออกซึ่งความทุพพลภาพอันเห็นได้ชัดแจ้งและหากมีการเปิดเผยถึงความทุพพลภาพนั้น ผู้ทุพพลภาพอาจได้รับการอคติและการกีดกันจากการเข้าร่วมสังคม เช่น ผู้ที่มีเชื้อเอชไอวีแบบไม่แสดงอาการหรือผู้มีภูมิคุ้มกันบกพร่อง เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีการคุ้มครองไปถึงบุคคลผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ทุพพลภาพด้วย[42] เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากไม่ปรากฏคำอธิบายหรือคำอธิบายไม่ชัดเจนเพียงพอ ย่อมตกเป็นหน้าที่ของศาลในการตีความและบังคับใช้กฎหมาย โดยแหล่งอ้างอิงของศาลอาจมาจากคำพิพากษาของศาลในระดับสหภาพยุโรป[43] หรือศาลเยอรมัน[44] คำอธิบายขององค์กรผู้ตรากฎหมาย[45] บทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ กฎหมายอื่นแห่งสหพันธ์ฯ หรือมลรัฐ ทั้งที่เป็นกฎหมายโดยทั่วไปและกฎหมายโดยเฉพาะ ตำราวิชาการกฎหมาย คำอธิบายในทางกฎหมาย รวมไปถึงข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามความเป็นจริงก็ได้

3) การเลือกปฏิบัติควบซ้อน ในระบบกฎหมายเยอรมันไม่ปรากฏการให้ความสำคัญหรือบรรทัดฐานทางกฎหมายใดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติควบซ้อน และมีแต่เพียงการระบุให้เป็นภารกิจในการให้ความร่วมมือกันระหว่างองค์กรต่อต้านการเลือกปฏิบัติแห่งสหพันธ์ฯ กับคณะกรรมาธิการรัฐบาลสหพันธ์ฯ และคณะกรรมาธิการรัฐสภาแห่งรัฐบาลกลางเยอรมันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม องค์กรต่อต้านการเลือกปฏิบัติแห่งสหพันธ์ได้กำหนดแนวทางเกี่ยวกับการตีความและบังคับใช้รัฐบัญญัติฯ สำหรับการเลือกปฏิบัติควบซ้อนไว้ว่า อาจนำไปเป็นเหตุในการเพิ่มระดับของมาตรการในการชดใช้เยียวยาภายใต้กฎหมายแรงงานได้[46]

---

[42] คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปที่ C-303/06

[43] เช่น เหตุแห่งความพิการในคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปที่ C-395/15 เป็นต้น

[44] เช่น เหตุแห่งเชื้อชาติในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 23, 98, 105 และที่ 23, 98 เหตุแห่งศาสนาในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 12, 1 (4) ที่ 90, 112 (115) และที่ 83, 341 (353) และเหตุแห่งแหล่งกำเนิดชาติพันธุ์ในคำพิพากษาศาลแรงงานแห่งสหพันธ์ฯ (BAGE) ที่ 8 AZR 364/11 เป็นต้น

[45] เช่น กรอบการทำงานของสนธิสัญญาเพื่อคุ้มครองชนกลุ่มน้อย (ETS No.157, 1995) โดยสภาแห่งสหภาพยุโรป และข้อชี้แนะทั่วไปของคณะกรรมการแห่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ เป็นต้น

[46] คำพิพากษาศาลสูงเมืองชตุทท์การ์ท (Stuttgart) ที่ 10 U 106/11 และคำพิพากษาศาลฮันโนเฟอร์ (Hannover) ที่ 549 C 12993/14 และโปรดดู Federal Anti-Discrimination Agency, *supra note 39.*

4) สมมติฐานแห่งการเลือกปฏิบัติและการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ แม้ในรัฐบัญญัติฯ มาตรา 7 (1) จะบัญญัติไว้ว่า *"ลูกจ้างไม่จำต้องฝืนทนต่อการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 1 ทั้งนี้ ให้ใช้บังคับถึงกรณีที่บุคคลใดได้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยเล็งเห็นได้ว่าได้กระทำไปด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ในมาตรา 1 ด้วย"* แต่ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายนี้กลับครอบคลุมเฉพาะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในมิติการว่าจ้างแรงงานเท่านั้น ในขณะที่ไม่ปรากฏผลในทางกฎหมายโดยเฉพาะสำหรับการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ นอกไปจากการปรากฏเป็นคำอธิบายถึงเหตุแห่งความทุพพลภาพในคู่มือการใช้รัฐบัญญัติฯ โดยให้มีการคุ้มครองไปถึงบุคคลผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ทุพพลภาพด้วย ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเรื่องที่ศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจในการตีความและบังคับใช้กฎหมายต่อไป

(3) ขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง

1) ผู้ทรงสิทธิ ในการบังคับใช้สิทธิต่าง ๆ ที่ได้รับการรับรองไว้ในบรรดากฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้น หาได้ปรากฏเงื่อนไขทั่วไปหรือโดยเฉพาะแห่งการเป็นผู้ทรงสิทธิ โดยเฉพาะรัฐบัญญัติฯ ที่แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองเอกชนผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานทุกคนที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเยอรมัน รวมถึงผู้อพยพเข้าเมืองโดยมิได้ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิมนุษยชน อนึ่ง ปรากฏเป็นบรรทัดฐานเงื่อนไขการเรียกร้องค่าเสียหายตามสิทธิในรัฐบัญญัติฯ ของศาลแรงงานสหพันธ์ฯ (BAG) ในคดีที่ 8AZR 99/12 ว่าผู้สมัครงานจะต้องมีคุณสมบัติตามจริง (Objective qualifications) ในการเข้ารับคัดเลือกสำหรับตำแหน่งงานเสมอ แม้ว่าฝ่ายนายจ้างผู้เลือกปฏิบัติจะไม่ทราบถึงการไม่มีคุณสมบัตินั้นก็ตาม ส่วนในกรณีสิทธิในความเสมอภาคที่สืบเนื่องมาจากสิทธิเชิงบวกในแดนกฎหมายมหาชน อันก่อหน้าที่ให้เอกชนต้องดำเนินการใด ๆ เพื่อประโยชน์ของเอกชนผู้อื่น เช่น สิทธิเรียกร้องของลูกจ้างตามรัฐบัญญัติฯ ให้นายจ้างต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ (มาตรา 12) ไม่ว่าในการกำหนดมาตรการจำเป็นในการคุ้มครองและป้องกันการเลือกปฏิบัติ การจัดการอบรมเกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติ การกำหนดมาตรการอันสมควร จำเป็น และเหมาะสมเพื่อระงับการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้าง หรือการประกาศสิทธิและวิธีในการอุทธรณ์ (มาตรา 13) ย่อมแสดงถึงเงื่อนไขการเป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนนั่นเอง อย่างไรก็ดี ในกรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้เอกชนจะต้องดำเนินการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงบวก เอกชนผู้อาจได้รับประโยชน์ก็ไม่อาจบังคับใช้สิทธิโดยตรงเรียกร้องต่อเอกชนงดเว้นหน้าที่ตามกฎหมายได้ เว้นแต่กฎหมายได้รับรองสิทธิไว้อย่างชัดแจ้ง เพราะถือว่าเป็นเรื่องความรับผิดต่อรัฐโดยตรง ดังปรากฏในกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมของผู้พิการ (BGG) เพราะต้องถือมาตรการนี้ยังไม่ถึงขั้นเป็นคำสั่ง แต่เป็นเพียงเครื่องมือ เรียกว่า "ข้อตกลงอันเป็น

เป้าหมาย" (Zielvereinbarung)[47] เพื่อจูงใจให้บุคคลกระทำการใดการหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 111, 366 ยังได้รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของนิติบุคคลเอกชนไว้ตราบเท่าที่ไม่ถูกจำกัดด้วยเนื้อหาและสภาพแห่งสิทธิ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในรัฐบัญญัติฯ มาตรา 19 (1) ว่า *"การเลือกปฏิบัติใด ๆ ด้วยเหตุแห่ง...ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อเป็นข้อกำหนดตามกฎหมายแพ่งว่าด้วยการก่อ การดำเนินการ และการสิ้นสุดแห่ง..."* จึงแสดงให้เห็นถึงการกระทำหรือไม่กระทำการของนิติบุคคลบนพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งซึ่งอาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้ด้วย

2) ผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย รัฐบัญญัติฯ ได้กำหนดขอบเขตบุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายไว้ ได้แก่ *"บุคคลใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับมิติการจ้างแรงงาน การคุ้มครองทางสังคม ผลประโยชน์ทางสังคม การศึกษา และการเข้าถึงและทรัพยากรต่าง ๆ"* (มาตรา 2 (1)) ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในภาครัฐหรือภาคเอกชนก็ได้ โดยเฉพาะนายจ้างซึ่งต้องปฏิบัติต่อลูกจ้างภายใต้หลักการเฉพาะ (มาตรา 6 (1) (2) และมาตรา 19) ส่วนเอกชนในความสัมพันธ์อื่น ๆ นั้น คู่มือการใช้รัฐบัญญัติฯ ได้อธิบายไว้ว่าจะต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน สินค้าและบริการ การเคหะ หรือแม้กระทั่งการรับให้เข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับลูกจ้าง วิชาชีพหรือองค์กรที่มีผลต่อเศรษฐกิจหรือเกี่ยวกับด้านสังคมและสหพันธ์การกีฬา โดยจะเห็นได้ว่าในทุกกรณีนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชนตามหลักความเป็นสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีเอกชนบางกลุ่มอาจได้รับการยกเว้นมิให้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายบางฉบับเนื่องด้วยเหตุผลเฉพาะ ดังที่รัฐบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญในการทำงาน (BetrVG) กำหนดผลบังคับใช้ต่อเฉพาะกับองค์กรเอกชนในมิติการจ้างงาน โดยไม่รวมถึงองค์กรที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับศาสนา ปรัชญา หรือการเมือง

(4) ขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง

เมื่อพิจารณามาตรา 2 (1) แห่งรัฐบัญญัติฯ ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยเป้าหมายแห่งกฎหมายประกอบคู่มือการใช้รัฐบัญญัติฯ ได้แสดงให้เห็นถึงการกำหนดผลบังคับของหลักการไม่เลือกปฏิบัติไว้อย่างครอบคลุมเกือบทุกเนื้อหาหรือความสัมพันธ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ในแดนกฎหมายเอกชน ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นมิติแห่งการเลือกปฏิบัติที่ได้รับการคุ้มครองไว้ในกฎหมายระดับสหภาพยุโรป ได้แก่ 1) การจ้างแรงงาน ซึ่งรวมไปถึงการจ้างงานตนเอง (Self-employment)[48] และ

---

[47] See also Jutta Croll, "Internet – Digital inclusion for everyone regardless of their abilities," in Access for All: Approaches to the Built Environment, ed. Wolfgang Christ, (Berlin : Birlhäuser Verlag AG, 2009), p.162.

[48] ผู้มีอาชีพอิสระหรือผู้ที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรโดยไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของผู้ใดและไม่ต้องรับผิดโดยตรงต่อตนเอง เช่น กรรมการที่จำกัดความรับผิดในองค์กร เป็นต้น

การประกอบอาชีพ (Occupation) 2) เงื่อนไขในการเข้าสู่การจ้างแรงงาน การจ้างงานตนเอง หรือการประกอบอาชีพ ซึ่งประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ในการคัดเลือก เงื่อนไขในการรับสมัครงานและการเลื่อนตำแหน่ง รวมไปถึงการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับการจัดระบบตามลำดับขั้นด้านอาชีพ (Professional hierarchy) (มาตรา 2 (1) ข้อ 1.) และมาตรา 11) 3) เงื่อนไขในการจ้างแรงงานและการทำงานเกี่ยวกับค่าจ้างและการเลิกจ้าง (มาตรา 2 (1) ข้อ 2. และ (4)) 4) การเข้าถึงการแนะแนว การฝึกฝน การฝึกล่วงหน้า และการฟื้นฟูอาชีพในทุกประเภทและทุกระดับ (มาตรา 2 (1) ข้อ 3.) 5) การเป็นสมาชิกและเข้าร่วมองค์กรเกี่ยวกับแรงงานหรือองค์กรอื่น ๆ เกี่ยวกับวิชาชีพ รวมถึงการได้รับสิทธิประโยชน์ที่ได้รับจากองค์กรดังกล่าว (มาตรา 2 (1) ข้อ 4. และมาตรา 18) 6) การคุ้มครองทางสังคม ได้แก่ ประกันสังคมและการสาธารณสุขจากการให้บริการขององค์กรเอกชน (มาตรา 2 (1) ข้อ 5. และ (2)) อย่างเช่นการให้บริการสาธารณสุขหรือการรับรองสิทธิทางสังคมพิเศษให้แก่กลุ่มบุคคลโดยเฉพาะ 7) ผลประโยชน์ทางสังคม (มาตรา 2 (1) ข้อ 6.) และ (2)) ซึ่งแม้เป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน แต่ก็สามารถส่งผลกระทบนิติสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนได้ในท้ายที่สุดด้วย เช่น การสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน[49] เป็นต้น 8) การศึกษาตามสัญญาในทางแพ่ง ดังเช่นที่ปรากฏการเรียนการสอนในโรงเรียนภาษาเอกชน 9) การเข้าถึงและการจัดหาสินค้าและบริการซึ่งจำหน่ายต่อสาธารณชน (มาตรา 19)[50] และ10) การเคหะ (มาตรา 19 (3)) ทั้งนี้ สำหรับความสัมพันธ์ที่มีลักษณะเฉพาะจึงถือเป็นความจำเป็นในการวางหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมด้วยกฎหมายเฉพาะซึ่งต้องนำมาปรับใช้ก่อนรัฐบัญญัติฯ ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไป ตัวอย่างกฎหมายเฉพาะดังกล่าว ได้แก่ 1) รัฐบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญในการทำงาน (BetrVG) ซึ่งบังคับใช้เฉพาะกับการใด ๆ ขององค์กรเอกชนในมิติการจ้างงาน 2) กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเกี่ยวกับการเลิกจ้าง (KSchG) ว่าด้วยหลักประกันในการจ้างแรงงานและการยกเลิกการจ้างแรงงาน 3) กฎหมายว่าด้วยการขนส่งผู้โดยสาร (PBefG) ที่ได้กำหนดหน้าที่อันเป็นการกระทำเชิงบวกให้แก่บริษัทด้านการขนส่งมวลชน ในทำนองเดียวกันกับหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการภัตตาคารในกฎหมายว่าการออกใบอนุญาตสถานที่รับประทานอาหารและเครื่องดื่ม (GastG) และ 4) กฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองผู้ใช้บริการ

---

[49] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 1 BvR 1164/07 (2009)

[50] ในขณะที่การปฏิบัติที่แตกต่างอันเนื่องมาจากเชื้อชาติและชาติพันธุ์ในมิติการจัดให้มีสินค้าและบริการสาธารณะของภาครัฐ มิได้ถูกจำกัดให้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายใด อย่างไรก็ตามด้วยหลักประกันตามกฎหมายพื้นฐานที่ครอบคลุมถึงกรณีนี้ ในการจัดการสาธารณูปโภคต่าง ๆ โดยใช้สัญญาในทางแพ่งซึ่งมีรัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือเมื่อรัฐได้ผันตัวให้มีความเป็นเอกชนมากขึ้น หากการดังกล่าวได้เกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชน เมื่อนั้นรัฐย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งรัฐบัญญัติฯ ด้วย

โทรคมนาคม (TKV) ว่าด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติในมิติการให้บริการโทรคมนาคม ในทำนองเดียวกันกับมิติการให้บริการไปรษณีย์ในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการให้บริการไปรษณีย์ (PDLV)

(5) ข้อยกเว้น

รัฐบัญญัติฯ ได้กำหนดข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคไว้อย่างสอดคล้องกับกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป ได้แก่ **1) ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับอาชีพอย่างแท้จริง** เมื่ออยู่ภายใต้วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายและหลักพอสมควรแก่เหตุ (มาตรา 8) เช่น ความจำเป็นเพื่อป้องกันความขัดแย้งในการคัดเลือกผู้สมัครในตำแหน่งที่ปรึกษา ซึ่งส่งผลให้ต้องเลือกรับเฉพาะผู้สมัครที่มีแหล่งกำเนิดชาติพันธ์ที่เหมาะสมกับผู้อพยพซึ่งจะเข้ารับคำปรึกษา เป็นต้น โดยสัดส่วนที่เหมาะสมนั้นต้องพิจารณาถึงอุปทานของฝ่ายลูกจ้างในตลาดแรงงานประกอบเสมอ **2) การประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องศาสนาหรือความเชื่อโดยตรง** (มาตรา 9) ซึ่งจำเป็นที่ลูกจ้างจะต้องยอมรับและเคารพต่อศาสนาหรือความเชื่อนั้น เพื่อสามารถประกอบพิธีกรรมหรือปฏิบัติภารกิจที่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขแห่งการเป็นผู้นับถือศาสนาหรือความเชื่อนั้นภายใต้เจตนาสุจริตและความสงบเรียบร้อยของสังคม[51] **3) การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสัญชาติหรือความเป็นพลเมือง** ดังปรากฏข้อยกเว้นในกรณีเกี่ยวกับการเคหะที่มีวัตถุประสงค์ในการสร้างความสมดุลทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (มาตรา 19 (3)) และข้อยกเว้นในการดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับสินค้าและบริการในกรณีที่คู่สัญญามีความสัมพันธ์ที่มีความไว้เนื้อเชื่อใจหรืออย่างใกล้ชิดกัน (มาตรา 19 (5)) **4) สุขภาพและความปลอดภัย** (มาตรา 20) และ **5) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับอายุ** เมื่อปรากฏเหตุอันสมควรประกอบ (มาตรา 10) หรือเงื่อนไขพิเศษสำหรับผู้เยาว์ แรงงานอาวุโส และบุคคลที่มีภาระหน้าที่ (มาตรา 10 ข้อ 1.) อีกทั้ง ยังปรากฏข้อยกเว้นในกฎหมายเฉพาะด้วย เช่น กรณีลูกจ้างในกิจการที่เกี่ยวข้องกับศาสนาและความเชื่อในรัฐบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญในการทำงาน (BetrVG) (มาตรา 118) และข้อยกเว้นเกี่ยวกับอายุ อย่างเช่น ข้อจำกัดของนายจ้างด้านอายุของผู้สมัครงานในประมวลกฎหมายสังคม เล่มที่ 3 (SGB III) (มาตรา 36 (2)) มาตรการในการรวมตัวแรงงานที่เป็นผู้เยาว์และผู้อาวุโสในกฎหมายว่าด้วยการจ้างแรงงานไม่เป็นเวลาและมีกำหนดระยะเวลา (TzBfG) การกำหนดเวลาเกษียณอายุที่แตกต่างกันในประมวลกฎหมายสังคม เล่มที่ 6 (SGB VI) (มาตรา 41 (3)) และกฎหมายว่าด้วยการจ้างแรงงานไม่เป็นเวลาและมีกำหนดระยะเวลา (TzBfG) (มาตรา 14) รวมถึงการเลิกจ้างอันเนื่องมาจากความซ้ำซ้อนของแรงงานในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเกี่ยวกับการเลิกจ้าง (KSchG) (มาตรา 1 (3)) เป็นต้น

---

[51] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 70, 138, 168

(6) การกระทำในเชิงบวก

เนื่องด้วยการยอมรับหลักนิติรัฐในกฎหมายพื้นฐาน (มาตรา 20 (1) มาตรา 20 (3) และมาตรา 28 (1)) ประกอบกับความเป็นรัฐประชาธิปไตยและสังคมรัฐของประเทศสหพันธ์สาธารณะรัฐเยอรมนี จึงส่งผลให้มีการยอมรับหน้าที่หรือภารกิจรัฐในลักษณะการกระทำในเชิงบวก ดังปรากฏในรัฐบัญญัติฯ มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า *"แม้ปรากฏเหตุตามมาตรา 8 ถึงมาตรา 10 และมาตรา 20 การปฏิบัติที่แตกต่างก็สามารถเกิดขึ้นได้ หากเป็นกรณีเกี่ยวกับมาตรการอันสมควรและเหมาะสม เพื่อป้องกันและเยียวยาข้อเสียเปรียบจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ในมาตรา 1"* รวมถึงการกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ของนายจ้าง (มาตรา 12) และหน้าที่ในการดำเนินการใด ๆ ของคู่กรณีตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง นายจ้าง ลูกจ้าง และตัวแทนของบุคคลดังกล่าว เพื่อให้บรรลุเป้าหมายแห่งรัฐบัญญัติฯ (มาตรา 17 (1)) อีกทั้ง ยังปรากฏหน้าที่ใด ๆ ในทำนองเดียวกับหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสมในกฎหมายหลายฉบับ เช่น การกำหนดโควตาแรงงานผู้พิการในประมวลกฎหมายสังคม เล่มที่ 9 (SGB IX) (มาตรา 154 (1) ประกอบมาตรา 156) โดยยกเว้นไม่บังคับใช้กับองค์กรที่มีขนาดเล็กจนไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้ และโควตาตำแหน่งงานสำหรับแรงงานไม่เป็นเวลาในกฎหมายว่าด้วยการจ้างแรงงานไม่เป็นเวลาและมีกำหนดระยะเวลา (TzBfG) (มาตรา 6 และมาตรา 9) เป็นต้น

(7) องค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาค

ระบบกฎหมายเยอรมันได้สร้างระบบการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไว้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยนอกจากจะได้จัดตั้ง**องค์กรต่อต้านการเลือกปฏิบัติ** ภายใต้รัฐบัญญัติฯ (มาตรา 23) เพื่อให้ความช่วยเหลือและต่อต้านการเลือกปฏิบัติในฐานะผู้ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมายหรือผู้รับมอบอำนาจของผู้เสียหายในการดำเนินกระบวนการทางศาล โดยไม่ต้องด้วยข้อห้ามมิให้รับฟังผู้ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมายในกฎหมายว่าด้วยวิธีการพิจารณาคดี และ**หน่วยงานต่อต้านการเลือกปฏิบัติแห่งสหพันธ์ (ADS)** (มาตรา 25) ซึ่งมีอำนาจและภารกิจโดยอิสระ (มาตรา 26) ใน 1) การรับคำร้องทุกข์จากผู้เสียหาย โดยไม่รวมถึงการออกคำสั่งเกี่ยวกับผลหรือหน้าที่การชดใช้เยียวยาตามคำร้องทุกข์ (มาตรา 27 (1)) 2) การคุ้มครองผู้ร้องทุกข์จากการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมาย (มาตรา 27 (2)) ไม่ว่าจะเป็นการช่วยเหลืออย่างการให้ข้อมูลและคำปรึกษาเกี่ยวกับกฎหมาย (ไม่รวมไปถึงคำปรึกษาในเชิงเทคนิค[52]) การประมวลผลคำปรึกษาต่าง ๆ

[52] European Union Agency for Fundamental Rights, "Access to Justice in Europe - Thematic study: GERMANY," Retrieved on March 28, 2020, from https://fra.europa.eu-/sites/default/files/fra_uploads/1526-access-to-justice-2011-country-DE.pdf.

ที่ได้รับจากหน่วยงานที่มีอำนาจ และการเป็นตัวกลางในการไกล่เกลี่ยนอกศาลเพื่อทำสัญญาประนีประนอม เมื่อเป็นไปตามความยินยอมของผู้ร้องทุกข์ (มาตรา 28 (1)) 3) การจัดการและดำเนินภารกิจสาธารณะโดยอิสระ การกำหนดมาตรการในการป้องกันการเลือกปฏิบัติ และการให้ความรู้เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 27 (3)) 4) การจัดทำรายงานสภาพการณ์และจัดอบรมวิชาการ (มาตรา 27 (4)) และ 5) การสนับสนุนให้ความร่วมมือกับกลุ่มสังคมและองค์กรด้านการคุ้มครองหลักความเสมอภาคอื่น (มาตรา 29 และมาตรา 30)[53] นอกจากนี้ รัฐบัญญัติฯ ยังให้อำนาจหน้าที่ให้แก่ **สภาแรงงานหรือสหภาพการค้า**ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญในการทำงาน (BetrVG) เป็นผู้ฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติอย่างร้ายแรงแทนผู้เสียหาย (มาตรา 17 (2) ประกอบรัฐบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญในการทำงาน มาตรา 23 (3)) ได้อีกด้วย

(8) ผลแห่งการละเมิดหลักความเสมอภาค

เมื่อมีการอันเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิในความเสมอภาคเกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชน นอกจากจากความรับผิดในทางแพ่งว่าด้วยละเมิด[54] รัฐบัญญัติฯยังได้รับรองสิทธิของผู้เสียหายโดยเฉพาะผู้เสียหายที่เป็นลูกจ้างไว้ ซึ่งสามารถบังคับใช้ได้โดยไม่กระทบต่อสิทธิในทางแพ่งหรือสิทธิตามกฎหมายอื่น ได้แก่ 1) สิทธิของลูกจ้างในการยื่นคำร้องทุกข์ภายในองค์กร (มาตรา 13) โดยปราศจากอายุความ 2) สิทธิของลูกจ้างที่จะปฏิเสธการทำงานโดยไม่ถูกหักเงินค่าจ้าง (มาตรา 14) 3) สิทธิของลูกจ้างในการได้รับการคุ้มครองโดยเฉพาะในฐานะผู้เสียหาย ไม่ว่าข้อห้ามมิให้นายจ้างเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างที่บังคับใช้สิทธิตามกฎหมายโดยชอบหรือยกการปฏิเสธหรือการฝืนทนต่อการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติของลูกจ้างเป็นข้อต่อสู้ที่ก่อให้เกิดผลเสียแก่ลูกจ้างนั้นเองได้ (มาตรา 16)[55] 4) สิทธิในการได้รับการเยียวยาและค่าเสียหาย (มาตรา 15 และมาตรา 21 (2)) 5) สิทธิในการขอให้ศาลมีคำสั่งแก้ไข ป้องกัน หรือระงับการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 21 (1)) และ 6) สิทธิในการร้องทุกข์ต่อหน่วยงานต่อต้านการเลือกปฏิบัติแห่งสหพันธ์ฯ (มาตรา 27 (1)) ซึ่งเป็นการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายทางเลือกภายนอกศาล

---

[53] โดยรัฐบัญญัติฯ ได้กำหนดหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือและร่วมมือกับหน่วยงานต่อต้านการเลือกปฏิบัติแห่งสหพันธ์ฯ เพื่อดำเนินภารกิจดังกล่าวแก่หน่วยงานรัฐอื่น ๆ ไว้ด้วย (มาตรา 28 (2))

[54] ในกรณีที่ผู้เสียหายไม่อาจทราบได้ว่าใครเป็นผู้ก่อการละเมิดสิทธิของตน กฎหมายว่าด้วยค่าเสียหายของผู้เสียหาย (OEG) ยังได้รับรองสิทธิในการร้องขอการเยียวยาจากรัฐภายใต้เงื่อนไขอย่างน้อยที่สุดที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ การปรากฏความเสียหายในทางกายภาพ

[55] โดยปรากฏการรับรองหลักการเช่นเดียวกันนี้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) (มาตรา 612a) และประมวลกฎหมายสังคม เล่มที่ 4 (SGB IX) (มาตรา 179) สำหรับผู้เสียหายที่เป็นผู้พิการ

เมื่อผู้เสียหายได้ยื่นคำร้องทุกข์ต่อองค์กรที่เกี่ยวข้องใดหรือยื่นคำฟ้องขึ้นสู่ศาล ในการพิจารณาประเด็นข้อพิพาทโดยองค์กรและศาลนั้นสามารถใช้วิธีการพิสูจน์การกระทำในกรณีการเลือกปฏิบัติโดยตรง ด้วยวิธีการสร้างสถานการณ์ทดสอบเพื่อเปรียบเทียบกับสถานการณ์ที่ทำให้เกิดข้อพิพาทขึ้น[56] ในขณะที่จะใช้การใช้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานเชิงสถิติในการพิสูจน์การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม[57] ภายใต้หน้าที่ภาระการพิสูจน์ของผู้ถูกกล่าวหาเพื่อให้พ้นผิด เมื่อผู้กล่าวหาได้พิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขให้ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้ว (มาตรา 22) และหากสามารถพิสูจน์ได้แล้วว่ามีการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นจริง ผู้กระทำการนั้นย่อมต้องรับผิดด้วยการเยียวยาและชดใช้ค่าเสียหายตามความเป็นจริงซึ่งรวมถึงค่าเสียหายอย่างอื่นที่มิอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ซึ่งอาจเป็นการชดใช้ด้วยจำนวนเงินอย่างเหมาะสมโดยไม่อาจคำนวณรวมไปถึงความสูญเสียในทางเศรษฐกิจ[58] เว้นแต่ในกรณีที่ผู้กระทำสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ต้องรับผิดชอบต่อการงดเว้นหน้าที่ (มาตรา 21 (2)) โดยไม่กระทบต่อสิทธิในทางแพ่งฐานละเมิด (มาตรา 21 (3)) และข้อตกลงอันใดเพื่อยกเว้นข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติย่อมตกเป็นโมฆะ (มาตรา 21 (4)) โดยในการบังคับใช้สิทธิตามรัฐบัญญัติฯ อยู่ภายใต้อายุความ 2 เดือน[59] นับแต่วันที่มีสิทธิดังกล่าว เว้นแต่เมื่อผู้เสียหายไม่อาจทราบถึงกำหนดระยะเวลาดังกล่าวโดยไม่ได้เป็นความผิดของผู้เสียหาย (มาตรา 21 (5)) นอกจากนี้ โดยเฉพาะสำหรับการงดเว้นหน้าที่ของนายจ้างในการกำหนดโควตาแรงงานผู้พิการในประมวลกฎหมายสังคม เล่มที่ 9 (SGB IX) (มาตรา 154 (1) ประกอบมาตรา 156) นายจ้างยังต้องรับผิดตามกฎหมายด้วยการเสียค่าปรับ (The equalization charge) ให้แก่แรงงานผู้พิการที่อาจได้รับการว่าจ้างทุกคนเป็นการลงโทษเพิ่มด้วย

นอกจากนี้ โดยเฉพาะสำหรับการเยียวยาและชดใช้ค่าเสียหายในมิติการจ้างแรงงาน เว้นแต่กรณีที่นายจ้าง (หรือลูกจ้างผู้มีหน้าที่) สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ต้องรับผิดชอบต่อ

---

[56] คำพิพากษาศาลแรงงานคีลที่ (Kiel) 3 Sa 401/13 (2014) และคำพิพากษาศาลฮัมบูร์ก (Amtsgericht Hamburg-Barmbek) ที่ 811b C 273/15 (2017)

[57] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ฯ (BVerfGE) ที่ 97, 35 (44)

[58] โปรดดู คำพิพากษาศาลฮันโนเฟอร์ (Hannover) ที่ 549 C 12993/14 และที่ 462 C 10744/12 คำพิพากษาศาลมิวนิก (Munich) ที่ 171 C 27856/13 คำพิพากษาศาลไลป์ซิก (Leipzig) ที่ 118 C 1036/12 คำพิพากษาศาลเบรเมิน (Bremen) ที่ 25 C 278/10 และคำพิพากษาศาลสูงเมืองฮัมม์ (Hamm) ที่ I-20 U 102/10

[59] ในขณะที่อายุความทั่วไปของสิทธิในทางแพ่งมีระยะเวลาถึง 3 ปี

การงดเว้นหน้าที่[60] (มาตรา 15 (1)) โดยเมื่อความเสียหายดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดความสูญเสียในเชิงเศรษฐกิจ ลูกจ้างอาจเรียกร้องการชดใช้เป็นจำนวนเงินที่เหมาะสมได้ ทั้งนี้ โดยเฉพาะเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าแม้ไม่มีการเลือกปฏิบัติ ลูกจ้างก็ยังคงไม่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำงาน การชดใช้นั้นจะต้องมีจำนวนเงินไม่เกิน 3 เท่าของเงินเดือนที่อาจได้รับด้วย[61] (มาตรา 15 (2)) ซึ่งหมายความอีกนัยหนึ่งได้ว่า หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ากรณีไม่มีการจ้างงานนั้นเกิดขึ้นเพราะการเลือกปฏิบัติ การเรียกค่าเสียหายย่อมไม่อาจถูกจำกัดด้วยเพดานความรับผิดดังกล่าว ทั้งนี้ นายจ้างจะต้องรับผิดในการชดใช้ค่าเสียหายก็ต่อเมื่อมีการทำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างไว้แล้วในขณะที่นายจ้างได้กระทำการโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (มาตรา 15 (3)) โดยในการบังคับใช้สิทธิข้างต้นนั้นฝ่ายลูกจ้างจะต้องดำเนินการโดยลายลักษณ์อักษรต่อนายจ้างภายใต้อายุความ 2 เดือน[62] เว้นเสียแต่มีการกำหนดไว้ในข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างเป็นอย่างอื่น อีกทั้ง โดยเฉพาะสำหรับกรณีการสมัครงานหรือการเลื่อนตำแหน่ง อายุความดังกล่าวจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ได้รับคำปฏิเสธ ส่วนกรณีอื่นจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ลูกจ้างได้ทราบถึงการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 15 (4)) ซึ่งการดำเนินการใด ๆ ตามสิทธิในกฎหมายอื่นต่อการเลือกปฏิบัติในคราวเดียวกันนี้ย่อมไม่กระทบต่อสิทธิได้รับการเยียวยาหรือค่าเสียหายของลูกจ้าง (มาตรา 15 (5)) และห้ามมิให้นายจ้างยกการที่ลูกจ้างยังคงฝืนทนต่อการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 7 (1)) เป็นข้อต่อสู้ในความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของตนได้ (มาตรา 15 (6)) ยิ่งไปกว่านั้น เพื่อยับยั้งและป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติ รัฐบัญญัติฯ ได้กำหนดภาระและหน้าที่ของนายจ้างในการกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 12) มากกว่านั้น คือ

---

[60] แม้ว่าข้อยกเว้นความรับผิดเช่นนี้ (รวมถึงมาตรา 21 (2)) จะมิได้สอดคล้องกับหลักการในกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตาม ศาลแรงงานแห่งสหพันธ์ฯ ก็ได้แก้ไขข้อวิจารณ์นี้ด้วยการตีความบทบัญญัติดังกล่าวให้เป็นไปตามข้อเรียกร้องของกฎหมายดังกล่าวแล้ว อีกทั้ง แม้ว่าผู้เสียหายจะไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติรับผิดตามรัฐบัญญัติฯ ได้ แต่ก็ยังคงอาศัยการเยียวยาตามหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปว่าด้วยสัญญา (มาตรา 280) และละเมิด (มาตรา 823) ได้บนพื้นฐานแห่งการกระทำผิด โปรดดู European Union Agency for Fundamental Rights, *supra note 52*.

[61] ในช่วงก่อนมีการบังคับใช้รัฐบัญญัติฯ ปรากฏบรรทัดฐานของศาลแรงงานในการกำหนดค่าเสียหายถึง 6 เท่าของเงินเดือนที่ผู้เสียหายอาจได้รับ โปรดดู Madeleine Tolani, “U.S. Punitive Damages Before German Courts: A Comparative Analysis with Respect to the Ordre Public,” Annual Survey of International & Comparative Law, No.1, Vol.17, pp.197-198 (2011).

[62] ในขณะที่อายุความในคดีแรงงานมีระยะเวลาถึง 3 เดือน (กฎหมายว่าด้วยวิธีการพิจารณาความคดีแรงงาน (ArbGG) มาตรา 61b (1))

การกำหนดผลอันเป็นโมฆะของการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ถูกกระทำในนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน (มาตรา 7 (2))[63] ทั้งยังถือว่าได้ละเมิดต่อข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวด้วย (มาตรา 7 (3)) ทั้งนี้ ข้อตกลงใดเพื่อลดทอนหรือจำกัดผลบังคับของหลักการในรัฐบัญญัติฯ ซึ่งได้ทำต่อบุคคลฝ่ายที่เสียเปรียบและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้ ย่อมไม่อาจใช้บังคับได้ (มาตรา 31)

3.1.3 หลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชน

กฎหมายพื้นฐานได้รับรองถึงหลักความเสมอภาคทางเพศไว้โดยเฉพาะในมาตรา 3 (2) ว่า *"**ชาย**และ**หญิง**มีสิทธิเท่าเทียมกัน"* และหลักการไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศในมาตรา 3 (3) ว่า *"บุคคลจะถูกรอนสิทธิ หรือมีอภิสิทธิ์โดยเหตุของ**เพศ** บิดามารดา เชื้อชาติ ภาษา บ้านเกิดเมืองนอนและแหล่งกำเนิด ศาสนา หรือความเห็นในเรื่องศาสนาหรือความเห็นทางการเมืองไม่ได้"* ด้วยเหตุนี้ประกอบกับผลผูกโดยอ้อมของสิทธิในความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชน จึงถือเป็นเหตุผลเบื้องหลังของการคุ้มครองเหตุแห่งเพศในรัฐบัญญัติฯ ซึ่งเมื่อเทียบกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นจะเห็นได้ว่าประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ให้ความสำคัญกับหลักความเสมอภาคทางเพศไว้ในระดับสูงสุด แม้ปรากฏบทสรุปในรายงานฉบับที่ 2 เกี่ยวกับความเท่าเทียมทางเพศโดยรัฐบาลแห่งสหพันธ์ฯ[64] ถึงสถานการณ์ภายในประเทศในปี ค.ศ. 2017 (ฉบับล่าสุด) ของความเท่าเทียมระหว่างเพศซึ่งยังไม่ประสบผลสำเร็จมากเท่าใดนัก เนื่องด้วยข้อบกพร่องในหลายปัจจัย ไม่ว่าจะเป็นความล้มเหลวขององค์กรทางสังคมหรือโครงสร้างที่เป็นช่องว่างระหว่างเพศ ซึ่งส่งผลให้การสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศดังกล่าวยังไม่สามารถมีพัฒนาการไปไกลได้เท่าที่ควร

สำหรับหลักความเสมอภาคทางเพศในรัฐบัญญัติฯ ซึ่งมีผลบังคับใช้ต่อความสัมพันธ์เกือบทุกมิติในแดนกฎหมายเอกชนนั้น หาได้มีการจำกัดความคุ้มครองเฉพาะแต่กรณีเพศกำเนิดอย่างความเป็นหญิงหรือชายในทางชีวภาพดังปรากฏในกฎหมายพื้นฐาน (มาตรา 3 (2)) หากขยายขอบเขตการคุ้มครองให้ครอบคลุมไปถึง "ความหลากหลายทางเพศ" ซึ่งอาจเป็นเพศสภาพที่ไม่ตรงตามเพศกำเนิดด้วย ซึ่งเป็นผลอันเนื่องด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติในกฎหมายพื้นฐาน (มาตรา 3 (3)) ยิ่งไปกว่านั้น หลักเกณฑ์ว่าด้วยหลักความเสมอภาคทางเพศที่ปรากฏในรัฐบัญญัติฯ ยังแสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองที่มิได้จำกัดอยู่ที่ภาวะเหตุแห่งเพศของบุคคลเท่านั้น แต่รวมไปถึงสิ่งบ่งชี้หรือ

---

[63] ปรากฏผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกันนี้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) มาตรา 134 สำหรับการก่อนิติกรรมซึ่งมีผลเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลฝ่ายที่สาม

[64] See also The German Government, "The Second Gender Equality Report," Retrieved on September 25, 2020, from https://www.gleichstellungsbericht.de/.

คุณลักษณะที่เกี่ยวข้องกับเพศ ดังปรากฏข้อห้ามในการการเลือกปฏิบัติโดยตรงอันเนื่องด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์และความเป็นมารดา (มาตรา 3 (1)) อันแสดงให้เห็นถึงคุณลักษณะที่เกี่ยวข้องกับเพศหญิงโดยเฉพาะ แม้ว่าเหตุดังกล่าวมีขอบเขตเนื้อหาการคุ้มครองเฉพาะในมิติการจ้างแรงงานเท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีการขยายขอบเขตความคุ้มครองที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจดุลยพินิจของศาลในการตีความและบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศของเอกชน ดังปรากฏตัวอย่างในคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อกำหนดในประกาศรับสมัครนักบินว่าผู้สมัครจะต้องมีส่วนสูงตั้งแต่ 165 ซม. ขึ้นไป ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมที่มีแรงจูงใจมากจากเหตุแห่งเพศ เพราะส่วนสูงดังกล่าวเป็นมาตรวัดส่วนสูงที่เกินกว่ามาตรฐานของเพศหญิง[65] และคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในมิติการจ้างแรงงาน ซึ่งไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเจตนาในการกระทำและความต่อเนื่องของการกระทำดังเช่นกรณีการคุกคาม[66] แต่ถึงอย่างไรความคุ้มครองนี้กลับไม่รวมถึงการกระทำโดยหัวหน้างานหรือผู้บังคับบัญชาที่มิใช่นายจ้าง เพื่อนร่วมงาน และบุคคลที่สามอย่างคู่ค้าธุรกิจ ลูกค้า หรือผู้ใช้บริการ[67]

หลักการว่าด้วยหลักความเสมอภาคทางเพศที่ปรากฏในรัฐบัญญัติฯ นั้นมีขอบเขตเนื้อหาการคุ้มครองในหลายมิติความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน ดังพิจารณาได้ต่อไปนี้

1) ค่าแรงที่เท่าเทียม (มาตรา 2 (1) ข้อ 2.)[68] เว้นแต่ในกรณีค่าแรงขั้นต่ำสำหรับงานที่มีวัตถุประสงค์โดยเฉพาะในการคุ้มครองเหตุแห่งเชื้อชาติหรือแหล่งกำเนิดชาติพันธุ์ เพศ ศาสนาหรือความเชื่อ ความทุพพลภาพ อายุ หรือความหลากหลายทางเพศ (มาตรา 8 (2)) โดยกฎหมายเยอรมันจะพิจารณาจากข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่เกี่ยวข้อง ภายใต้กฎหมายว่าด้วยข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (TVG) ซึ่งก็ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ว่าด้วยค่าแรงที่เท่าเทียม (ระหว่างเพศ) แต่อย่างใด อนึ่ง ปรากฏบรรทัดฐานของศาลเยอรมันถึงความชอบด้วยกฎหมายของค่าแรงที่แตกต่างกัน

---

[65] คำพิพากษาศาลแรงงานโคโลญ (Cologne) ที่ 5 Sa 75/14 (2014)

[66] คำพิพากษาศาลแรงงานแห่งสหพันธ์ฯ (BAGE) ที่ 2 AZR 302/16 (2017)

[67] ความรับผิดของนายจ้างเมื่อลูกจ้างถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากการปฏิบัติตามหน้าที่โดยบุคคลที่สามในรัฐบัญญัติฯ มาตรา 12 (4) นั้น นอกจากจะไม่สอดคล้องกับกฎหมายสหภาพยุโรปแล้ว ยังปราฏข้อโต้แย้งถึงผลบังคับใช้ของบทบัญญัติ เนื่องจากยังไม่มีการนำมาปรับใช้ในคดีใดเป็นกรณีศึกษา

[68] ปรากฏหลักการเช่นเดียวกันนี้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญในการทำงาน (BetrVG) (มาตรา 7)

เมื่อไม่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศในกฎหมายว่าด้วยความโปร่งใสในการจ่ายค่าแรง (Entg-TranspG) (มาตรา 3 (2) และ (3))[69]

2) การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในการทำงาน (มาตรา 2 (1) ข้อ 1. ถึงข้อ 4. และมาตรา 6) ไม่ว่าในการเข้าถึงงาน เงื่อนไขในการทำงาน หรือการเลิกจ้าง โดยรัฐบัญญัติฯ ได้ขยายขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้องในบทนิยามของ “ลูกจ้าง” ให้รวมไปถึงผู้ที่กำลังยื่นสมัครงานที่ตั้งใจและปรารถนาจะได้รับเลือกเข้าทำงาน และลูกจ้างภายหลังสิ้นสุดนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน ภายใต้เงื่อนไขที่ผู้นั้นจะต้องไม่ใช่ “แรงงานหนึ่งยูโร” (One-Euro jobbers) ซึ่งหมายถึงแรงงานที่ยอมรับค่าจ้างเพียงเล็กน้อยเพื่อแลกกับการได้รับสิทธิต่าง ๆ จากการเลิกจ้าง ทั้งนี้ ยังมีการรับรองข้อยกเว้นของหลักการนี้ เมื่อปรากฏข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการทำงานที่แท้จริงภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามหลักพอสมควรแก่เหตุ (มาตรา 8 (1)) เช่น การรับสมัครเฉพาะผู้ชายในตำแหน่งผู้รักษาความปลอดภัย[70] เป็นต้น รวมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับศาสนาอย่างแท้จริง[71] (มาตรา 9) และการกำหนดหน้าที่ของเอกชนในการดำเนินการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงบวก (มาตรา 5)[72] อย่างเช่นการกำหนดโควตาแรงงานหญิงสำหรับตำแหน่งงาน (ระดับสูง) ในบริษัทอีกด้วย

3) การคุ้มครองบุคคลที่ตั้งครรภ์หรือเป็นมารดา และการลางานเพื่อสมดุลระหว่างชีวิตการทำงานกับชีวิตส่วนตัวของแรงงาน (มาตรา 20 (2)) อันสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นมารดา (MuSchG) โดยการขยายความคุ้มครองรวมไปถึงอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลที่อาจแตกต่างจากเพศที่กำหนดไว้เมื่อแรกเกิด เรียกว่า “บุคคลข้ามเพศ” (Transgender persons) และผู้ที่มิได้มีความเป็นเพศใดตั้งแต่แรกเกิดด้วย และมีขอบเขตเนื้อหาการคุ้มครองครอบคลุมหลากหลายด้าน จากการปรากฏเป็น 1) ข้อห้ามในการทำงานในตอนกลางคืน 2) ข้อห้ามในการทำงานภายหลังคลอด 3) ข้อห้ามในการทำงานวันอาทิตย์หรือล่วงเวลา 4) หน้าที่ของนายจ้าง

---

[69] อนึ่ง กฎหมายดังกล่าวกลับมิได้กำหนดมาตรการหรือผลแห่งการละเมิดบทบัญญัติไว้ ดังนั้น ผู้เสียหายที่เป็นลูกจ้างจึงต้องย้อนกลับมาบังคับใช้สิทธิตามรัฐบัญญัติฯ ในฐานะที่เป็นกฎหมายทั่วไป โปรดดู Ulrike Lembke, Country report Gender equality, (Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2020), pp.39-40.

[70] คำพิพากษาศาลแรงงานนีเดอร์ซัคเซ่น (Lower Saxony) ที่ 4 SaGa 1732/11 (2012)

[71] คำพิพากษาศาลชตุทท์การ์ทที่ 14 Ca 1585/09 (2010)

[72] แม้ในช่วงเวลาก่อนหน้านี้จะปรากฏข้อโต้แย้งทั้งในฝ่ายการเมืองและวงการกฎหมายรวมถึงศาลถึงความชอบธรรมและกฎหมายก็ตาม ดังปรากฏในคำพิพากษาแรงงานเบอร์ลิน (Berlin) ที่ 42 Ca 1530/14 (2014) ซึ่งถือเป็นการหักล้างคำพิพากษาศาลแรงงานสหพันธ์ฯ (BAGE) ที่ 11 NZA 77 (1993)

ในการกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการให้นมบุตรและการดูแลลูกจ้างที่ตั้งครรภ์ รวมถึงข้อห้ามมิให้มีการเลิกจ้างด้วยเหตุดังกล่าว 5) การคงสภาพสัญญาจ้างแรงงานและจ่ายค่าจ้างในช่วงลาคลอดและลาเพื่อดูแลบุตร รวมไปถึง 6) สิทธิในการเข้ารับตำแหน่งงานเดิมหรือเทียบเท่าภายหลังคลอด นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการสร้างสมดุลระหว่างชีวิตการทำงานกับชีวิตส่วนตัวของแรงงานอีกหลายฉบับด้วย เช่น 1) กฎหมายว่าด้วยเบี้ยเลี้ยงผู้ปกครองและการลาของผู้ปกครองแห่งสหพันธ์ (BEEG) ซึ่งรับรองสิทธิการลางานเพื่อดำเนินการใด ๆ ในฐานะผู้ปกครองเด็กรวมถึงบุตรบุญธรรม ทั้งยังห้ามมิให้โดยห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติหรือเลิกจ้างเนื่องจากการใช้สิทธิดังกล่าวด้วย 2) ประมวลกฎหมายสังคม เล่มที่ 5 (SGB V) (มาตรา 45) ซึ่งรับรองสิทธิการลางานเพื่อดูแลผู้อื่น และ 3) กฎหมายว่าด้วยการลาเพื่อดูแลผู้ป่วยในเคหสถาน (มาตรา 2) ซึ่งรับรองสิทธิการลาเพื่อดูแลญาติใกล้ชิด ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีการรับรองสิทธิในการปรับเวลาเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวประกอบกับหน้าที่ของนายจ้างในการดำเนินการหารือเพื่อปรับเวลาดังกล่าวกับลูกจ้างนั้น และสิทธิที่จะทำงานจากที่บ้าน[73] ในกฎหมายว่าด้วยการจ้างแรงงานไม่เป็นเวลาและมีกำหนดระยะเวลา (TzBfG) อีกด้วย

4) การเข้าถึงสินค้าและบริการ (มาตรา 2 (1) ข้อ 8.) เว้นแต่กรณี 1) ความสัมพันธ์ที่อยู่ภายใต้กฎหมายครอบครัวและกฎหมายมรดก (มาตรา 19 (4)) 2) คู่สัญญาที่เป็นญาติพี่น้องใกล้ชิดหรือเป็นความสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความไว้เนื้อเชื่อใจ ในมิติการเช่าที่ไม่ใช่ธุรกิจเชิงพาณิชย์ (Mass contracts) ซึ่งหมายถึงการที่ผู้ให้เช่าไม่มีการให้เช่าห้องชุดเกินกว่า 40 ห้อง (มาตรา 19 (5)) และ 3) สื่อและการโฆษณา นอกจากนี้ รัฐบัญญัติฯ ได้รับรองข้อยกเว้นพิเศษสำหรับสัญญาบางประเภทโดยเฉพาะ ดังปรากฏข้อยกเว้นการกำหนดข้อตกลงในสัญญาประกันเกี่ยวกับเพศ[74] เว้นแต่ปรากฏความเสี่ยงที่มีปัจจัยมาจากเพศของคู่สัญญา[75]

3.1.4 สรุป

จากที่ได้ศึกษาถึงการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนเยอรมัน ในภาพรวมของระบบกฎหมายนั้นได้แสดงให้เห็นถึงรูปแบบผลบังคับของหลักการตามทฤษฎีผลผูกพัน*โดยอ้อม*ของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบผ่านการใช้อำนาจรัฐ โดยเฉพาะอำนาจตุลาการซึ่ง

---

[73] คำพิพากษาศาลแรงงานเบอร์ลิน (Berlin) ที่ 17 Sa 562/18 (2018)

[74] ดังปรากฏเป็นบรรทัดฐานของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (CJEU) โปรดดู Geert De Baere and Eveline Goessen, “GENDER DIFFERENTIATION IN INSURANCE CONTRACTS AFTER THE JUDGMENT IN CASE C-236/09, ASSOCIATION BELGE DES CONSOMMATEURS TEST-ACHATS ASBL v. CONSEIL DES MINIS-TRES,” Columbia Journal of European Law, pp.1-16 (2012).

[75] See also Federal Anti-Discrimination Agency, *supra note 39.*

ผูกพันโดยตรงต่อหลักความเสมอภาคและภายใต้กฎหมายที่เกิดขึ้นจากผลผูกพันเช่นเดียวกันนี้ต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ทั้งที่เกิดจากกฎหมายพื้นฐานรวมไปถึงผลผูกพันของหลักการตามกฎหมายแพ่งสหภาพยุโรปในฐานะรัฐภาคี โดยการใช้อำนาจรัฐที่มีผลต่อแดนกฎหมายเอกชนได้เป็นไปตามหลักการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกัน ดังปรากฏผลการน้ำหนักอย่างเป็นรูปธรรมในรัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งรวบรวมหลักการอันเป็นแกนกลางสำคัญว่าด้วยข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติไว้อย่างครบถ้วนและค่อนข้างครอบคลุมเกือบทุกเหตุและมิติแห่งการเลือกปฏิบัติที่ได้รับการคุ้มครองในกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้อง โดยหลักการส่วนใหญ่ที่ปรากฏในรัฐบัญญัติฯ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งมีผลบังคับต่อความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในมิติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความเป็นสาธารณะและตั้งอยู่บนพื้นฐานกฎหมายเอกชนนั้น ได้แสดงให้เห็นถึงความเอนเอียงของน้ำหนักการคุ้มครองไปยังสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนผู้มีความเสียเปรียบในเชิงโครงสร้างมากกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนผู้มีหน้าที่เคารพสิทธิดังกล่าว โดยเฉพาะในมิติการจ้างแรงงานซึ่งมีการรับรองหลักการไว้เป็นพิเศษ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดข้อยกเว้น หน้าที่ของนายจ้างทั้งในเชิงป้องกันและเชิงบวก รวมไปถึงผลของการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างไปจากมิติความสัมพันธ์อื่น ๆ ซึ่งมีผลเป็นการลดทอนผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานของนายจ้างเป็นอย่างมาก ยิ่งไปกว่านั้น ยังปรากฏการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศในระดับสูงที่สุด ดังปรากฏเป็นหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเดียวที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตราเดียวกันกับหลักความเสมอภาคทั่วไปในกฎหมายพื้นฐานและมีมาตรการโดยเฉพาะในรัฐบัญญัติฯ และกฎหมายอื่นที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองพิเศษโดยเฉพาะที่เป็นเพศหญิง

3.2 การบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

หลักความเสมอภาค (Le principe d'égalité) ถือเป็นหนึ่งในรากฐานสำคัญเพื่อก่อตั้งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสดังปรากฏในคำขวัญแห่งการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 นั่นคือ *"เสรีภาพ **เสมอภาค** และภราดรภาพ"* และมีความสัมพันธ์กับความเป็นรัฐประชาธิปไตยอย่างไม่อาจแยกออกจากกันได้[76] ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงได้ให้ความสำคัญกับหลักความเสมอภาคเป็นอย่างมาก ฉะนั้น ในการศึกษาถึงผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนจึงไม่อาจละเลยต่อการศึกษาเกี่ยวกับระบบกฎหมายของฝรั่งเศสได้

---

[76] โปรดดู สมคิด เลิศไพฑูรย์, "หลักความเสมอภาค," วารสารนิติศาสตร์ ,เล่มที่ 2, ปีที่ 30, น.164-165 (มิถุนายน 2543).

3.2.1 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชน

ประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ได้รับรองหลักความเสมอภาคทั่วไปไว้ในข้อ 1 ว่า *"มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาและทรงไว้ซึ่งเสรีภาพและความเสมอภาคเท่าเทียมกันใน (การมีและการใช้) สิทธิประการต่าง ๆ ความแตกต่างทางสังคมไม่ว่าจะอยู่ในลักษณะเช่นไรก็ตามจะมีขึ้นได้ก็แต่เพื่อประโยชน์สาธารณะร่วมกันเท่านั้น"* และข้อ 6 ว่าด้วยหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ซึ่งแหล่งกำเนิดจากปรัชญาของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติและปัจเจกชนนิยมและเป็นผลมาจากสภาพความกดดันของสังคมที่จำเป็นต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้เป็นรูปธรรม โดยส่งผลให้ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ชื่อว่าเป็นประเทศแห่งสิทธิมนุษยชนมาจนถึงทุกวันนี้[77] อย่างไรก็ดี กลับไม่ปรากฏบรรทัดทางกฎหมายของประกาศฉบับนี้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันใด ๆ ต่อการใช้อำนาจรัฐ จนกระทั่งต่อมาในภายหลังบรรทัดฐานและผลผูกพันดังกล่าวก็ได้ปรากฏตัวขึ้นเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส (ปัจจุบัน) ฉบับ ค.ศ. 1958 (แก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 2008) เพื่อความสอดคล้องกับหลักการในกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปในฐานะรัฐภาคี ซึ่งส่งผลให้หลักความเสมอภาคทั้งในประกาศสิทธิฯ รัฐธรรมนูญฯ ฉบับ ค.ศ. 1946 และกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมฉบับ ค.ศ. 2004 ถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ (Le bloc de constitutionalité)[78] กล่าวคือ มีผลบังคับใช้และมีคุณค่าเทียบเท่ากับหลักการหรือสิทธิในขั้นพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญฯ

หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายฝรั่งเศสปัจจุบันนั้น นอกจากจะปรากฏตัวในฐานะพื้นฐานของอุดมคติร่วมกันที่ก่อให้เกิดประเทศแล้ว ยังได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 1 ซึ่งประกอบไปด้วยหลักความเสมอภาคทั่วไปว่า *"...สาธารณรัฐย่อมรับรองถึงหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายของพลเมืองทุกคน โดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา..."* และหลักความเสมอภาคทางศาสนาและเพศ (ในการเข้ารับราชการ) ในมาตราเดียวกันนี้ว่า *"สาธารณรัฐย่อมเคารพต่อทุกความเชื่อ...กฎหมายย่อมสนับสนุนการเข้าถึงโอกาสอย่างเท่าเทียมของหญิงและชายในการได้รับการเลือกตั้งและเข้ารับตำแหน่งข้าราชการการเมือง รวมถึงข้าราชการผู้มีหน้าที่ตามความเชี่ยวชาญต่อสังคม"* นอกจากนี้ ยังมีการคุ้มครองหลักความเสมอภาคในคำประกาศสิทธิฯ โดยเฉพาะข้อ 6 ได้แก่ หลักความเสมอภาคทั่วไป หลักความเสมอภาคในการเข้าร่วมตรา

---

[77] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, "หลักความเสมอภาค," สืบค้นเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2563, จาก http://publiclaw.net/publaw/view.aspx?id=657&Page=1#m10.

[78] หลักการนี้ได้รับการยืนยันไว้ในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 71-44 DC โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7,* น.127.

กฎหมาย และหลักความเสมอภาคในการดำรงตำแหน่งและประกอบการงานอาชีพ รวมถึงข้อ 10 ว่าด้วยหลักความเสมอภาคในการแสดงความคิดเห็นทางศาสนา และในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฉบับ ค.ศ. 1946 ได้แก่ หลักความเสมอภาคทางเพศ (ข้อ 3) หลักความเสมอภาคในการทำงาน (ข้อ 5) หลักความเสมอภาคในหน้าที่อันเกิดจากภัยพิบัติของชาติ (ข้อ 12) หลักความเสมอภาคในการศึกษาอบรม การฝึกอาชีพ และวัฒนธรรม (ข้อ 13) และหลักความเสมอภาคในการเขาทำงานราชการ (ข้อ 18)

ยิ่งไปกว่านั้น เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคสามารถเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาคและบรรลุผลได้ในทางปฏิบัติ จึงปรากฏการกำหนดของขอบเขตการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานและเงื่อนไขการจำกัดสิทธิดังกล่าวในข้อ 4 แห่งประกาศสิทธิฯ ว่า *“เสรีภาพ ได้แก่ ความสามารถ (ของปัจเจกบุคคล) ที่จะกระทำการใด ๆ ได้ ตราบเท่าที่ไม่ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น ด้วยเหตุนี้ การบังคับใช้สิทธิตามธรรมชาติของปัจเจกบุคคลนั้นย่อมถูกจำกัดลงได้ เฉพาะแต่ในการประกันให้แก่สมาชิกคนอื่น ๆ ในสังคมสามารถบังคับใช้สิทธิอย่างเดียวกันนั้นได้ โดยการจำกัดสิทธิดังกล่าวจะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยบทกฎหมายเท่านั้น”* และบรรดาหลักการที่มีวัตถุประสงค์เดียวกันนี้ในรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปัจจุบัน ได้แก่ 1) หน้าที่ของประธานาธิบดีในฐานะประมุขแห่งสาธารณรัฐในการเป็นผู้รับผิดชอบดูแลให้มีการเคารพต่อรัฐธรรมนูญฯ (มาตรา 5) 2) ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัติ (มาตรา 34) 3) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (มาตรา 53-1) และ 4) ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจตุลาการ (มาตรา 66)

3.2.2 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน

3.2.2.1 ผลบังคับของหลักความเสมอภาค

แม้รัฐธรรมนูญฯ จะไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจรัฐอย่างชัดแจ้ง (ดังเช่นกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 1 (3)) แม้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้ยืนยันบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญของหลักการต่าง ๆ ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานในประกาศสิทธิฯ และรัฐธรรมนูญฯ ฉบับ ค.ศ. 1946 ไว้ก็ตาม จึงส่งผลถึงความคลุมเครือของลักษณะผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนมากกว่าระบบกฎหมายเยอรมัน[79] อย่างไรก็ตาม ด้วยผลของมาตรา 55 ในรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปัจจุบันซึ่งบัญญัติไว้ว่า *“สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้รับการให้สัตยาบันหรือได้รับความเห็นชอบโดยให้มีผลบังคับใช้นับตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้บังคับ*

---

[79] Myriam Hunter-Henin, “France; Horizontal Application and Triumph of the European Convention in Human Rights,” in Human Right and the Private Sphere : A Comparative Study Studies, ed. Dawn Oliver and Jörg Fedtke, (New York : Routledge-Cavendish, 2007), p.99.

ย่อมมีฐานะทางกฎหมาย<u>เหนือกว่า</u>รัฐบัญญัติของรัฐสภา....” ได้ก่อให้เกิดผลผูกพันของเหล่าหลักการในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงนั้น*โดยตรง*ต่อการใช้อำนาจรัฐภายใต้อำนาจอธิปไตยฝรั่งเศส ด้วยเหตุนี้ จึงแสดงให้เห็นถึงผลบังคับอย่างน้อยที่สุดของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนฝรั่งเศสจากหลักการต่าง ๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นหนึ่งในรัฐภาคี[80] โดยเฉพาะกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปต่าง ๆ ว่าด้วยหลักความเสมอภาค อันมีลักษณะค่อนไปตามทฤษฎีผลผูกพัน*โดยตรง*ของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบ กล่าวคือ เป็นผลบังคับโดยตรงของหลักความเสมอภาคในกฎหมายระหว่างประเทศมิใช่รัฐธรรมนูญ[81]

ยิ่งไปกว่านั้น ยังอาจเกิดกรณีตามทฤษฎีผลผูกพัน*โดยอ้อม*ของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบได้อีกด้วย เมื่อประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสในฐานะรัฐภาคีแห่งสหภาพยุโรปต้องผูกพันต่อหน้าที่ตามกฎหมายแห่งสหภาพฯ และคำพิพากษาศาลระดับสหภาพฯ ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิด ประกอบกับผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัติในรัฐธรรมนูญฯ (มาตรา 34)[82] โดยเฉพาะการกำหนดกฎเกณฑ์และรายละเอียดว่าด้วย 1) สิทธิแห่งพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับพลเมืองในการแสดงออกซึ่งเสรีภาพของตนโดยเปิดเผย 2) สัญชาติ สถานะ และเงื่อนไขความเป็นบุคคล สินสมรส มรดก และการให้โดยเสน่หา และ 3) ฐานความผิดอาญาร้ายแรงและความผิดสำคัญอื่น ๆ และโทษ รวมถึงการวางหลักการพื้นฐานว่าด้วยกรรมสิทธิ์ ทรัพยสิทธิ ผลแห่งหนี้ในทางแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายแรงงาน กฎหมายสหภาพการค้า และการประกันสังคม ภายใต้การตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (มาตรา 61 และ

---

[80] กฎหมาย Décret n ° 81-917 (1981) (ยกเลิกแล้ว) เคยยืนยันหลักการนี้ไว้ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการฟ้องร้องของปัจเจกบุคคลตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (EUCHR) (ข้อ 25) และพิธีสาร (Protocol) ที่ 4 (ข้อ 6) และโปรดดู *Ibid.*, p.104.

[81] อย่างไรก็ตาม เฉพาะแต่อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (EUCHR) และอนุสัญญาขององค์กรแรงงานระหว่างเทศ (ILO Conventions) เท่านั้นที่ปรากฏความแน่ชัดว่าศาลสามารถนำมาปรับและบังคับใช้ได้โดยตรง ในขณะที่สิทธิสัญญาและข้อสัญญาระหว่างประเทศอื่น ๆ สามารถนำมาปรับใช้ได้โดยตรงได้ก็ต่อเมื่อมิได้เป็นการแทรกแซงหรือก้าวก่ายอำนาจอธิปไตยของรัฐภาคี

[82] See also Michel Troper, “Who Needs a Third Party Effect Doctrine?-The Case of France.” in <u>The Constitution in Private Relation: Expanding Constitutionalism</u>, ed. András Sajó and Renáta Uitz, (Netherland : Eleven International Punlishing, 2005), pp.115-116.

มาตรา 62)[83] ดังปรากฏการตราและบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน ด้วยการอนุวัติบรรดาหลักการที่เกี่ยวข้องจากกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้อง ในกฎหมายเลขที่ 2001-1066 ว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติ ที่ 2004-1486 ว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรส่งเสริมความเท่าเทียม) และที่ 2008-496 ว่าด้วยการต่อต้านการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนั้น การปรากฏตัวของ “หลักความเป็นธรรม” (l’équité)[84] ซึ่งเป็นหัวใจหลักของการใช้อำนาจตุลาการก็สามารถก่อให้เกิดผลบังคับของหลักความเสมอภาคในฐานะหลักการที่นำพามาซึ่งความเป็นธรรมนั้น ต่อเนื่องไปยังความสัมพันธ์ที่มีข้อพิพาทในศาลระหว่างเอกชนด้วยกันได้อีกด้วย โดยเฉพาะเมื่อประกอบกับผลบังคับโดยตรงของหลักการในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งเป็นผลจากมาตรา 55 ในรัฐธรรมนูญฯ ดังปรากฏการปฏิเสธและงดเว้นการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ขัดต่อหลักการในกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปของศาลฎีกาฝรั่งเศสในคดี Administration des Dounaes v. Societe Cafes Jacques Vebre Jacques Vabres (1975) และคดี Spileers (1999) ซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชนเกี่ยวกับข้อกำหนดอันเป็นโมฆะเกี่ยวกับสิทธิเลิกจ้างในสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อลูกจ้างไม่ยอมย้ายถิ่นที่อยู่ตามที่นายจ้างกำหนด เพราะมิได้ปรากฏความจำเป็นในการปกป้องผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของนายจ้างหรือเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุระหว่างตำแหน่งงานกับหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งศาลนำเอาสิทธิแห่งเสรีภาพในการย้ายถิ่นฐานในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (มาตรา 8) มาประกอบการตัดสินคดีโดยตรงเพื่อคุ้มครองลูกจ้าง อันมีผลเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสูง[85] แม้ว่าจะส่งผลให้ศาลกลายเป็นผู้มีอำนาจมากกว่าองค์กรรัฐอื่น ๆ และปรากฏข้อวิจารณ์ถึง “สภาวะแห่งกฎหมายโดยผู้พิพากษา” ที่ขัดต่อระบบกฎหมายฝรั่งเศสแบบ Civil Law อย่างสิ้นเชิง

---

[83] ปรากฏในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 82-144 (1982) เกี่ยวกับกฎหมายยกเว้นความรับผิดในทางแพ่งสำหรับการบังคับใช้สิทธิการหยุดงานของลูกจ้างและสิทธิในการรวมตัวเป็นสหภาพแรงงาน และคงรับผิดเฉพาะแต่ความเสียหายจากการกระทำผิดทางอาญาหรือการอื่นใดที่ไม่เกี่ยวข้องกับกับสิทธิดังกล่าว เพราะถือเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเกินพอสมควรแก่เหตุจนกระทั่งขัดแย้งต่อหลักความเสมอภาค ทั้งนี้ การควบคุมและตรวจสอบนี้ยังครอบคลุมไปถึงช่วงเวลาในขณะร่างกฎหมายด้วย โปรดดู Bruno Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel Principes directeurs, (Paris : STH., 1988), p.229.

[84] โปรดดู ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, “บันทึก เรื่อง หลักกฎหมายปกครองทั่วไป,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2563, จาก http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1636.

[85] Myriam Hunter-Henin, *supra note 79*, p.109.

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาและตัดสินคดีในแดนกฎหมายเอกชน ศาลยุติธรรมฝรั่งเศสมักมิได้อ้างอิงถึงผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจตุลาการไว้โดยตรง [86] แต่เมื่อพิจารณาและสืบสาวหาเบื้องหลังอันเป็นเหตุผลพื้นฐานในคำพิพากษาแล้วก็จะแสดงให้เห็นได้ถึงหลักการที่ศาลยึดถือในการดำเนินการพิจารณาคดีนั้น นั่นคือ การคำนึงถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของคู่ความในฐานะปัจเจกบุคคลผู้ทรงสิทธิ ดังคำพิพากษาศาลแพ่งแซน (Seine) ที่ยกเลิกเงื่อนไขในพินัยกรรมที่ว่า “หากหลานสาวผู้รับมรดกแต่งงานกับชาวยิวให้ทรัพย์สินทั้งหมดตกแก่การกุศล” ซึ่งมิได้ปรากฏการอ้างถึงหลักการในรัฐธรรมนูญโดยตรงอย่างชัดแจ้ง หากในระหว่างพิจารณาคดีนั้นเป็นช่วงเวลาที่มีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946 ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะกรณีเกี่ยวกับเหตุแห่งเชื้อชาติและศาสนา ดังนั้น จึงแสดงให้เห็นโดยปริยายถึงผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการตีความและบังคับใช้กฎหมายของศาลได้นั่นเอง[87] ดังปรากฏตัวอย่างผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนฝรั่งเศสผ่านการใช้อำนาจตุลาการ ได้แก่ การที่ศาลฎีกาปฏิเสธผลบังคับของข้อสันนิษฐานที่ผลักภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เห็นถึงการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคของการปฏิบัติที่แตกต่างให้ตกแก่ฝ่ายลูกจ้าง ซึ่งขัดต่อหลักภาระการพิสูจน์ในกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้อง[88] และกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่าไม่อาจนำหลักค่าจ้างที่เท่าเทียมมาบังคับใช้ในกรณีที่ต้องเปรียบเทียบระหว่างลูกจ้างคนละบริษัทได้ เพราะแม้เป็นบริษัทในเครือเดียวกันแต่ก็มิได้อยู่ภายใต้สภาพเงื่อนไขหลักเดียวกัน[89]

---

[86] แม้ปรากฏความพยายามในการกำหนดแนวทางในการตีความกฎหมาย (Les réserves d’interprétation) โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยรัฐสภา ถึงกระนั้น ความเป็นนามธรรมของแนวทางดังกล่าวประกอบกับการขีดเส้นแบ่งพรมแดนการบังคับใช้กฎหมายของศาลในแต่ละระบบไว้อย่างชัดเจน ย่อมไม่อาจแสดงให้เห็นถึงอิทธิพลหรือผลบังคับที่ชัดเจนต่อการใช้อำนาจตุลาการแต่อย่างใด

[87] โปรดดู สุรศักดิ์ บุญญานุกูลกิจ, “ความผูกพันขององค์กรของรัฐและเอกชนต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาธรรมศาสตร์, 2556), น.61-62.

[88] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 17-11.970 (2019)

[89] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13-28.415 (2015)

3.2.2.2 ผลบังคับของหลักความเสมอภาคที่ปรากฏในแดนกฎหมายเอกชนปัจจุบัน

(1) กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้อง

นอกจากผลบังคับโดยตรงของหลักการต่าง ๆ ว่าด้วยหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนในกฎหมายระหว่างประเทศ (รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 55) โดยเฉพาะกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาค เช่น Directive 2000/43/EC, Directive 2000/78/EC, และ Directive 2006/54/EC เป็นต้น ด้วยผลผูกพันต่อสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิอันเป็นเบื้องหลังของของบรรดาข้อเรียกร้องตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 34 ต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ประกอบกับความผูกพันต่อกฎหมายระหว่างประเทศในการตรากฎหมายบังคับใช้ภายในประเทศ จึงปรากฏการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคไว้ในรัฐธรรมนูญฯ รวมถึงบทบัญญัติที่มีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ และกฎหมายต่าง ๆ ที่มีผลบังคับใช้ต่อความสัมพันธ์ต่าง ๆ ในแดนกฎหมายเอกชน ได้แก่ **1) กฎหมายเลขที่ 2001-1066** ว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเหตุต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 (1) แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (TFEU) โดยมีผลบังคับใช้ครอบคลุมในทุกมิติแห่งการจ้างแรงงาน **2) กฎหมายเลขที่ 2002-73** ซึ่งมีวัตถุประสงค์ปรับเปลี่ยนสังคมให้ทันสมัย โดยเฉพาะมาตรา 158 ซึ่งอนุวัติหลักการไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 (1) แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (TFEU) ในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้เช่าในการเข้าถึงการเคหะ **3) กฎหมายเลขที่ 2004-1486** ซึ่งมีผลเป็นการจัดตั้งองค์กรเพื่อขจัดและต่อต้านการเลือกปฏิบัติและสนับสนุนความเสมอภาค **4) กฎหมายเลขที่ 2005-102** ว่าด้วยสิทธิในความเสมอภาคของผู้พิการ โดยการรับรองสิทธิในการได้รับความช่วยเหลืออย่างเหมาะสมในสถานที่ทำงานและกำหนดหน้าที่ให้ภาคเอกชนในการกำหนดโควตาการจ้างแรงงาน อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้มิได้มีขอบเขตการคุ้มครองไปถึงการเข้าถึงสินค้าและบริการของผู้พิการ **5) กฎหมายเลขที่ 2008-496** ซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายประชาคม (Community law) โดยเฉพาะในประเด็นข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการขยายความคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเพิ่มเติมจากที่ได้ระบุไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (TFEU) การบัญญัติบทนิยามการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม การคุกคาม และการก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน การความคุ้มครองสภาวะแห่งความเป็นผู้เสียหาย การคุ้มครองแรงงานที่ไม่มีค่าจ้างและแรงงานอิสระ การขยายขอบเขตเนื้อหาการคุ้มครองไปถึงมิติการเคหะ ประกันสังคม สาธารณสุข สวัสดิการสังคม การศึกษา และการเข้าถึงและการจัดหาสินค้าและบริการ จากเดิมที่คุ้มครองเฉพาะในมิติการจ้างแรงงานเป็นหลัก รวมไปถึงการกำหนดความรับผิดของการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ และ **6) กฎหมายเลขที่ 2011-333** เพื่อจัดตั้ง “ผู้พิทักษ์สิทธิ” เป็นองค์กรสนับสนุนความเสมอภาค

นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักความเสมอภาคในกฎหมายแรงงานเกี่ยวกับข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ รวมถึงข้อยกเว้นเกี่ยวกับอายุและผลของการละเมิด และการกำหนดความผิดอาญาศักดิ์ศรีของบุคคลและฐานเลือกปฏิบัติ (มาตรา มาตรา 225-1 ถึงมาตรา 225-4) ในประมวลกฎหมายอาญาอีกด้วย

(2) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

1) นิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติ ความคลุมเครือของบทนิยามการเลือกปฏิบัติในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ปรากฏโดยเสมอมา จนกระทั่งมีการบังคับใช้กฎหมายเลขที่ 2008-496 ได้ให้คำนิยามเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทั้งโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมไว้อย่างชัดเจนและเป็นสากล แม้ปรากฏเพียงบางส่วนของถ้อยคำในบทนิยามได้แสดงให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องกับกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป ในประการที่การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้จะมิได้รวมถึงกรณีที่ “อาจได้เกิด” การเลือกปฏิบัติได้ในอดีต และให้ถือเอาเฉพาะแต่ในกรณีที่ “ได้เกิด” การเลือกปฏิบัติขึ้นในอดีตและ “อาจเกิด” ขึ้นได้ในอนาคตเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น อีกทั้ง กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดการกระทำอื่น ๆ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยผลของกฎหมายด้วย ได้แก่ การคุกคามซึ่งเดิมทีเป็นหนึ่งในฐานความผิดตามกฎหมายอาญา (มาตรา 222-33 และมาตรา 222-33-2) และกฎหมายแรงงาน (มาตรา L1152-1 และมาตรา L1153-1 (การคุกคามทางเพศ)) และอีกการกระทำหนึ่ง คือ การก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติซึ่งอาจต้องรับผิดตามกฎหมายอาญาในฐานเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด (มาตรา 121-6 และมาตรา 121-7) หรือตามกฎหมายแพ่งทั่วไป อนึ่ง ยังปรากฏความรับผิดของนายจ้างและผู้บังคับบัญชาในคำสั่งของลูกจ้างและผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาแล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นการกระทำในลักษณะนี้ในกฎหมายแรงงานด้วย ทั้งนี้ สำหรับการงดเว้นหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสม เนื่องจากกฎหมายแพ่งมาตรา L5213-6 และกฎหมายเลขที่ 2008-496 มาตรา 2 (5) ได้กำหนดหน้าที่ลักษณะดังกล่าวให้นายจ้างเพื่อประโยชน์ของลูกจ้างผู้พิการ ดังนั้น การงดเว้นหน้าที่ตามกฎหมายเช่นนี้ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายแรงงานมาตรา L1132-1 ได้ ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายฝรั่งเศสมิได้จำกัดขอบเขตหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสมเฉพาะแต่ลูกจ้างผู้พิการเท่านั้น หากแต่ยังรวมไปถึงลูกจ้างที่มีครอบครัวหรือต้องดูแลผู้พิการ (มาตรา L3122-26 และมาตรา L1225-61) และลูกจ้างที่มีเหตุผลทางด้านสุขภาพในทางกายภาพ (มาตรา L1133-3) อีกทั้ง ยังมีขอบเขตการคุ้มครองกว้างไปกว่ามิติการจ้างแรงงาน ดังแสดงให้เห็นได้จากการที่องค์กรเพื่อการสนับสนุนการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (เดิม) นามว่า HALDE ได้มีคำวินิจฉัยไป

ถึงหน้าที่ในมิติการเข้าถึงสินค้าและบริการ ยกเว้นอสังหาริมทรัพย์และโครงสร้างพื้นฐาน[90] และการตีความกฎหมายอาญามาตรา 225-1 และมาตรา 225-2 ของศาลอาญา[91]

2) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ด้วยผลบังคับของกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปที่มีอยู่เหนือกฎหมายภายในประเทศ ดังนั้น จึงสามารถพิจารณาเหตุที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายแห่งสหภาพฯ ที่เกี่ยวข้องได้โดยตรง ได้แก่ *"เหตุแห่งจารีตประเพณี (Moeurs)[92] ความหลากหลายทางเพศ เพศ การตั้งครรภ์ อัตลักษณ์ทางเพศ ความสัมพันธ์ระหว่างกันหรือทรัพย์สมบัติ (Belonging) แหล่งกำเนิดชาติพันธุ์ตามความเป็นจริงหรือตามการสันนิษฐาน สัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนาหรือความเชื่อ ลักษณะทางกายภาพ นามสกุล สถานะครอบครัว กิจกรรมเกี่ยวกับสหภาพแรงงาน ความเห็นในทางการเมืองหรือทางปรัชญา อายุ สุขภาพ ความพิการ ลักษณะทางพันธุกรรม การอยู่ใต้ปกครอง (Loss of autonomy) ที่อยู่อาศัย ความสามารถทางด้านภาษานอกจากภาษาฝรั่งเศส สถานะ (ที่เปราะบาง) ทางเศรษฐกิจ การต่อต้านที่จะตกเป็นผู้ถูกข่มเหงรังแก และที่ปรึกษาในทางการเงิน (Banking residence or domiciliation bancaire)"* นอกจากนี้ กฎหมายเลขที่ 2001-1066 ยังคุ้มครองเพิ่มเติมไปถึง *"ความเชื่อในทางปรัชญาและกิจกรรมเกี่ยวกับสหภาพ"* และกฎหมายอาญาซึ่งคุ้มครอง *"ผลงานประพันธ์ (Author) สถานการณ์สมรส กรณีที่มิได้มีความสัมพันธ์ระหว่างกันหรือทรัพย์สมบัติ (Not belonging) สัญชาติตามความเป็นจริงหรือตามการสันนิษฐานและเชื้อชาติหรือศาสนาที่ถูกกล่าวหา"* อย่างไรก็ตาม กลับไม่ปรากฏคำอธิบายความหมายของแต่ละเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติทั้งในระดับสหภาพยุโรปและภายในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องนำบรรทัดฐานที่เหมาะสมมาปรับใช้ในการพิจารณาอรรถคดีต่อไป

3) การเลือกปฏิบัติควบซ้อน แม้ไม่ปรากฏบทบัญญัติในกฎหมายฝรั่งเศสต่าง ๆ อย่างชัดแจ้ง แต่ศาลฝรั่งเศสก็ได้ให้ความสำคัญสำหรับประเด็นดังกล่าวไว้ในหลายคดี[93] ด้วยการอนุญาตให้โจทก์สามารถอ้างถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายประการในการเลือกปฏิบัติเพียงครั้งเดียวได้ โดยไม่ถือเป็นฟ้องเคลือบคลุม อย่างไรก็ตาม หากในข้อเท็จจริงจะฟังได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติควบซ้อน ศาลกลับมิได้กำหนดบทลงโทษใดเพิ่มเติมหรือทวีคูณ เนื่องจากค่าเสียหายสำหรับกรณีนี้ได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนแล้ว

---

[90] คำปรึกษาหารือที่ 2007-296 และที่ 2007-234

[91] คำพิพากษาศาลชั้นต้นที่ 12025000010 (2014) และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 05-85888

[92] ความประพฤติที่ไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม เช่น การสูบบุหรี่ หรือความประพฤติส่วนตัว เป็นต้น

[93] คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ปัวตีเย (Poitiers) ที่ 08/00461 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10.20765

4) สมมติฐานแห่งการเลือกปฏิบัติและการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ ในกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปและกฎหมายฝรั่งเศสปรากฏการคุ้มครองถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นโดยสมมติฐานไว้ ได้แก่ แหล่งกำเนิดชาติพันธุ์ สัญชาติ เชื้อชาติ และศาสนาตามการสันนิษฐาน ทั้งนี้ ยังต้องรวมไปถึงแห่งการเลือกปฏิบัติหนึ่งที่สามารถคาดเดาไปถึงอีกเหตุหนึ่งได้ด้วย เช่น เหตุแห่งภาษา ชื่อสกุล หรือศาสนาซึ่งสามารถเชื่อมโยงไปถึงเหตุแห่งแหล่งกำเนิดของบุคคลได้[94] เช่นเดียวกับการที่ลักษณะทางกายภาพสามารถเชื่อมโยงไปยังเหตุแห่งอายุหรือความพิการได้นั่นเอง เป็นต้น ส่วนหลักการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ได้ปรากฏอย่างชัดแจ้งในกฎหมายอาญา มาตรา 225-1 และกฎหมายเลขที่ 2008-496 มาตรา 5 ซึ่งห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อนิติบุคคลซึ่งย่อมคุ้มครองรวมไปถึงผู้แทนและลูกจ้างของนิติบุคคลนั้นด้วย ทั้งยังปรากฏการตีความขยายความคุ้มครองโดยศาลเพื่อคุ้มครองผู้ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวกับสหภาพแรงงาน[95] อีกด้วย

(3) ขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง

1) ผู้ทรงสิทธิ กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคส่วนใหญ่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หาได้ปรากฏการกำหนดเงื่อนไขแห่งสัญชาติหรือความเป็นพลเมืองของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไว้แต่อย่างใด ดังนั้น จึงเท่ากับว่าระบบกฎหมายกมุ่งคุ้มครองสิทธิของทุกคนรวมถึงนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพและเนื้อหาแห่งสิทธิ หรือแม้กระทั่งผู้ที่ลักลอบอพยพเข้าประเทศมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ซึ่งสอดคล้องกับอารัมภบทใน Directive 2000/43/EC ที่เรียกร้องให้กฎหมายภายในของรัฐภาคีจะต้องมีบทบัญญัติครอบคลุมถึงบุคคลตามกฎหมายทุกประเภท ดังปรากฏตัวอย่างในประมวลกฎหมายแรงงาน (มาตรา L1132-1) ประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา 225-1) และกฎหมายเลขที่ 2008-496 (มาตรา 2) อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะถือว่ามีเหตุอันสมควรและความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขใด ๆ แห่งความเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าวไว้ ดังปรากฏข้อเรียกร้องให้ชาวต่างชาติจะต้องได้รับอนุญาตโดยชอบด้วยกฎหมายในการอยู่อาศัยเพื่อเข้าถึงสิทธิในการทำงานหรือได้รับสวัสดิการสังคมบางอย่าง[96] เงื่อนไขการเป็นแรงงานผู้พิการตามมาตรา L5213-1 ในประมวลกฎหมายแรงงานของผู้ทรงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลืออย่างเหมาะสมของผู้พิการในประมวลกฎหมายสวัสดิการ

---

[94] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ K 10-15873 (คดี Airbus)

[95] คำพิพากษาศาลอุทธรณ์กอง (Caen) ที่ 08/04500

[96] คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 89-296 DC (1990)

สังคม (CSW) (มาตรา 114) และสิทธิในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติในประมวลกฎหมายแรงงาน (มาตรา L1132-1) และกฎหมายเลขที่ 2008-496 (มาตรา 2)[97]

2) ผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย เอกชนย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น Directive 2000/43/EC หรือ Directive 2000/78 ซึ่งปรากฏเป็นหลักการในกฎหมายเลขที่ 2001-1066 และที่ 2008-496 ด้วย โดยเอกชนผู้นั้นอาจเป็นผู้กระทำการโดยตรงหรือโดยอ้อมอันเป็นการเลือกปฏิบัติก็ได้ ดังเช่นการที่นายจ้างต้องร่วมรับผิดตามกฎหมายแพ่งและกฎหมายแรงงาน (มาตรา 1152-5) ในการกระทำของลูกจ้างหรือตัวแทนของตน เมื่อบุคคลนั้นได้ก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมแห่งการคุกคามในสถานที่ทำงาน อนึ่ง หากปรากฏหน้าที่ตามกฎหมายของเอกชนซึ่งสร้างภาระหรือค่าใช้จ่ายให้กับเอกชนนั้นมากเกินสมควร รัฐย่อมมีหน้าที่ในการจัดสรรงบประมาณเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวด้วย ดังปรากฏในกฎหมายแพ่ง มาตรา L5213-6 และกฎหมายเลขที่ 2008-496 มาตรา 2 (5) ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้แก่นายจ้างเพื่อประโยชน์ของลูกจ้างผู้พิการ

(4) ขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง

กฎหมายเลขที่ 2008-496 ถือได้ว่าเป็นกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติที่มีผลบังคับในความสัมพันธ์ต่าง ๆ ภายในแดนกฎหมายเอกชนที่กว้างขวางมากที่สุด ได้แก่ การเป็นสมาชิกหรือเข้าร่วมกับองค์กรการค้าหรือองค์กรด้านอาชีพซึ่งรวมไปถึงการได้รับผลประโยชน์จากกรณีดังกล่าว การเข้าถึงการจ้างงาน การจ้างงาน การฝึกวิชาชีพและงานตามวิชาชีพซึ่งรวมไปถึงการจ้างงานตนเอง เงื่อนไขการทำงาน การเลื่อนตำแหน่งงาน ประกันสังคม สุขภาพ ประโยชน์ทางสังคม การศึกษา และการเข้าถึงสินค้าและบริการหรืออุปทานสินค้าและบริการ (มาตรา 2) นอกจากนี้ยังปรากฏกฎหมายอื่น ๆ ที่มีผลบังคับโดยเฉพาะสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันบางประเภท ได้แก่ **1) การจ้างแรงงาน** ซึ่งรวมถึงการจ้างงานตนเอง (Self-employment) และการประกอบอาชีพ (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1132-1 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-1 และมาตรา 225-2)) **2) เงื่อนไขในการเข้าสู่การจ้างแรงงาน** (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1132-1 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-2) ซึ่งครอบคลุมตั้งแต่หลักเกณฑ์ในการคัดเลือก เงื่อนไขในการรับสมัครงานและการเลื่อนตำแหน่ง ไปจนถึงการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับการจัดระบบตามลำดับขั้นด้านอาชีพ (Professional hierarchy) **3) เงื่อนไขในการจ้างแรงงานและการทำงาน** ได้แก่ ค่าจ้างและการเลิกจ้าง (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1132-1 และกฎหมายเลขที่ 83-634 มาตรา 6) **4) การเข้าถึงการแนะแนว การฝึก การฝึกล่วงหน้า และการฟื้นฟูอาชีพ**

---

[97] คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ออร์เลอ็อง (Orléans) ที่ 10/01990 (2011)

ในทุกประเภทและทุกระดับ รวมถึงประสบการณ์การทำงานในทางปฏิบัติ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-2 ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1132-1 และกฎหมายเลขที่ 83-634 มาตรา 6) และการฝึกอาชีพนอกเหนือจากความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานด้วย เช่น หลักสูตรการเรียนรู้ตลอดชีวิตสำหรับผู้ใหญ่หรือการฝึกอาชีพโดยโรงเรียนหรือมหาวิทยาลัยอาชีวะ เป็นต้น **5) การเป็นสมาชิกและเข้าร่วมองค์กรเกี่ยวกับแรงงานหรือองค์กรอื่น ๆ เกี่ยวกับวิชาชีพ** รวมถึงการได้รับสิทธิประโยชน์ที่ได้รับจากองค์กรดังกล่าว (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา 2141-1 มาตรา 2131-5 และมาตรา 2314-16 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-2) **6) การศึกษาที่เกี่ยวข้องกับภาคเอกชน** ไม่ว่าจะเป็นโรงเรียนเอกชนหรือเอกชนในบริบทของการฝึกงาน (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-2) **7) การเข้าถึงและการจัดหาสินค้าและบริการ** (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-2) แม้เป็นการจำหน่ายแบบส่วนตัว และ **8) การเคหะ** (กฎหมายเลขที่ 89-462 มาตรา 1 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-1 และมาตรา 225-2) ไม่ว่าเป็นการให้เช่าหรือซื้อขาย (ประมวลกฎหมายว่าด้วยสิ่งปลูกสร้างและการเคหะ มาตรา L111-7 ประกอบรัฐกฤษฎีกาเลขที่ 2006-555)

(5) ข้อยกเว้น

กฎหมายฝรั่งเศสได้นำหลักการต่าง ๆ ว่าด้วยข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคใน Directives มาบัญญัติในกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ภายในประเทศไว้อย่างเคร่งครัด ดังปรากฏในกฎหมายเลขที่ 2008-496 มาตรา 1 วรรคสองว่าด้วยข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ซึ่งบัญญัติไว้ว่า *"...เว้นเสียแต่ว่าบทบัญญัติ หลักเกณฑ์ หรือวิธีปฏิบัตินั้น ได้เป็นไปอย่างชอบธรรมด้วยเหตุที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น"* โดยกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องยังได้จำแนกข้อยกเว้นไว้หลายกรณี ได้แก่ **1) ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับอาชีพที่แท้จริง** (กฎหมายเลขที่ 2008-496 มาตรา 2 มาตรา 3 และมาตรา 6 วรรคสาม และประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1321-2-1) **2) การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสัญชาติหรือความเป็นพลเมืองเกี่ยวกับเงื่อนไขในการบังคับใช้สิทธิ** เช่น การกำหนดเงื่อนไขการได้รับอนุญาตให้ทำงาน (A work permit) ก่อนเข้าทำสัญญาจ้างแรงงานของแรงงานต่างด้าวผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงอาชีพและตำแหน่งงาน (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา R5221-17 ถึงมาตรา R5221-22) เป็นต้น **3) สวัสดิการของลูกจ้างเกี่ยวกับครอบครัว** (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L3142-1) **4) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับอายุ** (กฎหมายเลขที่ 2008-496 มาตรา 6 และประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1133-2) โดยเฉพาะที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแรงงาน ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขพิเศษสำหรับผู้เยาว์ แรงงานอาวุโส และบุคคลที่มีภาระหน้าที่ (มาตรา L1225-61 มาตรา L1225-62 มาตรา L1233-5 มาตรา L1233-61 มาตรา L1237-5 มาตรา L3141-9 มาตรา L3142-16 มาตรา L3122-26 มาตรา L6325-1 และมาตรา R 5123-9) เพดานอายุขั้นต่ำและขั้นสูง (มาตรา L1133-1 วรรคสอง และมาตรา

L4153-1) การเกษียณอายุ (มาตรา 1237-5 มาตรา L1237-5-1 และมาตรา 1237-8) หรือความซ้ำซ้อนของแรงงาน (มาตรา L1233-6 และมาตรา R5123-9) และกรณีอื่น ๆ เช่น บทยกเว้นความผิดในกฎหมายอาญา (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-3) เป็นต้น และ **5) ข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากเหตุอื่น ๆ** เช่น ความเป็นผู้มีถิ่นฐานภายในรัฐ (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1133-5) และผู้มีสถานะทางเศรษฐกิจอ่อนแอ (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1133-6) เป็นต้น

(6) การกระทำในเชิงบวก

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้รับเอาแนวคิดเรื่องการกระทำในเชิงบวกมาปรับใช้ตั้งแต่ราวปี ค.ศ. 1999 โดยปรากฏเป็นมาตรการในเชิงบวกในมิติทางการเมืองก่อนที่จะก้าวข้ามมายังความสัมพันธ์ทางด้านแรงงานในเวลาต่อมา[98] อันเป็นไปตามมาตรา 1 แห่งกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ. 2008 ว่าด้วยการปรับปรุงสถาบันของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 5 ให้ทันสมัย ซึ่งบัญญัติไว้ว่า *"รัฐจะต้องสนับสนุนความเท่าเทียมของหญิงและชายในการเข้ารับเลือกเข้าทำงานเกี่ยวกับการเลือกตั้งให้เหมาะสมกับความสามารถและหน้าที่ความรับผิดชอบทางสังคม"* ดังปรากฏเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของนายจ้างตามกฎหมายลงวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 2001 ในการเจรจาต่อรองกับลูกจ้างว่าด้วยมาตรการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศของบรรดาลูกจ้าง และได้รับการบัญญัติเป็นมาตรการที่เป็นหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น กฎหมายเลขที่ 2011-103 และที่ 2012-347 ว่าด้วยการเข้าร่วมที่สมดุลระหว่างชายและหญิงในคณะกรรมการบริหารบริษัท โดยการกำหนดโควตาเพศของผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมบริการไว้ เช่นเดียวกับการเลือกตั้งตัวแทนของแรงงานในกฎหมายที่ 2015-994 และประมวลกฎหมายแรงงานที่ได้กำหนดถึงหน้าที่ของนายจ้างใน 1) การจัดให้มีการฝึกอบรมเกี่ยวกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลให้แก่ลูกจ้างที่มีความรับผิดชอบในการคัดสรรบุคลากร รวมถึงกรณีองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการคัดสรรบุคลากรโดยตรง (มาตรา L1131-2) 2) การจัดให้มีมาตรการอันเป็นการกระทำในเชิงบวกเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมให้แก่แรงงานผู้พิการ (มาตรา L1133-3) เช่น การกำหนดโควตาสำหรับแรงงานผู้พิการ (มาตรา L5212-2 ประกอบกฎหมายเลขที่ 87-157) โดยผู้พิการไม่มีหน้าที่อื่นใดต่อนายจ้างแม้กระทั่งการเปิดเผยตัวตนว่ามีความพิการ[99] และการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้พิการในการเข้าสู่สิ่งปลูก

---

[98] See also European Commission, International perspectives on positive action measures; A comparative analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa, (Luxembourg : Office for Official Publications of the European Communities, 2009), pp.30-31.

[99] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8-9/03 (2003)

สร้างหรือตึก (ประมวลกฎหมายว่าด้วยสิ่งปลูกสร้างและการเคหะ มาตรา L111-7) เป็นต้น 3) การกำหนดมาตรการจำเป็นใด ๆ เพื่อป้องกันการคุกคามในสถานที่ทำงาน (มาตรา L1152-4) 4) การประกาศข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับมาตรการความเท่าเทียมระหว่างเพศในที่ทำงาน รวมถึงในสถานที่ที่มีการจัดสัมภาษณ์งาน (มาตรา L3221-1 ถึงมาตรา L3221-7) 5) การเข้าเจรจาต่อรองกับตัวแทนแห่งสหภาพลูกจ้างว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างลูกจ้างหญิงและชายทุก ๆ 4 ปี (มาตรา L2242-1) และ 6) การการแจ้งข้อมูลแก่สหภาพแรงงานและเข้าร่วมการเจรจาต่อรองเกี่ยวกับความเท่าเทียมในสถานที่ทำงาน (มาตรา D1142-6)

(7) องค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาค

ปัจจุบันองค์กรสำคัญด้านการคุ้มครองความเสมอภาคในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ “ผู้พิทักษ์สิทธิ” (Défenseur des droits) ซึ่งเป็นองค์กรที่เกิดจากการควบรวมองค์กรต่าง ๆ ที่มีหน้าที่อย่างกระจัดกระจายภายใต้วัตถุประสงค์เดียวกัน ได้แก่ องค์กรเพื่อการสนับสนุนการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (HALDE) ผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้พิทักษ์เด็ก และคณะกรรมการจริยธรรมด้านความมั่นคงแห่งชาติ โดยมีภารกิจสำคัญในการป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติและการต่อสู้เพื่อคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิของชาว Roma สิทธิของผู้ลักลอบอพยพ สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิตามหลักค่าแรงที่เท่าเทียม หรือแม้กระทั่งสิทธิของบุคคลข้ามเพศ ด้วยอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยคำร้องทุกข์ซึ่งรวมไปถึงไกล่เกลี่ย ให้คำชี้แนะเฉพาะหรือทั่วไปแก่ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน และเป็นที่ปรึกษาของศาลและสามารถยื่นสำนวนการไต่สวนคำร้องต่อศาลตามคำร้องขอฝ่ายเดียวของศาลหรือคู่ความ[100] การเสนอให้มีการปฏิรูปกฎหมาย การสนับสนุนสิทธิ และการจัดทำรายงานเกี่ยวกับสถานการณ์การเลือกปฏิบัติในประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น ผู้พิทักษ์สิทธิยังมีอำนาจหน้าที่พิเศษในการเสนอข้อยุติในข้อพิพาทเกี่บวกับฐานความผิดอาญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ ด้วยวิธีการที่มีลักษณะคล้ายกับการเปรียบเทียบปรับในทางอาญา เรียกว่า “la transaction pénale” อีกด้วย

(8) ผลแห่งการละเมิดหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน

เมื่อมีการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลเกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชน ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้รับรองสิทธิเรียกร้องของผู้เสียหายในการดำเนินการทางกฎหมายนอกศาล ได้แก่ 1) สิทธิในการยื่นคำร้องทุกข์ภายในองค์กร ซึ่งรวมไปถึงกรณีที่ลูกจ้างนั้น*อาจ*เป็นผู้เสียหายได้ด้วย ไม่ว่าต่อสุขภาพอนามัยทางกายหรือจิตใจ (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L2312-59) 2) การไกล่เกลี่ยนอกศาล (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1152-6 และมาตรา

---

[100] ไม่ว่าจะเป็นศาลฎีกาหรือศาลแห่งสหภาพยุโรป ดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลแห่งสหภาพยุโรป (CJEU) ที่ C-507/17

L1423-13) และ 3) การวินิจฉัยคำร้องทุกข์โดยผู้พิทักษ์สิทธิ[101] และการดำเนินการทางกฎหมายโดยการฟ้องร้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ซึ่งมีการรับรองถึงการฟ้องคดีแบบกลุ่ม (กฎหมายเลขที่ 2008-496 และประมวลกฎหมายแรงงาน) ทั้งนี้ กฎหมายเลขที่ 2001-1066 ยังได้รับรองอำนาจของสหภาพการค้าและองค์กรไม่แสวงหากำไรในฐานะผู้แทนในการฟ้องคดีของผู้เสียหาย (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีความแพ่ง มาตรา 3 ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีความอาญา มาตรา 2 ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1134-2 และมาตรา L1134-3 และกฎหมายเลขที่ 2002-73 มาตรา 163) รวมถึงสหภาพแรงงานและองค์กรเพื่อผู้พิการ เมื่อมีลูกจ้างหลายคนถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเดียวกัน (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1134-7 มาตรา L1154-2 มาตรา L2251-1 และมาตรา L2132-3) เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการเลือกปฏิบัติหรือชดใช้เยียวยาความเสียหาย (มาตรา L1134-8) ภายในระยะเวลาอายุความ 5 ปี (มาตรา L1134-5) นับแต่วันที่ทราบถึงการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่ไม่เกิน 20 ปี นับแต่วันที่ได้กระทำหรือไม่กระทำการ (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 2232)

โดยการพิจารณาประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในแดนกฎหมายเอกชน ศาลอาจใช้วิธีการพิสูจน์การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงด้วยวิธีการสร้างสถานการณ์ทดสอบเพื่อเปรียบเทียบกับสถานการณ์[102] (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-3-1 และกฎหมายเลขที่ 2017- 86 (ความเท่าเทียมและความเป็นพลเมือง) มาตรา 42) และการใช้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานเชิงสถิติในการพิสูจน์การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม[103] โดยมีบทบัญญัติถึงภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อให้พ้นความรับผิดของผู้ถูกกล่าวหาในกฎหมายเลขที่ 2008-496 (มาตรา 4) กฎหมายเลขที่ 200-73 (มาตรา 158) และประมวลกฎหมายแรงงาน (มาตรา L1134-1 และมาตรา L1154-1 (บทเฉพาะกรณีการคุกคาม)) ซึ่งส่งผลให้ผู้เสียหายได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานแห่งการเลือกปฏิบัติ จากการพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐานนั้น โดยไม่ถึงขั้นต้องพิสูจน์เปรียบเทียบการกระทำระหว่างผู้ถูกกล่าวหากับผู้อื่นและเพียงแต่การอ้างเหตุผลในเชิงตรรกศาสตร์

---

[101] อย่างไรก็ตาม กลับไม่ปรากฏผลบังคับในทางกฎหมายของผลต่อคู่กรณี หากแต่ศาลยังคงสามารถรับฟังบรรดาหลักฐานในการพิจารณาข้อพิพาทของผู้พิทักษ์สิทธิประกอบการพิจารณาคดีได้

[102] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 04.87354 และที่ 15.87378 และคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ปารีส (Paris) ที่ 07.04974 และที่ 15.11389

[103] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ K 10.15873 ที่ 1027 (28 March 2000) และที่ 99-108 และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2007-557 DC

ย่อมเพียงพอแล้ว[104] และการคุ้มครองความเป็นผู้เสียหายจากการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายของตนโดยสุจริตในกฎหมายเลขที่ 2008-496 (มาตรา 3) และประมวลกฎหมายแรงงาน (มาตรา L1132-1 ถึงมาตรา L1132-3 และมาตรา L1132-3-1 ถึงมาตรา L1132-3-3) รวมไปถึงพยานบุคคลในประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา 434- 5 และมาตรา 434-15) และประมวลกฎหมายแรงงาน (L1152-2)

เมื่อการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นจริง กฎหมายได้กำหนดถึงผลของการดังกล่าวไว้หลายประการ ไม่ว่าจะเป็น 1) ความรับผิดในค่าเสียหายชดเชยทางแพ่ง โดยปราศจากเพดานอัตราค่าเสียหายขั้นสูงหรือขั้นต่ำ (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1382 และมาตรา 1146) เว้นแต่การเลิกจ้าง ซึ่งจะต้องไม่ต่ำกว่าอัตราค่าจ้างสุดท้ายรวมกัน 6 เดือน (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1235-3-1) 2) การห้ามมิให้มีการอันเป็นเลือกปฏิบัตินั้นเกิดขึ้นอีก 3) โทษในทางอาญา (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-2) และ 4) หน้าที่หรือความรับผิดอื่น ๆ เช่น การเผยแพร่คำพิพากษาและให้ภาระค่าใช้จ่ายในการนี้ตกแก่ผู้กระทำผิดตามคำสั่งของศาลในกรณีการคุกคามในมิติการจ้างแรงงาน (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1155-2) เป็นต้น ส่วนผลในทางกฎหมายแห่งการนั้น คือ การตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีย่อมตกเป็นโมฆะด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่ง (มาตรา 6) และประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1132-4 และ L1152-3 ในมิติการจ้างแรงงาน มากไปกว่านั้น โดยเฉพาะสำหรับการเลิกจ้างกฎหมายยังกำหนดให้นายจ้างจะต้องรับลูกจ้างผู้นั้นเข้าทำงานในตำแหน่งเดิมด้วย[105] (ประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L1134-4)

3.2.3 หลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชน

แม้ว่าหลักความเสมอภาคทางเพศจะได้ปรากฏตัวขึ้นครั้งแรกตั้งแต่ในอารัมภบทแห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ. 1946 แต่สำหรับแดนกฎหมายเอกชนนั้นหลักการดังกล่าวกลับปรากฏตัวครั้งแรกใน 4 ปีภายหลังถัดมา ด้วยการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยค่าแรงที่เท่าเทียมระหว่างชายและหญิง ถึงกระนั้น ในปัจจุบันหลักความเสมอภาคทางเพศในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอาจเป็นผลบังคับที่มาจากกฎหมายระหว่างประเทศหรือภายในประเทศก็ได้ โดยเฉพาะในกฎหมายฝรั่งเศสเองที่หลักการดังกล่าวเข้าไปมีผลบังคับต่อความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนมากมาย โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแรงงาน ซึ่งได้คุ้มครองถึงกรณีการไม่เลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศ (มาตรา L1131-1 ถึงมาตรา L1134-4) ความเท่าเทียมระหว่างเพศในที่ทำงาน (มาตรา L1141-1 ถึงมาตรา

---

[104] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10-20.765 ที่ 10-21489 ที่ 17-18190 และที่ 05-43962

[105] อย่างไรก็ตาม หากเป็นการเลิกจ้างลูกจ้างด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์หรือลาพักคลอดซึ่งลูกจ้างมิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายในการแจ้งนายจ้างให้ทราบล่วงหน้า ลูกจ้างย่อมไม่อาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้กลับมาดำรงตำแหน่งงานเดิมได้ ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15-29330

L1144-3) การคุกคามและการคุกคามทางเพศ (มาตรา L1151-1 ถึงมาตรา L1155-4) ความคุ้มครองแรงงานที่ตั้งครรภ์และความเป็นมารดา และวันลาของแรงงานที่เป็นมารดา บิดา และผู้ปกครอง (มาตรา L1225-1 ถึงมาตรา L1225-72) ค่าแรงที่เท่าเทียม (มาตรา L3221-1 ถึงมาตรา L3222-2) และการเจรจาต่อรองเกี่ยวกับสภาพการจ้างภายใต้หลักความเสมอภาคทางเพศ (มาตรา L2242-8) และในประมวลกฎหมายอาญาในฐานความผิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศ (มาตรา 225-1 ถึงมาตรา 225-4 มาตรา 222-32 มาตรา 222-33-2 มาตรา 432-7 และมาตรา 621-1) รวมถึงกฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายเลขที่ 2016-444 ว่าด้วยการขจัดการค้าประเวณี ซึ่งมีการกำหนดโทษปรับต่อผู้ใช้บริการการค้าโสเภณีที่เป็นผลมาจากการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองระหว่างเสรีภาพในทางเพศของผู้ขายบริการประเวณีกับความสงบเรียบร้อยของสังคม การป้องกันอาชญากรรม และหลักประกันแห่งศักดิ์ศรีมนุษย์ที่ได้สัดส่วน[106] เป็นต้น

ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายเลขที่ 2014-873 ถือเป็นกฎหมายสำคัญที่มีวัตถุประสงค์สนับสนุนความเสมอภาคทางเพศโดยเฉพาะฉบับหนึ่ง ด้วยเพราะมีผลเป็นการจัดตั้งองค์กรมากมายเพื่อสนับสนุนความเสมอทางเพศและยังมีผลบังคับใช้โดยตรงต่อบริษัทเอกชนอีกด้วย โดยมีขอบเขตการคุ้มครองครอบคลุมถึงประเด็นชีวิตทางสังคมและการป้องกันปัญหาจากการถูกต่อต้านทั้งในชีวิตส่วนตัวและต่อสาธารณะซึ่งเมินเฉยต่อผู้หญิง[107] ได้แก่ การตั้งครรภ์และการจ้างงาน ความเสมอภาคในการประกอบอาชีพ ตำแหน่งงานระดับสูงสำหรับผู้หญิงในหน่วยงานรัฐและเอกชน การคุ้มครองมารดาที่เลี้ยงลูกเพียงลำพัง การคุ้มครองผู้หญิงในกรณีความรุนแรงในครอบครัว การพัฒนาการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการทำแท้ง การต่อต้านการเหมารวมด้านเพศสภาพ การตระหนักถึงเรื่องทางเพศในเด็กหญิง และความเท่าเทียมในการเป็นผู้แทนทางการเมือง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2018 ที่การคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังได้พัฒนาความก้าวหน้าไปในสูงสุด เมื่อมีการบังคับใช้ 1) กฎหมายเลขที่ 2018-703 ซึ่งมุ่งสนับสนุนการต่อสู้กับความรุนแรงทางเพศและการแบ่งแยกเพศ ด้วยการอนุวัติหลักการมาจากอนุสัญญาอิสตันบูล (The Istanbul Convention) ซึ่งยังส่งผลต่อกฎหมายเลขที่ 2012-954 ว่าด้วยการคุกคามทางเพศ และกฎหมายเลขที่ 2016-1321 ซึ่ง

---

[106] คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2018-761

[107] รัฐมนตรีเพื่อสิทธิสตรีฝรั่งเศสผู้ดำรงตำแหน่งในขณะที่มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวว่า “เพราะความไม่เท่าเทียมปรากฏอยู่ทุกที่ พวกเราจึงกำลังต่อสู้ในทุกที่นั้นด้วย” โปรดดู Brigitte Marti, “In France, for the real equality between women and men,” Women in and Beyond the Global, Retrieved on January 5, 2020, from http://www.women-inandbeyond.org/?p=15855.

การกำหนดโทษในฐานเผยแพร่เสียงหรือภาพเกี่ยวกับเพศในที่สาธารณะหรือสถานที่ส่วนตัวอีกด้วย 2) กฎหมายเลขที่ 2018-771 ว่าด้วยเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในการเลือกอนาคตแห่งการทำงานของตน และ 3) กฤษฎีกาที่ 2019-15 ว่าด้วยการขจัดความเหลื่อมล้ำของค่าแรงระหว่างเพศในบริษัทและการต่อสู้กับปัญหาความรุนแรงทางเพศและการเหยียดเพศในที่ทำงาน

โดยการคุ้มครองเหตุแห่งเพศในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นครอบคลุมทั้งเพศสรีระและเพศสภาพของบุคคล โดยไม่จำกัดเพียงความเป็นหญิงหรือชายเท่านั้น ดังที่กฎหมายได้รับรองและคุ้มครองไปถึงเหตุแห่ง “วิถีทางเพศ” ซึ่งปรากฏตัวครั้งแรกตั้งแต่ใน ค.ศ. 1985 ภายใต้คำว่า “จารีตประเพณี” (Moeurs) ในประมวลกฎหมายอาญา (ค.ศ. 1985) มาตรา 85-772 และประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา 86-76 และมาตรา 92-1446 ซึ่งในเวลาต่อมาเพื่อที่จะยุติข้อโต้เถียงที่เกี่ยวกับขอบเขตและนิยามความหมายของอัตลักษณ์ทางเพศ กฎหมายเหล่านี้จึงได้ขยายความคุ้มครองไปถึงอัตลักษณ์ทางเพศ การข้ามเพศ และคุณลักษณะในทางเพศใด ๆ เช่น บุคคลผู้พึงพอใจในเพศเดียวกัน บุคคลผู้มีเพศ และบุคคลไม่อยู่ในระบบเพศขั้วตรงข้าม เป็นต้น อีกทั้ง จะเห็นได้ว่าการตีความและบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองเหตุแห่งเพศของศาลฝรั่งเศสนับว่ามียืดหยุ่น กว้างขวาง และสอดคล้องกับสภาพตามเป็นจริงของสังคม ด้วยความเข้าใจถึงสภาพและลักษณะของแรงจูงใจอันเนื่องมาจากเพศที่ไม่จำเป็นจะต้องเกี่ยวกับลักษณะในทางเพศโดยตรงเสมอไป เช่น การที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างที่เป็นพนักงานเสิร์ฟชาย ด้วยเหตุที่ได้รับการร้องเรียนจากผู้ใช้บริการว่าไม่ชอบที่พนักงานเสิร์ฟชายใส่ต่างหู[108] หรือการมีความปรารถนาในการแปลงเพศ[109] เป็นต้น

ขอบเขตเนื้อหาหรือมิติความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนที่อยู่ภายใต้กฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแรงงาน ได้แก่

1) ค่าแรงที่เท่าเทียม (มาตรา L3221-1 ถึงมาตรา L3222-10) สำหรับงานที่เหมือนหรือเทียบเท่ากันซึ่งมีมาตรวัดโดยชัดเจนตามที่ระบุในกฎหมาย โดยไม่จำเป็นว่าจะมีแรงงานเพศตรงข้ามในความเป็นจริงเพื่อเปรียบเทียบว่ามีความเท่าเทียมเกิดขึ้นหรือไม่[110] นอกจากนี้ ยังปรากฏหน้าที่ตามกฎหมายของนายจ้างเพื่อสนับสนุนหลักดังกล่าวอีกด้วย เช่น หน้าที่ของนายจ้างในการทำรายงานเกี่ยวกับค่าแรงที่เท่าเทียมให้แก่ตัวแทนสหภาพแรงงาน และหน้าที่ในการจัดให้มีการเจรจาต่อรองกับลูกจ้างในเรื่องความเท่าเทียมระหว่างเพศทุก ๆ 4 ปี โดยการงดเว้นหน้าที่กฎหมายได้กำหนดให้นายจ้างจะต้องรับผิดในค่าปรับด้วย (มาตรา L2242-8) เป็นต้น

---

[108] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10-28213

[109] คำวินิจฉัยขององค์กรเพื่อการสนับสนุนการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (HALDE) ที่ 2008-29

[110] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12-14153 (2013)

2) การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในการทำงาน ซึ่งครอบคลุมตั้งแต่การเข้าถึงตำแหน่งงาน การฝึกฝน ค่าจ้างแรงงาน การมอบหมายงาน การเลื่อนตำแหน่ง การโอนย้ายตำแหน่ง การจัดลำดับคุณสมบัติ การต่อสัญญา และการเลิกจ้าง (มาตรา L1132-1) เว้นแต่ในกรณีข้อเว้นเกี่ยวกับเนื้อหาของตำแหน่งงานอย่างแท้จริง ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ (มาตรา L1142-2) เช่น นักแสดง และนายหรือนางแบบ (มาตรา R1142-1) เป็นต้น

3) การตั้งครรภ์ ความเป็นมารดา และการลางานเพื่อสมดุลระหว่างชีวิตการทำงานกับชีวิตส่วนตัวของแรงงาน ซึ่งโดยทั่วไปนั้นลูกจ้างไม่มีหน้าที่ประการใดต่อนายจ้างอันเป็นเงื่อนไขแห่งการบังคับใช้สิทธิเช่นว่านั้น เว้นแต่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น หน้าที่ในการแจ้งนายจ้างให้ทราบล่วงหน้าก่อนลาพักคลอด มิฉะนั้นลูกจ้างจะไม่สามารถขอให้ศาลมีคำสั่งให้นายจ้างรับลูกจ้างกลับเข้าดำรงตำแหน่งงานเดิมได้ หากมีการเลิกจ้างลูกจ้างด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์หรือลาพักคลอดนั้น เป็นต้น นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแรงงานยังได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับเพศของลูกจ้างในทำนองเดียวกันนี้ไว้อีกหลายประการ เช่น 1) สิทธิในการตั้งครรภ์และความเป็นมารดา (มาตรา L1225-1 ถึงมาตรา L1225-6)[111] 2) สิทธิในการขอเปลี่ยนแปลงชั่วคราวในหน้าที่การงานอันเนื่องด้วยเหตุจำเป็นด้านการแพทย์ (มาตรา L1225-7 และมาตรา L1225-8) งานกลางคืน (มาตรา L1225-9 ถึงมาตรา L1225-11) หรือความเสี่ยงในกรณีพิเศษ (มาตรา L1225-12 ถึงมาตรา L1225-15) โดยนายจ้างจะต้องคงจำนวนค่าแรงไว้เช่นเดิม[112] 3) สิทธิในการเข้าทำงานในตำแหน่งเดิมภายหลังลาพักคลอด (มาตรา L1225-25) รวมถึงการคงได้รับสิทธิทุกอย่างในระหว่างลาพักคลอดราวกับว่ามิได้การลาพัก (มาตรา L1225-26) ดังเช่นกรณีสิทธิของบิดาและผู้ปกครองเพื่อดูแลบุตร (มาตรา L1225-35 และมาตรา L1225-36) และบุตรบุญธรรม (มาตรา L1225-37 ถึงมาตรา L1225-46-1) ที่ได้รับการคุ้มครองในลักษณะเดียวกัน โดยไม่รวมไปถึงการอุ้มบุญซึ่งคงถือเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายฝรั่งเศส ทั้งนี้ ระยะเวลาวันลาพักของลูกจ้างดังกล่าวย่อมได้รับการขยาย หากบุตรมีโรคร้ายแรงหรือทุพพลภาหรือได้รับเลี้ยงบุตรบุญธรรมตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป (มาตรา L1225-48) และ 4) สิทธิของลูกจ้างผู้มีหน้าที่ในการอบรมเลี้ยงดูเด็ก (มาตรา L1225-47 ถึงมาตรา L1225-72)

---

[111] อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกามีความเห็นถึงกรณีเด็กหลอดแก้ว (In Vitro Fertilization) ว่าตราบใดที่ยังไม่มีการนำเด็กเข้าสู่ร่างกายหญิง การเลิกจ้างย่อมมิใช่การเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์ แต่เป็นการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งสุขภาพ ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16-28511 (2018)

[112] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94-44833 (1997)

4) การเข้าถึงสินค้าและบริการ ตามกฎหมายเลขที่ 2008-496 ซึ่งคุ้มครองเพิ่มเติมจาก Directives ที่เกี่ยวข้องถึงกรณีสื่อและการโฆษณาด้วย

ด้วยผลของมาตรา 1 ว่าด้วยหน้าที่ของรัฐในการสนับสนุนความเท่าเทียมของหญิงและชายในมิติการจ้างแรงงาน ในกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับ ค.ศ. 2008 ว่าด้วยการปรับปรุงสถาบันของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 5 ให้ทันสมัย จึงปรากฏมาตรการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศของลูกจ้าง ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดโควตาเพศของผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมบริการในกฎหมายเลขที่ 2011-103 และกฎหมายที่ 2012-347 ในทำนองเดียวกันกับการเลือกตั้งตัวแทนของแรงงานในกฎหมายที่ 2015-994 และประมวลกฎหมายแรงงานมาตรการโดยเฉพาะเพื่อสนับสนุนสิทธิในความเสมอภาคทางเพศของลูกจ้าง ได้แก่ การกำหนดหน้าที่ของนายจ้างในการแจ้งข้อมูลแก่สหภาพแรงงานและเข้าร่วมการเจรจาต่อรองเกี่ยวกับความเท่าเทียมในสถานที่ทำงาน (มาตรา D1142-6) การประกาศข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับมาตรการความเท่าเทียมระหว่างเพศในที่ทำงาน รวมถึงในสถานที่ที่มีการจัดสัมภาษณ์งาน (มาตรา L3221-1 ถึงมาตรา L3221-7) และการเข้าเจรจาต่อรองกับตัวแทนแห่งสหภาพลูกจ้างว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างลูกจ้างหญิงและชายทุก ๆ 4 ปี (มาตรา L2242-1) ยิ่งไปกว่านั้น ยังปรากฏความพยายามในการบรรจุคำว่า “เพศ” เพิ่มเติมในบทบัญญัติว่าด้วยการประกันความเสมอภาค โดยปราศจากความแตกต่างด้วยเหตุแห่งที่มาเชื้อชาติ และศาสนาในการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ เพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมของพลเมืองต่อหน้ากฎหมาย ซึ่งส่งผลให้การกระทำในเชิงบวกเกี่ยวกับเพศได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในระดับสูงสุดด้วย

3.2.4 สรุป

จากที่ได้ศึกษาถึงการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนฝรั่งเศสในภาพรวมของระบบกฎหมายนั้นได้แสดงให้เห็นถึงรูปแบบการมีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนเป็นลักษณะผสมผสานด้วยทั้งผลผูกพันของสิทธิในความเสมอภาคทั้งโดยตรงและโดยอ้อมอย่างยากที่จะชี้ชัด ด้วยเหตุที่ระบบกฎหมายยอมให้ผลบังคับของหลักความเสมอภาคอาจเป็นมานั้นมาจากกฎหมายภายในประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องก็ได้ ยิ่งไปกว่านั้น ยังสามารถกล่าวโดยเฉพาะถึงผลผูกพันโดยตรงของหลักความเสมอภาคนั้นได้ต่อไปหลักการต่อไปได้ด้วยว่า จากตัวอย่างการบรรทัดฐานในคำพิพากษาต่าง ๆ ได้นั้นแสดงให้เห็นถึงผลผูกพันของสิทธิในความเสมอภาคของคู่ความที่เป็นผลมาจากกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลัก โดยเฉพาะอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมากกว่ารัฐธรรมนูญด้วย[113] ดังนั้น โครงสร้างการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนฝรั่งเศสย่อมเป็นไปอย่างครอบคลุมและครบถ้วนทุกเหตุแห่ง

---

[113] Myriam Hunter-Henin *supra note 79*, p.98.

การเลือกปฏิบัติและมิติความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน เนื่องจากการยอมรับผลบังคับของหลักการทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและภายในประเทศซึ่งสามารถเติมเต็มกันและกันได้ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงผลจากการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองที่ส่วนใหญ่เอนเอียงไปยังสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนฝ่ายที่อ่อนแอ

อย่างไรก็ตาม ยังปรากฏรูปแบบการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกันในแดนกฎหมายเอกชนฝรั่งเศสที่น่าสนใจ โดยเฉพาะในกรณีที่ผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนอื่นได้รับผลกระทบเกินสมควร ซึ่งรัฐฝรั่งเศสได้เลือกใช้วิธีการเข้าไปบรรเทาหรือสนับสนุนการที่เอกชนได้รับผลกระทบดังกล่าวแทนการลดทอนผลบังคับของสิทธิในความเสมอภาคลง ดังปรากฏหน้าที่ของรัฐในการสนับสนุนเอกชนผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวสร้างภาระให้แก่เอกชนนั้นเกินสมควร โดยปัจจุบันปรากฏหลักการนี้เฉพาะแต่ในมิติการจ้างงานเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ย่อมแสดงให้เห็นไปถึงว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสมุ่งความสำคัญไปยังมิติการจ้างแรงงานเป็นสำคัญ ด้วยการรับรองหลักการไว้เป็นพิเศษ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดข้อยกเว้น หน้าที่ของนายจ้างทั้งในเชิงป้องกันและเชิงบวก รวมไปถึงผลของการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างไปจากมิติความสัมพันธ์อื่น ๆ ซึ่งส่งผลเป็นการลดทอนผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานของนายจ้างเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในกรณีความรับผิดในทางแพ่งอย่างไร้ข้อจำกัดรวมถึงการกำหนดอัตราขั้นต่ำในบางกรณี การกำหนดฐานความผิดทางอาญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ ทั้งการกำหนดหน้าที่ให้นายจ้างจะต้องรับลูกจ้างกลับเข้าทำงานในกรณีการเลิกจ้างโดยเลือกปฏิบัติอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น ยังปรากฏการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศในระดับสูง ดังปราฏเป็นหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องสำคัญในประมวลกฎหมายแรงงานและมาตรการในเชิงบวกหลายรูปแบบ โดยเฉพาะในมิติการจ้างแรงงาน อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าเหล่าหลักการและมาตรการดังกล่าวกลับมิได้ครอบคลุมถึงสิทธิประโยชน์ของลูกจ้างที่มีคู่สมรสเพศเดียวกันหรือบุคคลผู้มีเพศสภาพอื่นนอกเหนือไปจากเพศหญิงและชายโดยเฉพาะ

บทที่ 4
การบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนในประเทศไทย

4.1 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชน

4.1.1 ช่วงเวลาก่อนบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

หลักความเสมอภาคทั่วไปได้ปรากฏตัวในฐานะบรรทัดฐานในระบบกฎหมายไทยครั้งแรกเมื่อมีการประกาศใช้หลัก 6 ประการของคณะราษฎร โดยถือเป็น “ปฏิญญาแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของสยาม”[1] และมีผลบังคับดังเช่นรัฐธรรมนูญ[2] ดังปรากฏหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายในข้อ 4 ว่า *“หลักเสมอภาค จะให้ราษฎรมีสิทธิเสมอหน้ากัน ไม่ให้ผู้ใดมีสิทธิเหนือผู้อื่น”* และปรากฏเป็นหลักการสำคัญอย่างเป็นทางการครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 มาตรา 12 ซึ่งบัญญัติว่า *“ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้ บุคคลย่อมเสมอกันในทางกฎหมาย ฐานันดรศักดิ์โดยกำเนิดก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นใดก็ดี ไม่ทำให้เกิดเอกสิทธิ์อย่างใดเลย”* อันสอดคล้องกับบทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 1 วรรคสองที่ว่า “*ประชาชนชาวสยามไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”* จากนั้นหลักความเสมอภาคก็ได้กลายมาเป็นมาตรฐานแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกือบทุกฉบับโดยเฉพาะการมีฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของชนชาวไทยตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492

โดยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องได้รับการรับรองและคุ้มครองในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับแตกต่างกันไป ทั้งที่เป็นการเพิ่มเติมหรือลดทอนทั้งหลักการหรือเฉพาะรายละเอียดของหลักการ โดยตัวอย่างหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญไทย ได้แก่ **1) หลักความเสมอภาคทางเพศ** ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทั่วไป สิทธิในการเลือกตั้ง หรือการมีส่วนร่วมของประชาชน **2) หลักความเสมอภาคในทางการเมือง** เช่น การจัดตั้งพรรคการเมือง การมีส่วนร่วมของท้องถิ่น การแนะนำผู้สมัครรับเลือกตั้ง การแสดงความคิดเห็นเมื่อมีประกาศเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติ การจัดทำบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งของพรรคการเมือง การสรรหาสมาชิกวุฒิสภา และการตั้ง

---

[1] ปรีดี พนมยงค์, “ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญเบื้องต้นกับการร่างรัฐธรรมนูญ,” ใน แนวความคิดประชาธิปไตยของปรีดี พนมยงค์, บรรณาธิการโดย วาณี พนมยงค์-สายประดิษฐ์ (กรุงเทพมหานคร : เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), น.41-43.

[2] สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 2, ปีที่ 30, น.175 (มิถุนายน 2543).

คณะกรรมาธิการวิสามัญเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายเกี่ยวกับเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้พิการหรือทุพพลภาพ เป็นต้น **3) หลักความเสมอภาคที่เกี่ยวข้องกับภาครัฐโดยตรง** เช่น หลักความเสมอภาคของข้าราชการ หลักความเสมอภาคในฐานะที่เป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักความเสมอภาคของบุคลากรภาครัฐในกิจการวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ เป็นต้น **4) หลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล** เช่น หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักความเสมอภาคด้านสาธารณสุข การศึกษา การสื่อสารสาธารณะ กระบวนการยุติธรรม อาชีพและแรงงาน หรือการถือครองที่ดิน เป็นต้น และ **5) หลักความเสมอภาคของกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ** เช่น แรงงานเด็ก เด็ก เยาวชน บุคคลในครอบครัว ผู้ชรา คนพิการหรือทุพพลภาพ ผู้บริโภค บุคคลวิกลจริต และบุคคลซึ่งไร้ที่อยู่อาศัยและไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพ เป็นต้น

เพื่อให้การคุ้มครองหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงปรากฏการพัฒนาระบบการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างเป็นรูปธรรมในรัฐธรรมนูญเรื่อยมา อย่างเช่นการกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยต้องไม่เป็นการปฏิปักษ์ต่อชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์และรัฐธรรมนูญ[3] (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511 มาตรา 44) และหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลว่าด้วยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 มาตรา 28 วรรคสาม) เป็นต้น และได้ปรากฏอย่างเห็นได้ชัดในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญของวิวัฒนาการการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังปรากฏหลักประกันสิทธิต่าง ๆ ได้แก่ 1) หลักการว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิขั้นพื้นฐาน (มาตรา 4) 2) ผลผูกพันของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อการใช้อำนาจรัฐ (มาตรา 26 และมาตรา 27) 3) ขอบเขตแห่งการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน (มาตรา 28 วรรคแรก) และการเยียวยาความเสียหายเมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวถูกละเมิด (มาตรา 28 วรรคสอง) 4) หลักการทั่วไปว่าด้วยการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (มาตรา 29) 5) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (มาตรา 30) และ 6) ผลผูกพันของรัฐธรรมนูญต่อการพิพากษาอรรถคดี (มาตรา 249)

ยิ่งไปกว่านั้น ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 นับได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรวบรวมหลักการต่าง ๆ ไว้อย่างครอบคลุมและครบถ้วนมากที่สุดในประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจากการต่อยอดหลักการดังกล่าวข้างต้นอย่างเป็นระบบ และอาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ให้การรับรองและความคุ้มครองหลักความเสมอภาคไว้อย่างดีที่สุดด้วย ดังปรากฏหลักการสำคัญ ได้แก่ 1)

---

[3] โดยไม่ปรากฏความชัดเจนว่าการใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่ไม่ปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหมายความว่าอย่างไร และรวมถึงการไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้อื่นด้วยหรือไม่

ผลผูกพันของหลักนิติธรรมต่อการใช้อำนาจรัฐ (มาตรา 3 วรรคสอง) 2) การรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคของบุคคลในฐานะเดียวกันกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคล (มาตรา 4) 3) ผลผูกพันของสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอื่นของรัฐ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ (มาตรา 27) 4) สิทธิในทางศาลของบุคคลในการบังคับตามสิทธิและเสรีภาพต่อรัฐ (มาตรา 28 วรรคสาม) และ 5) สิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐในการบังคับใช้สิทธิ (มาตรา 28 วรรคท้าย)

4.1.2 ช่วงเวลาภายหลังบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้เป็นส่วนผสมของการเพิ่มเติมและลดทอนการรับรองและความคุ้มครองหลักความเสมอภาคซึ่งเอนเอียงไปในฝั่งลดทอนเสียมากกว่า ดังพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชนภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ต่อไปนี้

4.1.2.1 หลักประกันสิทธิในความเสมอภาค

หลักการที่มีความสำคัญต่อการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคมากที่สุดในระบบกฎหมาย คือ **ผลผูกพันของรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรมต่อการใช้อำนาจรัฐ** ในมาตรา 3 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า *"รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ*[4] *ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม"* ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ใช้ถ้อยคำแตกต่างไปจากหลักการเดียวกันในมาตรา 26 และมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 เพราะมิได้บัญญัติอย่างชัดเจนถึงผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจรัฐซึ่งส่งผลให้บทบัญญัติที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานมิได้มีฐานะเป็นเพียง "คำประกาศอุดมการณ์" ของรัฐเท่านั้น หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง (Self-Executing) แก่องค์กรของรัฐเหล่านั้น[5] ทันที ดังปรากฏเป็นคำอธิบายในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2545 อย่างไรก็ตาม ไม่อาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ไร้ซึ่งผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อการใช้อำนาจรัฐอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากผลผูกพันดังกล่าวยังแฝงตัวอยู่ในหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในหลักนิติธรรมซึ่งถือเป็นหลักที่ครอบคลุมทุก

---

[4] รวมถึงหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ

[5] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ," ใน <u>รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์</u>, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562), น.127.

หลักการเกี่ยวกับความชอบธรรมของการใช้อำนาจรัฐในทุกกรณี[6] ทั้งยังเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษย์ทุกมิติ[7] ด้วยเหตุนี้ ผลผูกพันของรัฐธรรมนูญและหลักนิติธรรมจึงสามารถเชื่อมโยงกลับไปยังผลผูกพันของหลักความเสมอภาคในฐานะหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น[8] ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อปรากฏการจำกัดการใช้อำนาจนิติบัญญัติด้วยหลักการทั่วไปว่าด้วยการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (มาตรา 26) การใช้อำนาจตุลาการด้วยหลักการว่าด้วยความอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาและตุลาการภายใต้รัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง (มาตรา 188 วรรคสอง) และการใช้อำนาจบริหารด้วยหลักความเสมอภาคในฐานะหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป จึงแสดงให้เห็นได้อีกทางหนึ่งว่าระบบโครงสร้างกฎหมายไทยภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ยังคงให้การรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคได้เป็นอย่างดี

นอกจากนั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กำหนดให้การบังคับใช้สิทธิหรือเสรีภาพ โดยกระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย และสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่นในมาตรา 25 วรรคแรก[9] อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้น กล่าวคือ การใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นเอกชนด้วยกัน อย่างการบังคับใช้สิทธิหรือเสรีภาพโดยกระทบกระเทือน

---

[6] โปรดดู วิษณุ เครืองาม, “ปาฐกถาพิเศษ โดย ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ในการสัมมนาทางวิชาการ เนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 17 ,” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 15 ศาลรัฐธรรมนูญ ยึดหลักนิติธรรม ค้ำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน, รวบรวมโดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2560), น.4-5.

[7] โปรดดู พิศล พิรุณ, “หลักนิติธรรมภายใต้สถานการณ์แบ่งขั้วทางความคิดของสังคม,” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 16 ศาลรัฐธรรมนูญ ยึดหลักนิติธรรม ค้ำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน, รวบรวมโดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561), น.296-299. และ*เพิ่งอ้าง,* น.4-5, 11.

[8] ทั้งในเชิงกระบวนการและเนื้อหาของการปฏิบัติหน้าที่ โปรดดู กรพจน์ อัศวินวิจิตร, “หลักนิติธรรมกับการบริการสาธารณะของรัฐ,” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 16 ศาลรัฐธรรมนูญ ยึดหลักนิติธรรม ค้ำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน, รวบรวมโดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561), น.5-6.

[9] สอดคล้องกับข้อ 3 ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)

หรือเป็นอันตรายต่อสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น ย่อมต้องมีกฎหมายโดยรัฐสภากำหนดและรับรองสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวไว้ด้วยเสมอ และเมื่อกฎหมายดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น การใช้อำนาจนิติบัญญัติดังกล่าวของรัฐสภาจึงต้องเป็นไปตาม**หลักการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน**ในมาตรา 26 กล่าวคือ จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และสำหรับกรณีที่ไม่ปรากฏเงื่อนไขดังกล่าวก็จะต้องเป็นไปโดยไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นมิได้ รวมถึงจะต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ มากกว่านั้น กฎหมายดังกล่าวจะต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ไม่มุ่งเฉพาะเจาะจงในกรณีใดหรือต่อบุคคลใดโดยเฉพาะ อนึ่ง จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้มิได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้หลักการนี้ให้ครอบคลุมไปถึงกรณีการใช้อำนาจรัฐในการตรากฎและข้อบังคับอื่น ๆ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทั้งนี้ การปรากฏบทบัญญัติในหมวดว่าด้วย “หน้าที่ของรัฐ” ครั้งแรกในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทย จากเดิมที่การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นถูกจำกัดให้อยู่ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและแนวนโยบายแห่งรัฐซึ่งมีผลในทางการเมืองเท่านั้น[10] จึงเป็นการก่อให้เกิดการประกันและภูมิคุ้มกันแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานที่หนักแน่นขึ้นว่ารัฐมีหน้าที่ “จะต้องทำ” กระทำการนั้น ๆ มิใช่เพียงแต่ “ควรหรือพึงทำ” อันก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง[11] และสามารถยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ในการฟ้องร้องบังคับให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามหน้าที่นั้นได้เมื่อรัฐเพิกเฉยหรือละเลย (มาตรา 51)

4.1.2.2 การรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญ

ดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับอื่นหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิมนุษยชนได้รับการบัญญัติไว้ในบททั่วไป มาตรา 4 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า *“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และ**ความเสมอภาค**ของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง”* ซึ่งมุ่งหมายให้ความคุ้มครองกับบุคคลทุกคน แม้กระทั่งนิติบุคคล ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อเนื้อหาแห่งกรณีนั้น ๆ ในขณะที่หลักการในวรรคสองแห่งมาตราเดียวกันนั้นได้บัญญัติไว้ว่า *“ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ**เสมอกัน**”* ซึ่งมุ่งหมายให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนชาวไทยเป็นสำคัญ[12] โดยจำเป็นต้องรวมไปถึงนิติบุคคลสัญชาติไทยด้วย และแม้จะมิได้มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติว่าด้วยหลักความ

---

[10] เช่นเดียวกันกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่บัญญัติไว้ในหมวดการปฏิรูปประเทศ

[11] โปรดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5,* น.88.

[12] โปรดดู สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562), น.6.

เสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (มาตรา 27 วรรคแรก) และหลักความเสมอภาคทางเพศ (มาตรา 27 วรรคสอง) ทั้งยังมีการเพิ่มเติมความคุ้มครองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง ได้แก่ 1) หลักความเสมอภาคในการตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพ (มาตรา 40 วรรคท้าย)[13] 2) สิทธิของมารดา (มาตรา 48 วรรคแรก)[14] 3) หน้าที่ของบุคคลที่ต้องเคารพและไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นและไม่กระทำการใดที่อาจก่อให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคม (มาตรา 50 (6))[15] 4) หลักความเสมอภาคของชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ (มาตรา 70) 5) หลักความเสมอภาคของสถาบันครอบครัวและกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ (มาตรา 71)[16] 6) หลักความเสมอภาคในทางเศรษฐกิจ (มาตรา 75) และ 7) หลักความเสมอภาคในการบริหารราชการแผ่นดิน (มาตรา 76) เป็นต้น อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ได้การลดทอนการคุ้มครองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องหลายประการในคราวเดียวกันด้วย ได้แก่ 1) หลักความเสมอภาคในศาสนา (มาตรา 31) โดยไม่ได้คุ้มครองไปถึงนิกายหรือลัทธินิยมในทางศาสนา และการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือ และยังได้ตัดทอนความคุ้มครองว่าด้วยข้อห้ามมิให้รัฐกระทำการอันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุดังกล่าวไปอีกด้วย 2) หลักความเสมอภาคของผู้บริโภค (มาตรา 46 ประกอบมาตรา 61) เช่น การกำหนดการคุ้มครองผู้บริโภคให้เป็นเพียงหน้าที่ของรัฐจากเดิมที่เคยมีฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน การตัดสิทธิร้องเรียนและเยียวยาค่าเสียหาย และการกำหนดให้การจัดตั้งองค์กรอิสระผู้บริโภคเป็นเพียงสิทธิจากเดิมที่เป็นหน้าที่รัฐให้ต้องจัดตั้ง เป็นต้น และ 3) หลักความเสมอภาคในบริการสาธารณสุข (มาตรา 47) ที่ได้ลดทอนระดับและคุณภาพการให้บริการลงจากเดิมที่ต้องเหมาะสมและได้มาตรฐาน

นอกจากนี้ โดยเฉพาะหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (มาตรา 27 วรรคสาม) ที่ถือเป็นการพัฒนาที่ก่อให้เกิดการคุ้มครองหลักความเสมอภาคในระดับสูงสุด นั่นคือ การขยายขอบเขตความคุ้มครองไปถึง “เหตุอื่นใด” เพราะส่งผลให้มีการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของ

---

[13] เพื่อไม่ให้มีการสร้างเงื่อนไขในลักษณะที่จะนำไปสู่การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลทั่วไป โปรดดู *เพิ่งอ้าง*, น.58-59.

[14] ถือเป็นการรับรองครั้งแรกในรัฐธรรมนูญไทย เพื่อให้สอดคล้องกับข้อ 10 (2) ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม (ICESCR)

[15] เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 อย่างไรก็ตาม บุคคลไม่อาจอ้างหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้หรือบังคับต่ออีกบุคคลหนึ่งได้โดยตรง โปรดดู สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12,* น.71.

[16] แต่กลับไม่ปรากฏการคุ้มครองบุคคลวิกลจริตดังเช่นในรัฐธรรมนูญฯ ฉบับ พ.ศ. 2550

ปัจเจกบุคคลอย่างไร้ขีดจำกัด กล่าวคือ เหตุดังกล่าวถือเป็นการล้มล้างหลักคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะแต่เหตุที่ได้รับการระบุไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างชัดแจ้งเท่านั้น อนึ่ง สภาวะเช่นนี้ย่อมส่งผลในทางตรงกันข้ามต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นเอกชนและอาจต้องอยู่ภายใต้ผลบังคับของหลักการ เพราะไม่สามารถคาดคะเนหรือกำหนดกรอบแห่งการกระทำที่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้อย่างแน่ชัดและเป็นไปอย่างไร้ขอบเขต ซึ่งเมื่อผลแห่งการคุ้มครองหลักความเสมอภาคดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่นในเวลาเดียวกัน ดังนั้น ความไร้ขอบเขตการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมขัดต่อหลักการจำกัดสิทธิ โดยเฉพาะหลักความพอสมควรแก่เหตุ อีกทั้ง อาจก่อให้เกิดผลเช่นเดียวกันเมื่อต้องมีการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองหลักความเสมอภาคเมื่อได้เข้าไปมีผลบังคับในแดนกฎหมายเอกชน

4.2 หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน

4.2.1 ผลบังคับของหลักความเสมอภาค

การปรากฏหลักการในรัฐธรรมนูญไทยอาจก่อให้เกิดผลบังคับโดยตรงต่อความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันได้ ดังกรณีในมาตรา 41 ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งมีหลักการเช่นเดียวกันกับมาตรา 46 ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือสื่อมวลชนอื่นกับลูกจ้าง และมิเพียงเท่านั้น ยังมีกรณีในมาตรา 47 วรรคสองถึงวรรคสี่ ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งมีหลักการเช่นเดียวกันกับมาตรา 65 ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ในเรื่องความสัมพันธ์ภายในพรรคการเมือง ซึ่งปัจจุบันมิได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ประกอบกับความเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเฉพาะในแดนกฎหมายมหาชนของรัฐธรรมนูญ จึงหาได้แสดงให้เห็นถึงผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชนไทยตามทฤษฎีผลผูกพัน*โดยตรง*ของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบ อันสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของผลบังคับแห่งหลักการไม่เลือกปฏิบัติในรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะทำงานคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ได้ชี้แจ้งไว้ว่า *"รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในระดับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีการกระทำของเอกชนต่อเอกชนที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น เอกชนไม่สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญขึ้นกล่าวอ้างต่อกันได้โดยลำพัง จนกว่าจะมีกฎหมายลำดับรองบัญญัติเพื่อบังคับใช้กันระหว่างเอกชน หรือมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล"*[17]

---

[17] มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2542), น.93.

เมื่อได้พิจารณากฎหมายไทยต่าง ๆ ที่มีผลบังคับใช้ในแดนกฎหมายเอกชนจะพบถึงการแฝงตัวอยู่ของหลักความเสมอภาคในหลักการพื้นฐานเบื้องหลังหรือวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่าผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนได้ปรากฏตัวอยู่ในระบบกฎหมายไทยมาเนิ่นนานแล้ว โดยเฉพาะในบรรดากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองกลุ่มบุคคลเป็นพิเศษ เช่น กฎหมายแรงงาน กฎหมายว่าด้วยสัญญา และกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ในครอบครัว เป็นต้น อันเป็นเครื่องพิสูจน์การยอมรับและความเชื่อมั่นในแนวคิดแห่งความไม่เท่าเทียมกันระหว่างบุคคลหรือความไม่เท่าเทียมในเชิงโครงสร้าง มิเช่นนั้น ย่อมไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องมีการตราและบังคับใช้กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เช่นว่านั้น และปล่อยให้การดำเนินการใด ๆ ในแดนกฎหมายเอกชนได้เป็นไปตามหลักความอิสระและตามอำเภอใจของเอกชนต่อไป อีกทั้ง เมื่อกฎหมายเหล่านี้ล้วนเป็นผลมาจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติทั้งสิ้น หาใช่กฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงสามารถแสดงให้เห็นปลายทางของคำตอบของการมีผลบังคับเข้าไปในแดนกฎหมายเอกชนของหลักความเสมอภาคอย่างแน่แท้ ทั้งมิใช่ด้วยทฤษฎีผลผูกพันโดยตรงของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบดังเช่นการใช้อำนาจรัฐด้วยดังที่ได้สรุปผลในข้างต้น ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถตั้งข้อสันนิษฐานถึงผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไทยว่าเป็นผลต่อเนื่องมาจากการใช้อำนาจรัฐที่ผูกพันต่อหลักความเสมอภาค ตามทฤษฎีผลผูกพัน*โดยอ้อม*ของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบนั่นเอง

โดยเฉพาะเมื่อการใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคตามหลักนิติธรรมที่อาจส่งผลต่อความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ[18] และการวางกลไกอื่นเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐเพื่อคุ้มครองหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น การรับรองหลักความเสมอภาคในระดับเดียวกันกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ (มาตรา 4)[19] หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (มาตรา 5) ผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐาน แม้ยังไม่ได้มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการใช้สิทธิดังกล่าว (มาตรา 25 วรรคสอง) และสิทธิเรียกร้องของปัจเจก

---

[18] โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, ""หลักนิติธรรม" ในฐานะ "เกณฑ์" ตรวจสอบการกระทำขององค์ของรัฐ," วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 55, ปีที่ 19, น.92 (2560).

[19] โปรดดู อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ, และ บรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544), น.85-86.

บุคคลให้รัฐดำเนินการอันเป็นหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 51 และมาตรา 230 (5))[20] เป็นต้น ซึ่งล้วนแล้วแต่สามารถเป็นช่องทางการแผ่รังสีหรือผลกระทบจากอิทธิพลหรือผลบังคับของหลักความเสมอภาคผ่านการใช้อำนาจรัฐเข้ามาในแดนกฎหมายเอกชนได้ ดังนี้

4.2.1.1 ผลบังคับของหลักความเสมอภาคผ่านการใช้อำนาจบริหาร

โดยผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนผ่านการใช้อำนาจนี้อาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณี ได้แก่ **1) การตราพระราชกำหนด** (มาตรา 172) ซึ่งส่งผลต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนย่อมต้องตกอยู่ภายใต้หลักการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานและการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 210 (1) เช่นเดียวกันกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ดังปรากฏตัวอย่างในพระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541 เพื่อยกเว้นหลักการทั่วไปในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้แตกต่างจากลูกหนี้ทั่วไป เนื่องจากความจำเป็นอย่างเร่งด่วนในการแก้ไขปัญหาสินทรัพย์ด้อยคุณภาพเป็นจำนวนมากของโดยที่สถาบันการเงินในปัจจุบันที่ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการเพิ่มทุนของสถาบันการเงินและกระทบกระเทือนต่อความสามารถในการให้สินเชื่อในภาคเศรษฐกิจ โดยไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปสิทธิและหน้าที่ของลูกหนี้หรือเพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ลูกหนี้ ทั้งลูกหนี้ก็ยังคงยกข้อต่อสู้ที่มีอยู่กับเจ้าหนี้เดิมขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ใหม่ที่รับโอนสิทธิเรียกร้องได้เช่นเดิม[21] และ **2) การตรากฎหมายลำดับรองหรือการกระทำในทางปกครอง** รวมไปถึงกรณีที่หน่วยงานรัฐได้มอบอำนาจให้เอกชนกระทำการแทน ภายใต้หลักความเสมอภาคในฐานะหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปและหลักการให้บริการสาธารณะ[22] และการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลปกครอง อันมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน ดังปรากฏตัวอย่างกฎการขออนุญาตมีสิทธิในอสังหาริมทรัพย์และมีคำสั่งทางปกครองตามกฎดังกล่าว ซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคในการมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน[23]

---

[20] รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้เปลี่ยนแนวคิดจากเดิมที่สิทธิมีอยู่ตามธรรมชาติให้กลายเป็นสิทธิเกิดขึ้นได้ด้วยรัฐ อันเป็นการเพิ่มอำนาจรัฐและลดทอนอำนาจของประชาชนไปในตัว โปรดดู iLaw, “6 เรื่องตลกร้ายของรัฐธรรมนูญ 2560,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2563, จาก https://-ilaw.or.th/node/5060.

[21] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 40/2545 และที่ 22/2546

[22] โปรดดู กรพจน์ อัศวินวิจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.8.

[23] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 881/2495 และโปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549), น.179.

ส่วนกรณีที่หน่วยงานรัฐได้กระทำการบนเวทีแห่งกฎหมายเอกชนเสมือนเป็นเอกชนผู้หนึ่ง ดังปรากฏนิติสัมพันธ์ตามสัญญาซื้อขายไฟฟาของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค สัญญาซื้อขายทรัพย์สินโดยการขายทอดตลาด สัญญาจ้างพนักงานหรือจ้างเหมาทำความสะอาดในโรงพยาบาล และสัญญาซื้อขายอุปกรณ์สำนักงานของหน่วงงานรัฐ เป็นต้น ในปัจจุบันยังมิเคยปรากฏความชัดเจนแห่งผลบังคับของหลักความเสมอภาคสำหรับรูปแบบความสัมพันธ์เช่นนี้ จนนำมาซึ่งประเด็นปัญหาเกี่ยวกับลักษณะผลบังคับของของหลักความเสมอภาคที่ต้องนำมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีได้ ยิ่งไปกว่านั้น โดยเฉพาะเมื่อข้อพิพาทว่าด้วยการกระทำของรัฐในลักษณะนี้เป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลยุติธรรมมิใช่ศาลปกครอง ดังนั้น หากผลบังคับของหลักความเสมอภาคเป็นไปในรูปแบบผลผูกพันปฐมภูมิเช่นเดียวกันการใช้อำนาจบริหารทั่วไป องค์ความรู้และแนวคิดที่ปรับใช้ในการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมอาจไม่เพียงพอต่อกรณีดังกล่าว นอกจากนั้น ยังอาจเกิดปัญหาในทำนองเดียวกันอีกประการ สำหรับข้อพิพาทว่าด้วยสัญญาทางแพ่งที่เกี่ยวเนื่องกับคดีปกครองและอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (6)) เนื่องจากองค์ความรู้และแนวคิดที่ปรับใช้ในการพิจารณาคดีในศาลปกครองเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคนั้นอยู่ในระดับที่เข้มข้นจนอาจเป็นการทำลายหลักอิสระในทางแพ่งของคู่ความที่เป็นเอกชน

4.2.1.2 ผลบังคับของหลักความเสมอภาคผ่านการใช้อำนาจนิติบัญญัติ

เนื่องด้วยผลผูกพันตามบรรดากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองหลักความเสมอภาคที่ประเทศไทยเป็นหนึ่งในรัฐภาคี ประกอบกับผลผูกพันของหลักความเสมอภาคต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัติภายใต้หลักนิติธรรม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงภายใต้การตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ[24] จึงส่งให้รัฐสภามีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคให้ครอบคลุมในทุกกรณีที่สิทธิในความเสมอภาคอาจถูกละเมิดได้ ซึ่งย่อมรวมไปถึงความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน โดยการตรากฎหมายนั้นอาจเป็นไปในลักษณะการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิในเชิงป้องกันเพื่อมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่ชอบธรรมหรือการส่งเสริมให้มีการกระทำในเชิงบวกในฐานะสิทธิเชิงบวกก็ได้ ด้วยการก่อหน้าที่ตามกฎหมายให้เอกชนเพื่อขจัดความไม่เท่าเทียมในเชิงโครงสร้าง ทั้งนี้ โดยเฉพาะสภาพและลักษณะของความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน การรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนผู้หนึ่งย่อมส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนผู้อื่นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น ในการตรากฎหมายเช่นว่านี้รัฐสภาจึงต้องเป็นไปตามหลักการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเสมอ อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันกลับพบเฉพาะแต่การตรา

[24] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2545 และที่ 47/2545

กฎหมายที่มีผลบังคับในแดนกฎหมายเอกชนเพื่อรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเท่านั้น เช่น หลักความเสมอภาคทางเพศในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 และหลักความเสมอภาคของกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ อย่างเช่นแรงงานในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เด็กในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 และผู้พิการในพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 เป็นต้น

4.2.1.3 ผลบังคับของหลักความเสมอภาคผ่านการใช้อำนาจตุลาการ

การใช้อำนาจตุลาการเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอื่น ๆ ภายใต้ผลผูกพันต่าง ๆ ของหลักความเสมอภาคตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งอาจส่งผลต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนได้ในท้ายที่สุด ยกตัวอย่างเช่นการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยถึงความไม่ชอบด้วยหลักความเสมอภาคและหลักความบริสุทธิ์ของผู้กระทำผิดของข้อสันนิษฐานที่ก่อความรับผิดของนิติบุคคลในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545[25] และการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าข้อยกเว้นไม่นำมาตรา 654 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับในการเรียกเก็บอัตราดอกเบี้ยของบริษัทบริหารสินทรัพย์ตามพระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541[26] การรับรองสิทธิในการย้ายสถานประกอบกิจการไปตั้ง ณ สถานที่อื่นของนายจ้างในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ[27] และการงดการพิจารณาคดีของลูกหนี้ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงอันเป็นองคประกอบในพระราชบัญญัติลมละลาย พ.ศ. 2483 (มาตรา 90/3) โดยมิได้งดการพิจารณาคดีในส่วนผู้ค้ำประกันด้วย[28] มิได้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติพิพาทล้วนเป็นกฎหมายที่มีผลต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนทั้งสิ้นแล้วนั้น ทั้งนี้ ยังมีกรณีที่ศาลได้พิจารณาถึงกรณีที่มีผลกระทบต่อเอกชนภายใต้หลักความเสมอภาค หากแต่มิได้ก่อความผูกพันใด ๆ ระหว่างเอกชนด้วยกันด้วย เช่น การที่พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 (เดิม) ที่บัญญัติว่า *“หญิงมีสามีให้ใช้ชื่อสกุลของสามี”* ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ[29] และกรณีที่นายทะเบียนมิได้จดทะเบียนสมรสให้กับหญิงต่างด้าวกับคนไทย โดยขัดต่อหลักความเสมอภาคและหน้าที่ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 มาตรา 10 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า *“เมื่อมีการร้องขอให้จดทะเบียนสมรสแล้ว ให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสให้”* กล่าวคือ เมื่อเป็นตาม

---

[25] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2550

[26] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 22/2546

[27] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2548

[28] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 34/2546

[29] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546

เงื่อนไขที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ นายทะเบียนต้องจดทะเบียนสมรสให้เสมอ[30] เป็นต้น ดังจะได้อย่างชัดเจนในตัวอย่างการจดทะเบียนสมรสว่าผลแห่งการรับจดทะเบียนสมรสของนายทะเบียนมีผลโดยตรงต่อการบังคับใช้กฎหมายแพ่งว่าด้วยสินสมรสและครอบครัว ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน

นอกจากนั้น ด้วยผลผูกพันต่อหลักนิติธรรม[31] โดยเฉพาะหน้าที่โดยตรงของศาลในการพิจารณาและตัดสินอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวงในมาตรา 188 วรรคสอง การใช้อำนาจตุลาการที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันในแดนกฎหมายเอกชน (รวมถึงกรณีที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง) จึงย่อมผูกพันต่อหลักความเสมอภาค ทั้งที่เป็นหนึ่งในหลักการยย่อยของหลักนิติธรรม[32] ในฐานะเป็นหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ และโดยปราศจากอคติทั้งปวงซึ่งหมายความถึงหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อคู่ความในคดีด้วยนั่นเอง และส่งผลให้เอกชนต้องพึงระวังมิให้การกระทำหรือไม่กระทำการของตนซึ่งอาจกลายเป็นคดีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลขัดแย้งต่อหลักความเสมอภาค อันแสดงให้เห็นถึงผลบังคับของหลักการดังกล่าวในแดนกฎหมายเอกชนผ่านการใช้อำนาจตุลาการ ดังปรากฏตัวอย่างที่ศาลยุติธรรมได้พิจารณาและตัดสินอรรถคดีโดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของคู่ความ ได้แก่ กรณีการกำหนดอายุเกษียณที่แตกต่างกันระหว่างพนักงานรัฐวิสาหกิจชายและหญิงย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค (ทางเพศ)[33] และการออกคำสั่งว่าด้วยแนวทางการปฏิบัติของนักบินในการไว้ทรงผมและหนวดเคราและการแต่งกาย เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงและภาพลักษณ์องค์กรที่มิได้สร้างภาระเกินสมควรหรือขัดต่อสภาพทางกาย สุขภาพ ความเชื่อทางศาสนาย่อมชอบด้วยหลักความเสมอภาค[34]

ด้วยเหตุนี้ทั้งหมดนี้ แม้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีบทบัญญัติที่*อาจ*ก่อให้เกิดผลผูกพันโดยตรงของสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชน ดังปรากฏหลักการกำหนด

---

[30] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3740/2525

[31] โปรดดู ธานินทร์ กรัยวิเชียร, “หลักนิติธรรม,” วารสารยุติธรรมคู่ขนาน ศูนย์ศึกษาวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย, เล่มที่ 1, ปีที่ 6, น.16-17 (2554).

[32] ทั้งนี้ มีการตั้งข้อสังเกตไว้ว่าในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ได้บัญญัติคำว่า “นิติธรรม” ไว้ก่อนหน้าคำว่า “รัฐธรรมนูญและกฎหมาย” ซึ่งส่งผลให้ศาลต้องนำเอาหลักนิติธรรมมาปรับใช้เป็นลำดับแรก ก่อนที่จะปรับใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมายตามลำดับ

[33] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1486/2549 และที่ 1562/2548

[34] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9480/2559

ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพได้ ตราบเท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น และการให้สิทธิแก่ผู้ถูกละเมิดในการฟ้องเป็นคดีต่อศาลในรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปัจจุบัน (มาตรา 25) อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวก็เป็นเพียงหลักการในรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้ต่อความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้น ทั้งบทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ของบุคคลในการเคารพและไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นและหน้าที่ไม่สร้างความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคม (มาตรา 50 (6)) ซึ่งสำหรับประวัติศาสตร์ระบบกฎหมายไทยที่ผ่านมาได้แสดงให้เห็นแล้วว่า บทบัญญัติในหมวดที่ว่าด้วยหน้าที่ของปวงชนชาวไทยนั้นหาได้มีผลในทางกฎหมายแต่ประการใดและคงถือเป็นเพียงประกาศเพื่อให้ประชาชนได้รับทราบเบื้องต้นเท่านั้น เว้นแต่เมื่อรัฐสภาได้นำหลักการเช่นว่านี้ไปตราเป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้ต่อเอกชนโดยตรง ดังนั้น ผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไทยจึงมีลักษณะตามทฤษฎีผลผูกพัน*โดยอ้อม*ผ่านการใช้อำนาจรัฐตามข้อสันนิษฐานเบื้องต้น ดังปรากฏตัวอย่างในกรณีที่ศาลแรงงานย่อมต้องตีความข้อตกลงตามสัญญาจ้างแรงงานตามนัยที่ก่อให้เกิดความเสมอภาคทางเพศแทนอีกนัยหนึ่งที่มีผลเป็นการเลือกปฏิบัติ[35] กรณีที่รัฐสภาจะต้องตรากฎหมายรับรองสิทธิในการกำหนดอัตราจ้างของนายจ้าง โดยกำหนดกรอบการใช้สิทธิดังกล่าวภายใต้หลักค่าแรงที่เท่าเทียมสำหรับงานที่มีลักษณะเดียวกันหรือเทียบเท่า และกรณีที่ศาลจะต้องตีความคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” โดยคำนึงถึงคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเสมอ[36] ซึ่งสิทธิดังกล่าวย่อมรวมไปถึงสิทธิในความเสมอภาคด้วยนั่นเอง

4.2.2 หลักความเสมอภาคที่ปรากฏในแดนกฎหมายเอกชนปัจจุบัน

4.2.2.1 กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้อง

เนื่องจากประเทศไทยเป็นหนึ่งในรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนที่จัดทำภายใต้กรอบสหประชาชาติ (UN) รวม 7 ฉบับจากสนธิสัญญาทั้งสิ้น 9 ฉบับ[37] ได้แก่ 1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (ICCPR) 2) กติกา

---

[35] โปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณโน, <u>คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ</u>, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556), น.6.

[36] โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” <u>จุลนิติ</u>, เล่มที่ 4, ปีที่ 7, น.66 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553).

[37] ทั้งยังมีการลงนามไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 (CPED) แต่เนื่องจากปัจจุบันยังอยู่ในช่วงเวลาระหว่างการปรับปรุงกฎหมายภายในก่อนการดำเนินการเข้าเป็นภาคี ดังนั้น อนุสัญญาดังกล่าวจึงยังไม่มีผลใช้บังคับกับประเทศไทย

ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (ICESCR) 3) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 (CERD) 4) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 (CEDAW) 5) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (CAT) 6) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (CRC) และ 7) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ ค.ศ. 2006 (CRPD) นอกจากนี้ ประเทศไทยยังให้สัตยาบันในอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO Conventions) รวมทั้งสิ้น 17 ฉบับ[38] โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาค เช่น อนุสัญญาฯ ว่าด้วยการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องค่าทดแทนสำหรับคนงานชาติในบังคับและคนต่างชาติ พ.ศ. 2468 (ฉบับที่ 19) อนุสัญญาฯ ว่าด้วยค่าตอบแทนที่เท่ากัน พ.ศ. 2494 (ฉบับที่ 100) และอนุสัญญาฯ ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ พ.ศ. 2501 (ฉบับที่ 111) และอนุสัญญาฯ ว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้จ้างงานได้ พ.ศ. 2516 (ฉบับที่ 138) เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ รัฐสภาซึ่งเดิมทีผูกพันต่อหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญด้วยอยู่แล้วนั้น จึงมีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่ออนุวัติหลักการต่าง ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองไว้ในสนธิสัญญาฯ ดังกล่าวให้มีผลบังคับใช้ภายในราชอาณาจักรไทย โดยเฉพาะ**พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558** ซึ่งถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่มีวัตถุประสงค์อย่างชัดแจ้งในการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชนโดยตรง ซึ่งมีผลบังคับต่อทุกมิติความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน และ**พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541** ซึ่งเป็นหนึ่งในกฎหมายสำคัญไม่กี่ฉบับก่อนที่จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ที่ประกอบไปด้วยบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการว่าด้วยหลักความเสมอภาค เช่น หลักความเสมอภาคระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างตามสัญญาจ้าง (มาตรา 11/1) หลักการไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศระหว่างลูกจ้าง (มาตรา 15)[39] และหลักค่าแรงที่เท่าเทียมระหว่างแรงงานหญิง

---

[38] โปรดดู คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, รายงานผลการประเมินสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศไทย ปี 2562, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2562), น.32.

[39] ***มาตรา 15*** *ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้*

และชาย (มาตรา 53)[40] เป็นต้น เพื่อคุ้มครองและรักษาสภาวะสมดุลแห่งการบังคับใช้สิทธิและเสรีภาพ โดยเฉพาะของลูกจ้างซึ่งเป็นฝ่ายที่มีอำนาจการต่อรองและสถานภาพในทางเศรษฐกิจอ่อนแอกว่าในความสัมพันธ์ดังกล่าว[41] ทั้งยังปรากฏหลักการว่าด้วยหลักความเสมอภาคในพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 และพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ รวมไปถึงบรรดากฎหมายที่มุ่งคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษในทำนองเดียวกับแรงงาน เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 เป็นต้น

ยิ่งไปกว่านั้น ในปัจจุบันยังปรากฏความพยายามในการนำเสนอร่างกฎหมายทั่วไปว่าด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติซึ่งมีผลบังคับในทุกแดนกฎหมายต่อรัฐสภาโดยองค์กรภาคประชาชนอีกด้วย เรียกว่า “ร่างพระราชบัญญัติขจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล พ.ศ. ....” (เมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน 2562)[42] เพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์หรือองค์ประกอบพื้นฐานที่เปราะบาง ได้แก่ ผู้ติดเชื้อเอชไอวี คนพิการ ผู้สูงอายุ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มหลากหลายทางเพศ กลุ่มผู้ติดยา เด็กและเยาวชน ผู้หญิง และแรงงาน ไม่ว่าจากกระทำของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใด โดยมีขอบเขตเนื้อหาครอบคลุมไปยังหลากหลายมิติ เช่น การทำงานหรือการประกอบอาชีพ การเข้าถึงสินค้าและบริการ การเข้าถึงการศึกษา การรักษาพยาบาล และสวัสดิการสังคมต่าง ๆ เป็น

---

[40] ***มาตรา 53*** *ในกรณีที่งานมีลักษณะและคุณภาพอย่างเดียวกันและปริมาณเท่ากัน ให้นายจ้างกำหนดค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด และค่าล่วงเวลาในวันหยุดให้แก่ลูกจ้างเท่าเทียมกันไม่ว่าลูกจ้างนั้นจะเป็นชายหรือหญิง*

[41] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2548

[42] โดยปัจจุบันกระบวนการตรากฎหมายอยู่ในขั้นตอนที่ประธานรัฐสภาจะได้วินิจฉัยหลักการเป็นไปตามหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย และประธานได้แจ้งให้ผู้ริเริ่มดำเนินการจัดให้มีการเข้าชื่อเสนอกฎหมายต่อไป โปรดดู สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “การดำเนินการเกี่ยวกับการเข้าชื่อเสนอกฎหมายของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ (เสนอต่อรัฐสภา),” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มกราคม 2564, จาก https://-www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=69044.

ต้น รวมถึงการส่งเสริมและป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล ตลอดจนการคุ้มครองและให้ความช่วยเหลือผู้เสียหาย และการป้องกันไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเดิมเกิดขึ้นซ้ำสองด้วย

4.2.2.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

1) นิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติ แม้ปรากฏข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในระบบกฎหมายไทยมาเนิ่นนานแล้ว ถึงกระนั้น กลับมิได้มีการอธิบายถึงบทนิยามความหมายโดยทั่วไปของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไว้อย่างชัดเจน และคงปรากฏเพียงบทนิยามความโดยเฉพาะของการดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่นคำอธิบายถึง “ความเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ” ของหลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ (มาตรา 11/1) ในคำชี้แจงพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551[43] บทนิยามของ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก” ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ (มาตรา 22) ในกฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549[44] และบทนิยามของ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ซึ่งมีความสอดคล้องกับบทนิยามในระดับสากลมากที่สุดในบรรดาบทนิยามอื่น ๆ ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย ด้วยการบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ว่า *“การกระทำหรือไม่กระทำการใด อันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือ*

---

[43] โดยให้หมายความถึง *“การปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงบนพื้นฐานของหลักคุณธรรมในการจ้างงาน โดยไม่ปฏิบัติต่อลูกจ้างทั้งสองประเภทดังกล่าวแตกต่างกันหรือด้อยกว่ากัน ในลักษณะที่ไม่สัมพันธ์กับหลักคุณธรรมหรือเงื่อนไขของงาน หรือโดยไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่งเปรียบเทียบได้จากลักษณะงาน หน้าที่ความรับผิดชอบ คุณวุฒิ ประสบการณ์ ระยะเวลาทำงาน ทักษะฝีมือ คุณภาพของงาน หรือปริมาณของงาน เป็นต้น”*

[44] ***ข้อ 2*** *การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดโดยไม่เท่าเทียมกัน เพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่องทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก*

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก หมายความรวมถึง การปฏิบัติใด ๆ ต่อเด็กที่แม้จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับบุคคลอื่นและผู้ปฏิบัติไม่ได้มีเจตนาเลือกปฏิบัติหรือเจตนากลั่นแกล้งผู้ได้รับผลร้ายหรือผลกระทบก็ตาม แต่มีผลทำให้เกิดความแตกต่างกันต่อเด็กบางคนหรือบางกลุ่มอย่างชัดเจนเพราะเหตุตามวรรคหนึ่ง...

ทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ด้วยเหตุนี้ ในการตีความและบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่าง ๆ ที่กล่าวมาในข้างต้น จึงสมควรนำบทนิยามนี้ไปปรับใช้และพิจารณาประกอบในคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุใด ๆ แม้มิได้เกี่ยวกับเรื่องเพศ อนึ่ง แม้ภายหลังการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ หากเมื่อได้พิจารณาจากบรรทัดฐานในคำพิพากษาของศาลไทยแล้วกลับแสดงให้เห็นว่า ศาลมิได้ให้ความสำคัญในการจำแนกระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมที่ปรากฏในบทนิยามตามกฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด[45]

ส่วนในกรณีคำนิยามของการคุกคาม การคุกคามทางเพศ การงดเว้นหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสม และการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง ซึ่งไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งเช่นกัน อย่างไรก็ดี หากเพียงแต่การกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายใดก็ย่อมมีความรับผิดในทางกฎหมายนั้นได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงบทนิยามตามกฎหมายเป็นสำคัญในการตีความและบังคับใช้กฎหมายโดยศาล เช่น 1) ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฐานคุกคามหรือการคุกคามทางเพศ (มาตรา 309 มาตรา 392 และมาตรา 397) และฐานสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (มาตรา 116 และมาตรา 326 หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14) เป็นต้น 2) ความผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฐานละเมิด (มาตรา 420) และ 3) ความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ ของนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานฐานกระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง (มาตรา 16) เป็นต้น ทั้งนี้ ในร่างพระราชบัญญัติขจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลฯ ได้บัญญัติถึงบทนิยามของการกระทำต่าง ๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติไว้อย่างกว้างขวางและครอบคลุมทุกกรณี โดยย่อมสอดคล้องกับหลักการในระดับสากลมากกว่า

2) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 27 วรรคสาม ได้ระบุการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ไว้ ได้แก่ *“ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด”* ซึ่งแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า แม้เหตุต่าง ๆ ที่ระบุไว้นั้นจะมีขอบเขตกว้างขวาง

---

[45] โปรดดู คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2560), น.229.

หรือแคบกว่ากฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ก็ตาม แต่เมื่อมีการคุ้มครองถึง “เหตุอื่นใด” ย่อมถือเป็นการเปิดช่องทางให้เป็นเรื่องการใช้ดุลยพินิจของผู้ตรากฎหมายและผู้ตีความและบังคับใช้กฎหมายในการวางโครงสร้างการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้อย่างไร้ขอบเขตจำกัด[46] โดยอาจเรียกได้ว่าการคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุอื่นใดนี้เองที่ทำให้ระบบกฎหมายไทย ปราศจากซึ่งข้อบกพร่องในเรื่องความไม่สอดคล้องกับหลักการในระดับสากล อย่างไรก็ดี การคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเช่นนี้กลับมิได้กลายร่างเป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเพียงพอเนื่องด้วยไม่มีการตรากฎหมายทั่วไปเพื่อคุ้มครองทุกเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวหรือกฎหมายเฉพาะสำหรับแต่ละเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอย่างครบถ้วน ดังปัจจุบันที่คงเป็นไปโดยจำกัดเฉพาะแต่ในกรณีการคุ้มครองเหตุแห่งเพศ อายุ (เด็ก เยาวชน หรือวัยรุ่น) ความพิการ และสถานะของบุคคล (คู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า เช่น ลูกจ้าง ลูกหนี้ มารดา หรือผู้ที่มีฐานะยากจน เป็นต้น) เท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น ก็ยังไม่พบความพยายามหรือการให้ความสำคัญในการให้ความคุ้มครองถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ นอกเหนือไปจากที่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ผ่านการใช้อำนาจตุลาการของศาลในการพิจารณาอรรถคดีที่ผูกพันโดยตรงต่อหลักความเสมอภาค แม้กระทั่งการใช้อำนาจตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจนำหลักการไม่เลือกปฏิบัติในรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ได้โดยตรงในการพิจารณาคดี[47] และโดยการพิจารณาคำร้องขององค์กรโดยเฉพาะเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิมนุษยชนอย่างคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.)[48] ซึ่งอย่างมากที่สุดที่ในคำตัดสินต่าง ๆ ดังกล่าวจะวินิจฉัยว่าการกระทำที่ถูกกล่าวหานั้น (ไม่) เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเท่านั้น โดยไม่ระบุหรือกล่าวถึงว่าการเลือกปฏิบัตินั้นมีเหตุ (จูงใจ) อันเนื่องมาจากสิ่งใด

ส่วนการให้ความหมายหรือตีความแต่ละเหตุแห่งการเลือกปฏิบัตินั้นนอกจากที่ได้ระบุไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ซึ่งมีการบัญญัติถึงนิยามคำว่า “เด็ก” ไว้ในมาตรา 4 ว่าให้หมายความถึง *“บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส”* และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่าง

---

[46] โปรดดู อธิป จันทนโรจน์, “การเลือกปฏิบัติเพราะ “เหตุอื่นใด” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560,” วารสารนิติ รัฐกิจ และสังคมศาสตร์, เล่มที่ 1, ปีที่ 4, น.35-56 (2563).

[47] โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2546 ที่ 10/2549 ที่ 11/2550 ที่ 1/2551 และที่ 31/2555

[48] โปรดดู คำร้องที่ 476/2556 ที่ 131/2557 ที่ 74/2555 และที่ 282/2555 และรายงานผลการตรวจสอบที่ 865/2555

เพศฯ ในมาตรา 3 ที่ได้แสดงให้เห็นว่า “เพศ” นอกจากเพศโดยกำเนิด ยังให้หมายความรวมไปถึงการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดด้วย เป็นต้น สำหรับกรณีอื่น ๆ เมื่อไม่ปรากฏกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ย่อมเป็นหน้าที่ของศาลในการหยิบยกเอาคำนิยามตามหลักแหล่งที่น่าเชื่อถือและได้รับการยอมรับในวงการกฎหมายมาใช้ประกอบการตีความและบังคับใช้กฎหมาย เพื่อพิจารณาและตัดสินประเด็นพิพาท ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งรวมถึงรัฐธรรมนูญฉบับก่อนด้วย[49] หรือในกฎหมายอื่น[50] คำอธิบายกฎหมายในการประชุมของรัฐสภาหรือองค์กรตรากฎหมาย คำพิพากษาของศาล[51] หรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ[52] หรือองค์กรเพื่อการสนับสนุนการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม[53]

3) การเลือกปฏิบัติควบซ้อน แม้ปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติที่มีความคาบเกี่ยวกันของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตั้งแต่สองเหตุขึ้นไปในกฎหมาย อย่างเช่น การคุ้มครองลูกจ้างที่ตั้งครรภ์ในมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ ซึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งสถานะของบุคคลในฐานะลูกจ้างและการตั้งครรภ์ที่เกี่ยวโยงถึงเหตุแห่งเพศและสุขภาพด้วย แต่

---

[49] เช่น เหตุแห่งศาสนาในรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปัจจุบัน มาตรา 31 ซึ่งไม่ปรากฏการคุ้มครองรวมไปถึงนิกายของศาสนา และลัทธินิยมในทางศาสนา เมื่อเทียบจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 เป็นต้น

[50] เช่น เหตุแห่งความพิการในพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ มาตรา 4 และประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เรื่องประเภทและหลักเกณฑความพิการ ประกอบประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เรื่องประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555 เป็นต้น

[51] เช่น เหตุแห่งเชื้อชาติหรือประเทศอันเป็นที่ตั้งของสถาบันการศึกษาในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 299/2551 เป็นต้น

[52] เช่น เหตุแห่งสถานะของบุคคลในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-53/2543 ที่ 33/2548 และที่ 17/2555 เหตุแห่งสถานะทางเศรษฐกิจในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2549 เหตุแห่งเพศในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2545 และที่ 37/2546 และเหตุแห่งความพิการในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 ที่ 44/2545 และที่ 15/2555 เป็นต้น

[53] เช่น เหตุแห่งบรรพบุรุษในคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 25/2543 เหตุแห่งความพิการในรายงานผลการพิจารณากสม.ที่ 2/2555 เหตุแห่งสภาพทางร่างกายในรายงานผลการพิจารณากสม.ที่ 194/2557 เหตุแห่งประวัติอาชญากรรมในรายงานผลการพิจารณากสม.ที่ 43/2555 ที่ 486/2556 และที่ 495/2558 และเหตุแห่งสุขภาพในรายงานผลการพิจารณากสม.ที่ 308-309/2558 เป็นต้น

ในระบบกฎหมายไทยกลับมิได้ให้ความสำคัญในประเด็นนี้เท่าใดนัก ทั้งไม่ปรากฏว่าศาลมีความเห็นว่าการเลือกปฏิบัติควบซ้อนนั้น สมควรได้รับการลงโทษในอัตราที่เพิ่มขึ้นทวีคูณแต่อย่างใด

4) สมมติฐานแห่งการเลือกปฏิบัติและการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ การไม่ปรากฏหลักการนี้ในระบบกฎหมายถือเป็นความย้อนแย้งกับสถานการณ์และปัญหาที่เกิดขึ้นประเทศไทยในปัจจุบัน เช่น การตีตราบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศว่าเสี่ยงต่อการเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์[54] เป็นต้น แต่การคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุอื่นใดในรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมถือได้ว่ามีการเปิดช่องทางไว้ให้แก่การมีผลบังคับในทางกฎหมายแล้ว

4.2.2.3 ขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง

1) ผู้ทรงสิทธิ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่ละฉบับได้จัดวางบทบัญญัติว่าด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติไว้ในหมวดว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของปวงชนชาวไทยเสมอ ดังนั้น ผลบังคับในทางทฤษฎีของหลักความเสมอภาคในบทบัญญัติดังกล่าวย่อมถูกจำกัดให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเฉพาะของพลเมืองไทยเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อหลักความเสมอภาคได้รับการบัญญัติว่าในบททั่วไปแห่งรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งการประกันสิทธิในความเสมอภาคด้วยหลักนิติธรรมต่อการใช้อำนาจรัฐ จึงแสดงให้เห็นว่าขอบเขตผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคไม่อาจถูกจำกัดไว้เฉพาะแต่พลเมืองไทย ซึ่งขัดต่อลักษณะและสภาพโดยธรรมชาติของสิทธิในฐานะสิทธิมนุษยชน ดังปรากฏเป็นเจตนารมณ์ของหลักการไม่เลือกปฏิบัติในรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะทำงานคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้ชี้แจงว่า *“ความเสมอภาคกันในกฎหมายและการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลนั้น เป็นสิทธิควบคู่กับความเป็นมนุษย์โดยไม่อาจนำความแตกต่างกันในเรื่องสัญชาติมาทำลายความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมายแต่อย่างใด”*[55] ด้วยเหตุนี้ ผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคทั่วไปในแดนกฎหมายเอกชนย่อมต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขความเป็นมนุษย์เพียงประการเดียว โดยต้องรวมถึงนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพและเนื้อหาแห่งสิทธิด้วย อย่างไรก็ตาม สำหรับสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิเชิงบวก แม้เป็นผลสืบทอดมาจากสิทธิในความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็นสิทธิพลเมือง แต่ในแดนกฎหมายเอกชนย่อมมิอาจเป็นไปตามความเป็นพลเมืองแห่งรัฐซึ่งเป็นสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงปัจเจกบุคคลและรัฐไว้ได้ หากแต่ต้องเป็นไปด้วยความเป็นคู่กรณีในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันจากนิติกรรมหรือนิติเหตุก็ได้ ดังปรากฏสิทธิในการ

---

[54] อรอุษา พรมอ๊อด, “ร้องสภากาชาดไทย ทบทวนไม่รับบริจาคเลือดกลุ่มความหลากหลายทางเพศ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มกราคม 2564, จาก https://workpointtoday.com/lgbtq-right/.

[55] มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.93-94.

ได้รับสวัสดิการของลูกจ้าง ซึ่งจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขการทรงสิทธิเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลดังกล่าว คือ การเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานที่สามารถบังคับกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

2) ผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย เมื่อผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนเป็นเพียงผลผูกพันโดยอ้อมจากการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งส่งผลให้เกิดหน้าที่แก่เอกชนไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในการกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ ด้วยความเคารพต่อหลักการดังกล่าว ประกอบกับขอบเขตของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน จึงสรุปได้ว่าเอกชนผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นย่อมหมายถึงเอกชนทุกคนที่อยู่ภายใต้กฎหมายหรืออำนาจอธิปไตยของราชอาณาจักรไทย โดยปราศข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด ๆ อันเป็นลักษณะของหน้าที่ทั่วไปในการกระทำของเอกชนตามหลักสุจริตและไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ในขณะที่เอกชนผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิเชิงบวกต้องจำกัดขอบเขตเฉพาะแต่เอกชนผู้มีหน้าที่โดยตรงตามกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ในมิติการจ้างแรงงานภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ จึงส่งผลให้นอกจากนายจ้างจะต้องเคารพหลักความเสมอภาคทั่วไปของลูกจ้างแล้ว นายจ้างยังต้องมีหน้าที่โดยเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อประโยชน์ของลูกจ้างอีกด้วย

4.2.2.4 ขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง

ด้วยผลบังคับของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ที่ครอบคลุมทุกมิติความสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ในแดนกฎหมายเอกชน แม้ใน “คู่มือการปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศ ตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558” โดยกรมกิจการสตรีและสถานบันครอบครัวร่วมกับโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP) จะได้กล่าวถึงขอบเขตและสาระสำคัญของการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศในพื้นที่สาธารณะหลากหลายบริบท โดยมุ่งประเด็นไปที่การทำงานและการได้รับผลประโยชน์ทางสังคม การเข้าถึงสินค้าและบริการ การศึกษา และการดูแลรักษาสุขภาพเท่านั้นก็ตาม เพราะกฎหมายดังกล่าวมุ่งคุ้มครองไปถึงการกำหนดกฎเกณฑ์หรือวิธีปฏิบัติใด ๆ ของทั้งภาครัฐและ เพียงแต่การคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคนั้นถูกจำกัดไว้เพียงกรณีที่เกี่ยวกับเหตุแห่งเพศเท่านั้น อนึ่ง ความสัมพันธ์ดังกล่าวจะมีรูปแบบใดได้บ้างนั้นอาจต้องพิจารณาตัวอย่างที่ได้รับการบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติขจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลฯ มาตรา 6 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า *“รัฐมีหน้าที่ขจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่ส่งผลกระทบต่อการทำงานหรือการประกอบอาชีพ การเข้าถึงสินค้าและบริการ การเข้าถึงการศึกษา การรักษาพยาบาลและสวัสดิการ ไม่ว่าการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวได้กระทำโดยหน่วยงานรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใด รวมทั้งส่งเสริมและป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล ตลอดจนคุ้มครองและช่วยเหลือบุคคลซึ่งถูก*

เลือกปฏิบัติ และป้องกันไม่ให้การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเกิดขึ้นซ้ำสอง” อันแสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนที่นอกเหนือไปจากการคุ้มครองโดยเฉพาะในมิติการจ้างแรงงานตามกฎหมายต่าง ๆ ว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน มิติการให้บริการตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547[56] หรือมิติการทำสัญญาแพ่งทั่วไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ

4.2.2.5 ข้อยกเว้น

ข้อยกเว้นแห่งผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนโดยเฉพาะกรณีเกี่ยวข้องด้วยเหตุแห่งเพศ ได้รับการรับรองไว้อยู่หลายประการด้วยกัน ดังปรากฏในมาตรา 17 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ได้แก่ การดำเนินการใด ๆ ตามมาตรา 17 วรรคแรก เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น คุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย การปฏิบัติตามหลักการทางศาสนาและความมั่นคงของประเทศ โดยไม่อาจถือว่าการดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ อีกทั้ง ในมิติการจ้างแรงงานซึ่งมีข้อยกเว้นในบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งส่งผลให้ปรากฏเป็นบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ เช่น กรณีเหตุแห่ง 1) ลักษณะหรือสภาพของงาน (มาตรา 10 มาตรา 15 มาตรา 22 มาตรา 24 มาตรา 25 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 37 มาตรา 65 มาตรา 71 มาตรา 72 และมาตรา 87) 2) สวัสดิการของลูกจ้างเกี่ยวกับครอบครัว (มาตรา 33 มาตรา 41 และมาตรา 42) 3) สุขภาพและความปลอดภัย (มาตรา 31 มาตรา 38 มาตรา 39 มาตรา 39/1 มาตรา 40 มาตรา 42) 4) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับอายุ เช่น เงื่อนไขพิเศษในการทำงานของแรงงานเด็ก (มาตรา 37 มาตรา 46 มาตรา 47 มาตรา 48 มาตรา 49 มาตรา 50 มาตรา 51 และมาตรา 52) ข้อเรียกร้องในเรื่องเพดานอายุขั้นต่ำและขั้นสูง (มาตรา 44 และมาตรา 45) และการเกษียณอายุ (มาตรา 118/1) เป็นต้น และ 5) เหตุอื่น ๆ เช่น อายุงาน (มาตรา 30 มาตรา 118 และมาตรา 119) และการรับราชการทหาร (มาตรา 35) เป็นต้น

นอกจากนี้ ในกฎหมายอื่น ๆ ก็ได้รับรองการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุอันสมควรและจำเป็นซึ่งส่งผลให้การดังกล่าวนั้นชอบด้วยกฎหมายไว้หลายกรณี เช่น การปฏิบัติที่แตกต่างต่อเด็ก โดยมีเหตุผลทางหลักวิชาการ วิทยาศาสตร์ ความเชื่อทางศาสนา จารีตประเพณีและ

---

[56] ปรากฏบทลงโทษสำหรับผู้จัดการกรณีที่ปฏิเสธไม่รับบุคคลที่ประสงค์จะเข้าพักในโรงแรมโดยไม่มีเหตุอันสมควร เว้นแต่จะเข้าเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิเสธได้ (มาตรา 39) แม้กฎหมายมิได้มีวัตถุประสงค์โดยตรงในการคุ้มครองหลักความเสมอภาค แต่จะเห็นได้ว่าการที่โรงแรมไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้นั้นอาจถือได้ว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้ โปรดดู คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45,* น.472-474.

วัฒนธรรม ลักษณะเฉพาะตัวของเด็ก หรือเหตุผลอันสมควรประการอื่น (กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กฯ ข้อ 2) อันเป็นการกระทำเท่าที่สมควรเพื่ออบรมสั่งสอนเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแล (พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ มาตรา 61) หรือเกี่ยวกับข้อห้ามมิให้ขายสารระเหยแก่ผู้ที่มีอายุไม่เกิน 17 ปี (พระราชกำหนดป้องกันการใช้สารระเหย พ.ศ. 2533 มาตรา 35) และการปฏิบัติที่แตกต่างต่อผู้พิการ เนื่องด้วยเหตุผลทางวิชาการ จารีตประเพณีหรือประโยชน์สาธารณะ (พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ มาตรา 15 วรรคสาม) เป็นต้น

4.2.2.6 การกระทำในเชิงบวก

แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำในเชิงบวกได้รับการยอมรับเป็นทางการและชัดแจ้งตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 โดยการรับรองหลักการไม่เลือกปฏิบัติให้รวมไปถึงหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเนื่องด้วยเหตุอันสมควร อันเป็นข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติ เรียกว่า “มาตรการหรือการกระทำในเชิงบวก” (มาตรา 30 วรรคสี่) และถือเป็นบทบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นใหม่ที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องส่งเสริมและสนับสนุนการใช้สิทธิและเสรีภาพ (Positive right)[57] อันสอดคล้องกับภารกิจของรัฐในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและทำให้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริง โดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและถือเป็นหลักประกันต่อบุคคลว่าจะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน[58] ส่วนในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ปรากฏแนวคิดนี้ ในมาตรา 27 วรรคสี่ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า *“มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครอง หรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือ ผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”* ยิ่งไปกว่านั้น ยังปรากฏการรับรองการกระทำในเชิงบวกที่อาจส่งผลต่อแดนกฎหมายเอกชนได้ด้วย อย่างเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (มาตรา 40) มาตรการหรือกลไกช่วยเหลือการประกอบเกษตรกรรม (มาตรา 73) การส่งเสริมให้ประชาชนมี

---

[57] คณะอนุกรรมาธิการบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญและการจัดทำจดหมายเหตุการณ์ยกร่างรัฐธรรมนูญ ในคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ, “ตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2563, จาก https://cdc-.parliament.go.th/draftconstitution/ewt_dl_link.php?nid=496.

[58] โปรดดู ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ..., สรุปผลการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 10 เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2558), จาก https://cdc.parliament.go.th/draft-constitution2/ewt_dl_link.php?nid=97&filename=index.

ความสามารถในการทำงาน การคุ้มครองผู้ใช้แรงงาน การจัดให้มีระบบแรงงานสัมพันธ์ (มาตรา 74) และการจัดที่อยู่อาศัยและการเสริมสร้างความเข้มแข็งให้ครอบครัว (มาตรา 71)

โดยหน้าที่ของรัฐเช่นว่านี้จะส่งผลกระทบต่อแดนกฎหมายชนก็ต่อเมื่อมีการตรากฎหมายกำหนดหน้าที่ให้เอกชนผู้เกี่ยวข้องต้องเข้ามามีส่วนร่วมด้วยอย่างชัดเจน ในฐานะเครื่องมือของรัฐ ดังปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ เกี่ยวกับหน้าที่ของนายจ้างในการจัดหาสวัสดิการในสถานประกอบกิจการ (มาตรา 95) พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ เกี่ยวกับหน้าที่ของนายจ้างในการกำหนดโควตาการจ้างแรงงานผู้พิการ (มาตรา 33) และการจัดให้มีอุปกรณ์สิ่งอำนวยความสะดวกหรือบริการในอาคาร สถานที่ การให้สถานประกอบกิจการ (มาตรา 37) และพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เกี่ยวกับหน้าที่ของเจ้าของอาคารในการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกในอาคารสำหรับผู้พิการหรือทุพพลภาพ และคนชรา เป็นต้น ถึงอย่างนั้นหน้าที่ตามกฎหมายของเอกชนนี้ก็หาได้ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายหรือสิทธิเรียกร้องใด ๆ แก่เอกชนผู้ได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติหน้าที่นั้นโดยตรง เมื่อมีการงดเว้นหน้าที่ดังกล่าว เว้นแต่การงดเว้นหน้าที่เช่นนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงแก่เอกชนใดโดยเฉพาะ ดังนั้น จึงถือได้ว่าระบบกฎหมายไทยได้ชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนผู้มีหน้าที่อย่างพอสมควรแก่เหตุ โดยมิได้ลดทอนการบังคับใช้เสรีภาพในการกระทำของเอกชนนั้นไปโดยสิ้นเชิง โดยการกำหนดให้หน้าที่ดังกล่าวเป็นเพียงการขอความร่วมมือมากกว่าการกำหนดให้เป็นหน้าที่อันก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่เอกชนผู้ที่อาจได้รับประโยชน์เท่านั้น เช่น การจ้างแรงงานผู้พิการเพื่อลดหย่อนภาษี ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ (มาตรา 34 และมาตรา 38) รวมถึงการให้ความร่วมมือขององค์กรเอกชนในการจัดให้คนพิการได้รับสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะ ตลอดจนสวัสดิการและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ และยานพาหนะ บริการขนส่ง หรือบริการสาธารณะอื่น ให้คนพิการสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้ เช่นเดียวกับการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกตามมาตรา 37 (มาตรา 20) ในทำนองเดียวกันกับกรณีหน้าที่ตามกฎหมายของนายจ้างในการจัดหาสวัสดิการต่าง ๆ ให้แก่ลูกจ้าง ซึ่งมิได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องใด ๆ แก่ลูกจ้างในการเรียกร้องต่อนายจ้างโดยตรงให้ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว โดยเพียงกำหนดให้นายจ้างมีความรับผิดในทางปกครองต่อรัฐเท่านั้น[59] ดังปรากฏตัวอย่างว่าด้วยโทษของนายจ้างที่มิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ เป็นต้น

---

[59] อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวกลับไม่มีความสอดคล้องกับการรับรองสิทธิของผู้พิการในพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ ซึ่งผู้พิการสามารถร้องขอได้โดยตรงให้

4.2.2.7 องค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาค

หน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลในแดนกฎหมายเอกชน โดยหลักจะอยู่ภายใต้การดูแลทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 246) และมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 26 ได้แก่ 1) ตรวจสอบและรายงานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนรวมไปถึงสิทธิในความเสมอภาค[60] และเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขปัญหา และการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายต่อภาครัฐหรือภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง 2) จัดทำรายงานผลประเมินสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชน 3) เสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ตลอดทั้งการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน 4) ชี้แจงและรายงานข้อเท็จจริงในรายงานสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชน และ 5) สร้างเสริมทุกภาคส่วนของสังคมให้ตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิมนุษยชน อีกทั้ง ยังมีผู้ตรวจการแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันกับคณะกรรมการสิทธิฯ โดยมีอำนาจหน้าที่หลักในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในแดนกฎหมายมหาชน

นอกจากนี้ โครงสร้างกฎหมายไทยที่มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานใดโดยเฉพาะมักจะปรากฏการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรตามกฎหมายนั้นไว้ด้วย เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดประสิทธิผลในทางปฏิบัติ ดังปรากฏองค์กรตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ หลาย

เอกชนที่เกี่ยวข้องจัดให้มีสนับสนุน อำนวยความสะดวก หรือปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อให้ผู้พิการสามารถใช้สิทธิได้ตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 20/1 (2)) และในกรณีที่เอกชนใดได้รับงบประมาณสนับสนุนจากรัฐ ผู้พิการก็สามารถร้องขอให้เอกชนนั้นชี้แจงรายละเอียดและอำนวยความสะดวกแก่ผู้พิการได้ เพื่อให้คนพิการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากข้อมูลข่าวสารหรือใช้สิทธิประโยชน์ของตน (มาตรา 20/1 (4)) อีกด้วย โปรดดู กานต์สินี ศิริ, “ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคในพรมแดนกฎหมายเอกชน,” ใน หนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการ (Proceedings) การประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 2 หัวข้อ จินตนาการใหม่ ภูมิทัศน์นิติศาสตร์ไทย, (เชียงใหม่ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2563), น.248-257.

[60] คำร้องที่ 426/2550 ในกรณีการผิดสัญญาจ้างและการปฏิเสธการจ้างงานอันเนื่องด้วยเหตุแห่งการเป็นหญิงข้ามเพศและการแต่งกายหรืออัตลักษณ์ข้ามเพศ และคำร้องเกี่ยวกับการเลิกจ้างด้วยเหตุแห่งการเป็นบุคคลเพศกำกวม โปรดดู โพสทูเดย์, “ร้องกก.สิทธิเจออ้างเพศที่ 3 ไล่ออกจากงาน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2564, จาก https://www.posttoday.com/social/general/132358.

คณะ ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการค่าจ้างซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมและกำกับดูแลในบริบทค่าจ้างของลูกจ้าง (มาตรา 79) คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมและกำกับดูแลในบริบทหน้าที่ของนายจ้างในการจัดหาสวัสดิการแรงงาน (มาตรา 93) พนักงานตรวจแรงงานซึ่งมีอำนาจหน้าที่รับพิจารณาและมีคำสั่งตามคำร้องของลูกจ้างในกรณีที่นายจ้างฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเกี่ยวกับสิทธิได้รับเงินตามกฎหมายฉบับนี้ (มาตรา 123 ประกอบมาตรา 139) หรือคณะกรรมการกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้างเพื่อจัดการกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้างในการสนับสนุนและให้การเยียวยาลูกจ้าง (มาตรา 129) และองค์กรตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ คือ คณะกรรมการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการเสนอนโยบาย แผนหลัก และโครงการเกี่ยวกับการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ การกำหนดระเบียบและวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการช่วยเหลือ ส่งเสริม สนับสนุน และพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ และการวินิจฉัยและมีคำสั่งเพิกถอนการกระทำหรือห้ามมิให้กระทำการที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ (มาตรา 6)

โดยเฉพาะองค์กรต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องขององค์กรที่ปรากฏอยู่ในช่วงเวลาก่อนหน้าและมุ่งคุ้มครองถึงหลักความเสมอภาคทางเพศโดยเฉพาะ เช่น การที่คณะกรรมการสิทธิฯ ไม่มีระบบการจำแนกประเภทคำร้องเรียนโดยเฉพาะสำหรับกรณีความหลากหลายทางเพศ รูปแบบการร้องเรียนที่ไม่มีความเป็นทางการ รวมถึงการขาดแคลนบุคลากรและทรัพยากรเพื่อการตรวจสอบปัญหา เป็นต้น รวมไปถึงการดำเนินงานขององค์กรต่าง ๆ ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าวที่หาได้มีรูปแบบหรือมาตรการที่มีผลบังคับในทางกฎหมายโดยตรงต่อองค์กรหรือบุคคล และปรากฏเพียงแต่การขอความร่วมมือจากองค์กรและบุคคลดังกล่าวเท่านั้น เช่น การออกข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรฐานแรงงานไทย ความผิดชอบทางสังคมของธุรกิจไทย (มรท. 800-2553) และแนวทางการปฏิบัติของกระทรวงแรงงานเกี่ยวกับการบริหารจัดการและการป้องกันเอดส์ พ.ศ. 2548 โดยกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน การออกประกาศกระทรวงแรงงานเรื่องแนวทางการป้องกันและบริหารจัดการด้านเอดส์และวัณโรคในสถานประกอบกิจการ พ.ศ. 2554 และการขอความร่วมมือของคณะกรรมการสิทธิฯ จากกระทรวงแรงงานให้แจ้งต่อหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชนว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีเพศวิถีหลากหลาย[61] เป็นต้น

ด้วยรูปแบบโครงสร้างอันประกอบไปด้วย 1) องค์กรที่มีอำนาจแบบกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial Function) คือ **คณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม**

---

[61] บุษกร สุริยสาร, อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : องค์การแรงงานระหว่างประเทศ, 2557), น.68.

ระหว่างเพศ (คณะกรรมการ วลพ.) โดยมีอำนาจหน้าที่สำคัญในการพิจารณาและวินิจฉัย การรับฟังแสวงหาและสอบสวนข้อเท็จจริง หรือไกล่เกลี่ยประนีประนอม เพื่อออกคำสั่งคุ้มครองและบรรเทาทุกข์ตามคำร้องว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (มาตรา 18 และมาตรา 20) การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคำร้อง (มาตรา 19) และการยื่นเรื่องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยถึงความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (มาตรา 21) และ 2) องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการสนับสนุนและส่งเสริมความเสมอภาค ได้แก่ **คณะกรรมการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ** (คณะกรรมการ สทพ.) ซึ่งมีหน้าที่ในเชิงนโยบายเกี่ยวกับการคุ้มครองหลักความเสมอภาค (มาตรา 10) **คณะกรรมการบริหารกองทุนส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ** เพื่อดูแลกองทุนฯ ซึ่งมีไว้เพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศโดยเฉพาะการจ่ายเงินชดเชยและเยียวยาแก่ผู้เสียหาย (มาตรา 33) และ**กรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว** ซึ่งเป็นหน่วยประสานงานระหว่างองค์กรตามกฎหมายฉบับนี้ (มาตรา 16) นอกจากนี้ ยังมีพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ในฐานะหน่วยงานย่อยที่สุดเพื่อดำเนินกิจการต่าง ๆ ภายในองค์กร ตามระเบียบกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการยื่นคำร้อง การพิจารณาและการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ พ.ศ. 2559

4.2.2.8 ผลแห่งการละเมิดหลักความเสมอภาค

ระบบกฎหมายไทยได้วางโครงสร้างแห่งหลักประกันสิทธิในความเสมอภาคที่ถูกละเมิดโดยเอกชนด้วยกันเอง ดังต่อไปนี้

1) การดำเนินการภายนอกศาล ได้แก่ 1) การยื่นคำร้องและดำเนินการแก้ไขภายในองค์กรเอกชน เมื่อปรากฏการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการภายในองค์กรนั้น (พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ มาตรา 20/1 (3) และ (5)) 2) การวินิจฉัยและมีคำสั่งด้วยวิธีการไต่สวนเกี่ยวกับคำร้องว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศโดยคณะกรรมการ วลพ. (พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มาตรา 18 วรรคแรก และมาตรา 20) รวมไปถึงการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัย (มาตรา 19) และการเรียกให้มีการชดเชยและเยียวยาผู้เสียหาย (มาตรา 20 (2)) ทั้งนี้ ยังปรากฏและการลงโทษทางอาญาต่อผู้ที่มิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการ วลพ. ที่ให้องค์กรเอกชนหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ ด้วยวิธีใดที่เห็นเหมาะสม เพื่อระงับและป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (มาตรา 34) และการอำนวยความสะดวกในการไกล่เกลี่ยนอกศาล (ระเบียบคณะกรรมการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศว่าด้วยการกำกับดูแลและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ พ.ศ. 2560 ข้อ 7) 3) การ

วินิจฉัยคำร้องว่าด้วยสิทธิได้รับเงินของลูกจ้างโดยพนักงานตรวจแรงงานแห่งท้องที่ (พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 123) และการลงโทษทางอาญาต่อนายจ้างที่มิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน (มาตรา 124/1) 4) การออกคำสั่งให้เจ้าของเรือหรือคนประจำเรือปฏิบัติตามกฎหมายโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ (พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเลฯ (มาตรา 93 (3)) และ 5) การวินิจฉัยและมีคำสั่งเพิกถอนการกระทำหรือห้ามมิให้กระทำการที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการโดยคณะกรรมการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติ (พ.รบ. ส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติฯ (มาตรา 6 (5)) ซึ่งอาจเป็นคำร้องขององค์กรด้านคนพิการที่เกี่ยวข้องก็ได้ (มาตรา 17) และการไกล่เกลี่ยนอกศาล ในกรณีที่มีการอ้างว่ามีกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ (มาตรา 16 วรรคท้าย) เป็นต้น

2) การดำเนินการภายในศาล ภายใต้การรับรองสิทธิทางศาลโดยเฉพาะตามกฎหมายต่าง ๆ นอกจากการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาคดีสามัญ ยังมีการรับรองถึงกรณี 1) การฟ้องคดีแทนผู้เสียหายโดยองค์กรที่เกี่ยวข้อง (พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มาตรา 18 วรรคสาม และพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ มาตรา 17) 2) การดำเนินการฟ้องคดีหรือแก้ต่างคดีแรงงานให้แก่ลูกจ้างหรือทายาทโดยธรรมของลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตายจนกว่าคดีจะถึงที่สุด ในการเรียกร้องหรือการได้มาซึ่งสิทธิหรือประโยชน์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้ง (พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 8) 3) การโต้แย้งคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานตามมาตรา 124 ต่อศาล โดยนายจ้าง ลูกจ้าง หรือทายาทโดยธรรมของลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตาย (พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 125) และ 4) การระงับการดำเนินคดีอาญาต่อนายจ้าง เมื่อนายจ้างได้นำคดีไปสู่ศาลภายในระยะเวลาที่กำหนดและได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลแล้ว (พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 125/1) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาคดีความที่มีประเด็นพิพาทว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม กลับไปปรากฏรูปแบบหรือหลักเกณฑ์ประการใดโดยเฉพาะเกี่ยวกับพิจารณาคดีความดังกล่าวไว้ ไม่ว่าจะเป็นหลักภาระการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการฝ่าฝืนข้อห้ามการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลไว้ในหรือบทคุ้มครองความเป็นก็ตาม

ส่วนผลในทางกฎหมายของการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ปรากฏชัดแจ้งในกฎหมายใด แม้กระทั่งกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาค (ทางเพศ) โดยเฉพาะที่นับว่าประกอบไปด้วยหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมากที่สุดในระบบกฎหมายอย่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ นอกจากผลของการกระทำพิพาทที่เป็นการทำข้อตกลงในสัญญาตามกฎหมายเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ตามมาตรา 4 ถึงมาตรา 11 โดยเฉพาะมาตรา 5 วรรคสอง ในทำนองเดียวกันกับมาตรา 14/1 ในพระราชบัญญัติ

คุ้มครองแรงงานฯ ซึ่งเป็นบทบัญญัติโดยเฉพาะเกี่ยวกับสัญญาจ้างระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน ระเบียบ หรือคำสั่งของนายจ้างที่ทำให้นายจ้างได้เปรียบลูกจ้างเกินสมควร[62] โดยทั้งสองกฎหมายนั้นให้มีผลใช้บังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จึงปรากฏบรรทัดฐานที่ศาลเคยตัดสินไว้ โดยการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ในการพิจารณาคดีเพื่อกำหนดผลของการกระทำพิพาท ซึ่งเมื่อการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ขัดต่อหลักความเสมอภาคจึงย่อมเท่ากับเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายเฉพาะในกรณีที่ปรากฏเป็นข้อห้ามชัดเจนในกฎหมาย ดังปรากฏข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มาตรา 17 วรรคแรก หรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี และมีผลตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150[63] อันแสดงให้เห็นถึงการลดทอนผลบังคับของเสรีภาพในการกระทำของเอกชนผู้ถูกกล่าวหาลงอย่างสิ้นเชิง

อนึ่ง เมื่อปรากฏความเสียหายจากการกระทำอันขัดต่อหลักความเสมอภาค ระบบกฎหมายไทยก็ยังคงรับรองสิทธิทั่วไปของผู้เสียหายไว้โดยเฉพาะสิทธิในการฟ้องเรียกให้มีการเยียวยาและชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งต่อศาลที่มีเขตอำนาจ[64] ด้วยฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ยังให้อำนาจศาลกำหนดค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินให้แก่ผู้เสียหาย และหากการนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลอาจกำหนดไปถึงค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้แก่ผู้เสียหายได้ไม่เกินสี่เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงอีกด้วยก็ได้ (มาตรา 18 วรรคสอง) ในทำนองเดียวกันกับสิทธิของผู้เสียหายตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ (มาตรา 16 วรรคสอง) ทั้งนี้ หากคณะกรรมการ วลพ. มีคำวินิจฉัยว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเกิดขึ้นจริง คณะกรรมการ วลพ. ยังสามารถออกคำสั่งกำหนดให้มีการชดเชยและเยียวยาค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ในระหว่างที่ไม่สามารถประกอบการงานได้ตามปกติ ค่าสูญเสียโอกาสที่เป็นค่าเสียหายในเชิงพาณิชย์ซึ่งสามารถคำนวณเป็นเงินได้ ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องในการรักษาพยาบาล ทั้งค่าฟื้นฟู

---

[62] คำพิพากษาศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษที่ 1175-1269/2560

[63] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18797/2557 ที่ 3318/2545 และหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7400/2551

[64] ดังปรากฏในคดีดำหมายเลข 6097/2550 ในศาลแรงงาน ถึงกรณีการไม่ได้รับเลือกให้เข้าทำสัญญาจ้างแรงงานอันเนื่องด้วยเหตุแห่งการแต่งกายข้ามเพศ แม้ว่าจะผ่านการคัดเลือกในเบื้องต้นมาแล้วก็ตาม โดยผู้เสียหายฟ้องให้มีการว่าจ้างหรือใช้ค่าชดเชยผิดสัญญา อย่างไรก็ตาม คดีนี้ได้ยุติด้วยการไกล่เกลี่ย โดยบริษัทยอมชดใช้ค่าชดเชยและผู้เสียหายถอนคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิฯ

สมรรถภาพทางร่างกายและจิตใจ รวมถึงการชดเชยและเยียวยาในรูปแบบหรือลักษณะอื่นได้อีกด้วย (มาตรา 24 ประกอบมาตรา 20 (2) และมาตรา 26) โดยไม่ตัดสิทธิผู้เสียหายในอันที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดต่อศาลที่มีเขตอำนาจ (มาตรา 27) ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ละเมิดต่อสิทธิในความเสมอภาคของผู้อื่นยังอาจจะต้องรับผิดตามกฎหมายอื่น ๆ เช่น การงดเว้นการปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการวลพ. (พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มาตรา 34) การกระทำที่มีบทลงโทษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ เช่น ผู้ประกอบกิจการที่เลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง (มาตรา 144/1) นายจ้าง หัวหน้าที่ ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานที่กระทำการล่วงเกินคุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง (มาตรา 147) และนายจ้างที่จ้างเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีเป็นลูกจ้าง (มาตรา 148) เป็นต้น และการกระทำที่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น ความผิดฐานคุกคามหรือคุกคามทางเพศผู้อื่น (มาตรา 309 มาตรา 392 หรือมาตรา 397) ความผิดฐานสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (มาตรา 116 หรือมาตรา 326) หรือตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ในฐานเข้าทำสัญญาและการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในการค้ามนุษย์ (มาตรา 6 และมาตรา 6/1) เป็นต้น

4.3 หลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชน

ดัชนีชี้วัดประเทศที่อันตรายต่อผู้มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTQ+ Danger Index)[65] จาก 150 ประเทศทั่วโลกที่มีนักท่องเที่ยวเดินทางไปมากที่สุดในปี ค.ศ. 2019 โดยเว็บไซต์เกี่ยวกับการท่องเที่ยวที่ได้รับการนำเสนอผ่านสื่อหลากหลายแขนง ได้จัดอันดับให้ประเทศไทยอยู่ในเกรด D+ (เกรด F คือ ความอันตรายลำดับสูงสุด) หรือลำดับที่ 82 ของประเทศที่อันตรายต่อผู้มีความหลากหลายทางเพศมากที่สุด ในขณะประเทศแถบยุโรป เช่น สวีเดน นอร์เวย์ เบลเยี่ยม (A) ฝรั่งเศส (A-) และเยอรมัน (B) มีความอันตรายน้อยที่สุด ตามลำดับ โดยเป็นการรวบรวมข้อมูลทั้งหมด 8 ลักษณะการคุ้มครองผู้มีความหลากหลายทางเพศ ได้แก่ การสมรสระหว่างเพศเดียวกัน การคุ้มครองแรงงาน การขจัดการเลือกปฏิบัติ ความรุนแรงด้านอาชญากรรม การรับบุตรบุญธรรม ความเหมาะแก่การอยู่อาศัย ความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันที่ผิดกฎหมาย และกฎหมาย ซึ่งดัชนีดังกล่าวระบุว่าประเทศไทยยังคงขาดแคลนทุกประการ อย่างไรก็ตาม รายงานผลดังกล่าวนับว่าไม่ถูกต้องตรงความ

[65] Asher and Lyric Fergusson, “The Worst (& Safest) Countries for LGBTQ+ Travel,” Retrieved on June 6, 2020, from https://www.asherfergusson.com/lgbtq-travel-safety/.

เป็นจริงในระบบกฎหมายไทยแล้ว เพราะปัจจุบันปรากฏการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายครอบคลุมกรณีต่าง ๆ ข้างต้นหลายประการ

หลักความเสมอภาคทางเพศปรากฏตัวครั้งแรกในระบบกฎหมายไทย เมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญไทยฉบับแรก ในเรื่องความเสมอภาคของราษฎรทุกเพศในการเลือกตั้งผู้แทน (มาตรา 14) และการมีส่วนรวมทางการเมืองโดยการเข้ารับเลือกเป็นผู้แทนโดยปราศจากข้อจำกัดในเรื่องเพศ (มาตรา 11)[66] ส่วนหลักความเสมอภาคทางเพศโดยเฉพาะแต่หญิงและชายนั้นมีการบัญญัติไว้อย่างจริงจังในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 (มาตรา 28 วรรคสอง)[67] และได้คงอยู่เรื่องมาจนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน[68] ยิ่งไปกว่านั้น กว่าที่หลักการไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศจะมีบรรทัดฐานในทางกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรก็ใช้เวลาอยู่เนิ่นนานจนเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งให้การคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศ (มาตรา 30 วรรคสามและวรรคสี่) ด้วยการสถาปนาความสำคัญในระดับเดียวกันกับหลักความเสมอภาคในแหล่งกำเนิดและศาสนาของประชาชนชาวไทยดังปรากฏการรับรองไว้ในหมวด 1 บททั่วไป (มาตรา 5)[69] อย่างไรก็ตาม กลับไม่ปรากฏความชัดเจนในขอบเขตแห่งความเป็นเพศที่ได้รับการคุ้มครองไว้เท่าใดนัก อีกทั้ง การเลือกใช้ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญเองก็ยังจำกัดอยู่เพียงแต่ความเป็นเพศชายและหญิงเท่านั้น จึงแสดงให้เห็นถึงแนวคิดเกี่ยวกับเพศที่จำกัดไว้แต่เฉพาะเพศกำเนิดซึ่งนับว่าไม่ทันต่อแนวคิดที่ปรากฏในสมัยปัจจุบัน

ข้อถกเถียงและการอธิบายถึงการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศเกิดขึ้นอย่างจริงจังในขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ดังปรากฏในรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22-23/2550 และที่ 37-38/2550 ซึ่งได้ข้อสรุปว่านอกจากการคุ้มครองเพศตาม

---

[66] อนึ่ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นเพศหญิงกลับได้รับการเลือกตั้งให้เป็นผู้แทนครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2492 โปรดดู สำนักงานสถิติแห่งชาติ สำนักงานนายกรัฐมนตรี, “สถิติหญิงและชาย (Gender statistics),” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2563, จาก http://web.nso.go.th/gender/decision.htm.

[67] โดยมีการกำหนดช่วงเวลาผ่อนปรนการบังคับใช้หลักการ (มาตรา 236) เพื่อให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ โดยมิให้กฎหมายดังกล่าวมีผลเป็นการโมฆะในทันทีที่รัฐธรรมนูญบังคับใช้เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

[68] แม้ปรากฏช่องว่างแห่งช่วงเวลาที่หลักการดังกล่าวไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญบางฉบับ อย่างเช่นในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2521

[69] มีข้อสังเกตว่า ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไม่ปรากฏหลักการเช่นว่านี้

อันเป็นหมายถึงเพศกำเนิด ยังต้องหมายความถึง “ความหลากหลายทางเพศ” ด้วย[70] แม้จะมีการอภิปรายประเด็นการบัญญัติถึงถ้อยคำดังกล่าวให้รวมไปถึงคำว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ” ด้วยก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่าในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้บัญญัติให้ทั้งสองกรณีนี้เป็นหนึ่งในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ก็ไม่อาจแปลความได้ว่าเมื่อไม่ระบุก็ย่อมไม่ได้รับการคุ้มครอง เพราะสุดท้ายแล้วการตีความและบังคับใช้กฎหมายใด ๆ ก็ไม่อาจพิจารณาได้จากเฉพาะตามตัวอักษรในบทกฎหมายเท่านั้น หากแต่ยังต้องย้อนกลับไปพิจารณาถึงข้อเท็จจริงแวดล้อมที่สามารถแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย รวมถึงบรรทัดฐานต่าง ๆ ที่ปรากฏในระบบกฎหมายหรือสังคมและอาจนำมาใช้ประกอบการตีความการคุ้มครอง เช่น กรณีที่กฎหมายรับรองสิทธิในการขอเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อ โดยเฉพาะสำหรับบุคคลที่มีเพศกำกวมที่ได้ผ่านขั้นตอนทางการเพศเพื่อคงสภาพเพียงเพศหนึ่งเพศใดแล้วเท่านั้น[71] เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ประกอบกับผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) เป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (SDGs)[72] และหลักการยอกยาการ์ตา ค.ศ. 2006 ผลผูกพันของหลักความเสมอภาคในการใช้อำนาจรัฐโดยเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติ การรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศตามรัฐธรรมนูญฯ ปัจจุบัน (มาตรา 27 วรรคสอง) และข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศ (มาตรา 27 วรรคสาม) และกลไกในทางกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายขณะนั้นไม่สามารถ

---

[70] โดยมีข้อกำหนดคณะกรรมการส่งเสริมการจัดการสวัสดิการสังคมแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดบุคคลหรือกลุ่มเป้าหมายเป็นผู้รับสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2555 เป็นข้อกำหนดแรกของประเทศไทยที่ได้รับรองถึงผู้มีความหลากหลายทางเพศอย่างเป็นทางการว่าเป็นอีกกลุ่มประชากรหนึ่งในทางกฎหมาย โปรดดู บุษกร สุริยสาร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 61,* น.29-30.

[71] หนังสือสำนักทะเบียนกลางที่ มท.0322/ว50 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2535 เรื่อง การแก้ไขเพศในเอกสารการทะเบียนราษฎร

[72] เป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนประกอบด้วย 17 เป้าหมาย 169 เป้าประสงค์ ซึ่งรวมถึงเป้าหมายที่ 5 ว่าด้วยการบรรลุความเท่าเทียมระหว่างเพศและเสริมสร้างความเข้มแข็งให้แก่สตรีและเด็กหญิง โปรดดู จิตราภรณ์ วนัสพงศ์ และ ปิยะวรรณ แก้วศรี, <u>รายงานการศึกษา การทบทวนความก้าวหน้าของการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558</u>, (กรุงเทพมหานคร : โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2563), น.28.

คุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นระบบ หรือเหมาะสมโดยเฉพาะ[73] จึงส่งผลให้มีการตราและบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคทางเพศที่มีผลบังคับใช้โดยตรงในทุกแดนกฎหมาย นั่นคือ “พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558” เพื่อคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศของบุคคล “ทุกคน” ด้วยการบัญญัติรับรองหลักการต่าง ๆ ที่สำคัญและสอดคล้องกับมาตรฐานสากลไว้อย่างครบถ้วนที่สุดเท่าที่เคยมีมาในระบบกฎหมายไทย ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองความเป็นเพศโดยไม่จำกัดเฉพาะแต่เพศหญิงและชาย การเป็นกฎหมายทางเลือก การรับรองสิทธิโดยเฉพาะของผู้เสียหาย การดำเนินกระบวนการโดยเฉพาะในทางกฎหมายทั้งภายในและภายนอกศาล และการจัดตั้งหน่วยงานอิสระที่เป็นกลาง

โดยกฎหมายฉบับนี้เป็นผลแห่งความพยายามในการเสนอร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... โดยกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่งคงของมนุษย์ (พม.) ดังปรากฏเหตุผลตามหนังสือที่ พม 0403 (ลงวันที่1 พฤศจิกายน 2550) ต่อเลขาธิการคณะรัฐมนตรีว่า *“ด้วยปัญหาการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคคล รวมทั้งสตรี เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อการพัฒนาในด้านต่าง ๆ ทั้งในสังคมไทยและสังคมโลก ขณะเดียวกันประเทศต่าง ๆ ได้มีความพยายามที่จะผลักดันให้มีการแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติ ซึ่งในบางประเทศก็สามารถผลักดันกฎหมายที่ห้ามการเลือกปฏิบัติโดยสาเหตุเกี่ยวกับเพศเป็นการเฉาพะได้ แต่ประเทศยังไม่มีกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 ได้กำหนดให้บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ดังนั้น กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ในฐานะหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิสตรีและการส่งเสริมความเสมอภาคหญิงชาย จึงได้มีการศึกษาและยกร่างส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... ขึ้น วัตุประสงค์เพื่อเป็นกฎหมายเฉพาะด้านที่ส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมกันเพื่อสร้างความเป็นธรรมในสังคมและคุ้มครองผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิอันเนื่องมาจากเหตุแห่งเพศและเพื่อให้เป็นกฎหมายที่รอบรับการดำเนินการตามอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบของสหประชาชาติ”* ซึ่งร่างกฎหมายฉบับนี้ได้รับการวิจารณ์ในหลากหลายประเด็น[74]

---

[73] โปรดดู อารยา สุขสม, “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.534.

[74] โปรดดู iLaw, “เครือข่ายผู้หญิงชี้ ก.ม. เท่าเทียมระหว่างเพศฉบับของรัฐมีช่องโหว่,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2564, จาก http://www.ilaw.or.th/node/703. และ iLaw, “เครือข่ายผู้หญิงฯ ดัน ก.ม. เสมอภาคระหว่างเพศ ปธ.กสม. ร่วมจวกร่างรัฐบาล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2564, จาก http://ilaw.or.th/node/863.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดข้อยกเว้นหลักความเสมอภาคทางเพศซึ่งมีขอบเขตที่กว้างขวางและง่ายต่อการก่อให้เกิดการตีความได้ตามอำเภอใจ[75] ซึ่งส่งผลให้ภาคประชาชนนำเสนอร่างส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ พ.ศ. .... เพื่อให้มีการพิจารณาร่วมกันแบบคู่ขนานและขจัดจุดอ่อนของร่างกฎหมายดังกล่าว[76]

อย่างไรก็ตาม ดังปรากฏผลสุดท้ายของการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งได้นำเอาโครงสร้างต้นแบบมาจากประเทศเนเธอร์แลนด์ ตามพระราชบัญญัติการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ค.ศ. 1994 (The Equal Treatment Act) ซึ่งเป็นหลักการว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งศาสนา ความเชื่อ ความเห็นทางการเมือง เชื้อชาติ รสนิยมทางเพศหรือสถานะทางพลเมือง และการก่อตั้งคณะกรรมการการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ประเทศสวีเดน ในพระราชบัญญัติว่าด้วยโอกาสที่เท่าเทียมกัน ค.ศ. 1991 (The Equal Opportunities Act) ซึ่งเป็นหลักการว่าด้วยความเท่าเทียมในการทำงานระหว่างเพศชายและหญิง และพระราชบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ ค.ศ. 2003 (The Prohibition of Discrimination Act) อันเป็นหลักการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเรื่องเพศโดยเฉพาะ และประเทศอังกฤษ ในพระราชบัญญัติการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเพศ ค.ศ. 1975 (The Sex Discrimination Act) และพระราชบัญญัติส่งเสริมความเท่าเทียมกัน ค.ศ. 1995 (The Disability Discrimination Act) ซึ่งมุ่งคุ้มครองผู้ทุพพลภาพทางร่างกายและสมองนั้น ก็ยังคงเป็นกฎหมายที่ได้พัฒนาหลักการมาจากร่างพระราชบัญญัติฯ ของกระทรวง พม. แต่เพียงอย่างเดียวและการปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องบางประการในบางประเด็นเท่านั้น

ยิ่งไปกว่านั้น ยังปรากฏการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศในมิติความสัมพันธ์หนึ่ง ๆ ภายในแดนกฎหมายเอกชนด้วย โดยเฉพาะในมิติการจ้างแรงงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ ซึ่งได้บัญญัติถึงหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมของนายจ้างระหว่างลูกจ้างเพศหญิงและชาย (มาตรา 15) หลักการคุ้มครองมิให้มีการล่วงเกิน

---

[75] โปรดดู คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “จดหมายเปิดผนึกเกี่ยวกับข้อแนะนำสำหรับข้อยกเว้นในมาตรา 3 ของส่งเสริม โอกาส และความเสมอภาคทางเพศ พ.ศ. ... ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2564, จาก http://www.nhrc.or.th/2012/wb/en/news_detail.php?nid-=723&parent_ id=1&type=highlight. และวรลักษณ์ ศรีใย, “จี้เดินหน้ากฎหมายเสมอภาคระหว่างเพศ จวกรัฐ หมกเม็ด-กฎษฎีกาเติมท้ายนิยาม แนะมี 7 ข้อหลัก-เปิดที่ยืนกลุ่ม หลาก เพศ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2564, จาก http://www.tcijthai. com/TCIJ/view.php?ids=1016.

[76] โปรดดู iLaw, “ขอเชิญร่วมลงชื่อเสนอกฎหมายส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2564, จาก https://ilaw.or.th/node/1661.

คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง (มาตรา 16)[77] หลักการคุ้มครองแรงงานหญิง (มาตรา 38 ถึงมาตรา 43) หลักค่าจ้างที่เท่าเทียมระหว่างลูกจ้างเพศหญิงและชาย (มาตรา 53) และหลักการว่าด้วยวันลาเกี่ยวกับเพศของลูกจ้าง (มาตรา 33 ประกอบมาตรา 57 วรรคสอง มาตรา 35 ประกอบมาตรา 58 และมาตรา 41 ประกอบมาตรา 59) โดยเฉพาะเมื่อมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2562 เพื่อรับรองการคุ้มครองแก่ลูกจ้างตามมาตรฐานสากลด้านการคุ้มครองแรงงานมากขึ้น ได้แก่ การเพิ่มสิทธิการลา การให้ลูกจ้างหญิงมีครรภ์สามารถลาเพื่อตรวจครรภ์ก่อนคลอดบุตรได้ และการให้นายจ้างกำหนดค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา และค่าทำงานวันหยุดในอัตราเท่ากันทั้งลูกจ้างชายและหญิงในงานที่เท่าเทียมกัน

โดยหลักการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชนในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ได้แก่ การป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อบุคคลอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศ โดยกำหนดเป็นข้อห้ามมิให้เอกชนผู้ใดกำหนดนโยบาย กฎระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติในลักษณะที่เป็นการกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมโดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด (มาตรา 17 วรรคแรก ประกอบมาตรา 3) ซึ่งแม้จะมิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง แต่ก็สามารถพิจารณาได้จากเจตนารมณ์ของการคุ้มครองในรัฐธรรมนูญ (โดยเฉพาะในฉบับ พ.ศ. 2550) ประกอบความผูกพันในกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นรัฐภาคี ว่ากฎหมายได้คุ้มครองเหตุแห่งเพศในกฎหมายฉบับนี้ นอกจากจะหมายความถึงเพศสรีระหรือเพศกำเนิดตามลักษณะทางชีวภาพแห่งความเป็นชายและหญิงแล้ว ยังรวมไปถึงเพศสภาพหรือเพศภาวะที่

---

[77] ในกรณีเช่นนี้อาจจะเป็นการกระทำต่อร่างกายโดยตรงหรือเป็นการกระทำที่มีผลต่อจิตใจก็ได้ โปรดดู กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, “คำชี้แจงคุ่มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2563, จาก https://www.labour.go.th/th/doc/law/explanation-_labour_-protection_2551_release_2.pdf. อย่างไรก็ตาม ไม่รวมถึงกรณีการกระทำโดยลูกจ้างด้วยกันเองหรือบุคคลภายนอกอย่างเช่นลูกค้าหรือผู้ร่วมธุรกิจที่มิได้มีฐานะเป็นนายจ้าง แม้ว่าการกระทำดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าสืบเนื่องจากความรับผิดชอบของนายจ้างที่ละเลยปล่อยให้เกิดสภาวะการทำงานอันเป็นการคุกคามเช่นนี้ก็ตาม โปรดดู คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45,* น.413.

มีหมายความกว้างกว่าเพศสรีระหรือเพศกำเนิดด้วย[78] ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเหตุแห่งเพศในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ โดยเฉพาะมาตรา 15 ที่มุ่งคุ้มครองถึงเพศกำเนิดของลูกจ้างเท่านั้น[79] ในขณะที่การกระทำความผิดทางอาญาว่าด้วยเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศได้มีการปรับปรุงแก้ไขให้ขยายขอบเขตบุคคลที่สามารถกระทำความผิดฐานข่มขืนหรือกระทำชำเราโดยไม่จำกัดเพศของผู้กระทำแล้วในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม กลับไม่ปรากฏการคุ้มครองไปถึงการกระทำอื่นที่กฎหมายกำหนดให้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย อย่างการคุกคามหรือการคุกคามทางเพศไว้ชัดแจ้ง[80] ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงต้องอาศัยกฎหมายฉบับเพื่อยังให้ได้รับการคุ้มครองต่อไป

เมื่อไม่ปรากฏขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้องในการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ จึงถือได้ว่าผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายไทยเป็นไปโดยครอบคลุม

---

[78] โปรดดู รัชดา ไชยคุปต์, “รู้จักและเข้าใจความเสมอภาคทางเพศ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 7 มิถุนายน 2563, จาก https://www.chula.ac.th/cuinside/23302/. และอารยา สุขสม, คู่มือการปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศ ตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558, (กรุงเทพมหานคร : โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติประจำประเทศไทย, 2562), น.23-24.

[79] แม้ปรากฏกฎกระทรวงแรงงานเรื่องมาตรฐานแรงงานไทย ความรับผิดชอบทางสังคมของธุรกิจไทย (มรท.8001-2546) ซึ่งสนับสนุนให้สถานประกอบกิจการ (เอกชน) ทุกขนาด นำไปปฏิบัติต่อแรงงานของสถานประกอบกิจการด้วยความสมัครใจ โดย 1) การไม่กระทำหรือสนับสนุนให้มีการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน การจ่ายค่าจ้างและค่าตอบแทนการทำงาน การให้สวัสดิการ โอกาสได้รับการฝึกฝนอบรมและพัฒนาการพิจารณาเลื่อนขั้นหรือตำแหน่งหน้าที่ การเลิกจ้างหรือเกษียณอายุการทำงาน และอื่น ๆ อันเนื่องมากจาก*เหตุเพราะความแตกต่างในเรื่องเพศ* สถานภาพสมรส หรือ*ทัศนคติส่วนตัวเรื่องเพศ* 2) การไม่ขัดขวาง แทรกแซง หรือกระทำการใด ๆ ที่จะเป็นผลกระทบต่อการใช้สิทธิของลูกจ้างที่ไม่มีผลเสียหายต่อกิจการ ในการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวกับ*เพศ*หรือการแสดงออกตามทัศนคติส่วยบุคคลอื่น ๆ และ 3) การมีมาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหา เพื่อมิให้ลูกจ้างถูกล่วงเกินคุกคาม หรือได้รับ*ความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ* โดยการแสดงออกด้วยคำพูด ท่าทาง การสัมผัสทางร่างกาย หรือด้วยวิธีการอื่นใด อนึ่ง มาตรฐานดังกล่าวนี้หาได้มีผลบังคับในทางกฎหมายแต่อย่างใด

[80] แตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศฯ ที่ได้บัญญัติถึงการคุ้มครอง “ความรุนแรงเนื่องจากเพศหรือเพศภาวะ” (มาตรา 9 ประกอบมาตรา 4) ซึ่งครอบคลุมไปถึงกรณี “น่าจะก่อให้เกิดอันตราย...” ที่ยังไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายในทางแพ่งได้ อันถือเป็นช่องว่างทางกฎหมายของกฎหมายฉบับนี้ โปรดดู อารยา สุขสม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น.15.

ทุกเนื้อหาความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน อย่างไรก็ตาม สำหรับความสัมพันธ์ที่มีลักษณะและรูปแบบโดยเฉพาะ อาจมีความจำเป็นในการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศด้วยหลักการเฉพาะในส่วนเนื้อหาสำคัญของความสัมพันธ์โดยเฉพาะนั้นด้วย ดังปรากฏการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน ในบางเนื้อหาแห่งความสัมพันธ์ในมิติการจ้างแรงงานโดยเฉพาะในหลายกรณี ยกตัวอย่างเช่น 1) การกำหนดค่าแรงที่เท่าเทียมเมื่อได้ทำงานอันมีลักษณะคุณภาพ และปริมาณเท่ากัน หรืองานที่มีค่าเท่าเทียมกันในอัตราเท่ากัน (มาตรา 53) 2) การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในการทำงาน (มาตรา 15) ซึ่งจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อปรากฏนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้นแล้วตามกฎหมาย ดังนั้น กรณีที่มีการปฏิบัติโดยเลือกปฏิบัติในช่วงเวลาก่อนมีนิติสัมพันธ์และหลังสิ้นสุดนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ เท่านั้น และ 3) การตั้งครรภ์ ความเป็นมารดา และการลางานเพื่อสมดุลระหว่างชีวิตการทำงานกับชีวิตส่วนตัวของแรงงาน ได้แก่ การกำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับข้อห้ามมิให้หญิงมีครรภ์ประกอบอาชีพเกี่ยวกับงานที่มีความอันตรายต่อครรภ์และสุขภาพของหญิง (มาตรา 39) เช่น งานเกี่ยวกับเครื่องจักรหรือเครื่องยนต์ที่มีความสั่นสะเทือน งานขับเคลื่อนหรือติดไปกับยานพาหนะ หรืองานยก แบก หาม หาบ ทูน ลาก หรือเข็นของหนักเกินสิบห้ากิโลกรัม เป็นต้น ข้อห้ามในการทำงานกลางคืน (มาตรา 39/1) และข้อห้ามมิให้นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงเพราะเหตุมีครรภ์ (มาตรา 43) ทั้งยังให้สิทธิต่าง ๆ โดยไม่จำกัดประเภทของลูกจ้าง ได้แก่ การลาคลอดบุตรและได้รับค่าจ้างในช่วงเวลาดังกล่าว (มาตรา 41 และมาตรา 59) และการขอให้นายจ้างเปลี่ยนงานในหน้าที่เดิมเป็นการชั่วคราวก่อนหรือหลังคลอดได้ (มาตรา 42) ส่วนกรณีของลูกจ้างชายทุกคนย่อมมีสิทธิลาเพื่อทำหมันได้และมีสิทธิลาเนื่องจากการทำหมันได้ (มาตรา 33 และมาตรา 57) อนึ่ง อาจพิจารณาตัวอย่างความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนที่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคทางเพศได้จากร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศฯ ในมาตรา 14 ได้แก่ การประกอบกิจการ การเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร เทคโนโลยีสารสนเทศ ตลอดจนเข้าถึงแหล่งทุนหรือสินเชื่อด้านการพาณิชย์ การบริการ เกษตรกรรม และอุตสาหกรรม

นอกจากข้อยกเว้นหลักความเสมอภาคในกฎหมายเฉพาะ ดังเช่นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ เกี่ยวกับลักษณะหรือสภาพของงาน (มาตรา 15) และอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัยของลูกจ้าง (มาตรา 31 มาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 39/1) ยังมีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคที่ก่อให้เกิดการวิพากย์วิจารณ์

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ อย่างหนัก[81] นั่นคือ ข้อยกเว้นให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศได้ หากการนั้นเป็นไป 1) เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น 2) เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย 3) การปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือ 4) เพื่อความมั่นคงของประเทศ โดยไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (มาตรา 17 วรรคสอง) เพราะถือว่าเป็นบทบัญญัติที่เลือกใช้ถ้อยคำที่มีขอบเขตกว้างขวางและไม่ชัดเจนอย่างพอเพียงเพื่อให้บุคคลสามารถปฏิบัติตนได้ถูกต้องตามกฎหมาย อีกทั้ง เมื่อเป็นถ้อยคำลักษณะเปิดให้ผู้บังคับใช้กฎหมายใช้ดุลพินิจค่อนข้างกว้าง[82] ย่อมส่งผลให้ง่ายต่อการตีความอย่างอำเภอใจด้วย อนึ่ง ข้อยกเว้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงความคิดว่าด้วยการกระทำเชิงบวกในแดนกฎหมายเอกชนซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปัจจุบัน มาตรา 27 ประกอบมาตรา 71 วรรคสามและวรรคสี่ แม้ว่าในกฎหมายฉบับนี้จะไม่ปรากฏแนวทางโดยตรงที่จะส่งเสริมโอกาสให้เกิดความเสมอภาคขึ้นหรือไม่มีมาตรการป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตั้งแต่ต้น[83]

เมื่อใดที่มีการละเมิดหลักความเสมอภาคทางเพศเกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชน ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิใด ๆ ตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ โดยเฉพาะสิทธิของผู้เสียหายในการยื่นคำร้องด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือต่อคณะกรรมการ วลพ. (มาตรา 18) เพื่อพิจารณาวินิจฉัยและออกคำสั่งเกี่ยวกับการกระทำที่อาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ด้วยตัวเองหรือการมอบอำนาจให้ผู้อื่นกระทำแทน รวมไปถึงการให้องค์กรที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ยื่นคำร้องหรือฟ้องคดีแทนได้และอาจเป็นการยื่นคำร้องแบบกลุ่ม (Class action) โดยจะต้องเป็นเรื่องที่มิได้มีการฟ้องร้องหรือเป็นคดีอยู่ในศาลหรือที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว ซึ่งการยื่นคำร้องดังกล่าวจะไม่ตัดสิทธิผู้ร้องที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายฐานละเมิด ภายในอายุความโดยเฉพาะ 2 ปี นับแต่วันที่คณะกรรมการ วลพ. มีคำวินิจฉัยหรือนับแต่วันที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุด

---

[81] โปรดดู iLaw, “พระราชบัญญัติความเท่าเทียมฉบับ “ลักทั้งตื่น”, สืบค้นเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2563, จาก https://ilaw.or.th/node/3848. และ iLaw, “เครือข่ายผู้หญิงฯ ดันก.ม. เสมอภาคระหว่างเพศ ปธ.กสม.ร่วมจวกร่างรัฐบาล”,” สืบค้นเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2563, จาก https://ilaw.or.th/node/863.

[82] รัศมี ศรีมุงคุณ, “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558,” วารสารบัณฑิตวิทยาลัย, เล่มที่ 1, ปีที่ 5, น.530 (2559).

[83] iLaw, “ร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ ‘ขุดของเก่ามาเน่าใหม่’,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2563, จาก https://ilaw.or.th/node/3314.

แล้วแต่กรณี และในระหว่างพิจารณาคำร้องนั้นอาจมีการ 1) ถอนคำร้องเมื่อใดก็ได้ ภายในเวลาก่อนที่จะมีคำวินิจฉัยเสร็จเด็ดขาด 2) เข้าแทนที่คู่กรณีที่ถึงแก่ความตายในระหว่างพิจารณาวินิจฉัย และ 3) กำหนดมาตรการชั่วคราว เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายอันจำเป็นและเหมาะสมแก่กรณี ทั้งนี้ เมื่อปรากฏว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเกิดขึ้นจริง คณะกรรมการ วลพ. ก็มีอำนาจออกคำสั่งภายใต้ความชอบด้วยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539[84] ให้องค์กรเอกชน นายจ้าง เจ้าของสถานประกอบการ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องดำเนินการใด ๆ หรือให้แก้ไขหรือยกเลิกการกระทำใด ๆ เพื่อระงับ คุ้มครอง และป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าวได้ ทั้งมีคำวินิจฉัยใด ๆ ที่เห็นว่าเป็นการยุติธรรม เพื่อคุ้มครองและป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ โดยคำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมเป็นที่สุด แต่ไม่ตัดสิทธิคู่กรณีที่ไม่เห็นด้วยในการยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง ทั้งคำสั่งดังกล่าวยังผูกพันคู่กรณีและผู้ที่เกี่ยวข้องให้ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ มิเช่นนั้น ย่อมมีความรับผิดเป็นโทษปรับหรือจำคุกซึ่งเป็นโทษในทางอาญาตามที่กฎหมายนี้กำหนด ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายยังได้รับรองสิทธิของผู้เสียหายในการได้รับการชดเชยและเยียวยาความเสียหายดังกล่าวจากกองทุนส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศไว้อีกด้วย (มาตรา 24)

โดยในการกำหนดค่าเสียหายทางแพ่งโดยศาลภายใต้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ นั้น ศาลมีอำนาจในการกำหนดไปถึงค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินหรือค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศได้ และเมื่อการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ไม่เกิน 4 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง เพื่อให้ผู้กระทำผิดเข็ดหลาบและป้องกันมิให้ผู้อื่นกระทำผิดเช่นเดียวกันนี้ในอนาคตด้วย อย่างไรก็ตาม ในเรื่องผลแห่งการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ กฎหมายได้กำหนดไว้แต่เพียงว่าการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศตามมาตรา 17 จะกระทำมิได้ โดยมิได้กำหนดไปถึงผลแห่งการกระทำว่าจะยังคงมีผลต่อไปหรือตกเป็นโมฆะไว้อย่างชัดเจน

4.4 สรุป

จากที่ได้ศึกษาถึงการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไทย ภาพรวมของระบบกฎหมายได้แสดงให้เห็นถึงรูปแบบผลบังคับของหลักการตามทฤษฎีผลผูกพัน*โดยอ้อม*ของสิทธิขั้นพื้นฐานในแนวระนาบผ่านการใช้อำนาจรัฐ โดยเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติผ่านการตรากฎหมาย

---

[84] อารยา สุขสม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น.IV.

ต่าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์คุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนฝ่ายที่มีอำนาจในการต่อรองอ่อนแอกว่าในความสัมพันธ์ แม้วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะมีได้ปรากฏตัวอย่างชัดแจ้งก็ตาม ส่วนในกรณีผลบังคับของหลักการผ่านการใช้อำนาจตุลาการนั้นก็ยังคงเป็นที่คลุมเครือ เพราะไม่ปรากฏการให้คำอธิบายที่ชัดเจนถึงผลบังคับของหลักความเสมอภาค อันแสดงให้เห็นว่าผลผูกพันของหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทยมิได้รับความสำคัญในทางทฤษฎีเท่าใดนักและไม่มีความชัดเจนมาตั้งแต่ในแดนกฎหมายมหาชนแล้ว จนกระทั่งมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายไทยฉบับแรกที่มีวัตถุประสงค์หลักมุ่งคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคและแสดงให้เห็นถึงผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนได้อย่างเป็นรูปธรรมที่สุดที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย โดยผลจากการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกันระหว่างเอกชนซึ่งปรากฏในกฎหมายฉบับนี้นั้นมิได้เอนเอียงไปยังฝั่งสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในความสัมพันธ์เสียทีเดียว ด้วยเพราะปรากฏข้อยกเว้นแห่งผลบังคับของหลักความเสมอภาคทางเพศอย่างกว้างขวางซึ่งเป็นการเปิดช่องทางให้มีการปฏิบัติอย่างแตกต่างกันระหว่างเอกชนได้โดยชอบ แม้กฎหมายจะได้บัญญัติถึงหลักการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองมิให้มีการละเมิดต่อสิทธิในความเสมอภาคทางเพศไว้หลายประการ โดยมีผลบังคับครอบคลุมในทุกมิติความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ถึงกระนั้น จุดอ่อนหรือข้อบกพร่องในกฎหมายก็อาจทำให้หลักการดังกล่าวไม่สามารถเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มากกว่านั้นคืออาจไม่สามารถบังคับใช้ได้ในความเป็นจริงเลย

นอกจากนี้ ยังเห็นได้ว่าภาพรวมของระบบกฎหมายไทยนั้นมุ่งเน้นไปยังการให้ความสำคัญกับการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อบังคับใช้ในแต่ละประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้า และมุ่งประสงค์แก้ไขปัญหาเป็นรายกรณี ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ที่มีประสงค์คุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศหรือเหตุแห่งเพศเพียงประการเดียวเท่านั้น หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเพศ แต่มีผลการคุ้มครองจำกัดอยู่เพียงในมิติการจ้างแรงงานตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น มากกว่าการพยายามหรือให้ความสำคัญในการแก้ไขปัญหาโดยรวมซึ่งต้องรวมไปถึงปัญหาในรูปแบบใหม่ที่ยังไม่เคยเกิดขึ้นและสามารถเกิดขึ้นในอนาคต โดยไม่ปรากฏการวางโครงสร้างการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทั่วไปด้วยการตราและบังคับใช้กฎหมายทั่วไปในฐานะกฎหมายกลางหรือมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองหลักความเสมอภาคในทุก ๆ ด้านมิติความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน และคุ้มครองทุกเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งได้รับการคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ ยิ่งไปกว่านั้น การตรากฎหมายเฉพาะมากกมายหลายฉบับดังกล่าวยังอาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่สามารถชี้ชัดได้ว่าในข้อเท็จจริงหนึ่งจะต้องนำกฎหมายฉบับใดมาบังคับใช้ก่อนกันในฐานะที่เป็นกฎหมายเฉพาะทุกฉบับ

บทที่ 5
ปัญหาการบังคับใช้หลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชนในประเทศไทย : ศึกษากรณีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

5.1 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคทางเพศ

ความเสมอภาคไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริงด้วยกฎหมายเท่านั้น หากแต่ยังจะต้องได้รับการรับรองจากผู้คนในสังคมเป็นสำคัญ ดังเห็นได้จากกรณีผู้สมัครหญิงได้รับเลือกให้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สำหรับสังคมไทยต้องใช้เวลายาวนานกว่า 20 ปี นับแต่ได้รับรองหลักความเสมอภาคทางเพศในการลงสมัครเลือกตั้งเป็นผู้แทนไว้ในรัฐธรรมนูญ[1] ด้วยเหตุนี้ พึงต้องทำความเข้าใจไว้เสมอว่าปัญหาการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายที่สำคัญที่สุด นั่นคือ บรรทัดฐานของหลักความเสมอภาคในสังคม โดยมีบรรทัดฐานทางกฎหมายเป็นเพียงเครื่องมือส่งเสริมปัญหาต่าง ๆ ในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคทางเพศในระบบกฎหมายไทยนั้นเป็นผลมาจากโครงสร้างกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาค ซึ่งไม่สอดคล้องกับการวางโครงสร้างกฎหมายทั่วไป เพราะมิได้เริ่มต้นด้วยการปูมาตรฐานการคุ้มครองหลักความเสมอภาคด้วยกฎหมายทั่วไปว่าด้วยหลักความเสมอภาคทั่วไป แต่เป็นการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะว่าด้วยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอย่างเป็นเอกเทศ ซึ่งนอกจากปัญหาความทับซ้อนของการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะแล้ว ข้อจำกัดของขอบเขตเนื้อหาในกฎหมายเหล่านั้นยังส่งผลให้ระบบกฎหมายไทยไม่สามารถรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนได้อย่างครบถ้วนทุกกรณี

5.1.1 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศในมิติความสัมพันธ์โดยเฉพาะ

กฎหมายสำคัญในมิติการจ้างแรงงานที่มีผลบังคับใช้อยู่ก่อนจะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเทียมระหว่างเพศฯ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งมีผลบังคับใช้ต่อความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างตั้งแต่เมื่อมีการเข้าทำสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายไปจนกระทั่งสิ้นสุดสัญญา โดยกฎหมายฉบับนี้ได้รับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศไว้ด้วยบทบัญญัติว่าด้วยหลักไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศในมาตรา 15 มาตรา 16

---

[1] สำนักงานสถิติแห่งชาติ สำนักงานนายกรัฐมนตรี, “สถิติหญิงและชาย (Gender statistics),” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2563, จาก http://web.nso.go.th/gender/decision.htm.

มาตรา 37 และมาตรา 53 โดยเฉพาะเพศหญิงในมาตรา 38 มาตรา 39 มาตรา 39/1 มาตรา 40 มาตรา 41 มาตรา 42 มาตรา 43 และเพศชายในมาตรา 33 ด้วยเหตุนี้ เมื่อการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเทียมระหว่างเพศฯ มีผลบังคับในมิติการจ้างแรงงานเช่นกัน ประกอบกับการไม่ปรากฏบทบัญญัติเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับ ดังเช่นการกำหนดให้รัฐบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญในการทำงาน (BetrVG) มีผลบังคับใช้ก่อนรัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเยอรมัน (AGG) ในกรณีการปฏิบัติที่แตกต่างอันเนื่องด้วยเหตุแห่งอายุ (มาตรา 10 (6)) และความรับผิดต่อสังคมของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง (มาตรา 17 (2)) จึงก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความทับซ้อนของผลบังคับแห่งกฎหมายหลายฉบับได้ ยกตัวอย่างเช่นในกรณีที่นายจ้างอนุมัติให้มีการเลื่อนตำแหน่งงานโดยเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้างหญิง เมื่อพิจารณาถึงหลักทั่วไปในการบังคับใช้กฎหมายประกอบกับความเป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับตามทฤษฎีโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน จะเห็นว่าแม้กฎหมายทั้งสองฉบับเป็นกฎหมายเฉพาะว่าด้วยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเช่นเดียวกัน แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ เป็นกฎหมายเฉพาะว่าด้วยความเสมอภาคทางเพศในมิติการจ้างแรงงาน ในขณะที่พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ เป็นเพียงกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความเสมอภาคทางเพศในมิติเดียวกันนี้เท่านั้น ดังนั้น ในกรณีตัวอย่างข้างต้นและการเลือกปฏิบัติใด ๆ โดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศต่อลูกจ้างจึงต้องนำเอาพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาบังคับใช้ก่อน โดยถือเป็นข้อยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป

อย่างไรก็ตาม หลักความเสมอภาคทางเพศในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ ยังคงมีข้อจำกัดหลายประการ ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศเฉพาะแต่กรณีเพศกำเนิดของลูกจ้าง และการวางหลักการไม่เลือกปฏิบัติไว้อย่างกว้างขวางจนไม่มีความชัดเจน ดังนั้น เพื่อความยุติธรรมแก่ลูกจ้างในการตีความและบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ นอกจากผลผูกพันของหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจตุลาการ ศาลยังสมควรนำเอาหลักการทั่วไปในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มาปรับใช้ประกอบการพิจารณาการกระทำของนายจ้างในฐานะมาตรฐานการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศขั้นต่ำด้วย ยิ่งไปกว่านั้น การใช้ถ้อยคำจำกัดความเป็นเพศหญิงและชายในบทบัญญัติได้ก่อให้เกิดความลักลั่นในการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศนอกเหนือไปจากความเป็นเพศหญิงหรือชายของลูกจ้าง เพราะอาจไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ และคงเหลือเพียงแค่การคุ้มครองตาม

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ เท่านั้น[2] ด้วยเหตุทั้งหมดนี้ รัฐสภาจึงมีหน้าที่ในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ และกฎหมายที่มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันนี้ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ รวมถึงสภาพปัจจุบันของสังคมด้วยเสมอ

อย่างไรก็ดี ในช่วงเวลาที่ยังไม่มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว แม้การบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับระดับการคุ้มครองที่ยังมิได้เทียบเท่ากับพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ โดยเฉพาะการเยียวยาและชดใช้ค่าเสียหาย และการรับรองสิทธิในตามกฎหมายของลูกจ้างผู้เสียหาย เช่น สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายเชิงลงโทษ สิทธิในการยื่นคำร้องต่อองค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาคทางเพศ และสิทธิในการได้รับค่าชดเชยจากองค์กรส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ เป็นต้น แต่เมื่อพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ได้รับการวางโครงสร้างในระบบกฎหมายให้เป็นกฎหมายทางเลือกหรือมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศ โดยไม่กระทบสิทธิตามกฎหมายอื่น ดังนั้น ในประเด็นปัญหาการรับรองสิทธิเพิ่มเติมจากสิทธิในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ ให้แก่ลูกจ้างผู้เสียหายย่อมหมดสิ้นไป ซึ่งสอดรับกับมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ ที่บัญญัติไว้ว่า *“การเรียกร้องหรือการได้มาซึ่งสิทธิหรือประโยชน์ตามนี้ ไม่เป็นการตัดสิทธิหรือประโยชน์ที่ลูกจ้างพึงได้ตามกฎหมายอื่น”* เช่นกัน ทั้งยังไม่ปรากฏความซ้ำซ้อนในอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทนอกศาลของคณะกรรมการ วลพ. กับองค์กรใดในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ แม้กระทั่งในกรณีอำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงานในการวินิจฉัยและออกคำสั่งเกี่ยวกับสิทธิในการได้รับเงินอย่างหนึ่งอย่างใด (มาตรา 123) เพราะอำนาจหน้าที่ดังกล่าวของพนักงานตรวจแรงงานมิได้มีขอบเขตไปถึงการวินิจฉัยประเด็นค่าแรงที่ไม่เท่าเทียม (มาตรา 53) อันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศแต่อย่างใด

ทั้งนี้ อาจตั้งข้อสังเกตเป็นพิเศษในมิติการจ้างแรงงานเกี่ยวกับการมีอยู่ของนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานที่มีผลต่อความแตกต่างในการบังใช้กฎหมายและเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาล กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศต่อลูกจ้างย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ และเขตอำนาจของศาลแรงงาน ส่วนการเช่นเดียวกันนี้หากเกิดขึ้นกับผู้สมัครงานจะเป็นเรื่องของพระราชบัญญัติว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ และศาลยุติธรรม ซึ่งแตกต่างไปจากบรรทัดฐานในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ให้ถือประเด็นพิพาทในการเข้าถึงการจ้างแรงงานและการฝึกงานก่อนมีการทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นเรื่องที่อยู่ในเขต

---

[2] โปรดดู จิตราภรณ์ วนัสพงศ์ และปิยะวรรณ แก้วศรี, รายงานการศึกษา การทบทวนความก้าวหน้าของการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558, (กรุงเทพมหานคร : โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2563), น.58.

อำนาจศาลแรงงานด้วย[3] โดยเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนในกฎหมายแต่ละฉบับรวมถึงรูปแบบวิธีการพิจารณาคดีความของแต่ละศาลแล้ว จะพบว่าหลักความเสมอภาคทางเพศในกฎหมายคุ้มครองแรงงานและการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลแรงงานนั้นเป็นไปโดยคำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นแห่งการรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างลูกจ้างและนายจ้างเป็นสำคัญ และหลักการที่เข้มงวดกว่าในกฎหมายนี้ก็เป็นไปตามสภาพที่เอื้ออำนวยให้นายจ้างก่อการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศได้โดยง่าย เนื่องจากอำนาจการต่อรองของลูกจ้างที่ลดลงภายหลังตกอยู่ภายใต้นิติสัมพันธ์จ้างแรงงานนั่นเอง

5.1.2 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคของกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ

เมื่อระบบกฎหมายไทยไม่มีการบังคับใช้กฎหมายทั่วไปว่าด้วยหลักความเสมอที่ครอบคลุมการคุ้มครองทุกเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ โดยปรากฏเพียงการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ เป็นเพียงกฎหมายเฉพาะว่าด้วยหลักความเสมอภาคทางเพศ และกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ว่าด้วยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องโดยเฉพาะหลักความเสมอภาคของกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ซึ่งมุ่งคุ้มครองเหตุแห่งความพิการ และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งมุ่งคุ้มครองเหตุแห่งอายุ เป็นต้น แม้ว่ากฎหมายทั้งหมดจะมีผลบังคับใช้ต่อความสัมพันธ์ต่าง ๆ ในแดนกฎหมายเอกชนอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด และเมื่อใดก็ตามที่เกิดประเด็นข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศต่อกลุ่มบุคคลนั้นย่อมต้องนำพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มาบังคับใช้ก่อนเสมอ อย่างไรก็ตาม ด้วยกระบวนการคิดที่ซับซ้อนของมนุษย์ที่มักจะสรรหาเหตุผลที่หลากหลายเพื่อสนับสนุนการกระทำของตนได้ก่อให้เกิดแนวคิดการเลือกปฏิบัติควบซ้อนจากจากเหตุจูงใจมากกว่าหนึ่งเหตุ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะว่าด้วยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องจึงกลายเป็นปัญหาหลักสำคัญของระบบกฎหมายไทย

ปัญหาสำคัญของการกระบวนการตรากฎหมายในประเทศไทย คือ การที่แต่ละหน่วยงานรัฐผู้รับผิดชอบร่างกฎหมายเพื่อเสนอต่อรัฐสภาต่างทำงานไปอย่างเป็นเอกเทศต่อกัน โดยไม่มีการประสานงานระหว่างหน่วยงานเพื่อวางแผนร่างกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายไทยปัจจุบันจึงประสบกับภาวะกฎหมายเฉพาะเฟ้อแต่ไม่เพียงพอและไม่สามารถครอบคลุมปัญหาทุกกรณี และที่สำคัญ คือ ความไม่เป็นเอกภาพของกฎหมาย ทั้งในกรณีเลวร้ายที่สุดยังอาจมีผลเป็นการขัดแย้งซึ่งกันและกันเองด้วย ยกตัวอย่างเช่นการกระทำหนึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติ

---

[3] คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีสังคมที่ 6-40662 ที่ 06-40799 และที่ 06-40.864

โดยไม่เป็นธรรมสำหรับกฎหมายฉบับหนึ่ง แต่เป็นเพียงการปฏิบัติที่แตกต่างสำหรับกฎหมายอีกฉบับ โดยวิธีการแก้ไขปัญหาเบื้องต้นสำหรับแดนกฎหมายเอกชน ศาลจะต้องตีความเพื่อรับรองและคุ้มครองเจตนาอันสุจริตของเอกชนผู้กระทำการใด ๆ ด้วยความชอบด้วยกฎหมาย ในทำนองเดียวกันกับที่ศาลย่อมต้องตีความข้อตกลงตามสัญญาจ้างแรงงานตามนัยที่ก่อให้เกิดความเสมอภาคทางเพศแทนอีกนัยหนึ่งที่มีผลเป็นการเลือกปฏิบัติเสมอ

ทั้งนี้ ยังอาจตั้งข้อสังเกตถึงการใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตราและบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาค การที่ระบบกฎหมายไทยปรากฏเพียงกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องบางเรื่องเท่านั้น ย่อมแสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจรัฐโดยเลือกปฏิบัติได้ เพราะรัฐเลือกที่จะคุ้มครองหลักความเสมอภาคของบุคคลเพียงบางกลุ่มหรือในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยปล่อยให้ข้อพิพาทว่าด้วยหลักความเสมอภาคบางเรื่องตกอยู่ในสภาวะสุญญากาศแห่งการคุ้มครองโดยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ รัฐต้องสามารถอธิบายหรือแสดงให้เห็นถึงเหตุอันสมควรหรือความจำเป็นที่ยังไม่สามารถตรากฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคเหล่านี้ให้ได้ ยกตัวอย่างเช่นในกรณีการตราและบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ซึ่งรัฐอาจอ้างสัดส่วนของความเสียหายที่มักเกิดขึ้นด้วยเหตุแห่งเพศได้

5.1.3 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เพื่อคุ้มครองหลักความเสมอภาคของกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษหรือในมิติความสัมพันธ์ที่ไม่ปรากฏการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะ

หากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการประกาศรับสมัครพนักงานต้อนรับบนเครื่องบินเอกชนไทยเฉพาะแต่ผู้ที่มีผิวสี เมื่อระบบกฎหมายไทยปัจจุบันไม่ปรากฏการบังคับใช้กฎหมายทั่วไปว่าด้วยหลักความเสมอภาค ทั้งกฎหมายเฉพาะที่มีผลบังคับใช้อยู่นั้นก็หาได้มีการคุ้มครองครอบคลุมทุกมิติความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันในทุกเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไม่ ซึ่งในกรณีนี้ก็ไม่ต้องด้วยทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ เพราะยังไม่เกิดนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ เพราะการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้นไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งเพศ ดังนั้น ผู้สมัครที่ไม่ได้รับการคัดเลือกตามประกาศดังกล่าวด้วยเหตุเพราะมิได้มีผิวสีจึงไม่อาจบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายทั้งสองฉบับได้

ผลผูกพันของหลักความเสมอภาคต่อการใช้อำนาจตุลาการผ่านการตีความและบังคับใช้กฎหมายอาจมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่น บทบัญญัติว่าด้วยหลักสุจริต (มาตรา 5) หรือหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี (มาตรา 150) เป็นต้น หรือส่งผลให้สามารถตีความ

ขยายความรับผิดในการละเมิด “สิทธิใด ๆ” (มาตรา 420)[4] ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้ ดังเช่นที่ได้รับการรับรองไว้โดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในคดี Lüth-Urteil ยิ่งไปกว่านั้น ในแดนกฎหมายเอกชนยังได้รับรองนิติวิธีสำหรับกรณีที่ไม่มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรใดสามารถนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทได้โดยตรง นั่นคือ หลักการอุดช่องว่างกฎหมาย[5] ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชน์ มาตรา 4 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า *“เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”* แต่เมื่อสังคมไทยปัจจุบันจะยังมิได้ตระหนักถึงคุณค่าของหลักความเสมอภาคมากเพียงพอที่จะกล่าวได้ว่าเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นหรือหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปดังเช่นหลักความยินยอม ดังนั้น การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงต้องวินิจฉัยคดีโดยอาศัยการเทียบปรับบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยกฎหมายนั้นก็คือพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่าเพศฯ ยกตัวอย่างเช่นในกรณีตัวอย่างการประกาศรับสมัครพนักงานต้อนรับบนเครื่องบิน ศาลย่อมนำเอาบทนิยามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศและหลักการในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ (มาตรา 3 และมาตรา 17) มาปรับใช้ได้ เพราะถือว่าเป็นกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเอกชนด้วยกัน เพียงแต่มิได้มีเหตุจูงใจมากจากความเป็นเพศ

โดยการยึดถือนิติวิธีเช่นนี้ย่อมสร้างความแน่นอนในนิติฐานะให้แก่เอกชนผู้อยู่ภายใต้ผลบังคับได้มากกว่าการยอมให้มีการใช้ดุลยพินิจของศาลโดยลำพังและปราศจากหลักเกณฑ์ควบคุมและตรวจสอบใด ๆ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าการแก้ไขปัญหาดังกล่าวไม่อาจครอบคลุมไปถึงกรณีการรับรองสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนือขอบเขตอำนาจของศาล โดยเฉพาะการใช้สิทธิเรียกร้องต่อองค์กรอิสระตามกฎหมายซึ่งไม่สามารถการใช้วิธีการเทียบเคียงกฎหมายหรือการบังคับใช้กฎหมายโดยอนุโลมได้ เพราะเป็นการขยายขอบเขตอำนาจขององค์กรในฐานะหน่วยงานรัฐโดยปราศจากกฎหมายรับรอง อนึ่ง ด้วยอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิฯ ที่ครอบคลุมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทุกประเภทย่อมผ่อนคลายปัญหานี้ไปได้ และเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคในทุกมิติเป็นไปอย่างเสมอภาค จึงต้องคำนึงเสมอว่าการคุ้มครองสิทธินอกศาลในสภาวะเช่นนี้ก็สมควรเป็นไปโดยมาตรฐานเช่นเดียวกันกับกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะบังคับใช้ด้วย

---

[4] โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 42, น.989 (ธันวาคม 2556).

[5] โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” จุลนิติ, เล่มที่ 4, ปีที่ 7, น.76 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553).

5.2 ข้อจำกัดของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

5.2.1 เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชนอาจเกิดขึ้นด้วยแรงจูงใจเกี่ยวกับองค์ประกอบพื้นฐานใด ๆ ของมนุษย์ก็ได้ มิเช่นนั้น คงไม่ปรากฏการรับรองและคุ้มครองบุคคลมิให้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ดังที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่จากการศึกษาการคุ้มครองหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายต่าง ๆ กลับแสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดในการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในระบบกฎหมายไทย ซึ่งกลายมาเป็นจุดอ่อนสำคัญของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ที่มีวัตถุประสงค์สำคัญโดยตรงในการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในทุกแดนกฎหมาย หากแต่ก็จำกัดอยู่ที่เรื่องเกี่ยวกับเพศ ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงไม่สามารถต่อยอดการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนได้อย่างแท้จริง ยิ่งไปกว่านั้น ลำพังการคุ้มครองความเป็นเพศก็ยังไม่สามารถเป็นไปโดยกระจ่างชัดและปราศจากความคลุมเครือ แม้ปรากฏการให้คำนิยามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศรวมไปถึงการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศกำเนิด ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความพยายามในการคุ้มครองความเป็นเพศนอกเหนือไปจากความเป็นหญิงและชายตามหลักความเสมอภาคทางเพศตามถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 27 วรรคสองก็ตาม แต่ในการตีความบทบัญญัติดังกล่าวก็ยังต้องอาศัยแนวคิดที่ก้าวทันต่อสมัยและความยืดหยุ่นมากพอที่จะเหมารวมไปถึงกรณีที่เกี่ยวข้องด้วยความเป็นเพศโดยปริยาย ดังเช่นการตีความการคุ้มครองเหตุแห่งเพศของศาลเยอรมันในความหมายอย่างกว้างไปกว่าสิ่งบ่งชี้ความเป็นเพศโดยตรง อย่างในกรณีตามความเห็นของศาลที่ว่าส่วนสูงขั้นต่ำของผู้สมัครเป็นนักบินในประกาศรับสมัครนั้นเป็นมาตรฐานส่วนสูงทั่วไปของเพศชายมากกว่าเพศหญิง เช่นเดียวกันกับศาลฝรั่งเศสที่ให้การคุ้มครองไปถึงกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติต่อพนักงานเสิร์ฟชายที่ใส่ต่างหู ในขณะที่ศาลแรงงานไทยยังคงเห็นถึงความชอบด้วยกฎหมายของประกาศเรื่อง ระเบียบการแต่งกายของพนักงานในการกำหนดห้ามพนักงานชายทุกคนสวมใส่ตุ้มหูและไว้ผมยาว

ในคู่มือการปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศ ตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ได้อธิบายถึงการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุที่บุคคลนั้นมีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิดไว้โดยสรุปว่า เมื่อกฎหมายฉบับนี้มิได้บัญญัติถึงคำนิยามของคำว่า “บุคคลที่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น จึงต้องอาศัยการตีความจากตัวบทกฎหมายบนพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อย่างสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศที่

เกี่ยวข้อง[6] ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงสมควรมีขอบเขตแห่งการคุ้มครองครอบคลุมไปถึงบุคคลที่มี “การแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศที่*มิได้*สอดคล้องกับเพศตามกำเนิดของตน” เช่น การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลข้ามเพศ หรือการมีวิถีทางเพศแบบรักเพศเดียวกันหรือรักสองเพศ เป็นต้น อันแสดงให้เห็นถึงเพศของบุคคลในเชิงการแสดงออกทางกายภาพ (ภายนอก) เช่น อวัยวะในร่างกาย การแต่งกาย และวิธีหรือลักษณะคำพูดจา เป็นต้น และความรู้สึกหรือจิตใจ (ภายใน) เช่น ความพึงพอใจต่อบุคคลเพศต่าง ๆ หรือโดยไม่จำกัดเพศ ความปรารถนาในการแปลงเพศ และความชอบหรือความต้องการในการเข้าร่วมกิจกรรมที่อาจบ่งชี้ถึงความเป็นเพศเฉพาะ เป็นต้น อย่างไรก็ดี ด้วยการเลือกใช้ถ้อยคำที่ตีความได้โดยแคบในบทบัญญัติตามกฎหมายฉบับนี้สามารถก่อให้เกิดการตีความโดยมิอาจรวมไปถึงผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศทุกรูปแบบ เช่น การมีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างแต่*ไม่ได้แสดงออก*แตกต่างจากเพศกำเนิด[7] การมิได้ยึดถือสิ่งใดเกี่ยวกับเพศของบุคคลที่อยู่ในระบบเพศขั้วตรงข้ามหรือบุคคลที่ไม่มีกรอบจำกัดทางเพศ และการยึดถือสิ่งที่เกี่ยวกับเพศหลายอย่างในขณะเดียวกันของบุคคลผู้มีเพศกำกวมหรือมีเพศที่เลื่อนไหลไปมา (Gender-fluid) ไม่ว่าจะเป็นผลมาจากความตั้งใจของบุคคลนั้นเองหรือไม่ก็ตาม เป็นต้น โดยปัญหานี้ก็เคยเกิดขึ้นเช่นกันในระบบกฎหมายฝรั่งเศส จนกระทั่งภายหลังมีการบังคับใช้กฎหมายเลขที่ 2016-1547 ซึ่งเป็นบทขยายขอบเขตการคุ้มครองตามกฎหมายที่บังคับใช้ในขณะนั้นให้ครอบคลุมถึงบุคคลข้ามเพศและอัตลักษณ์ทางเพศต่าง ๆ ไม่ว่าจะมีคุณลักษณะในทางเพศใด

นอกจากนี้ จากสภาพการณ์ปัจจุบันที่ความเป็นเพศชายหรือเพศหญิงเป็นสิ่งที่มีติดตัวอยู่มาตั้งแต่กำเนิดและอาจเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา การที่บทบัญญัติในกฎหมายมิได้เลือกใช้ถ้อยคำว่า “เพศกำเนิด” หรือถ้อยคำอื่นในทำนองเดียวกัน แต่กลับใช้คำว่า “ชายหรือหญิง” จึงอาจก่อให้เกิดความสับสนว่าความเป็นชายหรือหญิงนั้นต้องพิจารณาในช่วงเวลาใด และหากถือเอา ณ ขณะบังคับใช้กฎหมายต้องใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาถึงความเป็นเพศนั้น อีกทั้ง การตั้งรับและป้องกันปัญหาจากพัฒนาการของความหลากหลายทางเพศในอนาคตก็ยังเป็นอีกข้อพิจารณาสำคัญที่จะต้องคำนึงถึงเสมอ เพราะต้องถือว่าปัจจุบันนี้ยังไม่ถึงช่วงเวลาแห่งบทสรุปของขอบเขตหรือพรมแดนแห่งเพศ ดังนั้น หนึ่งในวิธีการที่เหมาะสมกับระบบกฎหมาย Civil Law และสังคมที่ยังคงมีข้อถกเถียงถึงผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดกฎหมายเอกชนและความเข้าใจในการคุ้มครอง

---

[6] โปรดดู อารยา สุขสม, <u>คู่มือการปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศ ตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558</u>, (กรุงเทพมหานคร : โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติประจำประเทศไทย, 2562), น.23-25.

[7] โปรดดู จิตราภรณ์ วนัสพงศ์ และปิยะวรรณ แก้วศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.32.

ความเป็นเพศ คือ การกำหนดบทนิยามให้ครอบคลุมถึงคุณสมบัติของความเป็นเพศให้ครอบคลุมและครบถ้วนมากที่สุด ซึ่งอาจพิจารณาได้จากการคุ้มครองเพศ วิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ และคุณลักษณะทางเพศในหลักการยอกยาการ์ตา ค.ศ. 2006 เพื่อเป็นแนวทางให้กับผู้ที่อยู่ภายใต้กฎหมายสามารถรับรู้และคาดคะเนผลในทางกฎหมายของการกระทำของตนได้ และเมื่อปรากฏเหตุแห่งความเป็นเพศใด ๆ ที่อยู่นอกเหนือไปจากบรรทัดฐานของศาลและความรับรู้ของสังคมในช่วงเวลานั้น ผู้มีอำนาจหน้าที่ตรากฎหมายก็จะต้องเร่งดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้คุ้มครองถึงกรณีดังกล่าวให้ทันท้วงทีต่อไป

5.2.2 การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มาตรา 3 กำหนดให้การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ หมายถึง *“การกระทำหรือไม่กระทำการใด อันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด”* อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 17 วรรคแรกกลับกำหนดไว้เพียงแต่ว่าการกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเท่านั้นที่จะกระทำมิได้ โดยก่อให้เกิดประเด็นที่จำเป็นต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

5.2.2.1 องค์ประกอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

จากบทนิยามในมาตรา 3 สามารถแบ่งแยกองค์ประกอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศได้ ดังต่อไปนี้

1) การกระทำหรือไม่กระทำการ หรือสภาวะแห่งการ(ไม่)เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สึกตัวภายใต้จิตสำนึกของบุคคล โดยมิต้องคำนึงถึงเจตนาของบุคคลนั้น ดังปรากฏเป็นบรรทัดฐานของศาลแรงงานเยอรมันที่ถือว่าการเลือกปฏิบัติอาจเกิดขึ้นได้ แม้มิได้มีเจตนาโดยตรงในการเลือกปฏิบัติแต่มีเจตนาอื่นหรือปรากฏเป็นเพียงเหตุจูงใจเท่านั้น สิ่งนี้เองที่แสดงให้เห็นว่าการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคมุ่งพิจารณาที่ผลหรือความเสียหายของการเลือกปฏิบัติซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดภายนอกมากกว่าองค์ประกอบภายในจิตใจของผู้เลือกปฏิบัติ และขอบเขตการอันเป็นการเลือกปฏิบัตินั้นกว้างขวางมากกว่าการอันเป็นละเมิดที่ต้องพิจารณาถึงการจงใจหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ละเมิด นอกจากนี้ ในกรณีการไม่กระทำการหรือการงดเว้นก็ไม่จำต้องพิจารณาว่าเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นหรือไม่ อันแตกต่างไปจากการงดเว้นในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย กล่าวคือ การไม่กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติอาจเกิดขึ้นได้โดยที่ผู้กระทำไม่จำเป็นมีหน้าที่โดยตรงในการป้องกันมิให้

เกิดการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคของผู้เสียหายก็ได้ เช่น การบริจาคสิ่งของให้แก่เด็กที่มีผิวสีในจำนวนที่น้อยกว่าเด็กคนอื่น (ที่ไม่มีผิวสี) หรือการรับเฉพาะผู้สมัครที่หน้าตาสะสวยเข้าทำงาน ซึ่งทั้งสองกรณีนั้นบุคคลไม่มีหน้าที่โดยตรงในการให้บริจาคหรือรับผู้สมัครงานเข้าทำงาน เป็นต้น ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ไม่ได้บัญญัติถึงการกระทำใดที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ในขณะที่การคุกคามและการคุกคามทางเพศเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ (มาตรา 16) และกฎหมายอาญา (มาตรา 309 มาตรา 392 และมาตรา 397)

2) การนั้นเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ กล่าวคือ เป็นกรณีที่ทำให้ผู้เสียหายได้รับการปฏิบัติด้วย*ความพึงพอใจน้อยกว่า*บุคคลอื่นซึ่งได้รับ เคยได้รับ หรืออาจได้รับการปฏิบัติในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้นั้น โดยในการพิสูจน์นำสืบพยานหลักฐานให้ได้ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องใช้วิธีการสร้างสถานการณ์ทดสอบเพื่อเปรียบเทียบกับสถานการณ์สำหรับกรณีการเลือกปฏิบัติโดยตรง และการใช้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานเชิงสถิติสำหรับกรณีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม อันแตกต่างไปจากกรณีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งไม่ต้องพิจารณาถึงผลแห่งการกระทำว่าเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ต่อผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม การพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามองค์ประกอบนี้ถือว่าเป็นมีอุปสรรคและปัญหามากที่สุด ดังเช่นที่ได้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเยอรมัน แม้ว่ามาตรา 22 ในรัฐบัญญัติฯ จะได้รับรองข้อสันนิษฐานเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายและกำหนดให้เป็นภาระการพิสูจน์ของผู้ถูกกล่าวหาว่ามิได้กระทำหรือไม่กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นหน้าที่ของผู้ถูกกล่าวหาในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้ได้ว่ามิได้มีการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ต่อผู้เสียหายเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดตามกฎหมาย เช่น ความไม่น่าเชื่อถือในวิธีการพิสูจน์ข้อเท็จจริง (Testing procedures) การเข้ามายุ่งเกี่ยวในการทดสอบของฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา และการควบคุมตัวแปรในการทดสอบให้ใกล้เคียงกับสภาพแวดล้อมจริงที่มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น เป็นต้น (โปรดดู 5.2.9.1 การพิสูจน์ข้อเท็จจริง)

3) การเลือกปฏิบัติทางตรงหรือทางอ้อม โดยสอดคล้องการคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมในระดับสากล หากแต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ คือ ปัญหาความคลาดเคลื่อนของความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะการเลือกปฏิบัติ เพราะกฎหมายมิได้ให้คำอธิบายไปถึงลักษณะที่ชัดเจนว่ากรณีใดเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงหรือโดยอ้อม และศาลไทยเองก็มิได้ให้ความสำคัญกับการจำแนกรูปแบบของการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนจนกลายเป็นความหละหลวมของการบังคับใช้กฎหมาย

4) โดยปราศจากความชอบธรรม กล่าวคือ การเลือกปฏิบัตินั้นเกิดขึ้นโดยปราศจาก “เหตุอันสมควรหรือความจำเป็น” ซึ่งรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียงเหตุผลในการขจัด

อุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น การคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย การปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา และการคุ้มครองความมั่นคงของประเทศ โดยการที่บทบัญญัติเลือกใช้ถ้อยคำว่า “ความชอบธรรม” ย่อมเปิดช่องให้ดุลยพินิจของศาลในการตีความเพื่อเป็นบรรทัดฐานต่อไป โดยอย่างน้อยที่สุดเหตุแห่งความชอบธรรมนั้นจะต้องมีคุณค่าควรรับฟังและสอดคล้องกับความคิดเห็นส่วนใหญ่ของสังคม ณ ช่วงเวลานั้น เช่น การรับสมัครแรงงานชายในงานแบกหามที่หนักเกินกว่าสรีระของเพศหญิงจะรับไหวและเป็นอันตรายต่ออนามัย หรือการรับสมัครพนักงานโดยพิจารณาจากความรู้ความเชี่ยวชาญโดยตรงเกี่ยวกับตำแหน่งงาน เป็นต้น และความชอบธรรมนี้เองที่จะส่งผลให้การนั้นเป็นเพียงการปฏิบัติที่แตกต่างต่อบุคคลและชอบด้วยกฎหมาย

5) มูลเหตุจูงใจจากการที่บุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัตินั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด นอกจากข้อบกพร่องของการคุ้มครองความเป็นเพศที่ได้พิจารณาไปในหัวข้อ 5.3.1 เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่ปรากฏ 1) การเพิ่มบทลงโทษแบบทวีคูณสำหรับการเลือกปฏิบัติควบซ้อนซึ่งประกอบไปด้วยเหตุแห่งเพศ[8] ซึ่งต้องรับรองให้มีการตั้งเรื่องหรือคำฟ้องด้วยการอ้างเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมากกว่าหนึ่งเหตุประกอบกันได้โดยไม่ถือเป็นความเครือบคลุม ดังปรากฏเป็นบรรทัดฐานในศาลฝรั่งเศส 2) การรับรองข้อสมมติฐานแห่งการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ดังเช่นที่รัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (AGG) ได้บัญญัติถึงการเลือกปฏิบัติโดยเล็งเห็นผลได้ว่ามีเหตุจูงใจมาจากเหตุใดเหตุหนึ่งในมาตรา 7 (1) ซึ่งเป็นการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามข้อสันนิษฐานซึ่งปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แม้ไม่ตรงกับความถูกต้องตามความจริงในส่วนผู้เสียหายหรือแม้กระทั่งความคิดภายในใจของผู้ถูกกล่าวหา ยกตัวอย่างเช่นกรณีการตั้งฟ้องถึงเหตุแห่งเชื้อชาติในการเลือกปฏิบัติต่อนาย ก. ชาวไทยลูกครึ่งอิสราเอล แต่ความที่นำสืบได้นั้นกลับเป็นเหตุแห่งศาสนา เนื่องจากใบหน้าของนาย ก. ที่มีลักษณะเด่นชัดของชาวตะวันออกกลาง เป็นต้น ซึ่งความคลาดเคลื่อนเช่นนี้ย่อมไม่สมควรส่งผลให้ผู้ถูกกล่าวหาพ้นความรับผิด ดังนั้น การที่กฎหมายมิได้รับรองถึงข้อสมมติฐานเช่นนี้ไว้จึงอาจกลายเป็นช่องโหว่แห่งการบังคับใช้กฎหมายได้ และ 3) การขยายความคุ้มครองไปถึงผู้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้อื่นที่เป็นเจ้าของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น กรณีเลือกปฏิบัติต่อบิดามารดาของผู้ติดเชื้อ HIV หรือผู้พิการ เพื่อป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติเป็นลูกโซ่ อนึ่ง การวางหลักเกณฑ์ในกรณีข้างต้นเหล่านี้จะต้องเป็นไปโดยชัดเจนและจำกัดมากที่สุด เพื่อป้องกันมิให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายแบบหว่านแหและกลายเป็นว่าผู้เสียหายสามารถยกอ้างเหตุอันเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของผู้อื่นใดก็ได้มาเป็นข้อต่อสู้ต่อผู้ถูกกล่าวหาได้แทบทั้งสิ้น

---

[8]โปรดดู จิตราภรณ์ วนัสพงศ์ และปิยะวรรณ แก้วศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.29-30.

5.2.2.2 ข้อห้ามมิให้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 17 วรรคแรก)

ปัญหาการตีความและบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามมิให้กระทำการใด ๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา 17 วรรคแรกที่บัญญัติไว้ว่า *"การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้"* สืบเนื่องมาจากผลของบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนอื่น ดังนั้น การตีความและบังคับใช้กฎหมายจึงต้องเป็นไปโดยแคบและเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อบทบัญญัติเริ่มต้นด้วยถ้อยคำว่า **"การกำหนด"** ตามด้วยการไล่เรียงถึงวัตถุแห่งการกำหนดนั้นเรื่อยไป ได้แก่ นโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติที่ลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ การตีความตามตัวอักษรอาจเป็นไปได้อย่างน้อย 2 กรณี ได้แก่ ข้อห้ามไม่รวมไปถึงการ **"ปฏิบัติตาม"** สิ่งที่ได้กำหนดมา เช่น การที่พนักงานในตำแหน่งสรรหาบุคลากรคัดเลือกเฉพาะผู้สมัครที่เป็นเพศหญิงตามหลักเกณฑ์และระเบียบของบริษัท เป็นต้น ส่วนอีกกรณีหนึ่ง คือ ข้อห้ามไม่รวมไปถึงการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่ **"ไม่ได้เป็นการกำหนด"** เช่น การที่พนักงานในตำแหน่งสรรหาบุคลากรคัดเลือกเฉพาะผู้สมัครที่เป็นเพศหญิงด้วยการตัดสินใจทันทีโดยลำพังของตนเอง เป็นต้น ผลเช่นนี้จึงเรียกได้ว่าเป็นข้อบกพร่องจากการเลือกใช้และเรียบเรียงถ้อยคำในบทบัญญัติที่ไม่รัดกุม ในขณะที่บทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศฯ มาตรา 6 ได้กำหนดข้อห้ามทั่วไปไว้อย่างชัดเจนว่า *"ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม..."* ในทำนองเดียวกันกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้อง

ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดถึงผลของการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 17 วรรคแรกไว้ รวมถึงการฝ่าฝืนข้อห้ามก็มิได้ถือเป็นหนึ่งในเงื่อนไขการเป็นผู้ทรงสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. (มาตรา 18) ซึ่งข้อพิจารณาของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้จะพิจารณาเพียงเฉพาะการเป็นผู้(จะ)ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศตามบทนิยาม (มาตรา 3)[9] เหตุดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดข้อสงสัยถึงความจำเป็นของหลักการในมาตรา 17 วรรคแรก และเหตุผลสนับสนุนเดียวที่เป็นไปได้ คือ การเป็นเพียงตัวอย่างการกระทำที่อาจมีวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในวรรคสองของมาตราเดียวกัน ซึ่งกฎหมายรับรองให้เป็นการกระทำที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศและได้รับการรับรองความชอบด้วยกฎหมายฉบับนี้ อนึ่ง หากความมุ่งหมายที่แท้จริงของมาตรานี้เป็นอย่างที่ได้กล่าวมา การเลือกใช้ถ้อยคำก็จะต้องมีความชัดเจนและรอบคอบมากยิ่งขึ้น เพื่อป้องกันปัญหาต่าง ๆ ข้างต้น

---

[9] อารยา สุขสม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.46-47.

5.2.3 ขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง

5.2.3.1 ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย

แม้จะไม่มีการกำหนดบทนิยามของผู้เสียหายและมีสิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ไว้ แต่เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 18 ที่ได้รับรองสิทธิของ*บุคคลใด*ผู้เห็นว่าตนได้รับหรือจะได้รับความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ โดยสอดคล้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิมนุษยชนด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติในรัฐธรรมนูญไทย ผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชนจึงหมายความถึงบุคคลทุกคน รวมถึงนิติบุคคลตามกฎหมายเพราะมิได้ขัดต่อสภาพและเนื้อหาแห่งสิทธิในความเสมอภาคโดยที่บุคคลนั้นจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐไทยเพื่อยังให้สามารถบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ได้ มากกว่านั้น ยังต้องตีความไปรวมถึงผู้ลักลอบอพยพเข้าเมืองซึ่งเป็นบุคคลที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย อันเป็นไปตามแนวคิดที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตาม เมื่อความเสียหายจากการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลอาจเกิดขึ้นในทางกายภาพหรือจิตใจก็ได้ โดยเฉพาะความเสียหายทางจิตใจที่เกิดขึ้นได้อย่างกว้างขวาง ทั้งต่อบุคคลที่มิได้ถูกเลือกปฏิบัติโดยตรงแต่มีองค์ประกอบพื้นฐานร่วมกันกับผู้ถูกเลือกปฏิบัตินั้น และแม้กระทั่งกรณีที่ไม่ปรากฏผู้ถูกเลือกปฏิบัติโดยตรงแต่เกิดความเสียหายต่อกลุ่มผู้มีองค์ประกอบพื้นฐานที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุนี้ ประเด็นปัญหาขอบเขตผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายที่ต้องพิจารณา ได้แก่

1) ความเป็นผู้เสียหายโดยตรง เมื่อการเลือกปฏิบัติให้ประโยชน์ต่อหญิงผู้หนึ่งอาจก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายต่อทุกคนที่มีเพศอื่น โดยเฉพาะกรณีการกำหนดนโยบาย กฎระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติที่มีลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศและอาจบังคับใช้กับบุคคลได้โดยไม่จำกัด เช่น การประกาศรับสมัครงานเฉพาะเพศหญิง หรือการใช้แผนการตลาดในห้างสรรพสินค้าเพื่อส่งเสริมการขายสินค้าหรือบริการโดยเฉพาะสำหรับเพศหญิงเท่านั้น เป็นต้น เพราะถือว่าทุกคนที่มีเพศอื่นนั้นอาจได้รับความเสียหายทางจิตใจจากการดังกล่าวด้วย ยิ่งไปกว่านั้น จากข้อพิจารณาตรวจสอบเงื่อนไขของบุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. ได้แก่ การเป็นผู้(อาจ)ได้รับความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศพิพาทยังเป็นการรับรองความคุ้มครองไปถึงกรณีที่ “คาดหมาย” ได้ว่าจะเกิดความเสียหายด้วย เนื่องด้วยวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายไม่เพียงแต่มุ่งเยียวยาความเสียหายของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคเท่านั้น หากแต่ยังเป็นไปเพื่อตรวจสอบองค์กรภาครัฐและภาคเอกชนว่าได้ปฏิบัติตามหน้าที่ภายในกฎหมายฉบับนี้หรือไม่ ในขณะที่สิทธิและความรับผิดในการอันเป็นละเมิดต้องปรากฏ

ความเสียหายขึ้นตามความเป็นจริงเสียก่อน ด้วยเหตุนี้ เพื่อมิให้ผู้เลือกปฏิบัติต้องรับผิดในผลแห่งการกระทำของตนอย่างไม่จำกัดและไม่มีวันสิ้นสุดในการกระทำหรือไม่กระทำการเพียงครั้งเดียว ข้อพิจารณาความเป็นผู้เสียหายโดยตรงจึงกลายมาเป็นสิ่งสำคัญในการจำกัดขอบเขตผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย โดยอาจอาศัยการพิจารณาตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) ตามทฤษฎีผลโดยตรงและทฤษฎีผลธรรมดา[10] ยกตัวอย่างเช่นในกรณีการประกาศรับสมัครงานเฉพาะเพศหญิง ผู้ที่อาจได้รับผลเสียหายโดยตรง คือ ผู้ที่รับรู้ถึงประกาศดังกล่าวและต้องการสมัครงานตามประกาศโดยสุจริตใจ ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ที่ยื่นสมัครงานตามประกาศนั้นยังต้องมีคุณสมบัติตรงตามตำแหน่งงานที่รับสมัครงาน และอาจได้รับคัดเลือกเข้าทำงานเมื่อไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศด้วย ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ชัดเจนแล้วว่าต่อให้ไม่มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นผู้สมัครก็ไม่อาจได้รับคัดเลือกอย่างแน่แท้ ย่อมเป็นกรณีที่ไม่ใช่ผลเสียหายธรรมดาจากการเลือกปฏิบัตินั้น

อย่างไรก็ดี ข้อสรุปนี้ไม่อาจปรับใช้กับการเป็นผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็นสิทธิในเชิงบวก เพราะในแดนกฎหมายเอกชนไม่สามารถยอมรับเงื่อนไขความเป็นพลเมืองสืบทอดจากสิทธิในความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็นสิทธิพลเมืองในแดนกฎหมายมหาชนได้ จึงส่งผลให้การพิจารณาถึงความเป็นผู้ทรงสิทธิเช่นนี้ต้องพิจารณาลักษณะของสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายบนพื้นฐานความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน ซึ่งต้องเกิดขึ้นได้ด้วยความสมัครใจจากนิติกรรมหรือเป็นผลตามกฎหมายจากนิติเหตุเท่านั้น อีกทั้ง ก็มิใช่ว่าเอกชนผู้อาจได้รับประโยชน์จากหน้าที่ของเอกชนอื่นจะสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายต่อเอกชนอื่นนั้นได้เสมอไป หากกฎหมายมิได้กำหนดรับรองสิทธินั้นไว้ เมื่อการกระทำเชิงบวกก่อเกิดภาระมากกว่าประโยชน์ในแก่เอกชนผู้มีหน้าที่ ดังนั้น หน้าที่เช่นนี้จึงมักจะไม่ปรากฏในนิติกรรม และรัฐจำเป็นต้องใช้กฎหมายเป็นบังเหียนบังคับให้เอกชนให้ความช่วยเหลือดำเนินภารกิจของรัฐนี้อีกแรงหนึ่ง แต่ด้วยหน้าที่ในการเคารพหลักความอิสระในทางแพ่ง รัฐจึงไม่อาจรับรองสิทธิให้แก่เอกชนผู้อาจได้รับประโยชน์ตามหน้าที่เช่นว่านี้ได้โดยต้องจำกัดให้เป็นเรื่องความรับผิดต่อรัฐ เช่น หน้าที่ของเจ้าของห้างสรรพสินค้าในการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้พิการหรือทุพพลภาพในบริเวณที่เปิดให้บริการแก่บุคคลทั่วไปในแห่งกฎกระทรวงกำหนดสิ่งอำนวยความสะดวกในอาคารสำหรับผู้พิการหรือทุพพลภาพ และคนชรา พ.ศ. 2548 (ข้อ 3) และหน้าที่ของนายจ้างในการจัดหาสวัสดิการเพื่อลูกจ้างที่เป็นผู้พิการในสถานที่ทำงานในกฎกระทรวงวาด้วยการจัดสวัสดิการในสถานประกอบกิจการ พ.ศ. 2548 (ข้อ 1 วรรคสอง) ประมวลกฎหมายสังคมเยอรมัน เล่มที่ 9 (SGB IX) (มาตรา 164 (4)) และประมวลกฎหมายแรงงาน

---

[10] โปรดดู สิริลักษณ์ กิรติรัตนพฤกษ์, “การกำหนดค่าเสียหาย : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีผิดสัญญาและละเมิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาธุรกิจบัณฑิตย์, 2552), น. 80-86.

ฝรั่งเศส (มาตรา L5213-6 ถึงมาตรา L5213-9) เป็นต้น และหากรัฐจะให้ความเคารพเสรีภาพในการกระทำของเอกชนที่มากกว่านั้นก็จะต้องกำหนดให้เป็นเพียงการขอความร่วมมือจากภาคเอกชนเท่านั้น ซึ่งทั้งสองแนวคิดนี้ย่อมเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงผลแห่งการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายโดยรัฐนั่นเอง[11]

2) กรณีไม่ปรากฏผู้เสียหายโดยตรง

ปัญหานี้เป็นกรณีที่การเลือกปฏิบัติได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างกว้างขวางจนไม่สามารถระบุเจาะจงไปถึงตัวผู้เสียหายโดยตรงได้ เช่น การพิมพ์เนื้อหาในหนังสือ การรายงานข่าว และการถ่ายทำภาพยนต์หรือละครที่มีถ้อยคำหรือเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงการเหยียดหยามความเป็นเพศลักษณะใดลักษณะหนึ่ง[12] ซึ่งส่งผลให้ไม่อาจมีผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายได้ ดังนั้น จึงสมควรกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาคในฐานะตัวแทนของผู้เสียหาย(ไม่โดยตรง)ส่วนรวม เพื่อดำเนินการต่าง ๆ ตามสิทธิในกฎหมาย และหากมีการชดใช้เยียวยาด้วยตัวเงินก็ให้ตกเป็นขององค์กรหรือกองทุนที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศ เพื่อเป็นเงินทุนช่วยเหลือและสนับสนุนการคุ้มครองต่อยอดไป

5.2.3.2 ผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย

รัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเยอรมัน (AGG) กำหนดให้กฎหมายมีผลบังคับต่อบุคคลใด ๆ ในมิติการจ้างแรงงาน การคุ้มครองทางสังคม ผลประโยชน์ทางสังคม การศึกษา และการเข้าถึงและทรัพยากรต่าง ๆ โดยยังได้เน้นย้ำถึงหลักการโดยเฉพาะสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ไม่ว่าจะเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายมหาชนก็ตาม ในขณะพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ กลับมิได้กำหนดขอบเขตผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายนี้ไว้เช่นเดียวกันกับกรณีผู้ทรงสิทธิ อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นการมองข้ามหลักการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานไป แต่การที่ผู้ร่างกฎหมายมิได้ขีดเส้นขอบเขตบุคคลดังกล่าวไว้ก็ไม่ถึงขั้นที่จะถือเป็นข้อบกพร่องที่ไร้หนทางแก้ไขเสียทีเดียว เพราะการยอมรับผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนส่งผลให้กฎหมายฉบับนี้มีทฤษฎีอ้างอิงถึงการบังคับใช้ต่อทุก

---

[11] โปรดดู กานต์สินี ศิริ, “ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคในพรมแดนกฎหมายเอกชน,” ใน หนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการ (Proceedings) การประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 2 หัวข้อ จินตนาการใหม่ ภูมิทัศน์นิติศาสตร์ไทย, (เชียงใหม่ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2563), น.248-257.

[12] โปรดดู UNDP and USAID, Being LGBT in Asia: รายงานในบริบทของประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2557), น.11-49.

มิติความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยไม่ต้องคำนึงถึงการมีอยู่ของนิติสัมพันธ์อันเป็นสภาพดั้งเดิมในฐานะสิทธิตามธรรมชาติของหลักความเสมอภาคในช่วงเวลาก่อนมีระบบกฎหมายในสังคม อย่างไรก็ดี ด้วยหลักความอิสระในทางแพ่งและสิทธิเสรีภาพในการกระทำของบุคคลในแดนกฎหมายเอกชน หน้าที่ตามหลักความเสมอภาคไม่สามารถเกิดขึ้นแก่เอกชนในทุกห้วงการดำเนินชีวิตประจำวัน การกำหนดขอบเขตบุคคลผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายจึงต้องอาศัยการพิจารณาจากขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้องประกอบด้วยเสมอ อนึ่ง สำหรับหน้าที่ตามสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิเชิงบวกที่ก่อภาระหน้าที่ให้เอกชนผู้ใดผู้หนึ่งโดยเอกชนนั้นมิได้สมัครใจย่อมแตกต่างไปจากกรณีข้างต้น โดยเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาถึงบทนิยามของผู้มีหน้าที่ตามตัวบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดหน้าที่นั้นไว้อย่างชัดเจนและโดยเฉพาะ

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับกรณี “ความรับผิดโดยเคร่งครัด” (Strict Liability) ของบุคคลอื่นที่มิได้เป็นผู้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ในทำนองเดียวกันกับความรับผิดในผลแห่งการอันเป็นละเมิดของนายจ้าง ตัวการ หรือผู้ปกครองร่วมกับลูกจ้าง ตัวแทน หรือผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ตามลำดับ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ถึงมาตรา 431) เนื่องจากการเป็นแนวคิดที่นอกจากจะส่งผลให้การชดใช้และเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นแล้ว ยังอาจก่อให้เกิดรูปแบบการป้องกันและยับยั้งการอันมิชอบด้วยกฎหมาย “ล่วงหน้า” ด้วยการผลักภาระหน้าที่ให้บุคคลที่เกี่ยวข้องและมีความใกล้ชิดกับตัวผู้ที่อาจก่อการเลือกปฏิบัตินั้น ในฐานะมาตรการยับยั้งและป้องกันมิให้มีการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคทางเพศระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยเฉพาะการกำหนดมาตรการหรือดำเนินการใด ๆ อย่างเหมาะสมของเอกชนผู้อาจต้องร่วมรับผิดเพื่อป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น ย่อมส่งผลในระยะยาวเพื่อการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของผู้อื่นได้อย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแนวคิดนี้สามารถคุ้มครองหลักความเสมอภาคได้โดยไม่จำต้องรอคอยเวลาจนกว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นจริงเสียก่อน ดังปรากฏตัวอย่างความรับผิดของนายจ้างในกรณีที่ลูกจ้างเป็นผู้ก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมแห่งการคุกคามในกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส (มาตรา 1152-5) และร่างพระราชบัญญัติขจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลฯ (มาตรา 8 วรรคสอง) ซึ่งกำหนดขอบเขตบุคคลที่ต้องร่วมรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ผู้อื่นได้กระทำไปในการทำงานให้แก่ตน ได้แก่ ผู้บังคับบัญชา นายจ้าง ตัวการ หรือเจ้าของกิจการ เว้นแต่ได้มีการดำเนินการที่สมเหตุสมผล ซึ่งหมายความถึงการดำเนินการ การป้องกัน การเปลี่ยนแปลง การปรับปรุงแก้ไข หรือเยียวยาของผู้มีหน้าที่ตามที่จำเป็นและเหมาะสมแก่เรื่อง โดยไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินควรหรือเกินสัดส่วนเพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลแล้ว เป็นต้น

5.2.4 ขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง

กฎหมายทั่วไปว่าด้วยหลักความเสมอภาคเยอรมันและฝรั่งเศสต่างก็ได้กำหนดขอบเขตเนื้อหาความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนที่กฎหมายผลบังคับไว้อย่างชัดเจน ได้แก่ มิติการจ้างแรงงานตั้งแต่เงื่อนไขในการเข้าสู่การจ้างแรงงาน การจ้างงานตนเองหรือการประกอบอาชีพ เงื่อนไขในการจ้างแรงงานและการทำงาน การเข้าถึงการแนะแนว ฝึกฝน ฝึกล่วงหน้า และฟื้นฟูอาชีพในทุกประเภทและทุกระดับ ตลอดจนการเป็นสมาชิกและเข้าร่วมองค์กรเกี่ยวกับแรงงานหรือองค์กรเกี่ยวกับวิชาชีพ มิติการคุ้มครองทางสังคม มิติผลประโยชน์ทางสังคม มิติการศึกษาภายใต้สัญญาในทางแพ่ง มิติการเข้าถึงและการจัดหาสินค้าและบริการซึ่งจำหน่ายต่อสาธารณชน และมิติการเคหะ ยิ่งไปกว่านั้น ยังปรากฏการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะที่มีผลบังคับต่อความสัมพันธ์รูปแบบหนึ่งรูปแบบใดเป็นพิเศษแยกต่างหากอีกด้วย ส่วนพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ นั้นกลับมิปรากฏการกำหนดขอบเขตเช่นว่านี้ เช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ และพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ อันส่งผลให้กฎหมายเหล่านี้มีขอบเขตการคุ้มครองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในด้านเนื้อหากว้างขวางมากที่สุดในแดนกฎหมายเอกชนไทย และก่อให้เกิดประเด็นปัญหาสำคัญที่ส่งผลไปถึงการกำหนดขอบเขตบุคคลผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายได้ด้วยในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน เพราะย่อมกลายไม่มีการจำกัดขอบเขตผลบังคับในทางใด ๆ ไว้เลย ซึ่งส่งผลให้ทุกย่างก้าวในการดำเนินชีวิตประจำวันระหว่างเอกชนด้วยกันต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในกฎหมายอย่างไร้ซึ่งอิสระหรือเสรีภาพตามหลักอิสระทางแพ่งโดยสิ้นเชิง ไม่ว่าจะเป็นการรับสมัครสมาชิกเข้าชมรมกีฬาในหมู่บ้าน การเชิญชวนเพื่อนให้มาร่วมรับประทานอาหารเย็นในที่พักส่วนตัว หรือการบริจาคสิ่งของให้แก่เด็กกำพร้าก็ตาม ถึงกระนั้น แม้การมองในมุมคุณธรรมจริยธรรมอันดีในการปฏิบัติตนและอยู่ร่วมกันในสังคมจะสมควรยอมให้หลักความเสมอภาคเข้าไปมีผลบังคับในกรณีเหล่านั้นได้ แต่ทั้งในทางทฤษฎีและความเป็นจริงแล้วนั้นย่อมเป็นไปไม่ได้ที่จะยอมรับบทสรุปของการคุ้มครองหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนด้วยการทำลายดินแดนอิสระของเอกชน

ในการกำหนดขอบเขตเนื้อหาของกฎหมายสำหรับระบบกฎหมายไทยอาจต้องเริ่มต้นจากการสกัดหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายต่างประเทศ โดยคัดเลือกจากพัฒนาการก้าวหน้าและเหมาะสมสำหรับสภาพสังคมไทยมากที่สุด ซึ่งหนึ่งในนั้นอาจเป็นได้ทั้งกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสที่ข้อพิจารณาหลักร่วมกันในการกำหนดเนื้อหาความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับหลักความเสมอภาค 2 ประการ ได้แก่

1) การมีอยู่ของอำนาจเหนือกว่าของฝ่ายหนึ่งในความสัมพันธ์ ไม่ว่าอำนาจเหนือนั้นจะเป็นอำนาจตามความเป็นจริงหรือในทางกฎหมายก็ตาม เพราะเป็นข้อบ่งชี้หลักที่แสดงให้

เห็นถึงสภาวะของตลาดสินค้าหรือบริการที่มีการแข่งขันไม่สมบูรณ์ หรือกล่าวได้ว่าเป็นความสัมพันธ์ที่มิได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานหลักอิสระในทางแพ่งตั้งแต่แรกเริ่ม และได้เข้าใกล้ลักษณะความสัมพันธ์แบบตลาดผูกขาดในแดนกฎหมายมหาชนแล้ว ด้วยเหตุนี้ ทั้งการรับสมัครสมาชิกเข้าชมรมกีฬาในหมู่บ้าน การเชิญชวนเพื่อนให้มาร่วมรับประทานอาหารเย็นในที่พักส่วนตัว และการบริจาคสิ่งของให้แก่เด็กกำพร้าจึงเป็นเรื่องของการมีอยู่ของอำนาจในการตัดสินใจในฐานะหัวหน้าชมรมกีฬา อำนาจกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองของเจ้าบ้าน และอำนาจกรรมสิทธิ์ในสิ่งของของผู้บริจาคทั้งสิ้น

2) ความเป็นสาธารณะการเข้าถึงความสัมพันธ์ ซึ่งเป็นข้อพิจารณาส่วนขยายข้อพิจารณาแรก เพื่อให้การชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนฝ่ายที่ต้องตกอยู่ภายใต้หน้าที่ตามสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนผู้อื่นไม่อาจถูกลดทอนลงไปอย่างสิ้นเชิง โดยการจำกัดผลบังคับของหลักความเสมอภาคให้แคบลงได้นำเอาสิ่งสะท้อนลักษณะเด่นของความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนมาปรับใช้ นั่นคือ ความเป็นสาธารณะของความสัมพันธ์ เพราะการใช้อำนาจรัฐเป็นเรื่องของผลประโยชน์ของมหาชนส่วนรวมและไร้ซึ่งประโยชน์ส่วนตนของผู้ใดผู้หนึ่ง ในขณะที่การบังคับใช้สิทธิและเสรีภาพภายใต้หลักอิสระทางแพ่งของเอกชนนั้น แม้ว่าจะต้องคำนึงถึงสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนผู้อื่นแล้ว สิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องในการกระทำของเอกชนผู้อยู่ภายใต้กฎหมายอีกฝ่ายก็เป็นอีกสิ่งหนึ่งที่เข้ามาถ่วงน้ำหนักความชอบและเหตุผลให้เอกชนนั้นหลุดพ้นจากหน้าที่ในการให้ความเคารพหลักความเสมอภาคได้เช่นกัน ด้วยเหตุนี้ ผลบังคับของกฎหมายจึงย่อมเกิดขึ้นกับการจำหน่ายสินค้าหรือบริการของนายทุนที่ครอบงำตลาด ในทำนองเดียวกันกับอำนาจการคัดเลือกสมาชิกของหัวหน้าชมรมกีฬาในหมู่บ้านและอำนาจกรรมสิทธิ์ในสิ่งของของผู้บริจาค แต่ไม่อาจเกิดขึ้นในกรณีการเชิญแขกเข้าร่วมรับประทานอาหารในบ้านพักอาศัยส่วนตัว และเมื่อใดที่ความเป็นสาธารณะในการเข้าถึงความสัมพันธ์ลดน้อยลง อย่างเช่นเมื่อนายทุนได้เปลี่ยนวิธีการจำหน่ายสินค้าหรือบริการแบบขายตรงต่อรายผู้ซื้ออย่างเจาะจงแบบส่วนตัว หัวหน้าชมรมปฏิเสธผู้สมัครจากหมู่บ้านอื่น ๆ หรือผู้บริจาคเลือกบริจาคโดยตรงให้องค์กรการกุศล เมื่อนั้นความเข้มข้นของผลบังคับของกฎหมายย่อมลดน้อยลงตามไปด้วย อนึ่ง จะเห็นได้ว่าการพิจารณาว่ากรณีใดบ้างที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องใช้ข้อเท็จจริงหลายประการประกอบกัน ดังนั้น นอกจากที่กฎหมายไม่ควรจะกำหนดขอบเขตด้วยถ้อยคำที่ยากต่อการตีความตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ศาลเองก็จะต้องทำความเข้าใจถึงลักษณะความสัมพันธ์รายกรณีให้ครบทุกมิติเสมอ

5.2.5 ข้อยกเว้น

ข้อยกเว้นหลักความเสมอภาคในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มาตรา 17 วรรคสอง ก่อให้เกิดข้อวิจารณ์ที่ถูกโต้แย้งและมีการถกเถียงกันมากที่สุดตั้งแต่ในช่วงขั้นตอนการร่างกฎหมาย แม้กระทั่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเองก็ยังยอมรับถึงปัญหาใน

ข้อนี้ โดยเฉพาะเมื่อร่างกฎหมายเดิมทีปรากฏไปถึงเหตุผลทางวิชาการ นอกเหนือจากเหตุผลเพื่อการขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น การคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย การปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา และความมั่นคงของประเทศ รวมถึงการที่ข้อยกเว้นได้รับการบัญญัติไว้ในบทนิยามของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งปัจจุบันได้ปรับเปลี่ยนมาบัญญัติไว้ในมาตรา 17 วรรคสองแทน ด้วยความพยายามที่จะบรรเทาผลบังคับของข้อยกเว้นให้เบาบางลง ถึงกระนั้น ในแต่ละข้อยกเว้นที่ปรากฏในกฎหมายฉบับปัจจุบันก็ยังคงถูกวิพากษ์วิจารณ์ในเชิงลบ เนื่องจากความไม่สอดคล้องกับหลักการอันเป็นสากล โดยเฉพาะหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) ซึ่งส่งผลผูกพันให้เกิดความพยายามในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ และการเลือกใช้ถ้อยคำบัญญัติที่มีความหมายกว้างจนยากที่จะกำหนดขอบเขตที่ชัดเจน เมื่อเทียบกับกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสที่ได้ระบุข้อยกเว้นไว้อย่างรัดกุมมากกว่า อันเป็นการลดบทบาทการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกันนั้นด้วยความเห็นและเสียงของประชาชนผ่านผู้แทนในรัฐสภา และเพิ่มอำนาจดุลยพินิจของศาลซึ่งเป็นองค์กรรัฐที่ถือว่าปราศจากความเกี่ยวข้องและการยึดโยงกับประชาชน

ประเด็นและปัญหาเกี่ยวกับข้อยกเว้นตามมาตรา 17 วรรคสอง สามารถพิจารณาเป็นรายกรณีได้ ดังต่อไปนี้

1) การขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น เมื่อลักษณะของสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนอาจเป็นได้ทั้งสิทธิเชิงป้องกันและสิทธิในเชิงบวก เหตุผลตามข้อยกเว้นนี้จึงแสดงให้เห็นถึงช่องทางการยอมให้เอกชนสามารถดำเนินการใด ๆ โดยเฉพาะในเชิงบวกหรือเชิงรุกเพื่อยังให้สิทธิและเสรีภาพของเอกชนอื่นบังคับใช้ได้อย่างเท่าเทียมกันระหว่างเอกชนอื่นด้วยกันได้ ด้วยเหตุนี้ นอกจากจะเป็นการรับรองถึงความชอบธรรมของการให้สิทธิพิเศษบางประการแก่เอกชนผู้ใดผู้หนึ่งอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศ ข้อยกเว้นนี้ยังอาจกลายเป็นหนึ่งในเครื่องมือที่สามารถช่วยแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ ในระบบกฎหมายไทยที่ยังมิได้มีการแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับหลักสิทธิในความเสมอทางเพศ เช่น การที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ ที่ได้รับรองสิทธิพิเศษสำหรับแรงงานบางประเภทโดยเฉพาะแรงงานเพศหญิงไว้ โดยไม่ปรากฏสิทธิในลักษณะเดียวกันกับแรงงานเพศหญิงสำหรับเพศอื่น แต่เมื่อแรงงานเพศอื่นนั้นมีภาระและความรับผิดชอบในลักษณะเดียวกันกับแรงงานเพศหญิงที่เป็นมารดาของบุตร การตีความและบังคับใช้กฎหมายก็สมควรเป็นไปด้วยเหตุผลที่แท้จริง นั่นคือ การยอมให้แรงงานที่มีความจำเป็นเช่นเดียวกันนั้นมีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกับแรงงานหญิงด้วย ซึ่งอาจพิจารณาตัวอย่างได้จากสิทธิตามกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสในการลาพักของแรงงานที่ต้องรับผิดชอบต่อครอบครัว โดยไม่จำกัดเฉพาะกรณีมารดาที่ต้องดูแลบุตร หรือเพื่อรักษาสมดุล

ระหว่างชีวิตการทำงานกับชีวิตส่วนตัวของแรงงานที่มิได้มีฐานะเป็นคู่สมรสหรือบิดามารดาตามกฎหมายแต่เป็นผู้ปกครองเด็กหรือบุตรบุญธรรม

2) การคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย โดยทั่วไปการพิจารณาถึงเหตุผลเช่นนี้มักจะเป็นเรื่องในมุมมองของผู้ถูกเลือกปฏิบัติ ดังจะเห็นได้จากการให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงหรือเด็กในครรภ์มิให้ทำงานที่มีความเสี่ยงต่อสุขภาพ อันเป็นการมองข้ามเหตุผลในมุมมองของฝ่ายผู้เลือกปฏิบัติ ยกตัวอย่างเช่นกรณีการประกาศรับสมัครเฉพาะพนักงานทำความสะอาดที่เป็นเพศหญิงเพื่อเข้าทำงานภายในบ้านที่มีความเป็นส่วนตัวและผู้อาศัยทั้งหมดเป็นเพศหญิงและคนชรา จึงเห็นได้ว่าประกาศดังกล่าวย่อมเป็นไปเพื่อการป้องกันและลดความเสี่ยงในความเสียหายจากเหตุร้ายหรืออาชญากรรมทางเพศ ดังนั้น ในการตีความและบังคับใช้ข้อยกเว้นนี้จะต้องให้ความสำคัญกับกรณีเช่นว่านี้ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากรณีแรก กล่าวคือ ในการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกัน ผู้ชั่งน้ำหนักจะต้องให้น้ำหนักกับสิทธิในความปลอดภัยของชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน รวมถึงชื่อเสียง หรือสิทธิอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องของฝ่ายผู้เลือกปฏิบัติอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงคุณลักษณะและเหตุผลโดยเฉพาะของผู้เลือกปฏิบัติประกอบด้วยเสมอ

3) การปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา เมื่อเสรีภาพของบุคคลในการที่จะเชื่อถือและศรัทธา ไม่ใช่สิ่งที่กฎหมายจะมาบังคับให้คนต้องปฏิบัติตามหลักการศาสนาในทุกกรณี[13] ข้อยกเว้นนี้จึงได้รับการโต้แย้งอย่างหนัก กล่าวคือ การนับถือศาสนาที่เป็นเสรีภาพของบุคคลไม่ควรถูกนำมาเป็นตัวกำหนดหน้าที่หรือข้อห้ามบางประการต่อผู้อื่นที่มิได้นับถือศาสนาดังกล่าวหรือแม้กระทั่งมิได้นับถือศาสนาใดเลย ดังนั้น การตีความและบังคับใช้ข้อยกเว้นนี้จึงจำต้องใช้ความละเอียดอ่อนและถี่ถ้วนเป็นอย่างมาก โดยคงอ้างเป็นเหตุอันสมควรหรือความจำเป็นเฉพาะแต่ในกรณีที่การเลือกปฏิบัตินั้นเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนาโดยตรงและอย่างแท้จริง เช่น การบวชพระภิกษุสงฆ์สำหรับพุทธศาสนิกชนเพศชาย หรือการกำหนดหลักกฎหมายมรดกของทายาทที่เป็นเพศหญิงแตกต่างไปจากทายาทที่เป็นเพศชายสำหรับผู้นับถือศาสนาอิสลาม[14] เป็นต้น ทั้งนี้ การที่สังคมไทยมีประวัติศาสตร์สืบเนื่องมายาวนาน การดำเนินชีวิตประจำวันส่วนใหญ่ของชนชาวไทยจึง

---

[13] สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “เวทีสาธารณะ เรื่อง “พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ กับสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ””, สืบค้นเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2562, จาก www.nhrc.or.th/News/Information-News/เวทีสาธารณะ-เรื่อง-พ-ร-บ-ความเท่าเทียมระหว่างเพศ-พ.aspx.

[14] พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตต์จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489

ขึ้นอยู่กับจารีตประเพณีดั้งเดิมในเกือบทุกช่วงขณะชีวิตตั้งแต่เกิดจนกระทั่งตาย และจารีตประเพณีเหล่านั้นก็มักนำเอาความเชื่อและศาสนาเข้ามาเป็นเหตุผลอ้างอิงความน่าเชื่อถือ ด้วยเหตุนี้ วิธีปฏิบัติบางอย่างที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ แต่หากปรากฏการอ้างอิงถึงศาสนาอาจกลายเป็นเรื่องธรรมดาของสังคมไป เพียงเพราะเหตุผลที่ว่าเป็นเรื่องที่ปฏิบัติกันมาเนิ่นนานและไม่เคยเกิดปัญหาหรือการโต้แย้ง ยกตัวอย่างเช่นการห้ามผู้หญิงเข้าไหว้สักการะสิ่งศักดิ์สิทธิ์ภายในโบราณสถานที่เกี่ยวข้องกับทางศาสนา ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีนี้เป็นเรื่องวัฒนธรรมเกี่ยวกับศาสนามากกว่าหลักการทางศาสนาโดยตรง ดังนั้น ข้อห้ามดังกล่าวจึงไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามกฎหมายฉบับนี้และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4) ความมั่นคงของประเทศ เหตุแห่งข้อยกเว้นนี้นับว่ามีช่องโหว่ในการบังคับใช้เป็นอย่างมาก เพราะการตีความที่สามารถเป็นไปอย่างกว้างขวางและมีข้อจำกัดน้อย ทั้งเมื่อกฎหมายก็มิได้กำหนดรายละเอียดของข้อยกเว้นไว้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ จึงเท่ากับต้องการปล่อยให้เป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลยพินิจของผู้ตีความและบังคับใช้กฎหมายอย่างศาล แทนที่จะเป็นเรื่องของรัฐสภาผู้มีทรัพยากรข้อมูลและข้อพิจารณาที่มากกว่า ยิ่งไปกว่านั้น จะเห็นได้ว่ากว่าที่รัฐจะสามารถเข้ามาควบคุมการใด ๆ ของเอกชนก็ต้องรอให้ปรากฏข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายเสียก่อน ดังนั้น ข้อยกเว้นใดก็ตามที่มีความเป็นนามธรรมมากจนเกินไปย่อมเป็นการทำลายหลักความเสมอภาคระหว่างเพศได้โดยง่ายและสร้างความเสียหายได้มากกว่าการระบุข้อยกเว้นไว้โดยแคบและชัดเจน

อนึ่ง นอกจากข้อยกเว้นในมาตรา 17 วรรคสอง ข้อยกเว้นสำคัญอีกประการหนึ่งของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ นั่นคือ “ความชอบธรรม” หรือความเป็นธรรมของการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศ กล่าวคือ การใดก็ตามแม้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ หากแต่ปรากฏความชอบธรรมของการนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมายฉบับนี้เสมอ โดยจะเห็นได้ว่าความไม่เป็นธรรมเป็นองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายไทยเท่านั้น เพราะจากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศพบว่ากฎหมายเหล่านี้ได้ใช้ถ้อยคำถึงการเลือกปฏิบัติในฐานะการกระทำหรือไม่กระทำในเชิงลบไปในคราวเดียว โดยไม่ต้องระบุถึงความไม่เป็นธรรมเพื่อขยายความของการดังกล่าวอีก ในขณะที่การเลือกปฏิบัติที่ชอบธรรมจะใช้ถ้อยคำอื่นอย่างการปฏิบัติที่แตกต่างหรือกล่าวว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติไปเลยตั้งแต่แรก ทั้งนี้ เหตุแห่งความชอบธรรมนั้นถือว่ามีข้อดีในการตีความและบังคับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่นต่อกาลเวลา เพราะสามารถปรับเปลี่ยนและยอมรับเอาความคิดเห็นส่วนใหญ่ของสังคมในช่วงเวลาที่มีการบังคับใช้กฎหมายมาปรับใช้ได้อย่างทันถ่วงที เช่น การแข่งขันกีฬาโดยจำกัดเพศของนักกีฬาซึ่งเป็นการคำนึงถึงพลกำลังและสรีระของนักกีฬาในการแข่งขันนั้น ๆ หรือการรับสมัครนักร้องเฉพาะที่เป็นเพศชายในร้านอาหาร เนื่องจากร้านอาหารนั้นมีแต่นักร้องเพศหญิง เป็นต้น โดยไม่ต้อง

รอคอยให้มีการตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมเสียก่อน ด้วยถือว่าถ้อยคำที่ใช้ในการบัญญัตินั้นมีลักษณะปลายเปิดซึ่งเป็นการเปิดช่องทางให้ศาลสามารถตีความและบังคับใช้กฎหมาย ภายใต้ผลผูกพันของหลักความเสมอภาคอย่างเกิดความยุติธรรมแก่รายกรณีมากที่สุดได้ แต่ในเวลาเดียวกันก็อาจกลายเป็นข้อเสียได้ หากความคิดเห็นส่วนใหญ่ของสังคมผ่านตัวกลางอย่างศาลในการใช้อำนาจตุลยพินิจตีความกฎหมายเป็นไปอย่างไร้ขอบเขตจำกัดนั้นไม่ถูกต้องและชอบธรรมในสำหรับสังคมอื่น ดังปรากฏตัวอย่างแนวคิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรือผู้เห็นต่างทางศาสนาของสังคมในประวัติศาสตร์

5.2.6 การกระทำในเชิงบวก

การปฏิบัติที่แตกต่างและมีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงบวกถือเป็นหนึ่งในข้อยกเว้นเพื่อการขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นตามมาตรา 17 วรรคสอง อันสอดคล้องกับหลักการในมาตรา 27 ประกอบมาตรา 71 วรรคสามและวรรคสี่แห่งรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปัจจุบัน แม้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับหน้าที่ตามกฎหมายของเอกชนในการดำเนินการใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงบวกเพื่อประโยชน์ของเอกชนผู้อื่นจะเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนและเปราะบาง เมื่อเทียบกับแนวคิดเดียวกันนี้ของภาครัฐเพื่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ในขณะที่กรณีของเอกชนเป็นเพียงผลต่อเนื่องจากภารกิจดังกล่าวของรัฐในฐานะเครื่องมือช่วยเหลือรัฐ บนพื้นฐานแห่งผลของการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองที่เหมาะสมระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนผู้มีหน้าที่กับเอกชนผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาค ด้วยเหตุนี้ ตามทฤษฎีแล้วจึงไม่อาจกล่าวได้เด็ดขาดว่าหน้าที่ในการกระทำเชิงบวกตามกฎหมายของเอกชนก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่เอกชนผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาค อันแตกต่างจากกรณีสิทธิเชิงป้องกัน[15] ยิ่งไปกว่านั้น หน้าที่ดังกล่าวยังสมควรมีบรรทัดฐานในทางกฎหมายเป็นเพียงเรื่องของการให้การสนับสนุนหรือความร่วมมือของภาคเอกชนต่อภาครัฐ และเพื่อจูงใจเอกชนนั้นรัฐอาจต้องเสนอผลตอบแทนแลกกับสิทธิประโยชน์พิเศษบางประการ เช่น การกำหนดให้เป็นเงื่อนไขในการเข้าสัญญากับรัฐ การลดหย่อนภาษี การให้เงินทุนสนับสนุน หรือการประกาศเกียรติคุณ เป็นต้น ทั้งนี้ แม้จะไม่

---

[15] อย่างไรก็ดี ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ กลับรับรองถึงสิทธิของผู้พิการในมาตรา 20/1 ว่า *“เพื่อประโยชน์ในการใช้สิทธิตามนี้ คนพิการอาจดำเนินการ ดังต่อไปนี้...(2) ร้องขอให้หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่เกี่ยวข้องจัดให้มี สนับสนุน อำนวยความสะดวก หรือปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อให้คนพิการสามารถใช้สิทธิได้ตามที่กฎหมายกำหนด”* ซึ่งส่งผลก่อเกิดเป็นสิทธิเรียกร้องโดยตรงระหว่างเอกชนด้วยกัน

ปรากฏการกำหนดหน้าที่ตามกฎหมายของเอกชนในกฎหมายฉบับนี้ก็ตาม[16] หน้าที่ดังกล่าวก็อาจเกิดขึ้นได้จากคำสั่งของคณะกรรมการ วลพ. ให้องค์กรเอกชนหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ด้วยวิธีใดที่เห็นเหมาะสม เพื่อระงับและป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศตามมาตรา 20 (1)

อนึ่ง โดยเฉพาะสำหรับสิทธิในความเสมอภาคของผู้พิการ กฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปและกฎหมายในหลายประเทศ เช่น กฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส เป็นต้น ต่างก็ได้ยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับหน้าที่ตามกฎหมายของเอกชนที่มีความสามารถเพียงพอในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสมแก่ผู้พิการ ทั้งได้กำหนดบทลงโทษหรือความรับผิดสำหรับการงดเว้นหน้าที่ดังกล่าวไว้ด้วย โดยถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่กรณีสิทธิในความเสมอภาคทางเพศยังคงปรากฏข้อโต้แย้งอยู่เรื่อยมาถึงเหตุผลอันสมควรและความจำเป็นรวมถึงความเหมาะสมของการกำหนดมาตรการดังกล่าว แต่ข้อโต้แย้งดังกล่าวกลับมีน้ำหนักน้อยลงเมื่ออยู่ในมิติการจ้างแรงงานที่มีความเสียหายจากการละเมิดสิทธิของลูกจ้างเกิดขึ้นบ่อยและเป็นประจักษ์ตาก็ตาม ดังนั้น จึงปรากฏการรับรองหน้าที่ตามกฎหมายของนายจ้างในการดำเนินการจัดให้มีสวัสดิการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกโดยเฉพาะสำหรับแรงงานโดยเฉพาะเพศหญิงอย่างเช่นการจัดให้มีสถานที่ให้นมบุตร และการกำหนดโควตาตำแหน่งงานสำหรับแรงงานเพศต่าง ๆ เป็นต้น อย่างไรก็ดี แนวคิดการกำหนดโควตานั้นในปัจจุบันยังถือไม่ได้รับการยอมรับอย่างไร้ข้อกังหา ดังเช่นกรณีโควตาสำหรับแรงงานผู้พิการ เพราะนอกจากที่จะทำให้สังคมมีลักษณะเข้าใกล้กับการเป็นรัฐสังคมนิยม ยังมีการต่อต้านจากการสร้างความกดดันเกี่ยวกับเพศและการมองข้ามความสามารถที่แท้จริงของแรงงานจากฝ่ายผู้ได้ประโยชน์เอง รวมถึงความสับสนของเกณฑ์การจำแนกความเป็นเพศตามเงื่อนไขของมาตรการเช่นว่า ยกตัวอย่างเช่นหากกำหนดให้เป็นโควตาของเพศหญิงจะต้องพิจารณาเพศกำเนิดหรือความเป็นเพศที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

อีกทั้ง ปัญหาสำคัญที่สุดของแนวคิดการกระทำในเชิงบวกในแดนกฎหมายเอกชน คือ การแสดงให้ถึงเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นของการนั้นเมื่อการนั้นเป็นเรื่องที่เอกชนสมัครใจดำเนินการเอง ยกตัวอย่างเช่นการจัดให้มีสถานที่จอดรถสำหรับผู้หญิง (Lady parking) ในสถานประกอบกิจการเอกชน หรือการจัดสรรที่นั่งสำหรับผู้หญิง (Lady zone) บนรถโดยสารเอกชน[17]

---

[16] iLaw, “ร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ ‘ขุดของเก่ามาเน่าใหม่’,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2563, จาก https://ilaw.or.th/node/3314.

[17] เดลินิวส์ออนไลน์, “นครชัยแอร์ ผุด “เลดี้โซน” ทางเลือกใหม่ของผู้หญิง,” สืบค้นเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2564, จาก https://www.dailynews.co.th/article/259621.

ซึ่งหากเอกชนผู้ดำเนินการไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงเหตุตามข้อยกเว้นเพื่อการขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นได้ การนั้นย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศต่อบุคคลอื่นที่เป็นผู้ใช้บริการที่มิได้เป็นเพศหญิง และหากเอกชนนำเอาเหตุในความเป็นได้ของการเกิดความเสียหายต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของผู้หญิงจากอาชญากรรมก็อาจเกิดการตั้งคำถามเช่นเดียวกับการกำหนดเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของเอกชนในบางมลรัฐเยอรมัน[18] ถึงคุณค่าการรับฟังเหตุอันสมควรเพื่อเป็นพื้นที่ปลอดภัยสำหรับอาชญากรรมทางเพศซึ่งอาจกลายเป็นเพียงหนึ่งในเครื่องผลิตซ้ำความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศ[19] ประกอบกับการให้ความคุ้มครองและหลักประกันความปลอดภัยนี้ไม่ควรเกิดขึ้นแก่เพศหญิงเท่านั้น หากแต่ควรเป็นเรื่องของ “ทุกเพศ” และ “ทุกคน” ด้วยเหตุนี้ จึงแสดงให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวของเอกชนยังไม่มีความเป็นธรรมมากเพียงพอ เมื่อเทียบกับกรณีการกำหนดโควตาตำแหน่งงานที่ปรากฏความเหลื่อมล้ำอย่างชัดเจนจากโครงสร้างระบบตำแหน่งงานและวัฒนธรรมองค์กรของสังคมไทย

5.2.7 องค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาคทางเพศ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีหน้าที่ในการคุ้มครองความเสมอภาคในฐานะสิทธิมนุษยชน แต่โดยเฉพาะสำหรับสิทธิในความเสมอภาคทางเพศจะอยู่ภายใต้การคุ้มครองของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ วลพ. คณะกรรมการ สทพ. คณะกรรมการบริหารกองทุนส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ และกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว โดยอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้จะไม่มีลักษณะในเชิงสนับสนุนหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ องค์กรดังกล่าวมีฐานะเป็นผู้กำกับดูแลทั้งฝ่ายผู้เสียหายและฝ่ายที่ถูกกล่าวหาอย่างเป็นกลาง แม้กฎหมายจะได้รับรองให้องค์กรที่เกี่ยวข้องสามารถเป็นตัวแทนยื่นคำร้องหรือฟ้องคดีแทนผู้เสียหายได้ตามมาตรา 18 วรรคสาม แต่ก็มิได้มีความหมายโดยเจาะจงไปยังองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายฉบับนี้โดยตรง รวมถึงยังไม่ปรากฏหน้าที่ในการเป็นตัวแทนผู้เสียหายในดำเนินการใด ๆ ตามกฎหมายขององค์กรดังกล่าวด้วย ในขณะที่องค์กรต่อต้านการเลือกปฏิบัติแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและผู้พิทักษ์สิทธิฝรั่งเศสจะมุ่งคุ้มครองฝ่ายผู้เสียหายเป็นสำคัญ ด้วยเป็นหน้าที่ขององค์กรในการเป็นผู้ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมายและตัวแทนผู้รับมอบอำนาจจากผู้เสียหาย

---

[18] โปรดดู ภาวรรณ ธนาเลิศสมบูรณ์, “Ladies Parking : การเมืองเรื่อง ‘ที่จอดรถของผู้หญิง’,” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2564, จาก https://www.the101.world/ladies-parking/.

[19] The MOMENTUM, “‘Lady parking’ พื้นที่ปลอดภัยหรือเป็นการผลิตซ้ำความไม่เท่าเทียมทางเพศ?,” สืบค้นเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2564, จาก https://themomentum.co/lady-parking-issue/.

คณะกรรมการ วลพ. เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญต่อการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะเมื่อคณะกรรมการเป็นผู้ใช้อำนาจกึ่งตุลาการในการวินิจฉัยและมีคำสั่งเกี่ยวกับคำร้องว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศระหว่างเอกชนด้วยกัน ซึ่งการออกคำสั่งนั้นไม่จำต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดในเรื่องเนื้อหาใดและอาจนอกเหนือไปจากที่มีการร้องขอก็ได้[20] รวมถึงการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัย โดยจะเห็นได้ว่าอำนาจหน้าที่ดังกล่าวมิได้มีความซ้ำซ้อนกับอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและรายงานข้อเท็จจริงของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและผู้ตรวจการแผ่นดินแต่อย่างใด เนื่องจากทั้งสององค์กรนี้มีวัตถุประสงค์ให้คำปรึกษาและคำแนะนำแต่เพียงเท่านั้น นอกจากนี้ เมื่อเทียบกับภารกิจของหน่วยงานต่อต้านการเลือกปฏิบัติแห่งสหพันธ์ฯ จะพบว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการมีขอบเขตกว้างขวางกว่าอยู่หลายส่วนโดยเฉพาะการออกคำสั่งตามคำร้อง หากแต่ก็มิได้กว้างไปถึงการมีอำนาจเสนอข้อยุติในข้อพิพาทว่าด้วยการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายอาญาด้วยวิธีการที่มีลักษณะคล้ายกับการเปรียบเทียบปรับในคดีอาญาได้ดังเช่นผู้พิทักษ์สิทธิฝรั่งเศส ทั้งยังไม่ปรากฏอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการในการเป็นตัวกลางในการไกล่เกลี่ยนอกศาล โดยปรากฏเป็นหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกในการไกล่เกลี่ยเท่านั้น เนื่องด้วยต้องถือว่าการดังกล่าวเป็นเรื่องจำเป็นและเหมาะสมเป็นอย่างมากสำหรับการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน เพราะถือเป็นการรักษาสภาวะแห่งความอิสระได้มากกว่าการใช้อำนาจรัฐเข้ามาแทรกแซงกิจการดังกล่าวโดยตรง และหากปล่อยให้เป็นเรื่องโดยอิสระระหว่างเอกชนที่พิพาทกันต่อไปย่อมเป็นที่แน่นอนว่าผลแห่งการไกล่เกลี่ยจะวนกลับไปสู่จุดเริ่มต้นของการเลือกปฏิบัติ นั่นคือฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าก็ยังคงมีอำนาจดังกล่าวโดยไม่มีตัวกลางหรือผู้ใดกำกับดูแลนั่นเอง

ทั้งนี้ ตัวอย่างประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนภายใต้อำนาจหน้าที่ขององค์กรตามกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่

1) การกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัย แม้จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 19 ซึ่งส่งผลให้การใช้อำนาจนี้จะต้องเป็นไปโดยเท่าที่จำเป็นและสมควรแก่กรณี และหลักการทั่วไปในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่เมื่อผลของการออกคำสั่งให้เอกชนต้องระงับการกระทำที่ถูกกล่าวหาย่อมมีผลเป็นการลดทอนผลบังคับแห่งสิทธิในการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาโดยสิ้นเชิง อันเป็นการขัดต่อหลักการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกันด้วยเหตุนี้ มาตรการดังกล่าวจึงต้องกำหนดระยะเวลาเพียงชั่วคราว รวมถึงมีการกำหนดความรับผิด

---

[20] โปรดดู จิตราภรณ์ วนัสพงศ์ และปิยะวรรณ แก้วศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.31.

ในกรณีที่ผู้ร้องมีเจตนาไม่สุจริตเพื่อประวิงคดีหรือจงใจให้ผู้ถูกกล่าวได้รับความเสียหาย ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง

2) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ วลพ. ตามมาตรา 20 (1) ในการวินิจฉัยและมีคำสั่งตามคำร้องเพื่อระงับและป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่ไม่สามารถยังให้เกิดประสิทธิผลได้อย่างแท้จริง เมื่อกฎหมายมิได้กำหนดกลไกการดำเนินงานใดที่สามารถประสานการทำงานให้มีการนำผลการวินิจฉัยคำร้องของคณะกรรมการ วลพ. และข้อคิดเห็นอื่น ๆ ไปสู่การกำหนดนโยบายและมาตรการโดยคณะกรรมการ สทพ. ผู้รับผิดชอบได้เท่าที่ควร[21] และการไม่ปรากฏผลในทางกฎหมายหรือสภาพบังคับของคำวินิจฉัยและคำสั่งของคณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรผู้เชี่ยวชาญโดยเฉพาะเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคทางเพศเมื่อเทียบกับศาล รวมถึงข้อเรียกร้องให้ศาลในคดีแพ่งต้องรับฟังคำวินิจฉัยดังกล่าวในฐานะพยานหลักฐานตามกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อผลตามกฎหมายเพียงประการเดียวที่ปรากฏ คือ การลงโทษผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการหากผู้นั้นได้งดเว้นการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว ด้วยความรับผิดในทางอาญาตามมาตรา 34 โดยจากการศึกษาในครั้งนี้ได้แสดงให้เห็นแล้วว่าผลในทางกฎหมายเช่นว่าของการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไม่สมควรจะเกิดขึ้นเลยในระบบกฎหมาย เพราะนั่นส่งผลเป็นการลดทอนผลบังคับของเสรีภาพในการกระทำของผู้ถูกโทษในแดนอิสระโดยสิ้นเชิง

5.2.8 ผลแห่งการละเมิดกฎหมาย

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับผลในทางกฎหมายของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ สามารถพิจารณาได้ดังนี้

5.2.8.1 สิทธิในการเรียกร้องตามกระบวนการภายนอกศาล

1) ขอบเขตอายุความในการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. เมื่อกฎหมายกำหนดให้ผู้เสียหายจะต้องดำเนินการภายใน 1 ปี นับแต่วันทราบหรือถือว่าทราบเหตุแห่งการร้อง โดยไม่มีการกำหนดถึงกรณีนับแต่วันที่ได้มีการกระทำหรือไม่กระทำการที่ถูกกล่าวหาดังเช่นอายุความในฐานละเมิด ได้แสดงให้เห็นถึงขอบเขตความรับผิดตามกฎหมายฉบับนี้อย่างกว้างขวางมากกว่ากรณีละเมิดในทางแพ่ง และย่อมกลายเป็นว่าการให้ความคุ้มครองระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกัน โดยเฉพาะของฝ่ายผู้ถูกกล่าวมิได้เป็นไปตามหลักการชั่งน้ำหนัก

2) การไม่ปรากฏสิทธิในการเรียกร้องภายนอกศาลที่เป็นระบบและมีประสิทธิภาพ นอกจากสิทธิในการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. กฎหมายก็มิได้รับรองถึงสิทธิประการอื่นใดให้แก่ผู้เสียหายอีก แม้มีกำหนดหน้าที่ของคณะกรรมการในการอำนวยความสะดวกใน

---

[21] โปรดดู จิตราภรณ์ วนัสพงศ์ และปิยะวรรณ แก้วศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.48.

การไกล่เกลี่ยนอกศาลไว้ก็ตาม เพราะย่อมไม่อาจหมายความไปถึงว่าคณะกรรมการต้องเข้ามาเป็นตัวกลางกำกับดูแลการใช้อำนาจเจรจาต่อรองของแต่ละฝ่ายในการไกล่เกลี่ย ในขณะที่พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ ได้รับรองทั้งสิทธิของผู้เสียหายในการยื่นคำร้องและดำเนินการแก้ไขภายในองค์กรเอกชน[22] และสิทธิในการไกล่เกลี่ยนอกศาล อันแสดงให้เห็นว่าแม้กฎหมายทั้งสองฉบับจะถือได้ว่าเป็นกฎหมายลูกพี่ลูกน้อง เนื่องจากหลักการและโครงสร้างในกฎหมายที่มีความใกล้เคียงซึ่งกันและกันเป็นอย่างมาก ดังพิจารณาได้จากบทบัญญัติว่าด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติที่เรียกได้ว่าถอดแบบกันมา แต่รัฐสภากลับเล็งเห็นถึงความเข้มข้นของผลบังคับของหลักความเสมอภาคของผู้พิการมากกว่าหลักความเสมอภาคทางเพศ นอกจากนั้น หากรัฐสภาเข้าใจถึงลักษณะและผลแห่งที่ควรจะเป็นของการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนอย่างแท้จริง รัฐสภาก็ควรต้องรับรองสิทธิในการยื่นคำร้องและดำเนินการแก้ไขภายในองค์กรในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มากกว่าในพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ เพราะสิทธิเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการหลีกเลี่ยงการแทรกแซงกิจการระหว่างเอกชนด้วยกันโดยรัฐ ซึ่งเป็นสิ่งที่สะท้อนถึงการลดทอนความเข้มข้นของผลบังคับสิทธิในความเสมอภาค ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าหลักประกันสิทธิตามกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสยังล้ำหน้ากว่ากฎหมายไทยอยู่มาก ดังปรากฏการรับรองโดยเฉพาะเจาะจงไปถึงสิทธิพิเศษของลูกจ้างผู้เสียหายในมิติการจ้างแรงงาน โดยเฉพาะสิทธิในการปฏิเสธการทำงานโดยไม่ถูกหักค่าจ้างและสิทธิการได้รับการคุ้มครองความเป็นผู้เสียหายจากการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายภายนอกศาล

3) อำนาจหน้าที่ในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะกรรมการ วลพ. ตามมาตรา 19 การที่กฎหมายเยอรมันกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลย่อมเท่ากับว่ารัฐสภาเยอรมันได้คำนึงถึงการคุ้มครองหลักความอิสระทางแพ่งของเอกชนเป็นสำคัญ โดยให้การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในแดนกฎหมายเอกชนสมควรเป็นเรื่องที่จะต้องดำเนินการโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐโดยตรง อีกทั้ง ศาลเองก็เป็นองค์กรที่ได้รับการคัดสรรด้วยระบบที่เคร่งครัดและมีประสิทธิภาพและในการใช้อำนาจตุลาการก็จะต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ในขณะที่กฎหมายไทยกำหนดอำนาจหน้าที่นี้ให้เป็นของคณะกรรมการ วลพ. ซึ่งเป็นเพียงหน่วยงานปกครอง ถึงกระนั้น เมื่อมาตรการตามกฎหมายฉบับนี้เป็นเพียงการใช้อำนาจรัฐซึ่งมีข้อจำกัด ประกอบกับการที่มาตรการดังกล่าวมีผลบังคับเพียงชั่วคราว ความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะของคณะกรรมการจึงถือได้ว่ามีความเหมาะสมเพียงพอที่จะไม่ส่งผลกระทบจนเกินสมควร

---

[22] ภายใต้เงื่อนไขการเป็นสมาชิกขององค์กรนั้น ดังนั้น ผู้เสียหายที่เป็นบุคคลภายนอกองค์กรจึงไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าวได้

5.2.8.2 สิทธิในการเรียกร้องตามกระบวนการภายในศาล

1) อำนาจหน้าที่ในการฟ้องคดีแทนผู้เสียหายขององค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาคทางเพศ เมื่อวัตถุประสงค์ของการให้อำนาจเป็นไปเพื่อการคุ้มครองและให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายที่เดิมทีเป็นฝ่ายที่ตกอยู่ในสถานะที่อ่อนแอกว่าผู้ถูกกล่าวหา จึงกล่าวได้ว่ามาตรการเช่นนี้มิได้บั่นทอนการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา หากแต่เป็นการป้องกันมิให้มีการตอกย้ำความไม่เท่าเทียมในการดำเนินการทางกฎหมายของผู้เสียหายนั้น

2) การไม่ตัดสิทธิผู้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. ในอันที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายเป็นคดีแพ่งในฐานละเมิดต่อศาลที่มีเขตอำนาจ หลักการนี้เป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนที่สุดว่าพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ เป็นเพียง “กฎหมายทางเลือก” เพื่อบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคทางเพศ อีกทั้ง ยังถือเป็นการยอมรับโดยปริยายถึงการมีอยู่ของผลบังคับของสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไทย ซึ่งโดยทั่วไปจะต้องได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยละเมิดเป็นหลัก ด้วยสิทธิในความเสมอภาคนั้นมีฐานะที่เป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งไม่อาจถูกละเมิดโดยผู้ใดได้นั่นเอง

3) อำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินและค่าเสียหายในเชิงลงโทษ อำนาจนี้ได้ส่งผลเป็นบทขยายความรับผิดของฐานละเมิดซึ่งไม่สามารถเรียกค่าเสียหายในทำนองนี้ได้ โดยค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินเกิดขึ้นเนื่องจากสภาพและลักษณะของความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติที่ส่วนใหญ่จะไม่ปรากฏการสูญเสีย บุบสลาย หรือบาดเจ็บในทางกายภาพ หากแต่เป็นเรื่องของความเจ็บปวดรวดราวใจภายในความรู้สึกของผู้เสียหายมากกว่า เพราะเป็นผลมาจากความเป็นตัวตนของบุคคลที่อาจเกิดจากความสมัครใจโดยสุจริตตามสิทธิเฉพาะตัวซึ่งไม่ควรมีผู้ใดมาก้าวล่วงโดยเด็ดขาดหรือความไม่สมัครใจก็ได้ ส่วนกรณีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ว่าจะต้องไม่เกิน 4 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง เมื่อการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศนั้นเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ได้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดการป้องกันและปราบปรามการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคทางเพศระหว่างเอกชนด้วยกัน ในทำนองเดียวกันกับรัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (AGG) เฉพาะแต่ในกรณีไม่มีการจ้างแรงงานเกิดขึ้นและกำหนดให้เพียงไม่เกิน 3 เท่าของเงินเดือนลูกจ้าง[23] ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายไทยมีพยายามสร้างมาตรคุ้มครองที่กว้างขวางกว่าทั้งในเรื่องจำนวนเงินและขอบเขตมิติที่บังคับใช้ ในขณะที่กฎหมายเยอรมันมุ่งให้ค่าน้ำหนักของเสรีภาพแห่งความอิสระใน

---

[23] อาจตั้งข้อสังเกตต่อไปได้ว่าในกรณีลูกจ้างที่ค่าแรงต่ำย่อมมีอัตราความเสี่ยงในการถูกเลือกปฏิบัติได้มากกว่าลูกจ้างที่มีค่าแรงสูง ด้วยความแตกต่างของฐานการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษ

แดนกฎหมายแก่เอกชนที่เกี่ยวข้องมากกว่า ดังให้เห็นได้อีกจากการจำกัดความรับผิดของนายจ้างสำหรับการกระทำผิดต่อหน้าที่และให้รับผิดเฉพาะความผิดส่วนตัว และความผิดในการชดใช้ค่าเสียหายเมื่อมีการตกลงทำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเฉพาะแต่เมื่อนายจ้างได้กระทำการโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ในการกำหนดอัตราค่าเสียหายในกฎหมายรวมถึงการกำหนดค่าเสียหายในคดีพิพาท ผู้ใช้อำนาจรัฐจักต้องคำนึงถึงเสมอว่าเมื่อการกระทำหรือไม่กระทำการของเอกชนในแดนกฎหมายเอกชนซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานความพึงพอใจส่วนตัว การกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวโดยเฉพาะความเสียหายในเชิงลงโทษจะต้องหลีกเลี่ยงจุดคุ้มทุนที่เอกชนอาจยอมแลก มิเช่นนั้น กฎหมายกลายเป็นสิ่งอำนวยให้เกิดการชั่งน้ำหนักระหว่างบทลงโทษที่คำนวณเป็นราคาได้กับความสุขที่ได้กระทำการตามอำเภอใจ

4) อายุความของสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามมาตรา 18 วรรคท้าย

การที่กฎหมายได้กำหนดไว้ให้ถึง 2 ปี นับแต่วันที่คณะกรรมการ วลพ. มีคำวินิจฉัยหรือนับแต่วันที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุด ย่อมมีผลเป็นการขยายอายุความในฐานละเมิด โดยเฉพาะกรณีอายุความ 1 ปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนของสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิด ยิ่งไปกว่านั้น หากรวมกับระยะเวลาที่ต้องยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการอีกหนึ่งปีย่อมกลายเป็นการขยายอายุความฐานละเมิดในกรณีอายุความสิบปีนับแต่วันทำละเมิดได้อีกด้วย เมื่อสุดท้ายปรากฏว่ากว่าที่ผู้เสียหายจะได้ทราบหรือถือว่าทราบเหตุแห่งการร้องได้กินระยะเวลาเนินนานหลายปี ด้วยเหตุนี้ จึงแสดงให้เห็นว่าหลักการดังกล่าวอาจเป็นการทำลายผลบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนผู้ถูกกล่าวหาเป็นอย่างมาก เมื่อเทียบกับอายุความในการเรียกค่าเสียหายโดยเฉพาะตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (AGG) มาตรา 21 (5) ซึ่งมีระยะเวลาที่สั้นกว่าอายุความในคดีละเมิดทั่วไป

5.8.3.3 ผลแห่งการกระทำหรือไม่กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

ในประเด็นนี้มีความสำคัญมากที่สุดเมื่อกล่าวถึงปัญหาผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน เพราะต้องค้นหาบทสรุปของการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนฝ่ายหนึ่งที่ปะทะกับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในเสรีภาพในการกระทำของบุคคล สิทธิในเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา สิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน หรือแม้กระทั่งสิทธิส่วนบุคคลของเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งในความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชน โดยเบื้องต้นอาจตั้งเป็นสมมติฐานได้ 2 ประการ ได้แก่ การตกเป็นโมฆะของความสัมพันธ์นั้น ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง คือ การยอมให้ความสัมพันธ์นั้นมีผลบังคับได้

ต่อไป และปล่อยให้เป็นเรื่องของการชดใช้และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแทน ดังสามารถพิจารณาตามลำดับได้ต่อไปนี้

1) ผลอันเป็นโมฆะ กล่าวคือ การไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายโดยสิ้นเชิงมาตั้งแต่ต้น เพราะถือว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเป็นการอันมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย (พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มาตรา 17 วรรคแรก) เป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ดังปรากฏเป็นผลของการละเมิดต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 15[24] และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการซึ่งถูกเพิกถอนได้โดยคำสั่งของคณะกรรมการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติ[25] ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ (มาตรา 6 (5)) ในทำนองเดียวกันกับกฎหมายเยอรมันเฉพาะในมิติการจ้างแรงงาน เพราะถือเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ถูกกระทำในนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน อีกทั้ง ข้อตกลงยกเว้นข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติย่อมตกเป็นโมฆะด้วย โดยจะเห็นได้ว่าผลในทางกฎหมายเช่นนี้เป็นการลดทอนผลแห่งการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานที่อยู่ฝั่งตรงข้ามกับสิทธิในความเสมอภาคลงอย่างสิ้นเชิง ยิ่งไปกว่านั้น การที่กฎหมายฝรั่งเศสได้ขยายผลแห่งกฎหมายไปถึงขนาดที่ว่าผู้เสียหายซึ่งเป็นลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างโดยการเลือกปฏิบัติสามารถขอให้นายจ้างจะต้องรับตนเข้าทำงานในตำแหน่งเช่นเดิมด้วย กรณีเช่นนี้ย่อมกลายเป็นว่าระบบกฎหมายมิได้ระวังถึงการยอมรับโดยปริยายว่าสิทธิในความเสมอภาคมีลำดับศักดิ์หรือมีคุณค่าเหนือกว่าอีกสิทธิอื่น ๆ ที่มีผลบังคับในแดนกฎหมายเอกชน และเมื่อกฎหมายให้ความสำคัญกับบุคคลกลุ่มหนึ่งที่มีความเปราะบางหรืออยู่ในสถานะที่อ่อนแอหรือมีความเสียเปรียบมากล้นจนเกินไป อาจส่งผลให้ในท้ายที่สุดแทนที่จะเป็นการเสริมสร้างหลักความเสมอภาคกลับจะทำให้หลักการนี้ล่มสลายลง เพราะเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับเป้าหมายของหลักความเสมอภาคที่มุ่งรักษาสภาพการบังคับใช้สิทธิและเสรีภาพในแดนกฎหมายเอกชนได้อย่างอิสระและเท่าเทียมอย่างแท้จริงเป็นสำคัญ

2) ผลบังคับอย่างต่อเนื่อง เมื่อพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ไม่ได้กำหนดถึงผลในทางกฎหมายของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศโดยชัดแจ้ง

---

[24] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6011/2545 และที่ 1562/2548

[25] โดยการออกคำสั่งดังกล่าวสามารถทำได้แม้ยังไม่มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นจริง แต่มีแนวโน้มว่าอาจจะเกิดขึ้นด้วย โปรดดู จรัญ ภักดีธนากุล, “การบรรยายพิเศษ เรื่อง “การขจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ: กฎหมายและวิธีปฏิบัติเพื่อความเป็นธรรมในสังคม,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2563, จาก http://web1.dep.go.th/?q=th/node/441.

จึงอาจนำมาเป็นเหตุผลอ้างอิงสำหรับสมมติฐานในข้อนี้ได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ บทสรุปที่ว่าผลแห่งการเลือกปฏิบัติอาจมิได้มีคำตอบเดียวเสมอไปสำหรับทุกกรณี ด้วยเพราะในการพิจารณาถึงผลแห่งการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนต้องอาศัยเหตุผลในหลากหลายด้านประกอบโดยเฉพาะการคำนึงถึงหลักอิสระในทางแพ่งและการหมุนเวียนของเศรษฐกิจที่เป็นสิ่งชักนำให้เกิดความสัมพันธ์ส่วนใหญ่ขึ้น ดังนั้น หากกำหนดให้ผลแห่งการละเมิดหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนทั้งหมดต้องตกเป็นโมฆะย่อมก่อให้เกิดความเสียหายอันเป็นลูกโซ่จากการขัดฟันเฟืองแห่งเครื่องจักรเศรษฐกิจ มากกว่านั้น ความเสียหายดังกล่าวอาจมีขนาดมากกว่าการยอมปล่อยให้มีการทำลายหลักความเสมอภาคบางส่วนไป ด้วยเหตุนี้ การเลือกใช้วิธีการชดใช้และเยียวยาความเสียหายด้วยวิธีการอื่น ๆ อย่างการคำนวณเป็นราคาเงินอาจเป็นคำตอบที่เหมาะสมกว่า

จากการพิจารณาข้อสมมติฐานทั้งสองประการจึงสามารถสรุปให้เห็นได้ว่ากรณีความเป็นโมฆะเป็นการบั่นทอนสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องของผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมากเสียจนหมดสิ้นผลบังคับไป ซึ่งขัดแย้งต่อหลักการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกันในแดนกฎหมายเอกชน โดยไม่อาจเทียบกับกรณีในแดนกฎหมายมหาชนซึ่งมีการสนับสนุนผลแห่งความเป็นโมฆะด้วยสาธารณประโยชน์ ดังนั้น หนทางเดียวที่จะคงไว้ซึ่งผลบังคับแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของทุกฝ่ายบนพื้นฐานแห่งหลักอิสระในทางแพ่งได้จึงต้องยอมให้การเลือกปฏิบัตินั้นยังคงมีผลบังคับต่อไป และให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการเรียกร้องให้มีการชดใช้และเยียวยาค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น โดยการชดใช้เยียวยานั้นจะต้องสามารถทำให้ผู้เสียหายกลับสู่สถานะเดิม รวมไปถึงการฟื้นฟูสภาพจิตใจด้วยการกำหนดมาตรการป้องกันเพิ่มเติมเพื่อสร้างความเกรงกลัวให้แก่ผู้อื่นด้วย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ความเสียหายจากการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคนั้นปรากฏความรุนแรงถึงขนาด ผลของการนั้นอาจต้องตกเป็นโมฆะ ดังปรากฏเป็นผลของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมของนายจ้างต่อลูกจ้างในกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างที่เป็นไปในทางที่ใกล้เคียงกับการใช้อำนาจรัฐในฐานะผู้ปกครองต่อประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ดังนั้น ความเข้มข้นของการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคจึงสมควรมีระดับที่สูงกว่ากรณีอื่น เว้นแต่ในกรณีที่ลูกจ้างดังกล่าวมีอำนาจการต่อรองเป็นพิเศษอย่างการเป็นแรงงานที่มีคุณสมบัติพิเศษเฉพาะตัวและหาตัวได้ยากในตลาดแรงงานทั่วไป ทั้งนี้ ผลแห่งกฎหมายในลักษณะข้างต้นอาจพิจารณาได้จากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มาตรา 4 ซึ่งกำหนดให้ *“ข้อตกลงในสัญญา...ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และ<u>ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น</u>...”* ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้นอกจากจะมีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าแล้ว ในขณะเดียวกันก็ยังมุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายอื่นได้อย่างสมดุลและเหมาะสมด้วย

5.2.9 ประเด็นอื่น ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศ

5.2.9.1 การพิสูจน์ข้อเท็จจริง

ปัญหาในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไม่ว่าจะด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติใด ๆ ล้วนเป็นสิ่งที่พบเจอในทุกระบบกฎหมาย ไม่เว้นแม้แต่ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปที่มีการยอมรับเอาแนวคิดการสร้างหลักประกันให้แก่ฝ่ายผู้เสียหายด้วยการผลักภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เป็นของฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งสอดคล้องกับหลักการในประกาศว่าด้วยหลักเกณฑ์แห่งหลักความเสมอภาค ค.ศ. 2008 ข้อที่ 21 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า *“กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานและการพิสูจน์พยานหลักฐานนั้น จะต้องปรับเปลี่ยนเพื่อสร้างหลักประกันผู้เสียหายจากการถูกเลือกปฏิบัติว่าจะไม่ถูกกีดกันมากจนเกินไปในการที่จะได้รับการเยียวยา โดยเฉพาะในประเด็นหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์พยานหลักฐานในวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งสมควรที่จะสร้างหลักประกันว่าเมื่อใดก็ตามที่บุคคลถูกฟ้องร้องต่อศาลหรือผู้มีอำนาจอื่นว่าได้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยได้รับผลประโยชน์จากข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงที่ว่ามีการเลือกปฏิบัติ และฝ่ายที่ถูกฟ้องจะต้องรับผิดชอบในภาระการพิสูจน์ว่าไม่มีการละเมิดสิทธิในความเสมอภาค”* ดังปรากฏเป็นวิธีพิจารณาความสำคัญในประเด็นการเลือกปฏิบัติที่ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป และได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตาม ในการนำสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อให้ความว่าการกระทำหรือไม่กระทำการพิพาทมิได้เป็นไปโดยเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้นยังคงกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องง่ายสำหรับฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา เพราะสามารถนำสืบถึงเหตุอันชอบธรรมหรือเหตุอันควรหรือความจำเป็นที่อาจสรรหาได้จากสิ่งได้ก็ได้ ในขณะที่การนำสืบค้นพยานหลักฐานดังกล่าวของฝ่ายผู้กล่าวหาว่าเหตุที่อ้างนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจกระทำหรือไม่กระทำการก็ยังคงเป็นเรื่องยากเช่นเดิม แม้ปรากฏว่ามีการนำวิธีการนำสืบด้วยวิธีการสร้างสถานการณ์ทดสอบเพื่อเปรียบเทียบกับสถานการณ์ที่ทำให้เกิดข้อพิพาทขึ้นสำหรับกรณีการเลือกปฏิบัติโดยตรง และการใช้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานเชิงสถิติสำหรับกรณีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาบังคับใช้ในการพิจารณาคดีก็ตาม ยกตัวอย่างเช่นการประกาศรับสมัครพนักงานทำความสะอาดหญิงซึ่งจะเห็นได้อย่างชัดเจนในเบื้องต้นว่ามีลักษณะการเลือกปฏิบัติโดยตรง การสร้างสถานการณ์ทดสอบจึงต้องอาศัยการกำหนดเฉพาะตัวแปรสำคัญให้เหมือนกัน อย่างเช่นประสบการณ์การทำงานและวุฒิการศึกษา และต้องตัดตัวแปรที่ไม่เกี่ยวข้องออกให้หมดหรือมีหลงเหลืออยู่น้อยที่สุดอย่างเช่นเชื้อชาติ ภาษา และสรีระ เพื่อให้คุณสมบัติที่แตกต่างกันระหว่างผู้สมัครงานมีเพียงความเป็นเพศอื่นที่มิใช่เพศหญิงเท่านั้น จากนั้นก็นำสถานการณ์ของผู้เสียหายและสถานการณ์จำลองมาเปรียบเทียบการปฏิบัติของฝ่ายนายจ้างให้ได้ความว่า หากปราศจากความแตกต่างเกี่ยวกับเพศดังกล่าวแล้ว ผู้เสียหายจะต้องได้รับการคัดเลือกเข้าทำงานอย่างแน่แท้

อนึ่ง ในการปรับใช้วิธีการทดสอบดังกล่าวยังคงเป็นปัญหาสำหรับระบบกฎหมายเยอรมัน[26] ไม่ว่าจะเนื่องด้วยความไม่เหมาะสมของวิธีการทดสอบในฐานะพยานหลักฐาน เพราะมิได้เกิดขึ้นด้วยกระบวนการที่ดีอย่างแท้จริง เพราะไม่สามารถควบคุมตัวแปรเหนือการควบคุม ซึ่งส่งผลต่อการตัดสินใจของผู้ถูกทดสอบที่ควรขึ้นอยู่กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ทั้งศาลเองก็ยังไม่ค่อยให้การยอมรับมากเท่าที่ควร ด้วยข้อจำกัดในทางกฎหมายและข้อเรียกร้องในวิธีการทดสอบ เช่น การปลอมแปลงคุณลักษณะ หรือการยุ่งเกี่ยวกับขั้นตอนในการดำเนินการ เป็นต้น ดังนั้น ศาลยุติธรรมสูงสุดเยอรมันจึงรับฟังวิธีการทดสอบเฉพาะเมื่อปรากฏว่าผู้ที่ทดสอบสามารถประพฤติตนได้เหมือนกับผู้สมัครงานธรรมดาจริง ๆ และหากพบการแทรกแซงหรือการใด ๆ ที่ทำให้การดำเนินการทดสอบผู้ถูกทดสอบเสียไปก็จะไม่รับฟังเลย เช่น การถ่ายภาพโดยไม่รับอนุญาตภายในเคหสถาน หรือการหลอกลวงหรือข่มขู่ผู้ถูกทดสอบให้ต้องกระทำการอันมิชอบ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ในการตราและบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทุกฉบับจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้ความสำคัญในประเด็นนี้ โดยอาจคุ้มครองไปถึงขั้นที่ว่าผู้กล่าวหาไม่จำเป็นจะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดนอกไปจากการอ้างเหตุผลในเชิงตรรกศาสตร์เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย ดังเช่นในกฎหมายฝรั่งเศส อีกทั้ง ต้องไม่จำกัดเฉพาะแต่กรณีการนำสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงในชั้นศาล หากแต่ยังต้องรวมไปถึงกรณีในชั้นกระบวนการวินิจฉัยโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจกึ่งตุลาการด้วย

5.2.9.2 การคุ้มครองผู้เสียหายโดยเฉพาะ

การคุ้มครองผู้เสียหายรวมถึงพยานบุคคลที่เกี่ยวข้องแสดงให้เห็นถึงความรอบคอบในการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาค เนื่องจากเป็นการป้องกันความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งการใช้สิทธิตามกฎหมายโดยสุจริต โดยบทคุ้มครองเช่นนี้สมควรครอบคลุมไปถึงผู้เสียหายที่ยังไม่ได้ใช้สิทธิตามกฎหมายด้วย ดังหลักการที่ปรากฏในกฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับข้อห้ามมิให้นายจ้างยกการไม่ปฏิเสธหรือฝืนทนต่อการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติของลูกจ้างเป็นข้อต่อสู้เพื่อละเว้นความรับผิดจากการดังกล่าวได้ ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นของ “หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด” ที่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ในสภาพการณ์ที่มีฝ่ายหนึ่งตกอยู่ในฐานะที่อ่อนแอกว่าหรือไม่มีสิทธิไม่มีเสียงมากพอที่จะต้านทานการอันไม่ชอบธรรมของนายจ้างได้อย่างเต็มที่ ไม่ว่า

---

[26] See also Federal Anti-Discrimination Agency, “The Federal Anti-Discrimination Agency’s research projects at a glance: Applicability of testing procedures,” Retrieved on April 20, 2021, from https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/EN/publikationen/factsheet_en_Anwendbarkeit_von_Testingverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

นายจ้างจะได้ทราบถึงอำนาจดังกล่าวของตนหรือไม่ก็ตาม และต้องยอมจำนนต่อการกระทำของนายจ้างเพื่อคงสถานภาพลูกจ้างไว้ให้นานมากที่สุด เพื่อจะได้ไม่ต้องพบเจอปัญหาอื่นในตลาดแรงงานที่ล้มเหลว อย่างไรก็ตาม หลักการว่าด้วยการคุ้มครองผู้เสียหายโดยเฉพาะดังเช่นที่ได้กล่าวมากลับมิได้ปรากฏในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ หรือกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองในกรณีดำเนินกระบวนการทางกฎหมายนอกหรือในศาลก็ตาม ซึ่งนับว่าเป็นอุปสรรคสำคัญที่อาจส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายนี้เป็นไปโดยยากลำบากมากยิ่งขึ้น

5.3 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

5.3.1 การวินิจฉัยในประเด็นพิพาทเดียวกันที่ขัดแย้งกัน

ประเด็นพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย 2 แนวทางหลัก ได้แก่ **การดำเนินคดี(ทางแพ่ง)ภายในศาล(ยุติธรรม)** ซึ่งจะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายเยอรมันได้ให้การคุ้มครองในระดับที่สูงกว่าระบบกฎหมายไทย เนื่องจากการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาอรรถคดีของศาลยุติธรรมโดยตรงด้วย ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยจะยุติข้อพิพาทที่ศาลฎีกาเท่านั้น ส่วนอีกประการหนึ่ง คือ **การดำเนินคดีภายนอกศาล** ดังปรากฏอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ วลพ. ในการวินิจฉัยและออกคำสั่งตามคำร้องทุกข์ภายใต้การตรวจสอบและถ่วงดุลโดยศาลปกครอง เมื่อสิทธิตามกฎหมายทั้งหมดอาจบังคับใช้ได้ในเวลาเดียวกันแบบคู่ขนาน ด้วยถือว่ากฎหมายฉบับนี้มีผลเป็นการรับรอง “การบังคับใช้สิทธิทางเลือก” ดังนั้น จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งของผลลัพธ์แห่งการดำเนินการได้ ดังพิจารณาได้ต่อไปนี้

5.3.1.1 ความขัดแย้งระหว่างคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมกับคณะกรรมการ วลพ.

มาตรา 18 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า *“การร้องขอตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นการตัดสิทธิผู้ร้องในอันที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดต่อศาลที่มีเขตอำนาจ...”* และมาตรา 27 ซึ่งบัญญัติว่า *“การได้รับการชดเชยและเยียวยาตามมาตรา 26 ไม่เป็นการตัดสิทธิผู้เสียหาย ในอันที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดต่อศาลที่มีเขตอำนาจ...”* แสดงให้เห็นถึงการเชื่อมโยงระหว่างการดำเนินการสิทธิภายในศาลและภายนอกศาล กล่าวคือ แม้ผู้เสียหายได้บังคับใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. ของผู้เสียหายแล้ว ผู้เสียหายนั้นก็ยังสามารถยื่นฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลยุติธรรมในฐานละเมิดได้เช่นเดิม ถึงกระนั้น กลับไม่ปรากฏผลผูกพันกันระหว่างคำวินิจฉัยของแต่ละองค์กรดังกล่าว ดังเช่นกรณีผลผูกพันตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งส่งผลให้ศาลมิอาจใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงผลของคำชี้ขาดนั้นได้ เว้นแต่เป็นกรณีตามข้อยกเว้นตามกฎหมาย อีกทั้ง บทบัญญัติ

ข้างต้นก็เป็นเพียงหลักการเฉพาะกรณีที่ผู้เสียหายเลือกบังคับใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. เป็นลำดับแรกเท่านั้น แต่หากได้บังคับใช้สิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรมเป็นลำดับแรก ไม่ว่าในระหว่างการพิจารณาหรือภายหลังมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดของศาลแล้ว ย่อมมีผลเป็นการตัดสิทธิการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. รวมถึงสิทธิในการได้รับการชดใช้เยียวยาตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ไปด้วย ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่าปัญหาความขัดแย้งระหว่างคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรรมกับคณะกรรมการ วลพ. อาจเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อฝ่ายผู้เสียหายได้เลือกบังคับใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. เป็นลำดับแรกเท่านั้น

เมื่อคณะกรรมการ วลพ. เป็นหน่วยงานรัฐผู้ใช้อำนาจบริหารกึ่งตุลาการและกฎหมายก็มิได้กำหนดถึงผลผูกพันของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการต่อองค์กรใด ๆ ดังนั้น ศาลยุติธรรมและแม้กระทั่งศาลปกครองซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตรวจสอบคำสั่งของคณะกรรมการจึงไม่ต้องผูกพันต่อข้อเท็จจริงที่คณะกรรมการพิจารณาได้ความ รวมถึงคำวินิจฉัยของคณะกรรมด้วย และในทางกลับกันคณะกรรมการเองก็ไม่ต้องผูกพันต่อคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้คำวินิจฉัยขององค์กรทั้งสองจึงเป็นเอกเทศและอิสระต่อกัน อนึ่ง ก็มิได้ปรากฏข้อห้ามมิให้แต่ละองค์กรรับฟังข้อเท็จจริงหรือคำวินิจฉัยขององค์กรหนึ่งประกอบการพิจารณาในฐานะพยานหลักฐานโดยสิ้นเชิง ทั้งจะเห็นได้ว่าแม้คำวินิจฉัยของทั้งสององค์จะแตกต่างกัน แต่ก็มิได้ถึงขนาดก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความขัดแย้งจนถึงขนาด เมื่อพบว่าวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจตุลาการของแต่ละองค์กรมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ ประเด็นพิพาทตามคำร้องที่ยื่นต่อคณะกรรมการ วลพ. มีเพียงการกระทำหรือไม่กระทำตามคำร้องเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศหรือไม่ ทั้งอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งตามมาตรา 20 ก็มีเพียงการสั่งให้องค์กรเอกชนหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ด้วยวิธีการใดที่เห็นเหมาะสม เพื่อระงับและป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และการสั่งให้มีการชดเชยเยียวยาผู้เสียหายจากกองทุนส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศเท่านั้น หาใช่การเรียกร้องให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องด้วยเหตุแห่งละเมิดซึ่งเป็นเรื่องของศาลยุติธรรม ซึ่งมีประเด็นแห่งคดีว่าการกระทำหรือไม่กระทำเดียวกันนี้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในความเสมอภาคของผู้เสียหายหรือไม่และอย่างไร

5.3.1.2 ความขัดแย้งระหว่างคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง

การยื่นฟ้องเป็นคดีความในศาลยุติธรรมย่อมเป็นที่สุดตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีการพิจารณาคดีความ ในขณะที่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ วลพ. ย่อมเป็นที่สุดตามมาตรา 18 วรรคแรก และต้องห้ามมิให้อุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าวตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ (มาตรา 48) แต่ก็ต้องถือคำว่าเป็นที่สุดนั้นถือเพียงว่าเป็นที่สุดเฉพาะในการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจปกครองเท่านั้น โดยมิได้ตัดสิทธิใน

การฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ (มาตรา 9 (1)) ด้วยเหตุนี้ การบังคับใช้สิทธิโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการต่อศาลปกครองจึงอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างคำพิพากษาหรือคำสั่งอันถึงที่สุดในประเด็นพิพาทเดียวกันของศาลยุติธรรมกับศาลปกครองได้ โดยทั่วไปเมื่อเกิดปัญหาความขัดแย้งของผลแห่งคำพิพากษาของศาลต่างประเภทกันในระบบกฎหมายไทยทั่วไป ย่อมสามารถแก้ไขได้ด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542 โดยคำนึงถึงประโยชน์แห่งความยุติธรรมและความเป็นไปได้ในการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล อย่างไรก็ตาม ในการโต้แย้งคำสั่งของคณะกรรมการ ตามหลักการแล้วศาลปกครองจะไม่มีอำนาจตรวจสอบและพิจารณาไปถึงในส่วนเนื้อหาแห่งการใช้ดุลยพินิจของคณะกรรมการ เว้นแต่การใช้อำนาจดุลยพินิจจะเป็นไปโดยมิชอบโดยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น ประเด็นปัญหาที่ศาลปกครองจะต้องวินิจฉัยและพิพากษาย่อมไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งความชอบด้วยการที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศตามคำร้องของผู้เสียหาย แม้กระทั่งกรณีการพิจารณาถึงความชอบของการใช้อำนาจดุลยพินิจของคณะกรรมการก็เป็นไปได้เพียงการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งของคณะกรรมการ โดยไม่อาจไปถึงขั้นใช้อำนาจตุลาการออกคำสั่งใหม่แทนคณะกรรมการได้

5.3.2 การบังคับใช้กฎหมายฉบับเดียวกันต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชน

การที่พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มีผลบังคับใช้ในทุกแดนกฎหมายแสดงให้เห็นถึงการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานได้อย่างครอบคลุมทุกรูปแบบความสัมพันธ์ อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงระดับความเข้มข้นของผลผูกพันหรือผลบังคับของหลักความเสมอภาคที่แตกต่างกันในแต่ละแดนกฎหมาย ได้แก่ ผลผูกพันปฐมภูมิในแดนกฎหมายมหาชน และผลผูกพันทุติยภูมิในแดนกฎหมายเอกชน การตรากฎหมายฉบับเดียวเพื่อบังคับใช้หลักการเดียวกันต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชนจึงถือเป็นความคลาดเคลื่อนและความผิดปกติของการวางโครงสร้างการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน แม้อาจแสดงถึงความพยายามในการยอมรับ รับรอง และคุ้มครองหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนให้ทัดเทียมกับแดนกฎหมายมหาชน แต่นั่นก็ย่อมส่งผลดีให้แก่เอกชนฝ่ายที่อ่อนแอกว่า โดยมิได้คำนึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ เพราะได้ก่อให้เกิดภาระหน้าที่อันเกินสมควรแก่เอกชนผู้มีหน้าที่ในระดับที่เท่ากันกับรัฐ ทั้ง ๆ ที่แนวคิดเกี่ยวกับภารกิจระหว่างประโยชน์สาธารณะของภาครัฐกับประโยชน์ส่วนตนของภาคเอกชนมิได้มีความใกล้เคียงกันแม้แต่น้อย อีกทั้ง ภาคเอกชนเองก็มีข้อจำกัดในความสามารถมากกว่าภาครัฐเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะด้านงบประมาณและทรัพยากรต่าง ๆ

ปัญหาจากการวางโครงสร้างความคุ้มครองเช่นนี้มีอยู่อย่างน้อย 2 ประการ ได้แก่ ปัญหาความเพียงพอและความเหมาะสมของหลักการตามกฎหมาย ในฐานะมาตรฐานขั้นต่ำของผล

ผูกพันของหลักความเสมอภาคในการใช้อำนาจรัฐ ทั้งหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชนเองก็มีบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ชัดเจนอยู่แล้วในฐานะหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ซึ่งปรากฏผลแห่งการละเมิดหลักการและรูปแบบการตรวจสอบถ่วงดุลโดยเฉพาะ[27] ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งซึ่งเป็นปัญหาต่อเนื่องจากปัญหาแรก คือ หากมีความเห็นโดยชัดแจ้งว่าหลักการในกฎหมายฉบับนี้เพียงพอและเหมาะสมแล้วกับแดนกฎหมายมหาชน นั่นย่อมเท่ากับว่าผลบังคับแห่งกฎหมายได้ลดทอนความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายลงในเวลาเดียวกันมากเกินสมควร และขัดแย้งต่อหลักความเหมาะสมแก่เหตุในการชั่งน้ำหนักความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกัน โดยจะเห็นว่าปัญหาดังกล่าวมิใช่เรื่องทั่วไปนัก[28] เพราะแม้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเยอรมัน (AGG) จะมีผลบังคับใช้กับทั้งองค์กรภาครัฐและภาคเอกชน แต่กฎหมายก็ได้พยายามวางโครงสร้างสำหรับองค์กรภาครัฐไว้อย่างแตกต่างและโดยเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากหลักการในมาตรา 24 เกี่ยวกับหลักเกณฑ์เฉพาะที่บังคับใช้ในนิติสัมพันธ์การว่าจ้างแรงงานตามกฎหมายมหาชน

นอกจากนี้ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชนในฉบับเดียวกันอีกประการหนึ่ง ซึ่งถือได้ว่าเป็นผลมาจากความไม่รอบคอบของการรับรองหลักการใน

---

[27] การใช้อำนาจทางปกครองโดยเลือกปฏิบัติถือเป็นเพียงการใช้ดุลยพินิจที่ผิดพลาด โดยจะเห็นได้ว่าแนวคิดนี้มิได้คำนึงถึงผลผูกพันของสิทธิในความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ เพราะมิได้ถือเป็นคำสั่งทางปกครองมีเนื้อหาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ดังนั้น จึงมิได้ส่งผลให้คำสั่งนั้นตกเป็นโมฆะทันที แต่เป็นเพียงคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ยังคงมีผลบังคับต่อไป และก่อให้เกิดเพียงสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้งได้ ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งนิติฐานะของบุคคลที่เกี่ยวข้อง แม้ในระบบกฎหมายเยอรมันจะยอมให้มีการถือเอาคำสั่งดังกล่าวบังคับใช้ได้ต่อไปโดยชอบ เฉพาะแต่เมื่อเห็นได้ว่าต่อให้มีการใช้ดุลยพินิจที่ไม่ผิดพลาดก็ไม่ส่งผลให้เนื้อหาแห่งคำสั่งนั้นเปลี่ยนแปลงไป โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, <u>กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป</u>, (กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554), น.92.

[28] พิจารณาได้จากความเห็นขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ที่เห็นว่าแม้ระบบแรงงานปัจจุบันทั้งในภาครัฐและภาคเอกชนจะมีความเกี่ยวโยงกันมากขึ้น โดยเฉพาะการจ้างแรงงานตามสัญญาจ้างเหมาแรงงาน (Outsourcing contract) จากตลาดแรงงานเอกชนเพื่อเข้าทำงานในส่วนภาครัฐ แต่ด้วยสภาพและพื้นฐานที่แตกต่างกันย่อมเป็นไปได้ยากที่กฎหมายแรงงานเพียงฉบับเดียวจะสามารถบังคับใช้ได้กับทุกตลาดแรงงาน โปรดดู Miguel A. Malo, “One labour market, one labour law?,” Retrieved on January 1, 2021, from https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/commentanalysis/WCMS_207415/lang--en/index.html.

กฎหมายฉบับนี้ คือ การไม่ปรากฏบทตัดสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้งการกระทำของรัฐภายในฝ่ายปกครอง เมื่อมีการบังคับใช้สิทธิยื่นคำร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการ วลพ. แล้ว เพราะในขณะที่จุดมุ่งหมายของกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสเป็นไปในทำนองการขอให้มีการให้ความร่วมมือจากหน่วยงานภาครัฐเท่านั้น การกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการให้ขยายขอบเขตไปถึงการเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ รวมถึงการออกคำสั่งที่มีผลบังคับต่อหน่วยงานดังกล่าวโดยตรงได้ ทั้งที่เดิมทีเป็นเรื่องของการอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอยู่แล้วนั้น จึงอาจก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายเกี่ยวกับความทับซ้อนและขัดแย้งกันระหว่างผลแห่งการบังคับใช้สิทธิ โดยเฉพาะเมื่อคำสั่งของคณะกรรมการและคำสั่งอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองอาจกลายเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีพร้อม ๆ กัน เพื่อโต้แย้งความชอบของการใช้อำนาจปกครองต่อศาลปกครองต่อไปได้

5.3.3 ปัญหาอื่น ๆ เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ

แม้การบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ กำลังย่างก้าวเข้าสู่ปีที่ 7 แต่จากสถิติการยื่นคำร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการ วลพ. ปัจจุบัน[29] กลับสวนทางกับการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคทางเพศตามความเป็นจริงที่ปรากฏเป็นข่าวรายวันอย่างชัดเจน จึงเท่ากับว่าปลายทางแห่งความสำเร็จและการบรรลุเป้าในการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศในทุกแดนกฎหมายยังคงอยู่ห่างไกลเช่นเดิม โดยประเด็นปัญหาสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติสามารถพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

5.3.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับผู้เสียหายหรือผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้แทบจะไม่สร้างผลกระทบใดต่อบุคคลที่ยังคงมีความรู้สึกนึกคิดขึ้นอยู่กับอิทธิพลจากบรรดาสิ่งแวดล้อมและปัจจัยภายนอก อาทิ ความจำเป็นในการพึ่งพาค่าแรงจากนายจ้างเพื่อเลี้ยงปากท้อง หรือความเชื่อและความเกรงกลัวที่เกิดจากคำสอนของศาสนาที่ให้อภิสิทธิ์แก่เพศหนึ่งเพศใด เป็นต้น เพราะปัจจัยเหล่านี้สร้างภาวะความรู้สึกไม่ปลอดภัยหากออกมาต่อต้านการกระทำหรือไม่กระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ รวมไปถึงการเรียกร้องให้ผู้เลือกปฏิบัติที่มีอำนาจบางประการเหนือตนรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะเมื่อไม่ปรากฏ

---

[29] โปรดดู มติชนออนไลน์, “พระราชบัญญัติเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ประตูบานแรก แห่งความ ‘สำเร็จ’ หรือ ‘ล้มเหลว’,” สืบค้นเมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2564, จาก https://www.matichon-.co.th/lifestyle/social-women/news_2322738. และรัฐบาลไทย, “สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรี 18 สิงหาคม 2563,” สืบค้นเมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2564, จาก https://www.thaigov-.go.th/news/contents/details/34287.

บทคุ้มครองความเป็นผู้เสียหายในกฎหมาย ทั้งความพยายามที่ยังมีไม่มากเพียงพอในการจัดตั้งองค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาคที่มีอำนาจหน้าที่ในเชิงการปกป้องตัวตนของผู้เสียหายที่ต้องการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมาย เพื่อมิให้ผู้ถูกกล่าวหาอาศัยอำนาจเหนือที่ตนมีบีบคั้นให้ผู้เสียหายเกรงกลัว

5.3.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับผู้ละเมิดสิทธิในความเสมอภาคทางเพศหรือผู้มีหน้าที่ตามสิทธิตามกฎหมาย

ความไม่รู้ถึงผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนมิใช่ปัจจัยหลักสำคัญที่ทำให้ความพยายามในการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายนี้นั้นล้มเหลว ทั้งไม่ถึงขนาดที่จะทำให้หลักความเสมอภาคไม่อาจเกิดขึ้นได้ในแดนอิสระแห่งนี้ได้เมื่อเทียบกับการที่ผู้อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายรู้ดีแต่มิได้ให้ความสำคัญ เพราะคิดว่าผลและความรับผิดตามกฎหมายคุ้มค่าพอที่จะแลกเปลี่ยนกับการได้กระทำตามความพึงพอใจส่วนตัว อันเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นอยู่เสมอภายใต้ความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะเมื่อความรับผิดตามกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ หรือกฎหมายอื่น ๆ ล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องการชดใช้เยียวยาความเสียหายด้วยเงินเป็นหลัก แม้จะปรากฏเป็นความรับผิดในทางอาญาบ้างสำหรับการฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการ วลพ. การคุกคามและการคุกคามทางเพศ และการกระทำผิดอาญาว่าด้วยเพศซึ่งถือว่ามีขอบเขตอย่างจำกัดและแคบมาก ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของผู้วางโครงสร้างระบบกฎหมายที่จะต้องสร้างแรงผลักดันมากกว่าสภาพบังคับในเชิงลงโทษ โดยอาจเป็นการสร้างแรงจูงใจให้แก่ผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย ด้วยการใช้นโยบายการขอความร่วมมือและส่งเสริมสนับสนุนในเชิงบวกและมีผลตอบแทนที่สามารถสร้างความพึงพอใจให้เอกชนได้มากกว่าแทน ยกตัวอย่างเช่นดังกรณีที่รัฐตั้งเงื่อนไขการเคารพต่อหลักความเสมอภาคทางเพศในกรณีที่เอกชนต้องการเข้าทำสัญญากับหน่วยงานรัฐ อันถือเป็นวิธีการที่คุ้มครองหลักความอิสระทางแพ่งได้อย่างแท้จริง

5.3.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับผู้ตีความและบังคับใช้กฎหมาย

ปัญหานี้เกี่ยวข้องโดยตรงกับผู้ใช้อำนาจ(กึ่ง)ตุลาการในการตีความและบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ในแดนกฎหมายเอกชน ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีของศาลยุติธรรม หรือการวินิจฉัยและมีคำสั่งเกี่ยวกับคำร้องของคณะกรรมการ วลพ. ซึ่งการใช้อำนาจรัฐขององค์กรเหล่านี้ นอกจากจะต้องอยู่ภายใต้ความชอบด้วยกฎหมายฉบับนี้แล้วก็ยังต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญด้วย ดังพิจารณาได้ต่อไปนี้

1) การพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีของศาลยุติธรรม ซึ่งอาจเกิดประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด เพราะกฎหมายฉบับนี้มีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชน ประกอบกับการที่แนวคิดผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนถือเป็นเรื่องใหม่อยู่มาก ดังนั้น บรรทัดฐานในการบังคับใช้กฎหมายและตัดสินคดี

ความในประเด็นพิพาทระหว่างเอกชนจึงยังคงมีความไม่ชัดเจนและแน่นอนเท่าใดนัก แม้ว่าในบทบัญญัติในกฎหมายฉบับนี้นับว่ามีความเป็นรูปธรรมมากพอที่ศาลสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในการพิจารณาคดีได้ทันที อีกทั้ง การที่ระบบกฎหมายไทยดั้งเดิมและบางส่วนในปัจจุบันยังคงยึดติดกับแนวคิดที่ว่าหลักความเสมอภาคเป็นเรื่องของฝั่งกฎหมายมหาชนเท่านั้น ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะของหลักการตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือกฎหมายปกครอง จึงส่งผลให้ระบบความคิด (Mindset) ของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ถูกตีกรอบไว้อย่างชัดเจน และมีเพียงความคุ้นชินของหลักการไม่เลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายแรงงานเท่านั้น เนื่องจากรากฐานของระบบการศึกษากฎหมายทั่วไปก็ยังมิได้ปรับแบบแผนและปูพื้นฐานให้ผู้เรียนกฎหมายได้ศึกษาเกี่ยวกับผลบังคับในแต่ละแดนกฎหมายของหลักความเสมอภาคหรือสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ในเชิงลึก ยิ่งไปกว่านั้น เนื่องด้วยวิธีการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหาและหลักการพิพากษาไม่เกินคำขอจึงส่งผลให้ทั้งในทางกฎหมายและวิธีปฏิบัติ การบังคับใช้กฎหมายเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับการตั้งประเด็นข้อพิพาทในคดีตามคำคู่ความ ด้วยเหตุนี้ จุดเริ่มต้นของปัญหาการบังคับใช้กฎหมายย่อมเกี่ยวข้องกับคู่ความในคดีเป็นสำคัญหาใช่เพียงแต่ศาลเท่านั้นด้วย ทั้งนี้ ในส่วนการพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีของศาลปกครองก็มีเรื่องสำคัญที่จะต้องวางกรอบแห่งการใช้ดุลยพินิจของศาลให้ชัดเจนด้วย นั่นคือ การวางผลของผลบังคับของหลักความเสมอภาคตามระดับหรือความเข้มข้นของหลักการสำหรับแต่ละแดนกฎหมาย โดยเฉพาะกรณีคดีแพ่งที่อยู่ภายใต้อำนาจศาลปกครองที่ศาลปกครองจะต้องลดระดับของผลบังคับของหลักการลงในระดับทุติยภูมิเท่านั้น โดยกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าสำหรับข้อเท็จจริงเดียวกันแต่ผู้ถูกกล่าวหาเป็นภาครัฐ ผลในทางกฎหมายย่อมแตกต่างและรุนแรงมากกว่ากรณีที่เป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกันเสมอ

2) การวินิจฉัยและมีคำสั่งเกี่ยวกับคำร้องของคณะกรรมการ วลพ. ซึ่งจำเป็นต้องรอคอยให้มีตั้งเรื่องร้องเรียนหรือเสนอข้อกล่าวหาโดยผู้เสียหายก่อนเสมอ การที่กฎหมายรับรองเฉพาะเพียงการใช้สิทธิการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการแทนผู้เสียหายโดยองค์กรที่เกี่ยวข้อง (มาตรา 18 วรรคสาม) แต่มิได้รวมไปถึงโดยผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล สามีหรือภริยา ผู้ดูแล หรือบุคคลอื่นใด ซึ่งตามกฎหมายมีเพียงสิทธิในการยื่นคำขอรับการชดเชยและเยียวยาแทนผู้เสียหาย (มาตรา 25) เท่านั้น ในทางปฏิบัติจึงอาจก่อให้เกิดความเสียหายในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดบังคับให้เป็นหน้าที่โดยตรงขององค์กรที่เกี่ยวข้องนั้นที่จะต้องดำเนินการทันทีและรวดเร็ว ทั้งยังกลายเป็นความเสียหายที่เกิดจากระยะเวลาที่ต้องเสียไปในการดำเนินการแบบสองชั้น ได้แก่ ระยะเวลาในชั้นการดำเนินการภายในองค์กรที่เกี่ยวข้องนั้นชั้นหนึ่ง และในระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการอีกชั้นหนึ่งได้ อีกทั้ง ในกรณีที่ความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศหนึ่งมีวงกว้างมากเสียจนไม่สามารถชี้ชัดว่าผู้หนึ่งผู้ใดเป็นผู้เสียหายโดยตรง และอาจส่งผลให้การยื่นคำร้องต่อ

คณะกรรมการ วลพ. ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ อย่างเช่นในกรณีการแต่งหนังสือหรือการสร้างภาพยนต์ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการเหยียดเพศ โดยไม่เฉพาะเจาะจงถึงบุคคลหนึ่งบุคคลใดซึ่งมีลักษณะทางเพศที่ได้รับการเหยียดหยามนั้น กฎหมายฉบับนี้ก็มิได้กำหนดถึงมาตรการใด ๆ ไว้รองรับ

5.3.3.4 ปัญหาเกี่ยวกับสังคม

ปัจจัยสำคัญที่สุดที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ คือ แนวคิดชายเป็นใหญ่ เรียกว่า “ปิตาธิปไตย” (Patriarchy) ซึ่งมิได้ความว่าเฉพาะบุคคลเพศชายเท่านั้นที่อาจเป็นผู้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศได้ หากแต่จะเป็นผู้ใดเพศใดก็ได้ที่ยึดถือแนวคิดดังกล่าวเป็นตัวกำหนดวิธีปฏิบัติตนต่อผู้อื่น เพราะแนวคิดดังกล่าวเป็นสิ่งที่ปลูกฝังได้ในมนุษย์อย่างไม่จำกัดเพศและสามารถส่งผลต่อสังคม วัฒนธรรม ศาสนา และเศรษฐกิจ โดยทั้งหมดล้วนแล้วแต่เป็นไปเพื่อให้ได้รับการยอมรับจากส่วนรวมภายใต้แนวคิดนี้ทั้งสิ้น และสำหรับประเทศไทยแนวคิดดังกล่าวเรียกได้ว่าถูกฝังรากหยั่งลึกมาตั้งแต่อดีตกาลจวบจนกระทั่งปัจจุบัน แม้ปรากฏความพยายามในการขจัดแนวคิดที่เรียกได้ว่าล้าหลังและไม่ก้าวหน้าไปพร้อมกับยุคสมัยที่เปลี่ยนไปมาโดยตลอด เนื่องจากเป็นการกดขี่และเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยใช้เพศเป็นตัวกำหนดการขับเคลื่อนสังคมและการใช้ชีวิตประจำวัน แต่เมื่อการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ เกิดจากแรงผลักดันภายนอก(ประเทศ)เป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายฉบับนี้จึงยังไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงความพยายามของภาคประชาชนได้อย่างชัดเจนนัก อีกทั้ง การที่ภาคประชาชนดังกล่าวถือได้ว่าเป็นเพียงฝั่งผู้ยึดถืออำนาจบางอย่างในสังคมที่เป็นส่วนน้อย เมื่อเทียบกับผู้กุมอำนาจส่วนใหญ่ที่ยืนอยู่บนยอดห่วงโซ่หรือพีระมิดของระบบหรือตลาดสินค้าและบริการ รวมไปถึงการมิได้รับความสนับสนุนจากระดับนโยบายหรือการเมือง เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ได้รับการพิจารณาเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติอย่างรวดเร็วพร้อมกับกฎหมายอีกหลายฉบับ จึงก่อให้เกิดข้อวิจารณ์ถึงความตั้งใจที่แท้จริงในการแก้ไขปัญหาความเท่าเทียมระหว่างเพศของรัฐบาล และยิ่งส่งผลให้เกิดอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างแท้จริง

บทที่ 6
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

หลักความเสมอภาคได้ถือกำเนิดขึ้นพร้อม ๆ กับสังคมมนุษย์ ในฐานะหลักการอย่างง่ายที่สุดที่สามารถนำพามาซึ่งความพึงพอใจส่วนรวมและส่วนบุคคลได้ในขณะเดียวกัน เนื่องจากความเสมอภาคสามารถลดทอนความแตกต่างขององค์ประกอบพื้นฐานแห่งความเป็นมนุษย์ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกชนชั้นและการกดขี่ข่มเหงระหว่างสมาชิกด้วยกันเองได้ พัฒนาการบรรทัดฐานในสังคมของหลักความเสมอภาคชัดเจนขึ้นเรื่อยมาภายหลังได้รับการยอมรับให้เป็นหนึ่งในคุณธรรมจริยธรรมในการปฏิบัติตน โดยเฉพาะเมื่อมีการยึดถือเอาระบบกฎหมายเป็นเครื่องชี้นำสังคมและหลักความเสมอภาคได้รับการสถาปนาบรรทัดฐานในทางกฎหมาย ซึ่งบรรทัดฐานการเป็นหลักกฎหมายนี้เองที่ส่งผลให้หลักความเสมอภาคมีสภาพบังคับมากยิ่งขึ้น ดังปรากฏในบรรดาบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐาน การรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญส่งผลให้เกิดผลบังคับของหลักความเสมอภาคที่มิได้ปรากฏเฉพาะแต่ในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้น หากแต่มีการแผ่รัศมีไปยังทุกอณูของระบบกฎหมาย ไม่เว้นแม้แต่แดนกฎหมายเอกชนที่ตั้งอยู่บนหลักอิสระในทางแพ่ง ด้วยเหตุนี้ หลักความเสมอภาคจึงกลายเป็นมาตรวัดสำคัญที่กำหนดกรอบแห่งการกระทำบนพื้นฐานแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานโดยอิสระของสมาชิกในสังคม โดยเฉพาะเมื่อการกระทำในชีวิตประจำวันนั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิในความเสมอภาคของสมาชิกผู้อื่น

เนื้อหาของหลักความเสมอภาคภายใต้แนวคิดความไม่เท่าเทียมกันในเชิงโครงสร้างของมนุษย์สามารถอธิบายด้วยลักษณะการปฏิบัติของบุคคลต่อผู้อื่นได้ 2 รูปแบบ ได้แก่ การปฏิบัติต่อบุคคลที่*เหมือนกัน*อย่าง*เท่าเทียมกัน* และการปฏิบัติต่อบุคคลที่*แตกต่างกัน*อย่าง*ไม่เท่าเทียมกัน* โดยความเหมือนหรือความแตกต่างกันดังกล่าวนั้นเป็นการเปรียบเทียบองค์ประกอบพื้นฐานของมนุษย์ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา หรือศาสนา เป็นต้น โดยองค์ประกอบเหล่านี้จะต้องเป็นเรื่องที่สังคมมีความเห็นร่วมกันว่าสามารถจูงใจบุคคลให้กระทำการหรือไม่กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้อื่นได้ นอกจากนั้น บรรทัดฐานในทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคยังส่งให้เนื้อหาของหลักการได้รับการพัฒนาให้มีความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น โดยปรากฏเป็นความพยายามในการจำแนกเนื้อหาให้มีความเป็นเฉพาะมากขึ้น เพื่อประโยชน์ในการกำหนดหลักการบังคับต่อกรณีที่มีลักษณะเฉพาะและพิเศษได้อย่างเหมาะสมและรวดเร็ว โดยไม่ต้องเริ่มต้นหรือคอยย้อนกลับมาพิจารณาเนื้อหาทั่วไปในทุกครั้งไป ดังปรากฏเป็นหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องต่าง ๆ เช่น หลัก

ความเสมอภาคทางเพศ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักความเสมอภาคของ(กลุ่ม)บุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เป็นต้น

สิ่งสำคัญที่เป็นบ่อนทำลายและยับยั้งมิให้เกิดความเสมอภาคในสังคมย่อมหนีไม่พ้นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลผู้เป็นเจ้าขององค์ประกอบพื้นฐานของมนุษย์ เรียกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ซึ่งต้องรวมไปถึงกรณีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลผู้ที่เพียงแต่มีความสัมพันธ์เกี่ยวโยงกับบุคคลนั้นด้วย โดยการเลือกปฏิบัติครั้งหนึ่งอาจปรากฏการควบซ้อนของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตั้งแต่สองเหตุขึ้นไปประกอบการตัดสินใจกระทำการดังกล่าวได้ เรียกว่า “การเลือกปฏิบัติควบซ้อน” การเลือกปฏิบัติอาจเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันอย่างแตกต่างกัน เรียกว่า “การเลือกปฏิบัติโดยตรง” หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันอย่างเท่าเทียมกัน เรียกว่า “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” รวมถึงการกระทำอื่นใดที่กฎหมายกำหนดให้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ การคุกคามและการคุกคามทางเพศ การก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การงดเว้นไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสม และการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติอาจชอบด้วยหลักความเสมอภาคได้ เมื่อปรากฏเหตุอันสมควรหรือความจำเป็นใด ๆ ที่รับฟังได้ โดยถือเป็นข้อยกเว้นตามกฎหมายและส่งผลให้การดังกล่าวเป็นเพียง “การปฏิบัติที่แตกต่าง” ที่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคจึงสมควรประกอบหลักการพื้นฐานอันเป็นมาตรฐานการคุ้มครองขั้นต่ำ เช่น 1) การสร้างบรรทัดฐานหลักความเสมอภาคหรือขอบเขตการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคให้ครอบคลุมไปในทุกกรณีความไม่เป็นธรรมให้ได้ 2) การรับรองข้อสมมติฐานตามกฎหมายแห่งการเลือกปฏิบัติในเชิงภววิสัยของวิญญูชนเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหาย เนื่องด้วยแรงจูงใจที่เกิดจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัตินี้เป็นข้อเท็จจริงในเชิงอัตวิสัยของผู้กระทำการ 3) การคุ้มครองสภาวะแห่งความเป็นผู้เสียหาย เพื่อป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติซ้ำซ้อนจากการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาค รวมไปถึง 4) การกำหนดภาระการพิสูจน์ความผิดในประเด็นพิพาทเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ด้วยเหตุผลเช่นเดียวกันกับกรณีการกำหนดข้อสันนิษฐานตามกฎหมายแห่งการเลือกปฏิบัติ นั่นคือ การที่พยานหลักฐานในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ มักอยู่ในการครอบครองของฝ่ายผู้กระทำการ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องผลักภาระให้ฝ่ายผู้ถูกกล่าวหามีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงมาหักล้างข้อกล่าวหาแทน เป็นต้น

การบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญประกอบกับแนวคิดการแบ่งแยกแดนกฎหมายส่งผลให้บรรทัดฐานของหลักความเสมอภาคถูกจำกัดลงจากเดิมที่เป็นหลักการตามธรรมชาติ และมีผลบังคับเฉพาะแต่ในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้น กล่าวคือ การรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานได้ก่อเกิดเป็นผลผูกพันต่อการใช้อำนาจรัฐทั้งปวง ซึ่งอาจเป็นไปตามภารกิจสิทธิ

ในเชิงป้องกันมิให้ถูกละเมิดหรือสิทธิในเชิงบวกโดยการดำเนินการใด ๆ เพื่อยังสิทธิในความเสมอภาคสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในความเสมอภาคและจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ของปัจเจกบุคคลอย่างเท่าเทียม อำนาจบริหารในฐานะหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองต่อปัจเจกบุคคลอย่างเท่าเทียม หรืออำนาจตุลาการในการให้สิทธิปัจเจกบุคคลเข้าถึงกระบวนยุติธรรมอย่างเท่าเทียม และการพิจารณาคดีและการตีความและบังคับใช้กฎหมายโดยคำนึงถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลเสมอ โดยที่ผลบังคับของหลักความเสมอภาคกลับไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยตรงต่อเอกชนในแดนกฎหมายเอกชนในทำนองเดียวกับกรณีข้างต้น อย่างไรก็ตาม ผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชนย่อมรวมไปถึงผลผูกพันของสิทธิในความเสมอภาคที่ก่อหน้าที่ให้รัฐจะต้องป้องกันมิให้มีการละเมิดสิทธินี้โดยบุคคลที่สามซึ่งหมายความถึงเอกชนด้วยกันด้วย ด้วยเหตุนี้ ผลบังคับที่อาจเกิดขึ้นได้ในแดนกฎหมายเอกชนซึ่งเป็นดินแดนแห่งการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานบนพื้นฐานแห่งหลักอิสระในทางแพ่งจึงเป็นผลบังคับต่อเนื่องจากแดนกฎหมายมหาชนผ่านการใช้อำนาจรัฐนั่นเอง

การที่ผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายมหาชนเป็นผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ ระดับหรือความเข้มข้นของผลบังคับจึงเรียกได้ว่าเป็น “ผลผูกพันปฐมภูมิ” ในขณะที่ผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนที่เป็นเพียงผลสืบทอดมาจากผลผูกพันปฐมภูมินั้นคงเป็นได้เพียง “ผลผูกพันทุติยภูมิ” ซึ่งต้องมีระดับหรือความเข้มข้นในระดับที่รองลงมา เนื่องจากการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนย่อมมิอาจเป็นไปได้อย่างราบรื่นดังเช่นในแดนกฎหมายมหาชน เพราะภายใต้ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนแต่ละฝ่ายหลากหลายประเภท และสิทธิในความเสมอภาคก็เป็นเพียงหนึ่งในสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายเหล่านั้นของเอกชนฝ่ายที่(มีอำนาจ)อ่อนแอกว่าเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง การบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว เรียกว่า “การปะทะกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐาน” ซึ่งส่งผลให้แต่ละสิทธิขั้นพื้นฐานไม่สามารถบังคับได้อย่างเต็มที่ในเวลาเดียวกัน รัฐในฐานะผู้มีหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลทุกคนจึงมีหน้าที่ต้องชั่งน้ำหนักการคุ้มครอง เพื่อให้ในสถานการณ์หนึ่ง ๆ สิทธิขั้นพื้นฐานทุกสิทธิสามารถบังคับใช้ได้มากที่สุดพร้อมกัน โดยไม่สามารถลดทอนหรือจำกัดผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานใดลงไปได้อย่างสิ้นเชิง

เมื่อผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนมีลักษณะเป็นผลผูกพันโดยอ้อมของสิทธิขั้นพื้นฐานต่อบุคคลที่สามผ่านการใช้อำนาจรัฐ ลักษณะของสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนจึงอาจปรากฏได้ทั้งที่เป็น**สิทธิในเชิงป้องกัน** โดยมีเนื้อหาแห่งสิทธิในการได้รับการปกป้องจากรัฐมิให้มีการละเมิดเกิดขึ้นโดยบุคคลที่สามหรือเอกชนด้วยกัน ซึ่งแสดงให้เห็นถึง

ลักษณะของสิทธิมนุษยชนที่มนุษย์ทุกคนมีหน้าที่เคารพ ดังนั้น ในการปรากฏตัวของสิทธิในความเสมอภาคเช่นนี้จึงถือเป็นเรื่องที่ไม่ขัดต่อสภาพทั่วไปของการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานตราบเท่าที่ไม่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้อื่นในแดนกฎหมายเอกชน ดังปรากฏเป็นกฎหมายว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติ เช่น รัฐบัญญัติเยอรมันว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (AGG) กฎหมายฝรั่งเศสเลขที่ 200-1066 และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทย เป็นต้น และ**สิทธิในเชิงบวก** ซึ่งในฝั่งแดนกฎหมายมหาชนได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการดำเนินการในเชิงรุก เรียกว่า “การกระทำเชิงบวก” เพื่อขจัดความไม่เท่าเทียมในเชิงโครงสร้างและมีลักษณะเป็นสิทธิพลเมือง เมื่อสภาพทั่วไปของการกระทำของเอกชนในแดนกฎหมายเอกชนต่างก็เป็นไปตามเสรีภาพแห่งการกระทำของบุคคลนั้นประกอบกับหลักการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกัน การปรากฏตัวของสิทธิในเชิงบวกที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่เอกชนผู้หนึ่งต้องดำเนินการใด ๆ อันเป็นการกระทำเชิงบวกในทำนองเดียวกับรัฐย่อมเป็นการลดทอนผลบังคับของเสรีภาพแห่งการกระทำซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานลงอย่างสิ้นเชิง สิทธิในความเสมอภาคเชิงบวกจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นสิทธิที่สมควรเกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ หน้าที่ตามกฎหมายของเอกชนหนึ่งเพื่อประโยชน์ของเอกชนผู้อื่น เช่น หน้าที่ของนายจ้างในการจัดหาสวัสดิการให้แก่ลูกจ้าง หรือหน้าที่ของเจ้าของอาคารในการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้พิการ เป็นต้น ก็เป็นเพียงการที่รัฐอาศัยแรงกำลังของเอกชนเพื่อช่วยเหลือภารกิจของรัฐให้สำเร็จลุล่วง และเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชนผู้นั้น โดยไม่อาจรับรองเป็นสิทธิเรียกร้องของเอกชนผู้อาจได้รับประโยชน์ให้สามารถบังคับเอกชนผู้มีหน้าที่ให้ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายนั้นได้โดยตรง

เมื่อการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไม่สามารถเป็นไปได้อย่างเต็มที่ หากแต่ต้องถูกลดทอนหรือจำกัดผลบังคับลงภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุเพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนทุกคนยังคงบังคับใช้ได้ในเวลาเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ การกำหนดขอบเขตผลบังคับของหลักความเสมอภาคจึงจำเป็นจะต้องมีความชัดเจน เนื่องจากกฎหมายที่มุ่งรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนมีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล(เอกชนอื่น) รวมไปถึงสิทธิในความเสมอภาคเอง โดยเฉพาะขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายซึ่งต้องหมายความถึงเอกชนทุกคนตามเนื้อหาแห่งสิทธิในความเสมอภาคในฐานะสิทธิมนุษยชน อนึ่ง ยังต้องพิจารณาไปถึงการเป็นผู้อยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะผูกขาดอำนาจเช่นเดียวกับการใช้อำนาจรัฐ การเป็นผู้เสียหายโดยตรง รวมไปถึงบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการรับรองสิทธิและหน้าที่ของเอกชนประกอบด้วยเสมอ เพื่อจำกัดขอบเขตหน้าที่และความรับผิดของผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายมิให้ถูกจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานมากจนเกินสัดส่วน และผู้ที่มีหน้าที่ตามสิทธิในความเสมอภาคซึ่งสามารถอ้างอิงได้จากขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ความสัมพันธ์

ระหว่างเอกชนด้วยกันจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคอันก่อหน้าที่ในการเคารพสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนฝ่ายหนึ่งต่อเอกชนอีกฝ่ายนั้น ก็ต่อเมื่อความสัมพันธ์นั้นเข้าใกล้กับความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนที่มีฝ่ายหนึ่งถืออำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายนั่นเอง ทั้งการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานโดยอิสระของเอกชนบนพื้นฐานอำนาจเหนือนั้นก็ยังจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับความเป็นสาธารณะ กล่าวคือ สามารถสร้างความเสียหายต่อสาธารณชนได้อีกด้วย นอกจากนี้ เพื่อความคล่องตัวในการขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นเหตุผลหลักที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ต่าง ๆ ระหว่างเอกชนด้วยกัน กฎหมายจึงต้องกำหนดข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคเอาไว้ด้วย เมื่อปรากฏเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นใด โดยข้อยกเว้นดังกล่าวย่อมรวมไปถึงการยอมให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างอันมีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงบวกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อผลแห่งการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคเอกชนต้องคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุเสมอ โดยไม่อาจลดทอนผลบังคับแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ โดยสิ้นเชิงจนขัดต่อหลักการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้น การกำหนดความรับผิดเฉพาะแต่การเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งรวมถึงค่าเสียหายในเชิงลงโทษย่อมมีความเหมาะสมมากกว่าบทลงโทษในทางอาญา

ในปัจจุบันหลักความเสมอภาคทางเพศถือเป็นหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่มีความสำคัญและได้รับความสนใจเป็นลำดับแรก ไม่ว่าในแดนกฎหมายหรือมิติความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนใดก็ตาม เนื่องด้วยเป็นเรื่องที่มีความใกล้ตัวและมีสัดส่วนการถูกละเมิดสูงสุด ยิ่งไปกว่านั้น ความตื่นตัวในความเท่าเทียมระหว่างเพศยังไม่ได้ยึดติดกับความเป็นเพศกำเนิดเพียงเฉพาะเพศหญิงหรือชายเท่านั้น หากแต่มีการพัฒนาแนวคิดและการยอมรับความแตกต่างในเรื่องเพศอย่างหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นวิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศสภาพ หรือคุณลักษณะทางเพศ ในช่วงเวลาที่ผ่านมาระบบกฎหมายไทยเองก็ปรากฏความพยายามในการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศของ(กลุ่ม)บุคคลที่ควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษเช่นกัน ดังปรากฏเป็นหลักการคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศต่อลูกจ้างในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แต่จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองดังกล่าวมีข้อจำกัดหลายประการ เช่น การคุ้มครองเฉพาะในมิติการจ้างแรงงาน และการคุ้มครองที่จำกัดเฉพาะเพศกำเนิด เป็นต้น จนกระทั่งมีการเริ่มต้นรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศโดยตรงอย่างเป็นรูปธรรมครั้งแรกด้วยการตราและบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งมีผลบังคับใช้ต่อความสัมพันธ์ในทุกแดนกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์ให้กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายทางเลือกและมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจรัฐรวมถึงการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลอื่นที่เป็นเอกชนด้วยกัน

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าจุดเริ่มต้นการคุ้มครองหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนไทยนับว่ามีความแตกต่างจากระบบกฎหมายในประเทศอื่น ๆ ซึ่งได้วางโครงผลบังคับของหลักความเสมอภาคโดยรวมด้วยกฎหมายทั่วไปว่าด้วยหลักความเสมอภาคก่อน ดังเช่นรัฐบัญญัติเยอรมันว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (AGG) หรือกฎหมายฝรั่งเศสเลขที่ 2008-496 แล้วจึงค่อยสอดแทรกการคุ้มครองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่มีข้อเรียกร้องการคุ้มครองด้วยหลักการเฉพาะ โดยระบบกฎหมายไทยนั้นใช้วิธีการวางโครงสร้างด้วยการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะสำหรับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เป็นต้น และมิติแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ นอกจากปัญหาความคุ้มครองที่ไม่อาจครอบคลุมเนื้อหาหรือรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันได้ทุกกรณี ยังก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับลำดับการบังคับใช้กฎหมายสำหรับกรณีหนึ่งที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายหลายฉบับในเวลาเดียวกัน ได้แก่

1) กรณีการเลือกปฏิบัติหนึ่งอยู่ภายใต้บังคับทั้งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ และกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองหลักความเสมอภาคในมิติความสัมพันธ์โดยเฉพาะ ยกตัวอย่างเช่นกรณีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศของนายจ้างต่อลูกจ้างหญิง ซึ่งต้องนำหลักการไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ ในฐานะกฎหมายเฉพาะว่าด้วยหลักความเสมอภาคทางเพศในมิติการจ้างแรงงานมาบังคับใช้ก่อน แม้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ จะมิได้มีมาตรฐานการคุ้มครองเทียบเท่าหรือมากกว่า อย่างไรก็ตาม ในการตีความและบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ สมควรจะต้องพึ่งพาพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ พิจารณาประกอบ ทั้งในกรณีที่สิทธิตามกฎหมายในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ คุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศของลูกจ้างได้มากกว่า ลูกจ้างผู้เสียหายก็ยังสามารถบังคับใช้สิทธิดังกล่าวได้ในฐานะที่พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ เป็นกฎหมายทางเลือกได้เสมอ

2) กรณีการเลือกปฏิบัติหนึ่งอยู่ภายใต้บังคับทั้งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ และกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคของกลุ่มบุคคลที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ ยกตัวอย่างเช่นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศต่อเด็กผู้หญิงที่พิการ ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการฯ และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ด้วย ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ในปัจจุบันนับว่ายังไม่เกิดความขัดแย้งเรื่องมาตรฐานการคุ้มครองในกฎหมายแต่ละฉบับ เพราะมิได้มีหลักการที่ขัดแย้งกันจนถึงขนาด แม้จะสร้างความสับสนในการ

บังคับใช้กฎหมาย แต่สุดท้ายแล้วย่อมเป็นหน้าที่ของศาลในการตีความและบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นเอกภาพ โดยไม่อาจบั่นทอนสิทธิของผู้เสียหายที่อาจได้รับในทุกกฎหมายฉบับที่เกี่ยวข้อง แม้ว่าผู้เสียหายจะมิได้เลือกบังคับสิทธิตามกฎหมายนั้นก็ตาม

3) กรณีการเลือกปฏิบัติหนึ่งมิได้อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องใด ๆ เลย ซึ่งถือข้อบกพร่องสำคัญกับการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายไทย ตราบใดที่ไม่ปรากฏการบังคับใช้กฎหมายทั่วไปว่าด้วยหลักความเสมอภาค ในการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าต้องอาศัยอำนาจตุลาการของศาลที่ผูกพันต่อหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญ โดยอาจใช้วิธีการอุดช่องว่างทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง โดยการนำพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาคทางเพศที่มีความเป็นกฎมายทั่วไปเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคมากที่สุดในระบบกฎหมายมาปรับใช้โดยอนุโลมในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าความพยายามในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ยังคงปรากฏข้อจำกัดในเรื่องการบังคับใช้สิทธิอื่น ๆ นอกเหนือไปจากกระบวนการทางศาล

ยิ่งไปกว่านั้น ลำพังการบัญญัติหลักการว่าด้วยหลักความเสมอภาคทั้งหลายในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ เองก็ยังไม่อาจสร้างหลักประกันความคุ้มครองให้แก่สิทธิในความเสมอภาคทางเพศของเอกชนได้อย่างแท้จริง โดยเฉพาะเมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องยิ่งแสดงให้เห็นถึงข้อบกพร่องของกฎหมายฉบับนี้ รวมถึงความไม่เข้าใจเกี่ยวกับรูปแบบและขอบเขตแห่งการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนของผู้ร่างกฎหมาย อันก่อให้เกิดข้อจำกัดหลายประการที่เป็นอุปสรรคต่อการบรรลุเป้าหมายในการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคทางเพศในแดนกฎหมายเอกชน โดยสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

1) ข้อจำกัดการคุ้มครองความเป็นเพศที่เป็นไปอย่าแคบ เนื่องจากการเลือกใช้ถ้อยคำในบทนิยามถึงความเป็นเพศเฉพาะแต่เพศกำเนิดและการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศกำเนิด ซึ่งไม่สามารถตีความการคุ้มครองให้ครอบคลุมความเป็นเพศที่หลากหลายและนอกเหนือไปจากความเป็นเพศดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการมีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างแต่มิได้มีการแสดงออกแตกต่างไปจากเพศกำเนิด การไม่ยึดถือสิ่งใดเกี่ยวกับเพศ รวมไปถึงการยึดถือสิ่งที่เกี่ยวกับเพศหลายอย่างในขณะเดียวกัน ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายจะคุ้มครองไปถึงบุคคลข้ามเพศและอัตลักษณ์ทางเพศต่าง ๆ ไม่ว่าจะมีคุณลักษณะในทางเพศใด เช่น บุคคลผู้พึงพอใจในเพศเดียวกัน บุคคลข้ามเพศ บุคคลผู้มีเพศกำกวม และบุคคลไม่อยู่ในระบบเพศขั้วตรงข้าม เป็นต้น

2) ข้อจำกัดจากความคลุมเครือของบทนิยามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศในมาตรา 3 โดยสามารถแยกองค์ประกอบแห่งการกระทำได้เป็นการกระทำหรือไม่กระทำการของผู้ใดโดยเจตนาหรือไม่เจตนา ซึ่งมีลักษณะเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ โดยตรงหรือโดยอ้อมของผู้อื่น โดยปราศจากความชอบธรรม ด้วยเหตุที่ผู้อื่นนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศกำเนิด ซึ่งจะเห็นได้ว่าในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ยังคงจำเป็นต้องพึ่งพาดุลยพินิจของศาลในการตีความถ้อยคำตัวอักษร ด้วยประสบการณ์ที่สอดคล้องกับความคิดเห็นส่วนใหญ่ของสังคมและความรู้บนพื้นฐานทฤษฎีต่าง ๆ ว่าด้วยการเข้ามามีผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะระดับผลผูกพันทุติยภูมิของหลักการ ทั้งนี้การที่มาตรา 17 วรรคแรกได้ระบุถึงการกระทำอันต้องห้ามตามกฎหมายไว้อย่างจำกัดได้ก่อให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับการนำมาเป็นหนึ่งในองค์ประกอบแห่งการอันมิชอบด้วยกฎหมายฉบับนี้เสมอหรือไม่ และหากต้องนำมาพิจารณาประกอบเสมอย่อมส่งผลให้ผู้ที่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศด้วยการใด ๆ ที่มิระบุไว้ในมาตราดังกล่าวอาจมิได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น การปฏิบัติตามคำสั่งซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ หรือการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเพียงครั้งเดียว เป็นต้น

3) ข้อจำกัดเกี่ยวกับขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากการไม่ปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยเงื่อนไขแห่งการเป็นผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคทางเพศตามกฎหมาย และด้วยลักษณะอันเป็นเฉพาะของความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนจึงไม่อาจนำเงื่อนไขในแดนกฎหมายมหาชนมาปรับใช้ได้โดยเฉพาะสิทธิในความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องในเชิงบวกและไม่อาจได้รับการรับรองเป็นสิทธิในแดนกฎหมายเอกชนได้ ส่วนกรณีสิทธิในความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนซึ่งมีเงื่อนไขขั้นต่ำสำคัญแห่งการเป็นการผู้ทรงสิทธิเพียงประการเดียว คือ ความเป็นมนุษย์ ก็ยังจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างกระทำและผลเพื่อพิสูจน์ความเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงตามกฎหมาย ในขณะที่ขอบเขตของผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายฉบับนี้สามารถพิจารณาได้จากขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง และจำกัดอยู่ที่ผู้มีหน้าที่ตามสิทธิในความเสมอภาคโดยตรงเท่านั้น โดยไม่มีการขยายขอบเขตไปถึงการเป็นผู้ที่อาจต้องร่วมรับผิดกับบุคคลดังกล่าวในลักษณะเดียวกับกรณีที่ปรากฏในกฎหมายละเมิด

4) ข้อจำกัดเกี่ยวกับขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง เมื่อกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ต่อความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันไว้อย่างชัดเจนจึงส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายนี้ครอบคลุมทุกความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาและสภาพของสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนย่อมเห็นได้ว่า สิทธินี้อาจถูกบั่นทอนผลบังคับลงหรือถูกละเมิดจนสร้างความเสียหายได้ก็ต่อเมื่อมีการบังคับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานบนพื้นฐานอำนาจเหนือของเอกชนฝ่าย

หนึ่งเสมอเท่านั้น ทั้งความเสียหายจะถึงขนาดที่ไม่ชอบธรรมได้ก็ต่อเมื่อการละเมิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายมากจนกระทบต่อสาธารณประโยชน์ด้วย มิเช่นนั้น การยอมให้กฎหมายฉบับนี้สามารถบังคับใช้ได้อย่างไม่จำกัดย่อมส่งผลเป็นการทำลายหลักความอิสระในทางแพ่งลงอย่างสิ้นเชิง

5) ข้อจำกัดเกี่ยวกับข้อยกเว้นในมาตรา 17 วรรคสอง อันเป็นข้อบกพร่องสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ซึ่งมีข้อโต้เถียงกันในสังคมตั้งแต่ขั้นตอนการร่างกฎหมาย เพราะเหตุที่ไม่สามารถอธิบายถึงเหตุผลอันสมควรและความจำเป็นได้อย่างปราศจากความสงสัย โดยเฉพาะเมื่อการเลือกใช้ถ้อยคำที่มีความหมายอย่างกว้างขวางในบทบัญญัติ การตีความหลักการจึงเป็นเรื่องดุลยพินิจโดยแท้ของศาลซึ่งมิได้ตกอยู่ภายใต้ข้อเรียกร้องใด ๆ ที่ยึดโยงกับความคิดเห็นส่วนใหญ่ของสังคม ดังนั้น ข้อยกเว้นตามกฎหมายฉบับนี้ถือเป็นการสร้างข้อจำกัดการบังคับใช้สิทธิในความเสมอภาคมากเกินสมควร แม้ว่าจะมีผลเป็นการคลายข้อจำกัดการบังคับใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชนผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายในเวลาเดียวกันก็ตาม ทั้งนี้ ในเรื่องข้อยกเว้นหลักความเสมอภาคทางเพศยังมีข้อคำนึงสำคัญที่ต้องพิจารณาเสมอด้วย นั่นคือ การที่จะต้องสละซึ่งแนวความคิดดั้งเดิมการเหมารวมว่าเพศหญิงเป็นเพศที่อ่อนแอ เพื่อลดการตอกย้ำความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศในสังคมให้ฝังรากหยั่งลึกกว่าเดิม

6) ข้อจำกัดเกี่ยวกับแนวคิดว่าด้วยการกระทำในเชิงบวกในแดนกฎหมายเอกชน แม้ว่าการดังกล่าวภายใต้เหตุผลเพื่อการขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นจะเป็นข้อยกเว้นที่กฎหมายรับรองให้กระทำได้ แต่การดังกล่าวก็ไม่อาจเป็นไปโดยปราศจากกรอบควบคุม ดังนั้น เหตุผลอันสมควรและความจำเป็นประกอบการกระทำเชิงบวกจึงต้องเป็นเรื่องที่สังคมเห็นพ้องไปในทางเดียวกันว่าจะสามารถสร้างประโยชน์ในภาพรวมได้อย่างแท้จริงและคุ้มค่ากับการยอมให้มีการลดทอนผลบังคับแห่งสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นที่มิได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้น และการกระทำเชิงบวกนั้นต้องไม่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์อย่างเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบธรรมด้วย อนึ่ง พึงต้องเข้าใจว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ของเอกชนในการดำเนินการอันเป็นการกระทำในเชิงบวกย่อมไม่มีผลเป็นการรับรองสิทธิเรียกร้องให้แก่เอกชนผู้อาจได้รับประโยชน์ในการบังคับให้เอกชนต้องปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าว เพราะสิทธิในความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็นสิทธิในเชิงบวกไม่อาจปรากฏตัวได้ในแดนกฎหมายเอกชน ดังนั้น หน้าที่ตามกฎหมายเช่นว่านี้จึงต้องเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชนดังกล่าวเท่านั้น

7) ข้อจำกัดของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ วลพ. โดยเฉพาะการไม่สามารถแบ่งเบาภาระของผู้เสียหายเพื่อไม่ต้องใช้วิธีการดำเนินกระบวนการทางศาล การใช้อำนาจกึ่งตุลาการที่ยังมิได้คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายผู้ถูกกล่าว และการปฏิบัติงานมิได้มีความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรด้านความเสมอภาคทางเพศหรือองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องได้อย่างมีประสิทธิภาพ

8) ข้อจำกัดเกี่ยวกับผลแห่งการละเมิดกฎหมาย กฎหมายฉบับนี้ได้รับรองสิทธิเรียกร้องของผู้เสียหายไว้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการเรียกร้องตามกระการภายนอกศาลหรือภายในศาล หากแต่ก็ไม่ปรากฏหลักประกันสิทธิสำคัญหลายประการที่จำเป็นต่อการเรียกร้องสิทธิดังกล่าว เช่น การไม่กำหนดอายุความแห่งสิทธิการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. ในกรณีไม่อาจทราบหรือถือว่าทราบเหตุแห่งการร้อง การไม่รับรองการไกล่เกลี่ยนอกศาล การยื่นคำร้องภายในองค์กรเอกชน การปฏิเสธการทำงานโดยไม่ถูกหักเงินค่าจ้าง และการได้รับการคุ้มครองโดยเฉพาะในฐานะผู้เสียหาย อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ วลพ. ในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมิใช่ศาล เป็นต้น ทั้งยังไม่ปรากฏผลแห่งการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงต้องเป็นผู้ชั่งน้ำหนักการคุ้มครองระหว่างสิทธิในการกระทำของผู้ถูกกล่าวหากับสิทธิในความเสมอภาคของผู้เสียหายที่ปะทะกัน แต่เมื่อการกำหนดผลโมฆะแห่งการพิพาทย่อมเป็นการลดทอนผลบังคับฝั่งสิทธิในการกระทำลงอย่างสิ้นเชิง ดังนั้น การดังกล่าวจึงอาจจะต้องมีผลบังคับใช้ได้ต่อไป โดยผู้เสียหายสามารถเรียกร้องได้เฉพาะแต่ค่าเสียหายเท่านั้น เว้นแต่ในกรณีที่ความเสียหายต่อสิทธิในความเสมอภาคนั้นจะมีมากจนถึงขนาดไม่อาจยอมรับให้เกิดขึ้นได้

9) ข้อจำกัดจากการไร้ซึ่งหลักประกันสิทธิในความเสมอภาคตามกฎหมาย เมื่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในประเด็นพิพาทว่าด้วยการเลือกปฏิบัติมีลักษณะพิเศษและยากลำบากกว่ากรณีทั่วไป ดังนั้น การกำหนดข้อสันนิษฐานแห่งการเลือกปฏิบัติเพื่อสร้างภาระหน้าที่การพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้แก่ฝ่ายที่ถูกกล่าวหาและการคุ้มครองความเป็นผู้เสียหายโดยเฉพาะรวมถึงพยานบุคคลที่เกี่ยวข้องย่อมสามารถคุ้มครองฝ่ายผู้เสียหายผู้ได้ชื่อว่าอ่อนแอกว่าในความสัมพันธ์พิพาทได้อย่างแท้จริง แต่จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้กลับไม่ปรากฏการประกันสิทธิดังกล่าวแต่อย่างใด ทั้งในการนำวิธีการหรือเทคนิคการพิสูจน์ข้อเท็จจริงด้วยวิธีการสร้างสถานการณ์ทดสอบและการใช้ข้อมูลเชิงสถิติก็ยังไม่เคยปรากฏในการดำเนินพิจารณาคดีของศาลไทยแต่อย่างใด

นอกจากปัญหาด้านเนื้อหาของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ แล้ว ยังปรากฏปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวในทางปฏิบัติ ได้แก่ ปัญหาผลแห่งการวินิจฉัยในประเด็นพิพาทที่ขัดแย้งกันระหว่างศาลยุติธรรมกับคณะกรรมการ วลพ. ซึ่งจะยุติได้ก็ต่อเมื่อได้ทำความเข้าใจถึงความอิสระในการใช้อำนาจวินิจฉัยและวัตถุประสงค์ในการรับรองและบังคับตามสิทธิตามกฎหมายของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคที่เสียหาย โดยที่ศาลยุติธรรมมีขอบเขตอำนาจในการบังคับสิทธิฐานละเมิดเพื่อให้มีการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ในขณะที่คณะกรรมการ วลพ. มุ่งขจัดมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครองซึ่งจะยุติได้ก็ต่อเมื่อได้ทำความเข้าใจว่าวัตถุแห่งการคดีในขอบเขตอำนาจศาลปกครองมีเพียงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของคณะกรรมการ วลพ. และถูกจำกัดมิให้ก้าว

ล่วงเข้าไปถึงการพิจารณาส่วนเนื้อหาตามคำร้องของผู้เสียหาย ในขณะที่ส่วนเนื้อหาตามคำร้องนี้เป็นวัตถุแห่งการพิจารณาประเด็นแห่งคดีในศาลยุติธรรม นอกจากนั้น ยังปรากฏปัญหาการบังคับใช้กฎหมายฉบับเดียวกันต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ซึ่งตามทฤษฎีผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐานได้แสดงให้เห็นถึงระดับความเข้มข้นของผลบังคับของหลักความเสมอภาคในแต่ละแดนกฎหมายที่แตกต่างกัน อันส่งผลให้หลักการต่าง ๆ ตามหลักความเสมอภาคและผลแห่งการละเมิดหลักการไม่อาจเหมือนกันได้

หากจะกล่าวโดยสรุปแล้ว ผลที่เกิดขึ้นภายหลังการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ถือว่าเป็นความล้มเหลวมากกว่าความสำเร็จ ไม่ว่าจะมาจากด้านผู้เสียหายที่เกิดจากความเกรงกลัวและอุปสรรคที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายเพื่อต่อสู้ให้ได้รับการคุ้มครอง ด้านผู้มีหน้าที่ตามสิทธิตามกฎหมายที่ยังไม่คุ้นชินกับหน้าที่ในการเคารพสิทธิในความเสมอภาคซึ่งต้องแลกกับการสูญเสียผลประโยชน์หรือความพึงพอใจส่วนตน ด้านผู้ตีความและบังคับใช้กฎหมายเพราะต้องถือว่าแนวคิดการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนนั้นเป็นเรื่องที่หักล้างกับแนวคิดดั้งเดิมที่เป็นเรื่องเฉพาะในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้น กล่าวคือ สำหรับการพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีแพ่งในศาลยุติธรรมย่อมพบอุปสรรคในเรื่ององค์ความรู้และความเข้าใจของศาลที่ถนัดเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งหลักความอิสระในทางแพ่งมากกว่า ในขณะที่ศาลปกครองเองก็ต้องลดระดับความเข้มข้นของการบังคับผลของหลักความเสมอภาคในกรณีที่เกี่ยวข้องกับแดนกฎหมายเอกชน ส่วนการใช้อำนาจของคณะกรรมการ วลพ. ก็ไม่สามารถสร้างความมั่นใจและหลักประกันสิทธิให้แก่ผู้เสียหายในฐานะหน่วยงานรัฐที่อำนาจกึ่งตุลาการได้ และในด้านสุดท้ายซึ่งเป็นปราการด่านสำคัญ นั่นคือความเห็นและการยอมรับการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศของสังคม เพราะแม้ว่าจะปรากฏการบังคับกฎหมายที่มีหลักการครบถ้วนและมีประสิทธิภาพมากมายเพียงใด ตราบใดที่เหล่าเอกชนยังคงไร้ซึ่งจิตใต้สำนึกและเรื่องนี้ยังมิใช่ความต้องการส่วนใหญ่ของสังคมอย่างแท้จริง ประสิทธิผลและวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายไม่ว่าจะบังคับใช้กี่ร้อยฉบับก็ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้

6.2 ข้อเสนอแนะ

สิ่งสำคัญที่ระบบกฎหมายไทยจะต้องเร่งดำเนินการโดยเร็วที่สุด นั่นคือ การปรับเปลี่ยนโครงสร้างกฎหมายว่าด้วยหลักความเสมอภาค ซึ่งอาจเป็นไปได้ 2 แนวทาง ได้แก่

แนวทาง 1 การยึดโครงสร้างกฎหมายเฉพาะเช่นเดิม โดยรัฐสภาจะต้องดำเนินการตรากฎหมายเฉพาะว่าด้วยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องให้ครอบคลุมทุกเรื่อง และแก้ไขปรับปรุงหลักการในกฎหมายเฉพาะที่บังคับใช้อยู่ก่อนแล้วให้มีมาตรฐานการคุ้มครองเดียวกัน โดยมาตรฐาน

ดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำอันเป็นสากลด้วย นอกจากนี้กฎหมายเฉพาะเรื่องทุกฉบับจะต้องสามารถเชื่อมโยงซึ่งกันและกันได้อย่างเป็นเอกภาพ และจะต้องกำหนดขอบเขตผลบังคับ การบังคับใช้สิทธิ และอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายแต่ละฉบับไว้อย่างชัดเจนและไม่ทับซ้อนกัน ข้อดีของการยึดโครงสร้างเช่นนี้ คือ การสามารถสร้างหลักประกันการคุ้มครองที่เหมาะสมกับการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่มีลักษณะเฉพาะที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ ภายใต้การดูแลโดยองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะเรื่องนั้น ๆ ในขณะที่ข้อเสีย คือ การสร้างภาระและงานให้กับรัฐสภาโดยไม่จำเป็น ความไม่คุ้มครองกับงบประมาณ ภาวะกฎหมายในระบบเฟ้อ การไม่สามารถตรากฎหมายเฉพาะให้ครอบคลุมทุกกรณีได้ภายในระยะเวลาอันสั้นและไม่ทันการณ์ที่ยังไม่อาจคาดถึงในอนาคตได้ รวมถึงความซ้ำซ้อนของการตรากฎหมายหลายฉบับเพื่อรับรองและคุ้มครองในเรื่องเดิม

แนวทางที่ 2 การปรับใช้โครงสร้างกฎหมายทั่วไป โดยเริ่มต้นจากการตรากฎหมายทั่วไปว่าด้วยหลักความเสมอภาค(ทั่วไป) และอาศัยกฎหมายเฉพาะเป็นส่วนเสริมสำหรับกรณีที่มีข้อเรียกร้องถึงหลักการการคุ้มครองโดยเฉพาะ ซึ่งถือเป็นกรณีที่มีเหตุผลอันสมควรและความจำเป็นและเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายทั่วไป โดยอย่างน้อยที่สุดกฎหมายทั่วไปจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) กฎหมายนี้อาจมีผลบังคับใช้ต่อความสัมพันธ์ในทุกแดนกฎหมายได้ หากเป็นไปเพื่อสร้างพื้นฐานความเข้าใจเกี่ยวกับการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายที่แตกต่างกันในแต่ละแดนกฎหมาย เพียงแต่สำหรับกรณีที่ต้องกำหนดหลักการตามผลบังคับของหลักความเสมอภาคในระดับที่แตกต่างกันจะต้องบัญญัติเป็นหลักการเฉพาะแยกต่างหากออกจากกันไว้อย่างชัดเจนด้วย โดยอาจใช้วิธีการอย่างเช่นกฎหมายเยอรมันซึ่งมีหลักการเฉพาะสำหรับกรณีความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายมหาชนที่มีข้อเรียกร้องการคุ้มครองหลักความเสมอภาคในระดับที่มากกว่า เช่น การกระทำของรัฐที่ละเมิดต่อสิทธิในความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลย่อมมีผลเป็นโมฆะ หรือข้อยกเว้นที่อาจมีขอบเขตกว้างขวาง โดยเฉพาะเพื่อประโยชน์ส่วนรวมในขณะที่ข้อยกเว้นนี้ย่อมไม่ปรากฏในแดนกฎหมายเอกชน เป็นต้น

2) กฎหมายจะต้องกำหนดขอบเขตการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ไว้อย่างชัดเจนในกรณีที่อาจเกิดความทับซ้อนกันกับการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายฉบับอื่น ๆ เช่น กรณีที่มีการรับรองสิทธิในการยื่นคำร้องทุกข์เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคทางเพศโดยนายจ้างเอกชนต่อองค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาคที่จัดตั้งโดยกฎหมายทั่วไปฉบับนี้ พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ และพ.ร.บ.คุ้มครองแรงงานฯ เป็นต้น

3) กฎหมายจะต้องบัญญัติบทเชื่อมโยงกับกฎหมายที่มีหลักการว่าด้วยหลักความเสมอภาคและบังคับใช้อยู่ก่อนแล้วในระบบกฎหมาย ในฐานะที่เป็นมาตรฐานการคุ้มครองขั้นต่ำกฎหมาย

ฉบับอื่น ๆ ที่มีมาตรฐานต่ำกว่ากฎหมายฉบับนี้จึงไม่อาจบังคับใช้ได้อีกต่อไป โดยมิได้หมายความว่าให้บทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ เพียงแต่ในการตีความและบังคับใช้กฎหมายเหล่านั้นจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ เช่น กรณีการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ ที่บทบัญญัติจำกัดการคุ้มครองเฉพาะลูกจ้างชายและหญิงก็จะต้องขยายความคุ้มครองไปถึงความเป็นเพศทุกกรณีของลูกจ้าง รวมไปถึงการตีความการเลือกปฏิบัติในบทบัญญัตินี้ก็ต้องเป็นไปตามบทนิยามของกฎหมายทั่วไปนี้ด้วย เป็นต้น ทั้งในการตรากฎหมายฉบับใหม่จะต้องมีมาตรฐานเทียบเท่าหรือสูงกว่ากฎหมายนี้เสมอ เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นใด ๆ อันควรค่ารับฟังได้

4) กฎหมายจะต้องบัญญัติบทผ่อนปรนการบังคับใช้กฎหมายด้วยระยะเวลาอันสมควรและจำกัดเพื่อเป็นกำหนดเวลาให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (รวมถึงฝ่ายบริหาร) จะต้องดำเนินการปรับปรุงแก้ไขหรือเพิ่มเติมกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในระบบกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการในกฎหมายนี้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการให้กฎหมายฉบับนี้เป็นมาตรฐานการคุ้มครองขั้นต่ำจึงต้องป้องกันมิให้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ก่อนแล้วสิ้นผลไปเพราะความขัดแย้งของหลักกฎหมายเดิมกับกฎหมายใหม่ ซึ่งอาจก่อให้เกิดสภาวะไร้ซึ่งกฎหมายบังคับและสร้างความเสียหายได้มากกว่าการยอมให้มีการบังคับใช้หลักกฎหมายที่ขัดแย้งต่อหลักความเสมอภาคต่อไป

5) กฎหมายทั่วไปว่าด้วยหลักความเสมอภาคจำเป็นต้องวางมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนเอาไว้อย่างสมบูรณ์และครบถ้วน ทั้งยังจะต้องเหมาะสมกับสภาพสังคมนั้น ๆ ด้วย แต่ด้วยพัฒนาการของระบบกฎหมายไทยในเรื่องนี้นับว่าอยู่ในช่วงเริ่มต้นแต่เพียงเท่านั้น ดังนั้น การหยิบยืมหรือศึกษาหลักการต่าง ๆ จากระบบกฎหมายอื่นจึงย่อมรักษาผลประโยชน์และยับยั้งความเสียหายที่เกิดจากการใช้เวลาในการค้นหาหลักการที่เหมาะสมกับสังคมไทยด้วยตัวเอง ตัวอย่างของมาตรฐานขั้นต่ำที่น่าสนใจในปัจจุบัน คือ ประกาศว่าด้วยหลักเกณฑ์แห่งหลักความเสมอภาค ค.ศ. 2008 (Declaration of Principles on Equality 2008) ซึ่งจัดทำโดยทรัสต์เพื่อสิทธิในความเสมอภาค (The Equal right Trust) โดยรวบรวมหลักการว่าด้วยหลักความเสมอภาคจากกฎหมายของนานาประเทศ และนำมาสกัดเป็นมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาค (ส่วนรายละเอียดในแต่ละส่วนจะกล่าวรวมไปในคราวเดียวกันกับข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเนื้อหาในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558)

โดยผู้เขียนเห็นว่าสำหรับสังคมไทยปัจจุบันสมควรเลือกใช้**แนวทางที่ 2** เนื่องด้วยความคุ้มค่าเสียโอกาสต่าง ๆ เมื่อเทียบกับแนวทางแรก ไม่ว่าจะเป็นระยะเวลาดำเนินการ ภารกิจของรัฐสภา งบประมาณ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการขยายการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคได้อย่างครอบคลุมทุกกรณีที่ปรากฏปัจจุบันและอาจเกิดขึ้นในอนาคต อย่างไรก็ตาม ในระยะเวลา

จนกว่าจะมีการตราและบังคับใช้กฎหมายทั่วไปเช่นว่านี้ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ก็ยังเป็นเครื่องมือสำคัญในการประคองให้การรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาค(ทางเพศ)ในแดนกฎหมายเอกชนสามารถดำเนินต่อไป โดยศาลยุติธรรมควรนำเอาไปเป็นหลักเกณฑ์ประกอบการพิจารณาคดีพิพาทว่าด้วยการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอื่นนอกเหนือไปจากสิทธิในความเสมอภาคทางเพศในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพียงแต่ในส่วนข้อเนื้อหาของกฎหมายที่ยังพบข้อบกพร่องมากมายจำเป็นจะต้องได้รับการแก้ไขปรับปรุงและเพิ่มเติม เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานการคุ้มครองหลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนขั้นต่ำในระดับสากลที่ควรจะเป็น และเป็นกรอบการใช้อำนาจดุลยพินิจโดยผูกพันต่อหลักความเสมอภาคของศาลในการตีความและบังคับใช้กฎหมายในอรรถคดี ดังข้อเสนอแนะต่อไปนี้

1) การให้ความคุ้มครองความเป็นเพศทุกรูปแบบ โดยเฉพาะการเพิ่มเติมความคุ้มครองนอกเหนือไปจากที่ระบุไว้ในบทนิยามมาตรา 3 ให้ครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างแต่ไม่ได้แสดงออกแตกต่างจากเพศกำเนิด การมิได้ยึดถือสิ่งใดเกี่ยวกับเพศเพื่อคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในระบบเพศขั้วตรงข้ามหรือบุคคลที่ไม่มีกรอบจำกัดทางเพศ การยึดถือสิ่งที่เกี่ยวกับเพศหลายอย่างในขณะเดียวกันเพื่อคุ้มครองบุคคลผู้มีเพศกำกวม และการมีเพศที่เลื่อนไหลไปมา นอกจากนี้ เมื่อปัจจุบันขอบเขตแห่งความเป็นเพศยังสามารถสรุปได้อย่างแน่นอน ทั้งยังมีแนวโน้มว่าจะมีการขยายขีดจำกัดให้กว้างขึ้นได้เรื่อย ๆ โดยไม่จำกัด ด้วยเหตุนี้ การเลือกใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างขวางแบบปลายเปิดในบทบัญญัติ แม้จะเป็นความพยายามในการเปิดช่องทางให้มีการตีความขยายความหมายได้ แต่ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่ปรากฏหรือสามารถนำสืบให้เห็นถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (เหตุแห่งเพศ) อย่างชัดแจ้ง ยกตัวอย่างเช่นกรณีการเลือกปฏิบัติเพียงเพราะพนักงานชายในร้านอาหารใส่ต่างหู ซึ่งในการวินิจฉัยต้องอาศัยบริบทแห่งสังคมประกอบกับดุลยพินิจของศาลประกอบกันในการตัดสินว่าเป็นเรื่องของการเหมารวมภาพลักษณะของเพศสภาพ กล่าวคือชายไม่ควรใส่เครื่องประดับที่เดิมทีมีเพียงหญิงเท่านั้นที่ใช้

โดยตัวอย่างการกำหนดบทนิยามเกี่ยวกับความเป็นเพศที่มีการเลือกใช้ถ้อยคำได้อย่างครอบคลุมความหลากหลายทางเพศได้รับการยอมรับเป็นอย่างมากในปัจจุบัน สามารถพิจารณาได้จากการคุ้มครอง *“เพศ วิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ และคุณลักษณะทางเพศ”* ในหลักการยอกยาการ์ตา ฉบับ ค.ศ. 2006 (ประกอบหลักการยอกยาการ์ตา ฉบับ ค.ศ. 2017 (Plus 10)) ทั้งนี้ เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวยังไม่ปรากฏคำอธิบายที่ชัดเจนและได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป ดังนั้น เพื่อสร้างความเข้าใจให้แก่ทั้งผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้เกี่ยวข้องและให้การคุ้มครองหลักความเสมอภาค(ทางเพศ)เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รัฐอาจเลือกใช้วิธีการสร้าง

คู่มือการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ในทำนองเดียวกันกับคู่มือเยอรมันว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (AGG) ว่าด้วยคำอธิบายและตัวอย่าง (Guide to the General Equal Treatment Act: Explanations and Examples) ซึ่งจัดทำขึ้นโดยองค์กรต่อต้านการเลือกปฏิบัติแห่งสหพันธ์ นอกจากนี้ ดังที่ได้ตั้งข้อสังเกตไว้สำหรับบทบัญญัติในมาตรา 17 วรรคแรก เพื่อคลายข้อสงสัยในการบังคับใช้กฎหมาย จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องแก้ไขถ้อยคำให้ชัดเจนและครอบคลุมถึงทุกการกระทำหรือไม่กระทำการที่อาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศได้

2) การกำหนดบทนิยามเกี่ยวกับลักษณะการเลือกปฏิบัติให้ชัดเจนและครอบคลุม โดยเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมที่เมื่อมองจากภายนอกมีลักษณะการกระทำหรือไม่กระทำการที่เป็นกลาง แต่ความจริงแล้วขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคอย่างไม่สามารถมองเห็นได้อย่างเป็นประจักษ์ เมื่อเทียบกับกรณีการเลือกปฏิบัติโดยตรง นอกจากนั้น เพื่อการคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำบางประการที่ชัดแจ้งอยู่ในตัวว่ามีเจตนา(ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล)ละเมิดสิทธิในความเสมอภาคทางเพศของผู้เสียหาย เช่น การคุกคาม การคุกคามทางเพศ การก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การงดเว้นไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสม (เฉพาะเมื่อปรากฏความรุนแรงของความเสียหายเทียบเท่ากับกรณีการละเมิดสิทธิในความเสมอภาคของผู้พิการ) และการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง เป็นต้น ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่ไม่ชอบโดยกฎหมาย โดยผู้เสียหายไม่จำเป็นจะต้องนำสืบข้อเท็จจริงให้ได้ความตามบทนิยามทั่วไปของการเลือกปฏิบัติและคงต้องนำสืบข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบการกระทำดังกล่าวเท่านั้น

3) การกำหนดขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน โดยขอบเขตของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 1) การเป็นบุคคลตามกฎหมาย ได้แก่ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อเนื้อหาและสภาพของสิทธิในความเสมอภาคทางเพศ 2) การเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ตามเนื้อหาที่เกี่ยวข้องตามกฎมายฉบับนี้ (โปรดพิจารณาในหัวข้อถัดไป) โดยมิต้องคำนึงว่ามีนิติสัมพันธ์เกิดขึ้นแล้วหรือไม่ และ 3) การเป็นผู้เสียหายโดยตรง โดยพิจารณาตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ทั้งนี้ สำหรับกรณีที่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศได้ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นวงกว้างต่อกลุ่มบุคคลหนึ่ง เช่น การใช้ถ้อยคำในข่าวเสียดสีบุคคลทั่วไปที่เป็นบุคคลข้ามเพศ เป็นต้น โดยไม่สามารถระบุตัวผู้เสียหายโดยตรงอย่างเจาะจงได้และการรวบรวมบุคคลในกลุ่มดังกล่าวเพื่อดำเนินการในทางกฎหมายตามสิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ได้นั้นก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ด้วยเช่นกัน กฎหมายต้องกำหนดอำนาจหน้าที่และสร้างช่องทางให้องค์กรรัฐหรือองค์กรอิสระใด ๆ เป็นผู้บังคับใช้สิทธิตามกฎหมายในฐานะตัวแทนของกลุ่มบุคคล

ดังกล่าวด้วย ส่วนกรณีที่มีการเรียกร้องค่าเสียหายอันเป็นจำนวนเงินก็ให้เงินนั้นตกเป็นของกองทุนเพื่อช่วยเหลือและสนับสนุนเหล่าผู้เสียหายต่อไป

ส่วนขอบเขตของผู้มีหน้าที่และอาจถูกเรียกร้องให้ต้องรับผิดตามกฎหมายฉบับนี้ได้ นอกจากที่กฎหมายฉบับนี้จะเลือกใช้วิธีการระบุไปอย่างเจาะจงเลยว่าให้บังคับใช้กับบุคคลใดบ้างได้แล้ว เช่น ผู้ประกาศรับสมัครงาน เจ้าของสถานบันเทิง หรือนายจ้าง เป็นต้น หรือการกำหนดเป็นเงื่อนไขเพื่อเปิดช่องให้มีการตีความอย่างเหมาะ โดยอย่างน้อยที่สุดต้องเป็นบุคคลผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน กฎหมายก็อาจใช้วิธีการกำหนดเฉพาะในส่วนขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้องแทนและอาศัยการพิจารณาขอบเขตของผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายด้วยขอบเขตเนื้อหาดังกล่าว รวมถึงจะใช้วิธีกลับกันในการกำหนดเฉพาะขอบเขตของผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายเพียงเท่านั้นได้เช่นกัน เพราะก่อให้เกิดผลให้รูปแบบเดียวกัน นอกจากนี้ เนื่องจากความรับผิดตามกฎหมายนี้มุ่งประสงค์ไปยังการรับผิดในทางแพ่ง ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางเพิ่มเติมจากมาตรฐานการคุ้มครองขั้นต่ำที่เป็นสากล เพื่อการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ด้วยวิธีการสร้างความรับผิดของบุคคลร่วมกับผู้ทำละเมิด เช่น นายจ้างต้องร่วมรับผิดในละเมิดของลูกจ้างเมื่อเป็นไปในทางการที่จ้าง หรือบิดามารดาต้องร่วมรับผิดในละเมิดที่เกิดจากบุตรซึ่งเป็นผู้เยาว์ เป็นต้น ในฐานะที่บุคคลดังกล่าวเป็นผู้อยู่ใกล้ชิดกับผู้เลือกปฏิบัติมากที่สุด

4) การกำหนดขอบเขตเนื้อหาที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน โดยเงื่อนไขอย่างน้อยที่สุดของความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่อยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ คือ 1) ลักษณะความสัมพันธ์ที่มีเอกชนฝ่ายหนึ่งมีอำนาจในทางใดทางหนึ่งอ่อนแอกว่าเอกชนอีกฝ่าย ซึ่งแม้ความจริงเอกชนจะมิได้มีอำนาจนั้น แต่หากสามารถทำให้เอกชนฝ่ายผู้เสียหายสำคัญผิดว่ามีอำนาจดังกล่าวอยู่จริงและความสำคัญผิดมิได้เกิดขึ้นจากฝ่ายผู้เสียหายเองย่อมเข้าเงื่อนไขนี้เช่นกัน และมิจำเป็นที่ความสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน และ 2) ความสัมพันธ์เกี่ยวข้องและอาจหรือได้ส่งผลกระทบต่อสาธารณชน อย่างไรก็ดี การระบุตัวอย่างหรือกำหนดขอบเขตเนื้อหาอย่างชัดแจ้งถึงรายกรณีความสัมพันธ์เช่นว่าก็ยังเป็นเรื่องที่สมควรต้องทำ เพื่อเป็นตัวอย่างในการบังคับใช้กฎหมายและให้ประชาชนรับทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนได้อย่างสะดวกรวดเร็ว แต่อย่างไรเสียก็ยังจำเป็นต้องบัญญัติบทกวาดกองกรณีอื่น ๆ ที่อาจอยู่นอกเหนือการรับรู้ของสังคมส่วนใหญ่ไว้เผื่ออนาคตด้วย

5) การกำหนดข้อยกเว้นอย่างแคบ โดยพึงคำนึงเสมอว่าต้องเป็นเรื่องที่สมาชิกส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่าสมควรได้รับน้ำหนักการคุ้มครองมากกว่าสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนผู้อาจได้รับความเสียหายหรือมีข้อถกเถียงกันในสังคมน้อยที่สุด และมีคุณค่าควรแก่การรับฟังเป็นเหตุอันสมควรและความจำเป็นให้การดังกล่าวสมควรเป็นเพียงการปฏิบัติที่แตกต่างและชอบด้วย

กฎหมาย อีกทั้ง บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นก็จะต้องใช้ถ้อยคำที่รัดกุมและชัดเจน เพื่อป้องกันการตีความขยายความตามอำเภอใจ ซึ่งอาจเริ่มต้นด้วยการพิจารณาจากตัวอย่างของข้อยกเว้นหลักความเสมอภาคทางเพศที่ทั้งสังคมเยอรมันและสังคมฝรั่งเศสให้การยอมรับ ได้แก่ ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับอาชีพอย่างแท้จริง ศาสนาหรือความเชื่อของลูกจ้าง การมีครอบครัวของลูกจ้าง สุขภาพและความปลอดภัย และอายุ และสำหรับข้อยกเว้นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ปัจจุบัน โดยเฉพาะกรณีเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศในเมื่อช่วงเวลาปัจจุบันยังไม่สามารถค้นหาการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคทางเพศกรณีใดที่สามารถสั่นคลอนข้อยกเว้นนี้ได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าสมควรที่จะต้องตัดทอนออกไป ในขณะที่เหตุผลอื่น ๆ กฎหมายควรขยายความให้มีความชัดเจนมากขึ้น เพื่อลดและจำกัดข้อถกเถียงในสังคม เช่น กรณีเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นจะต้องเป็นกรณีที่การบังคับใช้สิทธิของบุคคลอื่นนั้นต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย หรือกรณีเพื่อการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนาจะต้องเป็นกรณีที่เป็นเรื่องของศาสนาอย่างแท้จริง ไม่รวมถึงกรณีวัฒนธรรมที่พยายามเชื่อมโยงกับศาสนา เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้น ในการอาศัยข้อยกเว้นเพื่อการปฏิบัติที่แตกต่างต่อบุคคลนั้น กฎหมายต้องเน้นย้ำให้ชัดเจนว่าจะต้องไม่ปรากฏการอ้างข้อยกเว้นโดยการเลือกปฏิบัติอีกหนึ่งชั้นด้วย เพื่อป้องมิให้มีการหลีกเลี่ยงบาลีเพื่อให้ประโยชน์แก่(กลุ่ม)บุคคลหนึ่ง(กลุ่ม)บุคคลใดโดยไม่ชอบธรรม ทั้งนี้จากข้อพิจารณาในมาตรา 17 ทั้งมาตราจะเห็นได้ว่าเมื่อต้องการยกข้อยกเว้นตามกฎหมายฉบับนี้ขึ้นอ้างต้องเป็นกรณีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่เกิดจากการกระทำตามวรรคแรกเท่านั้น ดังนั้น เพื่อมิให้ข้อยกเว้นมีผลอย่างจำกัด กฎหมายจำต้องตัดถ้อยคำดังกล่าวออกหรือไม่ก็ต้องแก้ไขบทบัญญัติในวรรคแรกให้สิ้นข้อสงสัย (ดังที่ได้เสนอแนะไปในข้อ ก) ตอนท้าย) แม้ว่าความจริงแล้วหากเป็นกรณีอื่นนอกเหนือไปจากการดังกล่าว ผู้ถูกกล่าวหาก็ยังคงอ้างเหตุอันสมควรหรือความจำเป็นเพื่อพิสูจน์ให้เห็นถึงความเป็นธรรมหรือความชอบธรรม ซึ่งจะส่งผลให้การนั้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศตั้งแต่แรกได้ก็ตาม

6) การจำกัดขอบเขตการกระทำในเชิงบวกที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังจะเห็นได้ว่าการกระทำในเชิงบวกในบางระบบกฎหมายไม่ได้รับการยอมรับมากนัก เพราะยังคงปรากฏข้อโต้แย้งที่หาข้อสรุปไม่ได้โดยเฉพาะข้อโต้แย้งถึงการผลิตซ้ำความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศ ในการยอมให้มีการกระทำในเชิงบวกตามข้อยกเว้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นจึงต้องมีการควบคุมอีกขั้นหนึ่ง กล่าวคือ กฎหมายจะต้องกำกับการกระทำของเอกชนดังกล่าวด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติอย่างเคร่งครัดด้วย กล่าวคือ จะต้องไม่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์(กลุ่ม)บุคคลหนึ่ง และการนั้นได้สร้างผลกระทบในทางลบให้แก่อีก(กลุ่ม)บุคคลหนึ่งในเวลาเดียวกัน เช่น การเลือกสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกในห้างสรรพสินค้าให้เฉพาะผู้

พิการทางสายตา โดยมิได้คำนึงถึงการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้พิการประเภทอื่น ๆ เป็นต้น อย่างไรก็ดี การดำเนินการเช่นนี้อาจส่งผลให้เอกชนประสบปัญหาและข้อจำกัดที่มากกว่ากรณีรัฐโดยเฉพาะในเรื่องงบประมาณเพื่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกให้ผู้พิการทุกประเภท ดังนั้น กฎหมายจึงอาจยอมให้เอกชนผู้นั้นสามารถกระทำการเช่นว่านี้ได้ มิเช่นนั้น เอกชนคงมิกล้าทำการใดเลย แม้ว่าการนั้นจะเป็นไปเพื่อการยังให้สิทธิในความเสมอภาคของเอกชนผู้อื่นสามารถบังคับใช้ได้มากยิ่งขึ้น เพียงแต่อาจต้องสร้างหน้าที่ให้เอกชนจะต้องแถลงถึงเหตุอันสมควรหรือความจำเป็นดังกล่าวโดยชัดเจนให้ได้

7) การกำหนดผลในทางกฎหมายของการใด ๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศอย่างชัดเจน ในเมื่อพิจารณาตามหลักการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปะทะกันย่อมไม่อาจกำหนดให้ผลของการดังกล่าวเป็นโมฆะได้ ดังนั้น ผลที่เหมาะสมที่สุดในแดนกฎหมายเอกชน คือ การยอมปล่อยให้การนั้นสามารถมีผลบังคับได้ต่อไปและให้เป็นเรื่องของการเรียกให้มีการชดใช้และเยียวยาความเสียหายเท่านั้น อย่างไรก็ดี ในกรณีที่การนั้นก่อให้เกิดความเสียหายรุนแรงถึงขนาดต่อสิทธิในความเสมอภาคของเอกชนผู้อื่น อย่างเช่นการกระทำต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา 17 วรรคแรก ซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำเพียงครั้งเดียวแต่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้อื่นหลายคนได้เมื่อเทียบกับกรณีอื่น ๆ และกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าต้องห้ามมิให้กระทำซึ่งทำให้การนั้นมีผลเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เพียงแต่การเรียกร้องให้มีการชดใช้และเยียวยาค่าเสียหายจึงย่อมทำลายหลักความเสมอภาคเป็นอย่างมาก และอาจต้องกำหนดให้มีผลโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 หากวัตถุประสงค์ของการกระทำขัดต่อกฎหมาย

8) การกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาคอย่างมีประสิทธิภาพและเชื่อมโยงกันและกันได้ เมื่อคณะกรรมการ วลพ. เป็นองค์กรที่มีเป้าหมายโดยเฉพาะในการคุ้มครองความเสมอภาคทางเพศ เพื่อป้องกันความสับสนที่อาจเกิดขึ้นได้ กฎหมายจึงควรกำหนดบทตัดอำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องที่ซ้อนทับกัน หรืออาจเป็นไปในรูปแบบให้มีการประสานการทำงานร่วมกันเพื่อความเป็นเอกภาพและได้มาตรฐานเดียวกัน โดยยังคงกำหนดให้คณะกรรมการในฐานะผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านมีอำนาจสูงสุด ในการวางแผนกำหนดมาตรการหรือดำเนินภารกิจขององค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องสอดคล้องกัน ยกตัวอย่างเช่นการกำหนดให้คณะกรรมการ สทพ. จะต้องนำบรรทัดฐานการวินิจฉัยคำร้องไปกำหนดเป็นนโยบาย การกำหนดวาระการประชุมสามัญระหว่างองค์กร การปรึกษาหารือระหว่างคณะกรรมการ สทพ. กับคณะกรรมการ วลพ. เพื่อกำหนดหรือปรับปรุงแก้ไขแนวทางการออกคำสั่งของคณะกรรมการ วลพ. และโดยเฉพาะในกรณีปรากฏปัญหาเกี่ยวข้องกับสิทธิในความเสมอภาคเฉพาะเรื่องหรือสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ นอกจากเหนือไปจากสิทธิในความเสมอภาคทางเพศในเวลาเดียวกัน ซึ่งในการทำงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือคณะกรรมการสิทธิในความ

เสมอภาค (ถ้ามี) สมควรที่จะต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านขององค์กรที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ดังนั้น การกำหนดให้มีวาระการประชุมปรึกษาหารือกันและการดำเนินการร่วมกันระหว่างองค์กรจึงถือเป็นเรื่องสำคัญและจำเป็น เพื่อรับฟังความเห็นระหว่างองค์กรที่สามารถนำพาความเป็นธรรมให้เกิดแก่เอกชนทุกฝ่ายได้มากที่สุด ยิ่งไปกว่านั้น แม้ว่าการใช้อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมจะแยกต่างหากและเป็นเอกเทศจากการใช้อำนาจกึ่งตุลาการของคณะกรรมการ วลพ. แต่เมื่อคำนึงถึงความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะของคณะกรรมการ วลพ. ย่อมเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์แห่งความยุติธรรมมากกว่า หากกฎหมายยอมรับให้มีการรับฟังพยานหลักฐาน คำแนะนำหรือความคิดเห็น รวมไปถึงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญด้วย

นอกจากนี้ ในส่วนข้อเสนอแนะเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ วลพ. เพื่อสร้างหลักประกันสิทธิให้แก่ผู้เสียหาย กฎหมายจะต้องกำหนดเพิ่มเติมและขยายความอำนาจหน้าที่ให้มีความเหมาะสมและชัดเจนมากยิ่งขึ้น เช่น ก) การเป็นผู้ไกล่เกลี่ยนอกศาล เพราะถือเป็นเครื่องมือสำคัญและมีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาททางแพ่ง โดยที่ยังคงหลักอิสระในทางแพ่งไว้ได้มากที่สุด ข) การสร้างหลักเกณฑ์การใช้ดุลยพินิจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว โดยนอกจากที่จะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้ว กฎหมายก็จะต้องคุ้มครองสิทธิของฝ่ายที่ถูกภายใต้คำสั่งดังกล่าวไม่ต่ำกว่ากรณีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณาคดีที่ออกโดยศาลด้วย และ ค) การเป็นตัวแทนของฝั่งผู้เสียหายในการดำเนินกระบวนการต่าง ๆ ตามกฎหมาย โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่ปรากฏผู้เสียหายโดยตรง เป็นต้น

9) การสร้างหลักประกันสิทธิโดยเฉพาะตามกฎหมาย เช่น 1) การจำกัดอายุความแห่งสิทธิตามกฎหมายไม่ให้มากเกินไปกว่าอายุความในฐานละเมิด เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานบนพื้นฐานแห่งหลักความอิสระในทางแพ่งให้แก่ฝ่ายที่อาจถูกกล่าวได้ 2) การรับรองการไกล่เกลี่ยนอกศาล โดยเฉพาะกรณีที่มีตัวกลางการไกล่เกลี่ยเป็นองค์กรด้านการคุ้มครองความเสมอภาคตามกฎหมาย 3) การรับรองระบบการร้องทุกข์ภายในองค์กรเอกชนเพื่อช่วยแบ่งเบาภาระหน้าที่ของภาครัฐ โดยเฉพาะในมิติการจ้างแรงงานดังเช่นที่ปรากฏในกฎหมายเยอรมัน ซึ่งอาจเป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่ให้องค์กรเอกชนขนาดใหญ่จักต้องจัดตั้งคณะกรรมการที่ประกอบไปด้วยฝ่ายนายจ้างและลูกจ้างเพื่อพิจารณาและมีคำสั่งในคำร้องดังกล่าว 4) การรับรองการปฏิเสธการทำงานโดยไม่ถูกหักเงินค่าจ้าง 5) การกำหนดหน้าที่และภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในประเด็นพิพาทที่อยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ รวมถึงการรับรองวิธีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในศาลด้วยวิธีการสร้างสถานการณ์ทดสอบเพื่อเปรียบเทียบสถานการณ์ที่ทำให้เกิดข้อพิพาทการเลือกปฏิบัติโดยตรง และรับรองการอ้างข้อมูลหรือพยานหลักฐานเชิงสถิติในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในข้อพิพาทการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม 6) การสร้างระบบการคุ้มครองความเป็นผู้เสียหาย ซึ่งสมควรรวมไปถึงพยานด้วย ไม่ว่าในกรณีการบังคับใช้

สิทธิตามกฎหมายภายนอกหรือภายในศาล และ 7) การป้องกันมิให้มีการทำข้อตกลงใด ๆ ระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยให้ถือว่าตกเป็นโมฆะเพราะเป็นการอันขัดต่อหลักการในกฎหมาย เพราะเห็นได้ชัดอยู่แล้วว่าการทำข้อตกลงดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะที่อาจเป็นผู้ละเมิดกฎหมายฉบับนี้ได้ในอนาคต เป็นต้น

10) การแบ่งแยกหลักการที่บังคับใช้กับภาครัฐกับภาคเอกชนอย่างชัดเจน เนื่องจากระดับหรือความเข้มข้นของผลบังคับของหลักความเสมอภาค (ทางเพศ) ที่แตกต่างกันดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น โดยอาจกำหนดให้ความสัมพันธ์ของภาครัฐบางกรณีที่มีความเข้าใกล้ความสัมพันธ์ในแดนกฎหมายเอกชนสามารถใช้หลักการเดียวกันกับภาคเอกชนได้เท่านั้น โดยเฉพาะกรณีที่หน่วยงานทางปกครองเข้าก่อนิติสัมพันธ์กับเอกชนภายใต้กฎหมายเอกชน อนึ่ง ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าหลักการสำหรับกรณีนี้ก็ยังคงต้องแสดงให้เห็นถึงระดับหรือความเข้มข้นของหลักความเสมอภาคที่มากกว่ากรณีความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเสมอ

นอกจากนี้ ในการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชนอาจต้องอาศัยวิธีการนอกเหนือไปจากการใช้อำนาจรัฐโดยตรง เพื่อรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคให้ได้ประสิทธิภาพและยังคงหลักอิสระในทางแพ่งให้ได้มากที่สุด โดยหนึ่งในวิธีการที่น่าสนใจ คือ 1) การกำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมและสนับสนุนการทำธุรกิจของภาคเอกชนที่เคารพสิทธิมนุษยชน ดังปรากฏใน “หลักการชี้แนะเรื่องสิทธิมนุษยชนสำหรับธุรกิจ” (UNGPs) ว่าด้วยแนวทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในบริบทของการประกอบธุรกิจ ซึ่งอาจกำหนดให้เป็นเงื่อนไขของเอกชนที่ต้องการเข้าทำสัญญากับภาครัฐ ดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายอเมริกัน 2) การสนับสนุนให้ภาคเอกชนดำเนินการตรวจสอบวิเคราะห์สถานะ (Due diligence) เกี่ยวกับการเคารพสิทธิมนุษยชน[1] ก่อนเข้าทำธุรกิจร่วมกันเพื่อป้องกันความรับผิดร่วมในอนาคต ไม่ว่าในฐานะตัวการร่วมหรือผู้ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ 3) การมอบสิทธิพิเศษบางประการจากรัฐให้แก่เอกชนผู้เคารพสิทธิมนุษยชนที่ได้มาตรฐาน เช่น การมอบรางวัลประกาศเกียรติคุณ หรือการลดหย่อนภาษี และ 4) การปรับเปลี่ยนหรือรื้อถอนโครงสร้างเศรษฐกิจเพื่อขยายช่องทางให้ตลาดสินค้าและบริการกลายเป็นตลาดสมบูรณ์ อย่างเช่นสนับสนุนผู้ค้าหน้าใหม่ การเก็บภาษีอย่างโปร่งใส หรือการให้ประโยชน์ทางด้านภาษี เป็นต้น

---

[1] See also Kritsakorn Masee, “Exploring and Analysing Thailand’s Potential New Legislation on Mandatory Human Rights Due Diligence for Private Sectors,” (Master’s thesis Chulalongkorn University, 2019).

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “คุณค่าของความเป็นมนุษย์ในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.” ใน รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562.

กรพจน์ อัศวินวิจิตร. “หลักนิติธรรมกับการบริการสาธารณะของรัฐ.” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 16 ศาลรัฐธรรมนูญ ยึดหลักนิติธรรม ค้ำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน. รวบรวมโดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561.

กานต์สินี ศิริ. “ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคในพรมแดนกฎหมายเอกชน.” ใน หนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการ (Proceedings) การประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 2 หัวข้อ จินตนาการใหม่ ภูมิทัศน์นิติศาสตร์ไทย. เชียงใหม่ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2563.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. รายงานผลการประเมินสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศไทย ปี 2562. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2562.

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย. “ประชาชนช่วยปรับปรุงจนสำเร็จ.” ใน ความในใจของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ๒๕๖๐. รวบรวมโดย คณะอนุประชาสัมพันธ์และสำรวจความคิดเห็นของประชาชนในคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2561.

นันทวัน อันตรเสน. ความไม่เสมอภาคทางเพศ ข้อจำกัดในการจ้างงานในทศวรรษที่ผ่านมา. กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ., 2551.

บรรเจิด สิงคะเนติ. “การใช้สิทธิของประชาชนในการฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ 2560.” ใน รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562.

_____. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5 [แก้ไขและเพิ่มเติม]. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.

บวรศักดิ์ อุวรรณโน. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.

_____. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

บุษกร สุริยสาร. อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร : องค์การแรงงานระหว่างประเทศ, 2557.

ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔-๑๔. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554.

ปรีดี พนมยงค์. “ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญเบื้องต้นกับการร่างรัฐธรรมนูญ.” ใน แนวความคิดประชาธิปไตยของปรีดี พนมยงค์. บรรณาธิการโดย วาณี พนมยงค์-สายประดิษฐ์. น.41-43. กรุงเทพมหานคร : เรือนแก้วการพิมพ์, 2535.

พรทิภา ไสวสุวรรณวงศ์. “ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาหลักนิติธรรม.” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 16 ศาลรัฐธรรมนูญ ยึดหลักนิติธรรม ค้ำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน. รวบรวมโดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561.

พิศล พิรุณ. “หลักนิติธรรมภายใต้สถานการณ์แบ่งขั้วทางความคิดของสังคม.” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 16 ศาลรัฐธรรมนูญ ยึดหลักนิติธรรม ค้ำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน, รวบรวมโดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. น.296-299. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561.

ภูริชญา วัฒนรุ่ง. หลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550.

ภัสสร ลิมานนท์. บทบาทเพศสถานภาพสตรีกับการพัฒนา. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ. เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2542.

ยูเอ็นดีพี แอนด์ ยูเอสเอไอดี (UNDP and USAID). Being LGBT in Asia: รายงานในบริบทของประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2557.

ยูวัล โนอาห์ แฮรารี. เซเปียนส์ ประวัติย่อมนุษยชาติ Sapiens. แปลโดย นำชัย ชีววิวรรธน์. กรุงเทพมหานคร : ยิปซี กรุ๊ป, 2561.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554.

_____. ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร : อ่านกฎหมาย, 2561.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.” ใน รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์. น.88, 122-123, 127. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562.

วิษณุ เครืองาม. “ปาฐกถาพิเศษ โดย ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ในการสัมมนาทางวิชาการเนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 17 .” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 15 ศาลรัฐธรรมนูญ ยึดหลักนิติธรรม ค้ำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน. รวบรวมโดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. น.4-5. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2560.

วีระ โลจายะ. กฎหมายสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525.

ศรัณยู โพธิรัชตางกูร. “การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง.” ใน สาระสำคัญของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการการทางปกครองและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2540.

สาวตรี สุขศรี และคณะ. “รายงานสถานการณ์การควบคุมแลปิดกั้นสื่อออนไลน์ด้วยการอ้างกฎหมายและแนวนโยบายแห่งรัฐไทย,” ใน โครงการวิจัยผลกระทบจากว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น. น.18-19. กรุงเทพมหานคร : โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (iLaw), 2553.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562.

สิทธิพร เศาภายน. “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญส่งผลกระทบต่อการเมืองการปกครอง.” ใน ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ. รวบรวมโดย สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. น.392-394. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557.

อารยา สุขสม. คู่มือการปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศ ตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558. กรุงเทพมหานคร : โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติประจำประเทศไทย, 2562.

อุดม รัฐอมฤต นพนิธิ สุริยะ และ บรรเจิด สิงคะเนติ. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544.

อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561.

บทความวารสาร

จรัญ โฆษณานันท์. “นิติปรัชญาแนวเสรีนิยมก้าวหน้าของโรแนลด์ ดวอร์กิ้น (Ronald Dworkin): กฎหมายและการใช้กฎหมายบนรากฐานแห่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และภราดรภาพทางศีลธรรม.” รัฐสภาสาร. เล่มที่ 4. ปีที่ 65. (2560) : 13.

จักรกฤษณ์ มุสิกสาร. “ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญในแดนของกฎหมายเอกชน (Horizontal Effect of Constitutional Rights).” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. เล่มที่ 60, ปีที่ 20. (กันยายน-ธันวาคม 2561) : 65, 73.

จิรนิติ หะวานนท์. “กฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษกับระบบประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส.” ดุลพาห. เล่มที่ 1. ปีที่ 44. (มกราคม-มีนาคม 2540) : 88.

ชุติเดช เมธีชุติกุล. “สิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการว่าด้วยรัฐธรรมนูญ: ความคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของ “เบิกเค่นฟอร์เด่อ”.” วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. เล่มที่ 1. ปีที่ 15. (มกราคม-มิถุนายน 2562) : 76.

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. “การปะทะกันแห่งคุณค่าในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 3. ปีที่ 48. (กันยายน 2562) : 439-440.

ติณณภพจ์ สินสมบูรณ์ทอง. “อัตลักษณ์รวมกลุ่มของสมาชิด “เพจน้องง” ในฐานะญาณวิทยาเคียร์.” วารสารสังคมวิทยามานุษยวิทยา. เล่มที่ 2. ปีที่ 36. (กรกฎาคม 2560) : 67-85.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร. “หลักนิติธรรม.” วารสารยุติธรรมคู่ขนาน ศูนย์ศึกษาวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย. เล่มที่ 1. ปีที่ 6. (2554) : 16-17.

บรรเจิด สิงคะเนติ. ““หลักนิติธรรม” ในฐานะ “เกณฑ์” ตรวจสอบการกระทำขององค์ของรัฐ.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. เล่มที่ 55. ปีที่ 19. (2560) : 92.

รัศมี ศรีมุงคุณ. “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.” วารสารบัณฑิตวิทยาลัย. เล่มที่ 1. ปีที่ 5. (2559) : 530.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน: “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 2. ปีที่ 30. (มิถุนายน 2543) : 194.

_____. “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน.” จุลนิติ. เล่มที่ 4. ปีที่ 7. (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553) : 66, 76, 81.

_____. “กุสตาฟ ร้าดบรุค กับนิติปรัชญาสายที่สาม.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 2. ปีที่ 32. (2545) : 461.

_____. “ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 42. (ธันวาคม 2556) : 979.

_____. “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม.” จุลนิติ. เล่มที่ 1. ปีที่ 9. (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2555) : 56-57.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. “หลักความเสมอภาค.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 2. ปีที่ 30. (มิถุนายน 2543) : 164-165, 167, 175.

สิทธิกร ศักดิ์แสง และ กิตติพิชญ์ โสภา. “ศาลสร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่? ตามทัศนะ เฮท แอล เอ ฮาร์ท กับ โรแนล ดวอกิ้น.” Journal of the Association of Researchers. เล่มที่ 2. ปีที่ 22. (2017) : 87-88.

หัสวุฒิ วิทิตวิริยกุล. “ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมาย : ระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 2. ปีที่ 20. (มิถุนายน 2533) : 170.

อธิป จันทนโรจน์. “การเลือกปฏิบัติเพราะ “เหตุอื่นใด” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.” วารสารนิติ รัฐกิจ และสังคมศาสตร์. เล่มที่ 1. ปีที่ 4. (2563) : 35-56.

วิทยานิพนธ์

นภดล จันโหนง. “ปัญหาทางกฎหมายของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเฉพาะกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 5 ว่าด้วยหน้าที่ของรัฐ.” วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเพื่อการบริหาร คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒน-บริหารศาสตร์, 2560.

ภัทรดา เมฆานันท์. “หลักความเสมอภาคกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน: ศึกษากรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.

วสันต์ ชมพูศรี. “การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.

สิริลักษณ์ กิรติรัตนพฤกษ์. “การกำหนดค่าเสียหาย : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีผิดสัญญาและละเมิด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาธุรกิจบัณฑิตย์, 2552.

สุรศักดิ์ บุญญานุกูลกิจ. “ความผูกพันขององค์กรของรัฐและเอกชนต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาธรรมศาสตร์, 2556.

สุวิวัฒน์ เจนวิชชุวงศ์ “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

อารยา สุขสม. “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

iLaw. “6 เรื่องตลกร้ายของรัฐธรรมนูญ 2560.” https://ilaw.or.th/node/5060, 5 พฤษภาคม 2563.

_____. “เครือข่ายผู้หญิงชี้ ก.ม. เท่าเทียมระหว่างเพศฉบับของรัฐมีช่องโหว่.” http://www.ilaw.or.th/node/703, 1 มกราคม พ.ศ. 2564.

_____. “เครือข่ายผู้หญิงฯ ดัน ก.ม. เสมอภาคระหว่างเพศ ปธ.กสม. ร่วมจวกร่างรัฐบาล.” http://ilaw.or.th/node/863, 1 มกราคม พ.ศ. 2564.

_____. “เครื่องมือตามรัฐธรรมนูญใหม่ รู้ไว้เพื่อใช้ให้เป็นประโยชน์ (กับประชาชน).” https://ilaw.or.th/node/4816, วันที่ 5 พฤษภาคม 2563.

_____. “ขอเชิญร่วมลงชื่อเสนอกฎหมายส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ.” https://ilaw.or.th/node/1661, 1 มกราคม พ.ศ. 2564.

_____. “ประสานเสียงค้านร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ ฉบับ พม. คุ้มครอง ย้ำต้องไม่มีข้อยกเว้น.” https://stagingfreedom.ilaw.or.th/node/700, 1 มกราคม 2564.

_____. “พระราชบัญญัติความเท่าเทียมฉบับ “ลักทั้งตื่น.” https://ilaw.or.th/node/3848, 7 พฤษภาคม 2563.

_____. “ร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ ‘ขุดของเก่ามาเน่าใหม่’.” https://ilaw.or.th/node/3314, 1 มกราคม พ.ศ. 2564.

MGR Online. ““เกย์นที” พาพวกร้องสภา หลังโดนไล่ออกด้วยข้อหา “คนสองเพศ”.” https://mgronline.com/politics/detail/9550000006815, 14 มกราคม 2563.

The MOMENTUM. “‘Lady parking’ พื้นที่ปลอดภัยหรือเป็นการผลิตซ้ำความไม่เท่าเทียมทางเพศ?.” https://themomentum.co/lady-parking-issue/, 17 กุมภาพันธ์ 2564.

กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน. “คำชี้แจงคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551.” https://www.labour.go.th/th/doc/law/-explanation_labour_protection_2551_-release_2.pdf, 3 เมษายน 2563.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “หลักความเสมอภาค.” http://publiclaw.net/publaw/view.aspx-?id=657&Page=1#m10, 28 กุมภาพันธ์ 2563.

คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. “คำอธิบายสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญ เล่มที่ 1.” https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=440&filename=index, 13 มีนาคม 2563.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. “จดหมายเปิดผนึกเกี่ยวกับข้อแนะนำสำหรับข้อยกเว้นในมาตรา 3 ของส่งเสริม โอกาส และความเสมอภาคทางเพศ พ.ศ. ... .” http://www.-nhrc.or.th/2012/wb/en/-news_detail.php?-nid=723&parent_ id=1&type=highlight, 1 มกราคม พ.ศ. 2564.

คณะอนุกรรมาธิการบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญและการจัดทำจดหมายเหตุการณ์ยกร่างรัฐธรรมนูญ ในคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ. “ตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.” https://cdc.parliament.go.th/draft-constitution/ewt_dl_link.php?nid=496, 4 เมษายน 2563.

จรัญ ภักดีธนากุล. “การบรรยายพิเศษ เรื่อง “การขจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ: กฎหมายและวิธีปฏิบัติเพื่อความเป็นธรรมในสังคม.” http://web1.dep.go.th/-?q=th/node/441, 10 พฤษภาคม 2563.

ณัฏฐพล สกุลเมฆา. “วิวัฒนาการของระบอบการเมืองการปกครองของสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีศึกษาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. ๑๘๔๙ ถึงรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. ๑๙๔๙.” http://web.krisdika.go.th/-pdfPage.jsp?type=act&actCode=267, 4 มกราคม 2563.

เดลินิวส์ออนไลน์. “นครชัยแอร์ ผุด “เลดี้โซน” ทางเลือกใหม่ของผู้หญิง.” https://www.daily-news.co.th/article/259621, 17 กุมภาพันธ์ 2564.

ประชาไท. “ประกาศหลัก 6 ประการของคณะราษฎรที่ 2.” https://prachatai.com/journal-/2012/06/41243, 4 เมษายน 2562.

ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์. “บันทึก เรื่อง หลักกฎหมายปกครองทั่วไป.” http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1636, 28 กุมภาพันธ์ 2563.

โพสทูเดย์. “ร้องกก.สิทธิเจออ้างเพศที่3ไล่ออกจากงาน.” https://www.posttoday.com-/social/general/132358, 18 มกราคม 2564.

ภาณุวัฒน์ พันธุ์ประเสริฐ. “สังคมนิยมประชาธิปไตย: ทางเลือกที่ยังเป็นไปได้ของประเทศไทย?.” https://themomentum.co/social-democracy/, 18 มิถุนายน 2563.

ภาวรรณ ธนาเลิศสมบูรณ์. “Ladies Parking : การเมืองเรื่อง ‘ที่จอดรถของผู้หญิง’.” https://www.the101.world/ladies-parking/, 17 กุมภาพันธ์ 2564.

มติชนออนไลน์. “พระราชบัญญัติเท่าเทียมระหว่างเพศฯ ประตูบานแรก แห่งความ ‘สำเร็จ’ หรือ ‘ล้มเหลว’.” https://www.matichon.co.th/-lifestyle/social-women/news_2322738, 8 มีนาคม 2564.

มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ. “ร่างพระราชบัญญัติอุ้มบุญ : การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้มีความหลากหลายทางเพศ!!”.” https://prachatai.com/journal/2014-/10/55782, 6 พฤษภาคม 2563.

รัชดา ไชยคุปต์. “รู้จักและเข้าใจความเสมอภาคทางเพศ.” https://www.chula.ac.th-/cuinside/23302/, 7 มิถุนายน 2563.

รัฐบาลไทย. “สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรี 18 สิงหาคม 2563.” https://www.thaigov-.go.th/news/contents/details/34287, 8 มีนาคม 2564.

วรลักษณ์ ศรีใย. “จี้เดินหน้ากฎหมายเสมอภาคระหว่างเพศ จวกรัฐ หมกเม็ด-กฎษฎีกาเติมท้ายนิยาม แนะมี 7 ข้อหลัก-เปิดที่ยืนกลุ่ม หลาก เพศ.” http://www.tcijthai. com/TCIJ/view-.php?ids=1016, 1 มกราคม 2564.

ศาลปกครองสูงสุด. “แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่ม 9.” http://www.admincourt-.go.th-/admincourt/site/09bookdetail-6099.html, 25 พฤษภาคม 2563.

ศิระณัฐ วิทยาธรรมธัช. “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ : ศึกษาจากกฎหมายห้ามสูบบุหรี่ในสถานบริการ.” http://public-law.net/publaw/view.-aspx?id=1282, 7 มิถุนายน 2563.

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. “เวทีสาธารณะ เรื่อง “พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ กับสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ”.” www.nhrc.or.th-/News/Information-News/เวทีสาธารณะ-เรื่อง-พ-ร-บ-ความเท่าเทียมระหว่างเพศ-พ.aspx, 28 พฤศจิกายน 2562.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. “การดำเนินการเกี่ยวกับการเข้าชื่อเสนอกฎหมายของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ (เสนอต่อรัฐสภา).” https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy-/ewt_dl_link.php?nid=69044, 9 มกราคม 2564.

สำนักงานสถิติแห่งชาติ สำนักงานนายกรัฐมนตรี. “สถิติหญิงและชาย (Gender statistics).” http://web.nso.go.th/gender/decision.htm, 5 กรกฎาคม 2563,

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ. “การเลือกปฏิบัติในที่ทำงาน: คำถามและคำตอบ,” https://www.-ilo.org/asia/publications/WCMS_099569-/lang-en/index.htm, 3 กุมภาพันธ์ 2563.

อรอุษา พรมอ๊อด. “ร้องสภากาชาดไทย ทบทวนไม่รับบริจาคเลือดกลุ่มความหลากหลายทางเพศ.” https://workpointtoday.com/lgbtq-right/, 14 มกราคม 2564.

เอกสารอื่น ๆ

คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ. รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2560.

จิตราภรณ์ วนัสพงศ์ และ ปิยะวรรณ แก้วศรี. รายงานการศึกษา การทบทวนความก้าวหน้าของการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558. กรุงเทพมหานคร : โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2563.

BOOKS

Albert Bleckmann et al.. Staatsrecht II-Die Grundrechte. Cologne : Heymanns, 1997.

Amnon Reichman. “Property Rights, Public Policy and the Limits of the Legal Power to Discriminate.” in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW. pp.261-271. Oxford-Portland Oregon : Hart Publishing, 2001.

Axel Tschentscher. “Interpreting Fundamental Rights: Freedom vs. Optimization.” in Debates in German Public Law. ed. Hermann Pünder and Christian Waldhoff. p.44. Oxford : Hart Publishing, 2014.

Basil S Markesinis. Hannes Unberath. and Angus C Johnston. The German Law of Contract: A Comparative Treatise. 2nd ed. Oregon : Hart Publishing, 2006.

Bruno Genevois. La jurisprudence du Conseil constitutionnel Principes directeurs. Paris : STH., 1988.

Canaris. Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht. München : n.p., 1997.

Carl Schmitt. Verfassungslehre. 10th ed. Berlin : Duncker & Humblot GmbH, 2010.

Christoph Busch. "Fundamental Rights and Private Law in the EU Member States." in EU Compendium - Fundamental Rights and Private Law. ed. Christoph Busch and Hans Schulte-Nölke. p.8. Munich : European law publishers, 2011.

Christopher McCrudden and Sacha Prechal. The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach. N.p. : n.p., 2009.

Claude-Albert Colliard. Libertés publiques. 6th ed. Paris : Dalloz, 1982.

Donald P. Kommers and Russell A. Miller. the Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 3rd rev. ed. North Carolina : Duke University Press, 2012.

Erich Fromm et al.. Das Menschenbild bei Marx, Frankfurt am Main : Europäische Verlagsanstalt, 1963.

European Commission. International perspectives on positive action measures; A comparative analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa. Luxembourg : Office for Official Publications of the European Communities, 2009.

Gert Brüggemeier. "CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW – THE GERMAN PERSPECTIVE." in Constitutionalisation of private law. ed. Tom Barkhuysen and Siewert Lindenbergh. pp.75-76. Leiden, Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Göttinger Juristische Schriften. The Law in the Information and Risk Society, ed. Gunnar Duttge and Sang Won Lee. Universitätsverlag Göttingen: Lower Saxony, 2011.

Jan Smits. "PRIVATE LAW AND FUNDAMENTAL RIGHTS: A SCEPTICAL VIEW." in Constitutionalisation of Private Law. ed. Tom Barkhuysen and Siewert D. Lindenbergh. p.10. Leiden, Boston : Martinus Nijhoff, 2005.

Jörg Fedtke. "Germany; Drittwirkung in Germany." in Human Right and the Private Sphere : A Comparative Study Studies. p.139. ed. Dawn Oliver and Jörg Fedtke. New York : Routledge-Cavendish, 2007.

Jutta Croll. “Internet – Digital inclusion for everyone regardless of their abilities.” in Access for All: Approaches to the Built Environment. ed. Wolfgang Christ. p.162. Berlin : Birlhäuser Verlag AG, 2009.

M. Kloepfer. Verfassungsrecht Band II Grundrechte. Müchen : Beck, 2010.

Marie Mercat-Bruns. Country report Gender equality; How are EU rules trans-posed into national law?; France. Brussels : European Commission, 2019.

Matthias Mahlmann. Country report Non-discrimination. Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2019.

Melissa S. Williams. Voice, Trust, and Memory: Marginalized groups and the Failings of liberal representation. New Jersey : Princeton university press, 1998.

Michel Troper. “Who Needs a Third Party Effect Doctrine?-The Case of France.” in The Constitution in Private Relation: Expanding Constitutionalism. ed. András Sajó and Renáta Uitz. pp.115-116. Netherland : Eleven International Punlishing, 2005.

Myriam Hunter-Henin. “France; Horizontal Application and Triumph of the European Convention in Human Rights.” in Human Right and the Private Sphere : A Comparative Study Studies. ed. Dawn Oliver and Jörg Fedtke. pp.98-99, 139. New York : Routledge-Cavendish, 2007.

Nicolas de Condorcet. Esquisse d’un tableau historique des progrès de l’esprit humain. Paris : Hachette, 2012.

Olha Cherednychenko. Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. München : Sellier European Law Publishers, 2007.

Robert Alexy. A Theory of Constitutional Rights, trans. Julian Rivers. 2nd ed. Oxford, England : Oxford University Press, 2010.

Ronald Dworkin. Life’s Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom. New York : Knopf, 1993.

Ronald Dworkin. Taking Rights Seriously. London : Duckworth, 1978.

Sonya Walkila. Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law. Gelderland : Europa Law Publishing, 2016.

Ulrike Lembke. Country report Gender equality. Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2020.

ARTICLES

Aurelia Colombi Ciacchi. “The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights: ECJ 17 April 2018, Case C-414/16, Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. and ECJ 11 September 2018, Case C-68/17, IR v JQ.” European Constitutional Law Review. No.2. Vol.15. (2019) : 294-305.

Christian Starck. “STATE DUTIES OF PROTECTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS.” African Journals Online. (2000) : 24-25.

Eduard Picker. “Anti-Discrimination as a Program of Private Law.” German Law Journal. No.8. Vol.4. (2003) : 780.

Eric Engle. “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung).” Hanse Law Review. No.2. Vol.5. (2009) : 165-173.

Geert De Baere and Eveline Goessen. “GENDER DIFFERENTIATION IN INSURANCE CONTRACTS AFTER THE JUDGMENT IN CASE C-236/09, ASSOCIATION BELGE DES CONSOMMATEURS TEST-ACHATS ASBL v. CONSEIL DES MINIS-TRES.” Columbia Journal of European Law. (2012) : 1-16.

Hans D Jarass. “Grundrechte als Wertentscheidung bzw, obkektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.” AöR. (1985) : 363, 379.

Johannes Hager. “Grundrechte im Privatrecht.” JZ. (1994) : 373.

Madeleine Tolani. “U.S. Punitive Damages Before German Courts: A Comparative Analysis with Respect to the Ordre Public.” Annual Survey of International & Comparative Law. No.1. Vol.17. (2011) : 197-198.

Manuel Tirard. “Privatization and Public Law Values: A View from France.” Indiana Journal of Global Legal Studies. No.1. Vol.15. (2008) : 285-304.

Matteo Fornasier. “The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?.” European Review of Private Law (ERPL). No.1 . Vol. 23. (2015) : 29-46.

Matthias E. Storme. “Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law.” Juridica international, (December 2005) : 38.

Pavel Ondřejek. “A Structural Approach to the Effects of Fundamental Rights on Legal Transactions in Private Law.” European Constitutional Law Review. No.2. Vol.13. (2017) : 297-302.

Peter Weston. “The Empty Idea of Equality.” Harvard Law Review. No.3. Vol.95. (1982) : 543.

Robert Alexy. “Die Gewichtsformel.” GS für Jürgen Sonnenschein. (2003) : 771, 773.

Roscoe Pound. “Public Law and Private Law.” Cornell Law Review. (June, 1939) : 469.

Siep Stuurmann. “TO WRITE THE HISTORY OF EQUALITY.” History and Theory. no.1 . Vol.58. (2019) : 112.

Stephen Gardbaum. “The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights.” Michigan Law Review. Vol.102. (2003) : 412-414.

Sybe A. de Vries. “Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice.” the Utrecht Law Review. No.1. Vol.9. (2013) : 183.

W. Höfling. “Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt.” JA. (1995) : 435.

THESIS

Kritsakorn Masee. “Exploring and Analysing Thailand’s Potential New Legislation on Mandatory Human Rights Due Diligence for Private Sectors.” Master’s thesis Chulalongkorn University, 2019.

ELECTRONIC MEDIA

Ari Hólm Ketilsson. “Equality and non-discrimination are they one and the same?.” http://hdl.handle.net/1946/30420, March 31, 2020.

Asher and Lyric Fergusson. “The Worst (& Safest) Countries for LGBTQ+ Travel.” https://www.asherfergusson.com-/lgbtq-travel-safety/, June 6, 2020.

Brigitte Marti. “In France, for the real equality between women and men,” Women in and Beyond the Global. http://www.women-inandbeyond.org/?p=1 5 8 5 5 , January 5, 2020.

EUROPEAN EQUALITY LAW NETWORK. “Key EU directives in gender equality and non-discrimination.” from https://www.equalitylaw.eu/legal-developments/1 6 - law/76-key-eu-directives-in-gender-equality-and-non-discrimination, July 3, 2020.

European Union Agency for Fundamental Rights. “Access to Justice in Europe - Thematic study: GERMANY.” https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_-uploads/1526-access-to-justice-2011-country-DE.pdf, March 28, 2020.

Federal Anti-Discrimination Agency. “Guide to the General Equal Treatment Act: Explanations and Examples.” http://www.anti-diskriminierungsstelle-.de/SharedDocs/Downloads/EN/publikationen/agg_wegweiser_engl_guide_to_the_general_equal_treatment_act.pdf?__blob=publicationFile, April 6, 2020.

_____. “The Federal Anti-Discrimination Agency’s research projects at a glance: Applicability of testing procedures.” https://www.antidiskriminierungsstelle-.de/SharedDocs/downloads/EN/publikationen/factsheet_en_Anwendbarkeit_von_Testingverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=2, April 20, 2021.

Federal Ministry of Heath. “Kontrahierungszwang.” https://www.bundes-gesundheitsministerium.de/service-/begriffe-von-a-z/k/kontrahierungszwang.html, December 12, 2020.

International Labour Organization. ““SITUATION TESTING” DISCRIMI-NATION IN ACCESS TO EMPLOYMENT BASED ON ILO METHODOLOGY.” http://www.global-migrationpolicy.org/articles/integration/ILO%20Discrimination%20Situation%20Testing%20Brief,%20SIMEONE%20&%20TARAN%20%28ILO%29%202007.pdf, March 10, 2020.

Miguel A. Malo. “One labour market, one labour law?,” https://www.ilo.org/global-/about-the-ilo/newsroom/commentanalysis/WCMS_2 0 7 4 1 5 / langen/index.-html, January 1, 2021.

The German Government. “The Second Gender Equality Report.” https://www.-gleichstellungsbericht.de/, September 25, 2020.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวกานต์สินี ศิริ
วันเดือนปีเกิด	22 ตุลาคม 2536
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2559: นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2560: เนติบัณฑิต เนติบัณฑิตยสภา
ตำแหน่ง	ทนายความ ศิริ แอนด์ แอสโซซิเอทส์

ผลงานทางวิชาการ

กานต์สินี ศิริ. “ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคในพรมแดนกฎหมายเอกชน.” ใน หนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการ (Proceedings) การประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 2 หัวข้อ จินตนาการใหม่ ภูมิทัศน์นิติศาสตร์ไทย. เชียงใหม่ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2563.

กานต์สินี ศิริ. “ปัญหาการบังคับใช้หลักความเสมอภาคในแดนกฎหมายเอกชน: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาธรรมศาสตร์, 2564.

ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ. 2560-2561 Legal officer LH Mall & Hotel Co., Ltd. (LHMH)