

โครงการวิจัยเรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติ



รายงานการศึกษาวิจัย
เรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาค
และการไม่เลือกปฏิบัติ

โดย

รองศาสตราจารย์ คณาธิป ทองรวีวงศ์

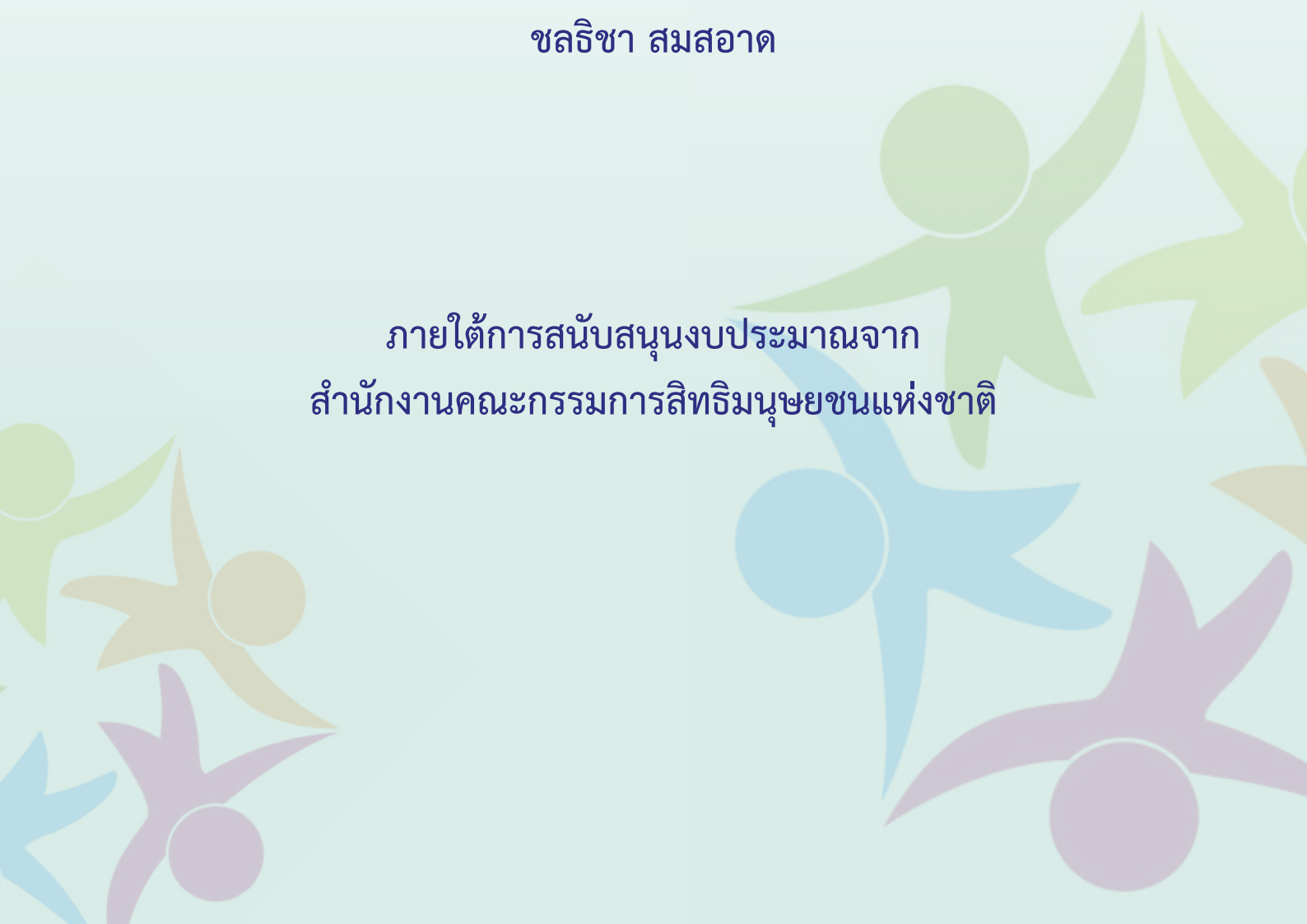
กัณทิมา ช่างทำ

ภคมน สืบไชย

ดร. กุสุมา สุนประชา

ชลธิชา สมสอาด

ภายใต้การสนับสนุนงบประมาณจาก
สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ



โครงการวิจัย เรื่อง

กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ

คณะผู้วิจัย	:	รองศาสตราจารย์ คณาธิป ทองรวีวงศ์	หัวหน้าโครงการและผู้วิจัย
		กัณทิมา ช่างทำ	ผู้วิจัย
		ภาคมน สืบไชย	ผู้ช่วยนักวิจัย
		ดร. กุสุมา สุนประชา	ผู้ช่วยนักวิจัย
		ชลธิชา สมสอาด	ผู้ช่วยนักวิจัย

จัดพิมพ์โดย : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ ๘๐ พรรษาฯ
อาคารรัฐประศาสนภักดี ชั้น ๖ และ ๗
ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่
กรุงเทพมหานคร ๑๐๒๑๐
โทรศัพท์ ๐ ๒๑๔๑ ๓๘๐๐ โทรสาร ๐ ๒๑๔๓ ๙๕๗๐
สายด่วน ๑๓๗๗
Email : help@nhrc.or.th
Website : <http://www.nhrc.or.th>

คำนำ

หลักการเรื่องความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ได้ถูกกล่าวถึงตั้งแต่สมัยหลังสงครามโลกครั้งที่ ๑ จนกระทั่งหลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ ได้มีความพยายามของประเทศสมาชิกในการบรรจุแนวคิด เรื่อง “ความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติ” ลงในกฎบัตรสหประชาชาติ (UN Charter) ในปี ๑๙๔๕ หลักการที่ว่านี้ ได้ถูกถ่ายทอดลงมา ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ในปี ๑๙๔๘ และได้ถูกนำมาบรรจุไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ เพื่อสร้างให้เกิดพันธกรณีที่รัฐจะต้องดำเนินการ

โดยเมื่อเดือนมิถุนายน ๒๕๕๘ ที่ประชุมคณะกรรมการประจำกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิทาง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) ในสมัยประชุมที่ ๕๕ ได้มีข้อสังเกตเชิงสรุปเกี่ยวกับรายงานการปฏิบัติตาม อนุสัญญาของประเทศไทย รอบที่ ๒ ประเด็นการไม่เลือกปฏิบัติ โดยแนะนำให้ประเทศไทยออกกฎหมายต่อต้านการ เลือกปฏิบัติที่เป็นองค์รวม ให้ครอบคลุมสาเหตุของการเลือกปฏิบัติตามที่ระบุไว้ในข้อ ๒ ของกติกาฯ

แม้ประเทศไทยจะได้วางหลักเรื่องความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย แต่ข้อมูลจากการศึกษาประเด็นคำร้องที่มีมายังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่า ยังมีปัญหาที่เกิดจาก การถูกเลือกปฏิบัติจำนวนมาก โดยสามารถจำแนกสภาพการเลือกปฏิบัติออกเป็น ๔ ประเด็น ได้แก่ (๑) การจ้างงาน และการประกอบอาชีพ (๒) การศึกษาและฝึกอบรม (๓) การเข้าถึงบริการสาธารณะและบริการสังคม และ (๔) การ คุ้มครองจากการได้รับการปฏิบัติที่ทำให้เกิดความพึงพอใจน้อยกว่าการปฏิบัติต่อคนอื่นในที่สาธารณะ รวมถึงการใช้ ถ้อยคำเพื่อให้เกิดการดูหมิ่นเกลียดชัง (Hate Speech)

จากเหตุผลดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงร่วมกับมหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต โดยมี รองศาสตราจารย์ศุภณัฐ หองรวีวงศ์ เป็นหัวหน้าโครงการ ดำเนินการศึกษาวิจัย เรื่อง “กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติ” เพื่อทำการทบทวนวรรณกรรม วิเคราะห์ สังเคราะห์ เปรียบเทียบความรู้จากกฎหมายระหว่าง ประเทศ กรอบแนวคิด ความเห็น ข้อเสนอแนะของกลไกสหประชาชาติด้านสิทธิมนุษยชน และกลไกด้านสิทธิมนุษยชน ระดับภูมิภาค เกี่ยวกับความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ตลอดจนศึกษา วิเคราะห์สภาพการเลือกปฏิบัติ เหตุแห่ง การเลือกปฏิบัติ ประเด็นหรือมิติของการเลือกปฏิบัติในประเทศไทย รวมถึงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง เพื่อจัดทำเป็น ข้อเสนอ มาตรฐาน และแนวทางในการกำหนดให้มีกติกากลางว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ในการ เป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่จะประกันความเป็นธรรมในการให้การคุ้มครองแก่บุคคลตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยรายงานการศึกษาวิจัยฉบับนี้ได้ถูกปรับปรุงเนื้อหาบางส่วนให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ แล้วด้วย

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษาวิจัยนี้ จะเป็นประโยชน์ ต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หน่วยงานต่าง ๆ ทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคประชาสังคม ภาควิชาการ รวมถึงประชาชนที่สนใจในการขับเคลื่อนเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติต่อไป

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
กันยายน ๒๕๖๐



บทคัดย่อ

หลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน เป็นหลักสำคัญซึ่งได้รับการรับรองในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายประเทศต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม มีพฤติกรรมบางอย่างซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน นั่นคือ “การเลือกปฏิบัติ” ซึ่งมีลักษณะที่สัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น โดยการเลือกปฏิบัติอาจเกิดขึ้นในมิติต่าง ๆ ของการดำเนินชีวิตในสังคม เช่น มิติของการจ้างแรงงานและการประกอบอาชีพ มิติของการบริการภาครัฐหรือภาคเอกชน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาหลักของการวิจัยนี้ คือ กฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติของไทยปัจจุบันมีความเหมาะสมและครอบคลุมการเลือกปฏิบัติกรณีต่าง ๆ หรือไม่ การศึกษาวิจัยนี้ใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ ซึ่งมีขอบเขตครอบคลุมการศึกษากฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เปรียบเทียบกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ เช่น สหภาพยุโรป แอฟริกาใต้ สวีเดน ฟินแลนด์ แคนาดา ออสเตรเลีย สิงคโปร์ มาเลเซีย อินเดีย สหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่า การเลือกปฏิบัติมีความหมายและขอบเขตแตกต่างกันในหลายบริบท งานวิจัยนี้ นำปัจจัยเชิงความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยสองประการ คือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และมิติของการเลือกปฏิบัติ ประกอบกับปัจจัยอื่นในการพิจารณาการเลือกปฏิบัติตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศมาสร้างกรอบแนวคิดอันทำให้สามารถจำแนกการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนกับการเลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายอื่นหรือในมิติอื่น นอกจากนี้ ยังพบว่า ลำพัง “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ยังอาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติตามนัยของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ ยังต้องมีการนำปัจจัยอื่นมาประกอบการพิจารณาด้วย ในส่วนของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น ผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่า กฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน แม้จะมีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับที่วางหลักเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ แต่ยังไม่เหมาะสมและเพียงพอในการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากกฎหมายเหล่านั้นมีขอบเขตจำกัดเฉพาะบางเหตุและบางมิติของการเลือกปฏิบัติ โดยยังไม่ครอบคลุมถึงการเลือกปฏิบัติหลายกรณี เช่น การเลือกปฏิบัติในมิติของภาคเอกชน โดยเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงาน ด้วยเหตุอื่นนอกจากเหตุแห่งเพศ การเลือกปฏิบัติในมิติของการให้บริการหรือการจำหน่ายสินค้าของภาคเอกชน การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม การเลือกปฏิบัติในกรณีการให้บุตรจากอกแม่ การคุกคาม (Harassment) การสื่อสารความเกลียดชัง (Hate Speech) เป็นต้น จากปัญหาดังกล่าว งานวิจัยนี้ได้จำแนกระบบการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ และเสนอตัวแบบแนวคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อเสนอแนะให้มีการบัญญัติกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะของกฎหมายกลางเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ รวมทั้งข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเฉพาะประเด็น ทั้งนี้ เพื่อให้หลักความเสมอภาคสามารถเกิดผลได้อย่างแท้จริงต่อไป

คำสำคัญ: ความเสมอภาค ความเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติ สิทธิเสรีภาพ สิทธิมนุษยชน

รองศาสตราจารย์ศุภณัฐ ท่องรวีวงศ์ และคณะ

Abstract

Equality Principle was recognized by international human rights instruments and foreign laws. However, “Discrimination” which comprises of two important factors i.e., “Ground of Discrimination” such as gender, race, religious etc. and “Area of Discrimination” such as employment, education, good and service etc., could be regarded as an obstacle to achieve equality. However, the main problem of this research was to study whether the existing laws of Thailand have sufficiently covered practices relating to discrimination. This research used qualitative method and conducted comparative analysis with international human rights laws, foreign laws including laws of the EU, South Africa, Sweden, Finland, Canada, Australia, Singapore, Malaysia, India and the U.S. The results indicated that the legal meaning and scope of “Discrimination” varied depending on different dimensions and contexts. This research, by taking various factors from international human right laws and foreign laws, has developed conceptual framework in order to differentiate “Discrimination” in the context of human right laws from “Discrimination” in other context. In addition, the research found that merely “Distinction of treatment” has not yet been deemed as “Discrimination” without taking other legal factors into consideration. Regarding “Discrimination” in the context of human right laws, although there were specific laws in recent Thai legal system that can be applied to prohibit “Discrimination”, this research indicated that the problems of content, element, and scope of those laws make them inappropriate and insufficient to protect an individual from discriminatory practices. In particular, the ground and area of discrimination that has not yet covered by those existing laws are, for example, discriminatory practices in private sectors including employment, goods and service, discriminatory practices relating to certain grounds such as criminal record, breastfeeding, etc. Furthermore, there are no specific laws to apply in case of “Harassment” and “Hate Speech”. Consequently, this research proposes the enactment of general law relating to Anti-Discrimination in order to cover the ground and area of discrimination which have not been protected by the existing laws. In this regards, the model of discrimination law was developed to be used for drafting of the general law. Apart from the proposal to enact new law, this research also proposes suggestions relating to the amendment of existing laws in order to achieve equality principle.

Keywords: Equality, Discrimination, Anti-Discrimination, Personal Rights and Liberties, Human Rights.

Kanathip Thongraweewong, et al.



บทสรุป ผู้บริหาร

หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักสำคัญของสิทธิมนุษยชน ซึ่งปรากฏให้เห็นจากตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เริ่มตั้งแต่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. ๑๙๔๘ (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคไว้ว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยเจตนารมณ์แห่งภราดรภาพ” นอกจากนี้ ยังวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพบรรดาที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใด ๆ ...” สำหรับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) ก็ได้วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ...” นอกจากนี้ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้ปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ...” จะเห็นได้ว่าหลักการความเสมอภาค หรือหลักความเท่าเทียมกัน และการห้ามเลือกปฏิบัติเป็นหลักสำคัญที่ปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศอื่นในกรอบของสหประชาชาติ รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาคและถ่ายทอดไปยังกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ สำหรับประเทศไทยนั้น มีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่มีหลักการดังกล่าว ในระดับกฎหมายภายในของไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมาหลายฉบับก็ได้รับรองหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

สำหรับสภาพปัญหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในประเทศไทยนั้น หากพิจารณาในส่วนของการร้องเรียนในกระบวนการทางกฎหมาย พบว่า มีการเรียกร้องสิทธิหรือประเด็นพิพาททางกฎหมายหลายมิติ เช่น คดีของศาลปกครอง คดีของศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับการร้องเรียนในกรอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ก็พบว่า มีคำร้องที่มีประเด็นอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติเป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงและการร้องเรียนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและการเรียกร้องความเสมอภาคในประเทศไทย พบว่าบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิมักจะกล่าวอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติเมื่อมีการปฏิบัติที่ต่างกันระหว่างกรณีหรือข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเหมือนกัน นอกจากนี้ หากพิจารณากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง จะเห็นได้ว่าหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติถูกนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับอย่างกระจัดกระจาย อีกทั้งขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวยังมีความแตกต่างกันไปอีกด้วย จึงนำมาสู่ประเด็นปัญหาของการวิจัยนี้ว่า การเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้นมีขอบเขตและองค์ประกอบอย่างไรบ้างการกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติ ตลอดจนข้อเท็จจริงและข้อพิพาทในบริบทกฎหมายต่าง ๆ เหล่านั้น สามารถจัดอยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติตามนัยของกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ อย่างไร

งานวิจัยนี้จึงได้ศึกษาหลักการ แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน อันปรากฏจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยนำมาสร้างเป็นกรอบแนวคิดเพื่อการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยมีปัจจัยพิจารณาหลัก ๒ ประการ คือ

๑) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination, Protected Ground) การปฏิบัติที่แตกต่างกันจะจัดเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อการปฏิบัตินั้นเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศพบว่า เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมีการระบุไว้ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”¹

๒) มิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination, Area Covered) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอาจเกี่ยวข้องกับประเด็นต่าง ๆ หรือเรียกได้ว่าเกิดขึ้นในมิติต่าง ๆ ของบุคคล ในการดำเนินชีวิต เช่น การทำงาน การศึกษา การจ้างงาน บริการภาครัฐ การประกอบธุรกิจ การประกอบวิชาชีพ การเป็นสมาชิกองค์กร สินค้าและบริการในภาคเอกชน การประชุมสัมมนา กิจกรรมสาธารณะ เป็นต้น จะเห็นได้ว่ามิติของการเลือกปฏิบัติอาจมีความเกี่ยวข้องกับทั้งภาครัฐและภาคเอกชน

นอกจากปัจจัยทั้งสองประการแล้ว จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศพบว่า ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อพิจารณาว่าการปฏิบัตินั้นเป็นเพียงการปฏิบัติแตกต่างกันอันสามารถทำได้ หรือเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดต่อกฎหมาย โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีตัวอย่างเช่น หลักขอบแห่งดุลพินิจ (Margin of Appreciation) การชั่งน้ำหนักกับผลประโยชน์อื่น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ งานวิจัยนี้จึงนำปัจจัยเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติแห่งการเลือกปฏิบัติ ประกอบกับหลักเกณฑ์ดังกล่าว มาประกอบกันเป็นกรอบการวิเคราะห์ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction / Differentiation) เพื่อสามารถจำแนกว่ากรณีใดเป็นกรณีของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกรณีใดไม่อยู่ในขอบเขตการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้ งานวิจัยฉบับนี้จะได้ศึกษาต่อไปว่า การเลือกปฏิบัติที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น ตามกฎหมายภายในของไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน มีขอบเขตครอบคลุมอย่างเหมาะสมหรือไม่ ประการใด โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ในการศึกษาขอบเขตความครอบคลุมดังกล่าว ผู้วิจัยจะได้นำประเด็นเฉพาะต่าง ๆ เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติมาวิเคราะห์ เช่น การเลือกปฏิบัติในกรณีบริการภาครัฐ ปัญหาขอบเขตของกฎหมายในการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน การเลือกปฏิบัติ

¹ From “Social identity, system justification, and social dominance: Commentary on Reicher, Jost *et al.*, and Sidanius *et al.*” by Rubin, M.; Hewstone, M.; *et al.* (2004). *Political Psychology* 25 (6), p. 823–844



ในด้านสินค้าและบริการ การเลือกปฏิบัติในมิติของบริการภาครัฐกรณีการศึกษา กรณีการให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding) การเลือกปฏิบัติในกรณีการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) การคุกคาม (Harassment) ในความหมายที่กว้างกว่าการคุกคามทางเพศ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) การเลือกปฏิบัติด้านสินค้าและบริการต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุตาบอดสี กรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) กับการเข้าห้องน้ำ การเลือกปฏิบัติในมิติเกี่ยวกับการเกณฑ์ทหาร กรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นต้น

ผลการวิจัย ที่สำคัญสรุปได้ดังนี้

หลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน (Equality Principle)

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างของรัฐธรรมนูญไทยและต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการวางหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน อาจจำแนกรูปแบบและโครงสร้างของรัฐธรรมนูญในการบัญญัติหลักความเท่าเทียมกันได้ ๓ รูปแบบ ดังนี้

- **รูปแบบแรก** กำหนดจำแนกหลักความเท่าเทียมกัน ออกเป็น ๓ กรณี คือ ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันทั่วไป ความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง และหลักห้ามเลือกปฏิบัติ เช่น เยอรมัน ไทย ฟินแลนด์
- **รูปแบบที่สอง** กำหนดจำแนกหลักความเท่าเทียมกัน ออกเป็น ๒ กรณี คือ ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยมีได้จำแนกความเสมอภาคเฉพาะเรื่องออกจากความเสมอภาคทั่วไป
- **รูปแบบที่สาม** ไม่ระบุถึงหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมไว้ โดยมีเพียงกำหนดหลักการ “ห้ามเลือกปฏิบัติ” เช่น สวีเดน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Unfair / Unjust Discrimination)

ตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายเฉพาะของไทยหลายฉบับ ได้มีการใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ซึ่งทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า การใช้คำดังกล่าวสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศเพียงใด และกฎหมายต่างประเทศมีรูปแบบการกำหนดถ้อยคำดังกล่าวอย่างไร จากการศึกษากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ ผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่า ในการบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ มีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายและการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์และหลักการเช่นเดียวกัน คือ การจำแนกกระหว่าง “การกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย” และ “การกระทำที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย” ซึ่งอาจจำแนกออกเป็นรูปแบบการบัญญัติกฎหมาย ๔ ลักษณะ ดังนี้

๑. กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม**” (Unfair Discrimination) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนดว่า “**การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม**” ดังเช่นกรณีกฎหมายแอฟริกาใต้

๒. กำหนดเรียกการปฏิบัติที่ต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย**” (*Unlawful Discrimination*) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่ต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนดว่า “**การเลือกปฏิบัติที่ขอบด้วยกฎหมาย**” ดังเช่นกรณีกฎหมายออสเตรเลีย

๓. กำหนดเรียกการปฏิบัติที่ต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ**” (*Discriminatory Practice*) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่ต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนดว่า “**การกระทำที่ไม่ใช่การกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ**” (*It is not a discriminatory practice*) ดังเช่นกรณีกฎหมายแคนาดา

๔. กำหนดเรียกการปฏิบัติที่ต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การเลือกปฏิบัติ**” (*Discrimination*) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่ต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนด หรือไม่เข้าองค์ประกอบเงื่อนไขของการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การปฏิบัติที่แตกต่างกัน**” (*Differentiation* หรือ *Differential Treatment*) ดังเช่นแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสิงคโปร์ หรือกฎหมายประเทศฟินแลนด์ สวีเดน เป็นต้น

สำหรับกรณีของไทยนั้นอาจเทียบเคียงได้กับรูปแบบที่ ๑ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า การใช้คำ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ในบริบทของกฎหมายไทยมีลักษณะที่แตกต่างจากการใช้คำดังกล่าวในประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเป็นกฎหมายเฉพาะในลักษณะของกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ เช่น แคนาดา ฟินแลนด์ สวีเดน เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีการจำแนกระหว่างการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (*Differential Treatment* หรือ *Distinction*) ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย กับ “การเลือกปฏิบัติ” (*Discrimination*) ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย โดยมีได้ใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากหากการปฏิบัติต่างกันั้นไม่อาจอ้างเหตุที่ขอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จะถือว่าเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ซึ่งมีนัยที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ขอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัวเอง

ด้วยเหตุนี้ หากไทยมีการบัญญัติกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะกฎหมายกลางดังเช่นประเทศต่าง ๆ ที่มีกฎหมายลักษณะนี้ ก็ควรจะมีการใช้ถ้อยคำให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายประเทศต่าง ๆ เพื่อจำแนกความแตกต่างระหว่าง

- (ก) การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่มีขอบเขตเฉพาะการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันเกี่ยวเนื่องจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ และ
- (ข) การเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าและไม่จำกัดเฉพาะการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเท่านั้น

ขอบเขตของการเลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ผลการวิจัยพบว่า การใช้คำ “เลือกปฏิบัติ” สะท้อนถึงความหมายหลายนัย ในหลายบริบท หากพิจารณาในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีปัจจัยสำคัญประกอบการพิจารณา ได้แก่ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และมิติของการเลือกปฏิบัติ ประกอบกับปัจจัยอื่น เช่น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก หลักการซึ่งนำหนักกับผลประโยชน์อื่น หลักความได้สัดส่วนแล้ว พบว่า ในหลายกรณีที่มีประเด็นว่าเกิด “การเลือกปฏิบัติ” นั้น อาจไม่อยู่ในขอบเขตการ



เลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ ยังมีกรณีการเลือกปฏิบัติที่ทับซ้อนกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น รวมทั้งยังมีกรณีการเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายอื่น ซึ่งอาจจำแนกสรุปได้ ๓ กรณีหลัก ดังนี้

■ กรณีแรก : กรณีการปฏิบัติที่อยู่ในขอบเขตและไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน

การเลือกปฏิบัติที่อยู่ในขอบเขตและไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งยังสามารถจำแนกออกเป็น ๕ กรณีย่อย ดังต่อไปนี้

(๑) การเลือกปฏิบัติในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ การปฏิบัติที่ต่างต่างนั้น เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เหตุแห่งความพิการ สภาพร่างกาย เป็นต้น

(๒) การปฏิบัติที่ต่างต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ : กรณีจากคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่ามีหลายกรณีเกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากการปฏิบัติที่ต่างต่างกันแต่ไม่เกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

(๓) การปฏิบัติที่ต่างต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ : กรณีจากคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ พบว่ามีหลายกรณีเกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากการปฏิบัติที่ต่างต่างกันแต่ไม่เกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การอ้างว่ากฎระเบียบที่พิพาทนั้นขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน โดยไม่ปรากฏความเกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

(๔) การปฏิบัติที่ต่างต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ : กรณีคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกา พบว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งสะท้อนแนวความคิดการพิจารณา “การเลือกปฏิบัติ” บนพื้นฐานของกฎหมายปกครอง

(๕) การปฏิบัติที่ต่างต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ : กรณีข้อเท็จจริงจากการรับฟังความคิดเห็น / สัมภาษณ์ / ประชุมกลุ่มย่อย พบว่ามีหลายกรณีที่บุคคลเห็นว่าตนได้รับการปฏิบัติที่ต่างต่างกับบุคคลอื่น ก็จะอ้างว่า “ถูกเลือกปฏิบัติ” รวมไปถึงในขอบเขตที่กว้างกว่านั้น กล่าวคือ แม้แต่ในกรณีที่บุคคลเห็นว่าตน “ไม่ได้รับความเป็นธรรม” ก็มักมีการอ้างว่า “ถูกเลือกปฏิบัติ” ไปด้วย อย่างไรก็ตาม การกล่าวอ้างดังกล่าว หากพิจารณาในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว อาจไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น การรับสมัครงานโดยระบุเจาะจง “สถาบันการศึกษา” หรือการพิจารณารับบุคคลเข้าทำงานจาก “สถาบันการศึกษา” การที่ภาคเอกชนให้คุณหรือให้สิทธิพิเศษกับบุคคลโดยอาศัยคุณสมบัติหรือเงื่อนไขบางประการที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การบังคับใช้กฎหมายที่ต่างต่างกันระหว่างบุคคลในข้อเท็จจริงเหมือนกันโดยไม่ปรากฏว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เป็นต้น

■ กรณีที่สอง กรณีมีความคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น

จากการศึกษาวิเคราะห์คำร้องและการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ามีการ “เลือกปฏิบัติ” เกิดขึ้น ซึ่งมักเป็นกรณีการนำข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกับว่ามีการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวต่างต่างกัน อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่า ในหลายกรณีตามคำร้องนั้น การปฏิบัติต่างต่างกันดังกล่าวไม่มีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรืออาจพิจารณาว่าเป็นการอ้างเหตุที่กว้างกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือเป็นกรณีของกฎเกณฑ์หรือการปฏิบัติที่เป็นกลาง (Neutral) ซึ่งมีผลเป็นการปฏิบัติหรือบังคับกับทุกคนเหมือนกัน ซึ่งอาจสรุปจำแนกได้ ๔ กรณีย่อย ดังนี้

(๑) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เช่น กรณีการนำร่างของผู้เสียชีวิตด้วยโรคเอดส์มาจัดแสดง การค้นตัวบุคคลโดยภาคเอกชนในธุรกิจหรือการจ้างแรงงาน

(๒) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดเสรีภาพในทางศาสนา กรณีปัญหาลักษณะนี้ มีตัวอย่างเช่น ระเบียบในสถานที่ทำงานหรือสถานศึกษาเกี่ยวกับการแต่งกายตามศาสนา

(๓) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางการศึกษา เช่น การปฏิบัติต่อนักเรียน นักศึกษา ที่แตกต่างกัน โดยบางกรณีก็ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น กรณีเหตุแห่งการพักการเรียนเกี่ยวข้องกับ “พฤติกรรม” แต่กระทบสิทธิด้านการศึกษานักเรียน

(๔) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม เช่น ผู้ร้องอ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการปฏิบัติที่พิพาทดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ **แต่ก็ยังสามารถอยู่ในขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ เพราะอาจเป็นการกระทบ “สิทธิมนุษยชน” ในแง่อื่น** “ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”² เช่น การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา การปฏิบัติที่กระทบต่อศักดิ์ศรีของมนุษย์ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในการสื่อสาร เป็นต้น

■ กรณีที่สาม “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทของกฎหมายปกครอง

ผลการวิจัยจากการวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองชี้ให้เห็นว่า **การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม** ในบริบทของคดีปกครอง (มาตรา ๙ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒) นั้น **มีขอบเขตและลักษณะที่แตกต่างจาก “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน** กล่าวคือ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายปกครองนั้น เป็นการพิจารณา “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ในกรอบของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ และมักมีข้อเท็จจริงที่สัมพันธ์กับ “การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยมิชอบ” **จึงอาจครอบคลุมถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยไม่เป็นธรรม การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฯลฯ ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน** หรืออาจเรียกว่าเป็นการเลือกปฏิบัติในความหมายที่กว้างกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและหลักการของกฎหมายปกครองอันควรมีการศึกษาและพิจารณาแยกอีกส่วนหนึ่งต่างหากจากการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน

จากผลการวิจัยดังกล่าว ทำให้สามารถจำแนกความแตกต่างของ “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทต่าง ๆ และสามารถจำแนกว่ากรณีใดอยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะนำไปสู่การศึกษาต่อไปของการวิจัยนี้ว่า การเลือกปฏิบัติในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้นกฎหมายปัจจุบันครอบคลุมถึงหรือไม่ เพียงใด

² From “Private Discrimination: A Prioritarian, Desert-Accommodating Account”, by Kasper Lippert-Rasmussen (2006), San Diego Law Review, 43, p. 817–856



การเลือกปฏิบัติที่กฎหมายไทยยังไม่ครอบคลุมถึง

ผลการวิจัยข้างต้นชี้ให้เห็นว่า กรณีที่มีการกล่าวอ้างและมีการพิจารณาว่าเป็น “การเลือกปฏิบัติ” นั้น หลายกรณีไม่จัดเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะต้องพิจารณาในบริบทกฎหมายอื่นต่อไป อย่างไรก็ตาม สำหรับประเด็นที่ว่า การปฏิบัติแตกต่างกันอันจัดอยู่ในขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น กฎหมายไทยปัจจุบันมีขอบเขตครอบคลุมกรณีเหล่านั้นเพียงใด ผลการวิจัยสรุปจำแนกได้ ดังนี้

(๑) ผลการวิเคราะห์ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”

การเลือกปฏิบัติในขอบเขตของการวิจัยนี้เป็นการพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังนั้น องค์ประกอบสำคัญที่ทำให้การปฏิบัติอันแตกต่าง (Distinction หรือ Differentiation) ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) คือ การปฏิบัติอันแตกต่างกันนั้นต้องสืบเนื่องหรือเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Grounds) ซึ่งเหตุดังกล่าวมีการระบุไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายดังกล่าวเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย อาจจำแนกสรุปได้ ๔ กรณี ดังนี้

- **กรณีที่หนึ่ง** เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยกำหนดในลักษณะที่กว้างกว่าหรือเพิ่มเติมจากที่กฎหมายระหว่างประเทศระบุไว้
- **กรณีที่สอง** เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยมีการใช้ถ้อยคำในลักษณะที่แคบกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ
- **กรณีที่สาม** เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณีกฎหมายต่างประเทศได้ขยายความจากเหตุดั้งเดิมที่ระบุไว้ โดยมีการแจกแจงรายละเอียดเพื่อความครอบคลุมและชัดเจน
- **กรณีที่สี่** เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุมิได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่กฎหมายต่างประเทศบางประเทศกำหนดครอบคลุมขึ้นมา เพื่อเป็นการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในปัจจุบันที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะทางสังคม

(๒) ขอบเขตและการครอบคลุมของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ปัจจุบันไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะอันมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ และมิติของการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ โดยกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะที่มีขอบเขตจำกัดในเชิงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และ/หรือ มิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น ครอบคลุมเฉพาะบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เหตุแห่งเพศ เหตุแห่งอายุ หรือครอบคลุมเฉพาะบางมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น มิติด้านแรงงาน มิติด้านการศึกษา เป็นต้น แต่ยังไม่ครอบคลุมกรณีต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายต่างประเทศให้การคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเลือกปฏิบัติในมิติและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ นอกขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าว เช่น

- การเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน เช่น การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง ลูกจ้าง หรือการเลือกปฏิบัติในบริบทอื่น เช่น การปฏิเสธการให้บริการหรือการจำหน่ายสินค้า การจำกัดสิทธิในการเข้าถึงบริการหรือสถานที่ของภาคเอกชนต่าง ๆ หากเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้วก็จะจัดอยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติได้ จากการศึกษากฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน พบว่ามีปัญหากรณีการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การซื้อ

สินค้า บริการ ซึ่งมีการปฏิเสธสินค้าหรือการให้บริการด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายเฉพาะดังกล่าวในตารางข้างต้นไม่ครอบคลุมถึง เช่น การปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าหรือไม่ให้บริการบุคคลด้วยเหตุเชื้อชาติ ศาสนา หรือกรณีเหตุแห่ง “ความคิดเห็นอื่นหรือความเชื่อ” หรือจากการสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลว่า “ร้านนวดบางแห่งไม่ให้บริการแก่คนไทย ให้บริการเฉพาะนักท่องเที่ยวจีน /เกาหลี เท่านั้น” “ร้านอาหารบางแห่งเปิดให้บริการเฉพาะทัวร์จีนเท่านั้น ลูกค้านคนไทยไม่ต้อนรับ” “บริการขนส่ง รถแท็กซี่ ปฏิเสธไม่รับผู้โดยสารคนไทย โดยให้บริการเฉพาะชาวต่างชาติ” “รถสามล้อปฏิเสธไม่รับผู้โดยสารคนไทย” กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เชื้อชาติ หรือสัญชาติ” ในมิติของการให้บริการ ซึ่งไม่มีกฎหมายคุ้มครองเป็นการเฉพาะ³ เนื่องจากไม่มีกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติซึ่งจะมาปรับใช้สำหรับมิติเช่นนี้

- กรณีการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ (Hate Speech) ดังเช่นกรณีข้อเท็จจริงจากผู้ให้สัมภาษณ์ สทนากลุ่ม เช่น มัคคุเทศก์ชาวไทย ผู้ให้ข้อมูล เห็นว่า “รู้สึกไม่ดีต่อมัคคุเทศก์ชาวจีนที่มาแย่งงาน หรือผู้ประกอบการค้าปลีกขายยอยเห็น ว่า ชาวเวียดนามเข้ามาแย่งอาชีพขายสินค้า กรณีทัศนคติเหล่านี้นำไปสู่การกล่าววาจาอันเป็นการคุกคาม (Harassment) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติได้ แต่ทั้งนี้ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับพฤติกรรมดังกล่าว

- การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน โดยเฉพาะการคุกคามระหว่างลูกจ้างด้วยกัน และการคุกคามในลักษณะการสร้างบรรยากาศในที่ทำงาน (Hostile Working Environment) ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมเป็นการเฉพาะ

- การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ในกรณีที่ไม่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน เช่น ในมิติการศึกษา ดังจะเห็นได้จากกรณีตามคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่มีการอ้างว่าถูกคุกคามทางเพศในโรงเรียน เป็นต้น ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมเป็นการเฉพาะ

- การคุกคาม (Harassment) ในบริบทอื่นนอกจากการจ้างแรงงาน และในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเหตุอื่นนอกจากการคุกคามทางเพศ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ความพิการ ฯลฯ ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมเป็นการเฉพาะ

เช่น คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ผู้ร้องอ้างว่า “ครูประจำชั้นที่โรงเรียนแห่งหนึ่งกล่าวหาว่า นางสาวเอ เป็นโรคขาดผู้ชายไม่ได้ ต้องนำไปบำบัด มีฮอร์โมนผิดปกติเพราะเป็นผู้พิการ” (คำร้องที่ ๔๗๖/๒๕๕๖) เป็นต้น หรือจากกรณีการสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลถูกล้อเลียนเกี่ยวกับสภาพร่างกายจากเพื่อนร่วมงาน โดยการล้อเลียนเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้ชีวิต การรับประทานอาหาร เปรียบเทียบร่างกาย (รูปร่างอ้วน) กับสัตว์ชนิดต่าง ๆ ส่งตัวการ์ตูนสติ๊กเกอร์รูปสัตว์อ้วนรูปแบบต่าง ๆ มาล้อเลียนในสื่อสังคมออนไลน์ที่ใช้ในการทำงาน กรณีเช่นนี้มีลักษณะเป็นการคุกคาม (Harassment) แต่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุทางเพศ และไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่จะครอบคลุมถึง

- เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณียังอาจไม่ครอบคลุมดังที่ได้สรุปไว้แล้วข้างต้น เช่น “ความคิดเห็นอื่นใด” ที่กว้างกว่าความคิดเห็นทางการเมือง และ “ความเชื่อ” ที่กว้างและไม่ผูกพันกับ “ศาสนา” หรือในบางเหตุยังต้องมีการตีความ เช่น ผู้ติดเชื้อเอชไอวี สำหรับเหตุ “การตั้งครรภ์” อาจจัดอยู่ในเหตุแห่ง “เพศ” ได้ แต่ยังมีปัญหาในแง่กฎหมายที่เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิตินี้ โดยอาจมีกฎหมายบางฉบับที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน แต่ยังไม่ครอบคลุมมิติอื่น เช่น การให้บริการต่าง ๆ ของภาคเอกชน นอกจากนี้ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

³ Henry Campbell Black, Black's law Dictionary (1979) Boston: West Publishing, p. 420



บางอย่าง กฎหมายต่างประเทศกำหนดไว้โดยเฉพาะ แต่สำหรับประเทศไทยยังไม่มีข้อกำหนดเฉพาะ เช่น ประวัติการกระทำความผิดทางอาญา เป็นต้น ซึ่งแม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่พบว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม เหตุนี้อาจยังเป็นที่ถกเถียงและมีประเด็นเกี่ยวกับหลักคุณสมบัติความจำเป็นสำหรับงานนั้นด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องยังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน เนื่องจากขาดกฎหมายกลางที่จะใช้กับกรณีที่นอกเหนือจากขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าว อันจะนำไปสู่ข้อเสนอนี้ต่อไป

(๓) รูปแบบการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ (Model of Discrimination Laws)

ผลการศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายต่างประเทศ พบว่า มีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันในการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ ผู้วิจัยจึงได้ทำการจำแนกตัวแบบ (Model) ของการกำหนดกฎหมาย โดยพิจารณาจากปัจจัยสำคัญ ๒ ประการ ได้แก่ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination) และมิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination) ซึ่งอาจจำแนกได้ ๓ รูปแบบหลัก ดังนี้

รูปแบบที่ ๑ บัญญัติกฎหมายเฉพาะฉบับเดียวเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายกลาง กล่าวคือ ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุ และครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติหลายมิติ เช่น การตรากฎหมายสิทธิมนุษยชน วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ อายุ เชื้อชาติ สีผิว โดยครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงาน การศึกษา การได้รับบริการและสินค้า

รูปแบบที่ ๒ บัญญัติกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ แต่ละฉบับครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะบางเหตุ และครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติเฉพาะบางมิติ สำหรับในรูปแบบนี้ ยังอาจจำแนกพิจารณาได้ ๓ กรณีย่อย ได้แก่

- **กรณีแรก** กฎหมายที่คุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุเดียว และครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติเพียงมิติเดียว เช่น กฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการในการศึกษา กฎหมายลักษณะนี้จะครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะเหตุด้านความพิการ และครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติเฉพาะมิติทางการศึกษา
- **กรณีที่สอง** กฎหมายที่คุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุเดียว แต่ครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติหลายมิติ เช่น กฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ โดยมีขอบเขตห้ามเลือกปฏิบัติต่อคนพิการในหลายมิติ เช่น การศึกษา การจ้างแรงงาน การเข้าถึงสินค้าและบริการ
- **กรณีที่สาม** กฎหมายที่มีขอบเขตเฉพาะการเลือกปฏิบัติมิติหนึ่ง แต่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุ เช่น กฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับแรงงาน วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติด้านแรงงานด้วยเหตุแห่งเพศ ความพิการ อายุ ศาสนา เป็นต้น

รูปแบบที่ ๓ มีลักษณะผสมผสานระหว่างรูปแบบที่ ๑ และ รูปแบบที่ ๒ กล่าวคือ มีการกำหนดกฎหมายกลางที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุ และครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติหลายมิติ อย่างไรก็ตาม นอกจากกฎหมายกลางนี้แล้ว ยังมีกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติในบางมิติ หรือบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จากการศึกษาพบว่า การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในต่างประเทศ มักจะใช้รูปแบบที่ ๓

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ เมื่อนำมาพิจารณาภายใต้กรอบการจำแนกรูปแบบทั้งสามดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า ประเทศที่จัดอยู่ในรูปแบบที่หนึ่ง เช่น แคนาดา สวีเดน ประเทศที่จัดอยู่ในรูปแบบที่สอง เช่น อินเดีย ประเทศที่จัดอยู่ในรูปแบบที่สาม เช่น ออสเตรเลีย สหรัฐอเมริกา ฟินแลนด์ แอฟริกาใต้ เป็นต้น

ในกรณีของประเทศไทย พบว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติ อันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุและเกี่ยวข้องกับมิติของการเลือกปฏิบัติบางด้าน แต่ยังไม่มีความหมายกลางที่ครอบคลุมอย่างกว้างถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติของการเลือกปฏิบัติทั้งหมดในภาพรวม ดังเช่นในกรณีประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฟินแลนด์ ประเทศสวีเดน ประเทศแคนาดา ออสเตรเลีย ดังนั้น ในกรณีของประเทศไทย จึงอาจจัดอยู่รูปแบบที่สอง ซึ่งนำไปสู่ปัญหาสำคัญที่ว่า กฎหมายเฉพาะต่าง ๆ ดังกล่าวนั้นยังไม่ครอบคลุมถึงการเลือกปฏิบัติและการกระทำที่ละเมิดต่อหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน เช่น กรณีการคุกคาม (Harassment) ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ นอกจากเหตุแห่งเพศ การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานที่เกิดขึ้นระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง และกรณีสภาพแวดล้อมการทำงานในลักษณะคุกคาม (Hostile Working Environment) การปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในลักษณะเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าในที่สาธารณะหรือการปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในลักษณะด้อยกว่า การปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) เป็นต้น ทำให้ยังมีการเลือกปฏิบัติหลายกรณีที่กฎหมายไทยยังไม่ครอบคลุมถึง เนื่องจากไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเฉพาะที่มีอยู่ และไม่มีกฎหมายกลางที่มีขอบเขตกว้างมารองรับ

ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากผลการวิจัยชี้ให้เห็นประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ทั้งในภาพรวมและในกรณีเฉพาะหลายประเด็น ผู้วิจัยจึงได้จำแนกข้อเสนอแนะ ดังนี้

(๑) ข้อเสนอแนะในภาพรวม

จากปัญหาขอบเขตกฎหมายไทยที่มีผลบังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งผลการวิจัยภายใต้กรอบแนวคิดของการเลือกปฏิบัติในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น พบว่ายังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในหลายกรณี จึงนำมาสู่ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ด้วยการเสนอให้มีการบัญญัติ **กฎหมายกลางที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ** ด้วยเหตุต่าง ๆ ตามที่รับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายไทย กติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ รวมทั้งครอบคลุมเหตุอื่นที่มีความจำเป็นในสังคมปัจจุบัน

สำหรับรูปแบบของกฎหมายกลางของประเทศไทยนั้น จากผลการวิจัยที่ได้ศึกษาระบบโครงสร้างกฎหมายของต่างประเทศในการห้ามเลือกปฏิบัติและได้จำแนกเป็น ๓ รูปแบบนั้น พบว่า ประเทศไทยจัดอยู่ในรูปแบบที่สอง กล่าวคือ มีกฎหมายเฉพาะบางฉบับที่ครอบคลุมบางมิติหรือบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จึงทำให้ไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในประเด็นที่อยู่นอกขอบเขตกฎหมายเหล่านั้น ด้วยเหตุนี้ จึงมีข้อเสนอ ๒ แนวทาง คือ

- **แนวทางแรก** เสนอให้ไทยปรับโครงสร้างกฎหมายโดยยกเลิกกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ ที่มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยรวมหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเข้ามาอยู่ในกฎหมายกลางอันเป็นกฎหมายหลักฉบับเดียว ซึ่งเป็น



แนวทางของสวีเดนในการปรับปรุงกฎหมายเลือกปฏิบัติ โดยแนวทางนี้จะทำให้ไทยปรับเปลี่ยนจากรูปแบบที่สองไปเป็นรูปแบบแรก

- **แนวทางที่สอง** เสนอให้ไทยปรับโครงสร้างกฎหมายไปอยู่ในรูปแบบที่สาม กล่าวคือ เพิ่มเติมกฎหมายกลาง โดยที่ยังคงกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ ไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายกลางสามารถครอบคลุมการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าวนั่นเอง

(๒) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าหลักของรัฐธรรมนูญจะรับรองถึงความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติ แต่ก็ยังคงมีปัญหาถึงความชัดเจนในการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน และปัญหาอื่น ๆ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะ ๓ ประการ ดังนี้

ประการแรก การบัญญัติหลักการเลือกปฏิบัติภาครัฐและภาคเอกชน

ผู้วิจัยมีข้อเสนอให้ปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญในส่วนของการเลือกปฏิบัติ โดยวางหลักรับรองความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติทั่วไป โดยแยกการเลือกปฏิบัติออกเป็นการกระทำของรัฐ และเอกชน

ในส่วนภาครัฐนั้น เสนอให้มีหลักการว่า “รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ซึ่งรวมถึงเชื้อชาติ เพศ การตั้งครรภ์ สถานะความเป็นมารดา ชาตินิกาย ศาสนา ภาษา และถิ่นกำเนิด...”

ในส่วนของภาคเอกชนนั้น เสนอให้มีหลักการว่า “บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ... ในการนี้ รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว”

ประการที่สอง การบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

ในส่วนของหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัตินั้น มีข้อเสนอว่า “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ปรากฏอยู่ในข้อเท็จจริง สภาพคำร้อง และคำพิพากษา หลายกรณี แต่มิได้มีการนำหลักนี้มาอธิบายไว้อย่างชัดเจน กฎหมายเฉพาะบางฉบับสะท้อนหลักการนี้ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่มุ่งเน้นที่ผลกระทบ (Effect) ซึ่งทำให้คนพิการเสียสิทธิประโยชน์ อันเป็นแนวคิดของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะ ๒ แนวทาง ดังนี้

- **แนวทางแรก** แก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมให้ชัดเจน โดยอาจจำแนกออกจากการเลือกปฏิบัติโดยตรง ดังเช่นกรณีแอฟริกาใต้

- **แนวทางที่สอง** เสนอให้องค์กรที่เกี่ยวข้อง เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ นำหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาอธิบายประกอบการพิจารณา กรณีที่มีสภาพข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

ประการที่สาม กำหนดถ้อยคำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ” โดยเสนอให้กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนด หรือไม่เข้าองค์ประกอบเงื่อนไขของการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตาม

กฎหมายว่า “**การปฏิบัติที่แตกต่างกัน**” (Differentiation หรือ Differential Treatment) โดยไม่นำองค์ประกอบ “เป็นธรรม” (Fair) มาใช้ในการจำแนกระหว่างการปฏิบัติทั้งสองอย่างดังกล่าว

ประการที่สี่ การบัญญัติหลักการเกี่ยวกับ“เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ ในประเด็นของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย พบว่ายังมีปัญหาการระบุเหตุต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ จึงมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

- เพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการให้ครอบคลุมและสอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติให้ครอบคลุม “ความคิดเห็นอื่นใด” นอกเหนือจาก “ความคิดเห็นทางการเมือง” รวมทั้งกำหนดเหตุครอบคลุม “ความเชื่ออื่น” นอกจากความเชื่อทาง “ศาสนา”
- เพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการให้ครอบคลุมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ตามแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประวัติอาชญากรรม การให้นมบุตรจากอกแม่ รวมทั้งกำหนดแจกแจงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณีให้ชัดเจนขึ้น เช่น เหตุแห่ง “เพศ” นั้น เสนอว่าตามกฎหมายหลักเช่นรัฐธรรมนูญควรระบุรายละเอียด เช่น รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม สำหรับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่าง ซึ่งไม่ได้มีการระบุไว้ชัดเจนตามรัฐธรรมนูญ เช่น ประวัติอาชญากรรม ผู้ติดเชื้อเอชไอวี การให้นมบุตรจากอกแม่ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในแง่หนึ่ง หากพิจารณากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า เหตุบางเหตุ เช่น การให้นมบุตรจากอกแม่ เอชไอวี ประวัติอาชญากรรม มิได้ปรากฏอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม แต่ในอีกแง่หนึ่งนั้น อาจพิจารณาได้ว่าเหตุดังกล่าวมีความสำคัญและการนำเหตุดังกล่าวมาปฏิบัติต่อบุคคลต่างกัมนั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิพื้นฐานของบุคคลในด้านต่าง ๆ เช่น การประกอบอาชีพ การใช้บริการต่าง ๆ ดังนั้น ก็ควรมีการคุ้มครองความเท่าเทียมกันของบุคคลที่อยู่ในกลุ่มนี้ด้วย จึงมีข้อเสนอแนะ ๒ แนวทาง ดังนี้

- **แนวทางแรก** ไม่กำหนดหรือระบุเหตุเหล่านี้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย แต่ใช้วิธีการตีความ ให้อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ตีความประวัติอาชญากรรมว่าอยู่ในเหตุ “สถานะของบุคคล” ตีความผู้ติดเชื้อเอชไอวีว่าอยู่ในเหตุ “สุขภาพ” สำหรับการให้นมบุตรจากอกแม่ ตีความว่าอยู่ในเหตุ “เพศ” เป็นต้น
- **แนวทางที่สอง** เสนอให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่างเหล่านี้ไว้ให้ชัดเจนในกฎหมาย เช่น เพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเหล่านี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมทั้งอาจจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายลำดับรองเป็นการเฉพาะสำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเหล่านี้ เช่น แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองแรงงานโดยการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าว

(๓) ข้อเสนอในการต่อยอดการวิจัย

จากผลการวิจัยชี้ให้เห็นถึงสภาพปัญหาของกฎหมายไทยปัจจุบันซึ่งยังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการบัญญัติกฎหมายกลาง อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของงานวิจัยนี้ยังไม่ครอบคลุมถึงการนำเสนอร่างกฎหมายกลางดังกล่าวในรายละเอียด จึงควรมีการศึกษาวเคราะห์จัดทำร่างกฎหมายกลางเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเพื่อดำเนินการรับฟังความคิดเห็นและเข้าสู่กระบวนการเสนอกฎหมายตามลำดับต่อไป



ขอบเขตและความหมายของการเลือกปฏิบัติ อาจพิจารณาได้หลายมิติและในหลายบริบทกฎหมาย จึงเสนอให้มีการต่อยอดการวิจัยในบริบทของกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชน ในประเด็นขอบเขตความหมายของการเลือกปฏิบัติ เพื่อเปรียบเทียบและจำแนกความแตกต่างกับความหมายและขอบเขตในบริบทสิทธิมนุษยชนเพื่อให้เกิดแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณากฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องต่อไป

เนื่องจากการวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการศึกษาภาพรวมของปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันหรือหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติในประเทศไทย โดยมีได้มุ่งศึกษาเฉพาะกรณีปัญหากรณีใดกรณีหนึ่ง ดังนั้น ในส่วนที่สองของงานวิจัยนี้จึงเป็นเพียงการหยิบยกประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการสำรวจศึกษา และการเก็บข้อมูลโดยการสัมภาษณ์ จัดกลุ่มสนทนา รับฟังความคิดเห็น มาทำการวิเคราะห์ภายใต้กรอบแนวคิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน เพื่อสะท้อนให้เห็นปัญหาในภาพรวมว่าภายใต้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น การคุ้มครองความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติเพียงพอและครอบคลุมแล้วหรือไม่ เพียงใด ซึ่งผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่ายังมีหลายกรณีที่กฎหมายปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึง จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการมีกฎหมายกลางดังกล่าว ดังนั้น ในส่วนของการต่อยอดการวิจัย จึงเสนอให้มีการศึกษาประเด็นเฉพาะกรณีศึกษาเป็นรายกรณีในเชิงลึกต่อไป

Executive Summary

Equality Principle was recognized by international human rights instruments and foreign laws. However, “Discrimination” which comprises of two important factors i.e. “Ground of Discrimination” such as gender, race, religious etc. and “Area of Discrimination” such as employment, education, good and service etc., could be regarded as an obstacle to achieve equality. However, the main problem of this research was to study whether the existing laws of Thailand has sufficiently covered practices relating to discrimination. This research used qualitative method and conducted comparative analysis with international human rights laws, foreign laws including laws of the EU, South Africa, Sweden, Finland, Canada, Australia, Singapore, Malaysia, India and the U.S. The results indicated that the legal meaning and scope of “Discrimination” varied depending on different dimensions and contexts. The main results of this research could be summarized as follows;

Regarding Equality Principle, the research found, by comparing foreign laws, that the constitutional structure relating to the protection of equality are 3 models; the first one classified equality as “general equality”, “specific equality” and “non-discrimination”. The second model divided only two principles, i.e. “equality” and “non-discrimination”. The third one only identified “non-discrimination”.

According to Thai Constitution and related Act, “Unfair Discrimination” was stipulated leading to the question whether such term is consistent to international humanitarian laws. The results indicated that foreign laws shared similar principle in classifying between “distinction of treatment that is prohibited” and the “distinction of treatment that is not prohibited”, however, the pattern of using this term can be categorized in 4 models, (1) categorizing “Unfair Discrimination” and “Fair Discrimination”, (2) categorizing “Unlawful Discrimination” and “Lawful Discrimination”, (3) categorizing “Discriminatory Practice” and “Non-Discriminatory Practice”, (4) categorizing “Differential Treatment” or “Distinction of Treatment” and “Discrimination” without using the “Fair or Unfair” element. In this regards, Thailand can be classified in the first model. However, constitution provided no clear definition of “Unfair” Discrimination. Thus, Court interpretation played vital roles in providing scope and meaning of such term. In addition, this research found, by comparing to international laws, that there is no element of “Fair or Unfair” because the differential treatment that was not fall under the scope of “Discrimination” was termed merely “Differential Treatment or Distinction of Treatment”.

As for the scope of discrimination in human right laws context, this research found that the “Discrimination” was used in several perspective in Thai legal system. The research then classified, by using human right laws framework, the use of such term in 3 cases; (1) differentiation of treatment falling within the scope of “Discrimination” and the one which is not “Discrimination” (2) the overlapping between the practices that falls in to the scope of “Discrimination” and the practices that violate other human rights such as personal right, freedom of religion, freedom of education and right in criminal justice system (3) “Unfair Discrimination” in the context of administrative laws which has different scope because it was based on different concept. According to such classification, the research would focus on the “Discrimination” falling within the scope of human right laws and explore whether such discriminatory practices could be sufficiently covered under existing laws of Thailand. However, the results showed that the existing laws were insufficient by classifying this part of results into ๓ findings;

Firstly, the analysis of “ground of discrimination” classified the issue in 4 cases; (1) Grounds of discrimination covered in Thai laws which were broader than international human right laws (2)



Grounds of discrimination covered in Thai laws which were narrower than international human right laws (3) Grounds of discrimination which were argued as ambiguous and the more interpretation was necessary (4) Grounds of discrimination which were not explicitly addressed in international human right laws but were clearly covered by some foreign laws such as “criminal record”.

Secondly, the scope of Thai laws relating to anti-discrimination, although there were specific laws in recent Thai legal system that can be applied to prohibit “Discrimination”, this research indicated that the problems of content, element, and scope of those laws make them inappropriate and insufficient to protect personal from discriminatory practices. The discriminatory practices which have not yet been covered were, for example, discriminatory practices in private sectors including employment, goods and service, discriminatory practices relating to certain grounds such as criminal record, breastfeeding, etc. Furthermore, there are no specific laws to apply in case of “Harassment” and “Hate Speech”.

Thirdly, according to the comparative analysis of foreign laws relating to anti-discrimination, this research developed “Model of Discrimination Law” which comprise 3 models; (1) Providing one comprehensive piece of legislation covering all grounds and areas of discrimination (2) Providing several specific laws for separate grounds and areas of discrimination (3) Providing both one comprehensive law and additional specific laws for certain areas or grounds of discrimination. The results found that currently Thailand was classified into model 2 but the existing laws were not sufficient as discussed.

Consequently, the proposals of this research can be classified in 3 levels;

Firstly, this research suggests the enactment of general law relating to Anti-Discrimination in order to cover grounds and areas of discrimination sufficiently in consistent to international human right laws.

Secondly, this research proposes the amendment of Constitution of Thailand in several issues such as introducing a clear concept of “Direct and Indirect Discrimination”, improving the explicit protection of discriminatory practices in private sector, revising of the term “Unfair discrimination” by using only “Discrimination” and “Differential treatment”, and adding more grounds of discrimination that has not yet been covered.

Thirdly, the research suggests that more researches could be done on specific cases of discrimination. In addition, the study for drafting “Anti-Discrimination Act” as a general law is proposed.

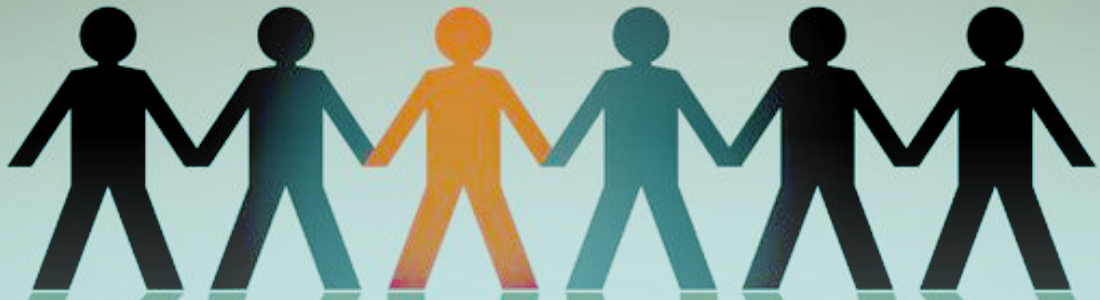
รายการ คำย่อ

CAT	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment	อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี
CEDAW	Convention on the Elimination of Discrimination Against Women	อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ
CERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination	อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ
CRC	Convention on the Rights of the Child	อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก
CRPD	Convention on the Rights of Persons with Disabilities	อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ
ECHR	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms or European Convention on Human Rights	อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน
ECHR	European Court of Human Rights	ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป
HRC	Human Rights Committee	คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม
UDHR	Universal Declaration of Human Rights	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน



สารบัญ

คำนำ	๓
บทคัดย่อ	๔
บทสรุปผู้บริหาร	๖
รายการคำย่อ	๒๑
บทที่ ๑ บทนำ	๒๓
บทที่ ๒ ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาของการเลือกปฏิบัติ	๓๗
บทที่ ๓ กรอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาค	๘๑
บทที่ ๔ วิเคราะห์ประเด็นความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ และการห้ามเลือกปฏิบัติ	๒๐๕
บทที่ ๕ บทสรุปและข้อเสนอแนะ	๕๑๓
บรรณานุกรม	๕๕๑
ภาคผนวก	๕๖๔
▪ กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ	๕๖๔
▪ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)	๕๖๕



บทนำ

GENDER HARASSMENT
DISCRIMINATION
NATIONALITY RELIGION
EQUALITY



บทนำ

๑.๑ ความสำคัญและประเด็นปัญหาของการวิจัย

หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักสำคัญของสิทธิมนุษยชน ซึ่งปรากฏให้เห็นจากตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เริ่มตั้งแต่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. ๑๙๔๘. (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคไว้ว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยเจตนารมณ์แห่งภราดรภาพ” นอกจากนี้ ยังวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพบรรดาที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใด ๆ ...” สำหรับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) ก็ได้วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ...” นอกจากนี้ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้ปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ...” จะเห็นได้ว่าหลักการความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน และการห้ามเลือกปฏิบัติเป็นหลักฐานปรากฏจากตราสารระหว่างประเทศอื่นในกรอบของสหประชาชาติ รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาคและถ่ายทอดไปยังกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ สำหรับประเทศไทยนั้น มีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่มีหลักการดังกล่าว ในระดับกฎหมายภายในของไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมามีหลายฉบับได้รับรองหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม สภาพปัญหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในประเทศไทยนั้น หากพิจารณาในส่วนของการร้องเรียนในกระบวนการทางกฎหมาย พบว่ามีการเรียกร้องสิทธิหรือประเด็นพิพาททางกฎหมายหลายมิติ เช่น คดีของศาลปกครอง คดีของศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับการร้องเรียนในกรอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ก็พบว่ามีคำร้องที่มีประเด็นอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติเป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงและการเรียกร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเสมอภาคในประเทศไทย พบว่าบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิมักจะกล่าวอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติ ทั้งที่หากพิจารณาตามกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแล้ว ข้อเท็จจริงลักษณะนั้นอาจไม่จัดเป็นการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ หากพิจารณากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง จะเห็นได้ว่าหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติถูกนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับอย่างกระจัดกระจาย อีกทั้งขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวยังมีความแตกต่างกันไปอีกด้วย

ดังนั้น งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติในกรอบของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อันจะนำไปสู่การพิจารณากรณีข้อเท็จจริงและกฎหมายที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย ปัจจุบันว่า กรณีใดเป็นการเลือกปฏิบัติและกระทบต่อหลักความเสมอภาคตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

รวมทั้งการจำแนกขอบเขตของการเลือกปฏิบัติในมิติของกฎหมายสิทธิมนุษยชนกับการเลือกปฏิบัติในความหมายของกฎหมายอื่น ซึ่งอาจมีแนวคิดและหลักการที่แตกต่างออกไป นอกจากนั้น จะได้ศึกษาว่ากฎหมายไทยฉบับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติซึ่งมีผลบังคับในปัจจุบันนั้น มีความเหมาะสมและครอบคลุมเพื่อการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติเพียงใด

๑.๒ กรอบแนวคิดการศึกษาวิจัย

ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะเริ่มจากการชี้ให้เห็นความหมายของการเลือกปฏิบัติ อันจะนำไปสู่การกำหนดกรอบแนวคิดการวิจัยต่อไป

๑.๒.๑ ความหมายของการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)

การเลือกปฏิบัติมีความหมายหลายนัย ขึ้นอยู่กับบริบทและมุมมองในการพิจารณา สำหรับในทางสังคมวิทยานั้น นักวิชาการ เช่น Rubin และ Hew stone ได้จำแนกประเภทของการเลือกปฏิบัติ⁴ บนพื้นฐานของทฤษฎีความขัดแย้งเชิงความเป็นจริง (Realistic-Conflict Theory) และทฤษฎีตัวตนทางสังคม (Social-Identity Theory) ดังนี้

๑. การแข่งขันในเชิงรูปธรรม (Realistic Competition) ถูกขับเคลื่อนโดยผลประโยชน์ส่วนบุคคล ซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการได้ทรัพยากรเชิงวัตถุต่าง ๆ เช่น อาหาร สินค้า เขตแดน เพื่อบุคคลในกลุ่ม (The In-group) ดังนั้น การเลือกปฏิบัติเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลอันเป็นสมาชิกในกลุ่มและตัวบุคคลนั้นเองเพื่อให้ได้มาหรือเข้าถึงซึ่งทรัพยากรดังกล่าว
๒. การแข่งขันเชิงสังคม (Social Competition) ถูกขับเคลื่อนโดยความต้องการความภาคภูมิใจ (Self-Esteem) ซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการบรรลุถึงสถานะทางสังคมในเชิงบวกสำหรับบุคคลในกลุ่ม (The In-Group) เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลนอกกลุ่ม (The Out-Group)
๓. การเลือกปฏิบัติด้วยความยินยอม (Consensual Discrimination) ถูกขับเคลื่อนโดยความต้องการความชัดเจน สะท้อนถึงความมั่นคง ความชอบธรรมของการจัดลำดับชั้นในกลุ่ม เช่น การปฏิบัติเป็นพิเศษต่อสมาชิกในกลุ่มที่มีสถานะสูงกว่าสมาชิกอื่น

การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) มิได้เกิดขึ้นเฉพาะกรณีผู้ถูกเลือกปฏิบัติได้รับความเสียหายหรือเป็นฝ่ายไม่ได้รับประโยชน์เท่านั้น ในทางวิชาการแล้ว การเลือกปฏิบัติยังคงเกิดขึ้นแม้ว่าบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติได้รับผลประโยชน์ก็ตาม มีนักวิชาการเสนอให้พิจารณาในเชิงเปรียบเทียบ โดยเน้นลักษณะของการปฏิบัติที่เสียเปรียบ (Disadvantage) กล่าวคือ บุคคลไม่จำเป็นต้องได้รับผลเสียหรือผลร้าย (Harm) โดยแท้จริง จึงจะถือว่าถูกเลือกปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น หากบุคคลตัดสินใจที่จะบริจาคเพื่อช่วยเหลือเด็กกำพร้า แต่ตัดสินใจบริจาคให้เด็กผิวสีน้อยกว่าบนพื้นฐานความคิดการแบ่งแยกสีผิว ดังนั้นก็ถือว่าเกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นแล้ว แม้ว่าเด็กผิวสีนั้นจะได้รับเงินบริจาคก็ตาม⁵

⁴ From “General Comment No. 18 Non-discrimination (Thirty-seventh session, 1989)” Human Rights Committee

⁵ From “General Recommendation No. 14 (Art. 2, para. 1: Definition of discrimination)” Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)



ในแง่ของความหมายทั่วไปทางกฎหมาย Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติ ไว้ว่า “การปฏิบัติใด ๆ ต่อบุคคลหรือกลุ่มคนโดยไม่เท่าเทียมกันและไร้เหตุผล หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ อายุ สัญชาติ หรือศาสนา หรือการปฏิบัติที่แตกต่างเนื่องจากความชอบหรือไม่ชอบที่ปราศจากเหตุผลที่สามารถรับฟังได้”⁶

สำหรับความหมายของการเลือกปฏิบัติในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ มีดังนี้

กติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ใน ข้อ ๒๖ อันมีหลักสำคัญว่า

“บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ”

ความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee, General Comment 18, Non-Discrimination)⁷ ได้มีการอธิบายการเลือกปฏิบัติไว้ว่า การเลือกปฏิบัติตามมาตรา ๒๖ ของ ICCPR ดังกล่าวนั้นหมายถึง

“การเลือกปฏิบัติที่ใช้ใน ICCPR นั้นควรเข้าใจว่ามีนัยถึงความแตกต่างใด ๆ การกีดกัน การจำกัด หรือการปฏิบัติเป็นพิเศษ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน สถานะอื่นใด และมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบ (Purpose or Effect) ในเชิงอุปสรรคหรือเป็นการลดทอนการใช้สิทธิและเสรีภาพทั้งหลายของบุคคลนั้นบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน”

อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination หรือ CERD) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ใน ข้อ ๑ ดังนี้

“ในอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” จะหมายถึง การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่น ๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล”

⁶ From “General Comment No. 20: Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (Art. 2, para. 2,) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESR)

⁷ From “Article 2, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)”

นอกจากนี้ ข้อเสนอแนะทั่วไป (CERD General Recommendation 14)⁸ ได้อธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติตามอนุสัญญา CERD ดังนี้

“การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation of Treatment) จะไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หากพิจารณาเกณฑ์สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของสนธิสัญญาแล้วมีความชอบธรรมหรือตกอยู่ในขอบเขตมาตรา ๑ ย่อหน้า ๔ ของสนธิสัญญานี้ ในการพิจารณาเกณฑ์ดังกล่าว คณะกรรมการยอมรับว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งอาจมีวัตถุประสงค์หลากหลาย ดังนั้น ในการกำหนดว่าการกระทำอันหนึ่งส่งผลขัดแย้งต่อหลักการตามสนธิสัญญานี้ คณะกรรมการจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอันไม่สามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable Desperate Impact) ต่อบุคคลที่ถูกจำแนกความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สัญชาติ ถิ่นกำเนิด”

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women หรือ CEDAW) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ใน ข้อ ๑ ดังนี้

“เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี” จะหมายถึงการแบ่งแยก การกีดกันหรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภคหรือการใช้สิทธิโดยสตรีโดยไม่เลือกสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมืองหรือด้านอื่น ๆ”

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ใน ข้อ ๒ ดังนี้

“รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้ปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ เรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น”

นอกจากนี้ ความเห็นทั่วไป (General Comment)⁹ ได้อธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติในกรอบของ ICESCR ว่า

“การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination) เกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การจ้างงานในสถาบันการศึกษา หรือการสมัครสมาชิกในสหภาพการค้ำนอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็นทางการเมืองของลูกจ้างหรือผู้สมัคร การเลือกปฏิบัติทางตรงรวมถึงการกระทำที่ส่งผลร้ายหรือการละเว้นการกระทำบางอย่างบนพื้นฐานจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ..” ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในกรณีการเลือกปฏิบัติโดยตรงนั้นเห็นได้ชัดเจนจากมาตรการหรือกฎหมายว่ามีเนื้อหาที่กำหนดเงื่อนไขแตกต่างกันสำหรับบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ

⁸ From “Part I, Article 3 (Interpretation) Australian Human Rights Commission Act 1986”

⁹ From “Unlawful Discrimination in New South Wales” Anti-Discrimination Board. Retrieved from: <http://www.lawlink.nsw.gov.au>.



อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities หรือ CRPD) กำหนดความหมายของ “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการ” ไว้ว่า “หมายถึง ความแตกต่าง การกีดกัน หรือการจำกัด บนพื้นฐานของความพิการ ซึ่งมีความมุ่งประสงค์ หรือส่งผลให้เป็นการเสื่อมเสีย หรือทำให้ไร้ผลซึ่งการยอมรับ การอุปถัมภ์หรือการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ความเป็นพลเมืองหรือด้านอื่น รวมถึงการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ รวมทั้งการปฏิเสธการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล”¹⁰

สำหรับความหมายของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายต่างประเทศนั้น มีตัวอย่างเช่น

ประเทศออสเตรเลีย มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในระดับสหพันธรัฐ คือ **พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act 1986)** ซึ่งนิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ไว้โดยมีหลักสำคัญว่า¹¹ “...ความแตกต่าง การกีดกัน หรือการปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษใด ๆ ซึ่งกระทำขึ้นบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ขาดิกำเนิดหรือต้นกำเนิดทางสังคม ซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคหรือทำให้เสียไปซึ่งความเท่าเทียมกันในโอกาสหรือการปฏิบัติในการจ้างงานหรืออาชีพ...” นอกจากนั้น ยังมีกฎหมายระดับมลรัฐ ซึ่งหลายมลรัฐกำหนดนิยามการเลือกปฏิบัติไว้ เช่น มลรัฐ New South Wales คณะกรรมการต่อต้านการเลือกปฏิบัติได้อธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้ว่า “...การกระทำต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดอย่างไม่เป็นธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นมีลักษณะที่ต่างกับบุคคลทั่วไป...”¹²

กรณีของประเทศแคนาดา **รัฐธรรมนูญแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms)** วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน (Equality Rights) และการห้ามเลือกปฏิบัติ ไว้ว่า “บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ขาดิพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต” สำหรับในระดับมลรัฐนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ New Brunswick ได้ให้นิยามความหมายว่า “การกระทำใด ๆ ไม่ว่าด้วยเจตนาหรือไม่ก็ตาม ซึ่งมีผลทำให้บุคคลหรือกลุ่มคนใดต้องถูกจำกัดโอกาสที่บุคคลพึงจะได้รับ เนื่องมาจากเหตุลักษณะเฉพาะของบุคคลนั้น อาทิ เรื่องเชื้อชาติ หรือเรื่องสีผิว”¹³

อย่างไรก็ตาม กฎหมายบางประเทศแม้ว่าวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติโดยกล่าวถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ แต่ก็มิได้กำหนดนิยามของการเลือกปฏิบัติไว้ เช่น รัฐธรรมนูญอินเดีย วางหลักว่า “รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเพียงเพราะเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เพศ สถานที่เกิด”

สำหรับงานวิจัยนี้มีขอบเขตการศึกษาจำกัดเฉพาะการเลือกปฏิบัติในกรอบความหมายของกฎหมายสิทธิมนุษยชน

¹⁰ From “Equality Rights Definition” The New Brunswick Human Rights Commission (April 3, 2000) Retrieved from http://www.gov.nb.ca/hrc-cdp/e/el_defini.html

¹¹ Article 2, International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

¹² Article 2, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)

¹³ Article 1, Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)

๑.๒.๒ การเลือกปฏิบัติตามกรอบกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ

การห้ามเลือกปฏิบัติเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญอันปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาหลายฉบับ โดยในปัจจุบันประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจำนวน ๗ ฉบับ ได้แก่

- ☛ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR)
- ☛ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR)
- ☛ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women – CEDAW)
- ☛ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child – CRC)
- ☛ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – CERD)
- ☛ อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – CAT)
- ☛ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities – CRPD)

นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศในกรอบของสหประชาชาติดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในระดับภูมิภาคยังปรากฏหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติในกฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาค เช่น อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Rights) กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชน (The African Charter on Human and People's Rights) เป็นต้น

เมื่อพิจารณาในระดับกฎหมายต่างประเทศพบว่า หลายประเทศมีการกำหนดกฎหมายภายในที่คุ้มครองบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติโดยอาจเรียกว่า กฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Law) หรือกฎหมายความเท่าเทียมกัน (Equality Law) เช่น ออสเตรเลีย แคนาดา แอฟริกาใต้ ฟินแลนด์ สวีเดน สิงคโปร์ มีการกำหนดกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Law) โดยมีรูปแบบและลักษณะของกฎหมายที่แตกต่างกันไป

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การห้ามเลือกปฏิบัติมีส่วนสัมพันธ์กับการส่งเสริมหลักความเท่าเทียมกัน โดยการเลือกปฏิบัติยังอาจจำแนกเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม สำหรับการเลือกปฏิบัติโดยตรงนั้นเป็นการพิจารณาถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลในสถานะหรือเงื่อนไขที่เหมือนกัน ซึ่งมักพบในกรณีของการไม่ให้สิทธิบางประการกับบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มด้วยเหตุที่บุคคลนั้นจัดอยู่ในกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ในกรณีภาครัฐ เช่น การตรากฎหมายจำกัดสิทธิบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ กรณีการกระทำของภาคเอกชน เช่น การที่นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หรือการกระทำของภาคเอกชนที่ปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้ากับบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การเลือกปฏิบัติโดยตรงนี้จะเห็นได้จากการปฏิบัติที่มีวัตถุประสงค์เห็นได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันสะท้อนจากลักษณะหรือ



รูปแบบของการปฏิบัติที่มีความแตกต่างกันระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ยังมีกรณีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ซึ่งเป็นกรณีที่แม้การปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์นั้นมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) แต่ส่งผลกระทบต่อ (Impact) ในทางลบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศได้กำหนดนิยามและขอบเขตของการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมแตกต่างกันไป

ด้วยเหตุนี้ จึงนำมาสู่ปัญหาที่ควรศึกษาวิจัยว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมีสภาพปัญหาของการเลือกปฏิบัติในด้านต่าง ๆ อย่างไรบ้าง มาตรการทางกฎหมายที่เป็นอยู่มีความเหมาะสมเพียงพอและสอดคล้องกับหลักการสากลของสนธิสัญญาฉบับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องหรือไม่ ประเทศไทยควรมีการออกกฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติที่เป็นองค์รวมหรือเป็นกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติหรือประเด็นต่าง ๆ หรือไม่ โดยควรทำการศึกษาวินิจฉัยกฎหมายต่างประเทศเพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยในเรื่องดังกล่าวด้วย

๑.๒.๓ กรอบแนวคิดการวิจัย (Conceptual Framework)

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคเป็นหลักสำคัญซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องต่างรับรองไว้ ทั้งนี้ เพื่อบรรลุถึงหลักดังกล่าวกฎหมายจึงต้องจัดหรือป้องกันพฤติกรรมบางอย่างซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน ซึ่งได้แก่ การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างสิ่งที่เหมือนกัน หรือการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อสิ่งที่ต่างกัน รวมทั้งการปฏิบัติที่เหมือนกันแต่ส่งผลให้เกิดความเสียเปรียบต่อบุคคลบางกลุ่ม การปฏิบัติเหล่านี้อาจเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ” ทั้งนี้ หากการปฏิบัติที่แตกต่างนั้น มีลักษณะที่สัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Ground of Discrimination) ต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเหตุเหล่านั้นมีความเกี่ยวข้องกับคุณลักษณะเฉพาะของกลุ่มบุคคลในสังคม ซึ่งมักเป็นกลุ่มที่มีความเปราะบางหรือมีประสบการณ์ที่ถูกกีดกัน ถูกผลักให้เป็นกลุ่มชายขอบ (Marginalized Group) โดยการเลือกปฏิบัติอาจเกิดขึ้นในมิติต่าง ๆ ของการดำเนินชีวิตในสังคม เช่น การเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานและการประกอบอาชีพ การเลือกปฏิบัติในมิติของการบริการภาครัฐหรือภาคเอกชน เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จะเห็นได้ว่าหลักการห้ามเลือกปฏิบัติจะนำไปสู่ความเท่าเทียมกันในท้ายที่สุด สำหรับการศึกษาวินิจฉัยหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในงานวิจัยนี้ จึงนำปัจจัยสองประการซึ่งมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันมากำหนดกรอบแนวคิดการวิจัย ได้แก่

๑) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination, Protected Ground)

การปฏิบัติที่แตกต่างกันจะจัดเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อการปฏิบัตินั้นเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศพบว่า เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมีการระบุไว้ เช่น

- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”¹⁴
- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”¹⁵

¹⁴ Article 2, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

¹⁵ From “CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination” UN Human Rights Committee (HRC), November 10, 1989

- อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือชาติกำเนิด หรือเผ่าพันธุ์กำเนิด”¹⁶
- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะกรณี “ความพิการ”¹⁷

นอกจากนี้ ในระดับกฎหมายภายในประเทศ ก็ได้มีการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

สำหรับกฎหมายไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ...”

ดังนั้น ในเบื้องต้นอาจชี้ให้เห็นได้ว่า ปัจจัยประการแรกที่จะนำมาใช้ในส่วนของการอภิปรายก็คือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งประกอบด้วยเหตุต่าง ๆ เช่น เชื้อชาติ เชื้อสาย ชาติกำเนิด เผ่าพันธุ์กำเนิด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม สีผิว เพศ รสนิยมทางเพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ความพิการ ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น เป็นต้น

๒) มิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination , Area Covered)

การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอาจเกี่ยวข้องกับประเด็นต่าง ๆ หรือเรียกได้ว่าเกิดขึ้นในมิติต่าง ๆ ของบุคคลในการดำเนินชีวิต เช่น การทำงาน การศึกษา การจ้างงาน บริการภาครัฐ การประกอบธุรกิจ การประกอบวิชาชีพ การเป็นสมาชิกองค์กร สินค้าและบริการในภาคเอกชน การประชุมสัมมนา กิจกรรมสาธารณะ เป็นต้น จะเห็นได้ว่ามิติของการเลือกปฏิบัติอาจมีความเกี่ยวข้องกับทั้งภาครัฐและภาคเอกชน

เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยทั้งสองประการแล้วทำให้สามารถจำแนกสภาพปัญหาได้หลายประการ เช่น

- การเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างงานและการประกอบอาชีพ อาจเกี่ยวข้องกับสภาพปัญหา เช่น การไม่รับบุคคลที่ติดเชื้อ HIV เข้าทำงาน การกำหนดคุณสมบัติด้านความพิการของบุคคล การเลือกปฏิบัติในการดำเนินการขั้นตอนต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน เช่น การสรรหา (Recruitment) การคัดเลือก (Selection) การเลือกปฏิบัติโดยไม่จ้างบุคคลด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา เช่น การไม่รับผู้หญิงที่นับถือศาสนาอิสลามเข้าทำงาน การล่วงละเมิดทางเพศในบริบทหรือสภาพแวดล้อมของการทำงาน (Sexual Harassment) ที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศประการหนึ่ง
- การเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับการศึกษาและฝึกอบรม อาจเกี่ยวข้องกับสภาพปัญหา เช่น การปฏิเสธไม่รับบุคคลเข้าศึกษาด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ สภาพร่างกาย ความพิการ ฯลฯ

¹⁶ From “Sandra Lovelace v. Canada” Communication No. 24/1977: Canada 30/07/81, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977)

¹⁷ From “Brooks v. The Netherlands” (UN Doc CCPR/C/29/D/172/1984)



- ในมิติของบริการสาธารณะและบริการสังคม การเข้าถึงสินค้าและ/หรือบริการ จากผู้ประกอบการ เอกชน นอกจากการเลือกปฏิบัติในมิติของการเข้าถึงบริการสาธารณะที่จัดทำโดยภาครัฐแล้ว ยังปรากฏว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยภาคเอกชนซึ่งเป็นผู้ประกอบการสินค้าและ/หรือบริการ โดย เหตุการณ์เลือกปฏิบัติอาจเกี่ยวข้องกับเหตุที่กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายประเทศต่าง ๆ คุ่มครอง เช่น การปฏิเสธให้บริการด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เป็นต้น ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทย ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองในประเด็นนี้โดยเฉพาะแต่อย่างใด นอกจากนี้ ยังมีกรณีการปฏิบัติที่ “มีลักษณะกีดกัน” หรือ “ทำให้เกิดความพึงพอใจน้อยกว่าคนอื่น” (Less Favorable Treatment) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การปฏิบัติต่อผู้อื่นด้วยคำพูดหรือการสื่อสาร ซึ่งทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ด้วยเหตุต่าง ๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา

ปัจจัยทั้ง ๒ ดังกล่าวข้างต้น จะได้นำมาใช้ในการจำแนกวิเคราะห์สภาพปัญหาและข้อเท็จจริง เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อไป โดยอาจสรุปความสัมพันธ์ของปัจจัยทั้ง ๒ ตามแผนภาพต่อไปนี้



จากกรอบแนวคิดความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยด้านเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และมิติของการเลือกปฏิบัติ จะเห็นได้ว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction / Differentiation) เกิดขึ้น และนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาวิเคราะห์ภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยปัจจัยทั้งสองดังกล่าวนั้น จะทำให้สามารถจำแนกว่ากรณีใดเป็นกรณีของการเลือกปฏิบัติโดยตรง หรือการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม หรืออาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ การวิจัยนี้ขยายกรอบแนวคิดดังกล่าวออกไปอีก เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศยังได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อพิจารณาว่าการปฏิบัตินั้นเป็นเพียงการปฏิบัติแตกต่างกันอันสามารถทำได้ หรือเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดต่อกฎหมาย โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีตัวอย่างเช่น หลักขอบแห่งดุลพินิจ (Margin of Appreciation) การชั่งน้ำหนักกับผลประโยชน์อื่น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) เป็นต้น

เมื่อพิจารณาตามกรอบแนวคิดที่ขยายความออกมานี้ ทำให้สามารถจำแนกสภาพข้อเท็จจริงหรือการปฏิบัติที่มีปัญหาวouldจะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่นั้น ได้ ๒ กรณี คือ

๑

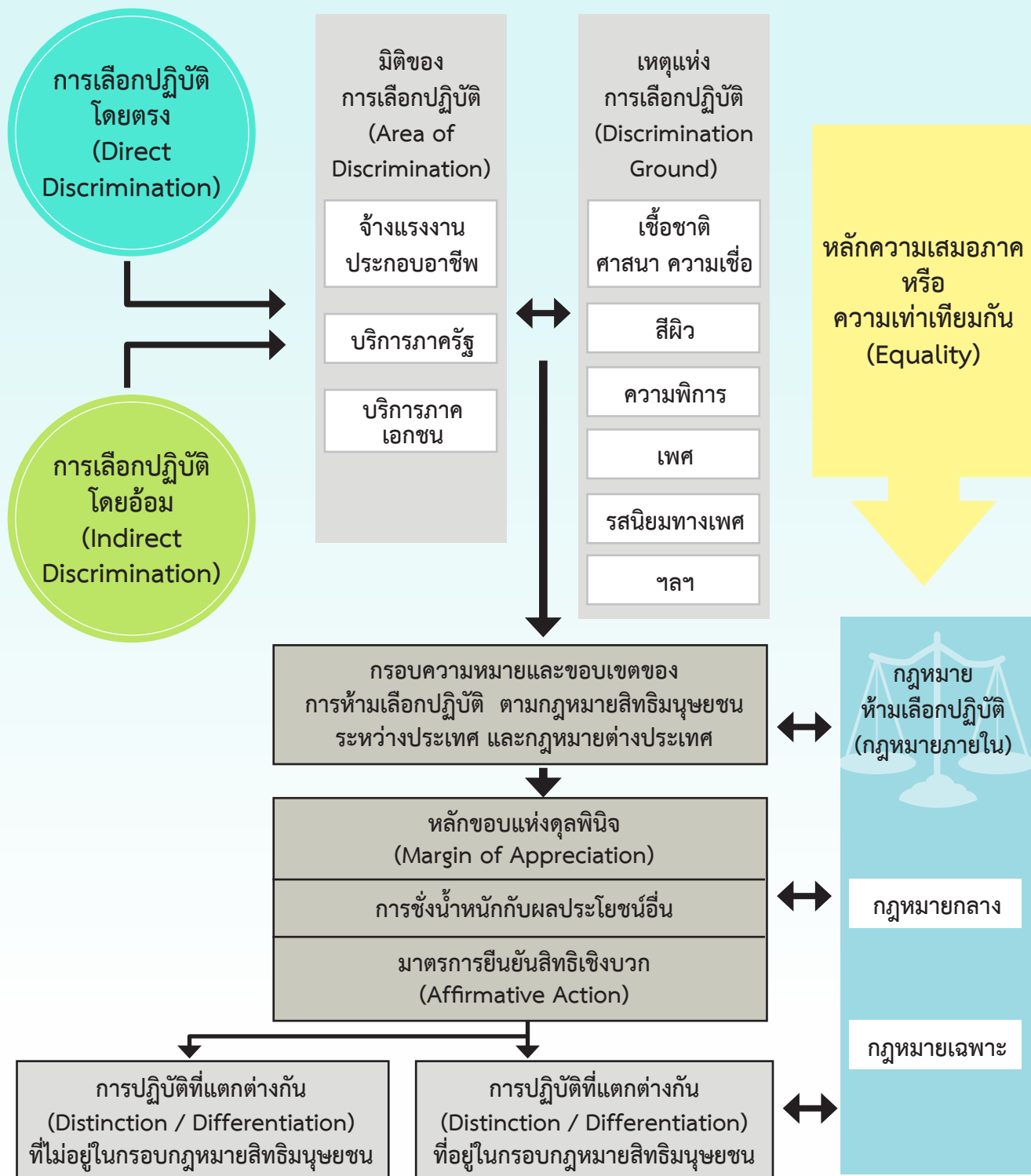
การปฏิบัตินั้นเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่ยังไม่เข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

๒

การปฏิบัตินั้นเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน และเข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งโดยหลักแล้ว การปฏิบัติที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) นี้ จัดเป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน

ด้วยเหตุนี้ ประเด็นปัญหาสำคัญอันจะทำการศึกษาต่อไปก็คือ เมื่อมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันขัดต่อหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว กฎหมายภายในของประเทศไทยมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติแตกต่างกัน ซึ่งถือเป็น “การเลือกปฏิบัติ” อย่างไรบ้าง รวมทั้งเกิดประเด็นคำถามสำหรับการวิจัยนี้อีกหลายประเด็น เช่น กฎหมายที่มีผลบังคับอยู่ในปัจจุบันมีความเหมาะสมและเพียงพอแล้วหรือไม่กับการนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างอันจัดอยู่ในความหมายของการเลือกปฏิบัติ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ บุคคลนั้นไม่ได้รับความเสมอภาคหรือเท่าเทียมกันนั่นเอง โดยสามารถจำแนกศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นในมิติต่าง ๆ ของการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ ยังมีประเด็นเกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติและส่งเสริมหลักความเท่าเทียมกันในประเทศต่าง ๆ ว่ามีรูปแบบ ลักษณะ องค์ประกอบ อย่างไร และกฎหมายไทยที่มีผลบังคับใช้อยู่ในขณะนี้ จัดอยู่ในรูปแบบใด และควรมีการปรับปรุงพัฒนาอย่างไรหรือไม่

จากกรอบแนวคิดการวิจัยดังกล่าวข้างต้น อาจนำมาสร้างกรอบการศึกษาภายใต้ปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังจะเห็นได้จากแผนภาพดังต่อไปนี้



จากกรอบแนวคิดการวิจัยดังกล่าว งานวิจัยนี้จึงจะเริ่มจากการศึกษาหลักการ แนวคิด และขอบเขตความหมายของหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จากนั้นจึงศึกษากรณีเฉพาะเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ และในมิติต่าง ๆ เป็นลำดับต่อไป โดยการศึกษาวิจัยจะมีโครงสร้างแบ่งออกเป็น ๒ ส่วน ดังนี้

ส่วนแรก ศึกษาแนวคิด ความหมาย ของการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน โดยจำแนกประเด็นศึกษาย่อย ๆ ดังนี้

- ศึกษาลักษณะและความหมายของการเลือกปฏิบัติ ทั้งการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม
- ศึกษาหลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย
- ศึกษาการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายไทยปัจจุบันเปรียบเทียบกับกรอบการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อชี้ให้เห็นการเลือกปฏิบัติที่สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และการเลือกปฏิบัติในความหมายที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”
- ศึกษาหลักความเท่าเทียมกันหรือหลักความเสมอภาค (Principle of Equality)
- ศึกษามาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action)
- ศึกษาขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ
- ศึกษารูปแบบของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ เพื่อเป็นตัวแบบ (Model) ในการนำเสนอข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อไป

ส่วนที่สอง ศึกษาสภาพข้อเท็จจริงและประเด็นปัญหาการเลือกปฏิบัติ จากคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาพข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการสัมภาษณ์ ประชุมกลุ่มย่อย รับฟังความคิดเห็น โดยจำแนกประเด็นวิเคราะห์ตามสภาพปัญหากรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เช่น การเลือกปฏิบัติในกรณีบริการภาครัฐ กรณีการให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding) การเลือกปฏิบัติในมิติของบริการภาครัฐกรณีการศึกษา การเลือกปฏิบัติในกรณีการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) การคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน การเลือกปฏิบัติในด้านสินค้าและบริการ การเลือกปฏิบัติด้านสินค้าและบริการต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) กับการใช้ห้องน้ำสาธารณะ กรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ กรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุตาบอดสี กรณีการเลือกปฏิบัติในมิติการเกณฑ์ทหาร เป็นต้น

การศึกษาในส่วนแรก จะทำให้เกิดความเข้าใจแนวคิด ความหมาย ขอบเขต ของการเลือกปฏิบัติ ในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการจำแนกการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนกับการเลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายอื่นหรือในมิติอื่น การศึกษาในส่วนที่สองเป็นการชี้ให้เห็นการปรับใช้หลักกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ อันทำให้เห็นว่ากฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันครอบคลุมการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศเพียงใด อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาในเบื้องต้นว่า เนื่องจากการวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการศึกษาภาพรวมของปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันหรือหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติในประเทศไทย โดยมิได้มุ่งศึกษาเฉพาะกรณีปัญหากรณีใดกรณีหนึ่ง ดังนั้น ในส่วนที่สอง จึงเป็นเพียงการหยิบยกประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการสำรวจ ศึกษา และการเก็บข้อมูลโดยการสัมภาษณ์ จัดกลุ่มสนทนา รับฟังความคิดเห็น มาวิเคราะห์ภายใต้กรอบแนวคิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน เพื่อสะท้อนให้เห็นปัญหาในภาพรวมว่า ภายใต้กฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น การคุ้มครองความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติเพียงพอและครอบคลุมแล้วหรือไม่ เพียงใด อันจะนำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อไป



๑.๓

ระเบียบวิธีการศึกษาวิจัย

วิธีการดำเนินการวิจัย (Research Methodology) สำหรับงานวิจัยนี้ ใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative) โดยวิธีการทบทวนวรรณกรรม วิเคราะห์ สังเคราะห์ โดยมีการศึกษาเชิงเปรียบเทียบ (Comparative Analysis) กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง ในประเด็นความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติ ทั้งในส่วนของสภาพการเลือกปฏิบัติ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ประเด็นการเลือกปฏิบัติ

๑.๔

ขอบเขต ขั้นตอน และวิธีการดำเนินการวิจัย

๑.๔.๑ รวบรวม ศึกษา วิเคราะห์กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ กรอบแนวคิด ความเห็นทั่วไป ข้อเสนอแนะต่าง ๆ ของกลไกด้านสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ โดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis)

๑.๔.๒ รวบรวม ศึกษา วิเคราะห์กฎหมาย เกี่ยวกับความเสมอภาค (Equality) และการไม่เลือกปฏิบัติ (Non – Discrimination) ของต่างประเทศ โดยเลือกกฎหมายจากทั้งในประเทศที่อยู่ในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) และระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) เช่น กฎหมายกลุ่มสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร กฎหมายสหรัฐอเมริกา กฎหมายแคนาดา กฎหมายออสเตรเลีย กฎหมายประเทศสวีเดน กฎหมายประเทศฟินแลนด์ รวมทั้งกฎหมายกลุ่มประเทศในเอเชีย เช่น สิงคโปร์ มาเลเซีย โดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis)

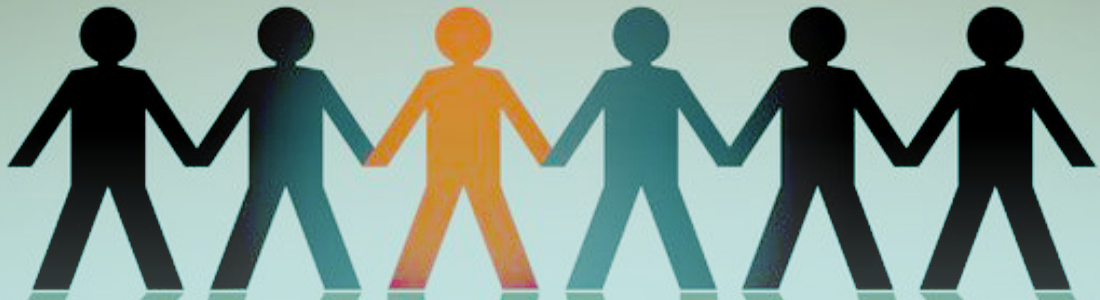
๑.๔.๓ ศึกษา รวบรวม วิเคราะห์สภาพปัญหาข้อเท็จจริงของการเลือกปฏิบัติ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ประเด็นหรือมิติของการเลือกปฏิบัติในต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกรณีของไทย

๑.๔.๔ ศึกษาข้อมูลคำร้องและรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นความเสมอภาค (Equality) และการไม่เลือกปฏิบัติ (Non – Discrimination) เพื่อให้ได้มาซึ่งสภาพข้อเท็จจริงและปัญหาการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ

๑.๔.๕ จัดให้มีการรับฟังความเห็นผู้เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ผู้แทนของกลุ่มที่อาจถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องต่าง ๆ ตามที่กำหนดในกฎหมายไทย ผู้แทนของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ผู้แทนของหน่วยงานภาคเอกชน ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การสัมภาษณ์ หรือการจัดประชุมกลุ่มย่อย หรือการจัดเวทีรับฟังความคิดเห็น เป็นต้น เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริง สภาพปัญหาการเลือกปฏิบัติในด้านต่าง ๆ

๑.๔.๖ นำผลการศึกษาเกี่ยวกับสภาพปัญหา ข้อเท็จจริง ประเด็นการเลือกปฏิบัติในด้านต่าง ๆ รวมทั้งปัญหาต่าง ๆ จากการรับฟังความคิดเห็น มาวิเคราะห์กับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) พร้อมทั้งการวิเคราะห์เปรียบเทียบ (Comparative Analysis) กฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมาย โดยเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายกลางว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติในประเทศไทย หรือข้อเสนอในระดับการจัดให้มีมาตรฐาน และ/หรือแนวทางปฏิบัติอื่น ๆ

๑.๔.๗ จัดเวทีร่วมกับสำนักงาน กสม. เพื่อให้ความรู้ผลการศึกษาวิจัย เรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ โดยผู้เข้าร่วมประกอบด้วยเจ้าหน้าที่สำนักงาน กสม. และหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง



๒

ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหา
ของการเลือกปฏิบัติ

GENDER HARASSMENT
DISCRIMINATION
NATIONALITY RELIGION
EQUALITY



๒

ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาของการเลือกปฏิบัติ

ในบทนี้จะชี้ให้เห็นสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในประเด็นต่าง ๆ ซึ่งแยกพิจารณาเป็น ๒ ส่วน คือ

▶ ส่วนแรก

หัวข้อ ๒.๑ ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาการเลือกปฏิบัติจากคำร้องและรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

▶ ส่วนที่สอง

หัวข้อ ๒.๒ ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาการเลือกปฏิบัติจากการรับฟังความคิดเห็น / การสัมภาษณ์เชิงลึก / การประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group)

๒.๑ ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาของการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ : ศึกษาข้อมูลคำร้องและรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ในส่วนนี้จะได้ชี้ให้เห็นสภาพปัญหาตามคำร้องที่มีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ที่ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

๑

คำร้องที่ ๗๓๗/๒๕๕๓: กรณีสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนกำหนดปรับปรุงตำแหน่งของบุคลากรทางสาธารณสุขไม่เท่าเทียมกัน

ผู้ร้องอ้างว่า สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ได้มีหนังสือพิจารณาปรับปรุงการกำหนดตำแหน่งต่าง ๆ ในโรงพยาบาลศูนย์ โรงพยาบาลทั่วไป และโรงพยาบาลชุมชน โดยการปรับปรุงตำแหน่งเป็นระดับที่สูงขึ้นให้นำตำแหน่งว่างมาอุปรวม ซึ่งแตกต่างจากสายงานแพทย์ที่ไม่ต้องนำตำแหน่งว่างมาอุปรวม เป็นการเลือกปฏิบัติหรือเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ร้องกับพวก

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ได้พิจารณาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องร้องเรียนนี้โดยตลอดแล้วเห็นว่า (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑/๒๕๕๕) การที่สำนักงาน ก.พ. ได้อนุมัติในหลักการโดยให้ปรับปรุงการกำหนดตำแหน่งต่าง ๆ ในโรงพยาบาลศูนย์ โรงพยาบาลทั่วไป และโรงพยาบาลชุมชน โดยมีหลักการว่า การกำหนดตำแหน่งที่มีผลทำให้ค่าใช้จ่ายด้านบุคลากรของส่วนราชการเพิ่มขึ้น ให้ส่วนราชการนำตำแหน่งว่างที่มีเงินมาอุปรวม โดยคำนวณจากค่าตอบแทนเฉลี่ยของตำแหน่งที่นำมาอุปรวมจะต้องครอบคลุมค่าตอบแทนเฉลี่ยที่เพิ่มสูงขึ้นจากการกำหนดตำแหน่งนั้น เพื่อควบคุมค่าใช้จ่ายด้านบุคคลไม่ให้เพิ่มสูงขึ้น ดังเช่นโรงพยาบาลชุมชนจำนวน ๗๗๗ แห่ง มีผู้ที่ได้ปรับตำแหน่งเป็นหัวหน้าพยาบาล (พยาบาลวิชาชีพ ๘ วช.) จำนวน ๓๗๗ คน คงเหลือหัวหน้าพยาบาลผู้ที่ยังไม่ได้ปรับตำแหน่งอีก ๓๖๐ คน ซึ่งติดขัดในหลักการดังกล่าว

และต่อมา สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขได้มีหนังสือขอยกเว้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวในตำแหน่งสายงานแพทย์ และทันตแพทย์ โดยขอให้การกำหนดตำแหน่งสูงขึ้นของทั้งสองตำแหน่งนี้เป็นระดับเชี่ยวชาญโดยไม่ต้องนำตำแหน่งว่างมายุบรวม ซึ่งสำนักงาน ก.พ.อนุมัติตามที่สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขขอเฉพาะตำแหน่งสายงานแพทย์ ทำให้ตำแหน่งสายงานแพทย์ที่ไม่ต้องนำตำแหน่งว่างมายุบรวมนั้น **เป็นกรณีที่สำนักงาน ก.พ. ปฏิบัติต่อบุคลากรตำแหน่งสายงานอื่นที่ทำหน้าที่ให้บริการสาธารณสุขโดยไม่เป็นธรรม** โดยเฉพาะระหว่างบุคลากรที่มีสถานะเป็นแพทย์ กับบุคลากรที่มีสถานะอื่น คือ ทันตแพทย์ เภสัชกร พยาบาลวิชาชีพ นักรังสีการแพทย์ นักเทคนิคการแพทย์ นักวิทยาศาสตร์การแพทย์ นักกายภาพบำบัด นักกิจกรรมบำบัด นักเวชศาสตร์การสื่อความหมาย นักจิตวิทยา นักจิตวิทยาคลินิก และนักวิชาการสาธารณสุข ทำให้ผู้ร้องกับพวกได้รับผลกระทบในเรื่องความก้าวหน้าในสายงานพยาบาล ทั้งที่เป็นบุคลากรตำแหน่งสายงานที่ทำหน้าที่ให้บริการสาธารณสุขเช่นเดียวกัน โดยที่สายงานพยาบาลมิได้ประสงค์ที่จะต้องเป็นระดับเชี่ยวชาญทุกคนดังเช่นสายงานแพทย์ เพียงเพื่อให้พิจารณาปรับตำแหน่งหัวหน้าพยาบาล (พยาบาลวิชาชีพ ๘ วช.) ในส่วนที่ยังมิได้ดำเนินการในเรื่องโรงพยาบาลชุมชนซึ่งมีเพียงโรงพยาบาลละ ๑ ตำแหน่ง ให้ครบถ้วนเท่านั้น นอกจากนี้ การที่สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขได้มีหนังสือขอให้ส่วนราชการในสังกัดระงับการใช้ตำแหน่งว่าง เพื่อนำตำแหน่งว่างดังกล่าวมาใช้บรรจุแต่งตั้งนักเรียนทุนของรัฐบาลในสายงานแพทย์ และทันตแพทย์ **เป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคลากรตำแหน่งสายงานอื่นที่ทำหน้าที่ให้บริการสาธารณสุข**

๒

คำร้องที่ ๔๘๗/๒๕๕๔: กรณีคำสาบานตนก่อนเบิกความในศาลของแต่ละศาสนามีความแตกต่างกัน

ผู้ร้องอ้างว่า การสาบานตนก่อนเบิกความตามข้อความในแบบพิมพ์ของศาล ซึ่งให้ผู้ร้องสาบานว่า “หากข้าพเจ้า (พยาน) เอาความเท็จมากล่าวอ้างแม้แต่น้อย ขอยืนยันตายและความวิบัติทั้งปวงจงเกิดแก่ข้าพเจ้า (พยาน) และครอบครัว (พยาน) โดยพลัน” เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลในครอบครัว ขัดต่อบทบัญญัติมาตรา ๓๕ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม พิจารณาข้อเท็จจริงประกอบกับหลักกฎหมาย เช่น รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๑๒ วรรคหนึ่ง และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๗๑ แล้วเห็นว่า จากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ผู้ที่จะให้การต่อศาลต้องกล่าวคำสาบานตนหรือคำปฏิญาณก่อนเบิกความ หากไม่ปฏิบัติตามต้องได้รับโทษตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ ซึ่งในการกล่าวคำสาบานหรือคำปฏิญาณจะเป็นไปตามลัทธิทางศาสนาหรือจารีตประเพณีที่แต่ละคนนับถือ และเป็นเรื่องความน่าเชื่อถือของพยาน ซึ่งศาลได้กำหนดรูปแบบตัวอย่างคำสาบานของแต่ละศาสนาเพื่อความสะดวกคณะอนุกรรมการฯ มีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในภาพรวมต่อสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง และกรมพระธรรมนูญ เพื่อพิจารณาถึงรูปแบบและแนวทางการปฏิบัติที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพื่อให้เกิดความเป็นระบบในทุกชั้นศาลและเพื่อความเป็นสากล โดยควรที่จะเป็นการเฉพาะตัวของบุคคลที่กล่าวคำสาบาน ซึ่งไม่ควรมีการอ้างถึงครอบครัวในทุกศาสนา เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา ๓๐ และ ๓๕ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีมติเห็นด้วยกับความเห็นและข้อเสนอแนะเชิงนโยบายของคณะอนุกรรมการฯ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๖๔๗/๒๕๕๕)



คำร้องที่ ๗๒/๒๕๕๔: กรณีคนพิการไม่ได้รับสิทธิให้เข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน

ผู้ร้องอ้างว่า ผู้ร้องเป็นคนพิการทางสายตา ต่อมา ได้ซื้อที่ดินแปลงหนึ่งซึ่งเป็นที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม แต่เจ้าของเดิมยังไม่ได้ดำเนินการขอกเอกสารสิทธิให้เข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน (ส.ป.ก.) ผู้ร้องจึงไปดำเนินการเพื่อขอกเอกสารสิทธิ โดยเจ้าหน้าที่สำนักงานการปฏิรูปที่ดินจังหวัดตราดแจ้งว่าไม่สามารถใช้ชื่อผู้ร้องเป็นเจ้าของที่ดิน ส.ป.ก. ได้ เนื่องจากระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเกษตรกร ซึ่งจะมีสิทธิได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๓๕ กำหนดไว้ว่า ผู้ที่มีสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ส.ป.ก. จะต้องเป็นผู้มีร่างกายสมบูรณ์ ผู้ร้องเห็นว่า ตนสามารถทำการเกษตรได้ ระเบียบดังกล่าวเป็นระเบียบที่จำกัดสิทธิ

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม พิจารณาข้อเท็จจริงประกอบหลักกฎหมาย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๔ มาตรา ๑๕ และมาตรา ๒๐ รวมทั้งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๒ (๑) และข้อ ๗ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๒๖ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ข้อ ๒ และ ข้อ ๕ แล้วเห็นว่า ระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเกษตรกร ซึ่งจะมีสิทธิได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๓๕ ข้อ ๖ (๔) กำหนดไว้ว่า ผู้ที่มีสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ส.ป.ก. จะต้องเป็นผู้มีร่างกายสมบูรณ์ โดยเจ้าหน้าที่สำนักงานการปฏิรูปที่ดินจังหวัดตราดตีความหมายรวมถึงคนพิการทุกประเภท **ซึ่งการตีความดังกล่าวเป็นการตีความอย่างแคบ ทำให้ผู้ร้องถูกจำกัดสิทธิและเสียสิทธิ**ในการเข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน ทั้งที่ผู้ร้องยังมิได้มีการยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณา เนื่องจากในการประกอบอาชีพเกษตรกรรม บุคคลที่สามารถประกอบอาชีพเกษตรกรรมได้ ควรพิจารณาในเรื่องของความสามารถในการประกอบอาชีพเป็นหลักมากกว่าการพิจารณาจากสภาพร่างกายของบุคคล โดยกรณีของคนพิการที่เป็นเกษตรกร ถึงแม้ว่าจะมีความผิดปกติหรือบกพร่องทางด้านร่างกาย แต่หากยังมีความสามารถในการประกอบเกษตรกรรมได้ และเป็นเกษตรกรตามระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเกษตรกร ซึ่งจะมีสิทธิได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๓๕ ดังนั้น ในการให้คำจำกัดความตามระเบียบดังกล่าวข้อ ๖ (๔) คำว่า “มีร่างกายสมบูรณ์” ควรมีการกำหนดความหมายและแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน เพื่อมิให้เป็นการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการตีความข้อกฎหมายและทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกัน

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมว่า สมควรให้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหรือพิจารณาทบทวนระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเกษตรกร ซึ่งจะมีสิทธิได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๓๕ ข้อ ๖ (๔) เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๔ มาตรา ๑๕ และมาตรา ๒๐ รวมทั้งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๒ (๑) และข้อ ๗ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๒๖ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ข้อ ๒ และ ข้อ ๕ ในการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความพิการ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๒/๒๕๕๕)

๔

คำร้องที่ ๔๕/๒๕๕๕: กรณีบริษัทเอกชนคัดตัวพนักงานหญิง

ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า บริษัทเอกชนแห่งหนึ่งได้สั่งให้พนักงานซึ่งมีเครื่องตรวจสแกน ทำการตรวจค้นร่างกาย พนักงานหญิงช่างขัด-ชุบจิวเวลรี จำนวน ๔ คน เนื่องจากมีเหตุสงสัยว่าทรัพย์สินของบริษัทสูญหาย โดยตรวจค้นเป็นรายบุคคลในห้องน้ำ พนักงานถูกบังคับให้ถอดเสื้อผ้าออกทั้งหมด และทำการตรวจค้นโดยละเอียด เป็นเหตุให้ได้รับความอับอาย ผลการตรวจค้นดังกล่าวไม่พบว่าพนักงานคนใดขโมยทรัพย์สินของทางบริษัทตามเหตุที่สงสัยแต่อย่างใด ผู้ร้องเห็นว่าการกระทำดังกล่าวของทางบริษัท เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของพนักงาน ขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้ว เห็นว่าเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิสตรีเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในเกียรติยศ ชื่อเสียง อันเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการฯ ที่จะตรวจสอบได้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ และมาตรา ๑๕

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล ได้ทำการตรวจสอบข้อเท็จจริง ดังนี้ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๙๖/๒๕๕๖)

๑) พบว่าพนักงานในแผนกขัด-ชุบ จิวเวลรี ของบริษัท เป็นหญิงล้วน ซึ่งในช่วงที่ผ่านมาพนักงานเคยถูกตรวจค้นร่างกายดังกล่าวมาแล้ว ๒ ครั้ง คือ ในช่วงเดือนมกราคม ๒๕๕๕ และในวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕ ผู้ตรวจค้นเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยซึ่งเป็นพนักงานหญิง โดยในการตรวจเมื่อช่วงเดือนมกราคมมีพนักงานบางรายถูกทำร้ายร่างกายจึงลาออกจากการเป็นพนักงาน และแจ้งความดำเนินคดีกับบริษัททั้งทางแพ่งและทางอาญาด้วยผู้ร้องแจ้งว่าสาเหตุการตรวจค้นดังกล่าว เพราะบริษัทเกรงว่าพนักงานจะขโมยทรัพย์สินของบริษัท อีกทั้งผู้ร้องไม่กล้าแสดงตนให้ข้อมูลต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพราะเกรงจะกระทบกับสถานภาพการทำงาน แต่ได้ประสานให้อดีตพนักงานที่ลาออกไปมาให้ข้อมูล

๒) ๑๙ กรกฎาคม ๒๕๕๕ ฝ่ายเลขานุการคณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล ได้โทรศัพท์ประสานไปยังผู้ร้องและทราบข้อมูลว่าอดีตพนักงานที่ลาออกไปได้ฟ้องร้องทางบริษัท และศาลได้มีคำพิพากษาให้ทางบริษัทชดเชยค่าเสียหาย และภายหลังจากศาลมีคำพิพากษาทางบริษัทก็ไม่ได้ทำการตรวจค้นร่างกายพนักงานอีก ผู้ร้องจึงแจ้งด้วยวาจาขอยุติการตรวจสอบ

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นว่ากรณีตามที่ร้องเรียนข้างต้น ผู้ถูกร้องได้ยุติการตรวจค้นร่างกายพนักงานแล้ว อันเนื่องมาจากมีผู้เสียหายฟ้องร้องดำเนินคดีจนศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกร้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ประกอบกับผู้ร้องได้ขอยุติเรื่อง จึงเห็นควรยุติเรื่อง

คำร้องที่ ๑๒๔/๒๕๕๔: กรณีผู้ร้องอ้างว่าถูกห้ามไม่ให้แต่งกายตามหลักศาสนา

ผู้ร้องนับถือศาสนาอิสลาม จบการศึกษาคณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัยของรัฐแห่งหนึ่ง และต้องทำงานที่โรงพยาบาลในสังกัดของมหาวิทยาลัยเป็นเวลา ๒ ปี ตามที่ได้ทำสัญญาไว้กับมหาวิทยาลัย แต่โรงพยาบาลห้ามไม่ให้ผู้ร้องคลุมฮิญาบและแต่งกายปกปิดร่างกายขณะทำงาน ซึ่งข้อห้ามดังกล่าวขัดกับหลักศาสนาอิสลาม

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่าเรื่องของผู้ร้องกล่าวอ้างเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลอันเป็นสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช พ.ศ. ๒๕๕๐ จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และได้มอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคลพิจารณา โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๗ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๓ และมาตรา ๑๕ และระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. ๒๕๕๕

คณะกรรมการฯ ได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่าโรงพยาบาลได้มีระเบียบเครื่องแต่งกายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายการพยาบาลฯ ตามประกาศฝ่ายการพยาบาลโรงพยาบาล เรื่อง ระเบียบเครื่องแต่งกาย แต่ในกรณีการปฏิบัติงานของพยาบาลที่เป็นมุสลิม ฝ่ายการพยาบาลฯ ยังไม่มีระเบียบหรือวิธีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องการแต่งกายเป็นการเฉพาะ

กระทรวงสาธารณสุขมีประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การแต่งกายของเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานด้านสาธารณสุข ๓ ฉบับ ได้แก่ ๑.ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องการแต่งกายของแพทย์ ทันตแพทย์ และเภสัชกร พ.ศ. ๒๕๔๒ ๒.ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การแต่งกายของเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานด้านการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. ๒๕๔๒ และ ๓.ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การแต่งกายของพนักงานผู้ช่วยกายภาพบำบัด พ.ศ. ๒๕๔๒ และได้มีการแจ้งเวียนแก่หน่วยงานต่าง ๆ เพื่อให้การแต่งกายของเจ้าหน้าที่เป็นไปตามประกาศของกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งขอให้ทุกหน่วยงานปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าว โดยเฉพาะกรณีผู้นับถือศาสนาอิสลามที่อนุญาตให้แต่งเครื่องแบบตามประกาศของกระทรวงฯ และให้ใช้ผ้าคลุมฮิญาบตามระเบียบของกระทรวงฯ และแจ้งเจ้าหน้าที่ถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด

นอกจากนี้ ยังมีข้อมูลจากหนังสือพิมพ์ ก. ว่าคณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัย ม. โรงพยาบาล ศ. อนุญาตให้นักศึกษาพยาบาลที่นับถือศาสนาอิสลามแต่งกายตามหลักศาสนาโดยแต่งชุดคลุมศีรษะ (ฮิญาบ) ขณะฝึกปฏิบัติงานบนหอผู้ป่วยได้ ตามหนังสือคณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัย ม. เรื่องอนุญาตให้นักศึกษาพยาบาลศาสตร์แต่งชุดคลุมศีรษะ (ฮิญาบ) ขณะฝึกปฏิบัติงานบนหอผู้ป่วย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ แล้วเห็นว่า สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้รับรองว่าบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรไว้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อแตกต่างจากบุคคลอื่น ซึ่งคณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัย ม. ได้มีหนังสืออนุญาตให้ผู้ร้องซึ่งในขณะศึกษาอยู่ได้แต่งกายตามหลักศาสนาอิสลามขณะฝึกปฏิบัติงานบนหอผู้ป่วย เมื่อวันที่

๑ สิงหาคม ๒๕๕๑ ต่อมา เมื่อวันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ กระทรวงสาธารณสุขได้มีหนังสือเวียน เกี่ยวกับประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การแต่งกายของเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานด้านสาธารณสุข ๓ ฉบับ ได้แก่ ๑) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การแต่งกายของแพทย์ ทันตแพทย์ และเภสัชกร พ.ศ. ๒๕๔๒ ๒) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การแต่งกายของเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานด้านการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. ๒๕๔๒ และ ๓) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การแต่งกายของพนักงานผู้ช่วยกายภาพบำบัด พ.ศ. ๒๕๔๒ ให้นำหน่วยงานต่าง ๆ ที่สังกัดกระทรวงสาธารณสุขปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการแต่งกายดังกล่าวอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะกรณีผู้นับถือศาสนาอิสลามที่อนุญาตให้แต่งเครื่องแบบตามประกาศของกระทรวงฯ และให้ใช้ผ้าคลุมฮิญาบ ตามระเบียบของกระทรวงฯ จึงเป็นกรณีที่ได้รับการพิจารณาแก้ไขโดยหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่แล้ว จึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๙๒๒/๒๕๕๘)

๖

คำร้องที่ ๕๔๔/๒๕๕๒ และ ๓๕/๒๕๕๓: กรณีบริษัทเอกชนไม่รับผู้ติดเชื้อเอชไอวีเข้าทำงาน

ผู้ร้องอ้างว่า ได้สมัครเข้าทำงานในบริษัท ท. ซึ่งเป็นบริษัทค้าปลีกรายใหญ่แห่งหนึ่งในตำแหน่งผู้ช่วยผู้จัดการร้านขายปลีกในห้างสรรพสินค้า โดยสอบข้อเขียนและสัมภาษณ์ ต่อมา บริษัทได้ส่งไปตรวจร่างกายที่โรงพยาบาล ผลปรากฏว่าผู้ร้องติดเชื้อเอชไอวี (ผู้ร้องทราบอยู่แล้ว) บริษัทจึงไม่รับผู้ร้องเข้าทำงาน ผู้ร้องเห็นว่าเป็นการกีดกันการเข้าทำงานโดยนำเรื่องสุขภาพเป็นข้ออ้าง ซึ่งการติดเชื้อเอชไอวีไม่ได้ส่งผลกระทบต่อคนรอบข้าง และไม่ได้ก่ออันตรายต่อผู้อื่น ผู้ร้องสามารถทำงานได้เหมือนบุคคลทั่วไป ผู้ร้องเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการประกอบอาชีพ และเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งสุขภาพ จึงขอให้ตรวจสอบ

จากรายงานผลการพิจารณา ที่ ๓๐๘-๓๐๙/๒๕๕๘ พบว่า บริษัท ท. มีหนังสือชี้แจงว่า เป็นบริษัทจำหน่ายสินค้าอุปโภคบริโภค และการบริการลูกค้า โดยบริษัทได้รับการรับรองตามหลักมาตรฐานอาหารปลอดภัย จากกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่พนักงานมีความจำเป็นต้องสัมผัสอาหารโดยตรง จึงอาจเป็นการเสี่ยงต่อผู้บริโภค บริษัทจึงมีแนวปฏิบัติต้องตรวจหาเชื้อเอชไอวีสำหรับพนักงานที่ผ่านการสัมภาษณ์ก่อนเริ่มปฏิบัติงานทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ เพื่อรักษาหลักมาตรฐานความปลอดภัยของอาหารที่ได้รับรองจากกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งแนวทางปฏิบัติที่กำหนดให้ตรวจร่างกายก่อนเข้าทำสัญญาจ้างนั้นสอดคล้องกับแนวปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๓๖ ข. (๒) และกฎ ก.พ.ว่าด้วยโรค พ.ศ. ๒๕๕๓ โดยบริษัทมีจุดมุ่งหมายเพื่อความปลอดภัยในคุณภาพและชีวิตของพนักงาน ตลอดจนของลูกค้าผู้ใช้บริการด้วย

นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ในการประชุมด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน มีมติ (คำร้อง ๓๕/๒๕๕๓) ให้ตรวจสอบกรณีบริษัท ข. ซึ่งเป็นบริษัทเอกชนอีกแห่งหนึ่ง ซึ่งมีนโยบายให้พนักงานตรวจเชื้อเอชไอวี เป็นเงื่อนไขในการเข้าทำงาน และปฏิเสธรับบุคคลเข้าทำงานหลังจากตรวจร่างกายแล้วพบว่ามีเชื้อเอชไอวีเช่นกัน โดยฝ่ายบุคคลของบริษัท ข. เรียกผู้ร้องไปพบและแจ้งว่าไม่มีนโยบายรับผู้ติดเชื้อเอชไอวีเข้าทำงาน และให้ผู้ร้องลงชื่อในใบลาออก ซึ่งผู้ร้องเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมโดยการบังคับให้ตรวจเชื้อเอชไอวี และใช้เป็นเงื่อนไขในการรับเข้าทำงาน จึงขอให้ตรวจสอบ



จากกรณีบริษัท ช. ได้เข้าชี้แจงต่อคณะกรรมการคุ้มครองสิทธิด้านเอดส์ ว่าบริษัทมิได้มีนโยบายประกาศในเรื่องการบังคับให้ตรวจเชื้อเอชไอวี รวมถึงนำมาเป็นเงื่อนไขในการไม่รับสมัครบุคคลเข้าทำงาน การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของพนักงานฝ่ายบุคคล ๒ ท่าน และทางบริษัทได้มอบเงินจำนวน ๕๐,๐๐๐ บาทเป็นสินน้ำใจช่วยเหลือผู้เสียหาย พร้อมแสดงความขอโทษต่อผู้เสียหาย และต่อมาบริษัทดังกล่าวก็ได้มีหนังสือชี้แจงการดำเนินการเพิ่มเติมต่อคณะกรรมการฯ ว่า บริษัทได้ยกเลิกการตรวจหาเชื้อเอชไอวีกับพนักงานตั้งแต่วันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๕๘

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาทั้งสองคำร้องแล้วเห็นว่า เป็นกรณีบังคับตรวจเลือดก่อนรับเข้าทำงานอันเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและอาจละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี จึงไม่ควรปิดกั้นเรื่องการทำงานอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยเกินจำเป็นของลักษณะประเภทการจ้างงานที่เป็นสาระสำคัญ ทั้งที่บุคคลที่ติดเชื้อเอชไอวีสามารถปฏิบัติงานได้ในสถานภาพเดียวกันโดยไม่จำกัดทางสุขภาพอนามัย

กรณีของบริษัท ท. หลังจากเข้าชี้แจงกับคณะกรรมการฯ แล้วรับว่าจะดำเนินการประชุมและรับข้อเสนอแนะของคณะกรรมการไปเปลี่ยนแปลงนโยบายการจ้างงานของบริษัท ส่วนกรณีของบริษัท ช. นั้นได้มีหนังสือแจ้งผลการดำเนินงานว่าได้ยกเลิกนโยบายตรวจเลือดหาเชื้อเอชไอวีก่อนรับบุคคลเข้าทำงานแล้วตั้งแต่ ๑๕ มกราคม ๒๕๕๘ เป็นต้นมา โดยที่ในปัจจุบันนี้กฎหมายแรงงานหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสถานประกอบการยังไม่มีข้อกำหนดในเรื่องการเข้าทำงานของผู้ติดเชื้อเอชไอวี

ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อคณะกรรมการคุ้มครองสวัสดิภาพแรงงานให้ความสำคัญกับการเลือกปฏิบัติในการประกอบอาชีพของผู้ติดเชื้อเอชไอวี โดยควรดำเนินการให้ความสำคัญกับปัญหาการเลือกปฏิบัติมากขึ้น ตลอดจนผลักดันให้มาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติที่มีอยู่เกิดผลในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะแนวทางปฏิบัติแห่งชาติว่าด้วยการป้องกันและบริหารจัดการด้านเอดส์ในสถานที่ทำงาน โดยให้ความสำคัญกับมาตรการเพื่อหาเชื้อเอชไอวีก่อนรับเข้าทำงาน การปกปิดข้อมูลส่วนบุคคล การจัดบริการที่จำเป็นต่อกลุ่มผู้ติดเชื้อเอชไอวี การจัดที่พักและรูปแบบการทำงานที่เหมาะสม เป็นต้น

๗

คำร้องที่ ๔๕๙/๒๕๕๖: กรณีข้าราชการส่วนท้องถิ่นร้องเรียนว่า ได้รับเงินเดือน การขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ไม่เท่าเทียมและไม่เสมอภาคกับข้าราชการส่วนท้องถิ่นบางตำแหน่งและข้าราชการประเภทอื่น

ผู้ร้องร้องเรียนว่าข้าราชการส่วนท้องถิ่นที่ได้รับเงินเดือน การขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ไม่เท่าเทียมและไม่เสมอภาคกับข้าราชการส่วนท้องถิ่นบางตำแหน่งและข้าราชการประเภทอื่น กล่าวคือ ข้าราชการส่วนท้องถิ่นได้รับเงินเดือนตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดมาตรฐานกลางตามประกาศคณะกรรมการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น ซึ่งโดยทั่วไปจะมีสิทธิรับเงินเดือนเพียงอันดับเดียวเท่านั้น แต่มีพนักงานส่วนท้องถิ่นบางตำแหน่งได้รับเงินเดือนมากกว่า ๑ อันดับ และข้าราชการประเภทอื่น เช่น ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการทหาร ข้าราชการครู นอกจากนี้ยังเห็นว่าหลักเกณฑ์การให้พนักงานส่วนท้องถิ่นขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ก็ไม่เท่าเทียมกับข้าราชการประเภทอื่น จึงขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม มีความเห็นสรุปได้ว่า “กรณีที่ข้าราชการส่วนท้องถิ่นบางตำแหน่งได้รับเงินเดือนตามระบบบัญชีไม่เท่าเทียมกันนั้น ... เป็นการกำหนดโครงสร้างอัตราเงินเดือนและประโยชน์ตอบแทนให้มีสัดส่วนที่เหมาะสมแก่รายได้และการพัฒนาท้องถิ่น ซึ่งเป็นอำนาจของคณะกรรมการมาตรฐานงานบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓๐ มาตรา ๓๑ (๑)” ดังนั้น คณะกรรมการฯ เห็นว่ายังไม่มีกรณีละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด ด้วยเหตุผลเดียวกันการขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ต้องเป็นไปตามบัญชีทำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันเป็นที่เชิดชูยิ่งช้างเผือก และเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันมีเกียรติยศยิ่งมงกุฎไทย พ.ศ. ๒๕๓๖ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๓๓/๒๕๕๗)

๘

คำร้องที่ ๔๘๔/๒๕๕๒: กรณีพิพาทชีวิตของวัด พ.นำร่างผู้เสียชีวิตด้วยโรคเอดส์มาจัดแสดง

ผู้ร้องเรียนว่า วัด พ. ได้จัดทำพิพาทชีวิต โดยการนำร่างของผู้เสียชีวิตด้วยโรคเอดส์มาจัดแสดง พร้อมทั้งเขียนชื่อ-นามสกุล ประวัติ อาชีพของผู้ตาย ทั้งเป็นร่างที่ไม่สวมใส่เสื้อผ้า แม้จะมีการลงชื่อยินยอมของผู้ตายและผู้ร้องกังวลว่าอาจจะยินยอมโดยไม่มีสติหรือสติไม่เต็ม เนื่องจากอยู่ในสถานที่ดูแลของวัดเลยจำต้องยินยอม ทั้งนี้ ผู้ร้องเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ทั้งต่อผู้เสียชีวิตเองและญาติของผู้เสียชีวิตด้วย จึงให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ และความเสมอภาคของบุคคล ตรวจสอบแล้วเห็นว่า

ประเด็นแรก การจัดแสดงพิพาทชีวิตในวัด พ. เป็นการสต๊าฟ (STUFF) ศพเสียชีวิตจากโรคเอดส์ โดยเปิดเผยชื่อ-สกุล ประวัติ อาชีพ ภายถ่ายของผู้เสียชีวิต และสภาพศพไม่ได้สวมใส่เสื้อผ้าปกปิดกาย ลักษณะดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิในเกียรติยศ และชื่อเสียงของผู้เสียชีวิต และบุคคลในครอบครัว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๕ ถือว่าเป็นการกระทำอันมีบังคับหรือคุกคาม ศพหมิ่นเหยียดหยามศพ ดังนั้น การจัดแสดงศพที่จะเป็นประโยชน์แก่สาธารณะหรือมีคุณค่าต่อการให้ความรู้แก่สังคม จึงต้องอยู่บนพื้นฐานที่จะต้องไม่กระทบสิทธิในเรื่องข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เสียชีวิตและครอบครัว แม้ผู้เสียชีวิตจะเจตนาบริจาคร่างเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวก็ตาม คณะกรรมการฯ แนะนำให้ทำการแก้ไขโดยปกปิดข้อมูลส่วนบุคคลของศพด้วย

ประเด็นที่สอง การที่ผู้เสียชีวิตได้ยินยอมบริจาคร่างหลังเสียชีวิตให้กับมูลนิธิเพื่อวัตถุประสงค์ให้บุคคลอื่นตระหนักถึงภัยโรคเอดส์นั้น เป็นการแสดงเจตจำนงที่ไม่อยู่ภายใต้แรงกดดัน เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริง ปรากฏว่าวัดไม่ได้ทำการข่มขู่ บังคับ ผู้ป่วยเจตนาบริจาคร่างเพื่อประโยชน์ต่อวัดและพระพุทธศาสนา ดังนั้น จึงน่าเชื่อว่าวัด พ. ไม่ได้กดดัน บังคับ ผู้เสียชีวิตให้ยินยอมบริจาคร่าง ฉะนั้น การแสดงความยินยอมโดยสมัครใจและอิสระถือว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์อันแท้จริงอันเป็นฐานในหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีสิทธิแสดงเจตจำนงต่าง ๆ อย่างอิสระ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นควรให้ยุติเรื่อง และแจ้งความเห็นให้มูลนิธิ ธ. เจ้าของโครงการ และวัด พ. พิจารณาดำเนินการต่อไป (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๖๒๔/๒๕๕๕)



คำร้องที่ ๔๘๖/๒๕๕๖: กรณีนายจ้างนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณา รับบรรจุเข้าทำงานโดยไม่เป็นธรรม

ผู้ร้องอ้างว่า ผู้ร้องเคยถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกในคดีลักทรัพย์ และรอลงอาญาไว้ ๒ ปี ต่อมา ผู้ร้องได้สมัครเข้าเป็นพนักงานขายรถยนต์ที่บริษัทเอกชนแห่งหนึ่ง ผู้ร้องได้ปฏิบัติงานผ่านการทดลองงาน ๓ เดือนและถูกตรวจประวัติอาชญากรรม ผลตรวจพบว่าผู้ร้องมีประวัติถูกดำเนินคดีอาญา บริษัทจึงปฏิเสธการบรรจุผู้ร้องเข้าเป็นพนักงาน ผู้ร้องเห็นว่านายจ้างควรพิจารณาจากผลการปฏิบัติงานและความประพฤติของผู้ร้องเป็นหลัก ไม่ควรนำทะเบียนประวัติอาชญากรรมในอดีตมาประกอบการพิจารณา ซึ่งเท่ากับไม่ให้โอกาสผู้ที่เคยทำผิดได้กลับตัวเป็นคนดีและประกอบอาชีพที่มั่นคง ผู้ร้องมีความประสงค์ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบการกระทำอันไม่เป็นธรรมโดยการนำทะเบียนประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณาบรรจุพนักงาน

ความเห็นของคณะกรรมการด้านกฎหมายและการปฏิบัติไม่เป็นธรรม พิจารณาแล้วมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัย คือ การที่บริษัทเอกชนนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณารับบุคคลเข้าทำงานเป็นการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่

คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามคำร้องผู้ร้องถูกปฏิเสธไม่รับเข้าทำงานเนื่องจากเคยต้องโทษคดีอาญาที่ปรากฏในทะเบียนอาชญากรรม จากการพิจารณาตามระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ ๑๒ การพิมพ์ลายนิ้วมือ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๖ ซึ่งเป็นระเบียบใหม่ กรณีของผู้ร้องก็ไม่เข้าข่ายที่จะได้รับการคัดแยกประวัติออกจากสารบบ และเมื่อพิจารณามาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา ๘๐ พรรษา พ.ศ. ๒๕๕๐ แล้วนั้น กรณีผู้ร้องแม้เป็นผู้ที่ได้รับการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ พ.ศ. ๒๕๕๐ ก็มีผลแต่เพียงว่าผู้ร้องไม่เคยถูกลงโทษในข้อหาอันนั้น ๆ มาก่อนเท่านั้น

เนื่องจากบริษัทเอกชนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการพิจารณารับบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอแนะเชิงนโยบายไปยังหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจให้เปิดโอกาสให้บุคคลที่เคยรับโทษโดยคำพิพากษาศาลสามารถใช้สิทธิในการรับสมัครเข้ารับราชการและสามารถกลับตัวเป็นคนดีต่อไป

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า กรณีตามคำร้องเป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของบริษัทเอกชนในการรับสมัครบุคคลเข้าทำงานที่แตกต่างกันโดยพิจารณาเป็นรายกรณี อย่างไรก็ตาม แม้แต่ในหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจยังมีการพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการรับสมัครบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายไปยังหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจให้เปิดโอกาสให้บุคคลที่เคยรับโทษโดยคำพิพากษาศาลสามารถใช้สิทธิในการรับสมัครเข้ารับราชการและสามารถกลับตัวเป็นคนดีเพื่อทำประโยชน์ให้กับสังคมและประเทศชาติ และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและมาตรฐานเดียวกันต่อไป นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยังมีการประชุมร่วมกับหน่วยงานภาครัฐ เอกชน สมาคมต่าง ๆ และภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการจัดนำร่องรับสมัครบุคคลที่เคยต้องโทษคดีถึงที่สุดเข้าทำงาน เพื่อเป็นหลักประกันให้ผู้ประกอบการในการรับบุคคลเคยต้องโทษเข้าทำงาน รวมทั้งการแก้ไขปัญหายังเป็นรูปธรรม จากกรณีบริษัทเอกชนไม่รับบรรจุบุคคลเข้าทำงานเพราะเหตุมีทะเบียนประวัติอาชญากรรมไม่พบว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด จึงมีมติให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๙๕/๒๕๕๘)

๑๐

คำร้องที่ ๑๘๔/๒๕๕๐: กรณีผู้ที่เคยรับโทษให้จำคุกถูกจำกัดสิทธิในการเข้ารับราชการ

ผู้ร้องเคยถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับยาเสพติดและศาลพิพากษาให้จำคุก ๓ ปี ๖ เดือน ปัจจุบันผู้ร้องพ้นโทษเป็นเวลากว่า ๕ ปี ประกอบอาชีพสุจริต ต้องการจะสอบเข้ารับราชการ แต่ถูกจำกัดสิทธิดังกล่าว ผู้ร้องต้องการสอบเข้ารับราชการสังกัดรัฐสภา แต่เมื่อโทรศัพท์ไปสอบถามได้รับแจ้งว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธิสอบและหากสอบได้คะแนนเต็มก็ไม่สามารถเข้ารับราชการได้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้มอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมพิจารณาต่อไป ประเด็นการตรวจสอบ คือ การกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการของรัฐสภา ตามมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ กระทบต่อสิทธิของผู้ร้องหรือไม่ อย่างไร

คณะอนุกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้มาตรา ๓๗ ข (๗) จะกำหนดคุณสมบัติว่าต้องไม่เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ แต่มาตรา ๓๗ วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ ได้บัญญัติข้อยกเว้นเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้มีลักษณะต้องห้ามตามข้อ ข (๗) ได้รับการพิจารณายกเว้นคุณสมบัติดังกล่าวได้ ฉะนั้น ผู้ร้องยังอาจได้รับการพิจารณาให้เข้ารับราชการได้ หากคณะกรรมการข้าราชการรัฐสภาพิจารณายกเว้นโดยต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม คณะอนุกรรมการฯ จึงเห็นว่าผู้ร้องยังไม่ถูกกระทบสิทธิในเรื่องการไม่สามารถเข้ารับราชการรัฐสภา เพราะเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ตามมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๓/๒๕๕๕)

๑๑

คำร้องที่ ๒๒๙/๒๕๕๕: กรณีโรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงผลการจบหลักสูตรให้กับนักเรียน โดยอ้างว่าไม่จ่ายค่าบำรุงการศึกษา

ผู้ร้องเป็นนายกสมาคมเครือข่ายผู้ปกครองแห่งชาติ ได้ร้องเรียนว่าโรงเรียน ส. ไม่ออกเอกสารใบแสดงผลการเรียน และหลักฐานแสดงวุฒิการศึกษา ให้กับนักเรียนชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๓ โดยอ้างว่านักเรียนยังค้างค่าบำรุงการศึกษา และโรงเรียนยังมีพฤติกรรมใช้เอกสารดังกล่าวเป็นหลักประกันเพื่อเรียกเก็บเงินค่าบำรุงศึกษาย้อนหลังจากนักเรียนบ่อยครั้ง ทำให้นักเรียนหลายรายต้องเสียสิทธิและโอกาสในการเข้าศึกษาต่อในสถานศึกษาอื่น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาเห็นว่าประเด็นเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพในการศึกษา อันเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับรองหรือคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและอยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาตามมติของคณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล แล้วเห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ (ที่ใช้อยู่ในขณะนั้น) ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ ในเรื่องสิทธิ



เสรีภาพในการศึกษานั้น รัฐธรรมนูญได้รับรองคุ้มครองว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐต้องจัดอย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ โดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย จากการตรวจสอบข้อเท็จจริง กรณีที่ผู้ร้องเรียนว่า โรงเรียน ส. ได้กระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีไม่ออกเอกสารแสดงผลการเรียน และหลักฐานแสดงวุฒิการศึกษา ให้กับนักเรียนโดยอ้างว่าไม่จ่ายค่าบำรุงการศึกษานั้น ปรากฏว่าปัจจุบันทางโรงเรียนได้ออกเอกสารแสดงผลการเรียนและหลักฐานแสดงวุฒิการศึกษา ให้กับนักเรียนคนดังกล่าวเรียบร้อยแล้ว จึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง (ตามรายงานผลการพิจารณา ที่ ๙๔๘/๒๕๕๘)

๑๒

คำร้องที่ ๕๗๓/๒๕๕๕ และ ๓๓/๒๕๕๖: กรณีกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนเข้าศึกษาต่อ

ผู้ร้องที่ ๑ เป็นรองปลัดเทศบาลตำบล ส. ได้ร้องเรียน (คำร้องที่ ๕๗๓/๒๕๕๕) โดยอ้างว่านโยบายของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) กำหนดหลักเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนเขตพื้นที่บริการและนอกเขตพื้นที่บริการ มีลักษณะเป็นการกีดกันทางการศึกษา อาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของนักเรียน และไม่เป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒

ผู้ร้องที่ ๒ เป็นผู้ปกครองของนักเรียนได้ร้องเรียน (คำร้องที่ ๓๓/๒๕๕๖) ว่านโยบายของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) เกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนเขตพื้นที่บริการและนอกเขตพื้นที่บริการ ทำให้นักเรียนที่อยู่ในเขตพื้นที่บริการมีสิทธิสอบคัดเลือกได้ทั้งสองกลุ่ม ส่งผลให้นักเรียนที่อยู่นอกเขตพื้นที่บริการไม่ได้รับความเป็นธรรม นอกจากนี้ นักเรียนที่เรียนอยู่ในเขตพื้นที่บริการตั้งแต่ชั้นอนุบาลจนถึงชั้นประถมศึกษาปีที่ ๖ และนักเรียนที่มีผู้ปกครองรับราชการอยู่ในเขตพื้นที่บริการควรมีสิทธิสอบคัดเลือกเช่นเดียวกับนักเรียนในเขตพื้นที่บริการโดยไม่ต้องใช้หลักฐานทะเบียนราษฎร

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่าเรื่องที่ผู้ร้องกล่าวอ้างเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในการศึกษาที่ได้รับการรับรองคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และได้มอบหมายให้คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคลพิจารณา โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒

จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่านโยบายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรับนักเรียนสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) ทุกปีการศึกษา (ประมาณ ๓๐ ปีมาแล้วตั้งแต่กรมสามัญศึกษาเดิม) จะมุ่งเน้นให้นักเรียนได้เรียนใกล้บ้านเพื่อเดินทางสะดวก ประหยัดค่าใช้จ่ายผู้ปกครอง ดังนั้น จึงมีการกำหนดเขตพื้นที่ของโรงเรียนตามกฎหมาย เพื่อให้สิทธิเด็กที่อยู่ในเขตพื้นที่ได้เข้าศึกษาก่อนโดยกำหนดสัดส่วนนักเรียนในเขตพื้นที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๐ และนักเรียนทั่วไปไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๐ ซึ่งกระบวนการคัดเลือก การจับสลากหรือการสอบก็ได้กำหนดสัดส่วนและวิธีการคัดเลือกซึ่งต้องผ่านความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน

การกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขพิเศษในการรับนักเรียนเข้าศึกษาในโรงเรียนแต่ละแห่งโดยนโยบายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรับนักเรียน สังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ออกโดยอาศัยอำนาจตาม มาตรา ๑๐ มาตรา ๓๐ มาตรา ๔๕ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. ๒๕๔๖ ซึ่งนโยบายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรับนักเรียนสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานเปิดโอกาสให้รับนักเรียนที่มีเงื่อนไขพิเศษได้ในปีการศึกษา ๒๕๕๖ ดังนี้

- ๑) นักเรียนที่สอบได้คะแนนเท่ากันในลำดับสุดท้าย
- ๒) นักเรียนที่มีข้อตกลงในการจัดตั้งโรงเรียน
- ๓) นักเรียนที่เป็นผู้ยากไร้และด้อยโอกาส
- ๔) นักเรียนที่เป็นบุตรผู้เสียสละเพื่อชาติหรือผู้ประสบภัยพิบัติที่ต้องได้รับการสงเคราะห์ดูแลเป็นพิเศษ
- ๕) นักเรียนโควตาตามข้อตกลงของโรงเรียนคู่สหกิจ หรือโรงเรียนคู่พัฒนา หรือโรงเรียนเครือข่าย
- ๖) นักเรียนที่เป็นบุตรข้าราชการครูและบุคลากรของโรงเรียน
- ๗) นักเรียนที่อยู่ในอุปการะของผู้ทำคุณประโยชน์ให้กับโรงเรียนอย่างต่อเนื่อง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ แล้วเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์การรับนักเรียนสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานที่กำหนดให้รับนักเรียนในเขตพื้นที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๐ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและไม่กระทบต่อสิทธิของเด็กที่เข้าศึกษา ซึ่งการกำหนดรับนักเรียนโดยอาศัยเกณฑ์ทะเบียนราษฎรเป็นหลักนั้นเป็นการรับรองสิทธิ ไม่เป็นการจำกัดสิทธิจึงไม่มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด ทั้งนี้ ยังให้สิทธิสอบในโรงเรียนนอกเขตบริการได้อีกด้วย ส่วนการกำหนดให้เด็กนอกเขตบริการต้องสอบคัดเลือกนั้นเป็นเงื่อนไขที่เด็กนอกเขตพื้นที่ต้องปฏิบัติเช่นเดียวกันจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม สำหรับเด็กที่ติดตามผู้ปกครองที่ทำงานอยู่นอกพื้นที่บริการและได้เรียนอยู่ในสถานศึกษานอกเขตบริการอย่างต่อเนื่อง ควรมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อกระทรวงศึกษาธิการเพื่อพิจารณาให้เด็กได้รับสิทธิเข้าศึกษาตามสมควร แก่กรณี (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๙๒๗-๙๒๘/๒๕๕๘)

๑๓

คำร้องที่ ๖๒๕/๒๕๕๓ และ ๖๓๑-๖๓๕/๒๕๕๓: กรณีถูกตัดสิทธิไม่ให้สอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์

ผู้ร้องที่ ๑-๖ (คำร้องที่ ๖๒๕/๒๕๕๓ และ ๖๓๑-๖๓๕/๒๕๕๓) ร้องเรียนว่า ถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าร่วมสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์เนื่องจากขาดเอกสารประกอบการสอบ เช่น ส่งรูปถ่ายไม่ครบตามจำนวนที่กำหนดในประกาศสอบของกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วได้มอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคลพิจารณา โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย



พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๗ จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการฯ ที่จะสามารถตรวจสอบได้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ หมวด ๓ ระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. ๒๕๔๕ ตามรายงานผลการพิจารณา ที่ ๓๕๗-๓๖๒/๒๕๕๘ สรุปข้อเท็จจริงได้ ดังนี้

กลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.) ซึ่งแจ้งว่าได้พิจารณาใบสมัครของผู้สมัครสอบและแจ้งเตือนทางเว็บไซต์ ตั้งแต่วันที่ ๑๐ กันยายน ๒๕๕๓ ให้ผู้สมัครสอบที่ส่งเอกสารไม่ครบทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษ ภายในวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๕๓ ซึ่งมีผู้สมัครที่ส่งเอกสารไม่ครบได้ส่งเอกสารมาเพิ่มในช่วงเวลาดังกล่าวจำนวน ๗๔ รายและมีสิทธิเข้าสอบ คงเหลือผู้สมัครที่ส่งเอกสารไม่ครบอยู่ ๑๔๘ รายถูกตัดสิทธิ ซึ่งกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.) ยืนยันว่าได้พยายามผ่อนปรนให้ผู้สมัครอย่างเต็มความสามารถ เพื่อมุ่งสร้างแพทย์และทันตแพทย์ที่ดีสำหรับประเทศไทยและประชาคมโลก อย่างไรก็ตาม การดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ต้องมีเงื่อนไขเงื่อนไขเวลากำกับเพื่อให้สามารถดำเนินการขั้นตอนต่าง ๆ ได้อย่างสมบูรณ์ ทางกลุ่มฯ ได้ยึดหลักความโปร่งใส ยุติธรรมและตรวจสอบได้ สำหรับผู้สมัครที่ปฏิบัติไม่ครบถ้วนตามระเบียบ หรือขาดความพร้อมในการเข้าสอบในรอบนี้ ยังสามารถเข้ารับการคัดเลือกผ่านกลุ่มสถาบันฯ ได้อีกในปีการศึกษาต่อไป

เมื่อวันที่ ๒๗ ตุลาคม ๒๕๕๓ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ยื่นฟ้องประธานกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.) เป็นผู้ถูกฟ้องที่ ๑ และฟ้องกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.) เป็นผู้ถูกฟ้องที่ ๒ ต่อศาลปกครองให้ยกเลิกประกาศของกลุ่มฯ รวมทั้งการกระทำใด ๆ ที่มีผลเป็นการตัดสิทธิผู้ร้องมีสิทธิสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์ และสั่งให้ประธานฯ และกลุ่มฯ จัดให้ผู้ร้องมีสิทธิสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์ในวันที่ ๓๐ ตุลาคม ๒๕๕๓ ด้วย อีกทั้งขอให้ศาลปกครองสั่งบังคับทุเลาประกาศและการกระทำของกลุ่มฯ ไว้เป็นชั่วคราวอีกด้วย

ศาลปกครองมีคำสั่งคดีหมายเลขดำที่ ๑๖๗๐, ๑๖๗๑/๒๕๕๓ ลงวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๕๓ โดยศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งของกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทยที่แจ้งว่าผู้ร้องไม่มีสิทธิสอบคัดเลือกเข้าศึกษาในหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิตและหลักสูตรทันตแพทยศาสตรบัณฑิตผ่านกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย ปีการศึกษา ๒๕๕๔ ตามมาตรา ๖๖ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบข้อ ๗๒ วรรคสาม แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. ๒๕๕๓

ศาลปกครองมีคำพิพากษาเป็นคดีหมายเลขแดงที่ ๓๑๐-๓๑๑/๒๕๕๔ ลงวันที่ ๔ มีนาคม ๒๕๕๔ โดยศาลปกครองมีคำพิพากษายกฟ้อง เพราะเหตุที่ว่าประกาศของกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย ฉบับที่ ๑ เรื่องหลักเกณฑ์การสมัครสอบคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิตและหลักสูตรทันตแพทยศาสตรบัณฑิต ปีการศึกษา ๒๕๕๔ ผ่านระบบโดยตรง ของกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย มิได้จำกัดสิทธิผู้ร้องในอันที่จะสมัครสอบคัดเลือกตามประกาศดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ร้องจะมีสิทธิเข้าสอบคัดเลือกนั้นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในประกาศนั้นด้วย **เมื่อผู้ร้องมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขดังกล่าว การที่ผู้ร้องถูกตัดสิทธิเข้าสอบจึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม** หรือเป็นการจำกัดสิทธิในการได้รับการพัฒนาสติปัญญา หรือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางการศึกษาอบรมหรือการเรียน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ มาตรา ๕๐ และมาตรา ๕๒ แต่อย่างใด และคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งฯ เป็นอันสิ้นผลนับแต่มีคำพิพากษา

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะอนุกรรมการแล้ว มีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นของคณะอนุกรรมการโดยเห็นว่า จากกรณีผู้ร้องได้ร้องเรียนว่าถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าร่วมสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์ เนื่องจากยื่นเอกสารประกอบการสอบไม่ครบ ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องร้องเรียนที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ยื่นฟ้องประธานกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย และกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย ซึ่งคดีอยู่ระหว่างขั้นตอนของการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลปกครองสูงสุด ดังนั้น จึงควรยุติการตรวจสอบเพื่อรอผลคดีดังกล่าว ในการนี้ สมควรมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายไปยังกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.) และสำนักงานคณะกรรมการอุดมศึกษา (สกอ.) เพื่อพิจารณาดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป



คำร้องที่ ๕๖๗/๒๕๕๓: กรณีการแต่งกายตามหลักศาสนาในการรับพระราชทานปริญญาบัตร

ผู้ร้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม จบการศึกษาจากมหาวิทยาลัยของรัฐทางภาคเหนือ มีความประสงค์จะแต่งกายให้ถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลามเพื่อเข้ารับพระราชทานปริญญาบัตร แต่ทางมหาวิทยาลัยไม่อนุญาต ผู้ร้องจึงร้องเรียนมายังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในการปฏิบัติตามหลักศาสนาอิสลาม จึงมอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการและความเสมอภาคของบุคคล ดำเนินการตรวจสอบซึ่งปรากฏผลการพิจารณา ดังนี้ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๒๙๘/๒๕๕๔)

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการและความเสมอภาคของบุคคล ดำเนินการตรวจสอบ พบว่า ผู้ร้องมีความประสงค์จะแต่งกายให้ถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลามเพื่อเข้ารับพระราชทานปริญญาบัตร คือ สวมเสื้อเชิ้ตสีขาวแขนยาวรัดข้อมือ สวมกระโปรงคลุมเท้า ใส่ผ้าคลุมศีรษะและสวมครุยวิทยฐานะทับ แต่มหาวิทยาลัยอนุญาตให้สวมฮิญาบสีดำ แต่ต้องใส่กระโปรงสั้นสวมถุงน่องสีเข้มเท่านั้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลาม มหาวิทยาลัยชี้แจงว่า มหาวิทยาลัยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติใดที่ขัดต่อหลักศาสนาใด ๆ แนวปฏิบัติที่กำหนดในพิธีพระราชทานปริญญาบัตรก็เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อย ความศักดิ์สิทธิ์ของพิธีและความมีวินัย สอดคล้องกับหลักศีลธรรมจรรยาที่บัณฑิตพึงปฏิบัติ สำหรับบัณฑิตหญิงที่นับถือศาสนาอิสลามและประสงค์จะแต่งกายตามหลักศาสนาเข้ารับพระราชทานปริญญาบัตรนั้น มหาวิทยาลัยอนุญาตให้แต่งกายโดยสวมเสื้อเชิ้ตสีขาวแขนยาวรัดข้อมือ สวมกระโปรงสีดำยาวตามหลักศาสนา ผ้าคลุมศีรษะสีดำ (ไม่ปิดบังใบหน้า) และสวมชุดครุยวิทยฐานะทับ แต่ต้องยื่นคำร้องต่อคณะที่สังกัดเพื่อขออนุญาตมหาวิทยาลัย เพื่อที่คณะกรรมการฝ่ายพิธีการจะได้ประสานการจัดพิธีให้เรียบร้อย โดยมหาวิทยาลัยอนุญาตให้บัณฑิตแต่งกายตามหลักศาสนาทุกครั้ง

ต่อมา ผู้ร้องส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์พร้อมด้วยภาพถ่ายการเข้ารับพระราชทานปริญญาบัตรของผู้ร้อง โดยได้รับอนุญาตให้แต่งกายตามหลักศาสนา คณะอนุกรรมการเห็นว่าผู้ร้องได้รับการแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามความประสงค์แล้ว จึงเห็นควรยุติเรื่อง



คำร้องที่ ๖๖/๒๕๕๕: กรณีอ้างว่านักเรียนถูกสั่งพักการเรียนโดยไม่เป็นธรรม

ผู้ร้องได้ร้องเรียนว่าบุตรชายของผู้ร้องเป็นนักเรียนชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๔/๑ ถูกสั่งพักการเรียน ตั้งแต่วันที่ ๒๕ มกราคม ๒๕๕๕ ผู้ร้องเห็นว่าการสั่งพักการเรียนดังกล่าวไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมต่อบุตรผู้ร้อง จึงให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาเห็นว่าประเด็นเรื่องสิทธิเด็กและสิทธิและเสรีภาพในการศึกษา จึงมอบหมายให้คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการ และความเสมอภาคของบุคคล ดำเนินการตรวจสอบ (รายงานผลการตรวจสอบ ที่ ๘๖๕/๒๕๕๕) พบว่าบุตรชายของผู้ร้องได้รับการพิจารณาให้ศึกษาต่อในระดับชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๔ เป็นกรณีพิเศษ เนื่องจากไม่ผ่านเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๔ ด้านความประพฤติ โดยมีเงื่อนไขให้ผู้ปกครองลงนามในหนังสือสัญญา ยินยอมย้ายสถานศึกษา หากนักเรียนมีความประพฤติและลงนามในบันทึกข้อตกลงว่าด้วยการพัฒนานักเรียนที่ต้องการดูแลเป็นพิเศษว่าผู้ปกครองจะให้ความร่วมมือกับโรงเรียนในการดูแลด้านความรู้และความประพฤตินักเรียนให้มีการพัฒนาที่ดีขึ้น หากไม่สามารถปฏิบัติตามกฎของโรงเรียนได้ ผู้ปกครองยินดีตักนักเรียนไปเรียนสถานที่เหมาะสมต่อไป หากนักเรียนทำผิดระเบียบวินัยที่ทางโรงเรียนกำหนดไว้ไม่ว่าข้อหนึ่งข้อใด นักเรียนต้องพ้นสภาพการเป็นนักเรียนโดยไม่มีข้อแม้ใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งบุตรชายของผู้ร้องมีปัญหาด้านความประพฤติ ก้าวร้าวครูอาจารย์ ไม่เชื่อฟัง คำตักเตือน รวมกลุ่มกับเพื่อนกลั่นแกล้งเพื่อนที่อ่อนแอกว่า ก่อวุ่นเป็นอุปสรรคต่อการเรียนการสอน เข้าห้องเรียนช้า ไม่ตั้งใจเรียน ผลการเรียนต่ำ เกรดเฉลี่ย ๐.๙๕ มาจากสาเหตุที่นักเรียนสนใจด้านเครื่องดนตรี เครื่องกล มากกว่าเรียนวิชาการซึ่งโรงเรียนแจ้งผู้ปกครองทราบ

ผู้ร้องเห็นว่าการที่บุตรถูกกล่าวหาว่ากลั่นแกล้งเพื่อน และมีพฤติกรรมก้าวร้าว จนได้ทำทัณฑ์บนไว้ การกระทำดังกล่าวนี้ก็ไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่ามีการกระทำผิดจริงและเป็นเพียงการหยอกล้อ การถูกพักการเรียนย่อมส่งผลต่อคะแนนเก็บ คะแนนทำรายงาน ทำให้นักเรียนต้องเข้าชั้นเป็นการเสียเวลา ส่งผลต่อสภาวะจิตใจเด็ก

ต่อมา เมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕ ผู้ร้องได้ให้ข้อมูลเพิ่มเติมว่าได้ให้บุตรชายลาออกจากโรงเรียนเนื่องจากบุตรชายเกิดความเครียดจากการที่โรงเรียนจัดการเรียนการสอนแบบเป็นการเฉพาะตัว ทำให้ไม่อยากไปเรียน และให้สมัครเข้าเรียนระดับ ปวช. ของโรงเรียนเอกชนแห่งหนึ่งแล้ว

คณะกรรมการส่งเสริมการศึกษาเอกชนได้พิจารณาแล้วชี้แจงมายังคณะกรรมการฯ ว่า

- ประเด็นสั่งพักการเรียนบุตรชายผู้ร้องนั้น โรงเรียนได้แก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการจัดให้นักเรียนมาเรียนกับรองผู้อำนวยการฝ่ายวิชาการ และให้มาสอบปลายภาคตามที่โรงเรียนกำหนด
- ประเด็นที่โรงเรียนให้นักเรียนลาออกนั้น ผู้ปกครองได้ทราบถึงปัญหาด้านพฤติกรรมของนักเรียน และได้ทำบันทึกตกลง ต่อมา ได้ยื่นหนังสือลาออกจากโรงเรียนแล้ว จึงไม่สามารถดำเนินการเป็นอย่างอื่นได้ ทางคณะกรรมการส่งเสริมการศึกษาเอกชนได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ร้องทราบ

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ และความเสมอภาคของบุคคล พิจารณาแล้วเห็นว่า ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๒๒ บัญญัติว่า

“การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มี **การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม**

การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ดังนั้น การที่โรงเรียนได้จัดทำบันทึกข้อตกลง และสัญญาไว้ก่อนการเข้าศึกษาว่าหากนักเรียนไม่มีการพัฒนาที่ดีขึ้น และไม่สามารถปฏิบัติตามกฎระเบียบของโรงเรียน ผู้ปกครองยินดีต้อนรับนักเรียนไปเรียนในสถานที่เหมาะสม และรับรองว่าผู้ปกครองจะควบคุมให้นักเรียนประพฤติอยู่ในระเบียบวินัยของโรงเรียน ถ้าหากนักเรียนทำผิดระเบียบวินัยที่ทางโรงเรียนกำหนดไว้ไม่ว่าข้อหนึ่งข้อใด นักเรียนต้องพ้นสภาพการเป็นนักเรียนโดยไม่มีข้อแม้ใด ๆ ทั้งสิ้นนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก

นอกจากนี้ การที่โรงเรียนได้ทำสัญญาโดยมีเนื้อหาระบุให้บุตรชายผู้ร้องต้องพ้นสภาพนักเรียนด้วยเหตุทำผิดกฎระเบียบของโรงเรียน เป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เกินกว่า “การลงโทษ” ที่กำหนดไว้ในระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการลงโทษนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๘

ต่อมา เมื่อผู้ร้องแจ้งว่าบุตรชายได้ลาออกจากโรงเรียนไปแล้ว คณะอนุกรรมการฯ จึงยุติการตรวจสอบ และแจ้งความเห็นไปยังคณะกรรมการส่งเสริมการศึกษาเอกชน กระทรวงศึกษาธิการ และโรงเรียน ก. เพื่อระมัดระวังการดำเนินการมิให้มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพในการศึกษาของเด็กซึ่งได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

๑๖

คำร้องที่ ๒๓๙/๒๕๕๓: การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการศึกษา

ผู้ร้องเรียนว่าบุตรชายและบุตรสาวของผู้ร้อง กำลังเรียนอยู่ระดับชั้นประถมของโรงเรียนประถมศึกษา มหาวิทยาลัยของรัฐแห่งหนึ่ง ถูกทางโรงเรียนเรียกเก็บเงินค่าเทอม คนละ ๒๗,๐๐๐ บาท หากไม่จ่ายทางโรงเรียนให้ลาออก หรือจะคัดชื่อออกจากโรงเรียน ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าไม่เป็นไปตามนโยบายกระทรวงศึกษาธิการ และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๔๙ ซึ่งบัญญัติให้เรียนฟรี ๑๒ ปี จึงขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าเป็นประเด็นเรื่องสิทธิในการศึกษา อันเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองคุ้มครองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนอยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จึงมอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคลดำเนินการตรวจสอบ และพิจารณาแล้วเห็นว่า โรงเรียนประถมสาธิตดังกล่าว มีการบริหารจัดการเทียบเท่าคณะ อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของมหาวิทยาลัย ตามข้อบังคับของสภามหาวิทยาลัย ว่าด้วยการจัดตั้งและการบริหารงานโรงเรียนสาธิตมหาวิทยาลัย พ.ศ. ๒๕๕๑ บุคลากรของโรงเรียนเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. ๒๕๕๗ ระเบียบสภามหาวิทยาลัย ว่าด้วยเรื่องพนักงานมหาวิทยาลัย หรือระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยเรื่องการจัดจ้างหรือลูกจ้างประจำ พ.ศ. ๒๕๓๗ แล้วแต่กรณี รายได้ของโรงเรียนได้จากเงินอุดหนุนงบประมาณแผ่นดิน เงินอุดหนุนจากมหาวิทยาลัย ค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง ค่าตอบแทนและเงินรายได้จาก



การดำเนินงานของโรงเรียน เงินและทรัพย์สินที่มีผู้บริจาค ดอกผลของเงินและรายได้ผลประโยชน์อื่น ๆ ของโรงเรียน โรงเรียนจัดการศึกษาขั้นพื้นฐาน เจตนารมณ์ในการจัดตั้งโรงเรียนเพื่อเป็นศูนย์ฝึกวิชาชีพครูและห้องปฏิบัติการทางการศึกษาของคณะครุศาสตร์และหน่วยงานอื่น ๆ ทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ทั้งเป็นแหล่งทดลอง ศึกษา ค้นคว้า วิจัย พัฒนาความรู้ต่าง ๆ ส่งเสริมการทำงานบำรู้งศิลปวัฒนธรรม และเพื่อบริการวิชาการแก่ชุมชน เป็นโรงเรียนทางเลือกที่มีการสอนตามหลักสูตรบูรณาการ **แตกต่างจากโรงเรียนที่สังกัดภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน** โดยโรงเรียนสามารถเรียกเก็บค่าใช้จ่ายในกิจกรรมพัฒนาผู้เรียนได้ ตามมติของสภามหาวิทยาลัย และประกาศของกระทรวงศึกษาธิการภายใต้การอนุญาตของคณะกรรมการการศึกษาของโรงเรียน ซึ่งผู้ปกครองรับทราบ โดยไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชน จึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๐๗๙/๒๕๕๘)

๑๗

คำร้องที่ ๒๗๐/๒๕๕๔ และ ๔๙/๒๕๕๖: กรณีนโยบายยุบ ควบรวมโรงเรียน

ผู้ร้องที่ ๑ (สภาการศึกษาทางเลือก) และ ผู้ร้องที่ ๒ (เครือข่ายครูและผู้บริหารสถานศึกษาแห่งประเทศไทย) ได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นว่านโยบายการยุบ ควบรวมโรงเรียนขนาดเล็กของกระทรวงศึกษาธิการ เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพในการศึกษาของเด็กนักเรียน จึงขอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาแล้วเห็นด้วยกับความเห็นของคณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล ดังนี้ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๗๗-๔๗๘/๒๕๕๓)

- นโยบายยุบ ควบรวม โรงเรียนของผู้ร้องเป็นนโยบายที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพในการศึกษาของเด็กนักเรียน รัฐต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งสำคัญอันดับแรก โดยเฉพาะการจัดการศึกษาระดับประถมศึกษา ซึ่งต้องเป็นการศึกษาขั้นพื้นฐานที่เด็กทุกคนสามารถเรียนโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ รัฐต้องดำเนินการให้ได้อย่างทั่วถึง เพื่อให้เด็กได้สิทธิในการพัฒนาทั้งด้านร่างกาย สมอ ง จิตใจ ศีลธรรมและสังคมของเด็ก ดังนั้น การจัดการศึกษาเพื่อให้เด็กได้พัฒนาในมิติที่รอบด้าน เป็นเรื่องที่รัฐจะต้องดำเนินการและลงทุนเพื่อเด็กพัฒนาสู่เป้าหมายชีวิตที่มีความเป็นมนุษย์ที่สมบูรณ์

- นโยบายยุบ ควบรวมโรงเรียนขนาดเล็ก โดยอ้างเหตุผลด้านงบประมาณของรัฐไม่อาจจัดงบประมาณ เพื่อเพิ่มครูมาสอนให้เด็ก ๆ ในโรงเรียนขนาดเล็กได้ในแต่ละวิชาแต่ละชั้น เป็นข้ออ้างที่ไม่สมเหตุผลสมผลและแสดงถึงนโยบายรัฐที่ยังไม่คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก และพื้นฐานโอกาสที่เท่าเทียมกันทางการศึกษา ซึ่งนโยบายดังกล่าวเป็นความบกพร่องในการบริหารจัดการงบประมาณที่อาจแก้ไขได้ เนื่องจากก่อนหน้านี้รัฐบาลได้สนับสนุนให้มีโรงเรียนขนาดเล็กมาโดยต่อเนื่อง และต้องมีแผนการดำเนินงานจัดจ้างครูอยู่พร้อมแล้ว แต่ต่อมารัฐก็ไม่อาจจัดหางบประมาณให้เพียงพอในการบริหารการศึกษาสำหรับโรงเรียนขนาดเล็กได้ จึงเป็นการบริหารจัดการที่ขาดประสิทธิภาพ ควรปรับการบริหารงบประมาณใหม่แทนการใช้วิธีกำหนดนโยบายยุบ ควบรวม โรงเรียนขนาดเล็ก

• นโยบายยุบ ควบรวมโรงเรียนขนาดเล็ก อาศัยตามระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการจัดตั้ง รวม หรือ เลิกสถานศึกษาขั้นพื้นฐาน พ.ศ. ๒๕๕๐ และพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งการดำเนินการ ดังกล่าวส่งผลกระทบให้ความสุขของเด็กลดน้อยลง เด็กเล็กต้องย้ายโรงเรียนและปรับพฤติกรรมการดำรงชีวิต ต้อง เดินทางไกลขึ้น ผู้ปกครองต้องมีค่าใช้จ่ายและภาระเพิ่มขึ้นจากการเดินทางส่งบุตรหลาน หรือจ้างรถยนต์ส่งบุตร หลานไปโรงเรียน ผลของการใช้ระเบียบดังกล่าวไม่ถูกต้องและไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๗๘ (๑) (๔) (๕) และ มาตรา ๘๐ (๑) (๓) และ (๔) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี เป็นการกระทบสิทธิเด็กในทางการศึกษา อันเป็นการละเมิด สิทธิเด็กเป็นการทั่วไป รวมทั้งบุคคลในครอบครัวเด็กด้วย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงเสนอมาตรการการแก้ไขปัญหาคือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

๑) คณะรัฐมนตรี โดยกระทรวงศึกษาธิการ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการจัดการศึกษา ต้องจัดการศึกษา ให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๔๔ “บุคคลย่อมมีสิทธิ เสมอกันในการรับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ โดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย...” และให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ ๓ ข้อ ๒๘ ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ โดยการกระทำของหน่วยงานรัฐจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุด เป็นลำดับแรก เด็กต้องได้รับการศึกษาบนพื้นฐานของโอกาสที่เท่าเทียมกันและมีคุณภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การศึกษาภาคบังคับที่ไม่เสียค่าใช้จ่าย ซึ่งต้องไม่มีเด็กที่เข้าไม่ถึงโอกาสการศึกษา

๒) กระทรวงศึกษาธิการควรปรับยุทธศาสตร์การบริหารงบประมาณในการบริหารการศึกษาสำหรับโรงเรียน ขนาดเล็ก โดยคำนึงถึงหลักการดังกล่าวในข้อ ๑) จึงควรปรับลดงบประมาณประจำปีที่ไม่จำเป็น และไม่คุ้มค่า การลงทุน นอกจากนี้ ให้เน้นเป้าหมายพัฒนาครู บุคลากรทางการศึกษา หลักสูตร วิธีการสอน รวมทั้งระดมบุคลากรที่มี ศักยภาพ เช่น ราษฎรชาวบ้าน เพื่อเข้ามาสนับสนุนการเรียนการสอนในโรงเรียน

๓) ควรพิจารณายกเลิกหรือปรับปรุงระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการจัดตั้ง รวม หรือเลิกสถานศึกษา ขั้นพื้นฐาน พ.ศ. ๒๕๕๐ ในส่วนที่เกี่ยวกับการรวม หรือเลิกสถานศึกษาขั้นพื้นฐาน

๔) คณะรัฐมนตรี โดยกระทรวงศึกษาธิการ กระทรวงมหาดไทย องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ควรให้ความสำคัญ กับนโยบายการกระจายอำนาจการจัดการศึกษา ซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ และพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒

๕) การจัดการศึกษาต้องมีนโยบายเกี่ยวกับการจัดการศึกษาที่ตระหนักถึงการมีส่วนร่วมของบิดามารดา ผู้ปกครอง ชุมชน และภาคประชาสังคม ภายใต้แนวคิดกระบวนการเรียนรู้ที่หลากหลาย ผ่านความสัมพันธ์ของ ครอบครัว ชุมชน สังคม วัฒนธรรมในท้องถิ่นและสิ่งแวดล้อม เพื่อเด็กได้พัฒนาในมิติที่รอบด้าน ทั้งนี้ ขอทราบผล การดำเนินการภายใน ๖๐ วันนับแต่ได้รับรายงานฉบับนี้



๑๘

คำร้องที่ ๓๔๔/๒๕๕๓: กรณีผู้อำนวยการโรงเรียนของรัฐแห่งหนึ่ง ไม่อนุญาตให้นักเรียนที่นับถือศาสนาอิสลามแต่งกายเครื่องแบบตามความเชื่อทางศาสนา

ผู้ร้องเรียนเมื่อวันที่ ๒๘ มิถุนายน ๒๕๕๓ ว่าผู้อำนวยการโรงเรียน บ. ไม่อนุญาตให้นักเรียนที่นับถือศาสนาอิสลามแต่งกายเครื่องแบบตามความเชื่อทางศาสนาอิสลาม ซึ่งเป็นการไม่ปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. ๒๕๔๒ ข้อ ๑๒ ที่กำหนดเครื่องแบบสำหรับนักเรียนที่นับถือศาสนาอิสลามไว้ว่า นักเรียนจะแต่งกายตามระเบียบดังกล่าวหรือจะแต่งกายตามแบบที่สถานศึกษากำหนดได้ตามความสมัครใจ ผู้ร้องจึงขอให้ตรวจสอบ

ความเห็นและมติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นว่า (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๕๗/๒๕๕๖) การที่โรงเรียน บ. ออกระเบียบและแนวปฏิบัติในการแต่งเครื่องแบบนักเรียนในระดับมัธยมศึกษาตอนต้นและตอนปลาย ว่าด้วยแนวปฏิบัติตนของนักเรียน พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งเป็นระเบียบที่ออกก่อนระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. ๒๕๕๑ จึงเป็นเหตุให้ไม่มีข้อกำหนดตามข้อ ๑๒ ที่ได้กำหนดเรื่องเครื่องแบบของนักเรียนที่นับถือศาสนาอิสลาม ดังนั้น จึงเห็นควรให้ผู้ถูกร้องพิจารณาแก้ไขระเบียบของโรงเรียนให้สอดคล้องกับระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการ โดยมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย เห็นว่าการออกระเบียบใดๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับศาสนานั้นจะต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๗ เพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ตามลักษณะคำร้องนี้อีก ควรให้กระทรวงศึกษาธิการติดตาม กำกับดูแลทั้งหมดหรือออกระเบียบของแต่ละสถานศึกษาให้เป็นไปตามระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการต่อไป

๑๙

คำร้องที่ ๒๑๙/๒๕๕๖: กรณีผู้ร้องอ้างว่านักเรียนไม่ผ่านการคัดเลือกเพราะปานบนใบหน้า

เมื่อวันที่ ๑๐ พฤษภาคม ๒๕๕๖ ผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าบุตรสาวของตนเรียนที่โรงเรียน ส. ได้สมัครสอบคัดเลือกเป็นนักเรียนดุริยางค์ทหารบก ในปีการศึกษา ๒๕๕๗ และปีการศึกษา ๒๕๕๖ ซึ่งบุตรสาวสอบไม่ผ่านทั้งสองครั้ง แต่ในการสอบเมื่อปีการศึกษา ๒๕๕๖ มีเจ้าหน้าที่ของโรงเรียนดุริยางค์ทหารบก อ้างว่าเป็นอาจารย์ของโรงเรียนได้เรียกผู้ร้องไปพบและแจ้งว่าบุตรสาวของผู้ร้องทำคะแนนได้ดี น้ำหนักส่วนสูง ผิวพรรณ ผ่านเกณฑ์ทั้งหมด แต่เนื่องจากบุตรสาวมีปานบนใบหน้า ทำให้ไม่ผ่านการคัดเลือก จากกรณีดังกล่าวผู้ร้องแจ้งว่าบุตรสาวมีอาการเครียด สภาพจิตใจยำแย่ จนต้องเข้ารักษาที่สถาบันจิตเวชศาสตร์ และเข้ารับการรักษापานบนใบหน้า จึงขอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบและขอให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องรับผิดชอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทางการศึกษา จึงมอบหมายให้คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล ดำเนินการตรวจสอบ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๗ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ และระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

แห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. ๒๕๔๕ ซึ่งดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงทั้งจากฝ่ายผู้ร้องและผู้ถูกร้อง

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล มีมติเห็นว่า (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๙๔/๒๕๕๗) การที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าบุตรสาวไม่ผ่านการสอบคัดเลือกเข้าศึกษาเป็นนักเรียนดุริยางค์ทหารบก เนื่องจากมีปานบนใบหน้านั้น **จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่า การที่บุตรสาวของผู้ร้องไม่ผ่านการสอบคัดเลือกนั้นเป็นผลจากคะแนนสอบ ไม่เกี่ยวข้องกับปานบนใบหน้าแต่อย่างใด** จึงไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุตรสาวผู้ร้อง แต่เพื่อยุติข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น คณะอนุกรรมการฯ ได้จัดให้ผู้ร้องและผู้ถูกร้องเจรจาไกล่เกลี่ยกันจนได้ข้อยุติ โดยผู้บัญชาการดุริยางค์ทหารบก (ผบ.คย.ทบ.) ยินดีให้ความช่วยเหลือบุตรสาวของผู้ร้อง ดังนี้

- ๑) ช่วยเหลือค่ารักษาพยาบาลเบื้องต้น จำนวน ๒๐,๐๐๐ บาท
- ๒) ในการรักษาใบหน้าของลูกสาวผู้ร้องแต่ละครั้งต่อเนื่องเป็นระยะเวลา ๑ ปี นับจากกันยายน ๒๕๕๖ - ๓๐ กันยายน ๒๕๕๗ ผบ.คย.ทบ. รับว่าจะจ่ายค่ารักษาตามจริงไม่เกินครั้งละ ๓,๐๐๐ บาท โดยต้องนำใบเสร็จมาเบิก
- ๓) ผบ.คย.ทบ. รับว่าจะช่วยเหลือเรื่องการประสานการเรียนดนตรีของบุตรสาวผู้ร้องและสนับสนุนค่าใช้จ่ายเรียนดนตรีสัปดาห์ละ ๑ วัน ๆ ละ ๒ ชั่วโมง ๖๐๐ บาทต่อวัน เพื่อพัฒนาความสามารถของบุตรสาวผู้ร้องจนถึงสิ้นปี ๒๕๕๖

ผู้ร้องยินดีและทำบันทึกข้อตกลงไว้เป็นหลักฐาน ตามมาตรา ๒๗ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง

อย่างไรก็ตาม คณะอนุกรรมการฯ ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับระเบียบกองทัพบก ว่าด้วยดุริยางค์ทหารบก พ.ศ. ๒๕๕๓ ตามผนวกข้อ ๓ เกี่ยวกับบัญชีโรคหรือความผิดปกติหรือความพิการซึ่งขัดต่อการเป็นนักเรียนดุริยางค์ทหารบก ข้อย่อย ๓.๑.๑.๓ ซึ่งระบุว่า “**แผลเป็นหรือปานที่หน้ามีเนื้อที่ตั้งแต่ ๑.๕ ตารางนิ้วขึ้นไป หรือมีความยาวมากจนดูหน้าเกลียด**” เป็นระเบียบที่อาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จึงมีความเห็นเสนอไปยังกองทัพบกเพื่อพิจารณาทบทวนระเบียบดังกล่าวให้เหมาะสม และสอดคล้องกับหลักการความเสมอภาคซึ่งรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ ต่อไป

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ แล้วเห็นว่า การที่บุตรสาวของผู้ร้องไม่ผ่านการสอบคัดเลือกเป็นผลจากคะแนนสอบข้อเขียน มิใช่เพราะเหตุที่มีปานบนใบหน้า บุตรสาวผู้ร้องจึงไม่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพในการศึกษาแต่อย่างใด ประกอบเพื่อยุติความขัดแย้ง ผู้ร้องและผู้ถูกร้องได้เจรจาไกล่เกลี่ยกันจนได้ข้อยุติ และได้จัดทำบันทึกข้อตกลงไว้เป็นหลักฐานแล้ว ตามมาตรา ๒๗ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงไม่มีการกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น

กรณีระเบียบกองทัพบก ว่าด้วยดุริยางค์ทหารบก พ.ศ. ๒๕๕๓ ตามผนวกข้อ ๓ เกี่ยวกับบัญชีโรคหรือความผิดปกติ หรือความพิการซึ่งขัดต่อการเป็นนักเรียนดุริยางค์ทหารบก ข้อย่อย ๓.๑.๑.๓ ซึ่งระบุว่า “**แผลเป็นหรือปานที่หน้ามีเนื้อที่ตั้งแต่ ๑.๕ ตารางนิ้วขึ้นไป หรือมีความยาวมากจนดูหน้าเกลียด**” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า **อาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จึงเห็นควรมีข้อเสนอแนะไปยังกองทัพบก เพื่อพิจารณาทบทวนระเบียบดังกล่าว** ให้มีความเหมาะสม และสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคซึ่งรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ ต่อไป



๒๐

คำร้องที่ ๒๘๒/๒๕๕๕: กรณีอ้างว่านักเรียนกลุ่มที่เรียกร้องสิทธิ ถูกเลือกปฏิบัติจากโรงเรียน

ผู้ร้องอยู่ในกลุ่มผู้ปกครองของนักเรียนโรงเรียน บ. ที่เรียกร้องสิทธิกลับเข้าศึกษาต่อโรงเรียนเดิมจำนวน ๓๖ คน หลังจากที่มีปัญหาภายในโรงเรียนเพราะเหตุที่นักเรียนกลุ่มดังกล่าวเรียกร้องสิทธิในการศึกษาต่อที่โรงเรียนเดิม ซึ่งต่อมาโรงเรียนผู้ถูกร้องได้รับนักเรียนกลุ่มดังกล่าวเข้าศึกษาต่อ แต่เข้าศึกษาได้เพียง ๑ สัปดาห์ **ถูกเลือกปฏิบัติจากโรงเรียน เช่น หนังสือเรียนที่ได้รับและกระบวนการเรียนการสอนก็แตกต่างจากนักเรียนภาคปกติ** รวมทั้งถูกกดดันและแสดงพฤติกรรมไม่เหมาะสมจากเพื่อนนักเรียนด้วยกัน ทำให้นักเรียนกลุ่มดังกล่าวได้รับผลกระทบจนส่งผลต่อการศึกษา

วันที่ ๑๕ กรกฎาคม ๒๕๕๕ ประธานอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ และความเสมอภาคของบุคคล ได้โทรศัพท์ประสานกับผู้อำนวยการโรงเรียนผู้ถูกร้อง ซึ่งผู้อำนวยการโรงเรียนรับจะดูแลนักเรียนกลุ่มดังกล่าวอย่างใกล้ชิดต่อไป หลังจากนั้นฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการฯ ได้ประสานกับผู้ร้องรายหนึ่งทางโทรศัพท์ ซึ่งเป็นผู้ปกครองของนักเรียนกลุ่มดังกล่าว ได้ทราบว่าได้รับการแก้ไขปัญหที่โรงเรียนแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาแล้วเห็นว่าเมื่อปัญหาร้องเรียนได้รับการแก้ไขแล้วจึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๕๔/๒๕๕๖)

๒๑

คำร้องที่ ๓๙๔/๒๕๕๑: กรณีเกี่ยวเนื่องกับเสรีภาพในการปฏิบัติตามหลักศาสนาและเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพในการศึกษา

ผู้ร้อง ขณะร้องเรียนเป็นนักศึกษาคณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งหนึ่ง ซึ่งศึกษาอยู่ชั้นปีที่ ๒ ไม่สามารถใช้ผ้าคลุมฮิญาบในขณะฝึกปฏิบัติงานบนหอผู้ป่วยในได้ เพราะขัดต่อระเบียบว่าด้วยเครื่องแต่งกายนักศึกษาของคณะพยาบาลศาสตร์ ของมหาวิทยาลัยดังกล่าว ซึ่งคำร้องเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิสตรี ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับเสรีภาพในการปฏิบัติตามหลักศาสนาและเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพในการศึกษาของเยาวชน

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคลพิจารณาแล้วเห็นว่า คณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัยดังกล่าวนั้น รับว่ากฎระเบียบดังกล่าวยังไม่เข้าถึงหลักการของศาสนาอิสลามและวัฒนธรรมของชาวมุสลิมเท่าที่ควร ซึ่งการใช้ผ้าคลุมฮิญาบที่มีลักษณะยาว จะเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ในหอผู้ป่วยใน ทางมหาวิทยาลัยจึงยอมให้นักศึกษาสามารถใส่ผ้าคลุมฮิญาบในรูปแบบกระชับรัดกุมสามารถทำงานได้สะดวกและเหมาะสมแก่การปฏิบัติหน้าที่ โดยมีประกาศคณะพยาบาลศาสตร์ ออกโดยมหาวิทยาลัย เรื่อง เครื่องแบบนักศึกษาที่นับถือศาสนาอิสลาม พ.ศ. ๒๕๕๒ เพื่ออนุญาตให้นักศึกษาหญิงมุสลิมคลุมฮิญาบและใช้ปลอกแขนสีขาวยาวเลยข้อศอกไม่เกิน ๒ นิ้วในขณะปฏิบัติการพยาบาลในหอผู้ป่วยใน (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๙๑/๒๕๕๖)

๒๒

คำร้องที่ ๔๗๘/๒๕๕๔: หลักความระมัดระวัง (Duty of Care) ในกรณีบริการสาธารณะ และการเยียวยาความเสียหาย

ผู้ร้องทั้งสามเป็นผู้ปกครองของนักเรียนที่บาดเจ็บและเสียชีวิตจากเหตุไฟไหม้บ้านพักครู ได้ร้องเรียนสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ขอความช่วยเหลือกรณีบุตรเสียชีวิตและบาดเจ็บจากเหตุไฟไหม้บ้านพักครู โรงเรียนในจังหวัดตาก เมื่อวันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๕๓ แต่สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานมีมติไม่จ่ายเงินชดเชยความเสียหายจากกรณีดังกล่าวให้กับครอบครัวผู้ร้องทั้งสาม

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาและมอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการ และความเสมอภาคของบุคคล ดำเนินการตรวจสอบ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๖๓๒/๒๕๕๔) ได้รับการชี้แจงจากสำนักงานพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จังหวัดตาก ดังนี้

ข้อ ๑ สำนักงานพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาจังหวัดตาก เขต ๑ ได้ชี้แจงว่า สำนักงานฯ ได้ช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกเบื้องต้น ดูแล และเยี่ยมนักเรียนที่บาดเจ็บ ร่วมงานศพนักเรียนที่เสียชีวิต ประสานส่วนงานราชการและหน่วยงานต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน นำเงินบริจาคช่วยเหลือผู้ปกครองรายละหนึ่งแสนเศษ

ข้อ ๒ ได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ผลการสอบข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าเหตุไฟไหม้เกิดจากความจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่ และได้รายงานให้กระทรวงการคลังพิจารณา กระทรวงการคลังโดยกรมบัญชีกลางแจ้งว่าให้รอผลคำพิพากษาของศาลจังหวัดตากที่ผู้ปกครองนักเรียนฟ้องคดีให้สำนักงานพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาจังหวัดตาก เขต ๑ สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน และกระทรวงศึกษาธิการชดเชยค่าเสียหาย

ข้อ ๓ ผู้ปกครองของนักเรียนที่เสียชีวิตและได้รับบาดเจ็บทำหนังสือยื่นขอเงินชดเชย แต่สำนักงานการศึกษาขั้นพื้นฐานแจ้งว่าไม่สามารถจ่ายค่าชดเชยได้เพราะเหตุเพลิงไหม้ครั้งนี้ได้เกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่โรงเรียน จึงไม่มีผู้ที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด

คณะอนุกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า การศึกษาเป็นเรื่องที่รัฐต้องจัดทำบริการสาธารณะ การที่บุคคลเข้าไปภายในพื้นที่ที่เป็นแหล่งบริการสาธารณะ เป็นความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งรวมถึงความปลอดภัยของชีวิตร่างกายทรัพย์สินในพื้นที่ที่เกิดเหตุ และหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ระมัดระวัง (Duty of Care) ดังนั้น พื้นที่บริเวณโรงเรียนก็เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องดูแลสอดส่องให้ความปลอดภัยต่อเด็กนักเรียน เนื่องจากการให้การศึกษาไม่ใช่เพียงการเรียนการสอนเท่านั้น หมายรวมถึงการดูแลความปลอดภัยให้เด็กด้วย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าโรงเรียนจัดอาหารและที่พักให้เด็กในระยะเวลาที่ศึกษาอยู่ เช่นนี้เป็นการยอมรับว่าโรงเรียนมีหน้าที่ตามหลัก “Duty of Care” แล้ว นอกจากนี้ ยังอาจพิจารณาว่าบุคลากรของโรงเรียนก็มีลักษณะเป็นผู้ปกครอง ตามนิยามมาตรา ๔ ให้ความหมายไว้ “ผู้ซึ่งรับเด็กไว้อุปการะเลี้ยงดูหรือซึ่งเด็กนั้นอาศัยอยู่ด้วย” และเมื่อเป็นผู้ปกครองของเด็กย่อมมีหน้าที่ตามนิยามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ โดยต้องคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลไม่ให้ตกอยู่ในภาวะอันน่าจะเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ



ในกรณีนี้แม้บุคลากรของโรงเรียนจะไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว แต่เนื่องจากการจัดการศึกษาเป็นการบริการสาธารณะอันเป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น กระทรวงศึกษาธิการยังคงต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าเสียหายตามหลัก Duty of Care โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่กระทำผิดหรือไม่

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย ดังนี้

ข้อ ๑ กระทรวงศึกษาธิการและกระทรวงการคลังควรร่วมกันหาวิธีการเยียวยาผู้เสียหายในกรณีนี้ โดยดำเนินการจัดสรรเงินงบประมาณหรือเงินนอกงบประมาณ เพื่อชดเชยเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียชีวิตและบาดเจ็บจากเหตุการณ์ไฟไหม้ครั้งนี้ นอกจากนี้ ควรดำเนินการจัดเตรียมงบประมาณไว้รองรับกรณีที่เกิดอุบัติเหตุหรือความรุนแรงทำให้เด็กได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิต เพื่อเยียวยาความเสียหายอย่างรวดเร็ว โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าเป็นความผิดที่ต้องมีผู้ได้รับผิดชอบหรือไม่

ข้อ ๒ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์และกระทรวงสาธารณสุขควรร่วมกันพิจารณาดำเนินการช่วยเหลือนักเรียนที่ได้รับบาดเจ็บและครอบครัวให้ได้รับการสงเคราะห์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๒๘ มาตรา ๓๒ (๗) มาตรา ๓๓ (๑) ประกอบกับระเบียบกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ว่าด้วยวิธีการสงเคราะห์เด็ก พ.ศ. ๒๕๔๗ ข้อ ๑๐ เช่น ช่วยเหลือเด็กให้ได้รับการฟื้นฟูร่างกายและจิตใจ รวมทั้งติดตามโรคเครียดและให้คำปรึกษาแนะนำ ภายใต้มาตรฐานสูงสุดเท่าที่มีการให้บริการด้านสาธารณสุข นอกจากนี้ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ควรพิจารณาเงินช่วยเหลือครอบครัวของเด็กที่ได้รับบาดเจ็บให้ได้รับเงินสงเคราะห์เพิ่มเติมตามระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติ ว่าด้วยการบริการกองทุน การพิจารณาอนุมัติการจ่ายเงิน และรายงานสถานะการเงิน และการบริหารกองทุนคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๘

ข้อ ๓ กระทรวงศึกษาธิการควรกำหนดวิธีการเพื่อรักษาความปลอดภัยให้กับเด็กนักเรียน เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ โดยเฉพาะในมาตรา ๓๒ ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแล พ.ศ. ๒๕๔๙ และควรกำหนดนโยบายให้สถานศึกษามีการเปิดทำประกันภัยให้แก่เด็กนักเรียนหรือนักศึกษา

๒๓

คำร้องที่ ๑๓๑/๒๕๕๗: กรณีเด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียน

กรณีกล่าวหาเด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศ ผู้ร้องเรียน ว่ากำลังศึกษาอยู่ชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๑ โรงเรียนเทศบาลประจำอำเภอหนึ่งในจังหวัดตรัง โดยผู้ร้องกล่าวอ้างว่า ได้มีบุคคลพยายามข่มขืนกระทำชำเราผู้ร้องที่โรงเรียน ซึ่งขณะนั้นผู้อำนวยการโรงเรียนได้ทราบเรื่องที่เกิดขึ้น แต่กลับไม่ดำเนินการแก้ไขปัญหา ผู้ร้องและผู้ปกครองได้เข้าร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนแต่คดีไม่คืบหน้า จึงขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่า เป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายอันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิเด็ก อันเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๗ จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ และมาตรา ๑๕

จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่าพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรเมืองตรัง ได้ส่งสำนวนการสอบสวนและส่งตัวผู้ต้องหา ๒ คนไปยังอัยการจังหวัดคดีเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรังแล้ว เมื่อวันที่ ๒๘ พฤษภาคม ๒๕๕๗ และศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรังได้พิพากษาลงโทษผู้ต้องหาไปแล้วหนึ่งราย ส่วนผู้ต้องหาที่ ๒ ยังไม่ได้รับผลคดีจากสำนักงานอัยการจังหวัดคดีเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรัง

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล พิจารณาแล้วปรากฏว่ากรณีที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย โดยมีบุคคลพยายามข่มขืนกระทำชำเราที่โรงเรียน ซึ่งขณะนั้นผู้อำนวยการโรงเรียนได้ทราบเรื่องแต่กลับไม่ดำเนินการแก้ไขปัญหานั้น ผู้ร้องและผู้ปกครองได้ไปแจ้งความร้องทุกข์กับพนักงานสอบสวนแต่คดีไม่ืบหน้า ซึ่งจากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่า กรณีตามคำร้องศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรังได้พิพากษาลงโทษผู้ต้องหาไปแล้ว ดังนั้น เมื่อศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรังได้มีคำพิพากษาแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงไม่อาจใช้อำนาจในการตรวจสอบและเสนอมาตรการการแก้ไขตามคำร้องได้ จึงเห็นควรยุติเรื่อง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ แล้ว เห็นควรยุติเรื่อง เนื่องจากศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรังได้พิพากษาแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงไม่อาจใช้อำนาจในการตรวจสอบและเสนอมาตรการการแก้ไขได้ ตามนัยมาตรา ๒๒ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒

อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์แก่การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เห็นควรส่งเรื่องไปให้กระทรวงศึกษาธิการเพื่อพิจารณาให้กำชับหน่วยงานในสังกัดมีมาตรการดูแลผู้เสียหายและแนวทางป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์เช่นกรณีนี้อีก (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๗๙๑/๒๕๕๘)



คำร้องที่ ๙๓/๒๕๕๕: กรณีขอเปลี่ยนคำนำหน้านามให้ตรงกับสภาพเพศ

ผู้ร้องร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่ามารดาของผู้ร้องให้กำเนิดผู้ร้องโดยสภาพเพศกำกวม กล่าวคือ มีทั้งอวัยวะเพศหญิงและชายในร่างกาย บิดาแจ้งเกิดระบุว่าผู้ร้องเป็นเพศชาย ผู้ร้องจึงใช้ชีวิตเพศชายแต่ใจเป็นหญิงจนกระทั่งอายุ ๑๙ ปี ผู้ร้องได้ผ่าตัด อวัยวะเพศชายออก โดยความยินยอมของบิดาและมารดา ประกอบกับแพทย์โรงพยาบาล ศ. ได้วินิจฉัยว่าผู้ร้องมีลักษณะจิตใจ การแสดงออก และความรู้สึกเป็นผู้หญิงชัดเจน ผู้ร้องจึงได้ปรึกษาเรื่องเปลี่ยนคำนำหน้านาม ณ ที่ว่าการอำเภอแห่งหนึ่ง ซึ่งเจ้าหน้าที่แจ้งว่า ไม่สามารถดำเนินการให้ได้

คำร้องนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าอยู่ในอำนาจพิจารณา จึงมอบหมายให้คณะอนุกรรมการด้านสิทธิผู้สูงอายุ ผู้พิการ บุคคลหลากหลายทางเพศ และการสาธารณสุข ดำเนินการตรวจสอบตามรายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๔๒/๒๕๕๗ พบข้อเท็จจริงจากการตรวจสอบของคณะอนุกรรมการฯ ได้ส่งหนังสือถึงอธิบดีกรมการปกครอง แจ้งว่า กรณีของผู้ร้อง อยู่ในเกณฑ์ที่จะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมข้อมูลทะเบียนราษฎร เพื่อให้ถูกต้อง



ตามความจริงได้ ตามพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๑๔ (๒) แต่ทางกรมการปกครองได้มีหนังสือแจ้งกลับมามีว่า ได้พิจารณาใบรับรองแพทย์และหลักฐานอื่นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งระบุว่ามิสภาพเพศกำกวมมาตั้งแต่เกิด ซึ่งได้รับการรักษาอย่างต่อเนื่อง โดยได้รับการวินิจฉัยและทดสอบกายภาพ สภาพจิตใจ มีลักษณะการแสดงออกทางร่างกายแบบหญิง สภาพจิตใจเป็นหญิงชัดเจน และได้รับการผ่าตัดรักษาโรคตามลักษณะแสดงออกทางร่างกายและจิตใจเป็นหญิงตามกำเนิดแล้ว ผู้ร้องย่อมสามารถแก้ไขรายการค่านำหน้านามตนเองในเอกสารการทะเบียนราษฎรให้ถูกต้องตรงตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏได้ โดยยื่นคำร้องต่อที่สำนักทะเบียนอำเภอหรือสำนักทะเบียนท้องถิ่นที่ผู้ร้องมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านปัจจุบัน

มติของคณะกรรมการด้านสิทธิของผู้สูงอายุ ผู้พิการ บุคคลหลากหลายทางเพศ และการสาธารณสุข พิจารณาจากคำร้องและเอกสารหลักฐานเห็นว่ากรณีของผู้ร้องอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎร เพื่อให้ถูกต้องตามความเป็นจริง ตามพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๑๔ (๒) ซึ่งเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลในการให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ จึงแจ้งไปยังผู้ร้องให้ดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อขอเปลี่ยนค่านำหน้านามจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องและรายงานของคณะกรรมการฯ แล้วเห็นว่าผู้ร้องมีสภาพเพศกำกวมมาตั้งแต่กำเนิด แต่ได้รับการรักษาผ่าตัดให้เป็นเพศหญิงแล้ว และกรมการปกครองเห็นว่าผู้ร้องอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะเปลี่ยนค่านำหน้านามได้ให้ตรงกับสภาพเพศที่แท้จริงของตนเองได้ เพื่อให้สามารถใช้ชีวิตความเป็นอยู่ทั้งร่างกายและจิตใจตามความจริงได้ตามปกติ ซึ่งผู้ร้องได้ดำเนินการยื่นขอแก้ไขค่านำหน้านามให้ตรงกับความเป็นจริงเรียบร้อยแล้ว จึงเห็นควรยุติเรื่อง

๒๕

คำร้องที่ ๔๙/๒๕๕๘: กรณีร้องเรียนเกี่ยวกับสถานะทางบุคคลของกลุ่มชาติพันธุ์

ผู้ร้องได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่านาย ว. ถือบัตรประจำตัวบุคคลที่ไม่มีสถานะทางทะเบียน และมีชาติพันธุ์ม้ง นาย ว. มีบุตร ๕ คน ที่เกิดในประเทศไทยมีบัตรประจำตัวบุคคลที่ไม่มีสถานะทางทะเบียนเช่นกัน นาย ว. ต้องการให้บุตรมีสัญชาติไทยจึงขอให้ช่วยเหลือ

คณะกรรมการด้านสิทธิเด็ก สตรี คนพิการ และความเสมอภาคของบุคคล และคณะกรรมการด้านสถานะบุคคลและสิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์ และแรงงานข้ามชาติ ซึ่งพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่า นาย ว. ยังไม่ได้ยื่นคำร้องเกี่ยวกับงานทะเบียนต่อหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่ยังไม่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการฯ จึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง

อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์แก่การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หากมีข้อมูลว่านาย ว. หรือบุพการีเป็นชาวไทยภูเขาดั้งเดิมติดแผ่นดิน เห็นควรให้นาย ว. ดำเนินการขอลงรายการสัญชาติไทยในทะเบียนราษฎรตามระเบียบสำนักทะเบียนกลาง ว่าด้วยการพิจารณาขอลงรายการสถานะบุคคลในทะเบียนราษฎรให้แก่บุคคลพื้นที่สูง พ.ศ. ๒๕๔๓ โดยหากนาย ว. ได้รับการพิจารณาให้ลงรายการสัญชาติดังกล่าว บุตรของนาย ว. ทั้ง ๕ คน ก็สามารถขอเพิ่มชื่อ

ในทะเบียนบ้านตามระเบียบสำนักทะเบียนกลาง ว่าด้วยการจัดทำทะเบียนราษฎร พ.ศ. ๒๕๐๓ ข้อ ๑๐๓ หรือหากพิสูจน์ไม่ได้ว่าเป็นชาวไทยภูเขาดั้งเดิมติดแผ่นดินที่มีบุพการีเกิดในราชอาณาจักรไทย ต้องพิจารณาตามกฎหมายในการกำหนดสถานะต่อไป ทั้งนี้ เมื่อนาย ว. ได้ดำเนินการยื่นคำร้องต่อหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่แล้ว **หากพบว่าหน่วยงานปฏิเสธไม่ดำเนินการหรือกระบวนการพิจารณาล่าช้า หรือปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน** นาย ว. สามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดำเนินการตรวจสอบใหม่ได้ อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีมติให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๙๕๒/๒๕๕๘)

๒๖

คำร้องที่ ๕๙๒/๒๕๕๖: กรณีสิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ

ผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าได้ไปคลอดบุตรที่โรงพยาบาลของรัฐแห่งหนึ่ง หลังจากนั้นปรากฏว่าบุตรของผู้ร้องมีความผิดปกติทางร่างกายหลายประการและกลายเป็นผู้พิการ โรงพยาบาลจ่ายค่าช่วยเหลือเบื้องต้น เป็นเงิน ๒๐,๐๐๐ บาท ต่อมา ผู้ร้องยื่นคำร้องขอรับเงินกรณีบุตรกลายเป็นผู้พิการต่อสำนักงานสาธารณสุขจังหวัดนครปฐม แต่ยังไม่มีการพิจารณา จึงขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดำเนินการตรวจสอบ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาแล้วมีความเห็นว่าผู้ร้องไม่ได้ยื่นคำร้องเพื่อขอรับเงินช่วยเหลือเบื้องต้นภายในกำหนด ๑ ปี ตามที่ข้อบังคับสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้น กรณีผู้รับบริการได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาล พ.ศ. ๒๕๔๙ กำหนดไว้ จึงทำให้ไม่มีสิทธิได้รับเงินช่วยเหลือเบื้องต้น เห็นว่า การกำหนดให้ยื่นคำร้องเพื่อขอรับเงินช่วยเหลือภายใน ๑ ปีนั้นไม่ใช่อายุความ แต่เป็นระยะเวลาการใช้สิทธิ หากมีเหตุขยายเวลาได้เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ ๓๖๒๒/๒๕๔๘ ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิแก่บุคคล ในการยื่นคำขอรับเงินช่วยเหลือเนื่องจากได้รับผลกระทบจากการรักษาพยาบาล แต่การกำหนดระยะเวลายื่นคำขอภายใน ๑ ปีนั้น บุคคลที่ได้รับผลกระทบอาจยังไม่ทราบถึงผลกระทบ เช่น กรณีผู้ร้องคลอดบุตรและยังไม่พบอาการผิดปกติในทันที แต่อาจพบอาการผิดปกติในปีต่อมา ทำให้ผู้เสียหายไม่อาจทราบได้ว่าสิทธิในการยื่นคำร้องเพื่อขอรับเงินช่วยเหลือนับตั้งแต่เมื่อใด นอกจากนี้ หากหน่วยผู้ให้บริการไม่ได้ยื่นคำร้องแทนผู้ได้รับผลกระทบ และไม่ได้แจ้งให้ผู้ได้รับผลกระทบทราบถึงสิทธิในการยื่นคำร้องขอรับเงินช่วยเหลือเบื้องต้นได้นั้น ดังนั้น เพื่อให้ผู้ได้รับผลกระทบเข้าถึงสิทธิดังกล่าว จึงมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติให้ปรับปรุงแก้ไขข้อบังคับการกำหนดระยะเวลายื่นคำขอภายใน ๑ ปี โดยกำหนดข้อยกเว้นหากมีเหตุสุดวิสัย ความจำเป็นโดยเทียบเคียงกับคำพิพากษาศาลฎีกา ดังกล่าวข้างต้น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย ให้สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติปรับปรุงแก้ไขข้อบังคับสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้น กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากการรักษาพยาบาล พ.ศ. ๒๕๔๙ โดยนำเอาคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ ๓๖๒๒/๒๕๔๘ ประกอบการพิจารณาตีความเกี่ยวกับระยะเวลาในการยื่นคำร้อง ควรกำหนดข้อยกเว้นเรื่องระยะเวลา ๑ ปี ไว้ด้วย เช่น มีเหตุสุดวิสัย มีเหตุสมควร หรือมีเหตุอื่นจำเป็นที่ไม่อาจยื่นคำร้องภายในกำหนดเวลา (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๒๗๗/๒๕๕๘)



คำร้องที่ ๔๕๗/๒๕๕๗: กรณีประเด็นการคุ้มครองพยาน

ผู้ร้องเรียนให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เพื่อประสานขอความคุ้มครองพยาน เนื่องจากผู้ร้องเป็นสามีของนางสาว จ. (นามสมมุติ) เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๙-๒๕๕๓ ได้มีชายฉกรรจ์ภายในหมู่บ้านเข้ามาร่วมกันข่มขืนภริยาผู้ร้อง หลังเกิดเหตุผู้ร้องและภริยาได้เข้าแจ้งความดำเนินคดีกับกลุ่มบุคคลดังกล่าวที่สถานีตำรวจภูธรคอนสาร จังหวัดชัยภูมิ แล้วยื่นฟ้องคดีต่อศาล ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องจำเลย ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน ปัจจุบันคดีอยู่ระหว่างพิจารณาของศาลฎีกา หลังจากนั้นกลุ่มบุคคลดังกล่าวได้ยื่นฟ้องผู้ร้องและภริยาต่อศาลจังหวัดภูเก็ต ในข้อหาเบิกความเท็จ ตามคดีหมายเลขดำที่ อ. ๑๒๔๖/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ๒๕๕๗ ผู้ร้องเกรงว่าจะไม่ได้รับความปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย เนื่องจากกลุ่มบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีอิทธิพล

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแจ้งให้อธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม เพื่อพิจารณาดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ ตามนัยมาตรา ๑๘ (๔) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ แจ้งผลการพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองความปลอดภัย ว่าผู้ร้องถูกดำเนินคดีในข้อหาเบิกความเท็จในการพิจารณาคดีต่อศาล จากคดีที่เคยเป็นพยานและผู้เสียหายในกรณีนางสาว จ. (นามสมมุติ) ภริยาผู้ร้องถูกข่มขืนโดนชายฉกรรจ์ภายในหมู่บ้าน จังหวัดชัยภูมิ ซึ่งศาลจังหวัดชัยภูมิพิพากษาจำคุกนางสาว จ. (นามสมมุติ) ภริยาผู้ร้อง ๒ ปี ๖ เดือน ส่วนผู้ร้องยังคงหลบหนีหมายจับของศาลจังหวัดชัยภูมิ จากข้อหาเดียวกันกับภริยาผู้ร้อง สถานะผู้ร้องจึงไม่ใช่พยานในคดีอาญา ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. ๒๕๔๖ จึงมีคำสั่งไม่อนุมัติให้ใช้มาตรการทั่วไปในการคุ้มครองพยานรายนี้ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพได้มีหนังสือแจ้งผู้ร้องให้ใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ตามมาตรา ๒๐ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. ๒๕๔๖

คณะอนุกรรมการพิจารณาเรื่องร้องเรียนและกลั่นกรองรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามที่ผู้ร้องประสงค์ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติประสานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อคุ้มครองผู้ร้องในฐานะพยานนั้น กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพได้พิจารณาและแจ้งผลการพิจารณาว่ากรณีของผู้ร้องไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองพยานในคดีอาญา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. ๒๕๔๖ จึงมีคำสั่งไม่อนุมัติให้ใช้มาตรการคุ้มครองพยานรายนี้ ทั้งนี้ ได้มีหนังสือแจ้งสิทธิให้ผู้ร้องอุทธรณ์คำสั่งได้ตามมาตรา ๒๐ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. ๒๕๔๖ จึงเห็นควรยุติเรื่อง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาคำร้องประกอบความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ แล้ว มีมติให้ยุติเรื่อง



คำร้องที่ ๔๗๔/๒๕๕๖: กรณีบุตรสาวถูกเพื่อนชายล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียน

ผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อ ๑๗ กันยายน ๒๕๕๖ ว่าบุตรสาวผู้ร้อง ชื่อ นางสาวเอ (นามสมมุติ) อายุ ๑๗ ปี กำลังศึกษาในชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๔ ที่โรงเรียน ส. ซึ่งเป็นโรงเรียนประจำของรัฐแห่งหนึ่งในเขตปริมณฑล เป็นผู้มีความบกพร่องทางการได้ยิน แต่สามารถฟังได้บ้าง หรือพูดได้บ้าง เมื่อมีเครื่องช่วยฟังสามารถสื่อสารเป็นคำสั้น ๆ และมีโรคประจำตัว คือ โรคหัวใจรั่ว **ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการปฏิบัติของโรงเรียน และครูประจำชั้น กรณีบุตรสาวถูกเพื่อนชายล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียนและได้แจ้งความดำเนินคดีแล้ว แต่คดีความไม่คืบหน้า**

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพและร่างกาย อันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิเด็ก สิทธิสตรี และคนพิการ จึงมอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล ดำเนินการตรวจสอบ โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๗ (ซึ่งบังคับใช้ในขณะนั้น) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ หมวด ๓ ระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. ๒๕๔๕ สรุปผลการตรวจสอบ ดังนี้

ผู้ร้องอ้างว่า นางสาวเอ เป็นเด็กพิเศษ บกพร่องทางการได้ยิน มีโรคหัวใจรั่วเป็นโรคประจำตัว มีอาการเส้นเลือดแดงรั่วตรงรอยต่อ แพทย์รักษาโดยการใส่คอยเทียม ถูกเพื่อนนักเรียนชาย ชื่อ นาย ก. (นามสมมุติ) อายุ ๑๘ ปี ช่มชืดกระทำชำเราในห้องน้ำชายของโรงเรียน หลังเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวทางโรงเรียนไม่เคยแจ้งให้ผู้ร้องทราบเกี่ยวกับการสอบสวนพฤติกรรมเด็กนักเรียน แต่ผู้ร้องทราบเรื่องจากการสังเกตจากอาการของนางสาวเอ บุตรสาว ซึ่งมีอาการซึมเศร้า ไม่ยอมพูด เก็บตัว ไม่รับประทานอาหาร นางสาวเอได้บอกกับกล่าวว่าในช่วงที่เรียนอยู่ในชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๑ เคยถูกเพื่อนผู้ชายหลายคนใช้จานตีหัว และแทงด้วยปากกา แต่กรณีถูกช่มชืดในห้องน้ำ นางสาวเอยืนยันว่านาย ก. ใช้กำลังบังคับกระชากเข้าไปในห้องน้ำ และไม่มีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับนาย ก. มาก่อน ผู้อำนวยการโรงเรียนชี้แจงว่าขณะเกิดเหตุติดราคารายนอก จึงไม่ได้ติดต่อผู้ปกครองเข้ามาที่โรงเรียนทันที และในช่วงเวลาเรียนจะไม่มีครูเดินตรวจห้องน้ำซึ่งเป็นสถานที่เกิดเหตุ เพราะครูต้องสอนในห้องเรียน ผู้ร้องได้แจ้งความดำเนินคดีกับนาย ก. และศาลได้พิพากษาถึงที่สุดลงโทษนาย ก. ตามคำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดนนทบุรี และใบสำคัญแสดงว่าคดีถึงที่สุด คดีหมายเลขแดงที่ ๗๐/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๑๙ มิถุนายน ๒๕๕๗

ต่อมา หลังเกิดเหตุครูประจำชั้นที่โรงเรียนยังกล่าวหา นางสาวเอ “ว่าเป็นโรคขาดผู้ชายไม่ได้ ต้องนำไปบำบัดมีฮอร์โมนผิดปกติเพราะเป็นผู้พิการ” เป็นเหตุให้ผู้ร้องแจ้งความร้องทุกข์ในข้อหาหมิ่นประมาท แต่เนื่องจากพยานหลักฐานไม่เพียงพอ พนักงานอัยการศาลแขวงนนทบุรีสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา กรณีนางสาวเอ ถูกครูประจำชั้นทำร้ายร่างกายโดยใช้ไม้ชนโกตี กระชากผมและตีที่หลังบุตรสาวของผู้ร้อง เป็นเหตุให้เกิดอาการชกนั้น ผู้ร้องเห็นว่าแม่ไม่มีเลือดตกยางออก แต่ส่งผลให้เกิดภาวะทางจิตใจและเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อคอยเทียมที่หัวใจ อาจถึงขั้นเสียชีวิตได้



ปัจจุบันผู้ร้องได้ย้ายนางสาวเอ ไปเรียนอีกโรงเรียนหนึ่งในจังหวัดใกล้เคียง ซึ่งได้ให้การดูแลเอาใจใส่อย่างดี และบุตรสาวผู้ร้องมีโอกาสไปแข่งขันความรู้เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์และได้รับรางวัล สร้างชื่อเสียงให้แก่โรงเรียนดังกล่าว

จากที่ลงพื้นที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการฯ พบว่าโรงเรียนดังกล่าวมีสภาพแวดล้อมที่มีมุมอับหลายที่ โดยเฉพาะบริเวณหน้าห้องน้ำชายที่เป็นสถานที่เกิดเหตุ ซึ่งอยู่ใกล้รั้วด้านหลังโรงเรียน ภายในโรงเรียนไม่ปรากฏว่ามีกล้องวงจรปิด (CCTV) ที่ใช้ป้องกันเหตุอันตราย รั้วของโรงเรียนมีลักษณะต่ำเกินไปสามารถปีนข้ามได้

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคลได้พิจารณาคำร้องและรับฟังข้อเท็จจริงทั้งสองฝ่ายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ตลอดจนหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง สรุปได้ว่า

๑. กรณีนางสาวเอ ถูกนาย ก. นักเรียนโรงเรียนเดียวกันข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ร้องได้แจ้งความร้องทุกข์ และศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดนนทบุรีได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดลงโทษนาย ก. ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว

๒. กรณีนางสาวเอ ถูกครูประจำชั้นทำร้ายร่างกายนั้น ผู้ร้องได้แจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรบางบัวทอง และพนักงานอัยการสั่งฟ้องครูผู้ก่อเหตุ ฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายต่อศาลแขวงจังหวัดนนทบุรี ตามคำฟ้องคดีหมายเลขคำที่ ๔๘๙๔/๒๕๕๗

๓. กรณีครูประจำชั้นของนางสาวเอ ต่อว่าผู้ร้องและใส่ร้ายว่านางสาวเอ “เป็นโรคหิวผู้ชายต้องนำไปบำบัด มีฮอร์โมนผิดปกติเพราะเป็นพิการ” ผู้ร้องได้แจ้งความร้องทุกข์ แต่พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องเนื่องจากพยานหลักฐานไม่เพียงพอ คณะกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้คำสั่งพนักงานอัยการเป็นที่สุด แต่ข้อเท็จจริงยังไม่ยุติ โรงเรียนส. ยังมีอำนาจสืบสวนสอบสวนข้อเท็จจริงและดำเนินการต่อไป ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อเท็จจริงจะปรากฏเป็นประการใด แต่สถานศึกษาจะต้องตระหนักถึงการอบรม ฝึกทักษะ ปรับทัศนคติให้กับบุคลากรในสถานศึกษาทุกคนให้ปฏิบัติต่อเด็กพิการอย่างถูกต้อง เหมาะสม เคารพและคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

๔. กรณีสถานที่และสภาพแวดล้อมที่อาจก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยในสถานศึกษา พิจารณาแล้วว่าโรงเรียนส. มีมุมอับหลายที่ ไม่มีการติดตั้งกล้องวงจรปิด (CCTV) โรงเรียนในฐานะหน่วยงานที่มีหน้าที่โดยตรงในการรักษาความปลอดภัยภายในโรงเรียน เมื่อเกิดการละเมิดทางเพศหรือทำร้ายร่างกายในโรงเรียน ผู้บริหารตลอดจนบุคลากรที่เกี่ยวข้องก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบได้ ตามหลักปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care) กล่าวคือ การที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบ ดูแลไม่ให้เกิดความเสียหายแก่นักเรียน บุคลากร และโรงเรียน อีกทั้งต้องดูแลโรงเรียนหรือบุคลากรไม่ให้ดำเนินการโดยสร้างความเสียหายแก่สังคมด้วย

นอกจากนี้ กรณีที่โรงเรียนลือคฤณแจประตูลอนเพื่อรักษาความปลอดภัยและป้องกันเด็กนักเรียนหนีออกนอกอาคาร ถึงแม้ว่ามีครูเวรเฝ้าตัวอาคารก็ตาม คณะกรรมการฯ เห็นว่าน่าจะเกิดอันตรายขึ้นได้หากมีการไฟไหม้หรือมีเหตุการณ์ฉุกเฉินอื่น ๆ ทั้งยังอาจเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของนักเรียนเกินสมควรอีกด้วย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะกรรมการฯ แล้วมีความเห็นว่า กรณีตามคำร้องเป็นประเด็นเดียวกับเรื่องที่ฟ้องเป็นคดีต่อศาลแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงไม่อาจใช้อำนาจตรวจสอบและเสนอมาตรการการแก้ไขได้ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๒๒ จึงเห็นควรยุติเรื่อง และมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อโรงเรียน ส. สำนักบริหารการศึกษาศึกษาพิเศษ และกระทรวงศึกษาธิการ โดยมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติติดตามผลการดำเนินการต่อไป ดังนี้

- ๑) โรงเรียน ส. หรือต้นสังกัดปัจจุบันสมควรพิจารณาดำเนินการในส่วนที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าครูประจำชั้นกระทำละเมิดทางวาจาต่อนางสาวเอ บุตรสาวผู้ร้อง ตามอำนาจหน้าที่ หรืออำนาจความยุติธรรมให้แก่ทุกฝ่าย
- ๒) โรงเรียน ส. สมควรปรับปรุงสภาพแวดล้อม และอาคารสถานที่ของโรงเรียนให้มีความปลอดภัย เช่น ติดตั้งกล้องวงจรปิด (CCTV) การปรับปรุงห้องน้ำ และบริเวณจุดเสี่ยงอื่น ๆ รวมถึงการบริหารจัดการเชิงระบบเพื่อสร้างมาตรการป้องกันเหตุการณ์ความไม่ปลอดภัยภายในโรงเรียน เป็นต้น
- ๓) โรงเรียน ส. สมควรพิจารณามาตรการอื่นในการป้องกันไม่ให้เกิดกลบบทนี้ และมีแผนป้องกันความเสียหายในชีวิตและร่างกายกรณีเกิดเพลิงไหม้หรือเหตุฉุกเฉินอื่น รวมถึงการติดตั้งกล้องวงจรปิด (CCTV) แทนการลือคฤณแจประตูของอาคารนอน
- ๔) สำนักบริหารการศึกษาศึกษาพิเศษและกระทรวงศึกษาธิการให้ความสำคัญกับการฝึกอบรมให้ความรู้ ปรับทัศนคติให้กับครู อาจารย์ บุคลากรทางการศึกษา และแจ้งเจ้าหน้าที่ทุกคนรวมถึงพ่อแม่ผู้ปกครองให้ปฏิบัติต่อเด็กพิการอย่างถูกต้อง เหมาะสม โดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขในสังคมเป็นสำคัญ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๙๔/๒๕๕๗)

๒๙

คำร้องที่ ๗๔/๒๕๕๕: กรณีเกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม

ผู้ร้องได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าผู้ร้องกับนายเอ (นามสมมุติ) ได้ทะเลาะวิวาทกันบริเวณลานจอดรถของโรงแรม อ. เมื่อวันที่ ๖ มกราคม ๒๕๕๔ เป็นเหตุให้ผู้ร้องและนายเอ ได้รับบาดเจ็บ ต่อมาพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจนครบาลลุมพินี ได้แจ้งข้อกล่าวหาต่อผู้ร้องว่าพยายามฆ่าผู้อื่น โดยไม่มีการแจ้งข้อกล่าวหานายเอ คู่กรณี ผู้ร้องเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม จึงขอให้ตรวจสอบ กรณีนี้ข้อเท็จจริงคำร้องเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม อันอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๗ วรรคหนึ่ง (๑) ซึ่งมีผลบังคับอยู่ขณะตรวจสอบ และพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๕ คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านสิทธิในกระบวนการยุติธรรมดำเนินการตรวจสอบพบว่า มีประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจนครบาลลุมพินี กระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีสืบสวนคดีที่ผู้ร้องตกเป็นผู้ต้องหาด้วยความเป็นธรรมหรือไม่

คณะอนุกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่าในการสอบสวนคดีอาญา พนักงานสอบสวนต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องคดี เพื่อเป็นการพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา การแจ้งข้อกล่าวหาพนักงานสอบสวนสามารถใช้ดุลพินิจที่อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานตามสมควร เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเมื่อวันที่ ๖ มกราคม ๒๕๕๔ ตำรวจไปถึงที่เกิดเหตุพบผู้ร้องยืนรอมอบตัว ส่วนนายเอถูกนำตัวไปรักษาที่โรงพยาบาลตำรวจ โดยพนักงานสอบสวนแจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ร้องว่าทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยที่ผู้ร้องให้ข้อเท็จจริงว่านายเอ ทำร้ายผู้ร้องก่อนผู้ร้องจึงทำเพื่อป้องกันตัว พิจารณาแล้วคำให้การของผู้ร้องต่อพนักงานสอบสวนไม่ปฏิเสธว่าผู้ร้องมิได้ทำร้าย



ร่างกายนายเอ ดังนั้น การที่พนักงานสอบสวนอาศัยข้อเท็จจริงคำให้การนี้ ประกอบกับพยานหลักฐานขณะนั้น คือ อาวุธมีด และขวาน แล้วแจ้งข้อหาทำร้ายร่างกายผู้อื่น รวมถึงแจ้งข้อกล่าวหาเพิ่มเติมว่าพยายามฆ่าผู้อื่น ภายหลังได้รับเอกสารการชันสูตรบาดแผลของนายเอ คู่กรณี ซึ่งปรากฏว่ารุนแรงอาจถึงแก่ชีวิตได้ จึงถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในการแจ้งข้อกล่าวหาภายใต้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานตามสมควรแล้ว

สำหรับกรณีที่ผู้ร้องร้องเรียนว่าพนักงานสอบสวนดำเนินคดีแต่ผู้ร้องฝ่ายเดียว โดยมีได้แจ้งข้อกล่าวหาแก่นายเอ คู่กรณีด้วยนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าภายหลังที่พนักงานสอบสวนได้แจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ร้องแล้ว ได้สอบปากคำนายเอ คู่กรณี ที่โรงพยาบาล และสอบปากคำพยานแวดล้อมที่อยู่บริเวณที่เกิดเหตุ จำนวน ๒ คน สรุปว่าผู้ร้องเป็นผู้ทำร้ายร่างกายนายเอ ฝ่ายเดียว พยานแวดล้อมเห็นผู้ร้องทำร้ายนายเอ ฝ่ายเดียว ประกอบกับพนักงานสอบสวนได้พิจารณาผลตามร่างกายผู้ร้องพบว่าได้รับบาดเจ็บบริเวณหน้าผากเพียงเล็กน้อยและบริเวณข้อศอกพบรอยถลอก ไม่ทราบที่เกิดจากสาเหตุใด จึงมิได้แจ้งข้อกล่าวหานายเอ พิจารณาแล้วเห็นว่าพนักงานสอบสวนใช้ดุลพินิจในการไม่แจ้งข้อกล่าวหานายเอ เป็นไปตามพยานหลักฐานที่ปรากฏ มิได้เป็นการกระทำ หรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือปฏิบัติไม่เป็นธรรมแก่ผู้ร้องอย่างใด ทั้งนี้ หากผู้ร้องมีพยานหลักฐานที่พิสูจน์ได้ว่าผู้ร้องป้องกันตัวจากการทำร้ายของนายเอก็สามารถยกข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่อสู้ในชั้นศาลได้

อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนนั้น สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้มีคำสั่งที่ ๔๑๔/๒๕๕๖ ลงวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๕๖ เรื่อง กำหนดการอำนวยความสะดวกในคดีอาญา การทำสำนวนสอบสวน และมาตรการควบคุม ตรวจสอบ เฝ้าระวังการสอบสวนคดีอาญาของพนักงานสอบสวน โดยกำหนดให้พนักงานรับแจ้งเหตุและลงหลักฐานรับคำร้องทุกข์หรือคำกล่าวโทษและรับดำเนินการสอบสวนโดยไม่ชักช้า ซึ่งจากการตรวจสอบข้อเท็จจริงปรากฏว่าพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจนครบาลลุมพินีได้รับร้องทุกข์ตั้งแต่วันที่ ๖ มกราคม ๒๕๕๔ แต่สรุปสำนวนการสอบสวนส่งผู้บังคับบัญชา วันที่ ๓๐ ตุลาคม ๒๕๕๖ โดยใช้ระยะเวลาทั้งสิ้น ๒ ปี ๙ เดือน โดยสถานีตำรวจนครบาลลุมพินีชี้แจงว่า เนื่องจากคดีมีพนักงานสอบสวนรับผิดชอบหลายคน และจากการตรวจสอบพบว่า ร้อยตำรวจเอก บ. ได้ทำสำนวน เป็นเวลา ๑ ปี ๗ เดือน ยังไม่เสร็จแล้วย้ายไปสถานีตำรวจนครบาลทุ่งมหาเมฆ และทางสถานีตำรวจนครบาลลุมพินีได้มีหนังสือไปยังสถานีตำรวจนครบาลทุ่งมหาเมฆเพื่อพิจารณาข้อบกพร่องดังกล่าว คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมเห็นว่า การตรวจสอบข้อเท็จจริงเสร็จสิ้นแล้ว จึงเห็นควรยุติการตรวจสอบและเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาผลการตรวจสอบข้อเท็จจริง เห็นว่า กรณีตามคำร้องพนักงานสอบสวนได้ดำเนินการตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว อีกทั้งสถานีตำรวจนครบาลลุมพินีได้มีหนังสือแจ้งให้สถานีตำรวจนครบาลทุ่งมหาเมฆพิจารณาเรื่องทำการสอบสวนล่าช้าไปตามอำนาจหน้าที่แล้ว จึงมีมติให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๓๗๕/๒๕๕๗)

๓๐

คำร้องที่ ๓๖๒/๒๕๕๖: กรณีการแถลงข่าวอันกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคล

ผู้ร้องร้องเรียนว่า อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษกับพวกได้ร่วมกันแถลงข่าว กรณีสอบสวนคดีพิเศษออกหมายเรียกผู้ร้องซึ่งเป็นลูกศิษย์ของนาย ว. เพื่อให้ปากคำกรณีนาย ว. ถูกกล่าวหาว่าหลอกลวงประชาชน ซึ่งในการแถลงข่าวกรมสอบสวนคดีพิเศษแจ้งต่อสื่อมวลชนว่าผู้ร้องเคยมีประวัติถูกออกหมายจับคดีภัยคุกคามทรัพย์ และอาจมีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในข้อหาอื่นๆ อีกทั้งเคยถูกจับกุมในคดีชุมนุมทางการเมือง ต่อมา สื่อมวลชนได้นำข้อมูลไปลงหนังสือพิมพ์หลายฉบับ ทำให้ผู้ร้องได้รับความเสียหายเสื่อมเสียชื่อเสียง ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล จึงขอให้ตรวจสอบกรณีดังกล่าว

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมแล้ว เห็นว่า เนื่องจากผู้ร้องไม่จัดส่งเอกสารหรือพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องมาให้พิจารณาภายในกำหนดเวลา และไม่ได้แจ้งเหตุขัดข้องในการจัดส่งเอกสารพยานหลักฐาน จึงต้องพิจารณาคำร้องตามเอกสารและข้อมูลที่รวบรวมได้ ซึ่งประเด็นที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษและพวกแถลงข่าวเกี่ยวกับประวัติส่วนบุคคลทำให้ผู้ร้องเสียชื่อเสียง จากการตรวจสอบพยานหลักฐานพบว่าข้อความที่ปรากฏในหนังสือพิมพ์เป็นการรายงานข่าวของผู้สื่อข่าวไม่ปรากฏว่าได้ข้อมูลผู้ร้องมาจากที่ใด ประกอบกับในวันแถลง กรมสอบสวนคดีพิเศษชี้แจงว่าไม่ได้พาดพิงถึงผู้ร้อง รวมถึงมิได้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับพยานหลักฐานแห่งคดีที่จะมีผลให้เสียรูปคดี ทั้งนี้ ยังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงตามที่ผู้ร้องร้องเรียนมา อีกทั้งผู้ร้องได้ใช้สิทธิในการร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนและฟ้องคดีต่อกรมสอบสวนคดีพิเศษ และหนังสือพิมพ์ทุกฉบับซึ่งคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาและการดำเนินการของพนักงานอัยการจังหวัดนนทบุรี รวมทั้งผู้ร้องยังได้ร้องเรียนไปยังกองบังคับการปราบปรามด้วย กรณีร้องเรียนจึงอยู่ในกระบวนการยุติธรรมแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงมีมติให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๕๐๖/๒๕๕๗)



คำร้องที่ ๕๔๔/๒๕๕๔ เรื่อง สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของเด็ก

ผู้ร้องกับพวกรวม ๖ คน ได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อวันที่ ๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๕๔ ว่า ผู้อำนวยการโรงเรียนมัธยมศึกษาแห่งหนึ่งใน จ.สุราษฎร์ธานี (ในขณะนั้น) มีพฤติกรรมใช้ความรุนแรงกับนักเรียน และบริหารงานไม่โปร่งใส จึงขอให้ตรวจสอบ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่าเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายอันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิเด็ก ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ และมาตรา ๑๕

จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่ากระทรวงศึกษาธิการ โดยสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ได้มอบหมายให้ผู้อำนวยการสำนักบริหารงานการมัธยมศึกษาตอนปลายและคณะ ตรวจสอบข้อเท็จจริงและเสนอแนวทางแก้ไขปัญหา และตั้งคณะกรรมการสอบสวน ซึ่งข้อกล่าวหาของผู้ร้องไม่เป็นความจริงที่ว่าคณะกรรมการไม่ตรวจสอบข้อมูลจากผู้ร้องและคณะ นอกจากนี้ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษา เขต ๑๑ ได้แต่งตั้งคณะกรรมการ ๒ ชุดในการตรวจสอบ ซึ่งคณะกรรมการทั้ง ๒ ชุดมีความเห็นว่าผู้ถูกร้องไม่ได้มีพฤติกรรมส่อไปในทางทุจริต ส่วนประเด็นการกล่าวหาว่าผู้ถูกร้องมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม เช่น การใช้ถ้อยคำหยาบคาย การใช้ความรุนแรงกับนักเรียน เป็นต้น คณะกรรมการเห็นว่าไม่มีหลักฐานว่าผู้ร้องมีพฤติกรรมตามที่กล่าวหา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้ว เห็นว่าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ ประกอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ว่าด้วยเรื่องสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายอันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิเด็กนั้น รัฐธรรมนูญได้รับรองคุ้มครองว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษตามคำพิพากษาหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีโหดร้าย หรือไร้มนุษยธรรม และบุคคลย่อมเสมอกันในทางกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายภาพหรือสุขภาพ สถานะบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจและสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ ตามมาตรา ๓๐ ประกอบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ ได้รับรองและคุ้มครองไว้ว่าห้ามมิให้ผู้ใดกระทำความอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจเด็ก รวมถึงบังคับ ชูเชื้อ ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนที่ไม่สมควร ทำให้เด็กมีความประพฤติดีเสี่ยงต่อการกระทำผิด

จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงกรณีตามคำร้องเป็นประเด็นการบริหารภายในของหน่วยงานในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) ซึ่งสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษา เขต ๑๑ ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นไปตามระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ ประกอบกับสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) ได้ดำเนินการมอบหมายให้ผู้อำนวยการสำนักบริหารงานการมัธยมศึกษาตอนปลายและคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริงอีกชั้นหนึ่ง เพื่อเกิดความโปร่งใสทุกฝ่าย โดยคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริงทั้ง ๒ ชุด ต่างมีความเห็นที่สอดคล้องกันว่า กรณีร้องเรียนดังกล่าวไม่มีมูลตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง ทั้งนี้ ผู้ร้องสามารถใช้สิทธิดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดได้

ดังนั้น เป็นกรณีที่หน่วยงานซึ่งมีอำนาจหน้าที่โดยตรงได้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่แล้ว จึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ แล้วมีมติให้ยุติเรื่อง เนื่องจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงได้ดำเนินการตรวจสอบและให้ความเป็นธรรมกับทุกฝ่ายตามข้อร้องเรียนทุกประเด็นแล้ว ทั้งนี้ ผู้ร้องสามารถใช้สิทธิดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดได้

๓๒

คำร้องที่ ๒๖๑/๒๕๕๕: กรณีอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิในกระบวนการยุติธรรม

ผู้ร้องถูกจับกุมและถูกฟ้องร้องว่ามีความผิดต่อพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ และพระราชบัญญัติอาวุธปืน อันประกอบด้วย ความผิดฐานเสพยาเสพติดประเภท ๑ ความผิดฐานมียาเสพติดประเภท ๑ ไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย และความผิดฐานมีอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนโดยไม่ได้รับอนุญาต ในวันที่ถูกจับกุม นางสาวเอ (นามสมมุติ) พร้อมเพื่อนได้นัดหมายมาพบผู้ร้องที่บ้านพัก ผู้ร้องได้นำยาไอซ์มาร่วมเสพกันทุกคน จากนั้นเวลาประมาณ ๐๓.๐๐ น. นางสาวเอขอตัวกลับและขอซื้อยาไอซ์ แต่ผู้ร้องปฏิเสธไม่ขายให้และออกมาส่งนางสาวเอ ขณะนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจได้เข้าทำการจับกุมและตรวจค้นบ้านพัก และตรวจยึดทรัพย์สินผู้ร้องหลายรายการ ต่อมา มีเจ้าหน้าที่ตำรวจนำบันทึกการตรวจยึดทรัพย์สิน โดยสาระสำคัญตอนท้าย มีข้อความว่า “จากการสอบถามผู้ร้องให้การรับสารภาพว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้จากการจำหน่ายยาเสพติด (ยาไอซ์และยาอี) จริง” ผู้ร้องไม่ยอมลงลายมือชื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงเขียนด้วยลายมือว่า ผู้ต้องหาไม่ยอมลงลายมือชื่อ

หลังจากผู้ร้องถูกควบคุมตัวอยู่ที่เรือนจำกลางอุดรธานี ประมาณ ๑ เดือน ศาลให้ประกันตัวออกมา ผู้ร้องได้มาตรวจสอบทรัพย์สินที่โรงงานปรากฏว่าทรัพย์สินหายไปหลายรายการ และมีทรัพย์สินที่ไม่มีการลงบันทึกการตรวจยึดสูญหายไปด้วย ผู้ร้องไปแจ้งความต่อสถานีตำรวจภูธรหนองหานเพื่อเป็นหลักฐาน ต่อมา ผู้ร้องมอบหมายให้ทนายความรวบรวมพยานหลักฐานต่อสู้คดี จึงได้พบว่าบันทึกการตรวจยึดทรัพย์สินที่ผู้ร้องไม่ยอมลงลายมือชื่อ มีผู้ปลอมลายมือชื่อของผู้ร้อง โดยขีดฆ่า คำว่า “ผู้ต้องหาไม่ยอมลงลายมือชื่อออก” มีตำรวจยศดาบตำรวจเซ็นชื่อกำกับไว้ ผู้ร้องจึงไปแจ้งความต่อพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรหนองหาน ปรากฏว่าพนักงานสอบสวนลงเป็นเพียงบันทึกประจำวันระบุว่า “ผู้แจ้งจะไปสืบหาและตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจคนใดเป็นคนปลอมแปลงลายมือชื่อ เมื่อสืบหาได้แล้วจะมาแจ้งความร้องทุกข์กับพนักงานสอบสวนอีกครั้ง” ทั้งที่ผู้ร้องต้องการดำเนินคดีกับผู้ปลอมลายมือชื่อผู้ร้องในบันทึกฯ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องเรียนแล้วเห็นว่าเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม อันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเป็นคำร้องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตาม



รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๗ และพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๕ ซึ่งมีประเด็นดังต่อไปนี้ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๒๖๒/๒๕๕๖)

ประเด็นที่ ๑ เจ้าหน้าที่ได้กระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีปลอมแปลงลายมือชื่อผู้ร้องในบันทึกตรวจยึดในชั้นจับกุม และไม่บันทึกการทรมานที่ตรวจยึดไว้เป็นเหตุให้ทรมานสูญหาย ซึ่งประเด็นนี้เป็นเพียงข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องฝ่ายเดียว ประกอบกับคดีนี้ผู้ร้องได้ร้องทุกข์กล่าวโทษเจ้าหน้าที่ชุดจับกุมต่อพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรหนองหาน โดยพนักงานสอบสวนได้รับคำร้องทุกข์ และได้ส่งเรื่องให้สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดภาค ๔ จังหวัดขอนแก่น พิจารณาแล้ว เห็นว่าไม่มีการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และผู้ร้องมีช่องทางต่อสู้คดีที่ร้องทุกข์ไว้แล้ว

ประเด็นที่ ๒ พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรหนองหาน จังหวัดอุดรธานี กระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีไม่รับคำร้องทุกข์กล่าวโทษในคดีปลอมแปลงลายมือชื่อในบันทึกการตรวจยึดทรมานชั้นจับกุมหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้จากการตรวจสอบพบว่าพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรหนองหานได้รับคำร้องทุกข์ของผู้ร้องไว้ และได้ส่งเรื่องให้สำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ เขตพื้นที่ ๔ จังหวัดขอนแก่นพิจารณาแล้ว จึงยังฟังไม่ได้ว่าพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรหนองหาน ไม่รับคำร้องทุกข์ของผู้ร้องตามที่กล่าวอ้าง จึงยังไม่มีการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น

ประเด็นที่ ๓ กรณีที่ผู้ร้องขอให้ตรวจสอบทรัพย์สินที่ไม่ได้บันทึกไว้ในบันทึกการตรวจยึดทรัพย์สิน และช่วยเหลือให้ได้รับทรัพย์สินที่ถูกยึดคืนจากสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด อยู่ในอำนาจหน้าที่ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะดำเนินการได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ไม่ปรากฏว่ามีพยานหลักฐานที่เชื่อได้ว่าเจ้าหน้าที่ชุดจับกุมเป็นผู้นำทรัพย์สินของผู้ร้องไปโดยไม่บันทึกไว้ในบันทึกการตรวจยึดทรัพย์สิน ประกอบกับเห็นว่าการที่สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดได้ทำการยึดทรัพย์สินของผู้ร้องไว้ เป็นการยึดโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติมาตรการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. ๒๕๓๔ การขอคืนทรัพย์สินที่ถูกยึดหรืออายัดดังกล่าวมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติขั้นตอนและวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงไม่อาจใช้อำนาจในการดำเนินการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ร้องให้ได้รับทรัพย์สินที่ถูกยึดได้ ซึ่งในกรณีนี้หากผู้ร้องเห็นว่าการยึดทรัพย์สินดังกล่าวไม่ถูกต้องก็สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้ ประกอบกับในกรณีนี้ได้พยายามติดต่อผู้ร้องเพื่อขอทราบข้อมูลเพิ่มเติมแล้ว ทางหมายเลขโทรศัพท์ที่ผู้ร้องแจ้งไว้หลายครั้ง แต่ไม่สามารถติดต่อผู้ร้องได้

คณะกรรมการฯ พิจารณาทั้งสามประเด็นข้างต้นแล้วไม่พบการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด ทั้งนี้ สมควรแจ้งให้ผู้ร้องทราบว่าหากผู้ร้องเห็นว่าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้กระทำหรือละเลยการกระทำ อันเป็นเหตุให้ผู้ร้องได้รับความเสียหาย ก็สามารถใช้สิทธิในการนำเรื่องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ตามกระบวนการยุติธรรม

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาในคราวประชุม ครั้งที่ ๑๓/๒๕๕๖ เมื่อวันที่ ๑๐ เมษายน ๒๕๕๖ แล้วมีความเห็นว่า พิจารณาทั้งสามประเด็นข้างต้นแล้วไม่พบการกระทำหรือการละเลยการกระทำ อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด ทั้งนี้ สมควรแจ้งให้ผู้ร้องทราบด้วยว่าหากผู้ร้องเห็นว่าหน่วยงานของรัฐ ดังกล่าวได้กระทำหรือละเลยการกระทำ เป็นเหตุให้ผู้ร้องได้รับความเสียหาย ก็สามารถใช้สิทธิในการนำเรื่อง ฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ตามกระบวนการยุติธรรม

๓๓

คำร้องที่ ๔๙/๒๕๕๘: กรณีการปฏิบัติอันมีลักษณะล่วงละเมิดทางเพศ โดยภาคเอกชน

ผู้ร้องเรียนเมื่อวันที่ ๒๙ มกราคม ๒๕๕๘ ว่าผู้ร้องไปชมคอนเสิร์ต ณ เมืองทองธานี ระหว่างวันที่ ๑๐ - ๑๑ มกราคม ๒๕๕๘ โดยมีบริษัทเอกชนแห่งหนึ่งเป็นผู้จัดคอนเสิร์ต ในวันที่มีการแสดงบริษัทได้กำหนดมาตรการ ในการตรวจค้นอาวุธและกล้องบันทึกภาพก่อนการเข้าชมคอนเสิร์ต ซึ่งลักษณะการตรวจค้นนั้น มีการกำหนดให้ เจ้าหน้าที่ผู้ชายตรวจค้นกระเป๋าสัมภาระ เจ้าหน้าที่ผู้หญิงตรวจค้นร่างกาย ซึ่งการตรวจค้นดังกล่าวมีการใช้มือ สัมผัสบริเวณหน้าอก อวัยวะเพศ และต้นขา โดยไม่มีการแจ้งล่วงหน้าว่าจะตรวจอะไรบ้าง เป็นลักษณะล่วงละเมิด ทางเพศ จึงขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่าเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพใน ชีวิตและร่างกาย อันเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๗ (ที่บังคับใช้อยู่ขณะเกิดเหตุ) จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการฯ ที่จะสามารถตรวจสอบได้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ และมาตรา ๑๕

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พิจารณาแล้วปรากฏว่ากรณีกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและ ร่างกายจากมาตรการตรวจค้นอาวุธและกล้องบันทึกภาพก่อนการเข้าชมคอนเสิร์ตนั้น บริษัทผู้จัดการแสดงไม่มี เจตนาละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้เข้าชมคอนเสิร์ต การตรวจค้นกระเป๋าสัมภาระเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เข้าชมคอนเสิร์ต ให้ได้รับความปลอดภัยและไม่ให้กระทำความผิดกฎหมาย **แต่วิธีการตรวจค้นโดยใช้มือสัมผัสร่างกาย อาจสุ่มเสี่ยงต่อ การละเมิดสิทธิมนุษยชน** อย่างไรก็ตาม หลังจากมีกรณีร้องเรียน ทางบริษัทฯ ได้มีการปรับปรุงวิธีการตรวจค้นอาวุธ และกล้องบันทึกภาพใหม่ ลดการใช้มือสัมผัสโดยการสวมถุงมือและมีการใช้เครื่องตรวจโลหะสแกนร่างกาย ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกร้องได้ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงแล้ว จึงมีมติให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๙๕๒/๒๕๕๘)

จากสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น จะได้นำไปวิเคราะห์ตามประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในบทที่ ๔ ต่อไป นอกจากนี้ ยังมีข้อพิจารณาว่า ผู้ร้องที่เห็นว่าตนเองไม่ได้รับความเป็นธรรมในมิติต่าง ๆ มักอ้างว่า “ถูกเลือก ปฏิบัติ” จึงนำไปสู่การวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ ๔ ว่า กรณีข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ตามกรอบของ กฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ อย่างไร



๒.๒ ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาการเลือกปฏิบัติจากการรับฟังความคิดเห็น /การสัมภาษณ์ /การจัดประชุมกลุ่มย่อย

ในหัวข้อนี้ จะได้ชี้ให้เห็นสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในประเด็นต่าง ๆ จากการรับฟังความคิดเห็น /จากการสัมภาษณ์เชิงลึก / การประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) ซึ่งอาจสรุปประเด็นปัญหาได้ ดังนี้

๑ ปัญหาการถูกคุกคามทางเพศในที่ทำงาน

จากการสัมภาษณ์พบปัญหาการคุกคามทางเพศซึ่งเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ ดังนี้

- ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่าในที่ทำงานมีปัญหาที่ผู้บังคับบัญชาเสนอจะให้การเลื่อนตำแหน่ง การสนับสนุนความก้าวหน้าในงาน เพื่อแลกกับการมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษหรือการล่วงละเมิดทางเพศกับพนักงานหญิง การที่พนักงานหญิงนั้นได้รับผลประโยชน์หรือความก้าวหน้าในการทำงานด้วยเหตุแห่งเพศก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อพนักงานเพศอื่น
- ผู้ให้ข้อมูลเป็นลูกจ้างหญิง ถูกเพื่อนร่วมงานในระดับอาวุโส (Senior) แต่ไม่ได้มีอำนาจบังคับบัญชาโดยตรง ชักชวนให้เป็นเพื่อนร่วมเครือข่ายสังคมออนไลน์ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการทำงาน ชักชวนไปเที่ยว เมื่อปฏิเสธก็มีการไปใส่ความกับเพื่อนร่วมงานคนอื่นในทางที่ทำให้เธอเสื่อมเสียชื่อเสียง
- จากการสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลที่เป็นลูกจ้างภาคเอกชนพบว่า ในกิจการภาคเอกชนหลายแห่งไม่มีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน ไม่ปรากฏว่ามีข้อบังคับการทำงานในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ลูกจ้างในกิจการภาคเอกชนบางแห่งซึ่งเป็นบริษัทข้ามชาติให้ข้อมูลว่า บริษัทของตนมีแนวนโยบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศที่ชัดเจน (Harassment Policy) โดยมีการกำหนดวิธีการร้องเรียนสำหรับลูกจ้าง ตลอดจนมีกระบวนการพิจารณาทางวินัยและการไกล่เกลี่ยภายในองค์กรด้วย

๒ การกำหนดให้ระบุข้อมูลบางอย่างในใบสมัครงานซึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะ (Specification) หรือคุณสมบัติอันเป็นที่ต้องการพิเศษ (Preference) ในการประกาศรับสมัครงาน

ผู้ให้ข้อมูลแสดงความเห็นว่า “การสมัครงานออนไลน์ของผู้ให้บริการจัดหางาน โดยการกรอกแบบฟอร์มออนไลน์ มีการระบุให้กรอกข้อมูลส่วนตัวบางอย่างที่อาจทำให้ถูกเลือกปฏิบัติในการตัดสินใจจ้างงาน โดยผู้สมัครไม่สามารถเว้นว่างไว้ได้ หากเว้นว่างไว้ระบบจะกำหนดให้ต้องกรอกจึงจะผ่านไปดำเนินการขั้นตอนต่อไปได้”

“การสมัครงานโดยการกรอกใบสมัครที่เป็นเอกสาร มีการระบุให้กรอกข้อมูลส่วนตัวบางอย่าง ที่อาจทำให้ถูกเลือกปฏิบัติในการตัดสินใจจ้างงาน โดยผู้สมัครไม่สามารถเว้นว่างไว้ได้ หากเว้นว่างไว้ก็จะถูกเจ้าหน้าที่ที่ตรวจรับใบสมัครบอกให้กรอกให้ครบ”

“ข้อมูลที่ต้องให้ระบุในใบสมัครงานที่ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่าอาจทำให้ตนถูกเลือกปฏิบัติ เช่น ศาสนา ความเชื่อ สัญชาติ ของบิดามารดา สถานภาพการสมรส รายได้ รายได้ของครอบครัว”

“ใบสมัครงานกำหนดให้ต้องระบุ ศาสนา เชื้อชาติ สัญชาติ จะส่งผลให้เกิดการคัดเลือกโดยมีอคติเกี่ยวกับศาสนา เชื้อชาติ แทนที่จะคำนึงถึงความสามารถที่เกี่ยวกับงานนั้น”

“การกรอกเอกสารของหน่วยราชการที่ระบุศาสนา เชื้อชาติ สัญชาติ เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่”

“การรับสมัครงานโดยระบุเจาะจงสถาบันการศึกษา เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ หากไม่ระบุในใบสมัครแต่ใช้เหตุดังกล่าวมาเป็นปัจจัยในการคัดเลือกและตัดสินใจจ้าง จะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่”

การประกาศรับสมัครงานบางกรณีมีการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะ ซึ่งผู้ให้ข้อมูลเห็นว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น สถาบันการศึกษา เพศ อายุ สภาพภายนอกของร่างกาย น้ำหนัก ส่วนสูง

กรณีนำเหตุต่าง ๆ ข้างต้นซึ่งเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยไม่ประกาศในการรับสมัครแต่ใช้เหตุเหล่านี้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณารับเข้าทำงาน

๓ ปัญหาการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม”

ในประเด็นการบังคับให้ต้องไปตรวจสอบลายพิมพ์นิ้วมือเพื่อตรวจประวัติอาชญากรรมก่อนเข้าทำงาน ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า ประวัติอาชญากรรมมีความสำคัญและจำเป็นอย่างไรสำหรับการเข้าทำงาน การที่บุคคลเคยต้องโทษและได้พ้นโทษแล้ว ไม่สามารถมีโอกาสดำเนินชีวิตเป็นคนดีและประกอบอาชีพสุจริตได้ อาจเป็นการผลักดันให้ต้องไปประกอบอาชีพไม่สุจริตอีก

ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่า “บริษัท xxx กำหนดห้ามผู้มีประวัติทำผิดอาญาเข้าทำงาน โดยไม่คำนึงว่าความผิดที่เคยทำนั้นเกี่ยวข้องกับตำแหน่งงานที่สมัครหรือไม่”

ผู้ให้ข้อมูลยกประเด็นว่า “...สังคมยังคงมีแนวคิดที่ว่า คนมีประวัติอาชญากรรมเป็นคนไม่ดี แต่ในปัจจุบัน ประวัติอาชญากรรมอาจเกิดกับคนที่ไม่ได้มีความชั่วร้ายเหมือนอย่างพวกอาชญากร เช่น ผู้กระทำความผิดตาม พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ ซึ่งทำแค่โพสต์ข้อมูลด่ากันหรือแชร์ข้อมูลที่หมิ่นประมาทคนอื่น ก็มีความผิดติดคุกได้แล้ว เพียงแค่นี้ก็กลายเป็นคนมีประวัติติดตัวเสียอนาคตไปหมด ...”



๔ ปัญหาการใช้ถ้อยคำ การสื่อสาร ที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

ผู้ให้ข้อมูลถูกล้อเลียนเกี่ยวกับสภาพร่างกายจากเพื่อนร่วมงาน โดยการล้อเลียนเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้ชีวิต การรับประทานอาหาร เปรียบเทียบร่างกาย (รูปร่างอ้วน) กับสัตว์ชนิดต่าง ๆ ส่งตัวการ์ตูนสติ๊กเกอร์รูปสัตว์อ้วนมาล้อเลียน ทำให้รู้สึกลำบากใจในการทำงาน

ผู้ให้ข้อมูลเป็นคนสัญชาติไทย ทำงานอยู่ในองค์กรที่มีผู้ร่วมงานเป็นชาวต่างชาติเป็นส่วนใหญ่ จากคำพูดและพฤติกรรมของเพื่อนร่วมงานทำให้รู้สึกถูกดูหมิ่น ด้วยเหตุว่าเป็นคนไทย ในลักษณะภาพเหมารวม (Stereotype) ว่า ผู้หญิงไทยมักจะต้องการมีความสัมพันธ์กับชายต่างชาติ

๕ ปัญหาการให้มอบตรในที่ทำงาน

การให้มอบตรจากอกแม่ในที่ทำงานมีปัญหาที่ได้จากการสัมภาษณ์ ดังนี้

- สถานที่ทำงานบางแห่งมีการจัดให้แม่ผู้ให้มอบตรจากอกต้องออกจากบริเวณสำหรับบุคคลทั่วไป เพื่อไปให้มอบตรจากอก ในบริเวณพื้นที่ซึ่งจัดไว้ให้เฉพาะ ซึ่งในบางกรณี สถานที่เฉพาะเช่นนั้นอาจไม่มีสุขอนามัยที่เหมาะสม เช่น ห้องน้ำ เพียงเพราะผู้ดูแลสถานที่นั้นต้องการให้แม่ผู้ให้มอบตรจากอกไปอยู่ที่ห่างไกลจากผู้คนทั่วไป
- สถานที่ทำงานบางแห่งมีนโยบายห้ามการให้มอบตรในที่ทำงาน ทำให้เกิดความยุ่งยากลำบากแก่ลูกจ้างหญิงที่เป็นแม่และอยู่ระหว่างการให้มอบตร
- สถานที่ทำงานบางแห่งไม่มีนโยบายที่ชัดเจนในประเด็นนี้ แต่ไม่มีการจัดเตรียมสถานที่ที่เหมาะสม ลูกจ้างหญิงที่เป็นแม่ผู้ให้มอบตรและพาบุตรมาที่ทำงานด้วย จำต้องเก็บนมใส่ขวดแช่ตู้เย็นปะปนกับอาหารอื่นของเพื่อนร่วมงานในที่ทำงาน ผู้ให้ข้อมูลซึ่งเป็นเพื่อนร่วมงานรู้สึกว่าการจัดการดังกล่าวสร้างสภาวะแวดล้อมในการทำงานที่ไม่เหมาะสม

๖ จากผลการรับฟังความคิดเห็น / จัดประชุมกลุ่มย่อย / และสัมภาษณ์ ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบุคคลหลากหลายทางเพศ สรุปสภาพปัญหาได้ ดังนี้

- การใช้ถ้อยคำเรียกบุคคลหลากหลายทางเพศในลักษณะที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง กระตุ้นให้สาธารณชนแบ่งแยก ดูหมิ่น เช่น “ตุ๊ด ตัว ทอม” โดยเฉพาะที่ปรากฏในการใช้ถ้อยคำของสื่อมวลชน และประชาชนที่สื่อสารข้อมูลออนไลน์ซึ่งเผยแพร่ในวงกว้าง
- ปัญหาการเข้าห้องน้ำ ยังไม่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนว่า บุคคลหลากหลายทางเพศจะเข้าใช้ห้องน้ำตามเพศกำเนิดหรือเพศที่แสดงออกในปัจจุบัน
- ปัญหาการเลือกปฏิบัติจากการใช้บริการบางอย่าง มีการกีดกันไม่ให้บริการแก่กลุ่มบุคคลหลากหลายทางเพศ
- ปัญหาการใช้ค่านำหน้าบุคคลข้ามเพศ โดยหน่วยงานของรัฐและเอกชน ระบุดำเนินการตามเพศกำเนิด ทำให้บุคคลหลากหลายทางเพศรู้สึกถูกประจานเหยียดหยามและตีตรา เช่น ในการติดต่อหน่วยราชการมีการประกาศเรียกชื่อบุคคลหลากหลายทางเพศซึ่งแสดงออกเป็นหญิงว่า “นาย”
- ปัญหาการใช้ถ้อยคำเพื่อให้เกิดการดูหมิ่นเกลียดชัง (Hate Speech) ในสื่อสังคมออนไลน์ พบว่ามีกรณีการสื่อสารข้อความที่อยู่บนพื้นฐานเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ สัญชาติ เป็นต้น

๗ ประเด็นเกี่ยวกับการเกณฑ์ทหารมีผู้ให้ข้อมูลจากการรับฟังความคิดเห็นที่สรุปได้ ดังนี้

ผู้ให้ข้อมูลรายหนึ่งให้ความเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันและเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง เป็นการมองว่าผู้หญิงมีความด้อยกว่าผู้ชาย ทั้งที่ผู้หญิงสามารถเป็นทหารอาชีพได้ สามารถเป็นนักศึกษาวิชาทหารได้ ปัจจุบันมีกฎหมายให้สิทธิเท่าเทียมกันต่อผู้หญิงหลายฉบับ แต่กฎหมายเกณฑ์ทหารยังไม่กำหนดหน้าที่ของหญิงให้เท่าเทียมกับชาย นอกจากนี้ การเกณฑ์ทหารหญิงก็ไม่จำเป็นต้องให้ฝึกเหมือนกับผู้ชายทุกประการ โดยอาจให้ทำหน้าที่อื่น ๆ ในกองทัพที่เหมาะสมกับสภาพร่างกายของทหารหญิงก็ได้ แต่การกำหนดหลักตดสิทธิผู้หญิงตั้งแต่แรกนั้นเป็นการไม่เท่าเทียมกัน”

ผู้ให้ข้อมูลรายหนึ่งให้ความเห็นว่า “กฎหมายการเกณฑ์ทหารไม่คำนึงถึงความเชื่อทางศาสนาหรือความเชื่อต่อชีวิต บางคนไม่เห็นด้วยกับการใช้กำลังและความรุนแรง ทำไมไม่มีการให้ทางเลือกอื่นในการบริการสังคมหรือทำงานในภาครัฐที่ไม่ใช้กำลังแทนการเกณฑ์ทหาร”

ผู้ให้ข้อมูลรายหนึ่งให้ความเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารเลือกปฏิบัติเพราะยกเว้นให้กับคนต่างชาตินที่เปลี่ยนมาเป็นคนไทย เมื่อเป็นคนไทยแล้วก็ควรมีหน้าที่เช่นเดียวกับคนไทยอื่นๆ ในปัจจุบันมีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นคนไทยโดยการแต่งงานและประกอบอาชีพในประเทศไทยมากมายและจะมากขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อเปิดอาเซียน บุคคลเหล่านี้จึงเป็นผู้ได้รับสิทธิพิเศษ ไม่ต้องมีหน้าที่เกณฑ์ทหาร”

• พระรูปหนึ่งซึ่งเป็นนักศึกษาปริญญาโทสาขาพระพุทธศาสนาให้ความเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารเลือกปฏิบัติต่อพระสงฆ์ เนื่องจากยกเว้นให้เฉพาะพระที่สอบได้เปรียญหรือนักธรรม แต่ปัจจุบันนอกจากการศึกษาด้านเปรียญหรือนักธรรมแล้ว พระสงฆ์ยังสามารถเลือกศึกษาระดับปริญญาตรี โท เอก ทางด้านพระพุทธศาสนา แต่กฎหมายไม่ยกเว้นให้พระสงฆ์ที่ศึกษาทางสายนี้”



๘ จากการจัดประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) เรื่อง “ปรากฏการณ์ตุ๊กตาลูกเทพกับการสื่อสารที่ให้เกิดความเกลียดชัง” นั้น ผู้วิจัยพบว่า มีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องสรุปได้ ดังนี้

- ผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพบางราย ที่เคยอัปเดตสื่ ชื่นรูปโพรไฟล์น้องตุ๊กตาหรือตัวเองคู่กับตุ๊กตา ให้ข้อมูลว่า “เริ่มมีอาการไม่กล้าโพสต์ เพราะอายที่จะถูกเพื่อนในเครือข่ายมองว่า “ไร้สติ” หรือกระทั่ง “บ้า”
 - นอกจากนี้ ยังให้ข้อมูลว่า “มีคนสร้างเพจสำหรับการ “ต่อต้าน” ตุ๊กตาลูกเทพขึ้นมาโดยเฉพาะ มีภาพล้อเลียนเสียดสี ด่าทอ แสดงความไม่พอใจต่อฝ่ายนิยมตุ๊กตาลูกเทพ”
 - ผู้ให้ข้อมูลที่เคยนำตุ๊กตาลูกเทพไปในที่สาธารณะด้วย รู้สึกไม่สบายใจ และเกิดความอับอายจากการถูกคนในสังคมใช้กิริยาอาการหรือคำพูดในลักษณะดูหมิ่นเหยียดหยามหรือเกลียดชัง บางรายกล่าวว่ารู้สึกอายและเลิกการนำตุ๊กตาติดตัวไปในที่สาธารณะ
 - ผู้ให้ข้อมูลเป็นนักศึกษาระดับปริญญาโทในมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งให้ข้อมูลว่า อาจารย์ผู้สอนได้ประกาศว่า “ถ้า นักศึกษาคนไหนนำตุ๊กตาลูกเทพมาเรียน จะไม่อนุญาตให้เข้าชั้นเรียน โปรดทำตัวให้เหมาะสมกับผู้มีการศึกษา”
 - ผู้ให้ข้อมูลกลุ่มหนึ่งซึ่งมีงานอดิเรกในสะสมตุ๊กตา ให้ข้อมูลซึ่งสรุปได้ว่า “ถูกเหมารวมว่าตุ๊กตาสะสมเป็นตุ๊กตาลูกเทพและได้รับการปฏิบัติจากบุคคลต่าง ๆ ในที่สาธารณะในลักษณะของการดูถูก การใช้ถ้อยคำดูถูก การปฏิเสธการบริการ นอกจากนี้ ในการสื่อสารข้อมูลระหว่างกลุ่มผู้สะสมตุ๊กตาที่เคยโพสต์อย่างเปิดเผยก็ต้องปรับเปลี่ยนลดการโพสต์ในหน้าสาธารณะลงเหลือเพียงในกลุ่มปิด เพราะเกิดการดูถูกจากบุคคลอื่นในสังคมออนไลน์”
 - เนื้อหาคำพูด ถ้อยคำ หรือการสื่อสารเกี่ยวกับตุ๊กตาลูกเทพที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง มีหลากหลาย เช่น “การอุมตุ๊กตาลูกเทพเป็นสิ่งดี เพราะทำให้แยกได้ระหว่างคนดีกับคนบ้า” “พวกชอบตุ๊กตาลูกเทพเป็นคนไร้สติ มงายเบาปัญญา ไร้การศึกษา”
- นอกจากในระดับการสื่อสารของบุคคลทั่วไปแล้ว ผู้ให้ข้อมูลยังกล่าวว่า ได้รับการปฏิเสธบริการบางอย่าง เช่น ร้านอาหาร สถานที่พักบางแห่ง ประกาศนโยบายไม่ให้บริการกับลูกค้าที่นำตุ๊กตาลูกเทพเข้ามา ในประกาศเหล่านั้น บางประกาศมีถ้อยคำแสดงความเกลียดชังหรือดูถูก เช่น เรียกว่า “ตุ๊กตาผี” หรือใช้คำในทำนองประชดประชัน เช่น “ไม่สนับสนุนความมงายไร้สติ” “ไม่สนับสนุนตัวอย่างไม่ดีแก่เยาวชน” เป็นต้น
- ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่า “การสื่อสารที่แสดงความดูหมิ่น เกลียดชัง ผู้ชอบตุ๊กตาลูกเทพ เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนที่มีความชื่นชอบ รสนิยม ความเชื่อ ที่แตกต่างกัน” “การสื่อสารแสดงความเกลียดชังเป็นการตีตราถึงความมงาย และแบ่งแยกคนในสังคมตามความเชื่อที่แตกต่างกัน” ผู้ให้ข้อมูลบางรายกล่าวว่า “ถึงแม้ความชื่นชอบตุ๊กตาลูกเทพ ไม่ถูกต้องตามหลักศาสนาพุทธ หรืออาจไม่อยู่ในศาสนาใด แต่ก็เป็นที่สิทธิในความเชื่ออย่างหนึ่ง”

๙ ประเด็นปัญหาอื่น ๆ

- ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่า “การที่ธนาคารแห่งหนึ่งให้อัตราดอกเบี้ยเงินฝากสำหรับบัญชีที่เปิดทางระบบอิเล็กทรอนิกส์สูงกว่าบัญชีที่เปิดตามระบบปกติ ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับบุคคลที่ไม่ใช้อินเทอร์เน็ตแบงก์กิ้ง”

• ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่า “ข้าพเจ้าได้ซื้อบ้านโดยยื่นกู้กับธนาคาร xx ซึ่งทางธนาคารได้ยื่นข้อเสนอเพิ่มเติมในส่วนของการทำประกันชีวิตเพื่อได้สิทธิในส่วนลดดอกเบี้ยบ้านในปีแรก ซึ่งข้าพเจ้าตกลงทำประกันชีวิตดังกล่าว โดยทางธนาคารเป็นผู้เลือกบริษัทประกันชีวิตเอง ทั้งนี้ ในตอนแรกข้าพเจ้าได้ให้ข้อมูลโดยระบุที่อาศัยตามบัตรประชาชน คือ จังหวัดระยอง และต่อมาได้รับการแจ้งกลับจากทางธนาคารว่า ทางบริษัทประกัน xx นั้นมีข้อกำหนดว่า จังหวัดที่จัดเป็นจังหวัดในกลุ่มเสี่ยง ซึ่งรวมถึงจังหวัดระยอง ผู้ทำประกันจะต้องตรวจโรคสำคัญ (เช่น เอ็ดส์) ก่อนการพิจารณาอนุมัติ ทั้งนี้ ข้าพเจ้าจึงต้องเปลี่ยนข้อมูลที่อยู่ใหม่ โดยระบุเป็นที่อยู่ในกรุงเทพฯ แทน ทำให้ข้าพเจ้าไม่ต้องไปตรวจเอ็ดส์ ในกรณีนี้ข้าพเจ้าถือว่าบริษัทประกันดังกล่าวเลือกปฏิบัติต่อข้าพเจ้า รวมถึงบุคคลอื่น ๆ ที่ทางบริษัทประกันระบุว่าอาศัยอยู่ในจังหวัดกลุ่มเสี่ยง โดยไม่ได้คำนึงถึง life style ของแต่ละบุคคล แต่เหมารวมว่าทุกคนที่อยู่ในบางพื้นที่ว่ามีโอกาสเป็นเอ็ดส์มากกว่าในบางพื้นที่”

• ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่า การที่ลูกจ้างที่ไม่ใช่โปรแกรมประยุกต์ไลน์ (LINE Application) ในการสื่อสาร ไม่เข้ากลุ่มกับนายจ้าง ทำให้ถูกเลือกปฏิบัติในเรื่องความก้าวหน้า ได้รับการปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าลูกจ้างอื่นที่เข้ากลุ่ม

• ผู้ให้ข้อมูลในการสนทนากลุ่มกล่าวว่า “องค์กรภาครัฐแห่งหนึ่ง ผู้บริหารจบการศึกษามาจากโรงเรียนมัธยมแห่งหนึ่ง ซึ่งในการแต่งตั้งตำแหน่งบริหาร กรรมการชุดต่าง ๆ มักเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับผู้จบการศึกษาจากโรงเรียนมัธยมแห่งนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้จบจากโรงเรียนมัธยมอื่น ๆ ที่มีวิทยฐานะเช่นเดียวกัน”

• ผู้ให้ข้อมูลจากการสนทนากลุ่ม กล่าวว่า “ชายและหญิงเท่าเทียมกัน ทำไมตามห้างยังต้องมีจอตรงสำหรับผู้หญิง” ผู้ให้ข้อมูลอีกท่านหนึ่งเห็นแย้งว่า “เป็นการช่วยให้ผู้หญิงปลอดภัยเพราะอยู่ในที่ใกล้ ไม่ห่างไกลและมีพนักงานรักษาความปลอดภัยดูแลเป็นพิเศษ”

• ผู้ให้ข้อมูลจากการสนทนากลุ่ม ให้ข้อมูลว่า “ร้านนวดบางแห่งไม่ให้บริการแก่คนไทย ให้บริการเฉพาะนักท่องเที่ยวจีน /เกาหลี เท่านั้น”

• ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่า “โปรโมชั่นสิทธิพิเศษของร้านอาหารที่ให้สิทธิเฉพาะผู้หญิงเป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศ”

• ผู้ให้ข้อมูลแสดงความคิดเห็นว่า “การกระทำบางอย่างมีลักษณะเหมือนกันแต่มีกฎหมายลงโทษแตกต่างกัน เช่น การหมิ่นประมาทผู้อื่นด้วยเนื้อหาเช่นเดียวกัน หากกระทำผ่านระบบคอมพิวเตอร์จะได้รับโทษหนักกว่าและยอมความไม่ได้”

• ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่า “เจ้าหน้าที่สำนักงานเขตบางแห่ง ไม่ถามผู้มาขอทำบัตรประชาชน และไม่แจ้งสิทธิว่า สามารถระบุศาสนาหรือไม่ก็ได้ ทำให้ประชาชนไม่ทราบสิทธิของตน” ผู้ให้ข้อมูลอีกคนหนึ่งกล่าวว่า “ประสงค์จะระบุศาสนา หรือลัทธิบางอย่าง ลงไปบนบัตร ซึ่งไม่ใช่ศาสนากระแสหลัก แต่เจ้าหน้าที่ไม่ให้ระบุ”

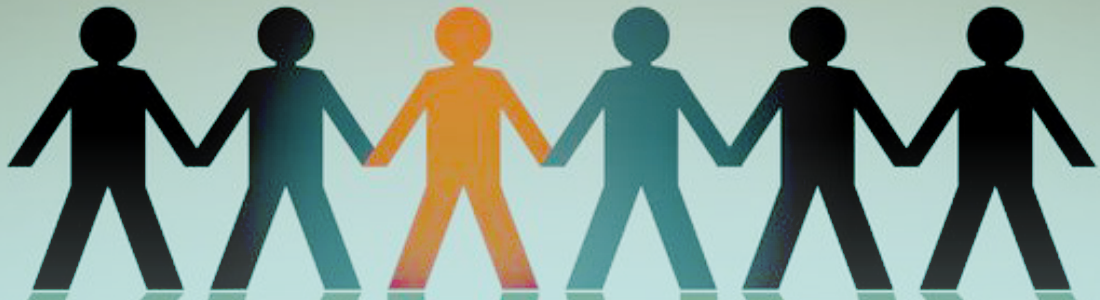
• มัคคุเทศก์ชาวไทย ผู้ให้ข้อมูล เห็นว่าคนจีนมาแย่งงานและฝ่าฝืนกฎหมาย มีข้อคำถามถึงความชอบด้วยกฎหมายในการที่มัคคุเทศก์สัญชาติจีนเหล่านั้นสามารถได้รับใบอนุญาตได้อย่างไร มีสถาบันการศึกษาหลายแห่งของไทยที่ออกประกาศนียบัตรให้คนต่างชาติเหล่านั้น (ผู้วิจัย: สำหรับประเด็นเกี่ยวกับปัญหากฎหมายของมัคคุเทศก์ดังกล่าวไม่อยู่ในขอบเขตของการวิจัยนี้ แต่ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ชี้ให้เห็นถึงทัศนคติและความรู้สึกที่ไม่พอใจต่อชาวต่างชาติ กรณีนี้อาจนำไปสู่ปัญหาความเกลียดคนต่างชาติ (Xenophobia) ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับการสื่อสารแสดงความเกลียดชัง (Hate Speech))

• ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า การที่องค์กรภาครัฐและภาคเอกชนมีโครงการพัฒนาคุณธรรม โดยให้ปฏิบัติธรรมตามวัดของศาสนาพุทธ เป็นการเลือกปฏิบัติกับบุคลากรที่นับถือศาสนาอื่น หรือไม่มีศาสนาหรือไม่ นอกจากนี้ เหตุใดจึงเลือกไปที่วัดนั้น ไปวัดอื่นได้หรือไม่



- ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า สถานศึกษามีโครงการปฏิบัติธรรม โดยให้ไปปฏิบัติธรรมตามวัดของศาสนาพุทธ เป็นการเลือกปฏิบัติกับนักเรียนนักศึกษาที่นับถือศาสนาอื่น หรือไม่มีศาสนาหรือไม่
- ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า องค์กรที่จัดตั้งเป็นมูลนิธิ เปิดรับรักษาผู้ป่วยเช่นเดียวกับโรงพยาบาล บางองค์กรถูกดำเนินคดีเนื่องจากเปิดสถานพยาบาลโดยไม่ชอบ แต่บางองค์กรทำไมไม่ถูกดำเนินคดี เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่
- การใช้คำนำหน้านามที่บ่งระบุอาชีพ เป็นการเลือกปฏิบัติ หรือไม่ การใช้คำนำหน้านามของอาชีพบางอย่าง เป็นการเลือกปฏิบัติต่อการใช้คำนำหน้านามอาชีพอื่น ๆ เช่น คำนำหน้านามของข้าราชการทหาร ตำรวจ สามารถระบุในเอกสารราชการได้ หากเปรียบเทียบกับข้าราชการพลเรือน หรืออาชีพอื่น ๆ ไม่สามารถระบุในเอกสารราชการได้ เช่น นายแพทย์ แพทย์หญิง ทนายความ
- ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า “การกำหนดคำนำหน้านามที่เกี่ยวข้องกับเพศ เป็นการแบ่งแยกบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ มีความจำเป็นใดที่ต้องระบุคำนำหน้านามบุคคล” ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า ภาครัฐสามารถกำหนดให้ใช้คำว่า “คุณ” ให้เท่าเทียมทุกคนได้หรือไม่

จากสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น จะได้นำไปวิเคราะห์ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนตามประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในบทที่ ๔ ต่อไป



๓

กรอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ
ความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

GENDER HARASSMENT
DISCRIMINATION
NATIONALITY RELIGION
EQUALITY



๓

กรอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความ
เสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ในบทนี้จะได้ชี้ให้เห็นหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ เพื่อเป็นกรอบในการวิเคราะห์สำหรับบทที่ ๔ ในประเด็นต่าง ๆ ต่อไป

สำหรับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องนี้ จะเริ่มจากการชี้ให้เห็นถึงหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอันปรากฏในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนฉบับต่าง ๆ โดยจะเน้นเฉพาะหลักที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ จากนั้นจะได้ชี้ให้เห็นหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคจากความตกลงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในระดับภูมิภาค เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะได้ชี้ให้เห็นหลักกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง จากนั้นจะทำการศึกษาคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง โดยคัดเลือกมาเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ

หลักกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายไทย และแนวคำพิพากษาดังกล่าวมานี้ จะได้นำมาเป็นกรอบสำหรับการวิเคราะห์ประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับความเท่าเทียมและการห้ามเลือกปฏิบัติในบทที่ ๔ ต่อไป

๓.๑ กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้กรอบของสหประชาชาติ ซึ่งประกอบด้วยสนธิสัญญาหลัก ๙ ฉบับ ซึ่งจะชี้ให้เห็นเฉพาะในส่วนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

๑

กติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR)

กติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประกอบด้วยวรรคอารัมภบท และบทบัญญัติ ๕๓ ข้อ สำหรับหลักความเท่าเทียมกันสะท้อนให้เห็นตั้งแต่ใน วรรคอารัมภบท “พิจารณาว่า ตามหลักการที่ได้ประกาศไว้ในกฎบัตรสหประชาชาตินั้น การยอมรับในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดและสิทธิที่เท่าเทียมกันและไม่อาจเพิกถอนได้ (Equal and inalienable rights) ของสมาชิกทั้งปวงของมวลมนุษยชาตินั้นเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติธรรมในโลก” ซึ่งมีหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมและการห้ามเลือกปฏิบัติมีดังต่อไปนี้

ข้อ ๓

รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี ในการที่จะอุปโภคสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองทั้งปวงที่ได้ระบุไว้ในกติกา

Article 3

The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all civil and political rights set forth in the present Covenant.

ข้อ ๑๔

ข้อ ๑. ย่อย บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันในการพิจารณาของศาลและคณะตุลาการ ในการพิจารณาคดีอาญา ซึ่งตนต้องหาว่ากระทำความผิด หรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย มีอำนาจ มีความเป็นอิสระ และเป็นกลาง สื่อมวลชนและสาธารณชนอาจถูกห้ามเข้าฟังการพิจารณาคดีทั้งหมดหรือบางส่วนก็ด้วยเหตุผลทางศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือความมั่นคงของชาติในสังคมประชาธิปไตยหรือเพื่อความจำเป็นเกี่ยวกับส่วนได้เสียในเรื่องชีวิตส่วนตัวของคู่กรณี หรือในสภาพการณ์พิเศษซึ่งศาลเห็นว่าจำเป็นอย่างยิ่ง เมื่อการพิจารณาโดยเปิดเผยนั้นอาจเป็นการเสื่อมเสียต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม แต่คำพิพากษาในคดีอาญา หรือคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีอื่นต้องเปิดเผย เว้นแต่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของเด็กและเยาวชน หรือเป็นกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับข้อพิพาทของคู่สมรสในเรื่องการเป็นผู้ปกครองเด็ก

Article 14

1. All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (order public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgment rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.

ข้อ ๒๖

บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ



Article 26

All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

หมายเหตุ: ไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๓๙

๒

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - ICESCR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมประกอบด้วย วรรคอารัมภบท และบทบัญญัติ ๓๑ ข้อ แบ่งเป็น ๕ ส่วน **วรรคอารัมภบท** มีสาระคล้ายคลึงกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หลักสำคัญของกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ ได้แก่ การกล่าวถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Right of Self - Determination) กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่จะดำเนินการต่าง ๆ ตั้งแต่การเคารพ คุ้มครอง ส่งเสริม ความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรี โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังกล่าวถึงสาระของสิทธิ ได้แก่ สิทธิในการทำงานและมีเงื่อนไขการทำงานที่เหมาะสมเป็นธรรม สิทธิที่จะก่อตั้งสหภาพแรงงาน และสิทธิที่จะหยุดงาน สิทธิที่จะได้รับสวัสดิการและการประกันด้านสังคม การคุ้มครองและช่วยเหลือครอบครัว สิทธิที่จะมีมาตรฐานชีวิตที่ดีพอเพียง สิทธิที่จะมีสุขภาวะด้านกายและใจที่ดีที่สุดในไปได้ สิทธิในการศึกษา สิทธิในวัฒนธรรม และประโยชน์จากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะ ดังนี้

ข้อ ๒

ข้อ ๒ ย่อย รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้ปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ เรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สินกำเนิด หรือสถานะอื่น

Article 2

2. The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status

ข้อ ๓

รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้ที่จะประกันสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีในการจะอุปโภคสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมทั้งปวง ดังที่ระบุไว้ในกติกาฉบับนี้

Article 3

The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights set forth in the present Covenant.

หมายเหตุ: ไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ ๖ กันยายน ๒๕๔๒

๓

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women - CEDAW)

วัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญานี้ คือ การจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ รวมทั้งการประกันว่า สตรีและบุรุษมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติและดูแลจากรัฐอย่างเสมอภาคกัน โดยมีการจำกัดความของคำว่าเลือกปฏิบัติต่อสตรี (Discrimination Against Women) หลักสำคัญของอนุสัญญานี้ เช่น

- กล่าวถึงความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีในด้านการเมืองและการดำรงชีวิต (Public Life) ทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ เช่น สิทธิในการเลือกตั้ง การสนับสนุนให้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญ ความเท่าเทียมกันในกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ และการศึกษา
- กล่าวถึงการที่สตรีจะได้รับการดูแลทางเศรษฐกิจโดยได้รับความเท่าเทียมกันในด้านสิทธิและโอกาสที่จะได้รับการจ้างงานและสิทธิด้านแรงงาน รวมถึงการป้องกันความรุนแรงต่อสตรีในสถานที่ทำงาน ความเท่าเทียมกันในการเข้าถึงบริการด้านสุขภาพโดยเฉพาะสตรีมีครรภ์และหลังคลอดบุตร การที่รัฐภาคีจะประกันความเป็นอิสระของสตรีด้านการเงินและความมั่นคงด้านสังคมและการให้ความสำคัญแก่สตรีในชนบท ทั้งในด้านแรงงานและความเป็นอยู่
- กล่าวถึงความเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีในด้านกฎหมายโดยเฉพาะในด้านกฎหมายแพ่งและกฎหมายครอบครัว ซึ่งเป็นการประกันความเท่าเทียมกันในชีวิตส่วนบุคคล

สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะ ดังนี้

ข้อ ๑

เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี” จะหมายถึงการแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับการได้อุปโภคหรือการใช้สิทธิโดยสตรีโดยไม่เลือกสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมืองหรือด้านอื่น ๆ



Article 1

For the purposes of the present Convention, the term “discrimination against women” shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

ข้อ ๒

รัฐภาคีทั้งหลายขอประณามการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ตกลงที่จะติดตามนโยบายเกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีโดยวิธีที่เหมาะสมทุกประการและไม่ชักช้า และเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายนี้ ตกลงที่จะ

(ก) บรรจุหลักการของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งชาติของตนหรือในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เหมาะสมอื่น ๆ ถ้าหากว่ายังไม่รวมเข้าไว้ในรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติเหล่านั้น และประกันที่จะให้มีการปฏิบัติตามหลักการนี้ โดยทางกฎหมายและวิธีการที่เหมาะสมอื่น ๆ

(ข) กำหนดมาตรการด้านนิติบัญญัติและอื่น ๆ ที่เหมาะสม รวมทั้งข้อบังคับเมื่อเห็นเหมาะสม ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งมวลต่อสตรี

(ค) จัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายซึ่งสิทธิของสตรีบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกันกับบุรุษ และรับประกันในการคุ้มครองสตรีอย่างมีประสิทธิภาพต่อการเลือกปฏิบัติใด ๆ โดยผ่านศาลยุติธรรมแห่งชาติที่มีอำนาจและสถาบันรัฐบาลอื่น ๆ

(ง) งดเว้นจากการเข้าไปพัวพันในการกระทำหรือการปฏิบัติใด ๆ เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อสตรี และรับประกันว่าเจ้าหน้าที่และสถาบันของรัฐจะปฏิบัติโดยสอดคล้องกับข้อผูกพันนี้

(จ) ใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีโดยบุคคล องค์กรหรือวิสาหกิจใด

(ฉ) ใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง รวมทั้งการออกกฎหมาย เพื่อเปลี่ยนแปลง หรือล้มเลิกกฎหมายข้อบังคับ ประเพณีและแนวปฏิบัติที่ยังมีอยู่ซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

(ช) เพิกถอนบทบัญญัติทางอาญาภายในทั้งปวงซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

Article 2

States Parties condemn discrimination against women in all its forms, agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating discrimination against women and, to this end, undertake:

(a) To embody the principle of the equality of men and women in their national constitutions or other appropriate legislation if not yet incorporated therein and to ensure, through law and other appropriate means, the practical realization of this principle;

(b) To adopt appropriate legislative and other measures, including sanctions where appropriate, prohibiting all discrimination against women;

(c) To establish legal protection of the rights of women on an equal basis with men and to ensure through competent national tribunals and other public institutions the effective protection of women against any act of discrimination;

(d) To refrain from engaging in any act or practice of discrimination against women and to ensure that public authorities and institutions shall act in conformity with this obligation;

(e) To take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise;

(f) To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women;

(g) To repeal all national penal provisions which constitute discrimination against women.

ข้อ ๔

๑. การที่รัฐภาคีออกมาตรการพิเศษชั่วคราว ซึ่งมุ่งที่จะเร่งรัดให้มีความเสมอภาคที่แท้จริงระหว่างบุรุษและสตรี จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามที่ได้นิยามความหมายไว้ในอนุสัญญาฉบับปัจจุบัน แต่จะโดยประการใดก็ตามไม่ต้องมีการคงมาตรฐานอันไม่เสมอภาค หรือแบ่งแยกไว้ในฐานะเป็นผลที่ตามมา มาตรการเหล่านี้จะสิ้นสุดเมื่อได้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของความเสมอภาคของโอกาสและการปฏิบัติ

๒. การที่รัฐภาคีออกมาตรการพิเศษ รวมทั้งมาตรการที่มีอยู่แล้วในอนุสัญญาฉบับปัจจุบัน ซึ่งมุ่งที่จะปกป้องความเป็นเพศมารดาไว้จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

Article 4

1. Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved.

2. Adoption by States Parties of special measures, including those measures contained in the present Convention, aimed at protecting maternity shall not be considered discriminatory.

ข้อ ๗

รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกประการ เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านที่เกี่ยวกับการเมืองและทั่ว ๆ ไปของประเทศ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งจะให้ประกันแก่สตรีภายใต้เงื่อนไขแห่งความเสมอภาคกับบุรุษซึ่งสิทธิ

(ก) ที่จะออกเสียงในการเลือกตั้งและลงประชามติทั้งปวง และมีสิทธิที่จะได้รับเลือกตั้งเข้าไปในองค์กรที่มีการเลือกตั้งอย่างเปิดเผยทั้งหมด

(ข) ที่จะเข้าร่วมในการวางนโยบายของรัฐบาลและดำเนินการตามนโยบายนั้น และในการรับตำแหน่งราชการและปฏิบัติหน้าที่ราชการในทุก ๆ ระดับของรัฐบาล



(ค) ที่จะเข้าร่วมในองค์การและสมาคมที่ไม่ได้เป็นของรัฐบาลที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ทั่ว ๆ ไป และที่เกี่ยวกับการเมืองของประเทศ

Article 7

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the political and public life of the country and, in particular, shall ensure to women, on equal terms with men, the right:

(a) To vote in all elections and public referenda and to be eligible for election to all publicly elected bodies;

(b) To participate in the formulation of government policy and the implementation thereof and to hold public office and perform all public functions at all levels of government;

(c) To participate in non-governmental organizations and associations concerned with the public and political life of the country.

ข้อ ๘

รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่างเพื่อให้ประกันแก่สตรี ภายใต้เงื่อนไขแห่งความเสมอภาคกันกับบุรุษและโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใด ๆ ซึ่งโอกาสที่จะเป็นผู้แทนรัฐบาลของตนในระดับระหว่างประเทศ และเข้าร่วมในงานขององค์การระหว่างประเทศ

Article 8

States Parties shall take all appropriate measures to ensure to women, on equal terms with men and without any discrimination, the opportunity to represent their Governments at the international level and to participate in the work of international organizations.

ข้อ ๑๐

รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่างเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี เพื่อที่จะให้ประกันแก่สตรีทั้งหลาย ซึ่งสิทธิอันเสมอภาคกันกับบุรุษในด้านการศึกษา และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อประกันบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคของบุรุษและสตรี

(ก) เงื่อนไขเดียวกันสำหรับอาชีพและการแนะแนวอาชีพ สำหรับการมีโอกาสเข้าศึกษา และสำหรับการได้รับวุฒิบัตรในสถาบันการศึกษาทุกประเภท ทั้งในเขตชนบทและเขตเมือง ความเสมอภาคนี้จะได้รับการประกันในการศึกษา ก่อนเข้าโรงเรียน การศึกษาทั่ว ๆ ไป การศึกษาเทคนิค การศึกษาอาชีพ และการศึกษาเทคนิคชั้นสูง รวมทั้งการฝึกฝนด้านอาชีพทุกแบบ

(ข) โอกาสที่จะเข้าเรียนในหลักสูตรเดียวกัน การสอบชนิดเดียวกัน คณาจารย์สอนที่มีคุณสมบัติได้มาตรฐานเดียวกัน พร้อมทั้งมีอาณาบริเวณของโรงเรียนและอุปกรณ์ที่มีคุณภาพชนิดเดียวกัน

(ค) การจัดแนวความคิดแบบเก่าเกี่ยวกับบทบาทของบุรุษและสตรีในทุก ๆ ระดับ และทุกรูปแบบของการศึกษา โดยการกระตุ้นให้มีสหศึกษาและแบบอื่นของการศึกษา ซึ่งจะช่วยให้บรรลุเป้าหมายนี้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยการทบทวนตำราและโครงการต่าง ๆ ของโรงเรียน และการดัดแปลงวิธีการสอน

(ง) โอกาสเท่ากันที่จะได้ประโยชน์จากทุนการศึกษาและเงินช่วยเหลือทางการศึกษาอื่น ๆ

(จ) โอกาสเท่ากันที่จะได้เข้าร่วมโครงการต่าง ๆ เกี่ยวกับการศึกษาต่อเนื่อง รวมทั้งโครงการศึกษาผู้ใหญ่ และโครงการรณรงค์ให้รู้หนังสือ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โครงการที่มุ่งจะลดช่องว่างในการศึกษาที่มีอยู่ระหว่างบุรุษและสตรี ภายในระยะเวลาที่เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

(ฉ) การลดอัตราการออกจากโรงเรียนของนักศึกษาหญิง และการจัดโครงการต่าง ๆ สำหรับเด็กหญิงและสตรีที่ออกจากโรงเรียนก่อนเวลาอันสมควร

(ช) โอกาสเท่ากันที่จะเข้าร่วมอย่างแข็งขันในกีฬาและพลศึกษา

(ซ) โอกาสได้เข้าศึกษาข้อสนเทศทางการศึกษาเฉพาะอย่าง เพื่อช่วยให้หลักประกันด้านสุขภาพและการอยู่ดีของครอบครัว รวมทั้งข้อสนเทศและคำแนะนำเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัว

Article 10

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in order to ensure to them equal rights with men in the field of education and in particular to ensure, on a basis of equality of men and women:

(a) The same conditions for career and vocational guidance, for access to studies and for the achievement of diplomas in educational establishments of all categories in rural as well as in urban areas; this equality shall be ensured in pre-school, general, technical, professional and higher technical education, as well as in all types of vocational training;

(b) Access to the same curricula, the same examinations, teaching staff with qualifications of the same standard and school premises and equipment of the same quality;

(c) The elimination of any stereotyped concept of the roles of men and women at all levels and in all forms of education by encouraging coeducation and other types of education which will help to achieve this aim and, in particular, by the revision of textbooks and school programmes and the adaptation of teaching methods;

(d) The same opportunities to benefit from scholarships and other study grants;

(e) The same opportunities for access to programmes of continuing education, including adult and functional literacy programmes, particularly those aimed at reducing, at the earliest possible time, any gap in education existing between men and women;

(f) The reduction of female student drop-out rates and the organization of programmes for girls and women who have left school prematurely;

(g) The same Opportunities to participate actively in sports and physical education;

(h) Access to specific educational information to help to ensure the health and well-being of families, including information and advice on family planning.



ข้อ ๑๑

๑. รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านการจ้างงานเพื่อที่จะประกันสิทธิอย่างเดียวกันบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

(ก) สิทธิที่จะทำงานในฐานะเป็นสิทธิอันจะพึงแบ่งแยกมิได้ของมนุษย์ทั้งปวง

(ข) สิทธิในโอกาสที่จะได้รับการจ้างงานชนิดเดียวกัน รวมทั้งการใช้หลักเกณฑ์ในการคัดเลือกเดียวกันในเรื่องของการจ้างงาน

(ค) สิทธิในการเลือกอาชีพและการทำงานได้อย่างเสรี สิทธิในการได้เลื่อนตำแหน่ง ความปลอดภัยในการทำงาน และผลประโยชน์ รวมทั้งเงื่อนไขเกี่ยวกับการบริการทั้งปวง และสิทธิที่จะได้รับการฝึก และการฝึกซ้ำด้านอาชีพ รวมทั้งภาวะการเป็นผู้ฝึกงาน การฝึก และการฝึกซ้ำด้านอาชีพในระดับสูง

(ง) สิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนเท่าเทียมกัน รวมทั้งผลประโยชน์และสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เสมอภาคกันเกี่ยวกับงานที่มีคุณค่าเท่าเทียมกัน รวมทั้งความเสมอภาคของการปฏิบัติในการวัดผลคุณภาพของงาน

(จ) สิทธิที่จะได้รับประกันสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการเกษียณอายุ การตกงาน การป่วย การทุพพลภาพและวัยชรา และการหมดสมรรถนะที่จะทำงานอื่น ๆ รวมถึงสิทธิในการได้รับเงินค่าจ้างขณะพักงาน

(ฉ) สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองสุขภาพและความปลอดภัยในสภาพการทำงานต่าง ๆ รวมทั้งการให้ความคุ้มครองในการทำหน้าที่ด้านการมีบุตรสืบพันธุ์

๒. เพื่อที่จะป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อสตรีด้วยเหตุผลอันเนื่องมาจากการแต่งงานหรือความเป็นเพศมารดา และเพื่อประกันสิทธิอันแท้จริงของสตรีในการที่จะทำงาน รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสม

(ก) เพื่อห้ามภายใต้การบังคับใช้ของข้อห้ามต่าง ๆ ไม่ให้มีการปลดเพราะเหตุแห่งการตั้งครรภ์ หรือเพราะการลาคลอดบุตร และการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของสถานภาพในการแต่งงาน

(ข) เพื่อริเริ่มให้มีการลาคลอดบุตรโดยได้รับค่าจ้าง หรือได้ผลประโยชน์ทางสังคมที่เปรียบเทียบได้โดยไม่สูญเสียการงานเดิม อาวุโสในการทำงานหรือเงินช่วยเหลือทางสังคม

(ค) เพื่อกระตุ้นให้มีบริการสังคมอันเป็นตัวสนับสนุนที่จำเป็น เพื่อที่จะช่วยให้บิดามารดาสามารถรวบรวมข้อผูกพันทางครอบครัวเข้ากับความรับผิดชอบในการงานและการเข้าร่วมในกิจการสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยการส่งเสริมให้มีการจัดตั้งและพัฒนาขอบข่ายของสวัสดิการด้านการเลี้ยงดูเด็ก

(ง) ให้มีการคุ้มครองเป็นพิเศษแก่สตรีที่อยู่ระหว่างตั้งครรภ์ ในการทำงานทุกรูปแบบที่มีแนวโน้มว่าจะเป็นอันตรายต่อสตรีเหล่านั้น

๓. บทบัญญัติของกฎหมายด้านการคุ้มครองที่เกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ ที่มีอยู่ในข้อนี้ จะได้รับการพิจารณาเป็นครั้งคราวในแง่ของความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และจะได้รับการแก้ไข ยกเลิก หรือขยาย เท่าที่จำเป็น

Article 11

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of employment in order to ensure, on a basis of equality of men and women, the same rights, in particular:

(a) The right to work as an inalienable right of all human beings;

(b) The right to the same employment opportunities, including the application of the same criteria for selection in matters of employment;

(c) The right to free choice of profession and employment, the right to promotion, job security and all benefits and conditions of service and the right to receive vocational training and retraining, including apprenticeships, advanced vocational training and recurrent training;

(d) The right to equal remuneration, including benefits, and to equal treatment in respect of work of equal value, as well as equality of treatment in the evaluation of the quality of work;

(e) The right to social security, particularly in cases of retirement, unemployment, sickness, invalidity and old age and other incapacity to work, as well as the right to paid leave;

(f) The right to protection of health and to safety in working conditions, including the safeguarding of the function of reproduction.

2. In order to prevent discrimination against women on the grounds of marriage or maternity and to ensure their effective right to work, States Parties shall take appropriate measures:

(a) To prohibit, subject to the imposition of sanctions, dismissal on the grounds of pregnancy or of maternity leave and discrimination in dismissals on the basis of marital status;

(b) To introduce maternity leave with pay or with comparable social benefits without loss of former employment, seniority or social allowances;

(c) To encourage the provision of the necessary supporting social services to enable parents to combine family obligations with work responsibilities and participation in public life, in particular through promoting the establishment and development of a network of childcare facilities;

(d) To provide special protection to women during pregnancy in types of work proved to be harmful to them.

3. Protective legislation relating to matters covered in this article shall be reviewed periodically in the light of scientific and technological knowledge and shall be revised, repealed or extended as necessary.

ข้อ ๑๒

๑. รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านการรักษาสุขภาพ เพื่อประกันการมีโอกาสดำเนินการบริการในการรักษาสุขภาพ รวมทั้งบริการที่เกี่ยวข้องกับการวางแผนครอบครัว บนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรี

๒. ทั้ง ๆ ที่มีบทบัญญัติในวรรค ๑ ของข้อนี้ รัฐภาคีจะประกันให้สตรีได้รับบริการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการตั้งครรภ์ การคลอดบุตรและระยะหลังคลอดบุตร โดยการให้บริการแบบให้เปล่าเมื่อจำเป็น รวมทั้งการให้โภชนาการที่เพียงพอระหว่างการตั้งครรภ์และระยะการให้นม



Article 12

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this article, States Parties shall ensure to women appropriate services in connection with pregnancy, confinement and the post-natal period, granting free services where necessary, as well as adequate nutrition during pregnancy and lactation.

ข้อ ๑๓

รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านอื่น ๆ ของการเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจและสังคม เพื่อที่จะให้ได้สิทธิอย่างเดียวกันบนพื้นฐานของความเสมอภาคระหว่างบุรุษและสตรี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

(ก) สิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์ด้านครอบครัว

(ข) สิทธิที่จะได้กู้ยืมจากธนาคาร การจำนอง และสินเชื่อด้านการเงินในรูปแบบอื่น ๆ

(ค) สิทธิที่จะเข้าร่วมในกิจกรรมนันทนาการ การกีฬา และเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับด้านวัฒนธรรมทุกอย่าง

Article 13

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in other areas of economic and social life in order to ensure, on a basis of equality of men and women, the same rights, in particular:

(a) The right to family benefits;

(b) The right to bank loans, mortgages and other forms of financial credit;

(c) The right to participate in recreational activities, sports and all aspects of cultural life.

หมายเหตุ: ไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ ๘ กันยายน ๒๕๒๘

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child - CRC)

อนุสัญญาว่าด้วยเด็กประกอบด้วยบทบัญญัติ ๕๔ ข้อ โดยเนื้อหาที่เกี่ยวกับสิทธิของเด็กโดยตรงนั้นมุ่งเน้นหลักพื้นฐาน ที่สำคัญคือ

- การห้ามเลือกปฏิบัติต่อเด็กและการให้ความสำคัญแก่เด็กทุกคนเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของเด็ก ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิด หรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กมีโอกาสที่เท่าเทียมกัน

- การกระทำหรือการดำเนินการทั้งหลายต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก
- สิทธิในการมีชีวิต การอยู่รอด และการพัฒนาทางด้านจิตใจ อารมณ์ สังคม
- สิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็ก และการให้ความสำคัญกับความคิดเหล่านั้น

สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะ ดังนี้

ข้อ ๒

๑. รัฐภาคีจะเคารพและประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ แก่เด็กแต่ละคนที่อยู่ในเขตอำนาจของตน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าชนิดใด ๆ โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิด หรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือบิดา มารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย

๒. รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง เพื่อที่จะประกันว่าเด็กได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ หรือการลงโทษในทุกรูปแบบบนพื้นฐานของสถานภาพ กิจกรรมความคิดเห็นที่แสดงออก หรือความเชื่อของบิดา มารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือสมาชิกในครอบครัวของเด็ก

Article 2

1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members.

หมายเหตุ: ไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๓๕

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination - CERD)

อนุสัญญานี้ กำหนดหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติว่า “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” หมายถึงการจำแนก การกีดกัน การจำกัดหรือการเลือกโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือชาติกำเนิด หรือเผ่าพันธุ์ กำเนิดซึ่งมีเจตนาหรือมีผลให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่น ๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกัน การใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล

สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะ ดังนี้

ข้อ ๑

๑. ในอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” จะหมายถึง การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือ การเลือก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่น ๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล

Article 1

1. In this Convention, the term racial discrimination shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.

ข้อ ๒

๑. รัฐภาคีประณามการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และจะจัดให้มีนโยบายที่จะจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ และส่งเสริมความเข้าใจระหว่างชนทุกเชื้อชาติโดยวิธีการที่เหมาะสมและไม่รีรอ และเพื่อการนี้

(ก) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะไม่กระทำการใด ๆ ที่จะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล กลุ่มบุคคล หรือสถาบัน และจะประกันว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกคน และสถาบันของรัฐทุกแห่ง ทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น จะปฏิบัติตามพันธกรณีนี้

(ข) รัฐภาคีจะไม่อุปถัมภ์ ช่วยเหลือ หรือสนับสนุนการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติโดยบุคคลหรือองค์กรใด

(ค) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะดำเนินมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อทบทวนนโยบายของรัฐบาล ทั้งในกรอบแห่งชาติและระดับท้องถิ่น และแก้ไข เพิกถอนหรือยกเลิกกฎหมายหรือกฎระเบียบใด ๆ ที่มีผลก่อให้เกิดหรือแพร่ขยายการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติไม่ว่าในที่ได้ก็ตาม

(ง) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะห้ามและยกเลิกการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติโดยบุคคล กลุ่ม หรือ องค์กร โดยวิธีการอันเหมาะสม ซึ่งรวมทั้งการออกกฎหมายที่ใช้ตามความจำเป็นของสถานการณ์

(จ) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะสนับสนุนการดำเนินงานขององค์กรที่มุ่งประสานหลายเชื้อชาติเข้าด้วยกันและดำเนินการเคลื่อนไหว และการกระทำใด ๆ ในอันที่จะขจัดอุปสรรคขวางกั้นทางเชื้อชาติตามความเหมาะสม และจะไม่สนับสนุนการกระทำใด ๆ อันมีแนวโน้มที่จะเสริมสร้างความเข้มแข็งให้การแบ่งแยกทางเชื้อชาติ

๒. เมื่อสถานการณ์เหมาะสม และโดยคำนึงถึงด้านสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและอื่น ๆ รัฐภาคีจะจัดให้มีมาตรการพิเศษและเป็นรูปธรรมเพื่อประกันให้มีการพัฒนาอย่างพอเพียง และให้การคุ้มครองแก่กลุ่มชน หรือบุคคลบางเชื้อชาติ โดยมีเจตนารมณ์ที่จะประกันให้บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างสมบูรณ์ และอย่างเสมอภาค ทั้งนี้ มาตรการเหล่านี้จะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกสิทธิที่ไม่เท่าเทียมกันสำหรับกลุ่มชนต่างเชื้อชาติอย่างต่อเนื่องภายหลังจากที่ได้บรรลุวัตถุประสงค์นั้นแล้ว

Article 2

1. States Parties condemn racial discrimination and undertake to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating racial discrimination in all its forms and promoting understanding among all races, and, to this end:

(a) Each State Party undertakes to engage in no act or practice of racial discrimination against persons, groups of persons or institutions and to ensure that all public authorities and public institutions, national and local, shall act in conformity with this obligation;

(b) Each State Party undertakes not to sponsor, defend or support racial discrimination by any persons or organizations;

(c) Each State Party shall take effective measures to review governmental, national and local policies, and to amend, rescind or nullify any laws and regulations which have the effect of creating or perpetuating racial discrimination wherever it exists;

(d) Each State Party shall prohibit and bring to an end, by all appropriate means, including legislation as required by circumstances, racial discrimination by any persons, group or organization;

(e) Each State Party undertakes to encourage, where appropriate, integrationist multi-racial organizations and movements and other means of eliminating barriers between races, and to discourage anything which tends to strengthen racial division.

2. States Parties shall, when the circumstances so warrant, take, in the social, economic, cultural and other fields, special and concrete measures to ensure the adequate development and protection of certain racial groups or individuals belonging to them, for the purpose of guaranteeing them the full and equal enjoyment of human rights and fundamental freedoms. These measures shall in no case entail as a consequence the maintenance of unequal or separate rights for different racial groups after the objectives for which they were taken have been achieved.

ข้อ ๕

เพื่อให้สอดคล้องตามพันธกรณีพื้นฐานที่ได้จัดวางไว้ตามข้อ ๒ ของอนุสัญญา รัฐภาคีจะห้ามและจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ และจะประกันสิทธิของทุกคนให้มีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย โดยไม่จำแนกตามเชื้อชาติ สีผิว หรือชาติหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้สิทธิดังต่อไปนี้



- (ก) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติต่ออย่างเท่าเทียมกันภายใต้ศาลและองค์กรอื่น ๆ ทั้งปวง ในกระบวนการยุติธรรม
- (ข) สิทธิที่บุคคลจะได้รับสวัสดิภาพและการคุ้มครองโดยรัฐให้รอดพ้นจากความรุนแรงหรือการทำร้ายร่างกายไม่ว่าจะโดยการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือโดยกลุ่มบุคคลหรือสถาบันใดก็ตาม
- (ค) สิทธิทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิที่จะเข้าร่วมในการเลือกตั้งการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและการสมัครรับเลือกตั้ง โดยอยู่บนพื้นฐานของการใช้สิทธิอย่างทั่วถึงและเสมอภาคกัน การเข้าร่วมในรัฐบาล และเข้าร่วมในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะในทุกระดับ และความเสมอภาคในการเข้าถึงบริการสาธารณะ
- (ง) สิทธิพลเมืองอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
- (๑) สิทธิในการมีเสรีภาพในการโยกย้ายและการพำนักอาศัยภายในเขตแดนของรัฐ
 - (๒) สิทธิในการเดินทางออกจากประเทศหนึ่งประเทศใด รวมทั้งประเทศของตนเองและในอันที่จะกลับคืนมายังประเทศตน
 - (๓) สิทธิในการครองสัญชาติ
 - (๔) สิทธิในการสมรสและการเลือกคู่สมรส
 - (๕) สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน ทั้งโดยส่วนตัวและโดยร่วมกับบุคคลอื่น
 - (๖) สิทธิในการรับมรดก
 - (๗) สิทธิในการมีเสรีภาพทางความนึกคิด ความสำนึก และศาสนา
 - (๘) สิทธิในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก
 - (๙) สิทธิในการชุมนุมอย่างสงบและการรวมกลุ่ม
- (ฉ) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
- (๑) สิทธิในการมีงานทำ ในการเลือกงานอย่างเสรี ในการมีสภาพในการทำงานที่เหมาะสม น่าพอใจ ในการได้รับการคุ้มครองจากสภาพการตกงาน ในการได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกันกับงานที่ทำในระดับเดียวกัน ในการได้รับผลตอบแทนที่ยุติธรรมและน่าพอใจ
 - (๒) สิทธิในการจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน
 - (๓) สิทธิในการมีที่อยู่อาศัย
 - (๔) สิทธิในการได้รับการสาธารณสุข การดูแลทางการแพทย์ การประกันสังคม และการบริการทางสังคม
 - (๕) สิทธิในการได้รับการศึกษาและการฝึกอบรม
 - (๖) สิทธิในการเข้าร่วมในกิจกรรมทางวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน
- (ช) สิทธิในการเข้าถึงสถานที่ หรือบริการใด ๆ ที่มีไว้สำหรับสาธารณชน เช่น การเดินทางขนส่ง โรงแรม ร้านอาหาร ร้านกาแฟ โรงละคร และสวนสาธารณะ

Article 5

In compliance with the fundamental obligations laid down in article 2 of this Convention, States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights:

- (a) The right to equal treatment before the tribunals and all other organs administering justice;
- (b) The right to security of person and protection by the State against violence or bodily harm, whether inflicted by government officials or by any individual, group or institution;
- (c) Political rights, in particular the rights to participate in elections to vote and to stand for election on the basis of universal and equal suffrage, to take part in the Government as well as in the conduct of public affairs at any level and to have equal access to public service;
- (d) Other civil rights, in particular:
 - (i) The right to freedom of movement and residence within the border of the State;
 - (ii) The right to leave any country, including one's own, and to return to one's country;
 - (iii) The right to nationality;
 - (iv) The right to marriage and choice of spouse;
 - (v) The right to own property alone as well as in association with others;
 - (vi) The right to inherit;
 - (vii) The right to freedom of thought, conscience and religion;
 - (viii) The right to freedom of opinion and expression;
 - (ix) The right to freedom of peaceful assembly and association;
- (e) Economic, social and cultural rights, in particular:
 - (i) The rights to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work, to protection against unemployment, to equal pay for equal work, to just and favourable remuneration;
 - (ii) The right to form and join trade unions;
 - (iii) The right to housing;
 - (iv) The right to public health, medical care, social security and social services;
 - (v) The right to education and training;
 - (vi) The right to equal participation in cultural activities;
- (f) The right of access to any place or service intended for use by the general public, such as transport, hotels, restaurants, cafes, theatres and parks.

หมายเหตุ: มีผลบังคับใช้กับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๖ แต่มีการตั้งข้อสงวนโดยเฉพาะในข้อ ๔ ที่มีหลักว่า “รัฐภาคีประณามการโฆษณาชวนเชื่อ (Propaganda) ทั้งมวลและองค์กรทั้งปวงที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็นหรือทฤษฎีของความเหนือกว่าของชนชาติหนึ่งชนชาติใดหรือของกลุ่มบุคคลตามสีผิวหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด หรือที่พยายามให้เหตุผลรองรับหรือส่งเสริมความเกลียดชังระหว่างเชื้อชาติหรือการเลือกปฏิบัติในรูปแบบใดก็ตาม และตกลงที่จะจัดให้มีมาตรการทางบวกในทันทีที่จะขจัดการกระตุนหรือการกระทำที่เลือกปฏิบัติและเพื่อการนี้จะดำเนินการต่าง ๆ โดยคำนึงถึงหลักการที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและสิทธิต่าง ๆ ที่ได้รับระบุในข้อ ๕ ของอนุสัญญา...” สำหรับหลักการในข้อ ๔ นี้จะกล่าวถึงโดยละเอียดในหัวข้อที่ว่าด้วยการวิเคราะห์การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)



อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment - CAT)

อนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์ในการระงับและยับยั้งการทรมาน โดยในเนื้อหาของอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดความหมายของการทรมานว่าหมายถึงการกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัสไม่ว่าทางกายภาพหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ด้วยความมุ่งประสงค์ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำ หรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ รวมทั้งการบังคับขู่เข็ญ โดยมุ่งเน้นไปที่การกระทำหรือโดยความยินยอมของเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลอื่น ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะ ดังนี้

ข้อที่ ๑

๑. เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การทรมาน” หมายถึง การกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส ไม่ว่าทางกายหรือทางจิตใจ ต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะได้มาซึ่งข้อสนเทศ หรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำ หรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่ให้กลัว หรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือเพราะเหตุผลใด ๆ บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นในรูปใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการยุยง หรือโดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรือเป็นผลมาจาก หรือสืบเนื่องมาจากการลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย

Article 1

1. For the purposes of this Convention, the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities - CRPD)

อนุสัญญานี้เน้นไปที่การจัดอุปสรรคในการดำเนินชีวิตของผู้พิการ ตลอดจนการแก้ไขความเสียเปรียบทางสังคมของคนพิการ ซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ และขัดขวางการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ

สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะ ดังนี้

ข้อที่ ๒ (นิยาม)

“การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการ” หมายถึง ความแตกต่าง การกีดกัน หรือการจำกัดบนพื้นฐานความพิการซึ่งมีความมุ่งประสงค์ หรือส่งผลให้เป็นการเสื่อมเสียหรือทำให้ไร้ผลซึ่งการยอมรับการอุปโภคหรือการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวง บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ความเป็นพลเมืองหรือด้านอื่น ๆ รวมถึงการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ รวมทั้งการปฏิเสธการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล

Article 2 (Definition)

“Discrimination on the basis of disability” means any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field. It includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation;

ข้อ ๓ (หลักการทั่วไป)

หลักการของอนุสัญญานี้ มีดังนี้

(ก) การเคารพในศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิด การอยู่ได้ด้วยตนเอง รวมถึงเสรีภาพในการตัดสินใจเลือกด้วยตนเอง และความเป็นอิสระของบุคคล

(ข) การไม่เลือกปฏิบัติ

(ค) การเข้ามีส่วนร่วมและเข้าร่วมได้อย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพในสังคม

(ง) การเคารพความแตกต่างและการยอมรับว่าคนพิการเป็นส่วนหนึ่งของความหลากหลายของมนุษย์และมนุษยชาติ

(จ) ความเท่าเทียมกันของโอกาส

(ฉ) ความสามารถในการเข้าถึง

(ช) ความเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิง

(ณ) การเคารพขีดความสามารถของเด็กพิการที่มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องและการเคารพสิทธิของเด็กพิการเพื่อสงวนรักษาอัตลักษณ์ของตน



Article 3

General principles, the principles of the present Convention shall be:

- (a) Respect for inherent dignity, individual autonomy including the freedom to make one's own choices, and independence of persons;
- (b) Non-discrimination;
- (c) Full and effective participation and inclusion in society;
- (d) Respect for difference and acceptance of persons with disabilities as part of human diversity and humanity;
- (e) Equality of opportunity;
- (f) Accessibility;
- (g) Equality between men and women;
- (h) Respect for the evolving capacities of children with disabilities and respect for the right of children with disabilities to preserve their identities.

ข้อ ๕ (ความเท่าเทียมกันและไม่เลือกปฏิบัติ)

๑. รัฐภาคียอมรับว่าทุกคนมีความเท่าเทียมกันเบื้องต้นและภายใต้กฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ที่เท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ
๒. ให้รัฐภาคีห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งปวงเพราะเหตุแห่งความพิการ และประกันให้คนพิการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมและมีประสิทธิภาพจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุทั้งปวง
๓. เพื่อเป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและจัดการเลือกปฏิบัติ ให้รัฐภาคีดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมทั้งปวงเพื่อประกันว่าจะจัดให้มีการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล
๔. มาตรการเฉพาะซึ่งจำเป็นในการเร่งหรือเพื่อให้บรรลุถึงความเท่าเทียมกันในทางปฏิบัติแก่คนพิการต้องไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติภายใต้เงื่อนไขของอนุสัญญานี้

Article 5 (Equality and Non - Discrimination)

1. States Parties recognize that all persons are equal before and under the law and are entitled without any discrimination to the equal protection and equal benefit of the law.
2. States Parties shall prohibit all discrimination on the basis of disability and guarantee to persons with disabilities equal and effective legal protection against discrimination on all grounds.
3. In order to promote quality and eliminate discrimination, States Parties shall take all appropriate steps to ensure that reasonable accommodation is provided.
4. Specific measures which are necessary to accelerate or achieve de facto equality of persons with disabilities shall not be considered discrimination under the terms of the present Convention.

๘

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance - CED)

อนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดให้การทำหายสาบสูญโดยถูกบังคับเป็นฐานความผิดตามกฎหมายอาญา โดยเน้นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือการกระทำในนามเจ้าหน้าที่รัฐ รวมทั้งกำหนดโทษของความผิดดังกล่าว โดยรัฐจะต้องกำหนดให้ตนมีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดฐานกระทำหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ถึงแม้ว่าบุคคลที่หายสาบสูญ หรือบุคคลที่ประกอบอาชญากรรมดังกล่าวจะไม่ใช่คนชาติของตนและทำให้หายสาบสูญก็ได้เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐตน ทั้งนี้ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาจะไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างสำหรับการกระทำหายสาบสูญได้ นอกจากนี้ ยังกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและจัดให้เหยื่อและสมาชิกในครอบครัวได้รับการเยียวยาและชดเชยอย่างเหมาะสม

๘

อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว (Convention on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Member of their Families - CMW)

ในส่วนของหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติในอนุสัญญานี้มีดังต่อไปนี้

ส่วนที่ ๒ การไม่เลือกปฏิบัติโดยเคารพต่อสิทธิ

มาตรา ๗

รัฐภาคีดำเนินการให้เป็นไปตามตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน โดยเคารพและให้หลักประกันแก่คนงานอพยพทั้งปวงและสมาชิกครอบครัวของเขา ที่อยู่ภายในอาณาเขตและอยู่ในขอบเขตอำนาจของตนในเรื่องของสิทธิต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ อาทิ เพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา หรือความเชื่อ ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่น ต้นกำเนิดทางเชื้อชาติ ชาติพันธุ์หรือสังคม สัญชาติ อายุ สถานะทางเศรษฐกิจ สิทธิพลเมือง สถานภาพการสมรส การเกิดหรือสถานภาพอื่น

PART II: Non-discrimination with Respect to Rights

Article 7

States Parties undertake, in accordance with the international instruments concerning human rights, to respect and to ensure to all migrant workers and members of their families within their territory or subject to their jurisdiction the rights provided for in the present Convention without distinction of any kind such as to sex, race, colour, language, religion or conviction, political or other opinion, national, ethnic or social origin, nationality, age, economic position, property, marital status, birth or other status.



ปัจจุบันประเทศไทยเข้าเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศหลักภายใต้กรอบของสหประชาชาติดังกล่าว ๗ ฉบับ รวมทั้งเป็นภาคีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญา CEDAW ว่าด้วยการรับข้อร้องเรียนและอนุสัญญาสิทธิเด็กอีก ๒ ฉบับ คือ พิธีสารเลือกรับเรื่องการขายเด็ก การค้าประเวณีและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol to the Convention on Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography) และพิธีสารเลือกรับเรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยอาวุธ (Optional Protocol to the Convention on Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict) สำหรับอนุสัญญาอีกสองฉบับที่ไทยยังไม่ได้เป็นภาคี คือ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว

๓.๒ กฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาคเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ในส่วนนี้จะชี้ให้เห็นถึงหลักการเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาค ๓ ภูมิภาค ดังต่อไปนี้

๑ สหภาพยุโรป

๑.๑) สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights)

ข้อ ๑๔

สิทธิและเสรีภาพในอนุสัญญานี้จะได้รับการรับรองโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใด ๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่น ๆ ชาติกำเนิดหรือแหล่งกำเนิดทางสังคม การเป็นสมาชิกในสมาคมของชนกลุ่มน้อย ทรัพย์สิน กำเนิด หรือ สถานะอื่น

Article 14

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in the European Convention on Human Rights and the Human Rights Act shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

๑.๒) กฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental rights of the European Union)

ในหมวด ๓ (Title III) ว่าด้วยความเท่าเทียมกัน (Equality) มีหลักดังนี้

ข้อ ๒๐ (ความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย)

บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย

Article 20 (Equality before the Law)

Everyone is equal before the law.

ข้อ ๒๑ การไม่เลือกปฏิบัติ

๑. การเลือกปฏิบัติใด ๆ บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ชาติพันธุ์ แหล่งกำเนิดทางสังคม ลักษณะทางพันธุกรรม ภาษา ศาสนา หรือความเชื่อ ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่น การเป็นสมาชิกของชนกลุ่มน้อย ทรัพย์สิน กำเนิด ความพิการ อายุ หรือรสนิยมทางเพศนั้น ถือเป็นการต้องห้าม

๒. การเลือกปฏิบัติใด ๆ ด้วยเหตุแห่งสัญชาตินั้นถือเป็นการต้องห้าม ทั้งนี้ ภายใต้กรอบแห่งการปรับใช้สนธิสัญญานี้และโดยปราศจากอคติใด ๆ

Article 21 (Non-Discrimination)

1. Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.

2. Within the scope of application of the Treaties and without prejudice to any of their specific provisions, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

๒ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Right)**ข้อ ๑ พันธกรณีในการเคารพสิทธิ**

ประเทศสมาชิกจะดำเนินการเพื่อให้มีการเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพตามสนธิสัญญานี้ และรับรองว่าบุคคลทุกคนในเขตอำนาจของประเทศสมาชิกจะได้รับสิทธิและเสรีภาพเต็มที่ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองและความเห็นอื่น สัญชาติและแหล่งกำเนิดทางสังคม สถานะทางเศรษฐกิจ กำเนิด หรือเงื่อนไขทางสังคมอื่น

Article 1 Obligation to Respect Rights

1. The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition.

ข้อ ๒๔ สิทธิในการได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน

บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ดังนั้น จึงมีสิทธิได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ

Article 24 Right to Equal Protection

All persons are equal before the law. Consequently, they are entitled, without discrimination, to equal protection of the law.



๓ กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชน (The African Charter on Human and People's Rights)

ข้อ ๒

บุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพดังที่รับรองไว้ในกฎบัตรนี้โดยปราศจากการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุใด ๆ เช่น เชื้อชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่น สัญชาติและแหล่งกำเนิดทางสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น

Article 2

Every individual shall be entitled to the enjoyment of the rights and freedoms recognized and guaranteed in the present Charter without distinction of any kind such as race, ethnic group, colour, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune, birth or other status.

ข้อ ๓

๑. บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย

๒. บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายที่เท่าเทียมกัน

Article 3

1. Every individual shall be equal before the law.

2. Every individual shall be entitled to equal Protection of the law

๓.๓ กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ในส่วนนี้จะชี้ให้เห็นถึงหลักกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ เพื่อจะนำไปสู่การวิเคราะห์ประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในบทที่ ๔ ต่อไป

๓.๓.๑ กฎหมายแคนาดา

๓.๓.๑.๑ รัฐธรรมนูญแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms)

มาตรา ๑๕ วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน (Equality Rights) ไว้ดังนี้

(๑) บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

(๒) ความใน (๑) ไม่ใช้กับกรณีที่กฎหมาย โปรแกรม หรือกิจกรรมใด ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่ภายใต้สภาวะหรือเงื่อนไขที่เสียเปรียบด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว แคนาดามีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันของแคนาดา ซึ่งปรากฏทั้งในกฎหมายระดับสหพันธรัฐและกฎหมายระดับมลรัฐ (Province)

๓.๓.๑.๒ กฎหมายระดับสหพันธรัฐ

กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canada Human Rights Act 1985 , last amended November, 2014)

➤ หลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียม

หลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันตามกฎหมายนี้มีอยู่สองประการที่สำคัญ คือ การกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ (Discrimination grounds) และกำหนดว่าพฤติกรรมใดบ้างที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวที่จะถือเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งจะจำแนกเป็นมิติต่าง ๆ ในการดำเนินชีวิต (Area of discrimination)

➤ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Prohibited Grounds of Discrimination)

มาตรา ๓ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ ดังนี้

“เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา อายุ เพศ รสนิยมทางเพศ สถานภาพการสมรส สถานภาพทางครอบครัว ความพิการ ประวัติการต้องโทษทางอาญาซึ่งได้รับการยกเว้นโทษหรือรอลงอาญา”

➤ พฤติกรรมอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory Practices)

กฎหมายกำหนดว่าพฤติกรรมลักษณะใดบ้างที่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยจำแนกตามมิติหรือประเด็นการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ได้ดังนี้

- ในมิติเกี่ยวกับสินค้า หรือบริการ มาตรา ๕ วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้า บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก ซึ่งโดยปกติแล้วจัดให้บริการต่อสาธารณะ ได้แก่ พฤติกรรมต่อไปนี้ซึ่งเกิดขึ้นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

- (ก) ปฏิเสธ หรือปฏิเสธการเข้าถึง สินค้า บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก แก่บุคคลใด ๆ
- (ข) ปฏิบัติต่อบุคคลใดแตกต่างไปจากบุคคลอื่น

- ในมิติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย มาตรา ๖ วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย ได้แก่ พฤติกรรมต่อไปนี้ซึ่งเกิดขึ้นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

- (ก) ปฏิเสธ หรือปฏิเสธการให้บริการที่อยู่อาศัย แก่บุคคลใด ๆ
- (ข) ปฏิบัติต่อบุคคลใดแตกต่างไปจากบุคคลอื่น

- ในมิติเกี่ยวกับการจ้างงาน มาตรา ๗ วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติทางตรงหรือทางอ้อม คือ พฤติกรรมดังต่อไปนี้ซึ่งเกิดขึ้นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

- (ก) ปฏิเสธการจ้างงาน หรือปฏิเสธการต่อสัญญาการจ้างงานบุคคลใด ๆ
- (ข) ปฏิบัติต่อลูกจ้างคนใดคนหนึ่งแตกต่างจากลูกจ้างคนอื่น

- ในมิติเกี่ยวกับการโฆษณาหรือประกาศรับสมัครงาน มาตรา ๘ วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติ คือ พฤติกรรมดังต่อไปนี้

- (ก) ใช้หรือเผยแพร่เอกสารการสมัครงาน
- (ข) พิมพ์ เผยแพร่ โฆษณาหรือประกาศรับสมัครงานไม่ว่าด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร



โดยการกระทำดังกล่าวแสดงถึงข้อจำกัด การละเมิดคุณสมบัติเฉพาะ หรือคุณสมบัติอันเป็นที่ต้องการเป็นพิเศษ บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

- ในมิติเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายหรือแนวปฏิบัติในการทำงานของนายจ้าง มาตรา ๑๐ วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติ คือ พฤติกรรมดังต่อไปนี้

(ก) กำหนดนโยบายหรือแนวปฏิบัติ

(ข) ทำข้อตกลงที่ส่งผลกระทบต่อการรับสมัครงาน การจ้างงาน การเลื่อนตำแหน่ง การฝึกอบรม การฝึกงานของพนักงานใหม่ การโอนย้าย หรือเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรือเกี่ยวกับการจ้างแรงงานที่จะเกิดขึ้น

โดยการกระทำดังกล่าวส่งผลทำให้บุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดสูญเสียโอกาสใด ๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

- สำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับค่าจ้างนั้น มาตรา ๑๑ วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติ คือ การกำหนดค่าจ้างหรือผลตอบแทนการทำงานที่แตกต่างกันระหว่างชายและหญิงผู้ซึ่งทำงานที่มีคุณค่าเท่ากัน (Equal Value)

- ในมิติเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาเลือกปฏิบัติ มาตรา ๑๒ วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติ คือ การพิมพ์ หรือแสดงต่อสาธารณชน ด้วยประกาศ สัญลักษณ์ หรือการนำเสนอข้อมูลใด ๆ ซึ่งมีลักษณะ

(ก) แสดงโดยชัดแจ้งหรือปริยายถึงการเลือกปฏิบัติ หรือเจตนาในการเลือกปฏิบัติ

(ข) กระตุ้นให้ผู้อื่นทำการเลือกปฏิบัติ

โดยการกระทำดังกล่าว หรือการกระทำที่หากเกิดขึ้นจากการกระตุ้นดังกล่าว เป็น พฤติกรรมเลือกปฏิบัติ ตามมาตรา ๕ ถึงมาตรา ๑๑ และมาตรา ๑๔

- ในมิติของการคุกคาม (Harassment) มาตรา ๑๔ วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติ คือ การคุกคามบุคคลใดด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้า บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก ที่อยู่อาศัย เรื่องใด ๆ เกี่ยวกับการจ้างงาน

- สำหรับการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) นั้นมาตรา ๑๔ ได้วางหลักไว้เฉพาะ กล่าวคือ การคุกคามด้วยเหตุแห่งเพศ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้

ข้อยกเว้น

กฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับพฤติกรรมเลือกปฏิบัติบางประการ ไว้ในมาตรา ๑๕ กล่าวคือ

- การปฏิเสธ กีดกัน จำกัด กำหนดคุณสมบัติเฉพาะ ที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ซึ่งกำหนดโดยนายจ้างอันอยู่บนพื้นฐานของเงื่อนไขการประกอบอาชีพด้วยความสุจริต (Bona Fide Occupational Requirement) นอกจากนี้ การปฏิเสธการจ้างงานหรือการเลิกสัญญาจ้างแรงงานด้วยเหตุแห่งอายุขั้นต่ำหรือขั้นสูงซึ่งกำหนดโดยกฎหมาย ไม่ถือเป็นพฤติกรรมเลือกปฏิบัติ

- การเลือกปฏิบัติหรือการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกี่ยวกับสินค้า บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก ที่อยู่อาศัย ซึ่งกระทำโดยมีเหตุผลสมควรด้วยความสุจริต (Bona Fide Justification)

สำหรับองค์กรและหน่วยงานที่กฎหมายนี้จัดตั้งขึ้น ได้แก่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canadian Human Rights Commission) และคณะผู้พิจารณาคดีสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canadian Human Rights Tribunal)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canadian Human Rights Commission) ประกอบด้วยประธาน (Chief commissioner) และรองประธาน (Deputy Chief Commissioner) และกรรมการอื่นไม่น้อยกว่าสามและไม่เกิน ๖ คน โดยมีอำนาจหน้าที่สำคัญที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตามมาตรา ๒๗ ดังต่อไปนี้

• พัฒนาโปรแกรมเพื่อส่งเสริมให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้

- ทำการวิจัยหรือสนับสนุนการวิจัยเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ
- จัดทำข้อเสนอแนะเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติ
- ศึกษา ทบทวน กฎหมายและระเบียบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง
- กำหนดแนวปฏิบัติ (Guideline) ที่เกี่ยวกับหลักการต่าง ๆ ตามกฎหมายนี้

สำหรับกระบวนการรับข้อพิพาทหรือการเยียวยาผู้ถูกเลือกปฏิบัตินั้น เมื่อมีการกระทำผิดกรรมอันเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ บุคคลหรือกลุ่มบุคคลผู้ได้รับผลกระทบรวมทั้งบุคคลใด ๆ ที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้เกิดขึ้นสามารถร้องเรียนมายังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดาให้ตรวจสอบการกระทำดังกล่าว (มาตรา ๔๐) คณะกรรมการมีอำนาจสอบสวน (Investigation) ตามมาตรา ๔๓ โดยอาจตั้งผู้สอบสวน (Investigator) ซึ่งข้อพิพาทอาจได้รับการแก้ไขให้ยุติโดยการตกลงกันในขั้นตอนนี้ อย่างไรก็ตาม หากยังไม่เป็นที่ตกลงกันได้ คณะกรรมการอาจตั้งผู้ไกล่เกลี่ย (Conciliator) เพื่อไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยุติลง (มาตรา ๔๗) หากตกลงกันได้คณะกรรมการจะนำข้อตกลงนี้ให้ศาลระดับสหพันธรัฐมีคำสั่งตามข้อตกลงกันนั้น (มาตรา ๔๘)

ในเวลาใด ๆ ตั้งแต่มีคำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเข้าสู่การพิจารณา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดาอาจส่งเรื่องต่อไปให้ประธานคณะผู้พิจารณาคดีสิทธิมนุษยชน (Human Rights Tribunal) เพื่อทำการพิจารณาได้ (มาตรา ๔๙) โดยประธานมีอำนาจตั้งคณะผู้พิจารณาคดีดังกล่าว ซึ่งหากผลการพิจารณาชี้ว่าพฤติกรรมที่พิพาทเป็นการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนกฎหมายนี้ คณะผู้พิจารณามีอำนาจทำคำสั่งตามมาตรา ๕๓ ดังต่อไปนี้

• คำสั่งให้หยุดการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ และปรึกษากับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเพื่อสั่งให้ดำเนินมาตรการใด ๆ เพื่อแก้ไขหรือป้องกันพฤติกรรมดังกล่าว ซึ่งรวมถึงการกำหนดให้จัดทำโปรแกรม แผน เป็นต้น

• คำสั่งให้ผู้กระทำการเลือกปฏิบัติให้สิทธิ หรือโอกาส หรือผลประโยชน์ใด ๆ ที่ผู้ถูกเลือกปฏิบัติต้องสูญเสียไปเนื่องจากพฤติกรรมเลือกปฏิบัติ

• คำสั่งให้ผู้กระทำการเลือกปฏิบัติชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าจ้างและค่าใช้จ่ายใด ๆ ซึ่งผู้ถูกเลือกปฏิบัติต้องสูญเสียไป

• คำสั่งให้ผู้กระทำการเลือกปฏิบัติชดเชยต้นทุนที่เพิ่มขึ้นสำหรับการได้มาซึ่งสินค้า บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก หรือที่อยู่อาศัย และค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่ผู้ถูกเลือกปฏิบัติต้องรับภาระอันเป็นผลจากการเลือกปฏิบัติ

• คำสั่งให้ผู้กระทำการเลือกปฏิบัติชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน (Pain and Suffering) ที่ผู้ถูกกระทำได้รับจากการเลือกปฏิบัติ



นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้คณะผู้พิจารณามีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนพิเศษเพิ่มเติมจากการเยียวยาข้างต้น อีกเป็นจำนวนไม่เกิน ๒๐,๐๐๐ เหรียญ ในกรณีที่คณะผู้พิจารณาเห็นว่า การเลือกปฏิบัตินั้นเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (Willfully or Recklessly)

เพื่อบังคับการตามคำสั่งของคณะผู้พิจารณาดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะส่งคำสั่งดังกล่าวให้ศาลสหพันธรัฐออกคำสั่ง (มาตรา ๕๗)

๓.๓.๑.๓ กฎหมายระดับมลรัฐ

นอกจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับรัฐบาลกลางแล้ว มลรัฐต่าง ๆ ยังได้ตรากฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ โดยในงานวิจัยนี้จะศึกษาถึงกฎหมาย ๓ มลรัฐ ได้แก่ Alberta British Columbia และ Ontario

๑) กฎหมายมลรัฐ Alberta¹⁸

กฎหมายฉบับหลักที่วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของรัฐ Alberta คือ พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (Alberta Human Rights Act) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองประชาชนในรัฐให้มีโอกาสดำเนินชีวิตด้านต่าง ๆ อย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติในด้านต่าง ๆ ของการใช้ชีวิต

หลักสำคัญของกฎหมายนี้ คือ การห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีดังต่อไปนี้ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ในแต่ละกรณี

การเลือกปฏิบัติในกรณีเกี่ยวกับสิ่งพิมพ์ หรือการประกาศ (Discrimination republication, notices) มาตรา ๓

- ห้ามบุคคลใดพิมพ์เผยแพร่ แสดงต่อสาธารณะ หรือก่อให้เกิดการพิมพ์เผยแพร่ แสดงต่อสาธารณะ ซึ่งกล่าวใด ๆ ข้อความ ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการนำเสนอใด ๆ ซึ่ง
 - (ก) ชี้ให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติหรือเจตนาในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล
 - (ข) มีแนวโน้มที่จะทำให้บุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดถูกเกลียดชังหรือถูกดูหมิ่น
 ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีดวง เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษ ชาติกำเนิด สถานภาพการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของบุคคลนั้นหรือกลุ่มบุคคลนั้น

บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นไม่ใช้กับกรณีต่อไปนี้

- การเผยแพร่ แสดงต่อสาธารณะ ซึ่งกล่าวใด ๆ ข้อความ ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการนำเสนอใด ๆ เกี่ยวกับสถานที่ซึ่งโดยจารีตประเพณีแล้วใช้กับเพศใดเพศหนึ่ง
- การแสดงหรือการพิมพ์เผยแพร่โดยหรือในนามขององค์กรซึ่งไม่แสวงกำไรอันประกอบด้วยบุคคลโดยเฉพาะซึ่งมีความคิดความเชื่อทางศาสนา การเมือง เช่นเดียวกัน หรือมีชาติกำเนิด บรรพบุรุษเหมือนกัน ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ แสดงต่อสาธารณะ ซึ่งกล่าวใด ๆ ข้อความ ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการนำเสนอใด ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ขององค์กรหรือคุณสมบัติสมาชิกขององค์กรนั้น

¹⁸ Retrieved from <http://www.albertahumanrights.ab.ca/decisions.asp>

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้า บริการ ที่อยู่อาศัย สิ่งอำนวยความสะดวก (Discrimination re Goods, Services, Accommodation, Facilities) มาตรา ๔

ห้ามมิให้บุคคลใด ๆ ทำการต่อไปนี้

• ปฏิเสธ (Deny) บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลใด ๆ ในกรณีเกี่ยวกับสินค้า บริการ ที่อยู่อาศัย หรือสิ่งอำนวยความสะดวก ซึ่งโดยปกติประเพณีแล้วเปิดให้บริการแก่สาธารณะ

• เลือกปฏิบัติ (Discriminate) บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลใด ๆ เกี่ยวกับ สินค้า บริการ ที่อยู่อาศัย หรือสิ่งอำนวยความสะดวก ซึ่งโดยปกติประเพณีแล้วเปิดให้บริการแก่สาธารณะ

ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีมืด เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษ ชชาติกำเนิด สถานภาพการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของ บุคคลนั้นหรือกลุ่มบุคคลนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการเช่า (Discrimination re Tenancy) มาตรา ๕

ห้ามมิให้บุคคลใด ๆ ทำการต่อไปนี้

• ปฏิเสธ (Deny) บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลใด ๆ เกี่ยวกับสิทธิในการเช่าสถานที่ใช้ในเชิงพาณิชย์หรือสถานที่อยู่อาศัยซึ่งมีการโฆษณาหรือแสดงให้เห็นว่าเปิดให้บริการสำหรับการเช่า หรือ

• เลือกปฏิบัติ (Discriminate) บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลใด ๆ เกี่ยวกับเงื่อนไขหรือข้อตกลงตามสัญญาเช่าสถานที่ใช้ในเชิงพาณิชย์หรือสถานที่อยู่อาศัย

ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีมืด เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษ ชชาติกำเนิด สถานภาพการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของ บุคคลนั้นหรือกลุ่มบุคคลนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (Discrimination re employment practices) มาตรา ๗

ห้ามมิให้บุคคลใด ๆ ทำการต่อไปนี้

• ปฏิเสธ (Deny) การจ้างแรงงานหรือปฏิเสธที่จะจ้างแรงงานต่อไป (Continue to Employ) บุคคลใด ๆ

• เลือกปฏิบัติ (Discriminate) ต่อบุคคลใด ๆ ในกรณีที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรือเกี่ยวกับเงื่อนไขข้อตกลงในการจ้างแรงงาน

ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีมืด เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษ ชชาติกำเนิด สถานภาพการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของ บุคคลนั้น

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นในกรณีที่เกี่ยวกับอายุ และสถานภาพการสมรส นั้นไม่ใช่บังคับกับกรณี การเกษียณอายุ แผนเงินอุดหนุน หรือเงื่อนไขข้อกำหนดใด ๆ เกี่ยวกับการประกันชีวิต ซึ่งกระทำด้วยความสุจริต



นอกจากนี้ บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นนั้น ไม่ใช่บังคับในกรณีการปฏิเสธ ข้อจำกัด การระบุคุณสมบัติเฉพาะ ที่อยู่บนพื้นฐานของความจำเป็นทางอาชีพนั้นด้วยความสุจริต (Bona fide occupational requirement)

การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติกับกรณีการโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน (Applications and Advertisement re Employment) (มาตรา ๘)

ห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเผยแพร่แบบฟอร์มในการสมัครงานหรือการประกาศ การโฆษณาใด ๆ ที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน หรือการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เกี่ยวกับผู้สมัครงานไม่ว่าด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร ในกรณีต่อไปนี้

- แสดงโดยตรงหรือโดยอ้อมถึงข้อจำกัด คุณสมบัติเฉพาะ คุณสมบัติอันเป็นที่ต้องการเป็นพิเศษ อันบ่งชี้ถึงการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีมืด เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษ ชาตินาเกิด สถานภาพการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของบุคคลนั้น

- กำหนดให้ผู้สมัครงานต้องระบุข้อมูลใด ๆ เกี่ยวกับเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีมืด เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษ ชาตินาเกิด สถานภาพการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของบุคคลนั้น

บทบัญญัติข้างต้นไม่ใช่บังคับกับการปฏิเสธ การจำกัด การกำหนดคุณสมบัติ ที่อยู่บนพื้นฐานของความจำเป็นทางอาชีพนั้นด้วยความสุจริต (Bona Fide Occupational Requirement)

กลไกการบังคับใช้กฎหมาย

พระราชบัญญัตินี้จัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Alberta Human Rights Commission) ขึ้น โดยผู้เสียหาย รวมทั้งกรรมการสิทธิมนุษยชนคนใดคนหนึ่ง ผู้มีเหตุเชื่อว่าการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายนี้ สามารถยื่นคำร้อง (Complaint) ไปคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้ (มาตรา ๒๐ (๑)) เมื่อคณะกรรมการได้รับคำร้องแล้วจะส่งไปยังผู้อำนวยการ (Director) ซึ่งมีอำนาจดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย หากไม่สามารถตกลงกันได้ ในขั้นนี้ ผู้อำนวยการมีอำนาจตั้งผู้ไต่สวน (Investigator) (มาตรา ๒๑)

ผู้อำนวยการสามารถยกคำร้อง หรือยุติกระบวนการ หรือรายงานต่อไปยังประธานคณะกรรมการและคณะผู้พิจารณา (Chief of the Commission and Tribunals หรือ CC&T) (มาตรา ๒๒)

ผู้ไต่สวน (Investigator) มีอำนาจสั่งให้ผู้เกี่ยวข้องให้ข้อมูลด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร รวมทั้งมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบสถานที่ที่เกี่ยวข้อง (มาตรา ๒๓) แต่อำนาจดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลชั้นต้น (Provincial Court) โดยเฉพาะการเข้าไปในสถานที่ที่เกี่ยวข้องนั้นผู้ไต่สวนต้องแสดงหลักฐานที่เกี่ยวข้องให้ศาลพิจารณาออกคำสั่งอนุญาตให้ผู้ไต่สวนดำเนินการ (มาตรา ๒๔)

ในกรณีที่ผู้อำนวยการยกคำร้อง ยุติกระบวนการ ผู้ร้องมีสิทธิอุทธรณ์ต่อประธานคณะกรรมการและคณะผู้พิจารณา (Chief of the Commission and Tribunals หรือ CC&T) ซึ่งมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการหนึ่งหรือสามคนเป็นผู้พิจารณาคดีนั้น (มาตรา ๒๗)

หากผู้พิจารณา (Human Rights Tribunal) เห็นว่ามีการละเมิดสิทธิตามพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนจริง ก็จะมีคำสั่งเยียวยาความเสียหาย (Order a Remedy) ซึ่งมีผลเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล คำสั่งดังกล่าวมีหลายประการ เช่น (มาตรา ๓๒)

- คำสั่งให้ยุติการเลือกปฏิบัติ
- คำสั่งให้ผู้ร้องได้รับสิทธิ โอกาส หรือ สิทธิประโยชน์ ซึ่งไม่ได้รับหรือถูกปฏิเสธเนื่องจากการเลือกปฏิบัติ
- คำสั่งให้ผู้ร้องได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากการสูญเสียรายได้ ค่าจ้าง ค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการเลือกปฏิบัติ
- คำสั่งใด ๆ ที่ส่งผลให้ผู้ร้องได้อยู่ในสถานะที่ควรเป็นหากปราศจากการเลือกปฏิบัตินั้น เช่น สั่งให้ผู้เลือกปฏิบัติกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องใหม่โดยไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติ เป็นต้น

กฎหมายมลรัฐ British Columbia

กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันอยู่ในกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Code, RSBC 1996, Chapter 210)

การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) รวมถึงการกระทำใด ๆ ที่บรรยายไว้ในมาตรา ๗ , ๘ (๑) (a), ๙ (a) หรือ (b), ๑๐ (๑) (a), ๑๑, ๑๓ (๑) (a) หรือ (๒), ๑๔ (a) หรือ (b) หรือ ๔๓ ซึ่งอาจจำแนกได้เป็นการเลือกปฏิบัติด้านต่าง ๆ ดังนี้

การเลือกปฏิบัติโดยการเผยแพร่ข้อมูล (Discriminatory Publication)

มาตรา ๗ มีหลักห้ามบุคคลใดพิมพ์ ออกเอกสาร แสดง หรือก่อให้เกิดการพิมพ์ ออกเอกสาร หรือการแสดงออกซึ่งข้อความ การพิมพ์ ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการแสดงออกใด ๆ

(a) ที่เป็นการชี้ให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติหรือเจตนาในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มคน

(b) ที่น่าจะทำให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลใด ๆ ได้รับความเกลียดชัง เนื่องจากสาเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชนชาติกำเนิด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ หรืออายุ เว้นแต่การสื่อสารดังกล่าวเป็นการสื่อสารต่อส่วนตัว (Private Communication)

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก

มาตรา ๘ วางหลักห้ามบุคคลใด ๆ กระทำการต่อไปนี้โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรด้วยความสุจริต

(a) ปฏิเสธมิให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเข้าพักอาศัย ใช้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวก ซึ่งโดยปกติแล้วเปิดให้บริการแก่สาธารณะ

(b) เลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย การใช้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกเนื่องจากสาเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชนชาติกำเนิด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ หรืออายุ



อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นสำหรับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิตใจสำหรับการกำหนดค่าเบี้ยประกันภัยหรือประโยชน์ตามสัญญาประกันชีวิตหรือสุขภาพ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้ออสังหาริมทรัพย์

มาตรา ๙ วางหลักห้ามปฏิเสธบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเกี่ยวกับโอกาสในการซื้ออสังหาริมทรัพย์ซึ่งแสดงต่อสาธารณะว่ามีไว้สำหรับจำหน่าย

ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเกี่ยวกับเงื่อนไขการซื้อหรือการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากสาเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชาติดำเนินด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการเช่า

มาตรา ๑๐ วางหลักห้าม

(a) ปฏิเสธบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเกี่ยวกับสิทธิในการเช่าพื้นที่ใด ๆ ซึ่งแสดงต่อสาธารณะว่ามีไว้สำหรับให้เช่า

(b) ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเกี่ยวกับเงื่อนไขการเช่าอสังหาริมทรัพย์เนื่องจากสาเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชาติดำเนินด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นสำหรับกรณีการให้เช่าสถานที่ซึ่งจำกัดเฉพาะบุคคลอายุเกิน ๕๕ ปีหรือสำหรับบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป หรือมีไว้สำหรับผู้พิการเช่าหรือให้สำหรับบุคคลสองคนหรือกว่านั้น ซึ่งอย่างน้อยหนึ่งคนเป็นผู้พิการ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการโฆษณาจ้างงาน

มาตรา ๑๑ ห้ามการประกาศโฆษณาจ้างงานซึ่งแสดงให้เห็นถึงข้อจำกัด หรือการระบุคุณสมบัติเฉพาะเกี่ยวกับ เชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชาติดำเนินด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ เว้นแต่ข้อจำกัดหรือคุณสมบัติเช่นนั้นอยู่บนพื้นฐานของเงื่อนไขทางอาชีพด้วยความสุจริต

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับค่าจ้าง

มาตรา ๑๒ วางหลักว่า นายจ้างต้องไม่เลือกปฏิบัติโดยให้ค่าตอบแทนการจ้างแรงงานลูกจ้างคนหนึ่งน้อยกว่าลูกจ้างอีกคนหนึ่งที่มีเพศแตกต่างกันหากลูกจ้างทั้งสองคนนั้นทำงานที่เหมือนหรือใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง (Similar or Substantially Similar Work)

ในการพิจารณาว่างานที่เหมือนกันหรือใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง (Similar or Substantially Similar Work) นั้นจะต้องพิจารณาทักษะ ความรับผิดชอบ ประกอบกับปัจจัยต่าง ๆ เช่น ระบบอาวุโส ระบบคุณธรรม และระบบอื่น ๆ ที่ใช้เป็นตัววัดคุณภาพและปริมาณของงานหรือการผลิต

การแตกต่างของค่าจ้างระหว่างลูกจ้างด้วยเหตุผลอื่น ๆ นอกจากเหตุแห่งเพศ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ทั้งนี้ หากปัจจัยที่นำมาใช้ในการกำหนดค่าจ้างนั้นอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลอันสมควร

การเลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงาน

มาตรา ๑๓ ห้ามมิให้บุคคลใด (a) ปฏิเสธการจ้างงานหรือต่อสัญญาจ้างแรงงาน หรือ (b) เลือกปฏิบัติต่อบุคคลเกี่ยวกับการจ้างงานหรือเงื่อนไขข้อสัญญาใด ๆ เกี่ยวกับการจ้างงาน ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชนชาติกำเนิด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ หรือการที่บุคคลนั้นต้องโทษทางอาญาซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานหรืองานที่บุคคลนั้นสมัคร

อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้สำหรับกรณีการปฏิเสธ การวางข้อจำกัด หรือการกำหนดเงื่อนไขเฉพาะเกี่ยวกับการจ้างงานบนพื้นฐานของเหตุผลการประกอบอาชีพด้วยความสุจริต

การเลือกปฏิบัติโดยสหภาพแรงงาน

มาตรา ๑๔ กำหนดห้ามสหภาพแรงงาน กีดกัน ยุติ หรือพักการเป็นสมาชิก หรือเลือกปฏิบัติต่อสมาชิก ด้วยเหตุแห่ง เชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชนชาติกำเนิด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ หรือการที่บุคคลนั้นต้องโทษทางอาญาซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับความความเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน

กลไกการบังคับใช้กฎหมาย

บุคคลหรือกลุ่มบุคคลผู้กล่าวหาว่ามีการกระทำที่เป็นการเลือกอันฝ่าฝืนกฎหมายนี้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะผู้พิจารณา (British Columbia Human Right Tribunal) (มาตรา ๒๑) ภายใน ๖ เดือนนับแต่วันที่ถูกกล่าวอ้างว่ามีการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัตินั้นได้เกิดขึ้น (มาตรา ๒๒) คณะผู้พิจารณาประกอบด้วยประธานหนึ่งคนและผู้พิจารณาอื่นที่ได้รับแต่งตั้งจาก Lieutenant Governor โดยมีวาระดำรงตำแหน่ง ๕ ปี ซึ่งสามารถได้รับการแต่งตั้งต่ออีก ๕ ปี หากคณะผู้พิจารณาเห็นว่า การกระทำตามคำร้องเป็นการเลือกปฏิบัติ อาจมีคำสั่งได้ดังต่อไปนี้

- สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนยุติการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติหรือหลีกเลี่ยงการกระทำเช่นนั้น
- มีประกาศว่าการกระทำตามที่ร้องเรียนเป็นการเลือกปฏิบัติ
- สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนดำเนินการใด ๆ อันเป็นการลดผลกระทบของการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้น
- สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนให้สิทธิ ผลประโยชน์ โอกาสใด ๆ ที่ผู้ร้องสูญเสียไปเนื่องจากการเลือกปฏิบัติ
- สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนชดเชยค่าจ้าง ผลประโยชน์ใด ๆ แก่ผู้ถูกเลือกปฏิบัติ
- สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความสูญเสียต่อเกียรติยศ (Injury to Dignity) ความรู้สึก (Feeling) ที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติ

สำหรับการบังคับตามคำสั่งของคณะผู้พิจารณานั้น กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากคณะผู้พิจารณาให้ได้รับชดเชยหรือเยียวยาความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติ นำคำสั่งของคณะผู้พิจารณาไปยื่นต่อศาลสูงสุดเพื่อให้มีคำพิพากษาบังคับตามคำสั่งนั้นได้ ซึ่งจะส่งผลให้คำสั่งของคณะผู้พิจารณามีผลบังคับเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลสูงสุด (มาตรา ๓๙)



กฎหมายมลรัฐ Ontario

กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของมลรัฐ Ontario ปรากฏในประมวลกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Code R.S.O. 1990, CHAPTER H.19) โดยมีหลักสำคัญเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติโดยจำแนกออกเป็นการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ ดังนี้

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับบริการ

มาตรา ๑ วางหลักว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันเกี่ยวกับบริการสินค้า สิ่งอำนวยความสะดวก โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ”

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย

ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับที่อยู่อาศัย (Accommodation) นั้น มาตรา ๒ แบ่งเป็นสองกรณี คือ

กรณีแรก บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในเรื่องเกี่ยวกับที่พักอาศัย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ หรือการรับการอุดหนุนสาธารณะ

กรณีที่สอง หลักกฎหมายการคุกคามเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย (Harassment in Accommodation) ซึ่งวางหลักว่า “บุคคลทุกคนผู้ซึ่งครอบครองที่อยู่อาศัย มีเสรีภาพจากการคุกคามโดยผู้ให้เช่าหรือตัวแทนผู้ให้เช่าหรือผู้ครอบครองอาคารเดียวกัน ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ หรือการรับการอุดหนุนสาธารณะ”

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญา

มาตรา ๓ วางหลักว่า “บุคคลทุกคนซึ่งมีความสามารถตามกฎหมาย มีสิทธิในการทำสัญญาบนพื้นฐานของเงื่อนไขข้อกำหนดที่เท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ”

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

สำหรับการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน มาตรา ๕ แบ่งออกเป็นสองกรณี คือ

กรณีแรก บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในการจ้างงานโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ

กรณีที่สอง การคุกคามเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (Harassment in employment) ซึ่งวางหลักว่า บุคคลทุกคนผู้ซึ่งเป็นลูกจ้าง มีเสรีภาพจากการคุกคามในที่ทำงานโดยนายจ้างหรือตัวแทนนายจ้างหรือลูกจ้างคนอื่น ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ

อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ หรือการรับการอุดหนุนสาธารณะ

การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)

กฎหมายได้วางหลักเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในฐานะการเลือกปฏิบัติชนิดหนึ่งโดยมาตรา ๗ ได้จำแนกออกเป็น ๓ กรณี คือ

กรณีแรก การคุกคามทางเพศในกรณีเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย วางหลักไว้ว่า บุคคลทุกคนผู้ซึ่งครอบครองที่อยู่อาศัย มีเสรีภาพที่จะไม่ถูกคุกคามด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศ โดยผู้ให้เช่าหรือตัวแทนหรือผู้ครอบครองอาคารเดียวกัน

กรณีที่สอง การคุกคามทางเพศในที่ทำงาน วางหลักไว้ว่า บุคคลทุกคนผู้ซึ่งเป็นลูกจ้าง มีเสรีภาพที่จะไม่ถูกคุกคามในที่ทำงานด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศ โดยนายจ้างหรือตัวแทนหรือลูกจ้างคนอื่น

กรณีที่สาม การติดต่อทางเพศโดยบุคคลที่อยู่ในสถานะให้ผลประโยชน์ วางหลักไว้ว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะไม่ถูกปฏิบัติ ดังนี้

- การติดต่อทางเพศ (Sexual Solicitation) โดยบุคคลซึ่งอยู่ในตำแหน่งหรือสถานะที่สามารถให้หรือปฏิเสธการให้ผลประโยชน์ใด ๆ เมื่อบุคคลผู้นั้นรู้หรือควรรู้ว่าการติดต่อดังกล่าวไม่เป็นที่พึงประสงค์
- การตอบโต้หรือแก้แค้นเนื่องจากการที่ตนได้ปฏิเสธการติดต่อทางเพศจากซึ่งอยู่ในตำแหน่งหรือสถานะที่สามารถให้หรือปฏิเสธการให้ผลประโยชน์ใด ๆ

กลไกการบังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้จัดให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระดับมลรัฐ (Ontario Human Rights Commission) และคณะผู้พิจารณาสิทธิมนุษยชน (Ontario Human Rights Tribunal)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระดับมลรัฐ มีอำนาจหน้าที่สำคัญ ได้แก่ การกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน การศึกษาวิจัย การศึกษาและทบทวนกฎหมายและระเบียบต่าง ๆ การส่งเสริมและสนับสนุนภาคส่วนต่าง ๆ เพื่อความเท่าเทียมกันและจัดการเลือกปฏิบัติ

คณะผู้พิจารณาสิทธิมนุษยชนระดับมลรัฐ มีอำนาจพิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายนี้ ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่ามีกรณีละเมิดสิทธิจริง มาตรา ๔๕.๒ ให้อำนาจคณะผู้พิจารณาอาจมีคำสั่งได้หลายประการ ดังนี้

- คำสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนชำระค่าสินไหมทดแทนต่อผู้ถูกละเมิดสิทธิ รวมทั้งค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายในเกียรติยศ (Injury to Dignity) ความรู้สึก (Feeling) และความนับถือตนเอง (Self-Respect) แก่ผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือถูกเลือกปฏิบัติ
- คำสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนจัดการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดกับผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือถูกเลือกปฏิบัติ นอกจากค่าสินไหมทดแทนที่เป็นตัวเงินสำหรับความสูญเสียจากการฝ่าฝืน รวมทั้งความเสียหายในเกียรติยศ (Injury to Dignity) ความรู้สึก (Feeling) และความนับถือตนเอง (Self-Respect)
- คำสั่งให้คู่กรณีกระทำการใด ๆ ที่คณะผู้พิจารณาเห็นสมควรเพื่อเป็นการส่งเสริมการกระทำที่สอดคล้องกับบทบัญญัติตามกฎหมายนี้



๓.๓.๒ กฎหมายแอฟริกาใต้

๑) รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้

รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ มีหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน ดังนี้

หลักความเท่าเทียมกัน (Equality)

มาตรา ๙

(๑) บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ทางกฎหมายเท่าเทียมกัน

(๒) ความเท่าเทียมกันครอบคลุมถึงการได้รับสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ในการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันนั้น จะต้องมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นเพื่อคุ้มครองบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งเสียเปรียบจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Person Disadvantaged by Unfair Discrimination)

(๓) รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ เพศ การตั้งครรภ์ สถานะความเป็นมารดา ชาดิกำเนด สีผิว รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด

(๔) บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุดังระบุใน (๓) ในการนี้ รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว

(๕) การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังระบุใน (๓) นั้นถือว่าไม่เป็นธรรม (Unfair) หากไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นธรรม (Fair)

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของแอฟริกาใต้ก็มีหลักการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของประเทศแอฟริกาใต้ ปรากฏในกฎหมายหลัก ๒ ฉบับ คือ

๑	กฎหมายแรงงาน (Employment Equality Act, 1998) ซึ่งมีขอบเขตมุ่งเน้นการสร้างความเท่าเทียมกันในการทำงาน (Equality) โดยกำหนดมาตรการคุ้มครองกลุ่มที่กฎหมายมองว่ามีความเสียเปรียบในแง่โอกาสในการทำงานบางกลุ่ม
๒	กฎหมายส่งเสริมความเท่าเทียมกันและป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000)

๒) กฎหมายแรงงาน (Employment Equality Act, 1998)¹⁹

วัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้มุ่งสร้างความเท่าเทียมกันในการทำงาน (Equality in the Workplace) (มาตรา ๒) ด้วยวิธีการดังต่อไปนี้

- ส่งเสริมโอกาสที่เท่าเทียมกันและการปฏิบัติที่เป็นธรรมในการจ้างงานโดยการจัดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination)

¹⁹ From The Employment Equity Act 1998, Department of labour, Republic of South Africa Retrieved from <http://www.labour.gov.za/>

• ดำเนินมาตรการยืนยันสิทธิ (Affirmative Action Measures) เพื่อเยียวยากลุ่มผู้เสียเปรียบในการจ้างงาน เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิในการทำงานอย่างเท่าเทียมในทุกกลุ่มอาชีพและทุกระดับของการทำงาน

ขอบเขตบังคับ

นายจ้างที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายนี้ (Designated Employer) คือ นายจ้างที่จ้างลูกจ้าง 50 คนขึ้นไป รวมทั้งองค์กรของรัฐ นายจ้างอื่นสามารถสมัครใจเลือกที่จะปฏิบัติตามกฎหมายนี้ (มาตรา 4)

ลูกจ้างหรือกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ คือ คนผิวสี (Black People) ผู้หญิง ผู้พิการ

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Prohibition of Unfair Discrimination)

กฎหมายกำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Chapter 2) โดยมีหลักสำคัญ ดังนี้

“ห้ามบุคคลใดเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Unfairly Discriminate) ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อลูกจ้าง โดยนโยบายหรือการปฏิบัติใด ๆ บนพื้นฐานของเหตุใดเหตุหนึ่ง ซึ่งรวมถึงเชื้อชาติ เพศ การตั้งครรภ์ สถานภาพการสมรส ความรับผิดชอบทางครอบครัว ความเชื่อ ความเห็นทางการเมือง วัฒนธรรม ภาษา การกำเนิด”

มาตรการยืนยันสิทธิ (Affirmative Action) ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายนี้ ซึ่งให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลบางกลุ่มหรือกีดกันบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติที่สำคัญสำหรับงานนั้น ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination)

ห้ามการทดสอบการติดเชื้อ HIV เว้นแต่ศาลแรงงานเห็นว่ามีความจำเป็นชอบธรรม (มาตรา ๗)

ห้ามการทดสอบทางจิตวิทยา เว้นแต่การทดสอบเช่นนั้นได้รับการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่าเชื่อถือได้ โดยการทดสอบดังกล่าวต้องกระทำต่อลูกจ้าง ทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างหรือกลุ่มใด ๆ (มาตรา ๘)

มาตรการยืนยันสิทธิ (Affirmative Action)

กฎหมายฉบับนี้กำหนดหลักการเกี่ยวกับมาตรการยืนยันสิทธิไว้เป็นการเฉพาะ (บทที่ ๓) โดยกำหนดหน้าที่ของนายจ้างไว้ ดังนี้ (มาตรา ๑๓)

• นายจ้างที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายนี้จะต้องดำเนินการยืนยันสิทธิต่อกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองเพื่อให้บรรลุถึงความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน

• ในการดำเนินการตามมาตรการยืนยันสิทธิ นายจ้างต้องปรึกษากับลูกจ้าง ทำการวิเคราะห์ จัดเตรียมแผนความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน และรายงานให้กระทรวงแรงงานทราบ

กฎหมายได้อธิบายความหมายของมาตรการยืนยันสิทธิ (มาตรา ๑๕) ว่าหมายถึง “มาตรการที่มุ่งทำให้ลูกจ้างกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองมีโอกาสการทำงานที่เท่าเทียมกันในทุกกลุ่มอาชีพและทุกระดับของการทำงาน” มาตรการดังกล่าวรวมถึง

- การบ่งระบุตัวและการจัดอุปสรรคอันส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง
- มาตรการที่ส่งเสริมความหลากหลาย
- การจัดหาให้ซึ่งที่พักสำหรับบุคคลในกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง
- การพัฒนาฝีมือ การฝึกอบรม การพัฒนาทักษะการทำงาน สำหรับบุคคลในกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง

คุ้มครอง



- การปฏิบัติในลักษณะให้สิทธิพิเศษเพื่อนำไปสู่การได้ทำงานอย่างเท่าเทียมกัน รวมถึงมาตรการกำหนด “โควตา”

อย่างไรก็ตาม นายจ้างไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับนโยบายการทำงานหรือการปฏิบัติ ซึ่งส่งผลให้เกิดอุปสรรคต่อบุคคลที่จะเข้าทำงานซึ่งมิได้มาจากกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง

แผนความเท่าเทียมกันในการทำงาน (Employment Equality Plan)

กฎหมายยังได้กำหนดแผนความเท่าเทียมกันในการทำงาน (มาตรา ๒๐) โดยนายจ้างต้องจัดเตรียมและดำเนินการตามแผน เพื่อให้บรรลุถึงความเท่าเทียมในการทำงาน ซึ่งในแผนจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้

วัตถุประสงค์ของแผนในแต่ละปี

เป้าหมายเพื่อบรรลุความเท่าเทียมกันในรูปตัวเลข

ตารางการดำเนินการประจำปี

กระบวนการและกลไกการตรวจสอบภายใน

กำหนดบุคคลผู้รับผิดชอบในการดำเนินการตามแผน

นายจ้างต้องส่งเอกสารแสดงรายละเอียดค่าจ้างและผลประโยชน์ตอบแทนการทำงานสำหรับทุกประเภทงานและทุกระดับการทำงานให้กับคณะกรรมการเงื่อนไขการจ้าง (Employment Conditions Commission หรือ ECC) (มาตรา ๒๗)

การตรวจสอบและการบังคับใช้กฎหมาย

พนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจตรวจสอบการดำเนินการตามกฎหมายนี้ (มาตรา ๓๕) หากเห็นว่านายจ้างไม่ปฏิบัติตาม พนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้นายจ้างปฏิบัติตาม (มาตรา ๓๖) หากนายจ้างยังคงไม่ปฏิบัติตาม พนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจทำคำสั่งให้ปฏิบัติตาม (มาตรา ๓๗) รัฐมนตรีมีอำนาจตรวจสอบการดำเนินการตามกฎหมายของนายจ้าง หากพบว่าไม่ดำเนินการก็มีอำนาจออกคำแนะนำ (Recommendation) (มาตรา ๔๓) ศาลแรงงานมีอำนาจออกคำสั่ง ให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือกำหนดค่าปรับ (มาตรา ๕๐)

นายจ้างที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายนี้จะต้องรับผิดชอบ เว้นแต่สามารถพิสูจน์ได้ว่าได้กระทำการทุกสิ่งจำเป็นเพื่อป้องกันการกระทำดังกล่าวแล้ว (มาตรา ๖๐)

๓) กฎหมายการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและการป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 2000)²⁰

นอกจากกฎหมายแรงงานซึ่งมีขอบเขตเฉพาะการเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานแล้ว ประเทศแอฟริกาใต้ยังมีการกำหนดกฎหมายเฉพาะ สำหรับการเลือกปฏิบัติในประเด็นหรือมิติอื่น ๆ คือ กฎหมายการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและการป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 2000)

²⁰ Retrieved from <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/56231/65195/E00ZAF01.html>

กฎหมายนี้นิยามการเลือกปฏิบัติ ว่า

การกระทำหรือละเว้นการกระทำใด ๆ อันรวมถึง นโยบาย กฎหมาย กฎ แนวปฏิบัติ เงื่อนไขหรือสถานการณ์ซึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม (ก) กำหนดภาระ หน้าที่ หรือก่อให้เกิดความเสียเปรียบ หรือ (ข) กีดกันผลประโยชน์ โอกาส หรือก่อให้เกิดความเสียเปรียบแก่บุคคลใด ๆ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ในกฎหมายนี้

จะเห็นได้ว่า กฎหมายมุ่งเน้นที่ “ความเป็นธรรม” (Fairness) โดยกฎหมายได้ระบุถึง ปัจจัย (Factors) ในการพิจารณาว่า นโยบาย กฎหมาย กฎ แนวปฏิบัติ นั้นเป็นธรรมหรือไม่ เช่น การเลือกปฏิบัตินั้นลดคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ส่งผลกระทบที่เกิดขึ้นกับบุคคลนั้นอาจเกิดในลักษณะการสร้างรูปแบบพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความเสียเปรียบหรือการที่บุคคลนั้นตกอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง การเลือกปฏิบัตินั้นมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มีวิธีการทางเลือกอื่นที่ทำให้เกิดความเสียเปรียบน้อยกว่าและสามารถนำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหรือไม่ เช่นเดียวกับกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในด้านแรงงาน (Employment Equity Act 1998) ซึ่งมีหลักการคุ้มครองความเท่าเทียมกันโดยห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อม

หลักสำคัญของกฎหมายนี้ คือ

- มุ่งส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกัน โดยกำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องดำเนินการให้เกิดความเท่าเทียม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สำหรับกลุ่มบุคคลที่มีความแตกต่างและถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ เพศ และความพิการ
- ห้ามการกระทำอันแบ่งได้ ๓ กลุ่มหลัก คือ
 ๑. การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ ความพิการ
 ๒. ห้ามการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)
 ๓. ห้ามการกระทำที่เป็นการคุกคาม (Harassment)

มีข้อสังเกตว่า กฎหมายแอฟริกาใต้ห้ามการกระทำ ๓ กลุ่มหลักที่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติ โดยแยกการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) และการคุกคาม (Harassment) ออกมาเป็นหลักการต่างหากจากการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ

นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายแอฟริกาใต้กำหนดไว้ชัดเจนถึงการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ในบริบทกฎหมายแอฟริกาใต้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมกับการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ที่แม้ว่าจะมีลักษณะเลือกปฏิบัติ แต่ไม่ขัดต่อกฎหมาย



๓.๓.๓ กฎหมายอินเดีย

๑) รัฐธรรมนูญอินเดีย

รัฐธรรมนูญอินเดีย มีหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน ดังนี้

การห้ามเลือกปฏิบัติ (Discrimination)

มาตรา ๑๕ มีหลักว่า

(๑) รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเพียงเพราะเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เพศ สถานที่เกิด

(๒) พลเมืองจะต้องไม่ถูกทำให้เสียสิทธิ หรือถูกจำกัด หรืออยู่ภายใต้เงื่อนไขใด ในกรณีต่อไปนี้ ด้วยเพียงเพราะเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เพศ สถานที่เกิด

(ก) การเข้าถึงร้านค้า ร้านอาหาร โรงแรม สถานที่ให้บริการเกี่ยวกับความบันเทิงสาธารณะ หรือ

(ข) การใช้แหล่งน้ำ สถานที่อาบน้ำ ถนน สถานที่ใด ๆ ซึ่งได้รับเงินอุดหนุนทั้งหมดหรือบางส่วนจากรัฐซึ่งเปิดให้ใช้แก่บุคคลทั่วไป

ความเท่าเทียมกัน (Equality)

มาตรา ๑๖ วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน (Equality) ดังนี้

พลเมืองทุกคนมีโอกาสอย่างเท่าเทียมกัน (Equality of Opportunity) ในเรื่องเกี่ยวกับการจ้างงานหรือการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใด ๆ ในภาครัฐ

พลเมืองจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติเพียงเพราะเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เพศ เชื้อสายวงศ์ตระกูล สถานที่เกิด ที่อยู่อาศัย ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานและการดำรงตำแหน่งใด ๆ ในภาครัฐ

๓.๓.๔ เครือรัฐออสเตรเลีย

รัฐธรรมนูญของเครือรัฐออสเตรเลีย มีลักษณะแตกต่างจากรัฐธรรมนูญประเทศอื่น ๆ เช่น สหรัฐอเมริกา ที่มีการบัญญัติสิทธิเสรีภาพโดยทั่วไปของพลเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญเครือรัฐออสเตรเลียนั้น รวมถึงรัฐธรรมนูญระดับมลรัฐต่าง ๆ ในออสเตรเลีย นั้น มิได้มีการบัญญัติถึงสิทธิเสรีภาพโดยทั่วไปของประชาชนไว้ ประเด็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจึงขึ้นอยู่กับกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้อง

ดังนั้น กฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติของออสเตรเลีย จึงพิจารณาได้จากกฎหมายเฉพาะซึ่งอาจจำแนกพิจารณาได้ทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ ดังนี้

๓.๓.๔.๑ กฎหมายระดับสหพันธรัฐ

ในระดับสหพันธรัฐนั้น เครือรัฐออสเตรเลียนมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย ได้แก่ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act 1986) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติ

ทางอายุ (Age Discrimination Act 2004) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางความพิการ (Disability Discrimination Act 1992) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Racial Discrimination Act 1975) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ (Sex Discrimination Act 1984)

๑) พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act 1986)

พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย โดยให้อำนาจหน้าที่สำคัญที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ คือ อำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับคำร้อง (Complaint) ที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย คณะกรรมการมีอำนาจพิจารณาเรื่องตามคำร้อง รวมถึงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านการเลือกปฏิบัติ (มาตรา ๑๑)

สำหรับกระบวนการร้องเรียนการเลือกปฏิบัตินั้น ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง (Complaint) ต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย คือ

- บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งกล่าวหาว่าตนได้รับการเลือกปฏิบัติอันมีขอบด้วยกฎหมาย
- บุคคลสองคนหรือกว่านั้นซึ่งกล่าวหาว่าตนได้รับการเลือกปฏิบัติอันมีขอบด้วย

กฎหมาย

อย่างไรก็ตาม กรณีการร้องเรียนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเรื่องเดียวกัน หากมีบุคคลใดซึ่งเป็นตัวแทนของสมาชิกในกลุ่มที่ถูกเลือกปฏิบัติได้ยื่นคำร้องแล้ว บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในกลุ่มเดียวกันจะไม่มีสิทธิยื่นคำร้องแยกต่างหากอีก (มาตรา 46 P)

เมื่อประธานคณะกรรมการ (President) ได้รับคำร้องแล้วมีหน้าที่พิจารณาคำร้องและพยายามไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในการพิจารณาดังกล่าวคณะกรรมการมีอำนาจเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ข้อมูลประกอบการพิจารณา หากคณะกรรมการเห็นว่าเกิดการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย จะออกหนังสือแจ้ง (Notice) ไปยังผู้ฝ่าฝืน โดยอาจกำหนดคำแนะนำ (Recommendation) เพื่อเป็นการยุติการเลือกปฏิบัติและป้องกันมิให้การเลือกปฏิบัตินั้นเกิดขึ้นซ้ำอีก คำแนะนำอาจรวมถึงการให้ผู้ฝ่าฝืนชำระค่าสินไหมทดแทนผู้ได้รับความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติ หรือให้ผู้ฝ่าฝืนกระทำการใด ๆ อันเป็นการเยียวยาหรือลดผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติ (มาตรา ๒๙)

หากประธานเห็นว่าการกระทำที่กล่าวอ้างตามคำร้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย ประธานมีอำนาจยกคำร้อง (Termination of complaint) ตามมาตรา 46 PH

ในกรณีที่ประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยกคำร้อง ผู้กล่าวอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติมีสิทธิร้องขอต่อศาลสหพันธรัฐ (Federal Court) ให้พิจารณา ภายใน ๖๐ วันนับแต่ประธานคณะกรรมการมีคำสั่งยกคำร้อง โดยการกระทำที่กล่าวอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต้องเป็นการกระทำเดียวกันกับคำร้องที่ยื่นต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน หากศาลเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย ศาลมีอำนาจทำคำสั่ง ดังนี้ (มาตรา 46 PO)

- คำสั่งว่าการกระทำได้กล่าวว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย
- คำสั่งให้กระทำการใดเพื่อเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ถูกเลือกปฏิบัติ
- คำสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนจ้างหรือจ้างผู้ถูกเลือกปฏิบัติเข้าทำงานใหม่ (Employ or Re-Employ)
- คำสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนชำระค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ผู้ถูกเลือกปฏิบัติได้รับ

สำหรับประเด็นที่ว่า การกระทำอย่างไรจึงเป็น “การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งจะเป็นเหตุให้ผู้ถูกเลือกปฏิบัติยื่นคำร้องต่อประธานคณะกรรมการหรือต่อศาลตามพระราชบัญญัตินี้ได้ นั้น จะต้องพิจารณานิยามของคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” และ “การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย” ตามพระราชบัญญัตินี้ ดังต่อไปนี้

• *การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)* หมายถึง²¹

(ก) ความแตกต่าง การกีดกันหรือการปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษใด ๆ ซึ่งกระทำขึ้นบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชนชาติกำเนิดหรือต้นกำเนิดทางสังคมซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคหรือทำให้เสียไปซึ่งความเท่าเทียมกันในโอกาสหรือการปฏิบัติในการจ้างงานหรืออาชีพ และ

(ข) ความแตกต่าง การกีดกัน หรือการปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษใด ๆ ซึ่ง

• ส่งผลเป็นอุปสรรคหรือทำให้เสียไปซึ่งความเท่าเทียมกันในโอกาสหรือการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพ

• ได้มีการกำหนดโดยกฎหมายว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ แต่ไม่รวมถึงความแตกต่าง การกีดกัน หรือการปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษต่อไปนี้

• กรณีเกี่ยวกับงานอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเงื่อนไขจำเป็นโดยธรรมชาติของงานนั้น

• กรณีเกี่ยวกับการจ้างงานในฐานะสมาชิกของพนักงานแห่งสถาบันซึ่งกระทำการตามหลักการ ความเชื่อ หรือคำสอนของศาสนา หรือลัทธิใดที่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกันหรือการปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษซึ่งกระทำด้วยความสุจริตเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อความรู้สึกอ่อนไหวของผู้นับถือศาสนาหรือลัทธิอื่น

• *การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Discrimination)*²² หมายถึงการกระทำ การละเว้นการกระทำ หรือการปฏิบัติซึ่งมีชอบด้วยกฎหมาย ดังต่อไปนี้

การกระทำที่ขัดต่อ ส่วนที่ ๔ ของพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางอายุ (Age Discrimination Act 2004)

การกระทำที่ขัดต่อ ส่วนที่ ๒ ของพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางความพิการ (Disability Discrimination Act 1992)

การกระทำที่ขัดต่อ ส่วนที่ II หรือ IIA ของพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Racial Discrimination Act 1975)

การกระทำที่ขัดต่อ ส่วนที่ II ของพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ (Sex Discrimination Act 1984)

²¹ Part I, article 3 (Interpretation)

²² Ibid

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ กำหนดจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน กำหนดอำนาจหน้าที่ รวมถึงกำหนดรายละเอียดกระบวนการยื่นและพิจารณาคำร้องสำหรับผู้ถูกเลือกปฏิบัติ แต่ไม่ได้กำหนดมาตราในเชิงสารบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติไว้ในรายละเอียด เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ใช้วิธีการกำหนดนิยามความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” และ “การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย” ไว้ ซึ่งจากนิยามดังกล่าวมีความเชื่อมโยงไปยังเนื้อหาที่กำหนดรายละเอียดของการเลือกปฏิบัติไว้ตามกฎหมายฉบับอื่น ๆ ดังนั้น จึงต้องมีการพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติฉบับอื่น ๆ ควบคู่ไปด้วย

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระดับสหพันธรัฐกับกฎหมายระดับมลรัฐนั้น จะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติในหลายกรณีมีการบัญญัติห้ามไว้ในกฎหมายสหพันธรัฐและกฎหมายระดับมลรัฐ กรณีเช่นนี้ ผู้เสียหายอาจเลือกที่จะดำเนินคดีตามกฎหมายสหพันธรัฐหรือกฎหมายมลรัฐก็ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา ๕ ของพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียที่วางหลักไว้ว่า²³

“พระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดการบังคับใช้กฎหมายระดับมลรัฐ ซึ่งสามารถใช้บังคับควบคู่ไปกับพระราชบัญญัตินี้

หากกฎหมายระดับมลรัฐกำหนดหลักการในเรื่องเดียวกับพระราชบัญญัตินี้ และการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้น ๆ เป็นการฝ่าฝืนทั้งพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายของมลรัฐ ผู้ฝ่าฝืนอาจถูกดำเนินคดีและตัดสินว่ามีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายระดับมลรัฐก็ได้ แต่บุคคลนั้นจะต้องไม่ถูกลงโทษมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเดียวกัน”

๒) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางอายุ (Age Discrimination Act 2004)

พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุ กรณีใดเป็นการ “เลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย” โดยมีรายละเอียดอยู่ในส่วนที่ ๔ (Part 4-Unlawful Age Discrimination)

แนวคิดของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุ (Concept of Age Discrimination)

การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุโดยตรง (Direct Discrimination)

การที่บุคคลผู้เลือกปฏิบัติ (Discriminator) กระทำต่อผู้ถูกเลือกปฏิบัติ (Aggrieved Person) ด้วยเหตุแห่งอายุของบุคคลนั้น หากว่าผู้เลือกปฏิบัติ ปฏิบัติต่อผู้ถูกเลือกปฏิบัติในลักษณะอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลที่อายุแตกต่างไปจากผู้ถูกเลือกปฏิบัติภายใต้สถานการณ์เหมือนหรือไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญ และผู้เลือกปฏิบัติกระทำการดังกล่าวด้วยเหตุแห่งอายุ หรือคุณลักษณะซึ่งเกี่ยวเนื่องกับอายุของผู้ถูกเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุโดยอ้อม (Indirect Discrimination)

การที่บุคคลผู้เลือกปฏิบัติ (Discriminator) กระทำต่อบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติ (Aggrieved Person) ด้วยเหตุแห่งอายุของบุคคลนั้น หากว่า (มาตรา ๑๕)

- ผู้เลือกปฏิบัติกำหนดเงื่อนไขหรือแนวปฏิบัติใด
- เงื่อนไขหรือแนวปฏิบัตินั้นไม่สมเหตุสมผลกับสถานการณ์
- เงื่อนไขหรือแนวปฏิบัตินั้นส่งผลหรือมีแนวโน้มที่จะส่งผลให้ผู้ถูกเลือกปฏิบัติ

เสียเปรียบเมื่อเทียบกับบุคคลที่อายุเท่ากัน

²³ Part I, article 4 (Operation of State and Territory laws)



ห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุ (Age) ในมิติหรือประเด็นต่าง ๆ (Protected Area of Discrimination) ต่อไปนี้

การจ้างแรงงาน (มาตรา ๑๘)

ห้ามนายจ้างหรือผู้ทำการแทนนายจ้างเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดว่าจะจ้างบุคคลใดทำงาน หรือจะเสนอการจ้างงานให้กับบุคคลใด หรือการเสนอเงื่อนไขในการทำงานแก่บุคคลใด

ห้ามนายจ้างหรือผู้ทำการแทนนายจ้างเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีที่เกี่ยวข้องกับ

- การกำหนดเงื่อนไขในการทำงานของลูกจ้าง หรือ
- การปฏิเสธหรือจำกัดสิทธิลูกจ้างในการเข้าถึงโอกาส ความก้าวหน้าในการทำงาน การโอนย้าย การฝึกอบรม หรือผลประโยชน์อื่นใดเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน หรือ
- การเลิกจ้างลูกจ้าง

อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่นายจ้างปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุ ถ้าบุคคลดังกล่าวไม่สามารถกระทำการตามเงื่อนไขตามสภาพของงานนั้นได้ด้วยเหตุแห่งอายุ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการศึกษา (มาตรา ๒๖)

กฎหมายกำหนดห้ามองค์กรเกี่ยวกับการศึกษาเลือกปฏิบัติกับบุคคลที่ประสงค์จะสมัครเป็นนักเรียนและบุคคลที่มีสถานะเป็นนักเรียนแล้ว โดยนิยามองค์กรเกี่ยวกับการศึกษา (Educational Institution) ไว้ว่าหมายรวมถึงโรงเรียน วิทยาลัย มหาวิทยาลัย หรือสถาบันอื่นใดที่มีการให้การศึกษาระดับมัธยมศึกษา

การที่องค์กรเกี่ยวกับการศึกษาปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุ ในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

- ปฏิเสธหรือไม่ยอมรับใบสมัครของบุคคลใดที่ประสงค์สมัครเรียน หรือ
- เลือกปฏิบัติในกรณีที่เกี่ยวกับกำหนดเงื่อนไขข้อบังคับในการสมัครเรียน

การที่องค์กรเกี่ยวกับการศึกษาปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากนักเรียนคนอื่นด้วยเหตุแห่งอายุ ในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

- ปฏิเสธหรือจำกัดการเข้าถึงสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการศึกษาของนักเรียนคนใดคนหนึ่ง

- ขับไล่หรือทำให้นักเรียนคนใดคนหนึ่งอยู่ในสภาพอันไม่พึงประสงค์

อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นสำหรับสถาบันการศึกษาที่จัดตั้งขึ้นสำหรับนักเรียนในช่วงอายุใดอายุหนึ่งโดยเฉพาะ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าสถานที่ (Access to Premise) มาตรา ๒๗

การที่บุคคลใดเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

• การปฏิเสธมิให้บุคคลใดเข้าหรือใช้สถานที่ใด ๆ ซึ่งประชาชนทั่วไปมีสิทธิเข้าไปหรือใช้ได้ ไม่ว่าจะต้องเสียเงินหรือไม่ก็ตาม

- กำหนดให้บุคคลใดออกไปจากสถานที่เช่นนั้นหรือให้ยุติการใช้สถานที่เช่นนั้น

การเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการและสิ่งอำนวยความสะดวก (มาตรา ๒๘)

การที่บุคคลใดผู้ซึ่งจัดให้มีสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้อื่น ไม่ว่าจะต้องมีการชำระเงินตอบแทนหรือไม่ก็ตาม เลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีต่อไปนี้ เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

- ปฏิเสธการจัดหาให้ซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้อื่น
- ปฏิบัติต่อบุคคลนั้นในลักษณะ (Manner) ที่แตกต่างจากบุคคลอื่น หรือกำหนดเงื่อนไขในการจัดให้ซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกแตกต่างจากบุคคลอื่น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย (มาตรา ๒๙)

กฎหมายกำหนดคุ้มครองบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติในการเข้าพักอาศัยในที่พักอาศัย ซึ่ง “ที่พักอาศัย” ตามมาตรานี้หมายรวมถึง ที่อยู่อาศัยและที่พักซึ่งให้บริการเชิงธุรกิจ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติมีดังนี้

• กรณีที่ตัวการหรือตัวแทนกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีดังต่อไปนี้ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

- (ก) ปฏิเสธบุคคลอื่นในการสมัครเข้าพักในที่พักอาศัย
- (ข) เลือกปฏิบัติในการกำหนดเงื่อนไขข้อตกลงในการเข้าพักอาศัยที่เสนอให้ผู้อื่น
- (ค) จัดให้ผู้อื่นอยู่ในลำดับการเข้าพักอาศัยที่ด้อยกว่า

• กรณีที่ตัวการหรือตัวแทนกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีดังต่อไปนี้ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

- (ก) ปฏิเสธหรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดของผู้พักอาศัย
- (ข) ขับไล่บุคคลใดออกจากที่พักอาศัย

อย่างไรก็ตาม กฎหมายยกเว้นสำหรับกรณีดังต่อไปนี้

- ผู้เลือกปฏิบัตินั้นเป็นผู้ที่อาศัยหรือมีเจตนาที่จะอาศัยอยู่ในที่พักอาศัยนั้นต่อไป
- ที่พักอาศัยนั้นเสนอให้สำหรับผู้เข้าพักอื่น ๆ นอกจากบุคคลที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติ

ด้วยเหตุแห่งอายุอีกไม่เกิน ๓ คน หรือญาติสนิทของผู้ที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัตินั้น (ญาติสนิท หรือ Near Relative หมายถึง พ่อแม่ พี่น้อง คู่สมรสโดยนิตินัยหรือโดยพฤตินัย)

จะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยตามกฎหมายนี้ ครอบคลุมที่อยู่อาศัยที่ไม่เกี่ยวข้องกับการให้บริการทางธุรกิจ เช่นการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ด้วย เช่น การที่บุคคลหนึ่งมีที่พักอาศัยและปฏิเสธไม่ให้เฉพาะญาติที่เป็นเด็กเข้าพักอาศัย เป็นต้น

การโฆษณา (Advertisements) มาตรา ๕๐

นอกจากการกระทำต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นแล้ว การที่บุคคลประกาศหรือโฆษณาด้วยวิธีการต่าง ๆ ถึงการที่จะกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติดังกล่าวข้างต้น กฎหมายก็บัญญัติเป็นความผิดเฉพาะด้วย กล่าวคือ

- พิมพ์ หรือโฆษณา หรือประกาศ หรือกระทำการใด ๆ อันเป็นเหตุให้เกิดการพิมพ์ หรือโฆษณา หรือประกาศ และ
- การกระทำได้กล่าวถูกเผยแพร่ไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณะหรือไม่ โดยทางหนังสือพิมพ์ หรือสื่อสิ่งพิมพ์อื่น ทางโทรทัศน์หรือวิทยุ หรือการแสดงออกทางประกาศ ป้าย ฉลาก การ์ด สินค้า การแสดงภาพ ฟิล์ม แบบจำลอง หรือวิธีการอื่นใด ซึ่งชี้ให้เห็น หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นการชี้ให้เห็นเจตนาหรือความตั้งใจที่จะกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบตามพระราชบัญญัตินี้

ข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions)

กฎหมายนี้กำหนดข้อยกเว้นทั่วไปสำหรับการกระทำที่โดยหลักแล้วเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุในประเด็นหรือมิติต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นและไม่เข้าข้อยกเว้นเฉพาะของการห้ามเลือกปฏิบัติในแต่ละประเด็น สำหรับข้อยกเว้นทั่วไปมีหลายกรณี ได้แก่

การเลือกปฏิบัติเชิงบวก (Positive Discrimination) มาตรา ๓๓ หากการเลือกปฏิบัติต่อผู้อื่นด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีต่อไปนี้ ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- การกระทำเพื่อให้เกิดผลประโยชน์อย่างสุจริตแก่บุคคลที่มีอายุใดอายุหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ตัวอย่างเช่น ร้านทำผมให้บัตร์ส่วนลดผู้สูงอายุ กรณีนี้การให้ส่วนลดถือเป็นการทำเพื่อให้ผลประโยชน์โดยสุจริตแก่บุคคลผู้สูงอายุ หรือกรณีการให้ทุนการศึกษาที่มุ่งกำหนดคุณสมบัติแก่บุคคลในช่วงอายุใดช่วงอายุหนึ่งโดยเฉพาะ เป็นต้น

- การกระทำนั้นทำเพื่อตอบสนองความต้องการของบุคคลที่มีอายุใดอายุหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ตัวอย่างเช่น เด็กมีความต้องการบางอย่างที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ ดังนั้น การที่รัฐจัดให้มีสวัสดิการบางอย่างเฉพาะสำหรับเด็กถือเป็นการกระทำเพื่อตอบสนองความต้องการเฉพาะของเด็ก

- การกระทำนั้นมุ่งลดความเสียเปรียบที่เกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุใดอายุหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

กรณีการกุศล (Charities) มาตรา ๓๔

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ไม่ใช้บังคับกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้สิทธิหรือผลประโยชน์ด้วยวัตถุประสงค์เพื่อการกุศลตามกฎหมายการกุศลและองค์กรไม่แสวงหากำไรของออสเตรเลีย (Australian Charities and Not-for-profits Commission Act, 2012)

กรณีศาสนา มาตรา ๓๕

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ไม่ใช้บังคับกับการกระทำหรือแนวปฏิบัติขององค์กรซึ่งจัดตั้งขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ทางศาสนา ตามหลักการ ความเชื่อของศาสนานั้น

กรณีที่มีกฎหมายเฉพาะ มาตรา ๓๙

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติดังกล่าวไม่ใช้บังคับกับกฎหมายเฉพาะตามที่ระบุไว้ในตารางท้ายพระราชบัญญัตินี้

๓) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางความพิการ (Disability Discrimination

Act 1992)

กฎหมายนี้ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการในมิติหรือประเด็นต่าง ๆ สำหรับความพิการ (Disability) นั้นหมายถึง การสูญเสียการทำงานของร่างกายหรือจิตใจบางส่วนหรือทั้งหมด การสูญเสียอวัยวะใดไปทั้งหมดหรือบางส่วน การที่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผิดปกติรูปร่างหรือทำงานผิดปกติ ความผิดปกติ เจ็บป่วย โรค ซึ่งส่งผลกระทบต่อกระบวนการทางความคิด อารมณ์ การตัดสินใจ นอกจากนี้ ความพิการยังรวมถึงลักษณะนิสัยซึ่งเป็นอาการหรือการแสดงออกของความพิการด้วย

มิติหรือประเด็นของการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (มาตรา ๑๕)

ห้ามนายจ้างหรือผู้ทำการแทนนายจ้างเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดว่าจะจ้างบุคคลใดทำงาน หรือจะเสนอการจ้างงานให้กับบุคคลใด หรือการเสนอเงื่อนไขในการทำงานแก่บุคคลใด

ห้ามนายจ้างหรือผู้ทำการแทนนายจ้างเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับ

- การกำหนดเงื่อนไขในการทำงานของลูกจ้าง หรือ
- การปฏิเสธหรือจำกัดสิทธิลูกจ้างในการเข้าถึงโอกาส ความก้าวหน้าในการทำงาน การโอนย้าย การฝึกอบรม หรือผลประโยชน์อื่นใดเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน หรือ

- การเลิกจ้างลูกจ้าง

อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นในมาตรา 21A กรณีความจำเป็นตามสภาพงาน (Inherent requirement) กล่าวคือ กรณีดังกล่าวข้างต้นจะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย หากเข้าเงื่อนไข ดังนี้

- ผู้เลือกปฏิบัติ (Discriminator) กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้อื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ หากการเลือกปฏิบัตินั้นเกี่ยวข้องกับงานใดงานหนึ่ง (รวมทั้งการเลื่อนตำแหน่ง การโอนย้ายงาน) และ
- บุคคลผู้อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัตินั้นไม่สามารถทำตามเงื่อนไขอันจำเป็นตามสภาพงานนั้นได้ ทั้งที่นายจ้างได้พยายามดำเนินการปรับเงื่อนไขต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับบุคคลนั้นแล้ว

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการศึกษา (มาตรา ๒๒)

กฎหมายกำหนดห้ามองค์กรเกี่ยวกับการศึกษาเลือกปฏิบัติกับบุคคลที่ประสงค์จะสมัครเป็นนักเรียนและบุคคลที่มีสถานะเป็นนักเรียนแล้ว โดยนิยามองค์กรเกี่ยวกับการศึกษา (Educational Institution) ไว้ว่า หมายความว่ารวมถึงโรงเรียน วิทยาลัย มหาวิทยาลัย หรือสถาบันอื่นใดที่มีการให้การศึกษาหรือฝึกอบรม (มาตรา ๔)

การที่องค์กรเกี่ยวกับการศึกษาปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

- ปฏิเสธหรือไม่ยอมรับใบสมัครของบุคคลใดที่ประสงค์สมัครเรียน หรือ
- เลือกปฏิบัติในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกำหนดเงื่อนไขข้อบังคับในการสมัครเรียน



การที่องค์กรเกี่ยวกับการศึกษาปฏิบัติต่อนักเรียนคนหนึ่งแตกต่างจากนักเรียนคนอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

หนึ่ง

- ปฏิเสธหรือจำกัดการเข้าถึงสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการศึกษาของนักเรียนคนหนึ่ง

- ขับไล่หรือทำให้เด็กเรียนคนหนึ่งอยู่ในสภาพอันไม่พึงประสงค์

การที่องค์กรเกี่ยวกับการศึกษาปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการด้วยการกำหนดหลักสูตรการเรียนการสอนหรือการฝึกอบรมให้มีเนื้อหาอันส่งผลให้เป็นการกีดกันบุคคลจากการเข้าร่วมดังนี้ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นสำหรับสถาบันการศึกษาที่จัดตั้งขึ้นทั้งหมดหรือเป็นส่วนใหญ่สำหรับนักเรียนผู้มีความพิการอย่างใดโดยเฉพาะและบุคคลผู้นั้นมิได้มีความพิการดังกล่าว

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าสถานที่ (Access to Premise) มาตรา ๒๓

การที่บุคคลใดเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- การปฏิเสธมิให้บุคคลใดเข้าหรือใช้สถานที่ใด ๆ ซึ่งประชาชนทั่วไปมีสิทธิเข้าไปหรือใช้ได้ ไม่ว่าจะต้องเสียเงินหรือไม่ก็ตาม

- กำหนดเงื่อนไขการเข้า หรือการใช้สถานที่ดังกล่าวข้างต้นสำหรับบุคคลบางคนแตกต่างจากผู้อื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ

- ปฏิเสธมิให้บุคคลบางคนใช้สิ่งอำนวยความสะดวกใด ๆ ในสถานที่นั้นซึ่งสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวบุคคลทั่วไปสามารถใช้ได้

- กำหนดให้บุคคลใดออกไปจากสถานที่เช่นนั้น หรือให้ยุติการใช้สถานที่เช่นนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้า บริการ และสิ่งอำนวยความสะดวก (มาตรา ๒๔)

การที่บุคคลใดผู้ซึ่งจัดให้มีสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้อื่นไม่ว่าจะต้องมีการชำระเงินตอบแทนหรือไม่ก็ตาม เลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- ปฏิเสธการจัดหาให้ซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้อื่น หรือปฏิเสธในการกระทำใด ๆ เพื่อให้ผู้นั้นสามารถเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกได้

- จัดสินค้าหรือให้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกให้ผู้อื่นโดยมีเงื่อนไขในลักษณะเลือกปฏิบัติ

- จัดสินค้าหรือให้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกให้ผู้อื่นในลักษณะ (Manner) เลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย (มาตรา ๒๕)

กฎหมายกำหนดคุ้มครองบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติในการเข้าพักอาศัยในที่พักอาศัยซึ่ง “ที่พักอาศัย” ตามมาตรานี้หมายถึง ท่ออยู่อาศัยหรือที่พักซึ่งให้บริการเชิงธุรกิจ (Residential or Business) หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ มีดังนี้

• กรณีที่ตัวการหรือตัวแทนกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีดังต่อไปนี้ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

- (ก) ปฏิเสธบุคคลอื่นในการสมัครเข้าพักในที่พักอาศัย
- (ข) เลือกปฏิบัติในการกำหนดเงื่อนไขข้อตกลงในการเข้าพักอาศัยที่เสนอให้ผู้อื่น
- (ค) จัดให้ผู้อื่นอยู่ในลำดับการเข้าพักอาศัยที่ด้อยกว่า

• กรณีที่ตัวการหรือตัวแทนกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีดังต่อไปนี้ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

- (ก) ปฏิเสธหรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดของผู้พักอาศัย
- (ข) ขับไล่บุคคลใดออกจากที่พักอาศัย
- (ค) ปฏิเสธในการที่ผู้พักอาศัย จะทำการปรับหรือแก้ไขที่พักอาศัยซึ่งตนครอบครอง

อยู่ หากผู้นั้นออกค่าใช้จ่ายในการปรับหรือแก้ไขเองและตกลงว่าจะดำเนินการทำให้ที่พักอาศัยนั้นกลับสู่สภาพก่อนปรับหรือแก้ไขเมื่อตนออกจากที่พักอาศัยนั้นแล้ว

อย่างไรก็ตาม กฎหมายยกเว้นสำหรับกรณีดังต่อไปนี้

- ผู้เลือกปฏิบัตินั้นเป็นผู้ที่อาศัยหรือมีเจตนาที่จะอาศัยอยู่ในที่พักอาศัยนั้นต่อไป
- ที่พักอาศัยนั้นเสนอให้สำหรับผู้เช่าพักอื่น ๆ นอกจากบุคคลที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติ

ด้วยเหตุแห่งความพิการอีกไม่เกิน ๓ คน หรือญาติสนิทของผู้ที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัตินั้น (ญาติสนิท หรือ Near Relative หมายถึงพ่อแม่ พี่น้อง คู่สมรสโดยนิตินัยหรือโดยพฤตินัย)

• ที่พักอาศัยนั้นจัดให้มีด้วยวัตถุประสงค์เพื่อการกุศลหรือโดยองค์กรอาสาสมัคร สำหรับคนพิการประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ และผู้ที่ถูกเลือกปฏิบัติมิได้มีความพิการประเภทนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับคลับและสมาคม (มาตรา ๒๗)

การที่คลับหรือสมาคมซึ่งจดทะเบียนหรือกรรมการของคลับหรือสมาคมนั้น เลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการในกรณีต่อไปนี้ เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

- การปฏิเสธมิให้บุคคลใดเข้าเป็นสมาชิกคลับหรือสมาคม
- กำหนดเงื่อนไขการเข้าเป็นสมาชิกคลับหรือสมาคมในลักษณะเลือกปฏิบัติ
- ปฏิเสธหรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ สำหรับสมาชิกคลับหรือสมาคมในลักษณะเลือกปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายยกเว้นสำหรับกรณีที่คลับหรือสมาคมนั้นเปิดรับสมาชิกเฉพาะคนพิการประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ และผู้ที่ถูกเลือกปฏิบัติมิได้มีความพิการประเภทนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับกีฬา (มาตรา ๒๘)

การที่บุคคลใดเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นโดยการกีดกันบุคคลนั้นมิให้เข้าร่วมในกิจกรรมการกีฬาดังด้วยเหตุแห่งความพิการ เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่

- บุคคลนั้นไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขของกีฬานั้นได้อย่างสมเหตุผล
- หากบุคคลนั้นได้รับการคัดเลือกโดยวิธีการที่สมเหตุผลบนพื้นฐานของทักษะหรือความสามารถเกี่ยวกับกีฬานั้น



• หากกิจกรรมกีฬานั้นจัดให้มีขึ้นเพื่อคนพิการประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ และผู้ที่ถูกเลือกปฏิบัติมิได้มีความพิการประเภทนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการคุกคาม (Discrimination Involving Harassment)

กฎหมายกำหนดหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการคุกคาม (Discrimination Involving Harassment) แยกต่างหากจากการเลือกปฏิบัติในประเด็นหรือมิติต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น โดยจำแนกการคุกคาม (Harassment) ที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติอันมิชอบด้วยกฎหมายใน ๓ มิติ คือ การจ้างแรงงาน การศึกษา และกรณีเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ

การคุกคามที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (Harassment in Employment) มาตรา ๓๖

- การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมายคือการที่บุคคลหนึ่งทำการคุกคามบุคคลอื่นซึ่งเป็นลูกจ้าง และมีความพิการ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความพิการนั้น
- การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมายคือการที่บุคคลหนึ่งทำการคุกคามบุคคลผู้มีความพิการซึ่งอยู่ในระหว่างการแสวงหางานหรือสมัครงานกับบุคคลนั้น ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความพิการ

การคุกคามเกี่ยวกับการศึกษา (มาตรา ๓๗)

การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมายคือการที่บุคคลผู้ซึ่งเป็นสมาชิกของพนักงานในสถาบันการศึกษาคุกคามบุคคลอื่นซึ่งเป็นนักเรียนในสถาบันการศึกษานั้นหรือกำลังสมัครเข้าเป็นนักเรียนในสถาบันการศึกษานั้นด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความพิการ

การคุกคามเกี่ยวกับการจัดให้มีซึ่งสินค้าหรือบริการ (มาตรา ๓๘)

การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมายคือการที่ผู้ซึ่งจัดให้มีซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวก ไม่ว่าจะต้องชำระเงินตอบแทนหรือไม่ ทำการคุกคามผู้ซึ่งประสงค์จะได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นด้วยเหตุแห่งความพิการในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความพิการ

การโฆษณา (Advertisement) มาตรา ๔๔

กฎหมายกำหนดความผิดสำหรับบุคคลผู้ซึ่งพิมพ์หรือแสดงหรือก่อให้เกิดการพิมพ์หรือแสดงการโฆษณาหรือประกาศ ซึ่งชี้ให้เห็นเจตนาหรือความตั้งใจในการกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้

การโฆษณา หมายความว่ารวมถึงการโฆษณาทุกรูปแบบหรือประกาศ ไม่ว่าจะกระทำต่อสาธารณะหรือไม่ ไม่ว่าจะกระทำการโดยทางโทรทัศน์ วิทยุ โดยการแจ้งข้อความ สัญลักษณ์ ฉลาก แสดงให้เห็นบนสินค้า บริการ หรือทำให้แพร่หลายซึ่งตัวอย่าง แคตตาล็อก รายการราคา โดยการแสดงด้วยรูปภาพ ตัวแบบจำลอง หรือวิธีการอื่นใด

ช้อยกเว้นทั่วไป

กฎหมายกำหนดช้อยกเว้นทั่วไปสำหรับการกระทำที่โดยหลักแล้วเป็นการเลือกปฏิบัติ ให้การกระทำบางอย่างไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย เช่น

วิธีการพิเศษ (Special Measures) (มาตรา ๔๕)

การกระทำต่อไปนี้ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบ

- การทำให้ผู้พิการมีโอกาสที่เท่าเทียมกันกับผู้อื่นในสถานการณ์เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติต่าง ๆ ตามกฎหมายนี้
 - การจัดให้ผู้พิการได้รับสินค้าหรือเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกหรือบริการหรือโอกาสอย่างสอดคล้องกับความต้องการเป็นพิเศษของผู้พิการ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน การศึกษา ที่อยู่อาศัย คลับ การกีฬา สินค้า บริการ การทำให้สิ่งอำนวยความสะดวกเข้าถึงได้ การบริหารกฎหมายและโปรแกรมต่าง ๆ ของรัฐ
- อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นนี้ไม่ใช้บังคับในกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่มีเจตนาไม่มีความจำเป็นสำหรับการนำมาตรการดังกล่าวไปปรับใช้

กฎหมายเฉพาะ (มาตรา ๔๗)

การกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นการกระทำตามคำสั่งศาลหรือมีกฎหมายเฉพาะให้ทำได้นั้น ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบตามกฎหมายนี้

โรคติดต่อ (มาตรา ๔๘)

การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมายหากความพิการของบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่อและการเลือกปฏิบัติมีความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชน

สัตว์ช่วยเหลือ (Assistance Animal) มาตรา 54 A

การกระทำต่อไปนี้ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- การกำหนดให้สัตว์ช่วยเหลือผู้พิการอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้พิการหรือผู้อื่นซึ่งเป็นตัวแทนผู้พิการ
- การที่ผู้เลือกปฏิบัติสงสัยว่าสัตว์ช่วยเหลือมีโรคติดต่อ และกระทำไปด้วยความจำเป็นเพื่อป้องกันผู้อื่นจากโรคติดต่อนั้น
- การร้องขอให้ผู้พิการแสดงหลักฐานว่าสัตว์นั้นคือสัตว์ช่วยเหลือผู้พิการ หรือสัตว์นั้นได้รับการฝึกหัดอย่างเหมาะสมกับสถานที่สาธารณะ

กฎหมายนี้ไม่กระทบถึงความรับผิดชอบของผู้พิการต่อความเสียหายในทรัพย์สินอันเกิดจากสัตว์ช่วยเหลือ

๔) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Racial Discrimination Act 1975)

กฎหมายนี้มีขอบเขตเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ซึ่งหมายรวมถึงเชื้อชาติ (Race) สีผิว (Color) เชื้อสาย (Descent) ชาตินักกำเนิด (National) เผ่าพันธุ์กำเนิด (Ethnic origin)



กฎหมายนี้สืบเนื่องจากการที่ออสเตรเลียให้สัตยาบันอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ

การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติที่มีขอบด้วยกฎหมาย คือการกระทำดังต่อไปนี้ (มาตรา ๙)

- การกระทำเกี่ยวกับการจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือก บนพื้นฐานของเชื้อชาติ (Race) สีผิว (Color) เชื้อสาย (Descent) ชาตินาเกิด (National) เผ่าพันธุ์กำเนิด (Ethnic origin) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือส่งผลเป็นการทำให้เสื่อมเสียไปซึ่งสิทธิมนุษยชนหรือเสรีภาพพื้นฐานใด ๆ ที่เกี่ยวกับการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม หรือมิติอื่น ๆ ของชีวิตสาธารณะ

การกระทำที่เข้าองค์ประกอบต่อไปนี้

- การที่บุคคลหนึ่งกำหนดให้บุคคลอื่นปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อกำหนดซึ่งไม่มีเหตุผลอันสมควร และ

- บุคคลอื่นนั้นไม่ หรือไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อกำหนดดังกล่าว และ
- เงื่อนไขหรือข้อกำหนดนั้นมีวัตถุประสงค์หรือส่งผลเป็นการทำให้เสื่อมเสียไปซึ่งสิทธิมนุษยชนหรือเสรีภาพพื้นฐานใด ๆ ที่เกี่ยวกับการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม หรือมิติอื่น ๆ ของชีวิตสาธารณะ

การเลือกปฏิบัติในการเข้าสถานที่และสิ่งอำนวยความสะดวก (มาตรา ๑๑)

การกระทำต่อไปนี้ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ชาตินาเกิด เผ่าพันธุ์กำหนดของบุคคลอื่นในกรณีต่อไปนี้ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- การที่บุคคลใดปฏิเสธที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้าถึงหรือใช้สถานที่ หรือยานพาหนะใดซึ่งประชาชนทั่วไปมีสิทธิหรือได้รับอนุญาตให้เข้า หรือใช้

- ปฏิเสธไม่ให้บุคคลอื่นใช้สิ่งอำนวยความสะดวกใดในสถานที่ หรือยานพาหนะซึ่งประชาชนทั่วไปมีสิทธิหรือได้รับอนุญาตให้เข้า หรือใช้

- กำหนดให้บุคคลอื่นต้องออกไปจาก หรือหยุดการใช้สถานที่หรือยานพาหนะหรือสิ่งอำนวยความสะดวกใด ๆ

๓.๓.๔.๒ กฎหมายระดับมลรัฐ

ในระดับมลรัฐ พบว่ามลรัฐต่าง ๆ ในออสเตรเลียได้ตรากฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในรูปพระราชบัญญัติซึ่งครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายประการ ดังจะชี้ให้เห็นหลักสำคัญดังต่อไปนี้

๑) เขตปกครองเมืองหลวงออสเตรเลีย (Australian Capital Territory)

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Act 1991) วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ สถานะความสัมพันธ์ การตั้งครรภ์ การให้นมบุตร จากอกแม่ เชื้อชาติ ศาสนา ความพิการ ซึ่งรวมกรณีการมีสัตว์ช่วยเหลือ อายุ อาชีพ

กฎหมายนี้วางหลักห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) เป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ ยังวางหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศหรือสถานการณืติดเชื้อ HIV

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา การเข้าสถานที่ต่าง ๆ สินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย

๒) มลรัฐ New South Wales

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Act 1977) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ บรรพบุรุษ กลุ่มชาติพันธุ์ ศาสนา เพศ ซึ่งรวมการตั้งครุฑและการให้มอบตราจากอกแม่ สถานภาพการสมรส ความพิการ การรักร่วมเพศ อายุ อาชีพ

กฎหมายนี้วางหลักห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) เป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ ยังวางหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การรักร่วมเพศ หรือสถานการณ์ติดเชื้อ HIV

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา การเข้าสถานที่ต่าง ๆ สินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย

๓) มลรัฐ Northern Territory

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Act 1996) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ อายุ สถานภาพการสมรส การตั้งครุฑ การให้มอบตราจากอกแม่ การเป็นสมาชิกสมาคม ความเชื่อและกิจกรรมทางศาสนา ความเห็นทางการเมือง ข้อมูลสุขภาพและประวัติ อาชญากรรม รวมทั้งห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา การเข้าสถานที่ต่าง ๆ สินค้าและบริการ การประกันภัย

๔) มลรัฐ Queensland

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Act 1991) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ อายุ สถานภาพสมรส การตั้งครุฑ การให้มอบตราจากอกแม่ เชื้อชาติ ความเชื่อและกิจกรรมทางศาสนา ความเห็นทางการเมือง

กฎหมายนี้วางหลักห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) นอกจากนี้ ยังวางหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ ศาสนา

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา สินค้าและบริการ การประกันภัย ที่อยู่อาศัย การเป็นสมาชิกในคลับ การเป็นสมาชิกในองค์กรทางวิชาชีพหรือธุรกิจ การค้า การอุตสาหกรรม

๕) มลรัฐ South Australia

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equal Opportunity Act 1984) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ อายุ สถานภาพสมรส การตั้งครุฑ การให้มอบตราจากอกแม่ เชื้อชาติ ความพิการซึ่งรวมทั้งกรณีสัตว์ช่วยเหลือผู้พิการ การแสดงออกหรือการแต่งกายทางศาสนา (Religious Appearance or Dress) รวมทั้งห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)



สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา สินค้าและบริการ การประกันภัย ที่อยู่อาศัย การเป็นสมาชิกในคลับ การเป็นสมาชิกในองค์กรทางวิชาชีพหรือธุรกิจ การโฆษณาซึ่งรวมถึงการประกาศรับสมัครงาน

๖) มลรัฐ Tasmania

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equal Opportunity Act 1998) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ รสนิยมทางเพศ อายุ สถานะภาพสมรส การตั้งครุฑ์ กิจกรรมและความเชื่อทางศาสนา กิจกรรมและความเห็นทางการเมือง

กฎหมายนี้วางหลักห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) และการกระทำอันส่งผลให้เกิดความเกลียดชัง (Incitement of Hatred) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ความพิการ รสนิยมทางเพศ กิจกรรมทางเพศที่ถูกกฎหมาย ความเชื่อทางศาสนา

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษาและฝึกอบรม สินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย การเป็นสมาชิกในคลับ ข้อสัญญาทางพาณิชย์และอุตสาหกรรม (Enterprise Agreements and Industrial Agreements.)

๗) มลรัฐ Victoria

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equal Opportunity Act 2010) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุ การให้นมบุตรจากอกแม่ ความพิการ การจ้างงาน อัตลักษณ์ทางเพศ กิจกรรมทางอุตสาหกรรม กิจกรรมทางเพศที่ถูกกฎหมาย สถานะภาพสมรส ลักษณะทางกายภาพ ความเชื่อและกิจกรรมทางการเมือง การตั้งครุฑ์ เชื้อชาติ รวมทั้งสีผิว สัญชาติ ชาติพันธุ์ ความเชื่อและกิจกรรมทางศาสนา รสนิยมทางเพศ รวมทั้งห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)

สำหรับหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) นั้น มลรัฐ Victoria มีการตราพระราชบัญญัติเฉพาะเรียกว่า พระราชบัญญัติการยอมรับในเชื้อชาติและศาสนา (Racial and Religious Tolerance Act, 2001) วางหลักห้ามการกระทำอันเป็นการกระตุ้นหรือยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุเชื้อชาติและศาสนา

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน อุตสาหกรรม การศึกษา สินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย คลับ การกีฬา

๘) มลรัฐ Western Australia

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equal Opportunity Act 1984) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ สถานะภาพสมรส การตั้งครุฑ์ การให้นมบุตรจากอกแม่ เชื้อชาติ ศาสนา อายุ ประวัติทางเพศ (Gender History) รวมทั้งการเผยแพร่รายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวข้างต้นในเว็บไซต์ทางทะเบียนของหน่วยงานรัฐ

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน รวมทั้งผู้สมัครงาน (Applicants) การศึกษา การโฆษณา สินค้าและบริการ การใช้บริการด้านการขนส่ง ที่อยู่อาศัย

๓.๓.๕ กฎหมายสิงคโปร์

รัฐธรรมนูญสิงคโปร์ หลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏในรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ มาตรา ๑๒ ว่าด้วย “การคุ้มครองความเท่าเทียมกัน” (Equal Protection) มีหลักดังนี้

(๑) บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

(๒) เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ สายโลหิต หรือถิ่นกำเนิด โดยกฎหมายใด ๆ หรือในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการจ้างงาน เจ้าพนักงาน หรือในการบริหารกฎหมายใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการได้มา การถือครองทรัพย์สิน หรือการจัดตั้ง หรือดำเนินการค้า ธุรกิจ วิชาชีพ หรือการจ้างแรงงาน

(๓) อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวข้างต้นไม่ใช้กับบทบัญญัติหรือการปฏิบัติใด ๆ ที่จำกัดการจ้างงาน ซึ่งเกี่ยวข้องกับศาสนาหรือสถาบันซึ่งบริหารจัดการโดยกลุ่มองค์กรวิชาชีพศาสนา

ศาลสูงสุดได้ตีความมาตรา ๑๒ ในคดี Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong²⁴ โดยวางเกณฑ์สำหรับพิจารณาว่ากฎหมายหรือมาตรการที่พิพาทนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๒ หรือไม่ เกณฑ์ดังกล่าวมีสองขั้น (Stages) ดังนี้

- ขั้นแรก พิจารณาว่า กฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันหรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า กฎหมายนั้นไม่ได้ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน กฎหมายนั้นก็ผ่านเกณฑ์นี้ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่หากกฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน ก็จะต้องพิจารณาขั้นที่สองต่อไป

- ขั้นที่สอง พิจารณาว่า กฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลการจำแนกความแตกต่างที่ชอบหรือไม่ ในการนี้ จะต้องแยกพิจารณาเป็นสองกรณี คือ

กรณีแรก พิจารณาว่า การจำแนกความแตกต่างระหว่างบุคคลในกลุ่มหนึ่งกับบุคคลที่อยู่นอกกลุ่มนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่สามารถเข้าใจได้หรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า ไม่อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ กฎหมายนั้นก็เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากอยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ ก็จะต้องพิจารณาในกรณีที่สองต่อไป

กรณีที่สอง พิจารณาว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุหรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า มีความสัมพันธ์กัน หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายซึ่งเป็นวิธีการในการบรรลุเป้าหมายนั้นได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่ต้องการบรรลุ กฎหมายนั้นก็ผ่านเกณฑ์นี้ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่หากกฎหมายนั้นไม่มีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุ กฎหมายนั้นก็ไม่ผ่านเกณฑ์ กล่าวคือ เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

กฎหมายอาญาสิงคโปร์ มาตรา 377 A กำหนดโทษสำหรับชายซึ่งกระทำทางเพศหรือกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อชายอื่น ไม่ว่าในที่ส่วนตัวหรือสาธารณะ²⁵

²⁴ From “Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong [1998]” 2 S.L.R.(R.) 489

²⁵ From the Singapore Penal Code, Section 377 A states that “Any male person who, in public or private, commits. or procures or attempts to procure the commission by any male person of, any act of gross indecency with another male person”.



๓.๓.๖ กฎหมายประเทศสวีเดน

รัฐธรรมนูญสวีเดน วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติไว้ ดังนี้

มาตรา ๑๕ วางหลักว่า “กฎหมายหรือบทบัญญัติใด ๆ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อพลเมืองในลักษณะกีดกันเนื่องจากการที่พลเมืองคนนั้นเป็นสมาชิกชนกลุ่มน้อย ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ชาติกำเนิด”²⁶

มาตรา ๑๖ วางหลักว่า “กฎหมายหรือบทบัญญัติใด ๆ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อพลเมืองในลักษณะกีดกันด้วยเหตุแห่งเพศ เว้นแต่บทบัญญัติดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง”²⁷

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว สวีเดนยังมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ เดิมกฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศสวีเดน ถูกบัญญัติรับรองไว้ในลักษณะกระจายตามกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ อาทิ

- กฎหมายโอกาสที่เท่าเทียมกัน (The Equal Opportunities Act (Swedish Code of Statutes 1991:433))
 - กฎหมายเกี่ยวกับมาตรการต่อต้านการเลือกปฏิบัติในชีวิตการทำงานด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อทางศาสนา (The Act on Measures against Discrimination in Working Life on Grounds of Ethnic Origin, Religion or Other Religious Faith (Swedish Code of Statutes 1999:130))
 - กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติในชีวิตการทำงานด้วยเหตุแห่งความพิการ (The Prohibition of Discrimination in Working Life on Grounds of Disability Act (Swedish Code of Statutes 1999:132))
 - กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติในชีวิตการทำงานด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ (The Prohibition of Discrimination in Working Life on Grounds of Sexual Orientation Act (Swedish Code of Statutes 1999:133))
 - กฎหมายการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันสำหรับนักศึกษาในมหาวิทยาลัย (The Equal Treatment of Students at Universities Act (Swedish Code of Statutes 2001:1286))
 - กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ (The Prohibition of Discrimination Act (Swedish Code of Statutes 2003:307))
- กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติและการปฏิบัติในเชิงด้อยค่าอื่น ๆ ต่อเด็กและนักเรียน (The Act Prohibiting Discriminatory and Other Degrading Treatment of Children and School Students (Swedish Code of Statutes 2006:67))

²⁶ From the Constitution of Kingdom of Sweden, Chapter 2 Fundamental Rights and Freedoms, Article 15 states that “No act of law or other provision may imply the unfavourable treatment of a citizen because he belongs to a minority group by reason of race, colour, or ethnic origin.”

²⁷ libid Article 16 states that “No act of law or other provision may imply the unfavourable treatment of a citizen on grounds of gender, unless the provision forms part of efforts to promote equality between men and women or relates to compulsory military service or other analogous official duties.”

ต่อมา ในปี ๒๐๐๙ สวีเดนได้บัญญัติกฎหมายใหม่ เรียกว่า **กฎหมายการเลือกปฏิบัติ** (Discrimination Act) ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางครอบคลุมมิติต่าง ๆ และเหตุต่าง ๆ ของการเลือกปฏิบัติ หลักการสำคัญของกฎหมายมีดังนี้

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination) ได้แก่ เพศ (Sex) อัตลักษณ์ความเป็นคนข้ามเพศหรือการแสดงออกซึ่งการเป็นคนข้ามเพศ (Transgender Identity or Expression) ชชาติกำเนิด (Ethnic Origin) ศาสนาหรือความเชื่ออื่น ๆ (Religion or other Belief) ความพิการ (Disability) รสนิยมทางเพศ (Sexual Orientation) อายุ (Age)

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่เพิ่มเข้ามาในกฎหมายใหม่นี้ คือ อายุ และเหตุที่เกี่ยวกับคนข้ามเพศ ที่กฎหมายใช้คำว่า “อัตลักษณ์ความเป็นคนข้ามเพศหรือการแสดงออกซึ่งการเป็นคนข้ามเพศ (Transgender Identity or Expression)” ซึ่งหมายถึงบุคคลที่ไม่ระบุเจาะจงตัวเองว่าจัดอยู่ในเพศหญิงหรือเพศชาย หรือผู้ซึ่งแสดงตัวตนว่าจัดอยู่ในเพศอื่น ๆ โดยการแต่งกายหรือโดยวิธีการอื่น

มิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination) ประกอบด้วย การทำงาน กิจกรรมการศึกษา นโยบายแรงงาน การจ้างงาน บริการที่มีใช้สัญญาของรัฐ การประกอบธุรกิจ การประกอบวิชาชีพ การเป็นสมาชิกองค์กร สินค้าและบริการในภาคเอกชน การประชุมสัมมนา กิจกรรมสาธารณะ บริการสาธารณสุข ประกันสังคม การรับราชการทหารและบริการพลเรือน

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่สำคัญมีดังนี้

- การเลือกปฏิบัติในมิติของชีวิตการทำงาน (Working Life)
- นายจ้างจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลต่อไปนี้ มาตรา ๑
- ลูกจ้าง
- บุคคลซึ่งสมัครงาน
- บุคคลซึ่งสมัครเพื่อทำการฝึกงาน (Traineeship)
- บุคคลซึ่งทำงานในลักษณะชั่วคราว (Temporary)
- บุคคลซึ่งมีสิทธิตัดสินใจแทนนายจ้างในกรณีเกี่ยวข้องกับบุคคลดังกล่าว ถือว่าเป็นนายจ้าง
- การห้ามเลือกปฏิบัติในรูปแบบของการเข้าถึงที่ไม่เพียงพอ (Inadequate Accessibility) นั้นไม่นำมาใช้กับกรณีของบุคคลผู้สมัครงาน

กรณีต่อไปนี้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ²⁸

การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment) บนพื้นฐานของคุณลักษณะ (Characteristics) ของบุคคลอื่นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หากว่าการปฏิบัตินั้นเป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน การเลื่อนตำแหน่ง การศึกษาหรือฝึกอบรมเพื่อการเลื่อนตำแหน่ง โดยเมื่อพิจารณาจากเหตุผลของคุณลักษณะงานในบริบทของการทำงานนั้นแล้ว คุณลักษณะดังกล่าวมีความจำเป็นอย่างแท้จริงและสำคัญสำหรับงานนั้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและการกำหนดคุณสมบัตินั้นมีความเหมาะสมและจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว

²⁸ From Sweden Discrimination Act 2009, Section 2

มาตรการที่เป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย โดยเป็นกรณีที่ไม่ใช่การจ่ายค่าตอบแทนและเงื่อนไขของการทำงาน

การกำหนดข้อจำกัดด้านอายุในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิการ ผลประโยชน์สำหรับผู้อื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องจากการจ้างแรงงานตามที่กำหนดในสัญญาหรือข้อตกลงร่วมกัน (Collective Agreement)

การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ หากมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีความเหมาะสมและจำเป็น

กรณีการคุกคาม (Harassment)²⁹

กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องดำเนินการเกี่ยวกับข้อร้องเรียนกรณีคุกคามเกี่ยวข้องกับการทำงาน หลักสำคัญ คือ หากนายจ้างรู้ว่าลูกจ้างถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำงานโดยบุคคลใด ๆ ที่ทำงานหรือฝึกงานในสถานที่ทำงานของนายจ้าง นายจ้างมีหน้าที่สืบสวนสอบสวน

เหตุการณ์แวดล้อมและดำเนินมาตรการอันสมควรเพื่อป้องกันการคุกคามที่จะเกิดขึ้นในอนาคต หน้าที่ดังกล่าวใช้กับกรณีบุคคลที่ฝึกงานหรือทำงานชั่วคราวด้วย

หากผู้สมัครงาน (Job Applicant) ไม่ได้รับการจ้างหรือไม่ได้รับการคัดเลือกสำหรับการสัมภาษณ์งาน หรือลูกจ้างไม่ได้รับการเลื่อนตำแหน่ง หรือไม่ได้รับการคัดเลือกเพื่อการศึกษารวมหรือฝึกอบรมสำหรับการเลื่อนตำแหน่ง ผู้สมัครหรือลูกจ้างดังกล่าวมีสิทธิได้รับข้อมูลเป็นลายลักษณ์อักษรจากนายจ้างเกี่ยวกับข้อมูลของผู้ได้รับการคัดเลือก เช่น การศึกษา ประสบการณ์ รวมทั้งคุณสมบัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง³⁰



การเลือกปฏิบัติในมิติของการศึกษา

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ คือ³¹ “บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับการศึกษา ตามกฎหมายการศึกษาหรือผู้ให้บริการการศึกษา (Education Provider) จะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็ก นักเรียน นักศึกษา ที่เข้าร่วมหรือสมัครเข้าร่วมกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา นอกจากนี้ ลูกจ้างและคู่สัญญาอื่น ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมเช่นนั้นถือว่าเป็นผู้ให้บริการการศึกษาด้วย” อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงมาตรา ๖

²⁹ Ibid Section 3

³⁰ Ibid Section 4

³¹ Ibid Section 5

มาตรการที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชายในการรับเข้าศึกษา การใช้ข้อกำหนดที่นำเอาปัจจัยด้านอายุมาประกอบในเรื่องเกี่ยวกับการศึกษาก่อนวัยเรียน (Preschool Education) การศึกษาภาคบังคับ โรงเรียนที่จัดการศึกษาพิเศษ การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ หากมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและมาตรการที่นำมาใช้นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว

การกำหนดมาตรการเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมกันและโอกาสสำหรับกลุ่มชาติพันธุ์ ศาสนา หรือ ความเชื่ออื่น ๆ

หน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับการคุกคาม (Harassment)³²

หากผู้ให้บริการการศึกษาเห็นว่า เด็ก นักเรียน นักศึกษา ที่มีส่วนร่วมหรือสมัครเข้าร่วมกิจกรรมการศึกษา ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศ ผู้ให้บริการการศึกษานั้นมีหน้าที่สืบสวนสอบสวนเหตุการณ์แวดล้อมและดำเนินมาตรการอันสมควรเพื่อป้องกันการคุกคามที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

หากผู้สมัคร (Applicant) ได้รับการปฏิเสธในการรับเข้าศึกษาหรือไม่ได้รับคัดเลือกให้เข้ารับการสัมภาษณ์เพื่อเข้าศึกษา ผู้สมัครดังกล่าวมีสิทธิได้รับข้อมูลเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ให้บริการการศึกษาเกี่ยวกับข้อมูลของผู้ได้รับการคัดเลือก เช่น การศึกษา ประสบการณ์ รวมทั้งคุณสมบัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง³³

การเลือกปฏิบัติในมิติของการดำเนินธุรกิจหรือวิชาชีพ

มาตรา ๑๐ ห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีของ

- การสนับสนุนด้านการเงิน การอนุญาต การจดทะเบียน หรือการดำเนินการอื่นใดซึ่งมีความจำเป็นหรือสำคัญสำหรับบุคคลในการเริ่มต้นหรือดำเนินธุรกิจ
- การรับรอง การอนุญาต การจดทะเบียน การอนุมัติ หรือการดำเนินการอื่น ๆ ซึ่งมีความจำเป็นหรือสำคัญสำหรับบุคคลในการประกอบวิชาชีพ

อย่างไรก็ตาม การห้ามเลือกปฏิบัติดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ หากเป็นไปด้วยวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการที่นำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น

การเลือกปฏิบัติในมิติของสมาชิกองค์กร

มาตรา ๑๑ ห้ามเลือกปฏิบัติ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการสมัครเป็นสมาชิก หรือการสมัครเข้าร่วมในองค์กรของลูกจ้าง องค์กรของนายจ้าง หรือองค์กรวิชาชีพ

อย่างไรก็ตาม การห้ามเลือกปฏิบัติดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ในกรณีการให้ผลประโยชน์ต่อสมาชิกเพศใดเพศหนึ่ง ซึ่งเป็นไปเพื่อสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศ

³² Ibid Section 7

³³ Ibid Section 8



การห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้าและบริการ

มาตรา ๑๒ ห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลทำการเลือกปฏิบัติ ในกรณีต่อไปนี้

• จำหน่ายสินค้า ให้บริการ ให้บริการที่פקอาศัย ต่อสาธารณะ นอกเหนือไปจากมิติเรื่องส่วนตัว และชีวิตครอบครัว

• จัดการประชุมหรือจัดงานกิจกรรม (Meeting or Event) ซึ่งเปิดต่อสาธารณะ

อย่างไรก็ตาม การห้ามเลือกปฏิบัติดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับบริการหรือที่פקอาศัย หากการปฏิบัติที่ต่างกันนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น

กฎหมายห้ามการกำหนดค่าเบี้ยประกันภัยหรือผลประโยชน์ตามกฎหมายที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศ เว้นแต่มีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น มาตรา 12 a

อย่างไรก็ตาม การห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้า บริการ ที่פקอาศัย ไม่ครอบคลุมกรณีต่อไปนี้ มาตรา 12 b

- การกำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับการซื้อเครื่องดื่มแอลกอฮอล์
- การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ หากการปฏิบัติที่ต่างกันั้นมืวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น

การเลือกปฏิบัติในมิติสาธารณสุข

มาตรา ๑๓ ห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีการบริการสุขภาพและบริการทางการแพทย์ รวมถึงกิจกรรมบริการสังคม ในรูปแบบของบริการด้านขนส่ง เว้นแต่กรณีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น มาตรา 13 a

การเลือกปฏิบัติในมิติของการประกันสังคม

มาตรา ๑๔ ห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีของการประกันสังคม สิทธิประโยชน์กรณีการว่างงาน

เว้นแต่กรณีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศในกรณีสิทธิประโยชน์ของคู่สมรส บุตร มาตรา 14 a และการปฏิบัติที่แตกต่างกันในกรณีของอายุซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น มาตรา 14 b

การเลือกปฏิบัติในมิติการเกณฑ์ทหารและบริการพลเรือน (Military service and civilian service)

มาตรา ๑๕ ห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเกณฑ์ทหารและบริการพลเรือน เว้นแต่การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ นอกจากนี้ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงบทบัญญัติที่กำหนดว่าบุคคลที่มีหน้าที่ในการป้องกันประเทศหรือบริการภาคพลเรือน จะไม่ต้องเข้ารับหน้าที่ดังกล่าวด้วยความเชื่อทางศาสนาของบุคคลนั้น

มาตรา ๑๖ กำหนดหน้าที่สำหรับหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรใดที่เกี่ยวข้องกับการเกณฑ์ทหารและบริการพลเรือน ที่รู้ว่าบุคคลซึ่งสมัครหรือเข้าร่วมการฝึกหรือกิจกรรมด้านการป้องกันประเทศหรือบริการพลเรือน ถูกคุกคามหรือคุกคามทางเพศ หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องดังกล่าวต้องมีหน้าที่สืบสวนสอบสวน เหตุการณ์แวดล้อมและดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการคุกคามที่จะเกิดในอนาคต

การคุ้มครองผู้ใช้สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ (Prohibition of Reprisal)

มาตรา ๑๘ วางหลักว่า นายจ้างต้องไม่ทำการตอบโต้ใด ๆ หากลูกจ้าง

- รายงานหรือทำให้เป็นที่รับรู้ซึ่งข้อเท็จจริงว่านายจ้างกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายนี้
- เข้าร่วมในกระบวนการสืบสวนสอบสวนตามกฎหมายนี้

ข้อห้ามดังกล่าวครอบคลุมถึงบุคคลที่สมัครงาน ฝึกงาน หรือทำงานชั่วคราวด้วย โดยบุคคลที่มีหน้าที่ไม่ตอบโต้นี้ครอบคลุมถึงบุคคลที่มีอำนาจตัดสินใจแทนนายจ้าง

การบังคับการตามกฎหมายนี้ มีการจัดตั้ง “ผู้ตรวจการความเท่าเทียมกัน” (Equality Ombudsman) ซึ่งมีหน้าที่หลักในการตรวจสอบการกระทำให้สอดคล้องกับกฎหมายนี้ โดยผู้ตรวจการฯ ต้องเริ่มจากการพยายามให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมายด้วยความสมัครใจ มาตรา ๑

ผู้ตรวจการความเท่าเทียมกัน มีอำนาจมาตรา ๓ ดังนี้

- นำคดีขึ้นสู่ศาลแทนบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยความยินยอมของบุคคลนั้น
- สั่งให้บุคคลที่มีหน้าที่ตามกฎหมายนี้ ให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้อง
- สั่งให้ยินยอมในการที่ผู้ตรวจการจะเข้าทำการตรวจสอบสถานที่
- สั่งให้เข้าชี้แจงต่อผู้ตรวจการ

ผู้ตรวจการมีอำนาจสั่งปรับ (Financial Penalty) ผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยสามารถอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมการเลือกปฏิบัติ (Board against Discrimination) มาตรา ๔

สำหรับกระบวนการเยียวยาผู้ถูกเลือกปฏิบัตินั้น กฎหมายวางหลักว่า บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ จะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกเลือกปฏิบัติ (Compensation) (Chapter 5, Section 1) นอกจากนี้ ในกรณีที่ข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ ข้อกำหนดดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะและต้องมีการปรับแก้ให้สอดคล้องกับกฎหมาย หากบุคคลถูกเลือกปฏิบัติจากกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับการทำงาน กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับดังกล่าวจะต้องถูกแก้ไขหรือประกาศว่าไม่มีผลบังคับ ทั้งนี้ หากผู้ถูกเลือกปฏิบัติร้องขอเช่นนั้น³⁴

³⁴ Ibid Section 3



๓.๓.๗ กฎหมายประเทศมาเลเซีย

รัฐธรรมนูญของมาเลเซีย วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา ๘ และ ๑๒ ดังนี้

มาตรา ๘ มีหลักสำคัญว่า

- บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันตามกฎหมาย
- ห้ามเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการได้มา ถือครอง หรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สิน หรือการดำเนินการทางการค้า ธุรกิจ วิชาชีพ การจ้างแรงงาน ด้วยเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ บรรพบุรุษ ถิ่นกำเนิด เว้นแต่เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจน
- ห้ามหน่วยงานของรัฐเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุที่บุคคลนั้นเป็นผู้อยู่อาศัยหรือประกอบธุรกิจในพื้นที่ใด ๆ ของสาธารณรัฐ

อย่างไรก็ตาม หลักห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๘ มีข้อยกเว้นหลายกรณี เช่น กรณีมีบทบัญญัติหรือแนวปฏิบัติในการจัดการทำงานที่เกี่ยวข้องกับศาสนา กรณีมีบทบัญญัติใด ๆ ที่คุ้มครองความเป็นอยู่ของชาวพื้นเมือง (Aboriginal People) เป็นต้น

มาตรา ๑๒ มีหลักสำคัญว่า

นอกจากกรณีตามมาตรา ๘ แล้ว ห้ามเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ บรรพบุรุษ หรือถิ่นกำเนิด ในกรณีที่เกี่ยวกับการศึกษาซึ่งจัดโดยองค์กรของรัฐ

- กลุ่มทางศาสนาทุกกลุ่มมีสิทธิจัดตั้งและดำเนินการสถาบันการศึกษาตามศาสนาของตน
- บุคคลจะต้องไม่ถูกบังคับให้เข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนาใดที่มีใช้ศาสนาของตน อย่างไรก็ตาม สำหรับบุคคลที่อายุต่ำกว่า ๑๘ ปีนั้น ผู้ปกครองมีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับศาสนาของบุคคลดังกล่าว

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายเฉพาะของมาเลเซียที่จะนำมาศึกษาสำหรับงานวิจัยนี้ คือกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน (Sexual Harassment) ในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ กระทรวงทรัพยากรมนุษย์ของมาเลเซีย (Ministry of Human Resource) จัดทำ “ประมวลแนวปฏิบัติในการป้องกันและขจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน” (Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace) โดยมีหลักการกำหนดนิยามและวางแนวทางปฏิบัติเพื่อขจัดปัญหาการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน ประมวลแนวปฏิบัตินี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นแนวทางสำหรับนายจ้างในการป้องกัน แก้ไข และกำหนดกลไกการเยียวยาสำหรับปัญหาการคุกคามทางเพศ โดยมุ่งเน้นการป้องกันมิให้เกิดการคุกคามทางเพศเกิดขึ้น แต่หากเกิดขึ้นแล้วก็จะมีการสอบสวนการในกรณีการรับมือแก้ไขเยียวยา รวมทั้งป้องกันมิให้เกิดปัญหานั้นซ้ำอีก อย่างไรก็ตาม ประมวลแนวปฏิบัตินี้เป็นเพียงแนวทางที่ภาครัฐกำหนดขึ้น (Guidelines) โดยไม่มีผลทางกฎหมาย รัฐบาลมาเลเซียมุ่งหวังให้นายจ้างนำเอาหลักการของประมวลแนวปฏิบัตินี้ไปกำหนดไว้ในข้อบังคับการทำงานของแต่ละองค์กร เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน

หลักการสำคัญของ “ประมวลแนวปฏิบัติในการป้องกันและจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน”

ประมวลแนวปฏิบัติในการป้องกันและจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน (Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace)³⁵

นิยามความหมายของการคุกคามทางเพศ

ข้อ ๔ ของประมวลแนวปฏิบัติฯ ได้นิยามความหมายของการคุกคามทางเพศ ไว้ดังนี้

“การกระทำใด ๆ อันมีลักษณะทางเพศใด ๆ และไม่เป็นที่ยอมรับประสังคม ซึ่งส่งผลกระทบต่อคำพูดหรือไม่ใช่คำพูด (Verbal or non-verbal) หรือการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อทางกายภาพหรือทางจิตใจ (Psychological or physical harassment) โดยการกระทำความดังกล่าว

ก. ผู้ถูกระทำรับรู้โดยมีเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำนั้นส่งผลเป็นการวางเงื่อนไขในการจ้างงานของตน

ข. ผู้ถูกระทำรับรู้โดยมีเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำนั้นเป็นการคุกคามต่อสภาพชีวิตความเป็นอยู่ของตน แต่ไม่มีความเชื่อมโยงโดยตรงกับการทำงาน”

แนวปฏิบัติดังกล่าวจะได้วิเคราะห์ในบทที่ ๔ ต่อไป

๓.๓.๘ กฎหมายประเทศฟินแลนด์

รัฐธรรมนูญฟินแลนด์ กำหนดหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา ๖ ดังนี้

“บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย

บุคคลจะต้องไม่ถูกปฏิบัติแตกต่างกับบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งเพศ อายุ กำเนิด ภาษา ศาสนา การลงโทษ ความคิดเห็น สุขภาพ ความพิการ หรือเหตุผลอื่นที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้น

เด็กจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในฐานะปัจเจกบุคคล

ความเท่าเทียมกันทางเพศจะได้รับการสนับสนุนในกิจกรรมทางสังคมและชีวิตการทำงาน โดยเฉพาะการจ่ายค่าจ้างและเงื่อนไขการจ้างแรงงาน ดังที่กำหนดรายละเอียดไว้ตามกฎหมาย”

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว การคุ้มครองความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศฟินแลนด์นั้น ปรากฏอยู่ในกฎหมายเฉพาะเรียกว่า กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติ ซึ่งในปี ค.ศ. ๒๐๑๕ ได้มีการตรากฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติฉบับใหม่มีผลวันที่ ๑ มกราคม ๒๐๑๕ (*Non-Discrimination Act (1325/2014)*) โดยองค์กรที่มีอำนาจและหน้าที่บังคับการตามกฎหมายนี้ได้เปลี่ยนจากเดิมคือ “ผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อชนกลุ่มน้อย”

³⁵ From, Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace 1999, Ministry of Human Resources, Malaysia.



หรือ “Ombudsman for Minorities” ที่มีขอบเขตจำกัดเฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการ มาเป็น “ผู้ตรวจการแผ่นดินเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ” หรือ “Non-Discrimination Ombudsman” ที่มีขอบเขตอำนาจการตรวจสอบการเลือกปฏิบัติในมิติและภายใต้เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กว้างขึ้น

นอกจากองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายแล้ว ในเชิงเนื้อหาสาระพบว่า การคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติได้รับการขยายขอบเขตให้กว้างขึ้น ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติทั้งที่เกิดในภาครัฐและเอกชน โดยไม่ครอบคลุมเฉพาะกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับชีวิตส่วนตัว ชีวิตครอบครัว และกิจกรรมทางศาสนา ต่อไปจะได้ชี้ให้เห็นหลักการสำคัญของกฎหมายฉบับนี้

วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้ คือ การส่งเสริมความเท่าเทียมกันและป้องกันการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งเพิ่มการคุ้มครองตามกฎหมายสำหรับผู้ถูกเลือกปฏิบัติ³⁶ โดยกฎหมายได้วางหลักกำหนดหน้าที่ให้กับภาครัฐและภาคเอกชนในการดำเนินการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกัน (Promotion of Equality) ดังจำแนกได้ต่อไปนี้

- หน้าที่ของหน่วยงานที่มีอำนาจ (Authority) ในการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน³⁷ กฎหมายกำหนดว่า³⁸

“หน่วยงานที่มีอำนาจต้องทำการประเมินการตระหนักรู้ในความเท่าเทียมกันของกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของตนและดำเนินมาตรการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมการตระหนักรู้เกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน มาตรการเหล่านี้จะต้องมีประสิทธิภาพและได้สัดส่วน โดยพิจารณาถึงปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมของการดำเนินงาน ทรัพยากรและสถานการณ์อื่น ๆ

หน่วยงานที่มีอำนาจจะต้องวางแผนดำเนินการที่จำเป็นสำหรับการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม หน้าที่นี้ไม่ใช่กับองค์กรศาสนา หรือองค์กรเอกชนที่จ้างลูกจ้างน้อยกว่า ๓๐ คน”

- หน้าที่ของผู้ให้บริการด้านการศึกษาในการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน³⁹ กฎหมายกำหนดว่า⁴⁰

“ผู้ให้บริการด้านการศึกษาและสถาบันการศึกษามีหน้าที่ประเมินการตระหนักรู้ถึงความเท่าเทียมกันของกิจกรรมและดำเนินมาตรการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมให้เกิดการตระหนักรู้ถึงความเท่าเทียมกัน มาตรการเหล่านี้จะต้องมีประสิทธิภาพและได้สัดส่วน โดยพิจารณาถึงปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมของการดำเนินงาน ทรัพยากรและสถานการณ์อื่น ๆ

ผู้ให้บริการการศึกษาต้องทำให้มีแผนสำหรับมาตรการที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมกันในสถาบันการศึกษา

ผู้ให้บริการการศึกษาและสถาบันการศึกษาต้องเปิดโอกาสให้นักเรียนและผู้ปกครองมีส่วนร่วมในการดำเนินการเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมกันด้วย”

³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งประเทศฟินแลนด์ มาตรา ๑

³⁷ แหล่งเดิม หมายถึงหน่วยงานภาครัฐทั้งระดับรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่น องค์การอิสระภาครัฐ (มาตรา ๔)

³⁸ แหล่งเดิม มาตรา ๕

³⁹ แหล่งเดิม หมายถึง องค์กรซึ่งให้บริการการศึกษาตามกฎหมายหรือการฝึกอบรม (มาตรา ๔)

⁴⁰ แหล่งเดิม มาตรา ๖

- หน้าที่ของนายจ้างในการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน กฎหมายกำหนดว่า⁴¹

“นายจ้างต้องประเมินการตระหนักรู้เกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในสถานที่ทำงานและพัฒนาสภาพการทำงานรวมถึงวิธีการเกี่ยวกับการคัดเลือกบุคคลและในกระบวนการตัดสินใจเกี่ยวกับบุคคล โดยคำนึงถึงความจำเป็นของสถานที่ทำงานนั้น มาตรการเหล่านี้จะต้องมีประสิทธิภาพและได้สัดส่วน โดยพิจารณาถึงปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมของการดำเนินงาน ทรัพยากรและสถานการณ์อื่น ๆ

นายจ้างซึ่งมีลูกจ้างอย่างน้อย ๓๐ คน จะต้องมีแผนสำหรับมาตรการที่จำเป็นเพื่อการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน โดยต้องให้ลูกจ้างหรือผู้แทนมีส่วนร่วมในการกำหนดมาตรการดังกล่าวด้วย”

นอกจากกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานและองค์กรที่เกี่ยวข้องทำการส่งเสริมความเท่าเทียมกันแล้ว กฎหมายยังวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติ (Prohibition of Discrimination) โดยจำแนกการเลือกปฏิบัติอย่างละเอียดดังนี้

- หลักทั่วไปของการห้ามเลือกปฏิบัติ: กฎหมายวางหลักว่า⁴²

“ห้ามเลือกปฏิบัติบุคคลใดด้วยเหตุแห่งอายุ ถิ่นกำเนิด สัญชาติ ภาษา ศาสนา ความเชื่อ ความคิดเห็น กิจกรรมทางการเมือง กิจกรรมการค้า ความสัมพันธ์ทางครอบครัว สถานะทางสุขภาพ ความพิการ รสนิยมทางเพศ หรือคุณลักษณะอื่น ๆ ของบุคคล การเลือกปฏิบัตินั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามโดยไม่คำนึงว่าการเลือกปฏิบัตินั้นอยู่บนพื้นฐานข้อเท็จจริงหรือข้อสมมุติฐานเกี่ยวกับบุคคลนั้นเองหรือบุคคลอื่น

นอกจากการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมแล้ว การคุกคาม (Harassment) การไม่จัดให้มีการช่วยเหลืออย่างสมเหตุผล (Reasonable Accommodation) ถือเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ด้วย”

- มาตรการเชิงบวก (Positive Action): กฎหมายวางหลักว่า⁴³

“การปฏิบัติแตกต่างกันอย่างได้สัดส่วน (Proportionate Different Treatment) ด้วยวัตถุประสงค์เพื่อทำให้เกิดความเท่าเทียมกันเชิงพฤตินัย (De Facto Equality) หรือเพื่อป้องกันหรือขจัดเสียซึ่งความเสียเปรียบอันสืบเนื่องจากการเลือกปฏิบัติ ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ”

- การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination)⁴⁴: กฎหมายวางหลักว่า

“การเลือกปฏิบัติโดยตรงเกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้รับการปฏิบัติในลักษณะอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นซึ่งได้รับการปฏิบัติหรือจะได้รับการปฏิบัติในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ (comparable situation)”

⁴¹ แหล่งเดิม มาตรา ๗

⁴² แหล่งเดิม มาตรา ๘

⁴³ แหล่งเดิม มาตรา ๙

⁴⁴ แหล่งเดิม มาตรา ๑๐



เหตุผลของการปฏิบัติที่ต่างกัน (Justification for Different Treatment)⁴⁵: กฎหมายวาง

หลักว่า

“การปฏิบัติที่ต่างกันไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ หากการปฏิบัตินั้นอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย และเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ยอมรับได้ (Acceptable Objective) และมาตรการที่จะนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้น เป็นมาตรการที่ได้สัดส่วน”

สำหรับเหตุผลของการปฏิบัติที่ต่างกันในการจ้างแรงงานนั้นได้แยกกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งมีหลักว่า

“การปฏิบัติที่ต่างกันในการจ้างแรงงานหรือการทำงานในภาครัฐ ถือว่ามีเหตุผลสมควร หากเป็นกรณีเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติหรือเงื่อนไขที่สำคัญและจำเป็นอย่างแท้จริงสำหรับอาชีพและการปฏิบัติงานนั้น (Genuine and Determining Requirements) และการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวต้องได้สัดส่วน เพื่อบรรลุถึงวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย”

“การปฏิบัติที่ต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ หรือภูมิลำเนา นั้นถือว่ามีเหตุอันสมควร หากการปฏิบัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ของนโยบายในการจ้างงานที่เหมาะสมหรือมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับตลาดแรงงาน....”⁴⁶

• การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) กฎหมายวางหลักว่า⁴⁷

“การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเกิดขึ้นเมื่อกฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นกลางอย่างชัดแจ้ง ได้ส่งผลให้บุคคลเกิดความเสียเปรียบเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งคุณลักษณะของบุคคลนั้น เว้นแต่กฎเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และวิธีการที่ใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น”

• การคุกคาม (Harassment) กฎหมายวางหลักว่า⁴⁸

การล่วงละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์โดยจงใจหรือโดยพลตินัย เป็นการคุกคาม หากพฤติกรรมล่วงละเมิดดังกล่าวนี้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ และ ส่งผลให้เกิดการดูหมิ่นเหยียดหยาม ก่อความรบกวน ก้าวร้าว หรือทำให้เกิดสภาพแวดล้อมที่คุกคามต่อบุคคล

หากนายจ้างได้รับการแจ้งว่าลูกจ้างถูกคุกคามในการทำงาน และนายจ้างละเลยไม่ดำเนินการใด ๆ เพื่อแก้ไขปัญหาการคุกคามดังกล่าว ถือว่านายจ้างกระทำการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้าง

• มาตรการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกัน (Reasonable Accommodation): กฎหมายวางหลักว่า⁴⁹

⁴⁵ แหล่งเดิม มาตรา ๑๑

⁴⁶ แหล่งเดิม มาตรา ๑๒

⁴⁷ แหล่งเดิม มาตรา ๑๓

⁴⁸ แหล่งเดิม มาตรา ๑๔

⁴⁹ แหล่งเดิม มาตรา ๑๕

“หน่วยงานของรัฐ ผู้ให้บริการการศึกษา นายจ้าง ผู้ให้บริการหรือสินค้า จะต้องทำการหรือการปรับเปลี่ยน (Adjustment) ใด ๆ อันจำเป็นและเหมาะสมในแต่ละสถานการณ์เพื่อให้ผู้พิการสามารถดำเนินการใด ๆ กับหน่วยงานของรัฐ เข้าถึงการศึกษา การจ้างแรงงาน และการได้มาซึ่งสินค้าและบริการ

ในการประเมินความเหมาะสมของการกระทำหรือการปรับแก้ดังกล่าวนี้ นอกจากจะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นของผู้พิการแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงขนาด สถานะการเงิน ลักษณะของการปฏิบัติงานของผู้กระทำ รวมทั้งต้นทุนของการกระทำหรือการปรับเปลี่ยนเช่นว่านั้นด้วย”

• การคุ้มครองผู้ใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย (Prohibition of Victimization): กฎหมายวางหลักว่า⁵⁰

“บุคคลจะต้องไม่ถูกปฏิบัติในลักษณะอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าหรือในลักษณะที่ทำให้บุคคลนั้นได้รับความทุกข์จากผลกระทบทางลบอันเกิดจากการที่บุคคลนั้นเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายนี้ หรือกระทำการใดเพื่อปกป้องความเท่าเทียมกัน”

• ห้ามเลือกปฏิบัติในการโฆษณาเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน กฎหมายวางหลักว่า⁵¹

“ในการเปิดรับสมัครงานต่อสาธารณะนั้น นายจ้างจะต้องไม่กำหนดให้ผู้สมัครต้องมีคุณลักษณะส่วนบุคคลหรือมีคุณสมบัติใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้”

สำหรับการบังคับใช้กฎหมาย ได้กำหนดให้มี “ผู้ตรวจการเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ” (Non-Discrimination Ombudsman) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่สำคัญ คือ⁵²

- ✓ ให้ความช่วยเหลือแก่เหยื่อของการเลือกปฏิบัติในการดำเนินกระบวนการร้องเรียน
- ✓ ให้ความช่วยเหลือหน่วยงานต่าง ๆ ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายนี้ในการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน
- ✓ กำหนดข้อเสนอแนะทั่วไป (General Recommendation) เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและส่งเสริมความเท่าเทียมกัน
- ✓ โกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามกฎหมายนี้
- ✓ ทำความเห็นเพื่อป้องกันการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายนี้ หรือป้องกันการกระทำซ้ำ กระทำต่อไป ซึ่งการฝ่าฝืนดังกล่าว เว้นแต่การกระทำที่อยู่ในอำนาจของหน่วยงานด้านความปลอดภัยและสุขภาพ (Safety and Health Authority)

⁵⁰ แหล่งเดิม มาตรา ๑๖

⁵¹ แหล่งเดิม มาตรา ๑๗

⁵² แหล่งเดิม มาตรา ๑๙



นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้มี “คณะผู้พิจารณาเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันแห่งชาติ” (National Non-Discrimination and Equality Tribunal) มีอำนาจหน้าที่สำคัญ ดังนี้⁵³

- ☞ รับรองการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ เว้นแต่การไกล่เกลี่ยนั้นมีชอบด้วยกฎหมายหรือไม่สมเหตุสมผลหรือละเมิดสิทธิบุคคลที่สาม การไกล่เกลี่ยซึ่งได้รับการรับรองโดยคณะผู้พิจารณานี้จะมีผลผูกพันเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล
- ☞ จัดทำเอกสารแสดงถึงการตีความกฎหมายฉบับนี้ ตามคำร้องขอของศาลหรือผู้ตรวจการเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ
- ☞ สั่งห้ามคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในการทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการเลือกปฏิบัติ หรือสั่งให้บุคคลกระทำการตามหน้าที่ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายนี้ นอกจากนี้ คณะผู้พิจารณาสามารถกำหนดเงื่อนไขค่าปรับประกอบคำสั่งดังกล่าวได้

สำหรับการนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของคณะผู้พิจารณานั้น กฎหมายกำหนดว่า⁵⁴

- คู่กรณีที่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยหรือผู้ตรวจการฯ อาจเสนอต่อศาลเพื่อให้รับรองผลการไกล่เกลี่ย
 - บุคคลที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติ หรือผู้ตรวจการฯ ด้วยความยินยอมของคู่กรณี อาจนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของคณะผู้พิจารณาเพื่อให้มีคำสั่งห้ามเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายนี้
 - คณะผู้พิจารณาอาจนำเรื่องเกี่ยวกับการละเลยต่อการวางแผนหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของคณะผู้พิจารณา
 - สำหรับการเยียวยาผู้ถูกเลือกปฏิบัตินั้น กฎหมายนี้กำหนดว่า บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐ นายจ้าง ผู้ให้บริการการศึกษา ผู้ให้บริการสินค้าหรือบริการ ซึ่งกระทำการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนกฎหมายนี้ แต่การได้รับค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับการได้รับค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายอื่น ๆ⁵⁵
- ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการเลือกปฏิบัติ ซึ่งพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ เช่น ชนิด ลักษณะ ระยะเวลาของการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้น⁵⁶

⁵³ แหล่งเดิม มาตรา ๒๐

⁵⁴ แหล่งเดิม มาตรา ๒๑

⁵⁵ แหล่งเดิม มาตรา ๒๓

⁵⁶ แหล่งเดิม มาตรา ๒๔

๓.๓.๙ กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (The Civil Rights Act) ได้วางหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของพลเมือง สำหรับงานวิจัยนี้จะนำกฎหมายสหรัฐอเมริกามาศึกษาเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานเท่านั้น โดยหลักกฎหมายส่วนนี้ปรากฏในบทที่ ๘ (Title VIII) ที่วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานอันถือเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Employment Practices) ในส่วนของการปฏิบัติของนายจ้างมีหลักว่า⁵⁷

การปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานที่มิชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่

- การปฏิเสธการจ้างหรือการเลิกจ้างบุคคลใดหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดในกรณีของค่าชดเชยเงื่อนไขการทำงาน สภาพการจ้าง สิทธิพิเศษในการจ้างงาน ด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิดของบุคคลดังกล่าว

- การจำกัด การแบ่งแยก การจำแนก ลูกจ้างหรือผู้สมัคร (Employee or Applicant) ด้วยวิธีใด ๆ อันเป็นการพรากไปซึ่งโอกาสของบุคคลนั้นในการทำงานหรือส่งผลกระทบต่อสถานะของบุคคลนั้นในฐานะลูกจ้าง ด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิดของบุคคลดังกล่าว

กฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (The Civil Right Act) นั้น นอกจากจะได้วางหลักห้ามการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานอันถือเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Employment Practices) ซึ่งครอบคลุมการกระทำใด ๆ ของนายจ้างเกี่ยวกับการจ้างงานและความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง ลูกจ้าง แล้ว ยังวางหลักการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานในลักษณะอื่นที่มิชอบด้วยกฎหมาย (Other Unlawful Employment Practices) ซึ่งรวมถึงการพิมพ์ เผยแพร่ หรือก่อให้เกิดการพิมพ์ เผยแพร่ ประกาศโฆษณาใด ๆ เกี่ยวกับการจ้างงานที่บ่งชี้ถึงการให้สิทธิพิเศษหรือการปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจพิเศษ (Preference) การจำกัด การระบุคุณสมบัติ หรือการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ ชนชาติกำเนิด เว้นแต่เป็นการกระทำโดยสุจริต (Bona Fide) อันเกี่ยวข้องกับการกำหนดคุณสมบัติการทำงานในสาขาอาชีพนั้น⁵⁸

คณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission - EEOC) เป็นองค์กรระดับรัฐบาลกลางที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายสิทธิพลเมือง ในกรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการทำงาน EEOC มีอำนาจไต่สวนคำร้องที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายกำหนด

สำหรับงานวิจัยนี้จะมุ่งเน้นการศึกษากฎหมายสหรัฐอเมริกาเฉพาะในส่วนของการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานในกรณีของการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน ในกรณีนี้ พบว่า EEOC กำหนดแนวปฏิบัติ (Guidelines) ในการนิยามความหมายและบังคับใช้กฎหมายสิทธิพลเมืองในส่วนที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน นิยามของการคุกคามทางเพศมี ดังนี้

การเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องทางเพศโดยไม่พึงประสงค์ หรือการกระทำด้วยวาจาหรือทางกายภาพซึ่งมีลักษณะเกี่ยวกับเพศ เมื่อการกระทำดังกล่าวเกี่ยวข้องกับกรณีต่าง ๆ ดังนี้

⁵⁷ From the Civil Rights Act SEC. 2000e-2. [Section 703], the Civil Rights Act

⁵⁸ Ibid SEC. 2000e-3. [Section 704]



กรณีที่ ๑ การตกลงยอมรับการกระทำเช่นนั้นทำขึ้นโดยชัดแจ้งหรือปริยายในเงื่อนไขข้อกำหนดของการจ้างงาน

กรณีที่ ๒ การตกลงยอมรับหรือการปฏิเสธการกระทำดังกล่าว ถูกใช้เป็นพื้นฐานของการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานซึ่งส่งผลกระทบต่อบุคคลนั้น

กรณีที่ ๓ การกระทำเช่นนั้นมิมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบในการขัดขวางการทำงานของผู้อยู่ถูกกระทำอย่างไม่สมเหตุสมผลหรือเป็นการสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานอันมีลักษณะรบกวน เป็นปฏิปักษ์ หรือคุกคาม (Hostile Working Environment)

กรณีที่ ๑ และ ๒ อาจเรียกว่า การคุกคามทางเพศในเชิงแลกเปลี่ยน (Quid Pro Quo) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อผลประโยชน์ใด ๆ เกี่ยวกับการจ้างงานถูกนำมาผูกโยงกับการเรียกร้องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศ การคุกคามในลักษณะนี้เกิดขึ้นได้ทั้งกรณีที่ลูกจ้างปฏิเสธและได้รับผลร้ายหรือไม่ได้รับโอกาสอันเกี่ยวกับการทำงาน รวมทั้งในกรณีที่ลูกจ้างตกลงยินยอมเพื่อหลีกเลี่ยงผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากปฏิเสธ สำหรับกรณีที่ ๓ อาจเรียกว่า การสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม สภาพแวดล้อมนี้เกิดขึ้นเมื่อลูกจ้างจำเป็นต้องอยู่ภายใต้คำกล่าว กิริยาท่าทาง การปฏิบัติที่มีลักษณะทางเพศโดยไม่พึงประสงค์ รวมทั้งการกระทำทางกายภาพ อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งยังไม่อาจสรุปได้ว่าเป็นกรณีสภาพแวดล้อมในการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม เนื่องจากอาจต้องพิจารณาในภาพรวมซึ่งประกอบด้วยพฤติกรรมหลายพฤติกรรม ดังนั้น ในการพิจารณาว่ามีสภาพแวดล้อมดังกล่าวหรือไม่ EEOC จะนำปัจจัยต่าง ๆ มาประกอบการพิจารณา โดยเฉพาะ ปัจจัยด้าน “ความรุนแรง” (Serious) และ “ความถี่” (Frequent) ของพฤติกรรมที่อ้างว่ามีส่วนก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์นั้น การคุกคามทั้งสองกรณีอาจทับซ้อนกันได้ เช่น ภายใต้สภาพแวดล้อมการทำงานที่มีลักษณะคุกคามนั้น หัวหน้างานอาจเรียกร้องให้ลูกจ้างปฏิบัติต่อตนในลักษณะที่พึงพอใจเป็นพิเศษเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ ซึ่งเมื่อลูกจ้างปฏิเสธจะมีผลต่อความก้าวหน้าในงานหรือถูกเลิกจ้าง⁵⁹

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติในส่วนนี้จะได้นำมาประกอบการศึกษาวิเคราะห์ในประเด็นต่าง ๆ ต่อไปนี้ในบทที่ ๔

⁵⁹ Ibid Section 704 (a) of Title VII



๓.๔ กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ในส่วนนี้จะศึกษากฎหมายไทยโดยชี้ให้เห็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมทั้งร่างรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติของการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ จากนั้นจะศึกษาคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับ ดังเช่น

➤ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐

หลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏในมาตรา ๓๐ ที่วางหลักไว้ดังนี้

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

➤ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

หลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏในมาตรา ๓๐ ที่วางหลักไว้ ดังนี้

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน



การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

➤ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗

มาตรา ๔ วางหลักไว้ว่า

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”

นอกจากนี้ หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติยังปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญซึ่งยังไม่มีผลบังคับ
ดังเช่น⁶⁰

➤ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับเสนอสภาพัฒนาปฏิรูปแห่งชาติลงมติ

มาตรา ๓๕

“บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ สภาพทางกาย อายุ ความพิการ สภาพทางกาย สุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

บุคคลซึ่งเป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ ซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ และเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายหรือกฎ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

➤ ร่างรัฐธรรมนูญร่างเบื้องต้น (ปี ๒๕๕๙)⁶¹

มาตรา ๒๗

“บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลไม่ว่าด้วยเหตุแห่งความแตกต่างระหว่างบุคคล เพศ ความพิการ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

⁶⁰ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เทียบรัฐธรรมนูญ ปี ๒๕๔๐-๒๕๕๐ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาพัฒนาปฏิรูปแห่งชาติลงมติ และร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น (ปี ๕๙), เว็บไซต์คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, สืบค้นจาก <http://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/main.php?filename=index>

⁶¹ ข้อมูลในรายงานวิจัยนี้มีขอบเขตถึงเดือนมิถุนายน ๒๕๕๙ สำหรับข้อมูลหลังจากนั้นโปรดดูเพิ่มเติมในภาคผนวก

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้ด้อยโอกาส ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

ข้อสังเกต จากร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ได้ถูกตัดทอนลงจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ โดยเหลือเพียง “เพศ ความพิการ หรือเหตุอื่นใด” ซึ่งอาจมีประเด็นปัญหาว่า การระบุเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเช่นนี้จะครอบคลุมแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ นอกจาก “เพศ ความพิการ” ที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศรับรองไว้หรือไม่ นอกจากนี้ อาจนำไปสู่ปัญหาการตีความคำว่า “เหตุอื่นใด” ตามรัฐธรรมนูญว่าจะครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้เพียงใด

๒ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘

กฎหมายฉบับนี้ นิยามความหมายของ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ไว้ในมาตรา ๓ หมายความว่า “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด”

สำหรับหลักการห้ามเลือกปฏิบัตินั้นปรากฏใน มาตรา ๑๗ ซึ่งวางหลักว่า

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ ขององค์กรเอกชน ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้”

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ”

๓ พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐

กฎหมายฉบับนี้ ยกเลิกพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ. ๒๕๓๔ โดยวางหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ในมาตรา ๑๕ และ ๑๖

มาตรา ๑๕ วางหลักว่า

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการจะกระทำมิได้⁶²

⁶² กฎหมายฉบับนี้ นิยามความหมายของ “คนพิการ” ไว้ว่า “บุคคลซึ่งมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคม เนื่องจากมีความบกพร่องทางการเห็น การได้ยิน การเคลื่อนไหว การสื่อสาร จิตใจ อารมณ์ พฤติกรรม สติปัญญา การเรียนรู้ หรือความบกพร่องอื่นใด ประกอบกับมีอุปสรรคในด้านต่าง ๆ และมีความจำเป็นเป็นพิเศษที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือด้านหนึ่งด้านใด เพื่อให้สามารถปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคมได้อย่างบุคคลทั่วไป ทั้งนี้ ตามประเภทและหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ประกาศกำหนด”



การกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึง การกระทำหรืองดเว้นกระทำการที่แม้จะมีได้มุ่งหมายให้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการโดยตรง แต่ผลของการกระทำนั้น ทำให้คนพิการต้องเสียสิทธิประโยชน์ที่ควรจะได้รับเพราะเหตุแห่งความพิการด้วย

การเลือกปฏิบัติที่มีเหตุผลทางวิชาการ จาริตประเพณี หรือประโยชน์สาธารณะสนับสนุนให้กระทำได้ตาม ความจำเป็นและสมควรแก่กรณี ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง แต่ผู้กระทำการนั้นจะต้องจัดให้มีมาตรการช่วยเหลือเยียวยาหรือรักษาซึ่งสิทธิหรือประโยชน์แก่คนพิการตามความจำเป็นเท่าที่จะ กระทำได้”

มาตรา ๑๖ วางหลักว่า

“คนพิการที่ได้รับหรือจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ต่อคนพิการตามมาตรา ๑๕ มีสิทธิร้องขอต่อคณะกรรมการให้มีคำสั่งเพิกถอนการกระทำหรือห้ามมิให้กระทำการนั้นได้ คำสั่งของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

การร้องขอตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นการตัดสิทธิผู้ร้องในอันที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดต่อศาลที่มีเขต อำนาจ โดยให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายอย่างอื่น อันมิใช่ตัวเงินให้แก่คนพิการที่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ได้ และหากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลจะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้แก่คนพิการไม่เกินสี่เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงด้วยก็ได้

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการร้องขอ การรวบรวมพยานหลักฐาน การไต่สวนและการวินิจฉัยตาม วรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด ซึ่งคณะกรรมการอาจจัดให้มีคณะอนุกรรมการจัดการเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการปฏิบัติหน้าที่แทนได้ ทั้งนี้ องค์ประกอบ คุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม การดำรง ตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่ง อำนาจหน้าที่ และค่าตอบแทนของคณะอนุกรรมการหรือผู้ไต่สวนให้เป็นไปตามที่ คณะกรรมการกำหนด”

จากการที่มาตรา ๑๖ กำหนดให้มีการออกระเบียบคณะกรรมการฯ เกี่ยวกับการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติ นั้น ปรากฏว่ามีระเบียบที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

ระเบียบคณะกรรมการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และ เงื่อนไขในการร้องขอ การรวบรวมพยานหลักฐานการไต่สวน การวินิจฉัย และค่าตอบแทนของคณะอนุกรรมการ หรือผู้ไต่สวนเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๖

ข้อ ๔ ของระเบียบดังกล่าว ได้นิยาม “การเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ” ไว้ว่าหมายถึง “การ แบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดสิทธิบนพื้นฐานของความ พิจารณ์ซึ่งมีความมุ่งประสงค์หรือส่งผลให้คนพิการไม่สามารถ เข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้จากสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ทั้งปวงบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ความเป็นพลเมือง หรือด้านอื่นใด รวมถึง การเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ และการปฏิเสธการช่วยเหลือ ที่สมเหตุสมผล”



นอกจากนี้ ยังได้นิยามความหมายของ “**การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล**” ไว้ว่าหมายถึง “การเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงที่จำเป็นและเหมาะสมโดยไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินควรหรือเกินสัดส่วน เฉพาะในกรณีที่เป็นเพื่อประกันว่าคนพิการได้อุปโภคและใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น”

๔ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๕๑

มาตราที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและห้ามการเลือกปฏิบัติมี ดังนี้

มาตรา ๑๑/๑ วางหลักว่า

“ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว

ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ”

มาตรา ๑๕ วางหลักว่า

“ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้”

มาตรา ๑๖ (แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑) วางหลักว่า

“ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างานผู้ควบคุมงานหรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกินคุกคามหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง”

มาตรา ๘๘ ประกาศกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำหรืออัตราค่าจ้างตามมาตรฐานฝีมือตามมาตรา ๘๘ ให้ใช้บังคับแก่นายจ้างและลูกจ้างทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ

๕ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๒

หลักการเกี่ยวกับความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันปรากฏในมาตรา ๑๐ ดังนี้

“การจัดการศึกษา ต้องจัดให้บุคคลมีสิทธิและโอกาสเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย

การจัดการศึกษาสำหรับบุคคลซึ่งมีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา อารมณ์ สังคม การสื่อสาร และการเรียนรู้ หรือมีร่างกายพิการหรือทุพพลภาพ หรือบุคคลซึ่งไม่สามารถพึ่งตนเองได้หรือไม่มีผู้ดูแลหรือด้อยโอกาส ต้องจัดให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิและโอกาสได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานเป็นพิเศษ

การศึกษาสำหรับคนพิการในวรรคสอง ให้จัดตั้งแต่แรกเกิดหรือพบความพิการโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการ และความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษา ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง”



๖ พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. ๒๕๔๕

เนื่องจากพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติกำหนดให้มีการศึกษาภาคบังคับจำนวนเก้าปี⁶³ ดังนั้นพระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับจึงกำหนดให้มีการจัดสรรโอกาสเข้ารับการศึกษามหาภาคบังคับดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลได้รับโอกาสในการศึกษาที่เท่าเทียมกัน อันสอดคล้องกับหลักการตามพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ สำหรับหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับการจัดสรรโอกาสการศึกษาตามพระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับมี ดังนี้

มาตรา ๕ วางหลักว่า

“ให้คณะกรรมการเขตพื้นที่การศึกษาหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แล้วแต่กรณี ประกาศรายละเอียดเกี่ยวกับการส่งเด็กเข้าเรียนในสถานศึกษา และการจัดสรรโอกาสเข้าศึกษาต่อระหว่างสถานศึกษาที่อยู่ในเกณฑ์การศึกษาภาคบังคับ โดยให้ปิดประกาศไว้ ณ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา สำนักงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และสถานศึกษา รวมทั้งต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ปกครองของเด็กทราบก่อนเด็กเข้าเรียนในสถานศึกษาเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี”

มาตรา ๑๒ วางหลักว่า

“ให้กระทรวงศึกษาธิการ คณะกรรมการเขตพื้นที่การศึกษา องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและสถานศึกษา จัดการศึกษาเป็นพิเศษสำหรับเด็กที่มีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา อารมณ์ สังคม การสื่อสาร และการเรียนรู้ หรือมีร่างกายพิการหรือทุพพลภาพ หรือเด็กซึ่งไม่สามารถพึ่งตนเองได้ หรือไม่มีผู้ดูแล หรือด้อยโอกาส หรือเด็กที่มีความสามารถพิเศษ ให้ได้รับการศึกษาภาคบังคับด้วยรูปแบบและวิธีการที่เหมาะสม รวมทั้งการได้รับสิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการ และความช่วยเหลืออื่นใดตามความจำเป็น เพื่อประกันโอกาสและความเสมอภาคในการได้รับการศึกษาภาคบังคับ”

ข้อสังเกต กฎหมายฉบับนี้มีได้ระบุถึงการห้ามเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน แต่ให้การรับรองว่าบุคคลบางกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติจะต้องได้รับโอกาสในการศึกษาอย่างเสมอภาค ซึ่งก็ถือรับรองหลักความเสมอภาคและเท่าเทียมกันนั่นเอง

๗ พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๑

กฎหมายฉบับนี้วางหลักเกี่ยวกับการรับรองสิทธิของคนพิการในมิติการศึกษา โดยทั่วไปเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการพิเศษสำหรับคนพิการ สำหรับหลักห้ามเลือกปฏิบัตินั้นปรากฏอยู่ในมาตรา ๘ หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีดังนี้

มาตรา ๕ วางหลักว่า

“คนพิการมีสิทธิทางการศึกษา ดังนี้

(๑) ได้รับการศึกษาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตั้งแต่แรกเกิดหรือพบความพิการจนตลอดชีวิต พร้อมทั้งได้รับเทคโนโลยี สิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการและความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษา

(๒) เลือกบริการทางการศึกษา สถานศึกษา ระบบและรูปแบบการศึกษา โดยคำนึงถึงความสามารถ ความสนใจ ความถนัดและความต้องการจำเป็นพิเศษของบุคคลนั้น

(๓) ได้รับการศึกษาที่มีมาตรฐานและประกันคุณภาพการศึกษา รวมทั้งการจัดหลักสูตรกระบวนการเรียนรู้ การทดสอบทางการศึกษา ที่เหมาะสมสอดคล้องกับความต้องการจำเป็นพิเศษของคนพิการแต่ละประเภทและบุคคล”

⁶³ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๗ บัญญัติว่า “ให้มีการศึกษาภาคบังคับจำนวนเก้าปี โดยให้เด็กซึ่งมีอายุย่างเข้าปีที่เจ็ด เข้าเรียนในสถานศึกษาชั้นพื้นฐานจนอายุย่างเข้าปีที่สิบหก เว้นแต่สอบได้ชั้นปีที่เก้าของการศึกษาภาคบังคับหลักเกณฑ์และวิธีการนี้ให้อำนาจให้ไปเป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

มาตรา ๖ วางหลักว่า

“ให้ครูการศึกษาพิเศษในทุกสังกัดมีสิทธิได้รับเงินค่าตอบแทนพิเศษตามที่กฎหมายกำหนด

ให้ครูการศึกษาพิเศษ ครู และคณาจารย์ได้รับการส่งเสริมและพัฒนาศักยภาพ องค์ความรู้ การศึกษาต่อเนื่องและทักษะในการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด”

มาตรา ๗ วางหลักว่า

“ให้สถานศึกษาของรัฐและเอกชนที่จัดการเรียนร่วม สถานศึกษาเอกชนการกุศลที่จัดการการศึกษาสำหรับคนพิการโดยเฉพาะ และศูนย์การเรียนเฉพาะความพิการ ที่ได้รับการรับรองมาตรฐานได้รับเงินอุดหนุนและความช่วยเหลือเป็นพิเศษจากรัฐ

หลักเกณฑ์และวิธีการในการรับเงินอุดหนุนและความช่วยเหลือเป็นพิเศษ ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนด”

มาตรา ๘ วางหลักว่า

“ให้สถานศึกษาในทุกสังกัดจัดทำแผนการจัดการศึกษาเฉพาะบุคคล โดยให้สอดคล้องกับความต้องการจำเป็นพิเศษของคนพิการ และต้องมีการปรับปรุงแผนการจัดการศึกษาเฉพาะบุคคลอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในประกาศกระทรวง

สถานศึกษาในทุกสังกัดและศูนย์การเรียนเฉพาะความพิการอาจจัดการศึกษาสำหรับคนพิการทั้งในระบบ นอกระบบ และตามอัธยาศัย ในรูปแบบที่หลากหลาย ทั้งการเรียนร่วม การจัดการศึกษาเฉพาะความพิการ รวมถึงการให้บริการฟื้นฟูสมรรถภาพ การพัฒนาศักยภาพในการดำรงชีวิตอิสระ การพัฒนาทักษะพื้นฐานที่จำเป็น การฝึกอาชีพ หรือการบริการอื่นใด

ให้สถานศึกษาในทุกสังกัดจัดสภาพแวดล้อม ระบบสนับสนุนการเรียนการสอน ตลอดจนบริการเทคโนโลยีสิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการและความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษา ที่คนพิการสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้

ให้สถานศึกษาระดับอุดมศึกษาในทุกสังกัด มีหน้าที่รับคนพิการเข้าศึกษาในสัดส่วนหรือจำนวนที่เหมาะสม ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

สถานศึกษาใดปฏิเสธไม่รับคนพิการเข้าศึกษา **ให้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามกฎหมาย**

ให้สถานศึกษาหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสนับสนุนผู้ดูแลคนพิการและประสานความร่วมมือจากชุมชนหรือนักวิชาชีพเพื่อให้คนพิการได้รับการศึกษาทุกระดับ หรือบริการทางการศึกษาที่สอดคล้องกับความต้องการจำเป็นพิเศษของคนพิการ”

มาตรา ๙ วางหลักว่า

“ให้รัฐจัดเงินอุดหนุนเพื่อส่งเสริมการวิจัยพัฒนางานองค์ความรู้และเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง และการพัฒนาครู บุคลากรทางการศึกษา ให้มีความรู้ ความเข้าใจ ทักษะและความสามารถในการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ

ให้รัฐจัดสรรงบประมาณและทรัพยากรทางการศึกษาอื่นเป็นพิเศษให้เหมาะสม และสอดคล้องกับความต้องการจำเป็นพิเศษของคนพิการและสถานศึกษาที่จัดการศึกษาสำหรับคนพิการ”





๘ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ปรากฏในมาตรา ๒๒ ที่วางหลักว่า

“การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง”

จะเห็นได้ว่า กฎหมายนี้กำหนดให้มีการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดรายละเอียดแนวทางพิจารณาว่าการกระทำอย่างไรเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่

กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๙ ซึ่งมีหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติไว้ในข้อ ๒ ดังนี้

“การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดโดยไม่เท่าเทียมกัน เพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ถือเป็น**การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก**

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก หมายความว่ารวมถึง การปฏิบัติใด ๆ ต่อเด็กที่แม้จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับบุคคลอื่นและผู้ปฏิบัติไม่ได้มีเจตนาเลือกปฏิบัติหรือเจตนาถั่นแกล้งผู้ได้รับผลร้ายหรือผลกระทบก็ตาม แต่มีผลทำให้เกิดความแตกต่างกันต่อเด็กบางคนหรือบางกลุ่มอย่างชัดเจนเพราะเหตุตามวรรคหนึ่ง

การเลือกปฏิบัติต่อเด็กเพราะเหตุตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองอาจกระทำได้หากเป็นไปโดยมีเหตุผลทางหลักวิชาการ วิทยาศาสตร์ ความเชื่อทางศาสนา จารีตประเพณีและวัฒนธรรม ลักษณะเฉพาะตัวของเด็กหรือเหตุผลอันสมควรประการอื่น”

๙ พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ปรากฏในมาตรา ๗ ที่วางหลักว่า

“ให้เด็กและเยาวชนทุกคนมีสิทธิได้รับการจดทะเบียนรับรองการเกิด การพัฒนา การยอมรับ การคุ้มครอง และโอกาสในการมีส่วนร่วมตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างเท่าเทียม โดยไม่มี**การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม**เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรม การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง การเกิดหรือสถานะอื่นของเด็กและเยาวชน บิดามารดา หรือผู้ปกครอง”

๑๐ พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. ๒๕๔๖

กฎหมายฉบับนี้มิได้กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน แต่กำหนดให้สิทธิและการส่งเสริมสนับสนุนด้านต่าง ๆ แก่ผู้สูงอายุ ในมาตรา ๑๑ ดังนี้

“ผู้สูงอายุ^{๖๔} มีสิทธิได้รับการคุ้มครอง การส่งเสริม และการสนับสนุนในด้านต่าง ๆ ดังนี้

(๑) การบริการทางการแพทย์และการสาธารณสุขที่จัดไว้โดยให้ความสะดวกและรวดเร็วแก่ผู้สูงอายุเป็นกรณีพิเศษ

⁶⁴ ตามกฎหมายนี้ นิยามความหมายคำว่า “ผู้สูงอายุ” ไว้ว่า “บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีบริบูรณ์ขึ้นไปและมีสัญชาติไทย”

- (๒) การศึกษา การศาสนา และข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อการดำเนินชีวิต
- (๓) การประกอบอาชีพหรือฝึกอาชีพที่เหมาะสม
- (๔) การพัฒนาตนเองและการมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม การรวมกลุ่มในลักษณะเครือข่ายหรือชุมชน
- (๕) การอำนวยความสะดวกและความปลอดภัยโดยตรงแก่ผู้สูงอายุ ในอาคาร สถานที่ ยานพาหนะหรือการบริการสาธารณะอื่น
- (๖) การช่วยเหลือด้านค่าโดยสารยานพาหนะตามความเหมาะสม
- (๗) การยกเว้นค่าเข้าชมสถานที่ของรัฐ
- (๘) การช่วยเหลือผู้สูงอายุซึ่งได้รับอันตรายจากการถูกละเมิดหรือถูกแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือถูกทอดทิ้ง
- (๙) การให้คำแนะนำ ปรีกษา ดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้องในทางคดี หรือในทางการแก้ไขปัญหาครอบครัว
- (๑๐) การจัดที่พักอาศัย อาหารและเครื่องนุ่งห่มให้ตามความจำเป็นอย่างทั่วถึง”

ข้อสังเกต กฎหมายเกี่ยวกับผู้สูงอายุกำหนดสิทธิในด้านต่าง ๆ ที่ผู้สูงอายุมีสิทธิได้รับ แต่ไม่ได้กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเอาไว้อย่างชัดเจน หากเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ จะพบว่ามีกำหนดรับรองสิทธิในด้านต่าง ๆ แก่เด็กและเยาวชน แต่มีการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเอาไว้อย่างชัดเจน

๑๑ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖

มาตรา ๒๒ การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง

๑๒ พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐

มาตรา ๗ ให้เด็กและเยาวชนทุกคนมีสิทธิได้รับการจดทะเบียนรับรองการเกิด การพัฒนา การยอมรับ การคุ้มครองและโอกาสในการมีส่วนร่วมตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างเท่าเทียม โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรม การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง การเกิดหรือสถานะอื่นของเด็กและเยาวชน บิดามารดา หรือผู้ปกครอง

๑๓ พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ปรากฏในมาตรา ๕ ที่วางหลักว่า

“วัยรุ่น^{๖๕} มีสิทธิตัดสินใจด้วยตนเอง และมีสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารและความรู้ ได้รับการบริการอนามัย

^{๖๕} ตามกฎหมายนี้ นิยามความหมายคำว่า “วัยรุ่น” ว่าหมายถึง “บุคคลอายุเกินสิบปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงยี่สิบปีบริบูรณ์”



การเจริญพันธุ์ได้รับการรักษาความลับและความเป็นส่วนตัว ได้รับการจัดสวัสดิการสังคมอย่างเสมอภาคและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และได้รับสิทธิอื่นใดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้อย่างถูกต้อง ครบถ้วน และเพียงพอ”

๓.๕ แนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับหลักความเท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติ

๓.๕.๑ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติ

ในส่วนนี้จะได้อธิบายคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติ

๑) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕/๒๕๔๒

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้ คือ การที่บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์โจทก์ เรียกดอกเบี้ยเงินกู้ยืมจากจำเลยเกินร้อยละ ๑๕ ต่อปี ตามประกาศบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ ส. ประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย และพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๓๔ เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ หมวด ๓ สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา ๓๐ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ให้บุคคลมีความเสมอภาคกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ส่วนพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินฯ บัญญัติให้สถาบันการเงินซึ่งเป็นนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจเงินทุนคิดดอกเบี้ยได้ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ประกอบกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. ๒๕๒๒ บัญญัติให้ธนาคารแห่งประเทศไทย ด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดให้บริษัทเงินทุนปฏิบัติในการกู้ยืมเงินหรือรับเงินจากประชาชน... ตาม มาตรา ๒๗ และกำหนดดอกเบี้ยหรือส่วนลดที่บริษัทเงินทุนอาจจ่ายได้ในการกู้ยืมเงินหรือรับเงินจากประชาชนหรือดอกเบี้ยหรือส่วนลดที่บริษัทเงินทุนอาจเรียกได้ตามมาตรา ๓๐ (๑) และ (๒)

การที่สถาบันการเงินคิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ แต่ไม่เกินอัตราที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนด ตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินฯ จึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและเป็นไปตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินฯ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. ๒๕๒๒ ภายใต้การควบคุมดูแลของกระทรวงการคลังและธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่กำหนดนโยบายกำกับควบคุมดูแลการบริหารการคลังและการเงินของประเทศให้เป็นไปตามภาวะเศรษฐกิจ จึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่ผู้ร้องจะยกความเท่าเทียมกันตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ บัญญัติให้ความคุ้มครองไว้มาใช้แก้คดีตามคำร้องนี้ได้ ดังนั้น พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. ๒๕๒๓ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๓๕ ในส่วนที่เกี่ยวกับการคิดดอกเบี้ยเกินร้อยละ ๑๕ ต่อปีจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๓๐

๒) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๔-๕๓/๒๕๕๓

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้ คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๘๖ วรรคหนึ่ง (๓) ที่ให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจกำหนดสิทธิเรียกร้องเป็นเงินที่ไม่อยู่ในความรับผิดแห่งการบังคับคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๘๖ เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองลูกหนี้ตามคำพิพากษาให้สามารถดำรงชีพหรือประกอบภารกิจได้โดยอาศัยสิทธิเรียกร้องเป็นเงินตามที่เป็นพนักงาน ลูกจ้าง หรือคนงาน ที่ไม่ใช่เป็นข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบาลให้อยู่ในความรับผิดแห่งการบังคับคดีได้แตกต่างกับมาตรา ๒๘๖ วรรคหนึ่ง (๒) ซึ่งบัญญัติให้สิทธิเรียกร้องเป็นเงินลักษณะเดียวกับมาตรา ๒๘๖ วรรคหนึ่ง (๓) ทั้งหมด ที่ข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบาลได้รับไม่ต้องอยู่ในความรับผิดแห่งการบังคับคดี โดยไม่ต้องให้ศาลกำหนดดังเช่น มาตรา ๒๘๖ วรรคหนึ่ง (๓)

เมื่อพิจารณาสถานะของข้าราชการและลูกจ้างของรัฐบาลซึ่งต้องอยู่ในระเบียบวินัยตามกฎหมาย กฎระเบียบ ย่อมไม่มีสิทธิเสรีภาพเช่นบุคคลทั่วไป ประกอบกับการประกอบอาชีพอื่นถูกจำกัดบางประการโดยเฉพาะข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบาลบางตำแหน่งไม่อาจประกอบอาชีพอื่นได้ คงอาศัยเงินรายได้จากเงินเดือนและเงินอื่นตามกฎหมายกำหนด ทั้งมาตรา ๒๘๖ วรรคสองกำหนดหลักเกณฑ์ให้ศาลเป็นผู้กำหนดสิทธิเรียกร้องเป็นเงินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งเป็นพนักงาน ลูกจ้าง หรือคนงาน ตามมาตรา ๒๘๖ วรรคหนึ่ง (๓) ที่ไม่อยู่ในความรับผิดแห่งการบังคับคดีโดยใช้อัตราเงินเดือนขั้นต่ำสุดของข้าราชการพลเรือนเป็นเกณฑ์ และยังให้สิทธิอุทธรณ์การกำหนดจำนวนเงินดังกล่าวของศาลชั้นต้นต่อศาลอุทธรณ์ได้อีกด้วย เป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาลที่พิจารณาคดีจะพิจารณากำหนดจำนวนเงินได้ตามความเหมาะสม ตามพฤติการณ์แห่งคดีด้วยความเป็นธรรม พิจารณาตามหลักการและเหตุผลข้างต้นแล้ว จึงมิใช่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐

๓) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๖/๒๕๕๕

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้ คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๒๖ (๑๐) และการปฏิบัติหน้าที่ของ ก.ต. และคณะอนุกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติฯ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ ๔๓ ประจำปี พ.ศ. ๒๕๕๒ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ หรือไม่

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๒๖ บัญญัติว่า “ผู้สมัครสอบคัดเลือกผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษเพื่อเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้...



(๑๐) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการหรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต. และ

(๑๑) เป็นผู้ที่ผ่านการตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะกรรมการแพทย์จำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่ง ก.ต. กำหนด และ ก.ต. ได้พิจารณารายงานของคณะกรรมการแพทย์แล้วเห็นสมควรรับสมัครได้ และวรรคสอง บัญญัติว่า “หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับ การคัดเลือกพิเศษให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ต.กำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ ได้บัญญัติเป็นหลักการว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ไม่ว่าชายหรือหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน จะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุ แห่งความแตกต่าง ในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะ ทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ แต่ต้องยอมรับว่าในการที่หน่วยงานใดจะรับบุคคลเข้าทำหน้าที่ในตำแหน่งใด ย่อม ต้องพิจารณาถึงความรู้ ความสามารถ ความเหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่นั้นด้วย ซึ่งบางครั้งต้องออกไปปฏิบัติหน้าที่ นอกสำนักงานหรือศาล

สำหรับกรณีตามคำร้องเป็นกรณีที่นาย ศ. สมัครสอบคัดเลือกบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ และแต่งตั้ง ให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา จึงมีมาตรการที่แตกต่าง และเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่น ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ วรรคการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้น แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และวรรคสอง บัญญัติรับรองไว้ว่า กฎหมายตาม วรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ซึ่งบทบัญญัติวรรค หนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดย อนุโลม และตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ (๑๐) คำว่า “มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จะใช้ควบคู่กับมาตรา ๒๖ (๑๑) ที่บัญญัติว่า “เป็นผู้ที่ผ่านการ ตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะกรรมการแพทย์จำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่ง ก.ต. กำหนด และ ก.ต. ได้พิจารณา รายงานของคณะกรรมการแพทย์แล้วเห็นว่า สมควรรับสมัครได้ บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ ฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ (๑๐) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ จึงเห็นว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ (๑๐) ดังกล่าว เป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๒๙ ซึ่งไม่ กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณี ใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๓๐

๔) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๔/๒๕๕๕

นาย ศ. ผู้ฟ้องคดี อายุ ๓๓ ปี อาชีพทนายความ ได้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ประจำปี ๒๕๕๔ เมื่อคณะกรรมการอัยการ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสอบ ปรากฏว่าไม่มีชื่อผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นหนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อขอทราบเหตุผลที่ไม่ได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้มีคุณสมบัติในการสอบคัดเลือกดังกล่าว คณะกรรมการอัยการชี้แจงว่าคณะอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกดังกล่าว ได้รับรายงานผลการตรวจร่างกายจากคณะกรรมการแพทย์ว่า ผู้ฟ้องคดีมีรูปร่างพิการ เดินขาเกเขลิก กล้ามเนื้อแขนลีบจนถึงปลายมือทั้งสองข้าง กล้ามเนื้อขาลีบจนถึงปลายเท้าทั้งสองข้าง กระดูกสันหลังคด ได้รับการผ่าตัดตามเหล็กที่กระดูกสันหลังไว้เพื่อให้ไหล่ทั้งสองข้างเท่ากัน จึงมีมติไม่รับสมัคร เนื่องจากเป็นผู้มีบุคลิกภาพ และร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๓๓ (๑๑)

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยมีว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๓๓ (๑๑) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ หรือไม่

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๓๓ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ ... (๑๑) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในกฎกระทรวง และ (๑๒) เป็นผู้ที่คณะกรรมการแพทย์มีจำนวนไม่น้อยกว่าสามคนซึ่ง ก.อ. จะได้กำหนด ได้ตรวจร่างกายและจิตใจแล้ว และ ก.อ. ได้พิจารณารายงานของแพทย์เห็นว่าสมควรรับสมัครได้ และวรรคสอง บัญญัติว่า "ให้ ก.อ. มีอำนาจวางระเบียบเพื่อตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือก ก่อนที่จะรับสมัครได้"

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ ได้บัญญัติเป็นหลักการว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ไม่ว่าชายหรือหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน จะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง ในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ แต่ต้องยอมรับว่า ในการที่หน่วยงานใดจะรับบุคคลเข้าทำหน้าที่ในตำแหน่งใด ย่อมต้องพิจารณาถึงความรู้ ความสามารถ ความเหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่นั้นด้วย

สำหรับกรณีตามคำร้อง เป็นเรื่องที่นาย ศ. ซึ่งมีอาชีพทนายความ สมัครสอบคัดเลือกบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย หากสอบคัดเลือกได้ก็จะมีภาระขอให้มีการขอให้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นข้าราชการอัยการต่อไป ซึ่งการรับสมัครสอบคัดเลือกนอกจากจะพิจารณาถึงความรู้ ความสามารถแล้ว ยังต้องพิจารณาสุขภาพของร่างกายและจิตใจว่ามีความสมบูรณ์ สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และมีบุคลิกลักษณะที่ดีพอที่จะเป็นข้าราชการอัยการ การปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการอัยการมิใช่เพียงปฏิบัติหน้าที่ในห้องพิจารณาคดีหรือในสำนักงานเท่านั้น บางครั้งต้องเดินทางไปปฏิบัติหน้าที่นอกสำนักงาน เช่น เพื่อเดินเผชิญสับ เพื่อสืบพยานที่ไม่อาจมาศาลได้ การร่วมชั้นสูตรพลิกศพกับพนักงานสอบสวน การออกไปเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายแก่ประชาชนในชนบท เป็นต้น



การพิจารณาเพื่อรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย จึงมีมาตรการที่แตกต่างและเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ และวรรคสอง บัญญัติรับรองไว้ว่า กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมิผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ซึ่งบทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม

เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๓๓ (๑๑) คำว่า "มีกาย...ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ" จะใช้ควบคู่กับมาตรา ๓๓ (๑๒) ที่บัญญัติว่า "เป็นผู้ที่คณะกรรมการแพทย์มีจำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่ง ก.อ. จะได้กำหนด ได้ตรวจร่างกายและจิตใจแล้ว และ ก.อ. ได้พิจารณารายงานของแพทย์เห็นว่าสมควรรับสมัครได้" บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๓๓ (๑๑) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายอัยการ จึงเห็นว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๓๓ (๑๑) ดังกล่าวเป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ แต่อย่างใด

ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยตามเสียงข้างมาก ๑๒ เสียง ว่าพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๓๓ (๑๑) ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐

(หมายเหตุ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อย จำนวน ๓ คน เห็นว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๓๓ (๑๑) เฉพาะคำว่า "มีกาย...ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ" ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๓๐ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง ซึ่งเป็นการเกินขอบเขตโดยอ้างเหตุผลตามความเหมาะสมแทนความสามารถ)

๕) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๘/๒๕๔๕

ผู้ร้องเป็นโจทก์ยื่นฟ้องกรมสรรพากร เป็นจำเลยต่อศาลภาษีอากรกลาง โดยอ้างเหตุผลตามคำฟ้องว่า เจ้าพนักงานประเมินกรมสรรพากรมีหนังสือแจ้งภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ประเมินให้ผู้ร้องเสียภาษีเงินได้ประจำปี ๒๕๔๐ และปี ๒๕๓๙ เพิ่ม รวมเป็นเงิน ๑๑๒,๖๖๓ บาท และ ๓๗,๓๑๙ บาท โดยอ้างเหตุว่าผู้ร้องต้องนำเงินได้ของภริยา ซึ่งเป็นรายได้อื่นที่ไม่ใช่รายได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา ๔๐ (๑) มารวมคำนวณเป็นเงินได้ของผู้ร้อง ผู้ร้องได้ยื่นอุทธรณ์ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้ยกอุทธรณ์ผู้ร้อง โดยให้เหตุผลว่า ผู้ร้องเป็นสามี มีหน้าที่ยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา (ภ.ง.ด. ๙๐) โดยนำเงินได้พึงประเมินของภริยาซึ่งมิใช่เงินได้พึงประเมินตาม มาตรา ๔๐ (๑) ที่ประสงค์แยกยื่นแบบแสดงรายการมารวมเป็นเงินได้ของผู้ร้องด้วย โดยให้ผู้ร้องเสียภาษีและเงินเพิ่ม

ทั้งสองฉบับรวม ๑๒๙,๐๑๙.๙๐ บาท การที่ให้นำเงินได้ของภริยาผู้ร้องมารวมกับเงินได้ของผู้ร้องเอาไปคำนวณภาษีตามประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตี กับที่ มาตรา ๕๗ เบญจ ได้กำหนดให้ภริยาเท่านั้น ที่มีสิทธิแยกยื่นรายการและเสียภาษี เฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมิน ตามมาตรา ๔๐ (๑) โดยยอมให้ถือเป็นเงินได้ของสามี ตามมาตรา ๕๗ ตี การไม่กำหนดให้สามีมีสิทธิแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหาก เฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา ๔๐ (๑) ด้วยจึงเป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ผู้ร้องเห็นว่าบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตี และมาตรา ๕๗ เบญจ เป็นกฎหมายที่ทำให้บุคคลไม่เสมอกันในกฎหมาย และไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐

พิจารณาประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตี แล้ว แม้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๘ วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ แต่การตรากฎหมายจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลก็สามารถทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ มาตรา ๓๐ และมาตรา ๔๘ วรรคหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า เป็นกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐ มีผลใช้บังคับกับสามีและภริยาทั้งหมดที่มีเงินได้พึงประเมิน เป็นการทั่วไปอย่างเท่าเทียมกัน จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ วรรคสาม แม้ว่าประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตี กำหนดให้ถือเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี โดยให้สามีมีหน้าที่ยื่นรายการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาแทนภริยาจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้เป็นสามีอยู่บ้างก็ตาม แต่ก็เท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐ และมีได้กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลครอบครัว และทรัพย์สินตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ ดังนั้น ประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตี จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๙ และ มาตรา ๓๐

๖) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๗/๒๕๕๖

คดีนี้มีประเด็นว่า พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ ไม่ได้ให้สิทธิแก่ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงไทยในการที่จะได้สัญชาติโดยการแปลงชาติได้เช่นเดียวกับหญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายสัญชาติไทยนั้น ก่อให้เกิดปัญหาสถานะของบุคคลและการตั้งสถานะครอบครัวของหญิงที่ไม่เสมอภาคระหว่างหญิงสัญชาติไทยกับชายสัญชาติไทยที่สมรสกับต่างด้าว ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ มาตรา ๙ วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “หญิงซึ่งเป็นคนต่างด้าวและได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทยถ้าประสงค์จะได้สัญชาติไทยให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง” เมื่อพิจารณาแล้วไม่ถือเป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันในกฎหมายระหว่างชายและหญิง หรือเป็นการทำให้ชายและหญิงไม่ได้มีสิทธิเท่าเทียมกันด้วยเหตุที่เป็นมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศซึ่งมิได้ตัดสิทธิของชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงสัญชาติไทยก็อาจได้สัญชาติไทยตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติ คือ มาตรา ๑๐ ๑๑ และ ๑๒ ซึ่งไม่ได้ยุ่งยากและก่อให้เกิดปัญหาในสถานะของบุคคลแต่ประการใด จึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ดังนั้น พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ มาตรา ๙ จึงสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ แล้ว



๗) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓/๒๕๕๖

ผู้ร้องเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขเพื่อก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์และการกำหนดเงื่อนไขเวลาขอใช้สิทธิประโยชน์ หรือการสิ้นสุดสิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ มาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง และ มาตรา ๖๕ วรรคหนึ่งขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ มาตรา ๓๐ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติประกันสังคมฯ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อสร้างหลักประกันให้แก่ลูกจ้างและบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องโดยการจัดตั้งกองทุนเพื่อช่วยเหลือกรณีคลอดบุตรด้วย จึงเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและการกำหนดระยะเวลายื่นคำร้องขอรับประโยชน์ทดแทนภายในหนึ่งปีก็มีผลใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคน ซึ่งหากลูกจ้างผู้ประกันตนคนใดมีเหตุจำเป็นจนไม่สามารถจะปฏิบัติตามกำหนดเวลานั้นได้ก็อาจยื่นคำร้องก่อนสิ้นกำหนดเวลานั้นเพื่อขอขยายหรือเลื่อนกำหนดเวลาออกไปได้ตามกรณีแห่งความจำเป็นแก่กรณี เงื่อนไขดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๙ และ ๓๐

๘) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๑/๒๕๕๗

ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๑๒๑ ให้สิทธิและยกเว้นแก่โจทก์ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐไม่ต้องปิดอาคารแสดมภ์ในหนังสือมอบอำนาจแต่ในขณะเดียวกันฝ่ายผู้ร้องต้องปิดอาคารแสดมภ์หากไม่ปิดไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เป็นบทบัญญัติที่เป็นการแบ่งชั้นวรรณะก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในกฎหมาย จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกามีคำสั่งให้ส่งความเห็นของผู้ร้องตามทางการเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๑๒๑ เป็นเรื่องการเสียอากร โดยปกติการที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องมีการเสียอากรก็เพื่อให้เป็นรายได้ให้แก่รัฐ เป็นเงินได้ของรัฐที่เก็บเอาจากประชาชนเพื่อนำไปใช้จ่ายเป็นเงินงบประมาณแผ่นดิน มีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจากประชาชนที่จะได้รับบริการจากรัฐไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจากรัฐเอง การที่มาตรา ๑๒๑ บัญญัติว่าถ้าฝ่ายที่ต้องเสียอากรเป็นรัฐบาลเจ้าพนักงานของรัฐที่กระทำการของรัฐบาลโดยหน้าที่หรือบุคคลผู้กระทำการในนามของรัฐบาลไม่ต้องเสียอากรแสดมภ์จึงชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวแล้วไม่ได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลทั่วไป และตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๖๙ ก็ได้บัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่เสียภาษีอากรตามที่กฎหมายบัญญัติ การเสียภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร มาตรา ๑๒๑ ก็เป็นภาษีอากรอย่างหนึ่งการที่ประมวลรัษฎากร มาตรา ๑๒๑ บัญญัติยกเว้นให้โจทก์ซึ่งเป็นนิติบุคคลโดยเป็นกระทรวงในรัฐบาลไม่ต้องปิดอาคารแสดมภ์ในหนังสือมอบอำนาจ แต่ผู้ร้องต้องปิดอาคารแสดมภ์จึงจะสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้อาจเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ ๓๐ นั้น ตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่งก็ได้บัญญัติยกเว้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและที่ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพด้วยเหตุผลดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๑๒๑ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ ประกอบมาตรา ๒๙

๙) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๑/๒๕๕๘

มีประเด็นว่า พระราชบัญญัติภาษีโรงเรือนและที่ดิน พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๔๕ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ ๓๐ เนื่องจากบัญญัติให้ผู้รับโอนต้องรับผิดชอบในฐานะลูกหนี้ร่วมกับผู้โอนในภาษีที่ค้างชำระ “ไม่ว่าจะรับโอนมาด้วยเหตุใด ๆ” กฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองรัฐฝ่ายเดียวด้วยการปิดปากมิให้ผู้รับโอนยกข้อต่อสู้ใด ๆ ได้เลย แม้จะเป็นผู้รับโอนที่สุจริตและมีค่าตอบแทน ทำให้ผู้รับโอนเสียเปรียบ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวตราขึ้นเพื่อให้รัฐโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหารายได้จากการจัดเก็บภาษีสำหรับใช้จ่ายในการบริหารกิจการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ขององค์กร อันเป็นกิจการเพื่อสาธารณประโยชน์ ภาษีโรงเรือนและที่ดินเป็นภาษีอากรอย่างหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๙ บุคคลมีหน้าที่เสียภาษีอากร กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นบทกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดและเท่าที่จำเป็น ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ใช้กับบุคคลโดยเสมอภาคและให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอย่างเท่าเทียมกันไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม...การเรียกเก็บภาษีโรงเรือนที่ค้างชำระจากผู้รับโอนที่ดินและโรงเรือนร่วมกับผู้โอนจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๒๙ และ ๓๐

๑๐) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๓/๒๕๕๘

จำเลยโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ มาตรา ๑๒๐ มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลซึ่งเป็นนายจ้างโดยให้สิทธิเฉพาะลูกจ้างฝ่ายเดียวที่มีสิทธิยื่นคำขอให้คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานพิจารณาวินิจฉัย และให้สิทธิแก่คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างในสถานะของนายจ้างและลูกจ้างโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมให้ฝ่ายนายจ้าง ไม่ให้สิทธิใด ๆ แก่ฝ่ายนายจ้างและไม่ได้รับความเสมอภาคในบทบัญญัติของกฎหมายเท่ากับฝ่ายลูกจ้าง จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ ๓๐ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ มาตรา ๑๒๐ เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างผู้มีฐานะที่ด้อยทางเศรษฐกิจและมีลักษณะเป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำที่ลูกจ้างพึงได้รับการปฏิบัติจากนายจ้าง อีกทั้งยังเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างนายจ้างและลูกจ้างและมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้าง จึงเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นแล้วโดยไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพแต่อย่างใด และมีได้ขัดต่อหลักความเสมอภาค และยังเป็นการส่งเสริมให้ลูกจ้างสามารถใช้สิทธิ และเสรีภาพเช่นเดียวกับนายจ้าง ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๒๙ และ ๓๐

**๑๑) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๐/๒๕๕๙**

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้ คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๓๖ วรรคหนึ่ง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๒ ประกอบมาตรา ๓ มาตรา ๔ มาตรา ๒๙ มาตรา ๓๐ และมาตรา ๒๓๓ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา ๓ มาตรา ๔ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๑ บททั่วไป รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย ซึ่งประกอบด้วยอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔ เป็นบทบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ เป็นบทบัญญัติวางหลักประกันความมั่นคงแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะถูกจำกัดมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ เป็นการวางหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ ถ้ารัฐสภาจะตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชน สามารถกระทำได้อยู่แต่หลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ทั้งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง รัฐธรรมนูญมาตรา ๓๐ เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยให้มีความเสมอภาคกันตามกฎหมายและได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๓๖ เป็นบทบัญญัติให้สิทธิแก่คู่ความยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ปฏิเสธไม่ยอมรับอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ หากเห็นว่าคำสั่งของศาลชั้นต้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นบทบัญญัติที่บังคับใช้โดยทั่วไป

ดังนั้น มาตรา ๒๓๖ ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓ มาตรา ๔ มาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐ และมาตรา ๒๓๓

๑๒) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕/๒๕๕๙

ผู้ร้องกับพวกอ้างว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๕๖^{๖๖} บัญญัติให้คู่ความที่มีฐานะยากจนมีสิทธิจะฟ้องหรือต่อสู้คดีทางศาลได้ โดยให้ศาลมีคำสั่งยกเว้นค่าธรรมเนียมเพื่อให้โอกาสคู่ความได้ต่อสู้คดีถึงที่สุด ทั้งนี้ หากกฎหมายกำหนดให้คู่ความจะต้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมศาลทุกกรณีแล้วจะเป็นการตัดสิทธิหรือปิดโอกาสผู้ซึ่งมีฐานะยากจนไม่มีเงินเพียงพอหรือไม่ทรัพย์สินอื่นใดที่จะนำมาชำระค่าธรรมเนียมศาลต้องถูกจำกัดสิทธิ การที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับฎีกาจึงเป็นการตัดสิทธิผู้ร้องกับพวกอันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๙ และ ๓๐ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๕๖ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถาในศาล โดยปกติการดำเนินคดีแพ่ง คู่ความหรือ

^{๖๖} คดีนี้ตัดสินก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งนี้ ต่อมาในปี ๒๕๕๑ มาตรา ๑๕๖ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ๒๔) พ.ศ. ๒๕๕๑ โดยหลักการเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งปรากฏในมาตรา ๑๕๖/๑ ดังนี้ “ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลให้แก่เฉพาะบางส่วน หรือมีคำสั่งให้ยกคำร้อง ผู้ขออาจอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อศาลได้ภายในกำหนดเจ็ดวันนับแต่วันมีคำสั่ง คำสั่งของศาลอุทธรณ์เช่นว่านี้ให้เป็นที่สุด”

ผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องในคดีจะต้องเสียค่าใช้จ่ายต่อศาลที่เรียกว่า ค่าธรรมเนียมศาล แต่หากเป็นบุคคลยากจนไม่มีเงินที่จะเสียค่าธรรมเนียม อาจร้องขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถาได้ ...ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งให้คู่ความดำเนินคดีอย่างคนอนาถา จะต้องทำการไต่สวนเสียก่อนเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงว่าคู่ความเป็นคนยากจนจริง ก็จะสั่งให้คู่ความที่ขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถาไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมในชั้นศาลอุทธรณ์ ...การที่ศาลชั้นต้นจะสั่งเช่นนี้ต้องพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นของคู่ความเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความทั้งสองฝ่าย และเมื่อศาลชั้นต้นสั่งอย่างไรแล้ว ก็ให้สิทธิแก่คู่ความที่ขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถามีสิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้ คำสั่งของศาลอุทธรณ์เช่นว่านี้ให้เป็นที่สุด ที่บัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อให้ศาลอุทธรณ์พิจารณากลับกรองคำสั่งศาลชั้นต้นอีกครั้ง การที่ให้คำสั่งของศาลอุทธรณ์เป็นที่สุดนั้นเนื่องจากปัญหาที่ว่าบุคคลนั้นเป็นคนยากจนหรือไม่ ได้รับการพิจารณามาแล้วถึงสองศาล และปัญหาข้อนี้ไม่ใช่ประเด็นในคดีโดยตรง จึงควรให้ยุติที่ศาลอุทธรณ์ ไม่ควรให้ยืดเยื้อฎีกาต่อไปได้อีก ซึ่งเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่ความแล้ว กรณีดังกล่าวแม้เป็นการจำกัดสิทธิอยู่บ้างแต่ก็เป็นการจำกัดเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้ ยังใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับคู่ความอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงฐานะของคู่ความแต่อย่างใด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๕๖ วรรคห้า จึงไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๙ และ ๓๐

๑๓) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๑/๒๕๕๐

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาก็คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๘ และ มาตรา ๓๐ หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรา ๕๑ ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีที่กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) และคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) จะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในหนึ่งปี นับแต่วันารู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี เห็นได้ว่าให้สิทธิแก่ผู้ฟ้องคดีในการฟ้องคดีที่เกิดขึ้นอันสอดคล้องกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ ส่วนรัฐธรรมนูญมาตรา ๓๐ เป็นบทบัญญัติให้บุคคลทุกคนย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับการคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันในกฎหมายที่บุคคลนั้นถูกบังคับใช้อยู่ กล่าวคือ หากผู้ฟ้องคดีนำคดีมาขึ้นสู่ศาลปกครอง กระบวนการพิจารณาความก็ย่อมมีความเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นที่นำคดีมาขึ้นสู่ศาลปกครองเช่นเดียวกัน มาตรา ๕๑ ดังกล่าวจึงมิได้ให้สิทธิแก่บุคคลที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้แตกต่างกัน จึงมิได้ขัดรัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๓๐ แต่อย่างใด

**๑๔) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑/๒๕๕๑**

ผู้เช่าซื้อรถยนต์ของกลาง ยื่นคำร้องขอคืนรถยนต์ต่อศาลอาญา โดยอ้างว่าไม่มีส่วนร่วมหรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการนำรถยนต์ดังกล่าวไปใช้ในการกระทำความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดแต่อย่างใด รวมทั้งอ้างว่าการรับรถยนต์ดังกล่าวตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๓๐ วรรคสองและวรรคสี่ เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐... ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการทางกฎหมายเพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกศาลสั่งริบในคดียาเสพติดสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่มีโอกาสทราบ หรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าจะมีการกระทำความผิดและจะมีการนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้ในการกระทำความผิด หรือได้ใช้เป็นอุปกรณ์ให้ได้รับผลในการกระทำความผิด หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ใช้สิทธิร้องคัดค้านคำร้องขอให้ริบทรัพย์สินของพนักงานอัยการได้ จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มีผลใช้บังคับต่อบุคคลเป็นการทั่วไปโดยเสมอกันไม่ได้ยกเว้นให้ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือทำให้บุคคลไม่ได้รับความเสมอกันในกฎหมายหรือไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลแต่อย่างใด บทบัญญัตินี้จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐

๑๕) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕/๒๕๕๕

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้ คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ หรือไม่

ผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ร้องได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๕ (๑) กรณีได้รับหนังสือร้องเรียนจากนาย ศ. ว่า ได้ไปสมัครทดสอบความรู้เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ แต่สำนักงานศาลยุติธรรมแจ้งว่า ก.ต. มีมติไม่รับสมัครโดยให้เหตุผลว่าสภาพร่างกายและจิตใจไม่เหมาะสมต่อการปฏิบัติหน้าที่ข้าราชการตุลาการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) ซึ่งผู้ร้องเรียนและผู้ร้องเห็นว่าการตัดสินทดสอบบุคคลด้วยเหตุผลดังกล่าว ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกายหรือความพิการ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐

ประเด็นพิจารณาเบื้องต้นกรณีศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ ๑๖/๒๕๕๕ ว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) ไม่มีปัญหาด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ นั้น แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ วรรคสาม ได้บัญญัติข้อความว่า “ความพิการ” เพิ่มเติม อันเป็นหลักการสำคัญที่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เมื่อผู้ร้องเสนอเรื่องให้วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติ

ระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เฉพาะหลักการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ ตามมาตรา ๓๐ วรรคสาม จึงเป็นเรื่องหรือประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยพิจารณาวินิจฉัยมาก่อนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๕ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ หรือไม่ พิจารณาแล้วเห็นว่า ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ ๑๖/๒๕๔๕ ว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๓๐ แล้ว ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities: CRPD) ของสหประชาชาติ เมื่อวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ๒๕๕๑ ซึ่งมีผลบังคับให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ระบุไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวตั้งแต่วันที่ ๒๘ สิงหาคม ๒๕๕๑ เป็นต้นมา และทำให้หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ตามพันธกรณี ข้อ 27 (a) ที่กำหนดว่า ห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการในทุกด้านที่เกี่ยวกับการจ้างงาน รวมถึงเงื่อนไขในการคัดเลือกบุคคล การว่าจ้าง และการจ้างงาน การจ้างงานอย่างต่อเนื่อง ความก้าวหน้าในอาชีพการงาน และสภาพการทำงานที่ถูกสุขอนามัยและปลอดภัย และ (g) ที่กำหนดให้ว่าจ้างคนพิการเข้าทำงานในหน่วยงานภาครัฐ ดังนั้น การที่หน่วยงานของรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการรับบุคคลเข้าทำงานที่ในตำแหน่งใด ย่อมต้องคำนึงถึงพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าวด้วย

การที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) ให้ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” นั้น คำว่า “กายหรือจิตใจไม่เหมาะสม” อยู่ในกรอบความหมายของคำว่า “คนพิการ” ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติ โดยมีลักษณะเป็นการกำหนดลักษณะทางกายและจิตใจที่ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการไว้อย่างกว้างขวางไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน นำไปสู่การใช้ดุลพินิจที่ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้ในที่สุด กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ต้องมีขอบเขตชัดเจนแน่นอน เช่น อาจกำหนดว่า มีลักษณะทางกายและจิตใจที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นข้าราชการตุลาการได้เพียงใด เป็นต้น เพื่อให้ประชาชนทราบว่ากฎหมายดังกล่าวต้องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดบ้าง และต้องสอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของสังคมโดยรวมมากกว่าประโยชน์ขององค์กร

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) จึงเป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจกว้างขวางเกินความจำเป็น อันอาจจะส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการได้ การกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการไว้ในขั้นตอนการรับสมัครบุคคลเพื่อสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการตุลาการ โดยให้เป็นดุลพินิจของ ก.ต. ในการพิจารณาความเหมาะสมของบุคคลที่จะให้มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการตุลาการหรือไม่นั้น เป็นการตัดสิทธิคนพิการตั้งแต่ต้น โดยไม่เปิดโอกาสให้คนพิการสามารถสอบคัดเลือกได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป และ



ไม่มีโอกาสแสดงความรู้ความสามารถอย่างแท้จริงที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งงานนั้นเสียก่อน ทั้งภารกิจหลักตามอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม คือ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และต้องนั่งพิจารณาโดยครบองค์คณะ ความพิการจึงมิได้เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้จะเป็นข้าราชการตุลาการ ที่จะมีผลต่อการให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้อง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) ในส่วนที่บัญญัติให้ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามว่า “มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จึงขัดต่อสิทธิของคณาพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติ และเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ วรรคสาม

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ วรรคสาม

๑๖) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๗/๒๕๕๕

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้ คือ ประมวลรัษฎากร มาตรา ๔๐ (๒) (๓) (๔) (๕) (๖) (๗) และ (๘) ประกอบมาตรา ๕๗ ตรีและมาตรา ๕๗ เบญจ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๓ ประกอบมาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐ หรือไม่

ผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ร้องเห็นว่าประมวลรัษฎากร มาตรา ๔๐ (๒) (๓) (๔) (๕) (๖) (๗) และ (๘) ประกอบมาตรา ๕๗ ตรี ที่บัญญัติให้นำเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี ทำให้สามีภริยาต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นจากตอนที่ต่างฝ่ายต่างแยกยื่นเมื่อยังไม่มีภรรยา และมาตรา ๕๗ เบญจ ที่บัญญัติให้เฉพาะภริยาที่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา ๔๐ (๑) สามารถแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามี โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามีตาม มาตรา ๕๗ ตรี มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๓ โดยสร้างความไม่เป็นธรรมด้านการภาษี และการกระทบกระเทือนหรือจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของหญิงมีสามี รวมทั้งเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยไม่จำเป็นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคล โดยมีได้เป็นมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๓๐ วรรคสี่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๔๐ (๒) (๓) (๔) (๕) (๖) (๗) และ (๘) เป็นบทบัญญัติที่จำแนกเงินได้พึงประเมินออกเป็นประเภทต่าง ๆ ไว้ เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ไม่มีข้อความใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการกระทบกระเทือนหรือจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคล และได้กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อีกทั้งมิได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๓ ประกอบมาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐

ส่วนประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตี ที่บัญญัติให้สามีและภริยาที่อยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว ต้องถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการ และเสียภาษี แต่ถ้ามีภาษีค้างชำระและภริยาได้รับแจ้งล่วงหน้าไม่น้อยกว่า ๗ วันแล้ว ให้ภริยาร่วมรับผิดชอบในการ เสียภาษีที่ค้างชำระนั้นด้วย เป็นการไม่ยุติธรรมสำหรับภริยา เพราะภริยาอาจไม่มีส่วนรู้เห็นในเรื่องการยื่นรายการ เสียภาษีด้วย และทำให้สามีภริยาต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นจากกรณีที่ต่างฝ่ายต่างแยกยื่นเมื่อยังไม่มีการสมรส ประกอบ กับมาตรา ๕๗ เบื้อง บัญญัติให้แต่เฉพาะภริยาที่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา ๔๐ (๑) สามารถแยกยื่นรายการ และเสียภาษีต่างหากจากสามี โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามีตามมาตรา ๕๗ ตี จึงถือว่าเป็นการไม่ส่งเสริมความ เสมอภาคของชายและหญิง และยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างใน เรื่องสถานะของบุคคลภายหลังจากการสมรสตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐

๑๗) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๑/๒๕๕๖

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ร้อง เสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าผู้ร้องได้รับเรื่องร้อง เรียนจาก นาย ท. ผู้ร้องเรียนว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) ได้ มีมติว่าผู้ร้องเรียนกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ผู้ร้องเรียนจึงขอให้ผู้ร้องเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ว่าพระราช บัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๒ วรรคหนึ่ง ขัดต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ (๓) และ (๔) เนื่องจากเป็นการจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งต่อผู้บังคับบัญชา และมาตรา ๙๒ วรรคสอง ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ โดยได้กำหนดกระบวนการพิจารณาความผิดวินัยไว้เป็นพิเศษสำหรับ ผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ตุลาการศาลปกครอง และพนักงานอัยการ ทำให้การพิจารณาความผิดวินัย อยู่ในอำนาจขององค์กรนั่นเอง ซึ่งแตกต่างจากข้าราชการทั่วไปที่ต้องถูกพิจารณาความผิดวินัยโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ผู้ร้องพิจารณาแล้วจึงเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราช บัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๒ วรรคสอง เป็น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการ ทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๒ วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับข้าราชการตุลาการหรือข้าราชการอัยการ โดย หลักเกณฑ์นี้แม้จะมีความแตกต่างจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา ๙๒ วรรคหนึ่ง แต่ก็ เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์ เพื่อให้การดำเนินการทางวินัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการและข้าราชการอัยการ มีความเป็นอิสระตามลักษณะของภารกิจซึ่งมีความจำเป็นและเพื่อให้เกิดความเหมาะสม กล่าวคือ เพื่อให้ข้าราชการ ตุลาการสามารถพิจารณาพิพากษาอรรถคดีอย่างมีอิสระ และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๒๐ และมาตรา ๒๒๔ ที่ได้บัญญัติให้การลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมและตุลาการในศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบของ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมหรือคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง แล้วแต่กรณี อันเป็นการรับรองหลัก ประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการไว้ และเพื่อให้ข้าราชการอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดี



และการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรมตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๕ อีกทั้งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๗ ได้บัญญัติความเป็นอิสระในการพิจารณา ดำเนินคดีอาญาระหว่างอัยการสูงสุดกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไว้ในกรณีที่ข้อกล่าวหาใดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่าเป็นความผิดทางอาญา ให้ถือว่ารายงานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งหากอัยการสูงสุดเห็นว่ารายงาน เอกสารและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ยังไม่สมบูรณ์พอที่จะดำเนินคดีได้ ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. และอัยการสูงสุดตั้งคณะทำงานขึ้นเพื่อดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานให้สมบูรณ์แล้วส่งให้อัยการสูงสุดเพื่อฟ้องคดีต่อไป

ด้วยเหตุนี้การดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการอัยการตามมาตรา ๙๒ วรรคสอง หากบัญญัติให้ถือว่ารายงาน เอกสารและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของข้าราชการอัยการย่อมอาจทำให้การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งคดีอาญาดังกล่าวขาดความเป็นอิสระ โดยเฉพาะการพิจารณาข้อกล่าวหาที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่ามีความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๗ และอาจทำให้การตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างพนักงานอัยการและคณะกรรมการ ป.ป.ช. สูญเสียไปด้วย ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๒ วรรคสอง จึงเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการทางวินัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ข้าราชการตุลาการศาลปกครอง และข้าราชการอัยการมีความเป็นอิสระตามลักษณะของภารกิจดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่มีลักษณะขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ แต่อย่างใด

๑๘) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๙-๒๐/๒๕๕๖

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้ คือ พระราชบัญญัติป.พ.ศ. ๒๕๑๘ มาตรา ๗๒/๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๙ วรรคสอง มาตรา ๔๐ (๕) และมาตรา ๓๐ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติป.พ.ศ. ๒๕๑๘ มาตรา ๗๒/๕ เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดทางอาญาของจำเลย โดยใจทกไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยซึ่งเป็นกรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลแต่อย่างใดก่อน เป็นการนำการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา โจทก์คงพิสูจน์เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และจำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งไม่เกี่ยวกับการกระทำของกรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลที่กระทำความผิดแต่อย่างใด กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้แต่แรกแล้วว่ากรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล

หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดร่วมกับนิติบุคคลด้วย อันมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน ประกอบกับหลักพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดชอบทางอาญานั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙ บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำ ...” ดังนั้น บุคคลไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจะมีความรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อมีการกระทำ แต่พระราชบัญญัติปยุ พ.ศ. ๒๕๑๘ มาตรา ๗๒/๕ บัญญัติให้กรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลจะต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าบุคคลเหล่านั้นซึ่งเป็นจำเลยได้มีการกระทำ หรืองดเว้น หรือไม่กระทำการอันเป็นความผิดตามกฎหมายแต่อย่างใดก่อน

บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา โดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรมที่ว่า โจทก์ในคดีอาญาต้องมีการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบของความผิด นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา พระราชบัญญัติปยุ พ.ศ. ๒๕๑๘ มาตรา ๗๒/๕ ในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรม และขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติปยุ พ.ศ. ๒๕๑๘ มาตรา ๗๒/๕ เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย โดยไม่ปรากฏว่ามีการกระทำหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖ ซึ่งเมื่อได้วินิจฉัยดังนี้แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราอื่น ๆ หรือไม่ อีกต่อไป

๑๙) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๑/๒๕๕๕

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้ คือ พระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๕ มาตรา ๑๒ มาตรา ๑๓ (๑) (๒) (๓) มาตรา ๑๔ มาตรา ๑๗ และมาตรา ๘๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔ และมาตรา ๓๐ หรือไม่ และพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. ๒๕๕๑ ทั้งฉบับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๔ มาตรา ๓๐ มาตรา ๓๑ มาตรา ๔๓ มาตรา ๖๒ มาตรา ๗๘ มาตรา ๘๗ มาตรา ๑๔๒ ถึงมาตรา ๑๕๓ และมาตรา ๑๘๗ หรือไม่



ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๕ มาตรา ๑๒ มาตรา ๑๓ (๑) (๒) (๗) มาตรา ๑๔ มาตรา ๑๗ และมาตรา ๘๕ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยสถานภาพของ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หลักประกันในการทำงานของพนักงานมหาวิทยาลัย อำนาจหน้าที่ของมหาวิทยาลัย รายได้ของมหาวิทยาลัย หลักประกันในทรัพย์สินที่ใช้ประโยชน์เกี่ยวกับการศึกษาของมหาวิทยาลัย และบทเฉพาะกาลรองรับการดำเนินการกรณีตำแหน่งข้าราชการและลูกจ้างของส่วนราชการในมหาวิทยาลัยว่างลง บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่กำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ทรัพย์สิน และรายได้ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เพื่อให้การบริหารจัดการจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยมีความเป็นอิสระและมีความคล่องตัว สอดคล้องกับหลักการบริหารจัดการของหน่วยงานในกำกับของรัฐซึ่งไม่เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. ๒๕๕๑ โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวใช้บังคับแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนดโดยเสมอและไม่มีความจำเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ แต่อย่างใด

๓.๕.๒ แนวคำพิพากษาศาลปกครองเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติ

ในส่วนนี้จะได้ชี้ให้เห็นแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติ

๑) การที่เจ้าพนักงานที่ดินไม่ออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะรายในที่ดินบนเกาะภูเก็ต ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๘ - พ.๑๐/๒๕๕๖)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินจังหวัดภูเก็ต ได้ยื่นคำขออออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะรายต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดภูเก็ต ซึ่งเจ้าพนักงานที่ดินมีคำสั่งไม่รับคำขออออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะรายให้ผู้ฟ้องคดี เนื่องจากจังหวัดภูเก็ตเป็นเกาะต้องห้ามมิให้ออกโฉนดตามข้อ ๑๔ (๓) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๔๓ (พ.ศ. ๒๕๓๗) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๕๓๗ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ข้อ ๑๔ (๓) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๔๓ (พ.ศ. ๒๕๓๗) ที่ห้ามมิให้มีการออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่เกาะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมกับผู้ฟ้องคดีและประชาชนที่ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินที่ตั้งอยู่บนเกาะภูเก็ต จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนข้อ ๑๔ (๓) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๔๓ (พ.ศ. ๒๕๓๗)។

ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา ๕ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติให้บุคคลได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญโดยเสมอกัน เป็นการวางหลักการให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานความเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคแก่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน หรือออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล การที่กฎกระทรวง ฉบับที่ ๔๓ (พ.ศ. ๒๕๓๗) กำหนดให้การออกโฉนดที่ดินในที่ดินเกาะใช้บังคับกับกรณีการครอบครองที่ดินที่เกาะ ซึ่งผู้ครอบครองยังมิได้มีหลักฐานการครอบครองทุกแห่งเสมอเหมือนกัน มิได้มีการเลือกปฏิบัติกับผู้ครอบครองรายหนึ่งรายใดหรือเกาะหนึ่งเกาะใดเป็นการเฉพาะ กฎกระทรวงดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น บทบัญญัติในข้อ ๑๔ (๓) ของกฎกระทรวงฉบับที่ ๔๓ (พ.ศ. ๒๕๓๗) จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

๒) คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเทศมนตรีตำบลชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๙๓/๒๕๔๘)

ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีตำบล ป. และผู้ฟ้องคดีที่ ๒ ซึ่งดำรงตำแหน่งเทศมนตรีตำบล ป. ถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนกรณีถูกกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์เรียกร้องผลประโยชน์ต่าง ๆ และปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ และมีความประพฤติในทางที่จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่เกียรติศักดิ์ของตำแหน่งราชการ คณะกรรมการสอบสวนได้สอบปากคำพยานฝ่ายที่กล่าวหาจำนวน ๔ ปาก แล้วแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง โดยปกปิดรายชื่อพยาน ต่อมา คณะกรรมการสอบสวนได้รายงานผลการสอบสวนต่อผู้ว่าราชการจังหวัด ก. กรณีกล่าวหาว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสองร่วมกันเรียกรับเงินจากบริษัทผู้รับจ้างก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียของเทศบาลตำบล ป. ข้อเท็จจริงฟังได้ตามข้อกล่าวหา จึงเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้มีคำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ ๓๔๐/๒๕๔๙ ลงวันที่ ๒ ตุลาคม ๒๕๔๙ สั่งให้ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ พ้นจากตำแหน่งนายกเทศมนตรีตำบล ป. และให้ผู้ฟ้องคดีที่ ๒ พ้นจากตำแหน่งเทศมนตรีตำบล ป. ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ เนื่องจากการปกปิดรายชื่อพยานมิให้ผู้ฟ้องคดีทราบ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้คณะกรรมการสอบสวนจะปกปิดรายชื่อพยาน มิให้ผู้ฟ้องคดีทราบก็ตาม แต่ในบันทึกแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาที่แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีก็มีรายละเอียดของถ้อยคำพยานดังกล่าวแล้ว ปรากฏตามคำคัดค้านคำให้การของผู้ฟ้องคดี กรณีจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และผู้ฟ้องคดีก็ได้โต้แย้งและชี้แจงแสดงพยานหลักฐานแล้ว กรณีจึงไม่ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเสียเปรียบ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด

๓) การที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติไม่พิจารณาเลื่อนยศเป็นพันตำรวจเอกให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่เกษียณอายุราชการตามปกติ ตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการฯ เหมือนกับผู้เกษียณอายุราชการตามโครงการเกษียณก่อนกำหนด ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๘๔/๒๕๔๙)

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้จัดทำโครงการปรับเปลี่ยนกำลังพลเพื่อมุ่งใจให้ข้าราชการตำรวจทุกชั้นยศสมัครใจเข้าร่วมโครงการ โดยข้าราชการตำรวจชั้นยศพันตำรวจโทที่สมัครเข้าร่วมโครงการ และได้รับอนุญาตให้ลาออกจากราชการตามโครงการดังกล่าวจะได้รับการเลื่อนยศเป็นพันตำรวจเอกเป็นกรณีพิเศษ นอกเหนือจากสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ที่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้กำหนด โดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการข้าราชการตำรวจและคณะรัฐมนตรี แต่ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงยศพันตำรวจโทและต้องพ้นจากราชการเพราะเหตุเกษียณอายุตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. ๒๔๙๔ กลับไม่ได้รับการพิจารณาให้เลื่อนยศเป็นพันตำรวจเอกแต่อย่างใด ทั้งที่มีข้าราชการตำรวจยศพันตำรวจโทที่สมัครเข้าร่วมโครงการปรับเปลี่ยนกำลังพลหรือเกษียณก่อนกำหนดต่างก็ไม่ได้มีคุณสมบัติใดที่แตกต่างจากผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่พิจารณาเลื่อนยศเป็นพันตำรวจเอกให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีออกกฎ ระเบียบ หรือคำสั่งที่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งออกจากราชการเพราะเกษียณอายุตามปกติได้รับการเลื่อนยศเป็นพันตำรวจเอกเช่นเดียวกับข้าราชการตำรวจยศพันตำรวจโทตำแหน่งสารวัตร และตำแหน่งรองผู้กำกับที่ออกจากราชการตามโครงการปรับเปลี่ยนกำลังพลในปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๔๔



ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การออกจากราชการของผู้ฟ้องคดีเป็นการออกจากราชการ เนื่องจาก เกษียณอายุราชการตามปกติ ตามมาตรา ๔๖ (๒) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. ๒๕๒๑ ประกอบ กับมาตรา ๑๙ แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. ๒๕๔๔ สิทธิประโยชน์ที่ผู้ฟ้องคดีจะพึงได้รับจึง เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ และระเบียบหรือหลักเกณฑ์ที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดไว้สำหรับ ข้าราชการตำรวจที่พ้นจากราชการตามกฎหมายดังกล่าว ส่วนข้าราชการตำรวจที่สมัครเข้าร่วมโครงการปรับเปลี่ยน กำลังพล เป็นการออกจากราชการตามมาตรา ๔๖ (๓) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. ๒๕๒๑ ประกอบกับมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๕ กันยายน ๒๕๔๓ ที่แจ้งเวียนตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ นร. ๐๒๐๕/ว (ล) ๑๑๒๖๗ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๔๓ ที่อนุมัติให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการตามโครงการปรับเปลี่ยนกำลังพล ได้สิทธิประโยชน์ที่ผู้ออกจากราชการจะพึงได้รับในทั้งสองกรณีจึงแตกต่างกัน เพราะเป็นคนละกรณีกัน อีกทั้งโครงการ ดังกล่าวก็เปิดโอกาสให้แก่ข้าราชการตำรวจทุกคนที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้สมัครเข้าร่วมโครงการ ดังกล่าวได้ รวมทั้งผู้ฟ้องคดีด้วย ซึ่งผู้ฟ้องคดีเลือกที่จะไม่สมัครเข้าร่วมโครงการดังกล่าว การได้รับสิทธิประโยชน์ แตกต่างกันไปจึงเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย กฎ ระเบียบของการมีโครงการดังกล่าว ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่เลื่อนยศพันตำรวจเอกให้แก่ผู้ฟ้องคดี เป็นกรณีพิเศษเช่นเดียวกับการเลื่อนยศพันตำรวจเอกเป็นกรณีพิเศษให้แก่ ข้าราชการตำรวจที่ลาออกจากราชการตามโครงการปรับเปลี่ยนกำลังพลมิได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และ มิได้เป็นการต่อหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

๔) การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ขัดต่อมาตรา ๒๖ มาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๑๗/๒๕๕๑)

ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารการศึกษาขั้นพื้นฐาน ฟ้องว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวง ศึกษาธิการ และคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) ออกกฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และ วิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิและอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๘ ทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารการศึกษาขั้นพื้นฐาน และผู้ดำรง ตำแหน่งรองผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา ตลอดจนผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารการศึกษาขั้นพื้นฐานรายอื่น ที่ปฏิบัติงานในสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา จำนวน ๑๗๕ เขตทั่วประเทศ ไม่มีสิทธิได้รับการคัดเลือกให้เป็นอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา กับไม่มีสิทธิเลือกตั้ง และไม่มีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา การออกกฎ ก.ค.ศ. ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จำกัด สิทธิเสรีภาพ ซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคและเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามมาตรา ๒๖ มาตรา ๒๙ และ มาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ นอกจากนั้น ยังเป็นการไม่ปฏิบัติหรือละเลยหลัก การบริหารบุคคล ตามมาตรา ๒๙ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด เพื่อขอให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนกฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และ วิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิและอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๘

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ดำรงตำแหน่งรองผู้อำนวยการสถานศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสถานศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งครูและครูผู้ช่วย รวมทั้งผู้ดำรงตำแหน่งในสายงานสนับสนุน เช่น เจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป นักวิชาการพัสดุ เจ้าหน้าที่บันทึกข้อมูล เป็นผู้ที่มีสิทธิเลือกตั้ง และมีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้ง เป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในเขตพื้นที่การศึกษา ด้วยคุณสมบัติด้านตำแหน่ง แต่ผู้ดำรงตำแหน่งรองผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา และผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารการศึกษาขั้นพื้นฐาน กลับไม่มีสิทธิเลือกตั้งและไม่มีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้ง เป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในเขตพื้นที่การศึกษา ทั้งที่มีได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายจำกัดคุณสมบัติด้านตำแหน่งไว้ การออกกฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๘ ของคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา จึงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่จำกัดสิทธิในการเลือกตั้ง และจำกัดสิทธิในการเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างผู้มีสิทธิกับผู้ไม่มีสิทธิในการเลือกตั้ง และเข้ารับการเลือกตั้ง โดยไม่เป็นธรรมและไม่มีเหตุผลอันอาจรับฟังได้ อันขัดต่อหลักความเสมอภาค ตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และขัดต่อมาตรา ๒๙ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ ดังนั้น การที่คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิและอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๘ จึงไม่ชอบด้วยมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ประกอบด้วยมาตรา ๒๙ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ และไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ จึงพิพากษาให้เพิกถอน ข้อ ๑ (๑) ของ กฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิและอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๘

๕) กรณีฟ้องว่า มาตรา ๑๐ (๒) และมาตรา ๑๑ (๒) แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๔๙ มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติกับนักโทษบางราย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๔๔/๒๕๕๑)

นักโทษซึ่งต้องโทษในความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติดให้โทษตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. ๒๕๒๒ โดยได้รับโทษจำคุก ๒๕ ปีหรือซึ่งต้องโทษความผิดฐานชิงทรัพย์ตามมาตรา ๓๓๙ วรรคสาม มาตรา ๘๓ มาตรา ๙๓ และมาตรา ๗๘ แห่งประมวลกฎหมายอาญาโดยได้รับโทษจำคุก ๑๔ ปีหรือซึ่งต้องโทษในความผิดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท พ.ศ. ๒๕๑๘ และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. ๒๕๑๙ ซึ่งจำคุกมาแล้ว ๑๐ ปีโดยเป็นนักโทษเด็ดขาดชั้นเยี่ยม ฟ้องว่าพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๔๙ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีผลทำให้ไม่ได้รับการลดโทษหรือได้รับการลดโทษโดยไม่เท่าเทียมกับผู้ต้องโทษในความผิดฐานอื่น อันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอน มาตรา ๘ มาตรา ๙ มาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๑ แห่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว อันเป็นบทบัญญัติส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย



ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่นักโทษซึ่งเป็นผู้ต้องโทษจำคุกไม่ถึงตลอดชีวิตในความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติดให้โทษตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. ๒๕๒๒ โดยได้รับพระราชทานอภัยโทษตามลำดับชั้นนักโทษเด็ดขาดชั้นเยี่ยม ๑ ใน ๖ จึงต้องด้วยลักษณะบทบัญญัติตามมาตรา ๑๐ (๒) แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๔๙ ซึ่งความผิดฐานผลิต จำหน่าย นำเข้า ส่งออก หรือจำหน่ายยาเสพติดให้โทษ สำหรับผู้ต้องโทษจำคุกไม่ถึงตลอดชีวิตให้ลดโทษจากกำหนดโทษตามลำดับชั้นนักโทษเด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์หรือกฎหมายว่าด้วยเรือนจำทหาร และการที่ศาลอาญากรุงเทพใต้พิพากษาให้เพิ่มโทษนักโทษฐานกระทำความผิดตามมาตรา ๙๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญาทำให้นักโทษดังกล่าวไม่อยู่ในข่ายที่จะได้รับพระราชทานอภัยโทษ ต้องด้วยลักษณะบทบัญญัติตามมาตรา ๑๑ (๒) แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๔๙ อันเป็นบทบัญญัติที่ต้องห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดซ้ำไม่มีความขัดแย้งกับพระราชทานอภัยโทษ กรณีจึงมิใช่การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมบทบัญญัติแห่งมาตรา ๑๐ (๒) และมาตรา ๑๑ (๒) แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๔๙ จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ อีกทั้งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๔๙ เป็นการพระราชทานอภัยโทษเป็นการทั่วไปอันอยู่ในขอบเขตแห่งพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามที่คณะรัฐมนตรีเห็นสมควรถวายคำแนะนำขอให้พระราชทานอภัยโทษแก่นักโทษเด็ดขาดทุกคนที่เข้าเกณฑ์กำหนดที่จะอยู่ในข่ายพระมหากษัตริย์ก็ได้รับพระราชทานอภัยโทษ โดยลดหลั่นมากและน้อยตามประเภทของนักโทษหรือตามลำดับชั้นนักโทษแล้วแต่กรณีอย่างทั่วกัน และไม่ปรากฏว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวตราขึ้นโดยขัดกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช ๒๔๗๙ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งใช้บังคับในขณะนั้น บทบัญญัติมาตรา ๑๐ (๒) และมาตรา ๑๑ (๒) แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๔๙ จึงเป็นบทบัญญัติที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

๖) การออกคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ลงทัณฑ์กักขังผู้ฟ้องคดีไม่มีลักษณะเป็นโทษซ้ำซ้อน และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๖๑/๒๕๕๑)

ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการตำรวจ ปฏิบัติหน้าที่ในศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง โดยขณะปฏิบัติหน้าที่ได้ทำตราประทับตรวจหนังสือเดินทางขาเข้า รหัส A 820 ที่ครอบครองอยู่สูญหาย แต่ต่อมามีผู้นำมาคืน ผู้บังคับบัญชาจึงได้มีบันทึกว่ากล่าวตักเตือน แต่ต่อมาผู้บังคับบัญชาได้ตรวจพบว่ารอยตราประทับที่ผู้ฟ้องคดีครอบครองได้ถูกนำไปประทับให้แก่ผู้โดยสารซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่เดินทางออกนอกราชอาณาจักร มีความแตกต่างกับรอยตราของจริงซึ่งเก็บรักษาไว้ จึงเป็นกรณีน่าเชื่อว่ารอยตราประทับที่ผู้ฟ้องคดีใช้ประทับให้แก่คนต่างชาติที่เข้ามาในราชอาณาจักรดังกล่าวมิใช่เกิดจากตราประทับที่แท้จริง ผู้กำกับฝ่าย ๑ กองตรวจคนเข้าเมือง ๒ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (ผู้ถูกฟ้องคดี) จึงได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนผู้ฟ้องคดีผลการสอบสวนพบว่ามิมูล ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้มีคำสั่งที่ ๔๕/๒๕๔๕ ลงทัณฑ์กักขังผู้ฟ้องคดี ๕ วันในความผิดฐานประมาทเลินเล่อหรือจงใจทำให้ทรัพย์สินของราชการเสียหาย ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการลงทัณฑ์ดังกล่าวเป็นการซ้ำซ้อนกับโทษที่ผู้ฟ้องคดีเคยถูกว่ากล่าวตักเตือนมาก่อนแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงได้ร้องทุกข์ต่อผู้ถูกฟ้องคดี ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีได้พิจารณาคำร้องทุกข์ดังกล่าวแล้วและได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่าการสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งลงทัณฑ์กักขังผู้ฟ้องคดี ๕ วัน

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้บังคับบัญชาได้มีบันทึกว่ากล่าวตักเตือนผู้ฟ้องคดีเกิดจากการที่ผู้ฟ้องคดีทำตราประทับของทางราชการสูญหาย ส่วนกรณีการลงโทษกักขังผู้ฟ้องคดีมีกำหนด ๕ วัน เป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่ผู้ฟ้องคดีถูกกล่าวหาว่าใช้ตราประทับที่ไม่ใช่เป็นของทางราชการได้จัดทำขึ้นตรวจอนุญาตให้แก่ผู้โดยสารต่างชาติ และคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยได้สอบสวนแล้วเห็นว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นความประมาทเลินเล่อทำให้ทรัพย์สินของทางราชการเสียหายและอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อทางราชการ อันเป็นความผิดตามมาตรา ๕ (๑๐) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยตำรวจ พุทธศักราช ๒๔๗๗ จึงเป็นคนละกรณีกับการที่ผู้ฟ้องคดีได้ทำตราประทับสูญหาย และผู้บังคับบัญชาได้ลงโทษว่ากล่าวตักเตือนไปแล้ว ดังนั้น เมื่อพิเคราะห์แล้วว่าการลงโทษผู้ฟ้องคดีทั้งสองกรณีเกิดจากมูลเหตุต่างกัน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งที่ ๔๕/๒๕๔๕ ลงโทษกักขังจึงเป็นคำสั่งไม่เข้าซ้อนกับคำสั่งว่ากล่าวตักเตือน ประกอบกับกรณีดังกล่าวเป็นไปตามระดับทัณฑ์มาตรฐาน ซึ่งผู้บังคับบัญชาได้กำหนดไว้เช่นเดียวกับการทำอาวุธปืนหายในทุกกรณี โดยยกเว้นให้เฉพาะในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย เนื่องจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกกำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการเก็บรักษาตราประทับที่อยู่ในความครอบครองเช่นเดียวกับที่ครอบครองอาวุธปืน เพราะการทำตราประทับหายไปและมีผู้อื่นเก็บได้จะเป็นช่องทางให้มีการนำตราประทับดังกล่าวไปใช้ในการกระทำความผิดได้เช่นเดียวกับการทำอาวุธปืนหาย และผู้ถูกฟ้องคดีได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวลงทัณฑ์ข้าราชการรายอื่นที่มีความบกพร่องในลักษณะเดียวกันนี้มาแล้ว กรณีจึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม คำสั่งลงทัณฑ์ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

๗) การคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งบุคลากร ๘ ใช้หลักเกณฑ์ที่ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๓๔/๒๕๔๘)

อธิบดีกรมโยธาธิการและผังเมือง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) ได้ดำเนินการสรรหาข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งบุคลากร ๘ (ผู้อำนวยการกองการเจ้าหน้าที่ กรมโยธาธิการ) โดยในการดำเนินการดังกล่าวใช้วิธีการสรรหาโดยการย้ายข้าราชการระดับ ๘ มาดำรงตำแหน่ง และโดยการเลื่อนข้าราชการระดับ ๗ ขึ้นมาดำรงตำแหน่ง ซึ่งในการดำเนินการดังกล่าวคณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมในการเลื่อนข้าราชการ พิจารณาข้าราชการระดับ ๘ และระดับ ๗ ที่อยู่ในเกณฑ์ได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งบุคลากร ๘ ทั้งหมดแล้ว ผลปรากฏว่าในกลุ่มข้าราชการระดับ ๘ ผู้ฟ้องคดีมีคะแนนประเมินมากที่สุด ส่วนในกลุ่มข้าราชการระดับ ๗ นาง ว. ได้คะแนนประเมินมากที่สุด คณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมในการเลื่อนข้าราชการได้พิจารณาความเหมาะสมกับตำแหน่งแล้วจึงมีมติคัดเลือกนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งบุคลากรระดับ ๘ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เห็นชอบด้วย จึงมีคำสั่งกรมโยธาธิการ ที่ ๑๖๙๕/๒๕๔๔ ลงวันที่ ๓๐ ตุลาคม ๒๕๔๔ เลื่อนนาง ว. ขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีเนื่องจากในการพิจารณาแต่งตั้งครั้งนี้มีการประเมินแยกกลุ่มกัน และมีได้มีการประเมินเปรียบเทียบข้อมูลในหลายส่วนระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ได้รับการแต่งตั้งและเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งกรมโยธาธิการ ที่ ๑๖๙๕/๒๕๔๔ ลงวันที่ ๓๐ ตุลาคม ๒๕๔๔ ดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การประเมินผลการปฏิบัติราชการทั้ง ๒ กลุ่ม คณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมในการเลื่อนข้าราชการได้ทำการประเมินบุคลากรและผลงานตามหลักเกณฑ์ตามหนังสือสำนักงาน ก. พ. ที่ นร ๐๗๐๘.๑/ว ๒๒ ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๔๐ ประกอบกับหลักเกณฑ์ตามบันทึกสำนักงานปลัดกระทรวง



มหาไศย ที่ มท ๐๒๐๓.๑/ว ๓๒๘๐ ลงวันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ๒๕๔๑ โดยในการประเมินแม้มีการจัดแบ่งข้าราชการออกเป็น ๒ กลุ่มก็ตาม แต่ก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันและพิจารณาครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ทุกด้าน ซึ่งการเปรียบเทียบวัดค่าคะแนนแยกกลุ่มกันระหว่างข้าราชการระดับ ๘ กับระดับ ๗ ย่อมเป็นธรรมกับข้าราชการในแต่ละกลุ่มแล้ว ดังนั้นจึงเห็นว่าการประเมินผลการปฏิบัติงานในการพิจารณาแต่งตั้งครั้งนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด

๘) การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติให้ผู้ยื่นคำขอเลื่อนตำแหน่งรายอื่นซึ่งดำรงตำแหน่งในลักษณะเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นคำขอได้โดยมิได้ให้บุคคลเหล่านั้นจัดทำวิสัยทัศน์ประกอบการพิจารณาเช่นเดียวกับผู้ฟ้องคดี เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๔๑/๒๕๕๒)

ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งรองปลัดเทศบาล (นักบริหารงานเทศบาล ๖) รักษาการในตำแหน่งปลัดเทศบาลตำบล พ. ฟ้องว่าได้ขอเลื่อนตำแหน่งเป็นปลัดเทศบาล แต่คณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดจันทบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้มีมติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในการประชุมครั้งที่ ๔/๒๕๔๖ เมื่อวันที่ ๒๘ เมษายน ๒๕๔๖ ให้ผู้ฟ้องคดีต้องจัดทำวิสัยทัศน์เพื่อประกอบการพิจารณาให้ความเห็นชอบในการเข้าสู่ตำแหน่งปลัดเทศบาล (นักบริหารงานเทศบาล ๖) ขอให้เพิกถอนมติดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลื่อนระดับและแต่งตั้งนักบริหารงานเทศบาลสายงานนักบริหารระดับ ๕ และตำแหน่งนักบริหารการศึกษาระดับ ๖ ให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้น ลงวันที่ ๒๓ ธันวาคม ๒๕๔๕ มีสถานะเป็นกฎหมายตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่ตนได้กำหนดขึ้นอยู่ตลอดไปตราบที่ยังไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์นั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำวิสัยทัศน์เพื่อประกอบการพิจารณาให้ความเห็นชอบอันเป็นการตรวจสอบเกณฑ์ด้านความสามารถของผู้ฟ้องคดีอีกครั้งหนึ่ง ทั้งที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งนักบริหารงานเทศบาล ๖ อันเป็นตำแหน่งและระดับเดียวกันกับตำแหน่งปลัดเทศบาลและตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่งดังกล่าวที่คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลกำหนดก็ได้ กำหนดให้ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งนักบริหารงานเทศบาล ๖ มีหน้าที่และความรับผิดชอบปฏิบัติงานในฐานะรองปลัดเทศบาลหรือปลัดเทศบาลก็ได้ จึงเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นและเป็นการดำเนินการนอกเหนือจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามประกาศกำหนด การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีจึงขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง นอกจากนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติเห็นชอบให้ผู้ยื่นคำขอรายอื่นซึ่งดำรงตำแหน่งในลักษณะเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีที่ยื่นคำขอในลำดับก่อนและหลังผู้ฟ้องคดีโดยมิได้ให้บุคคลดังกล่าวจัดทำวิสัยทัศน์ประกอบการพิจารณาแต่อย่างใด กรณีจึงเห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันให้แตกต่างกันในสาระสำคัญอันเป็นการเลือกปฏิบัติ อีกทั้งข้อเท็จจริงยังปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติงานในฐานะปลัดเทศบาลตั้งแต่ดำรงตำแหน่งนักบริหารงานเทศบาล ๕ มาโดยตลอดจนกระทั่งปัจจุบัน และผู้ดำรงตำแหน่งปลัดเทศบาลและรองปลัดเทศบาลที่ดำรงตำแหน่งในสายงานนักบริหารเทศบาลในระดับ ๖ เช่นเดียวกันสามารถโอนเปลี่ยนกันได้ จึงเห็นได้ว่าทั้งสองตำแหน่งต้องการผู้มีความรู้ความสามารถไม่แตกต่างกัน ดังนั้น การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมขัดต่อหลักความเสมอภาค มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำวิสัยทัศน์ประกอบการพิจารณา ก่อนเข้าสู่ตำแหน่งปลัดเทศบาลจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและการไม่พิจารณาให้ความเห็นชอบตามคำขอของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ตามมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา ๒๓

วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าหลังจากที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้องแล้วผู้ฟ้องคดีได้จัดทำวิสัยทัศน์และได้รับความเห็นชอบให้ไปดำรงตำแหน่งปลัดเทศบาลตำบล พ. แล้วก็ตาม กรณีก็ยังไมอาจถือได้ว่าความเดือดร้อนเสียหายของผู้ฟ้องคดีได้หมดสิ้นไป เนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่มีมติให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำวิสัยทัศน์แต่อย่างใด

๙) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนข้อบังคับมหาวิทยาลัย ม. ว่าด้วยการศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๓ ลงวันที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๔๓ ข้อ ๓๔.๕.๒ เรื่อง ภาษาที่ใช้ในการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๙/๒๕๔๖)

มหาวิทยาลัย ม. (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ออกระเบียบบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยแห่งหนึ่ง ว่าด้วยการทำวิทยานิพนธ์และการสอบวิทยานิพนธ์ พ.ศ. ๒๕๓๐ โดยข้อ ๙ ของระเบียบดังกล่าวได้กำหนดให้เขียนวิทยานิพนธ์เป็นภาษาอังกฤษ ยกเว้นกรณีที่ใช้ภาษาอังกฤษแล้วจะทำให้การบรรยายสื่อความหมายได้ไม่ชัดเจนก็ให้ใช้ภาษาไทยได้ โดยให้อยู่ในดุลพินิจของคณบดีบัณฑิตวิทยาลัยที่จะพิจารณาอนุโลมเป็นกรณีไป

ต่อมา เมื่อผู้ฟ้องคดีได้เข้าศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษา หลักสูตรปริญญาโทของผู้ถูกฟ้องคดีในปีการศึกษา ๒๕๔๒ ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกข้อบังคับมหาวิทยาลัย ม. ว่าด้วยการศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๓ ลงวันที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๔๓ โดยให้ยกเลิกระเบียบบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยฯ แต่ตามข้อบังคับดังกล่าว ข้อ ๓๔.๕.๒ กำหนดในส่วนที่เกี่ยวกับภาษาที่ใช้ในการเขียนวิทยานิพนธ์โดยมีเนื้อหาในลักษณะเดียวกัน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการออกข้อบังคับดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีเนื้อหาที่กำหนดให้นักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาต้องเขียนวิทยานิพนธ์เป็นภาษาอังกฤษ อันเป็นการสร้างขั้นตอนในการสำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรระดับบัณฑิตศึกษาโดยไม่จำเป็นและเป็นการสร้างภาระให้ผู้ฟ้องคดีและนักศึกษาเกินสมควร จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนข้อบังคับมหาวิทยาลัยฯ ว่าด้วยการศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๓ ลงวันที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๔๓ ข้อ ๓๔.๕.๒ เรื่อง ภาษาที่ใช้ในการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญนั้นเกิดจากเหตุที่มีความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง เมื่อข้อบังคับของผู้ถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเป็นกฎที่ใช้กับนักศึกษาทุกคนที่สมัครเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาของผู้ถูกฟ้องคดีตามหลักการและเงื่อนไขต่าง ๆ เสมอเหมือนกันทุกคนไม่มีข้อกำหนดใดที่จะทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยเกิดจากความแตกต่างตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด ส่วนข้อกำหนดในข้อบังคับพิพาทที่กำหนดให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์หรือสารนิพนธ์โดยมีข้อยกเว้นในกรณีที่วิทยานิพนธ์หรือสารนิพนธ์อาจจำเป็นต้องใช้ภาษาไทยในการเขียนซึ่งคณบดีบัณฑิตวิทยาลัยอาจพิจารณาอนุโลมได้เป็นกรณีไปนั้น เป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจของคณบดีฯ หากการใช้ดุลพินิจของคณบดีฯ ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมก็เป็นเรื่องของคำสั่งที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของคณบดีฯ มิใช่เพราะข้อบังคับให้อำนาจใช้ดุลพินิจซึ่งเป็นเรื่องของกฎแต่อย่างใด



๑๐) การที่คณะกรรมการอัยการไม่รับสมัครสอบบุคคลที่มีรูปกายพิการเพื่อสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๔๒/๒๕๔๗)

ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาวางหลักในเรื่องความเสมอภาคตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ในกรณีที่มีการนำเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกายมากล่าวอ้างเพื่อปฏิบัติต่อบุคคลให้แตกต่างกันโดยไม่มีเหตุที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังย่อมถือว่าการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

ประธานกรรมการอัยการ โดยอาศัยมติของคณะกรรมการอัยการ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ออกประกาศ ก.อ. เรื่อง กำหนดการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งในการรับสมัครสอบคัดเลือกครั้งนี้มีผู้มาสมัครสอบคัดเลือกทั้งสิ้น จำนวน ๑,๔๐๔ คน ในการนี้ ผู้ฟ้องคดีซึ่งมีรูปกายพิการซึ่งประกอบวิชาชีพทนายความมาตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้ยื่นใบสมัครสอบด้วย โดยบุคคลอ้างอิงของผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือถึงคณะกรรมการแพทย์ให้ข้อมูลประกอบในการพิจารณาการตรวจร่างกายและจิตใจและรับรองการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี รับรองว่าแม้ผู้ฟ้องคดีจะมีรูปกายพิการแต่ผู้ฟ้องคดีมีสุขภาพแข็งแรงสามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของทนายความได้ดีไม่มีอุปสรรคใด ๆ ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกฯ ได้รับรายงานผลการตรวจร่างกายของคณะกรรมการแพทย์ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีรูปกายพิการเดินขาเกพลก กล้ามเนื้อแขนลีบจนถึงปลายมือทั้งสองข้าง กล้ามเนื้อขาลีบจนถึงปลายเท้าทั้งสองข้าง กระดูกสันหลังคด ได้รับการผ่าตัดตามหลักที่กระดูกสันหลังไว้เพื่อให้ไหล่ทั้งสองข้างเท่ากัน จึงมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีเนื่องจากเป็นผู้มีบุคลิกภาพและร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ ขาดคุณสมบัติตามมาตรา ๓๓ (๑๑) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีเห็นชอบด้วยกับคณะกรรมการฯ จึงได้ประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสอบโดยไม่มีรายชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิสอบ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกาย จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนมติดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้อำนาจดุลพินิจตามมาตรา ๓๓ (๑๑) และ (๑๒) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาประกอบการวินิจฉัยว่าผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยรายใดมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ ต้องมีเหตุที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังด้วยว่าผู้สมัครสอบคัดเลือกรายนั้นมีกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมอย่างไรอันทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้ ซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงและหนังสือของผู้ที่รับรองสุขภาพและความสามารถในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีที่มีถึงคณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย พ.ศ. ๒๕๔๔ ฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีแม้จะมีรูปกายพิการ แต่ความพิการดังกล่าวไม่ถึงขนาดที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การงานโดยปกติได้ โดยที่งานที่ผู้ฟ้องคดีเคยทำในขณะเป็นทนายความมาแล้วนั้นมีลักษณะทำนองเดียวกับงานของข้าราชการอัยการ จึงน่าเชื่อว่าแม้สภาพทางกายของผู้ฟ้องคดีจะพิการแต่ความแตกต่างดังกล่าวไม่ถึงขั้นจะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของอัยการ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีโดยมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่าการที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. ๒๕๔๔ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยมาตรา ๓๓ (๑๑) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๑๑) การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมเป็นวุฒิที่กำหนดให้ใช้วิธีการคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันได้เป็นการให้สิทธิเหนือกว่าหรือดีกว่าผู้ที่ได้รับปริญญาตรีในสาขาเดียวกันแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยม เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๕๘/๒๕๕๐)

มติของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) ที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุบุคคลเข้ารับราชการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา ๕๒ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๓๕ สามารถคัดเลือกเพื่อบรรจุบุคคลซึ่งสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาวิชาจากสถาบันการศึกษาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ รับรองทั้งในประเทศและต่างประเทศเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ได้รับคัดเลือก ตามข้อ ๑.๒ ของหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร ๐๗๐๘.๔/ว ๑๑ ลงวันที่ ๓ ตุลาคม ๒๕๔๕ เป็นมติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงมีลักษณะเป็นกฎและโดยที่ระบบการศึกษาของสถาบันการศึกษาของรัฐหรือเอกชนในประเทศไทยไม่ได้มีการจัดแยกหลักสูตรระหว่างหลักสูตรปริญญาตรีเกียรตินิยมกับหลักสูตรปริญญาตรีธรรมดา กล่าวคือ ผู้ที่สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมหรือสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยมจะต้องผ่านการศึกษาในวิชาการต่าง ๆ ที่สถาบันการศึกษา กำหนด และผ่านการทดสอบและรับรองว่าได้สำเร็จการศึกษาเล่าเรียนมาครบถ้วนตามหลักสูตรที่กำหนดไว้ และจะต้องได้รับคะแนนไม่ต่ำกว่ามาตรฐานที่สถาบันศึกษานั้น ๆ กำหนดเหมือน ๆ กัน เพียงแต่ผู้ที่มีคะแนนสูงในระดับหนึ่งและผ่านเงื่อนไขที่สถาบันการศึกษาแต่ละแห่งกำหนด เช่น ไม่เคยสอบตกในวิชาใดวิชาหนึ่ง เป็นต้น ก็จะได้รับยกย่องด้วยการให้เกียรตินิยม แต่ยังคงถือว่าบุคคลดังกล่าวมีความรู้หรือมีวุฒิในสาขาวิชาการที่สำเร็จมาเช่นเดียวกับบุคคลที่ไม่ได้รับเกียรตินิยม จึงถือว่าผู้ที่สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรีสาขาใดก็ย่อมมีศักดิ์และสิทธิเสมอกันไม่ว่าจะได้รับปริญญาเกียรตินิยมหรือไม่ได้รับเกียรตินิยมก็ตาม ทั้งบุคคลที่ไม่ได้รับเกียรตินิยมก็สามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการได้เช่นเดียวกับผู้ได้รับเกียรตินิยม

ตำแหน่งนิติกรซึ่งเป็นตำแหน่งที่กรมบัญชีกลางเปิดรับสมัครคัดเลือกและเป็นมูลเหตุในการยื่นฟ้องคดีในครั้งนี้ เป็นตำแหน่งหนึ่งที่ไม่มีความจำเป็นจะต้องคัดเลือกจากผู้ได้รับเกียรตินิยมทางด้านกฎหมายเพราะผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีทางด้านกฎหมายแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยมสามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนิติกรได้หากได้รับการคัดเลือก ดังนั้น การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมโดยถือว่าเป็นวุฒิที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กำหนดให้ใช้วิธีการคัดเลือกแทนการสอบแข่งขัน จึงเป็นการให้สิทธิเหนือกว่าหรือดีกว่าผู้ที่ได้รับปริญญาตรีในสาขาเดียวกันแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยม ทั้ง ๆ ที่ได้รับวุฒิอย่างเดียวกันซึ่งมีศักดิ์และสิทธิที่สถาบันการศึกษารับรองเช่นเดียวกัน มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ตามข้อ ๑.๒ ของหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร ๐๗๐๘.๔/ว ๑๑ ลงวันที่ ๓ ตุลาคม ๒๕๔๕ จึงเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ โดยให้มีผลย้อนหลังก็จะกระทบต่อบุคคลผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเข้ารับราชการตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ตลอดจนกระทบต่อการบริหารงานบุคคลของภาครัฐ ศาลปกครองสูงสุดเห็นควรเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ นับตั้งแต่วันที่มิคำพิพากษาถึงที่สุดเป็นต้นไป แต่เนื่องจากมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้กำหนดให้ส่วนราชการถือปฏิบัติในระหว่างปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๔๖ ถึง พ.ศ. ๒๕๔๗ ซึ่งขณะนี้ไม่มีผลบังคับใช้แล้ว ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่จำเป็นต้องกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ดังกล่าว



๑๒) การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาเป็นเหตุพิเศษที่จะได้รับสิทธิคัดเลือกแทนการสอบแข่งขัน เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๗๙/๒๕๕๐)

ประกาศรับสมัครของเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) จะเป็นกฎที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การสรรหาบุคคลเข้ารับราชการโดยวิธีใดถือเป็นดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะเลือกใช้เพราะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ แต่การเลือกใช้วิธีการใดนั้นจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการเป็นหลัก ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ให้การต่อศาลปกครองชั้นต้นไว้ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง ๓ ในครั้งนี้ว่า จะต้องได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทางกฎหมาย รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์จากสถาบันการศึกษาที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) รับรองนั้น เนื่องจากจะมีการจัดตั้งศาลปกครองในภูมิภาคจำนวน ๑๖ แห่ง ทำให้มีความจำเป็นต้องใช้บุคลากรโดยเฉพาะตำแหน่งพนักงานคดีปกครองซึ่งมีหน้าที่ช่วยเหลือตุลาการศาลปกครองในการดำเนินคดีปกครองเป็นจำนวนมาก จึงจำเป็นต้องสรรหาโดยเร็ว อีกทั้งในอดีตได้ดำเนินการสรรหาโดยวิธีการสอบแข่งขันและวิธีการคัดเลือกมาแล้ว และได้เคยประเมินว่าการกระทำโดยวิธีคัดเลือกใช้งบประมาณน้อยกว่าและใช้ระยะเวลาดำเนินการน้อยกว่า และเมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่ได้มีความตั้งใจที่จะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด หากแต่ได้ยึดประโยชน์ของทางราชการเป็นที่ตั้ง ประกอบกับมีระเบียบกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นให้อำนาจแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่จะกระทำได้ ดังนั้น ประกาศรับสมัครคัดเลือกของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงชอบด้วยกฎหมาย ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาให้เพิกถอนประกาศรับสมัครของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ในส่วนที่เกี่ยวกับคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง ๓ ที่กำหนดว่าต้องได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมนั้น ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย สำหรับประเด็นที่ว่ามติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่กำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมจากสถาบันการศึกษาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ รับรองทั้งในประเทศและต่างประเทศถือว่าเป็นเหตุพิเศษตามมาตรา ๕๐ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งส่วนราชการสามารถใช้วิธีคัดเลือกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเข้ารับราชการได้ ปรากฏตามหนังสือสำนักงาน ก.พ.ที่ นร.๐๗๐๘.๔/ว๙ ลงวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๔๓ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เห็นว่ามติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ดังกล่าวออกมาเพื่อเป็นข้อยกเว้นให้ส่วนราชการสามารถใช้วิธีการคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการแทนการสอบแข่งขัน แต่ในบางสถานการณ์การคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการเป็นวิธีการที่เหมาะสม เนื่องจากมีผู้สำเร็จการศึกษาในสาขาวิชาที่ไม่เพียงพอแก่ความต้องการของส่วนราชการ หรือกรณีที่ส่วนราชการมีข้อผูกพันกับบุคคลบางคนไว้แล้ว เช่น กรณีผู้ได้รับทุนให้ไปศึกษาในต่างประเทศหรือในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนต้องบรรจุและแต่งตั้งบุคคลเข้ารับราชการ เป็นต้น แต่สำหรับการกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาถือเป็นเหตุพิเศษที่จะให้ได้รับสิทธิคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันนั้น เห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ดังนั้น มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่กำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาซึ่งมีลักษณะเป็นกฎถือเป็นเหตุพิเศษที่จะได้รับการคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันจึงเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๑๓) การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเทียบคุณสมบัติของผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอินเดีย ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติหรือประเทศอันเป็นที่ตั้งของสถานศึกษา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๙๙/๒๕๕๑)

ผู้ฟ้องคดีสำเร็จการศึกษาได้รับปริญญา Master of Communication Studies จาก University of Pune ประเทศอินเดียได้รับการบรรจุเข้ารับราชการในตำแหน่งนักประชาสัมพันธ์ ๔ ในสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง ต่อมา คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) พิจารณาเทียบคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีเพื่อกำหนดอัตราเงินเดือน โดยเห็นว่าผู้ฟ้องคดีได้รับปริญญาทางสื่อสารมวลชนซึ่งอาจบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญในตำแหน่งนักประชาสัมพันธ์ ๔ ได้ในอัตราเงินเดือนไม่สูงกว่าอันดับ ท.๔ ชั้น ๗,๓๘๐ บาท ปลัดกระทรวงการคลัง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓) จึงมีคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีตามมติดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนได้รับเงินเดือนน้อยกว่าผู้ที่จบการศึกษาในระดับเดียวกันโดยทั่วไปหนึ่งขั้นเป็นจำนวนเงิน ๔๐๐ บาท จึงได้อุทธรณ์ต่อสำนักงาน ก.พ. (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ชี้แจงว่าผู้มีความรู้ปริญญาโทจากประเทศอินเดียมีระยะเวลาศึกษาตามที่หลักสูตรกำหนดไว้น้อยกว่าประเทศไทยหนึ่งปี จึงได้รับการพิจารณาอัตราเงินเดือนต่ำกว่าผู้มีความรู้จากภายในประเทศหนึ่งขั้น (อันดับ ท.๔ ชั้น ๗,๓๘๐ บาท) ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาคุณสมบัติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ สำหรับผู้สำเร็จการศึกษาจากประเทศอินเดียเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติหรือประเทศอันเป็นที่ตั้งของสถานศึกษา ไม่ชอบธรรมในการกำหนดอัตราเงินเดือนตามคุณสมบัติ ขัดกับหลักความเสมอภาคและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนหลักเกณฑ์ดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กำหนดหลักเกณฑ์ในการรับรองคุณสมบัติกำหนดเงินเดือนและระดับให้แก่ผู้มีความรู้จากต่างประเทศ โดยเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ฟ้องคดีสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทในประเทศอินเดียซึ่งใช้เวลาในการศึกษาน้อยกว่าผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทในประเทศไทยหนึ่งปี เมื่อจำนวนปีการศึกษาของประเทศอินเดียน้อยกว่าประเทศไทยย่อมทำให้เนื้อหาของหลักสูตรและการประเมินความรู้แตกต่างกันด้วย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงกำหนดอัตราเงินเดือนของผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทจากประเทศอินเดียไว้ต่ำกว่าผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทจากประเทศไทย ๑ ขั้น ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาคุณสมบัติที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กำหนดนี้มิได้ใช้เฉพาะแต่ในประเทศอินเดียเท่านั้น แต่ยังใช้กับประเทศอื่น ๆ ที่มีระยะเวลาการศึกษาตามที่หลักสูตรกำหนดน้อยกว่าประเทศไทยด้วย เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณารับรองคุณสมบัติโดยคำนึงถึงสาระสำคัญของหลักสูตรรวมทั้งระบบหรือวิธีการประเมินความรู้ไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๑๗ ซึ่งเป็นเวลาก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะไปศึกษาต่อ จึงอยู่ในวิสัยที่ผู้ฟ้องคดีจะได้ทราบก่อนตัดสินใจไปศึกษาต่อ ณ ประเทศอินเดีย ประกอบกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในการพิจารณารับรองคุณสมบัติให้แก่ผู้สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศมาโดยตลอดจนถึงปัจจุบันมิได้นำหลักเกณฑ์ข้างต้นมาใช้กับผู้ฟ้องคดีซึ่งจบการศึกษาจากประเทศอินเดียเท่านั้น ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณาคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด การกำหนดเงินเดือนให้ผู้ฟ้องคดีบรรจุได้ไม่สูงกว่าอันดับ ท.๔ ชั้น ๗,๓๘๐ บาท จึงชอบด้วยกฎหมาย



๑๔) การที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์การประเมินแต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเหตุผลอันควร เป็นการเลือกปฏิบัติและใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๙๙/๒๕๕๑)

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า แม้องค์การบริหารส่วนตำบล ห. (ผู้ถูกฟ้องคดี) จะกล่าวอ้างว่าเหตุที่ไม่พิจารณาจ้างผู้ฟ้องคดีต่อไปเป็นเพราะตำแหน่งที่ว่างนี้มีแผนที่จะใช้บรรจุ นางสาว ก. เข้าเป็นพนักงานส่วนตำบล ตามแผนอัตรากำลัง ๓ ปี (พ.ศ. ๒๕๔๖ ถึง พ.ศ. ๒๕๔๘) ก็ตาม แต่ไม่อาจรับฟังได้เพราะกรณีของนางสาว ก. เป็นการบรรจุผู้สอบแข่งขันได้เข้ารับราชการเป็นพนักงานส่วนตำบลในตำแหน่งเจ้าพนักงานการเงินและบัญชี ๒ เป็นข้าราชการมิใช่บรรจุเข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งเจ้าหน้าที่การเงินและบัญชีซึ่งเป็นตำแหน่งลูกจ้างชั่วคราวเหมือนกับผู้ฟ้องคดี นอกจากนี้ การที่ผู้บังคับบัญชาของผู้ฟ้องคดีได้ทำการประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีก่อนที่สัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีครั้งสุดท้าย (ปีงบประมาณ ๒๕๔๖) จะครบกำหนดในวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๔๖ ก็ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีความประสงค์ที่จะประเมินเพื่อจะจ้างผู้ฟ้องคดีเข้าปฏิบัติงานต่อไปในปีงบประมาณ ๒๕๔๗ ซึ่งก็สอดคล้องกับแผนอัตรากำลัง ๓ ปีที่ได้กำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่การเงินและบัญชีและอัตราค่าจ้างสำหรับตำแหน่งที่จ้างไว้เป็นการล่วงหน้าแล้ว ประกอบกับผลการสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงตามคำสั่งอำเภอท่าบ่อ ที่ ๓๓๕/๒๕๔๖ ลงวันที่ ๕ พฤศจิกายน ๒๕๔๖ นำเชื่อได้ว่าเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่จ้างผู้ฟ้องคดีเข้าปฏิบัติงานต่อ เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบพียายและบิดาของผู้ฟ้องคดีที่ชอบมาว่านวยในองค์การบริหารส่วนตำบลและมีปัญหาขัดแย้งกับผู้บริหารเป็นการส่วนตัวมากกว่าจะเป็นเพราะว่าผู้ฟ้องคดีนำความลับของทางราชการไปเปิดเผยให้แก่บิดาและพี่ชายของผู้ฟ้องคดีตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้าง การที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมินแต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเหตุผลอันควร จึงเป็นการเลือกปฏิบัติและใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนในกรณีไม่จ้างผู้ฟ้องคดีปฏิบัติงานต่อไปในปีงบประมาณ ๒๕๔๗ ให้แก่ผู้ฟ้องคดี

๑๕) กรณีฟ้องขอให้ยกเลิกประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารโรงพยาบาล (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๕-อ.๖/๒๕๔๖)

ผู้ฟ้องคดียื่นขอประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารบริการ ๑๒ ชั้นโรงพยาบาล ส. ลงวันที่ ๒๑ กรกฎาคม ๒๕๔๓ ตามที่ผู้ว่าราชการจังหวัด ส. (ผู้ถูกฟ้องคดี) ออกประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารดังกล่าวซึ่งในการประกวดราคาครั้งแรกผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด แต่ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศลงวันที่ ๑ พฤศจิกายน ๒๕๔๓ ให้ยกเลิกการประกวดราคาตามประกาศประกวดราคาดังกล่าว หลังจากนั้นวันที่ ๑๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศ เรื่อง ประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารบริการ ๑๒ ชั้น (ครั้งที่ ๒) โรงพยาบาล ส. โดยในการประกวดราคาครั้งนี้ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาว่าต้องมีผลงานก่อสร้างประเภทเดียวกันในวงเงินไม่น้อยกว่า ๑๘๕,๐๐๐,๐๐๐ บาท ซึ่งแตกต่างจากประกวดราคาครั้งแรกที่กำหนดว่าต้องมีผลงานก่อสร้างประเภทเดียวกันในวงเงินไม่น้อยกว่า ๑๒๐,๐๐๐,๐๐๐ บาท ซึ่งเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่ต้องมีราคาสูงขึ้นและกำหนดคุณสมบัติอื่นไว้ด้วย ซึ่งในการประกวดราคาครั้งที่สองมีผู้ยื่นขอเสนอราคารวม ๑๔ ราย ผลการเปิดซองเสนอราคาปรากฏว่ามีผู้เสนอราคาที่มีคุณสมบัติเรื่องผลงานก่อสร้างครบถ้วน จำนวน ๑๒ ราย โดยผู้ฟ้องคดีเป็นรายที่

ขาดคุณสมบัติเรื่องผลงานก่อสร้าง ซึ่งในการเสนอราคาดังกล่าวผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาอันเป็นราคาสูงสุดในจำนวนผู้เสนอราคาทั้งหมด ส่วนบริษัท จ. ซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนและเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเสนอให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ้างบริษัท จ. ทำการก่อสร้างอาคารดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีเห็นชอบด้วยและได้ลงนามในหนังสือแจ้งปลัดกระทรวงสาธารณสุขเพื่อดำเนินการต่อไป ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาในการประกวดราคาค้างที่สองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขัดต่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นการกีดกันมิให้ผู้ฟ้องคดีเข้าประกวดราคาและเป็นการสร้างภาระให้เกิดแก่ผู้ฟ้องคดีเกินสมควร การประกวดราคาค้างที่สองจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ยกเลิกประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคาร ๑๒ ชั้น (ครั้งที่ ๒) โรงพยาบาล ส. ลงวันที่ ๑๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ และให้ยกเลิกการเสนอราคาของผู้เสนอราคาตามประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมด

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดตามมติคณะรัฐมนตรีและข้อกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุในเรื่องผลงานการก่อสร้างที่ให้กำหนดได้ไม่เกินร้อยละ ๕๐ ของวงเงินงบประมาณเมื่อวงเงินงบประมาณในการประกวดราคาค้างที่สองเพิ่มขึ้นเป็น ๓๙๙,๒๐๔,๐๐๐ บาท การที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดคุณสมบัติผู้มีสิทธิเสนอราคาในการประกวดราคาว่าต้องมีผลงานก่อสร้างประเภทเดียวกันในวงเงินเพิ่มขึ้นไม่น้อยกว่า ๑๘๕,๐๐๐,๐๐๐ บาท ซึ่งไม่เกินร้อยละ ๕๐ ของวงเงินงบประมาณการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาต้องมีผลงานสูงขึ้น จึงไม่ขัดต่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ประกอบกับการประกวดราคาค้างที่สองมีผู้ยื่นซองประกวดราคาถึง ๑๔ ราย ซึ่งเห็นได้ว่าไม่เป็นการกีดกันหรือสร้างภาระแก่ผู้เข้าเสนอราคาแต่ประการใด กรณีที่ผู้ฟ้องคดีขาดคุณสมบัติเพราะมีผลงานการก่อสร้างไม่ถึง ๑๘๕,๐๐๐,๐๐๐ บาท ย่อมจะไม่ได้รับการพิจารณาในเบื้องต้นให้เป็นผู้มีสิทธิเข้าประกวดราคาค้างที่สอง แม้จะไม่มีมีการเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติเกี่ยวกับผลงานก่อสร้างของผู้เสนอราคา ราคาที่ผู้ฟ้องคดีเสนอมาก็ได้รับการพิจารณาเพราะผู้ฟ้องคดีเสนอราคาสูงสุดในจำนวนผู้เสนอราคาค้างที่สองทั้งหมด จึงเห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีมิได้เลือกปฏิบัติหรือกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศประกวดราคาค้างที่สองจึงชอบด้วยกฎหมาย

๑๖) กรณีฟ้องว่ามติของคณะรัฐมนตรีในการให้สิทธิพิเศษแก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๒๖/๒๕๔๖)

การให้สิทธิพิเศษแก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ในการให้บริการเลขหมายโทรศัพท์แก่หน่วยงานของรัฐตามมติของคณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดี) อันมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนกับ ทศท. ไม่อาจให้บริการแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถือว่าเป็นการออกกฎอันเป็นการลดสิทธิหรือจำกัดสิทธิตามสัญญาของผู้ฟ้องคดี ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการที่ให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เข้าทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานกับรัฐ ตามนัยมาตรา ๓๓๕ (๒) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญาฯ ของผู้ฟ้องคดีซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามที่มาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้ กรณีจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีมาจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่มีอยู่ตามสัญญา ไม่ใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาตามหลักสัญญาทางปกครองที่รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญานอกจากนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจกล่าวอ้างภาระทางสังคมของ ทศท. มาเป็นเหตุออกกฎจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดี ไม่อาจกล่าวอ้างว่าการให้สิทธิพิเศษจะทำให้การจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐมีความคล่องตัวขึ้น เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดี



ไม่สามารถพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวได้ ไม่อาจกล่าวอ้างว่าผู้ฟ้องคดีหรือควรรู้มติที่ให้สิทธิพิเศษ ซึ่งมีมาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ก่อนเข้าทำสัญญา เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียกับสิทธิตามมติดังกล่าวมาก่อนและไม่อาจกล่าวอ้างว่าการให้สิทธิพิเศษเป็นเพราะ ทศท. ไม่มีหลักเกณฑ์เพื่อเป็นแรงจูงใจในการขอใช้บริการดังเช่นกรณีของผู้ฟ้องคดี เนื่องจากหากผู้ฟ้องคดีปฏิบัติไม่ถูกต้องตามสัญญา ทศท. ย่อมสามารถใช้ช่องทางตามข้อตกลงในสัญญา เพื่อแก้ไขให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติให้ถูกต้องได้ ดังนั้น มติของผู้ถูกฟ้องคดีในการให้สิทธิพิเศษแก่ ทศท. จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๑๗) กรณีฟ้องว่าคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงเป็นไปโดยเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๕๔/๒๕๕๗)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เข้าร่วมการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงกับกรมอนามัย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีเรื่องประกวดราคาซื้อครุภัณฑ์การแพทย์ โดยมีเงื่อนไขตามข้อ ๓.๕ ของประกาศกำหนดว่า ถ้าผู้เสนอราคาเสนอพัสดุที่มีแหล่งกำเนิดหรือผลิตในประเทศไทยให้แนบสำเนาใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานของกระทรวงอุตสาหกรรม (ใบ ร.ง. ๔) ของผู้ผลิตซึ่งรับรองถูกต้องมาพร้อมใบเสนอราคาด้วย ตามที่ข้อ ๖ ของกฎกระทรวงฉบับที่ ๕ (พ.ศ. ๒๕๓๕) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. ๒๕๓๕ กำหนดไว้ ต่อมา อธิบดีกรมอนามัยได้มีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคา การยื่นซองเสนอราคาของผู้ฟ้องคดี เนื่องจากเห็นว่าผู้ฟ้องคดียื่นใบ ร.ง. ๔ เฉพาะลำดับที่ ๑ ที่ ๗ และที่ ๙ มิได้ยื่นลำดับที่ ๓ ด้วย จึงผิดเงื่อนไขตามเอกสารประกวดราคา แต่ก่อนหน้านั้นผู้ฟ้องคดีเคยเข้าร่วมประกวดราคาซื้อขายเครื่องวัดส่วนสูงกับผู้ถูกฟ้องคดีมาแล้ว ๔ ครั้งและทุกครั้งผู้ฟ้องคดีก็ส่งใบ ร.ง. ๔ ไม่ครบทุกลำดับทั้ง ๔ ครั้ง โดยผู้ฟ้องคดีจะส่งเฉพาะลำดับที่เห็นว่าจำเป็นแก่การประกวดราคาในแต่ละครั้งเท่านั้นซึ่งเป็นเอกสารชุดเดียวกันกับที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นในการประกวดราคาที่พิพาทครั้งนี้และได้รับคัดเลือกให้เป็นคู่สัญญามาแล้วทุกครั้ง ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากรณียกเลิกการประกวดราคานี้เป็นไปโดยไม่ชอบและทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวและให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจัดซื้อเครื่องวัดส่วนสูงจำนวน ๑๒,๐๐๐ เครื่อง จากผู้ฟ้องคดีหรือให้ชดเชยค่าเสียหาย

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ใบ ร.ง. ๔ ที่สมบูรณ์จะต้องประกอบด้วยเอกสารจำนวน ๑๐ ลำดับ แต่ในการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงของผู้ถูกฟ้องคดีหลายครั้งที่ผ่านมา ผู้ฟ้องคดีรวมทั้งผู้เสนอราคารายอื่นซึ่งเสนอราคาเครื่องวัดส่วนสูงที่ผลิตจากโรงงานของผู้ฟ้องคดีก็ได้ยื่นใบ ร.ง. ๔ ครบทั้ง ๑๐ ลำดับ ยื่นแต่เพียงใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมลำดับที่ ๑ อย่างเดียวก็ได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีรวม ๕ ครั้งซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ให้การผ่อนผันมาตลอด จึงแสดงว่าการยื่นใบ ร.ง. ๔ ลำดับที่ ๑ ลำดับที่ ๗ และลำดับที่ ๙ ของผู้ฟ้องคดีไม่เป็นการผิดเงื่อนไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เมื่อปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้เคยใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการยื่นใบ ร.ง. ๔ ไม่ครบทุกลำดับมิใช่การผิดเงื่อนไขของเอกสารประกวดราคาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ แล้วเมื่อไม่ปรากฏว่าการประกวดราคานี้กับครั้งที่ผ่านมามีข้อเท็จจริงต่างกัน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ผูกพันกับการใช้ดุลพินิจดังกล่าว เว้นแต่ผู้ถูกฟ้องคดีจะกำหนดไว้ชัดเจนในการประกวดราคานี้ว่าผู้เสนอราคาจะต้องยื่นใบ ร.ง. ๔ ครบทั้ง ๑๐ ลำดับ กรณีจึงเห็นได้ว่าการยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่นำใบ ร.ง. ๔ ลำดับที่ ๓ ยื่นประกอบการเสนอราคาไม่มีเหตุผลอันควรและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน รวมทั้งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ การยกเลิกการประกวดราคาจึงเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๑๘) การที่จะได้รับบริการให้ใช้ไฟฟ้าจากทางราชการอันเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องเป็นผู้ให้บริการ รัฐจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๕๗/๒๕๕๙)

คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติตามมติคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติให้ขยายเขตติดตั้งระบบไฟฟ้าให้เกาะต่าง ๆ ซึ่งรวมทั้งเกาะเสม็ดด้วย ต่อมา การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคได้ทำการขยายเขตติดตั้งระบบไฟฟ้าให้เกาะเสม็ด ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คน ซึ่งเป็นผู้ที่มีทั้งทะเบียนบ้านถาวรและทะเบียนบ้านชั่วคราวได้ยื่นคำร้องพร้อมเอกสารหลักฐานประกอบเพื่อขอใช้ไฟฟ้าในเกาะเสม็ดต่อผู้ว่าการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) แต่ไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ไฟฟ้า เพราะผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้กำหนดเงื่อนไขให้ต้องแสดงหลักฐานเพิ่มเติมนอกเหนือจากหลักฐานตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในคำแนะนำการขอและใช้ไฟฟ้าของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ อันได้แก่ สำเนาสัญญาเช่าที่ดินราชพัสดุเกาะเสม็ด หรือหนังสือรับรองจากสำนักงานธนารักษ์ว่าเป็นผู้เช่าที่ดินราชพัสดุเกาะเสม็ด และหากผู้ขอใช้ไฟฟ้าอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติก็ต้องได้รับการอนุญาตให้ใช้ไฟฟ้าจากอุทยานแห่งชาติด้วย เพื่อเป็นมาตรการในการแก้ไขปัญหาผู้บุกรุกเกาะเสม็ด เนื่องจากมีผู้ฟ้องคดีบางรายอยู่ในระหว่างมีปัญหาด้านเอกสารสิทธิ์ครอบครองอยู่ ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนเห็นว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่มีไฟฟ้าใช้ในการดำรงชีพและประกอบธุรกิจตามปกติที่ควรจะได้รับ เช่นบุคคลอื่น จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ดำเนินการพิจารณาอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนได้ใช้ไฟฟ้าตามคำขอ

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ในการให้บริการไฟฟ้าซึ่งเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน ผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ธนารักษ์พื้นที่ระยอง หัวหน้าอุทยานแห่งชาติเขาแหลม – หมู่เกาะเสม็ดไม่อาจดำเนินการใด ๆ ที่จะขัดขวางการที่ต้องบริการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่รัฐพึงบริการให้ประชาชนทุกรายอย่างเสมอภาค อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในการมีคุณภาพชีวิตที่ดีที่รัฐควรคุ้มครองหากอยู่ในขอบเขตที่รัฐอาจให้บริการได้ ดังนั้น เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติให้ขยายเขตติดตั้งระบบไฟฟ้าให้เกาะต่าง ๆ รวมทั้งเกาะเสม็ดด้วย โดยการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคได้ทำการติดตั้งอุปกรณ์บัสเสาโงงสายไฟฟ้าและเปิดจำหน่ายไฟฟ้าให้กับประชาชนที่อาศัยอยู่บนเกาะเสม็ดที่ยื่นคำขอใช้ไฟฟ้าได้แล้ว การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคจึงย่อมสามารถให้บริการไฟฟ้าแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนได้ และผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการบริการให้ใช้ไฟฟ้าซึ่งการที่จะได้รับบริการให้ใช้ไฟฟ้าจากทางราชการอันเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องเป็นผู้ให้บริการโดยจะกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ได้

๑๙) กรณีฟ้องว่าคำสั่งการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค เรื่อง อัตราค่าธรรมเนียมการใช้ไฟฟ้าและค่าบริการเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อประชาชนผู้ขอใช้บริการ หรือขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. ๒๕๐๓ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๖๒/๒๕๕๒)

การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) เป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. ๒๕๐๓ โดยมีวัตถุประสงค์ประการสำคัญ คือ ผลิต จัดให้ได้มา จัดส่งและจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าอันเป็นกิจการสาธารณูปโภคในส่วนภูมิภาคซึ่งอยู่นอกเขตท้องที่ที่การไฟฟ้านครหลวงดำเนินการอยู่ในวันที่พระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับและในประเทศใกล้เคียง กรณีจึงถือได้ว่าเป็นกิจการบริการสาธารณะซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะต้องจัดทำให้มีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก ต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอ และต้องให้บริการแก่ประชาชนผู้ขอใช้บริการอย่างเสมอภาค



ระเบียบการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ว่าด้วยการใช้ไฟฟ้าและบริการของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. ๒๕๓๔ และคำสั่งการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคที่ อ.๕/๒๕๓๑ เรื่อง อัตราค่าธรรมเนียมการใช้ไฟฟ้าและบริการ ลงวันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๓๑ ไม่มีข้อความในข้อใดหรือตอนใดขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ที่ว่าหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่จัดทำกิจการบริการสาธารณะต้องจัดทำบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก ต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกิจการบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อประชาชนผู้ขอใช้บริการ หรือขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. ๒๕๐๓ ที่บัญญัติว่าการดำเนินกิจการของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคให้คำนึงถึงความปลอดภัย ประโยชน์ของรัฐและประชาชนแต่อย่างใด

ข้อความในคำสั่งการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคที่ อ.๕/๒๕๓๑ ที่ว่า “เมื่อผู้ใช้ไฟฟ้ามีความจำเป็นต้องเลิกใช้ไฟฟ้าเป็นการชั่วคราวในระยะเวลาใดเวลาหนึ่งผู้ใช้ไฟฟ้ามีสิทธิขอตัดฟากมิเตอร์ไว้เป็นการชั่วคราวและขอให้ติดตั้งมิเตอร์ตามเดิมเมื่อมีความต้องการใช้ไฟฟ้า การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคยินยอมให้ผู้ใช้ไฟฟ้าเลิกใช้ไฟฟ้าเป็นการชั่วคราวได้ โดยต้องปฏิบัติตามระเบียบ” ดังนี้ มิได้หมายความว่าจะต้องมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าผู้ใช้ไฟฟ้ามีความจำเป็นต้องเลิกใช้ไฟฟ้าเป็นการชั่วคราวเสียก่อน ผู้ใช้ไฟฟ้าจึงจะเกิดสิทธิยื่นคำร้องขอตัดฟากมิเตอร์เป็นการชั่วคราว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ โดยพนักงานของตนจึงไม่จำเป็นต้องสอบสวนผู้ใช้ไฟฟ้าให้ได้ความว่ามีความจำเป็นต้องเลิกใช้ไฟฟ้าเป็นการชั่วคราวแต่อย่างใด

๒๐) การบังคับใช้กฎกระทรวงฉบับที่ ๓๑ (พ.ศ. ๒๕๔๑) ออกตามความในพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ ว่าด้วยสินค้าที่ผู้ประกอบการจะขอลดหย่อนภาษีได้กำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๑๒/๒๕๔๖)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้นำเข้าแบตเตอรี่ชนิดกึ่งแห้งซึ่งต้องเสียภาษีสรรพสามิตในอัตราร้อยละ ๑๐ ตามพระราชบัญญัติกำหนดประเภทสินค้าตามพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๐ ฟ้องว่าในการออกกฎกระทรวงฉบับที่ ๓๐ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ ว่าด้วยสินค้าที่ผู้ประกอบการจะขอลดหย่อนภาษีซึ่งได้กำหนดให้เครื่องใช้ไฟฟ้าประเภทเครื่องปรับอากาศและรถจักรยานยนต์เป็นสินค้าที่ผู้ประกอบการจะขอลดหย่อนภาษีได้ โดยกรมสรรพสามิตและกระทรวงการคลัง (ผู้ถูกฟ้องคดี) กำหนดให้กฎกระทรวงฉบับนี้ใช้บังคับย้อนหลังตั้งแต่วันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๔๐ เป็นต้นไป และเมื่อต่อมารัฐบาลได้ออกกฎกระทรวงฉบับที่ ๓๑ (พ.ศ. ๒๕๔๑) ออกตามความในพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ ว่าด้วยสินค้าที่ผู้ประกอบการจะขอลดหย่อนภาษีได้กำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา (ตั้งแต่วันที่ ๒๗ ตุลาคม ๒๕๔๑) กำหนดให้แบตเตอรี่เป็นสินค้าที่ผู้ประกอบการจะขอลดหย่อนภาษีได้ กรมสรรพสามิตจึงวินิจฉัยว่ากรณีของผู้ฟ้องคดีเป็นกรณีที่ไม่น่าจะนำเงินที่ชำระภาษีสรรพสามิตซึ่งมีการชำระ ณ ด้านศุลกากรก่อนวันที่กฎกระทรวงจะมีผลใช้บังคับ ณ วันที่ ๒๗ ตุลาคม ๒๕๔๑ มาหักลดหย่อนภาษีสรรพสามิตได้ เนื่องจากการเก็บภาษีซ้ำซ้อนผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากฎกระทรวงฉบับที่ ๓๑ (พ.ศ. ๒๕๔๑) มีบางส่วนที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการชำระภาษีสรรพสามิต สำหรับสินค้าแบตเตอรี่ของผู้ฟ้องคดีและผู้ประกอบการอื่น เพราะในขณะที่ภาษีสรรพสามิตสำหรับสินค้าแบตเตอรี่ของผู้ฟ้องคดีไม่สามารถลดหย่อนภาษีย้อนหลังตามกฎกระทรวงฉบับที่ ๓๑ (พ.ศ. ๒๕๔๑) แต่สินค้าที่มีส่วนประกอบของแบตเตอรี่ของผู้ประกอบการอื่นตามกฎกระทรวงฉบับที่ ๓๐ (พ.ศ. ๒๕๔๐) กลับสามารถลดหย่อนภาษีย้อนหลังได้ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งแก้ไขหรือเพิกถอนกฎกระทรวงฉบับที่ ๓๑ (พ.ศ. ๒๕๔๑) บางส่วน โดยให้มีผลใช้บังคับในวันเดียวกับกฎกระทรวงฉบับที่ ๓๐ (พ.ศ. ๒๕๔๐) คือ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๒๓ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๔๐ เป็นต้นไป

ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจดุลพินิจที่จะกำหนดวันใช้บังคับกฎกระทรวงได้ว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะหนึ่งก็ได้ เพื่อการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม แม้ว่าการออกกฎกระทรวงฉบับที่ ๓๐ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ๑ และกฎกระทรวงฉบับที่ ๓๑ (พ.ศ. ๒๕๔๑) ๑ จะมีหลักการและเหตุผลในการออกกฎกระทรวงเพื่อแก้ไขปัญหาในการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อน เพื่อให้ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมผลิตสินค้าแบตเตอรี่มีสิทธิลดหย่อนภาษีโดยนำเงินภาษีที่ได้เสียไปแล้วสำหรับวัตถุดิบหรือส่วนประกอบที่ใช้ในการผลิตมาหักออกจากจำนวนเงินภาษีที่ต้องเสียสำหรับการขายสินค้าดังกล่าวได้ก็ตาม แต่การกำหนดวันบังคับใช้กฎกระทรวงทั้ง ๒ ฉบับ มีเหตุที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายแตกต่างกัน คือ การที่กฎกระทรวงฉบับที่ ๓๐ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ๑ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ ๒๗ สิงหาคม ๒๕๔๐ มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปถึงวันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๔๐ ซึ่งถือว่าช่วงระยะเวลาดังกล่าวเป็นช่วงระยะเวลาที่อยู่ในขั้นตอนการนำเข้าวัตถุดิบหรือส่วนประกอบที่ใช้ในการผลิตสินค้า ส่วนการออกกฎกระทรวงฉบับที่ ๓๑ (พ.ศ. ๒๕๔๑) ๑ โดยให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ ๒๗ ตุลาคม ๒๕๔๑ อันเป็นระยะเวลาตั้งแต่วันที่ผู้ประกอบการนำเข้าวัตถุดิบหรือส่วนประกอบที่ใช้ในการผลิตสินค้าแบตเตอรี่ เป็นช่วงระยะเวลาที่มากพอที่จะทำให้ผู้มีอาชีพผู้ประกอบการอุตสาหกรรมผลิตแบตเตอรี่ดำเนินการผลิตแบตเตอรี่และจำหน่ายไปยังผู้บริโภคแล้ว เมื่อผู้ประกอบการอุตสาหกรรมผลิตแบตเตอรี่ได้จำหน่ายสินค้าไปแล้ว ภาระภาษีย่อมถูกผลักภาระไปยังผู้บริโภคแล้ว หากกำหนดให้กฎกระทรวงฉบับนี้มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปเป็นตั้งแต่วันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๔๐ ย่อมจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคที่รับภาระภาษีแทนผู้ประกอบการ และกลับทำให้ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมผลิตสินค้าแบตเตอรี่ได้ประโยชน์จากการนำเงินภาษีที่ได้เสียไปแล้วสำหรับวัตถุดิบหรือส่วนประกอบที่ใช้ในการผลิตสินค้าแบตเตอรี่มาหักออกจากจำนวนเงินภาษีที่ต้องเสียสำหรับสินค้าดังกล่าว โดยรัฐต้องรับภาระนำเงินซึ่งได้มาจากภาษีของประชาชนมาจ่ายคืนให้ ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพและเกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคและเกิดความเสียหายแก่รัฐ การที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งมีอาชีพในการประกอบการอุตสาหกรรมผลิตสินค้าแบตเตอรี่รายหนึ่งอ้างว่าไม่ได้ผลักภาระไปยังผู้บริโภคจึงไม่อาจรับฟังเพื่อเป็นเหตุให้กำหนดวันบังคับใช้กฎกระทรวงฉบับที่ ๓๑ (พ.ศ. ๒๕๔๑) ๑ ย้อนหลังไปในวันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๔๐ ได้ ดังนั้น การที่กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๒๗ ตุลาคม ๒๕๔๑ จึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ

๒๑) กรณีฟ้องว่าประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กำหนดสถานบริการฯ ที่ให้จัดเก็บภาษีสรรพสามิตของสนามกอล์ฟมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๑๘/๒๕๔๗)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประกอบกิจการสนามกอล์ฟได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) ได้ออกประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กำหนดสถานบริการประเภทที่ ๐๙.๙๐ ในตอนที่ ๙ สถานบริการตามพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตลงวันที่ ๑๔ ตุลาคม ๒๕๔๐ เนื่องจากประกาศกระทรวงดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบการสนามกอล์ฟรวมทั้งผู้ฟ้องคดีต้องประสบปัญหาทางด้านเศรษฐกิจต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้น ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่าผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟส่วนใหญ่เป็นผู้มีฐานะทางการเงินดีควรเสียภาษีให้รัฐ จึงไม่สมควรยกเลิกการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสนามกอล์ฟ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่พิจารณายกเลิกการเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตของสนามกอล์ฟโดยให้เหตุผลว่าผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเป็นผู้มีฐานะทางการเงินดีเท่ากับเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้สนามกอล์ฟเพราะเหตุฐานะทางเศรษฐกิจ จึงเป็นการขัดต่อมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศดังกล่าว

**ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า มาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้บุคคล**

ย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะทางบุคคล สถานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ ซึ่งเป็นการวางหลักการให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ โดยไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่แตกต่างต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน หรือไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ ซึ่งประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กำหนดสถานบริการประเภทที่ ๐๙.๙๐ ในตอนที่ ๙ สถานบริการตามพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ลงวันที่ ๑๔ ตุลาคม ๒๕๔๐ ที่กำหนดให้สนามกอล์ฟทุกแห่งเสมอเหมือนกันมิได้มีการเลือกปฏิบัติกับสนามกอล์ฟรายหนึ่ง รายใดโดยเฉพาะ และแม้ผู้ประกอบการสนามกอล์ฟจะผลักระภาษีดังกล่าวให้ผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเป็นผู้รับภาระ ก็หาได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเพราะเหตุฐานทางเศรษฐกิจไม่ เพราะไม่ว่าผู้ใด จะใช้บริการสนามกอล์ฟก็ต้องแบกรับภาระภาษีดังกล่าวเหมือนกัน นอกจากนี้ ผู้ใช้บริการก็ยังมีทางเลือกอย่างอื่น ดังนั้น ประกาศดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

๒๒) กรณีฟ้องว่าประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๘๐) มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๔๘/๒๕๔๙)

ผู้ฟ้องคดีเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจโดยปฏิบัติหน้าที่ไม่น้อยกว่าห้าปี ฟ้องว่าการที่อธิบดีกรมสรรพากร (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) ได้ออกประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๘๐) ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม ๒๕๔๓ แก้ไขเพิ่มเติมประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๕๙) และได้กำหนดหลักเกณฑ์ข้อ ๑ (๑) ใหม่ ดังนี้ (๑) กรณีเกษียณอายุลูกจ้างผู้นั้นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์ และ (ก) เข้าเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี หรือ (ข) เข้าเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพในระหว่างวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗ ถึงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๓๘ และได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุก่อนวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๔๓ ซึ่งมีระยะเวลาที่ทำงานกับนายจ้างนั้นก่อนเกษียณอายุไม่น้อยกว่า ๕ ปี ซึ่งจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีเงื่อนไขและวิธีการว่าเงินหรือประโยชน์ใด ๆ ที่ลูกจ้างได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ลูกจ้างที่จะได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้จะต้องเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗ ถึงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๓๘ และได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุ ถ้ามีระยะเวลาที่ทำงานกับนายจ้างนั้นก่อนเกษียณอายุไม่น้อยกว่าห้าปี แม้จะเป็นสมาชิกไม่ครบห้าปีก็ได้รับสิทธิประโยชน์ แต่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์และทำงานอยู่กับนายจ้างเกินห้าปีและได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพจะครบห้าปีแต่ว่าสมัครเป็นสมาชิก หลังวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๓๘ แม้ว่าจะอยู่ในหลักเกณฑ์ตามข้อ (ข) ของประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๘๐) ซึ่งควรจะได้รับการยกเว้นภาษีสำหรับเงินหรือประโยชน์ใด ๆ ที่ได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพเช่นเดียวกับประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๕๙) ลงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๓๙ แก้ไขเพิ่มเติมประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๕๒) โดยกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการว่าเงินหรือประโยชน์ใด ๆ ที่ลูกจ้างได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ลูกจ้างที่จะได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้จะต้องเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ

ระหว่างวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗ ถึงวันที่ ๑๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๘ ซึ่งเป็นวันที่ประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๕๒) และได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุ แม้จะเป็นสมาชิกไม่ครบห้าปีลูกจ้างที่เป็นสมาชิกในระหว่างวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗ ถึงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๓๘ แต่กลับไม่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้สำหรับเงินหรือประโยชน์ใด ๆ ที่ได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๘๐) ดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือขอให้นายกรัฐมนตรีสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แก้ไขประกาศดังกล่าว ซึ่งสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ดำเนินการพิจารณาแก้ไข แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่ดำเนินการ ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แก้ไขประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๘๐) ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม ๒๕๔๓ เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพได้สิทธิยกเว้นภาษีเช่นเดียวกับคนอื่น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า หลักเกณฑ์ที่กำหนดใน (ข) ของประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๘๐) จะเห็นว่าลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์และทำงานอยู่กับนายจ้างมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีและเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกครบห้าปีจะมีอยู่ด้วยกัน ๓ กลุ่ม กลุ่มแรก ได้แก่ ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพก่อนวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗ กลุ่มที่สอง ได้แก่ ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗ ถึงวันที่ ๒ กันยายน ๒๕๓๘ และกลุ่มที่สาม ได้แก่ ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพหลังวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๓๘ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ประกาศกำหนดเฉพาะกลุ่มลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗ ถึงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๓๘ ให้ได้รับสิทธิในการยกเว้นภาษีเงินได้ที่ลูกจ้างได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพเมื่อออกจากงานเพราะเกษียณอายุ ทั้งที่ลูกจ้างทั้งสามกลุ่มสมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์ โดยได้ทำงานกับนายจ้างมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี และได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพครบห้าปีเหมือนกัน ดังนั้น ประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๘๐) ข้อ (ข) ที่กำหนดเฉพาะลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗ ถึงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๓๘ จึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ประกอบกับมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ประกาศฯ ดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๒๓) กรณีฟ้องว่ามีการจับกุมผู้บุกรุกป่าสงวนแห่งชาติโดยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติจับกุมเฉพาะราย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๓๖/๒๕๔๕)

อธิบดีกรมป่าไม้ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) และรองผู้ว่าราชการจังหวัดกาญจนบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) ได้ทำการจับกุมภรรยาของผู้ฟ้องคดีในข้อหาบุกรุกป่าสงวนแห่งชาติโดยไม่ชอบ เป็นการเลือกปฏิบัติไม่จับกุมผู้บุกรุกป่าสงวนแห่งชาติอีกนับร้อยราย โดยจับเฉพาะภรรยาผู้ฟ้องคดีรายเดียว จึงนำคดีมาฟ้องขอให้อธิบดีกรมป่าไม้ดำเนินคดีกับผู้บุกรุกป่าสงวนแห่งชาติรายอื่น



ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ต้องเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองเท่านั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การจะจับผู้กระทำความผิดฐานบุกรุกป่าสงวนแห่งชาติคนใดขึ้นอยู่กับ การสืบสวนสอบสวนและพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล ผู้ที่ได้กระทำความผิดจะต้องรับโทษในความผิดที่ตนได้กระทำโดยไม่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดรายอื่นซึ่งมีพฤติการณ์แห่งการกระทำและพยานหลักฐานต่างกัน กรณีมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อีกทั้งการจับกุมสอบสวนและดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มิใช่เป็นการกระทำทางปกครอง กรณีจึงไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

๒๔) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ที่ยื่นราคาค่าทดแทนที่ดินของผู้ฟ้องคดีตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนด (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ๑๒๗๒/๒๕๕๕)

ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินซึ่งถูกกรมโยธาธิการ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) เว้นคืนที่ดินดังกล่าวไปบางส่วนพร้อมสิ่งปลูกสร้างอาคารบ้านพักอาศัย ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนในท้องที่ตำบลสวนใหญ่ อำเภอเมืองนนทบุรี จังหวัดนนทบุรี พ.ศ. ๒๕๓๗ โดยคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นได้นำหลักเกณฑ์ตามที่ปรากฏในรายงานการประเมินราคาของสำนักงานกลางประสานการจัดหาที่ดินเพื่อกิจการของรัฐเพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดเงินค่าทดแทนที่ดินแก่ผู้ถูกเวนคืน โดยให้ที่ดินติดขอบส่วนบุคคลแยกจากถนนพระราชราษฎร์และมีสภาพเป็นที่ดินที่ตั้งอาคารพาณิชย์ติดขอบส่วนบุคคลแยกจากถนนพระราชราษฎร์ ราคาตารางวาละ ๘๐,๐๐๐ บาท ส่วนที่ดินติดทางเดินดินที่ดินติดคลองและที่ดินที่ไม่มีทางเข้าออก ราคาตารางวาละ ๑๒,๐๐๐ บาท โดยที่ดินของผู้ฟ้องคดีมีเขตติดต่อกับขอบส่วนบุคคลที่เชื่อมต่อจากขอบเจริญสุขด้านท้ายซอยซึ่งเป็นซอยตัน มีสภาพเป็นถนนคอนกรีตเสริมเหล็กกว้าง ๔ เมตร สองข้างทางของขอบส่วนบุคคลเป็นอาคารตึกแถวซอยเจริญสุข เป็นซอยแยกจากถนนพระราชราษฎร์ และผู้ฟ้องคดีได้อาศัยขอบส่วนบุคคลดังกล่าวซึ่งไม่ได้ปิดกั้นไว้เป็นทางเข้าออกโดยไม่มีภาระจำยอม คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นเห็นว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดีแม้จะเข้าออกได้ทางขอบส่วนบุคคลดังกล่าว แต่ผู้ฟ้องคดีก็ไม่ได้ภาระจำยอมและเจ้าของซอยอาจปิดกั้นทางเข้าออกเสียเมื่อใดก็ได้ จึงไม่ถือว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดีมีทางเข้าออกขอบดังกล่าวได้ แต่เนื่องจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีสามารถเดินทางทางเท้าตามคันดินสวนเข้าออกขอบทางซอยตลาดใหม่สมบูรณ์ได้ จึงเข้าหลักเกณฑ์เป็นที่ดินติดทางเดินดินที่ดินติดคลองและไม่มีทางเข้าออก และเนื่องจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นที่สวนจึงกำหนดราคาค่าทดแทนที่ดินให้ผู้ฟ้องคดีในอัตราตารางวาละ ๑๑,๐๐๐ บาท ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนด ผู้ฟ้องคดีไม่พอใจเฉพาะเงินค่าทดแทนที่ดินจึงอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) ในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เงินค่าทดแทน คณะกรรมการดังกล่าวไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้น โดยเห็นว่าขอบดังกล่าวผู้ฟ้องคดีหรือผู้ใช้นคนอื่น ๆ สามารถใช้ขอบส่วนบุคคลดังกล่าวผ่านเข้าออกได้โดยมิได้มีการหวงห้ามและที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นที่ดินที่รถยนต์สามารถเข้าออกได้และอีกด้านเป็นคลองสาธารณะใช้เป็นทางสัญจรโดยทางเรือได้ ดังนั้น จะถือว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นที่ดินติดขอบไม่ได้และเมื่อ

พิจารณาที่ดินแปลงซึ่งเป็นที่ดินที่อยู่ติดชอยส่วนบุคคลเช่นเดียวกันและมีสภาพที่ดินคล้ายกับที่ดินของผู้ฟ้องคดีซึ่งคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดค่าทดแทนให้ตารางวาละ ๑๕,๐๐๐ บาท จึงมีมติเห็นควรกำหนดค่าทดแทนให้ผู้ฟ้องคดีตารางวาละ ๑๕,๐๐๐ บาท ด้วยแต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ พิจารณาแล้วไม่เห็นด้วยโดยมีมติยื่นตามคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่วินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดียื่นราคาตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดไว้ โดยให้กำหนดค่าทดแทนที่ดินแก่ผู้ฟ้องคดีใหม่ในราคาที่ใกล้เคียงกันกับที่ดินที่อยู่ในบริเวณเดียวกัน

ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า ในขณะที่ที่ดินของผู้ฟ้องคดีถูกเวนคืนผู้ฟ้องคดีได้ทำถนนในที่ดินของตนเชื่อมต่อกับชอยส่วนบุคคลและใช้ชอยส่วนบุคคลดังกล่าวเป็นทางเข้าออกจากบ้านและที่ดินของผู้ฟ้องคดีสู่ชอยเจริญสุขและถนนประชาราษฎร์ แม้ผู้ฟ้องคดีจะไม่มีสิทธิภาระจำยอมในการใช้ชอยส่วนบุคคลดังกล่าวแต่การใช้ชอยดังกล่าวก็ไม่ปรากฏว่าผู้มีสิทธิได้หวงห้ามหรือได้แย่งคัดค้านการใช้แต่อย่างใด ข้อเท็จจริงจึงต้องฟังว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นที่ดินติดชอยส่วนบุคคลและมีทางเข้าออกมิใช่มีสภาพเป็นที่ดินติดทางเดินดินที่ดินติดคลองและเป็นที่ดินที่ไม่มีทางเข้าออกตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นนำมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดราคาค่าทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดี การกำหนดราคาค่าทดแทนที่ดินแก่ผู้ฟ้องคดีในอัตราตารางวาละ ๑๑,๐๐๐ บาท ของคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นดังกล่าวจึงเป็นการกำหนดราคาค่าทดแทนที่ไม่เป็นธรรม ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดไว้และมีผลเป็นการไม่ชอบด้วยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๑ วรรคหนึ่ง (๑) – (๕) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ ด้วย ดังนั้น คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่วินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีโดยให้ยื่นราคาตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดไว้โดยไม่ฟังเหตุผลตามที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เงินค่าทดแทนเสนอไว้นั้น จึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ไม่ถูกต้องและไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๒๑ วรรคหนึ่ง (๑) – (๕) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ และตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ศาลจึงพิพากษาให้เพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ วินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีใหม่ในราคาที่เป็นธรรมใกล้เคียงกับที่ดินที่อยู่ในบริเวณเดียวกันให้เสร็จสิ้นภายในหกสิบวันนับแต่วันที่มิคำพิพากษา

๒๕) กรณีฟ้องว่าการกำหนดราคาค่าทดแทนที่ดินระหว่างที่ดินของผู้ฟ้องคดีกับที่ดินแปลงข้างเคียงซึ่งมีสภาพที่ดินที่ใกล้เคียงกันให้แตกต่างกันเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒/๒๕๔๖)

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดีอยู่ในเขตที่ดินบริเวณที่จะเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืน ในท้องที่อำเภอแม่ริม อำเภอเมืองเชียงใหม่ อำเภอสันทราย อำเภอสันกำแพงและอำเภอสารภี จังหวัดเชียงใหม่ พ.ศ. ๒๕๓๗ โดยในการเวนคืนคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นได้กำหนดราคาเบื้องต้นสำหรับที่ดินของผู้ฟ้องคดีให้ราคาตารางวาละ ๕,๐๐๐ บาท ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ว่าราคาค่าทดแทนที่ดินที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดให้สำหรับที่ดินของผู้ฟ้องคดีนั้นถูกต้องตามมาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ จึงได้วินิจฉัยให้ยื่นตามราคาค่าทดแทนตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นได้กำหนดให้ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่เป็นธรรมและเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากที่ดินแปลงอื่นซึ่งตั้งอยู่ใกล้เคียงกับที่ดินของผู้ฟ้องคดีและมีสภาพเช่นเดียวกับที่ดินของผู้ฟ้องคดีซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้วินิจฉัยให้ได้รับเงินค่าทดแทน



เพิ่มขึ้นเป็นตารางวาละ ๑๐,๐๐๐ บาท จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ วินิจฉัยค่าทดแทนที่ดินให้แก่ผู้ฟ้องคดี เพิ่มขึ้นเป็นตารางวาละ ๑๐,๐๐๐ บาท

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า สภาพที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นที่ดินแปลงเล็กใช้ประโยชน์เป็นที่อยู่อาศัย การคมนาคมสะดวกเนื่องจากอยู่ติดทางสาธารณะประโยชน์ซึ่งเชื่อมต่อกับถนนคอนกรีตขนาดกว้าง ๓.๘ เมตร อีกทั้งที่ดินแปลงข้างเคียงของผู้ฟ้องคดีมีสภาพที่ดินเหมือนกับที่ดินของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้พิจารณากำหนดค่าทดแทน เพิ่มขึ้นให้เป็นตารางวาละ ๑๐,๐๐๐ บาท ดังนั้น คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่ยืนตามคณะกรรมการกำหนด ราคาเบื้องต้นจึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดี เนื่องจากไม่มีเหตุผลอันสมควรและเพียงพอที่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะพิจารณากำหนดราคาค่าทดแทนที่ดินระหว่างที่ดินของผู้ฟ้องคดีกับที่ดินแปลงข้างเคียงที่มีลักษณะ และสภาพคล้ายคลึงกับที่ดินของผู้ฟ้องคดีให้แตกต่างกันแต่อย่างใด

๒๖) กรณีฟ้องว่าคำสั่งที่ไม่อนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษเป็น ไปโดยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๕/๒๕๕๗)

ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอมิถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษตามประกาศกระทรวงมหาดไทยและ ประกาศสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เรื่อง ระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการยื่นคำขอมิถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุน เป็นกรณีพิเศษลงวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ๒๕๔๐ โดยคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองได้มีมติอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีมี ถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษตามคำขอแล้ว แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ออกคำสั่ง ไม่เห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษเนื่องจากการลงทุนของผู้ฟ้องคดี ไม่เป็นไปตามข้อ ๒ (๒) ของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ และผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติต้องห้ามตามมาตรา ๑๒ แห่งพระ ราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการออกคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่เห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ตามหลักเกณฑ์ประกาศสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองฯ ข้อ ๒.๓.๔ กำหนดให้ถือว่าการฝากเงินประจำกับธนาคารภายในประเทศเป็นการลงทุนและข้อ ๒.๓.๕ ได้กำหนดเงื่อนไขในการ รับรองการลงทุนโดยการซื้อพันธบัตรและการฝากเงินประจำกับธนาคารภายในประเทศให้คนต่างด้าวผู้ขออนุญาตโดย แสดงหนังสือรับรองการลงทุนจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจหรือธนาคารแล้วแต่กรณี ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็น หลักเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดการพิจารณาอนุญาตที่คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองออกโดยอาศัยอำนาจตาม ข้อ ๒ วรรคสองของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการออกประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ เนื่องจากการจำกัดจำนวนคนต่างด้าวไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันที่จะรับรองคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนเพื่อ ประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจของประเทศ จึงเห็นสมควรกำหนดให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาลงทุนในราชอาณาจักร มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษ ดังนั้น การนำเงินมาลงทุนตามประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ มิได้เป็นไปตาม หลักเกณฑ์ปกติแต่มุ่งประสงค์ให้มีการนำเงินเข้ามาในประเทศและนำเงินนั้นเข้าสู่ระบบเศรษฐกิจของประเทศ การนำ เงินมาฝากประจำกับธนาคารภายในประเทศถือเป็นการลงทุนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ที่สามารถออกหนังสือ รับรองการลงทุนโดยการฝากเงินประจำกับธนาคารภายในประเทศได้ก็คือธนาคารที่รับฝากเงิน ดังนั้น หลักเกณฑ์ตาม

ข้อ ๒.๓.๔ และข้อ ๒.๓.๕ ของประกาศสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองฯ จึงไม่ขัดกับหลักเกณฑ์ตามข้อ ๒ (๒) ของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ และการให้ความเห็นชอบให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษเป็นอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดี ตามข้อ ๒ (๔) ของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในกรณีดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาต รวมทั้งคณะกรรมการตรวจพิจารณาคนเข้าเมืองได้มีมติอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีมีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษตามคำขอแล้วและตั้งแต่มีการเริ่มโครงการตั้งนักลงทุนเป็นกรณีพิเศษในวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๔๐ จนถึงปัจจุบันผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวและมีความเห็นชอบให้คนต่างด้าวที่ขออนุญาตเข้ามามีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษโดยมีหลักฐานการลงทุนด้วยการฝากเงินประจำกับธนาคารภายในประเทศ เช่นเดียวกับผู้ฟ้องคดีจำนวนทั้งสิ้น ๔๐๔ คน ประกอบกับหลักเกณฑ์ตามข้อ ๒.๓.๔ และข้อ ๒.๓.๕ ของประกาศสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่ขัดกับหลักเกณฑ์ ตามข้อ ๒ (๒) ของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งไม่เห็นชอบตามคำขอของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่เนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายและมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

๒๓) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของนายกองค์การบริหารส่วนตำบล ข. ที่สั่งให้รื้อถอนอาคาร (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๓/๒๕๔๙)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เช่าที่ดินบริเวณหาดเลพัง อำเภอดงหลวง จังหวัดสุพรรณบุรี กับบริษัท ล. และได้ทำการก่อสร้างอาคารลงบนที่ดินที่ได้เช่าดังกล่าว ต่อมา นายกองค์การบริหารส่วนตำบล ข. (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) ได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีระงับการก่อสร้างอาคารไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือยื่นคำขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ พิจารณาแล้วจึงได้มีหนังสือ ลงวันที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ แจ้งว่าที่ดินบริเวณดังกล่าวไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินจึงไม่สามารถออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้ได้และมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนอาคารภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมีสิทธิครอบครองที่ดินดังกล่าวโดยชอบด้วยกฎหมายตามสัญญาเช่าที่ดิน อีกทั้งการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ยังเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเพราะในบริเวณใกล้เคียงยังมีบุคคลอื่นดำเนินการก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาต ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจังหวัดสุพรรณบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ วินิจฉัยอุทธรณ์โดยเห็นว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่ปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารและคำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนอาคารของผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดียื่นคำขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารโดยเพียงแต่แนบเอกสารสัญญาเช่าที่ดินระหว่างผู้ฟ้องคดี กับบริษัท ล. โดยสัญญาเช่าที่ดินดังกล่าวมิได้ระบุว่าผู้ให้เช่าเป็นเจ้าของที่ดินที่มีเอกสารสิทธิตามแบบ ข. ๑ ตามมาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ประกอบข้อ ๑ (๑) ของกฎกระทรวงฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๒๘) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่แนบเอกสารตามแบบ ข. ๑ ตามกฎหมายดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงชอบที่จะไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่ปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว



ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นและเป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่สามารถแสดงเอกสารสิทธิในที่ดินที่ใช้ก่อสร้างตามกฎหมายกำหนดได้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงมีอำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารรื้อถอนอาคารนั้นได้ตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๖๒ ส่วนในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เลือกปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีนั้น การที่จะถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต้องเป็นกรณีที่ผู้ถูกปฏิบัติมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วไม่ได้รับสิทธินั้น เพราะการเลือกปฏิบัติหาใช่เป็นกรณีที่ไม่มีสิทธิตามกฎหมายแล้วอ้างว่ามีบุคคลอื่นฝ่าฝืนกฎหมายด้วยกันยังไม่ถูกดำเนินการเป็นการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรม ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารตามคำขอและมีคำสั่งให้รื้อถอนอาคารเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

๒๘) การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดหลักเกณฑ์ในการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายเป็นพิเศษสำหรับที่ดินที่ถูกเวนคืนแก่ที่ดินที่อยู่ในสภาพและที่ตั้งคล้ายคลึงกันให้แตกต่างกันเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๒/๒๕๕๑)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ครอบครองที่ดินตามหลักฐาน ส.ค.๑ ซึ่งอยู่ในเขตพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามที่ดินสำหรับไว้ใช้ในราชการทหาร ต่อมา ได้มีประกาศให้เวนคืนที่ดินบริเวณดังกล่าวซึ่งบริเวณที่จะเวนคืนมีผู้ฟ้องคดีและราษฎรครอบครองทำประโยชน์ รวม ๕๔ ราย โดยราษฎรทั้ง ๕๔ รายมีเพียงหลักฐานการแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค.๑) และได้แจ้งการครอบครองก่อนมีพระราชกฤษฎีกาประกาศเป็นที่ดินที่ใช้ประโยชน์ในทางราชการทหาร และสามารถออกเอกสารสิทธิในที่ดินซึ่งในการพิจารณากำหนดค่าทดแทนความเสียหายพิเศษให้แก่ราษฎรดังกล่าว ราษฎรทั้ง ๕๔ รายไม่ยอมเข้าสู่กระบวนการพิสูจน์สิทธิของคณะกรรมการแก้ไขปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐ (กบร.) เนื่องจากเห็นว่าล่าช้า ต่อมา ได้มีการแบ่งราษฎรที่ครอบครองที่ดินบริเวณที่จะเวนคืนออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจน จำนวน ๓๘ ราย ส่วนกลุ่มที่สองเป็นกลุ่มที่ไม่ได้ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจนและยินยอมให้ดำเนินการก่อสร้างทางหลวงได้ก่อนจำนวน ๑๖ ราย ซึ่งผู้ฟ้องคดีอยู่ในกลุ่มดังกล่าวและได้มีการพิจารณากำหนดค่าทดแทนให้แก่ราษฎรทั้งสองกลุ่ม ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกำหนดค่าทดแทนไม่ชอบเนื่องจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีซึ่งตั้งอยู่ติดต่อกับที่ดินของผู้ที่อยู่ในกลุ่มแรกแต่ที่ดินแปลงดังกล่าวกลับได้รับค่าทดแทนในอัตราที่สูงกว่า ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนความเสียหายพิเศษในที่ดินที่ถูกเวนคืนในราคาเท่ากับที่ดินแปลงดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม กรมทางหลวง อธิบดีกรมทางหลวง ผู้ถูกฟ้องคดี ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายพิเศษที่ดินที่ถูกเวนคืนให้แก่ผู้ครอบครองที่ดินรวม ๕๔ ราย โดยแบ่งเป็น ๒ กลุ่ม กลุ่มที่หนึ่งจำนวน ๓๘ ราย ที่ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจน ส่วนกลุ่มที่สองจำนวน ๑๖ ราย รวมทั้งผู้ฟ้องคดีที่ไม่ได้ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจนเพื่อให้ได้รับเงินค่าทดแทนตามความเหมาะสมของสภาพที่ดินที่ถูกเวนคืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่ขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ อันมีหลักว่าจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันและจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญที่แตกต่างกันให้แตกต่างกันไป สำหรับกรณีนี้สาระสำคัญที่เหมือนกันคือผู้ครอบครองที่ดินทั้ง ๕๔ ราย ที่ถูกเวนคืนที่ดินซึ่งได้โต้แย้งกรรมสิทธิ์และยังไม่ได้มีการพิสูจน์สิทธิตามหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการแก้ไขปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐ (กบร.) การที่ผู้ถูกฟ้องคดีแบ่งเกณฑ์การกำหนดค่าทดแทนเป็นสองกลุ่มเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ จึงมิชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรม

๒๙) กรณีฟ้องว่าการที่คณะกรรมการจัดซื้อและกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทาน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ พิจารณาจ่ายค่าทดแทนโดยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๔๙๗/๒๕๕๑)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินซึ่งไม่มีหนังสือสำคัญหรือเอกสารสิทธิในเขตป่าสงวนแห่งชาติกุยบุรี โดยที่ดินแปลงดังกล่าวอยู่ในเขตพื้นที่อ่างเก็บน้ำยางชุมซึ่งกรมชลประทาน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) ได้เริ่มสร้างตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๑๖ และเสร็จเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๒๓ และในการใช้พื้นที่ก่อสร้างอ่างเก็บน้ำดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้จ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินต่าง ๆ ทุกรายแล้ว โดยค่าทดแทนที่ดินได้จ่ายให้แก่เจ้าของที่ดินที่มีเอกสารสิทธิ ส่วนคำรื้อย้ายบ้านเรือนสิ่งปลูกสร้าง ค่าทดแทนต้นไม้ จ่ายให้ทั้งที่ปลูกในที่ดินที่มีเอกสารสิทธิและไม่มีเอกสารสิทธิ ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้เริ่มดำเนินการสำรวจปักหลักเขตเพื่อกำหนดพื้นที่ในการก่อสร้างโครงการปรับปรุงอ่างเก็บน้ำยางชุมเพิ่มเติม ปรากฏว่าต้นไม้และบ่อน้ำของผู้ฟ้องคดีซึ่งอยู่ในที่ดินของผู้ฟ้องคดีอื่นเป็นที่ดินที่ไม่มีเอกสารสิทธิถูกน้ำท่วม คณะกรรมการจัดซื้อและกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทานจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) จึงได้พิจารณาจ่ายค่าทดแทนให้แก่ผู้ที่อยู่ในพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ส.ป.ก.) ซึ่งทับซ้อนอยู่ในเขตพื้นที่ดังกล่าวเท่านั้นโดยไม่พิจารณาจ่ายค่าทดแทนต้นไม้ของผู้ฟ้องคดีที่อยู่ในเขตชลประทานเดิม ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ให้จ่ายค่าทดแทนให้แก่ผู้ที่อยู่ในพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ส.ป.ก.) ซึ่งทับซ้อนอยู่ในพื้นที่อ่างเก็บน้ำยางชุมเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคตามรัฐธรรมนูญระหว่างผู้ฟ้องคดีและบุคคลดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีเข้าครอบครองที่ดินในพื้นที่เขตชลประทานโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมายกรณีจึงไม่อาจเปรียบเทียบกับบุคคลผู้มีสิทธิดังกล่าวซึ่งกฎหมายรับรองได้ การที่ได้รับการปฏิบัติจากทางราชการจึงย่อมแตกต่างกัน กรณีจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่พิจารณาจ่ายค่าทดแทนต้นไม้และบ่อน้ำให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

๓๐) การที่บุคคลใดจะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อตนเป็นอย่างเดียวกันนั้นย่อมทำได้เฉพาะเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติในสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ผู้ที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจอ้างในทำนองที่ว่าถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อตนได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๖๐-อ.๑๙๗/๒๕๕๑)

นายช่างแขวงการทางสมุทรปราการ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวงแผ่นดิน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓) ได้มีคำสั่งแจ้งให้ผู้บุกรุกปลูกสร้างบ้านพักอาศัยและร้านค้าลูกค้าทางหลวงแผ่นดินหมายเลข ๓ (ถนนสุขุมวิท) อันอยู่ในความดูแลรับผิดชอบของหมวดการทางสมุทรปราการ สังกัดแขวงการทางสมุทรปราการ จำนวน ๓๐ ราย รวมทั้งผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเก้าคนหรือถอนหรือทำลายบ้านพักอาศัยออกจากเขตทางหลวงภายใน ๗ วัน นับแต่วันที่รับหนังสือ ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งให้หรือถอนหรือทำลายบ้านพักอาศัยต่อผู้ออกคำสั่งแล้ว ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าที่ดินดังกล่าวเป็นที่ดินรกร้างว่างเปล่าและได้เข้ามาอยู่อาศัยมานานกว่า ๑๐ ปีแล้ว อยู่นอกเขตทางหลวงและเป็นทรัพย์สินที่สามารถให้ประชาชนเช่าได้โดยเป็นของกรมธนารักษ์ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการขับไล่ประชาชน จึงฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งให้หรือถอนและทำลายบ้านพักอาศัยที่สร้างขึ้นในเขตทางหลวงโดยไม่ได้รับอนุญาต



ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีและผู้ที่เกี่ยวข้องอยู่ในเขตทางหลวงซึ่งที่ตั้งกล่าวเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภท อสังหาริมทรัพย์สำหรับพลเมืองใช้หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ของพลเมืองใช้ร่วมกันและไม่เป็นที่ราชพัสดุโดยไม่ได้รับ อนุญาตให้รื้อถอนหรือทำลายบ้านพักอาศัยซึ่งมีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนรื้อถอนหรือทำลายสิ่งปลูกสร้างที่ก่อสร้างในเขต ทางหลวงโดยไม่ได้รับอนุญาตได้ภายในเวลาอันสมควร ตามมาตรา ๔๗ วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. ๒๕๓๕ ดังนั้น คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีและผู้ที่เกี่ยวข้องในเขตทางหลวงดังกล่าวรื้อถอนหรือทำลาย บ้านพักอาศัยออกจากทางหลวงภายในเวลา ๗ วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในการ ขับไล่ราษฎรที่อยู่อาศัยรุกล้ำในบริเวณเขตทางหลวงโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้นกรมทางหลวงได้ดำเนินการผลักดันผู้รุกร้า ในเขตทางหลวงสายต่าง ๆ มาโดยตลอดจนกระทั่งถูกฟ้องคดีต่อศาลจังหวัดและศาลปกครอง ดังนั้น กรณีจึงไม่ใช่ว่า การเลือกปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด และการที่บุคคลใดจะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อตนเป็น อย่างเดียวกันนั้นย่อมทำได้เฉพาะเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติในสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ผู้ที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วย กฎหมายจึงไม่อาจอ้างในทำนองที่ว่าถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อตนได้

๓๑) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎกระทรวงฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๙) ออกตามความในพระราชบัญญัติ ควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๓๐ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๕-พ.๑๓/๒๕๕๑)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประกอบกิจการให้บริการคอมพิวเตอร์ออนไลน์ซึ่งได้จดทะเบียนกับกระทรวงพาณิชย์ ประเภทบริการให้บริการคอมพิวเตอร์เพื่อใช้อินเทอร์เน็ตแก่นักเรียนนักศึกษาและบุคคลทั่วไป ฟ้องว่าการที่รัฐมนตรี ว่าการกระทรวงมหาดไทย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ออกกฎกระทรวงฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๙) ออกตามความในพระราชบัญญัติ ควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๓๐ กำหนดให้ฮาร์ดดิสก์ (Hard Disk) ที่บันทึกหรือถ่ายทอดเกมการเล่น ทุกชนิดเป็นเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยใช้บังคับกับร้านเกมคอมพิวเตอร์ออนไลน์แต่ไม่ใช้บังคับกับฮาร์ดดิสก์ซึ่งติดตั้งไว้ กับคอมพิวเตอร์ของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์อื่น ๆ เช่น ร้านถ่ายรูปที่ใช้คอมพิวเตอร์และมีฮาร์ดดิสก์ไว้ บริการลูกค้าด้วยหรือกับฮาร์ดดิสก์ทั่วไปซึ่งติดตั้งไว้กับคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในบ้านพักอาศัยและสถานที่ราชการ มีลักษณะ เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่อาจให้เข้าหรือแลกเปลี่ยนฮาร์ดดิสก์ที่บันทึกหรือถ่ายทอด เกมการเล่นทุกชนิดเว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการและวัสดุ โทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๓๐ กรณีจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย ขอให้ศาล เพิกถอนกฎกระทรวงฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๙)។

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณาจากสาระสำคัญและเจตนารมณ์ในบทบัญญัติของ กฎกระทรวงฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๙) เป็นการใช้อำนาจในการกำหนดให้วัสดุใดเป็นเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ตาม บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๓๐ โดยมีเจตนารมณ์ที่จะควบคุมการให้ บริการเกมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเกมคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนโดย ไม่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตแห่งความมุ่งหมายอันเป็นสาระสำคัญเพื่อควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับภาพและเสียงที่

ได้มีการบันทึกถ่ายทอดตามเจตนารมณ์ของมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๓๐ อีกทั้งกฎกระทรวงฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๙) มีเจตนารมณ์ควบคุมการให้บริการเกมคอมพิวเตอร์ตามร้านให้บริการคอมพิวเตอร์ ซึ่งเกมคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน อันส่งผลกระทบต่อเด็กและเยาวชน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบและต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนตามมาตรา ๖ และมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๓๐ ด้วย แต่กรณีของร้านถ่ายรูปหรือคอมพิวเตอร์อื่น ๆ หรือการเล่นเกมออนไลน์ในบ้านพักอาศัยหรือสถานที่ราชการมิได้มีคอมพิวเตอร์หรือฮาร์ดดิสก์ที่บันทึกหรือถ่ายทอดเกมการเล่นทุกชนิดไว้ให้บริการแก่ลูกค้าแต่อย่างใด เป็นเพียงใช้ติดต่อและตกแต่งภาพให้แก่ลูกค้าเท่านั้น สำหรับการเล่นเกมในบ้านหรือสถานที่ราชการเป็นเพียงการเล่นเกมเพื่อบันเทิงในที่พักอาศัยหรือเป็นการใช้เพื่อการดำเนินงานของส่วนราชการเท่านั้นจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎกระทรวงฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๙) ซึ่งฮาร์ดดิสก์ของร้านถ่ายรูปหรือร้านค้าอื่น ๆ หรือของบุคคลทั่วไปหรือของส่วนราชการจึงไม่อยู่ภายใต้บทนิยามของคำว่าเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ตามกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น จึงถือได้ว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกกฎกระทรวงฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๙) มาใช้บังคับโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง (๒) และมาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๓๐ จึงเป็นการใช้อำนาจตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้โดยชอบธรรมและไม่ขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ กรณีจึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและไม่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบกับผู้ประกอบกิจการรายหนึ่งรายใดเป็นการเฉพาะ

๓๒) กรณีการให้นักเรียนออกจากโรงเรียนเพราะมีบุตร (คำร้องที่ ๖๐๐/๒๕๕๓ คำสั่งที่ ๖๙/๒๕๕๓)

นางสาว ธ. ผู้ฟ้องคดีได้เข้าศึกษามัธยมศึกษาปีที่ ๔ ของโรงเรียนวัดแห่งหนึ่ง โดยเข้าเรียนได้เพียง ๒ วัน ครูฝ่ายปกครองไม่อนุญาตให้เข้าเรียนและให้ออกจากโรงเรียนโดยไม่มีการแจ้งเป็นหนังสือ โดยให้เหตุผลว่าผู้ฟ้องคดีมีบุตรแล้ว ผู้ฟ้องคดีทำหนังสือร้องเรียนไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดแต่ไม่ได้รับคำชี้แจงใด ๆ จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองขอให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง (ผู้อำนวยการโรงเรียน และผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา) มีความผิดและรับโทษตามกฎหมายและระเบียบของทางราชการ

ศาลปกครองชั้นต้นไม่รับฟ้องเนื่องจากนาย ม. ซึ่งอ้างว่าเป็นผู้ปกครองของผู้ฟ้องคดีเป็นเพียงบิดาของนาย พ. สามิโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ฟ้องคดี ดังนั้น นาย ม. จึงมิใช่ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองของผู้ฟ้องคดี และมีผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของผู้ฟ้องคดีทั้งสองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

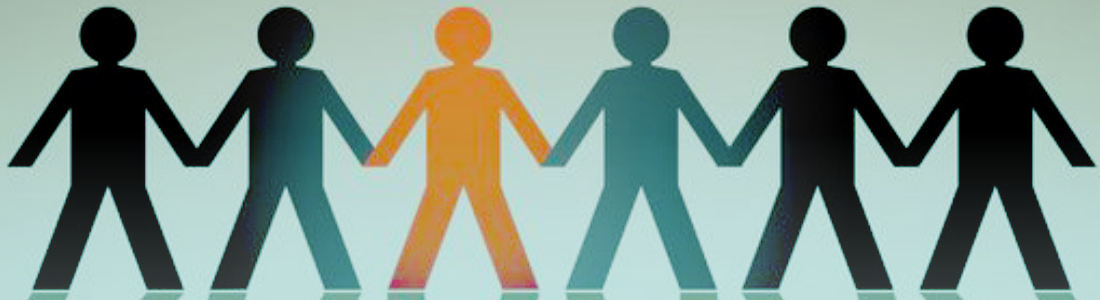


๓๓) กรณีผู้ไม่ผ่านการคัดเลือกเข้าเป็นนักศึกษาแพทย์อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติ (คดีหมายเลขแดงที่ อ ๙๗๒/๒๕๕๖ คดีหมายเลขดำที่ อ ๖๗๓/๒๕๕๒)

กลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย ดำเนินการสอบคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาในวิทยาลัยแพทยศาสตร์ทั้ง ๑๒ สถาบันในปีการศึกษา ๒๕๕๐ ในระบบรับตรง ผู้ฟ้องคดีสมัครสอบคัดเลือกและผ่านการสอบข้อเขียนของวิทยาลัยแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัย ร. ซึ่งผู้ฟ้องคดีไปสอบสัมภาษณ์และตรวจร่างกาย แต่จากการประกาศผลการคัดเลือกไม่ปรากฏมีชื่อผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาประเด็นการที่คณะกรรมการสอบสัมภาษณ์มีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา เห็นว่ากรรมการทุกคนไม่เคยมีเหตุไต่ถามหรือข้อสงสัยกับผู้ฟ้องคดีมาก่อน จึงไม่มีมูลเหตุจูงใจที่จะกลั่นแกล้งไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษาในวิทยาลัยแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัย ร. สำหรับหลักเกณฑ์การประเมินผลการสอบสัมภาษณ์ นั้น ปรากฏตามเอกสารการสัมภาษณ์ว่า มีการกำหนดลักษณะที่ไม่พึงประสงค์ เช่น “Overt Homosexuality” การแต่งตัว กิริยามารยาทไม่เหมาะสม การควบคุมอารมณ์ไม่เหมาะสม ความไม่รับผิดชอบ ขาดมนุษยสัมพันธ์ ขาดความใฝ่รู้ กรรมการจำนวน ๗ คน ให้เหตุผลเกี่ยวกับบุคลิกภาพของผู้ฟ้องคดีสอดคล้องกันว่าบุคลิกภาพของผู้ฟ้องคดีไม่เหมาะสม ปฏิบัติการในการตอบคำถามไม่ดี มีความกังวลมาก พูดจาสับสน สภาพจิตใจไม่มั่นคง

จากข้อเท็จจริงในการพิจารณา ศาลปกครองรับฟังได้ว่าการตอบคำถามตลอดจนกิริยาอาการของผู้ฟ้องคดีในการสอบสัมภาษณ์เป็นเหตุให้กรรมการทั้ง ๙ คนมีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ในการลงมติดังกล่าวจึงเป็นการพิจารณาที่มีเหตุผลเหมาะสมและชอบด้วยกฎหมายแล้ว นอกจากนี้ การคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาวิชาแพทยศาสตร์ย่อมต้องคัดเลือกจากผู้มีความรู้ความสามารถ สภาพกาย และสภาพจิตใจเหมาะสมที่จะประกอบวิชาชีพแพทย์ คณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ย่อมสามารถใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาจากบุคลิกลักษณะและสภาวะทางอารมณ์ของผู้เข้าสอบสัมภาษณ์ได้ อีกทั้งคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ก็ได้พิจารณาไม่รับผู้ฟ้องคดีเพราะเหตุด้านบุคลิกภาพแต่ประการเดียว แต่ยังปรากฏความไม่เหมาะสมด้านอื่นอีกหลายประการที่เป็นเหตุผลในการไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา การพิจารณาของคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์จึงไม่ใช่การกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐



วิเคราะห์ประเด็นความเสมอภาค
และการเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย
ไทยและต่างประเทศ

GENDER HARASSMENT
DISCRIMINATION
NATIONALITY RELIGION
EQUALITY



๔

วิเคราะห์ประเด็นความเสมอภาคและ
การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายไทยและ
ต่างประเทศ

หลังจากที่ได้ศึกษาถึงสภาพปัญหา ข้อเท็จจริง จากคำร้อง การสัมภาษณ์ / ประชุมกลุ่มย่อย / รับฟังความคิดเห็น ในบทที่ ๒ และการศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในบทที่ ๓ แล้ว ในบทนี้ผู้วิจัยวิเคราะห์ประเด็นต่าง ๆ ของการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน โดยจำแนกการวิเคราะห์ออกเป็น ๒ ส่วนหลัก คือ

► ส่วนแรก

วิเคราะห์ความหมาย ขอบเขต แนวคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน เช่น การเลือกปฏิบัติโดยตรง การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ

► ส่วนที่สอง

วิเคราะห์ประเด็นการเลือกปฏิบัติตามกรอบของปัจจัย ๒ ประการ คือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และมิติของการเลือกปฏิบัติ โดยมีการวิเคราะห์ประเด็นเฉพาะและกรณีศึกษาที่เกี่ยวข้องเป็นรายประเด็นไป เช่น การเลือกปฏิบัติในบริการภาครัฐ ภาคเอกชน การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) การคุกคาม (Harassment) ฯลฯ

๔.๑ การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination)

ในส่วนนี้จะทำการวิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติโดยตรง โดยจะพิจารณาแนวคิดและหลักการดังกล่าวในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เพื่อให้เห็นถึงการปรับใช้หลักการดังกล่าวสำหรับการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกเลือกปฏิบัติ รวมทั้งนำคดีที่เกิดขึ้นในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องมาวิเคราะห์ประกอบด้วย

การห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงมีส่วนสัมพันธ์กับการส่งเสริมหลักความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (Formal Equality) โดยการห้ามการปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่า (Less Favorable Treatment) หรือการปฏิบัติในทางทำให้เสียหาย (Detrimental Treatment) แก่บุคคลโดยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ การเลือกปฏิบัติโดยตรงนั้นเป็นการพิจารณาถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลในสถานะหรือเงื่อนไขที่เหมือนกัน ซึ่งมักพบในกรณีของการไม่ให้สิทธิบางประการกับบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มด้วยเหตุที่บุคคลนั้นจัดอยู่ในกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การตรากฎหมายจำกัดสิทธิบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การกระทำของภาคเอกชน เช่น นายจ้าง ในการปฏิบัติต่อลูกจ้างแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งการกระทำของภาคเอกชนที่ปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้ากับบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การเลือกปฏิบัติโดยตรงนี้จะเห็นได้จากการปฏิบัติที่มีวัตถุประสงค์เห็นได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันสะท้อนจากลักษณะหรือรูปแบบของการปฏิบัติที่มีความแตกต่างกันระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายที่ให้สิทธิกับเพศหนึ่งโดยกีดกันอีกเพศหนึ่ง จะเห็นได้ว่ากฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์ที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

๔.๑.๑ การเลือกปฏิบัติโดยตรงในบริบทของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ

กลไกตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติมีแนวทางพิจารณาหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรงไปในทิศทางใกล้เคียงกัน ดังจะเห็นได้จากความเห็นทั่วไปของ HRC (Human Rights Committee, General Comment 18, Non-Discrimination)⁶⁷ ได้มีการอธิบายการเลือกปฏิบัติไว้ว่า การเลือกปฏิบัติตามมาตรา ๒ และมาตรา ๒๖ ของ ICCPR นั้นหมายถึง “การเลือกปฏิบัติที่ใช้ใน ICCPR นั้น ควรเข้าใจว่ามีนัยถึงความแตกต่างใด ๆ การกีดกัน การจำกัด หรือการปฏิบัติเป็นพิเศษ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน สถานะอื่นใด และมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบ (Purpose or effect) ในเชิงอุปสรรคหรือเป็นการลดทอนการใช้สิทธิและเสรีภาพทั้งหลายของบุคคลนั้นบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน”

จะเห็นได้ว่าแม้ความเห็นทั่วไปนี้มีได้กล่าวโดยชัดเจนถึงการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) แต่จากที่อธิบายว่า “...มีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบ (Purpose or Effect)” นั้นแสดงอยู่ว่า การเลือกปฏิบัติตามการความเห็นทั่วไปนี้ หมายรวมถึงการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Direct and Indirect Discrimination) เนื่องจากการเลือกปฏิบัติโดยตรงจะมุ่งเน้นที่วัตถุประสงค์ (Purpose) ในขณะที่การเลือกปฏิบัติทางอ้อมจะพิจารณาที่ผลกระทบ (Effect) กล่าวคือ แม้โดยรูปแบบของการปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์นั้นจะมีลักษณะเป็นกลางโดยปฏิบัติต่อบุคคลเท่าเทียมกัน แต่ในเชิงของผลกระทบแล้ว การปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบหรือถูกกีดกัน

ตัวอย่างคดีที่ตัดสินตามหลักของ ICCPR เช่น

- Lovelace v. Canada⁶⁸ ซึ่งเป็นกรณีของกฎหมายแคนาดา (Canadian Indian Act) วางหลักว่าหญิงอินเดียนที่สมรสกับคนที่ไม่ใช่อินเดียนจะเสียสถานะความเป็นอินเดียน ในขณะที่ชายอินเดียนไม่สูญเสียสถานะนั้นแม้ว่าจะสมรสกับหญิงที่ไม่ใช่อินเดียน ดังนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงด้วยเหตุแห่งเพศ
- Brooks v. the Netherland⁶⁹ ในคดีนี้ HRC ตัดสินว่าความแตกต่างกันที่อาศัยเหตุแห่งเพศตามกฎหมายประกันสังคมนั้นไม่มีเหตุผลที่สมควรและขัดต่อมาตรา ๒๖ ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติ
- Avellanal v. Peru⁷⁰ คดีนี้ HRC ตัดสินในประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายเปรูที่ห้ามหญิงซึ่งสมรสแล้วทำการฟ้องคดีเกี่ยวกับสินสมรสว่าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๒๖ ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติ
- Aumeeruddy-Cziffra v. Mauritius สำหรับคดีนี้ HRC ตัดสินว่ากฎหมายมอริเชียสเกี่ยวกับการเข้าเมืองซึ่งจำกัดสิทธิในการอยู่อาศัยของสามีต่างชาติของหญิงมอริเชียส แต่ไม่จำกัดสิทธิของหญิงต่างชาติซึ่งเป็นภริยาของชายมอริเชียสนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

⁶⁷ From “CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination” UN Human Rights Committee (HRC), November 10, 1989

⁶⁸ From “Sandra Lovelace v. Canada” Communication No. 24/1977: Canada 30/07/81, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977)

⁶⁹ From “Brooks v. The Netherlands” (UN Doc CCPR/C/29/D/172/1984)

⁷⁰ From “Ato del Avellanal v. Peru” (Communication No. 202/1986)



จากคดีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงเนื่องจากกฎเกณฑ์หรือกฎหมายในคดีเหล่านี้ทำให้บุคคลกลุ่มหนึ่งได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกับบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เหตุแห่งเพศ

กลไกตามสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ก็มีการตีความการเลือกปฏิบัติในแนวทางนี้เช่นเดียวกัน ดังเช่นข้อเสนอแนะของ CERD General Recommendation 14⁷¹ อธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้ว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation of Treatment) จะไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หากพิจารณาเกณฑ์สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของสนธิสัญญาแล้วมีความชอบธรรมหรือตกอยู่ในขอบเขตมาตรา ๑ ย่อหน้า ๔ ของสนธิสัญญานี้ ในการพิจารณาเกณฑ์ดังกล่าว คณะกรรมการยอมรับว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งอาจมีวัตถุประสงค์หลากหลาย ดังนั้น ในการกำหนดว่าการกระทำอันหนึ่งส่งผลขัดแย้งต่อหลักการตามสนธิสัญญานี้ คณะกรรมการจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอันไม่สามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable Desperate Impact) ต่อบุคคลที่ถูกจำแนกความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สัญชาติ ถิ่นกำเนิด”

ความเห็นทั่วไป (General Comment) ของกลไกตามสนธิสัญญา ICESCR⁷² ได้อธิบายว่า “การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination) เกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การจ้างงานในสถาบันการศึกษาหรือการสมัครสมาชิกในสหภาพ การค้ำชั่งอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็นทางการเมืองของลูกจ้างหรือผู้สมัคร การเลือกปฏิบัติทางตรงรวมถึงการกระทำที่ส่งผลร้ายหรือการละเว้นการกระทำบางอย่างบนพื้นฐานจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ..” ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในการนี้ การเลือกปฏิบัติโดยตรงนั้นเห็นได้ชัดเจนจากตัวมาตรการหรือกฎหมายว่ามีเนื้อหาที่กำหนดเงื่อนไขแตกต่างกันสำหรับบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ

๔.๑.๒ การเลือกปฏิบัติโดยตรงในบริบทของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป

ตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) นั้น มาตรา ๑๔ ซึ่งวางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติไม่ได้จำแนกการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม กล่าวคือ วางหลักห้าม “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) เท่านั้น⁷³ โดยคดีสำคัญที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางตรง เช่น Belgian Linguistics⁷⁴ ซึ่งตัดสินโดย ECHR ในปี ๑๙๖๘ ในคดีนี้ ผู้ร้องมีถิ่นอาศัยในเบลเยียมแต่พูดภาษาฝรั่งเศส ต้องการหาโรงเรียนที่สอนเป็นภาษาฝรั่งเศสให้บุตร แต่ในท้องถิ่นนั้นเป็นท้องถิ่นที่โรงเรียนซึ่งได้รับการอุดหนุนโดยรัฐดำเนินการสอนเฉพาะภาษาท้องถิ่น ผู้ร้องเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ รัฐบาลเบลเยียมต่อสู้ว่ากรณีนี้เป็น การเลือกปฏิบัติเชิงบวก (Positive Discrimination) เพื่อสนับสนุนภาษาท้องถิ่นและชุมชนท้องถิ่นอันเป็นผลประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่ง หรือเรียกว่าคุ้มครองให้ท้องถิ่นบางแห่งใช้ภาษาถิ่นเดียวกัน ECHR เห็นว่ามาตรการซึ่งมุ่งหมายให้ท้องถิ่นนั้นมีภาษาเดียว (Unilingual Region) ไม่ได้มีลักษณะกำหนดตามอำเภอใจและมีเหตุผลควรจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

⁷¹ From CERD General Recommendation No. 14 (Art. 2, para. 1: Definition of discrimination)

⁷² From “General Comment No. 20: Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights, Art. 2, para. 2” International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

⁷³ Article 14 states that “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status”

⁷⁴ From “The Belgian Linguistic case (1968) 1 ECHR 252

ในคดี Belgian Linguistics ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในเบลเยียม ECHR อธิบายว่า⁷⁵ หลักความเท่าเทียมกันของการปฏิบัติ (Principle of Equality of Treatment) จะถูกละเมิด หากความแตกต่างในการปฏิบัติ (Distinction) นั้นปราศจากวัตถุประสงค์และเหตุผลอันสมควร ซึ่งจะต้องประเมินจากความสัมพันธ์ระหว่างเป้าหมายและผลกระทบ (Aim and Effects) ของมาตรการนั้น ประเด็นสำคัญที่ ECHR ต้องการย้ำก็คือ ความแตกต่างของการปฏิบัติที่จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ นั้น ไม่เพียงแต่จะต้องมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) เท่านั้น แต่ยังต้องมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุผลและได้สัดส่วนระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการที่นำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้นด้วย

จากคดีนี้ ผู้ร้องจะต้องแสดงให้เห็นหลายประการ ได้แก่

- ✓ มีการปฏิบัติที่ต่างกันระหว่างบุคคลสองกลุ่ม
- ✓ บุคคลทั้งสองกลุ่มนั้นอยู่ในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ (Analogous Situation)

สำหรับฝ่ายที่ถูกร้องหรือภาครัฐนั้น ก็มีข้อต่อสู้ว่า การปฏิบัติที่ต่างกันนั้นเป็นไปภายใต้สถานการณ์ที่มีเหตุผล การปฏิบัติที่แตกต่างอาจไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา ๑๔ หากมีวัตถุประสงค์และเหตุผลที่ชอบธรรม และเป็นไปตามหลัก “Margin of Appreciation” ซึ่งจะได้วิเคราะห์เป็นหัวข้อต่างหากต่อไป

คดีที่ตัดสินตามหลักของ ECHR นั้นมักเกี่ยวข้องกับการพิจารณาวัตถุประสงค์และความสัมพันธ์อันสมเหตุสมผลระหว่างเป้าหมายและวิธีการของมาตรการที่พิพาทดังกล่าวข้างต้น มากกว่าพิจารณาผลกระทบจากการปฏิบัติที่แตกต่างต่อกลุ่มที่มีความเสี่ยง เช่น กฎหมายที่ปฏิบัติต่อผู้ขายในลักษณะที่พึงพอใจน้อยกว่าผู้หญิงนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ (Van Raalte v. the Netherlands) การกำหนดให้แม่เป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรเพราะรสนิยมทางเพศของพ่อนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ (Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal)

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในกรณีของการเลือกปฏิบัติโดยตรงนั้น กฎหมาย กฎเกณฑ์หรือนโยบายที่พิพาทนั้นมีลักษณะเป็นการปฏิบัติที่ต่างกันระหว่างบุคคลโดยมีบุคคลกลุ่มหนึ่งได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าหรือถูกจำกัดสิทธิภายใต้เงื่อนไขว่าบุคคลทั้งสองกลุ่มนั้นอยู่ในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ ซึ่งจะแตกต่างกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมซึ่งกฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้นดูภายนอกแล้วไม่มีการปฏิบัติที่ต่างกัน กล่าวคือ มุ่งหมายบังคับโดยไม่จำแนกความแตกต่างของบุคคล แต่ส่งผลกระทบทำให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ กฎหมายอื่นของสหภาพยุโรปซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์การเลือกปฏิบัติโดยตรงไว้ เช่น มาตรา 2.2 (a) ของ EU Race Directive กำหนดว่า “การเลือกปฏิบัติโดยตรงจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลถูกปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่น โดยถูกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติหรือถิ่นกำเนิด”

มาตรา ๔๕ ของ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) วางหลักเกี่ยวกับเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายแรงงานในสหภาพยุโรป โดยมีหลักการเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ คือ “เสรีภาพในการเคลื่อนย้ายแรงงานนั้นรวมถึงการจัดการเลือกปฏิบัติใด ๆ ด้วยเหตุแห่งสัญชาติ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานค่าตอบแทน เงื่อนไขการทำงาน” ตัวอย่างคดี เช่น กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดสัดส่วนลูกเรือฝรั่งเศสให้ต้องประกอบไปด้วยผู้มีสัญชาติฝรั่งเศสจำนวนหนึ่ง (Commission v. Italy, 2001 ECR I-4923) หรือในคดี Groener v. Minister for Education (1989) ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้หญิงชาวเดนมาร์กถูกปฏิเสธตำแหน่งงานสอนหนังสือในวิทยาลัยแห่งหนึ่งใน Dublin

⁷⁵ Ibid.



ด้วยเหตุที่ไม่พูดภาษา Gaelic จึงฟ้องว่าการปฏิเสธนี้เป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักการเคลื่อนย้ายแรงงาน อย่างไรก็ตาม ศาลตัดสินว่า การปฏิบัติดังกล่าวสมเหตุสมผล เนื่องจากพิจารณาระหว่างวัตถุประสงค์ (การส่งเสริมภาษาประจำชาติ) และวิธีการสำหรับนำไปสู่เป้าหมายนั้น (การรับครูที่สามารถพูดภาษาประจำชาติได้) แล้วเห็นว่าได้สัดส่วนและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อประชาชนสัญชาติอื่นในยุโรป

มาตรา ๑๕๗ ของ TFEU กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าประเทศสมาชิกต้องนำหลักการจ่ายค่าตอบแทนการทำงานที่เท่าเทียมกันระหว่างเพศชายและหญิงมาใช้บังคับ⁷⁶ (Equal Pay for Male and Female) ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การจ่ายค่าตอบแทนต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศ เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศและเป็นการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ มาตรา ๒ ของ Equal Treatment Directive วางหลักว่า การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันหมายถึงการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศทั้งโดยตรงและโดยอ้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สถานะทางครอบครัวและการสมรส⁷⁷

จากกฎหมายของสหภาพยุโรปดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่า มีการวางหลักห้ามการปฏิบัติอันเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลโดยมีบุคคลกลุ่มหนึ่งได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าหรือถูกจำกัดสิทธิ โดยบุคคลทั้งสองกลุ่มนั้นอยู่ในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ กฎหมายดังกล่าวจึงมุ่งเน้นการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรง อย่างไรก็ตาม กฎหมายบางฉบับมีขอบเขตครอบคลุมการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อมด้วย

๔.๑.๓ การเลือกปฏิบัติโดยตรงในบริบทของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนแอฟริกัน

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏอยู่ในมาตรา ๒ ของ AfCHPR ที่มีหลักว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ได้รับรองไว้ในสนธิสัญญานี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใด ๆ เช่น เชื้อชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่นใด สัญชาติ ถิ่นกำเนิด ตัวอย่างเช่น คดี Association Mauritanienne des Droits de l' Homme v. Mauritania การกักขัง ฆาตกรรม ฆ่า และการบังคับขู่脅ชาว Mauritania ผิวสีโดยรัฐบาลนั้นเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งสีผิว อันเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่สามารถยอมรับได้และฝ่าฝืนมาตรา ๒ ของสนธิสัญญานี้ สำหรับคดี OMCT and others เป็นประเด็นการปฏิเสธสิทธิของบุคคลเกี่ยวกับสัญชาติด้วยเหตุที่บุคคลนั้นจัดอยู่ในกลุ่มชาติพันธุ์ จึงเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๒ หรือในคดีเกี่ยวกับการกีดกันสิทธิของบุคคลบางกลุ่มในการมีส่วนร่วมกระบวนการประชาธิปไตย เป็นการฝ่าฝืนหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ จะเห็นได้ว่าหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตาม AfCHPR ไม่ได้มีการแบ่งแยกระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม แต่จากคดีต่าง ๆ ชี้ให้เห็นถึงการปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติกับกฎเกณฑ์หรือการกระทำของรัฐบาลที่โดยเนื้อหาและหลักการแล้วเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลด้วยเหตุเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ แหล่งกำเนิด จึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง

⁷⁶ Each Member State shall ensure that the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value is applied.

⁷⁷ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions: 1. For the purposes of the following provisions, the principle of equal treatment shall mean that there shall be no discrimination whatsoever on grounds of sex either directly or indirectly by reference in particular to marital or family status.

๔.๑.๔ การเลือกปฏิบัติโดยตรงในบริบทของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน

สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน (AmCHR) มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติซึ่งจัดอยู่ในหลัก “Equality principle” หรือหลักความเท่าเทียมกัน โดยมีได้จำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม ดังจะเห็นได้จาก มาตรา ๒๔ วางหลักว่า “บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ดังนั้น จึงมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ”⁷⁸ ทั้งนี้ IACHR อธิบายความหมายของการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกัน (Unequal treatment) ตามนัยมาตรา ๒๔ ไว้ในคดี Carlos Garcia Saccone⁷⁹ ว่ามีความหมาย ๔ นัย ได้แก่

- การปฏิเสธสิทธิของบุคคล
- การลดทอนสิทธิของบุคคล แต่ให้สิทธิในลักษณะดังกล่าวแก่บุคคลอื่น
- การกำหนดหน้าที่แก่บุคคลโดยไม่กำหนดหน้าที่นั้นแก่ผู้อื่น
- การกำหนดหน้าที่แก่บุคคลโดยกำหนดหน้าที่นั้นแก่บุคคลอื่นในลักษณะที่เข้มงวดน้อยกว่า (Less strenuously)

หากพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัตินี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับการพิจารณาตามกฎหมายสหภาพยุโรป นั่นคือ ต้องเปรียบเทียบระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์ของการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น ในข้อเสนอแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของคอซตาริกา⁸⁰ IACHR อธิบายหลักการตามมาตรา ๒๔ ว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Difference in treatment) โดยรัฐ จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ หากมีการจำแนกบุคคลบนพื้นฐานข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันและความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลและได้สัดส่วนระหว่างการปฏิบัติที่แตกต่างกันกับวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติดังกล่าว” แนวการพิจารณานี้ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาคดีต่าง ๆ เช่น ในคดี Marcelino Hanriquez et al⁸¹ นั้น IACHR กล่าวว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction) จะเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) เมื่อการปฏิบัตินั้นเหมือนกันหรือเปรียบเทียบกันได้ในกรณีสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน ความแตกต่างนั้นไม่มีเหตุผลอันสมควร วิธีการที่นำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นไม่สมเหตุสมผลและไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์”

IACHR นำเอาหลัก “Weighty Reason” หรือเหตุผลที่มีน้ำหนัก ตามแนวของ ECHR มาพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ “ความแตกต่างกันในกฎหมายบนพื้นฐานของเกณฑ์ด้านสถานะบุคคล เช่น เพศ เชื้อชาติ ต้องมีการพิจารณาอย่างเข้มงวด ความเท่าเทียมทางเพศถือเป็นวัตถุประสงค์หลักประการหนึ่งในปัจจุบัน ดังนั้น จึงต้องใช้เหตุผลที่มีน้ำหนักในการพิจารณาว่าความแตกต่างนั้นอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งเพศเพียงอย่างเดียวหรือไม่”⁸² ผู้ร้องว่าถูกเลือกปฏิบัติตามมาตรา ๒๔ ต้องพิสูจน์ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันไม่สมเหตุสมผล ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์

⁷⁸ Article 24 Right to Equal Protection “All persons are equal before the law. Consequently, they are entitled, without discrimination, to equal protection of the law”

⁷⁹ From “Carlos Garcia Saccone v. Argentina (1998)”

⁸⁰ From “Advisory Opinion on Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica, OC-4/84” Inter-American Court of Human Rights (IACHR), 19 January 1984

⁸¹ From “Marcelino Hanriquez et al v. Argentina (2000)”

⁸² From “Maria Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala” Case 11.625 del 19 de enero de (2001)”



๔.๑.๕ การเลือกปฏิบัติโดยตรงตามกฎหมายต่างประเทศ

นอกจากระดับของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวมาแล้ว สำหรับกฎหมายต่างประเทศที่มีการระบุถึงการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงไว้อย่างชัดเจน เช่น

กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศฟินแลนด์ (Non-Discrimination Act (1325/2014) วางหลักว่า “การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination) เกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้รับการปฏิบัติในลักษณะอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นซึ่งได้รับการปฏิบัติหรือจะได้รับการปฏิบัติในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ (Comparable Situation)”⁸³

สำหรับกฎหมายประเทศสวีเดน ก็ได้กำหนดการเลือกปฏิบัติโดยตรงไว้ กล่าวคือ “การที่บุคคลเกิดความเสียหายจากการถูกปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นซึ่งได้รับการปฏิบัติในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ ทั้งนี้ หากการเสียหายนั้นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งเพศ อัตลักษณ์ หรือการแสดงออกของคนข้ามเพศ เชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อ ความพิการ รสนิยมทางเพศ อายุ”⁸⁴

ในกรณีของประเทศแอฟริกาใต้ นั้น รัฐธรรมนูญระบุถึงการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมไว้อย่างชัดเจน แต่ไม่ได้กำหนดนิยามสำหรับการเลือกปฏิบัติทั้งสองกรณีไว้ ดังจะได้ชี้ให้เห็นในหัวข้อต่อไป อย่างไรก็ตาม กฎหมายบางประเทศอาจไม่ระบุถึงการเลือกปฏิบัติโดยตรงไว้อย่างชัดเจน เช่นตามกฎหมายประเทศแคนาดานั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดจำแนกการเลือกปฏิบัติโดยตรงกับโดยอ้อมไว้ แต่ศาลสูงสุดแคนาดาได้เคยวางหลักจำแนกระหว่างการเลือกปฏิบัติว่าอาจเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อมดังจะได้กล่าวถึงต่อไป

๔.๑.๖ การเลือกปฏิบัติโดยตรงตามกฎหมายไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมิได้จำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม สำหรับกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องก็ได้กำหนดไว้ชัดเจนถึงการเลือกปฏิบัติโดยตรงกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าตามกฎหมายไทยไม่ได้มีการกำหนดนิยามหรือคำอธิบายของการเลือกปฏิบัติโดยจำแนกประเภทการเลือกปฏิบัติดังเช่นที่ปรากฏในการตีความกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศบางประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้ว สำหรับการเลือกปฏิบัติโดยตรงตามแนวคำพิพากษาอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

หลักการเลือกปฏิบัติปรากฏจากคำพิพากษาศาลปกครอง ดังจะเห็นได้จากการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ คดีซึ่งมีประเด็นว่ากฎเกณฑ์ที่รัฐออกมานั้นเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ศาลปกครองอธิบายถึงการเลือกปฏิบัติไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.๘ - พ.๑๐/๒๕๔๖ โดยอาจแยกเป็นสองกรณี คือ

๑) ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคแก่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน กรณีนี้จัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

๒) ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล กรณีนี้จัดว่าเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

⁸³ มาตรา 10, Non-Discrimination Act

⁸⁴ มาตรา 4, Discrimination Act

นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๑๘/๒๕๕๗ ก็ได้วางหลักไว้ว่า

“มาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะทางบุคคล สถานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้ ซึ่งเป็นการวางหลักการให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ โดยไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน หรือไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ”

ศาลปกครองยังได้อธิบายหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญไว้ ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๒/๒๕๕๑ มีใจความสำคัญว่า “หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีหลักว่าจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญที่แตกต่างกันให้แตกต่างกันไป

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแนวการพิจารณาความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันก็คือ การปฏิบัติเหมือนกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกัน และการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ดังนั้น การเลือกปฏิบัติจะเกิดขึ้นเมื่อมีการปฏิบัติต่างกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน หรือการปฏิบัติเหมือนกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกัน ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาคดีจึงต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างสาระสำคัญที่พิพาทกันว่า “เหมือนกัน” หรือไม่

ศาลปกครองมีแนววินิจฉัยโดยใช้วิธีการเปรียบเทียบผู้ฟ้องคดีที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติกับบุคคลอื่นที่อยู่ในสภาพหรือเงื่อนไข “เหมือนกัน” เช่น ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่พิจารณาเลื่อนยศให้กับตน เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยอ้างว่ากฎเกณฑ์ที่กำหนดสิทธิประโยชน์จากการออกจากราชการ ส่งผลให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างผู้ฟ้องคดีกับบุคคลอื่นที่อยู่ในสถานะเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองเห็นว่า แม้ผลสุดท้ายจะเกิดความแตกต่างกันระหว่างผู้ฟ้องคดีกับบุคคลอื่น แต่เมื่อเปรียบเทียบแล้วจะพบว่า ผู้ฟ้องคดีกับบุคคลอื่นนั้น ไม่อยู่ในสถานะเดียวกันหรือไม่อาจเปรียบเทียบกันได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการออกจากราชการด้วยสาเหตุคนละอย่าง ด้วยอาศัยหลักกฎหมายคนละมาตรากัน ดังนั้น จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เพราะมิใช่เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่เหมือนกัน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๘๕/๒๕๕๙) ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากรณีนี้เกิดความแตกต่างกัน (Distinction) แต่มิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)

แม้ว่ากฎเกณฑ์ที่พิพาทจะส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างข้าราชการในตำแหน่งที่มีชื่อเรียกหรือสังกัดที่ต่างกัน แต่เมื่อพิจารณาสถานะของบุคคลที่นำมาเปรียบเทียบแล้ว อาจเป็นกรณีที่สามารถถือว่าลักษณะ “เหมือนกัน” ตัวอย่างเช่น คดีที่ศาลปกครองเปรียบเทียบการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่าง⁸⁵

๑. ผู้ดำรงตำแหน่งรองผู้อำนวยการสถานศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสถานศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งครูและครูผู้ช่วย รวมทั้งผู้ดำรงตำแหน่งในหน่วยงานสนับสนุน เช่น เจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป นักวิชาการพัสดุ เจ้าหน้าที่บันทึกข้อมูล เป็นผู้ที่มีสิทธิเลือกตั้งและมีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครู และบุคลากรทางการศึกษาในเขตพื้นที่การศึกษา ด้วยคุณสมบัติด้านตำแหน่ง

⁸⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๑๗/๑๕๕๑



๒. ผู้ดำรงตำแหน่งรองผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา และผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารการศึกษาขั้นพื้นฐาน เป็นผู้ที่ไม่มีสิทธิเลือกตั้ง และไม่มีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ในเขตพื้นที่การศึกษา

จากการเปรียบเทียบบุคคลทั้งสองกลุ่มดังกล่าว ศาลปกครองวินิจฉัยว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจาก “ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างผู้มีสิทธิกับผู้ไม่มีสิทธิในการเลือกตั้ง และเข้ารับการเลือกตั้ง โดยไม่เป็นธรรมและไม่มีเหตุผลอันอาจรับฟังได้ อันขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

ในบางคดี มีประเด็นการพิจารณาแต่งตั้งเจ้าหน้าที่จากบุคคลที่อยู่ในกลุ่มแตกต่างกัน ศาลพิจารณาว่าการแบ่งกลุ่มผู้ถูกประเมินให้อยู่ต่างกลุ่มกันนั้น หากมีการประเมินโดยใช้เกณฑ์เดียวกัน ก็ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ดังจะเห็นได้จากคดีที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ในการประเมินแม่มีการจัดแบ่งข้าราชการออกเป็น ๒ กลุ่ม ก็ตาม แต่ก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันและพิจารณาครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ทุกด้าน ซึ่งการเปรียบเทียบวัดค่าคะแนนแยกกลุ่มกันระหว่างข้าราชการระดับ ๘ กับระดับ ๗ ย่อมเป็นธรรมกับข้าราชการในแต่ละกลุ่มแล้ว ดังนั้น จึงเห็นว่าการประเมินผลการปฏิบัติงานในการพิจารณาแต่งตั้งครั้งนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๑๓๔/๒๕๔๘) จะเห็นได้ว่า กรณีนี้เป็นการประเมินบุคคลที่จัดอยู่ในสองกลุ่มอันแตกต่างกัน เพื่อดำรงตำแหน่งเดียวกัน โดยใช้เกณฑ์เหมือนกัน จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม หากมีการประเมินบุคคลสองกลุ่มที่แตกต่างกัน โดยใช้เกณฑ์ที่แตกต่างกัน เพื่อนำมาสู่การพิจารณาแต่งตั้งในตำแหน่งเดียวกัน อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้

ในกรณีการยื่นคำขอดำรงตำแหน่งหนึ่ง ซึ่งคณะกรรมการมีมติให้ผู้ขอดำรงตำแหน่งบางรายต้องทำการบางอย่าง ในขณะที่ผู้ขอดำรงตำแหน่งเดียวกันรายอื่นไม่ต้องทำนั้น ศาลเปรียบเทียบผู้ขอดำรงตำแหน่งรายอื่นเปรียบเทียบแล้วเห็นว่าผู้ฟ้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างในสาระสำคัญ ดังจะเห็นได้จากคดีที่ศาลตัดสินว่า “การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติเห็นชอบให้ผู้ยื่นคำขอรายอื่นซึ่งดำรงตำแหน่งในลักษณะเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีที่ยื่นคำขอในลำดับก่อนและหลังผู้ฟ้องคดี โดยมีได้ให้บุคคลดังกล่าวจัดทำวสัยทัศน์ประกอบการพิจารณาแต่อย่างใด กรณีจึงเห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันให้แตกต่างกันในสาระสำคัญอันเป็นการเลือกปฏิบัติ” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๔๑/๒๕๕๒)

สำหรับประเด็นปัญหาว่า บุคคลคนเดียวกันได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากกฎเกณฑ์หรือคำสั่งทางปกครอง จะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่นั้น ศาลพิจารณาคำสั่งแต่ละกรณีว่าอยู่ภายใต้เงื่อนไขและปัจจัยที่เหมือนกันหรือไม่ ดังตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๖๑/๒๕๕๑ ศาลตัดสินว่า “การลงโทษผู้ฟ้องคดีทั้งสองกรณีเกิดจากมูลเหตุต่างกัน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งที่ ๔๕/๒๕๔๕ ลงโทษกักขังจึงเป็นคำสั่งไม่เข้าซ้อนกับคำสั่งกล่าวตักเตือน ประกอบกับกรณีดังกล่าวเป็นไปตามระดับทัณฑ์มาตรฐาน ซึ่งผู้บังคับบัญชาได้กำหนดไว้ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวลงโทษข้าราชการรายอื่นที่มีความบกพร่องในลักษณะเดียวกันนี้มาแล้ว กรณีจึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม”

สำหรับกรณีการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยสาเหตุของวุฒิการศึกษานั้น มักจะเกิดขึ้นในมิติของการจ้างแรงงาน เช่น กรณีปัญหาว่าบุคคลที่จบการศึกษาปริญญาตรีโดยไม่ได้รับเกียรติคุณ กับบุคคลที่จบการศึกษาปริญญาตรีเกียรติคุณนั้น เป็นบุคคลที่ “เหมือนกัน” หรือไม่ หากพิจารณาว่าเป็นบุคคลที่เหมือนกัน ก็จะส่งผลต่อไปว่า กฎที่ให้สิทธิแก่บุคคลทั้งสองแตกต่างกัน จะเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่หากพิจารณาว่าเป็นบุคคลที่แตกต่างกัน ก็อาจทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ ในประเด็นนี้ศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า บุคคลทั้งสองกลุ่มนั้น “เหมือนกัน” ดังนั้น กฎที่ส่งผลให้บุคคลทั้งสองกลุ่มได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน จึงเป็นการเลือกปฏิบัติ ศาลได้อธิบายไว้ว่า

“... โดยที่ระบบการศึกษาของสถาบันการศึกษาของรัฐหรือเอกชนในประเทศไทย ไม่ได้มีการจัดแยกหลักสูตรระหว่างหลักสูตรปริญญาตรีเกียรตินิยมกับหลักสูตรปริญญาตรีธรรมดา กล่าวคือ ผู้ที่สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมหรือสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยมจะต้องผ่านการศึกษาในวิชาการต่างๆ ที่สถาบันการศึกษากำหนด และผ่านการทดสอบและรับรองว่าได้สำเร็จการศึกษาแล้วเรียนมาครบถ้วนตามหลักสูตรที่กำหนดไว้ และจะต้องได้รับคะแนนไม่ต่ำกว่ามาตรฐานที่สถาบันการศึกษานั้น ๆ กำหนดเหมือน ๆ กัน เพียงแต่ผู้ที่มีคะแนนสูงในระดับหนึ่งและผ่านเงื่อนไขที่สถาบันการศึกษาแต่ละแห่งกำหนด เช่น ไม่เคยสอบตกในวิชาใดวิชาหนึ่ง เป็นต้น ก็จะได้รับยกย่องด้วยการให้เกียรตินิยมแต่ยังคงถือว่าบุคคลดังกล่าวมีความรู้หรือมีวุฒิในสาขาวิชาการที่สำเร็จมาเช่นเดียวกับบุคคลที่ไม่ได้รับเกียรตินิยม จึงถือว่าผู้ที่สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรีสาขาใดก็ย่อมมีศักดิ์และสิทธิเสมอกัน ไม่ว่าจะได้รับปริญญาเกียรตินิยมหรือไม่ได้รับเกียรตินิยมก็ตาม ทั้งบุคคลที่ไม่ได้รับเกียรตินิยมก็สามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการได้เช่นเดียวกับผู้ได้รับเกียรตินิยม ดังนั้น มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่กำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมโดยถือว่าเป็นวุฒิที่ใช้ในการคัดเลือก จึงเป็นการให้สิทธิเหนือกว่าหรือดีกว่าผู้ที่ได้รับปริญญาตรีในสาขาเดียวกันแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยม ทั้ง ๆ ที่ได้รับวุฒิอย่างเดียวกัน ซึ่งมีศักดิ์และสิทธิที่สถาบันการศึกษารับรองเช่นเดียวกัน มติดังกล่าวจึงเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๕๘/๒๕๕๐) เช่นเดียวกับคำพิพากษาที่ตัดสินว่า “การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาถือเป็นเหตุพิเศษที่จะให้ได้รับสิทธิคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันนั้น เห็นว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๗๙/๒๕๕๐)

จากแนวคำพิพากษาดังกล่าว เมื่อนำมาพิจารณากรณีข้อเท็จจริงที่มีปัญหาว่า การรับสมัครงานโดยรับเฉพาะผู้จบการศึกษาจากสถาบันการศึกษาบางแห่งเท่านั้นเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ทั้งนี้เพราะจากกรณีดังกล่าว ผู้จบการศึกษาจากสถาบันการศึกษาอื่นในสาขาและคุณวุฒิที่เหมือนกันไม่สามารถสมัครได้ หากเทียบเคียงกับคำพิพากษาข้างต้นจะเห็นได้ว่า กรณีเช่นนี้ก็เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่ “เหมือนกัน” เนื่องจากมีคุณวุฒิเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะจบการศึกษาจากสถาบันใด

การเปรียบเทียบผู้ถูกเลือกปฏิบัติจะต้องพิจารณาความแตกต่างในรายละเอียดด้วย เช่น การปฏิบัติต่อผู้ที่จบการศึกษาจากประเทศหนึ่งในลักษณะด้อยกว่าอีกประเทศหนึ่ง โดยทั่วไปแล้วเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่หากการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวนี้มิได้เกิดจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ โดยข้อเท็จจริงแสดงว่ามีเหตุหรือปัจจัยอื่นเข้ามาประกอบทำให้เกิดความแตกต่าง กรณีนั้นก็จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น คดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการรับรองคุณวุฒิกำหนดเงินเดือนและระดับให้แก่ผู้มีคุณวุฒิจากต่างประเทศ ส่งผลให้ผู้จบการศึกษาจากประเทศอินเดียได้รับอัตราเงินเดือนต่ำกว่าผู้จบการศึกษาด้วยคุณวุฒิเดียวกันจากประเทศอื่น กรณีนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติถิ่นกำเนิด ฯลฯ อย่างไรก็ตาม มีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวมิได้มุ่งใช้กับผู้จบการศึกษาจากประเทศใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการวางหลักเกณฑ์จากระยะเวลาการศึกษา กล่าวคือ ไม่ว่าผู้จบการศึกษานั้นจะจบจากประเทศใด ก็อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่พิจารณาจากระยะเวลาดำเนินการทั้งสิ้น คดีนี้ศาลเห็นว่าผู้ฟ้องคดีสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทในประเทศอินเดีย ซึ่งใช้เวลาในการศึกษาน้อยกว่าผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทในประเทศไทยหนึ่งปี เมื่อจำนวนปีการศึกษาของประเทศอินเดียน้อยกว่าประเทศไทย ย่อมทำให้เนื้อหาของหลักสูตรและการประเมินความรู้แตกต่างกันด้วย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงกำหนดอัตราเงินเดือนของผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทจากประเทศอินเดียไว้ต่ำกว่าผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทจากประเทศไทย ๑ ขั้น ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาคณวุฒิที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กำหนดนี้ มิได้ใช้เฉพาะแต่ในประเทศอินเดียเท่านั้น แต่ยังใช้กับประเทศอื่น ๆ ที่มีระยะเวลาการศึกษาตามที่หลักสูตรกำหนดน้อยกว่าประเทศไทยด้วย เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๙๙/๒๕๕๑)



ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกัน จะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่นั้น ต้องนำปัจจัยต่าง ๆ ในรายละเอียดของการปฏิบัตินั้นมาพิจารณาด้วย

นอกจากการเปรียบเทียบระหว่างบุคคลคนหนึ่งกับบุคคลอีกคนหนึ่งที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันภายใต้เงื่อนไขที่ว่าบุคคลทั้งสอง “เหมือนกัน” แล้ว ยังพบว่าศาลได้เปรียบเทียบข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่ “เหมือนกัน” ซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลคนเดียวกันด้วย เช่น ศาลปกครองเปรียบเทียบการปฏิบัติในการจัดซื้อจัดจ้างที่ผู้ถูกฟ้องเคยปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีในการประกวดราคาครั้งก่อน ๆ กับครั้งที่พิพาท และเห็นว่า ในการประกวดราคาครั้งที่พิพาทนี้ไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงที่ต่างกัน (เป็นกรณีข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน แต่เกิดการปฏิบัติแตกต่างกัน) จึงตัดสินว่าผู้ถูกฟ้องคดีเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๕๔/๒๕๔๗)

ในบางคดีที่มีประเด็นการกำหนดเงินค่าทดแทนที่ดินแก่ผู้ถูกเวนคืนแตกต่างกัน ปัจจัยที่นำมาเปรียบเทียบ คือ ที่ดินที่อยู่ติดขอยส่วนบุคคลเช่นเดียวกันและมีสภาพที่ดินคล้ายกับที่ดินของผู้ฟ้องคดี ซึ่งคณะกรรมการกำหนดค่าทดแทนมากกว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองให้ผู้ถูกฟ้องคดีวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีใหม่ในราคาที่เป็นธรรมใกล้เคียงกับที่ดินที่อยู่ในบริเวณเดียวกัน (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ๑๒๗๒/๒๕๔๕)

ในกรณีที่สาระสำคัญของเรื่องนั้น ๆ มีความแตกต่างกัน ก็อาจมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ เช่น ผู้ฟ้องคดีเข้าครอบครองที่ดินในพื้นที่เขตชลประทานโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมาย กรณีจึงไม่อาจเปรียบเทียบกับบุคคลผู้มีสิทธิดังกล่าวซึ่งกฎหมายรับรองได้ การที่ได้รับการปฏิบัติจากทางราชการจึงย่อมแตกต่างกัน กรณีจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่พิจารณาจ่ายค่าทดแทนต้นไม้และบ่อน้ำให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๔๙๗/๒๕๕๑) ในทางกลับกัน หากสาระสำคัญของเรื่องนั้น ๆ เหมือนกัน การปฏิบัติที่แตกต่างกันจะขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ เช่น สาระสำคัญของกรณีนี้คือ ผู้ครอบครองที่ดินทั้ง ๕๔ รายซึ่งถูกเวนคืนที่ดิน ดังนั้น การแบ่งกลุ่มบุคคลดังกล่าวออกเป็นสองกลุ่มและวางหลักเกณฑ์ให้ค่าทดแทนแตกต่างกัน จึงเป็นการปฏิบัติต่อสาระสำคัญที่เหมือนกันให้เกิดความแตกต่างกัน จึงขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๒/๒๕๕๑)

โดยสรุปแล้วพบว่า แนวการพิจารณาความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันก็คือ การปฏิบัติเหมือนกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกัน และการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ดังนั้น หากมีการปฏิบัติต่างกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกัน หรือการปฏิบัติเหมือนกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ก็จัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน การพิจารณาเช่นนี้สอดคล้องกับหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรง

๔.๒ การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination)

แนวคิดและหลักการของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมจะแตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมีองค์ประกอบสำคัญ ๒ ประการ ได้แก่

ประการแรก กฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นเมื่อพิจารณาภายนอกโดยทั่วไปแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นกลาง (Neutral on Its Face / Facially Neutral) กล่าวคือ ไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่กฎเกณฑ์นั้นส่งผลกระทบในทางปฏิบัติทำให้เกิดความแตกต่าง (Differential Impact) ระหว่างบุคคลบางกลุ่ม โดยทำให้บุคคลบางกลุ่มนั้นถูกปฏิบัติในลักษณะเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าหรือถูกกีดกันสิทธิบางประการ

ประการที่สอง กฎเกณฑ์ที่พิพาทซึ่งมีลักษณะเป็นกลางนั้น ไม่มีเหตุผลรองรับ (Justification) ที่สมเหตุสมผลและได้สัดส่วน (Reasonable and Proportional)

ในการพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของกฎเกณฑ์ จะต้องมีการชั่งน้ำหนักเหตุผลของกฎเกณฑ์นั้นเทียบกับผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลที่เกิดขึ้นจากกฎเกณฑ์ดังกล่าว โดยพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เช่น จำนวนคนที่ได้รับผลกระทบในเชิงเสียเปรียบและระดับความเสียเปรียบที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาว่ามีทางเลือกอื่นหรือวิธีการอื่นหรือไม่ที่อาจนำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้น

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับ การเลือกปฏิบัติโดยตรงจะเห็นได้ว่าโดยทั่วไปแล้วการเลือกปฏิบัติโดยตรงจะเห็นได้ชัดเจนกว่าเพราะมีการปฏิบัติที่ต่างกัน ในขณะที่กรณีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั้นบุคคลทุกกลุ่มที่แตกต่างกันได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ในการพิสูจน์ถึงการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั้นจะเกี่ยวข้องกับการแสดงให้เห็นว่า กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นกลางนั้นส่งผลกระทบในทางลบต่อกลุ่มต่าง ๆ อย่างไร โดยแห่งการปฏิบัติที่ต่างกันนั้นเกี่ยวข้องกับเรื่องเชื้อชาติ สีผิว ฯลฯ และส่งผลกระทบในทางลบต่อกลุ่มบางกลุ่ม เช่น กำหนดกฎเกณฑ์คุณสมบัติเพื่อให้ได้สิทธิหรือผลประโยชน์บางอย่าง ซึ่งแม้ว่าเป็นเกณฑ์ที่ใช้สำหรับบุคคลทุกกลุ่มแต่จากเงื่อนไขที่กำหนดส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มไม่สามารถเข้าถึงหรือได้รับสิทธินั้น เป็นต้น สำหรับการพิสูจน์นั้นอาจต้องใช้สถิติเพื่อระบุผลกระทบของมาตรการหรือกฎเกณฑ์นั้นต่อกลุ่มที่ต่างกัน

๔.๒.๑ การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมในบริบทของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ

เมื่อพิจารณาตาม ICCPR มาตรา ๒ และ ๒๖ ประกอบกับความเห็นทั่วไปของ HRC (General comment No. 18) จะเห็นได้ว่าหลักการเลือกปฏิบัตินั้นครอบคลุมทั้งการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม สำหรับสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนอื่น เช่น CERD และ CEDAW นั้นก็สะท้อนหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเช่นกัน

ข้อเสนอแนะของ CERD General Recommendation 14⁸⁶ อธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้ว่า “การปฏิบัติที่แตกต่าง (differentiation of treatment) จะไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หากพิจารณาการปฏิบัติที่ต่างกันนั้นเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของสนธิสัญญาแล้วมีความชอบธรรมหรือตกอยู่ในขอบเขตมาตรา ๑ ย่อหน้า ๔ ของสนธิสัญญานี้ ในการพิจารณานั้น คณะกรรมการยอมรับว่าการกระทำใด

⁸⁶ CERD General Recommendation 14 (Art. 2, para. 1: Definition of discrimination)



การกระทำหนึ่งอาจมีวัตถุประสงค์หลากหลาย ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่าการปฏิบัติอันหนึ่งส่งผลขัดแย้งต่อหลักการตามสนธิสัญญาหรือไม่นั้น คณะกรรมการจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอันไม่สามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable desperate impact) ต่อบุคคลที่ถูกจำแนกความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สัญชาติ ถิ่นกำเนิด” กล่าวคือ การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction) อันขัดแย้งต่อสนธิสัญญานี้เกิดขึ้น “หากมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบ (purpose or effect) ให้เสียสิทธิหรือเสรีภาพบางประการ ดังนั้น รัฐสมาชิกมีพันธกรณีในอันที่จะต้องยกเลิกกฎหมายหรือการปฏิบัติใด ๆ อันส่งผลกระทบต่อการทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ โดยในการพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องพิจารณาว่ามีผลกระทบที่ไม่เป็นธรรมหรือปราศจากเหตุอันสมควรหรือไม่”⁸⁷ จะเห็นได้ว่าแม้ความเห็นทั่วไปนี้มิได้กล่าวโดยชัดเจนถึงการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) แต่จากที่อธิบายว่า “การกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอันไม่สามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable desperate impact)” สะท้อนให้เห็นปัจจัยการพิจารณาในแง่ “ผลกระทบ” (Effect) ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติอันนี้อาจเกิดมีได้บนพื้นฐานของการสร้างผลกระทบในทางลบให้เกิดขึ้นจากกฎเกณฑ์ที่โดยทั่วไปแล้วใช้กับบุคคลทุกกลุ่ม แต่ส่งผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุเชื้อชาติ ในคดี L. R. et al. v. Slovakia⁸⁸ คณะกรรมการอธิบายว่า ตามความหมายของการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาตินั้นมีขอบเขตกว้างกว่ามาตรการที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติอย่างชัดแจ้ง (Explicitly discrimination) แต่ครอบคลุมมาตรการซึ่งมิได้เลือกปฏิบัติโดยสภาพภายนอกแต่ส่งผลของการเลือกปฏิบัติในทางปฏิบัติและในเชิงผลกระทบ (discriminatory in fact and in effect) ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม”

ความเห็นทั่วไป (General comment) ของกลไกตามสนธิสัญญา ICESCR⁸⁹ ได้อธิบายโดยจำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ

“การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation treatment) ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม อาจเข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติภายใต้มาตรา ๒ ของสนธิสัญญานี้

การเลือกปฏิบัติโดยตรง เกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การจ้างงานในสถาบันการศึกษาหรือการสมัครสมาชิกในสหภาพ การค้ำชั่งอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็นทางการเมืองของลูกจ้างหรือผู้สมัคร การเลือกปฏิบัติทางตรงรวมถึงการกระทำที่ส่งผลร้ายหรือการละเว้นการกระทำบางอย่างบนพื้นฐานจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเมื่อไม่มีสถานการณ์เหมือนกันให้เปรียบเทียบได้

การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม เป็นกรณีที่กฎหมาย นโยบาย การปฏิบัติ ซึ่งโดยสภาพทั่วไปภายนอกแล้วมีลักษณะเป็นกลาง แต่ส่งผลกระทบในทางลบต่อการใช้สิทธิตามสนธิสัญญานี้บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การกำหนดให้การสมัครเข้าเรียนในโรงเรียนต้องใช้ใบสูติบัตร ส่งผลกระทบเป็นการเลือกปฏิบัติต่อชนกลุ่มน้อย หรือผู้ไม่มีสัญชาตินั้น หรือผู้ซึ่งถูกปฏิเสธการออกสูติบัตร ทำให้บุคคลเหล่านั้นไม่มีสิทธิได้รับการศึกษา”

จะเห็นได้ว่าความเห็นทั่วไปนี้มีการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองประเภทอย่างชัดเจน รวมทั้งอธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติทั้งสองด้วย

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ From “L. R. et al. v. Slovakia”, Communication No. 31/2003, U.N. Doc.CERD/C/66/D/31/2003

⁸⁹ From “General comment No. 20 Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (Art. 2, para. 2)”, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

นอกจากนี้ ในความเห็นทั่วไปเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตาม ICESCR นั้น ICESCR อธิบายว่า⁹⁰ “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเกิดขึ้นเมื่อกฎหมาย นโยบาย หรือแผนงาน มิได้ปรากฏให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติ แต่มีผลในเชิงเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นเมื่อนำกฎหมาย นโยบาย หรือแผนงานนั้นไปทำให้เกิดผลในทางปฏิบัติ เช่น กฎหมายที่เป็นกลางทางเพศ (Gender-neutral law) ที่มีขอบเขตใช้บังคับกับทั้งหญิงและชาย แต่ส่งผลทำให้ผู้หญิงไม่สามารถเข้าถึงหรือได้รับสิทธิบางอย่างที่กำหนดขึ้นในทางปฏิบัติเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ชาย”

สำหรับ ICCPR นั้น มีคดีที่แสดงให้เห็นถึงหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมที่สำคัญ คือ

คดี Singh Bhinder v. Canada⁹¹ เป็นกรณีที่ผู้ร้องถูกเลิกจ้างเพราะไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ด้านความปลอดภัยในการทำงานที่รัฐบาลแคนาดากำหนดขึ้นโดยไม่ยอมสวมหมวกนิรภัยขณะปฏิบัติงาน อย่างไรก็ตาม ผู้ร้องอ้างว่าตามหลักศาสนา (Sikh religion) ต้องโพกผ้าคลุมศีรษะ ซึ่งเป็นการแสดงออกถึงความเชื่อทางศาสนาอันได้รับการคุ้มครองตามมาตรา ๑๘ ของ ICCPR นอกจากนี้ ยังโต้แย้งว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่มีเหตุผลอันสมควรและไม่มีความจำเป็นในการปกป้องความปลอดภัยของสาธารณะ เพราะความเสี่ยงจากการไม่ปฏิบัติตามกฎเพื่อความปลอดภัยดังกล่าวหากมีขึ้นก็จำกัดเฉพาะที่ตัวเขาเท่านั้น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดาเห็นว่าการละเมิดสิทธิตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดาเนื่องจากปฏิเสธการจ้างงานด้วยเหตุแห่งศาสนา อย่างไรก็ตาม ศาลไม่เห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน โดยอ้างว่ารัฐธรรมนูญแคนาดานั้นห้ามเฉพาะการเลือกปฏิบัติโดยตรงและมีเจตนาเท่านั้น (Direct and intentional discrimination) ศาลสูงสุดยืนตามคำตัดสินดังกล่าว

ในการพิจารณาของ HRC รัฐบาลแคนาดาอ้างว่าผู้ร้องมิได้ถูกเลิกจ้างเพราะศาสนาแต่เป็นเพราะปฏิเสธในการปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นกลางโดยสภาพ (Neutral legal requirement) ซึ่งตราขึ้นโดยมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายและใช้บังคับกับบุคคลทุกคนโดยไม่เลือกหรือเจาะจงกับกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ดังนั้น จึงไม่ละเมิดต่อมาตรา ๑๘ ของ ICCPR ในประเด็นนี้คณะกรรมการเห็นว่า ตามมาตรา ๑๘ และมาตรา ๒๖ ของ ICCPR นั้น ครอบคลุมถึงมาตรการที่โดยสภาพภายนอกแล้วมีความเป็นกลาง กล่าวคือ ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ สำหรับกฎเกณฑ์เพื่อความปลอดภัยนี้ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติในทางพฤตินัย (Discrimination de facto) ต่อผู้นับถือศาสนา Sikh ตามมาตรา ๒๖ อย่างไรก็ตาม HRC เห็นว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควรและมุ่งต่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามเงื่อนไขของมาตรา ๑๘ จึงไม่เป็นการฝ่าฝืน ICCPR

จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า แม้ผลสุดท้ายกฎเกณฑ์ของแคนาดาจะไม่ฝ่าฝืนต่อ ICCPR แต่ก็ยังเป็นเพราะกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควร ซึ่งเปรียบเทียบกับคดีอื่น ๆ เช่น คดี Althammer v. Austria⁹² เป็นกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติโดยรัฐยกเลิกผลประโยชน์เกี่ยวกับที่อยู่อาศัย ซึ่งผู้ร้องเห็นว่าทำให้ตนเสียเปรียบเมื่อเปรียบเทียบกับคนที่ยังทำงานอยู่ กรณีนี้นอกจากเหตุผลว่าการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตาม ICCPR จะต้องอยู่บนพื้นฐานเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๖ แล้ว ผู้ร้องยังไม่สามารถแสดงให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักเหตุผลและความได้สัดส่วน ดังนั้น HRC จึงเห็นว่ามาตรการดังกล่าวมีเหตุผลสมควร จึงไม่ใชการเลือกปฏิบัติ

⁹⁰ From “General Comment No. 16; The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3)” UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), 11 August 2005, E/C.12/2005/4.

⁹¹ From “Singh Bhinder v. Canada (208/86)”

⁹² From “Althammer v. Austria” UNHRC Comm. No. 998/2001

แต่โดยหลักแล้ว ในคดี Singh Bhinder v. Canada นั้น HRC เห็นไปในทิศทางเดียวกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดา และเห็นด้วยกับข้ออ้างของผู้ร้องที่ว่ามาตรการดังกล่าวแม้ว่าใช้บังคับกับทุกคน แต่ส่งผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการแสดงออกซึ่งความเชื่อทางศาสนาผ่านการสวมผ้าคลุมศีรษะ มาตรการดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมหรือที่ HRC เรียกว่าการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้รับการตีความว่าอยู่ในขอบเขตของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

๔.๒.๒ การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมในบริบทของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนของยุโรป

ในบริบทของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) นั้น การพิจารณาของ ECHR ในคดี Abdulaziz Cabales and Balkandali v. The United Kingdom⁹³ ชี้ให้เห็นว่า ECHR ไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม เพราะตัดสินว่าผู้ร้องไม่สามารถแสดงให้เห็นว่ากฎการเข้าเมืองซึ่งส่งผล (Effect) ให้เกิดการจำกัดการเข้าเมืองของบุคคลจากบางภูมิภาคนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สำหรับคดี Hugh Jordan v. The United Kingdom⁹⁴ นั้น ECHR ตัดสินว่าการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมอยู่ในขอบเขตของ ECHR โดยอธิบายว่า “เมื่อนโยบายหรือมาตรการที่มีเนื้อหาเป็นการทั่วไป แต่ส่งผลกระทบอย่างไม่ได้สัดส่วนต่อบุคคลบางกลุ่ม นโยบายหรือมาตรการนั้นอาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้แม้ว่าไม่มุ่งเจาะจงต่อบุคคลกลุ่มนั้นก็ตาม” ในคดีนี้ผู้ร้องอ้างข้อเท็จจริงว่าคนส่วนใหญ่ที่ถูกฆ่าโดยกองกำลังของสหราชอาณาจักรนั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มศาสนา แสดงว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยใช้กำลังและขาดการเข้าถึงการเยียวยาทางกฎหมายสำหรับคนบางกลุ่มในสังคม ในคดี Zarb Adami v. Malta⁹⁵ วางหลักสำคัญว่า การเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดจากตัวมาตรการหรือตัวกฎหมายเท่านั้น แต่ยังอาจเกิดจากสถานการณ์ตามความเป็นจริงหรือโดยพฤตินัย (De Facto) ดังนั้น เมื่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้จำแนกความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเพศ แต่ข้อมูลสถิติพิสูจน์ว่าเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบเพราะเหตุแห่งเพศ (ลูกชายที่เป็นชายมีจำนวนมากกว่าหญิง) จึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างชายและหญิงซึ่งขัดแย้งกับมาตรา ๑๔ และมาตรา ๔ (๓) (d)

การดำเนินคดีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสหภาพยุโรปที่มีประเด็นเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐอันกระทบต่อสิทธิพลเมือง เช่น สิทธิในชีวิต ของกลุ่มเชื้อชาติบางกลุ่ม⁹⁶ ในหลายคดี ผู้ร้องไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำที่กล่าวอ้างนั้นมีเจตนาโดยตรงในการเลือกปฏิบัติ (Intent to Directly Discrimination)⁹⁷ อย่างไรก็ดี ในคดี Nachova and Others v. Bulgaria มีการวางแนววินิจฉัยว่าหากมีข้อเท็จจริงแสดงถึงมูลเหตุจูงใจของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติแล้ว ภาระพิสูจน์จะตกแก่รัฐที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นไม่มีแรงจูงใจหรือมูลเหตุที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ข้อเท็จจริงคดีนี้เกี่ยวข้องกับชายชาวโรมา (Roma) สองคนซึ่งถูกยิงเสียชีวิตขณะต่อสู้กับกองกำลังตำรวจในการใช้กำลังเข้าจับกุม⁹⁸ โดยในระหว่างเหตุการณ์ เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นคนวิสามัญผู้ต้องหาได้ทำการตะโกนออกมาว่า “แกเป็นพวกยิปซีชั่วร้าย (You Damn Gypsies)” ทั้งนี้ ECHR พบว่ารัฐได้ละเมิด

⁹³ From “Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. UK” Application Nos. 9214/80; 9473/81; 9474/81

⁹⁴ From “Hugh Jordan v. United Kingdom” Application No. 24746/94

⁹⁵ From “Zarb Adami v. Malta” 44 EHRR 3, IHRL 3192 (ECHR 2006)

⁹⁶ Right to life ในมาตรา 2 ประกอบกับมาตรา 14 ของ ECHR

⁹⁷ From “Anguelova v. Bulgaria” และ “Velikova v. Bulgaria”

⁹⁸ From “Nachova and Others v. Bulgaria [GC]” Nos. 43577/98 and 43579/98) July 6, 2005. ECHR

สิทธิในชีวิต (Right to Life) ของผู้ต้องสงสัย (มาตรา ๒ ของ ECHR) อีกทั้งเป็นความผิดพลาดในการทำการสืบสวนอย่างเพียงพอของการเสียชีวิต ซึ่งถือเป็นข้อบกพร่องในการสืบสวน และเท่ากับว่าเป็นการละเมิดมาตรา ๒ ร่วมกับสิทธิจากการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ เนื่องจากรัฐมีหน้าที่ในการทำการสืบสวนแรงจูงใจพิเศษที่อาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ

นอกจาก ECHR แล้ว กฎหมายสหภาพยุโรปก็มีการยอมรับหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเช่นกัน อาจกล่าวได้ว่า ทั้ง ECHR และ EU law ตระหนักว่าการเลือกปฏิบัติอาจไม่ได้เป็นผลจากการปฏิบัติที่แตกต่างกันกับบุคคลที่อยู่ในสถานภาพเดียวกัน แต่กฎเกณฑ์ มาตรการที่พิจารณาจากเนื้อหาแล้วมีความเท่าเทียมกัน แต่เป็นการกำหนดความเท่าเทียมกันให้กับบุคคลที่อยู่ในสถานภาพแตกต่างกันด้วย จึงพิจารณาได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) กล่าวคือ แม้ว่าการปฏิบัติไม่ได้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ผลกระทบของการปฏิบัติทำให้เกิดความแตกต่างกันขึ้น ซึ่งผู้ถูกปฏิบัติจะรู้สึกถึงความแตกต่าง โดยกฎหมายสหภาพยุโรปเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันทางเชื้อชาติ⁹⁹ วางหลักว่าการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) จะเกิดขึ้นเมื่อมีกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเนื้อหาเป็นกลาง (Neutral Provision) ซึ่งเกณฑ์หรือการปฏิบัติ (Criterion or Practice) จะใช้เชื้อชาติหรือชาติพันธุ์ (Racial or Ethnic Origin) ของบุคคล ซึ่งมีข้อเสียเปรียบโดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอื่น¹⁰⁰ โดย ECHR ได้กล่าวถึงความหมายของการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) ในการพิจารณาตัดสินหลายคดีว่าเป็นความแตกต่างในการปฏิบัติซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของผลกระทบจากความเสียเปรียบอย่างไม่ได้สัดส่วน (Disproportionately Prejudicial Effects) ของนโยบายทั่วไปหรือมาตรการซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติเฉพาะกลุ่ม (Discriminates Against a Group)¹⁰¹

ในบางกรณีกฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นไม่ระบุการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งเพศ แต่ผลที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของกฎเกณฑ์นั้นทำให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบอีกกลุ่มหนึ่งด้วยเหตุแห่งเพศ เช่น คดี *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main* ในกรณีนี้การคำนวณเงินที่จะได้รับหลังการเกษียณอายุมีการใช้อัตราการคำนวณที่ต่างกันระหว่างลูกจ้างที่ทำงานแบบไม่เต็มเวลา (Part-Time Employees) และลูกจ้างที่ทำงานแบบเต็มเวลา (Full-Time Employees)¹⁰² โดยอัตราที่ต่างกันนั้นไม่ได้ขึ้นกับความแตกต่างของเวลาที่ใช้ในการปฏิบัติงาน ทั้งนี้ ลูกจ้างที่ทำงานแบบไม่เต็มเวลา (Part-Time Employees) จะได้รับเงินหลังเกษียณน้อยกว่าลูกจ้างที่ทำงานแบบเต็มเวลา (Full-Time Employees) ซึ่งเมื่อพิจารณาช่วงเวลาของการให้บริการ (Length of Service) แล้วนั้นลูกจ้างที่ทำงานแบบไม่เต็มเวลา (Part-Time Employees) ย่อมได้รับเงินน้อยกว่าลูกจ้างที่ทำงานแบบเต็มเวลา (Full-Time Employees) โดยเกณฑ์กลางของการคำนวณเงินหลังเกษียณนี้มีผลให้ใช้กับลูกจ้างชั่วคราวทั้งหมด แม้ว่าประมาณ ๘๐% ของลูกจ้างที่ทำงานแบบไม่เต็มเวลา (Part-Time Employees) จะเป็นผู้หญิง แต่ผลกระทบที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของเกณฑ์คำนวณนี้ก็ทำให้เกิดความไม่เหมาะสมในสัดส่วนที่เป็นเชิงลบต่อผู้หญิงเมื่อเทียบกับผู้ชาย

⁹⁹ Article 2 (2) (b) ของ the Racial Equality Directive

¹⁰⁰ Similarly: *Employment Equality Directive*, Article 2 (2) (b); *Gender Equality Directive (Recast)*, Article 2 (1) (b); *Gender Goods and Services Directive*, Article 2 (b).

¹⁰¹ From “*D.H. and Others v. the Czech Republic*” [GC] (No. 57325/00), November 13, 2007, para. 184; “*Opuz v. Turkey*” (No. 33401/02), June 9, 2009, para. 183; “*Zarb Adami v. Malta*” (No. 17209/02), June 20, 2006, para. 80., ECHR

¹⁰² From “*Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main and Silvia Becker v. Land Hessen*”, Joined Cases C-4/02 and C-5/02 [2003] ECR I-12575, October 23, 2003.



ในคดี *D.H. and Others v. the Czech Republic Case* ได้มีการใช้ชุดทดสอบในการวัดระดับสติปัญญาและความเหมาะสมของนักเรียนเพื่อที่ใช้ในการพิจารณาว่าผู้ทดสอบต้องออกจากการศึกษาหลักเพื่อไปอยู่ในโรงเรียนพิเศษ¹⁰³ ซึ่งโรงเรียนพิเศษเหล่านี้ได้ถูกออกแบบโดยเฉพาะสำหรับนักเรียนที่มีความทุพพลภาพด้านสติปัญญา (Intellectual Disabilities) และมีความลำบากในการเรียนรู้ (Learning Difficulty) โดยการทดสอบเดียวกันนี้ได้ถูกนำไปใช้กับนักเรียนทั้งหมดผู้ซึ่งถูกพิจารณาว่าควรจะต้องไปอยู่โรงเรียนพิเศษ อย่างไรก็ตาม ปรากฏข้อเท็จจริงว่า การทดสอบได้ถูกออกแบบเพื่อใช้ทั่ว ๆ ไปในกลุ่มสังคมที่มีประชากรบางเชื้อชาติอาศัยอยู่เป็นส่วนใหญ่ ซึ่งผลที่เกิดขึ้นตามมา คือ นักเรียนบางเชื้อชาติซึ่งคือชาวโรมา (Roma) มีแนวโน้มที่จะทำผลทดสอบออกมาได้ไม่ดี (ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่พวกเขาได้ทำ) โดยประมาณ ๕๐% ถึง ๙๐% ของเด็กชาวโรมา (Roma) ถูกให้ไปศึกษานอกระบบการศึกษาหลัก ทั้งนี้ ECHR ได้พบว่าในกรณีนี้เป็นกรณีของการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) โดยอธิบายว่า “มาตรการซึ่งส่งผลให้เกิดการเสียเปรียบอย่างไม่ได้สัดส่วน” (Disproportionately Prejudicial Effect) ต่อบุคคลบางกลุ่มนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม แม้ว่าจะไม่มีเจตนาเลือกปฏิบัติ (Discriminatory Intent) ก็ตาม”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายสหภาพยุโรปครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ซึ่งปรากฏในกรณีที่กฎเกณฑ์ มาตรการ หรือการกระทำที่พิพาทนั้น โดยสภาพหรือเนื้อหาทั่วไปไม่ได้เลือกปฏิบัติต่อกลุ่มใด แต่เมื่อพิจารณาถึงผลหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกฎเกณฑ์ มาตรการ หรือการกระทำเหล่านั้น โดยอาจเห็นได้จากข้อมูลสถิติ แล้วพบว่าทำให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบ ดังที่ในคำตัดสินเรียกว่า “ส่งผลให้เกิดการเสียเปรียบอย่างไม่ได้สัดส่วน” (Disproportionately Prejudicial Effect)” ก็ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมหรือการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย (De Facto Discrimination)

๔.๒.๓ การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมตามกฎหมายต่างประเทศ

การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมยังปรากฏในกฎหมายของต่างประเทศ ดังจะได้ชี้ให้เห็นต่อไปนี้

๔.๒.๓.๑ ประเทศแคนาดา



กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของแคนาดาที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมอาจจำแนกพิจารณาทั้งในระดับรัฐบาลกลาง และระดับมลรัฐ สำหรับในระดับรัฐบาลกลางจะได้ชี้ให้เห็นถึงการตามรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้

รัฐธรรมนูญแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) มาตรา ๑๕ วางหลักไว้ว่า

(๑) บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

¹⁰³ From “*D.H. and Others v. the Czech Republic*” [GC] (No. 57325/00), November 13, 2007, para. 79, ECHR



(๒) ความใน (๑) ไม่ใช้กับกรณีที่กฎหมาย แผนงาน หรือกิจกรรมใด ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่ภายใต้สภาวะหรือเงื่อนไขที่เสียเปรียบ ด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดจำแนกการเลือกปฏิบัติโดยตรงกับโดยอ้อมไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดแคนาดาได้เคยวางหลักจำแนกระหว่างการเลือกปฏิบัติ ว่าอาจเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อม ทั้งนี้ ในคดี Ontario (Human Rights Commission) and O'Malley v. Simpsons Sears Ltd¹⁰⁴ ศาลได้วางหลักว่า

“การเลือกปฏิบัติโดยตรงเกิดขึ้นสัมพันธ์กับการที่นายจ้างกำหนดแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายห้าม เช่น “ไม่จ้างผู้นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือไม่จ้างคนผิวสีเข้าทำงาน”

การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม หรือผลข้างเคียงของการเลือกปฏิบัติ (Adverse Effect of Discrimination) เกิดขึ้นเมื่อนายจ้างกำหนดแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ซึ่งโดยหลักการแล้วมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) และใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนเท่าเทียมกัน แต่มีผลกระทบในเชิงเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายห้ามต่อลูกจ้างบางคนหรือบางกลุ่ม ทั้งนี้ เนื่องจากแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลทางลบหรือจำกัดสิทธิหรือสร้างเงื่อนไขต่อบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มซึ่งไม่เกิดผลกระทบเช่นนั้นต่อบุคคลอื่น ๆ ในสถานที่ทำงานนั้น”

นอกจากนี้ ศาลในคดี Egan v. Canada¹⁰⁵ ได้วางแนววินิจฉัยไว้ในการตีความหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญแคนาดา มาตรา ๑๕ (๑) ว่า การเลือกปฏิบัติที่พิจารณาจากผลกระทบในทางลบต่อผู้ถูกระงับ (Adverse Effects Discrimination) นั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งและอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองตามหลักความเท่าเทียมกันของรัฐธรรมนูญดังกล่าว

¹⁰⁴ From “O'Malley v. Simpsons Sears Ltd.”, Ontario Human Rights Comm. (1985) (2 S.C.R. 536 at 551, 7 C.H.R.R. D/3102 at D/310)

¹⁰⁵ From “Egan v. Canada [1995] 2 SCR 513” Canadian Supreme Court



จะเห็นได้ว่า การนำปัจจัยด้านผลกระทบทางลบ (Adverse Effect) มาประกอบการพิจารณาในการตีความการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้น ทำให้ครอบคลุมถึงกรณีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) ด้วย แม้ว่ารัฐธรรมนูญแคนาดามีได้จำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจนก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ศาลแคนาดามีได้กล่าวยอมรับอย่างชัดเจนถึง “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” (Indirect Discrimination) ดังจะเห็นได้จากในคดี *British Columbia v. BCGEU*¹⁰⁶ แม้ศาลยอมรับว่าการจำแนกวิเคราะห์ดังกล่าว รวมทั้งการนำปัจจัยด้านผลกระทบในทางลบมาพิจารณานั้น มีประโยชน์ในการแปลความหมายของบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน แต่ศาลก็หลีกเลี่ยงที่จะใช้แนวทางการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจน คือ การเลือกปฏิบัติโดยตรงซึ่งพิจารณาจากตัวเนื้อหาหรือข้อความในเชิงรูปแบบของกฎหมายหรือมาตรการนั้น (Direct Meaning on Its Face) และการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมซึ่งพิจารณาจากความหมายโดยอ้อมจากผลกระทบของกฎหมายหรือมาตรการนั้น (Indirect Meaning in Effect) ทั้งนี้ ศาลได้ให้เหตุผลว่าการจำแนกการเลือกปฏิบัติเป็นสองกรณีออกจากกันอย่างชัดเจนนั้นอาจเป็นไปได้ยากสำหรับบางกรณี โดยยกตัวอย่างเช่น กฎเกณฑ์การทำงานที่กำหนดให้ลูกจ้างทุกคนมาทำงานวันศุกร์ กฎเกณฑ์นี้อาจพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงเนื่องจากการห้ามลูกจ้างที่มีความเชื่อทางศาสนาที่จะไม่ทำงานวันศุกร์อันจะส่งผลให้ไม่มีการจ้างงานลูกจ้างที่นับถือศาสนานั้น อีกนัยหนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า กฎเกณฑ์นี้มีลักษณะเป็นกลาง เนื่องจากใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนจึงไม่เลือกปฏิบัติโดยตรง แต่ส่งผลกระทบในทางลบต่อลูกจ้างที่นับถือศาสนาซึ่งมีผลกว่าจะไม่ทำงานวันศุกร์ ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจนนั้นจะทำให้เกิดความยุ่งยากและทับซ้อนกันได้อย่างไรก็ตาม ศาลก็ได้นำปัจจัยด้านผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) ในแนวทางเดียวกับการพิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาประกอบการตีความด้วย

ในคดี *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*¹⁰⁷ ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่ากฎหมายเกี่ยวกับเงินอุดหนุนที่ระบุอายุผู้รับผลประโยชน์นั้นเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลสูงสุดแคนาดาตัดสินว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยวางเกณฑ์ว่าต้องพิจารณา ๓ ประเด็น ดังนี้

๑. กฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นได้กำหนดหลักการที่แตกต่างกัน (Differential Treatment) ระหว่างบุคคลผู้อ้างว่าได้รับผลกระทบกับบุคคลอื่นหรือไม่ ทั้งในเชิงวัตถุประสงค์ หรือผลกระทบ (In Purpose or Effect)
๒. การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเกิดขึ้นจากพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้หรือไม่
๓. กฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นมีวัตถุประสงค์หรือส่งผลกระทบให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามความหมายของความเท่าเทียมกันที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

จะเห็นได้ว่า ศาลเน้นย้ำถึงการพิจารณากฎหมาย มาตรการ หรือแนวปฏิบัติที่พิพาทนั้น ทั้งในเชิงวัตถุประสงค์ หรือผลกระทบ (In Purpose or Effect) กล่าวคือ พิจารณาในกรอบอย่างกว้าง ครอบคลุมกฎหมายที่มีได้วางหลักปฏิบัติแตกต่างโดยตรงจากเนื้อหาของกฎหมายนั้น แต่ส่งผล (effect) ให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วย

¹⁰⁶ From “*British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGEU* (1999) 3 SCR 3” Supreme Court of Canada

¹⁰⁷ From “*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*” 1 S. C. R. 497, 1999

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่ากฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลแคนาดามุ่งเน้นการคุ้มครอง “ความเท่าเทียมกัน” (Equality) โดยพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำอันขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า การห้ามเลือกปฏิบัติมิได้เป็นหลักสำคัญในตัวของมันเอง แต่เป็นวิธีการที่จะบรรลุถึงหลักสำคัญอันกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองซึ่งได้แก่ความเท่าเทียมกัน ดังจะเห็นได้จากคดี *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* ซึ่งศาลพิจารณาฎีกากรณีที่พิพาทภายใต้บริบทของหลักความเท่าเทียมกันด้วย นอกจากนี้ ตามกฎหมายแคนาดาแสดงให้เห็นว่า มิได้พิจารณาความเท่าเทียมกันเฉพาะเนื้อหาของมาตรการหรือกฎเกณฑ์อันใดอันหนึ่งว่าปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนหรือแตกต่างกัน (Formal equality) แต่มีแนวทางพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันในกรอบเชิงสาระ (Substantive equality) กล่าวคือ ใช้ปัจจัยต่าง ๆ หลายปัจจัยมาประกอบการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) หรือไม่ ในการนี้ ปัจจัยสำคัญที่ศาลพิจารณาคือผลกระทบที่เกิดจากกฎเกณฑ์หรือมาตรการที่พิพาทว่าส่งผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect หรือ detriment effect) ต่อผู้อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาจากผลกระทบนี้เป็นหลักการเดียวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) นั่นเอง จึงอาจกล่าวได้ว่า การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายแคนาดาครอบคลุมทั้งกรณีเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม เพียงแต่ศาลมิได้ระบุจำแนกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจนเท่านั้น

การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมตามกฎหมายระดับมลรัฐ

นอกจากกฎหมายระดับรัฐบาลกลางแล้ว ในระดับมลรัฐของประเทศแคนาดา ได้มีการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งวางหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมไว้ เช่น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งรัฐ New Brunswick ได้ให้คำนิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้ว่า “การกระทำใด ๆ ไม่ว่าด้วยเจตนาหรือไม่ก็ตาม ซึ่งมีผลทำให้บุคคลหรือกลุ่มคนใดต้องถูกจำกัดโอกาสที่บุคคลพึงจะได้รับ เนื่องมาจากเหตุลักษณะเฉพาะของบุคคลนั้น อาทิ เชื้อชาติ หรือสีผิว การเลือกปฏิบัติแบ่งได้เป็น ๒ ลักษณะ คือ การเลือกปฏิบัติโดยตรง และการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ซึ่งรูปแบบการเลือกปฏิบัติบ่อยครั้งมักจะเป็นผลมาจากการตั้งข้อรังเกียจ การมีอคติ การมีทัศนคติในแง่ลบและการกระทำที่ถือว่าการเลือกปฏิบัตินั้นจะต้องไม่มีเหตุผลประกอบถึงการเลือกปฏิบัติที่เหมาะสมและเพียงพอ¹⁰⁸

กฎหมายสิทธิมนุษยชนของ Ontario¹⁰⁹ วางหลักเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติเชิงสร้างสรรค์” (Constructive Discrimination) ไว้ว่า

“สิทธิของบุคคลตามกฎหมายนี้จะถูกละเมิดเมื่อมีการกำหนดเงื่อนไข คุณสมบัติ ซึ่งไม่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย แต่ส่งผลในการกีดกัน จำกัด หรือให้สิทธิพิเศษแก่กลุ่มบุคคลผู้ซึ่งสามารถจำแนกได้จากคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เว้นแต่การกำหนดเงื่อนไขหรือคุณสมบัติดังกล่าวนี้มีความสมเหตุสมผลและเป็นไปตามหลักความสุจริต กฎหมายกำหนดยกเว้นการกระทำนั้นมิให้เป็นการเลือกปฏิบัติ”

¹⁰⁸ From “Equality Rights Definitions” The New Brunswick Human Rights Commission. Retrieved from: [http:// www.gov.nb.ca/hrc-cdp/e/el_defini.html](http://www.gov.nb.ca/hrc-cdp/e/el_defini.html) (April 3, 2000)

¹⁰⁹ Section 11, Ontario Human Rights Code.



จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายไม่ได้เรียกว่าการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม หรือ “Indirect Discrimination” โดยเรียกว่า “Constructive Discrimination” แต่หากพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม เนื่องจากเป็นกรณีมาตรการที่โดยผิวเผินแล้วใช้กับทุกคนเหมือน ๆ กัน แต่หากพิจารณาในแง่ของผลกระทบแล้วจะพบว่ามาตรการนั้นส่งผลให้บุคคลบางคนถูกกีดกันหรือจำกัดด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

๔.๒.๓.๒ ประเทศฟินแลนด์

กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Act (1325/2014) ของฟินแลนด์ ได้จำแนกการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมออกจากกันอย่างชัดเจน สำหรับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) กฎหมายวางหลักว่า¹¹⁰ “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเกิดขึ้นเมื่อกฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นกลางอย่างชัดเจน ได้ส่งผลให้บุคคลเกิดความเสียเปรียบเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งคุณลักษณะของบุคคลนั้น เว้นแต่กฎเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และวิธีการที่ใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น”

๔.๒.๓.๓ ประเทศสวีเดน

ประเทศสวีเดนได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติให้เป็นกฎหมายเฉพาะ (Discrimination Act) มีหลักสำคัญว่า¹¹¹

“การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม บุคคลที่เสียเปรียบจากการปรับใช้บทบัญญัติ เกณฑ์ หรือกระบวนการซึ่งโดยทั่วไปปรากฏว่ามีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) แต่กลับส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มอาจได้รับความเสียเปรียบด้วยเหตุต่าง ๆ เช่น เพศ ความเชื่อทางศาสนา ความพิการ รสนิยมทางเพศ อายุ เว้นแต่บทกฎหมาย เกณฑ์ หรือกระบวนการนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการที่นำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมตามความจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว”

๔.๒.๓.๔ ประเทศแอฟริกาใต้

ในกรณีแอฟริกาใต้นั้นพบว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๙ กล่าวคือ

“....รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ เพศ การตั้งครรภ์ สถานะความเป็นมารดา ชาตีกำเนิด สีผิว รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด

.....บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุดังระบุใน (๓) ในการนี้ รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว”

¹¹⁰ Section 13, Ontario Human Rights Code มาตรา 13

¹¹¹ Section 4 , Discrimination Act

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแอฟริกันนั้น พิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยใช้เกณฑ์ “ความเป็นธรรม” (fairness) ของมาตรการหรือการปฏิบัติที่ต่างกัน อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาดังกล่าวนั้น ศาลนำปัจจัยผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) มาประกอบการพิจารณาด้วย ดังนั้น การพิจารณาว่าการปฏิบัตินั้นเป็นธรรมหรือไม่ ศาลจะพิจารณาว่าการปฏิบัตินั้นส่งผลกระทบอย่างไรต่อผู้เสียหายโดยเปรียบเทียบกับผลกระทบที่เกิดกับบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันนั้น¹¹² การที่ศาลนำปัจจัยเกี่ยวกับผลกระทบของการปฏิบัตินั้นมาพิจารณาด้วย เป็นการสอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีการกำหนดครอบคลุม “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ไว้อย่างชัดเจนสำหรับคดีสำคัญที่ศาลอธิบายหลัก “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ไว้อย่างชัดเจนนั้น จะเห็นได้จาก คดี City Council of Pretoria v. Walker¹¹³ ซึ่งศาลอธิบายว่า

“ความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญนั้นหมายรวมทั้งการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายมุ่งพิจารณาที่ผล (Consequence) มากกว่าพิจารณาเฉพาะรูปแบบพฤติกรรม (Form of conduct) ดังนั้น รูปแบบพฤติกรรมที่โดยภายนอกแล้วมีลักษณะเป็นกลางหรือไม่เลือกปฏิบัติ แต่อาจส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้เช่นเดียวกัน”

อย่างไรก็ตาม ศาลมิได้วางแนวคำนิยามของ “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่มีการนำเอาปัจจัยด้าน “ผลกระทบ” มาประกอบการพิจารณาด้วย และย้ำว่าการเลือกปฏิบัติทั้งโดยตรงและโดยอ้อมด้วยเหตุที่ระบุในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการ “เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม”

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของแอฟริกาใต้ก็มีหลักการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมซึ่งครอบคลุมทั้งการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม ดังจะเห็นได้จาก กฎหมายส่งเสริมความเท่าเทียมกันและป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000) ซึ่งนิยามการเลือกปฏิบัติว่า

“การกระทำหรือละเว้นการกระทำใด ๆ อันรวมถึง นโยบาย กฎหมาย กฎ แนวปฏิบัติ เงื่อนไข หรือสถานการณ์ซึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

(ก) กำหนดภาระ หน้าที่ หรือก่อให้เกิดความเสียเปรียบ หรือ

(ข) กีดกันผลประโยชน์ โอกาส หรือก่อให้เกิดความเสียเปรียบแก่บุคคลใด ๆ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ในกฎหมายนี้”

นอกจากนี้ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ปรากฏในกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในด้านแรงงาน (Employment Equity Act 1998) ซึ่งมีหลักการคุ้มครองความเท่าเทียมกันโดยห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม

๔.๒.๓.๕ การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมตามกฎหมายไทย

สำหรับหลักการที่ปรากฏในฉบับกฎหมายนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมามีได้จำแนกระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม เช่นเดียวกับกฎหมายในรูปของพระราชบัญญัติที่

¹¹² From “Prinsloo v. Van der Linde 1997 (6) BCLR 759 (CC)” South African Constitutional Court

¹¹³ From “City Council of Pretoria v. Walker (CCT8/97) [1998] ZACC 1; 1998 (2) SA 363” South African Constitutional Court



เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ ก็ไม่ได้รับบุจำแนกดังกล่าวเช่นกัน อย่างไรก็ตาม พบว่ากฎหมายบางฉบับกำหนดหลักการที่เกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” เช่น

มาตรา ๑๕ วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ วางหลักว่า “การกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึงการกระทำหรืองดเว้นกระทำการที่แม้จะมีได้มุ่งหมายให้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการโดยตรง แต่ผลของการกระทำนั้นทำให้คนพิการต้องเสียสิทธิประโยชน์ที่ควรจะได้รับเพราะเหตุแห่งความพิการด้วย” จะเห็นได้ว่า แม้มาตรานี้มิได้ระบุไว้ชัดเจนว่าการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามนั้นคือการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม แต่จากเนื้อหาจะเห็นได้ว่ากฎหมายห้ามการกระทำโดยมุ่งเน้นที่ผลกระทบ (Effect) ซึ่งทำให้คนพิการเสียสิทธิประโยชน์ อันเป็นแนวคิดของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั่นเอง

กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๙ ซึ่งออกตามความพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ โดยข้อ ๒. ของกฎกระทรวงดังกล่าว วางหลักว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก หมายความว่า การปฏิบัติใด ๆ ต่อเด็กที่แม้จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับบุคคลอื่นและผู้ปฏิบัติไม่ได้มีเจตนาเลือกปฏิบัติหรือเจตนาถั่นแกล้งผู้ได้รับผลร้ายหรือผลกระทบก็ตาม แต่มีผลทำให้เกิดความแตกต่างกันต่อเด็กบางคนหรือบางกลุ่มอย่างชัดเจน เพราะเหตุตามวรรคหนึ่ง” จะเห็นได้ว่า แม้มิได้ระบุไว้ชัดเจนว่าการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามนั้นคือการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม แต่จากเนื้อหาจะเห็นได้ว่าห้ามการกระทำโดยมุ่งเน้นที่ผลกระทบ (Effect) ทำให้เกิดความแตกต่างต่อเด็กอันสืบเนื่องจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ การกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้เป็นแนวคิดของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั่นเอง

หากพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลไทยแล้ว พบว่าศาลมิได้จำแนกระหว่าง “การเลือกปฏิบัติโดยตรง และการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” อย่างไรก็ตาม ในบางคดีมีประเด็นที่อาจเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับข้อบังคับการศึกษาที่กำหนดให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้น ศาลเห็นว่าเป็นกฎที่ใช้กับนักศึกษาทุกคนที่สมัครเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาของผู้ถูกฟ้องคดีตามหลักการและเงื่อนไขต่าง ๆ เสมอเหมือนกันทุกคน ไม่มีข้อกำหนดใดที่จะทำให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยเกิดจากความแตกต่าง ตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๙/๒๕๔๖)

กรณีนี้เห็นได้ว่า ศาลพิจารณาตามแนวของหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรง เนื่องจากเปรียบเทียบเนื้อหากฎเกณฑ์ว่าใช้บังคับกับนักศึกษาทุกคนเท่าเทียมกัน กล่าวคือ โดยเนื้อหาของกฎเกณฑ์ที่พิพาทซึ่งให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้นใช้บังคับกับนักศึกษาทุกคน มิได้มุ่งหมายใช้กับนักศึกษาบางคนด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งอาจโต้แย้งได้ว่า กฎเกณฑ์นี้แม้ใช้กับนักศึกษาทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลในทางปฏิบัติให้นักศึกษาที่ใช้ภาษาไทยเป็นภาษาหลักได้รับความเสียเปรียบกับนักศึกษาที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาหลัก หรือนักศึกษาที่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ กับนักศึกษาที่ไม่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ จึงอาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้ แต่ก็ยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติที่แตกต่างเช่นนี้ เป็นไปด้วยเหตุผลเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ใด และวัตถุประสงค์นั้นมีความจำเป็น สมเหตุผลหรือไม่

ในคดีที่มีประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ฐานะทางเศรษฐกิจ” นั้น ศาลได้เปรียบเทียบผู้ได้รับผลกระทบจากประกาศที่พิพาท ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๑๘/๒๕๔๗ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประกอบกิจการสนามกอล์ฟ ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

(ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) ได้ออกประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กำหนดสถานบริการฯ ทำให้ผู้ประกอบการกิจการสนามกอล์ฟ รวมทั้งผู้ฟ้องคดีต้องประสบปัญหาทางด้านเศรษฐกิจต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้น ผู้ฟ้องคดีจึงได้หนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่าผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟส่วนใหญ่เป็นผู้มีฐานะทางการเงินดี ควรเสียภาษีให้รัฐ จึงไม่สมควรยกเลิกการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสนามกอล์ฟ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่พิจารณายกเลิกการเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตของสนามกอล์ฟ โดยให้เหตุผลว่าผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเป็นผู้มีฐานะทางการเงินดี เท่ากับเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้สนามกอล์ฟเพราะเหตุฐานะทางเศรษฐกิจ จึงเป็นการขัดต่อมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า “...ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กำหนดสถานบริการฯ กำหนดให้สนามกอล์ฟทุกแห่งเสมอเหมือนกันมิได้มีการเลือกปฏิบัติกับสนามกอล์ฟรายหนึ่งรายใดโดยเฉพาะ และแม้ผู้ประกอบการสนามกอล์ฟจะผลักระภาษีดังกล่าวให้ผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเป็นผู้รับภาระ ก็หาได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเพราะเหตุฐานะทางเศรษฐกิจไม่ เพราะไม่ว่าผู้ใดจะใช้บริการสนามกอล์ฟก็ต้องแบกรับภาระภาษีดังกล่าวเหมือนกัน... ดังนั้น ประกาศดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” จากคดีนี้จะเห็นได้ว่าศาลเปรียบเทียบกับผู้ได้รับผลกระทบจากประกาศฯ คือผู้ประกอบการสนามกอล์ฟ ซึ่งปรากฏว่าประกาศดังกล่าวใช้กับผู้ประกอบการทุกราย นอกจากนั้นในแง่ผู้ใช้นั้นไม่ว่าผู้ให้บริการที่มีฐานะเศรษฐกิจอย่างไร หากประสงค์ใช้บริการสนามกอล์ฟแล้วก็จะตกอยู่ภายใต้ภาระภาษีเช่นเดียวกัน จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าพิจารณาว่า หากพิจารณาภายใต้หลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม อาจพิจารณาได้ว่า กฎเกณฑ์นี้แม้ใช้กับผู้ประกอบการและผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟทุกคน แต่ส่งผลในทางปฏิบัติให้ผู้ประสงค์ใช้สนามกอล์ฟซึ่งมีรายได้น้อย เสียเปรียบผู้ใช้สนามกอล์ฟที่มีรายได้มากกว่าหรือไม่ จะเห็นได้ว่ามุมมองของภาครัฐอยู่บนสมมติฐานที่ว่า ผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเป็นผู้มีรายได้สูง ดังจะเห็นได้จากหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้เหตุผลว่า “ผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟส่วนใหญ่เป็นผู้มีฐานะทางการเงินดี” สมมติฐานดังกล่าวส่งผลเป็นการสร้างหลักการเชิงเหมารวม (Stereotype) ว่าผู้เล่นกีฬาจะจะต้องเป็นผู้มีฐานะดี อันอาจมองว่าเป็นการกีดกันการเข้าถึงกีฬาของผู้มีรายได้น้อยซึ่งประสงค์จะเล่นกีฬาดังกล่าว ดังนั้น ประกาศนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้านฐานะเศรษฐกิจ หากพิจารณาในแง่ผลกระทบที่เกิดขึ้น

หากพิจารณาจากคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่ามีหลายกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม เช่น

- การที่บริษัทเอกชนมีนโยบายให้ตรวจหาเชื้อเอชไอวีสำหรับพนักงานที่ผ่านการสัมภาษณ์ ก่อนเริ่มปฏิบัติงานทุกคน บริษัทอ้างว่านโยบายดังกล่าวใช้บังคับกับผู้สมัครงานทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ (คำร้องที่ ๕๔๔/๒๕๕๒ และ ๓๕/๒๕๕๗ และรายงานผลการพิจารณา ที่ ๓๐๘-๓๐๙/๒๕๕๘) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง เนื่องจากมาตรการหรือนโยบายมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) ใช้กับทุกคนเหมือนกัน แต่หากพิจารณาตามหลักของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมแล้ว เห็นได้ว่าส่งผล (Effect) ให้บุคคลบางกลุ่มที่มีลักษณะเปราะบางและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ได้รับผลกระทบและเกิดความไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น

- กรณีการระเบียบในการแต่งกายซึ่งกำหนดเงื่อนไขหรือรูปแบบสำหรับทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลให้บุคคลที่นับถือศาสนาบางศาสนาที่ต้องแต่งกายตามหลักศาสนาของตนได้รับผลกระทบ (กรณีการแต่งกายของผู้นับถือศาสนาอิสลามในบริบทของการทำงาน การศึกษา มีกรณีดังเช่น คำร้องที่ ๑๒๔/๒๕๕๔ กรณีการแต่งกายของผู้นับถือศาสนาอิสลามในบริบทของการเข้ารับปริญญา มีกรณีดังเช่นคำร้องที่ ๕๖๗/๒๕๕๓) กรณีเหล่านี้จะเห็นได้ว่า



ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง เนื่องจากมาตรการหรือนโยบายมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) ใช้กับทุกคนเหมือนกัน แต่หากพิจารณาตามหลักของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมแล้ว เห็นได้ว่า ส่งผล (Effect) ต่อบุคคลบางกลุ่มซึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ คือ “ศาสนา” อย่างไรก็ดีตาม กรณีเครื่องแต่งกายตามศาสนานี้ เป็นกรณีที่ **กระทบต่อสิทธิมนุษยชนอีกประการหนึ่ง คือ “เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความเชื่อ ศาสนา”** ซึ่งได้รับการรับรองจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเช่นกัน หากเปรียบเทียบกับกรณีของต่างประเทศ ผู้ร้องถูกเลิกจ้างเพราะไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ด้านความปลอดภัยในการทำงานที่รัฐบาลแคนาดากำหนดขึ้น โดยไม่ยอมสวมหมวกนิรภัยขณะปฏิบัติงาน โดยผู้ร้องต้องพกผ้าคลุมศีรษะ ซึ่งเป็นการแสดงออกถึงความเชื่อทางศาสนาอันได้รับการคุ้มครองตามมาตรา ๑๘¹¹⁴ ของ ICCPR คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเห็นว่า กฎเกณฑ์เพื่อความปลอดภัยนี้ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติในทางพฤตินัย (Discrimination de facto) ต่อบุคคลที่นับถือศาสนา Sikh แต่เห็นว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควรและมุ่งต่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามเงื่อนไขของมาตรา ๑๘ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การกำหนดกฎเกณฑ์นโยบาย มาตรการที่มีลักษณะเป็นกลางหรือใช้บังคับกับบุคคลทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลกระทบต่อความเชื่อทางศาสนาของบุคคลบางกลุ่ม เป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อม หรือที่เรียกว่า การเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย อย่างไรก็ดี การกระทำดังกล่าวอาจไม่ขัดต่อกฎหมายหากมีเหตุผลอันสมควรที่ต้องนำมาซึ่งน้ำหนักด้วย ดังเช่นกรณีของแคนาดาดังกล่าวนั้น การสวมหมวกเกี่ยวข้องกับความปลอดภัย แต่หากเป็นกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เช่น การแต่งกายทำงานหรือการเรียนนั้นยังไม่เกี่ยวข้องกับเหตุอันมีน้ำหนักเพียงพอ

๔.๓ วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination)

ในความหมายทั่วไป มักมีการพิจารณาว่า การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม คือ การเลือกปฏิบัติโดยมีเหตุผลที่ชอบธรรมหรือเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย สำหรับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้น มีลักษณะตรงกันข้าม กล่าวคือ ไม่มีเหตุผลที่ชอบธรรมรองรับ แนวคิดและความหมายดังนี้จะส่งผลเป็นการจำแนกความแตกต่างระหว่าง “การเลือกปฏิบัติ (ที่เป็นธรรม)” ที่ไม่ต้องห้ามและสามารถปฏิบัติแตกต่างกันได้ กับ “การเลือกปฏิบัติ (ที่ไม่เป็นธรรม)” อันต้องห้ามตามกฎหมาย ในส่วนนี้จะได้อธิบายวิเคราะห์ถึงการกำหนดหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยใช้ปัจจัยด้านเหตุผลของมาตรการหรือการกระทำ มาทำการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็น ๒ ประเภทดังกล่าว

๔.๓.๑ วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ตามกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายไทยหากพิจารณาหลักการตามรัฐธรรมนูญแล้วพบว่าสะท้อนถึงการจำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติ และการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังจะได้พิจารณาต่อไป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติเกี่ยวกับความเสมอภาค และห้ามเลือกปฏิบัติ ไว้ใน ๓ มาตรา ดังนี้

¹¹⁴ From “Singh Bhinder v. Canada” Communication No. 208/1986

มาตรา ๕

“ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”

มาตรา ๓๐

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

มาตรา ๘๐

“รัฐต้องคุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของครอบครัวและความเข้มแข็งของชุมชน”

จากหลักของรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่า แนวคิดการเลือกปฏิบัติ เป็นการกำหนดห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เป็นการบัญญัติเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า การกระทำของรัฐเพื่อขจัดอุปสรรคที่ทำให้เกิดความเสมอภาค ย่อมไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และไม่ขัดกับวรรคสาม และวรรคหนึ่ง โดยการปฏิบัติที่แตกต่างกับผู้ที่มีลักษณะแตกต่างจากบุคคลอื่นทั่วไปเพื่อส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาค ไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม¹¹⁵

ศาสตราจารย์ ดร.บรรศักดิ์ อุวรรณโณ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้อธิบายในการประชุมร่วมกันของรัฐสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช... ว่าการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมต้องเป็นการเลือกปฏิบัติที่สมเหตุสมผล และได้ยกตัวอย่างไว้ ดังนี้¹¹⁶ นาย ก. จ่ายเงินเพื่อซื้อตัวรถโดยสารชั้นหนึ่ง นาย ก. จ่ายเงินมากกว่า ย่อมต้องได้รับการบริการที่ดีกว่า ในกรณีการจัดตั้งศาลเด็กเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม เพราะเด็กมีสติสัมปชัญญะแตกต่างจากผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่ ในกรณีการกำหนดคุณสมบัติต่าง ๆ ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยเฉพาะเรื่องการศึกษาที่มีแนวโน้มว่าต้องการให้ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องมีวุฒิปริญญาตรี จะมีการกำหนดคุณสมบัติผู้ที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งได้หรือไม่ หรือ

¹¹⁵ ไพโรจน์ พลเพชร และ คณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ ชุดโครงการวิจัย การติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ เรื่องสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (๒๕๕๓), หน้า ๖๒-๖๓.

¹¹⁶ รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ ๓ (สมัยสามัญ ครั้งที่ ๒) (๒๕๕๐), หน้า ๒๓๐-๒๓๒.



การกำหนดคุณสมบัติว่าบุคคลใดมีสิทธิสอบเข้ามหาวิทยาลัยหรือไม่ การกำหนดคุณสมบัติเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นก่อนที่จะมีสิทธิ คุณสมบัติไม่ใช่สิทธิในตัวเอง ถ้าเป็นสิทธิต้องก่อให้เกิดหน้าที่ ดังนั้น ในการกำหนดคุณสมบัติจึงมิใช่การรอนสิทธิ ดังนั้น การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) คือ การเลือกปฏิบัติที่ปราศจากเหตุผลหรือไร้เหตุผล ถ้าเป็นเหตุผลที่คนทั่วไปยอมรับแล้วก็จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม”

อาจารย์แก้วสรร อติโพธิ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้อธิบายมาตรา ๓๐ วรรคสามว่า การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ประกอบด้วย ๒ ปัจจัย คือ การปฏิบัติที่แตกต่าง และลักษณะที่ไม่เป็นธรรม โดยปัจจัยสำคัญประการหนึ่ง คือ การที่บุคคลไม่สามารถกำหนดถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ และศาสนา และบุคคลเหล่านั้นถูกปฏิบัติที่แตกต่างไปเพราะลักษณะเหล่านั้น เป็นการปฏิบัติที่ไม่ยุติธรรมและขัดต่อหลักความเสมอภาค แต่บางครั้งการปฏิบัติที่ต่างกันอย่างนี้อาจไม่ถือเป็นการเลือกที่รักมักที่ชัง บทบัญญัติในวรรคสามมุ่งเน้นกับกรณีการเลือกที่รักมักที่ชัง เช่น ในกรณีที่กองทัพไทยไม่รับผู้หญิงเป็นทหารเรือ เพราะมองว่าร่างกายผู้หญิงไม่เหมาะสมกับงานของทหารเรือ ซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่ไม่เป็นการเลือกที่รักมักที่ชัง เพราะมีเหตุผลเรื่องกายภาพมารองรับ¹¹⁷

หากพิจารณาจากตัวบทและลำดับการวางหลักของรัฐธรรมนูญจะเห็นว่า รัฐธรรมนูญมุ่งเน้นหลักความเสมอภาค (Equality) เป็นสำคัญ ซึ่งสะท้อนจากหลักของมาตรา ๓๐ วรรคแรก สำหรับการเลือกปฏิบัตินั้นจัดเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค อย่างไรก็ตาม ตัวบทก็มิได้ระบุความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้ รวมทั้งมิได้เริ่มต้นจากการวางหลักห้าม “การเลือกปฏิบัติ” แต่เริ่มวางหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติจากการกำหนดห้าม “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” โดยอธิบายว่า การกระทำการอย่างไรจึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นสิ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ และต่อมาในวรรคท้ายจึงเป็นการอธิบายขยายความเพิ่มเติมว่ามาตรการของรัฐที่เข้าเงื่อนไขบางประการจะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ดังนั้น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) เช่น การกำหนดให้สิทธิพิเศษบางประการแก่บุคคลกลุ่มเสี่ยงต่อเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การให้โควตาการศึกษาสำหรับชนกลุ่มน้อย ดังนี้ไม่ถือเป็น “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” เพราะเป็นมาตรการที่ส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาค เนื่องจากให้โอกาสแก่บุคคลกลุ่มเปราะบางที่มักเสียเปรียบให้มีโอกาสเท่าเทียมกับบุคคลกลุ่มอื่น ๆ ในสังคม

โดยนัยนี้ การเลือกปฏิบัติจึงเป็นหลักที่มีความสัมพันธ์กับหลักความเท่าเทียมกัน กล่าวคือ การกระทำนั้นหากเข้าองค์ประกอบตามวรรคสามก็จะเป็นการ “เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” อันขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน แต่หากการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบตามวรรคท้ายก็จะถูกยกเว้นไม่ถือเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ซึ่งการกระทำลักษณะนี้อาจอธิบายว่าเป็น “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” เพื่อเป็นการจำแนกการปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคและการปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้เรียกว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” ก็ตาม อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดนิยามความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ไว้

☞ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน และการเลือกปฏิบัติ ดังนี้

¹¹⁷ แหล่งเดิม หน้า ๑๖๕-๑๖๖

มาตรา ๕

“ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”

มาตรา ๓๐

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทาง ศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

จากหลักการข้างต้น จะเห็นได้ว่า แนวคิดการเลือกปฏิบัติยังคงบัญญัติอยู่ในมาตรา ๓๐ โดยนำแนวคิดความเสมอภาคระหว่างเพศ แนวคิดการเลือกปฏิบัติมาจากรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช ๒๕๔๐ แต่มีการเพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติใหม่ เช่น ความพิการ¹¹⁸

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๔๐ พบว่า การวางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติของรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๔๐ กล่าวคือ กำหนดความเท่าเทียมกันไว้เป็นหลัก โดยกำหนดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมไว้ว่าเป็นสิ่งซึ่งขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันดังกล่าว และกำหนดยกเว้นการกระทำบางอย่างซึ่งมีลักษณะของมาตรการที่ปฏิบัติแตกต่างกันต่อบุคคล แต่เป็นไปเพื่อส่งเสริมให้บรรลุวัตถุประสงค์ความเท่าเทียมกันว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม โดยนัยดังกล่าวสะท้อนถึงแนวคิดการจำแนกความแตกต่างของ “การปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคล” (Differential treatment) ออกเป็น “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” และ “การกระทำที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ” ซึ่งอาจเรียกโดยพิจารณาความหมายตรงข้ามกันกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” แม้ว่าคำนี้จะไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม

สำหรับกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุ ก็มีหลักการและรูปแบบการบัญญัติกฎหมายเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จาก

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ มาตรา ๑๗ ซึ่งวางหลักว่า

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติ ของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ”

¹¹⁸ คณะกรรมการวิสามัญบัณฑิตการนิเทศน์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ สำนักการนิติการ ๓ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, หน้า ๒๓.



พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๕ ซึ่งวางหลักว่า

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กร เอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็น**การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม**ต่อคนพิการจะกระทำมิได้

การกระทำในลักษณะที่เป็น**การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม**ต่อคนพิการตามวรรคหนึ่งให้ หมายความว่ารวมถึงการกระทำหรืองดเว้นการกระทำที่แม้จะมีได้มุ่งหมายให้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการโดยตรง แต่ ผลของการกระทำนั้นทำให้คนพิการต้องเสียสิทธิประโยชน์ที่ควรจะได้รับเพราะเหตุแห่งความพิการด้วย

การเลือกปฏิบัติที่มีเหตุผลทางวิชาการ จารัตประเพณี หรือประโยชน์สาธารณะสนับสนุนให้กระทำ ได้ตามความจำเป็นและสมควรแก่กรณี ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง แต่ ผู้กระทำการนั้นจะต้องจัดให้มีมาตรการช่วยเหลือเยียวยาหรือรักษาซึ่งสิทธิหรือประโยชน์แก่คนพิการตามความจำเป็น เท่าที่จะกระทำได้”

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๒๒ วางหลักว่า

“การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและ**ไม่ให้มีการเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม**

การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก หรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง”

พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๗ วางหลักว่า

“ให้เด็กและเยาวชนทุกคนมีสิทธิได้รับการจดทะเบียนรับรองการเกิด การพัฒนา การยอมรับ การ คุ้มครองและโอกาสในการมีส่วนร่วมตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างเท่าเทียม **โดย ไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม**เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความ พิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรม การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง การเกิดหรือสถานะอื่นของเด็กและเยาวชน บิดามารดา หรือผู้ปกครอง”

พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติด พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๕ วาง

หลักว่า “วัยรุ่นมีสิทธิตัดสินใจด้วยตนเอง และมีสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารและความรู้ ได้รับการบริการอนามัยการเจริญ พันธุ์ ได้รับการรักษาความลับและความเป็นส่วนตัว ได้รับการจัดสวัสดิการสังคม**อย่างเสมอภาคและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ** และได้รับสิทธิอื่นใดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้อย่างถูกต้อง ครบถ้วน และเพียงพอ”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติดังกล่าว สะท้อนถึงแนวคิดในการคุ้มครองความเสมอ ภาคหรือความเท่าเทียมกัน โดยกำหนดห้าม “**การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม**” ซึ่งถือว่าขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน และกำหนดยกเว้นการกระทำบางอย่างซึ่งมีลักษณะของมาตรการที่ปฏิบัติแตกต่างกันต่อบุคคล แต่เป็นไปเพื่อส่งเสริม ให้บรรลุวัตถุประสงค์ความเท่าเทียมกันว่าไม่เป็น “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” อย่างไรก็ตาม กฎหมายเฉพาะฉบับ ต่างๆ ได้ใช้ถ้อยคำเรียกการปฏิบัติอันแตกต่างกันที่ต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม**” เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ ในขณะที่กฎหมายเฉพาะบางฉบับมิได้ใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” แต่ใช้เพียงคำ ว่า “**เลือกปฏิบัติ**” ซึ่งในประเด็นนี้จะได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศต่อไป

๔.๓.๒ วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ตามแนวคำพิพากษาศาลไทย: ศาลปกครอง

ในบริบทของกฎหมายปกครองนั้น พบว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ ได้บัญญัติ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ไว้เป็นการเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากหลักของมาตรา ๙ ที่ว่า

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน...หรือ **มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม**...หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม พบว่า ในการฟ้องคดีปกครองที่มีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ผู้ฟ้องคดีมักจะโต้แย้งว่ากฎ หรือคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยส่วนใหญ่แล้วผู้ฟ้องไม่ได้แสดงให้เห็นโดยการเปรียบเทียบว่าคำสั่งนั้นเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างตนเองกับบุคคลอื่นซึ่งอยู่ในสถานะที่เหมือนกัน แต่มักเป็นการกล่าวอ้างการเลือกปฏิบัติขึ้นมาพร้อมกับการโต้แย้งดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เช่น ในคดีที่ผู้ฟ้องเห็นว่าคำสั่งที่ให้พ้นจากตำแหน่งมิชอบ เนื่องจากเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เพราะว่าปกปิดรายชื่อพยานในชั้นการสอบสวนทางวินัย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้คณะกรรมการสอบสวนจะปกปิดรายชื่อพยานมิให้ผู้ฟ้องคดีทราบก็ตาม แต่ในบันทึกแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาที่แจ้งผู้ฟ้องคดีก็มีรายละเอียดของถ้อยคำพยานดังกล่าวแล้ว ปรากฏตามคำคัดค้านคำให้การของผู้ฟ้องคดี กรณีจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และผู้ฟ้องคดีก็ได้โต้แย้งและชี้แจงแสดงพยานหลักฐานแล้ว กรณีจึงไม่ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเสียเปรียบ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๙๓/๒๕๔๘) สำหรับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๙๙/๒๕๕๑ นั้น ก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน กล่าวคือ เป็นคดีปกครองที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมิน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยองค์การบริหารส่วนตำบลผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าเหตุที่ไม่พิจารณาจ้างผู้ฟ้องคดีต่อไปเป็นเพราะตำแหน่งที่ว่างนี้มีแผนที่จะใช้บรรจุนางสาว ก. เข้าเป็นพนักงานส่วนตำบลตามแผนอัตรากำลัง ๓ ปี ศาลเห็นว่า กรณีของนางสาว ก. เป็นการบรรจุผู้สอบแข่งขันได้เข้ารับราชการเป็นพนักงานส่วนตำบล ในตำแหน่งเจ้าพนักงานการเงินและบัญชี มิใช่บรรจุเข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งเจ้าหน้าที่การเงินและบัญชี ซึ่งเป็นตำแหน่งลูกจ้างชั่วคราวเหมือนกับผู้ฟ้องคดี นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่าผลการสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง น่าเชื่อได้ว่าเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่จ้างผู้ฟ้องคดีเข้าปฏิบัติงานต่อเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบพัวชายและบิดาของผู้ฟ้องคดีที่ชอบมาวุ่นวายในองค์การบริหารส่วนตำบล และมีปัญหาขัดแย้งกับผู้บริหารเป็นการส่วนตัว ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่า การที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมิน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเหตุผลอันควร จึงเป็นการเลือกปฏิบัติและใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองพบว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองและในบริบทของกฎหมายปกครองนี้ มีลักษณะแตกต่างจาก การเลือกปฏิบัติตามหลัก



กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เนื่องจากศาลตัดสินว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจากการอบ การพิจารณาที่กว้างกว่าการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนซึ่งจะต้องเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ นอกจากนี้ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทของกฎหมายปกครองนั้น ศาลยัง พิจารณาประกอบกับการ “ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ” ด้วย ในประเด็นเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จะได้แยกวิเคราะห์ ต่างหากอีกหัวข้อหนึ่ง¹¹⁹

๔.๓.๓ วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ตามแนว คำพิพากษาศาลไทย: ศาลรัฐธรรมนูญ

จากหลักการตามรัฐธรรมนูญของไทยที่ผ่านมา พบว่ามีการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้เป็นส่วน หนึ่งของหลักความเท่าเทียมกัน โดยระบุห้ามการ “เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” โดยมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับ “เหตุ แห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ กำหนดว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เกี่ยวข้องกับถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทาง เศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง”

ในคดีที่มีประเด็นที่อ้างว่า การเรียกดอกเบี้ยเงินกู้ยืมเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจาก สถาบันการเงินสามารถเรียกดอกเบี้ยเงินกู้ยืมได้ในอัตราสูงกว่าที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ ทั้งนี้ เนื่องจากมีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้สามารถทำได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕/๒๕๕๒) คดีนี้มีข้อพิจารณาว่าโดยสภาพข้อเท็จจริงแล้ว หากเปรียบเทียบระหว่างการเรียก ดอกเบี้ยของสถาบันการเงิน และองค์กรหรือบุคคลอื่นที่มีใช้สถาบันการเงิน จะเห็นได้ว่าการเรียกดอกเบี้ยมีความแตกต่าง กัน (Distinction/Differentiation) โดยกฎหมายกำหนดให้สามารถเรียกแตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาหลัก การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่า ความแตกต่างนี้ยังไม่ถือเป็น “การเลือกปฏิบัติ” เนื่องจาก (๑) หากเปรียบเทียบระหว่างสองสิ่ง กล่าวคือ บุคคลธรรมดาหรือองค์กรอื่นที่มีใช้สถาบันการเงิน กับสถาบันการเงินตาม กฎหมายเฉพาะ จะเห็นได้ว่า มีลักษณะการดำเนินธุรกิจที่แตกต่างกัน จึงไม่ใช่สิ่งที่ “เหมือนกัน” อันควรต้องได้รับการ ปฏิบัติที่ “เหมือนกัน” (๒) ความแตกต่างในการเรียกดอกเบี้ยดังกล่าวมิได้สืบเนื่องจาก “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตาม กฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญมีได้ระบุถึงเหตุผลเหล่านี้เนื่องจาก ให้เหตุผลว่า “ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและเป็นไปตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินฯ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจ หลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ฯ”

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายปกครอง (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒) ต่างวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติไว้เช่นเดียวกัน โดยถ้อยคำในตัวบท เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัตินั้นต่างมีองค์ประกอบของคำว่า “ไม่เป็นธรรม” เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบระหว่าง “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามรัฐธรรมนูญ กับ “การ ปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายปกครองแล้ว พบว่ามีข้อแตกต่างที่สำคัญก็คือ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม”

¹¹⁹ หัวข้อ ๔.๔ วิเคราะห์ ขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทกฎหมายไทย

ตามหลักการของตัวบทรัฐธรรมนูญนั้น สะท้อนหลักการตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เนื่องจากวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่มีความสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ กำหนดว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเกี่ยวข้องกับถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง” แต่เมื่อพิจารณาคำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามตัวบทของกฎหมายปกครองนั้น พบว่าศาลปกครองได้ตีความในกรอบที่กว้างกว่าการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ เนื่องจากหลักการของกฎหมายปกครองดังกล่าวมุ่งเน้นการแก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีขอบเขตกว้างกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชน

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามตัวบทของรัฐธรรมนูญนั้น จะเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่จากแนวคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะเห็นได้ว่าการกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นอันขัดต่อรัฐธรรมนูญมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญนั้น มักจะอ้างเหตุที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น การอ้างว่ามีการเรียกดอกเบี้ยได้แตกต่างกัน การอ้างว่าเงินที่กฎหมายกำหนดไม่ให้ต้องอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีมีความแตกต่างกัน เป็นต้น ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ลักษณะเช่นนี้สะท้อนถึงสภาพความเข้าใจและกรอบแนวคิดของผู้ร้องหรือผู้ที่ถูกระทบสิทธิ ซึ่งเข้าใจความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” อย่างกว้าง ครอบคลุมสิ่งใด ๆ ที่ตนเห็นว่าเกิดความแตกต่างและไม่เท่าเทียมกัน แม้ว่าไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติก็ตาม อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้มีการตีความ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ให้สอดคล้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ดังจะได้แยกวิเคราะห์ประเด็นนี้ต่างหาก¹²⁰ ในขั้นนี้อาจสรุปได้ว่า กฎหมายไทยมีการใช้คำว่า “ไม่เป็นธรรม” มาประกอบกับคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ทั้งในส่วนของการกฎหมายปกครองและรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศในการใช้ถ้อยคำดังกล่าวต่อไป

๔.๓.๔ วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ในส่วนของการกำหนดความหมายและขอบเขตของการเลือกปฏิบัตินั้น พบว่าได้กำหนดหลักการของ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” แยกจาก “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” แต่มุ่งเน้นใช้คำว่า การปฏิบัติที่แตกต่าง (Distinction/ Differentiation of treatment) ซึ่งคำนี้มีนัยที่เป็นกลางตามสภาพของลักษณะการปฏิบัติที่ต่างกันระหว่างบุคคลสองฝ่ายหรือสองกลุ่ม โดยมีการนำปัจจัยด้านเหตุผล ความชอบธรรม (Justification) มาประกอบเพื่อการจำแนก เช่นเดียวกับการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็น การเลือกปฏิบัติ (ที่เป็นธรรม)” กับ “การเลือกปฏิบัติ” (ที่ไม่เป็นธรรม) แต่ข้อแตกต่างก็คือ เมื่อการปฏิบัติที่ต่างต่างนั้นมีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จะไม่เรียกว่า การเลือกปฏิบัติ แต่จะจัดว่าเป็นการปฏิบัติแตกต่างกัน ซึ่งไม่เข้าหลักของการห้ามเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม หากการปฏิบัติที่ต่างกันนั้นไม่เข้าเหตุอันชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จะตกอยู่ในจำพวกของ “การเลือกปฏิบัติ” ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ดังจะได้พิจารณาหลักการจากตรสารระหว่างประเทศ ดังนี้

¹²⁰ แหล่งเดิม



สำหรับกรณีของ ICCPR นั้น จากการตีความ โดยความเห็นทั่วไป (General Comment No. 18)¹²¹ ซึ่งอธิบายว่า “การเลือกปฏิบัติที่ใช้ใน ICCPR นั้นควรเข้าใจว่ามีนัยถึงความแตกต่างใด ๆ การกีดกัน การจำกัด หรือ การปฏิบัติเป็นพิเศษ (Any Distinction, Exclusion, Restriction or Preference...) ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน สถานะอื่นใด และมีวัตถุประสงค์หรือ ผลกระทบ (Purpose or Effect) ในเชิงอุปสรรคหรือเป็นการลดทอนการใช้สิทธิและเสรีภาพทั้งหลายของบุคคลนั้น บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน” จะเห็นได้ว่า ไม่มีการระบุคำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” กล่าวคือ หากมี “ความแตกต่าง” ใด ๆ เกิดขึ้นในรูปแบบของการกีดกัน จำกัดสิทธิ และมีวัตถุประสงค์ในการสร้างอุปสรรค (ซึ่งมีนัยแห่ง ความแตกต่างที่ “ไม่เป็นธรรม”) ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้ว ก็จัดว่าเป็น “การเลือกปฏิบัติ” โดยไม่จำเป็นต้องจำแนก อีกว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม เพราะหากมีเหตุผลอันชอบธรรมสำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น ก็จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามความหมายนี้เลย

นอกจากนี้ ความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (General Comment No. 18) ได้มีการอธิบายมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) ไว้ว่า “.... มาตรการดังกล่าวอาจเกี่ยวข้อง กับการให้สิทธิพิเศษบางประการกับบุคคลบางกลุ่มเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลกลุ่มอื่นในช่วงระยะเวลาหนึ่ง トラบใดที่ มาตรการดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อการแก้ไขการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงแล้ว มาตรการนั้นเป็นกรณีของ **ความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย** (Legitimate Differentiation)...” จะเห็นได้ว่า โดยลักษณะของมาตรการยืนยัน สิทธิเชิงบวกนั้นเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มแตกต่างจากบุคคลอื่น ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่ หากกรณีนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มเป็นพิเศษเพื่อบรรลุหลักความเท่าเทียมกันเนื่องจากบุคคล บางกลุ่มอยู่ในสถานะหรือเงื่อนไขที่เสียเปรียบเมื่อเทียบกับบุคคลอื่น การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นจึงเข้าเหตุที่กฎหมาย ระหว่างประเทศยอมให้ปฏิบัติแตกต่างได้ และจะไม่เรียกการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวว่าเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” แต่ จะเรียกว่า “ความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย” (Legitimate Differentiation)

ตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD) พบว่า การแปลความ หมายของการเลือกปฏิบัติ ก็ได้มีการกำหนดคำว่า การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แยกจากการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ จาก ข้อแนะนำของกลไกตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ CERD¹²² ชี้ให้เห็นว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation of Treatment) จะไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หาก พิจารณาเกณฑ์สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของสนธิสัญญาแล้วมีความ ชอบธรรมหรือตกอยู่ในขอบเขตมาตรา ๑ ย่อหน้า ๔ ของสนธิสัญญานี้ ในการพิจารณาเกณฑ์ดังกล่าว คณะกรรมการ ยอมรับว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งอาจมีวัตถุประสงค์หลากหลาย ดังนั้น ในการกำหนดว่าการกระทำอันหนึ่ง ส่งผลขัดแย้งต่อหลักการตามสนธิสัญญานี้ คณะกรรมการจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอันไม่สามารถ อ้าเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable Impact) ต่อบุคคลที่ถูกจำแนกความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สัญชาติ ถิ่นกำเนิด”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีเหตุอันชอบธรรมแล้ว ก็จะไม่อยู่ในขอบเขตของ การเลือกปฏิบัติ โดยเป็นเพียง “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย แต่มีได้เรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ ที่เป็นธรรม” แต่อย่างไร

¹²¹ From “CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination” UN Human Rights Committee (HRC), November 10, 1989.

¹²² From “CERD General Recommendation No. 18 (Art. 2, para. 1: Definition of discrimination)”

สำหรับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (CRPD) นั้น วางหลัก “ให้รัฐภาคีห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งปวง เพราะเหตุแห่งความพิการ”¹²³ แต่กำหนดยกเว้นสำหรับการดำเนินการ “จัดให้มีการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล” รวมทั้งการมี “มาตรการเฉพาะซึ่งจำเป็นในการเร่งหรือเพื่อให้บรรลุถึงความเท่าเทียมกันในทางปฏิบัติ” ซึ่งจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ¹²⁴

ในกรณีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) นั้น หากพิจารณาจากความเห็นทั่วไป (General Comment) ของกลไกตามกติกา ICESCR¹²⁵ ซึ่งได้อธิบายโดยจำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมไว้ว่า

“การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation Treatment) ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม อาจเข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติภายใต้มาตรา ๒ ของกติกา...”

จะเห็นได้ว่า โครงสร้างของการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามกติกา นี้ มุ่งพิจารณาความแตกต่างกันของการปฏิบัติ โดยเรียกว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation Treatment)” ซึ่งลำพังความแตกต่างนี้ยังไม่มีเชื่อมโยงกับการเลือกปฏิบัติ จนกว่าจะเข้าองค์ประกอบอื่น ๆ ด้วย

นอกจากนี้ ความเห็นทั่วไป (General comment) ของกลไกตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR)¹²⁶ ยังได้อธิบายถึงขอบเขตของการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันสามารถยอมรับได้ (Permissible Scope of Differential Treatment) ไว้ว่า

“การปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เว้นแต่สาเหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีความสมเหตุสมผลและเป็นภาวะวิสัย ซึ่งอาจประเมินด้วยการพิจารณาวัตถุประสงค์และผลกระทบ (Aim and effect) ของมาตรการหรือการละเว้นนั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยเปรียบเทียบกับลักษณะของสิทธิตามกติกา และเพื่อวัตถุประสงค์ของการส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีในสังคมประชาธิปไตย นอกจากนี้ สัดส่วนระหว่างวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุและมาตรการสำหรับเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์นั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ที่ชัดเจนและสมเหตุสมผลด้วย...”

ดังนั้น โดยหลักแล้ว เมื่อมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกิดขึ้นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ก็จะถือว่าเข้าองค์ประกอบและเรียกได้ว่า “การเลือกปฏิบัติ” อย่างไรก็ตาม หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีลักษณะและองค์ประกอบเข้าเหตุที่เรียกว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันสามารถยอมรับได้ (Permissible Scope of Differential Treatment)” ตามความเห็นทั่วไปนี้ ก็จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ¹²⁷ จะเห็นได้ว่าจากความเห็นทั่วไปนั้น ใช้หลักการและปัจจัย

¹²³ Article 2, CRPD

¹²⁴ Article 5, CRPD ใช้คำว่า “...shall not be considered discrimination...”

¹²⁵ From “General comment No. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (Art. 2, para. 2)” International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

¹²⁶ Ibid

¹²⁷ หากพิจารณาจากความเห็นทั่วไป ซึ่งอธิบายว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เว้นแต่สาเหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีความสมเหตุสมผลและเป็นภาวะวิสัย” (Differential treatment based on prohibited grounds will be viewed as discriminatory unless the justification for differentiation is reasonable and objective) หากตีความตามลายลักษณ์อักษรในทางกลับกันแล้ว อาจกล่าวได้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแต่มีความสมเหตุสมผลและเป็นภาวะวิสัยแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ



ต่าง ๆ ในการจำแนกการปฏิบัติที่แตกต่างอันมีเหตุชอบธรรม นอกจากการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ หลักการพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติที่ต่างนั้และผลกระทบจากการปฏิบัติดังกล่าว หากได้สัดส่วนกันและสมเหตุผล ก็จะทำให้การปฏิบัติที่ต่างกั้กันนั้นเป็นเพียงการปฏิบัติที่ต่างกั้กัน โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ จะเห็นได้ว่าความเห็นทั่วไปมิได้ใช้คำนิยามหรือกำหนดให้การปฏิบัติที่ต่างกั้กันแต่สามารถยอมรับได้เพราะมีเหตุผลสมควรและสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนระหว่างวัตถุประสงค์และผลกระทบ เป็นการ “เลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” อาจกล่าวได้ว่า ไม่มีการใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ทั้งในตัวของสนธิสัญญานี้และในการตีความของกลไกตามสนธิสัญญาแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ จากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้กรอบของสหประชาชาติ ประกอบกับการตีความจากความเห็นทั่วไปและข้อแนะนำทั่วไปดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปได้ว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติไว้ โดยมีการจำแนกระหว่าง การปฏิบัติที่ต่างกั้กันอันต้องห้ามตามกฎหมายซึ่งเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ” กับ การปฏิบัติที่ต่างกั้กันอันเข้าเหตุที่กฎหมายถือว่าสามารถปฏิบัติต่างกั้กันได้โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะไม่มีการใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ดังจะได้ทำการแจกแจงสรุปการใช้คำเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศตามตาราง ต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบการใช้คำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศ	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	ความหมายของการปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) (Article 26)	ความแตกต่างใด ๆ การกีดกัน การจำกัด หรือการปฏิบัติเป็นพิเศษ (Any Distinction, Exclusion, Restriction or Preference...) ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ (General Comment No. 18)	ความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Differentiation) (General Comment No. 18)
กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR)	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) (Article 2)	การปฏิบัติที่ต่างกั้กัน (Differentiation of Treatment) ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ (General Comment No. 20)	การปฏิบัติที่ต่างกั้กันอันสามารถยอมรับได้ (Permissible Scope of Differential Treatment) โดยพิจารณาวัตถุประสงค์และผลกระทบ (Aim and effect) (General Comment No. 20)

กฎหมายระหว่างประเทศ	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	ความหมายของการปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
			มาตรการพิเศษที่มีลักษณะชั่วคราวและมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันเชิงพหุคูณหรือเชิงสาระ นั้นเป็นความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย (...such differentiation is legitimate) (General Comment No. 16)
อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW)	การเลือกปฏิบัติต่อสตรี (Discrimination against Women) (Article 1)	ความแตกต่างใด ๆ การกีดกัน หรือการจำกัด (Any Distinction, Exclusion, or Restriction) ด้วยเหตุแห่งเพศ (Article 1)	การปฏิบัติที่แตกต่าง (Distinction) ที่เข้าเหตุที่กฎหมายกำหนด เช่น มาตรการพิเศษชั่วคราว (Temporary Special Measures) (Article 4)
อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC)	การเลือกปฏิบัติชนิดใด ๆ (Discrimination of any kind) (Article 2)	-	-
อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (CRPD)	การเลือกปฏิบัติใด ๆ (Any Discrimination) (Article 2)	ความแตกต่าง การกีดกัน หรือการจำกัดบนพื้นฐานความพิการ (Any distinction, exclusion or restriction...) (Article 2)	การปฏิบัติที่แตกต่าง (Distinction) ที่เข้าเหตุที่กฎหมายกำหนด เช่น “มาตรการเฉพาะ” (Specific Measures) ซึ่งจำเป็นเพื่อให้บรรลุถึงความเท่าเทียมกันในทางปฏิบัติ ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ (...shall not be considered discrimination) (Article 5)



กฎหมายระหว่างประเทศ	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	ความหมายของการปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
อนุสัญญาว่าด้วย การจัดการเลือก ปฏิบัติทาง เชื้อชาติในทุก รูปแบบ (CERD)	การเลือกปฏิบัติทาง เชื้อชาติ (Racial discrimination) (Article 1)	• ความแตกต่างใด ๆ การกีดกัน หรือ การจำกัด (Any distinction, exclusion, restriction or preference) (Article 1) • “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation of Treatment) จะก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หากไม่สามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable impact) (General Recommendation 14)	การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation of Treatment) ซึ่งสามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (General Recommendation 14)

สำหรับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคนั้น กรณีสหภาพยุโรป พบว่าได้มีการจำแนกการเลือกปฏิบัติเป็นกรณี “เป็นธรรม” กับ “ไม่เป็นธรรม” เช่น ในคดี Belgian Linguistics ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในเบลเยียม ECHR อธิบายว่า¹²⁸ หลักความเท่าเทียมกันของการปฏิบัติ (Principle of Equality of Treatment) จะถูกละเมิด หากความแตกต่างในการปฏิบัติ (Distinction) นั้นปราศจากวัตถุประสงค์และเหตุผลอันสมควร ซึ่งจะต้องประเมินจากความสัมพันธ์ระหว่างเป้าหมายและผลกระทบ (Aim and effects) ของมาตรการนั้น ECHR อธิบายว่าความแตกต่างของการปฏิบัติ (Difference of Treatment) ที่จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) นั้นไม่เพียงแต่จะต้องมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate aim) เท่านั้น แต่ยังต้องมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลและได้สัดส่วนระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการที่นำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้นด้วย

จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายสหภาพยุโรปไม่ได้จำแนกการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม กับ การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แต่ใช้คำว่า การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ในการตัดสินคดีนี้ ECHR ใช้คำว่าความแตกต่างในการปฏิบัติ (Distinction / Difference of treatment) ซึ่งยังไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ จนกว่าจะพิจารณาปัจจัยอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างเป้าหมายที่มุ่งประสงค์และวิธีการอันนำไปสู่จุดมุ่งหมายนั้น ว่ามีความสมเหตุสมผล และได้สัดส่วนหรือไม่ หากมีเหตุผลและได้สัดส่วน การปฏิบัติที่แตกต่างก็จะเป็นการเลือกปฏิบัติ หรืออีกนัยหนึ่งคือเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันเท่านั้น โดยมีได้ใช้คำว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมแต่อย่างใด

สำหรับกรณีของ สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันนั้น หลักการห้ามเลือกปฏิบัติจัดอยู่ในหลัก “Equality Principle” หรือหลักความเท่าเทียมกัน โดยมีได้มีการกำหนดคำว่า การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม ทั้งนี้

¹²⁸ From The Belgian Linguistic case (1968) 1 EHRR 252

ในข้อเสนอแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของคอสตาริกา¹²⁹ IACHR อธิบายหลักการตามมาตรา ๒๔ ว่า “การปฏิบัติที่แตกต่าง (Difference in Treatment) โดยรัฐ จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ หากมีการจำแนกบุคคลบนพื้นฐานข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันและมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลและได้สัดส่วนระหว่างการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นกับวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติดังกล่าว” จะเห็นได้ว่า “การปฏิบัติที่แตกต่าง” ยังไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยต้องพิจารณาต่อไปถึงเหตุผลและความได้สัดส่วน กล่าวคือ หากความแตกต่างนั้นมีเหตุผลสมควรรองรับ และเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกับวัตถุประสงค์แล้วมีความได้สัดส่วนกันแล้ว การปฏิบัติที่แตกต่าง ก็จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ หรืออีกนัยหนึ่งคือ เป็นเพียงการปฏิบัติที่แตกต่าง (Difference in Treatment) ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนกับรัฐธรรมนูญของไทยจะพบความคล้ายคลึงกันในกรอบหลักการว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติจัดอยู่ในหลักความเท่าเทียมกัน ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่าง (Difference in Treatment) โดยสภาพทั่วไปแล้ว ส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน แต่ตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศนั้น พบว่า เมื่อมีประเด็นพิจารณาว่ามาตรการหรือกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ จะมีการนำปัจจัยต่าง ๆ มาพิจารณา เช่น ปัจจัยเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการนั้นและวัตถุประสงค์ที่มาตรการนั้นมุ่งหมาย หลักความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการหรือกฎเกณฑ์นั้นกับวัตถุประสงค์ ความสมเหตุสมผลของมาตรการหรือกฎเกณฑ์นั้น เป็นต้น หากผ่านการพิจารณาด้วยปัจจัยดังกล่าวแล้วพบว่ามาตรการนั้นสมเหตุสมผลหรือมีความชอบธรรม (Justification) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรการที่มีลักษณะการปฏิบัติแตกต่างกันแต่ส่งผลให้เกิดความเท่าเทียมกันของบุคคล เช่น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) มาตรการนั้นจะเป็นเพียง “การปฏิบัติที่แตกต่าง” (Difference in Treatment) ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย แต่หากมาตรการนั้นไม่สมเหตุสมผล ไม่ได้สัดส่วน ก็จะเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย โดยไม่มีการจำแนก การปฏิบัติที่แตกต่างออกเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม และการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

หากเปรียบเทียบกับหลักการตามรัฐธรรมนูญสองฉบับของไทยดังที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้นจะเห็นว่า แม้ตัวบทมิได้บัญญัติถึงเหตุผล (Justification) หรือปัจจัยในการพิจารณาการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ แต่อาจกล่าวได้ว่า เหตุผลหรือปัจจัยในการพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลนั้นจะต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่นั้นจะอยู่ที่การตีความคำว่า “ไม่เป็นธรรม” ของการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ หากมีเหตุผลสมควรแล้วแม้จะมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุต่าง ๆ ที่ระบุไว้ ก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือหากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าองค์ประกอบของการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันตามวรรคท้ายของมาตรา ๓๐ แล้วก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แต่กรณีนี้กฎหมายระบุไว้เช่นนั้นอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างที่สำคัญก็คือ รัฐธรรมนูญของไทยใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในการสื่อความหมายว่าเป็น “การปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งไม่มีเหตุผลสมควร” สำหรับการปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งมีเหตุผลสมควรนั้น ไม่มีการกำหนดคำเฉพาะไว้ในตัวบท แต่มักเรียกกันว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายต่างประเทศมักใช้เพียงคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” เพื่อสื่อความหมาย “การปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งไม่มีเหตุผลสมควร” สำหรับการปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งมีเหตุผลสมควรนั้น ก็จะเรียกว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน”

¹²⁹ Advisory Opinion on Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica, OC-4/84, Inter-American Court of Human Rights (IACHR), January 19, 1984



นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยที่กำหนดคำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ปรากฏในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๙ ซึ่งกำหนดอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอัน “มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม..หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”¹³⁰ จากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติดังกล่าวในบทที่ ๒ จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาว่ากฎ คำสั่งทางปกครองที่พิพาทนั้นเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา ๙ หรือไม่นั้น ศาลใช้กรอบการพิจารณาอย่างกว้างโดยพิจารณาประกอบกับประเด็นอื่น ๆ โดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบซึ่งอาจครอบคลุมเหตุต่าง ๆ นอกเหนือจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ดังเช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ จึงอาจกล่าวได้ว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองมีขอบเขตกว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยทั่วไป¹³¹ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทคดีปกครองนี้ มีขอบเขตและความหมายแตกต่างออกไปจาก “การเลือกปฏิบัติ” ตามความตกลงระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการเลือกปฏิบัติตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีนั้นเป็นการพิจารณาภายใต้แนวคิดของคดีปกครอง แต่การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นการพิจารณาภายใต้แนวคิดสิทธิมนุษยชน

๔.๓.๕ วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ตามกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

ดังกล่าวนำในหัวข้อก่อนหน้านี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีการกำหนดหลักความเท่าเทียมกัน โดยห้ามการเลือกปฏิบัติเนื่องจากการเป็นหรือการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในการบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัตินี้มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป ในประเด็นนี้ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่า มีบางประเทศที่ระบุการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ไว้อย่างชัดเจน คือ *ประเทศแอฟริกาใต้* ดังที่ปรากฏตามหลักการของรัฐธรรมนูญ ดังนี้

มาตรา ๙

(๑) บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ทางกฎหมายเท่าเทียมกัน

(๒) ความเท่าเทียมกันครอบคลุมถึงการได้รับสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ในการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันนั้น จะต้องมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นเพื่อคุ้มครองบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งเสียเปรียบจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (person disadvantaged by unfair discrimination)

¹³⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๙ กำหนดว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำการอื่นใดเนื่องจากการกระทำโดยไม่อำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน...หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม..หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

¹³¹ ดูเพิ่มเติมในการวิเคราะห์ประเด็น “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”

(๓) รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ซึ่งรวมถึงเชื้อชาติ เพศ การตั้งครุภรณ์ สถานะความเป็นมารดา ชชาติกำเนิด สีผิว รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด

(๔) บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุดังระบุใน (๓) ในการนี้ รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว

(๕) การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังระบุใน (๓) นั้นถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair) หากไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นธรรม (Fair)

จะเห็นได้ว่า หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันเป็นไปด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้ว จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair) เว้นแต่จะสามารถแสดงให้เห็นถึงเหตุผลอันสมควรได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม (Fair) เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า โดยหลักการแล้วกฎหมายทั้งสองประเทศมุ่งคุ้มครองความเท่าเทียมกัน โดยกฎหมายบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ ในฐานะเป็นการขยายความการคุ้มครองหลักความเท่าเทียมกัน เนื่องจากพิจารณาว่าการห้ามเลือกปฏิบัติเป็นวิธีการหนึ่งในการบรรลุหลักความเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตาม ในการบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัตินี้ มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน สำหรับการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายนั้น กฎหมายแอฟริกาใต้ใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” เช่นเดียวกับกฎหมายไทย เพื่อแยกออกจากการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลและวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายแอฟริกาใต้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” ในขณะที่กฎหมายไทยมิได้ระบุไว้ชัดเจนดังกล่าว

นอกจากนี้ ตามกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติของแอฟริกาใต้ กล่าวคือ *กฎหมายการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและการป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 2000)* นั้นพบว่า มีการจำแนกระหว่าง “การเลือกที่ไม่เป็นธรรม” และ “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดหลักการหรือเกณฑ์ในการจำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมกับไม่เป็นธรรม ได้แก่ “การปฏิบัตินั้นลดคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลหรือไม่ มีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มีวิธีการทางเลือกอื่นที่ทำให้เกิดความเสียหายเปรียบน้อยกว่าและสามารถนำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหรือไม่” เมื่อเปรียบเทียบกับไทยจะเห็นได้ว่า ไทยมิได้มีการบัญญัติหลักการหรือเกณฑ์ในการจำแนกระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด เมื่อมีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นจึงต้องพิจารณาจากการตีความของศาล

➤ หากเปรียบเทียบกับ *กฎหมายประเทศออสเตรเลีย* จะพบว่า พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act 1986) กำหนดจำแนกระหว่าง การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) และการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Discrimination)

สำหรับนิยามของ การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) โดยทั่วไปแล้วหมายถึง¹³² “ความแตกต่าง การกีดกัน หรือการปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษใด ๆ ซึ่งกระทำขึ้นบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชชาติกำเนิดหรือต้นกำเนิดทางสังคม ซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคหรือทำให้เสียไปซึ่งความเท่าเทียมกันในโอกาสหรือการปฏิบัติในการจ้างงานหรืออาชีพ....”

¹³² Part I, article 3 (Interpretation)

สำหรับนิยามของ *การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Discrimination)*¹³³ หมายถึงการกระทำ การละเว้นการกระทำ หรือการปฏิบัติซึ่งมีขอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ซึ่งออสเตรเลียแยกออกเป็นกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางอายุ (Age Discrimination Act 2004) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางความพิการ (Disability Discrimination Act 1992) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Racial Discrimination Act 1975) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ (Sex Discrimination Act 1984)

จะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติก็คือ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” หรือไม่เท่าเทียมกันตามหลักความเท่าเทียมกันนั่นเอง อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกิดขึ้น ยังไม่สามารถสรุปได้ว่าขัดต่อกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากต้องพิจารณาต่อไปว่า หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายเฉพาะที่กำหนดรายละเอียดห้ามการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุต่าง ๆ ไว้ก็เป็นเพียง “การเลือกปฏิบัติ” ซึ่งยังไม่ผิดกฎหมาย แต่หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าเหตุต้องห้ามตามกฎหมายเฉพาะ จึงจะเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย” เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า โดยหลักการแล้วกฎหมายทั้งสองประเทศมุ่งคุ้มครองความเท่าเทียมกัน โดยกฎหมายบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากพิจารณาว่าการห้ามเลือกปฏิบัติเป็นวิธีการหนึ่งในการบรรลุหลักความเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม ในการบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัตินี้ มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน สำหรับการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายนั้นกฎหมายออสเตรเลียใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ในขณะที่ไทยใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” แต่ทั้งนี้การกำหนดถ้อยคำทั้งสองต่างก็เป็นไปโดยหลักการเช่นเดียวกัน กล่าวคือ เพื่อบังคับการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันชอบด้วยกฎหมายกับการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันมิชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายไทยกับออสเตรเลียก็คือ กฎหมายออสเตรเลียมีการกำหนดหลักการหรือเกณฑ์ในการจำแนกการเลือกปฏิบัติกับการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมายไว้ ในขณะที่กฎหมายไทยมิได้กำหนดหลักการหรือเกณฑ์ในการจำแนกไว้อย่างชัดเจน

➤ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับ *กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canada Human Rights Act 1985, Last Amended November, 2014)* แล้วจะเห็นได้ว่ามีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายและการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) มาตรา ๑๕ วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน (Equality Rights) เป็นหลักสำคัญ กล่าวคือ “บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ...” จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญกล่าวถึงการเลือกปฏิบัติในฐานะเป็นสิ่งที่ขัดหรือแย้งกับหลักความเท่าเทียมกัน แต่ไม่ได้กำหนดจำแนกความแตกต่างระหว่าง การเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย (ไม่ว่าจะเรียก “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย” ก็ตาม) กับการเลือกปฏิบัติที่ทำได้ตามกฎหมาย (ไม่ว่าจะเรียก “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย” ก็ตาม) โดยมีการบัญญัติเพียง “การเลือกปฏิบัติ” ซึ่งมีนัยว่าเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัวเอง เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายเฉพาะ คือ กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canada Human Rights Act 1985, Last Amended November, 2014) จะพบว่า กฎหมายเริ่มจากการบัญญัติเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Proscribed Discrimination) จากนั้นจะกำหนด “การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Practice) โดยจำแนกการกระทำในมิติต่าง ๆ เป็นรายมาตราไป เช่น การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ

133 Ibid

ในมิติการจ้างแรงงาน ในมิติสินค้าและบริการ ในมิติของที่อยู่อาศัย เป็นต้น จากแนวคำพิพากษาคดี พบว่าศาลสูงสุดแคนาดาได้ใช้คำที่แตกต่างกันระหว่างการปฏิบัติที่แตกต่าง กับการเลือกปฏิบัติ ดังจะเห็นได้จากคำตัดสินซึ่งวางหลักว่า¹³⁴ กรณีนี้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction) ของแผนงานของรัฐบาล อันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุในรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ตามรัฐธรรมนูญ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ นั้น โดยหลักแล้วก็คือ “การเลือกปฏิบัติ” แต่จะต้องเข้าองค์ประกอบตามกฎหมายเฉพาะคือกฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดาซึ่งกำหนดองค์ประกอบของ “การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Practice) ในมิติต่าง ๆ เสียก่อน จึงจะถือว่าเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งเมื่อเข้าองค์ประกอบแล้ว จึงมีประเด็นพิจารณาต่อไปว่า การกระทำนั้นเข้าเหตุตามข้อยกเว้น (Exception) หรือไม่ หากเข้าข้อยกเว้นมาตรา ๑๕ ก็จะไม่ถือว่าเป็น “การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Practice) โดยกฎหมายมิได้เรียกการกระทำที่เข้าข้อยกเว้นว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นธรรม เพียงแต่เรียกว่า ไม่เป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ (It is not a Discriminatory Practice) ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ตามกฎหมายแคนาดา ไม่มีการใช้ถ้อยคำ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย” เนื่องจากกฎหมายเพียงจำแนกระหว่าง “การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Practice) ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย และการกระทำที่เข้าข้อยกเว้นซึ่งเรียกว่า “ไม่เป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” นอกจากนี้ ยังพบข้อแตกต่างอีกประการหนึ่งระหว่างกฎหมายไทยกับแคนาดา ก็คือ กฎหมายแคนาดามีการกำหนดหลักการหรือเกณฑ์ในการจำแนกระหว่าง “การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” กับการกระทำที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ในขณะที่กฎหมายไทยมิได้กำหนดหลักการหรือเกณฑ์ในการจำแนกไว้อย่างชัดเจน

➤ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติของ**ประเทศฟินแลนด์**แล้วพบว่า กฎหมายฟินแลนด์นั้นแม้จะมีการกำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติซึ่งแยกเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมอย่างชัดเจน แต่ไม่ได้กำหนด “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” เอาไว้ โดยหลักแล้วเมื่อมีกรณีการปฏิบัติที่แตกต่างกันก็ต้องพิจารณาว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันเช่นนั้นมิใช่เหตุผล (Justification) รองรับหรือไม่¹³⁵ หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น มีเหตุผลอันสมควร ก็จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ การปฏิบัติที่พิพาทนั้นก็จะเป็นเพียงแค่ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differential Treatment) แต่หากไม่มีเหตุผลสมควร ก็จะเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination)¹³⁶ ด้วยเหตุนี้ตามกฎหมายฟินแลนด์ จึงมีเฉพาะ “การเลือกปฏิบัติ” ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย กับ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย มิได้มีการใช้คำว่า การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แต่อย่างไร

➤ เช่นเดียวกับกฎหมายของ**ประเทศสวีเดน** รัฐธรรมนูญวางหลัก “กฎหมายหรือบทบัญญัติใด ๆ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อพลเมืองในลักษณะกีดกัน...” (No Act of Law or Other Provision May Imply the Unfavourable Treatment of a Citizen...) จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญใช้คำว่า “การกีดกัน” หรือ “การปฏิบัติในลักษณะพึงพอใจน้อยกว่า” (Unfavourable Treatment) ซึ่งมีความหมายทำนองเดียวกับการ “เลือกปฏิบัติ” และมิได้มีการ

¹³⁴ From Canada in R. v. Kapp , SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, 294 D.L.R. (4th)

¹³⁵ การปฏิบัติที่แตกต่างกัน ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ หากการปฏิบัตินั้นอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายและเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ยอมรับได้ (Acceptable Objective) และมาตรการที่จะนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วน (มาตรา ๑๑)

¹³⁶ Section 11 and Section 12 (Justification for different treatment) Non-discrimination Act (1325/2014)



จำแนกระหว่างการปฏิบัติที่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว สำหรับกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของสวีเดน พบว่ามีการวางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติซึ่งแยกเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมอย่างชัดเจน แต่ไม่ได้ใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายเลือกปฏิบัติของสวีเดน มีการจำแนกการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ หลายมิติในกฎหมายฉบับเดียว เช่น การจ้างแรงงาน การศึกษา การคุกคาม การซื้อสินค้าหรือบริการ การเกณฑ์ทหาร โดยในแต่ละมิตินั้น วางหลักว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติจะถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย แต่ก็มีกำหนดข้อยกเว้นในแต่ละมิติไว้ เช่น ในมิติของการจ้างแรงงาน กำหนดข้อยกเว้นไว้มีหลักว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment) บนพื้นฐานของคุณลักษณะ (Characteristics) ของบุคคลซึ่งมีความจำเป็นอย่างแท้จริงและสำคัญสำหรับงานนั้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย..ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นเพียง “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment)” เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ตามกฎหมายสวีเดนจึงมีเฉพาะ “การเลือกปฏิบัติ” ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย กับ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย มิได้มีการใช้คำว่า การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แต่อย่างไร

➤ ในกรณีของเยอรมันนั้น **รัฐธรรมนูญเยอรมัน** เรียกการปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายว่า “การเลือกปฏิบัติ” โดยมีได้ใช้คำว่า “เป็นธรรม” หรือ “ไม่เป็นธรรม” ในการจำแนกความแตกต่างระหว่างการปฏิบัติซึ่งต้องห้ามและไม่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ สำหรับหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจำแนกความแตกต่างระหว่างการ “เลือกปฏิบัติ” ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ กับการกระทำที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ นั้น ตัวบทของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ มิได้กำหนดไว้ชัดเจน อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาประกอบการวินิจฉัย เช่น นำ “การใช้อำนาจตามอำเภอใจ” มาประกอบการพิจารณา กล่าวคือ คำพิพากษาได้วินิจฉัยหลักความเสมอภาคว่าหมายถึง “การห้ามมิให้ปฏิบัติแตกต่างกันในสิ่งที่เหมือนกันอย่างอำเภอใจ และห้ามมิให้ปฏิบัติเหมือนกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันตามอำเภอใจ”¹³⁷ รวมทั้งการนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาประกอบการพิจารณา กล่าวคือ “การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และวิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้องเป็นวิธีการที่มีความเหมาะสมและจำเป็น”¹³⁸ อีกทั้งยังมีคดีที่ใช้หลักการพิจารณาว่า “ความแตกต่างในทางข้อเท็จจริงนั้นมีเหตุผลอันสมควรที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างกันหรือไม่”¹³⁹ ดังนี้ หากเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญของไทยกับเยอรมัน จะเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศ จะมีโครงสร้างการกำหนดหลักความเท่าเทียมกันและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เริ่มจากการวางหลักความเท่าเทียมกันโดยทั่วไปและวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญไทยมีการใช้คำ “เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” เพื่อบ่งบอกถึงการปฏิบัติอันต้องห้าม ในขณะที่รัฐธรรมนูญเยอรมันมิได้ใช้คำในลักษณะดังกล่าว เพียงแต่ใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติ” เท่านั้น นอกจากนี้ แม้รัฐธรรมนูญเยอรมันมิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาจำแนกการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายกับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของไทย แต่ศาลเยอรมันได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์หรือแนวทางไว้ซึ่งอาจเปรียบเทียบกับแนวคำพิพากษาศาลไทยดังจะได้วิเคราะห์ต่อไป

¹³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๘), หน้า

๑๓๓-๑๓๔.

¹³⁸ แหล่งเดิม หน้า ๑๓๔.

¹³⁹ แหล่งเดิม หน้า ๑๔๐

➤ ในกรณีของ**ประเทศอินเดีย**นั้น รัฐธรรมนูญอินเดีย มาตรา ๑๕ วางหลักความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติไว้ โดยกำหนดว่ารัฐจะต้อง “ไม่เลือกปฏิบัติ ต่อพลเมือง...” โดยมีได้ใช้คำว่า “เป็นธรรม” หรือ “ไม่เป็นธรรม” ในการจำแนกความแตกต่างระหว่างการปฏิบัติต่อพลเมืองแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญกำหนดยกเว้นให้การปฏิบัติที่แตกต่างต่อพลเมืองบางกรณีไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ กรณีที่รัฐกำหนดให้มีมาตรการพิเศษ (Special provision) สำหรับเด็ก สตรี และกลุ่มผู้เสียเปรียบทางด้านสังคมและการศึกษา (มาตรา ๑๕ (๓) - (๕)) จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นนี้มีลักษณะเป็น “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative Action) ดังจะได้วิเคราะห์ต่างหาก ซึ่งในส่วนนี้มีลักษณะคล้ายกับรัฐธรรมนูญของไทย เช่น ฉบับปี ๒๕๕๐ ซึ่งกำหนดไว้ว่ามาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

➤ สำหรับ **รัฐธรรมนูญของมาเลเซีย** นั้นวางหลักความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา ๘ และ มาตรา ๑๒ โดยใช้คำว่า “ห้ามเลือกปฏิบัติ” สำหรับการปฏิบัติแตกต่างกันที่ไม่ถือว่าเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” นั้น รัฐธรรมนูญมิได้ใช้ถ้อยคำใดโดยเฉพาะ จะเห็นได้ว่ามิได้มีการใช้คำ “ไม่เป็นธรรม” มาจำแนกระหว่างการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญกับการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ดังเช่นตามรัฐธรรมนูญของไทย นอกจากนี้ พบว่า รัฐธรรมนูญมาเลเซียกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาจำแนกการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย กับการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย โดยมาตรา ๘ กำหนดข้อยกเว้นไว้หลายกรณี เช่น กรณีมีพหุปัญญาหรือแนวปฏิบัติในการจำกัดการทำงานที่เกี่ยวข้องกับศาสนา กรณีมีพหุปัญญาใด ๆ ที่คุ้มครองความเป็นอยู่ของชาวพื้นเมือง (Aboriginal People) เป็นต้น ซึ่งอาจจัดเป็นกรณี “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative Action) ดังจะได้วิเคราะห์ต่างหาก ซึ่งในส่วนนี้มีลักษณะคล้ายกับรัฐธรรมนูญของไทย เช่น ฉบับปี ๒๕๕๐ ซึ่งกำหนดไว้ว่ามาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

➤ สำหรับกรณีของ**ประเทศสิงคโปร์** นั้น หลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏในรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ มาตรา ๑๒ ว่าด้วย “การคุ้มครองความเท่าเทียมกัน” (Equal Protection) โดยมาตรา ๑๒ นี้เริ่มจากการกำหนดคุ้มครองความเท่าเทียมกัน จากนั้นจึงวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กำหนด อย่างไรก็ตาม กฎหมายสิงคโปร์มิได้จำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม กับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

ศาลสูงสุดได้ตีความมาตรา ๑๒ ในคดี Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong¹⁴⁰ โดยวางเกณฑ์สำหรับพิจารณาว่ากฎหมายหรือมาตรการที่พิพาทนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๒ หรือไม่ เกณฑ์ดังกล่าวมีสองขั้น (Stages) ดังนี้

ขั้นแรก พิจารณาว่า กฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันหรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า กฎหมายนั้นไม่ได้ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน กฎหมายนั้นก็ผ่านเกณฑ์นี้ และไม่ถือเป็นเลือกปฏิบัติ แต่หากกฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน ก็จะต้องพิจารณาขั้นที่สองต่อไป

ขั้นที่สอง พิจารณาว่า กฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลการจำแนกความแตกต่างที่ชอบหรือไม่ ในการนี้ จะต้องแยกพิจารณาเป็นสองกรณี คือ

¹⁴⁰ From “Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong [1998]” 2 S.L.R. (R.) 489



• **กรณีแรก** พิจารณาว่า การจำแนกความแตกต่างระหว่างบุคคลในกลุ่มหนึ่งกับบุคคลที่อยู่นอกกลุ่มนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่สามารถเข้าใจได้หรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า ไม่อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ กฎหมายนั้น ก็เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากอยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ ก็จะต้องพิจารณาในกรณีที่สองต่อไป

• **กรณีที่สอง** พิจารณาว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุ หรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า มีความสัมพันธ์กัน หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายซึ่งเป็นวิธีการในการบรรลุเป้าหมาย นั้นได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่ต้องการบรรลุ กฎหมายนั้นก็ผ่านเกณฑ์นี้ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่หากกฎหมาย นั้นไม่มีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุ กฎหมายนั้นก็ไม่ผ่านเกณฑ์ กล่าวคือ เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัด ต่อรัฐธรรมนูญ

ประธานศาลสูงสุด (Yong Pung How) ได้อธิบายไว้ด้วยว่า กฎหมายหรือมาตรการที่ไม่ผ่านเกณฑ์การ พิจารณานี้ เรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากกฎหมายหรือมาตรการนั้นผ่าน เกณฑ์การพิจารณาดังกล่าว ก็จะเป็นเพียงแค่ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differentiation) ซึ่งไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

๔.๓.๖ วิเคราะห์รูปแบบและโครงสร้างการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ

จากการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติทั้งกรณีกฎหมายระหว่าง ประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย จะเห็นรูปแบบโครงสร้างที่สำคัญ ดังนี้

- ✓ บัญญัติคุ้มครองหลักความเท่าเทียมกัน (Equality) ซึ่งในหลายกรณีจะมีการบัญญัติหลักความ เท่าเทียมกันไว้ในส่วนต้นหรือวรรคแรกของมาตราที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ
- ✓ บัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ ในฐานะเป็นการขยายความการคุ้มครองหลักความเท่าเทียมกัน เนื่องจากพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน ดังนั้น การห้ามเลือกปฏิบัติจึงเป็น วิธีการหนึ่งในการบรรลุถึงหลักความเท่าเทียมกัน

ในการบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัตินี้ มีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายและการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่ ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์และหลักการเช่นเดียวกัน คือ การจำแนกกระหว่าง “การกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย” และ “การ กระทำที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย” ซึ่งอาจจำแนกออกเป็นรูปแบบการบัญญัติกฎหมาย ๔ รูปแบบ ดังนี้

- ๑ กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม**” (Unfair Discrimination) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่ กฎหมายกำหนดว่า “**การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม**” ดังเช่นกรณีกฎหมายแอฟริกาใต้
- ๒ กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การเลือกปฏิบัติที่มีชอบ ด้วยกฎหมาย**” (Unlawful Discrimination) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผล อันสมควรตามที่กฎหมายกำหนดว่า “**การเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย**” ดังเช่นกรณีกฎหมาย ออสเตรเลีย
- ๓ กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การกระทำที่เป็น การเลือกปฏิบัติ**” (Discriminatory Practice) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่มี เหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนดว่า “**การกระทำที่ไม่ใช่การกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ**” (It is not a Discriminatory Practice) ดังเช่นกรณีกฎหมายแคนาดา

- ๔ กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนด หรือ ไม่เข้าองค์ประกอบเงื่อนไขของการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differentiation) ดังเช่นแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสิงคโปร์ หรือกรณีกฎหมายประเทศฟินแลนด์ที่จำแนกระหว่างการปฏิบัติแตกต่างกัน (Different Treatment) ซึ่งจะเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ถ้าขาดเสียซึ่งเหตุผลอันสมควร (Justification) กับการปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งมีเหตุผลสมควรจึงไม่เป็นการ “เลือกปฏิบัติ” เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสวีเดน ซึ่งจำแนกระหว่าง “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) และ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differential Treatment) นอกจากนี้ พบว่าในอีกหลายประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญเยอรมัน รัฐธรรมนูญมาเลเซีย รัฐธรรมนูญอินเดีย นั้น แม้ในกฎหมายจะมีการเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “การเลือกปฏิบัติ” แต่ตามกฎหมายมิได้ใช้คำเฉพาะสำหรับเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามกฎหมายหรือเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมาย

สำหรับกรณีของไทยนั้นอาจเทียบเคียงได้กับรูปแบบที่ ๑ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่ามีลักษณะที่ควรพิจารณาเพิ่มเติม ๒ ประการ คือ

► **ประการแรก** ในตัวบทกฎหมายมิได้ระบุใช้ถ้อยคำเฉพาะเพื่อแสดงถึง “การปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนด” ซึ่งแยกออกจาก “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” กล่าวคือ ไม่มีการใช้คำอันระบุว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ขบด้วยกฎหมาย” ซึ่งคล้ายคลึงกับบางประเทศที่มีได้กำหนดใช้คำเรียกโดยเฉพาะสำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่เป็นการขัดต่อกฎหมาย เช่น เยอรมัน อินเดีย มาเลเซีย เป็นต้น

► **ประการที่สอง** ในตัวบทของรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเกณฑ์ในการจำแนกระหว่าง “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” และการกระทำที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติดังกล่าว ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากแนววินิจฉัยของศาล

อย่างไรก็ตาม แม้แต่ละประเทศจะมีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายและกำหนดนิยามที่แตกต่างกันไป แต่เมื่อพิจารณาหลักการสำคัญแล้วพบว่าคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ กฎหมายมุ่งคุ้มครองความเท่าเทียมกัน และห้ามการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติที่แตกต่างกันบางกรณีมีเหตุผลสมควรจึงไม่ต้องห้าม เพียงแต่มีการกำหนดถ้อยคำแตกต่างกันออกไปเท่านั้น

นอกจากนี้ ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญของไทยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาจำแนกระหว่าง “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” กับการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไว้ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญมีเพียงการบัญญัติถึง “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative Action) ซึ่งโดยลักษณะแล้วเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันในลักษณะของการให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลบางกลุ่ม (Privilege) แต่กฎหมายยกเว้นให้รัฐสามารถทำได้ และไม่ถือว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (เช่น รัฐธรรมนูญฉบับปี พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ วรรคท้าย) ซึ่งการกำหนดหลักการยกเว้นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกหรือมาตรการพิเศษ (Special Measure) นี้ มีลักษณะคล้ายกับรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ เช่น อินเดีย มาเลเซีย เป็นต้น



เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวข้างต้นกับกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้น หลักการห้ามเลือกปฏิบัติจัดอยู่ในหลักความเท่าเทียมกัน ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Difference in Treatment) โดยสภาพทั่วไปแล้ว ส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน แต่ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น พบว่า เมื่อมีประเด็นพิจารณาว่ามาตรการหรือกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ จะมีการนำปัจจัยต่าง ๆ มาพิจารณา เช่น ปัจจัยเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการนั้นและวัตถุประสงค์ที่มาตรการนั้นมุ่งหมาย หลักความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการหรือกฎเกณฑ์นั้นกับวัตถุประสงค์ ความสมเหตุผลของมาตรการหรือกฎเกณฑ์นั้น เป็นต้น หากผ่านการพิจารณาด้วยปัจจัยดังกล่าวแล้วพบว่า มาตรการนั้นสมเหตุผลหรือมีความชอบธรรม (Justification) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรการที่มีลักษณะการปฏิบัติแตกต่างกันแต่ส่งผลให้เกิดความเท่าเทียมกันของบุคคล เช่น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) มาตรการนั้นจะเป็นเพียง “การปฏิบัติที่แตกต่าง” (Difference in Treatment) ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย แต่หาก มาตรการนั้นไม่สมเหตุผล ไม่ได้สัดส่วน ก็จะเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย โดยไม่มีการจำแนกการปฏิบัติที่แตกต่าง ออกเป็น “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม และการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย และการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

โดยนัยนี้จะเห็นว่า กฎหมายแคนาดา ฟินแลนด์ สวีเดน มีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกับกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว เนื่องจาก คำว่า **“การกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ” นั้น มีความหมายในเชิงลบ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มีขอบในตัวของมันเอง** นอกจากนี้ หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าข่ายยกเว้น ก็จะไม่ถือเป็น “การกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ” โดยไม่ได้เรียกว่า เป็นการกระทำที่ “เป็นธรรม” (Fair) หรือ “ชอบด้วยกฎหมาย” (Lawful) แต่อย่างใด เช่นเดียวกับกฎหมายสิงคโปร์ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ที่กำหนดไว้เพียงห้ามการเลือกปฏิบัติ โดยมิได้จำแนกออกเป็น “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม และการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย และการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลสูงสุดสิงคโปร์จะพบว่า ศาลได้สร้างเกณฑ์สำหรับพิจารณากฎหมายหรือมาตรการที่พิพาทนั้น ซึ่งหากกฎหมายหรือมาตรการนั้นไม่ผ่านเกณฑ์ก็จะถือเป็น “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ที่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ แต่หากผ่านเกณฑ์ดังกล่าวก็จะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่เป็น “การเลือกปฏิบัติ” โดยเป็นเพียง “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differentiation)

จากการวิเคราะห์รูปแบบและโครงสร้างการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ดังกล่าวมาข้างต้นนั้น อาจสรุปได้ว่า ประเทศต่าง ๆ มีการใช้ถ้อยคำตามกฎหมายแตกต่างกันระหว่าง การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันต้องห้ามตามกฎหมาย กับการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่ต้องห้ามหรือเข้าข่ายยกเว้นตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ข้อที่คล้ายคลึงกันของกฎหมายประเทศต่าง ๆ ก็คือ การใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันอยู่บนพื้นฐานแนวคิดคล้ายคลึงกันในการมุ่งกำหนดหลักคุ้มครองความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน โดยกำหนดห้ามการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ สำหรับความแตกต่างในการกำหนดหลักการและการใช้ถ้อยคำนั้น อาจสรุปจำแนกให้เห็นตามตาราง ดังนี้

ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ และการกำหนดถ้อยคำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศ	กฎหมาย	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย	เกณฑ์การจำแนกระหว่างการปฏิบัติที่ต้องห้ามและไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
แอฟริกาใต้	รัฐธรรมนูญ	การเลือกโดยไม่เป็นธรรม	การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม	“การเลือกปฏิบัติ” ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญระบุไว้จะถือว่าไม่เป็นธรรม (Unfair) หากไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นธรรม (Fair) (มาตรา 9, รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้)
	กฎหมายการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและการป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 2000)	การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม	การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม	- การปฏิบัตินั้นลดคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลหรือไม่ มีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ - มีวิธีการทางเลือกอื่นที่ทำให้เกิดความเสียเปรียบน้อยกว่าและสามารถนำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหรือไม่ (กฎหมายการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและการป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม)
ออสเตรเลีย	พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act 1986)	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)	การเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Discrimination)	หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าองค์ประกอบกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย



ประเทศ	กฎหมาย	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย	เกณฑ์การจำแนกระหว่างการปฏิบัติที่ต้องห้ามและไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
อินเดีย	รัฐธรรมนูญ	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)	ไม่กำหนดค่าไว้เฉพาะ	หากเป็น “มาตรการพิเศษ” (Special Provision) สำหรับเด็กสตรี และกลุ่มผู้เสียเปรียบทางด้านสังคมและการศึกษา ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ (มาตรา ๑๕ (๓) - (๕) , รัฐธรรมนูญอินเดีย)
แคนาดา	กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canada Human Rights Act 1985 , last amended November, 2014)	“การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Practice)	“ไม่เป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” / การปฏิบัติที่แตกต่าง (Distinction)	หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าข่ายยกเว้นตามกฎหมาย จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น - กำหนดคุณสมบัติเฉพาะที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงานด้วยความสุจริต (Bona Fide Occupational Requirement) - การปฏิบัติที่แตกต่างอันมีเหตุผลสมควรด้วยความสุจริต (Bona Fide Justification)
เยอรมัน	รัฐธรรมนูญ	การเลือกปฏิบัติ	ไม่ได้กำหนดค่าไว้เฉพาะ	- การปฏิบัติที่แตกต่างกันเป็นไปตาม “อำเภอใจ” หรือไม่ - หลักความได้สัดส่วน - การปฏิบัติแตกต่างนั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ และวิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้นเหมาะสมและจำเป็นหรือไม่
ฟินแลนด์	กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Act, 1325/2014)	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)	การปฏิบัติที่แตกต่าง (Differential Treatment)	การปฏิบัตินั้นอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายและเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ยอมรับได้ (Acceptable Objective) และมาตรการที่จะนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วน (มาตรา ๑๑)

ประเทศ	กฎหมาย	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย	เกณฑ์การจำแนกระหว่างการปฏิบัติที่ต้องห้ามและไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
สวีเดน	กฎหมายการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Act)	การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination)	การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment)	หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น • การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment) บนพื้นฐานของคุณลักษณะ (Characteristics) ที่มีความจำเป็นอย่างแท้จริงและสำคัญสำหรับงานนั้น • มาตรการที่เป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย • การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ หากมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีความเหมาะสมและจำเป็น (มาตรา ๒, กฎหมายการเลือกปฏิบัติ)
มาเลเซีย	รัฐธรรมนูญ	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)	ไม่ได้ระบุไว้เฉพาะ	การปฏิบัติที่แตกต่างกันหากเข้าข้อยกเว้นที่กำหนดไว้จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น • กรณีมีบทบัญญัติหรือแนวปฏิบัติในการจำกัดการทำงานที่เกี่ยวข้องกับศาสนา • กรณีมีบทบัญญัติใด ๆ ที่คุ้มครองความเป็นอยู่ของชาวพื้นเมือง (Aboriginal People) (มาตรา ๘, รัฐธรรมนูญมาเลเซีย)



ประเทศ	กฎหมาย	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย	เกณฑ์การจำแนกระหว่างการปฏิบัติที่ต้องห้ามและไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
สิงคโปร์	รัฐธรรมนูญ / การตีความตามคำพิพากษาศาล	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ	การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation) ซึ่งไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ	ศาลวางเกณฑ์การพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันกรณีใดจะเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น - การจำแนกความแตกต่างระหว่างบุคคลในกลุ่มหนึ่งกับบุคคลที่อยู่นอกกลุ่มนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่สามารถเข้าใจได้หรือไม่ - การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุหรือไม่ (คำพิพากษา Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong [1998] 2 S.L.R.(R.) 489)
ไทย	รัฐธรรมนูญ (๒๕๔๐/๒๕๕๐)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม	ไม่ได้ระบุค่าไว้เฉพาะ	รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเกณฑ์การพิจารณาจำแนกไว้อย่างชัดเจน ต้องพิจารณาจากแนววินิจฉัยของศาล

นอกจากนี้ สำหรับกฎหมายไทยนั้น ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า มีการนำองค์ประกอบ “ไม่เป็นธรรม” มาประกอบกับคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ดังจะเห็นได้จากคำว่า **“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม”** ถูกนำมาใช้ทั้งในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน รัฐธรรมนูญ และบริบทของกฎหมายปกครอง สำหรับในบริบทกฎหมายปกครองนั้น เห็นได้จากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (มาตรา ๙) ที่บัญญัติคำว่า **“การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม”** ไว้ และจากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองพบว่า การตีความการเลือกปฏิบัติตามแนวศาลปกครองมีความแตกต่างจากการตีความการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยศาลได้วินิจฉัยว่ากฎ คำสั่งทางปกครองที่พิพาทนั้นเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ในกรอบอย่างกว้าง กล่าวคือ ไม่จำกัดเฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ โดยในหลายคดีศาลพิจารณาประกอบกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในกรณีนั้นว่ามีการใช้ดุลพินิจที่มีชอบและเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จึงอาจกล่าวได้ว่า **“การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม”** จะมีความหมายและขอบเขตที่แตกต่างออกไปในบริบทของกฎหมายปกครองเนื่องจากกฎหมายปกครองมีวัตถุประสงค์ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ตลอดจน กฎ คำสั่งทางปกครองว่ามีความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในขณะที่การเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้นมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลผู้ถูก

เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ดังที่ระบุไว้ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ สำหรับในบริบทของรัฐธรรมนูญนั้น จากตัวบทของรัฐธรรมนูญ สะท้อนหลักการตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เนื่องจาก “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” นั้นมีความสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เช่น ตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พุทธศักราช ๒๕๕๐ กำหนดว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเกี่ยวข้องกับถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง” ซึ่งแตกต่างจาก “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามตัวบทของกฎหมายปกครองดังกล่าวมาแล้ว แต่กระนั้นก็ตามในประเด็นพิพาทมีกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคล “แตกต่างกัน” มักมีการอ้างเหตุที่กว้างว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ที่รัฐธรรมนูญระบุไว้ ในประเด็นนี้จะได้แยกวิเคราะห์ต่อไป

นอกจากนี้ ยังพบว่า จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดถ้อยคำ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ดังกล่าว ส่งผลให้กฎหมายเฉพาะที่มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติหลายฉบับได้ใช้รูปแบบและถ้อยคำตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม พบว่ามีกฎหมายเฉพาะบางฉบับมิได้ใช้ถ้อยคำ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ดังจะได้สรุปแจกแจงการบัญญัติถ้อยคำตามกฎหมายไทยเกี่ยวกับ “การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันต้องห้ามตามกฎหมาย” หรือ “การเลือกปฏิบัติ” ตามตารางต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบการใช้ถ้อยคำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ ของไทย

กฎหมาย	การใช้คำที่มีความหมาย “เลือกปฏิบัติ”
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ (มาตรา ๓๐)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ (มาตรา ๓๐)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ (มาตรา ๙)	การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๒ (มาตรา ๒๒)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. ๒๕๕๙	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ (มาตรา ๗)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ (มาตรา ๑๕)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม



กฎหมาย	การใช้คำที่มีความหมาย “เลือกปฏิบัติ”
ระเบียบคณะกรรมการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการร้องขอ การรวบรวมพยานหลักฐาน การไต่ถาม การวินิจฉัย และค่าตอบแทนของ คณะอนุกรรมการหรือผู้ไต่ถามเกี่ยวกับการกระทำ ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ต่อคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๖	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๑ (มาตรา ๘)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ (มาตรา ๑๑/๑ มาตรา ๘๙)	ไม่เลือกปฏิบัติ
พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙	ไม่ถูกเลือกปฏิบัติ

ดังนั้น จึงเห็นว่าการใช้คำ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ในบริบทของกฎหมายไทยมีลักษณะที่แตกต่างจากการใช้คำดังกล่าวในประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเป็นกฎหมายเฉพาะในลักษณะของกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ เช่น แคนาดา ฟินแลนด์ สวีเดน เป็นต้น นอกจากนี้ หากเปรียบเทียบกับการใช้คำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้กรอบสหประชาชาติ ดังที่ได้วิเคราะห์และจำแนกตามตารางดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีการจำแนก ระหว่างการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment หรือ Distinction) ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย กับ “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย โดยมีได้ใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” แต่อย่างไร เนื่องจากหากการปฏิบัติแตกต่างกันนั้นไม่อาจอ้างเหตุที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จะถือว่าเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ซึ่งมี นัยที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัวเอง

ด้วยเหตุนี้ หากไทยมีการบัญญัติกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะกฎหมายกลางดังเช่นประเทศต่าง ๆ ที่มีกฎหมายลักษณะนี้ ก็ควรจะมีการใช้ถ้อยคำให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมาย ประเทศต่าง ๆ เพื่อจำแนกความแตกต่างระหว่าง

(ก) การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่มีขอบเขตเฉพาะการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันเกี่ยวเนื่องจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ และ

(ข) การเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าและ ไม่จำกัดเฉพาะการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเท่านั้น

๔.๔ วิเคราะห์ขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทกฎหมายไทย

หลังจากได้วิเคราะห์หลักการและการปรับใช้ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า นอกจากการนำคำว่า “ไม่เป็นธรรม” มาประกอบกับการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังมีอีกประเด็นหนึ่งซึ่งทำให้การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายไทยมีลักษณะเฉพาะและแตกต่างกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนก็คือ ขอบเขตเกี่ยวกับการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันจะถือเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ซึ่งหากพิจารณาในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว การเลือกปฏิบัติจะต้องเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Ground of Discrimination) ดังนั้น ในส่วนนี้จะได้วิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลไทยที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ โดยจำแนกเป็นสองหัวข้อย่อย กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” และการเลือกปฏิบัติที่อยู่นอกเหนือจาก “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” อย่างไรก็ตาม ก่อนการจำแนกวิเคราะห์ดังกล่าวจะเริ่มจากการชี้ให้เห็นหลักการและขอบเขตของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ กับกฎหมายไทย

๔.๔.๑ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Ground of Discrimination)

ในเบื้องต้นมีข้อพิจารณาว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction หรือ Differentiation) จะจัดเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ซึ่งขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อเมื่อการปฏิบัตินั้นเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศพบว่า เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมีการระบุไว้ เช่น

- ☞ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”¹⁴¹
- ☞ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”¹⁴²
- ☞ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือชาติกำเนิด หรือเผ่าพันธุ์กำเนิด”¹⁴³
- ☞ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะกรณี “ความพิการ”¹⁴⁴

¹⁴¹ Article 2, International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

¹⁴² Article 2, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)

¹⁴³ Article 1, Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)

¹⁴⁴ Article 2, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)



สำหรับกฎหมายต่างประเทศนั้น พบว่ามีการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้แตกต่างกันในรายละเอียด เช่น

★ กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canada Human Rights Act 1985, Last Amended November, 2014) กำหนดครอบคลุม “...เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา อายุ เพศ รสนิยมทางเพศ สถานภาพการสมรส สถานภาพทางครอบครัว ความพิการ ประวัติการต้องโทษทางอาญาซึ่งได้รับการยกเว้นโทษหรือรอลงอาญา” สำหรับกฎหมายระดับมลรัฐในแคนาดา เช่น มลรัฐ Alberta นั้น พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (Alberta Human Rights Act) กำหนดครอบคลุม “...เชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีผิว เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษ ชาติกำเนิด สถานะการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของบุคคลนั้นหรือกลุ่มบุคคลนั้น” สำหรับมลรัฐ Ontario ประมวลกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Code R.S.O. 1990, CHAPTER H. 19) กำหนดครอบคลุม “...เชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ”

★ รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ กำหนดครอบคลุม “...เชื้อชาติ เพศ การตั้งครรรค์ สถานะความเป็นมารดา ชาติกำเนิด สีผิว รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด” นอกจากนี้ กฎหมายแรงงาน (Employment Equality Act, 1998) ของแอฟริกาใต้ กำหนดครอบคลุม “...เชื้อชาติ เพศ การตั้งครรรค์ สถานภาพการสมรส ความรับผิดชอบทางครอบครัว ความเชื่อ ความเห็นทางการเมือง วัฒนธรรม ภาษา การกำเนิด”

★ สำหรับออสเตรเลียนั้น ในระดับสหพันธรัฐ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act 1986) กำหนดครอบคลุม “... เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชาติกำเนิดหรือต้นกำเนิดทางสังคม” ในระดับมลรัฐมีการกำหนดเหตุแตกต่างกันไป เช่น พระราชบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Act 1977) ของมลรัฐ New South Wales กำหนดครอบคลุม “...เชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ บรรพบุรุษ กลุ่มชาติพันธุ์ ศาสนา เพศ ซึ่งรวมการตั้งครรรค์และการให้นมบุตรจากอกแม่ สถานะการสมรส ความพิการ การรักร่วมเพศ อายุ อาชีพ” นอกจากนี้ ยังวางหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) ด้วยเหตุแห่ง “เชื้อชาติ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การรักร่วมเพศ หรือสถานการณ์ติดเชื้อเอชไอวี”

★ กรณีของสวีเดนนั้น ตามกฎหมายการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Act) กำหนดครอบคลุม “...เพศ อัตลักษณ์ความเป็นคนข้ามเพศหรือการแสดงออกซึ่งการเป็นคนข้ามเพศ ชาติกำเนิด ศาสนาหรือความเชื่ออื่น ๆ (Religion or other Belief) ความพิการ รสนิยมทางเพศ อายุ”

★ กรณีของฟินแลนด์ กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Act (1325/2014)) กำหนดครอบคลุม “... อายุ ถิ่นกำเนิด สัญชาติ ภาษา ศาสนา ความเชื่อ ความคิดเห็น กิจกรรมทางการเมือง กิจกรรมการค้าความสัมพันธ์ทางครอบครัว สถานะทางสุขภาพ ความพิการ รสนิยมทางเพศ หรือคุณลักษณะอื่น ๆ ของบุคคล”

★ สำหรับกฎหมายไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติ

แห่งรัฐธรรมนูญ....” จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้ว เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทยมีความสอดคล้องกับ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายไทยกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว พบว่ามีความแตกต่างกันโดยอาจจำแนกเป็น ๒ กรณี ดังนี้

๑

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยกำหนดในลักษณะที่กว้างกว่าหรือเพิ่มเติมจากที่กฎหมายระหว่างประเทศระบุไว้ เช่น “การศึกษาอบรม” “สถานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม” อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาได้ว่าเหตุดังกล่าวอาจจัดอยู่ในความหมายของ “สถานะอื่น” ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้ สำหรับกรณี “สภาพทางกายหรือสุขภาพ” นั้นมีความหมายแตกต่างจาก “ความพิการ” โดยอาจรวมถึงสภาพทางกายต่าง ๆ เช่น น้ำหนัก ความสูง หรือการเจ็บป่วยเป็นโรคบางอย่างซึ่งไม่จัดอยู่ในความหมายของ “ความพิการ” ได้ด้วย หากเปรียบเทียบกับ *ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับเสนอสภาพปฏิรูปแห่งชาติลงมติ* พบว่ามีการระบุเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ โดยมีเพิ่มเติมเหตุแห่ง “เพศสภาพ” เข้ามาด้วย

๒

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยมีการใช้ถ้อยคำในลักษณะที่แคบกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ให้การคุ้มครองเหตุเกี่ยวกับ “ความคิดเห็นทางการเมือง” ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศครอบคลุม “ความคิดเห็นอื่นใด” ด้วย ซึ่งมีขอบเขตกว้างกว่าการเมือง เช่น ความคิดเห็นในประเด็นต่าง ๆ ของสังคม สำหรับกรณี “ความเชื่อทางศาสนา” นั้นทำให้ขอบเขตของเหตุนี้มีลักษณะจำกัดลง โดยความเชื่อที่จะได้รับการคุ้มครองต้องเกี่ยวข้องกับ “ศาสนา” อันนำไปสู่ประเด็นปัญหาว่า ความเชื่อที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา รวมทั้งศาสนาที่มีใช้ศาสนากระแสหลัก จะจัดอยู่ในเหตุที่ได้รับการคุ้มครองนี้หรือไม่ ในขณะที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ความเชื่ออื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา อาจได้รับการคุ้มครองภายใต้ความหมายของ “ความคิดเห็นอื่นใด” ในขณะที่กฎหมายบางประเทศระบุความเชื่ออื่น ๆ แยกจากศาสนา โดยเฉพาะ เช่น กฎหมายสวีเดนระบุ “ศาสนาหรือความเชื่ออื่น ๆ (Religion or other Belief)” นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตว่า จากร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น (๒๕๕๙) กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้เพียง “เหตุแห่งความแตกต่างระหว่างบุคคล เพศ ความพิการ หรือเหตุอื่นใด” ซึ่งเป็นการระบุเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ในขอบเขตที่จำกัดกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ทำให้เกิดปัญหาต้องตีความว่า เหตุอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ระบุไว้แต่เป็นเหตุตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้น สามารถจัดอยู่ใน “เหตุอื่นใด” ได้หรือไม่

นอกจากนี้ เมื่อเปรียบเทียบเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศแล้ว พบว่ามีความแตกต่างกัน โดยอาจจำแนกเป็น ๒ กรณี ดังนี้



๑

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณีกฎหมายต่างประเทศได้ขยายความจากเหตุดั้งเดิมที่ระบุไว้ให้กว้าง เพื่อครอบคลุมการเลือกปฏิบัติที่อาจมีปัญห เช่น กรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เพศ” นั้น ในหลายประเทศระบุจำแนกละเอียดออกเป็น รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ ด้วย ในขณะที่ประเทศไทยมีการบัญญัติไว้เพียง “เพศ” แม้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับเสนอสภาพิรูปร่างชาติลงมติ มีการเพิ่มเติม “เพศสภาพ” เข้ามาด้วย แต่ร่างดังกล่าวก็ไม่มีผลบังคับและยังไม่แจจแจงรายละเอียดของเหตุอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การแสดงออกทางเพศ ฯลฯ ดังเช่นกฎหมายต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ มาตรา ๓ ระบุเหตุแห่ง “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ในขอบเขตที่กว้างขึ้น กล่าวคือ รวมถึง “เพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” นอกจากนี้ ในบางเหตุที่กฎหมายต่างประเทศระบุไว้ชัดเจน เช่น การติดเชื้อเอชไอวี ดังเห็นได้จากกฎหมายระดับมลรัฐหลายมลรัฐในออสเตรเลีย แต่ในกรณีของไทยจะต้องตีความของถ้อยคำเกี่ยวกับเหตุ “สุขภาพ” ที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ

๒

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายต่างประเทศระบุครอบคลุม แต่สำหรับประเทศไทยยังมีปัญหาว่าจะจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ทั้งนี้ พบว่าบางเหตุมิได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่กฎหมายต่างประเทศบางประเทศกำหนดครอบคลุมขึ้นมา เพื่อเป็นการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในปัจจุบันที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะทางสังคม เช่น ประวัติการต้องโทษทางอาญาซึ่งได้รับการยกเว้นโทษหรือรอลงอาญา การให้นมบุตรจากอกแม่ เหตุเหล่านี้จะได้แยกวิเคราะห์เป็นหัวข้อต่างหากต่อไป

หลังจากศึกษาถึงขอบเขตความหมายของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว ในลำดับต่อไปจะได้วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของไทยโดยใช้เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเป็นเกณฑ์ในการจำแนกวิเคราะห์จัดกลุ่มคำพิพากษาเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และกรณีที่แตกต่างหรือไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

๔.๔.๒ การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันจัดอยู่ใน “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คติของศาลปกครอง

ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น กฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติ ที่ส่งผลให้เกิดความแตกต่างกัน อันจะเป็นการเลือกปฏิบัติ นั้น จะต้องมีความสัมพันธ์กับสาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Grounds) ดังนั้น หากการปฏิบัติที่พิพาทส่งผลให้เกิดความแตกต่างกัน แต่ไม่ปรากฏว่าความแตกต่างกันนั้นเกิดจากสาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายกำหนด ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในคดีปกครองหลายคดีผู้ฟ้องคดีมักจะฟ้องว่าตนถูก “เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” เนื่องจากมีความแตกต่างกันเกิดขึ้นโดยการเปรียบเทียบกับบุคคลที่อยู่ในสภาพเดียวกัน ซึ่งก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า ความแตกต่างดังกล่าวเกิดจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ภาษา เพศ ฯลฯ หรือไม่

ตัวอย่างเช่น ในคดีปกครองซึ่งมีประเด็นว่าพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๔๙ นั้น ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อนักโทษ โดยนักโทษบางประเภทอ้างว่าไม่ได้รับการลดโทษหรือได้รับโดยไม่เท่าเทียมกัน นักโทษประเภทอื่น ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.๔๔/๒๕๕๑ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๔๙ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและเป็นบทบัญญัติที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

เหตุผลจากคำพิพากษาศาลที่แสดงให้เห็นถึงการนำ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” มาประกอบการวินิจฉัยปรากฏดังเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๒๒/๒๕๕๔ ศาลวินิจฉัยว่า มาตรา ๘ แห่ง พ.ร.ฎ. พระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๕๐ มิได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีและนักโทษเด็ดขาด เช่น ผู้ฟ้องคดีโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ โดยศาลอธิบายว่า “การใช้ อำนาจรัฐปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือในเรื่องอื่นใด จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมได้ ก็ต่อเมื่อการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องต่าง ๆ ดังกล่าว เป็นไปตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจรัฐ ปราศจากเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟังเท่านั้น” อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า คดีนี้แม้ศาลอธิบายถึง “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” แต่ไม่ได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนในประเด็นว่า กรณีนี้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเหตุใด เนื่องจากศาลมุ่งเน้นไปที่การพิจารณาถึงองค์ประกอบ “ไม่เป็นธรรม” โดยใช้อธิบายว่า การเลือกปฏิบัติจะถือได้ว่า “ไม่เป็นธรรม” เมื่อเป็นไปตามอำเภอใจ ปราศจากเหตุผลฯ

นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๓๑/๒๕๕๓ ได้อธิบายไว้ชัดเจนว่า การปฏิบัติที่ต่างกันระหว่างนักโทษที่ได้รับโทษตามฐานความผิดหนึ่งกับนักโทษที่ได้รับโทษตามฐานความผิดอื่นนั้น *ไม่เข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย* ดังจะเห็นได้จากที่ศาลอธิบายว่า “เนื้อหาของพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๔๗ และพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. ๒๕๔๙ เป็นการปฏิบัติต่อนักโทษเด็ดขาดซึ่งต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเกินแปดปี แต่ไม่ถึงตลอดชีวิต ในความผิดฐานผลิต นำเข้าหรือส่งออก หรือผลิต นำเข้าหรือส่งออกเพื่อจำหน่าย หรือจำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ กฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือกฎหมายว่าด้วยวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทแตกต่างกันที่ปฏิบัติต่อนักโทษเด็ดขาดซึ่งต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกไม่ถึงตลอดชีวิตในความผิดฐานอื่น การเลือกอภัยโทษเฉพาะนักโทษที่กำหนดไว้ดังกล่าวยังไม่เป็นเหตุที่จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม การใช้ใช้อำนาจรัฐปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ หรือในเรื่องอื่นใดจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมได้ก็ต่อเมื่อการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องต่าง ๆ ดังกล่าว” จากคดีดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ความแตกต่างที่เกิดเพราะเหตุ “ประเภทนักโทษ” นั้น มิได้อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย ดังเช่นกรณี เพศ เชื้อชาติ ฯลฯ แม้เกิดความแตกต่างกันขึ้นแต่ก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ



ในบางกรณีก็มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือไม่ เช่น กรณีผู้ไม่ผ่านการคัดเลือกเข้าเป็นนักศึกษาแพทย์อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติ (คดีหมายเลขแดงที่ อ ๙๗๒/๒๕๕๖ คดีหมายเลขดำที่ อ ๖๗๓/๒๕๕๖) ข้อเท็จจริงในคดีนี้สรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีสมัครสอบคัดเลือกและผ่านการสอบข้อเขียนของวิทยาลัยแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งหนึ่ง แต่ไม่ผ่านการสัมภาษณ์ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนถูกเลือกปฏิบัติ ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาประเด็นการที่คณะกรรมการสอบสัมภาษณ์มีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา เห็นว่ากรรมการทุกคนไม่เคยมีเหตุโกรธเคืองกับผู้ฟ้องคดีมาก่อน จึงไม่มีมูลเหตุจูงใจที่จะกลั่นแกล้งไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา สำหรับหลักเกณฑ์การประเมินผลการสอบสัมภาษณ์นั้น ปรากฏตามเอกสารการสัมภาษณ์ว่า มีการกำหนดลักษณะที่ไม่พึงประสงค์เช่น “Overt Homosexuality” การแต่งตัว กิริยามารยาทไม่เหมาะสม การควบคุมอารมณ์ไม่เหมาะสม ความไม่รับผิดชอบ ขาดมนุษยสัมพันธ์ ขาดความใฝ่รู้ อย่างไรก็ตาม จากข้อเท็จจริงในการพิจารณา ศาลปกครองรับฟังได้ว่า การตอบคำถามตลอดจนกิริยาอาการของผู้ฟ้องคดีในการสอบสัมภาษณ์เป็นเหตุให้กรรมการทั้ง ๙ คนมีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ในการลงมติดังกล่าวจึงเป็นการพิจารณาที่มีเหตุผลเหมาะสมและชอบด้วยกฎหมายแล้ว นอกจากนี้ การคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาวิชาแพทยศาสตร์ย่อมต้องคัดเลือกจากผู้มีความรู้ความสามารถ สภาพกายและสภาพจิตใจเหมาะสมที่จะประกอบวิชาชีพแพทย์ คณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ย่อมสามารถใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาจากบุคลิกลักษณะและสภาวะทางอารมณ์ของผู้เข้าสอบสัมภาษณ์ได้ อีกทั้งคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ก็ได้พิจารณาไม่รับผู้ฟ้องคดีเพราะเหตุด้านบุคลิกภาพแต่ประการเดียว แต่ยังปรากฏความไม่เหมาะสมด้านอื่นอีกหลายประการที่เป็นเหตุผลในการไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา การพิจารณาของคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์จึงไม่ใช่การกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จากคดีดังกล่าว ผู้วิจัยมีข้อพิจารณา ดังนี้

๑) “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ในกรณีนี้ หากปรากฏว่า กรรมการคัดเลือกตัดสินจากการแสดงออกทางเพศ เช่น “Overt Homosexuality” ก็จะเป็นกรณีการปฏิบัติที่แตกต่างกับบุคคลด้วยเหตุหรือนิยมทางเพศ ซึ่งเป็นเหตุที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุหรือนิยมทางเพศ แต่หากมีเหตุผลอันสมควร เช่น สามารถแสดงให้เห็นความจำเป็นของคุณสมบัตินั้นต่อการทำงานหรือการศึกษาได้ ก็อาจไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

๒) ในคดีนี้ปรากฏว่า นอกจากเหตุเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศแล้ว มีเหตุอื่นอีกหลายเหตุที่กรรมการนำมาพิจารณา เช่น การตอบคำถาม กิริยาอาการ จะเห็นได้ว่า เหตุเหล่านั้นไม่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังนั้น จะเห็นได้ว่า **หากมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุอื่น ๆ เช่น เหตุเชิงพฤติกรรม ที่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังเช่นข้อเท็จจริงตามกรณีนี้แล้ว ก็จะไม่อยู่ภายใต้การห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน**

๓) การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการยากในการพิสูจน์ เนื่องจากผู้ที่ปฏิบัติการอันพิพาทนั้นอาจอ้างเหตุอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หรือมีการนำเหตุอื่น ๆ เข้ามาประกอบการพิจารณาหรือตัดสินใจในกรณีที่มีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเกี่ยวข้องอยู่ด้วย ปัญหาจึงอยู่ที่ข้อเท็จจริงในการระบุชุดถึงมูลเหตุการปฏิบัติอันต่างต่างนั้นว่ามาจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือเหตุอื่น

นอกจากนี้ ยังมีบางกรณีมีข้อน่าพิจารณาว่าเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ภาษาหรือไม่ เช่น กรณีข้อบังคับการศึกษาที่กำหนดให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้น ศาลเห็นว่า เป็นกฎที่ใช้กับ

นักศึกษาทุกคนที่สมัครเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาของผู้ถูกฟ้องคดีตามหลักการและเงื่อนไขต่าง ๆ เสมอเหมือนกันทุกคน ไม่มีข้อกำหนดใดที่จะทำให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยเกิดจากความแตกต่างตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙/๒๕๕๖)

กรณีนี้เห็นได้ว่า โดยเนื้อหาของกฎเกณฑ์ที่พิพาทซึ่งให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้นใช้บังคับกับนักศึกษาทุกคน มิได้มุ่งหมายใช้กับนักศึกษาบางคนด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งอาจโต้แย้งได้ว่า กฎเกณฑ์นี้แม้ใช้กับนักศึกษาทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลในทางปฏิบัติให้นักศึกษาที่ใช้ภาษาไทยเป็นภาษาหลักได้รับความเสียเปรียบนักศึกษาที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาหลัก หรือนักศึกษาที่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ กับนักศึกษาที่ไม่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ จึงอาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้ แต่แม้จะพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมแล้ว ก็ยังต้องพิจารณาว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างนักศึกษานั้น อยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือไม่ หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกิดขึ้นระหว่างนักศึกษาที่ถนัดใช้ภาษาอังกฤษ กับนักศึกษาที่ไม่ถนัดใช้ภาษาอังกฤษ กล่าวคือเป็นกรณีเหตุ “ความสามารถทางภาษา” อาจไม่เข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลให้นักศึกษาบางเชื้อชาติหรือบางภาษาได้รับความเสียเปรียบนักศึกษาบางเชื้อชาติหรือบางภาษา ดังนั้นอาจจัดว่าเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้

๔.๔.๓ การเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คดีของศาลปกครอง

ประเด็นที่น่าพิจารณาก็คือ การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันไม่อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จะเป็นการเลือกปฏิบัติได้หรือไม่ ประเด็นนี้พบว่า ในบางกรณีแม้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น ไม่ได้เกิดจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ดังที่กำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลปกครองก็ตัดสินว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น กรณีของ “คุณวุฒิการศึกษาเกียรตินิยม” ศาลปกครองตัดสินว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุเกียรตินิยมนั้นเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๕๘/๒๕๕๐) เช่นเดียวกับ คำพิพากษาที่ตัดสินว่า “การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาถือเป็นเหตุพิเศษที่จะให้ได้รับสิทธิคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันนั้น เห็นว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๗๙/๒๕๕๐) จะเห็นได้ว่า หากพิจารณาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศแล้วจะพบว่า คุณวุฒิเกียรตินิยมหรือคุณวุฒิการศึกษาที่บ่งบอกถึงผลการศึกษาที่ดีเป็นพิเศษนั้น มิได้อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่นเดียวกับกรณีของ “สถาบันการศึกษา” ดังนั้น กรณีที่องค์กรบางแห่งกำหนดคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานโดยใช้เกณฑ์ “สถาบันการศึกษา” ที่บุคคลนั้นจบมา แม้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน กล่าวคือเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่จบจากบางสถาบันในลักษณะที่พึงพอใจมากกว่า แต่ก็ไม่ใช่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ อย่างไรก็ตาม กรณีสถาบันการศึกษานี้ศาลยังไม่เคยวินิจฉัยไว้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ แต่มีประเด็นต่อไปว่า หากกฎเกณฑ์ที่พิพาทมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุสถาบันการศึกษาแต่มีความเชื่อมโยงกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายห้าม เช่น เชื้อชาติ แหล่งกำเนิด ก็มีความชัดเจนขึ้นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายกำหนด เช่น ผู้ถูกฟ้องคดีชี้แจงว่า ผู้มีคุณวุฒิปริญญาโทจากประเทศอินเดียได้รับการพิจารณาอัตราเงินเดือนต่ำกว่าผู้มีคุณวุฒิจากภายในประเทศหนึ่งชั้น ผู้ฟ้องคดีจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาคุณวุฒิ สำหรับผู้สำเร็จการศึกษาจากประเทศอินเดียเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ หรือประเทศอันเป็นที่ตั้งของสถานศึกษา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๙๙/๒๕๕๑)



ในบางกรณีผู้ฟ้องคดีปกครองอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติและมีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ศาลพิจารณาจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องแล้วตัดสินว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ แม้ว่ากรณีดังกล่าวไม่ปรากฏเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ ฯลฯ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๙๙/๒๕๕๑ กรณีนี้เป็นคดีปกครองที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมิน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยองค์การบริหารส่วนตำบลผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าเหตุที่ไม่พิจารณาจ้างผู้ฟ้องคดีต่อไปเป็นเพราะตำแหน่งที่ว่างนี้มีแผนที่จะใช้บรรจุนางสาว ก. เข้าเป็นพนักงานส่วนตำบลตามแผนอัตรากำลัง ๓ ปี ศาลเห็นว่า กรณีของนางสาว ก. เป็นการบรรจุผู้สอบแข่งขันได้ เข้ารับราชการเป็นพนักงานส่วนตำบลในตำแหน่งเจ้าพนักงานการเงินและบัญชี มิใช่บรรจุเข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งเจ้าหน้าที่การเงินและบัญชี ซึ่งเป็นตำแหน่งลูกจ้างชั่วคราวเหมือนกับผู้ฟ้องคดี นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่า ผลการสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง น่าเชื่อได้ว่าเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่จ้างผู้ฟ้องคดีเข้าปฏิบัติงานต่อ เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบพี่ชายและบิดาของผู้ฟ้องคดีที่ชอบมาวุ่นวายในองค์การบริหารส่วนตำบล และมีปัญหาขัดแย้งกับผู้บริหารเป็นการส่วนตัว ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่า การที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมิน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเหตุผลอันควร จึงเป็นการเลือกปฏิบัติและใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

จะเห็นได้ว่าคดีนี้ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างมาพร้อมกันว่าตนถูกเลือกปฏิบัติและมีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ทั้งนี้ ศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องแล้วเห็นด้วยกับข้ออ้างตามฟ้อง โดยเฉพาะข้อเท็จจริงอันเป็นสาเหตุแห่งคำสั่งไม่จ้างนั้นศาลพบว่าเกี่ยวข้องกับเหตุผลส่วนตัวซึ่งไม่ใช่เหตุอันควร อย่างไรก็ตาม เหตุผลส่วนตัวอันเป็นเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้รับการจ้างต่อนั้นมิได้จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ จึงอาจกล่าวได้ว่าการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัตินั้น ศาลปกครองใช้กรอบการพิจารณากว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าว โดยพิจารณารวมไปกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบซึ่งอาจครอบคลุมเหตุต่าง ๆ นอกเหนือจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยทั่วไป

เช่นเดียวกับ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๕/๒๕๔๗ ที่มีประเด็นว่า การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีชอบหรือไม่และเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ โดยศาลปกครองเห็นว่า “...เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาต รวมทั้งคณะกรรมการตรวจพิจารณาคนเข้าเมืองได้มีมติอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีมีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษตามคำขอแล้ว และตั้งแต่มีการเริ่มโครงการดึงนักลงทุนเป็นกรณีพิเศษ ในวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๔๐ จนถึงปัจจุบัน ผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวและมีความเห็นชอบให้คนต่างด้าวที่ขออนุญาตเข้ามามีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษ โดยมีหลักฐานการลงทุนด้วยการฝากเงินประจำกับธนาคารภายในประเทศ เช่นเดียวกับผู้ฟ้องคดี จำนวนทั้งสิ้น ๔๐๔ คน ประกอบกับหลักเกณฑ์ตามข้อ ๒.๓.๔ และข้อ ๒.๓.๕ ของประกาศสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่ขัดกับหลักเกณฑ์ตามข้อ ๒ (๒) ของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งไม่เห็นชอบตามคำขอของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคำสั่งที่เนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายและมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม....” จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ไม่ได้มีการเปรียบเทียบระหว่างผู้ฟ้องคดีกับบุคคลอื่นที่มีลักษณะ “เหมือนกัน” แต่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน โดยศาลพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติรวมกันกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

การที่เจ้าพนักงานของรัฐมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันนั้น ศาลปกครองตัดสินว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ แม้ว่าจะเป็นการเปรียบเทียบระหว่างข้อเท็จจริงสองกรณีที่เกี่ยวกับบุคคลเดียวกันมีระหว่างบุคคลสองคนที่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ การปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าวมิได้เกี่ยวข้อง

กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๕๔/๒๕๔๗ เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เข้าร่วมการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงกับผู้ถูกฟ้องคดี ตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง ประกวดราคาซื้อครุภัณฑ์การแพทย์ ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคา เนื่องจากเห็นว่าผู้ฟ้องคดียื่นใบ ร.ง. ๔ เฉพาะลำดับที่ ๑ ที่ ๗ และที่ ๙ มิได้ยื่นลำดับที่ ๓ ด้วย จึงผิดเงื่อนไขตามเอกสารประกวดราคา ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า ก่อนหน้านั้นผู้ฟ้องคดีเคยเข้าร่วมประกวดราคากับผู้ถูกฟ้องคดีมาแล้ว ๔ ครั้ง และทุกครั้งผู้ฟ้องคดีก็ส่งใบ ร.ง. ๔ ไม่ครบทุกลำดับทั้ง ๔ ครั้ง โดยผู้ฟ้องคดีจะส่งเฉพาะลำดับที่เห็นว่าจำเป็นแก่การประกวดราคาในแต่ละครั้งเท่านั้น ซึ่งเป็นเอกสารชุดเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีได้ยื่นในการประกวดราคาที่พิพาทครั้งนี้ และได้รับคัดเลือกให้เป็นคู่สัญญามาแล้วทุกครั้ง ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากรยกเลิกการประกวดราคานี้เป็นไปโดยไม่ชอบและทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ใบ ร.ง. ๔ ที่สมบูรณ์จะต้องประกอบด้วยเอกสารจำนวน ๑๐ ลำดับ แต่ในการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงของผู้ถูกฟ้องคดีหลายครั้งที่ผ่านมา ผู้ฟ้องคดีรวมทั้งผู้เสนอราคารายอื่นซึ่งเสนอราคาเครื่องวัดส่วนสูงที่ผลิตจากโรงงานของผู้ฟ้องคดีก็มิได้ยื่นใบ ร.ง. ๔ ครบทั้ง ๑๐ ลำดับ ยื่นแต่เพียงใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรม ลำดับที่ ๑ อย่างเดียว ก็ได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีรวม ๕ ครั้ง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ให้การผ่อนผันมาตลอด จึงแสดงว่าการยื่นใบ ร.ง. ๔ ลำดับที่ ๑ ลำดับที่ ๗ และลำดับที่ ๙ ของผู้ฟ้องคดีไม่เป็นการผิดเงื่อนไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เมื่อปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้เคยใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการยื่นใบ ร.ง. ๔ ไม่ครบทุกลำดับมิใช่การผิดเงื่อนไขของเอกสารประกวดราคาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแล้ว เมื่อไม่ปรากฏว่าการประกวดราคานี้กับครั้งที่ผ่านมามีข้อเท็จจริงต่างกัน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ผูกพันกับการใช้ดุลพินิจดังกล่าว เว้นแต่ผู้ถูกฟ้องคดีจะกำหนดไว้ชัดเจนในการประกวดราคานี้ว่าผู้เสนอราคาจะต้องยื่นใบ ร.ง. ๔ ครบทั้ง ๑๐ ลำดับ กรณีจึงเห็นได้ว่าการยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่นำใบ ร.ง. ๔ ลำดับที่ ๓ ยื่นประกอบการเสนอราคา *ไม่มีเหตุผลอันควรและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน* รวมทั้งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ การยกเลิกการประกวดราคาจึงเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลได้เปรียบเทียบคำสั่งที่พิพาทจากข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเดียวกันว่าคำสั่งดังกล่าวเกิดขึ้นโดยเป็นปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อข้อเท็จจริงเหมือนกันจึงเป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าคดีนี้เป็นการเปรียบเทียบการปฏิบัติต่อบุคคลคนเดียวกันคือผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ เปรียบเทียบการปฏิบัติของรัฐต่อผู้ฟ้องคดีในข้อเท็จจริงที่ผ่านมาในอดีตเปรียบเทียบกับปฏิบัติที่พิพาทในคดีนี้ นอกจากนี้ ยังแสดงให้เห็นว่า คดีนี้มีได้เป็นการเปรียบเทียบระหว่างบุคคลสองคนการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวมิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

จากการศึกษาพบว่าในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง การประกวดราคาซึ่งมีประเด็นว่าการกำหนดคุณสมบัติผู้เสนอราคาเป็นการเลือกปฏิบัติ นั้น มักจะไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ เช่น การกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาก่อสร้างอาคารโดยพิจารณาจากผลงานการก่อสร้างประเภทเดียวกันในวงเงินที่กำหนด ศาลปกครอง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๕-อ.๖/๒๕๔๖) ตัดสินว่า หลักเกณฑ์ที่กำหนดตามมติคณะรัฐมนตรีและข้อกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุในเรื่องผลงานการก่อสร้างที่ให้กำหนดคุณสมบัติผู้เสนอราคาว่า ต้องมีผลงานก่อสร้างประเภทเดียวกันในวงเงินเพิ่มขึ้นไม่น้อยกว่า ๑๘๕,๐๐๐,๐๐๐ บาท ซึ่งไม่เกินร้อยละ ๕๐ ของวงเงินงบประมาณ ไม่ขัดต่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ประกอบกับการประกวดราคครั้งที่สองที่พิพาทนั้น มีผู้ยื่นซองประกวดราคาถึง ๑๔ ราย ซึ่งเห็นได้ว่าไม่เป็นการกีดกันหรือสร้างภาระ



แก่ผู้เช่าเสนอราคาแต่ประการใด กรณีที่ผู้ฟ้องคดีขาดคุณสมบัติเพราะมีผลงานการก่อสร้างไม่ถึง ๑๘๕,๐๐๐,๐๐๐ บาท ย่อมจะไม่ได้รับการพิจารณาในเบื้องต้นให้เป็นผู้มีสิทธิเข้าประกวดราคาครั้งที่สอง แม้จะไม่มี การเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติเกี่ยวกับผลงานก่อสร้างของผู้เสนอราคา ราคาที่ผู้ฟ้องคดีเสนอมาก็มิได้รับการพิจารณาเพราะผู้ฟ้องคดีเสนอราคาสูงสุดในจำนวนผู้เสนอราคาครั้งที่สองทั้งหมด จึงเห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีมิได้เลือกปฏิบัติหรือกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด กรณีนี้จะเห็นได้ว่าการกำหนดคุณสมบัติจากผลงานก่อสร้างนั้นใช้กับผู้เสนอราคาทุกรายเหมือนกัน และไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ ศาลปกครองเคยตัดสินว่าการออกกฎเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญา ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ปรากฏว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๒๖/๒๕๔๖ ศาลปกครองตัดสินว่า มติของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะรัฐมนตรี) ในการให้สิทธิพิเศษแก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ในการให้บริการเลขหมายโทรศัพท์แก่หน่วยงานของรัฐ อันมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนกับ ทศท. ไม่อาจให้บริการแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถือว่าเป็นการออกกฎอันเป็นการลดสิทธิหรือจำกัดสิทธิตามสัญญาของผู้ฟ้องคดี ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการที่ให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เช่าทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานกับรัฐ ตามนัยมาตรา ๓๓๕ (๒) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญา ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามที่มาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติรับรองไว้ กรณีจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีมาจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่มีอยู่ตามสัญญา ไม่ใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาตามหลักสัญญาทางปกครองที่รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญา

สำหรับการเลือกปฏิบัติในการให้บริการภาครัฐนั้น ศาลปกครองเคยตัดสินว่าการให้บริการภาครัฐที่กำหนดเงื่อนไขบางประการอันส่งผลกระทบต่อสิทธิในการได้ใช้สาธารณูปโภคของประชาชนนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๕๗/๒๕๔๔ ซึ่งเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการขอใช้ไฟฟ้า โดยผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คน ซึ่งเป็นผู้มีที่ดินทั้งทะเบียนบ้านถาวรและทะเบียนบ้านชั่วคราวได้ยื่นคำร้องพร้อมเอกสารหลักฐานประกอบเพื่อขอใช้ไฟฟ้าในเกาะเสม็ดต่อผู้ว่าการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) แต่ไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ไฟฟ้าเพราะผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้กำหนดเงื่อนไขให้ต้องแสดงหลักฐานเพิ่มเติมนอกเหนือจากหลักฐานตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในคำแนะนำการขอและใช้ไฟฟ้าของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ อันได้แก่ สำเนาสัญญาเช่าที่ดินราชพัสดุเกาะเสม็ด หรือหนังสือรับรองจากสำนักงานธนารักษ์ว่าเป็นผู้เช่าที่ดินราชพัสดุเกาะเสม็ด และหากผู้ขอใช้ไฟฟ้าอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติก็ต้องได้รับการอนุญาตให้ใช้ไฟฟ้าจากอุทยานแห่งชาติด้วย เพื่อเป็นมาตรการในการแก้ไขปัญหาผู้บุกรุกเกาะเสม็ด เนื่องจากมีผู้ฟ้องคดีบางรายอยู่ในระหว่างมีปัญหาโต้แย้งสิทธิครอบครองอยู่ ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่มีไฟฟ้าใช้ในการดำรงชีพและประกอบธุรกิจตามปกติที่ควรจะได้รับเช่นบุคคลอื่น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า “..ในการให้บริการไฟฟ้าซึ่งเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจดำเนินการใด ๆ ที่จะขัดขวางการที่ต้องบริการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่รัฐพึงบริการให้ประชาชนทุกรายอย่างเสมอภาค อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในการมีคุณภาพชีวิตที่ดีที่รัฐควรคุ้มครอง...ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการบริการให้ใช้ไฟฟ้า ซึ่งการที่จะได้รับการบริการให้ใช้ไฟฟ้าจากทางราชการอันเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องเป็นผู้ให้บริการโดยจะกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ได้..” จากคดีนี้จึงเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองกำหนดเงื่อนไขในการได้

รับบริการจากภาครัฐโดยส่งผลเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างผู้ขอใช้บริการ ด้วยเหตุแห่งการเป็นผู้เช่าหรือผู้มีสิทธิครอบครองที่ดิน ซึ่งเหตุดังกล่าวนี้มิได้จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังเช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

จะเห็นได้ว่าในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะนั้น ศาลปกครองพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติอย่างกว้าง โดยการเลือกปฏิบัติในบริบทนี้ ครอบคลุมเหตุต่าง ๆ กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยทั่วไป เช่น เพศ ศาสนา เชื้อชาติ ฯลฯ เนื่องจากศาลนำหลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในบริการสาธารณะมาปรับใช้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาที่ศาลปกครองอธิบายไว้ว่า “ระเบียบการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ว่าด้วยการใช้ไฟฟ้าและบริการของไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. ๒๕๓๔ และคำสั่งการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคที่ อ.๕/๒๕๓๑ เรื่อง อัตราค่าธรรมเนียมการใช้ไฟฟ้าและค่าบริการ ลงวันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๓๑ ไม่มีข้อความในข้อใดหรือตอนใดขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ว่า หน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่จัดทำกิจการบริการสาธารณะต้องจัดทำบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก ต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกิจการบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อประชาชนผู้ขอใช้บริการ หรือขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. ๒๕๐๓ ที่บัญญัติว่าการดำเนินกิจการของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคให้คำนึงถึงความปลอดภัย ประโยชน์ของรัฐและประชาชน แต่อย่างใด” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๖๒/๒๕๕๒)

ในการพิจารณาว่าคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองที่พิพาทเป็นการ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” หรือไม่นั้น ศาลได้เคยเปรียบเทียบลูกจ้างกลุ่มต่าง ๆ ซึ่งได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุลำดับหรือช่วงเวลาที่ยื่นสมัครเข้าเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพแตกต่างกัน ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๔๘/๒๕๔๙ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า หลักเกณฑ์ที่กำหนดใน (ข) ของประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๘๐) จะเห็นว่าลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์ และทำงานอยู่กับนายจ้างมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีและเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกครบห้าปี จะมีอยู่ด้วยกัน ๓ กลุ่ม

กลุ่มแรก ได้แก่ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ก่อนวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗

กลุ่มที่สอง ได้แก่ ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ระหว่างวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗ ถึงวันที่ ๒ กันยายน ๒๕๓๘ และ

กลุ่มที่สาม ได้แก่ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ หลังวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๓๘

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ประกาศกำหนดเฉพาะกลุ่มลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ระหว่างวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗ ถึงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๓๘ ให้ได้รับสิทธิในการยกเว้นภาษีเงินได้ที่ลูกจ้างได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพเมื่อออกจากงานเพราะเกษียณอายุ ทั้งที่ลูกจ้างทั้งสามกลุ่มสมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์ โดยได้ทำงานกับนายจ้างมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีและได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพครบห้าปีเหมือนกัน ดังนั้น ประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ ๘๐) ข้อ (ข) ที่กำหนดเฉพาะลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๓๗ ถึงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๓๘ จึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ประกอบกับมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ประกาศดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย



จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ลูกจ้างทั้งสามกลุ่มมีลักษณะ “เหมือนกัน” กล่าวคือ สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์ โดยได้ทำงานกับนายจ้างมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีและได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพครบห้าปีเหมือนกัน แต่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพียงเพราะเหตุแห่งช่วงเวลาที่ถูกจ้างแต่ละกลุ่มสมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ศาลจึงเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งกรณีนี้การเลือกปฏิบัติเกิดจากเหตุอื่นที่มีใช้เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ

สำหรับบางคดีที่มีประเด็นการกำหนดเงินค่าทดแทนที่ดินแก่ผู้ถูกเวนคืนแตกต่างกัน ปัจจัยที่นำมาเปรียบเทียบ คือ ที่ดินที่อยู่ติดชอยส่วนบุคคลเช่นเดียวกันและมีสภาพที่ดินคล้ายกับที่ดินของผู้ฟ้องคดี ซึ่งคณะกรรมการกำหนดค่าทดแทนมากกว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองให้ผู้ถูกฟ้องคดีวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีใหม่ในราคาที่เป็นธรรมใกล้เคียงกับที่ดินที่อยู่ในบริเวณเดียวกัน (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ๑๒๓๒/๒๕๕๕) จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน (ที่ดินสภาพเดียวกัน) แต่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (กำหนดค่าทดแทนแตกต่างกัน) จึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แม้จะไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ แต่ศาลก็วินิจฉัยว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

เช่นเดียวกับคดีที่มีประเด็นการแบ่งราชฎที่ครอบครองที่ดินบริเวณที่จะเวนคืนออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจน จำนวน ๓๘ ราย ส่วนกลุ่มที่สองเป็นกลุ่มที่ไม่ได้ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจนและยินยอมให้ดำเนินการก่อสร้างทางหลวงได้ก่อน จำนวน ๑๖ ราย ซึ่งผู้ฟ้องคดีอยู่ในกลุ่มดังกล่าว และได้มีการพิจารณากำหนดค่าทดแทนให้แก่ราชฎทั้งสองกลุ่ม ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกำหนดค่าทดแทนไม่ชอบ เนื่องจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีซึ่งตั้งอยู่ติดต่อกับที่ดินของผู้ที่อยู่ในกลุ่มแรก แต่ที่ดินแปลงดังกล่าวกลับได้รับค่าทดแทนในอัตราที่สูงกว่า ศาลปกครองอ้างหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ อันมีหลักว่าจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญที่แตกต่างกันให้แตกต่างกันไป สำหรับกรณีนี้สาระสำคัญที่เหมือนกัน คือ ผู้ครอบครองที่ดินทั้ง ๕๔ รายที่ถูกเวนคืนที่ดิน ซึ่งได้โต้แย้งกรรมสิทธิ์และยังไม่ได้มีการพิสูจน์สิทธิตามหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการแก้ไขปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐ (กบร.) การที่ผู้ถูกฟ้องคดีแบ่งเกณฑ์การกำหนดค่าทดแทนเป็นสองกลุ่มเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ จึงมิชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๒/๒๕๕๑)

จากคดีที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืนดังกล่าวจะเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากบุคคลที่อยู่ในสถานะเหมือนกันหรือที่ดินที่อยู่ในสภาพเหมือนกัน แต่ได้รับค่าทดแทนที่แตกต่างกัน โดยศาลนำหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญมาปรับใช้และตัดสินว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค จะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติในกรณีนี้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ในคดีปกครองมักจะมีกรณีนี้ที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าตนถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากถูกดำเนินการตามกฎหมายในขณะที่เปรียบเทียบกับบุคคลอื่นที่อยู่ในสภาพเช่นเดียวกันกลับไม่ถูกดำเนินการคดี ในประเด็นนี้ศาลปกครองตัดสินว่า “การที่จะถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ต้องเป็นกรณีที่ผู้ถูกปฏิบัติมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วไม่ได้รับสิทธินั้น เพราะการเลือกปฏิบัติหาใช่เป็นกรณีที่ไม่มีสิทธิตามกฎหมาย แล้วอ้างว่ามีบุคคลอื่นฝ่าฝืนกฎหมายด้วยกันยังไม่ถูกดำเนินการเป็นการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรม ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารตามคำขอและมีคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๓/๒๕๕๔) เช่นเดียวกับคดีที่มีประเด็นว่า คำสั่งที่ให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกจากเขตทางหลวงเป็นคำสั่งที่เลือกปฏิบัติ ศาลวินิจฉัย

ว่า การที่บุคคลใดจะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อตนเป็นอย่างเดียวกันนั้น ย่อมทำได้เฉพาะเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติในสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ผู้ที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจอ้างในทำนองที่ว่าถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อตนได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๖๐-อ.๑๙๗/๒๕๕๑)

จะเห็นได้ว่า **การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม** ในบริบทของคดีปกครอง (มาตรา ๙ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒) นั้น มีขอบเขตและลักษณะที่แตกต่างจาก “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการพิจารณา “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ในกรอบของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ และมักมีข้อเท็จจริงที่สัมพันธ์กับ “การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยมิชอบ” จึงอาจครอบคลุมถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยไม่เป็นธรรม การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ด้วยเหตุใด ๆ ที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฯลฯ ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

๔.๔.๔ การเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกา

ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองนั้น ปรากฏว่ามีคำร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกา ในประเด็นที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ซึ่งมีการกล่าวอ้างและการวินิจฉัยในขอบเขตที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังตัวอย่างต่อไปนี้

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๒๕/๒๕๔๓

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้วินิจฉัยในเรื่องที่เกี่ยวกับการรับนักเรียนเข้าโรงเรียน ส. ซึ่งเป็นโรงเรียนของรัฐแห่งหนึ่ง ว่า หลักเกณฑ์ที่โรงเรียนได้กำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษและนำมาใช้คัดเลือกนักเรียนจากการสอบด้วยนั้น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ๔ ประการ คือ

- (๑) พิจารณารับบุตรหรือธิดาของผู้ปกครองนักเรียน ซึ่งมีบุตรธิดาอยู่ในโรงเรียนแล้ว โดยผู้ปกครองนั้นได้ร่วมมือในการสนับสนุนช่วยเหลือกิจการโรงเรียนด้วยดีมาโดยตลอด
- (๒) พิจารณารับบุตรหลานของอาจารย์ในโรงเรียนหรือบุตรหลานของบุคลากร
- (๓) พิจารณารับบุตรหรือธิดาของผู้ที่ทำประโยชน์ต่อโรงเรียน มหาวิทยาลัย หรือประเทศชาติ แม้จะไม่มีพี่น้องอยู่ในโรงเรียนนี้มาก่อน และ
- (๔) พิจารณารับเด็กของผู้ฝากที่สำคัญจากส่วนราชการต่าง ๆ ที่ให้การสนับสนุนช่วยเหลือราชการโรงเรียน หรือมหาวิทยาลัย



ปรากฏว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษนี้มิได้มีการประกาศให้สาธารณชนทราบโดยทั่วไป แม้จะปรากฏว่ามีอยู่ในหนังสือครบรอบ ๑๕ ปี ของโรงเรียนก็ตาม ก็ไม่อาจถือได้ว่าประกาศให้สาธารณชนทราบด้วย หลักเกณฑ์นี้ยังเป็น**หลักเกณฑ์ที่ให้ความได้เปรียบแก่บุคคลบางกลุ่ม** ผู้ปกครองที่ไม่มีบุตรหรือธิดาเรียนในโรงเรียน และประสงค์จะให้บุตรหรือธิดาเข้าเรียนในโรงเรียนนี้ก็จะไม่ทราบหลักเกณฑ์ดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เห็นว่า การนำหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเป็นกรณีพิเศษนี้มาใช้ในการคัดเลือกนักเรียนนั้น มิได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งโรงเรียน ส. ทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้โรงเรียน**ใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ** อันเป็นการ**เลือกปฏิบัติให้เป็นคุณแก่บุคคลบางกลุ่ม**เท่านั้น จึงไม่เป็นธรรมต่อนักเรียนที่สมัครสอบคัดเลือกเข้าเรียนในโรงเรียนโดยทั่วหน้ากัน อันเป็นการ**ขัดต่อหลักความเสมอภาค**ของบุคคลในการแสวงหาโอกาสที่จะเข้ารับการศึกษานในโรงเรียนของรัฐ¹⁴⁵

ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาว่า กรณีนี้เป็นกฎเกณฑ์หรือนโยบายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน โดยหลักแล้ว เป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค และอาจนำไปสู่การใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ แต่หากพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าว ไม่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ฯลฯ อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงว่าการคัดเลือกเฉพาะนักเรียนที่ผู้ปกครองหรือผู้ฝากให้การ “สนับสนุน” โรงเรียน โดยมีการบริจาคทรัพย์สิน อาจเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ “ฐานะทางเศรษฐกิจ” หรือในกรณีการคัดเลือกนักเรียนที่สืบเชื้อสายจากอาจารย์ในโรงเรียน อาจเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ “บรรพบุรุษ”

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๑๓/๒๕๔๐

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า การเคหะแห่งชาติผ่อนผันผู้เช่าซื้ออาคารบางคน ทั้งที่ล่วงเลยกำหนดระยะเวลาตามแนวปฏิบัติที่การเคหะแห่งชาติกำหนดไว้ แต่ไม่ผ่อนผันผู้เช่าซื้ออาคารบางคนนั้น ไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งถือได้ว่าเป็น**การเลือกปฏิบัติต่อผู้ร้องทุกข์ที่ไม่เท่าเทียมกันกับรายอื่น** การเคหะแห่งชาติมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานเพื่อให้ความช่วยเหลือในด้านที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชนผู้มีรายได้น้อยและรายได้ปานกลาง การปฏิบัติงานของการเคหะแห่งชาติจึงควรมุ่งเน้นในทางอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เช่าซื้อภายในกรอบระเบียบหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติที่กำหนดซึ่งได้ประกาศล่วงหน้าให้ทราบทั่วกัน และควรปฏิบัติต่อผู้เช่าซื้อทุกรายโดยเท่าเทียมกัน

ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาว่า กรณีนี้การเลือกผ่อนผันเฉพาะผู้เช่าซื้อบางรายเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน แต่ไม่มีข้อเท็จจริงว่าเกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด จึงเป็นกรณีการเลือกปฏิบัติในความหมายที่แตกต่างและกว้างกว่าการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า การผ่อนผันแก่ผู้เช่าซื้อบางรายนั้นเกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฯลฯ ดังนั้นอาจจัดเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้

¹⁴⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” วารสารนิติศาสตร์ ๓๐, ๒ (มิถุนายน ๒๕๔๓): ๑๗๘-๑๘๑.

๔.๔.๕ การปฏิบัติที่ต่างกันอันจัดอยู่ใน “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คดีของศาลรัฐธรรมนูญ

➤ กรณีที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่ง “สถานะของบุคคล” นั้น พบว่ามีการเปรียบเทียบระหว่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๘๖ วรรคหนึ่ง (๓) ซึ่งบัญญัติให้ศาลกำหนดจำนวนสิทธิเรียกร้องเป็นเงินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เป็นพนักงาน ลูกจ้าง หรือคนงาน ที่ไม่ใช่เป็นข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบาลให้อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีได้ กับ มาตรา ๒๘๖ วรรคหนึ่ง (๒) ซึ่งบัญญัติให้สิทธิเรียกร้องเป็นเงินลักษณะเดียวกับมาตรา ๒๘๖ วรรคหนึ่ง (๓) ทั้งหมดที่ข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบาลได้รับไม่ต้องอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีโดยไม่ต้องให้ศาลกำหนด ดังเช่น มาตรา ๒๘๖ วรรคหนึ่ง (๓) จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ เป็นหลักกฎหมายที่วางหลัก “แตกต่างกัน” โดยในแง่หนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า ความแตกต่างกันนั้น เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในกรณี “สถานะของบุคคล” อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็มีได้วินิจฉัยชัดเจนว่า กรณีนี้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือไม่ แต่จากเหตุผลในคำวินิจฉัยจะพบว่า ศาลพิจารณาถึงความแตกต่างของ “สถานะ” บุคคลระหว่างข้าราชการกับบุคคลทั่วไป แล้วเห็นว่ามีความแตกต่างที่ต่างกัน ดังนั้น จึงวินิจฉัยว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๔-๕๓/๒๕๕๓) ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าในคดีนี้เป็นกรณีการปฏิบัติที่ต่างกันและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ คือ กรณี **สถานะของบุคคล** อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติอันแตกต่างดังกล่าวนี้มีเหตุผลอันสมควรดังที่ศาลได้ชี้ให้เห็นสถานะของบุคคลทั้งสองกลุ่มในบริบทของเงินที่อยู่ในขอบเขตของการบังคับคดี

➤ สำหรับกรณีความแตกต่างระหว่างสถานะของบุคคลในมิติการจ้างแรงงาน พบว่ามีคดีที่เกี่ยวข้องกับสถานะของนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งจำเลยได้แย้งว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ มาตรา ๑๒๐ ให้สิทธิเฉพาะลูกจ้างฝ่ายเดียวที่มีสิทธิยื่นคำขอให้คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานพิจารณาวินิจฉัย โดยไม่ให้สิทธิใดๆ แก่นายจ้างและไม่ได้รับความเสมอภาคในบทบัญญัติของกฎหมายเท่ากับฝ่ายลูกจ้าง จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ ๓๐ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างผู้มีฐานะที่ด้อยทางเศรษฐกิจ...อีกทั้งยังเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างนายจ้างและลูกจ้างและมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้าง ..มิได้ขัดต่อหลักความเสมอภาค และยังเป็นการส่งเสริมให้ลูกจ้างสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับนายจ้าง ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ ๓๐ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๓/๒๕๕๘) ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าในคดีนี้ เป็นกรณีการปฏิบัติที่ต่างกันและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ คือกรณี **สถานะของบุคคล** อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติอันแตกต่างดังกล่าวนี้มีเหตุผลอันสมควร ประกอบกับเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองลูกจ้างซึ่งเป็นกลุ่มที่กฎหมายเห็นว่าเสียเปรียบ จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ



➤ กรณีที่เกี่ยวข้องกับ “สถานะทางเศรษฐกิจ” นั้น มีประเด็นที่ผู้ร้องกับพวกอ้างว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๕๖ วรรคห้า¹⁴⁶ บัญญัติให้คู่ความที่ขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถามีสิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้ คำสั่งของศาลอุทธรณ์เช่นว่านี้ให้เป็นที่สุด นั้นเป็นการตัดสิทธิหรือปิดโอกาสผู้ซึ่งมีฐานะยากจนไม่มีเงินเพียงพอหรือไม่มีทรัพย์สินอื่นใดที่จะนำมาชำระค่าธรรมเนียมศาลต้องถูกจำกัดสิทธิ อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๙ และ ๓๐ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า “... การที่ให้คำสั่งของศาลอุทธรณ์เป็นที่สุดนั้นเนื่องจากปัญหาที่ว่าบุคคลนั้นเป็นคนยากจนหรือไม่ ได้รับการพิจารณามาแล้วถึงสองศาล และปัญหาข้อนี้ไม่ใช่ประเด็นในคดีโดยตรง จึงควรให้ยุติที่ศาลอุทธรณ์ ไม่ควรให้ยึดเยื้อฎีกาต่อไปได้อีก ซึ่งเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่ความแล้ว กรณีดังกล่าวแม้เป็นการจำกัดสิทธิอยู่บ้างแต่ก็เป็นการจำกัดเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้ ยังใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับคู่ความอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่คำนึงถึงฐานะของคู่ความแต่อย่างใด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๕๖ วรรคห้าจึงไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ ๓๐ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕/๒๕๕๙) คดีนี้มีประเด็นเฉพาะเกี่ยวกับหลักการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่จำกัดการอุทธรณ์คำสั่งศาลเกี่ยวกับการยกเว้นค่าธรรมเนียม โดยให้คำสั่งศาลอุทธรณ์เป็นที่สุด ซึ่งผู้ร้องเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิและทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน ในประเด็นนี้จะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวใช้บังคับกับคู่ความทุกคนเท่าเทียมกัน กล่าวคือ คู่ความที่ได้แย้งคำสั่งศาลในกรณีมีคำสั่งอนุญาตให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลหรือคำสั่งให้ยกคำร้องนั้น จะถูกจำกัดสิทธิโต้แย้งโดยให้ยุติที่ศาลอุทธรณ์ในส่วนนี้จึงไม่มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยฐานะทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่ายังมีประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติแต่ไม่ได้เป็นประเด็นในคดีนี้ กล่าวคือ **การที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้สิทธิคู่ความขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถานั้นเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่** จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่ง “สถานะทางเศรษฐกิจ” แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้ผู้เสียเปรียบทางสถานะดังกล่าวได้มีโอกาสเท่าเทียมกันในการดำเนินคดีในศาล

➤ กรณีที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศนั้น พบว่ามีกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่าประมวลกฎหมายการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ เนื่องจากกำหนดให้ผู้ร้อง (สามี) ต้องนำเงินได้ของภรรยา ซึ่งเป็นรายได้อื่นที่ไม่ใช่รายได้ตามประมวลกฎหมาย มาตรา ๔๐ (๑) มารวมคำนวณเป็นเงินได้ของผู้ร้องโดยไม่กำหนดให้สามีมีสิทธิแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหาก เฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา ๔๐ (๑) ด้วย จึงเป็นกฎหมายที่**เลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ** ประเด็นนี้มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสองคดี ซึ่งวินิจฉัยไว้แตกต่างกัน คดีแรกตัดสินตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ คดีที่สองตัดสินตามรัฐธรรมนูญฉบับ ปี ๒๕๕๐

¹⁴⁶ คดีนี้ตัดสินก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งนี้ ต่อมาในปี ๒๕๕๑ มาตรา ๑๕๖ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ๒๔) พ.ศ. ๒๕๕๑ โดยหลักการเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งปรากฏในมาตรา ๑๕๖/๑ ดังนี้ **ในกรณีที่มีคำสั่งอนุญาตให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลให้แก่เฉพาะบางส่วน หรือมีคำสั่งให้ยกคำร้อง ผู้ขออุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อศาลได้ภายในกำหนดเจ็ดวันนับแต่วันมีคำสั่ง คำสั่งของศาลอุทธรณ์เช่นว่านี้ให้เป็นที่สุด** อย่างไรก็ตาม หลักการตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ยังคงให้คำสั่งของศาลอุทธรณ์เป็นที่สุดเช่นเดียวกับกรณีตามคดีนี้

ในคดีแรก ผู้ร้องเห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตรี และมาตรา ๕๗ เบญจ เป็นกฎหมายที่ทำให้บุคคลไม่เสมอกันในกฎหมาย และไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ทำให้ชาย และหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “ประมวลรัษฎากร ...เป็นกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐ มีผลใช้บังคับกับสามีและภริยาทั้งหมด ที่มีเงินได้พึงประเมินเป็นการทั่วไปอย่างเท่าเทียมกัน จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ *วรรคสาม แม้ว่าประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตรี กำหนดให้ถือเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี โดยให้สามีมีหน้าที่ยื่นรายการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาแทนภริยาจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้เป็นสามีอยู่บ้างก็ตาม แต่ก็เท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐ และมีได้กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ครอบครัว และทรัพย์สินตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ ดังนั้น ประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตรี จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๘/๒๕๕๕)*

จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่พิพาทในกรณีนี้ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน กล่าวคือ ให้สามีนำเงินได้ของ ภริยามารวมคำนวณ แต่ในทางกลับกันไม่ให้ภริยานำเงินได้ของสามีไปรวมคำนวณกับเงินได้ของตน โดยเนื้อหาจึง เป็นความไม่เท่าเทียมกันด้วยเหตุแห่งเพศ นอกจากนี้ ยังอาจพิจารณาว่าเป็นความไม่เท่าเทียมด้วยเหตุ “สถานะ ของบุคคล” กล่าวคือ สถานะทางครอบครัวในความเป็นสามีและภริยาอีกด้วย แม้ศาลรัฐธรรมนูญนำข้อยกเว้นมา พิจารณาว่ากฎหมายนี้ “บังคับกับสามีและภริยาทั้งหมดที่มีเงินได้พึงประเมินเป็นการทั่วไป อย่างเท่าเทียมกัน..” แต่ก็เป็นการใช้บังคับโดยสร้างความแตกต่างระหว่างเพศอยู่แน่นอน อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็ยอมรับว่าการ บังคับดังกล่าว “กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้เป็นสามีอยู่บ้าง” นอกจากนี้ การที่ศาลนำข้อยกเว้นมาวินิจฉัยก็ อาจมองได้ว่าอันที่จริงแล้วศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศหรือ สถานะของบุคคล โดยหลักแล้วขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน แต่ศาลซึ่งนำหนักกับประโยชน์ของรัฐแล้วเห็นว่าเข้า ข้อยกเว้นอันทำให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ แต่ก็มีประเด็นน่าพิจารณาต่อไปว่า การกำหนดให้เฉพาะสามีนำเงิน ได้ของภริยามารวมคำนวณ แต่ในทางกลับกันไม่ให้ภริยานำเงินได้ของสามีไปรวมคำนวณกับเงินได้ของตน ทำให้เกิด ประโยชน์มากน้อยแตกต่างกันเพียงใดในการจัดเก็บภาษีของรัฐ และมีผลกระทบต่อการบริหารจัดการภาษีของรัฐ แตกต่างอย่างไร หากกำหนดให้สิทธิผู้เสียภาษีอย่างเท่าเทียมกันโดยสามารถเลือกกระหว่าง การให้สามีนำเงินได้ของ ภริยาไปรวมกับสามี และการให้ภริยานำเงินได้ของสามีมารวมกับภริยา

ในคดีที่สอง ได้มีการยกประเด็นประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตรี มาสู่การพิจารณาของศาล รัฐธรรมนูญอีกครั้งภายใต้บทบัญญัติความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญฉบับ ปี ๒๕๕๐ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “...ประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตรี ที่บัญญัติให้สามีและภริยาที่อยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว ต้องถือเอาเงิน ได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการและเสียภาษี แต่ ถ้ามีภาษีค้างชำระและภริยาได้รับแจ้งล่วงหน้าไม่น้อยกว่า ๗ วันแล้วให้ภริยาร่วมรับผิดชอบในการเสียภาษีที่ค้างชำระ นั้นด้วย เป็นการไม่ยุติธรรมสำหรับภริยา เพราะภริยาอาจไม่มีส่วนรู้เห็นในเรื่องการยื่นรายการเสียภาษีด้วย และ



ทำให้สามีภริยาต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นจากกรณีที่ผ่านมาฝ่ายต่างแยกยื่นเมื่อยังไม่มีกรมสรส ประกอบกับมาตรา ๕๗ เบื้องบัญญัติให้แต่เฉพาะภริยาที่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา ๔๐ (๑) สามารถแยกยื่นรายการ และเสียภาษีต่างหากจากสามี โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามีตามมาตรา ๕๗ ตรี จึงถือว่าเป็นการไม่ส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิง และยังเป็นทางเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคลภายหลังจากการสมรส ตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐...” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๗/๒๕๕๕) จะเห็นได้ว่า ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้ตัดสินอย่างสอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันด้วยเหตุแห่ง **“สถานะของบุคคลภายหลังการสมรส”**

➤ กรณีพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ ไม่ได้ให้สิทธิแก่ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงไทยในการที่จะได้สัญชาติ โดยการแปลงสัญชาติได้เช่นเดียวกับหญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายสัญชาติไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ มาตรา ๙ วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “หญิงซึ่งเป็นคนต่างด้าว และได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทย ถ้าประสงค์จะได้สัญชาติไทย ให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง” เมื่อพิจารณาแล้วไม่ถือเป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันในกฎหมายระหว่างชายและหญิง หรือเป็นการทำให้ชายและหญิงไม่ได้มีสิทธิเท่าเทียมกัน ด้วยเหตุที่เป็นมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ ซึ่งมีได้ตัดสินสิทธิของชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงสัญชาติไทย ก็อาจได้สัญชาติไทยตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติ คือ มาตรา ๑๐ ๑๑ และ ๑๒ ซึ่งไม่ได้ยุ่งยากและก่อให้เกิดปัญหาในสถานะของบุคคลแต่ประการใด จึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๗/๒๕๕๖) จากคำวินิจฉัยคดีนี้ หากเปรียบเทียบระหว่างกรณีชายไทยสมรสกับหญิงต่างด้าว กับกรณีชายต่างด้าวสมรสกับหญิงไทยนั้น จะเห็นได้ว่า การได้สัญชาติไทยของคนต่างด้าวทั้งสองกรณีอยู่ภายใต้หลักกฎหมายที่แตกต่างกัน **โดยหลักแล้วเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันในระดับหลักการของกฎหมายและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคือเพศ** แต่ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากนำปัจจัยเหตุผลด้านอื่นมาประกอบการพิจารณา เช่น ชายต่างด้าวยังมีช่องทางอื่นตามกฎหมายในการได้มาซึ่งสัญชาติไทย นอกจากนี้ ยัง “เป็นมาตรการรัฐที่กำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ” ซึ่งอาจพิจารณาเปรียบเทียบได้กับหลัก “ขอบแห่งดุลพินิจ” (Margin of Appreciation) ดังจะได้แยกวิเคราะห์ต่างหาก

➤ กรณีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสภาพร่างกาย โดยเฉพาะกรณี “ความพิการ” นั้น พบว่ามีคำวินิจฉัย ๓ กรณีที่สำคัญ คือ

กรณีที่มีการอ้างว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๒๖ (๑๐) ที่กำหนดคุณสมบัติผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกไว้ว่า “(๑๐) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต” นั้น เป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ กรณีนี้เห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ คือ “ความพิการ” แต่ศาลนำข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญ มาวินิจฉัยว่า เป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๙

ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่าตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๔๐ ยังมีได้ระบุถึง “ความพิการ” ไว้เป็นเหตุหนึ่งตามมาตรา ๓๐ อย่างชัดแจ้ง (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๖/๒๕๔๕)

กรณีที่มีการอ้างว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๓๓ (๑๑) ที่กำหนดคุณสมบัติผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกว่า “ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในกฎกระทรวง...” นั้น เป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๔๐ กรณีนี้เห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ คือ “ความพิการ” แต่ศาลนำข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญมาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๓๓ (๑๑) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายอัยการ เป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๔/๒๕๔๕)

กรณีที่มีการอ้างว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ (๑๐) ที่กำหนดคุณสมบัติผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกไว้ว่า “(๑๐) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต” นั้น ผู้ร้องเห็นว่า การตัดสินสิทธิสอบของบุคคลด้วยเหตุผลดังกล่าว ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกายหรือความพิการ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาลักษณะสภาพของงานแล้วเห็นว่า ความพิการมิได้เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้จะเป็นข้าราชการตุลาการ ที่จะมีผลต่อการให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้อง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) ในส่วนที่บัญญัติให้ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามว่า “มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จึงขัดต่อสิทธิของคนพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติ และเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ วรรคสาม (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕/๒๕๕๕)

จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕/๒๕๕๕ นี้มีประเด็นสำคัญเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๖/๒๕๔๕ และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๔/๒๕๔๕ กล่าวคือ กฎหมายกำหนดคุณสมบัติผู้สมัครเข้ารับราชการแตกต่างกันด้วยเหตุสภาพร่างกายโดยเฉพาะกรณีของความพิการ ซึ่งจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม สองคดีแรกเป็นการพิจารณาตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๔๐ ซึ่งมีได้ระบุ “ความพิการ” ไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่คดีหลังนั้นตัดสินตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ ซึ่งระบุ “ความพิการ” ไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศไทย ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities : CRPD) ของสหประชาชาติ เมื่อวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ๒๕๕๑ ซึ่งมีผลบังคับให้ประเทศไทย



ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ระบุไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว ตั้งแต่วันที่ ๒๘ สิงหาคม ๒๕๕๑ เป็นต้นมา นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตว่า ศาลนำปัจจัยเกี่ยวกับความจำเป็นและลักษณะของงานที่พิพาทมาประกอบการวินิจฉัยด้วย ซึ่งหากตามลักษณะของงานดังกล่าวมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดคุณสมบัติบุคคลให้แตกต่างกัน ก็อาจเข้าข่ายยกเว้นของหลักห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศก็มีการกำหนดข้อยกเว้นกรณีคุณสมบัติที่จำเป็นของงานไว้ (Genuine Occupational Requirement)¹⁴⁷ อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ศาลเห็นว่าความพิการมิได้เป็นอุปสรรคต่อตำแหน่งงานข้าราชการตุลาการแต่อย่างใด จากการศึกษาคดีทั้ง ๓ ข้างต้นจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในบริบทของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

๔.๔.๖ การเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คดีของศาลรัฐธรรมนูญ

จากคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พบว่ามีหลายคดีที่มีประเด็นกล่าวอ้างว่ากฎหมายบางฉบับเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก่อให้เกิดภาระหน้าที่ต่อบุคคลที่ไม่เท่าเทียมกันอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากเปรียบเทียบหลักการและข้อเท็จจริงแล้ว พบว่า อาจเป็นกรณีกฎหมายที่พิพาทส่งผลให้เกิดความ “แตกต่างกัน” แต่ไม่เกี่ยวข้อง กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” หรืออาจเป็นกรณีกฎหมายที่พิพาทนั้นส่งผลให้เกิดความ “แตกต่างกัน” แต่มีเหตุผลอันสมควรประการอื่นที่ศาลนำมาพิจารณาตัดสินว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังจะได้จำแนกวิเคราะห์ต่อไปนี้

➤ การอ้างว่ากฎหมายบางฉบับสร้างความไม่เท่าเทียมกันและเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยที่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น

- คดีที่ผู้ร้องอ้างว่าการกำหนดเงื่อนไขเพื่อก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์และการกำหนดเงื่อนไขเวลาขอใช้สิทธิประโยชน์หรือการสิ้นสุดสิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ มาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง และ มาตรา ๖๕ วรรคหนึ่ง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ...การกำหนดระยะเวลายื่นคำร้องขอรับประโยชน์ทดแทนภายในหนึ่งปีก็**มีผลใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคน...** เงื่อนไขดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ ๓๐ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓/๒๕๕๖)
- คดีที่ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๓๖ ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติให้สิทธิแก่คู่ความยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ปฏิเสธไม่ยอมรับอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ หากเห็นว่าคำสั่งของศาลชั้นต้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย **จึงเป็นบทบัญญัติที่บังคับใช้โดยทั่วไป** (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๐/๒๕๕๙)

¹⁴⁷ เช่น Article 4 (1) EU Framework Directive กำหนดว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติหากมีเหตุผลเกี่ยวกับความจำเป็นตามลักษณะเฉพาะของงานนั้น

- คดีที่มีการอ้างว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๘ และ ๓๐ หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา ๕๑ ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีที่กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) และคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) จะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับหรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ เป็นบทบัญญัติให้บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย และได้รับการคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันในกฎหมายที่บุคคลนั้นถูกบังคับให้อยู่ กล่าวคือ **หากผู้ฟ้องคดีนำคดีมาขึ้นสู่ศาลปกครอง กระบวนวิธีพิจารณาความก็ย่อมมีความเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นที่นำคดีมาขึ้นสู่ศาลปกครองเช่นเดียวกัน** มาตรา ๕๑ ดังกล่าวจึงมิได้ให้สิทธิแก่บุคคลที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้แตกต่างกัน จึงมิได้ขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ แต่อย่างใด (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๑/๒๕๕๐)

- กรณีที่ผู้เช่าซื้อรถยนต์ของกลาง อ้างว่าไม่มีส่วนร่วมหรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการนำรถยนต์ดังกล่าวไปใช้ในการกระทำความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดแต่อย่างใด รวมทั้งอ้างว่าการริบรถยนต์ดังกล่าวตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๓๐ วรรคสองและวรรคสี่ เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการทางกฎหมายเพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกศาลสั่งริบในคดียาเสพติด ใช้สิทธิร้องคัดค้านคำร้องขอให้ริบทรัพย์สินของพนักงานอัยการได้ **จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มีผลใช้บังคับต่อบุคคลเป็นการทั่วไปโดยเสมอภาค ไม่ได้ยกเว้นให้ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือทำให้บุคคลไม่ได้รับความเสมอภาค ในกฎหมายหรือไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลแต่อย่างใด** บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑/๒๕๕๑)

- คดีที่มีประเด็นว่า พระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. ๒๕๕๑ เป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น ศาลวินิจฉัยว่า ... บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่กำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ทรัพย์สิน และรายได้ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เพื่อให้การบริหารจัดการจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยมีความเป็นอิสระและมีความคล่องตัว สอดคล้องกับหลักการบริหารจัดการของหน่วยงานในกำกับของรัฐซึ่งไม่เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ... โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าว **ใช้บังคับแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนดโดยเสมอภาคและไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ แต่อย่างใด** (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๑/๒๕๕๕)

จากคดีทั้ง ๕ ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายที่พิพาทมีได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ของการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นกรณีตัวอย่างของการที่ผู้ร้องอ้างว่ากฎหมายมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม แม้ศาลตัดสินว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติแต่ก็มีได้วินิจฉัยชัดเจนลงไปว่ากรณีนี้ไม่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” โดยศาลให้เหตุผลว่ากฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับทุกคนเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นเหตุผลอันสอดคล้องกับหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรงนั่นเอง



➤ กรณีการเปรียบเทียบระหว่างการเรียกดอกเบี้ยของสถาบันการเงิน และองค์กรหรือบุคคลอื่นที่มีใช้สถาบันการเงิน จะเห็นได้ว่าการเรียกดอกเบี้ยมีความแตกต่างกัน (Distinction/Differentiation) โดยกฎหมายกำหนดให้สามารถเรียกแตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาหลักการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่า ความ “แตกต่าง” นี้ยังไม่ถือเป็น “การเลือกปฏิบัติ” เนื่องจากความแตกต่างในการเรียกดอกเบี้ยดังกล่าวมิได้สืบเนื่องจาก “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้ระบุถึงเหตุผลเหล่านี้เนื่องจากให้เหตุผลว่า “ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและเป็นไปตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินกู้ยืมของสถาบันการเงินฯ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ฯ” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕/๒๕๕๒) คดีนี้จึงเห็นได้ว่าการกล่าวอ้างอยู่บนพื้นฐานของเหตุที่ “กว้างกว่า” เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม แม้ศาลตัดสินว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติแต่ก็มีได้วินิจฉัยชัดเจนลงไปว่ากรณีนี้ไม่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” แต่ในอีกแง่หนึ่งอาจมองได้ว่า กฎหมายกำหนดหลักการปฏิบัติที่ “แตกต่างกัน” ระหว่างกรณีบุคคลธรรมดาและสถาบันการเงินซึ่งเกี่ยวข้องกับ “สถานะของบุคคล” อย่างไรก็ตาม แต่แม้กระนั้นการปฏิบัติที่แตกต่างกรณีนี้ก็อาจพิจารณาได้ว่ามีเหตุผลอันสมควรในการกำหนดให้บุคคลธรรมดา กับ สถาบันการเงินเรียกดอกเบี้ยได้แตกต่างกัน

➤ กรณีการเปรียบเทียบความแตกต่างกันระหว่างประชาชนและหน่วยงานภาครัฐ โดยผู้ร้องอ้างว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๑๒๑ ให้สิทธิและยกเว้นแก่โจทก์ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ไม่ต้องปิดอาคารแสดมภ์ในหนังสือมอบอำนาจ แต่ในขณะเดียวกันฝ่ายผู้ร้องต้องปิดอาคารแสดมภ์ หากไม่ปิดไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้.. ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในกฎหมาย จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๑๒๑ เป็นเรื่องการเสียอากร มีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจากประชาชนที่จะได้รับบริการจากรัฐ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจากรัฐเอง การที่มาตรา ๑๒๑ บัญญัติว่า ถ้าฝ่ายที่ต้องเสียอากรเป็นรัฐบาล เจ้าพนักงานของรัฐที่กระทำการของรัฐบาลโดยหน้าที่ หรือบุคคลผู้กระทำการในนามของรัฐบาลไม่ต้องเสียอากรแสดมภ์ จึงชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวแล้ว ไม่ได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลทั่วไป (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๑/๒๕๕๗) จากคดีนี้จึงเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดหลักการปฏิบัติที่ “แตกต่างกัน” ระหว่างกรณีบุคคลธรรมดาและหน่วยงานของรัฐ ซึ่งมีสภาพและลักษณะที่แตกต่างกัน ประกอบกับเหตุผลด้านการเก็บภาษีจึงอยู่ภายใต้เงื่อนไขแตกต่างกันได้โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่มีข้อสังเกตว่าศาลมิได้วินิจฉัยชัดเจนลงไปว่ากรณีนี้เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” หรือไม่

➤ กรณีอ้างว่า พระราชบัญญัติภาษีโรงเรือนและที่ดิน พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๔๕ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ ๓๐ เนื่องจากบัญญัติให้ผู้รับโอนต้องรับผิดชอบในฐานะลูกหนี้ร่วมกับผู้โอนในภาษีที่ค้างชำระ “ไม่ว่าจะรับโอนมาด้วยเหตุใด ๆ” กฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองรัฐฝ่ายเดียวด้วยการปิดปากมิให้ผู้รับโอนยกข้อต่อสู้ใด ๆ ได้เลย แม้จะเป็นผู้รับโอนที่สุจริตและมีค่าตอบแทน ทำให้ผู้รับโอนเสียเปรียบ ศาลรัฐธรรมนูญ

เห็นว่า กฎหมายดังกล่าวตราขึ้นเพื่อให้รัฐโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหารายได้จากการจัดเก็บภาษีสำหรับใช้จ่ายในการบริหารกิจการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ขององค์กร อันเป็นกิจการเพื่อสาธารณประโยชน์ ภาษีโรงเรือนและที่ดินเป็นภาษีอากรอย่างหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๙ บุคคลมีหน้าที่เสียภาษีอากร กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นบทกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดและเท่าที่จำเป็น ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ใช้กับบุคคลโดยเสมอภาคและให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม...การเรียกเก็บภาษีโรงเรือนที่ค้างชำระจากผู้รับโอนที่ดินและโรงเรือนร่วมกับผู้โอนจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ ๓๐ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๑/๒๕๔๘) จะเห็นได้ว่า คดีนี้มีการอ้างว่ากฎหมายมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยศาลในคดีนี้นอกจากจะให้เหตุผลว่ากฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับทุกคนเท่าเทียมกันแล้ว ยังอธิบายไว้อย่างชัดเจนว่าไม่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ หากเปรียบเทียบคดีนี้กับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๑/๒๕๔๗ จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่พิพาทมีเหตุผลเกี่ยวเนื่องกับการกำหนดหน้าที่แก่ประชาชนเกี่ยวกับภาษีซึ่งเป็นเหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งด้วย

➤ กรณีการอ้างว่า กฎหมายสร้างความไม่เท่าเทียมกันและเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากกำหนดกระบวนการพิจารณาความผิดทางวินัยแตกต่างกันระหว่างข้าราชการบางประเภท คดีนี้ผู้ร้องอ้างว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ โดยได้กำหนดกระบวนการพิจารณาความผิดวินัยไว้เป็นพิเศษสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ตุลาการศาลปกครอง และพนักงานอัยการ ทำให้การพิจารณาความผิดวินัยอยู่ในอำนาจขององค์กรนั้นเอง ซึ่งแตกต่างจากข้าราชการทั่วไปที่ต้องถูกพิจารณาความผิดวินัยโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ศาลรัฐธรรมนูญนำปัจจัยเกี่ยวกับลักษณะเฉพาะของข้าราชการตุลาการ อัยการ ที่อยู่ภายใต้หลักความเป็นอิสระตามลักษณะของภารกิจมาประกอบการพิจารณาแล้ว วินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการทางวินัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ข้าราชการตุลาการศาลปกครอง และข้าราชการอัยการมีความเป็นอิสระ ตามลักษณะของภารกิจดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่มีลักษณะขัดต่อหลักความเสมอภาค หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ แต่อย่างใด” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๑/๒๕๕๖) คดีนี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่พิพาทได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ของการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นกรณีตัวอย่างของการที่ผู้ร้องอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ ในการนำหลัก “ลักษณะของภารกิจ” ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของงานแต่ละประเภทมาพิจารณานั้น อาจเทียบได้กับกรณีของคุณสมบัติจำเป็นเฉพาะของงาน (Genuine Occupational Requirement) ซึ่งเป็นเหตุผลของการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันได้



๔.๔.๗ การปฏิบัติที่แตกต่างกันซึ่งจัดอยู่ในขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ”: คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

จากการศึกษาคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในบทที่ ๒ พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ามีการ “เลือกปฏิบัติ” เกิดขึ้น ซึ่งมักเป็นกรณีการนำข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกับมีการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวแตกต่างกัน หากพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว การปฏิบัติแตกต่างกันดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบเขตการเลือกปฏิบัติ เช่น มีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นก็จัดเป็น “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ตัวอย่างของคำร้องที่จัดอยู่ในกลุ่มนี้มีดังต่อไปนี้

➤ กรณีการสาบานตนก่อนเบิกความตามข้อความในแบบพิมพ์ของศาลซึ่งกำหนดไว้แตกต่างกัน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเคยมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในภาพรวมต่อสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง และกรมพระธรรมนูญ เพื่อพิจารณาถึงรูปแบบและแนวทางการปฏิบัติที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพื่อให้เกิดความเป็นระบบในทุกชั้นศาลและเพื่อความเป็นสากล **โดยควรที่จะเป็นการเฉพาะตัวของบุคคลที่กล่าวคำสาบาน ซึ่งไม่ควรมีการอ้างถึงครอบครัวในทุกศาสนา** เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา ๓๐ และ ๓๕ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๖๔๗/๒๕๕๕) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า แบบพิมพ์ที่กำหนดไว้สำหรับแต่ละศาสนามีข้อความแตกต่างกัน โดยเฉพาะการพาดพิงผลร้ายจากการสาบานไปยังครอบครัวซึ่งมีเฉพาะบางศาสนา แต่ไม่ปรากฏข้อความดังกล่าวสำหรับบางศาสนา จึงเป็นความแตกต่างที่มีพื้นฐานจากเหตุ “ศาสนา”

➤ กรณีระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเกษตรกร ซึ่งจะมีสิทธิได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๓๕ ข้อ ๖ (๔) กำหนดไว้ว่า ว่าผู้ที่มีสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ส.ป.ก. จะต้องเป็น “ผู้มีร่างกายสมบูรณ์” โดยเจ้าหน้าที่สำนักงานการปฏิรูปที่ดินจังหวัด ก ตีความหมายรวมถึง**คนพิการทุกประเภท** คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า **“...การตีความดังกล่าวเป็นการตีความอย่างแคบ ทำให้ผู้ร้องถูกจำกัดสิทธิและเสียสิทธิในการเข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน...”** (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๒/๒๕๕๕) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า ระเบียบและการตีความระเบียบดังกล่าว เป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งความพิการทางกาย

➤ ระเบียบกองทัพบกว่าด้วยดุริยางค์ทหารบก พ.ศ. ๒๕๕๓ ตามผนวกข้อ ๓ เกี่ยวกับบัญชีโรคหรือความผิดปกติหรือความพิการซึ่งขัดต่อการเป็นนักเรียนดุริยางค์ทหารบก ข้อย่อย ๓.๑.๑.๓ ซึ่งระบุว่า **“แผลเป็นหรือปานที่หน้ามีเนื้อที่ตั้งแต่ ๑.๕ ตารางนิ้วขึ้นไป หรือมีความยาวมากจนดูหน้าเกลียด”** คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า เป็นระเบียบที่อาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๙๔/๒๕๕๗) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นการปฏิบัติแตกต่างกันต่อบุคคลด้วยเหตุ “สภาพร่างกาย” อันระบุไว้เฉพาะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

➤ กรณีการกำหนด “ประวัติอาชญากรรม” มาเป็นข้อจำกัดในการประกอบอาชีพ ซึ่งแบ่งเป็นกรณีข้อจำกัดในการทำงานภาครัฐ และภาคเอกชน ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเคยพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ กรณีภาครัฐนั้น ผลการพิจารณาเห็นว่า “กฎหมายกลุ่มที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ โดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้น

ลักษณะต้องห้ามได้ ควรมีการพิจารณาทบทวนปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับมิติด้านสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและพันธกรณีระหว่างประเทศรับรองไว้” (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๓/๒๕๕๕) สำหรับกรณีภาคเอกชน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้เหตุผลว่า “บริษัทเอกชนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการพิจารณารับบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป...” (คำร้องที่ ๔๘๖/๒๕๕๖ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๙๕/๒๕๕๘) ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีนี้กฎหมายต่างประเทศบางประเทศกำหนดให้ประวัติอาชญากรรมเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดเหตุนี้ไว้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลและปัจจัยอื่นที่จะต้องนำมาประกอบการพิจารณา จึงแยกวิเคราะห์เป็นหัวข้อต่างหากต่อไป

➤ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่ากรณีภาคเอกชนบังคับให้ตรวจเลือดก่อนรับเข้าทำงาน “...เป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและอาจละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี” จึงไม่ควรปิดกั้นเรื่องการทำงาน อันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยเกินจำเป็นของลักษณะประเภทการจ้างงานที่เป็นสาระสำคัญ ทั้งที่บุคคลที่ติดเชื้อเอชไอวีสามารถปฏิบัติงานได้ในสถานภาพเดียวกันโดยไม่จำกัดทางสุขภาพอนามัย” (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๓๐๘-๓๐๙/๒๕๕๘) จะเห็นได้ว่า กรณีการติดเชื้อเอชไอวี มิได้บัญญัติไว้ชัดเจนในฐานะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ แต่อาจตีความว่าอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกรณี “สุขภาพ” ได้

๔.๔.๘ การเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

จากการศึกษาคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในบทที่ ๒ พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่า มีการ “เลือกปฏิบัติ” เกิดขึ้น ซึ่งมักเป็นกรณีการนำข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกับว่ามีการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นว่า ในหลายกรณีตามคำร้องนั้น การปฏิบัติแตกต่างกันดังกล่าว**ไม่มีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”** ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม หากการปฏิบัติแตกต่างดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่ผู้ร้องได้รับความไม่เป็นธรรมอาจจะต้องพิจารณาการคุ้มครองภายใต้บริบทของกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง เป็นต้น ตัวอย่างของคำร้องในลักษณะเช่นนี้มีดังต่อไปนี้

⇒ ผู้ร้องอ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการปฏิบัติของโรงเรียนแห่งหนึ่ง กรณีบุตรสาวถูกเพื่อนชายล่อลวงละเมิดทางเพศในโรงเรียนและแจ้งความแล้วแต่คดีไม่มีความคืบหน้า (คำร้องที่ ๔๗๖/๒๕๕๖) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่ผู้ร้องเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมในประเด็นที่ว่าคดีไม่มีความคืบหน้า แต่ไม่ปรากฏว่าการที่คดีไม่คืบหน้าดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอย่างใดตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม กรณีนี้บุตรสาวผู้ร้องเป็นผู้พิการ หากมีข้อเท็จจริงว่าการที่คดีไม่คืบหน้านั้นสืบเนื่องมาจากสาเหตุความพิการ ก็อาจเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้ นอกจากนี้ สำหรับประเด็นการถูกล่อลวงละเมิดทางเพศอาจเข้าเหตุการคุกคามทางเพศ (Harassment)

⇒ กรณีผู้ร้องอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่เท่าเทียมกัน เช่น พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหาเฉพาะผู้ร้องแต่ไม่แจ้งข้อหาคู่กรณีในการทะเลาะวิวาท (คำร้องที่ ๗๔/๒๕๕๕) กรณีนี้แม้ว่าอาจมีลักษณะของการเปรียบเทียบการดำเนินการกับบุคคลสองคนแตกต่างกัน แต่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน



⇒ กรณี ผู้ร้องเรียนว่าข้าราชการส่วนท้องถิ่นที่ได้รับเงินเดือน การขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ไม่เท่าเทียมและไม่เสมอภาคกับข้าราชการส่วนท้องถิ่นบางตำแหน่งและข้าราชการประเภทอื่น กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นการเปรียบเทียบกันระหว่าง ข้าราชการท้องถิ่น ข้าราชการประเภทอื่น แม้จะมีความแตกต่างกัน แต่ก็เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า ยังไม่มีการละเลยหรือละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด (คำร้องที่ ๔๕๙/๒๕๕๖ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๓๓/๒๕๕๗) ทั้งนี้ อาจพิจารณาต่อไปว่าจัดอยู่ในการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายปกครองหรือไม่

⇒ กรณีผู้ร้องอ้างว่า โรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงการจบหลักสูตรสำหรับนักเรียนที่ยังค้างค่าบำรุงการศึกษา (คำร้องที่ ๒๒๙/๒๕๕๕) กรณีนี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างนักเรียนที่ผ่านเกณฑ์ มีสิทธิจบการศึกษา ด้วยเหตุที่บางคนยังค้างค่าบำรุง อย่างไรก็ตาม เหตุ “ค้างชำระค่าบำรุง” ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ ยังอาจพิจารณาได้ว่า นักเรียนที่มีสิทธิจบการศึกษาที่จ่ายค่าบำรุงครบ กับนักเรียนที่มีสิทธิจบการศึกษาที่จ่ายค่าบำรุงไม่ครบ เป็นบุคคลสองกลุ่มที่แตกต่างกัน จึงอาจได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงว่า การไม่ออกเอกสารจบหลักสูตรให้กับนักเรียนบางคน มีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ไม่ออกเอกสารให้กับนักเรียนบางศาสนา เช่นนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้

⇒ กรณีที่ผู้ร้องอ้างว่า นักเรียนที่เรียกร้องสิทธิกลับเข้าศึกษาต่อโรงเรียนเดิมจำนวน ๓๖ คน ถูกเลือกปฏิบัติ เช่น หนังสือเรียนที่ได้รับและกระบวนการเรียนการสอนก็แตกต่างจากนักเรียนอื่น ๆ (คำร้องที่ ๒๘๒/๒๕๕๕) กรณีนี้แม้ปรากฏว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่หากข้อเท็จจริงแสดงว่าสาเหตุเกิดจาก “การเรียกร้องสิทธิของนักเรียน” ก็จะเห็นได้ว่า มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ซึ่งหากเป็นโรงเรียนของรัฐอาจต้องพิจารณาในกรอบกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง เป็นต้น

⇒ กรณีผู้ร้องอ้างว่าถูกทางโรงเรียนเรียกเก็บเงินค่าเทอม คนละ ๒๗,๐๐๐ บาท หากไม่จ่ายทางโรงเรียนให้ลาออก หรือจะคัดชื่อออกจากโรงเรียน ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าไม่เป็นไปตามกฎหมายที่มีสิทธิเรียนฟรี ๑๒ ปี คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า กรณีนี้เป็นโรงเรียนทางเลือกที่มีการสอนตามหลักสูตรบูรณาการ **แตกต่างจากโรงเรียนที่สังกัดภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน** และมีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จึงไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชน (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๐๗๙/๒๕๕๘) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมพิเศษมิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ ยังอาจพิจารณาได้ว่า โรงเรียนดังกล่าวเรียกเก็บค่าธรรมเนียมนั้นกับนักเรียนทุกคนจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่มีประเด็นน่าพิจารณาว่าหากนำหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาพิจารณาถึงผลกระทบ (Effect) แล้วจะมีนักเรียนบางคนที่อยู่ในกลุ่มเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไม่สามารถเข้าเรียนได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับโรงเรียนอื่นจะเห็นได้ว่า โรงเรียนในกรณีนี้มีลักษณะแตกต่างจากโรงเรียนอื่นที่ไม่เก็บค่าธรรมเนียม

⇒ กรณีผู้ร้องได้ร้องเรียนว่าบุตรชายของผู้ร้องถูกสั่งพักการเรียนด้วยเหตุไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมต่อบุตรผู้ร้อง กรณีเหตุแห่งการพักการเรียนเกี่ยวข้องกับ “พฤติกรรม” ของนักเรียน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า **เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก** (รายงานผลการตรวจสอบ ที่ ๘๖๕/๒๕๕๕) กรณีนี้มีข้อน่าสังเกตว่า การปฏิบัติที่พิพาทนั้นหากพิจารณาในบริบทของการเปรียบเทียบระหว่างการปฏิบัติต่อเด็กผู้หนึ่งกับการปฏิบัติต่อเด็กนักเรียนคนอื่น แล้วจะเห็นได้ว่า มิได้มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่เด็กซึ่งถูกพักการเรียนนั้น

เป็น “เด็ก” แต่เหตุที่เด็กผู้นั้นถูกปฏิบัติแตกต่างสืบเนื่องจาก “พฤติกรรม” ซึ่งเหตุนี้มีได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม กรณีนี้เป็นกรณีการเลือกปฏิบัติในกรอบของกฎหมายเฉพาะ คือ **พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๒๒**

⇒ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าการที่สำนักงาน ก.พ. ได้อนุมัติในหลักการว่า การกำหนดตำแหน่งที่มีผลทำให้ค่าใช้จ่ายด้านบุคคลของส่วนราชการเพิ่มขึ้น ให้ส่วนราชการนำตำแหน่งว่างที่มีเงินมาอุปถัมภ์ และต่อมา สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขได้มีหนังสือขอยกเว้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวในตำแหน่งสายงานแพทย์และทันตแพทย์ โดยขอให้การกำหนดตำแหน่งสูงขึ้นของทั้งสองตำแหน่งนี้เป็นระดับเชี่ยวชาญโดยไม่ต้องนำตำแหน่งว่างมาอุปถัมภ์ ซึ่งสำนักงาน ก.พ.อนุมัติ ทำให้ตำแหน่งสายงานแพทย์ไม่ต้องนำตำแหน่งว่างมาอุปถัมภ์ **เป็นกรณีที่สำนักงาน ก.พ. ปฏิบัติต่อบุคลากรตำแหน่งสายงานอื่นที่ทำหน้าที่ให้บริการสาธารณสุขโดยไม่เป็นธรรม** โดยเฉพาะระหว่างบุคลากรที่มีสถานะเป็นแพทย์ กับบุคลากรที่มีสถานะอื่น คือ ทันตแพทย์ เภสัชกร พยาบาลวิชาชีพ นักรังสีการแพทย์ ฯลฯ นอกจากนี้ การที่สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขได้มีหนังสือขอให้ส่วนราชการในสังกัดระงับการใช้ตำแหน่งว่าง เพื่อนำตำแหน่งว่างดังกล่าวมาใช้บรรจุแต่งตั้งนักเรียนทุนของรัฐบาลในสายงานแพทย์และทันตแพทย์ **ก็เป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคลากรตำแหน่งสายงานอื่นที่ทำหน้าที่ให้บริการสาธารณสุข** (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑/๒๕๕๕) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า กฎระเบียบของภาครัฐปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุ “ตำแหน่งงาน” ซึ่งมีประเด็นว่า เหตุดังกล่าวสามารถจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่ ทั้งนี้ ในแง่หนึ่งอาจตีความว่าจัดอยู่ในความหมายของ “สถานะ” ของบุคคล แต่ในอีกแง่หนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า “ตำแหน่งงาน” อาจเกี่ยวข้องกับ “อาชีพ” มากกว่า ซึ่งกฎหมายต่างประเทศบางประเทศ เช่น ออสเตรเลีย กำหนดให้ “อาชีพ” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ในขณะที่อีกหลายประเทศ เช่น แคนาดา รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมามีได้กำหนด “อาชีพ” ไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะ กรณีจากคำร้องดังกล่าวนี้จึงยังอาจอภิปรายกันต่อไป

⇒ **การที่บุคคลบางกลุ่มเสียสิทธิบางอย่าง เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง เพราะไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขสำหรับการได้สิทธินั้น** หากหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขดังกล่าวไม่มีข้อเท็จจริงว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและไม่ใช้การเลือกปฏิบัติ เช่น กรณีผู้ร้องอ้างว่าถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าร่วมสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์เนื่องจากขาดเอกสารประกอบการสอบ เช่น ส่งรูปถ่ายไม่ครบตามจำนวนที่กำหนด ในประกาศสอบ จะเห็นได้ว่า เมื่อผู้ร้องมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขดังกล่าว การที่ผู้ร้องถูกตัดสิทธิเข้าสอบจึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คำร้องที่ ๖๒๕/๒๕๕๓ และ ๖๓๑-๖๓๕/๒๕๕๓ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๓๕๗-๓๖๒/๒๕๕๔)

⇒ กรณีผู้ร้องอ้างมีการละเมิดสิทธิ แต่ไม่ได้รับความเป็นธรรมในการเรียกร้องสิทธิตามกระบวนการยุติธรรม เช่น กรณีผู้ร้องอ้างว่า เด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียน ผู้อำนวยการโรงเรียนได้ทราบเรื่องที่เกิดขึ้นแต่กลับไม่ดำเนินการแก้ไขปัญหา ผู้ร้องและผู้ปกครองได้เข้าร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนแต่คดีไม่คืบหน้า จึงขอให้ตรวจสอบ (คำร้องที่ ๑๓๑/๒๕๕๗) กรณีเช่นนี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า การไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือการปฏิบัติที่แตกต่างกันในการดำเนินการกระบวนการดังกล่าวเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีขอบด้วยกฎหมาย ก็อาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าการเรียกร้องสิทธิในกระบวนการตามกฎหมายมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น สืบเนื่องจากการที่ผู้ร้องเกี่ยวข้องกับเหตุด้านเชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ อาจเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้ หรือ



หากการเรียกร้องตามกระบวนการนั้นได้รับการปฏิเสธ ตัวอย่างเช่น กรณีผู้ร้องอ้างว่าตนและบุตรที่เกิดในประเทศไทย มีบัตรประจำตัวบุคคลที่ไม่มีสถานะทางทะเบียน ผู้ร้องต้องการให้บุตรมีสัญชาติไทยจึงร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรณีนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า “..หากพบว่าหน่วยงานปฏิเสธไม่ดำเนินการหรือกระบวนการพิจารณาล่าช้า หรือปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน นาย ว. สามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดำเนินการตรวจสอบใหม่ได้..” (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๙๕๒/๒๕๕๘)

⇒ กรณีผู้ร้องอ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการปฏิบัติของโรงเรียนของรัฐแห่งหนึ่ง และครูประจำชั้น กรณีนี้มีข้อเท็จจริงหลายประเด็น เช่น กรณีบุตรสาวถูกเพื่อนชายล่อลวงละเมิดทางเพศในโรงเรียนและแจ้งความดำเนินคดีแล้วแต่คดีความไม่คืบหน้า กรณีครูประจำชั้น กล่าวหาว่า บุตรสาว “เป็นโรคขาดผู้ชายไม่ได้ ต้องนำไปบำบัด มีฮอร์โมนผิดปกติเพราะเป็นผู้พิการ” และถูกครูประจำชั้นทำร้ายร่างกายโดยใช้ไม้ชนไถ่ตี และกระชากผมเป็นต้น (คำร้องที่ ๔๗๖/๒๕๕๖) แม้ว่าในหลายประเด็นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติต้องยุติเรื่องเนื่องจากผู้ร้องได้ร้องทุกข์และฟ้องเป็นคดีต่อศาลแล้ว จึงเป็นกรณีที่อยู่นอกเหนืออำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๙๔/๒๕๕๗) แต่ในส่วนของการที่ครูประจำชั้นมีพฤติกรรมกล่าวข้อความและมีพฤติกรรมทางกายภาพต่อเด็กซึ่งเป็น “**ผู้พิการ**” อาจเข้าเหตุของการคุกคาม (Harassment) รวมทั้ง “Hate Speech” ได้ ซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน

๔.๔.๙ การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันไม่อยู่ในขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ” กับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

สำหรับกรณีข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้างถึงการ “เลือกปฏิบัติ” นั้น แม้ว่าเมื่อนำหลักการพิจารณาตามแนวทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาวิเคราะห์แล้วพบว่าไม่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ เช่น ไม่เกี่ยวกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” หรือไม่ได้มีลักษณะของการปฏิบัติอันแตกต่างกันระหว่างบุคคลในสาระสำคัญที่เหมือนกัน กรณีเหล่านี้ จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นกรณี “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยบางกรณีเป็นเพียงการ “ปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differentiation หรือ Distinction) หรือบางกรณีมีลักษณะเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม อันอาจเกี่ยวข้องกับบริบทกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีการปฏิบัติแตกต่างกันที่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น มีประเด็นพิจารณาต่อไปว่า กรณีเหล่านั้นอยู่ในขอบเขตอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือไม่ ในประเด็นนี้จะต้องพิจารณา พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ

➤ ความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” ซึ่งหมายความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”¹⁴⁸

➤ อำนาจหน้าที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ครอบคลุมถึง “... (๒) ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรืออันไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี และเสนอมาตรการการแก้ไขที่เหมาะสมต่อบุคคลหรือหน่วยงานที่กระทำ หรือละเลยการกระทำดังกล่าวเพื่อดำเนินการ ในกรณีที่ปรากฏว่าไม่มีการดำเนินการตามที่เสนอ ให้รายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป”¹⁴⁹

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า กรณีข้อเท็จจริงที่มีการปฏิบัติแตกต่างกัน แต่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ก็ยังอาจตกอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ เนื่องจากการกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัตินั้น อาจเข้าเหตุการณ์ละเมิด “สิทธิมนุษยชน” เรื่องอื่น ๆ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งอาจจำแนกได้ ๔ กรณี ดังนี้

๑. กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

กรณีตามคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ร้องอ้างว่า วัด พ. ได้จัดทำพิธีภักดิ์ โดยการนำร่างของผู้เสียชีวิตด้วยโรคเอดส์มาจัดแสดง พร้อมทั้งเขียนชื่อ-นามสกุล ประวัติ อาชีพของผู้ตาย ทั้งเป็นร่างที่ไม่สวมใส่เสื้อผ้า แม้จะมีการลงชื่อยินยอมของผู้ตาย ซึ่งผู้ร้องกังวลว่าอาจจะยินยอมโดยไม่มีความอิสระ เนื่องจากอยู่ในสถานที่ดูแลของวัดเลยจำต้องยินยอม ทั้งนี้ ผู้ร้องเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งต่อผู้เสียชีวิตเองและญาติของผู้เสียชีวิตด้วย จึงขอให้ตรวจสอบ คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ และความเสมอภาคของบุคคล ตรวจสอบแล้วเห็นว่า การจัดแสดงดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิในเกียรติยศ และชื่อเสียงของผู้เสียชีวิต และบุคคลในครอบครัว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๕ ถือว่าเป็นการกระทำอันมีปมควรต่อศพ ดูหมิ่นเหยียดหยามศพ (คำร้องที่ ๔๘๔/๒๕๕๒)

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า กรณีนี้แม้ว่าจะเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับ “ผู้ป่วยโรคเอดส์” ซึ่งสามารถจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีประเด็นการเปรียบเทียบระหว่างบุคคลเหมือนกันที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน เนื่องจากกรณีนี้มีได้มีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อผู้ป่วยโรคเอดส์ในลักษณะที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไป จึงไม่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งสุขภาพ จึงต้องพิจารณาว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ เช่น สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล หรือไม่ สำหรับกรณีของการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลนั้น หากพิจารณาตามร่างพระราชบัญญัติข้อมูลส่วนบุคคล¹⁵⁰ จะเห็นได้ว่า มีการยกเว้น “ข้อมูลของผู้ซึ่งถึงแก่กรรมแล้ว” จากนิยามความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

¹⁴⁸ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒, มาตรา ๓

¹⁴⁹ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒, มาตรา ๑๕

¹⁵⁰ ร่างที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา ๒๕๕๘



จึงต้องพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ เช่น กฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาทโดยเฉพาะการหมิ่นประมาทผู้ตาย ว่าเข้าองค์ประกอบหรือไม่¹⁵¹

กรณีตามคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (คำร้องที่ ๔๕/๒๕๕๕) ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า บริษัทเอกชนแห่งหนึ่งได้สั่งให้พนักงานซึ่งมีเครื่องตรวจสอบสแกน ทำการตรวจค้นร่างกายพนักงานหญิง เนื่องจากมีเหตุสงสัยว่าทรัพย์สินของบริษัทฯ สูญหาย โดยตรวจค้นเป็นรายบุคคลในห้องน้ำ พนักงานถูกบังคับให้ถอดเสื้อผ้าออกทั้งหมด และทำการตรวจค้นโดยละเอียด กรณีนี้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกร้องชดเชยค่าเสียหายและผู้ร้องได้ขอยุติเรื่อง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงเห็นควรยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๙๖/๒๕๕๖) กรณีนี้ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาว่า

ประการแรก แม้ว่าจะเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับ “พนักงานหญิง” ซึ่งสามารถจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ก็ไม่ได้ปรากฏว่ามีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อพนักงานหญิงแตกต่างออกไปด้วยเหตุแห่งเพศ ดังนั้น กฎเกณฑ์หรือการปฏิบัติในลักษณะนี้ซึ่งเป็นการปฏิบัติต่อพนักงานทุกคนเหมือนกันจึงไม่ใช่การเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติโดยตรง นอกจากนี้ หากเป็นการปฏิบัติต่อพนักงานทุกคนในลักษณะเช่นเดียวกัน กล่าวคือ รูปแบบและลักษณะการค้นเป็นเช่นเดียวกันทั้งลูกจ้างชายและหญิง โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของพนักงานบางคนที่เป็นเพศหญิง ทำให้ได้รับความอับอาย ก็อาจเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมได้

ประการที่สอง หากมีการปฏิบัติเฉพาะต่อพนักงานหญิง กล่าวคือ หากมีข้อเท็จจริงว่ามีพนักงานชายที่ทำงานเช่นเดียวกันอยู่ด้วยแต่ไม่ถูกตรวจค้นก็อาจเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างได้ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ อาจเป็น “วิธีปฏิบัติ” ขององค์กรเอกชนที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติ แต่ทั้งนี้ก็ต้องนำปัจจัยด้านการรักษาความปลอดภัยในทรัพย์สินมาประกอบว่ามีความ “ชอบธรรม” หรือไม่

ประการที่สาม การค้นตัวพนักงานดังกล่าว อาจเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในมิติอื่นนอกจากการเลือกปฏิบัติได้ โดยเฉพาะสิทธิส่วนบุคคลและสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งก็ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักเหตุผลความจำเป็นและสัดส่วนของการปฏิบัติดังกล่าวประกอบด้วย

กรณีภาคเอกชนทำการค้นตัวผู้เข้าชมคอนเสิร์ตซึ่งมีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ชายตรวจค้นกระเป๋าสัมภาระ เจ้าหน้าที่ผู้หญิงตรวจค้นร่างกาย ซึ่งการตรวจค้นดังกล่าวมีการใช้มือสัมผัสบริเวณหน้าอก อวัยวะเพศ และต้นขา โดยไม่มีการแจ้งล่วงหน้าว่าจะตรวจอะไรบ้าง ผู้ร้องเห็นว่าเป็นลักษณะล่วงละเมิดทางเพศ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า การตรวจค้นกระทำได้เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เข้าชมคอนเสิร์ตให้ได้รับความปลอดภัยและไม่ให้กระทำความผิดกฎหมาย **แต่วิธีการตรวจค้นโดยใช้มือสัมผัสร่างกาย อาจสุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน** (รายงานผลการพิจารณาที่ ๙๕๒/๒๕๕๘) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การปฏิบัติที่พิพาทเกิดขึ้นในภาคเอกชน แต่เป็นการปฏิบัติต่อทุกคนเหมือนกันโดยไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้เข้าชมบางคน อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลในเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนประการหนึ่ง ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy) นั้นมีความหมายหลายนัย ทั้งในแง่สิทธิส่วนบุคคล ในแง่เนื้อตัวร่างกาย สิทธิส่วนบุคคลในข้อมูล¹⁵²

¹⁵¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๗ ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สามและการใส่ความนั้น น่าจะเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษดังบัญญัติไว้ใน มาตรา ๓๒๖ นั้น

¹⁵² คณธิป ทองรวีวงศ์, เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายสิทธิส่วนบุคคลและข้อมูลส่วนบุคคล (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น, ๒๕๕๗), หน้า ๑๗-๒๖.

นอกจากนี้ ยังมีกรณีคำร้องเกี่ยวกับการนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ร้องมาแถลงข่าวต่อสื่อมวลชน (คำร้อง ๓๖๒/๒๕๕๖, รายงานผลการพิจารณาที่ ๕๐๖/๒๕๕๗) กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่เกี่ยวข้องกับการกระทบทสิทธิมนุษยชนประการอื่น โดยเฉพาะสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

๒. กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดเสรีภาพในทางศาสนา

กรณีปัญหาลักษณะนี้มีตัวอย่างเช่นระเบียบในสถานที่ทำงานหรือสถานศึกษาเกี่ยวกับการแต่งกายตามศาสนา เช่น ศาสนาอิสลาม ซึ่งอาจจำแนกพิจารณาได้สองมิติ คือ

ในมิติแรก หากกฎระเบียบที่พิพาทไม่เปิดโอกาสให้บุคคลแต่งกายตามความเชื่อศาสนาได้ โดยกฎระเบียบดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับลูกจ้างหรือนักเรียนทุกคนอย่างเท่าเทียมกันเช่นนี้ หากพิจารณาตามหลักของการเลือกปฏิบัติโดยตรงแล้วจะเห็นได้ว่า กฎระเบียบหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมแล้วอาจพิจารณาได้ว่า แม้กฎระเบียบใช้กับบุคคลทุกคน แต่ส่งผลกระทบต่อบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้วก็อาจจัดเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้ แต่แม้ว่าจะพิจารณาในกรอบการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ก็ยังมีข้อจำกัดเนื่องจากการต้องมีการนำปัจจัยอื่นมาพิจารณา หากเปรียบเทียบกับกรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเห็นว่า กฎเกณฑ์เพื่อความปลอดภัยของแคนาดาที่ใช้บังคับแก่ลูกจ้างทุกคนส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติในทางพฤตินัย (Discrimination De Facto) ต่อผู้นับถือศาสนา Sikh แต่เห็นว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควรและมุ่งต่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามเงื่อนไขของมาตรา ๑๘¹⁵³ ซึ่งในกรณีของไทยก็เคยมีกรณีผู้ถูกร้องอ้างเหตุปัจจัยอื่น เช่น อ้างว่า “การใช้ผ้าคลุมฮิญาบที่มีลักษณะยาว จะเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ในหอผู้ป่วยใน” (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๙๑/๒๕๕๖) ซึ่งในกรณีเช่นนี้ก็ต้องพิจารณาเหตุผลของการประกอบอาชีพเป็นกรณีไป

ในมิติที่สอง กฎระเบียบที่ส่งผลจำกัดการแต่งกายตามความเชื่อศาสนานั้น แม้จะใช้บังคับกับบุคคลทุกคนและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติก็ตาม แต่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งศาสนา ที่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อย่างไรก็ตาม เสรีภาพนี้อาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติทางกฎหมาย ตามความจำเป็น เพื่อรักษาความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรมของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของบุคคลอื่น ซึ่งต้องมาพิจารณาว่าการแสดงออกทางศาสนาโดยการแต่งกายนั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยอย่างไร และกฎระเบียบเกี่ยวกับการแต่งกายที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาดังกล่าวนั้น เป็นกรณีจำเป็น ได้สัดส่วน หรือไม่

ตัวอย่างเช่น คำร้อง ๓๔๔/๒๕๕๓ ซึ่งเป็นกรณีกฎระเบียบของโรงเรียนเกี่ยวกับการแต่งกาย ซึ่งผู้ร้องอ้างว่ากระทบเสรีภาพและเลือกปฏิบัติ กรณีนี้กฎระเบียบของโรงเรียนที่พิพาทใช้บังคับกับนักเรียนทุกคน จึงไม่อยู่ในขอบเขตความหมายของการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่อาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมและเป็นการกระทบเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา อย่างไรก็ตาม ในกรณีกฎระเบียบการแต่งกายของโรงเรียนนั้น ได้มีระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการแต่งกายตามหลักศาสนาได้ ปัญหาดังกล่าวจึงได้รับการแก้ไขในระดับหนึ่ง แต่กระนั้นก็ตาม ยังอาจเกิดกรณีปัญหา เช่น บางโรงเรียนออกระเบียบขัดกับระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการดังกล่าว (คำร้องที่ ๓๔๔/๒๕๕๓ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๕๗/๒๕๕๖)

¹⁵³ From “Singh Bhinder v. Canada” Communication No. 208/1986



นอกจากนี้ ในกรณีระเบียบการแต่งกายเพื่อเข้ารับพระราชทานปริญญาบัตร ซึ่งผู้ร้องอ้างว่ากระทบเสรีภาพและเลือกปฏิบัติ (คำร้องที่ ๕๖๗/๒๕๕๓ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๒๙๘/๒๕๕๔) กฎระเบียบเช่นนี้หากใช้บังคับกับทุกคนโดยหลักแล้วก็ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่อาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมและเป็นการกระทบเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา อย่างไรก็ตาม หากมีการกำหนดระเบียบว่า สามารถแต่งกายตามหลักศาสนาได้โดยมีเงื่อนไขว่าต้องยื่นคำร้องขออนุญาตก่อน ดังนั้นก็ยังไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาเพราะยังเปิดช่องให้สามารถใช้เสรีภาพการแสดงออกได้

๓. กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางการศึกษา

คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหลายกรณี มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อนักเรียน นักศึกษา ที่แตกต่างกัน อันเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพในการศึกษา ซึ่งการปฏิบัติที่แตกต่างเหล่านั้น บางกรณีก็ไม่เกี่ยวข้องสาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น กรณีผู้ร้องได้ร้องเรียนว่าบุตรชายของผู้ร้องถูกสั่งพักการเรียนด้วยเหตุไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมต่อบุตรผู้ร้อง กรณีเหตุแห่งการพักการเรียนเกี่ยวข้องกับ “พฤติกรรม” ของนักเรียน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า **เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก** (รายงานผลการตรวจสอบที่ ๘๖๕/๒๕๕๕) กรณีที่ผู้ร้องอ้างว่า **นักเรียนที่เรียกร้องสิทธิกลับเข้าศึกษาต่อโรงเรียนเดิม** จำนวน ๓๖ คน ถูกเลือกปฏิบัติ เช่น หนังสือเรียนที่ได้รับและกระบวนการเรียนการสอนก็แตกต่างจากนักเรียนอื่น ๆ (คำร้องที่ ๒๘๒/๒๕๕๕) กรณีผู้ร้องอ้างว่า โรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงการจบหลักสูตรสำหรับ **นักเรียนที่ยังค้างค่าบำรุงการศึกษา** (คำร้องที่ ๒๒๙/๒๕๕๕) กรณีกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนเข้าศึกษาต่อ (คำร้อง ๕๗๗/๒๕๕๕ และ ๓๗/๒๕๕๖) กรณีเหล่านี้หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ อาจจัดเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้ แต่หากไม่เกี่ยวข้องก็ต้องพิจารณาว่ากระทบสิทธิมนุษยชนในด้านอื่น โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพในการศึกษาที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้หรือไม่

สำหรับกรณีที่มีการร้องเรียนว่าบุคลากรทางการศึกษา เช่น ครู อาจารย์ มีพฤติกรรมกระทบต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของนักเรียน เช่น คำร้องที่ ๕๔๔/๒๕๕๔ กรณีเช่นนี้ ในมิติของสิทธิมนุษยชนนั้น อาจมีความเกี่ยวข้องในหลายกรณี เช่น หากปรากฏว่าพฤติกรรมดังกล่าวเกี่ยวเนื่องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ อาจเข้าข่ายการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะกรณีการคุกคาม (Harassment) รวมทั้งอาจเกี่ยวข้องกับ “สิทธิเด็ก” ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนอีกประการหนึ่ง นอกจากนี้ ยังอาจเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนอื่นนอกจากในมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น สิทธิส่วนบุคคล สิทธิในเนื้อตัวร่างกาย โดยอาจจัดอยู่ในกรณีที่ ๑ ดังกล่าวข้างต้น

๔. กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม

จากการศึกษาคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่า กรณีที่มีการร้องเรียนหลายกรณี เกี่ยวข้องกับการที่ผู้ร้องอ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการเรียกร้องเพื่อคุ้มครองสิทธิ หรือไม่ได้รับความเป็นธรรมในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม เช่น

- กรณีผู้ร้องอ้างว่า เด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียน ผู้อำนวยการโรงเรียนได้ทราบเรื่องที่เกิดขึ้นแต่กลับไม่ดำเนินการแก้ไขปัญหา ผู้ร้องและผู้ปกครองได้เข้าร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนแต่คดีไม่คืบหน้า จึงขอให้ตรวจสอบ (คำร้องที่ ๑๓๑/๒๕๕๗)

- กรณีผู้ร้องยื่นคำร้องขอรับเงินกรณีบุตรกลายเป็นผู้พิการต่อสำนักงานสาธารณสุขจังหวัด แต่ยังไม่มีการพิจารณา จึงร้องเรียนให้ตรวจสอบ (คำร้องที่ ๕๙๒/๒๕๕๖)
- กรณีการเปรียบเทียบการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมว่ามีความแตกต่างกันสำหรับกรณีข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน เช่น ผู้ร้องอ้างว่ามีการแจ้งข้อหาผู้ร้องแต่ไม่แจ้งข้อหาผู้กรณีในเหตุการณ์เดียวกัน (คำร้องที่ ๗๔/๒๕๕๕)
- กรณีการอ้างว่าได้รับความไม่เป็นธรรมในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม เช่น ร้องว่า “เจ้าหน้าที่ได้กระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีปลอมแปลงลายมือชื่อในบันทึกตรวจยึดในชั้นจับกุม และไม่บันทึกรายการทรัพย์สินที่ตรวจยึดไว้ เป็นเหตุให้ทรัพย์สินสูญหาย” (คำร้องที่ ๒๖๑/๒๕๕๕)

กรณีเช่นนี้อาจพิจารณาได้ในหลายมิติ กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า การไม่ได้รับความเป็นธรรม การไม่ได้รับการเยียวยาในการดำเนินกระบวนการดังกล่าว เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีขอบด้วยกฎหมาย ก็อาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม ในมิติของสิทธิมนุษยชนนั้น อาจจำแนกได้สองกรณี คือ

กรณีแรก กรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ หากปรากฏว่าการเรียกร้องสิทธิในกระบวนการตามกฎหมายมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น สืบเนื่องจากการที่ผู้ร้องเกี่ยวข้องกับเหตุด้านเชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ อาจเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้

กรณีที่สอง แม้ว่าจะไม่เกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าว หากปรากฏว่าการเรียกร้องตามกระบวนการนั้นได้รับการปฏิเสธ ล่าช้า ไม่เป็นไปตามกฎหมาย อาจเกี่ยวข้องกับการละเมิด สิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญอันอยู่ในขอบเขตอำนาจตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตัวอย่างเช่น กรณีผู้ร้องอ้างว่าตนและบุตรที่เกิดในประเทศไทย มีบัตรประจำตัวบุคคลที่ไม่มีสถานะทางทะเบียน ผู้ร้องต้องการให้บุตรมีสัญชาติไทยจึงร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรณีนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า “..หากพบว่าหน่วยงานปฏิเสธไม่ดำเนินการหรือกระบวนการพิจารณาล่าช้า หรือปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน นาย ว. สามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดำเนินการตรวจสอบใหม่ได้..” (รายงานผลการพิจารณาที่ ๕๕๒/๒๕๕๘) โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจตรวจสอบว่ากระบวนการที่กล่าวอ้างในคำร้องนั้น มีการละเมิดสิทธิในกระบวนการยุติธรรมหรือไม่ มีการดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้วหรือไม่ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๓๗๕/๒๕๕๗)

จากการจำแนกทั้ง ๔ กรณีข้างต้น อาจสรุปได้ว่า กรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าเกิด “การเลือกปฏิบัติ” แต่เมื่อพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วเป็นกรณีการปฏิบัติในลักษณะเป็นกลาง (Neutral) ที่มีผลกับทุกคน หรือเป็นกรณีการปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งไม่เกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่ก็ยังอาจอยู่ในขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ เพราะอาจเป็นการกระทบ “สิทธิมนุษยชน” ในแง่อื่น ๆ ของผู้ร้อง “ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม” เช่น การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา สิทธิเสรีภาพทางการศึกษา ศักดิ์ศรีของมนุษย์ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในการสื่อสาร สิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น



➤ สรุปการวิเคราะห์

จากการวิเคราะห์ขอบเขตของการเลือกปฏิบัติในหัวข้อนี้ อาจสรุปได้ว่า จากการศึกษาตีปกรองที่ศาลตัดสินประเด็นการเลือกปฏิบัตินั้น ในหลายคดีศาลพิจารณาคำสั่งทางปกครองที่พิพาทซึ่งถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติประกอบประเด็นอื่น ๆ โดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบซึ่งอาจครอบคลุมเหตุต่าง ๆ นอกเหนือจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยทั่วไป นอกจากนี้ ในหลายคดีจะเห็นได้ว่าศาลตัดสินว่ามีการเลือกปฏิบัติแม้การปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าวเกิดจากเหตุซึ่งมิได้จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังเช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ทั้งนี้ เนื่องจากเหตุผลสำคัญคือ คดีดังกล่าวเป็นคดีปกครองซึ่งศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๙ ซึ่งกำหนดอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอัน “มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม..หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”¹⁵⁴ โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ก็มีได้กำหนดนิยามความหมายหรือขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ไว้แต่อย่างใด ทำให้ศาลสามารถพิจารณาโดยนำปัจจัยต่าง ๆ มาประกอบได้อย่างกว้างขวาง นอกจากนี้ ศาลปกครองยังได้วินิจฉัยโดยอาศัยหลักกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะที่มีหลักว่า หน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่จัดทำกิจการบริการสาธารณะต้องจัดทำบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก...และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อประชาชน ผู้ขอใช้บริการ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๖๒/๒๕๕๒) จึงอาจกล่าวได้ว่า “การเลือกปฏิบัติ” ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองมีขอบเขตกว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เนื่องจากอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและหลักกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยศาลปกครองนำปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่แตกต่างนั้น มาประกอบการพิจารณาว่าการปฏิบัติดังกล่าวนี้มีเหตุผลสมควรหรือไม่

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในกรอบอย่างกว้างนี้มีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะในการพิจารณาคดีปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยต้องเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองเท่านั้น ดังนั้น การเลือกปฏิบัติที่อยู่นอกเหนืออำนาจศาลปกครอง เช่น การจับกุม สอบสวน และดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มิใช่เป็นการกระทำทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๓๖/๒๕๕๕) หรือกรณีการปฏิบัติที่แตกต่างกันในมิติการกระทำระหว่างเอกชนด้วยกัน ก็ไม่อยู่ภายใต้กรอบการพิจารณา “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามแนวของศาลปกครองนี้

หากเปรียบเทียบกับ การเลือกปฏิบัติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศจะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัตินั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination) เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ แต่ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายปกครองของไทย นั้น มีความหมายกว้างกว่า จึงอาจกล่าวได้ว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทคดีปกครองนี้ มีขอบเขตและความหมายแตกต่างออกไปจาก “การเลือกปฏิบัติ” ตามความตกลงระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการ

¹⁵⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๙ กำหนดว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน...หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม..หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

เลือกปฏิบัติตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีนั้น เป็นการพิจารณาภายใต้แนวคิดของคดีปกครอง แต่การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นการพิจารณาภายใต้แนวคิดสิทธิมนุษยชน

สำหรับในบริบทของรัฐธรรมนูญนั้น พบว่าหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทย สะท้อนถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่ในการกล่าวอ้างนั้นมีหลายกรณีที่ประเด็นพิพาทมิได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ โดยผู้ร้องมักจะเปรียบเทียบสิ่งที่ตนคิดว่า “เหมือนกัน” แต่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน และอ้างว่าการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่ผู้ร้องเห็นว่าตนเองไม่ได้รับความเป็นธรรมในภาพรวมแต่ก็กล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม โดยรวมแล้วศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการกล่าวอ้างที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ แต่ในหลายคดีมิได้ให้เหตุผลโดยเจาะจงลงไปว่ากรณีเหล่านั้นไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่า แม้หลักความเท่าเทียมกันและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทย จะสะท้อนถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่การคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ก็มีขอบเขตจำกัด คือ สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเฉพาะกรณีภาคเอกชนอ้างยันต่อรัฐ เช่น อ้างว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อหลักห้ามเลือกปฏิบัติ ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกันในมิติการกระทำระหว่างเอกชนด้วยกัน ก็ไม่สามารถยกขึ้นเป็นคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตาม จากหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญส่งผลให้ภาครัฐมีหน้าที่ต้องตรากฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ ที่ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมอยู่

สำหรับกรณีคำร้องและการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ามีการ “เลือกปฏิบัติ” เกิดขึ้น ซึ่งมักเป็นกรณีการนำข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกับมีการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่าในหลายกรณีตามคำร้องนั้น การปฏิบัติแตกต่างกันดังกล่าว**ไม่มีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”** ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรืออาจพิจารณาว่าเป็นการอ้างเหตุที่กว้างกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการปฏิบัติแตกต่างดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้กรอบ**กฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ** ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ เพราะอาจเป็นการกระทบ “สิทธิมนุษยชน” ในแง่อื่น ๆ ของผู้ร้อง ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม เช่น การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา การปฏิบัติที่กระทบต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ เสรีภาพในการสื่อสาร เป็นต้น

๔.๕ หลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน (Principle of Equality)

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติมีความสัมพันธ์กับหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน (Principle of Equality) โดยอาจพิจารณาได้ว่าการห้ามเลือกปฏิบัติเป็นหลักการย่อยอันเป็นวิถีทางที่จะนำไปสู่ความเท่าเทียมกัน อันปรากฏในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และรัฐธรรมนูญประเทศต่าง ๆ ในส่วนนี้จะได้ทำการศึกษาหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน โดยเริ่มจากความหมายในเชิงแนวคิดทฤษฎี (หัวข้อ ๔.๕.๑) จากนั้นจะศึกษาความหมายตามกฎหมายของประเทศต่าง ๆ (หัวข้อ ๔.๕.๒) เพื่อการวิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างการกำหนดความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย (หัวข้อ ๔.๕.๓) และนำไปสู่การวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยต่อไป (หัวข้อ ๔.๕.๔)



๔.๕.๑ แนวคิดทฤษฎีของหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน

โดยทั่วไปแล้ว ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันมีความเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) กล่าวคือ การปฏิบัติต่อบุคคลในลักษณะที่เคารพศักดิ์ศรีดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้เมื่อมีการตระหนักถึงคุณสมบัติร่วมกันของความเป็นมนุษย์ (Common Humanity) โดยปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีคุณค่าอยู่ในตัวเอง (Intrinsic Value)¹⁵⁵ หากบุคคลคนหนึ่งไม่ได้รับการปฏิบัติที่เหมือนหรือเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่น การปฏิบัติดังกล่าวนั้นก็สอดคล้องกับการเคารพศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ดังนั้นการเคารพศักดิ์ศรีของมนุษย์จึงหมายถึงการเคารพหรือยอมรับความแตกต่างของบุคคลซึ่งเกิดจากเหตุต่าง ๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ฯลฯ ทั้งนี้ เนื่องจากไม่ว่าบุคคลคนหนึ่งจะมีเชื้อชาติ สีผิว เพศใดก็ตาม แต่ก็มีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันจึงจัดเป็นสิทธิมนุษยชนที่สำคัญประการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ในเชิงแนวคิดทฤษฎีนั้น หลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันนี้อาจพิจารณาได้หลายมุมมอง โดยอาจจำแนกได้ดังต่อไปนี้

๔.๕.๑.๑ ความเสมอภาคอย่างเป็นสากล (Universal Equality)

หลักการพื้นฐานของความเสมอภาคคือการที่บุคคลแต่ละบุคคลได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยหรือเหตุแห่งความแตกต่างของบุคคลเหล่านั้น โดยนัยนี้จึงอาจเรียกว่าความเสมอภาคอย่างเป็นสากล หรือคุณค่าพื้นฐานร่วมกันของความเป็นมนุษย์ที่ไม่อาจวัดได้ (Common and Immeasurable Human Worth) ดังนั้น จากแนวความคิดนี้ส่งผลให้เกิดหลักการ “ปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง” (Treating People in a Difference-Blind Fashion)¹⁵⁶ อันเป็นพื้นฐานที่นำไปสู่หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ความเสมอภาคอย่างเป็นสากลดังกล่าวนี้ ด้วยการห้ามปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุที่บุคคลเหล่านั้นมีสีผิว เชื้อชาติ ศาสนา ที่แตกต่างกัน¹⁵⁷

อย่างไรก็ตาม ความเสมอภาคอย่างเป็นสากลซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการ “ปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง” นี้ยังอาจไม่เพียงพอที่จะส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันได้ นักวิชาการหลายท่านชี้ให้เห็นว่า หลักความเสมอภาคดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงความไม่เสมอภาคเชิงระบบ (Systemic Inequality) ซึ่งเกิดขึ้นกับกลุ่มบุคคลบางกลุ่มที่ด้อยโอกาสกว่ากลุ่มอื่น หากใช้หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของบุคคลแต่ละกลุ่มแล้วจะส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นได้เช่นเดียวกัน¹⁵⁸ หากพิจารณาในรอบของการเลือกปฏิบัติแล้วจะเห็นได้ว่า หลักความเท่าเทียมกันอย่างเป็นสากล สอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรง ซึ่งมุ่งเน้นการพิจารณาการเลือกปฏิบัติจากกรณีการปฏิบัติแตกต่างกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน

¹⁵⁵ From Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom by Ronald Dworkin, 1993, New York: Knopf

¹⁵⁶ From The Recognition Principle: A Philosophical Perspective between Psychology, Sociology and Politics (p 57-58) by Vinicio Busacchi 2015 ,Cambridge Scholars Publishing

¹⁵⁷ From Rethinking Non-Discrimination and Minority Rights “Is Multiculturalism Bad for the Fight against Multiculturalism?” by Timo Makkonen (p 155-158)” by Martin Scheinin & Reetta Toivanen Edition.2004

¹⁵⁸ From Conceptual Issues “Do We Need Minority Rights?: Memory, History and Membership The Moral Claims of Marginalized Groups in Political Representation by Melissa S. Williams” by J Räikkä Edition,1996, The Hague, Martinus Nijhoff

๔.๕.๑.๒ ความเสมอภาคเชิงระบบหรือโครงสร้าง (Systemic Equality)

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ความเสมอภาคอย่างเป็นสากลนั้นอยู่บนพื้นฐานของการปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง ซึ่งอาจส่งผลกระทบให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบหรือเสียโอกาส ดังนั้น การปฏิบัติเหมือนกันซึ่งนำไปสู่ความเท่าเทียมกันอย่างเป็นสากลจึงส่งผลกระทบให้เกิด “ความไม่เสมอภาคเชิงโครงสร้างหรือเชิงระบบ” (Structural or Systemic Inequality) ซึ่งหมายถึงสภาพซึ่งบุคคลกลุ่มหนึ่งต้องตกอยู่ในสถานะที่ไม่เท่าเทียมกันกับบุคคลกลุ่มอื่น ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างบุคคลสองกลุ่มนี้อาจพิจารณาได้จากความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันในบทบาท หน้าที่ การตัดสินใจ สิทธิ และโอกาส¹⁵⁹ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความไม่เสมอภาคเชิงโครงสร้างมีรากฐานมาจากแนวปฏิบัติปกติหรือประจำของสถาบันทางสังคมต่าง ๆ โดยอาจจำแนกได้หลายประเภท เช่น การจำแนกบุคคลตามถิ่นที่อยู่ การเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานและการศึกษา เป็นต้น¹⁶⁰ ทั้งนี้ เนื่องจากตามลักษณะทั่วไปทางสังคมนั้น จะมีการจำแนกบุคคลตามบทบาท ในการจำแนกดังกล่าวส่งผลให้มีบางบทบาทเป็นที่ต้องการมากกว่าบทบาทอื่น¹⁶¹ สภาพและลักษณะทางสังคมดังกล่าวส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันได้

จากข้อจำกัดของแนวคิดความเสมอภาคอย่างเป็นสากลดังกล่าว นำไปสู่แนวคิดความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบหรือเชิงโครงสร้าง ซึ่งเน้นว่าความไม่เท่าเทียมกันเกิดจากการปฏิบัติซ้ำ ๆ กันต่อกลุ่มทางสังคมบางกลุ่มที่แตกต่างกัน แม้ว่าจะเกิดขึ้นโดยปราศจากรูปแบบของการเลือกปฏิบัติที่ชัดเจนหรือโดยเจตนาก็ตาม แต่ในท้ายที่สุดได้ส่งผลทำให้เกิดรูปแบบความไม่เสมอภาคสำหรับกลุ่มบุคคลนั้น ๆ (Group-Patterned Inequalities) หรืออาจเรียกว่าเกิดสถานะที่บุคคลกลุ่มครอบงำ (Dominant Group) กีดกันบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งให้เป็นกลุ่มชายขอบ (Marginalized Group) ซึ่งความไม่เท่าเทียมที่บุคคลกลุ่มนี้ได้รับนั้น ครอบคลุมมิติต่าง ๆ ทางสังคม เช่น การศึกษา สถานะทางสังคม สุขภาพ คุณภาพชีวิต ความเป็นมารดา หรือการมีส่วนร่วมในทางการเมือง ยิ่งไปกว่านั้นความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบนี้ เมื่อเกิดขึ้นในมิติใดของสังคมแล้วจะสามารถส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในมิติอื่นของสังคมได้อีก รวมทั้งส่งผลต่อเนื่องจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่งด้วย¹⁶² นอกจากนี้ ในทางสังคมวิทยายังได้มีความพยายามในการจำแนกความไม่เท่าเทียมกัน (Inequality) ออกเป็นสองประเภท คือ อคติส่วนบุคคล (Individual Bias) ซึ่งหมายถึงความคิดความเชื่อในทางลบของบุคคลต่อบุคคลอื่น และความไม่เท่าเทียมเชิงระบบ (Systemic Inequality) ซึ่งพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นอย่างไม่เท่าเทียมกันอันเกิดจากสถาบันทางสังคม ผลดังกล่าวนี้ยังคงสามารถเกิดขึ้นได้แม้ปราศจากอคติส่วนบุคคลของบุคคล

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันมีความหมายหลายนัย โดยพื้นฐานทั่วไปแล้ว ความเสมอภาคหมายถึงการปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนกันโดยไม่คำนึงว่าบุคคลที่ถูกปฏิบัตินั้นจะมีความแตกต่างกันอย่างไร โดยนัยนี้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ อาจไม่ส่งผลให้เกิดความเท่าเทียมกัน ในทางตรงข้ามยังอาจส่งผลให้กลุ่มบุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบกลุ่มอื่น สำหรับความหมายของความเสมอภาคเชิงระบบหรือเชิงโครงสร้างนั้นมิได้มุ่งเน้นที่การปฏิบัติซึ่งต้องเหมือนกัน แต่มุ่งผลที่ทำให้บุคคลผู้มีความแตกต่างกันได้รับความเท่าเทียม

¹⁵⁹ From Inclusive States: Social Policy and Structural Inequalities (p. 3) by Anis A. Dani and Arjan de Haan, Edition 2008, Washington, D.C: World Bank

¹⁶⁰ From Poverty and Power: the Problem of Structural Inequality (p 217) by Edward Cary Royce, 2009, Lanham: Rowman & Littlefield

¹⁶¹ From Stanford Encyclopedia of Philosophy: Equality of Opportunity by Richard J. Arneson (2008)

¹⁶² From Voice, Trust, and Memory: Marginalized groups and the Failings of liberal representation (p 175-178) by Melissa S. Williams, 1998, Princeton University Press



กันในการดำรงชีวิตมิติต่าง ๆ ทางสังคม ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือมาตรการใดกระทบต่อหลักความเสมอภาคอย่างเป็นสากลหรือไม่ ก็จะเป็นการพิจารณาจากเนื้อหาของตัวกฎเกณฑ์นั้น ๆ ว่าปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนหรือแตกต่างกัน หากมีหลักการที่ใช้กับทุกคนเช่นเดียวกันแล้วก็ไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันโดยนัยนี้ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) หรือไม่นั้น มิได้จำกัดเฉพาะการพิจารณาอย่างเจาะจงถึงมาตรการหรือกฎเกณฑ์อันใดอันหนึ่ง แต่จะพิจารณาเชิงโครงสร้างหรือเชิงระบบโดยนำปัจจัยหลายปัจจัยมาประกอบการพิจารณาด้วย

๔.๕.๑.๓ ความเสมอภาคเชิงรูปแบบ (Formal Equality)

แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ จะพิจารณาว่า บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้น จึงต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน หรือเหมือนกัน บุคคลทุกคนจะสามารถเข้าถึงโอกาสต่าง ๆ ได้เช่นเดียวกัน หรือมีสิทธิที่เหมือนกัน ดังนั้น หากบุคคลใดได้รับการปฏิบัติที่แตกต่าง หรือไม่ได้รับสิทธิเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ก็ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน ตัวอย่างเช่น กรณีการปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศนั้น กฎหมาย นโยบาย หรือแนวปฏิบัติที่มีเนื้อหาสาระแตกต่างกันระหว่างเพศ กำหนดให้สิทธิบางอย่างเฉพาะกับเพศใดเพศหนึ่ง ก็ถือว่าขัดต่อหลักนี้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายหรือนโยบายจึงต้องมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) กล่าวคือ วางหลักปฏิบัติที่เหมือนกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านต่าง ๆ ของบุคคล เช่น เพศ ศาสนา ความพิการ ฯลฯ หรืออาจเรียกว่า บุคคลทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน (Single Standard) โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในประเด็นต่าง ๆ ของบุคคล ตัวอย่างเช่น การกำหนดให้ลูกจ้างชายเท่านั้นที่จะต้องทำงานกะกลางคืน กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์มีรูปแบบที่แตกต่างกันระหว่างเพศ จึงขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ ภายใต้หลักการนี้ กฎเกณฑ์จะต้องกำหนดให้ลูกจ้างทั้งหญิงและชายทำงานกะกลางคืน จึงเกิดความเท่าเทียมกัน

การกำหนดกฎเกณฑ์ให้เกิดความเป็นกลางหรือมาตรฐานเดียวกันสำหรับทุกคนโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง มีตัวอย่างอื่น ๆ เช่น การกำหนดเวลาทำงาน เวลาพักเหมือนกันสำหรับลูกจ้างทุกคน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของลูกจ้างหญิงซึ่งต้องให้นมบุตร การกำหนดกฎเกณฑ์ในการทำงานให้ลูกจ้างต้องแต่งกายเหมือนกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านความเชื่อทางศาสนาที่ต้องมีการสวมใส่อุปกรณ์บางอย่างตามความเชื่อของตน การกำหนดให้ประวัติอาชญากรรมเป็นคุณสมบัติต้องห้ามสำหรับการประกอบอาชีพโดยไม่คำนึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติเฉพาะของงานนั้น ๆ เป็นต้น กรณีตัวอย่างดังกล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์ที่เป็นกลางหรือใช้บังคับกับทุกคน อาจส่งผลในทางปฏิบัติหรือในทางความเป็นจริงให้บุคคลบางกลุ่มที่เปราะบางและเสียเปรียบ ยังคงตกอยู่ในความเสียเปรียบต่อไป ทำให้ไม่เกิดผลแห่งความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในความเป็นจริง

๔.๕.๑.๔ ความเสมอภาคภายใต้การปกป้องคุ้มครอง (Protectionist Approach)

ดังที่กล่าวมาข้างต้น แม้ว่าความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ จะทำให้เกิดหลักการและการปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนเหมือนกันก็ตาม แต่มีประเด็นปัญหาว่า การไม่นำปัจจัยด้านความแตกต่างระหว่างบุคคลมาประกอบการพิจารณานั้น แม้ว่าโดยทั่วไปจะเห็นว่าทุกคนได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน ซึ่งสอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (Formal Equality) แต่ในทางปฏิบัติหรือโดยผลที่เกิดขึ้นแล้ว จะเกิดสภาพที่ว่าบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มเสียเปรียบ หรือไม่สามารเข้าถึงโอกาส ประโยชน์บางอย่าง อันเนื่องมาจากความแตกต่างของบุคคลเหล่านั้น ภายใต้กฎเกณฑ์ที่มีหลักการเหมือนกันสำหรับทุกคน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความแตกต่างด้านเพศ ตัวอย่างเช่น การกำหนดให้ลูกจ้างทั้งหญิงและชายทำงานกะกลางคืน สอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกัน

เชิงรูปแบบ แต่ในทางปฏิบัติหรือผลที่เกิดขึ้นจริง กฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลให้ลูกจ้างหญิงเกิดความเสียเปรียบ เนื่องจากเหตุผลความแตกต่างทางกายภาพ เช่น ความยากลำบากและความปลอดภัยสำหรับการเดินทางในเวลากลางคืน ดังนั้นจึงเกิดแนวคิดที่นำปัจจัยด้านความแตกต่างมาพิจารณาประกอบหลักความเสมอภาคเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มที่อยู่ในสภาพเสียเปรียบจากกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกันหรือมาตรฐานเดียวกันดังกล่าวข้างต้น ดังตัวอย่างข้างต้น หากพิจารณาภายใต้แนวคิดนี้ การกำหนดให้ลูกจ้างชายเท่านั้นที่ทำงานกะกลางคืน สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค เนื่องจากนำเหตุผลความแตกต่างทางกายภาพ เช่น ความยากลำบากและความปลอดภัยสำหรับการเดินทางในเวลากลางคืน มาประกอบการกำหนดกฎเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติ แม้ว่าจะมีความแตกต่างเกิดขึ้นระหว่างลูกจ้างต่างเพศ แต่ความแตกต่างนั้นก็ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามแนวคิดนี้เนื่องจากเป็นไปด้วยเหตุผลเพื่อปกป้องคุ้มครองลูกจ้างหญิง แนวคิดดังกล่าวสะท้อนให้เห็นจากกฎหมายที่มีเนื้อหาปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มแตกต่างจากบุคคลอื่นเพื่อปกป้องบุคคลบางกลุ่มนั้น (Protective Legislation)

อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งพบว่า แนวคิดความเสมอภาคภายใต้การปกป้องคุ้มครองดังกล่าวซึ่งมักพบในกรณีเหตุแห่งเพศ (Protectionist Approach to Gender Difference) นั้นวางอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่าเพศหญิงมีความอ่อนแอและด้อยกว่าเพศชาย ดังสะท้อนให้เห็นจากกฎหมายและคำพิพากษา ดังเช่นตัวอย่างต่อไปนี้

➤ รัฐธรรมนูญเนปาล จำกัดการได้สัญชาติตามหลักสายโลหิตเฉพาะสืบสายจากบิดา รวมทั้งการที่ชายต่างด้าวสมรสกับหญิงเนปาลก็มีข้อจำกัดในการได้สัญชาติเนปาลด้วย หลักของรัฐธรรมนูญนี้สืบเนื่องจากแนวคิดที่ว่าเพศหญิงไม่อาจมีความสามารถเกี่ยวกับสัญชาติที่อิสระจากสามี¹⁶³

➤ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของอินเดียกำหนดให้เฉพาะผู้ชายที่จะต้องชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูแก่ภรรยา แต่ไม่ได้กำหนดหน้าที่ดังกล่าวให้กับภรรยา จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่าฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายที่ต้องพึ่งพิงฝ่ายชายในทางเศรษฐกิจ กฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลในคดี Thamsi Goundani V. Kanni Ammal ตัดสินว่ากฎหมายนี้ใช้กับผู้หญิงทุกคนในสถานการณ์เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ผู้หญิงที่ถูกสามีทอดทิ้ง จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ จะเห็นได้ว่าคำตัดสินอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคเชิงรูปแบบ นอกจากนี้ จากเหตุผลของศาลที่กล่าวว่า “การปฏิบัติต่างกันต่อหญิงและชายเป็นเรื่องธรรมดา เนื่องจากผู้หญิงเป็นเพศอ่อนแอและต้องการการปฏิบัติเป็นพิเศษ” ยังสะท้อนถึงแนวคิดความเสมอภาคภายใต้การปกป้องคุ้มครอง¹⁶⁴

➤ ศาลปากีสถานตัดสินว่าการสมรสของหญิงโดยไม่ได้รับการอนุญาตจากบิดาหรือผู้ปกครองของฝ่ายหญิงเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม ในปี ๒๐๐๓ ศาลสูงสุดพิพากษากลับ จึงอาจพิจารณาได้ว่าศาลสูงสุดใช้แนวทางพิจารณาความเสมอภาคจากมาตรฐานเดียวกัน และแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมหรือความเสมอภาคในเชิงรูปแบบยังไม่สามารถแก้ไขความไม่เท่าเทียมเชิงระบบและโครงสร้างในสังคม อีกทั้งยังอยู่บนสมมติฐานความแตกต่างทางเพศซึ่งมองผู้หญิงในสถานะที่ด้อยกว่า¹⁶⁵

¹⁶³ From Challenging the Liberal Subject “Law and Gender Justice in South Asia, in Gender Justice, Citizenship and Development by Ratna Kapur (p 143-144)” Maitrayee Mukhopadhyay and Navsharan Singh Edition, 2007, Zubaan an imprint of Kali for Women

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid.



ในบริบทของความแตกต่างทางเพศตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา¹⁶⁶ พบว่าในช่วงแรกฝ่ายสิทธิสตรีเรียกร้องให้มีการปฏิบัติต่อหญิงเท่าเทียมกับชายโดยเน้นการปฏิบัติที่เหมือนกัน อันสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคเชิงรูปแบบ แต่ในระยะต่อมาได้มีการเรียกร้องให้ปฏิบัติที่แตกต่างกันรวมทั้งเรียกร้องให้มีการกำหนดกฎหมายที่ปฏิบัติต่อผู้หญิงเป็นพิเศษด้วยเหตุผลเพื่อปกป้องคุ้มครองโดยเฉพาะในมิติการจ้างแรงงาน เนื่องจากการปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงเหมือนกันกลับส่งผลให้เกิดการเอาเปรียบลูกจ้างหญิง ตัวอย่างเช่น ศาลสูงสุดตัดสินว่า¹⁶⁷ กฎหมายที่กำหนดเวลาทำงานของผู้หญิงในอุตสาหกรรมซักรีดนั้นใช้บังคับได้ โดยให้เหตุผลว่า ผู้หญิงมักจะพึ่งพาผู้ชายและสภาพทางกายภาพของผู้หญิงตลอดจนบทบาทความเป็นแม่ได้ทำให้เพศหญิงเสียเปรียบในการดิ้นรนเพื่อการมีชีวิต โดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวกับภาระความเป็นมารดา ดังนั้น การดำรงสภาพทางกายที่สมบูรณ์ของผู้หญิงจัดเป็นผลประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งที่รัฐควรปกป้องคุ้มครอง จะเห็นได้ว่าคดีนี้ศาลรับรองกฎหมายที่สะท้อนแนวคิดปกป้องคุ้มครอง อย่างไรก็ตามในบางคดี¹⁶⁷ ศาลตัดสินว่ากฎหมายในลักษณะปกป้องคุ้มครองเพศหญิง (กำหนดค่าจ้างขั้นต่ำสำหรับผู้หญิงโดยเฉพาะ) นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการขัดต่อเสรีภาพในการทำสัญญาของผู้หญิง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแนวคิดความเสมอภาคภายใต้การปกป้องคุ้มครอง แม้ว่าจะในแง่หนึ่งจะเป็นแนวทางสำหรับการแก้ไขปัญหาของการพิจารณาความเสมอภาคเชิงรูปแบบโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างกันระหว่างบุคคล แต่ในอีกแง่หนึ่งก็อาจพิจารณาได้ว่าอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่มองบุคคลบางกลุ่มในลักษณะด้อยกว่าบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง ลักษณะของแนวคิดเช่นนี้เกี่ยวข้องกับ “การสร้างภาพเหมารวม” (Stereotyping) ดังจะได้จำแนกพิจารณาต่อไป นอกจากนี้ กฎหมายในลักษณะปกป้องคุ้มครองยังอาจกระทบเสรีภาพหรือสิทธิด้านอื่นของบุคคลที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองได้ ดังเช่นคดีในสหรัฐอเมริกาดังกล่าวข้างต้น

๔.๕.๑.๕ ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมเชิงสาระ (Substantive Equality)

ตามแนวคิดความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ ส่งผลให้เกิดการปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนเหมือนกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง หรือที่เรียกว่าการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อกรณีที่เหมือนกัน (Equal Treatment of Equal Cases) ซึ่งแนวคิดนี้มีความสัมพันธ์กับการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination) อย่างไรก็ตาม การพิจารณาความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบนี้อาจทำให้เกิดปัญหาความไม่เท่าเทียมกันในผลที่เกิดหรือในสภาพความเป็นจริง (De Facto Equality) เนื่องจากมิได้พิจารณาความแตกต่างในสาระสำคัญ (Material Difference) ระหว่างสองสิ่งที้นำมาเปรียบเทียบบันนั้น ตัวอย่างเช่น การกำหนดกฎเกณฑ์ นโยบาย หรือมาตรฐาน ที่เป็นกลางหรือเป็นสากลเพื่อใช้กับบุคคลทุกคนเหมือนกัน (Universal Standard) อาจส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบและถูกกีดกันจากโอกาสต่าง ๆ

¹⁶⁶ From “Muller v. Oregon” 208 U.S. 412 (1908)” p 421-422

¹⁶⁷ From “Adkins v. Children’s Hospital” 261 U.S. 525 (1922) p 546–553

ในสังคมได้ เช่น การกำหนดเกณฑ์รับสมัครงานเหมือนกัน แต่กลับส่งผลให้คนพิการไม่สามารถมีโอกาสมัครงานได้ ดังนั้น จึงเกิดแนวคิดการพิจารณาความเท่าเทียมกันเชิงสาระ เพื่อลดผลกระทบอันทำให้บุคคลเสียเปรียบดังกล่าว การพิจารณาความเท่าเทียมกันในแง่นี้ มีความสัมพันธ์กับแนวคิดความเท่าเทียมกันภายใต้การปกป้องคุ้มครองดังกล่าวข้างต้น นอกจากนี้ ยังมีความสัมพันธ์กับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) ด้วย ดังนั้น การกำหนดกฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันเพื่อให้เกิดผลเท่าเทียมในเชิงสาระนี้ จึงสามารถทำได้โดยไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เนื่องจากสามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลของความจำเป็นในการปกป้องคุ้มครองบุคคลที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งยังอาจมีมุมมองที่โต้แย้งว่า ความเท่าเทียมกันภายใต้การปกป้องคุ้มครองอันนำไปสู่ความเท่าเทียมกันในเชิงสาระนี้ อยู่บนพื้นฐานการพิจารณาว่าบุคคลบางคนหรือบางกลุ่ม มีความด้อยกว่า (Inferior) เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง จึงสะท้อนถึงแนวคิดของการพิจารณาบุคคลที่ไม่เท่าเทียมกันอยู่นั่นเอง ตัวอย่างเช่น การกำหนดให้ลูกจ้างชายเท่านั้นที่จะทำงานกะกลางคืน ด้วยเหตุผลเพื่อปกป้องคุ้มครองลูกจ้างหญิงจากภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการเดินทางในเวลากลางคืน หากพิจารณาในอีกแง่หนึ่งจะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์นี้อยู่บนพื้นฐานแนวคิดว่าผู้หญิงเป็นเพศอ่อนแอ (Weakness) กล่าวคือ กฎเกณฑ์หรือการปฏิบัติลักษณะนี้มิได้มองว่าสาเหตุที่แท้จริงของปัญหาอันนำมาสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น เกิดจาก “สภาพแวดล้อมที่ไม่ปลอดภัย” แต่กลับมองว่า “ผู้หญิงมีสภาพร่างกายที่อ่อนแอและเปราะบาง” การปฏิบัติเช่นนี้ยังเป็นการตอกย้ำว่าลูกจ้างหญิงมีสถานะที่ด้อยกว่า (Subordinate) เมื่อเปรียบเทียบกับลูกจ้างชาย ด้วยเหตุนี้จึงเกิดข้อโต้แย้งว่า ในท้ายที่สุดแล้ว ความเท่าเทียมกันที่แท้จริงจึงยังไม่อาจบรรลุได้

๔.๕.๑.๖ ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equality of Opportunity) และ ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในผล (Equality of Outcome)

พัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคในโอกาส (Equality of Opportunity) หรืออาจเรียกว่า ความเสมอภาคในการเข้าถึง (Equality of Access) มีความเกี่ยวเนื่องกับการเข้าสู่โอกาสในการจ้างแรงงาน (Employment Opportunity) โดยเน้นย้ำถึงความสำคัญของการพิจารณาคุณสมบัติและความสามารถของบุคคลมากกว่าการนำ “ปัจจัยที่ไม่เกี่ยวข้อง” เช่น เชื้อชาติ สีผิว ความเป็นชนกลุ่มน้อย ฯลฯ มาประกอบการตัดสินใจเกี่ยวกับการเข้าถึงโอกาสในการทำงานของบุคคลนั้น ในบริบทของการเข้าถึงโอกาสในการจ้างงานนั้น การดำเนินการที่สอดคล้องกับแนวคิดนี้ เช่น การประกาศการรับสมัครงานอย่างเปิดเผยโดยให้โอกาสผู้สมัครทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน (Open call) การพิจารณาตัดสินคัดเลือกผู้สมัครงานจากเกณฑ์หรือปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งงานนั้นโดยไม่นำปัจจัยอื่นที่ไม่เกี่ยวข้อง เช่น เชื้อชาติ สีผิว มาประกอบ (Fair Judging)¹⁶⁸ อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้ขยายขอบเขตไปยังความเสมอภาคในการเข้าถึงโอกาสในมิติอื่น ๆ ของสังคมด้วย เช่น การศึกษา การเป็นสมาชิกสมาคม การเข้าถึงบริการสาธารณะ เป็นต้น แนวคิดนี้มุ่งเน้นถึงความเป็นธรรมในกระบวนการ (Fair Process) เพื่อการเข้าถึงโอกาสต่าง ๆ ที่จะไม่นำเอาปัจจัยซึ่งไม่เกี่ยวข้องมาทำให้บุคคลเสียโอกาสในการเข้าถึงโอกาสนั้น¹⁶⁹

¹⁶⁸ From Encyclopedia of Political Theory (p 452-453) Mark Bevir Edition (2010), Sage Publications

¹⁶⁹ From International Encyclopedia of Social Science: Equal Opportunity by Nicole Richard and Torrey Shanks, 2008.



ความเสมอภาคในโอกาส อาจพิจารณาได้จากมุมมองเชิงเศรษฐศาสตร์ จะเห็นได้จาก Milton และ Rose Friedman¹⁷⁰ อธิบายไว้ว่า ความเสมอภาคในโอกาสมิได้มีความหมายตามลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลบางคนอาจเกิดมาด้วยสภาพร่างกายที่แตกต่างกัน แต่ความหมายที่แท้จริงของความเสมอภาคในโอกาส คือ อาชีพซึ่งเปิดโอกาสให้กับบุคคลที่มีคุณสมบัติหรือความสามารถที่เกี่ยวข้องกับงานนั้น โดยไม่มีอุปสรรคที่เกิดจากการกระทำตามอำเภอใจ (Arbitrary Obstacles) ซึ่งกีดกันหรือขัดขวางความสามารถของบุคคลนั้น อุปสรรคดังกล่าวเกิดจากการนำคุณสมบัติที่ไม่เกี่ยวข้อง (Irrelevant Characteristics) เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา มากีดกันโอกาสของบุคคล นอกจากนี้ John Roemer¹⁷¹ ใช้คำว่า การไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ในการอธิบายว่า บุคคลทุกคนที่ประกอบด้วยคุณสมบัติอันเกี่ยวข้อง (Relevant Attributes) กับการดำเนินการตามหน้าที่หรือตำแหน่งควรได้รับโอกาสในการจัดอยู่ในกลุ่มผู้สมัครที่มีสิทธิเท่าเทียมกัน และความเป็นไปได้ของการได้งานหรือตำแหน่งของบุคคลนั้นควรถูกพิจารณาจากคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องเท่านั้น อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านเห็นว่า หลักความเสมอภาคในโอกาส ควรมิชอบเขตจำกัดเฉพาะการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเฉพาะ เช่น การเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ สีผิว เป็นต้น¹⁷²

ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equality of Opportunity) จึงเป็นแนวคิดที่มีวัตถุประสงค์ในการขจัดเสียซึ่งอุปสรรคที่จะทำให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบ นอกจากนี้ ยังหมายความว่าควรมีวิธีการในเชิงบวกเพื่อทำให้มั่นใจว่าความเสียเปรียบนั้นจะได้รับการเยียวยา กล่าวคือ บุคคลทุกคนเริ่มต้นจากจุดเดียวกัน ดังนั้น บุคคลที่เสียเปรียบ เช่น ผู้พิการจะได้รับการเยียวยาความเสียเปรียบเพื่อให้เข้าสู่จุดเริ่มต้นเช่นเดียวกับผู้อื่นที่ไม่มีความพิการ¹⁷³ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักการสำคัญของแนวคิดนี้มุ่งเน้นที่ “จุดเริ่มต้น” ของการเข้าสู่โอกาสต่าง ๆ ในสังคม (Starting Point) หรืออาจเปรียบเทียบกับจุดเริ่มต้นในการแข่งขัน (Competition) เช่น การสมัครเข้าทำงาน ซึ่งอาจเกิดความไม่เสมอภาคหรือไม่เท่าเทียมกัน เนื่องจากความแตกต่างในคุณลักษณะของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งความแตกต่างอันเกิดจากคุณสมบัติที่ไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับการเข้าสู่โอกาสนั้น แนวคิดนี้จึงเสนอแนะให้รัฐเข้ามาแทรกแซงโดยการดำเนินมาตรการเพื่อส่งเสริมบุคคลที่เสียเปรียบให้มีความเสมอภาคในการเข้าสู่โอกาสเช่นเดียวกับบุคคลอื่น บุคคลที่เสียเปรียบนี้อาจเป็นกลุ่มคนที่เคยถูกปฏิบัติอย่างแตกต่างบนพื้นฐานของอคติ (Prejudice) จากอดีตที่ผ่านมา เช่น อคติด้านเชื้อชาติ สีผิว เป็นต้น หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า “คุณสมบัติที่ไม่เกี่ยวข้อง” อันเป็น “เหตุแห่งความเสียเปรียบ” ดังกล่าว ก็คือ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั่นเอง

ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในผล (Equality of Outcome) หมายถึงการขจัดความไม่เท่าเทียมกันทั้งในจุดเริ่มต้น (Starting Point) และจุดเป้าหมายหรือผลสุดท้าย (Finishing Point) กล่าวคือ มุ่งถึงการเข้าแทรกแซง (Intervention) ในกระบวนการซึ่งบุคคลดำเนินการไปเพื่อบรรลุถึงผลที่ต้องการ ภายใต้แนวคิดนี้ จะพบว่ามาตรการ นโยบาย กฎเกณฑ์ ที่มีลักษณะแทรกแซงดังกล่าว เกิดขึ้นเพื่อให้บุคคลผู้ด้อยโอกาสหรือเสียเปรียบไปถึงผลสุดท้ายได้เท่าเทียมกันกับบุคคลอื่น ๆ¹⁷⁴ เช่น มาตรการกำหนดโควตาสำหรับผู้หญิงในตำแหน่งบริหารขององค์กรหรือหน่วยงานบางแห่ง เพื่อให้มั่นใจว่าผลสุดท้ายแล้วผู้หญิงจำนวนหนึ่งจะต้องสามารถเข้าสู่ตำแหน่งนั้น มาตรการกำหนด

¹⁷⁰ From Free to choose: a personal statement by Milton Friedman and Rose D. Friedman, 1998, Mariner Books

¹⁷¹ From Equality of Opportunity by John Roemer, 1998, Harvard University Press

¹⁷² From Against Equality of Opportunity by Matt Cavanagh, 2002, Oxford: Clarendon Press

¹⁷³ From Discrimination and the law (p 3-5) by Malcolm Sargeant, UK: Routledge

¹⁷⁴ Ibid

โควตาสำหรับนักเรียนเชื้อชาติต่าง ๆ สำหรับการเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาบางแห่ง เพื่อรับรองว่าผลสุดท้ายแล้ว นักเรียนบางเชื้อชาติที่เสียเปรียบจะมีโอกาสได้ศึกษา อย่างไรก็ตาม ความเท่าเทียมกันตามแนวทางนี้มีปัญหาอันนำไปสู่ข้อโต้แย้งว่า เป็นการสร้างความเท่าเทียมกันด้วยการแทรกแซงอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง อยู่ในตัว โดยเฉพาะบุคคลที่ไม่จัดอยู่ในกลุ่มซึ่งได้รับการคุ้มครอง (Protected Group) เช่น การกำหนดโควตาตำแหน่งบริหารให้กับผู้หญิง ส่งผลให้ผู้ชายที่มีความสามารถเช่นเดียวกันถูกกีดกันและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ชายเหล่านั้น¹⁷⁵

จากการเปรียบเทียบแนวคิดทั้งสอง ผู้วิจัยมีข้อวิเคราะห์ว่า ความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equality of Opportunity) จะเกี่ยวข้องกับมาตรการ นโยบาย เพื่อส่งเสริมที่จุดเริ่มต้น (Starting Point) ในการเข้าสู่โอกาสต่าง ๆ ในสังคมของกลุ่มผู้เสียเปรียบหรือกลุ่มผู้ที่มักถูกกีดกันให้เป็นกลุ่มคนชายขอบ (Marginalised Group) เช่น มาตรการส่งเสริมความสามารถของคนพิการเพื่อให้มีโอกาสได้ทำงาน มาตรการส่งเสริมความสามารถของเด็กและเยาวชน แต่มาตรการเหล่านี้มิได้มุ่งเน้นที่ผลสุดท้ายหรือผลลัพธ์ กล่าวคือ ผลสุดท้ายแล้วบุคคลที่อยู่ในกลุ่มเสียเปรียบดังกล่าวอาจไม่สามารถเข้าถึงโอกาสนั้น ๆ ในความเป็นจริงได้ เช่น คนพิการที่ได้รับการส่งเสริมยังคงไม่ได้รับการว่าจ้างเข้าทำงาน นักเรียนบางเชื้อชาติยังคงไม่มีโอกาสเข้าเรียน ดังนั้น แนวคิดความเท่าเทียมกันในผล (Equality of Outcome) จึงมุ่งเน้นที่ผลลัพธ์โดยทำให้มั่นใจว่าบุคคลในกลุ่มเสียเปรียบดังกล่าวจะได้มาซึ่งผลที่มุ่งส่งเสริมนั้นในความเป็นจริง โดยมีการแทรกแซงลักษณะต่าง ๆ เพื่อให้เกิดผลดังกล่าว เช่น กำหนดโควตาในโอกาสการทำงาน การศึกษา หรือการรับบริการต่าง ๆ เพื่อบุคคลกลุ่มนั้น

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่ามาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันทั้งความเท่าเทียมกันในโอกาสและความเท่าเทียมกันในผล ต่างเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลนอกกลุ่มที่มาตรการหรือนโยบายนั้นมุ่งคุ้มครอง แต่ระดับการเลือกปฏิบัตินั้นมีความเข้มข้นหรือรุนแรงแตกต่างกัน กล่าวคือ การส่งเสริมที่จุดเริ่มต้นเพื่อให้บุคคลผู้เสียเปรียบได้รับโอกาสอันเท่าเทียมกับผู้อื่นนั้น อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการให้สิทธิพิเศษ (Privilege) แก่บุคคลกลุ่มผู้เสียเปรียบโดยไม่ให้สิทธิดังกล่าวแก่บุคคลนอกกลุ่ม แต่กระนั้น ในผลสุดท้ายแล้วก็ได้เป็นการกีดกันหรือปิดโอกาสสำหรับบุคคลนอกกลุ่ม ในขณะที่การส่งเสริมความเท่าเทียมกันที่จุดเป้าหมายหรือผลสุดท้าย เช่น การกำหนดโควตาเฉพาะบุคคลบางกลุ่ม เป็นการกีดกันหรือปิดโอกาสสำหรับคนนอกกลุ่ม จึงทำให้แนวทางนี้ถูกโต้แย้งว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลนอกกลุ่มในระดับที่รุนแรงกว่า อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันทั้งสองนี้ สอดคล้องกับความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) ซึ่งมุ่งให้เกิดความเท่าเทียมกันที่เป็นจริง โดยมิได้พิจารณาเฉพาะรูปแบบการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อบุคคลที่เหมือนกันตามหลักความเท่าเทียมกันตามรูปแบบเท่านั้น นอกจากนี้ มาตรการส่งเสริมเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันทั้งในจุดเริ่มต้นและจุดเป้าหมายหรือผลสุดท้าย อาจเทียบเคียงได้กับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) ที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายประเทศต่าง ๆ ประเด็นที่ยากและยังเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ได้ก็คือ การสร้างความสมดุลระหว่างการกำหนดมาตรการเพื่อส่งเสริมหรือคุ้มครองบุคคลในกลุ่มเสียเปรียบโดยไม่เป็นการกีดกันหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลนอกกลุ่มจนเกินสมควรนั่นเอง

¹⁷⁵ Ibid.



๔.๕.๑.๗ การสร้างภาพเหมารวม (Stereotyping)

แนวคิดหรือทัศนคติของสังคมที่ส่งผลให้เกิดการปฏิบัติอันนำไปสู่ความไม่เสมอภาคหรือความไม่เท่าเทียมกันก็คือ การปฏิบัติต่อบุคคลนั้นบนพื้นฐานของกลุ่มที่บุคคลนั้นเกี่ยวข้อง โดยการสร้าง “ภาพมาตรฐาน” (Standard Image) หรือแนวคิดมาตรฐานสำหรับบุคคลประเภทใดประเภทหนึ่ง แล้วปฏิบัติต่อบุคคลทั้งหมดที่จัดอยู่ในประเภทนั้นเหมือนกัน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในระดับปัจเจกชนของแต่ละคนในกลุ่ม¹⁷⁶ ภาพมาตรฐานดังกล่าวนี้อาจเรียกว่า ภาพเหมารวม “Stereotype” ซึ่งมีความสัมพันธ์กับอคติ (Prejudice) และการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)¹⁷⁷ กล่าวคือ ภาพเหมารวมอาจเกิดขึ้นโดยปราศจากสำนึกของบุคคล โดยมีอคติเป็นส่วนประกอบอันหนึ่ง สำหรับการเลือกปฏิบัตินั้นจัดเป็นส่วนประกอบเชิงพฤติกรรมของปฏิกริยาอันมีอคตินั้น หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ภาพเหมารวมสะท้อนถึงความคาดหวังและความเชื่อเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือคุณลักษณะของบุคคลในกลุ่ม โดยอคติแสดงถึงการตอบสนองทางอารมณ์ต่อความเชื่อดังกล่าว ในขณะที่การเลือกปฏิบัติเป็นการแสดงออกเชิงพฤติกรรมหรือการกระทำของภาพเหมารวมนั้น¹⁷⁸ โดยนัยนี้จะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติเป็นผลอันแสดงให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมจากพฤติกรรม ซึ่งสาเหตุของพฤติกรรมดังกล่าวเกี่ยวข้องกับภาพเหมารวมอันเป็นปัจจัยภายในด้านความเชื่อหรือทัศนคติของบุคคลนั่นเอง

เนื่องจากภาพเหมารวม ส่งผลให้เกิดพฤติกรรมอันเป็นการเลือกปฏิบัติ ดังนั้น การปฏิบัติอันนำไปสู่ความเท่าเทียมหรือความเสมอภาคที่แท้จริงนั้น จะต้องเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลในฐานะปัจเจกบุคคล มิใช่ปฏิบัติต่อบุคคลนั้นในฐานะส่วนหนึ่งของกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้น กล่าวคือ ต้องแยกการพิจารณาคุณสมบัติส่วนบุคคลออกจากคุณสมบัติในภาพรวมของกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้น ตัวอย่างเช่น การปฏิบัติต่อผู้หญิงโดยมีภาพเหมารวมว่าเป็นเพศที่อ่อนแอ ดังนั้น จึงปฏิบัติต่อผู้หญิงทุกคนบนพื้นฐานแนวคิดดังกล่าว ซึ่งหากพิจารณาในระดับปัจเจกบุคคลแต่ละคนแล้ว ผู้หญิงบางคนอาจมีความแข็งแรงกว่าผู้ชายบางคนก็ได้¹⁷⁹ นอกจากเป็นสาเหตุของการเลือกปฏิบัติแล้ว ภาพเหมารวมยังอาจเป็นสาเหตุของความขัดแย้งและความรุนแรงในสังคมได้ ดังจะเห็นได้จาก Amartya Sen ซึ่งไม่เห็นด้วยกับแนวคิดหรือความเชื่อว่าบุคคลในโลกอาจจัดประเภทตามสูตรอย่างง่าย ๆ (Simple Formula) บางอย่าง เช่น เชื่อมโยงความรุนแรงว่าเกิดขึ้นจากคุณลักษณะของบุคคลบางกลุ่ม เช่น การเป็นชาวมุสลิมได้หมายถึงว่าจะต้องมีลักษณะหรือคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับการเป็นนักรบหรือการต่อสู้¹⁸⁰

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แนวคิด ความเชื่อ ทัศนคติ ในลักษณะของภาพเหมารวม เป็นสาเหตุสำคัญอันหนึ่งซึ่งนำไปสู่พฤติกรรมเลือกปฏิบัติ อันก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคหรือความไม่เท่าเทียมกันในท้ายที่สุด ตัวอย่างของทัศนคติที่มีพื้นฐานจากการสร้างภาพเหมารวม เช่น การเป็นลูกจ้างเพศหญิงจะเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์ การเลี้ยงดูบุตร ฯลฯ ซึ่งเป็นอุปสรรคต่องาน การเป็นบุคคลหลากหลายทางเพศจะนำไปสู่การมีโรคทางเพศสัมพันธ์ การมี

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ From **Handbook of Social Psychology** “Stereotyping, Prejudice, and Discrimination, Susan T. Fiske (p 35)” Volume Two (4th ed.), eds. Daniel T. Gilbert, Susan T. Fiske, Gardner Lindzey, 1998, McGraw-Hill Massachusetts: Boston

¹⁷⁸ From The Corsini Encyclopedia of Psychology Florence L. Denmark, “Prejudice and Discrimination by Florence L. Denmark (p 1277)” Volume Three (4th ed.), eds. By Irving B. Weiner and Edward W. Craighead, 2010, John Wiley, NJ : Hoboken

¹⁷⁹ Discrimination and the law. Loc. cit.

¹⁸⁰ From Identify and Violence: The Illusion of Destiny by Amartya Sen, 2006, U.S.: W. W. Norton & Company

ประวัติอาชญากรรมเป็นสิ่งแสดงว่ามีพฤติกรรมไม่เหมาะสมกับการทำงาน เป็นต้น ซึ่งประเด็นเหล่านี้จะได้วิเคราะห์ต่อไป แต่ในที่นี้จะเห็นได้ว่า สาเหตุสำคัญอันนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างในลักษณะกีดกันเรื่องต่าง ๆ ดังกล่าวนั้นเกี่ยวข้องกับ การสร้างภาพเหมารวมโดยตัดสินบุคคลจากกลุ่มที่บุคคลนั้นเกี่ยวข้อง แทนที่จะพิจารณาตัดสินบุคคลบนพื้นฐานของ ความเป็นปัจเจกชนของบุคคลแต่ละคนที่แตกต่างกัน

๔.๕.๑.๘ ผลกระทบทางลบ (Disparate impact)

แนวคิดเกี่ยวกับผลกระทบทางลบ มีความสัมพันธ์กับความเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะในความหมายของความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) ซึ่งพิจารณาว่า กฎเกณฑ์หรือมาตรการที่โดยรูปแบบ ภายนอกแล้วไม่มีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่หากส่งผล (Effect) ให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างบุคคลกลุ่มต่าง ๆ กฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นก็เป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักความเท่าเทียมเชิงสาระ ในการพิจารณาผลของมาตรการ นั้นจะพิจารณาว่ามีลักษณะก่อให้เกิดผลกระทบทางลบ (Disparate Impact) หรือไม่

ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้น พบว่า แนวคิดเกี่ยวกับผลกระทบทางลบได้พัฒนาขึ้นจาก คำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับบทบัญญัติตามกฎหมายสิทธิพลเมือง (Title VIII) โดยเฉพาะใน คดี Griggs v. Duke Power¹⁸¹ ซึ่งนายจ้างกำหนดให้คุณวุฒิการศึกษาและผลการทดสอบทัศนคติเป็นเงื่อนไขสำคัญของการจ้างงานหรือโอนย้ายงาน กฎเกณฑ์ลักษณะนี้ใช้บังคับกับทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้ว ปรากฏว่าผู้สมัครงานผิวสีมักจะได้รับการศึกษาที่ต่ำกว่า ดังนั้นเกณฑ์เงื่อนไขดังกล่าวจึงเอื้อประโยชน์แก่ผู้สมัครผิวขาว และส่งผลกระทบในทางลบต่อผู้สมัครผิวสีโดยทำให้เสียเปรียบและเสียโอกาสในการได้งานทำ ในคดีนี้ศาลได้ขยายความ หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายสิทธิพลเมือง (Title VIII) โดยอธิบายว่า “กฎหมายมิได้ครอบคลุมเฉพาะการเลือกปฏิบัติที่เห็นอย่างเด่นชัด (Overt Discrimination) แต่ยังรวมถึงการปฏิบัติซึ่งเป็นธรรมในรูปแบบ (Fair in Form) แต่ในทางปฏิบัติแล้วเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory in Operation)

ปัจจัยสำคัญที่นำมาใช้พิจารณาการเลือกปฏิบัติในทางปฏิบัติหรือผลกระทบในทางลบก็คือ ความจำเป็นทางธุรกิจ (Business necessity) ตัวอย่างเช่น หากการไม่จ้างคนผิวสีไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงเหตุผลที่ เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงาน ผลการทำงาน หรือประสิทธิภาพการทำงาน การไม่จ้างงานคนผิวสีนั้นก็เป็น การเลือกปฏิบัติ

ตามกฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (Civil Right Act) นั้น การฟ้องคดีด้วยเหตุเลือกปฏิบัติโดยนายจ้างนั้นโจทก์ต้องแสดงว่าการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานของนายจ้างนั้นก่อให้เกิดผลกระทบทางลบด้วย เหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ ชาตินิกาย¹⁸² นายจ้างอาจต่อสู้โดยแสดงว่าการปฏิบัติเช่นนั้นเกี่ยวข้องและจำเป็น กับงานและสอดคล้องกับความจำเป็นทางธุรกิจ¹⁸³ แต่แม้กระนั้นลูกจ้างผู้ถูกเลือกปฏิบัติยังอาจต่อสู้ได้อีกว่านายจ้างยังมีหนทางเลือกอื่น (Alternative Practice)¹⁸⁴ ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบน้อยกว่าเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบธรรมที่นายจ้างอ้างนั้น

¹⁸¹ From “Griggs v. Duke Power Co.” 401 US 424, 91 S Ct 849 (1971) US Supreme Court

¹⁸² 42 USC 2000e-2(k)(1)(A)(i)

¹⁸³ 42 USC 2000e-2(k)(1)(A)(i)

¹⁸⁴ 42 USC 2000e-2(k)(1)(A)(ii) and (C)



อย่างไรก็ตาม การนำปัจจัยผลกระทบทางลบมาพิจารณานั้นจำกัดอยู่เฉพาะในคดีการเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายสิทธิพลเมือง เนื่องจากหากเป็นกรณีการเลือกปฏิบัติซึ่งเอกชนเรียกร้องสิทธิต่อรัฐตามรัฐธรรมนูญนั้น ศาลสูงสุดเคยวางหลักไว้ว่า¹⁸⁵ กฎเกณฑ์ที่พิพาทยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันจะขัดต่อรัฐธรรมนูญเพียงเพราะมีผลกระทบในทางลบหรือผลกระทบอย่างไม่ได้สัดส่วน กล่าวคือ แม้ว่าเจตนา (Intention) มิใช่องค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาตามกฎหมายสิทธิพลเมือง แต่โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่ารัฐบาลมีเจตนาในการเลือกปฏิบัติ เพื่อที่จะพิสูจน์ว่ารัฐบาลฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ ๑๔

จะเห็นได้ว่า ปัจจัยการพิจารณาความเท่าเทียมกันจากผลกระทบเชิงลบ (Disparate Impact) นั้นเป็นการพิจารณาจากผลที่เกิด (Effect) จากมาตรการหรือกฎเกณฑ์ที่พิพาทหรืออ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ นั่นคือการพิจารณาผลกระทบเชิงลบอันมุ่งไปสู่ความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) นั่นก็คือการมุ่งจัดการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) นั้นเอง หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั้นแม้ว่าไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ (Form) เพราะโดยเนื้อหาภายนอกแล้ว กฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นใช้บังคับกับทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ แต่หากส่งผลกระทบทางลบให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในทางปฏิบัติระหว่างบุคคลแล้วก็จะขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ (Substance)

๔.๕.๒ หลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันตามกฎหมายต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะชี้ให้เห็นหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายประเทศต่าง ๆ ซึ่งอาจมีการระบุรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมทั้งอาจระบุไว้ในกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้อง

๔.๕.๒.๑ หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายแอฟริกาใต้

ในกรณีแอฟริกาใต้้นพบว่า หลักความเท่าเทียมกัน (Equality) ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญมาตรา ๙ ดังนี้

- (๑) บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ทางกฎหมายเท่าเทียมกัน
- (๒) ความเท่าเทียมกันครอบคลุมถึงการได้รับสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ในการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันนั้น จะต้องมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นเพื่อคุ้มครองบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งเสียเปรียบจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Person Disadvantaged by Unfair Discrimination)
- (๓) รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ เพศ การตั้งครรรค์ สถานะความเป็นมารดา ชาติดำเนินด สีผิว รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด
- (๔) บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุดังระบุใน (๓) ในการนี้ รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว

¹⁸⁵ From “Washington v. Davis” 426 US 229, 96 S Ct 2040 (1976) (US Supreme Court) p 239

(๕) การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังระบุใน (๓) นั้นถือว่าไม่เป็นธรรม (Unfair) หากไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติเป็นธรรม (Fair)

จากหลักการของรัฐธรรมนูญชี้ให้เห็นถึงหลักการสำคัญในการมุ่งคุ้มครองความเท่าเทียมกัน (Equality) สำหรับการเลือกปฏิบัติที่จัดว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานของเหตุที่รัฐธรรมนูญระบุไว้แล้ว ในเบื้องต้นจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยรัฐจะต้องแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นมีเหตุผลอันชอบธรรมอย่างไร ศาลได้วางแนววินิจฉัยไว้ว่า กรณีจะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่จะขึ้นอยู่กับพิจารณาว่าการปฏิบัติที่ต่างกันอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งส่งผลกระทบในการจำกัดหรือลดทอนสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานหรือเมื่อเปรียบเทียบแล้วพบว่าการส่งผลกระทบในทางลบอย่างร้ายแรง (Affect Them Adversely in Comparably Serious Manner)¹⁸⁶

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแอฟริกันนั้น พิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยใช้เกณฑ์ “ความเป็นธรรม” (fairness) ของมาตรการหรือการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาดังกล่าวนั้น ศาลนำปัจจัยผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) มาประกอบการพิจารณาด้วย ดังนั้น การพิจารณาว่าการปฏิบัติเป็นธรรมหรือไม่ ศาลจะพิจารณาว่าการปฏิบัติที่ส่งผลกระทบอย่างไรต่อผู้เสียหาย โดยเปรียบเทียบกับผลกระทบที่เกิดขึ้นกับบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันนั้น¹⁸⁷

การที่ศาลนำปัจจัยเกี่ยวกับผลกระทบของการปฏิบัติมาพิจารณาด้วย เป็นการสอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีการกำหนดครอบคลุม “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ไว้อย่างชัดเจน สำหรับคดีสำคัญที่ศาลอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างความเท่าเทียมกัน และ “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ตามรัฐธรรมนูญนั้นปรากฏในคดี City Council of Pretoria v. Walker¹⁸⁸ ซึ่งศาลอธิบายว่า “ความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญนั้นหมายรวมทั้งการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายมุ่งพิจารณาที่ผล (Consequence) มากกว่าพิจารณาเฉพาะรูปแบบพฤติกรรม (Form of Conduct) ดังนั้น รูปแบบพฤติกรรมที่โดยภายนอกแล้วมีลักษณะเป็นกลางหรือไม่เลือกปฏิบัติ แต่อาจส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้เช่นเดียวกัน” แต่แม้กระนั้นศาลมิได้วางแนวคำนิยามของ “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” เพียงแต่มีการนำเอาปัจจัยด้าน “ผลกระทบ” มาประกอบการพิจารณาด้วย และย้ำว่าการเลือกปฏิบัติทั้งโดยตรงและโดยอ้อมด้วยเหตุที่ระบุในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการ “เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม”

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของแอฟริกาใต้ก็มีหลักการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังจะเห็นได้จาก กฎหมายส่งเสริมความเท่าเทียมกันและป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000) ซึ่งนิยามการเลือกปฏิบัติว่า

¹⁸⁶ From “Harksen v. Lane NO and Others” 1997 (11) BCLR 1489 (CC); 1998 (1) SA 300 (CC), South African Constitutional Court

¹⁸⁷ From “Prinsloo v. Van der Linde” 1997 (6) BCLR 759 (CC), South African Constitutional Court

¹⁸⁸ From “City Council of Pretoria v. Walker” (CCT8/97) [1998] ZACC 1; 1998 (2) SA 363; South African Constitutional Court



“การกระทำหรือละเว้นการกระทำใด ๆ อันรวมถึง นโยบาย กฎหมาย กฎ แนวปฏิบัติ เจื้อนไข หรือสถานการณ์ซึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม (ก) กำหนดการะ หน้าที่ หรือก่อให้เกิดความเสียเปรียบ หรือ (ข) กีดกัน ผลประโยชน์ โอกาส หรือก่อให้เกิดความเสียเปรียบแก่บุคคลใด ๆ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ในกฎหมายนี้”

จะเห็นได้ว่า กฎหมายมุ่งเน้นที่ “ความเป็นธรรม” (Fairness) โดยกฎหมายได้ระบุถึง ปัจจัย (Factors) ในการพิจารณาว่า นโยบาย กฎหมาย กฎ แนวปฏิบัติ นั้นเป็นธรรมหรือไม่ เช่น¹⁸⁹

- ✓ การเลือกปฏิบัติที่ลดคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลหรือไม่
- ✓ ส่งผลกระทบที่เกิดกับบุคคลนั้นอาจเกิดในลักษณะการสร้างรูปแบบพฤติกรรมที่ก่อให้เกิด ความเสียเปรียบหรือการที่บุคคลนั้นตกอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง
- ✓ การเลือกปฏิบัตินั้นมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่
- ✓ มีวิธีการทางเลือกอื่นที่ทำให้เกิดความเสียเปรียบน้อยกว่า และสามารถนำมาใช้เพื่อบรรลุ วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหรือไม่

นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวปรากฏในกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในด้าน แรงงาน (Employment Equity Act 1998) ซึ่งมีหลักการคุ้มครองความเท่าเทียมกันโดยห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็น ธรรม ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายแอฟริกาใต้ นั้น มิได้พิจารณาความเท่าเทียมกันเฉพาะ เนื้อหาของมาตรการหรือกฎเกณฑ์อันใดอันหนึ่งว่าปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนหรือแตกต่างกัน (Formal equality) แต่มี แนวทางพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันในกรอบเชิงสาระ (Substantive Equality) โดยใช้ปัจจัยต่าง ๆ หลายปัจจัยมา ประกอบการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) หรือไม่ ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับแคนาดา โดยปัจจัยสำคัญที่ศาลพิจารณาคือผลกระทบที่เกิดจากกฎเกณฑ์หรือมาตรการ ที่พิพาทว่าส่งผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) ต่อผู้อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาจากผล กระทบนี้ เป็นหลักการเดียวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) นั่นเอง ซึ่งในจุดนี้พบว่ารัฐธรรมนูญ แอฟริกาใต้ได้บัญญัติจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณี คือ การเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าหลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายแอฟริกาใต้ นั้นครอบคลุมการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรง อันฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมรูปแบบ (Formal Equality) และการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม อันฝ่าฝืนหลักความ เท่าเทียมกันในเชิงสาระ (Substantive Equality)

๔.๕.๒.๒ หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายกฎหมายแคนาดา

หลักความเท่าเทียมกันปรากฏอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) ซึ่งมาตรา ๑๕ วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน (Equality Rights) ไว้ดังนี้

¹⁸⁹ Section 14, The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act

๑

บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

๒

ความใน (๑) ไม่ใช้กับกรณีที่กฎหมาย โปรแกรม หรือกิจกรรมใด ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่ภายใต้สภาวะหรือเงื่อนไขที่เสียเปรียบ ด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

ประเด็นสำคัญในการตีความและพิจารณาเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญแคนาดา คือ ความเท่าเทียมกันนี้มีความหมายแคบ จำกัดเฉพาะรูปแบบหรือเนื้อหา กฎเกณฑ์หรือมาตรการว่ามีการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันหรือไม่ หรือจะมีความหมายกว้าง โดยพิจารณาจากผลกระทบต่อบุคคลอันเกิดจากกฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นด้วย

หากพิจารณาตามกฎหมายแคนาดา จะพบว่าได้มีการยอมรับหลักความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) ดังจะเห็นได้จากคดีสำคัญ เช่น *Andrews v. Law Society of British Columbia*¹⁹⁰ ซึ่งศาลตัดสินว่า รัฐธรรมนูญมิได้เพียงแต่รับรองความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (Formal equality) เท่านั้น แต่ยังรวมถึงความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive equality) ด้วย รัฐธรรมนูญแคนาดาไม่ได้เพียงคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการเลือกปฏิบัติโดยรัฐซึ่งกระทำโดยเจตนา (Intentional Discrimination by the State) แต่ยังคงครอบคลุมถึงการคุ้มครองบุคคลจากนโยบาย กฎหมาย แนวปฏิบัติใด ๆ ซึ่งส่งผลกระทบก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน (In Effect Create Inequality)

นอกจากนี้ พบว่าศาลแคนาดายังนำหลักความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) มาปรับใช้ด้วย กล่าวคือ มิได้พิจารณาเฉพาะหลักฐานของการเลือกปฏิบัติโดยเจาะจงของกฎหรือมาตรการอันใดอันหนึ่ง แต่พิจารณาว่ามีความไม่เท่าเทียมกันหรือไม่จากผลรวมของปัจจัยหลายประการซึ่งมีปฏิสัมพันธ์กัน (Numerous Factors which Interact)¹⁹¹

ศาลในคดี *Law v. Canada* อธิบายว่า ความเท่าเทียมกันหมายความว่าสังคมจะไม่สามารถทนต่อกฎหมายที่แตกต่างกันโดยส่งผลกระทบต่อคนบางกลุ่มให้กลายเป็นพลเมืองชั้นสอง ทำให้คุณค่าของบุคคลเหล่านั้นลดลง หรือปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นเสมือนหนึ่งมีความสามารถหรือสิทธิที่ด้อยกว่าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรหรือเป็นการล่วงละเมิดต่อเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ จะเห็นได้ว่าศาลนำแนวคิดเกี่ยวกับเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) มาประกอบการพิจารณาถึงความไม่เท่าเทียมกันอันเกิดจากกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ด้วย¹⁹²

¹⁹⁰ From “*Andrews v. Law Society of British Columbia* [1989]” 1 SCR 143, Supreme Court of Canada

¹⁹¹ From “*Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Company* [1987]” 1 SCR 1114 Supreme Court of Canada

¹⁹² From “*Law v. Canada* [1999]” 1 SCR 497, Canadian Supreme Court, para 51



อย่างไรก็ตาม ในคดี *Gosselin v. Quebec*¹⁹³ ซึ่งมีประเด็นพิจารณาว่า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสวัสดิการที่ให้สิทธิแก่บุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุนั้น ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕ หรือไม่ โจทก์อ้างว่าตนถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุ แต่ศาลเห็นว่ากฎเกณฑ์ที่ให้เงินอุดหนุนแตกต่างกันระหว่างบุคคลอายุต่ำกว่า ๓๐ และอายุเกิน ๓๐ นั้นมิได้แสดงให้เห็นว่ากลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่เกียติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ถูกลดคุณค่าลงเมื่อเทียบกับอีกกลุ่มหนึ่ง ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในแง่หนึ่งการนำเอาปัจจัยอื่น ๆ เช่น เกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์มาประกอบการพิจารณาว่า กฎเกณฑ์หรือนโยบายนั้นเลือกปฏิบัติอันขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันหรือไม่ เป็นการพิจารณาหลักความเท่าเทียมอย่างกว้างในกรอบแนวคิด ความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) แต่อีกนัยหนึ่ง การกำหนดให้โจทก์ต้องพิสูจน์แสดงให้เห็นความมิอยู่ของปัจจัยอื่น ๆ ด้วยนั้น อาจเป็นภาระของฝ่ายโจทก์เช่นกัน

แม้การนำปัจจัยอื่น ๆ เข้ามาประกอบเพื่อบ่งชี้ว่ามีความไม่เท่าเทียมกันในเชิงสาระเกิดขึ้นอันเป็นการฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลก็ยอมรับว่าการนำปัจจัยเกี่ยวกับเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์มาประกอบการบ่งชี้ดังกล่าวนั้นอาจสร้างความยุ่งยากขึ้น¹⁹⁴ โดยเฉพาะสำหรับโจทก์ในการกล่าวอ้างเนื่องจากเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ก็มีลักษณะเป็นนามธรรมและอัตวิสัย¹⁹⁵

นอกจากนี้ ในปี ๒๐๐๘ ศาลสูงสุดได้ตัดสินคดีสำคัญ คือ *Canada in R. v. Kapp*¹⁹⁶ คดีนี้เกิดขึ้นจากการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลมลรัฐ British Columbia ซึ่งมีประเด็นว่า การที่รัฐออกใบอนุญาตประมงให้กับกลุ่มชนพื้นเมืองบางกลุ่มเป็นพิเศษนั้น เป็นการละเมิดต่อหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ แคนาดา มาตรา ๑๕ หรือไม่ ศาลสูงสุดตัดสินว่า กรณีนี้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่าง (Distinction) ของโปรแกรมของรัฐบาล อันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุในรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ โดยศาลได้นำปัจจัย ๒ ประการมาประกอบการพิจารณา คือ วัตถุประสงค์ของโปรแกรม และกลุ่มบุคคลเป้าหมายของโปรแกรม (Target Group) ซึ่งได้แก่บุคคลผู้เสียเปรียบหรือมีโอกาสด้อยกว่ากลุ่มอื่น ศาลจึงเห็นว่าโปรแกรมของรัฐบาลนั้นจึงมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากส่งเสริมให้กลุ่มผู้เสียเปรียบได้มีโอกาสที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ๆ

จะเห็นได้ว่า คำตัดสินของศาลข้างต้น สะท้อนให้เห็นว่า ศาลยอมรับหลักความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) เช่นเดียวกับคดี *Andrews v. Law Society of British Columbia* โดยตีความว่า รัฐธรรมนูญครอบคลุมถึงการคุ้มครองบุคคลจากนโยบาย กฎหมาย แนวปฏิบัติใด ๆ ซึ่งส่งผลกระทบก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน (In Effect Create Inequality) โดยในการพิจารณาดังกล่าว ศาลมิได้พิจารณาเฉพาะรูปแบบภายนอกของกฎเกณฑ์ มาตรการ หรือโปรแกรมที่พิพาทเท่านั้น แต่ยังนำเอาปัจจัยอื่น ๆ เช่น วัตถุประสงค์ของกฎเกณฑ์นั้นและผลกระทบที่เกิดจากกฎเกณฑ์นั้นมาประกอบ ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมกันในเชิงสาระหรือในผลลัพธ์ที่มุ่งหมายให้เกิดความเท่าเทียมกันด้วยการคำนึงถึงความแตกต่างระหว่างบุคคลด้วย

¹⁹³ From “*Gosselin v. Quebec 2002*” [SCC] 84 ,Canadian Supreme Court

¹⁹⁴ From “*R v. Kapp 2008*” SCC 41 ,Supreme Court of Canada

¹⁹⁵ From “*Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd [1985]*” 2 SCR 53 ,Supreme Court of Canada, para.21-22

¹⁹⁶ From “*Canada in R. v. Kapp*” SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, 294 D.L.R. (4th)

หลักห้ามการเลือกปฏิบัตินั้นมีความสัมพันธ์กับหลักความเท่าเทียมกัน ดังจะเห็นได้จากคดีที่ศาลพิจารณการเลือกปฏิบัติภายใต้กรอบของหลักความเท่าเทียมกัน เช่น *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*¹⁹⁷

ศาลสูงสุดตัดสินว่าวาทะเกณฑ์พิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือมาตรการที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้นจะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ จะต้องพิจารณา ๓ ประเด็น ดังนี้

๑. กฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นได้กำหนดหลักการที่แตกต่างกัน (Differential treatment) ระหว่างบุคคลผู้อ้างว่าได้รับผลกระทบกับบุคคลอื่นหรือไม่ ทั้งในเชิงวัตถุประสงค์ และผลกระทบ (In purpose or effect)
๒. การปฏิบัติที่ต่างกันนั้นเกิดขึ้นจากพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้หรือไม่
๓. กฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นมีวัตถุประสงค์หรือส่งผลกระทบให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามความหมายของความเท่าเทียมกันที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่



จากประเด็นพิจารณาที่ ๓ จะเห็นว่า หลักการเลือกปฏิบัตินั้นไม่สามารถแยกพิจารณาต่างหากได้ แต่ต้องพิจารณาภายใต้กรอบหลักการสำคัญอันเป็นจุดหมายของการห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งก็คือหลักความเท่าเทียมกันนั่นเอง

๔.๕.๒.๒.๑ หลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

การพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญแคนาดา ด้วยกรอบอย่างกว้าง ซึ่งมีได้จำกัดอยู่แต่รูปแบบหรือเนื้อหาภายนอกของมาตรการนั้น โดยจะครอบคลุมถึงผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) จากมาตรการนั้นอันเกิดขึ้นกับบุคคลด้วย ดังที่ศาลสูงสุดได้อธิบายไว้ในคดี *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd*¹⁹⁸ ว่า วัตถุประสงค์ของหลักความเท่าเทียมกันมิใช่อยู่ที่การลงโทษผู้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminator) แต่คือการบรรเทาผลร้าย (relief) ของเหยื่อผู้ถูกเลือกปฏิบัติ จึงต้องพิจารณาว่าหากกระทำ มาตรการ หรือกฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้น ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบ โดยสร้างเงื่อนไข กำหนดหน้าที่ ลงโทษ หรือจำกัดสิทธิต่อบุคคลหนึ่ง โดยมิได้ส่งผลเช่นนั้นต่อบุคคลอื่นหรือกลุ่มอื่นในสังคม กระทำ มาตรการ หรือกฎเกณฑ์ที่

¹⁹⁷ From “*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1999]” 1 S. C. R. 497

¹⁹⁸ From “*Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd* [1985]” 2 SCR 53, Supreme Court of Canada



พิพาทนั้นจึงเป็นการเลือกปฏิบัติ” นอกจากนี้ ศาลในคดี Egan v. Canada¹⁹⁹ ได้วางแนววินิจฉัยไว้ในการตีความหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญแคนาดา มาตรา ๑๕ (๑) ว่า การเลือกปฏิบัติที่พิจารณาจากผลกระทบในทางลบต่อผู้ถูกระทำ (Adverse Effects Discrimination) นั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งและอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองตามหลักความเท่าเทียมกันของรัฐธรรมนูญดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า การนำปัจจัยด้านผลกระทบทางลบมาประกอบการพิจารณาในการตีความการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้น ทำให้ครอบคลุมถึงกรณีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) ด้วย แม้ว่ารัฐธรรมนูญแคนาดาไม่ได้จำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจนก็ตาม อย่างไรก็ตาม ศาลแคนาดาได้กล่าวยอมรับอย่างชัดเจนถึง “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” (Indirect Discrimination)

ในคดี British Columbia v. BCGEU²⁰⁰ แม้ศาลยอมรับว่าการจำแนกวิเคราะห์ดังกล่าวรวมทั้งการนำปัจจัยด้านผลกระทบในทางลบมาพิจารณานั้น มีประโยชน์ในการแปลความหมายของบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน แต่ศาลก็หลีกเลี่ยงที่จะใช้แนวคิดการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจน คือ การเลือกปฏิบัติโดยตรงซึ่งพิจารณาจากตัวเนื้อหาหรือข้อความในเชิงรูปแบบของกฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้น (Direct Meaning on Its Face) และการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมซึ่งพิจารณาจากความหมายโดยอ้อมจากผลกระทบของกฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้น (Indirect Meaning in Effect) ทั้งนี้ ศาลได้ให้เหตุผลว่าการจำแนกการเลือกปฏิบัติเป็นสองกรณีออกจากกันอย่างชัดเจนนั้นอาจเป็นไปได้ยากสำหรับบางกรณี โดยยกตัวอย่างเช่น กฎเกณฑ์การทำงานที่กำหนดให้ลูกจ้างทุกคนมาทำงานวันศุกร์ กฎเกณฑ์นี้อาจพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงเนื่องจากการห้ามลูกจ้างที่มีความเชื่อทางศาสนาที่จะไม่ทำงานวันศุกร์อันจะส่งผลให้ไม่มีการจ้างงานลูกจ้างที่นับถือศาสนานั้น อีกนัยหนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า กฎเกณฑ์นี้มีลักษณะเป็นกลาง เนื่องจากใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนจึงไม่เลือกปฏิบัติโดยตรง แต่ส่งผลกระทบในทางลบต่อลูกจ้างที่นับถือศาสนาซึ่งมีผลกว่าจะไม่ทำงานวันศุกร์ ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจนนั้นจะทำให้เกิดความยุ่งยากและทับซ้อนกันได้ อย่างไรก็ตาม ศาลก็ได้นำปัจจัยด้านผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) ในแนวทางเดียวกับการพิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาประกอบการตีความด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายแคนาดาครอบคลุมทั้งกรณีเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม เพียงแต่ศาลมิได้ระบุจำแนกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจนเท่านั้น

จะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายแคนาดานั้น มิได้พิจารณาความเท่าเทียมกันเฉพาะเนื้อหาของมาตรการหรือกฎเกณฑ์อันใดอันหนึ่งว่าปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนหรือแตกต่างกัน (Formal Equality) แต่มีแนวทางพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันในกรอบเชิงสาระ (Substantive Equality) กล่าวคือ ใช้ปัจจัยต่าง ๆ หลายปัจจัยมาประกอบการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) หรือไม่ ในการนี้ ปัจจัยสำคัญที่ศาลพิจารณาคือผลกระทบที่เกิดจากกฎเกณฑ์หรือมาตรการที่พิพาทว่าส่งผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect หรือ Detriment Effect) ต่อผู้อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาจากผลกระทบนี้ เป็นหลักการเดียวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) นั่นเอง อย่างไรก็ตาม หลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมิได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแคนาดา และศาลก็มีได้วางหลักไว้ชัดเจนถึงความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม

¹⁹⁹ From “Egan v. Canada [1995]” 2 SCR 513, Canadian Supreme Court

²⁰⁰ From “British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGEU (1999)” 3 SCR 3, Supreme Court of Canada

๔.๕.๒.๓ หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายเยอรมัน

รัฐธรรมนูญเยอรมันกำหนดหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา ๓ ดังนี้²⁰¹

- (๑) บุคคลย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย
- (๒) ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ให้รัฐดำเนินการสนับสนุนเพื่อบรรลุเป้าหมายแห่งความมีสิทธิเท่าเทียมกันของหญิงและชาย และก่อให้เกิดผลในการจัดความไม่เท่าเทียมกันที่มีอยู่
- (๓) บุคคลไม่อาจจะถูกเลือกปฏิบัติได้เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด เผ่าพันธุ์ ความเชื่อ ความคิดในทางศาสนาหรือการเมือง บุคคลไม่อาจได้รับการปฏิบัติอย่างเสียเปรียบเพราะเหตุแห่งความพิการของบุคคลนั้น

จากหลักการตามรัฐธรรมนูญเยอรมันทั้งสามวรรคดังกล่าว อาจจำแนกหลักความเสมอภาคได้เป็น ๓ กรณี กล่าวคือ²⁰²

- ☞ **หลักความเสมอภาคทั่วไป** ตามมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นข้อเรียกร้องทั่วไปถึงความเท่าเทียมกันในการใช้กฎหมาย หรือที่เรียกว่าความเสมอภาคต่อกฎหมาย กับหลักความเสมอภาคในการบัญญัติกฎหมาย หรือที่เรียกว่าความเสมอภาคของกฎหมาย ซึ่งหลักดังกล่าวมีผลมาจากความเกี่ยวเนื่องกันระหว่างมาตรา ๓ วรรคหนึ่งกับ มาตรา ๑ วรรคสาม²⁰³
- ☞ **หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง** ตามมาตรา ๓ วรรคสอง เช่น ความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย นอกจากนี้ ยังมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เช่น ความมีสถานะเท่าเทียมกันระหว่างเด็กที่เกิดนอกสมรสกับเด็กที่บิดามารดาสมรสกันตามกฎหมาย ความเสมอภาคของชาวเยอรมันในการรับราชการ เป็นต้น
- ☞ **หลักข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ** ตามมาตรา ๓ วรรคสาม ซึ่งมีขอบเขตคุ้มครองในกรณีที่มีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นมีผลมาจากคุณสมบัติตามที่บัญญัติไว้ จึงเป็นกรณีที่การกระทำของรัฐจะกระทำต่อบุคคลนั้นหรือไม่ หรือจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นอย่างไร โดยได้เชื่อมโยงกับคุณสมบัติดังกล่าว

²⁰¹ หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (หน้า ๑๒๙) บรรเจิด สิงคะเนติ, ๒๕๕๘, กรุงเทพฯ: วิทยุชน

²⁰² หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หน้า ๑๓๐-๑๔๔

²⁰³ รัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา ๑ (๓) มีหลักว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยให้ถือว่าเป็นสิทธิที่มีผลผูกพันโดยตรง”



รัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา ๑ (๓) มีหลักว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยให้ถือว่าเป็นสิทธิที่มีผลผูกพันโดยตรง” จะเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญเยอรมันผูกพันองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ จึงอาจจำแนกพิจารณาหลักความเสมอภาคได้อีก ๓ กรณี ได้แก่²⁰⁴

- ☞ **ความผูกพันของฝ่ายนิติบัญญัติต่อหลักความเสมอภาค** กรณีนี้จะเกี่ยวข้องกับความเสมอภาคในการบัญญัติกฎหมาย หรือความเสมอภาคของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งนั้นจะต้องบัญญัติให้เป็นการทั่วไป มีผลใช้บังคับกับทุกคน ห้ามมิให้มีการบัญญัติกฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีผลใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ
- ☞ **ความผูกพันต่อฝ่ายปกครองต่อหลักความเสมอภาค** กรณีนี้ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น นอกจากนี้ จะมีการละเมิดหลักความเสมอภาคเมื่อฝ่ายปกครองปฏิบัติต่อกรณีเฉพาะเรื่องตั้งแต่ ๒ กรณีขึ้นไปโดยปฏิบัติให้แตกต่างกัน สำหรับขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น หลักความเสมอภาคก็ถือว่าเป็นข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยหากฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจแตกต่างจากแนวปฏิบัติที่ผ่านมาก็จะต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคด้วย
- ☞ **ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อหลักความเสมอภาค** อาจจำแนกได้เป็น ๓ กรณี คือ ความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าถึงศาล ความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาล และความเสมอภาคในการใช้กฎหมายโดยตุลาการต่อประชาชน

๔.๕.๒.๔ หลักความเสมอภาคตามกฎหมายสวีเดน

รัฐธรรมนูญสวีเดน วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในมาตรา ๑๕ และ ๑๖ ดังนี้

มาตรา ๑๕ วางหลักว่า “กฎหมายหรือบทบัญญัติใด ๆ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อพลเมืองในลักษณะกีดกันเนื่องจากการที่พลเมืองคนนั้นเป็นสมาชิกชนกลุ่มน้อย ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ชาติกำเนิด”

มาตรา ๑๖ วางหลักว่า “กฎหมายหรือบทบัญญัติใด ๆ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อพลเมืองในลักษณะกีดกันด้วยเหตุแห่งเพศ เว้นแต่บทบัญญัติดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง”

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว สวีเดนยังมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ คือ กฎหมายการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Act) ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางครอบคลุมมิติต่าง ๆ และเหตุต่าง ๆ ของการเลือกปฏิบัติ

²⁰⁴ หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. หน้า ๑๔๕-๑๕๒

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญสวีเดนมิได้กำหนดหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมเอาไว้ในลักษณะแยกต่างหากจากหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ แต่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติไว้เป็นหลัก ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่การคุ้มครองความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันนั่นเอง

๔.๕.๒.๕ หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายฟินแลนด์

รัฐธรรมนูญฟินแลนด์กำหนดหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา ๖ ว่า

“บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย
บุคคลจะต้องไม่ถูกปฏิบัติแตกต่างกับบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งเพศ อายุ กำเนิด ภาษา ศาสนา การลงโทษ ความคิดเห็น สุขภาพ ความพิการ หรือเหตุผลอื่นที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้น
เด็กจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในฐานะปัจเจกบุคคล
ความเท่าเทียมกันทางเพศจะได้รับการสนับสนุนในกิจกรรมทางสังคมและชีวิตการทำงาน โดยเฉพาะการจ่ายค่าจ้างและเงื่อนไขการจ้างแรงงาน ดังที่กำหนดรายละเอียดไว้ตามกฎหมาย”

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว การคุ้มครองความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศฟินแลนด์นั้น ปรากฏอยู่ในกฎหมายเฉพาะเรียกว่า กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติ ซึ่งในปี ๒๐๑๕ ได้มีการตรากฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติฉบับใหม่มีผลวันที่ ๑ มกราคม ๒๐๑๕ (Non-Discrimination Act (1325/2014))

๔.๕.๒.๖ หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายสิงคโปร์

หลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏในรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ มาตรา ๑๒ ว่าด้วย “การคุ้มครองความเท่าเทียมกัน” (Equal Protection) มีหลักดังนี้

“(๑) บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

(๒) เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ สายโลหิต หรือถิ่นกำเนิด โดยกฎหมายใด ๆ หรือในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการจ้างงานเจ้าพนักงาน หรือในการบริหารกฎหมายใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการได้มา การถือครองทรัพย์สิน หรือการจัดตั้ง หรือดำเนินการค้า ธุรกิจ วิชาชีพ หรือการจ้างแรงงาน

หลักความเท่าเทียมกันตามมาตรา ๑๒ นี้ ศาลสิงคโปร์ตัดสินว่า ความเท่าเทียมกันมิได้หมายถึงการที่บุคคลทุกคนจะต้องถูกปฏิบัติเหมือนกัน แต่หมายถึงว่าบุคคลทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกันในสถานการณ์ที่เหมือนกัน²⁰⁵ ในการตีความมาตรา ๑๒ ศาลได้ย้อนไปพิจารณาที่มาของหลักความเท่าเทียมกันจากกฎบัตรแมกนา-คาร์ตา (Magna Carta)²⁰⁶ ประกอบกับอ้างเหตุผลในคดี Public Prosecutor v. Su Liang Yu ที่ตัดสินตั้งแต่ปี ๑๙๗๖

²⁰⁵ From “Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong [1998]” 2 S.L.R.(R.) 489

²⁰⁶ ที่กล่าวว่า “To none will we sell, to none will we deny, to none will we delay right or justice”



ที่ว่า ความเท่าเทียมกันนั้นหมายถึงการบริหารจัดการให้เกิดความยุติธรรม²⁰⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลยังได้อ้างคำตัดสินในคดี Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor²⁰⁸ ที่ตีความมาตรา ๑๒ ว่า “มุ่งคุ้มครองปัจเจกชนให้มีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นในสถานการณ์เช่นเดียวกัน (Similar Circumstances)”

ศาลสูงสุดได้ตีความมาตรา ๑๒ ในคดี Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong²⁰⁹ โดยวางเกณฑ์สำหรับพิจารณาว่ากฎหมายหรือมาตรการที่พิพาทนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๒ หรือไม่ เกณฑ์ดังกล่าวมีสองขั้น (Stages) ดังนี้

ขั้นแรก พิจารณาว่า กฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันหรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า กฎหมายนั้นไม่ได้ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน กฎหมายนั้นก็ผ่านเกณฑ์นี้ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่หากกฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน ก็จะต้องพิจารณาขั้นที่สองต่อไป

ขั้นที่สอง พิจารณาว่า กฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลการจำแนกความแตกต่างที่ชอบหรือไม่ ในการนี้ จะต้องแยกพิจารณาเป็นสองกรณี คือ

กรณีแรก พิจารณาว่า การจำแนกความแตกต่างระหว่างบุคคลในกลุ่มหนึ่งกับบุคคลที่อยู่นอกกลุ่มนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่สามารถเข้าใจได้หรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า ไม่อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ กฎหมายนั้นก็เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากอยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ ก็จะต้องพิจารณาในกรณีที่สองต่อไป

กรณีที่สอง พิจารณาว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุหรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า มีความสัมพันธ์กัน หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายซึ่งเป็นวิธีการในการบรรลุเป้าหมายนั้นได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่ต้องการบรรลุ กฎหมายนั้นก็ผ่านเกณฑ์นี้ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่หากกฎหมายนั้นไม่มีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุ กฎหมายนั้นก็ไม่ผ่านเกณฑ์ กล่าวคือ เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

๔.๕.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างการกำหนดหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญประเทศต่าง ๆ

หากพิจารณาโครงสร้างการบัญญัติหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญของไทยเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญทั้งสองประเทศมีโครงสร้างการบัญญัติหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ **วรรคแรก วางหลักความเสมอภาคทั่วไป วรรคสองกำหนดหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง และวรรคสามกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ** อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ ในกรณีของหลักห้ามเลือกปฏิบัตินั้น รัฐธรรมนูญเยอรมันกำหนด “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ไว้น้อยกว่ารัฐธรรมนูญของไทย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา ๓ วรรคสามครอบคลุม “เพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด เผ่าพันธุ์ ความเชื่อ ความคิดในทางศาสนาหรือการเมือง ความพิการ” โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

²⁰⁷ From “Public Prosecutor v. Su Liang Yu (1976)”

²⁰⁸ From “Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor [1980]” UKPC 32

²⁰⁹ From “Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong [1998]” 2 S.L.R.(R.) 489

ครอบคลุม “ ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง” อย่างไรก็ตาม การระบุคุณลักษณะตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นเป็นการทำให้เกิดความแน่ใจขั้นต่ำที่สุดต่อการเลือกปฏิบัติ ส่วนความแตกต่างในลักษณะอื่น ๆ นอกจากที่กำหนดไว้ในมาตรา ๓ วรรคสาม จะต้องพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปตามมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง²¹⁰ จะเห็นได้ว่า หากเป็นกรณีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ที่มีได้บัญญัติไว้ในส่วนหลักห้ามเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ก็ยังจะได้รับการคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคทั่วไป สำหรับรัฐธรรมนูญของไถยนั้น มีการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุที่อาจตีความครอบคลุมได้กว้าง เช่น “สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม” อย่างไรก็ตาม หากมีกรณีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ไม่อาจจัดอยู่ในเหตุดังกล่าว หากพิจารณาตามแนวทางของเยอรมันก็อาจตีความให้อยู่ในความคุ้มครองของหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันทั่วไปตามวรรคแรกได้เช่นกัน

รัฐธรรมนูญฟินแลนด์

จากการศึกษา**รัฐธรรมนูญฟินแลนด์**ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ ๓ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฟินแลนด์มีรูปแบบโครงสร้างเริ่มจากวางหลักความเสมอภาคทั่วไป (มาตรา ๖ วรรคแรก) จากนั้นวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติ (มาตรา ๖ วรรคสอง) ต่อมา จึงวางหลักความเสมอภาคเฉพาะกรณี “เด็ก” (มาตรา ๖ วรรคสาม) และหลักความเสมอภาคเฉพาะกรณี “เพศ” (มาตรา ๖ วรรคสี่) หากเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของไทยและเยอรมันจะพบว่า รัฐธรรมนูญฟินแลนด์ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคนั้น จำแนกหลักความเสมอภาคออกเป็น ๓ กรณี เช่นเดียวกัน กล่าวคือ หลักความเสมอภาคทั่วไป หลักความเสมอภาคเฉพาะ และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ สำหรับหลักความเสมอภาคเฉพาะนั้น รัฐธรรมนูญฟินแลนด์ เยอรมัน และไทย ต่างกำหนดหลักความเสมอภาคเฉพาะกรณีเหตุแห่ง “เพศ” แต่รัฐธรรมนูญฟินแลนด์มีการบัญญัติหลักความเสมอภาคเฉพาะกรณี “เด็ก” เพิ่มเติมขึ้นด้วย

รัฐธรรมนูญสวีเดน

หากเปรียบเทียบกับ**รัฐธรรมนูญสวีเดน** จะพบว่า มิได้บัญญัติหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันโดยทั่วไปไว้ แต่มีการวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (แต่มีข้อสังเกตว่า ไม่ได้ใช้คำว่า “Discrimination” โดยใช้คำว่า “Unfavourable treatment” ซึ่งอาจแปลว่า การปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่า หรือการกีดกัน) โดยวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติเฉพาะกรณี กล่าวคือ มาตรา ๑๕ (การห้ามเลือกปฏิบัติต่อชนกลุ่มน้อย (Minority) และ มาตรา ๑๖ (และการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เพศ”)

²¹⁰ หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หน้า ๔๔



รัฐธรรมนูญสิงคโปร์

หากเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญสิงคโปร์จะพบว่า โครงสร้างของการบัญญัติหลักความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติ แตกต่างจากโครงสร้างรัฐธรรมนูญเยอรมันและไทย เนื่องจาก วรรคแรก วางหลักความเสมอภาคทั่วไป วรรคสองกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยมีได้มีการจำแนกหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแต่อย่างใด โครงสร้างลักษณะนี้คล้ายคลึงกับ **รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้** ซึ่งมีการบัญญัติหลักความเสมอภาคทั่วไป (มาตรา ๙ วรรคแรก) และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (มาตรา ๙ วรรคสาม และวรรคสี่) ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญมิได้จำแนกความเสมอภาคทั่วไป กับความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง เช่น เพศ ดังเช่นรัฐธรรมนูญไทย เยอรมัน ฟินแลนด์

รัฐธรรมนูญมาเลเซีย

สำหรับ **รัฐธรรมนูญของมาเลเซีย** นั้นมีรูปแบบโครงสร้างการวางหลักความเสมอภาค โดยเริ่มจากวางหลักความเสมอภาคทั่วไป (มาตรา ๘ วรรคแรก) หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (มาตรา ๘ วรรคสอง วรรคสาม) และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเฉพาะกรณีศาสนา (มาตรา ๑๒) จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญมาเลเซียไม่มีการวางหลักความเสมอภาคเฉพาะกรณี เช่น ความเสมอภาคระหว่างเพศ ดังเช่นรัฐธรรมนูญของไทย เยอรมัน ฟินแลนด์ โดยมีเพียงหลักความเสมอภาคทั่วไป และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติซึ่งจำแนกเป็นกรณีต่าง ๆ

รัฐธรรมนูญแคนาดา

หากเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแคนาดาจะพบว่า รัฐธรรมนูญแคนาดามีโครงสร้างการบัญญัติหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติที่แตกต่างออกไปอีกรูปแบบหนึ่ง กล่าวคือ กำหนดการห้ามเลือกปฏิบัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของหลักความเท่าเทียมกัน โดยรวมอยู่ในมาตรา ๑๕ (๑) ทั้งหมด โดยมีได้จำแนกหลักความเสมอภาคทั่วไป หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติออกจากกันเป็นคนละวรรค

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการวางหลักความเสมอภาค หรือความเท่าเทียมกันดังกล่าวแล้ว อาจจำแนกรูปแบบและโครงสร้างของรัฐธรรมนูญในการบัญญัติหลักความเท่าเทียมกันได้ ๓ รูปแบบ ดังนี้

รูปแบบแรก กำหนดจำแนกหลักความเท่าเทียมกัน ออกเป็น ๓ กรณี คือ ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันทั่วไป ความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง และหลักห้ามเลือกปฏิบัติ เช่น เยอรมัน ไทย ฟินแลนด์

รูปแบบที่สอง กำหนดจำแนกหลักความเท่าเทียมกัน ออกเป็น ๒ กรณี คือ ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยมีได้จำแนกความเสมอภาคเฉพาะเรื่องออกจากความเสมอภาคทั่วไป โดยในรูปแบบนี้อาจจำแนกได้เป็น ๒ รูปแบบย่อย คือ

➢ จำแนกหลักความเสมอภาค ออกจากหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยกำหนดไว้คนละวรรค เช่น แอฟริกาใต้ สิงคโปร์ มาเลเซีย

➢ กำหนดหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้รวมในวรรคเดียวกัน เช่น แคนาดา

รูปแบบที่สาม ไม่ระบุถึงหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมไว้ โดยมีเพียงกำหนดหลักการ “ห้ามเลือกปฏิบัติ” เช่น สวีเดน

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า การที่รัฐธรรมนูญไทยกำหนดหลักความเท่าเทียมกันเฉพาะเรื่องแยกออกมาต่างหากนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับรูปแบบของเยอรมัน ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญอีกหลายประเทศที่มีได้กำหนดหลักความเท่าเทียมกันเฉพาะเรื่องไว้ แต่ทั้งนี้เหตุผลเฉพาะต่าง ๆ นั้นก็ปรากฏอยู่ในเหตุแห่งการห้ามเลือกปฏิบัตินั่นเอง อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของไทยมีข้อแตกต่างกับเยอรมัน คือ แม้กำหนดหลักความเท่าเทียมเฉพาะเรื่องเฉพาะในส่วนของแต่ละแห่งเพศเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน แต่รัฐธรรมนูญเยอรมันยังมีบทมาตรานอื่นที่กำหนดหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอื่น ๆ เช่น ความมีสถานะเท่าเทียมกันระหว่างเด็กที่เกิดนอกสมรสกับเด็กที่บิดามารดาสมรสกันตามกฎหมาย ความเสมอภาคของชาวเยอรมันในการรับราชการ เป็นต้น

๔.๕.๔ วิเคราะห์หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี ๒๕๔๐ และ ๒๕๕๐ ต่างบัญญัติรับรองถึงความเท่าเทียมกันไว้ สำหรับหลักการห้ามเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการคุ้มครองให้บุคคลได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมและเสมอภาคกันตามหลักดังกล่าว ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของไทยทั้งฉบับปี ๒๕๔๐ และ ๒๕๕๐ กำหนดหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันไว้ในวรรคแรกของมาตรา ๓๐ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าโดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองความเท่าเทียมกันโดยมีการขยายความว่า การเลือกปฏิบัติถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งโดยหลักแล้วไม่สามารถกระทำได้ สำหรับโครงสร้างการกำหนดหลักความเสมอภาคที่เริ่มจากการกำหนดหลักความเสมอภาคทั่วไป ตามด้วยหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ นั้น จะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญหลายประเทศ เช่น เยอรมัน แอฟริกาใต้ ฟินแลนด์ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของไทยนั้นได้แยกหลักความเท่าเทียมกันออกเป็นวรรคหนึ่งต่างหาก โดยวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติแยกออกมาเป็นอีกรวรรคหนึ่ง แต่ก็อยู่ในมาตราเดียวกัน ในขณะที่รัฐธรรมนูญต่างประเทศ เช่น แคนาดา กล่าวถึงหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในวรรคเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างการบัญญัติรัฐธรรมนูญในหลายประเทศดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า **การเลือกปฏิบัติเป็นส่วนขยายของหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน** นั่นเอง หรืออาจกล่าวได้ว่าหลักการเลือกปฏิบัติเป็นส่วนหนึ่งของหลักความเสมอภาค ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลที่ตัดสินตามหลักการนี้ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. ๑๘/๒๕๔๗ อธิบายว่า “มาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะทางบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันขัดต่อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้ ซึ่งเป็นการวางหลักการให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ **โดยไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน หรือไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ**” ศาลปกครองยังได้อธิบายหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๒/๒๕๕๑ มีใจความสำคัญว่า “หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มีหลักว่า**จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญที่แตกต่างกันให้แตกต่างกันไป** ในส่วนต่อไปจะได้พิจารณาแนวคำพิพากษาศาลไทย โดยใช้หลักความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ และหลักความเท่าเทียมกันเชิงสาระ



✓ กรณีพิพาทเกี่ยวกับกฎ ซึ่งศาลพิจารณาว่ากฎที่พิพาทใช้กับที่ดิน ที่เกาะ ซึ่งผู้ครอบครองยังมีได้มีหลักฐานการครอบครองทุกแห่งเสมอเหมือนกัน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. ๘ – พ. ๑๐/๒๕๔๖) จะเห็นได้ว่าคดีนี้เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ (Formal Equality) กล่าวคือ เนื้อหาของกฎนี้ใช้กับบุคคลที่เหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน

✓ การประเมินผลงานโดยจัดแบ่งข้าราชการออกเป็น ๒ กลุ่ม แต่ก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน และพิจารณาครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ทุกด้าน ศาลจึงเห็นว่าการประเมินผลการปฏิบัติงานในการพิจารณาแต่งตั้งครั้งนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๑๓๔/๒๕๔๘) จะเห็นได้ว่าคดีนี้เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal equality) กล่าวคือ หลักเกณฑ์การประเมินเดียวกันสำหรับผู้ถูกประเมินเพื่อเข้าสู่ตำแหน่งเดียวกัน

✓ การกำหนดเงื่อนไขบางอย่างกับผู้ยื่นขอดำรงตำแหน่งเดียวกับบุคคลอื่น ซึ่งบุคคลอื่นที่ขอดำรงตำแหน่งเดียวกันไม่ต้องกระทำการตามเงื่อนไขนั้น กรณีเช่นนี้ศาลเห็นว่ามีการปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันให้แตกต่างกันในสาระสำคัญอันเป็นการเลือกปฏิบัติ” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๑/๒๕๕๒) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) กล่าวคือ เนื้อหาเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นมาเห็นได้ชัดว่ามีความแตกต่างกันระหว่างบุคคลที่เหมือนกัน

✓ การกำหนดให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมเป็นการให้สิทธิเหนือกว่าหรือดีกว่าผู้ที่ได้รับปริญญาตรีในสาขาเดียวกันแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยม ทั้ง ๆ ที่ได้รับวุฒิอย่างเดียวกัน ซึ่งมีศักดิ์และสิทธิที่สถาบันการศึกษารับรองเช่นเดียวกัน จึงเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๕๘/๒๕๕๐, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๗๙/๒๕๕๐) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) กล่าวคือ ภายใต้สมมุติฐานว่าบุคคลที่ได้รับปริญญาเกียรตินิยมและไม่ได้เกียรตินิยมมีความ “เหมือนกัน” เนื่องจากจบปริญญาตรีเช่นเดียวกัน ดังนั้น การกำหนดให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ได้เกียรตินิยมจึงเป็นกรณี queแสดงออกชัดเจนโดยเนื้อหาว่ามีการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน

✓ การกำหนดค่าทดแทนการเวนคืนที่แตกต่างกันแก่ที่ดินซึ่งมีสภาพเหมือนกัน เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ๑๒๗๒/๒๕๔๕) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) กล่าวคือ โดยหลักการแล้ว ที่ดินซึ่งเหมือนกันควรจะต้องได้รับค่าทดแทนที่เท่าเทียมกัน ดังนั้น การกำหนดค่าทดแทนแตกต่างกันกับที่ดินที่เหมือนกันจึงเป็นการเลือกปฏิบัติ



✓ ผู้ครอบครองที่ดินที่ถูกเวนคืนเหมือนกัน แต่ถูกแบ่งกลุ่มและให้ค่าทดแทนไม่เท่ากัน ขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๒/๒๕๕๑) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) เนื่องจากการแบ่งกลุ่มคนที่ “เหมือนกัน” ออกเป็นสองกลุ่มและปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละกลุ่มแตกต่างกันออกไป

✓ กฎเกณฑ์ที่พิพาทส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ซึ่งเป็นไปโดยมิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายจำกัดคุณสมบัติด้านตำแหน่งไว้เป็นการเฉพาะ ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างผู้มีสิทธิกับผู้ไม่มีสิทธิในการเลือกตั้ง และเข้ารับการเลือกตั้ง โดยไม่เป็นธรรมและไม่มีเหตุผลอันอาจรับฟังได้ อันขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๑๗/๒๕๕๑) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) เนื่องจากสามารถเปรียบเทียบได้ว่าเกิดความแตกต่างกันระหว่างบุคคลสองกลุ่มที่มีลักษณะ “เหมือนกัน” โดยกลุ่มหนึ่งมีสิทธิเลือกตั้งและเข้ารับการเลือกตั้ง ในขณะที่อีกกลุ่มหนึ่งไม่มีสิทธิเลือกตั้ง และไม่มีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้ง

✓ มติของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะรัฐมนตรี) ในการให้สิทธิพิเศษแก่องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ในการให้บริการเลขหมายโทรศัพท์แก่หน่วยงานของรัฐ อันมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญา ร่วมการทำงานและร่วมลงทุนกับ ทศท. ไม่อาจให้บริการแก่หน่วยงานของรัฐได้ ...และมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญาฯ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามที่มาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๒๖/๒๕๕๖) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) เนื่องจากสามารถเปรียบเทียบได้ว่ามติที่พิพาทส่งผลให้เกิดความแตกต่างกันระหว่าง ทศท. ที่ได้รับสิทธิพิเศษ ในขณะที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับสิทธิดังกล่าว

✓ การกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมในการขอใช้ไฟฟ้าสำหรับบุคคลบางกลุ่ม เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๕๗/๒๕๕๙) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) เนื่องจากโดยเนื้อหาของเงื่อนไขนั้นมีข้อกำหนดเพิ่มเติมสำหรับบุคคลบางกลุ่มในขณะที่บุคคลกลุ่มอื่นไม่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว

✓ การแบ่งลูกจ้างเป็น ๓ กลุ่ม ตามช่วงเวลาการสมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ และให้สิทธิพิเศษเฉพาะกับลูกจ้างบางกลุ่ม เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๔๘/๒๕๕๙) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) เนื่องจากสามารถเปรียบเทียบได้ว่าเนื้อหาข้อกำหนดดังกล่าวทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างลูกจ้างที่ “เหมือนกัน”



จะเห็นได้ว่า **โดยทั่วไปแล้วศาลพิจารณาลักษณะเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal equality)** โดยมีหลักการพิจารณาว่า “องค์กรของรัฐจะต้องไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน รวมทั้งไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ” หรืออาจกล่าวได้ว่า สิ่งที่เหมือนกันจะได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ในขณะที่สิ่งที่แตกต่างกันจะได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีมีข้อนำพิจารณาว่า แม้โดยรูปแบบหรือเนื้อหาแล้ว กฎ หรือคำสั่งที่พิพาทมีความเท่าเทียมกัน กล่าวคือ ปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันด้วยความเหมือนกัน อันสอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) แต่หากพิจารณาภายใต้แนวคิดของหลักความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) แล้วอาจโต้แย้งได้ว่า กฎที่ดูภายนอกแล้วปฏิบัติต่อทุกคนเท่าเทียมกันดังกล่าว ส่งผลกระทบทางลบ (Adverse Effect หรือ Detriment Effect) ต่อผู้อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติหรือไม่ เช่น กรณีกฎของสถานศึกษาที่กำหนดให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้น ศาลเห็นว่า เป็นกฎที่ใช้กับนักศึกษาทุกคนที่สมัครเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาของผู้ถูกฟ้องคดีตามหลักการและเงื่อนไขต่าง ๆ เสมอเหมือนกันทุกคนไม่มีข้อกำหนดใดที่จะทำให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยเกิดจากความแตกต่าง ตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙/๒๕๕๖) กรณีนี้เห็นได้ว่า โดยเนื้อหาของกฎเกณฑ์ที่พิพาทซึ่งให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้นใช้บังคับกับนักศึกษาทุกคน มิได้มุ่งหมายใช้กับนักศึกษาบางคนด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งอาจโต้แย้งได้ว่า กฎเกณฑ์นี้แม้ใช้กับนักศึกษาทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลในทางปฏิบัติให้นักศึกษาที่ใช้ภาษาไทยเป็นภาษาหลักได้รับความเสียเปรียบนักศึกษาที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาหลัก หรือนักศึกษาที่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ กับนักศึกษาที่ไม่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ จึงอาจขัดแย้งกับหลักความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ รวมทั้งอาจพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้ นอกจากนี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลให้นักศึกษาบางเชื้อชาติหรือบางภาษาเสียเปรียบนักศึกษาบางเชื้อชาติหรือบางภาษาดังนี้อาจจัดว่าเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้

๔.๖ มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative action) กับหลักความเท่าเทียมกัน

การปฏิบัติแตกต่างกันต่อสิ่งที่เหมือนกันโดยหลักแล้วเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination) ซึ่งขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (Formal Equality) อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติที่เหมือนกันในบางกรณีอาจเกิดผลกระทบทำให้กลุ่มบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเสียเปรียบได้ เช่น การออกกฎ มาตรการที่มีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) อันมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกันสำหรับทุกคน แต่ส่งผลกระทบให้บุคคลที่อยู่ในฐานะด้อยกว่าและจัดอยู่ในกลุ่มเชื้อชาติ สืบเนื่องจากกลุ่มไม่สามารถได้รับสิทธิหรือโอกาสที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ดังนี้ การปฏิบัติที่เหมือนกันกลับส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติในความเป็นจริงหรือโดยพฤตินัย (De facto Discrimination) ด้วยเหตุนี้ จึงมีการพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ (Substantive Equality) ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ กล่าวคือ ในบางกรณีอาจมีความจำเป็นต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่เหมือนกันแตกต่างกัน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการส่งเสริม สนับสนุน หรือช่วยเหลือบุคคลบางกลุ่มให้ได้รับโอกาสและความเท่าเทียมกับบุคคลอื่นในสภาพความเป็นจริง โดยนัยนี้จึงเกิดแนวคิดการกำหนดมาตรการบางอย่างขึ้นมาเพื่อให้สิทธิหรือโอกาสแก่บุคคลบางกลุ่มเป็นพิเศษ (Preferential

Treatment) ซึ่งอาจเรียกว่า “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative Action) หรืออาจเรียกว่า “มาตรการพิเศษ” (Special measure)²¹¹

ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกปรากฏในหลายคดี เช่น L. R. et al. v. Slovakia, Communication No. 31/2003, U.N. Doc. CERD/C/66/D/31 /2003 (2005).²¹² ซึ่งเป็นกรณีรัฐบาลท้องถิ่นกำหนดมาตรการที่อยู่อาศัยราคาต่ำ (Low-cost housing) สำหรับผู้ยากจน ต่อมา รัฐบาลท้องถิ่นยกเลิกมาตรการดังกล่าว จึงมีการร้องเรียนว่าการยกเลิกนั้นฝ่าฝืนต่อสิทธิที่จะได้รับที่อยู่อาศัย²¹³ กรรมการเห็นว่าการยกเลิกมาตรการดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิในการได้รับที่อยู่อาศัยตาม CERD และ ICESCR²¹⁴ โดยรัฐบาลไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อรับรองสิทธิของบุคคลในความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย (Equality Before the Law) ในการได้มาซึ่งสิทธิในที่อยู่อาศัย

มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก อาจพิจารณาในฐานะเป็นข้อยกเว้นของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติซึ่งปรากฏในกฎหมายต่างประเทศหลายประเทศ โดยอาจใช้คำเรียกเป็นอย่างอื่น เช่น ในประเทศแคนาดา มีกฎหมายระดับมลรัฐของ Ontario วางหลักเกี่ยวกับ “Special Program” ในฐานะมาตรการที่ส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่ได้รับยกเว้นไม่ให้เป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ กฎหมายสิทธิมนุษยชนของ Ontario วางหลักว่า สิทธิในความเท่าเทียมกันตามกฎหมายนี้ไม่ถูกละเมิดจากการปรับใช้หรือดำเนินโปรแกรมพิเศษซึ่งมุ่งหมายเพื่อบรรเทาความยากลำบากหรือความเสียเปรียบทางเศรษฐกิจหรือ เพื่อสนับสนุนให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เสียเปรียบได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกัน หรือเป็นมาตรการที่มุ่งจัดการละเมิดสิทธิแห่งความเท่าเทียมกันตามกฎหมายนี้²¹⁵ ในหัวข้อนี้จะเริ่มจากการพิจารณาหลักการของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จากนั้นจะศึกษาตัวอย่างของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกในกรณีนิติการศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกา

๔.๖.๑ มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้จะชี้ให้เห็นถึงหลักการและการตีความกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้กรอบสหประชาชาติ ในกรณีของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก

ในกรณีของ ICCPR นั้น พบว่าความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (General Comment No. 18)²¹⁶ เกี่ยวกับบทบัญญัติของ ICCPR ได้มีการอธิบายมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกไว้ว่า “หลักความเท่าเทียมกันอาจเกี่ยวข้องกับการกำหนดให้รัฐต้องดำเนินมาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวก เพื่อลดหรือขจัดเงื่อนไขซึ่งก่อให้เกิดหรือมีส่วนสนับสนุนให้เกิดการเลือกปฏิบัติอันต้องห้ามตาม ICCPR นี้ ตัวอย่างเช่น ในรัฐซึ่งปรากฏ

²¹¹ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศบางฉบับเรียกว่า “มาตรการพิเศษ” (Special measure) เช่น ข้อ ๑.๔ ของอนุสัญญา CERD อย่างไรก็ตาม ในงานวิจัยนี้ใช้คำว่า “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative measure) ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกัน

²¹² From “L. R. et al. v. Slovakia”, Communication No. 31/2003, U.N. Doc. CERD/C/66/D/31/2003 (2005).

²¹³ Article 5 (e) (iii) *Stalla Costa v. Uruguay*) International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination (ICERD).

²¹⁴ Article 11

²¹⁵ Section 14 Ontario Human Right Code

²¹⁶ From General Comment No. 18, Human Rights Committee



สภาพการณ์หรือเงื่อนไขบางประการอันทำให้คนกลุ่มหนึ่งถูกกีดกันหรือปฏิเสธสิทธิมนุษยชน รัฐก็จะต้องมีมาตรการโดยเฉพาะเพื่อแก้ไขปัญหานั้นหรือสภาพการณ์นี้ **มาตรการดังกล่าวอาจเกี่ยวข้องกับการให้สิทธิพิเศษบางประการกับบุคคลบางกลุ่มเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลกลุ่มอื่น** ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง トラบิตที่มาตรการดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อการแก้ไขการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงแล้ว มาตรการนั้นเป็นกรณีของความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมายตาม ICCPR” จะเห็นได้ว่า มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก โดยสภาพทั่วไปแล้วเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน แต่เมื่อ**ความแตกต่างนั้นมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย**เพื่อเป็นการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมแก่ผู้ที่เสียเปรียบหรือด้อยโอกาส ก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ จึงอาจพิจารณาได้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันกรณีนี้เข้าเหตุยกเว้นทำให้เป็นเพียงความแตกต่างกันอันชอบด้วยกฎหมาย แต่มิใช่การเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ ความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (General Comment No. 4)²¹⁷ เกี่ยวกับข้อ ๓ ของ ICCPR ยังได้อธิบายว่า ICCPR ไม่เพียงแต่กำหนดให้รัฐต้องมีมาตรการคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติ แต่ยังกำหนดให้ต้องจัดให้มี “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative action) เพื่อรับรองสิทธิต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ใน ICCPR”

ความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (General Comment No. 23)²¹⁸ ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับมาตรการเชิงบวก (Positive Action) ในกรณีชนกลุ่มน้อย คณะกรรมการได้อธิบายว่าสิทธิตาม ICCPR นั้นเป็นสิทธิของปัจเจกชน แต่ย้ำว่า “มาตรการเชิงบวก (Positive action) โดยรัฐอาจมีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิของชนกลุ่มน้อยเกี่ยวกับการพัฒนาวัฒนธรรม ภาษา และการปฏิบัติเกี่ยวกับศาสนา”

ตัวอย่างของคดีที่พิจารณาตามบทบัญญัติของ ICCPR อันเกี่ยวข้องกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกเช่น²¹⁹ Stalla Costa v. Uruguay คดีนี้เป็นกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษเกี่ยวกับการเข้าถึงบริการสาธารณะ แต่ด้วยมีเหตุผลเพราะกลุ่มเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเคยถูกเลิกจ้างอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุเกี่ยวกับความคิดเห็น การเมือง และการเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเห็นว่ากรณีนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากเป็นกรณีของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังได้ยอมรับมาตรการของรัฐในการกำหนดโควตาสำหรับตำแหน่งบางอย่างให้กับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น กรณีที่อินเดียกำหนดโควตาสำหรับตำแหน่งทางการเมืองท้องถิ่นสำหรับผู้หญิง รวมทั้งสำหรับสมาชิกกลุ่มชาติพันธุ์บางกลุ่ม²²⁰

ในกรณีของ CERD นั้น ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกไว้ ดังนี้

“มาตรการพิเศษที่จัดให้มีขึ้นตามความจำเป็น โดยมีเจตนาเพื่อประกันให้มีความก้าวหน้าอย่างเพียงพอในหมู่ชนบางเชื้อชาติหรือบางเผ่าพันธุ์ หรือบุคคลบางกลุ่มที่ต้องการความคุ้มครอง เพื่อให้กลุ่มหรือบุคคลเหล่านั้นได้มีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างเสมอภาค จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวต้องไม่ก่อให้เกิดการอ้างว้างซึ่งสิทธิที่แตกต่างกันระหว่างกลุ่มชนเชื้อชาติต่าง ๆ และจะไม่คงอยู่ต่อไปภายหลังจากที่ได้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้แล้ว”²²¹

²¹⁷ From General Comment No. 4, Human Rights Committee

²¹⁸ From General Comment No. 13, Human Rights Committee

²¹⁹ From No. 198/1985

²²⁰ From Concluding Observation on India, 1997, Human Rights Committee

²²¹ Article 1 (4), CERD

“เมื่อสถานการณ์เหมาะสมและโดยคำนึงถึงด้านสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และอื่น ๆ รัฐภาคีจะจัดให้มีมาตรการพิเศษและเป็นรูปธรรมเพื่อประกันให้มีการพัฒนาอย่างพอเพียงและให้การคุ้มครองแก่กลุ่มชนหรือบุคคลบางเชื้อชาติ โดยมีเจตนารมณ์ที่จะประกันให้บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างสมบูรณ์และอย่างเสมอภาค ทั้งนี้ มาตรการเหล่านี้จะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกสิทธิที่ไม่เท่าเทียมกันสำหรับกลุ่มชนต่างเชื้อชาติอย่างต่อเนื่องภายหลังจากที่ได้บรรลุวัตถุประสงค์นั้นแล้ว”²²²

สำหรับการตีความ CERD นั้น ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 32) ได้อธิบายว่า รัฐมีพันธกรณีในการจัดให้มีมาตรการพิเศษ (Special Measures) โดยกำหนดเกณฑ์สำหรับมาตรการพิเศษ ว่าจะต้องมีลักษณะดังนี้²²³

- ✓ ต้องใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการรับรองให้เกิดความเท่าเทียมกันของสิทธิสำหรับคนบางกลุ่ม
- ✓ ต้องมีความเหมาะสมกับสถานการณ์ที่ประสงค์จะเยียวยา
- ✓ ต้องมีความชอบด้วยกฎหมาย
- ✓ ต้องมีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย
- ✓ ต้องสอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมและความได้สัดส่วน
- ✓ ต้องมีลักษณะชั่วคราว (Temporary)

นอกจากนี้ ยังอธิบายว่า มาตรการพิเศษจะต้องนำมาใช้ตามความจำเป็นหลังจากได้มีการหารือกับสมาชิกในกลุ่มชุมชนที่เกี่ยวข้อง²²⁴ รวมทั้งภายใต้เงื่อนไขว่ามาตรการดังกล่าวต้องไม่นำไปสู่การคงไว้ซึ่งระบบที่แบ่งแยกสิทธิสำหรับกลุ่มเชื้อชาติบางกลุ่ม²²⁵

นอกจากนี้ ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 29) ยังได้รับรองมาตรการพิเศษที่ปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มเป็นพิเศษด้วยเหตุแห่งบรรพบุรุษ (Decent-Based Group) เพื่อการรับรองสิทธิตาม CERD โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของกลุ่มบุคคลดังกล่าวในการเข้าถึงบริการสาธารณะ การจ้างแรงงาน การศึกษา²²⁶ นอกจากนี้ สำหรับกรณีเฉพาะของบางกลุ่มเชื้อชาตินั้น พบว่ามีข้อเสนอแนะทั่วไปซึ่งเรียกร้องให้รัฐจัดให้มีมาตรการพิเศษสำหรับกลุ่มเชื้อชาติบางกลุ่ม โดยเฉพาะ เช่น กรณีชาว “Roma” (General Recommendation No. 27)²²⁷ ซึ่งตามความเห็นทั่วไปเห็นว่าเป็นกลุ่มที่เสียเปรียบและถูกเลือกปฏิบัติมากที่สุดกลุ่มหนึ่งในโลกยุคปัจจุบัน โดยเรียกร้องให้รัฐจัดให้มีมาตรการพิเศษสำหรับคนกลุ่มนี้ในมิติต่าง ๆ เช่น การศึกษา การจ้างแรงงาน เป็นต้น

²²² Article 2, CERD

²²³ From General Comment No. 32 para 16 and 21 Committee on the Elimination of Racial Discrimination

²²⁴ From General Comment No. 32 para 16 and 18 Committee on the Elimination of Racial Discrimination

²²⁵ From General Comment No. 32 para 26 Committee on the Elimination of Racial Discrimination

²²⁶ From General Comment No. 29 para 6, 28 and 36 21 Committee on the Elimination of Racial Discrimination Committee on the Elimination of Racial Discrimination

²²⁷ From General Comment No. 27 para Committee on the Elimination of Racial Discrimination



ในกรณีของ CEDAW หลักการเกี่ยวกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก ซึ่งเรียกว่า “มาตรการพิเศษ” มีดังนี้²²⁸

“การที่รัฐภาคีออกมาตรการพิเศษชั่วคราว ซึ่งมุ่งที่จะเร่งรัดให้มีความเสมอภาคที่แท้จริงระหว่างบุรุษและสตรี จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามที่ได้นิยามความหมายไว้ในอนุสัญญาฉบับปัจจุบัน แต่จะโดยประการใดก็ตาม ต้องไม่มีการคงมาตรฐานอันไม่เสมอภาคหรือแบ่งแยกไว้ในฐานะเป็นผลที่ตามมา มาตรการเหล่านี้จะสิ้นสุดเมื่อได้บรรลุวัตถุประสงค์ของความเสมอภาคของโอกาสและการปฏิบัติ”

สำหรับการตีความ CEDAW นั้น พบว่า ข้อเสนอแนะทั่วไป (General Recommendation No. 25) ได้อธิบายถึงทางเลือกในการใช้ถ้อยคำต่าง ๆ ในความหมายของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก เช่น “Special Measure”, “Positive Action”, “Positive Measure”, “Reverse Discrimination”, “Positive Discrimination” เป็นต้น นอกจากนี้ ยังอธิบายว่ามาตรการทั่วไปซึ่งมีลักษณะชั่วคราวนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกลยุทธ์อันจำเป็น (Necessary strategy) อันนำไปสู่ความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive equality) มากกว่าจะถือว่าเป็นข้อยกเว้นของการห้ามเลือกปฏิบัติสำหรับในประเด็นเกี่ยวกับลักษณะ “ชั่วคราว” ของมาตรการพิเศษนั้น เห็นว่าจะต้องไม่มีลักษณะถาวรหรือยาวนานตลอดไป แต่มีได้ระบุถึงช่วงเวลาไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ เนื่องจากต้องพิจารณาให้เหมาะสมกับผลที่ต้องการและปัญหาที่ต้องการแก้ไข ดังนั้น จึงไม่สามารถระบุเวลาสำหรับมาตรการดังกล่าวให้ชัดเจนไว้ล่วงหน้าได้²²⁹ สำหรับกรณีมาตรการพิเศษที่เฉพาะเจาะจงนั้น ข้อเสนอแนะทั่วไป (General Recommendation No. 23) ได้สนับสนุนการดำเนินมาตรการด้วยการกำหนดโควตาที่เกี่ยวกับตำแหน่งงานภาครัฐและตำแหน่งทางการเมืองเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างเพศ²³⁰

สำหรับ ICESCR นั้น พบว่ามีการตีความหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกหรือมาตรการพิเศษ ดังจะเห็นได้จาก

- ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 16)²³¹ หลักการของความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติโดยตัวของมันแล้วไม่เป็นการเพียงพอเสมอไปสำหรับการรับรองให้เกิดความเท่าเทียมอย่างแท้จริง ดังนั้น มาตรการพิเศษซึ่งมีลักษณะชั่วคราวจึงมีความจำเป็นเพื่อให้กลุ่มเสียเปรียบหรือกลุ่มที่ถูกกีดกันได้อยู่ในสถานะเท่าเทียมกับผู้อื่น มาตรการพิเศษมิได้มุ่งหมายเฉพาะความเท่าเทียมกันโดยนิตินัยหรือความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (De Jure or Formal Equality) เท่านั้น แต่ยังมุ่งให้เกิดความเท่าเทียมกันเชิงพฤตินัยหรือเชิงสาระ (De facto or substantive equality) ระหว่างเพศชายและหญิง อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักความเท่าเทียมกันนั้น รัฐอาจต้องดำเนินมาตรการในลักษณะปฏิบัติเป็นพิเศษต่อผู้หญิงเพื่อที่จะแก้ไขสภาพหรือเงื่อนไขอันก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ตราใดที่มาตรการดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อเยียวยาการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย (De Facto Discrimination) และยุติลงเมื่อบรรลุถึงความเท่าเทียมกันเชิงพฤตินัยหรือเชิงสาระแล้ว มาตรการพิเศษตามความหมายนี้เป็นความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย (Such Differentiation is Legitimate)

²²⁸ Article 4, CEDAW

²²⁹ From General Recommendation No. 25 para 18 and 20 Committee on the Elimination of Discrimination against Women

²³⁰ From General Recommendation No. 25 para 18 and 20 Committee on the Elimination of Discrimination against Women

²³¹ From General Comment No. 16 Committee on Economic, Social and Cultural Rights

- ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 5) รับรองมาตรการเชิงบวก (Positive Action) เพื่อแก้ไขความเสียเปรียบของผู้พิการในการมีส่วนร่วมในสังคมอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพ²³²
- ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 20) เน้นย้ำว่า ในบางกรณี รัฐอาจต้องดำเนินการพิเศษเพื่อแก้ไขสภาพซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ²³³
- สำหรับเงื่อนไข “ทั่วไป” ของมาตรการนั้น ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 13) ย้ำว่า มาตรการพิเศษจะต้องมีลักษณะชั่วคราวและมาตรการดังกล่าวจะมีความชอบด้วยกฎหมายตราบใดที่อยู่ภายใต้เงื่อนไข “สมเหตุสมผล สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ และได้สัดส่วน ในการแก้ไขการเลือกปฏิบัติโดยพลตินัย”²³⁴

นอกจาก “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative Action) แล้ว ยังมีกรณีการปฏิบัติแตกต่างกัน ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศไม่ถือเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” เช่นกรณีของ “การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล” (Reasonable Accommodation) ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก ทั้งนี้เพราะว่า การปฏิบัติเช่นนี้ ในแง่หนึ่งเป็นการปฏิบัติเป็นพิเศษสำหรับบุคคลบางกลุ่ม จึงอาจมองว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากบุคคลกลุ่มอื่นไม่ได้รับการปฏิบัติเช่นนั้น แต่ในอีกแง่หนึ่งอาจมองว่า แม้เป็นการปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มแตกต่างจากบุคคลทั่วไป แต่อยู่ภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมหรือช่วยเหลือบุคคลดังกล่าวซึ่งในสภาพความจริงมีความเสียเปรียบบุคคลอื่นให้ได้รับโอกาสหรือสิทธิที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ดังนั้น จึงได้รับการยกเว้นไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น

- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities หรือ CRPD) กำหนดความหมายของ “การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล” ไว้ว่า หมายถึง “การเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงที่จำเป็นและเหมาะสมโดยไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินควรหรือเกินสัดส่วน เฉพาะในกรณีที่จำเป็น เพื่อประกันว่าคนพิการได้อุปโภค และใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น”²³⁵

นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศจะยกเว้นให้การปฏิบัติแตกต่างกัน ในกรณีมาตรการยืนยันสิทธิหรือการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล ไม่ให้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังอาจกำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีต้องดำเนินการจัดให้มีมาตรการดังกล่าวด้วยเพื่อให้บรรลุถึงหลักความเสมอภาคหรือเท่าเทียมกัน ดังเช่น CRPD กำหนดว่า “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการหมายถึง...การปฏิเสธการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล” (Denial of Reasonable Accommodation)²³⁶

อาจสรุปได้ว่า มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก หรือ “มาตรการพิเศษ” นั้นมีการใช้คำเรียกแตกต่างกันได้หลายคำ เช่น “Affirmative Action” “Special Measure”, “Positive Action”, “Positive Measure”, “Reverse Discrimination”, “Positive Discrimination”²³⁷ แม้ว่ามาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก หรือมาตรการพิเศษนั้น โดยเนื้อหาสาระมีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน หากพิจารณาภายใต้หลักความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบและการเลือกปฏิบัติโดยตรงแล้ว มาตรการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากมีการให้สิทธิพิเศษ (Preferential Treatment) แก่บุคคลบางกลุ่ม อย่างไรก็ตาม กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้กรอบสหประชาชาตินั้น

²³² From General Comment No. 5 Committee on Economic, Social and Cultural Rights

²³³ From General Comment No. 20 Committee on Economic, Social and Cultural Rights

²³⁴ From General Comment No. 13 Committee on Economic, Social and Cultural Rights

²³⁵ Article 2, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

²³⁶ Article 2, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

²³⁷ General Recommendation No. 25 para 17 Committee on the Elimination of Discrimination against



นอกจากรับรองว่ามาตรการดังกล่าวไม่เป็นการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดให้มีมาตรการดังกล่าวเพื่อแก้ไขการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย (Defacto Discrimination) และเพื่อบรรลุถึงความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือเกณฑ์ที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ เช่น

- ✓ ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขสภาพความไม่เท่าเทียมกันในเชิงสาระหรือการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย
- ✓ ต้องเป็นมาตรการที่สมเหตุสมผล ได้สัดส่วน และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว
- ✓ ต้องไม่คงอยู่อย่างต่อเนื่อง กล่าวคือ ต้องมีลักษณะชั่วคราว ตามความจำเป็น

การฝึกอบรม ตัวอย่างเช่น กฎหมายของสหราชอาณาจักร²³⁸ กำหนดให้นายจ้างสามารถจัดให้มีการฝึกอบรมสำหรับลูกจ้างบางกลุ่มหรือส่งเสริมให้ลูกจ้างบางกลุ่ม โดยเฉพาะกลุ่มที่เสียเปรียบ (Under-represented group) ได้รับโอกาสในการทำงาน แต่ห้ามการให้สิทธิพิเศษดังกล่าวในขั้นตอนการสรรหาพนักงาน (Recruitment) เว้นแต่คุณสมบัตินั้นมีความจำเป็นและเกี่ยวข้องกับงานโดยแท้จริง

ตัวอย่างคดีตามกฎหมายต่างประเทศ

ศาลสูงสุดอินเดียตัดสินว่า การแต่งตั้งผู้หญิงเป็นพิเศษ ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ (The Government of Andhra Pradesh v. P B Vijayakumar, 1995)

แอฟริกาใต้ กฎระเบียบเกี่ยวกับเงินสวัสดิการสำหรับตำแหน่งบางตำแหน่งที่ต้องมีการสมทบเป็นพิเศษจากนายจ้างซึ่งแตกต่างจากตำแหน่งอื่น ๆ ศาลเห็นว่า เป็นกรณีความแตกต่างที่ไม่ถือว่าการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เพราะเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Minister of Finance and others v. Van Heerden, 2004)

๔.๖.๒ หลักความเท่าเทียมกันและมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกในต่างประเทศ: ศึกษากรณีนิติการศึกษา

มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกอาจปรากฏในมิติต่าง ๆ เช่น แรงงาน การศึกษา บริการสาธารณะ สำหรับในส่วนนี้จะนำเอามิติด้านการศึกษามาเป็นกรณีศึกษาในการวิเคราะห์ สำหรับในกฎหมายต่างประเทศนั้น ผู้วิจัยจะได้ศึกษากรณีของกฎหมายสหรัฐอเมริกา ซึ่งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกันในมิติของการศึกษานั้น ในบางกรณีอาจไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรการ นโยบาย หรือกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ถิ่นกำเนิด หรือเหตุอื่นนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลดความแตกต่างและสร้างความเท่าเทียมกัน จึงถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นซึ่งทำให้การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยจัดเป็นมาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวก เช่น คดี Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education²³⁹ ซึ่งเป็นกรณีของเมือง Charlotte ในมลรัฐ North Carolina มีการกำหนดนโยบายร่นักเรียนเพื่อรับนักเรียนผิวสีไปเรียนที่โรงเรียนซึ่งมีเด็ก

²³⁸ Section 38 , Race Relations Act 1976 ; Section 48 , Sex Discrimination Act 1975

²³⁹ From “Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education” 402 U.S. 1 (1971)

ผิวขาวส่วนมากเรียนอยู่ โจทก์ฟ้องว่านโยบายรณนักเรียนดังกล่าวเป็นการจำแนกความแตกต่างและไม่เท่าเทียมกัน ศาลตัดสินว่านโยบายนี้เป็นการแก้ปัญหาความไม่สมดุลทางเชื้อชาติ (Racial Imbalance) แม้ว่าความไม่สมดุลดังกล่าวเกิดจากการกำหนดให้นักเรียนเข้าเรียนตามพื้นที่ (Neighborhood Policy) แต่ก็ไม่ได้เกิดจากมูลเหตุจูงใจในการแบ่งแยกสีผิว ดังนั้น นโยบายนี้จึงมีความเหมาะสมเพื่อให้นักเรียนมีโอกาสรียนเท่าเทียมกัน จะเห็นได้ว่ามาตรการหรือนโยบายดังกล่าวนี้อาจมองว่าเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่จัดอยู่ในลักษณะของมาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวก “Affirmative Action” เพื่อช่วยให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างเด็กนักเรียนที่มีความแตกต่างกันให้ได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

ประเด็นของมาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวกที่สำคัญในบริบทของการศึกษาจะเห็นได้จากนโยบายของสถานศึกษาในการให้โควตาสำหรับกลุ่มบุคคลบางกลุ่ม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การให้โควตาด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด สีผิว ดังเช่นในคดี Regents of University of California v. Bakke²⁴⁰ ซึ่งเป็นกรณีที่มหาวิทยาลัยมีนโยบายรับนักศึกษาด้วยโควตาที่กำหนดขึ้นจากมูลเหตุเชื้อชาติ (Racial Quota) กล่าวคือ จำกัดที่นั่งจำนวน ๑๖ ที่นั่งจาก ๑๐๐ ที่นั่งให้บุคคลบางเชื้อชาติ สีผิว ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาตัดสินด้วยเสียงข้างมากว่ากรณีนี้แม้ว่าเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างความหลากหลายของเชื้อชาติให้เกิดขึ้นในชั้นเรียนด้วยการให้โควตาช่วยเหลือกลุ่มเชื้อชาติบางกลุ่ม แต่มีลักษณะกว้างเกินไปและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน

จากการวิเคราะห์เหตุผลในคำพิพากษาศาลสูงสุดแล้วพบว่า โดยทั่วไปแล้วนโยบายนี้มีลักษณะการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่มีเชื้อชาติ สีผิวต่างกัน ทำให้โจทก์ซึ่งเป็นคนผิวขาวโต้แย้งว่าตนไม่อยู่ในโควตาสำหรับคนผิวสี จึงเป็นการเลือกปฏิบัติต่อตนด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว อย่างไรก็ตาม ทางมหาวิทยาลัยอ้างว่า นโยบายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยเหยื่อจากความไม่เป็นธรรมในการแบ่งแยกทางสังคม (Compensate Victims of Unjust Societal Discrimination) จึงถือเป็นมาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวก (Affirmative Action) เพื่อสร้างโอกาสแก่กลุ่มบุคคลในกลุ่มเสี่ยงต่อการเลือกปฏิบัติ ประเด็นสำคัญของคดีจึงอยู่ที่การพิจารณาว่า นโยบายนี้ถือเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกหรือไม่ และขัดต่อหลักการคุ้มครองความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๑๔²⁴¹ หรือไม่ ศาลอธิบายว่าหลักความเท่าเทียมกันคุ้มครองบุคคลทุกเชื้อชาติ สีผิว อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวแตกต่างกันนั้นอาจทำได้ต่อเมื่อเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สำคัญที่รัฐพึงปกป้อง (Compelling State Interest)

จะเห็นได้ว่าศาลได้นำหลักวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายมาพิจารณาว่าโควตาดังกล่าวเป็นไปเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์อันเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สำคัญของรัฐที่พึงปกป้อง หรือไม่ กล่าวคือ หากการกำหนดโควตานี้เป็นไปด้วยวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สำคัญของรัฐแล้ว ก็ไม่เป็นการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน หรืออีกนัยหนึ่งก็คือเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกซึ่งจัดว่าเป็นข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติตนเอง

มหาวิทยาลัยอ้างว่าโควตาดังกล่าวเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สำคัญของรัฐในการช่วยเพิ่มจำนวนแพทย์ซึ่งเป็นคนกลุ่มน้อยและช่วยให้ชุมชนของคนกลุ่มน้อยได้มีแพทย์เพิ่มขึ้น ศาลเห็นว่าข้ออ้างนี้ยังไม่มีเหตุผลเพียงพอเนื่องจากวัตถุประสงค์ที่กล่าวอ้างสามารถทำให้บรรลุได้เช่นกัน หากรับแพทย์คนผิวขาวเพิ่มขึ้นและแพทย์ซึ่งเป็นคนผิวขาวเข้ามาปฏิบัติงานในชุมชนของคนกลุ่มน้อย อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าการส่งเสริมให้เกิดความหลากหลายในเชื้อชาติของนักศึกษาที่รับเข้ามาแต่ละปีนั้น (Racially Diverse Student Body) เป็นผลประโยชน์สำคัญอันหนึ่งซึ่งรัฐพึงปกป้อง

²⁴⁰ From “Regents of the University of California v. Bakke” 438 U.S. 265 (1978)

²⁴¹ Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution



อย่างไรก็ตาม นโยบายกำหนดโควตาจำนวนหนึ่งให้ชนกลุ่มน้อย เป็นการเลือกปฏิบัติต่อโจทก์ เนื่องจากยังมีมาตรการอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า (Less Restrictive Program) อันสามารถนำมาปรับใช้ เพื่อบรรลุซึ่งวัตถุประสงค์อันประกอบด้วยผลประโยชน์สำคัญดังกล่าว เช่น การนำปัจจัยด้านเชื้อชาติ สีผิว มาเป็นปัจจัยหนึ่งสำหรับการพิจารณารับนักศึกษา (Making Race One of Several Factors in Admission) เช่น บางมหาวิทยาลัยซึ่งไม่ได้กำหนดโควตาสำหรับชนกลุ่มน้อยด้วยจำนวนที่กำหนดแน่นอน แต่มีความพยายามในการรับนักศึกษาเชื้อชาติ สีผิว ต่าง ๆ ให้เกิดความหลากหลาย ซึ่งศาลยกตัวอย่างให้เห็นว่า นโยบายของสถานศึกษาที่นำเอาเชื้อชาติ สีผิว มาเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งในหลาย ๆ ปัจจัยสำหรับการรับศึกษานั้นสามารถทำได้ เนื่องจากไม่เป็นการจำกัดสิทธิของชนบางกลุ่มจนเกินไป สำหรับนโยบายเช่นนี้ ผู้สมัครผิวขาวอาจเสียเปรียบผู้สมัครผิวสีในแง่เชื้อชาติ สีผิว แต่ยังมีสิทธิแข่งขันด้วยปัจจัยอื่น ๆ เช่น ความสามารถในทางวิชาการ การทำกิจกรรม กีฬา ฯลฯ ดังนั้น นโยบายดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ถือว่าเป็นมาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวกที่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการดังกล่าวถูกศาลนำมาใช้ในปี ๒๐๐๓ ดังจะเห็นได้จากคดี Grutter v. Bollinger²⁴² ซึ่งเป็นกรณีนักศึกษาผิวขาวผู้มีผลการเรียน ๓.๘ ถูกปฏิเสธการรับเข้าศึกษาต่อในมหาวิทยาลัยเนื่องจากนโยบายใช้ปัจจัยด้านเชื้อชาติเป็นปัจจัยหนึ่งสำหรับการพิจารณารับนักศึกษา นักศึกษาผู้นี้จึงฟ้องว่าการใช้ปัจจัยดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๑๔

ในการพิจารณาว่าเกณฑ์การคัดเลือกของมหาวิทยาลัย Michigan นั้นเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) ซึ่งทำได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ศาลสูงสุดพิจารณาโดยใช้หลักการดังที่ปรากฏในคดี Regents of the University of California v. Bakke กล่าวคือ ศาลพิจารณาว่าเกณฑ์ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สำคัญที่รัฐพึงปกป้อง (Compelling State Interest) กล่าวคือวัตถุประสงค์ในการสร้างชั้นเรียนที่ประกอบด้วยความหลากหลายของนักศึกษา นอกจากนั้น ศาลพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวมีมาตรการอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า (Less Restrictive Program) หรือไม่ ศาลเปรียบเทียบกับมาตรการในลักษณะ “โควตา” โดยเห็นว่า แม้เกณฑ์การรับนักศึกษานี้จะเป็นการปฏิบัติในลักษณะพิเศษแก่ชนกลุ่มน้อยที่ด้อยโอกาส (Underrepresented Minority Group) แต่มีการนำปัจจัยอื่น ๆ เข้ามาประกอบการพิจารณาสำหรับผู้สมัครแต่ละรายด้วย ซึ่งแตกต่างกับระบบโควตา ดังที่ศาลในคดี Regents of the University of California v. Bakke ตัดสินว่าระบบโควตานั้นยังมีมาตรการทางเลือกอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า ซึ่งก็คือมาตรการนำเอาปัจจัยด้านเชื้อชาติมาประกอบการพิจารณาดังเช่นในคดีนี้ ดังนั้น ในคดีนี้จึงไม่ใช่กรณีที่ยังมีมาตรการอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า ด้วยเหตุนี้มาตรการดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

จะเห็นได้ว่า จากเหตุผลในคำพิพากษาคดีนี้ แสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลัก “มาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวก” (Affirmative Action) โดยศาลได้วางหลักที่สำคัญ ดังนี้

- มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคล ซึ่งไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ หากมาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สำคัญที่รัฐพึงปกป้อง (Compelling State Interest) ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ใด และวัตถุประสงค์นั้นคือประโยชน์สำคัญที่รัฐพึงปกป้องหรือไม่ การส่งเสริมให้เกิดความหลากหลายทางเชื้อชาติ สีผิว ด้วยการนำเอาปัจจัยดังกล่าวมาประกอบการพิจารณารับนักศึกษา ถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับผลประโยชน์สำคัญดังกล่าว
- มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกจะต้องมีขอบเขตที่จำกัด กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่าเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์

²⁴² From “Grutter v. Bollinger” 539 U.S. 306 (2003)

ดังกล่าวนั้น ยังมีมาตรการอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า (Less Restrictive Program) หรือไม่ หากยังมีมาตรการอื่นแล้ว ก็จะต้องใช้มาตรการอื่นก่อน ตัวอย่างเช่น การจำกัดโควตาารับนักศึกษาบางเชื้อชาติด้วยจำนวนที่แน่นอนลงไป ศาลในคดี Regents of the University of California v. Bakke เห็นว่ายังมีมาตรการอื่นนอกจากมาตรการเช่นนี้ ซึ่งอาจนำมาใช้เพื่อบรรลุถึงการส่งเสริมความหลากหลายทางเชื้อชาติของนักศึกษา แต่ในคดี Grutter v. Bollinger²⁴³ ศาลเห็นว่า มาตรการที่นำเอาปัจจัยด้านเชื้อชาติมาประกอบการพิจารณารับนักศึกษานั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากไม่ใช่กรณีที่ยังมีมาตรการอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า

๔.๖.๓ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

หากพิจารณาตามกฎหมายไทย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า ตามรัฐธรรมนูญทั้งฉบับปี ๒๕๔๐ และ ๒๕๕๐ ได้วางหลักเกี่ยวกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกไว้ในมาตรา ๓๐ ที่ว่า **“มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”** ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวแม้ว่าส่งผลเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่มุ่งหมายเพื่อบรรลุหลักการสำคัญ คือ ความเท่าเทียมกัน (Equality) จึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างซึ่งไม่ขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ

สำหรับในมิติของการศึกษานั้น พบว่ามีกฎหมายไทยหลายฉบับซึ่งมีหลักการในลักษณะของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก เช่น พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. ๒๕๔๕ วางหลักให้กระทรวงศึกษาธิการ คณะกรรมการเขตพื้นที่การศึกษา องค์กรส่วนปกครองท้องถิ่น และสถานศึกษา จัดการศึกษาเป็นพิเศษสำหรับเด็กที่มีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา อารมณ์ สังคม การสื่อสาร และการเรียนรู้ หรือมีร่างกายพิการ หรือทุพพลภาพ หรือเด็กซึ่งไม่สามารถพึ่งตนเองได้ หรือไม่มีผู้ดูแล หรือด้อยโอกาส หรือเด็กที่มีความสามารถพิเศษให้ได้รับการศึกษาภาคบังคับด้วยรูปแบบและวิธีการที่เหมาะสม รวมทั้งการได้รับสิ่งอำนวยความสะดวก²⁴⁴ จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับกำหนดหลักการเพื่อให้บุคคลได้มีโอกาสเข้ารับการศึกษ ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติซึ่งกำหนดให้มีการศึกษาภาคบังคับไว้ ดังนั้นพระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับจึงเป็นกฎหมายที่มุ่งส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันและความเสมอภาคทางการศึกษา

สำหรับการที่พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ และพระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ กำหนดหลักการให้จัดการศึกษาสำหรับบุคคลบางกลุ่มเป็นพิเศษ มีลักษณะเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลบางกลุ่ม²⁴⁵ ซึ่งโดยหลักแล้วเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม การจัดการศึกษาเป็นพิเศษนี้อาจเทียบได้กับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) เพื่อให้บุคคลที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าวได้มีโอกาสเข้าถึงการศึกษาที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป

นอกจากกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาทั้งสองฉบับดังกล่าว ยังมีกฎหมายเฉพาะกรณีการศึกษาสำหรับคนพิการ คือ **พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๑** ซึ่งวางหลักรับรองสิทธิในการศึกษาของคนพิการ²⁴⁶ โดย ให้สถานศึกษาในทุกสังกัดจัดทำแผนการศึกษาเฉพาะบุคคลให้สอดคล้องกับความต้องการจำเป็นพิเศษ

²⁴³ Ibid -/

²⁴⁴ พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๒

²⁴⁵ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐ วรรคสอง และวรรคสาม และพระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๒ ดังที่ได้ชี้ให้เห็นแล้วในบทที่ ๓

²⁴⁶ พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๕



ของคนพิการ²⁴⁷ รวมทั้งให้เงินอุดหนุนและความช่วยเหลือเป็นพิเศษจากรัฐแก่สถานศึกษาทั้งของรัฐและเอกชนที่จัดการศึกษาสำหรับคนพิการ²⁴⁸ จะเห็นได้ว่า มาตรการตามกฎหมายฉบับนี้ปฏิบัติต่อคนพิการในมิติของการศึกษาแตกต่างจากบุคคลอื่น แต่การปฏิบัติแตกต่างกันนี้เป็นไปเพื่อให้คนพิการได้มีโอกาสในการศึกษาเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป จึงจัดเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) ได้เช่นกัน

หากเปรียบเทียบในมิติการศึกษากับกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่นำมาวิเคราะห์ข้างต้นพบว่า มาตรการที่ให้สิทธิพิเศษ (Privilege) สำหรับบุคคลบางกลุ่มอาจจัดเป็นมาตรการพิเศษซึ่งเป็นข้อยกเว้นจากการห้ามเลือกปฏิบัติได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่ศาลกำหนดไว้ หากเปรียบเทียบกับกรณีของไทย พบว่า หลักการตามกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาข้างต้นก็อาจจัดเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกหรือมาตรการพิเศษได้เช่นกัน นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเคยพิจารณาว่า “..การกำหนดหลักเกณฑ์การรับนักเรียนสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานที่กำหนดให้รับนักเรียนในเขตพื้นที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๐ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและไม่กระทบต่อสิทธิของเด็กที่เข้าศึกษา ซึ่งการกำหนดรับนักเรียนโดยอาศัยเกณฑ์ทะเบียนราษฎรเป็นหลักนั้นเป็นการรับรองสิทธิ ไม่เป็นการจำกัดสิทธิจึงไม่มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด ...” (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๙๒๗-๙๒๘/๒๕๕๘) จะเห็นได้ว่า หากพิจารณาโดยทั่วไปแล้ว มาตรการดังกล่าวเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่นักเรียนที่อยู่ในเขตพื้นที่ จึงอาจมองว่าเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุ “ถิ่นที่อยู่” อย่างไรก็ตาม มีประเด็นว่า เหตุเกี่ยวกับถิ่นที่อยู่ในความหมายเชิงกายภาพหรือพื้นที่เช่นนี้ จะถือเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในลักษณะเดียวกับ “เชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด หรือสังคมดั้งเดิม” หรือไม่ นอกจากนี้ อาจพิจารณาได้ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อส่งเสริมให้นักเรียนในพื้นที่ได้มีโอกาสเรียนใกล้ที่อยู่อาศัย และเป็นประโยชน์อย่างหนึ่งซึ่งรัฐพึงคุ้มครองปกป้อง จึงเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

ในกรณีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกรณี “ความพิการ” นั้นพบว่า พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ เป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิในการเข้าถึงและใช้สิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะ สวัสดิการจากรัฐ จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกให้กับคนพิการ นอกจากนี้ ระเบียบของคณะกรรมการที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้วางหลักเกี่ยวกับ “การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล”²⁴⁹ ไว้ว่าหมายถึง “การเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงที่จำเป็นและเหมาะสมโดยไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินควรหรือเกินสัดส่วน เฉพาะในกรณีที่จำเป็นเพื่อประกันว่าคนพิการได้อุปโภคและใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น” จะเห็นได้ว่า การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผลนี้ สอดคล้องกับ “Reasonable Accommodation” ที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีพันธกรณีต้องจัดให้มีการช่วยเหลือดังกล่าว

ในกรณีผู้สูงอายุนั้น ประเทศไทยก็มีกฎหมายเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. ๒๕๔๖ ซึ่งกำหนดรับรองสิทธิในด้านต่าง ๆ ของผู้สูงอายุ จะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้อาจจัดเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกโดยปฏิบัติต่อผู้สูงอายุเป็นพิเศษ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกับบุคคลอื่น ๆ

²⁴⁷ พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๘

²⁴⁸ พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๗

²⁴⁹ ข้อ ๔. ระเบียบคณะกรรมการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการร้องขอ การรวบรวมพยานหลักฐานการใกล้เกลี่ย การวินิจฉัย และคำตอบแทนของคณะอนุกรรมการหรือผู้ใกล้เกลี่ยเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๖

สำหรับกฎหมายเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ก็มีหลักการเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ มาตรา ๑๗ ซึ่งมีการกำหนดมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกในวรรคท้าย²⁵⁰

ตัวอย่างของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกตามกฎหมายเฉพาะอื่น เช่น พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙ ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก สำหรับ “วัยรุ่นที่ตั้งครรภ์” (บุคคลอายุเกินสิบปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงยี่สิบปีบริบูรณ์) โดยกำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมสนับสนุนต่าง ๆ เช่น ฝึกอาชีพแก่วัยรุ่นที่ตั้งครรภ์ ประสานงานจัดหางาน จัดหาครอบครัวทดแทนกรณีที่ยังไม่สามารถเลี้ยงดูบุตรด้วยตนเองได้ จัดสวัสดิการสังคมด้านอื่น ๆ²⁵¹

■ สำหรับในมิติของการจ้างแรงงานนั้น มีคดีซึ่งมีประเด็นโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ มาตรา ๑๒๐ มีหลักการที่เลือกปฏิบัติโดยให้สิทธิเฉพาะลูกจ้างฝ่ายเดียวที่มีสิทธิยื่นคำขอให้คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานพิจารณาวินิจฉัย และให้สิทธิแก่คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างในสถานะของนายจ้างและลูกจ้างโดยไม่ให้สิทธิใด ๆ แก่ฝ่ายนายจ้างและไม่ได้รับความเสมอภาคในบทบัญญัติของกฎหมายเท่ากับฝ่ายลูกจ้าง แต่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า**กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างผู้มีฐานะที่ด้อยทางเศรษฐกิจ...อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้ลูกจ้างสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับนายจ้าง** ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ ๓๐ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๓/๒๕๔๘) จะเห็นได้ว่า หลักการหลายอย่างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานมีลักษณะปฏิบัติต่อลูกจ้างในเชิงให้สิทธิพิเศษ (Privilege) ซึ่งอาจมองได้ว่าเป็นการปฏิบัติต่อลูกจ้างและนายจ้างแตกต่างกัน ด้วยเหตุสถานะของบุคคลอันเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ในอีกแง่หนึ่งจะเห็นได้ว่า หลักการต่าง ๆ ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานมีลักษณะเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกเพื่อคุ้มครองฝ่ายลูกจ้างที่กฎหมายเห็นว่าอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบเมื่อเปรียบเทียบกับฝ่ายนายจ้าง

■ สำหรับกรณีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายให้สิทธิคู่ความขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถาได้นั้น²⁵² เป็นกฎหมายที่ส่งผลให้เกิดการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่ง “สถานะทางเศรษฐกิจ” แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากอาจพิจารณาได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกเพื่อส่งเสริมให้บุคคลที่เสียเปรียบด้วยเหตุฐานะทางเศรษฐกิจได้มีโอกาสเข้าถึงการดำเนินคดีอย่างเท่าเทียมกันกับคู่ความอื่น ๆ

²⁵⁰ มาตรา ๑๗ กำหนดว่า

การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติ ของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพ ได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการ ทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

²⁵¹ พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๙

²⁵² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๕๖ และ ๑๕๖/๑



จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญและกฎหมายลำดับรองของไทยมีการวางหลักมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกหรือมาตรการพิเศษเพื่อให้บุคคลบางกลุ่มที่เสียเปรียบได้มีความเสมอภาคกับบุคคลอื่น อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศประการสำคัญอันหนึ่งก็คือ จากกฎหมายต่างประเทศนั้นพบว่า เมื่อมาตรการนั้นตกอยู่ในขอบเขตของ “Affirmative Action” แล้ว จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติ แต่ถ้ามาตรการนั้น ไม่เข้าองค์ประกอบหรือไม่อยู่ในขอบเขตของ “Affirmative Action” แล้ว จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของไต้หวัน หากมาตรการดังกล่าวไม่เข้าองค์ประกอบของวรรคสามตามรัฐธรรมนูญ ก็จะเรียกมาตรการนั้นว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” (สำหรับในประเด็นนี้ได้แยกวิเคราะห์ไว้โดยเฉพาะในหัวข้อ ๔.๓)

๔.๗ หลักขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ (Margin of Appreciation)

หลัก “ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ” หรือ “Margin of Appreciation” เป็นหลักการที่พัฒนาขึ้นจากศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ในการพิจารณาว่า รัฐภาคีสันติสัญญา ECHR ละเมิดต่อหลักการตามสนธิสัญญาหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากในแง่หนึ่ง รัฐภาคีมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญา ECHR แต่ในอีกแง่หนึ่ง การปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวอาจเกิดความขัดแย้งกับกฎหมายภายในซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิหรือประโยชน์อื่นของรัฐนั้น

ตัวอย่างของคดีที่แสดงถึงความขัดแย้งระหว่างหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตาม ECHR กับ กฎหมายภายใน เช่น ในปี ค.ศ. ๒๐๐๕ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินในคดี Hirst v United Kingdom ว่าสิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานไม่ใช่อภิสิทธิ์ (Privilege) และได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (Article 3 (right to free elections) of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights) ดังนั้น กฎหมายภายในของอังกฤษ (Section 3 of the Representation of the People Act 1983) ที่วางหลักตัดสิทธิเลือกตั้งของนักโทษเป็นการทั่วไปและในทันทีที่รับโทษ (Blanket ban) โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของความผิดหรือระยะเวลาจำคุกของแต่ละคนนั้นเป็นการขัดต่อสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญาดังกล่าวที่รัฐมีหน้าที่จัดการเลือกตั้งโดยให้ประชาชนและนักโทษได้ใช้สิทธิ จะเห็นได้ว่ากรณีนี้มีความขัดแย้งกันระหว่างหลักสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญากับกฎหมายภายในซึ่งมีวัตถุประสงค์ป้องกันอาชญากรรมโดยการควบคุมและจำกัดพฤติกรรมของนักโทษ

ด้วยเหตุนี้ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปจึงพัฒนาหลัก Margin of Appreciation ขึ้นมาเพื่อประสานความขัดแย้งดังกล่าวโดยการสร้างความสมดุลระหว่างหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับการปฏิบัติของรัฐที่อาจมีความแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่ยังคงอยู่ในขอบเขตที่ถือว่าไม่ขัดกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา ECHR หลักการนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการที่รัฐสามารถถอนจากการปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญา (Derogation from the Obligations)

หลักการ Margin of Appreciation ได้เริ่มปรากฏจากกรณีความจำเป็นหรือเหตุฉุกเฉินสาธารณะ (Public Emergency) เช่น ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเห็นว่า²⁵³ การที่อังกฤษปฏิบัติแตกต่างจากพันธกรณีตามสนธิสัญญา (มาตรา ๑๕ ของ ECHR) ได้ในกรณีสถานการณ์ฉุกเฉิน

ศาลยังได้ขยายขอบเขตหลักการนี้จากเหตุฉุกเฉิน (Emergency) โดยกำหนดปัจจัยในการพิจารณา สองประการได้แก่ มาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับอย่างเป็นเอกฉันท์ระหว่างรัฐภาคี และหลักความได้สัดส่วนตามสนธิสัญญาของยุโรป ซึ่งในการพิจารณาความได้สัดส่วนนี้จะนำเอาปัจจัยเกี่ยวกับลักษณะโดยธรรมชาติของสิทธินั้น และวัตถุประสงค์ของ

²⁵³ From Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th ed. (p 1055-1056) by P. van Dijk, et al., 2006, Antwerpen: Intersentia

มาตรการที่พิพาท มาประกอบด้วย²⁵⁴ โดยศาลอธิบายว่า การที่รัฐหลุดพ้นจากความรับผิดชอบนั้นเป็นปัญหาที่ละเอียดอ่อนที่จะต้องพิจารณาหลายปัจจัยเพื่อการสร้างการสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะที่รัฐต้องการปกป้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา²⁵⁵ นอกจากนั้น ศาลอธิบายว่าในการพิจารณามาตรการที่พิพาทนั้นจะต้องคำนึงถึงลักษณะทั้งทางกฎหมายและข้อเท็จจริงซึ่งเกี่ยวข้องกับชีวิตและสังคมในรัฐนั้น แต่ทั้งนี้ศาลซึ่งเป็นกลไกระหว่างประเทศไม่อาจมีบทบาทในลักษณะเดียวกับองค์กรภายในรัฐนั้น²⁵⁶

ในคดี *Handyside v. United Kingdom*²⁵⁷ มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการจัดพิมพ์หนังสือเรียนซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศอย่างชัดเจน หนังสือดังกล่าวสามารถเผยแพร่ในประเทศภาคีสถิติสัญญา ECHR หลายประเทศ อย่างไรก็ตามในอังกฤษมีปัญหาว่าผู้พิมพ์หนังสือดังกล่าวถูกตัดสินว่ามีความผิดตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับสื่อลามก คดีนี้จึงมาสู่การพิจารณาศาลยุโรปว่ารัฐบาลอังกฤษฝ่าฝืนหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of expression) หรือไม่ โดยรัฐบาลอังกฤษอ้างว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน จะเห็นได้ว่ากรณีนี้มีความขัดแย้งกันระหว่างการปฏิบัติตามหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญากับการคุ้มครองประโยชน์ด้านศีลธรรมอันดีที่รัฐมุ่งประสงค์ ในคดีนี้ศาลนำหลัก Margin of Appreciation มาใช้โดยตัดสินว่าอังกฤษไม่ละเมิดต่อสนธิสัญญา โดยศาลให้เหตุผลว่า “เป็นไปได้อย่างที่กฎหมายภายในของรัฐภาคีจะมีลักษณะเป็นเอกภาพกันในแนวคิดด้านศีลธรรม แนวคิดและมุมมองดังกล่าวแตกต่างกันไปตามกฎหมายภายใน ดังนั้น รัฐภาคีจึงอยู่ในฐานะที่ดีกว่าศาลระดับระหว่างประเทศในการพิจารณาประเด็นเชิงเนื้อหา (Content) ที่พิพาท รวมทั้งประเด็นความจำเป็น (Necessity)

จะเห็นได้ว่า ภายใต้หลัก Margin of Appreciation นั้น ศาลได้จำแนกความแตกต่างระหว่างบทบาทของศาลในฐานะกลไกตามกฎหมายระหว่างประเทศในการตรวจสอบการดำเนินการของรัฐให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา กับบทบาทขององค์กรตามกฎหมายภายในของรัฐในการใช้ดุลพินิจ (Discretion) ดังนั้น ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจของรัฐ เช่น ระดับศีลธรรมอันดี ความจำเป็น เหตุฉุกเฉินนั้นอยู่ในขอบอำนาจ (Margin) ของรัฐภาคีที่สามารถพิจารณาตามความเหมาะสมและไม่ขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ

สำหรับคดีที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปนำหลักการ Margin of appreciation มาปรับใช้ ในบริบทของการพิจารณาคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ²⁵⁸ เช่น

- ☞ คดี *Sommerfeld v. Germany*²⁵⁹ ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า ผู้ร้องเป็นบิดาของบุตรซึ่งเป็นบุตรนอกสมรส ผู้ร้องอยู่กับมารดาของเด็กจนกระทั่งแยกทางกัน มารดาของเด็กซึ่งสมรสกับชายอีกคนหนึ่ง ได้ห้ามมิให้ผู้ร้องพบกับบุตร ผู้ร้องจึงไปฟ้องคดีต่อศาลเยอรมันเพื่อขอให้รับรองสิทธิในการพบและติดต่อกับบุตร ศาลเยอรมันพิจารณาแล้วปฏิเสธโดยเหตุสำคัญแห่งการปฏิเสธ คือ การที่ศาลฟังพยานหลักฐานจากคำให้การของเด็กว่า ไม่ต้องการพบกับผู้ร้องอีก

²⁵⁴ From “*Lawless v. Ireland*” No. 332/57, ECHR 1961 A3 (N.B. verbatim record of the hearing on 8 April)

²⁵⁵ Ibid

²⁵⁶ Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium (“Belgian Linguistic Case”) (No. 2), no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, §10, ECHR 1968 A6

²⁵⁷ From “*Handyside v. United Kingdom*” No. 5493/72, §48, ECHR 1976 A24

²⁵⁸ Article 14, European Convention on Human Rights

²⁵⁹ From “*Sommerfeld v. Germany*” (Application No. 31871/96, 2003)



ผู้ร้องจึงนำคดีขึ้นศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปอ้างว่าการที่ศาลเยอรมันตัดสินเช่นนั้นเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิที่ได้รับการรับรองตามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ สิทธิในชีวิตครอบครัว (มาตรา ๘) และ ยังเป็นการเลือกปฏิบัติที่ฝ่าฝืนมาตรา ๑๔

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีนี้ศาลเยอรมันไม่ได้ละเมิดสิทธิในชีวิตครอบครัวตามมาตรา ๘ เนื่องจากองค์กรของรัฐมีสิทธิที่จะสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเด็กกับผู้ปกครอง โดยในคดีนี้เห็นว่าศาลเยอรมันได้ใช้เหตุผลที่เหมาะสมในการปฏิเสธมิให้พบกับบุตร นั่นคือความประสงค์อย่างชัดเจนของบุตร รวมทั้งเหตุผลเกี่ยวกับความเสี่ยงของผลกระทบต่ออารมณ์และสภาพจิตใจของเด็กหากมีการบังคับให้เด็กต้องกระทำการที่ฝืนใจ

สำหรับประเด็นการฝ่าฝืนมาตรา ๑๔ นั้น ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเห็นว่า กรณีสิทธิของบิดาในการพบบุตร นั้นกฎหมายเยอรมันที่เกี่ยวข้องได้วางหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ระหว่างบิดาที่สมรสกับมารดาของเด็กและหย่าร้าง กับบิดาที่ไม่ได้สมรสกับมารดาของเด็ก กล่าวคือ บิดาที่สมรสและหย่าร้างมีสิทธิพบและติดต่อเด็กซึ่งอาจถูกจำกัดในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ของเด็ก แต่บิดาที่ไม่ได้สมรสกับมารดาของเด็คนั้น จะมีสิทธิพบและติดต่อเด็กได้ต่อเมื่อแม่ของเด็กตกลงยินยอมหรือได้รับอนุญาตจากศาลว่าการพบเด็กจะเป็นประโยชน์แก่เด็ก ดังนี้ ศาลให้น้ำหนักกับการตัดสินใจของแม่เด็ก และกำหนดภาระพิเศษสำหรับบิดาในการพบและติดต่อบุตรนอกสมรสมากกว่าบิดาที่สมรสและหย่าร้างกับมารดาของเด็ก กฎหมายของเยอรมัน²⁶⁰ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างบิดานอกสมรสกับบิดาที่สมรสกับมารดาของเด็ก อย่างไรก็ตาม ศาลได้อธิบายว่า การเลือกปฏิบัติของกฎหมายดังกล่าวอาจทำได้หากมีเหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพอ (Very weighty reasons) ซึ่งศาลไม่พบเหตุผลดังกล่าวในคดีนี้

จะเห็นได้ว่า หลักการ “Margin of Appreciation” ถูกนำมาใช้ในการตัดสินคดี กล่าวคือ การที่ศาลเยอรมันปฏิเสธสิทธิของบิดาในการพบเด็ก โดยหลักแล้วเป็นการละเมิดสิทธิในครอบครัว แต่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปพิจารณาถึงเหตุผลของการปฏิเสธดังกล่าวแล้วเห็นว่าเหตุอันสมควร ทำให้ไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา ๘ นอกจากนี้ ในการพิจารณาประเด็นมาตรา ๑๔ จะเห็นได้ว่า กฎหมายมีการวางเกณฑ์ที่แตกต่างกันสำหรับบิดาที่ไม่สมรสกับที่สมรสกับมารดาของเด็ก แต่กรณีนี้ศาลยังไม่เห็นถึงเหตุผลจำเป็นของความแตกต่างกัน กล่าวคือ หากกฎหมายดังกล่าวมีเหตุผลที่แสดงให้เห็นว่าเกณฑ์อันต่างต่างนั้นมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเด็กอย่างไรแล้ว ก็อาจเป็น “เหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพอ” (Very weighty reasons) อันทำให้เข้าข้อยกเว้นตามหลัก “Margin of Appreciation” และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

ปัจจัยสำคัญที่ศาลนำมากำหนดขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจก็คือ “เหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพอ” (Very weighty reasons) ซึ่งหากเป็นกรณีที่เกี่ยวกับมาตรการของรัฐอันมุ่งใช้กับกลยุทธ์ทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ ศาลจะให้ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจที่กว้าง นั่นคือกฎเกณฑ์หรือมาตรการของรัฐที่พิพาทว่าเป็นการเลือกปฏิบัตินั้นจะไม่ขัดต่อกฎหมายสหภาพยุโรป

²⁶⁰ กฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code) มาตรา 1634 § 1 เกี่ยวกับผู้ปกครองเด็กที่เกิดจากการสมรส regarding (born in wedlock) และ มาตรา 1711 § 2 เกี่ยวกับพ่อของเด็กที่เกิดนอกสมรส (born out of wedlock)

ในคดี *Stec and Others v. UK*²⁶¹ ผู้ยื่นคำร้องได้ทำการร้องเรียนถึงผลของความแตกต่างของการเกษียณอายุระหว่างผู้ชายและผู้หญิง โดยแต่ละส่วนมีข้อเสียเปรียบของผลประโยชน์ที่แตกต่างซึ่งถูกกำหนดตามอายุเกษียณ ECHR พบว่าโดยหลักของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศอาจมีเหตุผลสมควรได้ในกรณีที่มี “เหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพอ” ทั้งนี้ ศาลจะพิจารณาให้รัฐมีขอบเขตการใช้ดุลพินิจโดยกว้างสำหรับมาตรการที่ใช้ในทางเศรษฐกิจหรือกลยุทธ์ทางสังคม (a wide margin is usually allowed to the State under the [ECHR] when it comes to general measures of economic or social strategy)

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลจะยอมรับถึงการมีขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของรัฐ แต่สำหรับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่างเช่น เชื้อชาติ แล้ว ศาลให้น้ำหนักกับการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติ ดังจะเห็นได้จาก ในคดี *Andrejeva v. Latvia* case²⁶² ผู้ยื่นคำร้องเคยเป็นเมืองของสหภาพโซเวียตเก่าแต่ได้รับสิทธิในการพำนักอยู่อย่างถาวรในประเทศลัตเวียตามกฎหมายภายใน ได้จัดให้ผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้ที่ทำงานอยู่นอกประเทศลัตเวียในช่วงก่อนการประกาศอิสรภาพ (แม้ว่าจะทำตำแหน่งเดิมซึ่งอยู่ภายในอาณาเขตลัตเวียก่อนและหลังการเป็นอิสรภาพ) และในลำดับต่อมาการคำนวณเงินหลังเกษียณของผู้ร้องเป็นการคำนวณตามพื้นฐานของระยะเวลาที่ใช้ในการทำงานตำแหน่งเดียวกันหลังการเป็นอิสรภาพ ทั้งนี้ ประชาชนชาวลัตเวียซึ่งทำงานในตำแหน่งเดียวกันมีสิทธิในการได้รับเงินหลังเกษียณตามระยะเวลาทั้งหมดของการให้บริการรวมถึงการทำงานในช่วงเวลาก่อนการเป็นอิสรภาพซึ่งแตกต่างไปจากการคำนวณให้กับผู้ร้อง ทั้งนี้ ECHR พบว่าผู้ยื่นคำร้องอยู่ในสถานการณ์ที่เทียบเท่ากับการเป็นประชาชนชาวลัตเวียเนื่องจากภายใต้กฎหมายแห่งชาตินั้น เธอได้รับอนุญาตให้พำนักอยู่ในลัตเวียอย่างถาวรในฐานะของพลเมืองต่างเชื้อชาติ นอกจากนั้นเธอยังเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการจ่ายภาษีซึ่งเธอต้องจ่ายในอัตราเดียวกับประชาชนชาวลัตเวีย ศาลอธิบายว่า ความจำเป็นที่จะต้องมีการปฏิบัติอย่างแตกต่างบนพื้นฐานของเชื้อชาตินั้นจำเป็นที่จะต้องมีเหตุผลอันสำคัญอย่างยิ่ง (very weighty reasons) แต่ในกรณีนี้ไม่สามารถให้การปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ แม้ว่าจะยอมรับว่ารัฐมี “ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ” ในส่วนของนโยบายการคลังและสังคม แต่ในสถานการณ์ของผู้ยื่นคำร้องนั้นถือได้ว่าเธออยู่ในสถานการณ์ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความเป็นพลเมืองของลัตเวีย ดังนั้นจึงถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติ

๔.๗.๑ หลัก “Margin of Appreciation” ในกรณีการเลือกปฏิบัติกับผู้ติดเชื้อ HIV

ตามหลัก “Margin of appreciation” ดังกล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายหรือนโยบายของรัฐซึ่งมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ อาจใช้บังคับได้โดยไม่ขัดต่อหลักการตามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ทั้งนี้ หากกรณีนั้น ขอบเขตการใช้ดุลพินิจของรัฐในการตรากฎหมายที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กว้าง โดยขอบเขตที่กว้างนี้จะต้องพิจารณาปัจจัยสำคัญ คือ ประโยชน์หรือสิ่งที่กฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองมีน้ำหนักเพียงพอหรือไม่ โดยพิจารณาประกอบกับลักษณะและสภาพของบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติ ต่อไปนี้จะได้พิจารณาคดีตัวอย่างที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปพิจารณากฎหมายภายในของรัฐที่เลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อ HIV ในบริบทของการปรับใช้หลักการ “Margin of appreciation”

²⁶¹ From “ECHR, *Stec and Others v. UK* [GC]” (Nos. 65731/01 and 65900/01), 12 April 2006

²⁶² From “ECHR, *Andrejeva v. Latvia* [GC]” (No. 55707/00), 18 February 2009



คดี Kiyutin v. Russia²⁶³ คดีนี้มีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า Kiyutin เป็นคนสัญชาติ Uzbek และอยู่อาศัยในรัสเซีย ได้ยื่นคำขอมิถินที่อยู่ในรัสเซียแต่ถูกปฏิเสธ เนื่องจากเขาเป็นคนต่างชาติที่เป็นผู้ติดเชื้อ HIV ดังนั้น Kiyutin ฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป โดยอ้างว่ารัสเซียกระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ศาลพิจารณาประเด็นตามมาตราที่ ๑๔ และ ๘

คำตัดสิน: ศาลได้อ้างคำพิพากษาในคดี Alajos Kiss v. Hungary ที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งของประชาชนที่เป็นผู้มีจิตบกพร่อง ศาลตัดสินว่า “ในกรณีที่ข้อจำกัดสิทธิพื้นฐานถูกนำมาใช้กับกลุ่มบุคคลที่มีความเปราะบางในสังคม ผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติที่ผ่านมาในอดีต ดังเช่นกลุ่มผู้มีจิตบกพร่อง (Mentally Disabled) ดังนี้ “Margin of Appreciation” ของรัฐจะมีขอบเขตที่แคบอย่างยิ่งและจะต้องมีน้ำหนักเหตุผลที่มากเพียงพอในการจำกัดสิทธิเช่นนั้น” ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลในกลุ่มดังกล่าวต้องเผชิญกับอคติซึ่งส่งผลกระทบตามมาอย่างยาวนานในประวัติศาสตร์ จนกระทั่งส่งผลให้เกิดการกีดกันบุคคลดังกล่าวจากสังคม...”²⁶⁴ เมื่อเปรียบเทียบกับคดีนี้กับคดีดังกล่าวแล้ว ศาลจึงตัดสินว่า บุคคลที่ติดเชื้อ HIV จัดอยู่ในกลุ่มเปราะบาง (Vulnerable Group) ด้วยเช่นกัน ดังนั้น รัฐมี “Margin of Appreciation” ในขอบเขตที่แคบ ศาลอธิบายว่า “นับแต่การแพร่ระบาดในวงกว้างของ HIV ในช่วงปี ๑๙๘๐ ประชาชนผู้ติดเชื้อ HIV ต้องทุกข์ทรมานกับการกีดกันและการตีตรา ผู้อื่นในสังคมเกิดความตระหนกและหวาดหวั่นต่อการติดเชื้อและเกรงกลัวผู้ติดเชื้อ นอกจากนี้ การติดเชื้อมีแนวโน้มเชื่อมโยงกับพฤติกรรม เช่น การร่วมเพศของผู้รักร่วมเพศ ผู้ติดยาเสพติด โสเภณี ซึ่งพฤติกรรมเหล่านี้เป็นที่ดูหมิ่นเหยียดหยามในหลายสังคม การติดเชื้อมีผลกระทบต่อคนในสังคมสร้างความเชื่อมโยงระหว่างผู้ติดเชื้อ กับการขาดความรับผิดชอบและพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว อันก่อให้เกิดรูปแบบของการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ตามมาอีกด้วย เช่น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งสีผิว เชื้อชาติ รสนิยมทางเพศ เป็นต้น แม้ในปัจจุบันมีการพัฒนาวิธีการป้องกันและการบำบัดผู้ติดเชื้อ แต่การตีตราและเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อยังคงเกิดขึ้นอยู่อย่างแพร่หลาย ดังนั้น บุคคลผู้ติดเชื้อ HIV เป็นกลุ่มผู้เปราะบางซึ่งมีประวัติศาสตร์แห่งการตีตราและอคติ รัฐจึงควรมี “Margin of Appreciation” ในขอบเขตที่แคบในการเลือกมาตรการที่จะใช้กับกลุ่มดังกล่าวสำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งสถานะความเป็นผู้ติดเชื้อ HIV”²⁶⁵ ดังนั้น ในการพิจารณามาตรการที่รัฐนำมาใช้อันส่งผลต่อการเลือกปฏิบัติกับผู้อยู่ในกลุ่มเปราะบางนี้ (ซึ่งในคดีนี้ก็คือการที่รัฐไม่อนุญาตให้ผู้ติดเชื้อ HIV ขอมิถินที่อยู่) ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปใช้เกณฑ์พิจารณาที่ต้องชั่งน้ำหนักเป็นอย่างยิ่ง (Very Weighty Reasons-Test) และการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการดังกล่าวนี้ จะต้องพิจารณาด้วยความเข้มงวดอย่างยิ่ง (Rigorous Scrutiny)

ดังนั้น ศาลเห็นว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้นั้นอยู่บนสมมุติฐานที่เชื่อมโยงการติดเชื้อ HIV กับพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม ซึ่งศาลเห็นว่าไม่มีน้ำหนักเพียงพอ “...การกีดกันผู้ติดเชื้อ HIV จากการเข้าประเทศหรือการขอมิถินที่อยู่เพื่อปกป้องการแพร่กระจายของเชื้อ HIV นั้น อยู่บนสมมุติฐานที่ว่า บุคคลเหล่านั้นมักเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่แสดงถึงความไม่ปลอดภัย และประชาชนในประเทศไม่สามารถป้องกันตนเองได้ ซึ่งสมมุติฐานดังกล่าวเป็นการเหมารวม (Generalization) ซึ่งไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและไม่คำนึงถึงสถานการณ์ของปัจเจกบุคคลซึ่งมีความแตกต่างกันไป

²⁶³ From “Kiyutin v. Russia”, 10 March 2011, no. 2700/10 (First Section)

²⁶⁴ From “Alajos Kiss v. Hungary” Para 42

²⁶⁵ From “Kiyutin v. Russia” para 64

ในแต่ละสถานการณ์²⁶⁶ ด้วยเหตุนี้ หลังจากพิจารณาอย่าง ลึกซึ้งถึงเหตุผล (Justification) ของมาตรการของรัฐที่พิพาทแล้ว ศาลเห็นว่า มาตรการดังกล่าวยังไม่มีน้ำหนักและเหตุผลที่เพียงพอ และตัดสินว่าผู้ร้องเป็นเหยื่อของการถูกเลือกปฏิบัติ

๔.๗.๒ การปรับใช้หลัก “Margin of Appreciation” กับการเลือกปฏิบัติมิติอื่น ๆ

จากคดีดังกล่าวข้างต้น ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้พิจารณากฎหมายภายในของรัฐซึ่งส่งผลเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อ HIV ซึ่งหากกรณีนี้ศาลเห็นว่า รัฐมี “Margin of Appreciation” หรือขอบเขตการใช้ดุลพินิจที่กว้างแล้ว กฎหมายดังกล่าวก็อาจใช้บังคับได้ แม้ว่ามีลักษณะการเลือกปฏิบัติแต่มิมีน้ำหนักและเหตุผลอย่างเพียงพอ อย่างไรก็ตาม คดีนี้ศาลเห็นว่า ผู้ติดเชื้อ HIV เป็นบุคคลที่เปราะบาง ดังนั้น ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติจะต้องมีขอบเขตที่แคบ โดยการพิจารณาประโยชน์อื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองแล้ว จะต้องเป็นกรณีที่มีน้ำหนักเป็นอย่างยิ่ง (Very Weighty Reasons-Test) อีกทั้งในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายหรือมาตรการดังกล่าวนั้น จะต้องพิจารณาด้วยความเข้มงวดอย่างยิ่ง (Rigorous Scrutiny) จากหลักการดังกล่าวนี้ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ประโยชน์ที่กฎหมายกรณีนี้มุ่งคุ้มครองยังมีน้ำหนักน้อยเมื่อเทียบกับความเปราะบางของกลุ่มผู้ติดเชื้อ HIV ดังจะเห็นได้จากที่ศาลอธิบายไว้ว่า มาตรการที่รัฐนำมาใช้นั้น “..อยู่บนสมมุติฐานที่เชื่อมโยงการติดเชื้อ HIV กับพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม” อีกทั้งมีลักษณะ “เหมารวม” ว่าผู้ติดเชื้อ HIV มักเป็นผู้ที่มีพฤติกรรมไม่เหมาะสมและไม่ปลอดภัย ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่า แม้กฎหมายดังกล่าวมุ่งคุ้มครองประโยชน์ซึ่งก็คือความปลอดภัยจากเชื้อ HIV ของประชาชน แต่เหตุผลของกฎหมายดังกล่าวยังไม่มีน้ำหนักเพียงพอและวางอยู่บนสมมุติฐานที่มีน้ำหนักน้อยดังกล่าว ดังนั้น กฎหมายที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติดังกล่าวจึงไม่มีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อหลักการเลือกปฏิบัติ

หากใช้กรอบการวิเคราะห์นี้มาเปรียบเทียบกับปัญหาที่เกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมของไทย เช่น ในระดับของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมาย หรือกฎ ระเบียบต่าง ๆ หากมีลักษณะปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวีแตกต่างจากบุคคลอื่น และการปฏิบัติต่างต่างนั้นมีเหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพออย่างเพียงพอมารองรับ การปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวก็สามารถจัดอยู่ในขอบเขตแห่งดุลพินิจที่กว้างขึ้นได้

นอกจากกรณีของผู้ติดเชื้อเอชไอวีแล้ว หลักการดังกล่าวอาจนำไปวิเคราะห์กฎหมายอื่นได้ เช่น กรณีของกฎหมายไทยที่กำหนดให้บุคคลผู้มี “ประวัติอาชญากรรม” ไม่สามารถเข้ารับราชการได้โดยไม่มีข้อยกเว้น หรือโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของความผิดที่กระทำ กรณีเหล่านี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเหมารวมและอาจถือไม่ได้ว่ามี “น้ำหนักเป็นอย่างยิ่ง” (very weighty reasons-test)

หากเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่า กรณีพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ ไม่ได้ให้สิทธิแก่ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงไทยในการที่จะได้สัญชาติโดยการแปลงชาติได้เช่นเดียวกับหญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายสัญชาติไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่ถือเป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันในกฎหมายระหว่างชายและหญิง หรือเป็นการทำให้ชายและหญิงไม่ได้มีสิทธิเท่าเทียมกัน (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๗/๒๕๔๖) **จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันในระดับหลักการของกฎหมายและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคือเพศ** แต่ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากมีเหตุผลอื่นโดยเฉพาะที่ศาลอธิบายว่า “เป็นมาตรการรัฐที่กำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ” ซึ่งอาจพิจารณา

²⁶⁶ From “Kiyutin v. Russia” para 68



เปรียบเทียบกับหลัก “ขอบเขตแห่งดุลพินิจ” (Margin of Appreciation) ซึ่งรัฐสามารถกำหนดกฎหมายภายในที่แตกต่างจากพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ภายใต้เหตุผลความจำเป็นบางประการดังกล่าวมาแล้ว

ในระดับของภาคเอกชนนั้น แม้หลักการขอบเขตแห่งดุลพินิจดังที่กล่าวมาข้างต้นอยู่ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศและการกระทำของรัฐก็ตาม แต่อาจนำหลักการนี้มาวิเคราะห์ว่าการปฏิบัติของภาคเอกชนนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีเหตุผลสมควรหรือไม่ ซึ่งหากมีเหตุผลสมควรรองรับ ก็จะทำให้การปฏิบัตินั้นเป็นเพียงการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมายภายใน เช่น กรณีสถานที่บางแห่งปฏิเสธไม่ให้บริการแก่ผู้ติดเชื้อเอชไอวี จะเห็นได้ว่า หากสถานที่ดังกล่าวมีเหตุผลความจำเป็นเพื่อป้องกันการติดเชื้อแก่ลูกค้ารายอื่น การปฏิบัติดังกล่าวก็อาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติ แต่หากสถานที่ดังกล่าวไม่สามารถแสดงเหตุผลถึงอันตรายต่อลูกค้ารายอื่นจากการให้บริการผู้ติดเชื้อเอชไอวีแล้ว การกระทำดังกล่าวก็อาจเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือในกรณีของผู้ประกอบธุรกิจประกันภัยที่สรุปเหมารวมว่า หากผู้ขอเอาประกันมีชื่อในทะเบียนบ้านของบางจังหวัด เป็นผู้มีความเสี่ยงติดเชื้อเอชไอวีจึงต้องให้ไปตรวจเช็ก่อนรับประกัน การปฏิบัติเช่นนี้มีประเด็นว่าเป็นการเหมารวมโดยมีน้ำหนักที่จำเป็นอย่างยิ่งหรือไม่

อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายจำกัดสิทธิผู้ติดเชื้อบางกรณี ซึ่งมีความรุนแรงและมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ชี้ให้เห็นว่าอาจแพร่เชื้อได้โดยง่ายและไม่อาจป้องกันได้ กรณีเช่นนั้นกฎหมายที่จำกัดสิทธิของผู้ติดเชื้อดังกล่าวอาจถือได้ว่ามีน้ำหนักเพียงพอ เมื่อชั่งน้ำหนักกับประโยชน์ซึ่งก็คือความปลอดภัยของประชาชนอื่น ๆ และอาจใช้บังคับได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่นเดียวกับกรณีการปฏิบัติของภาคเอกชนต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี หากมีเหตุผลอันมีน้ำหนักเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้อื่น การปฏิบัติที่แตกต่างก็อาจไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

๔.๘ การเลือกปฏิบัติในกรณีบริการภาครัฐ

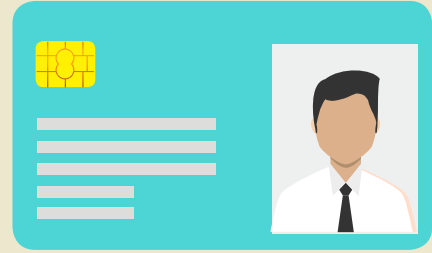
๔.๘.๑ การระบุข้อมูลเกี่ยวกับศาสนาในบัตรประชาชน

มีประเด็นปัญหาว่า ประชาชนบางรายอาจไม่ต้องการระบุศาสนาในบัตรประชาชน หรือต้องการระบุศาสนาอื่นที่ไม่ใช่ศาสนากระแสหลัก กฎหมายและแนวปฏิบัติของหน่วยงานรัฐจะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งศาสนาหรือไม่

เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า กฎหมายฉบับหลักที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติบัตรประจำตัวประชาชน พ.ศ. ๒๕๒๖ มาตรา ๗ กำหนดว่า “ขนาด สี และลักษณะของบัตร ตลอดจนรายการในบัตร และรายละเอียดของรายการในบัตร ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ในบัตรอย่างน้อยต้องมีรายการ ดังต่อไปนี้ (๑) ชื่อตัว ชื่อสกุล วันเดือนปีเกิด ที่อยู่ตามทะเบียนบ้าน รูปถ่ายและเลขประจำตัวของผู้ถือบัตร และจะมีรายการศาสนาหรือนิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาซึ่งผู้ถือบัตรนับถืออยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้” ต่อมา กระทรวงมหาดไทยประกาศกฎกระทรวง ฉบับที่ ๒๓ พ.ศ. ๒๕๕๔ (โดยออกตามความในพระราชบัญญัติบัตรประจำตัวประชาชน พ.ศ. ๒๕๒๖) ว่าด้วยเรื่องรูปแบบบัตรประจำตัวประชาชนแบบใหม่ที่ถูกต้อง (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ ๒๑ ก.พ. ๒๕๕๔) กำหนดรายละเอียดที่ต้องมีในบัตรไว้ในข้อ ๕ ว่า

“ในบัตรให้มีรายการและรายละเอียดของรายการในบัตร
ดังต่อไปนี้

- (๑) คำว่า “บัตรประจำตัวประชาชน”
- (๒) รูปถ่ายของผู้ถือบัตร
- (๓) เลขประจำตัวประชาชนของผู้ถือบัตร
- (๔) ชื่อตัวและชื่อสกุลของผู้ถือบัตร
- (๕) วันเดือนปีเกิดของผู้ถือบัตร
- (๖) ที่อยู่ตามทะเบียนบ้านของผู้ถือบัตรในขณะยื่นคำขอ
- (๗) วันออกบัตร
- (๘) วันบัตรหมดอายุ
- (๙) ลายมือชื่อหรือตราลายมือชื่อ และตราประจำตำแหน่งของเจ้าพนักงานออกบัตร
- (๑๐) รายการศาสนาหรือนิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาของผู้ถือบัตร
โดยจะมีหรือไม่ก็ได้



สำหรับบัตรที่ออกด้วยระบบคอมพิวเตอร์แบบอเนกประสงค์ให้มีรายการเลขหมายคำขอมิบัตร
รหัสกำกับบัตร และรหัสแท่งตรวจสอบบัตร (Bar Code) ด้วย

รูปถ่ายของผู้ถือบัตรตาม (๒) ของวรรคหนึ่ง ต้องเป็นรูปถ่ายหน้าตรง ไม่สวมหมวก หรือแว่นตา
สีเข้ม และไม่ใส่ผ้าคลุมหน้าหรือผ้าโพกศีรษะเว้นแต่ผู้ซึ่งมีความจำเป็นตามศาสนา นิกายของศาสนา
หรือลัทธินิยมในทางศาสนาของผู้ถือบัตร แต่ต้องเปิดให้เห็นใบหน้า หน้าผาก คิ้ว ตา จมูก ปาก และ
คาง โดยรูปถ่ายจะปรากฏเลขหมายคำขอตามข้อ ๗ วรรคสอง และเลขแสดงส่วนสูงของผู้ถือบัตรที่
มีหน่วยวัดเป็นเซนติเมตร เว้นแต่ผู้ถือบัตรซึ่งมีส่วนสูงต่ำกว่าหนึ่งร้อยเซนติเมตร หรือมีส่วนสูง สูง
กว่าหนึ่งร้อยเก้าสิบเซนติเมตร จะไม่มีเลขแสดงส่วนสูงของผู้ถือบัตรก็ได้ ในกรณีดังกล่าวให้พนักงาน
เจ้าหน้าที่บันทึกหมายเหตุไว้ในคำขอด้วย”

ดังนี้ อาจพิจารณาได้ว่าความเชื่อทางศาสนาเป็นเรื่องความเชื่อเฉพาะบุคคล และเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐาน
หากระบุเรื่องนี้ไว้ในบัตรประจำตัวประชาชน อาจทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ในการปฏิบัติกับผู้ถือบัตรประจำตัวประชาชน
โดยมีมูลเหตุจูงใจจากประเด็นทางศาสนา ดังนั้น กฎหมายจึงไม่บังคับ โดยประชาชนสามารถเลือกที่จะระบุหรือไม่ก็ได้
กฎเกณฑ์นี้จึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งศาสนา ในทางกลับกันอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการลดปัญหาที่
เกิดจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนา เนื่องจากเมื่อบุคคลที่ติดต่อสัมพันธ์กันในมิติต่าง ๆ ไม่ทราบถึงศาสนาที่ปรากฏ
บนบัตรประชาชน ก็เป็นการลดเงื่อนไขหรือโอกาสของการเลือกปฏิบัติหรือการสื่อสารความเกลียดชัง (Hate Speech)
ลงได้ อย่างไรก็ตาม จากการสัมภาษณ์พบปัญหา เช่น

๑. เจ้าหน้าที่สำนักงานเขตบางแห่งไม่ถามผู้มาขอทำบัตรประชาชน และไม่แจ้งสิทธิว่า สามารถระบุ
ศาสนาหรือไม่ก็ได้ ทำให้ประชาชนไม่ทราบสิทธิของตน



สำหรับกรณีนี้โดยทั่วไปแล้วยังไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า กฎหมายไม่ได้ระบุว่าเจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ทราบถึงสิทธิดังกล่าวแต่อย่างไร

๒. การที่เจ้าของบัตรประสงค์จะระบุศาสนา หรือลัทธิบางอย่างลงไปบนบัตร ซึ่งไม่ใช่ศาสนากระแสหลักกรณีเหล่านี้เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งอาจเห็นชอบด้วยหรือไม่เห็นด้วย

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่า หากเจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่ให้ระบุศาสนาหรือลัทธิบางอย่างในบัตรประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาสนาหรือลัทธิที่มีใช้กระแสหลัก อาจเข้าข่ายการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนา ความเชื่อ เนื่องจากปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความเชื่อในศาสนาหรือลัทธินั้นอย่างแตกต่างกับศาสนาหรือลัทธิอื่น

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ พบว่ามีกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องสิทธิในการระบุศาสนาหรือลัทธิความเชื่อบางประการที่ไม่ใช่กระแสหลักลงไปในเอกสารราชการ เช่น ใบขับขี่ โดยอาจจะระบุในรูปของการสวมใส่อุปกรณ์หรือเครื่องแต่งกายตามความเชื่อนั้นในการถ่ายรูปติดบัตรดังกล่าว เช่น กรณีของความเชื่อ “พาสตาฟาเรียน”²⁶⁷ ซึ่งมีคดีที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา โดย Lindsay Miller ได้สวมเครื่องสวมศีรษะตามความเชื่อนี้ไปถ่ายภาพทำใบขับขี่ แต่เจ้าหน้าที่ไม่อนุญาต (The Massachusetts Registry of Motor Vehicles) ต่อมา สมาคมด้านสิทธิมนุษยชน (The American Humanist Association) อุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาต โดยอ้างข้อยกเว้นทางศาสนา อย่างไรก็ตาม ก่อนการอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ได้เปลี่ยนคำสั่งอนุญาตให้เธอสวมใส่อุปกรณ์ดังกล่าวบนศีรษะถ่ายภาพได้ในแคนาดา หญิงคนหนึ่งไปถ่ายภาพทำใบขับขี่โดยสวมใส่อุปกรณ์บนศีรษะตามความเชื่อเช่นเดียวกันนี้ แต่ถูกเจ้าหน้าที่ปฏิเสธ (Société de l'assurance automobile du Québec) เธอจึงนำคดีขึ้นสู่ศาล อ้างว่าการอนุญาตให้ใส่อุปกรณ์สวมศีรษะถ่ายภาพได้ตามความเชื่อทางศาสนานั้นเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะจำกัดเฉพาะศาสนาอิสลาม เธอได้แย้งว่าข้อยกเว้นนี้ควรครอบคลุมกรณีศาสนาอื่น ๆ (อย่างเช่นพาสตาฟาเรียนด้วย ผู้พิพากษาเห็นว่าการยื่นคำร้องของเธอเป็นการทำให้ทรัพยากรของรัฐในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมสูญเปล่า หรือว่าเป็นการใช้ทรัพยากรของรัฐโดยมิชอบ (Abused) ที่ต้องให้ศาลมาพิจารณาว่าเธอควรสวมใส่อุปกรณ์นั้นถ่ายภาพได้หรือไม่ ในปี ค.ศ. ๒๐๑๑ ชาวออสเตรีย (Niko Alm) เป็นบุคคลแรกที่ชนะคดีในการเรียกร้องให้ภาครัฐยอมให้ตนถ่ายภาพโดยการสวมใส่อุปกรณ์แสดงความเชื่อนี้ในใบขับขี่ ต่อมา ในช่วงต้นปี ค.ศ. ๒๐๑๖ ชาวรัสเซีย (Andrei Filin) ก็สามารถเรียกร้องให้ภาครัฐยอมรับให้ตนถ่ายภาพทำใบขับขี่โดยสวมใส่อุปกรณ์ดังกล่าว²⁶⁸

๔.๘.๒ การระบุข้อมูลบางประการในบัตรประจำตัวที่ภาครัฐออกให้กับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนา

นอกจากประเด็นปัญหาการระบุศาสนาหรือระบุภาพถ่ายแสดงถึงความเชื่อทางศาสนาในบัตรที่ภาครัฐออกให้แล้ว ยังมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกันก็คือการที่ภาครัฐกำหนดให้ระบุข้อมูลบางอย่างในบัตรดังกล่าว อาจ

²⁶⁷ Bobby Henderson เป็นผู้ก่อตั้งสำนักความคิดนี้ขึ้น สืบเนื่องมาจากการที่เขาคัดค้านนโยบายของคณะกรรมการการศึกษาในรัฐ Kansas ที่ให้บรรจุทฤษฎีอันหนึ่งในบทเรียนแทนทฤษฎีอีกอันหนึ่ง เขาได้แย้งโดยนำเสนอแนวคิด “Flying Spaghetti Monster” ที่มีสมมุติฐานว่า มีปีศาจ รูปร่างเหมือนสปาเกตตี้ผสมลูกชิ้นเนื้อ ชักใยมนุษย์ทุกคนอยู่ แทนที่คนจะยืนบนโลกเพราะแรงดึงดูด เขาอ้างว่า ทฤษฎีนี้ก็มีเหตุผลเช่นเดียวกับทฤษฎีที่คณะกรรมการนำมาบรรจุไว้ในหลักสูตรโรงเรียน เขาโพสต์เรื่องราวนี้บนเว็บไซต์ และได้รับความนิยมจนเกิดเป็นลัทธิอย่างเป็นทางการชื่อ “Church of the Flying Spaghetti Monster”

²⁶⁸ Pastafarian’ man wins right to wear colander on his head in driving licence photo, Retrieved from <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/pastafarian-man-wins-right-to-wear-colander-on-his-head-in-driving-licence-photo-a6811326.html>

ขัดหรือแย้งต่อความเชื่อของคนบางกลุ่ม เช่น ความเชื่อทางศาสนาที่มีหลักห้ามการถ่ายภาพ ดังจะเห็นได้จากคดีในประเทศแคนาดา (Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony²⁶⁹) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ในปี ค.ศ. ๒๐๐๓ กฎระเบียบเกี่ยวกับใบขับขี่ของ Alberta มีการแก้ไขโดยกำหนดให้ต้องมีการระบุแสดงภาพถ่ายของผู้ได้รับใบอนุญาตด้วย ก่อนหน้านี้ สมาชิกของกลุ่มศาสนา (Wilson Colony of the Hutterian Brethren) ได้รับใบอนุญาตขับขี่ที่ไม่ปรากฏภาพถ่าย ดังนั้น กลุ่มดังกล่าวจึงอ้างว่า กฎระเบียบใหม่ที่ทุกคนต้องปรากฏภาพถ่ายนี้เป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในศาสนาและความเชื่อ ที่ได้รับรองตามกฎบัตรสิทธิและเสรีภาพแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) เนื่องจากกลุ่มดังกล่าวอ้างความเชื่อตามศาสนาที่ตนนับถือว่าห้ามถ่ายภาพ (Second commandment) ทางรัฐบาล Alberta อ้างว่ากฎระเบียบดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อลดอาชญากรรมขโมยตัวตนหรืออัตลักษณ์ (Identity theft)

ประเด็นสำคัญมีอยู่ว่า กฎระเบียบที่กำหนดให้ต้องแสดงรูปถ่ายในใบขับขี่เป็นการขัดต่อเสรีภาพในการนับถือศาสนาและความเชื่อหรือไม่ ศาลสูงสุดของแคนาดา เห็นว่า กฎระเบียบดังกล่าวมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผล ดังนี้

- ▶ เมื่อพิจารณาความจำเป็นนี้ตามหลักสัดส่วน (Proportionality test) เห็นว่า กฎระเบียบนี้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ เนื่องจากทางฝ่ายปกครองของ Alberta แสดงให้เห็นว่า การยกเว้นภาพถ่ายมีส่วนทำให้ระบบใบขับขี่มีความเปราะบางต่อความเสี่ยงของอาชญากรรมขโมยตัวตน
- ▶ กฎระเบียบดังกล่าวส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในศาสนาและความเชื่ออย่างเล็กน้อย (Minimally impair) เนื่องจากกฎระเบียบนี้มีขึ้นเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาอาชญากรรม นอกจากนี้ ยังไม่ปรากฏว่ามีทางเลือกอื่น (Alternative measure) ที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์การป้องกันอาชญากรรมได้ เช่นเดียวกับการกำหนดให้แสดงภาพถ่าย
- ▶ ผลกระทบในทางลบต่อเสรีภาพทางศาสนาของผู้ร้องยังไม่มีน้ำหนักพอเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ของภาครัฐในการป้องกันอาชญากรรม ซึ่งมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยของระบบใบอนุญาตทั้งหมด การยกเว้นภาพถ่ายสำหรับบุคคลบางกลุ่มจะส่งต่อการจัดการระบบและการเปรียบเทียบภาพเพื่อระบุตัวตนของผู้รับใบอนุญาต ดังนั้น เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างการจำกัดเสรีภาพและประโยชน์เกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยดังกล่าวแล้วเห็นว่ากฎระเบียบดังกล่าวมีความได้สัดส่วน

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปแล้ว พบว่าในแง่หนึ่งกฎเกณฑ์ของภาครัฐเช่นนี้อาจพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) เนื่องจากโดยสภาพของกฎเกณฑ์ในทางเนื้อหาแล้ว มิได้มุ่งหมายเลือกปฏิบัติต่อศาสนาหรือความเชื่อใด เนื่องจากกำหนดให้ทุกคนต้องถ่ายภาพติดบัตร แต่ผลที่เกิดขึ้นทางปฏิบัตินั้นกระทบต่อความเชื่อของบางศาสนา อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเหตุผลตามคำตัดสินของศาลแคนาดาแล้ว มีแนวโน้มจดยคล้ายคลึงกับยุโรป จะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าว เมื่อชั่งน้ำหนักและพิจารณาตามหลักสัดส่วน (Proportionality test) ประกอบกับวัตถุประสงค์ที่กฎเกณฑ์นี้มุ่งประสงค์แล้ว กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่เป็นการส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบอย่างไม่ได้สัดส่วน (Disproportionately prejudicial effect)

²⁶⁹ From “Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, [2009]” 2 SCR 567, 2009 SCC 37



๔.๙ การเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันเกี่ยวกับระบบบริการสาธารณสุข

การจัดบริการสาธารณสุขของประเทศไทยอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของระบบบริการสาธารณสุขอย่างน้อย ๓ ระบบ แต่ละระบบมีกรอบแนวคิดที่แตกต่างกัน เป็นผลให้แต่ละระบบมีประเภทและวิธีจัดบริการสาธารณสุขไม่เหมือนกัน กล่าวคือ

๑ ระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕ อยู่ภายใต้หลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งรับรองให้บุคคลมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการสาธารณสุขที่เหมาะสมได้มาตรฐานอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ

๒ ระบบประกันสังคม

ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ เน้นการให้สังคมดูแลซึ่งกันและกัน รัฐจะดูแลประชาชน โดยให้ประชาชนมีส่วนร่วม มีระบบการคลังที่ยั่งยืน

๓ ระบบสวัสดิการข้าราชการ

ตามพระราชกฤษฎีกา เงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. ๒๕๕๓ เป็นสวัสดิการที่รัฐให้แก่ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง

นอกจากทั้งสามระบบข้างต้นแล้ว ยังมีระบบบริการสาธารณสุขของพนักงานหรือลูกจ้างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐอีกด้วย

จากรายงานการศึกษาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพบว่า แม้กฎหมายว่าด้วยระบบบริการสาธารณสุข ๓ ระบบไม่เป็นการเลือกปฏิบัติไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และผู้มีสิทธิรับบริการของแต่ละระบบบริการแตกต่างกัน แต่ก็ยังพบว่ามิใช่เข้าถึงบริการสาธารณสุข นอกจากนี้ ระบบบริการสาธารณสุขทั้ง ๓ ระบบยังมีปัญหาของการเข้าถึงบริการ การขาดข้อมูลข่าวสาร และความเหลื่อมล้ำหลายประการ เช่น²⁷⁰

๑. ระบบประกันสุขภาพแห่งชาติมีขอบเขตอำนาจหน้าที่ครอบคลุมทั้งการกำหนดประเภท ขอบเขต และมาตรฐานการให้บริการสาธารณสุข มาตรฐานของโรงพยาบาล/หน่วยบริการ การเติมหรือเพิ่มสิทธิรับบริการสาธารณสุขของระบบบริการฯ อันให้สอดคล้องตามระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติไม่อาจทำได้ทันที ต้องกำหนดพระราชกฤษฎีกา หรือข้อตกลงกับคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ทำให้ผู้มีสิทธิในระบบบริการสาธารณสุขอื่นอาจไม่ได้รับบริการสาธารณสุขบางประการ ภายใต้ระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติซึ่งควรเป็นบริการฯ ขั้นพื้นฐานสำหรับทุกคน

²⁷⁰ อัจฉรา ฉายากุล และคณะ, ประมวลรายงานผลการพิจารณาเพื่อเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายและกฎของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, เล่ม ๑ ระหว่างวันที่ ๑ มีนาคม ๒๕๕๔ - ๓๑ ธันวาคม ๒๕๕๗ / คณะอนุกรรมการด้านเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย และกฎ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ๒๕๕๘)

๒. การจ่ายเงินให้โรงพยาบาล/หน่วยบริการ ซึ่งสังกัดกระทรวงสาธารณสุขตามระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ กรณีผู้ป่วยนอกมีวิธีเหมาจ่ายรายหัว ตามจำนวนประชากรในพื้นที่ โดยกันเงินบางส่วน งบประมาณเหมาจ่ายเป็นเงินเดือนเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาล ประกอบกับโรงพยาบาล/หน่วยบริการดังกล่าวได้รับเงินจากกองทุนภายใต้ระบบบริการอื่นลดลง กล่าวคือ ระบบสวัสดิการข้าราชการมีระบบควบคุมการชดเชยค่าใช้จ่าย โดยใช้การเหมาจ่ายปลายปิดตามกลุ่มโรคกรณีผู้ป่วยใน และระบบประกันสังคมมีการแข่งขันจากโรงพยาบาลเอกชนและโรงพยาบาลสังกัดอื่น เป็นผลให้โรงพยาบาลสังกัดกระทรวงสาธารณสุขจำนวนไม่น้อยได้รับงบประมาณไม่เพียงพอ หรือต่ำกว่าต้นทุน มีความสามารถในการแข่งขันลดลง หรือบางแห่งต้องออกจากการเป็นหน่วยบริการประจำ

๓. พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๕ วรรค ๒ กำหนดว่าคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ อาจกำหนดให้บุคคลที่เข้ารับการบริการสาธารณสุขต้องร่วมจ่ายค่าบริการ...เว้นแต่ผู้ยากไร้หรือบุคคลที่รัฐมนตรีกำหนดไม่ต้องจ่ายค่าบริการ ทางปฏิบัติได้ใช้การจ่ายร่วมเป็นอัตราคงที่ต่อครั้ง (๓๐ บาท หากมียา) โดยยกเว้นการจ่ายร่วมให้บางกลุ่ม รวมถึงผู้ไม่ประสงค์จ่ายค่าบริการ ทำให้การจ่ายร่วมเป็นไปตามความสมัครใจ และไม่อาจใช้กลไกช่วยเหลือผู้ยากจน ผู้ด้อยโอกาสอื่นให้เข้าถึงบริการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากนัก

๔. บริการสาธารณสุขภายใต้ระบบประกันสังคมมีความเหลื่อมล้ำจากระบบบริการอื่น คือ ไม่ครอบคลุมการตรวจสุขภาพ นอกจากนี้ มีเพียงผู้ประกันตนตามระบบนี้เท่านั้นที่ต้องร่วมจ่ายค่าบริการเป็นภาคบังคับ โดยจ่ายเป็นเงินสมทบในกองทุนประกันสังคม ขณะที่ผู้รับบริการในระบบอื่น เช่น ระบบสวัสดิการข้าราชการไม่ต้องจ่าย และระบบหลักประกันสุขภาพ ฯ ใช้การร่วมจ่ายตามความสมัครใจ แต่ผู้ประกันตนกลับได้รับบริการที่เท่ากันหรือด้อยกว่าผู้รับบริการระบบบริการอื่น

๕. ระบบสวัสดิการข้าราชการสามารถเข้ารับการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลรัฐทุกแห่ง หรือโรงพยาบาลเอกชนบางแห่งตามที่กระทรวงการคลังกำหนด โดยไม่ต้องเลือกหน่วยบริการประจำหรือโรงพยาบาลคู่สัญญา แม้กระนั้นยังพบว่าหลายคนเข้าไม่ถึงบริการในโรงพยาบาลรัฐ ต้องเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลเอกชนโดยเสียค่าใช้จ่ายเอง นอกจากนี้ พบว่ากรมบัญชีกลางเป็นเพียงหน่วยเบิกจ่าย และคณะกรรมการบริหารระบบสวัสดิการข้าราชการมีหน้าที่กำหนดมาตรการควบคุมค่าใช้จ่ายด้านยาเป็นหลัก แต่ไม่มีอำนาจบริหารจัดการ กำกับจำนวนการเบิกจ่าย รวมถึงควบคุมมาตรฐานบริการ ทำให้การเบิกจ่ายค่ารักษาพยาบาลและค่ายาในกรณีผู้ป่วยนอกเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ขณะที่ไม่อาจควบคุมหรือตรวจสอบเกี่ยวกับประเภทหรือมาตรฐานการบริการ ส่วนการดูแลความปลอดภัย อาชีวอนามัย สภาพแวดล้อมการทำงานยังไม่ได้รับการดูแล

๖. ผู้ประกันตนตามระบบประกันสังคม ซึ่งจิตใจหรือยินยอมก่อให้เกิดอันตรายหรือเจ็บป่วย^{๒๗๑} รวมถึงผู้ประกันตนที่จ่ายเงินสมทบไม่ครบระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีประสบอันตราย/เจ็บป่วย ทุพพลภาพ ต้องจ่ายแล้วไม่น้อยกว่า ๓ เดือน และกรณีคลอดบุตรต้องจ่ายแล้วไม่น้อยกว่า ๗ เดือน^{๒๗๒}

๗. ผู้อยู่ในข่ายรับบริการมากกว่า ๑ ระบบ ซึ่งโดยใช้สิทธิหลักของตนก่อน แล้วจึงใช้สิทธิในฐานะผู้อาศัยสิทธิเพิ่มเติมในส่วนที่เบิกจ่ายไม่ได้ ทางปฏิบัติพบว่า ทั้งผู้ป่วยและโรงพยาบาลไม่ทราบข้อมูลดังกล่าว ทำให้ผู้ป่วยต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายส่วนนี้เอง หรือออกจากการรักษาพยาบาลกลางคัน เช่นเดียวกัน ผู้ประกันตนตามระบบประกันสังคม ในฐานะผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย พึงได้รับข้อมูลข่าวสารการบริหารงาน ฐานะการเงิน หรืออื่นใดของกองทุนประกันสังคม ทางปฏิบัติพบว่า ผู้ประกันตน รวมถึงผู้ประกันตนที่เป็นแรงงานข้ามชาติกลับเข้าไม่ถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว

^{๒๗๑} พระราชบัญญัติประกันสังคมฯ มาตรา ๖๑

^{๒๗๒} พระราชบัญญัติประกันสังคมฯ มาตรา ๖๒, ๖๕ และ ๖๙



๘. กลุ่มผู้ด้อยโอกาสทางสังคม ได้แก่ ผู้ไม่มีสัญชาติไทย และไม่ได้รับการผ่อนผันภายใต้มติคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการให้สิทธิ (คืนสิทธิ) ขั้นพื้นฐานด้านสาธารณสุขแก่บุคคลที่มีปัญหาสถานะและสิทธิแรงงานนอกระบบ/แรงงานข้ามชาติที่ไม่สามารถพิสูจน์สัญชาติ (งานภาคเกษตรกรรม ภาคประมง และงานบ้าน) และเด็กเร่ร่อนหรือผู้ที่ไร้ที่พึ่งพิงซึ่งมีกรักษาตัวเอง เนื่องจากช่องว่างทางกฎหมาย อุปสรรคด้านภาษา ไม่มีหรือเข้าถึงเครื่องมือสื่อสาร ทัศนคติของผู้ใช้บริการและบรรยากาศไม่เป็นมิตรของสถานพยาบาล เป็นต้น

๔.๑๐ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม”

ประวัติอาชญากรรม (Criminal Record) เป็นข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมต่าง ๆ ซึ่งกระทบสิทธิของเจ้าของข้อมูลนั้น เช่น การนำไปใช้เผยแพร่ในทางที่ทำให้บุคคลนั้นเสื่อมเสียชื่อเสียง การนำไปใช้ประกอบการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ อันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของบุคคลนั้นกับบุคคลหรือองค์กรอื่นในสังคม สำหรับในหัวข้อนี้จะมีขอบเขตศึกษาปัญหาของการนำข้อมูลดังกล่าวมาเป็นปัจจัยในการตัดสินใจเกี่ยวกับผู้มีประวัติอาชญากรรมในบริบทการทำงาน ซึ่งอาจประกอบด้วยพฤติกรรมย่อยหลายประการทั้งในช่วงก่อนการเกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน เช่น การกำหนดให้ประวัติอาชญากรรมเป็นคุณสมบัติต้องห้ามสำหรับผู้สมัครงาน การใช้คำถามเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมในกระบวนการคัดเลือก เช่น การสัมภาษณ์หรือในใบสมัครงาน สำหรับช่วงหลังการเกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานแล้ว ก็มีการการนำเหตุประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณาตัดสินใจในเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น การเลื่อนขั้น เลื่อนตำแหน่ง การเลิกจ้าง เป็นต้น เมื่อพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่า บุคคลที่มีประวัติอาชญากรรมได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากบุคคลอื่นเพียงเพราะเหตุที่ตนมีประวัติอาชญากรรม จึงนำไปสู่ประเด็นคำถามว่า บุคคลที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุนี้ จะได้รับการคุ้มครองตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติหรือไม่ อย่างไร โดยทั่วไปแล้วอาจพิจารณาได้ว่า การปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากอีกบุคคลอื่นที่มีคุณสมบัติเหมือนกัน เพียงเพราะเหตุที่บุคคลนั้นมีประวัติอาชญากรรม โดยหลักแล้วจึงเป็น “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ซึ่งหากเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้ว ก็อาจจัดเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ได้ อย่างไรก็ตามเนื่องจาก “ประวัติอาชญากรรม” มีปัญหาว่าจะจัดอยู่ใน “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ในส่วนนี้จะเริ่มจากการศึกษากฎหมายและคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ก่อนจะเปรียบเทียบกับประเทศไทยต่อไป



๔.๑๐.๑ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ในต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะศึกษากฎหมายสหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย ที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” (Criminal Record) ในมิติของการจ้างแรงงาน

(๑) กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (The Civil Rights Act) ได้วางหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของพลเมือง สำหรับในมิติของการจ้างงานนั้น²⁷³ กฎหมายนี้วางหลักห้ามการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานอันถือเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Employment Practices) ซึ่งได้แก่²⁷⁴

- การปฏิเสธการจ้างหรือการเลิกจ้างบุคคลใดหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดในกรณีของค่าชดเชย เงินไขการทำงาน สภาพการจ้าง สิทธิพิเศษในการจ้างงาน ด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิด (race, color, religion, sex, or national origin) ของบุคคลดังกล่าว
- การจำกัด การแบ่งแยก การจำแนก ลูกจ้างหรือผู้สมัคร (Employee or Applicant) ด้วยวิธีใด ๆ อันเป็นการพรากไปซึ่งโอกาสของบุคคลนั้นในการทำงานหรือส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อสถานะของบุคคลนั้นในฐานะลูกจ้าง ด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิดของบุคคลดังกล่าว

นายจ้างอาจปฏิบัติต่อลูกจ้างหรือผู้สมัครด้วยเหตุดังกล่าวได้หากเหตุนั้นเข้าลักษณะ “คุณสมบัติอันเกี่ยวข้องกับการงานนั้นโดยสุจริต” (Bona Fide Occupational Qualification) อย่างไรก็ตาม ศาลวางหลักว่าในการอ้างเหตุนี้ นายจ้างต้องพิสูจน์องค์ประกอบ ๓ ประการ คือ (๑) ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองกับความสามารถในการทำงานนั้น (๒) การกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของกิจการนายจ้าง และ (๓) ไม่มีทางเลือกอื่นใดที่จำกัดสิทธิลูกจ้างหรือผู้สมัครน้อยกว่า (Less restrictive measure)²⁷⁵ เหตุดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้าง ดังนั้น จึงมีการตีความอย่างแคบ เช่น การที่นายจ้างปฏิบัติเป็นพิเศษต่อบุคคลด้วยเหตุศาสนานั้นยังไม่มีเพียงพอแสดงว่าเหตุดังกล่าวเป็นคุณสมบัติอันเกี่ยวข้องกับการงานนั้นโดยสุจริต²⁷⁶

นอกจากนี้ คณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission หรือ EEOC) ซึ่งเป็นองค์กรระดับรัฐบาลกลางและมีอำนาจบังคับใช้กฎหมายสิทธิพลเมืองโดยสามารถไต่สวนคำร้องที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ คณะกรรมการ EEOC ได้กำหนดแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement Guidance) สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประวัติอาชญากรรม สรุปได้ว่า²⁷⁷ ในกรณีที่นโยบายการจ้างงานที่ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิพลเมือง (เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิด) นายจ้างต้องแสดงให้เห็นว่านโยบายนั้นมีความเชื่อมโยงระหว่างอาชญากรรม

²⁷³ Title VII of the Civil Right Act of 1964, codified as Subchapter VI of Chapter 21 of title 42 of the United States Code

²⁷⁴ SEC. 2000 e-2. [Section 703], the Civil Rights Act

²⁷⁵ From “United Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc.,” 499 U.S. 187 (1991)

²⁷⁶ From “Equal Employment Opportunity Commission v. Kamehameha School — Bishop Estate”, 990 F.2d 458 (9th Cir. 1993)

²⁷⁷ From EEOC Enforcement Guidance, U.S. Equal Employment Opportunity Commission 25 April 2010



อันตรายของอาชญากรรมดังกล่าว กับความเสี่ยงต่อการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งงานนั้น หลักการนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการพิจารณาความเกี่ยวข้องกับงานและสอดคล้องกับความจำเป็นทางธุรกิจ (Job related and consistent with business necessity) นอกจากนี้ ยังได้วางแนวทางเกี่ยวกับการคัดเลือกบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง (Target screen) ซึ่งมีที่มาจากคำพิพากษาศาลในคดี *Green v. Missouri Pacific Railroad*²⁷⁸ โดยกำหนดองค์ประกอบหรือปัจจัยสำหรับการพิจารณาในการใช้ประวัติอาชญากรรมให้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ องค์ประกอบดังกล่าว คือ ลักษณะของความผิดนั้นเวลาที่ผ่านมาหลังจากความผิดนั้นเกิดขึ้นหรือหลังจากที่ได้รับโทษแล้ว และลักษณะสภาพของงานนั้น ๆ ดังนั้น การที่นายจ้างจะใช้ประวัติอาชญากรรมเป็นเหตุผลของการไม่รับบุคคลเข้าทำงานก็จะต้องแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นทางธุรกิจ (Business necessity)²⁷⁹ นอกจากนี้ EEOC ยังกำหนดแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งกำหนดให้กิจการต่าง ๆ จัดให้มีกระบวนการที่แสดงว่ากิจการนั้นจะไม่ใช้ประวัติอาชญากรรมเพื่อเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ถิ่นกำเนิด รวมทั้งกำหนดแนวปฏิบัติที่ดี (Best Practice) ให้นายจ้างนำคำถามเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม” ออกจากใบสมัครงานด้วย ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า เหตุแห่งประวัติอาชญากรรมมิได้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้วยตัวเอง แต่ต้องมีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นที่กฎหมายนี้ระบุไว้

(๒) กฎหมายแคนาดา

กฎหมายแคนาดาที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม สามารถจำแนกพิจารณาในระดับรัฐบาลกลางและระดับมลรัฐ ดังนี้

กฎหมายระดับรัฐบาลกลาง

กฎหมายสิทธิมนุษยชนสหพันธรัฐ (Federal Human Rights Act) วางหลักว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายประกอบด้วย เชื้อชาติ สัญชาติ และการตัดสินโทษทางอาญา (Conviction for an offence) ซึ่งได้รับการพิจารณาให้ระงับประวัติอาชญากรรม (suspension)²⁸⁰ จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดเหตุประวัติอาชญากรรมไว้ในฐานะเป็น “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Prohibited ground of discrimination) ประการหนึ่งโดยเฉพาะอย่างชัดเจน เช่นเดียวกับเหตุอื่น ๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

²⁷⁸ From “*Green v. Missouri Pacific Railroad*” 549 F.2d 1158 (8th Cir. 1975)

²⁷⁹ From “Work Reform: The Other Side of Welfare Reform (p 53, 56)” by Sharon Dietrich, Maurice Emsellem, Catherine Ruckelshaus 1998, Stanley L. & Policy Review 9

²⁸⁰ Human Rights Act, RSC 1985 Section 3 (1): ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนใช้คำว่า “pardon or suspension” แต่ทั้งนี้ต้องพิจารณาเชื่อมโยงกับกฎหมายเฉพาะอีกฉบับหนึ่งคือ กฎหมายประวัติอาชญากรรม (The Criminal Records Act) โดยกฎหมายนี้วางหลักว่าผู้มีประวัติอาชญากรรมที่ผ่านการพิจารณาให้ระงับประวัติอาชญากรรม (Criminal record suspension) จะได้รับการนำประวัติแยกออกจากการสืบค้นและจะไม่ถูกเปิดเผยต่อบุคคลใดเว้นแต่จะมีคำสั่งจากรัฐมนตรี ดังนั้น “suspension” ในกรณีนี้คือการระงับประวัติอาชญากรรมมิใช่การระงับหรือการพัก “การลงโทษ” กฎหมายลักษณะนี้เทียบได้กับกฎหมายบางมลรัฐในออสเตรเลียที่ผู้มีประวัติได้รับโทษอาญาสามารถได้รับการพิจารณาให้ประวัตินั้นไม่ปรากฏในระบบหรือที่เรียกว่า “Spent conviction” เช่น กฎหมายมลรัฐ Western Australia (Spent Convictions Act 1988)

กฎหมายระดับมลรัฐ

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับมลรัฐในแคนาดานั้นวางหลักเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมแตกต่างกันไป ซึ่งผู้เขียนจำแนกเป็น ๓ กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มแรก

กำหนดให้ “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติประการหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น

- *กฎหมายสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ British Columbia* วางหลักไว้ว่า²⁸¹ บุคคลจะต้อง (ก) ไม่ถูกปฏิเสธการจ้างงานหรือปฏิเสธในการทำงานต่อไป หรือ (ข) เลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรือเงื่อนไขของการจ้างแรงงานด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว หรือ เพราะบุคคลนั้นถูกตัดสินว่ามีความผิดอาญา ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานหรือการจ้างแรงงานที่มุ่งกระทำ (convicted of a criminal offence that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person)
- *กฎหมายสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ Quebec*²⁸² วางหลักว่า “บุคคลจะต้องไม่ถูกเลิกจ้าง หรือปฏิเสธการจ้างงาน หรือตัดสินลงโทษที่เกี่ยวกับการจ้างงาน ด้วยเหตุเพียงเพราะบุคคลนั้นถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญา (Convicted of a penal or criminal offence) ทั้งนี้ หากความผิดนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน...”
- *กฎหมายสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ Newfoundland and Labrador*²⁸³ วางหลักว่า “นายจ้างหรือบุคคลที่ทำการในนามนายจ้างจะต้องไม่ปฏิเสธการจ้างหรือปฏิเสธการจ้างต่อไปหรือกำหนดเงื่อนไขข้อตกลงในการจ้างงานที่เป็นการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเพราะด้วยเหตุที่บุคคลนั้นถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามดังกล่าวไม่ใช้กับกรณีการกำหนดคุณสมบัติหรือการปฏิบัติที่แตกต่างบนพื้นฐานของคุณสมบัติเกี่ยวกับอาชีพโดยสุจริต (Good Faith Occupational Qualification)

กลุ่มที่สอง

มิได้กำหนดให้ “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ แต่มีแนวทางหรือการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนให้ได้รับการคุ้มครองเทียบเท่ากับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นตามที่ระบุในกฎหมาย เช่น

- *กฎหมายมลรัฐ Manitoba* มีการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Applicable characteristics) เช่น บรรพบุรุษ ศาสนา ความเชื่อ เพศ ฯลฯ ไว้ในมาตรา ๙ (๑) แต่มิได้กำหนดกรณีประวัติอาชญากรรมไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ²⁸⁴ อย่างไรก็ตาม จากคำร้องและแนวทางการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ Manitoba มีหลักการที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

²⁸¹ Human Rights Code, RSBC 1996, Section 13

²⁸² Charter of human rights and freedoms, RSQ, c C-12, Section 18.2

²⁸³ Human Rights Act, 2010, SNL 2010, c H-13, Section 14

²⁸⁴ The Human Rights Code, CCSM c H175, Section 9 (2)



• คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน Manitoba²⁸⁵ กรณีผู้สมัครงานตำแหน่งดูแลผู้สูงอายุถูกบังคับให้ตรวจสอบประวัติอาชญากรรม แม้ว่าเหตุเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมมิได้ระบุไว้ชัดเจนตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนของมณฑล Manitoba แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า มาตรา ๙ (๑) ของกฎหมายสิทธิมนุษยชน มีเจตนารมณ์คุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมด้วย เนื่องจากบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรมได้รับผลกระทบ เช่น stigma stereotype และ disadvantage เช่นเดียวกับบุคคลที่จัดอยู่ในกลุ่มเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยอมรับว่า การตรวจสอบประวัติอาชญากรรมจะเป็นการเลือกปฏิบัติเมื่อนายจ้างไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงเหตุผลจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับงานนั้น (Reasonable Justification) สำหรับกรณีนี้คณะกรรมการฯ เห็นว่ามีความเหมาะสมที่จะตรวจสอบประวัติอาชญากรรมของลูกจ้างใหม่เพื่อลดความเสี่ยงอันจะกระทบความปลอดภัยของผู้สูงอายุ

• คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน Manitoba มีนโยบาย (Policy) แนะนำให้นายจ้างหลีกเลี่ยงการใช้ประวัติอาชญากรรมในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล โดยมีหลักการว่า²⁸⁶ คำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงานในกรณีประวัติอาชญากรรม อาจเข้าข่ายคำร้องตามมาตรา ๙ (๑) ของกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้ โดยจะต้องพิจารณาว่า ประวัติอาชญากรรม (การถูกตัดสินโทษ (Conviction) นั้นมีความสัมพันธ์โดยสุจริตกับอาชีพหรือการจ้างงานนั้นหรือไม่ (Bona Fide Relationship to the occupation or employment) ซึ่งมีปัจจัยพิจารณาหลายประการ เช่น (๑) หากอุปนิสัยซึ่งเกี่ยวข้องกับการถูกตัดสินโทษนั้นเกิดขึ้นซ้ำอีก อาจส่งผลกระทบต่อความสามารถของนายจ้างในการประกอบการอย่างปลอดภัยและมีประสิทธิภาพ (Employer's ability to carry on its business safely and efficiently) (๒) สถานการณ์แวดล้อมของความผิดนั้น เช่น อายุขณะกระทำผิด (๓) ระยะเวลาของการตัดสินโทษกับการตัดสินใจที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

นอกจากนี้ ยังจำแนกความแตกต่างระหว่าง “การถูกตั้งข้อหา” (Criminal charge) กับ การถูกตัดสินโทษ (Conviction) โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยอมรับหลักว่าบุคคลมีสิทธิพื้นฐานที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะถูกตัดสินโทษตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การนำเหตุเกี่ยวกับการตั้งข้อหาความผิดอาญามาใช้ตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานอาจทำได้เมื่อพิสูจน์ถึงความเสี่ยงต่อผู้ร่วมงานหรือการประกอบการของนายจ้าง โดยความเสี่ยงนี้จะต้องมีความรุนแรง กล่าวคือ นายจ้างจะต้องมีระดับการพิสูจน์ความเสี่ยงที่สูงกว่ากรณีการถูกตัดสินโทษ

²⁸⁵ From Human Rights Adjudicator Rules on Criminal Record Complaint, December 2009, Manitoba Human Rights Commission. Retrieved from http://www.manitobahumanrights.ca/publications/news_releases/2009_12_17.html

²⁸⁶ From Manitoba Human Rights Commission, Board of Commissioner's Policy: Criminal Record. Retrieved from http://www.manitobahumanrights.ca/publications/policy/policy_criminal-record.html

กลุ่มที่สาม

บางมลรัฐได้กำหนดให้ ประวัติอาชญากรรมเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ นอกจากนี้ ตามแนวทางการตีความและบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก็ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับเหตุดังกล่าว เช่น กฎหมายสิทธิมนุษยชนมลรัฐ Saskatchewan²⁸⁷ มีได้ระบุเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายโดยเฉพาะ แต่มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันในกรณีการจ้างแรงงานอันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น เพศ อาจทำได้โดยไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ หากเป็นกรณีเกี่ยวกับคุณสมบัติอันสมเหตุผลของอาชีพนั้น ๆ (Reasonable Occupational Qualification)

(๓) กฎหมายออสเตรเลีย

ตามกฎหมายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย²⁸⁸ ซึ่งเป็นกฎหมายระดับรัฐบาลกลางของออสเตรเลีย ให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในกรณีประวัติอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน²⁸⁹ ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ มีอำนาจสอบสวนการกระทำหรือการปฏิบัติใด ๆ รวมทั้งการปฏิบัติเชิงระบบ (Systemic Practice) ซึ่งอาจก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งมีอำนาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามคำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยการไกล่เกลี่ยตามความเหมาะสม²⁹⁰

จากคำนิยามของการเลือกปฏิบัติของกฎหมายนี้ พบว่า มีความหมายครอบคลุม “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction) ใด ๆ หรือการกีดกันสิทธิใด ๆ บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง สังคมดั้งเดิม ซึ่งส่งผลขัดขวางต่อความเท่าเทียมกันในโอกาส หรือการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรืออาชีพ”²⁹¹

ตามกฎหมายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียนั้น ให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในกรณีประวัติอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน²⁹² ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ มีอำนาจสอบสวนการกระทำหรือการปฏิบัติใด ๆ รวมทั้งการปฏิบัติเชิงระบบ (Systemic Practice) ซึ่งอาจก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งมีอำนาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามคำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยการไกล่เกลี่ยตามความเหมาะสม²⁹³

จากคำนิยามของการเลือกปฏิบัติของกฎหมายนี้ พบว่า มีความหมายครอบคลุม “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction) ใด ๆ หรือการกีดกันสิทธิใด ๆ บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง สังคมดั้งเดิม ซึ่งส่งผลขัดขวางต่อความเท่าเทียมกันในโอกาส หรือการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรืออาชีพ”²⁹⁴

²⁸⁷ Human Rights Code, SS 1979

²⁸⁸ Australian Human Rights Commission Act 1986

²⁸⁹ Part II – Division 4 (sections 30, 31, 32) of the AHRC Act ประกอบกับ the Australian Human Rights Commission Regulations 1989

²⁹⁰ Section 31

²⁹¹ Section 3 (1) the AHRC Act

²⁹² Part II – Division 4 (sections 30, 31,32) of the AHRC Act ประกอบกับ the Australian Human Rights Commission Regulations 1989

²⁹³ Section 31

²⁹⁴ Section 3 (1) of the AHRC Act



แม้นิยามดังกล่าวไม่ได้มีการระบุ “ประวัติอาชญากรรม” ไว้ แต่กฎระเบียบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียที่ออกตามความในกฎหมายนี้ได้กำหนดเพิ่มเติม “ประวัติอาชญากรรม” (Criminal Record) ให้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอย่างหนึ่งตามกฎหมาย²⁹⁵ โดยกำหนดว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกันหรือการให้สิทธิพิเศษ ด้วยเหตุแห่งประวัติอาชญากรรม จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามความหมายของกฎหมายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ในกรณีของประวัติอาชญากรรมนั้น กฎหมายนี้ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมด้วย โดยการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนี้จะเกิดขึ้นเมื่อมีการกำหนดเงื่อนไข มาตรการหรือการปฏิบัติที่เป็นกลาง กล่าวคือ ใช้กับบุคคลทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลกระทบต่อบุคคลบางคนเกิดความเสียเปรียบอย่างไม่ได้สัดส่วน ดังเช่นกรณีประวัติอาชญากรรม²⁹⁶

อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้กำหนดนิยามความหมายของ “ประวัติอาชญากรรม” (Criminal Record) ไว้โดยเฉพาะ แต่มีการตีความอย่างกว้างไม่เฉพาะประวัติที่อยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่รวมถึงสถานการณ์แวดล้อมของการถูกตัดสินโทษด้วย (Circumstance of the Conviction) ดังนั้น จึงครอบคลุมการตั้งข้อหา การสืบสวน การถูกตัดสินว่ามีความผิดและได้รับโทษ การถูกตัดสินว่ามีความผิดแต่ได้รับการยกเว้นโทษ แม้แต่กรณีที่บุคคลนั้นมิได้มีประวัติอาชญากรรมจริง แต่ถูกนายจ้างเลือกปฏิบัติเพราะนายจ้างเชื่อว่าบุคคลนั้นมีประวัติอาชญากรรม (Imputed Criminal Record) สำหรับระดับมลรัฐนั้น แต่ละมลรัฐยังอาจมีกฎหมายกำหนดรายละเอียดของประวัติอาชญากรรมในความหมายที่แตกต่างกันไป

การห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมตามกฎหมายระดับรัฐบาลกลางของออสเตรเลียฉบับนี้มีขอบเขตใช้กับนายจ้างและลูกจ้างในทุกมลรัฐ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน รวมทั้งนายจ้างในองค์กรธุรกิจขนาดเล็ก สำหรับลูกจ้างที่อยู่ในขอบเขตการคุ้มครองนั้น ครอบคลุมลูกจ้างประจำ ลูกจ้างชั่วคราว รวมทั้งบุคคลที่ฝึกงานด้วย อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมนี้ จำกัดเฉพาะในมิติของการจ้างแรงงานเท่านั้น นอกจากนี้ กฎหมายมิได้คุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมที่จัดเก็บโดยองค์กรอื่น เช่น สมาคม สำหรับขอบเขตของการจ้างแรงงานและอาชีพ (Employment and Occupation) มีความหมายกว้าง รวมถึง “การเข้าถึงการฝึกงาน การทำงาน และการเข้าสู่อาชีพใดอาชีพหนึ่ง และเงื่อนไขการจ้างงาน” ดังนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีอำนาจพิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในกรณีประวัติอาชญากรรมในมิติต่าง ๆ เช่น การสรรหา (Recruitment) การฝึกงาน การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง เงื่อนไขการทำงาน การเลิกจ้าง การลงโทษเขียนใบอนุญาตต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการทำงานหรือการประกอบอาชีพ

กฎหมายนี้กำหนดข้อยกเว้นทั่วไปสำหรับการเลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงาน เรียกว่า ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการกำหนด “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้น” (Inherent Requirement Exception) ในกรณีของประวัติอาชญากรรมนั้น หากผู้สมัครหรือลูกจ้างมีประวัติอาชญากรรมแล้วจะส่งผลให้ไม่สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญและจำเป็นของงานนั้น ๆ ดังนั้นนายจ้างสามารถนำปัจจัยเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมมาปฏิบัติต่อลูกจ้างให้แตกต่างไปได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ข้อยกเว้นนี้ปรากฏในกฎหมายระดับมลรัฐด้วย โดยอาจใช้คำแตกต่างกันไป เช่น กฎหมายของ Tasmania และ Northern Territory ใช้คำว่า “ประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้อง (Irrelevant Criminal Record)”

²⁹⁵ The Australian Human Rights Commission Regulations 1989 4 (a) (iii)

²⁹⁶ International Labour Conference, Equality in Employment and Occupation: General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations ILO, Geneva, 1988

ต่อไปจะได้ศึกษาวิเคราะห์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมซึ่งเป็นการพิจารณาตามหลักกฎหมายระดับรัฐบาลกลาง โดยจะวิเคราะห์คำร้องที่สำคัญ ๔ กรณี

๑. Mr Mark Hall v. NSW Thoroughbred Racing Board²⁹⁷: กรณีนี้ H ยื่นคำร้องว่ามีการเลือกปฏิบัติในการทำงานเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม เนื่องจากกรรมการรับเข้าทำงานมีมติไม่รับเข้าทำงานในตำแหน่งผู้ดูแลม้าที่สนามแข่งม้าแห่งหนึ่ง โดย H เห็นว่าเหตุผลของการปฏิเสธไม่ให้เขาทำงานเป็นเพราะประวัติอาชญากรรมของเขา กรรมการรับเข้าทำงานอ้างว่า การตัดสินใจไม่รับ H เข้าทำงานไม่ได้เกี่ยวข้องหรือมีเหตุมาจากประวัติอาชญากรรม แต่เพราะเหตุผลอื่น เช่น H ปฏิเสธที่จะเปิดเผยประวัติอาชญากรรม นอกจากนี้ กรรมการอ้างข้อยกเว้น “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้น”

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีหนังสือแจ้ง (Notice) ตามมาตรา ๓๕ (๓) เห็นว่า H ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม สำหรับประเด็นข้อยกเว้นนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าไม่เข้าข้อยกเว้น “คุณสมบัติอันจำเป็นและเป็นสาระสำคัญของงานนั้น” โดยมีข้อเสนอแนะ (Recommendation) ดังนี้

- ✓ กรรมการรับเข้าทำงานควรจ่ายค่าสินไหมทดแทน ๓๓,๓๐๓.๐๕ เหรียญให้กับ H
- ✓ กรรมการควรทำการทบทวนกระบวนการขององค์กร เกี่ยวกับการใช้ประวัติอาชญากรรม โดยนำปัจจัยต่าง ๆ ต่อไปนี้ประกอบการพิจารณาทบทวน (๑) ความหมายของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายออสเตรเลีย (๒) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในบริบทที่กว้างขึ้น เช่น ข้อ ๑๗ ของ ICCPR (๓) การจัดให้มีแนวปฏิบัติอันเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมที่คำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนดังกล่าว

๒. Ms Renai Christensen v. Adelaide Casino Pty Ltd²⁹⁸: กรณีนี้ C ผู้ร้องอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งประวัติอาชญากรรมของตน เนื่องจาก C ไปสมัครงานที่คาสิโนแห่งหนึ่งในตำแหน่งผู้ช่วยในบาร์ โดยในการสมัครงานนั้น C แจ้งต่อผู้ถูกร้องว่าตนมีประวัติอาชญากรรมเพราะถูกจับในข้อหาลักทรัพย์ เมื่อครั้งยังเป็นวัยรุ่น C อ้างว่าถูกปฏิเสธงานด้วยเหตุดังกล่าว การจ้างงานกรณีนี้ ประกอบด้วยการคัดเลือก ๕ ขั้นตอน ซึ่ง C ผ่านขั้นตอนการคัดเลือกขั้นแรก การสัมภาษณ์ การตรวจสอบผู้อ้างอิง อย่างไรก็ตาม ไม่ผ่านขั้นตอนที่สี่ ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การประเมินความปลอดภัยขององค์กรที่มีเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นบุคคลที่ “เหมาะสม” (Fit and Proper Person) ผู้ถูกร้องปฏิเสธว่าการตัดสินใจไม่จ้าง C ไม่ได้เกี่ยวข้องกับประวัติอาชญากรรม แต่เป็นไปด้วยเหตุผลอื่น กล่าวคือ “โดยลักษณะและสถานการณ์ของความผิดของ C ซึ่งกระทำผิดเมื่ออายุ ๑๖ ปีโดยตัดสินใจด้วยตัวเองปราศจากการกดดันใด ๆ และ C ลักทรัพย์ขวดแอลกอฮอล์สองใบจากร้านขายขวด C อยู่อาศัยกับเพื่อนที่มีพฤติกรรมลักทรัพย์ด้วย จนทำให้ตำรวจซึ่งไปค้นบ้านเพื่อนของ C สามารถจับ C ด้วย พฤติกรรมดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขคุณสมบัติของการทำงานของผู้ร้องที่ต้องการความเชื่อใจและคุณลักษณะที่ดี” ดังนั้น ผู้ถูกร้องจึงอ้างข้อยกเว้น “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้น” (Inherent Requirement Exception)

²⁹⁷ Reports of inquiries into complaints of discrimination in employment on the basis of criminal record “Mr Mark Hall v. NSW Thoroughbred Racing Board”, HREOC Report No. 19

²⁹⁸ From “Ms Renai Christensen v. Adelaide Casino Pty Ltd”, HREOC Report No. 20



ในประเด็นการตีความประวัติอาชญากรรมนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าคำดังกล่าวมิได้มีการนิยามไว้ในกฎหมาย หรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง และไม่มีการจำแนกความแตกต่างระหว่าง โทษที่ได้รับจริงหรือไม่ได้รับจริง ผู้ถูกร้องอ้างว่า “ประวัติอาชญากรรม” ควรจำกัดเฉพาะประวัติเกี่ยวกับการตัดสินโทษจริงเท่านั้น (Actual Record of Conviction) ไม่รวมถึงสถานการณ์ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพราะผู้ถูกร้องอ้างว่ากรณีนี้มิใช่การตัดสินใจด้วยสาเหตุแห่งประวัติอาชญากรรม แต่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์แวดล้อมเกี่ยวกับความผิดที่ C กระทำขึ้น กล่าวคือ การไม่รับ C เข้าทำงานนั้นเนื่องมาจากสถานการณ์แวดล้อม มิใช่เพราะการมีประวัติอาชญากรรมนั่นเอง

คณะกรรมการฯ ไม่เห็นด้วยกับผู้ถูกร้อง โดยนำแนวทางการตีความอย่างกว้าง (Liberal Construction) มาประกอบการตีความ โดยเห็นว่าประวัติอาชญากรรมไม่จำกัดเฉพาะประวัติเกี่ยวกับการตัดสินโทษจริงเท่านั้น (Actual Record of Conviction) แต่รวมถึงสถานการณ์เกี่ยวกับการตัดสินโทษ (Circumstance of the Conviction) และพฤติกรรมที่เกี่ยวข้อง (Underlying Conduct) คณะกรรมการฯ ให้เหตุผลว่าหากตีความโดยจำกัดเช่นนั้นจะทำให้เกิดการสร้างภาพเหมารวม (Stereotype) ในทางลบอันเกี่ยวกับการประเมินคุณสมบัติของผู้ร้องและส่งผลกระทบต่อหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้²⁹⁹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า หากจำแนกความแตกต่างระหว่างประวัติอาชญากรรม และสถานการณ์แวดล้อมที่ความผิดนั้นได้กระทำขึ้น จะทำให้ผู้ถูกร้องสามารถเลี่ยงการปฏิบัติตามหลักห้ามเลือกปฏิบัติแห่งกฎหมายนี้ โดยเพียงแต่อ้างว่าการเลือกปฏิบัตินั้นทำขึ้นบนพื้นฐานของสภาพการณ์แวดล้อมของการกระทำความผิด มิใช่เพราะประวัติอาชญากรรมนั่นเอง คณะกรรมการฯ จึงเห็นว่าการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งสถานการณ์แวดล้อมเกี่ยวกับความผิดที่บุคคลนั้นกระทำขึ้น เป็นการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งประวัติอาชญากรรมตามความหมายของกฎหมายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน กรณีนี้ C จึงถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งประวัติอาชญากรรม

๓. Report of an Inquiry into a complaint by Ms. Tracy Gordon of discrimination in employment on the basis of criminal record³⁰⁰: กรณีนี้ G เข้ารับการทดสอบประเมินการทำงานเนื่องจากสมัครงานในตำแหน่งพนักงานสื่อสาร (Communication Officer) ของศูนย์บริการโทรศัพท์ฉุกเฉิน (Emergency Service Telecommunications หรือ ESTA) G อ้างว่าผ่านการทดสอบเบื้องต้นและได้กรอกใบสมัครซึ่งให้ระบุข้อมูลอันรวมถึงประวัติอาชญากรรมของตน โดยความผิดกรณีนี้เกิดขึ้นในปี ๒๐๐๑ (ขณะสมัครงานปี ๒๐๐๓) ซึ่ง G ถูกตรวจพบระดับแอลกอฮอล์ ๐.๑๒๓% ขณะขับรถ และถูกปรับเป็นเงิน ๕๐๐ เหรียญ รวมทั้งถูกพักใช้ใบอนุญาตขับขี่เป็นเวลา ๑๒ เดือน สำหรับกรณีนี้ G ให้ข้อมูลว่า พนักงานที่เกี่ยวข้องกับการรับสมัครแจ้งว่า G ไม่มีคุณสมบัติเนื่องจากมีประวัติถูกลงโทษฐานตีแม่แอลกอฮอล์และขับรถ และแนะนำให้ G ยุติการสมัครงาน ผู้ถูกร้องอ้างนโยบายของตำรวจวิคตอเรียที่จะไม่รับบุคคลผู้มีประวัติอาชญากรรมเข้าทำงาน (Victoria Police’s Exclusion Policy)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า ประวัติอาชญากรรมของ G เป็นปัจจัยเดียวที่ ESTA นำมาใช้ในการตัดสินใจไม่ให้ G เข้าสู่กระบวนการสมัครงานต่อไป โดยความผิดของ G จัดอยู่ในความหมาย “ความผิดเกี่ยวกับการจราจรกรณีร้ายแรง” ดังที่นิยามไว้ในนโยบายของสำนักงานตำรวจ จึงเห็นว่าการนำเอาปัจจัยเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมของบุคคลในความผิดการจราจรมาประกอบการพิจารณาคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานนั้นเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งประวัติอาชญากรรม

²⁹⁹ อ้างเหตุผลจากคำพิพากษาคดี Commonwealth v. Bradley per Black CJ (Bradley’s case)

³⁰⁰ From Report of an Inquiry into a complaint by Ms Tracy Gordon of discrimination in employment on the basis of criminal record, HREOC Report No. 33, 2006

สำหรับประเด็นที่ว่า การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างดังกล่าวนั้น เข้าข่ายยกเว้นเนื่องจากเป็น “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้น” (Inherent Requirement Exception) หรือไม่ ซึ่งเห็นว่าจะต้องพิจารณาไม่เพียงเฉพาะความสามารถทางกายภาพหรือทางจิตใจของบุคคลเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมเกี่ยวกับตำแหน่งนั้น ๆ ด้วย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า เงื่อนไขของการเป็นคุณสมบัติสำคัญอันจำเป็นนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์และจำเป็นเมื่อพิจารณาสภาพและลักษณะของงานนั้น กรณีนี้ทางสำนักงานตำรวจอ้างว่า บุคคลจะต้องได้ “มาตรฐานสูงสุดของบุรณภาพ (Highest Standard of Integrity) และมีคุณลักษณะตลอดจนชื่อเสียงที่ดี” ซึ่งเป็นคุณสมบัติเช่นเดียวกับการเป็นพนักงานตำรวจ แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติดังกล่าวมิได้เป็นคุณสมบัติที่สำคัญอันจำเป็นสำหรับตำแหน่งงานกรณีนี้คือพนักงานสื่อสาร ซึ่งมีลักษณะแตกต่างกันและไม่ควรอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกับพนักงานตำรวจ ดังนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะงานของตำแหน่งการสื่อสารเปรียบเทียบกับลักษณะงานของตำรวจแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติพนักงานสื่อสารในระดับเช่นเดียวกับพนักงานตำรวจเป็นการกำหนดคุณสมบัติของงานที่ไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วน ดังนั้น การกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมสำหรับตำแหน่งการสื่อสารกรณีนี้จึงไม่เข้าข่ายยกเว้น เนื่องจากไม่ใช่คุณสมบัติอันจำเป็นและเป็นสาระสำคัญของงาน

๔. Mr CG v. State of New South Wales (Rail Corporation New South Wales)³⁰¹:

กรณีนี้ผู้ร้องเคยมีประวัติอาชญากรรมข้อหาขับรถขณะมึนเมา ได้มาสมัครงานในตำแหน่งนักวิเคราะห์ตลาด (Market Analyst) เขาได้รับการแจ้งว่าจากบริษัทว่า ไม่ได้รับการเสนอตำแหน่งงานดังกล่าว ทั้งที่ผู้ร้องมีคุณสมบัติอื่น ๆ ที่กำหนดไว้สำหรับงานนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียตรวจสอบข้อเท็จจริง พบว่า บริษัทยอมรับว่าเหตุที่ไม่รับผู้ร้องเข้าทำงานนั้นสืบเนื่องจากประวัติอาชญากรรม แต่โต้แย้งว่า ประวัติอาชญากรรมทำให้ผู้สมัครรายนี้ไม่สามารถปฏิบัติงานได้อย่างสอดคล้องกับความจำเป็นของงาน (Inherent Requirement of Job) โดยอ้างนโยบายของกิจการเกี่ยวกับยาเสพติดและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งกำหนดไว้เพื่อมุ่งเน้นความปลอดภัยในการทำงาน และการปฏิบัติงานอย่างสุจริต ขยัน รับผิดชอบ ซื่อสัตย์ และใช้ทักษะอย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม กรรมการสิทธิมนุษยชน เห็นว่า การไม่รับเข้าทำงานดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติอันจำเป็นสำหรับงานนั้น เนื่องจากเขาทำงานมาแล้ว ๘ ปีในตำแหน่งต่าง ๆ รวมทั้งเคยปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งดังกล่าวมาแล้วระยะหนึ่ง ซึ่งไม่ปรากฏว่าการปฏิบัติงานของเขาขัดแย้งกับคุณสมบัติของการทำงานในตำแหน่งนักวิเคราะห์ตลาด ดังนั้น ประวัติความผิดอาญาของเขาไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับการจ้างงานตำแหน่งดังกล่าว อีกทั้งมิได้เกิดขึ้นในระหว่างเวลาทำงาน การขับไล่ไม่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งงานที่เขาสมัคร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอธิบายว่า “แม้การปราศจากประวัติอาชญากรรมจะเป็นคุณสมบัติจำเป็นสำหรับงานบางอย่าง แต่สำหรับตำแหน่งนักวิเคราะห์ตลาดกรณีนี้ ไม่มีความจำเป็นในการกำหนดคุณสมบัติผู้สมัครว่าต้องปราศจากประวัติอาชญากรรม” จากผลของกรณีนี้ บริษัทยอมรับที่จะทบทวนนโยบายการจ้างงานใหม่

นอกจากกฎหมายออสเตรเลียแล้ว หากพิจารณากฎหมายระดับรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกา จะพบหลักการที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ กฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Right Act) กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติบุคคลด้วยเหตุเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม คณะกรรมการโอกาสที่เท่าเทียมในการจ้างแรงงาน (EEOC) กำหนดแนวปฏิบัติที่อธิบาย

³⁰¹ Australian Human Rights Commission, Mr CG v. State of New South Wales (Rail Corporation New South Wales): report into discrimination in employment on the basis of criminal record / Australian Human Rights Commission, 2012



ถึงการที่นายจ้างสามารถใช้ประวัติอาชญากรรมโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น ในปี ๑๙๙๘ คณะกรรมการฯ ตีความกฎหมายสิทธิพลเมืองว่านายจ้างต้องแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นทางธุรกิจหากจะมีการนำปัจจัยด้านประวัติอาชญากรรมมาพิจารณาคุณสมบัติบุคคลในการเข้าทำงาน³⁰² ทั้งนี้ คณะกรรมการ EEOC เผยแพร่แนวปฏิบัติ (Guidance)³⁰³ กำหนดให้องค์กรธุรกิจจัดทำมาตรการแสดงว่าจะไม่นำเอาประวัติอาชญากรรมมาใช้ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติหรือถิ่นกำเนิดของบุคคล นอกจากนี้ ยังกำหนดให้นายจ้างจัดทำประมวลแนวปฏิบัติที่ดี (Best Practice) ซึ่งมีเนื้อหาว่าจะไม่มีคำถามในใบสมัครงานเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม

๔.๑๐.๒ กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงาน

สำหรับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องจะจำแนกเป็น ๒ กลุ่ม ได้แก่ กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงาน และกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมของบุคคล

๑ กฎหมายเฉพาะของไทยเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงาน

สำหรับกฎหมายไทยนั้นพบว่า มีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับที่มีหลักการเกี่ยวข้องและอาจนำมาปรับใช้กับการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงาน เช่น

➢ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๕๑ มีหลักการที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและห้ามการเลือกปฏิบัติหลายมาตรา เช่น มาตรา ๑๑/๑³⁰⁴ วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ในกรณีสิทธิประโยชน์และสวัสดิการ มาตรา ๑๕³⁰⁵ วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างลูกจ้างชายและหญิง มาตรา ๘๙³⁰⁶ ห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีที่เกี่ยวข้องกับประกาศกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ อย่างไรก็ตาม แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในหลายกรณี แต่ก็มีขอบเขตจำกัดเฉพาะการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานมีขอบเขตกว้างกว่า โดยครอบคลุมการปฏิบัติในขั้นตอนก่อนการเกิดสัญญาจ้างแรงงานหรือก่อนการมีความสัมพันธ์ในฐานะนายจ้างและลูกจ้าง เช่น การสรรหา การคัดเลือกบุคคลเข้าทำงาน เป็นต้น ดังนั้น หลักกฎหมายนี้จึงไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุประวัติอาชญากรรมในขั้นตอนก่อนการมีสถานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน เช่น การกำหนดให้ผู้สมัครงานต้องกรอกใบสมัครออนไลน์โดยระบุประวัติอาชญากรรม การกำหนดให้ผู้สมัครต้องไปทำการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมก่อนการเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกต่อไป การนำเหตุประวัติอาชญากรรมมาตัดสินใจไม่รับบุคคลเข้าทำงาน เป็นต้น

³⁰² From “Work Reform: The Other Side of Welfare Reform by Sharon Dietrich, Maurice Emsellem Ruckelshaus”, 1998 Stanley L. & Policy Review 9: 53, 56.

³⁰³ From “Consideration of Arrest and Conviction Records in Employment Decisions under Title VII of the Civil Rights Act of 1964”. EEOC Enforcement Guidance U.S. Equal Employment Opportunity Commission (25 April 2010)

³⁰⁴ “ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ”

³⁰⁵ “ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้”

³⁰⁶ มาตรา ๘๙ ประกาศกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำหรืออัตราค่าจ้างตามมาตรฐานฝีมือตามมาตรา ๘๘ ให้ใช้บังคับแก่นายจ้างและลูกจ้างทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ

➤ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ นิยามความหมายของ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ไว้ในมาตรา ๓ ว่า หมายถึง “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็น เพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” สำหรับหลักการห้ามเลือกปฏิบัตินั้นปรากฏใน มาตรา ๑๗ ซึ่งวางหลักว่า “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ ขององค์กรเอกชน ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้” กฎหมายนี้อาจปรับ ใช้ในกรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ในมิติของการจ้างแรงงานโดยเฉพาะในขั้นตอนก่อนการเป็น “ลูกจ้าง” เช่น การประกาศรับสมัครงาน การคัดเลือกที่มีลักษณะการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้มีขอบเขต จำกัดเฉพาะการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอื่น เช่น เหตุประวัติอาชญากรรม

➤ พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ วางหลักกฎหมาย ที่สำคัญเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมาตรา ๑๕ ว่า “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ มาตรการ โครงการ หรือวิธี ปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ จะกระทำมิได้”³⁰⁷ จะเห็นได้ว่า กฎหมายนี้อาจปรับใช้ในกรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ ในมิติของการ จ้างแรงงานและอาจรวมถึงขั้นตอนก่อนการเป็น “ลูกจ้าง” เช่น การกำหนดนโยบายการรับสมัครงานของภาคเอกชนที่ มีลักษณะการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้มีขอบเขตจำกัดเฉพาะการเลือกปฏิบัติด้วย เหตุแห่งความพิการ ไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอื่น เช่น เหตุประวัติอาชญากรรม

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักครอบคลุมกรณีการนำ เหตุเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมมาปฏิบัติต่อบุคคลให้เกิดความแตกต่างระหว่างบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรมกับบุคคล ที่ไม่มีประวัติอาชญากรรมในมิติการจ้างแรงงาน

๒) กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม

นอกจากกฎหมายที่มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานแล้ว ยังมีกฎหมาย เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประวัติอาชญากรรม เช่น

➤ ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ ๓๒ การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ. ๒๕๕๔ มีหลักการว่า พนักงานสอบสวนต้องจัดให้มีการพิมพ์ลายนิ้วมือ “ผู้ต้องหาคดีอาญาทุกประเภท เว้นแต่คดีสุ่มเสี่ยง..หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยจราจรทางบก รวมทั้งความผิด ตามกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งได้เปรียบเทียบปรับแล้ว” ดังนั้น โดยหลักแล้วเมื่อบุคคลตกเป็นผู้ต้องหาคดีอาญา ก็จะต้องถูกเก็บ ลายพิมพ์นิ้วมือเป็นประวัติอาชญากรรม ซึ่งหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานเอกชนอาจขอให้มีการตรวจสอบประวัติลูกจ้าง

³⁰⁷ กฎหมายฉบับนี้นิยามความหมายของ “คนพิการ” ไว้ว่า “บุคคลซึ่งมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือ เข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคม เนื่องจากมีความบกพร่องทางการเห็น การได้ยิน การเคลื่อนไหว การสื่อสาร จิตใจ อารมณ์ พฤติกรรม สติปัญญา การเรียนรู้ หรือความบกพร่องอื่นใด ประกอบกับมีอุปสรรคในด้านต่าง ๆ และมีความจำเป็นเป็นพิเศษที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือ ด้านหนึ่งด้านใด เพื่อให้สามารถปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคมได้อย่างบุคคลทั่วไป ทั้งนี้ ตามประเภท และหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ประกาศกำหนด”



ของตนได้³⁰⁸ อย่างไรก็ตาม ข้อมูลนี้อาจถูกคัดแยกออกจากสารบบได้ในบางเหตุที่ระเบียบฉบับนี้กำหนด เช่น “ศาลสั่งยกฟ้อง ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยกฟ้อง ผู้เสียหายถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย”³⁰⁹ ด้วยเหตุนี้ การประกอบอาชีพในภาครัฐหรือภาคเอกชน ก็อาจมีการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมที่มีการบันทึกไว้ โดยหลังจากตรวจสอบแล้ว หากพบว่ามิประวัติอาชญากรรม ก็มิได้มีกฎหมายใดคุ้มครองผู้ที่ไม่ได้รับการจ้างหรือถูกเลิกจ้างด้วยเหตุมิประวัติอาชญากรรมดังกล่าว แม้ว่าประวัติอาชญากรรมนั้นจะไม่เกี่ยวข้องกับการที่สมัครหรือที่ทำงานก็ตาม

➤ พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช

มีพระชนมพรรษา ๘๐ พรรษา พ.ศ. ๒๕๕๐ กฎหมายนี้เป็นการล้างโทษให้กับบุคคลที่ถูกลงโทษจริง³¹⁰ เช่น บุคคลที่ถูกจำคุกตามคำพิพากษาของศาล ให้ถือว่าไม่เคยได้รับโทษนั้น แต่มิได้เป็นการล้าง “ความผิด” ไปด้วย นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้มิได้กำหนดให้ต้องลบประวัติอาชญากรรมของบุคคลนั้นออกจากระบบ หากตรวจสอบประวัติอาชญากรรมจากกองทะเบียนประวัติอาชญากรรม จะยังคงปรากฏว่าบุคคลนั้นเคยกระทำความผิดเพียงแต่มีหมายเหตุว่าได้รับการล้างมลทินแล้ว ยิ่งกว่านั้น กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้วางหลักคุ้มครองต่อไปถึงผลภายหลังจากการล้างมลทินในมิติของการจ้างแรงงานทั้งภาครัฐและเอกชน ดังนั้น การพิจารณารับหรือไม่รับบุคคลที่ได้รับการล้างมลทินเข้าทำงานยังคงต้องพิจารณากฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับองค์กรนั้น ๆ ซึ่งในขั้นตอนนี้ยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

จะเห็นได้ว่า กฎหมายเหล่านี้กำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ โดยไม่มีขอบเขตครอบคลุมถึงมิติของการจ้างแรงงานโดยเฉพาะในส่วนของการพิจารณารับหรือไม่รับบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรมเข้าทำงาน อันเป็นผลสืบเนื่องจากการได้รับโทษจำคุก ดังนั้น จึงจำต้องมีมาตรการทางกฎหมายอื่นมารองรับหรือคุ้มครองบุคคลกลุ่มนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของแรงงานที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ รวมทั้ง “ประวัติอาชญากรรม” ซึ่งในปัจจุบันไทยยังไม่มีกฎหมายลักษณะนี้

๔.๑๐.๓ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ในรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนของไทย

ปัจจุบันกฎหมายไทยไม่มีกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะของกฎหมายกลางที่มีขอบเขตครอบคลุมมิติต่าง ๆ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ดังเช่นกฎหมายออสเตรเลีย อย่างไรก็ตาม ประเด็นการนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมของบุคคลมาปฏิบัติต่อบุคคลนั้นในลักษณะเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นในมิติของการจ้างแรงงานนั้นปรากฏอยู่อย่างต่อเนื่อง โดยอาจจำแนกเป็นกรณีการจ้างงานในภาครัฐและภาคเอกชน

³⁰⁸ ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ ๓๒ การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ. ๒๕๕๔ บทที่ ๓ ข้อ ๔

³⁰⁹ ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ ๓๒ การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ. ๒๕๕๔ บทที่ ๔ ข้อ ๑

³¹⁰ มาตรา ๔ กำหนดว่า “ให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ต้องโทษในกรณีความผิดต่าง ๆ ซึ่งได้กระทำการก่อนหรือในวันที่ ๕ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๐ และได้พ้นโทษไปแล้วก่อนหรือในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ โดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้น ๆ”

๔.๑๐.๓.๑ กรณีประวัติอาชญากรรมกับการจ้างงานในภาครัฐ

กฎหมายไทยที่นำ “ประวัติอาชญากรรม” เข้ามาระบุเป็นคุณสมบัติการเข้ารับราชการนั้นมีหลายฉบับ ซึ่งมีรายละเอียดแตกต่างกันไป จากรายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๓/๒๕๕๕ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้จำแนกกฎหมาย กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องเป็น ๓ กลุ่มคือ³¹¹

กลุ่มแรก: กฎหมายหรือระเบียบที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ โดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้นลักษณะต้องห้ามได้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ ระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการบรรจุ การโอน และการบรรจุกลับเข้ารับราชการ พ.ศ. ๒๕๒๙ เป็นต้น นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒ ก็มีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก โดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้น กฎหมายกลุ่มนี้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามกรณีที่เคยได้รับโทษโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ แต่ไม่มีการระบุข้อยกเว้นให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้นลักษณะต้องห้ามดังกล่าว จึงทำให้ไม่มีลักษณะของการยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมายซึ่งเป็นการปิดโอกาสผู้เคยได้รับโทษจำคุกดังกล่าว

กลุ่มที่สอง: กฎหมายหรือระเบียบที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ แต่มีข้อยกเว้นให้หน่วยงานสามารถกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะหรือใช้ดุลพินิจในการรับสมัครบุคคลผู้มีลักษณะต้องห้ามเข้ารับราชการได้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๕๔ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๗ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๓ เป็นต้น กฎหมายกลุ่มนี้จะมีการระบุข้อยกเว้นเกี่ยวกับกรณีของผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งมีการพิจารณายกเว้นให้เป็นกรณีเฉพาะรายหรือมีการประกาศยกเว้นให้เป็นการทั่วไป โดยเป็นไปตามระเบียบปฏิบัติและมติของคณะกรรมการ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในการสมัครเข้ารับราชการ

กลุ่มที่สาม: กลุ่มองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และ กลุ่มองค์กรที่มีการกำหนดระยะเวลาในการพ้นโทษเป็นคุณสมบัติที่สามารถเข้าดำรงตำแหน่งได้ เช่น กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี เป็นต้น ซึ่งมีการกำหนดข้อห้ามบุคคลมิให้สมัครหรือได้รับการเสนอชื่อ ในกรณีที่บุคคลนั้นเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกและได้พ้นโทษมายังไม่ถึงห้าปี เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งกลุ่มนี้มีการกำหนดระยะเวลาพ้นโทษที่ชัดเจน จึงเป็นการเปิดโอกาสให้กับผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดในการเข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าวได้

³¹¹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพกรณีผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกถูกจำกัดสิทธิในการเข้ารับราชการ,” สิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม, สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (๒๕๕๘): ๑๙-๒๓.



สำหรับคำร้องที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเคยพิจารณาในประเด็นการนำประวัติอาชญากรรมมากำหนดคุณสมบัติเข้ารับราชการ จะเห็นได้จากรายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๓/๒๕๕๕ ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่าผู้ร้องเคยถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับยาเสพติดและศาลพิพากษาให้จำคุก ๓ ปี ๖ เดือน ปัจจุบันผู้ร้องพ้นโทษมาเป็นเวลากว่า ๕ ปี ประกอบอาชีพสุจริต ต้องการจะสอบเข้ารับราชการ แต่ถูกจำกัดสิทธิดังกล่าว ผู้ร้องต้องการสอบเข้ารับราชการสังกัดรัฐสภา แต่เมื่อโทรศัพท์ไปสอบถามได้รับแจ้งว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธิสอบและหากสอบได้คะแนนเต็มก็ไม่มีทางได้เข้ารับราชการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมพิจารณาต่อไป ประเด็นการตรวจสอบ คือ การกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการของรัฐสภา ตามมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ กระทบต่อสิทธิของผู้ร้องหรือไม่ อย่างไร

คณะอนุกรรมการ ฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้มาตรา ๓๗ ข (๗) จะกำหนดคุณสมบัติว่าต้องไม่เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ แต่มาตรา ๓๗ วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ ได้บัญญัติข้อยกเว้นเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้มีลักษณะต้องห้ามตามข้อ ข (๗) ได้รับการพิจารณายกเว้นคุณสมบัติดังกล่าวได้ ฉะนั้นผู้ร้องยังอาจได้รับการพิจารณาให้เข้ารับราชการได้ หากคณะกรรมการข้าราชการรัฐสภาพิจารณายกเว้นโดยต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม คณะอนุกรรมการ ฯ จึงเห็นว่าผู้ร้องยังไม่ถูกระทบสิทธิในเรื่องการไม่สามารถเข้ารับราชการรัฐสภา เพราะเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ตามมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔

จะเห็นได้ว่า กรณีตามคำร้องและรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว แม้ว่าเกี่ยวข้องกับกฎหมายไทยที่กำหนดคุณสมบัติในการรับราชการซึ่งผู้ร้องอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ แต่มีประเด็นจำกัดเฉพาะตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ เท่านั้น ซึ่งจากรายงานผลการพิจารณาดังกล่าวคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องว่า “..โดยกลุ่มที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการโดยไม่มีกำหนดข้อยกเว้นให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้นลักษณะต้องห้ามได้ ควรมีการพิจารณาทบทวนปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับมิติด้านสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและพันธกรณีระหว่างประเทศรับรองไว้ โดยการกำหนดข้อยกเว้นต้องมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนและเป็นธรรม รวมทั้งควรมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการประกอบอาชีพด้วย ซึ่งในข้อยกเว้นนั้นอาจกำหนดกรอบระยะเวลาให้กับผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุก เพื่อเปิดโอกาสให้สามารถใช้สิทธิสมัครเข้ารับราชการและกลับตนเป็นคนดีต่อไป...”

๔.๑๐.๓.๒ กรณีประวัติอาชญากรรมกับการจ้างงานในภาคเอกชน

สำหรับกรณีนี้จะศึกษาวิเคราะห์คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรณีการจ้างงานในภาคเอกชน (คำร้องที่ ๔๘๖/๒๕๕๖ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๙๕/๒๕๕๘)

ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ผู้ร้องมีประเด็นเรื่องการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ กรณีนายจ้างนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณารับบรรจุเข้าทำงานโดยไม่เป็นธรรม ผู้ร้องเคยถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกในคดีลักทรัพย์ และรอลงอาญาไว้ ๒ ปี ต่อมา ผู้ร้องได้สมัครเข้าเป็นพนักงานขายรถยนต์บริษัทเอกชนแห่งหนึ่ง ผู้ร้องได้ปฏิบัติงานผ่านการทดลองงาน ๓ เดือนและถูกตรวจประวัติอาชญากรรม ผลตรวจพบว่าผู้ร้องมีประวัติถูกดำเนินคดีอาญา บริษัทปฏิเสธการบรรจุผู้ร้องเข้าเป็นพนักงาน

ผู้ร้องเห็นว่านายจ้างควรพิจารณาจากผลงานการปฏิบัติงานและความประพฤติของผู้ร้องเป็นหลัก ไม่ควรนำทะเบียนประวัติอาชญากรรมในอดีตมาประกอบการพิจารณา เท่ากับไม่ให้โอกาสผู้ที่เคยทำผิดได้กลับเป็นคนดีและประกอบอาชีพที่มั่นคง ผู้ร้องมีความประสงค์ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบการกระทำอันไม่เป็นธรรมโดยการนำทะเบียนประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณาบรรจุพนักงาน

คณะกรรมการด้านกฎหมายและการปฏิบัติไม่เป็นธรรมพิจารณาแล้ว มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัย คือ การที่บริษัทเอกชนนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณารับสมัครบุคคลเข้าทำงานเป็นการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามคำร้องผู้ร้องถูกปฏิเสธไม่รับเข้าทำงานเนื่องจากเคยต้องโทษคดีอาญาที่ปรากฏในทะเบียนอาชญากรรม จากการพิจารณาตามระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ ๑๒ การพิมพ์ลายนิ้วมือ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๖ ซึ่งเป็นระเบียบใหม่ กรณีของผู้ร้องก็ไม่เข้าข่ายที่จะได้รับการคัดแยกประวัติออกจากสารบบ และเมื่อพิจารณามาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา ๘๐ พรรษา พ.ศ. ๒๕๕๐ แล้วนั้น กรณีผู้ร้องแม้เป็นผู้ที่ได้รับการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ พ.ศ. ๒๕๕๐ ก็มีผลแต่เพียงว่าผู้ร้องไม่เคยถูกลงโทษในข้อหาอันนั้น ๆ มาก่อนเท่านั้น

เนื่องจากบริษัทเอกชนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการพิจารณารับสมัครบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอแนะเชิงนโยบายไปยังหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจให้เปิดโอกาสให้บุคคลที่เคยรับโทษโดยคำพิพากษาศาลสามารถใช้สิทธิในการสมัครรับราชการและสามารถกลับตัวเป็นคนดีต่อไป ความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า กรณีตามคำร้องเป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของบริษัทเอกชนในการรับสมัครบุคคลเข้าทำงานที่แตกต่างกันโดยพิจารณาเป็นรายกรณี อย่างไรก็ตาม แม้แต่ในหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจยังมีการพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการรับสมัครบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอแนะเชิงนโยบายไปยังหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจให้เปิดโอกาสให้บุคคลที่เคยรับโทษโดยคำพิพากษาศาลสามารถใช้สิทธิในการสมัครรับราชการและสามารถกลับตัวเป็นคนดีเพื่อทำประโยชน์ให้กับสังคมและประเทศชาติ และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและมาตรฐานเดียวกันต่อไป นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยังมีการประชุมร่วมกับหน่วยงานภาครัฐ เอกชน สมาคมต่าง ๆ และภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการจัดนำร่องรับสมัครบุคคลที่เคยต้องโทษคดีถึงที่สุดเข้าทำงาน เพื่อเป็นหลักประกันให้ผู้ประกอบการ ในการรับสมัครบุคคลเคยต้องโทษเข้าทำงาน รวมทั้งการแก้ไขปัญหาย่างเป็นรูปธรรม จากกรณีบริษัทเอกชนไม่รับบรรจุบุคคลเข้าทำงานเพราะเหตุมีทะเบียนประวัติอาชญากรรม ไม่พบว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด จึงมีมติให้ยุติเรื่อง

๔.๑๐.๔ ข้อวิเคราะห์

ส่วนนี้จะได้วิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมในมิติของการจ้างแรงงาน โดยจำแนกเป็นประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

๑ “ประวัติอาชญากรรม” ในฐานะ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” และ “มิติของการเลือกปฏิบัติ”

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential treatment) จะเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Ground of Discrimination) สำหรับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้นโดยทั่วไปไม่ได้กำหนด “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ดังเช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๒๖



ก็มีกำหนดเหตุนี้ไว้ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งแม้รับรองสิทธิในการทำงาน³¹² แต่ก็มีได้ระบุ “ประวัติอาชญากรรม” ไว้ในฐานะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศพบว่า “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายหลายประเทศบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย เป็นต้น สำหรับออสเตรเลียนั้น การห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม ได้รับการกำหนดไว้ในกฎหมายระดับรัฐบาลกลาง โดยมีขอบเขตใช้กับนายจ้างและลูกจ้างทั้งภาครัฐและภาคเอกชน เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วพบว่า ไม่มีกฎหมายกลางที่กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมทั้งภาครัฐและเอกชน สำหรับกฎหมายเฉพาะที่มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานมิได้กำหนดเหตุประวัติอาชญากรรมไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ทำให้หน่วยงานภาครัฐและเอกชนกำหนดเหตุประวัติอาชญากรรมไว้ในเกณฑ์และเงื่อนไขการรับบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป

สำหรับ “มิติของการเลือกปฏิบัติ” (Area of Discrimination) นั้น กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติมีทั้งที่ครอบคลุมหลายมิติและกฎหมายที่เน้นเฉพาะมิติการจ้างแรงงาน กฎหมายสิทธิมนุษยชนสหพันธรัฐของแคนาดา ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติอื่นนอกจากการจ้างแรงงานด้วย สำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมตามกฎหมายระดับรัฐบาลกลางของออสเตรเลีย จำกัดเฉพาะในมิติของการจ้างแรงงานเท่านั้น แต่ขอบเขตของ “การจ้างแรงงานและอาชีพ” (Employment and Occupation) มีความหมายกว้าง รวมถึง “การเข้าถึงการฝึกงาน การทำงาน และการเข้าสู่อาชีพใดอาชีพหนึ่ง และเงื่อนไขการทำงาน” ดังนั้น จึงมิได้จำกัดเฉพาะการปฏิบัติในขั้นตอนความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้าง เช่น เงื่อนไขการทำงาน การเลื่อนขั้น การเลิกจ้าง ฯลฯ เท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงกระบวนการที่เกี่ยวข้องก่อนการเข้าสู่สัญญาจ้างแรงงานด้วย เช่น การสรรหา (Recruitment) การประกาศรับสมัครงาน การคัดเลือก (Selection) เป็นต้น ในกรณีของกฎหมายไทยนั้น ไม่มีกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติที่เป็นกฎหมายกลางอันครอบคลุมมิติต่าง ๆ หลายมิติ โดยมีกฎหมายเฉพาะที่ครอบคลุมบางมิติ เช่น การจ้างแรงงานแต่ไม่ระบุเหตุประวัติอาชญากรรมไว้เฉพาะดังกล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ ยังมีปัญหาสำคัญ คือ การขาดกฎหมายคุ้มครองในขั้นตอนก่อนสัญญาจ้างแรงงาน เช่น การประกาศรับสมัคร การคัดเลือก การสัมภาษณ์ เป็นต้น สำหรับการขาดกฎหมายกลางที่ครอบคลุมมิติอื่นก็เป็นปัญหาที่สำคัญ เช่น กรณีของประวัติอาชญากรรมนั้นอาจมีการเลือกปฏิบัติในมิติอื่นนอกจากการจ้างแรงงานได้ เช่น สถาบันการศึกษาที่ไม่รับบุคคลเข้าศึกษาด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม การให้บริการภาคเอกชนที่ปฏิเสธไม่ให้บริการด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม เป็นต้น

๒ ขอบเขตความหมายของ “ประวัติอาชญากรรม”

ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าประเด็นเกี่ยวกับขอบเขตความหมายของประวัติอาชญากรรม อาจจำแนกพิจารณาออกเป็นประเด็นย่อย ๒ ประเด็น ดังนี้

ประเด็นแรก: “ประวัติอาชญากรรม” หมายความว่าเฉพาะการถูกศาลตัดสินว่ามีความผิด หรือมีนัยที่กว้างกว่านั้น เช่น รวมถึงการมีประวัติเนื่องจากตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาด้วย เป็นต้น

³¹²

ภาค ๓ ข้อ ๖ มีหลักว่า “รัฐภาคีรับรองสิทธิในการทำงาน ซึ่งรวมทั้งสิทธิของทุกคนในโอกาสที่จะหาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือกหรือรับอย่างเสรี และจะต้องดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมในการปกป้องสิทธินี้”.

ในประเด็นนี้หากพิจารณากฎหมายแคนาดาจะพบว่า มีการจำแนกความแตกต่างระหว่าง “การถูกตั้งข้อหา” (Criminal charge) กับการถูกตัดสินโทษ (Conviction) แต่มีขอบเขตแตกต่างกันไป สำหรับในระดับสหพันธรัฐนั้น กฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับสหพันธรัฐ (Federal Human Rights Act) ของแคนาดาจำกัดขอบเขตความหมายของประวัติอาชญากรรมไว้แคบ เฉพาะการถูกศาลตัดสินให้ได้รับโทษทางอาญา อีกทั้งต้องเป็นกรณีที่ได้รับการระงับประวัติอาชญากรรม ดังนั้น หากเป็นกรณีการถูกตั้งข้อหา หรือการถูกตัดสินโทษแต่ไม่ได้รับอนุญาตให้ระงับประวัติอาชญากรรม ก็ไม่ถือเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ อาจเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรมอันไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวนี้ได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับกฎหมายระดับมลรัฐนั้นพบว่า มีหลักการแตกต่างกันไป บางมลรัฐครอบคลุมเฉพาะการถูกตัดสินโทษอาญา (Convicted of criminal offence) ในขณะที่บางมลรัฐครอบคลุมการถูกตั้งข้อหาด้วย

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายออสเตรเลีย ในระดับสหพันธรัฐ พบว่าได้กำหนดนิยามความหมายของ “ประวัติอาชญากรรม” (Criminal Record) ไว้โดยเฉพาะ แต่มีการตีความอย่างกว้างไม่เฉพาะประวัติที่อยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่รวมถึงสถานการณ์แวดล้อมของการถูกตัดสินโทษด้วย (Circumstance of the Conviction) ดังนั้น จึงครอบคลุมการตั้งข้อหา การสืบสวน การถูกตัดสินว่ามีความผิดและได้รับโทษ การถูกตัดสินว่ามีความผิดแต่ได้รับการยกเว้นโทษ แม้แต่กรณีที่บุคคลนั้นมิได้มีประวัติอาชญากรรมจริง แต่ถูกนายจ้างเลือกปฏิบัติเพราะนายจ้างเชื่อว่าบุคคลนั้นมีประวัติอาชญากรรม (Imputed Criminal Record) สำหรับระดับมลรัฐนั้น แต่ละมลรัฐยังอาจมีกฎหมายกำหนดรายละเอียดของประวัติอาชญากรรม ในความหมายที่แตกต่างกันไปได้ นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย พิจารณาว่าผู้สมัครงานไม่ได้รับการคัดเลือกด้วยเหตุที่เขา “ปฏิเสธที่จะเปิดเผยประวัติอาชญากรรม” นั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมด้วย³¹³

กฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (The Civil Rights Act) กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้เฉพาะ “เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิด (race, color, religion, sex, or national origin)” โดยมีได้กำหนด “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยตัวของมันเอง อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission หรือ EEOC กำหนดแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement Guidance) สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ “ประวัติอาชญากรรม” หรือที่เรียกว่า “ประวัติการถูกจับและการตัดสินโทษ” (Arrest and Conviction Record)³¹⁴ ไว้ว่า ในกรณีที่นโยบายการจ้างงานที่ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิพลเมือง (เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิด) นายจ้างต้องแสดงให้เห็นว่าประวัติอาชญากรรมนั้นเกี่ยวข้องกับงานและสอดคล้องกับความจำเป็นทางธุรกิจ (Job related and consistent with business necessity)³¹⁵ ดังนั้น แม้โดยทั่วไปจะเห็นได้ว่า ประวัติอาชญากรรมในแง่ที่มีความหมายกว้างกว่าการ

³¹³ From “Reports of inquiries into complaints of discrimination in employment on the basis of criminal record, Mr. Mark Hall v. NSW” Thoroughbred Racing Board, HREOC Report No. 19

³¹⁴ Enforcement Guidance on the Consideration of Arrest and Conviction Records in Employment Decisions Under Title VII of the Civil Rights Act of 1964, as amended, 42 U.S.C. § 2000e et seq. Retrieved from https://www.eeoc.gov/laws/guidance/arrest_conviction.cfm#sdendnote108anc

³¹⁵ ตามหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกา หากโจทก์พิสูจน์ได้ว่าการปฏิบัติของนายจ้างหรือในกรณีที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงานนั้น แม้จะมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) คือ ใช้กับทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลกระทบต่อคนในกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Desperate Impact Discrimination) ก็อาจเป็นการเลือกปฏิบัติที่ฝ่าฝืนกฎหมายสิทธิพลเมืองได้ ทั้งนี้ หากนายจ้างไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการปฏิบัติดังกล่าวมีเหตุผลจำเป็นทางธุรกิจ (Business Necessity)



ถูกศาลตัดสินโทษ โดยอาจรวมถึงกรณีการถูกจับ (Arrest) ที่มีการบันทึกประวัติในชั้นพนักงานสอบสวนด้วย แต่ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นสำคัญมีได้อยู่ที่ขอบเขตความหมายของประวัติอาชญากรรม ว่าครอบคลุมเฉพาะการที่ศาลตัดสินลงโทษหรือรวมถึงการถูกจับ ถูกตั้งข้อหา ด้วยหรือไม่ เนื่องจากประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่า การตัดสินใจหรือนโยบายเกี่ยวกับการจ้างงานซึ่งมีการนำประวัติอาชญากรรม ไม่ว่าจะเป็นประวัติการถูกศาลลงโทษหรือการถูกจับและตั้งข้อหา นั้นมีมูลเหตุเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิพลเมืองหรือไม่ เช่น การที่นายจ้างตัดสินใจไม่รับผู้สมัครซึ่งเคยมีประวัติถูกตำรวจจับและตั้งข้อหา แต่ไม่ถูกศาลตัดสินว่ามีความผิด โดยการตัดสินใจนี้ปรากฏว่ามีความเกี่ยวข้องกับเหตุที่ผู้สมัครเป็นคนผิวสี³¹⁶ กรณีเช่นนี้ก็ถือได้ว่านายจ้างเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนกฎหมายสิทธิพลเมืองแล้ว แต่ทั้งนี้ การเลือกปฏิบัติดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยเหตุ “เชื้อชาติ สีผิว” มิใช่ด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าประวัติอาชญากรรม ตามกฎหมายสิทธิพลเมืองของสหรัฐอเมริกา มีความหมายกว้างกว่าการถูกศาลตัดสินโทษ แต่ไม่ได้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้วยตัวเองเนื่องจากต้องพิจารณาความสัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย

ประเด็นที่สอง: การห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” จำกัดเฉพาะการปฏิบัติต่อบุคคลโดยอาศัยเหตุแห่งการมีอยู่ซึ่งประวัติอาชญากรรมนั่นเอง หรือครอบคลุมถึงการปฏิบัติต่อบุคคลโดยอาศัย “สภาพแวดล้อมหรือเหตุที่เกี่ยวข้องกับประวัติอาชญากรรมด้วย” ทั้งนี้ เนื่องจากฝ่ายผู้รับสมัครงานมักจะอ้างว่า การปฏิเสธการจ้างไม่ได้เกิดขึ้นจาก “ประวัติอาชญากรรม” กล่าวคือ การตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานนั้นไม่เกี่ยวข้องกับ “การมีอยู่ หรือ ไม่มีอยู่” ของประวัติอาชญากรรม แต่ตัดสินใจโดยพิจารณาคุณสมบัติบางประการของผู้สมัคร ซึ่งสะท้อนให้เห็นจากสภาพแวดล้อมหรือสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับ “ประวัติอาชญากรรม” นั้น เช่น ผู้คัดเลือกคนเข้าทำงานมิได้ปฏิเสธผู้สมัครเนื่องจากมีประวัติความผิดฐานลักทรัพย์ แต่ปฏิเสธเพราะสภาพแวดล้อมของความผิดนั้นสะท้อนให้เห็นคุณสมบัติ พฤติกรรม หรืออุปนิสัยของผู้สมัครที่มีแนวโน้มขาดความสุจริตและไม่น่าไว้วางใจ เป็นต้น ในประเด็นนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียได้เคยวินิจฉัยไว้ในกรณีซึ่งผู้ร้องอ้างว่าถูกปฏิเสธการรับเข้าทำงานด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ของตนที่เคยถูกลงโทษฐานลักทรัพย์³¹⁷ อย่างไรก็ตาม ผู้ถูกร้องซึ่งเป็นกรรมการพิจารณาคัดเลือกเข้าทำงานโต้แย้งว่าได้ตัดสินใจด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” แต่การตัดสินใจไม่รับเข้าทำงานเป็นไปด้วยเหตุผลอื่น กล่าวคือ เมื่อพิจารณาลักษณะและสถานการณ์ของความผิดของผู้ร้องนั้น ผู้ถูกร้องเห็นว่าเป็นการแสดงถึง “พฤติกรรม” หรือคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับอุปนิสัยที่ไม่สอดคล้องกับคุณสมบัติของการทำงานที่ต้องการความเชื่อใจ จึงไม่รับเข้าทำงานด้วยเหตุผลนี้ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียนำแนวทางการตีความอย่างกว้าง (Liberal Construction) มาประกอบการตีความ “ประวัติอาชญากรรม” ว่า ไม่จำกัดเฉพาะประวัติเกี่ยวกับการตัดสินโทษจริงเท่านั้น (Actual Record of Conviction) แต่รวมถึงสถานการณ์เกี่ยวกับการตัดสินโทษ (Circumstance of the Conviction) และพฤติกรรมที่เกี่ยวข้อง (Underlying Conduct) โดยอธิบายว่า หากตีความ “ประวัติอาชญากรรม” โดยจำกัด (กล่าวคือ จำกัดเฉพาะการตัดสินใจไม่จ้างงานจาก “การมีอยู่ซึ่งประวัติอาชญากรรม”) จะทำให้เกิดการสร้าง

³¹⁶ เทียบเคียงกับตัวอย่างที่ EEOC อธิบายไว้ในแนวทางการบังคับใช้กฎหมายสิทธิพลเมืองว่า กรณีบุคคลอเมริกันเชื้อชาติแอฟริกัน ถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจเรียกตรวจและถูกตั้งข้อหาขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน แต่ต่อมาพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง อย่างไรก็ตาม ในฐานข้อมูลของตำรวจบันทึกประวัติการถูกตั้งข้อหาไว้ และนายจ้างนำไปใช้ในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานเช่นการเลื่อนตำแหน่ง โดยผู้ได้รับผลกระทบสามารถแสดงให้เห็นว่าเกิดผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติโดยมีความแตกต่างกับลูกจ้างผิวขาวที่อยู่ในสถานะเช่นเดียวกัน ประกอบกับนายจ้างไม่อาจแสดงให้เห็นว่าประวัติดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับการเลื่อนตำแหน่งหรือมีความจำเป็นทางธุรกิจอย่างไร กรณีนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนกฎหมายสิทธิพลเมืองด้วยเหตุแห่ง “เชื้อชาติ” (Race): Ibid.

³¹⁷ From “Ms. Renai Christensen v. Adelaide Casino Pty Ltd.” HREOC Report No. 20

ภาพเหมารวม (Stereotype) ในทางลบอันเกี่ยวกับการประเมินคุณสมบัติของผู้ร้องและส่งผลกระทบต่อหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน³¹⁸ คณะกรรมการฯ เห็นว่า หากจำแนกความแตกต่างระหว่างตัวประวัติอาชญากรรม และสถานการณ์แวดล้อมที่ความผิดนั้นได้กระทำขึ้น จะทำให้ผู้ถูกร้องสามารถเลี่ยงจากหลักห้ามเลือกปฏิบัติ โดยอ้างว่าการปฏิบัติที่ขึ้นบนพื้นฐานของสภาพการณ์แวดล้อมของการกระทำผิด มิใช่เพราะประวัติอาชญากรรมนั่นเอง ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการตีความตามแนวทางของออสเตรเลียนั้น แม้การที่ผู้รับสมัครงานหรือนายจ้างตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานโดยพิจารณาจาก “พฤติกรรม อุปนิสัย” แต่หากพฤติกรรมหรืออุปนิสัยนั้น สืบเนื่องมาจาก “ประวัติอาชญากรรม” ก็ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ด้วย การตีความแนวทางนี้จึงให้นำหนักกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากกรณีประวัติอาชญากรรม

๓ กฎหมายเฉพาะอื่นที่เกี่ยวข้องกับประวัติอาชญากรรม เช่น ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ ๓๒ การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ. ๒๕๕๔

ซึ่งมีหลักการว่า พนักงานสอบสวนต้องจัดให้มีการพิมพ์ลายนิ้วมือ “ผู้ต้องหาคดีอาญาทุกประเภท เว้นแต่คดีลหุโทษ..หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยจราจรทางบก รวมทั้งความผิดตามกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งได้เปรียบเทียบปรับแล้ว” ดังนั้นจะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วเมื่อบุคคลตกเป็นผู้ต้องหาคดีอาญา ก็จะต้องถูกเก็บลายพิมพ์นิ้วมือเป็นประวัติอาชญากรรม ซึ่งหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานเอกชนอาจขอให้มีการตรวจสอบประวัติลูกจ้างของตนได้³¹⁹ อย่างไรก็ตาม ข้อมูลนี้อาจถูกคัดแยกออกจากสารบบได้ในบางเหตุที่ระเบียบฉบับนี้กำหนด เช่น “ศาลสั่งยกฟ้อง ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยกฟ้อง ผู้เสียหายถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย”³²⁰ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการประกอบอาชีพในภาครัฐหรือภาคเอกชน ก็อาจมีการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมที่มีการบันทึกไว้ โดยหลังจากตรวจสอบแล้ว หากพบว่าประวัติอาชญากรรม ก็มีได้มีกฎหมายใดคุ้มครองผู้ที่ไม่ได้รับการจ้าง หรือถูกเลิกจ้างด้วยเหตุมีประวัติอาชญากรรมดังกล่าว แม้ว่าประวัติอาชญากรรมนั้นจะไม่เกี่ยวข้องกับงานที่สมัครหรือที่ทำอยู่ก็ตาม ดังนั้น จะเห็นได้ว่าไทยยังขาดกฎหมายในขั้นตอนของการนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมมาใช้ในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงาน ซึ่งเป็นคนละขั้นต้นกับระเบียบของสำนักงานตำรวจแห่งชาติดังกล่าว

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายเฉพาะอื่น เช่น พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา ๘๐ พรรษา พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งเป็นการล้างโทษให้กับบุคคลที่ถูกลงโทษจริง³²¹ เช่น บุคคลที่ถูกจำคุกตามคำพิพากษาของศาล ให้ถือว่าไม่เคยได้รับโทษนั้น แต่มิได้เป็นการลบล้าง “ความผิด” ไปด้วย แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้วางหลักคุ้มครองต่อไปถึงผลภายหลังจากการล้างมลทินในมิติของการจ้างแรงงานทั้งภาครัฐและเอกชน ดังนั้น การพิจารณารับหรือไม่รับบุคคลที่ได้รับการล้างมลทินเข้าทำงานยังคงต้องพิจารณากฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับองค์กรนั้น ซึ่งในขั้นตอนนี้ยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

³¹⁸ อ้างเหตุผลจากคำพิพากษาคดี Commonwealth v. Bradley per Black CJ (Bradley’s case)

³¹⁹ ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ ๓๒ การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ. ๒๕๕๔ บทที่ ๓ ข้อ ๔

³²⁰ ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ ๓๒ การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ. ๒๕๕๔ บทที่ ๔ ข้อ ๑

³²¹ มาตรา ๔ กำหนดว่า “ให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ต้องโทษในกรณีความผิดต่าง ๆ ซึ่งได้กระทำก่อนหรือในวันที่ ๕ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๐ และได้พ้นโทษไปแล้วก่อนหรือในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ โดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้น ๆ”



๔ วิเคราะห์การคุ้มครองสิทธิผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมในรอบของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

การนำประวัติอาชญากรรมมากำหนดคุณสมบัติการทำงานของบุคคลยังไม่มีกฎหมายคุ้มครอง โดยเฉพาะ เมื่อเกิดเหตุขึ้นจึงมีผู้ที่ได้รับผลกระทบยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จากการพิจารณาตรวจสอบของคณะกรรมการฯ ดังกล่าวมาแล้วนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ในกรณีการสมัครงานภาครัฐตาม รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๓/๒๕๕๕ นั้นประเด็นหลักของการตรวจสอบคือ “การกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภาฯ กระทบสิทธิผู้ร้องหรือไม่ อย่างไร” ซึ่งคณะกรรมการฯ แบ่งกลุ่มกฎหมายเป็น ๓ กลุ่ม และวางแผนพิจารณาว่ากฎหมายกลุ่มที่ไม่มีข้อยกเว้นเป็นการจำกัดสิทธิหรือกระทบสิทธิผู้ร้อง จะเห็นได้ว่า แนววินิจฉัยดังกล่าวเป็นการมุ่งเน้นตรวจสอบการละเมิด “สิทธิในการประกอบอาชีพ” อันเป็นสิทธิมนุษยชนอีกประการหนึ่ง ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีนี้ยังไม่ได้มีการมุ่งเน้นพิจารณาในประเด็นที่ว่า “กฎหมายเหล่านั้นเลือกปฏิบัติต่อผู้สมัครงานด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมหรือไม่” ซึ่งหากพิจารณาในประเด็นนี้อาจมีปัญหาเนื่องจากยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมในมิติการจ้างแรงงาน รวมทั้งความไม่ชัดเจนของ “ประวัติอาชญากรรม” ว่าจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนของไทยเช่นเดียวกับ เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ หรือไม่

สำหรับกรณีการสมัครงานภาคเอกชน ตามรายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๔๕/๒๕๕๘ นั้น คณะกรรมการฯ เห็นว่าไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเลือกปฏิบัติ โดยเหตุผลหลักก็คือ “บริษัทเอกชนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการพิจารณารับบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป” เหตุผลของการพิจารณาเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าเนื่องจากในภาคเอกชนไม่มีกฎหมายกำหนดคุณสมบัติผู้สมัครดังเช่นภาครัฐ และไม่มีกฎหมายควบคุมการที่ผู้ประกอบการภาคเอกชนจะกำหนดคุณสมบัติผู้สมัครงาน จึงเป็นไปตามเจตนาของผู้ประกอบการแต่ละราย

จากกรณีทั้งสองดังกล่าวนี้ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจะพบว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมในมิติการจ้างแรงงานได้รับการกำหนดคุ้มครองไว้โดยเฉพาะในกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยกฎหมายบางประเทศ เช่น ออสเตรเลียนั้นวางหลักครอบคลุมทั้งภาครัฐและเอกชน สำหรับ “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน” ของออสเตรเลียและแคนาดานั้นมีอำนาจโดยตรงในการบังคับใช้กฎหมายกับกรณีการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างงาน อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าไทยยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ จึงทำให้การคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมตามกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนของไทยยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ แม้ว่าอาจมีการคุ้มครองสิทธิของผู้สมัครงานจากการถูกนำประวัติอาชญากรรมมาเป็นเงื่อนไขในการจ้างงานโดยอาศัยหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนอื่น เช่น “การจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ” ดังที่คณะกรรมการฯ ได้วางแผนวินิจฉัยไว้ แต่ก็ยังไม่ปรากฏถึงการคุ้มครองสิทธิในรอบของกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” โดยตรงแต่อย่างใด เนื่องจากยังมีปัญหาความครอบคลุมของกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว

๕ หลักการพิจารณา “คุณสมบัติอันจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับงานนั้น” ในฐานะข้อยกเว้นของการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม

แม้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนของต่างประเทศ เช่น กฎหมายสิทธิพลเมืองของสหรัฐอเมริกา กฎหมายสิทธิมนุษยชนของออสเตรเลียและแคนาดา ต่างวางหลักห้ามการนำประวัติอาชญากรรมมาใช้ในการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานนั้น โดยจัดเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ประการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ได้พยายามสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของผู้มีประวัติอาชญากรรมกับการตัดสินใจของนายจ้างและ

ประสิทธิภาพในการทำงาน จึงกำหนดข้อยกเว้นที่อาจนำ “ประวัติอาชญากรรม” มาประกอบการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรือนำมากำหนดเป็นคุณสมบัติสำหรับการรับบุคคลเข้าทำงานได้ ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวอาจเรียกแตกต่างกันไป เช่น “คุณสมบัติอันเกี่ยวข้องกับงานนั้นโดยสุจริต” (*Bona Fide Occupational Qualification*) หรือ “คุณสมบัติอันจำเป็นอย่างแท้จริงต่อการทำงานหรืออาชีพนั้น” (*Genuine Occupational Requirement*) หรือคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” (*Inherent Requirement Exception*) โดยมีหลักการพิจารณาว่า “ประวัติอาชญากรรม” มีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์ (Related or Unrelated) กับงานนั้นหรือไม่ หากไม่มีความเกี่ยวข้อง (Unrelated to the employment) กับงานนั้น หรือเรียกว่า ประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับงาน (Irrelevant criminal record) ก็ไม่สามารถนำประวัติอาชญากรรมดังกล่าวมาประกอบการตัดสินใจหรือกำหนดคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับการทำงานได้

ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา ศาลเรียกหลักการนี้ว่า “คุณสมบัติอันเกี่ยวข้องกับงานนั้นโดยสุจริต” (*Bona Fide Occupational Qualification*) แนวทางการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement Guidance) ของ EEOC วางหลักการพิจารณาความเกี่ยวข้องกับการจ้างงานและสอดคล้องกับความจำเป็นทางธุรกิจ (Job related and consistent with business necessity) เมื่อเปรียบเทียบกับแคนาดา พบว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ British Columbia Quebec Newfoundland and Labrador ใช้คำว่า “ความผิดทางอาญาซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน Manitoba วางแนวทางพิจารณาว่า การถูกตัดสินโทษ (Conviction) นั้นมีความสัมพันธ์โดยสุจริตกับอาชีพหรือการจ้างงานนั้นหรือไม่ (Bona Fide Relationship to the occupation or employment) โดยกำหนดเกณฑ์หรือปัจจัยพิจารณา เช่น หากอุปนิสัยซึ่งเกี่ยวข้องกับการถูกตัดสินโทษนั้นเกิดขึ้นซ้ำอีก อาจส่งผลกระทบต่อความสามารถของนายจ้างในการประกอบการอย่างปลอดภัยและมีประสิทธิภาพ (Employer’s ability to carry on its business safely and efficiently) สถานการณ์แวดล้อมของความผิดนั้น เช่น อายุขณะกระทำความผิด ระยะเวลาของการตัดสินโทษกับการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน สำหรับกฎหมายออสเตรเลียนั้นพบว่า โดยหลักของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับรัฐบาลกลางแล้ว แม้มีข้อยกเว้นให้กิจการสามารถนำคุณสมบัติเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม” มาใช้ในบริบทการจ้างแรงงานได้ แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข *คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน*” (*Inherent Requirement Exception*) ซึ่งจากการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียนั้นพบว่ามีกรณีตีความข้อยกเว้นดังกล่าวอย่างจำกัด และพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความผิดอาญาตามประวัติของผู้สมัครงานหรือลูกจ้างกับสภาพงานนั้น ๆ เป็นกรณีไป โดยหลีกเลี่ยงการสร้างภาพเหมารวม (Stereotype) ว่าความผิดอาญาทุกอย่างเป็นคุณสมบัติ “ไม่เหมาะสมกับงานทุกประเภท” สำหรับกฎหมายระดับมลรัฐ เช่น Northern Territory (Anti-Discrimination Act 1992) และ Tasmanian (Anti-Discrimination Act 1998) มีการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมที่ “ไม่เกี่ยวข้อง” (Irrelevant criminal record) จะเห็นได้ว่ากฎหมายออสเตรเลียมีการนำหลักการพิจารณาความเกี่ยวข้องระหว่างประวัติอาชญากรรมนั้นกับงานประเภทนั้น ๆ เป็นกรณีไป

หลัก “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” นั้น กฎหมายของหลายประเทศได้นำไปใช้ในการพิจารณาคุณสมบัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ด้วย นอกจากนี้ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายในระดับของสหภาพยุโรป ก็พบว่าการนำหลักนี้มาใช้เช่นกัน กล่าวคือ การกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับการจ้างงานที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิสำหรับคนบางกลุ่มที่มีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ความพิการ โดยหลักแล้วเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายสหภาพยุโรป (กฎหมายเกี่ยวกับการวางกรอบสำหรับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในการจ้างแรงงานและการประกอบอาชีพ³²²) แต่กฎหมายนี้ยกเว้นสำหรับ

³²² Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation



กรณีที่เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวเป็นคุณสมบัติอันจำเป็นอย่างแท้จริงต่อการทำงานหรืออาชีพนั้น (Genuine Occupational Requirement) ทั้งนี้ ภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและได้สัดส่วน³²³ เช่น องค์การศาสนาอาจระบุคุณสมบัติจ้างพนักงานที่นับถือศาสนา นั้น ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice หรือ ECJ) เคยตัดสินไว้ว่า การกำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับผู้สมัครตำแหน่งพนักงานดับเพลิง แม้เป็นการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ แต่การกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวมีลักษณะ “จำเป็นอย่างแท้จริงต่อการทำงานหรืออาชีพนั้น” (Genuine Occupational Requirement) เนื่องจากการทำงานตำแหน่งนั้นอาศัยความแข็งแรงทางกายภาพ รวมทั้งสุขภาพที่ดี³²⁴

อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีของไทยแล้วพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะกฎหมายกลาง นอกจากนี้ ยังไม่มีการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม อีกทั้งไม่มีการกำหนดหลัก “คุณสมบัติที่จำเป็นและเกี่ยวข้องกับงาน” ไว้ในกฎหมายใดโดยเฉพาะ จากการศึกษาคำร้องและการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ อาจจำแนกได้สองกรณี คือ

- **กรณีแรก ในส่วนของการทำงานในส่วนราชการ** ซึ่งเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมในการทำงานภาครัฐ จากตัวอย่างคำร้องและรายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๓/๒๕๕๕ แม้ว่าเกี่ยวข้องกับกฎหมายไทยที่กำหนดคุณสมบัติในการรับราชการซึ่งผู้ร้องอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ แต่มีประเด็นจำกัดเฉพาะตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ เท่านั้น นอกจากนี้ แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้จำแนกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดคุณสมบัติเป็น ๓ กลุ่ม อันทำให้สามารถวางแนวทางพิจารณาว่ากฎหมายกลุ่มใดมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพเกินสมควร แต่หากเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่า ทั้งกฎหมายไทยฉบับต่าง ๆ ที่กำหนดคุณสมบัติของบุคคลในการทำงานภาครัฐ และการพิจารณาคำร้องของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น ยังมิได้มีการนำหลัก “คุณสมบัติอันจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับงาน” มาประกอบการพิจารณา นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้ง ๓ กลุ่มที่เกี่ยวข้องกับงานภาครัฐนั้น ส่วนมากแล้วกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามในกรณี “คำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ” ซึ่งไม่มีการจำแนกรายละเอียดและพิจารณาความสัมพันธ์ว่าความผิดอาญาที่บุคคลนั้นได้รับมีความเกี่ยวข้องอย่างไรกับคุณสมบัติของตำแหน่งงานที่ประสงค์จะสมัคร อย่างไรก็ตาม กฎหมายเกี่ยวกับกาดำรงตำแหน่งในภาครัฐบางหน่วยงาน มีการกำหนดข้อยกเว้นที่คำนึงถึงปัจจัยด้านความแตกต่างของโทษอาญาและความเกี่ยวข้องกับลักษณะการทำงาน เช่น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๘ กำหนดว่า “..ไม่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้คดีนั้นจะยังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษ เว้นแต่เป็นกรณีที่คดียังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท” จะเห็นได้ว่าสะท้อนถึงหลักการพิจารณาความแตกต่างของความผิดบางลักษณะและความเกี่ยวข้องของความผิดดังกล่าวกับการทำงานนั้น นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้เคยกำหนดคุณสมบัติตำแหน่งทางการเมือง

³²³ Council Directive 2000/78/EC Article 4 (Occupational requirements): “...Member States may provide that a difference of treatment which is based on a characteristic related to any of the grounds referred to in Article 1 shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate.

³²⁴ From “Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main. C-229/08 ” Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 January 2010

สำหรับบางตำแหน่ง เช่น รัฐมนตรี โดยเปิดโอกาสให้ผู้ได้รับโทษจำคุกที่ผ่านไประยะเวลาหนึ่งสามารถดำรงตำแหน่งได้³²⁵

• **กรณีที่สอง ในส่วนของการจ้างงานภาคเอกชน** จากกรณีตัวอย่างคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (คำร้องที่ ๔๘๖/๒๕๕๖ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๙๕/๒๕๕๘) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ร้องถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกในคดีลักทรัพย์และรอลงอาญาไว้ ๒ ปี ต่อมา ผู้ร้องได้สมัครเข้าเป็นพนักงานขายรถยนต์บริษัทเอกชนแห่งหนึ่ง แต่ถูกปฏิเสธการบรรจุ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าไม่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน เนื่องจาก “บริษัทเอกชนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการพิจารณารับสมัครบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป” ผู้เขียนเห็นว่าเหตุผลของการพิจารณาเช่นนี้สืบเนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติสำหรับภาคเอกชนในมิติของการจ้างแรงงานดังเช่นกฎหมายต่างประเทศ ดังนั้น การตัดสินใจจ้างแรงงานในภาคเอกชนจึงอยู่ภายใต้หลักการแสดงเจตนาทำสัญญาตามกฎหมายแพ่ง แต่หากพิจารณากรณีนี้ตามหลัก “คุณสมบัติที่จำเป็นอันเกี่ยวข้องกับงาน” แล้วอาจเป็นประเด็นที่ถกเถียงได้ว่า การที่ผู้ร้องเคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกฐานลักทรัพย์นั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกับการสมัครงานในตำแหน่งพนักงานขาย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม” หรือประวัติความผิดอาญา ในลักษณะครอบคลุมอย่างกว้าง เช่น “เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ” ซึ่งปรากฏในกฎหมายหลายฉบับในส่วนของการจ้างงานภาครัฐ รวมทั้งกฎ ระเบียบ หรือนโยบายภาคเอกชนหลายแห่ง สะท้อนถึงแนวคิดที่ว่า บุคคลที่มี “เจตนา” ทางอาญาในการกระทำความผิดและได้รับโทษจำคุกเป็นบุคคลที่ไม่เหมาะสมในการทำงาน ดังจะเห็นได้จากการยกเว้นสำหรับกรณีความผิดที่กระทำโดยประมาทและความผิดลหุโทษซึ่งเป็นความผิดเล็กน้อยที่ไม่มีองค์ประกอบด้าน “เจตนา” ทางอาญา³²⁶ จะเห็นได้ว่าการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวเชื่อมโยง “เจตนา” ทางอาญากับ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” โดยส่งผลให้บุคคลผู้มีเจตนาทำผิดอาญาและศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกนั้น เป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติอันจำเป็นกับงานนั้น หลักการเช่นนี้อาจมีส่วนเกี่ยวข้องในระดับหนึ่ง เช่น บุคคลผู้เคยกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทำร้ายร่างกาย หากสมัครงานในตำแหน่งที่มีโอกาสเกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราหรืออยู่ในสภาพงานที่มีความเสี่ยงต่อการเกิดกรณีพิพาทกับบุคคลอื่น ในอีกแง่หนึ่ง แนวคิดดังกล่าวมีลักษณะสร้างภาพเหมารวม (Stereotype) ว่าบุคคลที่มีเจตนาทำผิดอาญา จะต้องเป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติอันเหมาะสมในการทำงาน โดยเฉพาะงานราชการจะเห็นว่ามีกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวไว้เกือบทุกลักษณะงาน โดยไม่คำนึงความแตกต่างของลักษณะเฉพาะในแต่ละตำแหน่งงาน นอกจากนี้ ยังมีประเด็นว่าหลักการพิจารณาในเชิงเหมารวมเช่นนี้อาจสะท้อนคุณลักษณะที่ไม่เหมาะสมของผู้สมัครงานได้หากพิจารณาความผิดอาญาเฉพาะตามประมวลกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีความผิดตามกฎหมายเฉพาะอื่นที่บัญญัติขึ้นใหม่จำนวนมากซึ่งมีโทษอาญาอันมิใช่ความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ โดยผู้ที่ได้รับโทษตามกฎหมายเหล่านั้นอาจไม่สะท้อนถึง “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” แต่อย่างใด ดังเช่น จากข้อมูลในการจัดประชุมกลุ่มย่อยและสัมภาษณ์ มีผู้ให้ข้อมูลว่า “...สังคมยังคงมีแนวคิดที่คนมีประวัติอาชญากรรมเป็นคนไม่ดี แต่ในปัจจุบันประวัติอาชญากรรมอาจเกิดกับ

³²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๗๔ (๕) กำหนดคุณสมบัติผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่า “...ไม่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก โดยได้พ้นโทษมาแล้วไม่ถึง ๕ ปี ก่อนได้รับตำแหน่ง เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ”

³²⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๐๔ กำหนดว่า “การกระทำความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายนี้ แม้กระทำความผิดโดยไม่มีเจตนาก็เป็นความผิด เว้นแต่ตามบทบัญญัติความผิดนั้นจะมีความบัญญัติให้เห็นเป็นอย่างอื่น”



คนที่ไม่ได้มีความชั่วร้ายเหมือนอย่างพวกอาชญากร เช่น ผู้กระทำความผิดตาม พ.ร.บ คอมพิวเตอร์ ซึ่งทำแค่โพสต์ข้อมูล ต่อกันหรือแชร์ข้อมูลที่หมิ่นประมาทคนอื่น ก็มีความผิดติดคุกได้แล้ว เพียงแค่นี้ก็กลายเป็นคนมีประวัติติดตัวเสียอนาคต ไปหมด...” จากข้อมูลนี้เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องพบว่า ในปัจจุบันมีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดความผิดอาญา อันมิใช่ความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ แต่ก็มิได้มีลักษณะเป็นความผิดร้ายแรงอันอาจเกี่ยวข้องกับ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งมีฐานความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่เนื้อหาข้อมูล โดยมีองค์ประกอบที่กว้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาพฤติกรรมของบุคคล ในยุคปัจจุบันที่ใช้อุปกรณ์สื่อสารข้อมูลคอมพิวเตอร์ในชีวิตประจำวันกันทั่วไปแล้ว มีโอกาสเป็นผู้กระทำความผิด³²⁷ ซึ่งมีโทษจำคุกสูงสุดห้าปี อันมิใช่ความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ ทำให้บุคคลทั่วไปอาจมีประวัติความผิดอาญา ได้โดยง่าย หากพิจารณาระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ ๓๒ การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ. ๒๕๕๔ จะเห็นได้ว่า ผู้ต้องหาคดีเกี่ยวกับความผิดทางคอมพิวเตอร์จะต้องถูกเก็บข้อมูลลาย พิมพ์นิ้วมือ ซึ่งข้อมูลนี้จะยังคงอยู่เพื่อการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมต่อไปในกรณีของการจ้างแรงงานทั้งภาครัฐและ เอกชน แม้ว่าจะถูกศาลพิพากษาให้จำคุกแต่รอลงอาญาไว้ ประวัติดังกล่าวก็ยังคงปรากฏอยู่ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณา ความผิดของบุคคลเหล่านี้ อาจเป็นกรณีการเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลข่าวสารที่ “เป็นเท็จ” ทางระบบคอมพิวเตอร์และ เข้าองค์ประกอบความผิดได้ จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปคล้ายคลึงกับความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งเมื่อพิจารณาคุณสมบัติ ของงานทั่วไปแล้ว การที่บุคคลเคยกระทำความผิดเช่นนี้อาจไม่ใช่ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน”³²⁸ สำหรับงาน ทุกตำแหน่ง ดังนั้น กฎหมายหรือระเบียบที่กำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับโทษจำคุกจึงทำให้บุคคลที่ได้รับโทษตามกฎหมาย นี้ถูกตัดโอกาสการทำงานไปด้วย

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนถึงหลัก “คุณสมบัติอันจำเป็นและเกี่ยวข้องกับงาน” นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียยังได้พิจารณาในรายละเอียดของความผิดอาญาที่มีประวัติและความเกี่ยวข้องกับงานแต่ละงานเป็นกรณีไป เช่น กรณีผู้ร้องสมัครงานใน ตำแหน่งผู้ช่วยในบาร์ แต่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมที่เคยลักทรัพย์เมื่อครั้งเป็นผู้เยาว์³²⁹ คณะกรรมการสิทธิ มนุษยชนออสเตรเลียเห็นว่า ผู้ร้องถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม ไม่เข้าข่ายยกเว้น “คุณสมบัติอันจำเป็น และเป็นสาระสำคัญของงานนั้น” หรือกรณีผู้ร้องสมัครงานในตำแหน่งพนักงานสื่อสาร (Communication Officer) ของ ศูนย์บริการโทรศัพท์ฉุกเฉิน (Emergency Service Telecommunications หรือ ESTA) แต่ไม่ได้รับการคัดเลือกด้วย เหตุที่เคยมีประวัติอาชญากรรมความผิดฐานดื่มแอลกอฮอล์และขับรถ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียเห็นว่า

³²⁷ มาตรา ๑๔ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐; รายการมติทอล์ค ตอน (แค) กตโลค์เข้าข่ายผิดกฎหมาย!?, สัมภาษณ์ คณาธิป ทองรวีวงศ์, คณะบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น, ๑๑ ธันวาคม ๒๕๕๘

³²⁸ สำหรับร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ที่มีการนำเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในเดือนเมษายน ๒๕๕๙ นั้นก็ยังคงมีองค์ประกอบที่กว้างอันอาจทำให้บุคคลทั่วไปสามารถตกเป็นผู้กระทำความผิดโดยง่าย อยู่นั่นเอง สำหรับงานวิจัยนี้ไม่มีขอบเขตในการศึกษาและนำเสนอข้อเสนอแนะเกี่ยวกับพระราชบัญญัตินี้ แต่ศึกษา “ผลกระทบต่อเนื่อง” ต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ต้องรับโทษจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยกลายเป็นผู้มีประวัติความผิดอาญาและส่งผลกระทบต่อในการ ถูกเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงาน ; ประเด็นปัญหาของร่าง พ.ร.บ นี้กับสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดูเพิ่มเติมได้ใน: คณาธิป ทอง รวีกวงศ์ (สัมภาษณ์), ข้าและ พ.ร.บ.คอมฯ ใหม่ ยังคงน่ากลัวเหมือนเดิม”, มติชน ปีที่ ๓๖ ฉบับที่ ๑๘๖๔, ๖ พฤษภาคม ๒๕๕๙ น. ๑๓

³²⁹ From “Ms. Renai Christensen v. Adelaide Casino Pty Ltd,” HREOC Report No. 20

“เป็นการกำหนดคุณสมบัติของงานที่ไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วน จึงไม่เข้าข้อยกเว้น เนื่องจากไม่ใช่คุณสมบัติอันจำเป็นที่เกี่ยวกับงานที่สมัคร”³³⁰ เช่นเดียวกับกรณีที่ ผู้ร้องเคยมีประวัติอาชญากรรมข้อหาขับรถขณะมึนเมา ได้มาสมัครงานในตำแหน่งนักวิเคราะห์ตลาด (Market Analyst) แต่ไม่ได้รับการคัดเลือก บริษัทยอมรับว่าเหตุที่ไม่รับผู้ร้องเข้าทำงานนั้นสืบเนื่องจากประวัติอาชญากรรม แต่อ้างนโยบายของกิจการเกี่ยวกับยาเสพติดและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งกำหนดไว้เพื่อมุ่งเน้นความปลอดภัยในการทำงาน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียเห็นว่า ประวัติความผิดอาญาของเขาไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับการจ้างงานตำแหน่งดังกล่าว อีกทั้งมิได้เกิดขึ้นในระหว่างเวลาทำงาน รวมทั้งการขับรถไม่เกี่ยวข้องกับการทำงานที่เขาสมัคร³³¹

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายเกี่ยวกับการรับราชการ บางหน่วยงานเปิดโอกาสข้อยกเว้นที่คำนึงถึงปัจจัยด้านความแตกต่างของโทษอาญา ซึ่งแม้มีเจตนาทางอาญาแต่ก็ไม่ได้มีลักษณะที่กระทบต่อลักษณะการทำงาน เช่น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๘ กำหนดว่า “ไม่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้อัตินั้นจะยังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษ เว้นแต่เป็นกรณีที่ดียังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท” จะเห็นได้ว่าการเปิดโอกาสสำหรับผู้ได้รับโทษจำคุกจากความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งมีการรอการลงโทษ ถึงแม้ว่ากฎหมายนี้จะจัดอยู่ในกลุ่มการกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับโทษจำคุกให้เป็นคุณสมบัติต้องห้ามโดยไม่มีข้อยกเว้นในการใช้ดุลพินิจ แต่สะท้อนถึงการนำความแตกต่างของความผิดบางลักษณะที่ไม่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติอันจำเป็นตามลักษณะงาน นอกจากนี้ ยังอาจเทียบเคียงกับกรณีคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยรัฐธรรมนูญกำหนดคุณสมบัติตำแหน่งทางการเมืองสำหรับบางตำแหน่ง เช่น รัฐมนตรี ซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้ได้รับโทษจำคุกที่ผ่านไประยะเวลาหนึ่งสามารถดำรงตำแหน่งได้³³²

นอกจากนี้ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติของอาชีพเฉพาะบางอาชีพ เช่น การกำหนดคุณสมบัติของ “พนักงานรักษาความปลอดภัยรับอนุญาต” ตามพระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๔ นั้นพบว่า มาตรา ๓๔ กำหนดคุณสมบัติต้องห้ามอันเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม” ไว้ว่า “เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกสำหรับความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หรือพ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีก่อนวันขอรับใบอนุญาตและมิใช่ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา” จะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้แม้มีการนำคุณสมบัติเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม” มาใช้ในบริบทการประกอบวิชาชีพพนักงานรักษาความปลอดภัย แต่ก็อยู่ภายใต้เงื่อนไข **คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน** (Inherent Requirement Exception) กล่าวคือ ประวัติอาชญากรรมที่ต้องห้ามนั้นมีขอบเขตเฉพาะความผิดบางประการที่ระบุไว้ อันเป็นความผิดที่อาจเกี่ยวข้องกับ

³³⁰ From Report of an Inquiry into a complaint by Ms Tracy Gordon of discrimination in employment on the basis of criminal record, HREOC Report No. 33, 2006

³³¹ From Australian Human Rights Commission : Mr CG v. State of New South Wales (Rail Corporation New South Wales): report into discrimination in employment on the basis of criminal record, 2012

³³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๓๔ (๕) กำหนดคุณสมบัติผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่า “....ไม่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก โดยได้พ้นโทษมาแล้วถึง ๕ ปี ก่อนได้รับตำแหน่ง เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ”



การปฏิบัติหน้าที่ในอนาคตต่อไปหรือกระทบต่อความน่าเชื่อถือของการประกอบอาชีพรักษาความปลอดภัย โดยมิได้วางหลักในลักษณะของ “ภาพเหมารวม” (Stereotype) ว่าความผิดอาญาทุกอย่างเป็นคุณสมบัติ “ไม่เหมาะสมกับงานทุกประเภท”

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าแม่หลัก “คุณสมบัติอันจำเป็นและเกี่ยวข้องกับงาน” อาจมีการใช้คำแตกต่างกันไปตามกฎหมายแต่ละประเทศ แต่สาระสำคัญก็คือ การนำประวัติอาชญากรรมมาประกอบการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานทั้งในระดับของการตัดสินใจจ้างหรือการตัดสินใจเกี่ยวกับเงื่อนไขในการทำงาน อาจทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน หากการกระทำเช่นนั้นมิเหตุผลสมควร เนื่องจากมีความสัมพันธ์หรือความเกี่ยวข้องระหว่างประวัติอาชญากรรม กับงานที่บุคคลนั้นประสงค์จะสมัครหรือทำงานอยู่ กล่าวคือ คุณสมบัติเกี่ยวกับการมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของประวัติอาชญากรรมนั้นเป็นคุณสมบัติที่สำคัญอันเกี่ยวข้องกับงานนั้นโดยสุจริต (Good faith or Bona Fide occupational qualification) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของอคติหรือการสร้างภาพเหมารวมซึ่งไม่เกี่ยวข้องใด ๆ กับการทำงานนั้น หลักการพิจารณาเช่นนี้ทำให้ไม่อาจสรุปเป็นการทั่วไป (Generalization) ว่าประวัติอาชญากรรมทุกกรณีมีความเกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน เนื่องจากต้องพิจารณาลักษณะความผิดของประวัติอาชญากรรมอันหนึ่งและความสัมพันธ์กับงานหนึ่งเป็นกรณีไป จะเห็นได้ว่าการพิจารณาเช่นนี้เป็นแนวทางแก้ปัญหาการสร้างภาพเหมารวม (Stereotype) ว่าประวัติอาชญากรรมทุกกรณีเป็นคุณสมบัติที่ไม่เหมาะสมกับงานทุกประเภท อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวยังไม่ปรากฏอย่างชัดเจนตามกฎหมายไทย ทำให้ยังมีปัญหาอันสรุปได้สองประการหลักดังนี้

➤ **ประการแรก** การกำหนด “ประวัติอาชญากรรม” ในฐานะเป็นคุณสมบัติที่จำเป็นสำหรับงานทั้งในภาครัฐและเอกชน โดยไม่คำนึงถึงรายละเอียดว่าการกระทำผิดตามประวัติดังกล่าวเกี่ยวข้องกับงานที่สมัครนั้นอย่างไร หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ มิได้วางหลักพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างประวัติอาชญากรรมกับงานเป็นกรณีไป ทำให้เกิดการสร้างภาพเหมารวมในลักษณะที่ว่า “ผู้มีประวัติอาชญากรรมไม่เหมาะสมกับงานในทุกตำแหน่ง” แม้ว่าตามข้อกำหนดคุณสมบัติในงานโดยทั่วไปแล้วจะจำกัดเฉพาะ “โทษทางอาญาที่มีโทษประมาทหรือลหุโทษ” แต่ก็มีได้วางหลักพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างโทษทางอาญานั้นกับงานเฉพาะตำแหน่งซึ่งมีรายละเอียดแตกต่างกันไป

➤ **ประการที่สอง** ไม่มีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพื่อคุ้มครองกรณีที่ผู้ประกอบการภาคเอกชนนำประวัติอาชญากรรมมากำหนดคุณสมบัติหรือเป็นปัจจัยในการพิจารณาเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน นอกจากนี้ ผู้ประกอบการในภาคเอกชนอาจกำหนดขอบเขต “ประวัติอาชญากรรม” ในความหมายอย่างกว้าง เช่น การนำเอาประวัติการถูกตั้งข้อหาทางอาญาซึ่งศาลไม่ได้ตัดสินว่ามีความผิด มาประกอบการพิจารณารับเข้าทำงานหรือกำหนดเงื่อนไขการทำงานอื่น ๆ รวมทั้งผู้ประกอบการอาจพิจารณาตัดสิน “อุปนิสัยหรือพฤติกรรม” ของผู้สมัครจาก “การมีอยู่” ซึ่งประวัติอาชญากรรมนั้น ดังเช่นกรณีตัวอย่างของออสเตรเลีย ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียเคยพิจารณาไว้ว่าเป็นการสรุปรวบที่กว้างและทำให้เกิดการสร้างภาพเหมารวมประวัติอาชญากรรมโดยไม่คำนึงถึงความเกี่ยวข้องกับลักษณะงานนั้น

ด้วยเหตุนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” โดยเฉพาะในมิติของการจ้างแรงงาน จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะการวิจัยในบทที่ ๕ ต่อไป

๔.๑๑ บทวิเคราะห์ กรณีการให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding)

ในส่วนนี้จะได้วิเคราะห์ถึงกรณีปัญหาการให้นมบุตรจากอกแม่ในมิติของสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติ

๔.๑๑.๑ ผลดีของการเลี้ยงลูกด้วยนมแม่

องค์การอนามัยโลก (World Health Organization) และ ยูนิเซฟ (UNICEF) แนะนำให้เลี้ยงลูกด้วยนมแม่ในช่วงหกเดือนแรก รวมทั้ง ให้นมแม่ประกอบกับอาหารเสริมอื่น ๆ ต่อไปอีกสองปี นโยบายการ ส่งเสริมเลี้ยงลูกด้วยนมแม่ ได้รับการสนับสนุนจากมติของที่ประชุม World Health Assembly (Resolution WHA 55.25) รวมทั้ง คณะกรรมการบริหารของยูนิเซฟ (The UNICEF Executive Board)³³³ ผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่าการเลี้ยงลูกด้วยนมแม่มีความสำคัญต่อ พัฒนาการของทารก ลดอัตราการเสียชีวิตของทารก ลดการติดเชื้อ และอาการเจ็บป่วยต่าง ๆ ของทารก³³⁴ นอกจากนี้ การให้นมบุตร ยังส่งผลดีต่อสุขภาพของแม่อีกด้วย ผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่า แม่ ที่ไม่ได้ให้นมบุตรมีความเสี่ยงต่อโรคบางอย่าง³³⁵ และการให้ นมบุตรจากอกแม่อังส่งผลดีในเชิงจิตวิทยาต่อความสัมพันธ์ ระหว่างแม่และลูก³³⁶



การเลี้ยงลูกด้วยนมแม่อังส่งผลดีในเชิงเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ กล่าวคือ เนื่องจากการให้นมแม่ ส่งผลดีต่อสุขภาพของแม่และเด็ก ดังนั้น ในแง่ระบบประกันสุขภาพที่รัฐจัดให้ประชาชนนั้น (Public health system) การให้นมบุตรจากอกแม่มีส่วนลดภาระค่าใช้จ่ายของรัฐในการบำบัดรักษาความเจ็บป่วยได้³³⁷

ในสหรัฐอเมริกามีความพยายามที่จะส่งเสริมให้แม่เลี้ยงลูกด้วยนมแม่ โดยมีการจัดทำโครงการ “Healthy people 2020” ซึ่งมีเป้าหมายสำคัญประการหนึ่ง คือ เพิ่มอัตราส่วนแม่ที่ให้นมบุตรให้ถึงร้อยละ ๘๐.๙ ในปี ค.ศ. ๒๐๒๐³³⁸

³³³ From Global Strategy for Infant and Young Child Feeding (p 7-8) , World Health Organization/UNICEF, 2003 World Health Organization/UNICEF Geneva

³³⁴ From “The Burden of Suboptimal Breastfeeding in the United States: A Pediatric Cost Analysis (p 1048-1052)” by Melissa Bartick and Arnold Reinhold, 2010, Pediatrics 125, 5.

³³⁵ From “Duration of Lactation and Risk Factors for Maternal Cardiovascular Disease (p 974)” by Eleanor B Schwarz, et al, 2009, Obstet Gynecol, 113, 5

³³⁶ From “Effects of Breastfeeding on the Mother (p 143-154)” by Miriam H Labbok, 2001, Pediatric Clinics, 48, 1

³³⁷ From “The Burden of Suboptimal Breastfeeding in the United States: A Pediatric Cost Analysis (p 1048-52)” by Melissa Bartick and Arnold Reinhold, 2010, Pediatrics 125, 5

³³⁸ Retrieved from <http://www.healthypeople.gov/2020/topics-objectives/topic/maternal-infant-and-child-health/objectives?topicId=26>



จะเห็นได้ว่าการเลี้ยงลูกด้วยนมแม่ ส่งผลดีในหลายด้าน ทั้งในเชิงสุขภาพกาย สุขภาพจิต รวมทั้ง ผลดีในเชิงเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศอีกด้วย ดังนั้น รัฐบาลในหลายประเทศจึงส่งเสริมให้มีการเลี้ยงลูกด้วยนมแม่

๔.๑๑.๒ การให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding)

การเลี้ยงลูกด้วยนมแม่ได้รับการสนับสนุนอย่างกว้างขวาง อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมหนึ่งซึ่งเกิดตาม มาจากการเลี้ยงลูกด้วยนมแม่คือการเลี้ยงลูกโดยการให้นมจากอกแม่ (Breastfeeding) การให้นมบุตรจากอกของแม่นั้นอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในสถานที่ส่วนบุคคลและในที่สาธารณะ ในปัจจุบันการให้นมบุตรจากอกแม่ในที่สาธารณะ เช่น ร้านอาหาร สถานีรถโดยสาร ในรถโดยสารสาธารณะ เกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย อย่างไรก็ตาม บุคคลจำนวนหนึ่งอาจรู้สึกไม่พอใจหรือมองว่าพฤติกรรมการให้นมบุตรในที่สาธารณะนั้นไม่เหมาะสม ทำให้แม่ผู้ให้นมบุตรจากอกได้รับการปฏิบัติ อันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าในที่สาธารณะ เช่น ถูกปฏิเสธการให้บริการ หรือได้รับการปฏิบัติจากบุคคลในสังคมด้วยวาจา หรือพฤติกรรมที่มีลักษณะเหยียดหยามหรือส่งผลต่อเนื่องเชื่อมโยงไปกับการใช้วาจาที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

ในมุมมองสิทธิมนุษยชนนั้น ทั้งเด็กและแม่ของเด็กต่างมีสิทธิพื้นฐานในส่วนที่เกี่ยวกับการให้นม กล่าวคือ เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการให้นม (Right to be breastfed) ในขณะที่มารดามีสิทธิที่จะให้นม (Right to breastfeed)³³⁹ การที่บุคคลหรือผู้ให้บริการต่าง ๆ ในสังคมมีพฤติกรรมการปฏิบัติต่อมารดาผู้ให้นมบุตรในที่สาธารณะ จึงอาจ จัดเป็นการเลือกปฏิบัติชนิดหนึ่งซึ่งกำลังเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวาง

มารดาผู้ให้นมบุตรจากอกอาจได้รับการปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นในที่สาธารณะ เช่น การใช้วาจาเหยียดหยาม ต่อว่า แม่ที่ให้นมบุตรจากอกในที่สาธารณะ ได้รับการปฏิบัติจากบุคคลอื่นในลักษณะของ พฤติกรรมที่แสดงว่าการให้นมบุตรนั้นไม่เหมาะสม การปฏิบัติหรือพฤติกรรมที่แม่ผู้ให้นมบุตรได้รับจากสังคมอาจเกิดขึ้น โดยตรงหรือโดยอ้อม เช่น พฤติกรรมทำทาง การแสดงออก คำพูด เป็นต้น³⁴⁰ ผู้ไม่เห็นด้วยดังกล่าวอาจมีมุมมองในเชิง สังคมและวัฒนธรรม (Socio-cultural) ที่แตกต่างกันกับพฤติกรรมการให้นมบุตร สำหรับการปฏิบัติต่อแม่ที่ให้นมบุตร อันเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ เช่น

- การปฏิเสธไม่ให้แม่ผู้ให้นมบุตรจากอกใช้บริการใดบริการหนึ่ง เช่น ห้ามเข้าสถานที่บางแห่ง
- การจัดให้แม่ผู้ให้นมบุตรจากอกต้องออกจากบริเวณสำหรับบุคคลทั่วไป เพื่อไปให้นมบุตรจากอก ในบริเวณพื้นที่ซึ่งจัดไว้ให้เฉพาะ ซึ่งในบางกรณี สถานที่เฉพาะเช่นนั้นอาจไม่มีสุขอนามัยที่เหมาะสม เช่น ห้องชักล้าง เพียงเพราะผู้ดูแลสถานที่นั้นต้องการให้แม่ผู้ให้นมบุตรจากอกไปอยู่ที่ห่างไกลจากผู้คนทั่วไป
- ในมิติของการจ้างแรงงาน การให้นมบุตรจากอกแม่ ส่งผลกระทบในการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้าง หญิงที่ประสงค์จะให้นมบุตรระหว่างทำงาน เนื่องจากโดยสภาพของการให้นมบุตรนั้นจะต้องใช้เวลาอย่างสม่ำเสมอ ระหว่างวัน รวมทั้งจำเป็นที่จะต้องมีการจัดพื้นที่เหมาะสมในสถานที่ทำงาน จึงมีประเด็นว่าหากนายจ้างมีนโยบายหรือ การปฏิบัติที่ส่งผลเป็นการขัดขวางการให้นมบุตรหรือมีการกำหนดนโยบายจำกัดสิทธิการให้นมบุตรจะเป็นการเลือก ปฏิบัติต่อลูกจ้างนั้นหรือไม่

³³⁹ From “Breastfeeding and Human Rights: Is There a Right to Breastfeed? Is There a Right to Be Breastfed?” (p 357-361)” by Naomi B Bar-Yam, 2003, Journal of Human Lactation 19, 4

³⁴⁰ From The Guardian “In France, breast is definitely not best,” by Fiachra Gibbons (1 April 2011) Retrieved from www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/apr/01/france-breast-breastfed-baby-death

๔.๑๑.๓ มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวข้องกับการให้นมบุตรจากอกแม่

จากการศึกษาพบว่า มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้นมบุตรจากอกแม่ อาจจำแนกได้ ๒ ทิศทาง ได้แก่



ทิศทางแรก กำหนด ยกเว้น การให้นมจากอกแม่ ไม่เป็นการลามกอนาจาร หรือการกระทำทางเพศที่ไม่เหมาะสม เช่น กฎหมายมลรัฐสหรัฐอเมริกา

ทิศทางที่สอง กำหนดคุ้มครองแม่ผู้ให้นมบุตรจากการเลือกปฏิบัติ และการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมจากบุคคลอื่น ทั้งนี้เนื่องจาก แม้ว่ากฎหมายจะคุ้มครองแม่ผู้ให้นมบุตร โดยการยกเว้นให้การกระทำความผิดไม่ผิดกฎหมายอื่น โดยเฉพาะกฎหมายอนาจารในที่สาธารณะ แต่ก็ยังไม่อาจคุ้มครองแม่ผู้ให้นมบุตรในที่สาธารณะจากการถูกเลือกปฏิบัติหรือการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมจากคนอื่น จึงควรมีกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติเข้ามาในส่วนนี้ด้วย

๔.๑๑.๓.๑ กฎหมายออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลียกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีของการให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding) ไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายทั้งสองระดับต่อไปนี้

๑) กฎหมายระดับสหพันธรัฐ

พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ (Sex Discrimination Act 1984) นั้น การให้นมบุตรจากอกแม่ถือเป็นสิทธิที่สำคัญประการหนึ่ง และเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายนี้ห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งทางตรงและทางอ้อมด้วยเหตุแห่งการให้นมบุตรจากอกแม่ การเลือกปฏิบัติทางตรงเกิดขึ้นเมื่อมีบุคคลหนึ่งปฏิบัติต่ออีกคนหนึ่งในลักษณะที่ได้รับความพึงพอใจน้อยกว่า (Less favorably than another people) เช่น การที่ภัตตาคารแห่งหนึ่งปฏิเสธไม่ให้บริการกับแม่ผู้ให้นมลูกจากอก สำหรับการเลือกปฏิบัติทางอ้อมในกรณีนี้จะเกิดขึ้นเมื่อเงื่อนไขที่เป็นกลาง หรือการปฏิบัติที่เหมือนกับส่งผลให้แม่ผู้ให้นมลูกจากอกได้รับการปฏิบัติที่เสียเปรียบหรือด้อยกว่าบุคคลอื่น เช่น กฎระเบียบการทำงานของสถานที่ทำงานซึ่งกำหนดให้ลูกจ้างทุกคนต้องทำงานโดยไม่หยุดพักเป็นช่วงระหว่างวัน กฎระเบียบเช่นนี้แม้ว่าใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคน แต่ส่งผลให้ลูกจ้างที่ต้องให้นมบุตรได้รับการปฏิบัติที่เสียเปรียบเนื่องจากไม่สามารถให้นมบุตรในช่วงพักได้

กรรมการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ (Sex Discrimination Commissioner) กล่าวเกี่ยวกับประเด็นการเลือกปฏิบัติต่อแม่ผู้ให้นมลูกไว้ ดังนี้

■ Pru Goward (ดำรงตำแหน่ง 2001-2006) กล่าวว่า สิทธิของแม่ที่จะให้นมบุตรจากอกได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติระดับสหพันธรัฐ ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ สถานภาพการสมรส การตั้งครรภ์ การเลือกปฏิบัติต่อหญิงที่ให้นมบุตรจากอกนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เพราะว่าการให้นมบุตรเป็นคุณลักษณะเฉพาะของสุขภาพสตรี

■ Susan Halliday (1998-2001) กล่าวว่า การให้อาหารแก่เด็กทารกเป็นการกระทำตามสามัญสำนึก แม่ย่อมมีสิทธิในกาเลือกวิธีการให้นมบุตรของตน ตามกฎหมายออสเตรเลียนั้นการเลือกปฏิบัติต่อสตรีผู้ให้



นมบุตรจากอกนั้นเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายโดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับการให้บริการในสถานที่ต่าง ๆ เช่น ร้านอาหาร คลับ โรงภาพยนตร์ การขนส่งสาธารณะ การลงโทษแม่ผู้ให้นมบุตรในที่สาธารณะจะเป็นเรื่องที่น่าเศร้าอย่างยิ่ง

๒) กฎหมายมลรัฐ

นอกจากกฎหมายระดับสหพันธรัฐแล้ว ในระดับมลรัฐพบว่ามีหลายมลรัฐที่มีกฎหมายกำหนดห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการให้นมบุตรจากอกแม่ เช่น

- Australian Capital Territory ห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการให้นมบุตรจากอกแม่ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อสินค้าหรือบริการ การให้บริการที่อยู่อาศัย การบริการด้านการเงิน การจ้างงาน กีฬา การศึกษา การเข้าเป็นสมาชิกองค์กรวิชาชีพ เป็นต้น

- New South Wales การห้ามเลือกปฏิบัติและการคุกคาม (Harassment) ด้วยเหตุแห่งเพศนั้นเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีเกี่ยวกับสินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย การจ้างแรงงาน การศึกษาของรัฐ ทั้งนี้ การให้นมบุตรจากอกจัดว่าเป็นคุณสมบัติประการหนึ่งของสตรี ดังนั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุการณให้นมบุตรจึงเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

- Northern Territory การให้นมบุตรนั้นเป็นเหตุหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวในกรณีการศึกษา การทำงาน ที่อยู่อาศัย สินค้าและบริการ การประกันภัย

- Queensland การให้นมบุตรเป็นเหตุหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะในกรณีพื้นที่สาธารณะ

- South Australia กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงบุคคลนั้นกับเด็ก ดังนั้น การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุที่บุคคลนั้นให้นมบุตรย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่เชื่อมโยงกับเด็ก สำหรับสถานการณ์ที่ห้ามเลือกปฏิบัติครอบคลุมถึงบริการต่าง ๆ สำหรับผู้บริโภค การศึกษา

- Tasmania การให้นมบุตรนั้นเป็นเหตุหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวในกรณีการศึกษา การทำงาน ที่อยู่อาศัย สินค้าและบริการ สำหรับพฤติกรรมที่ต้องห้าม ได้แก่ การกระทำใด ๆ ที่เป็นการก้าวร้าว ทำให้อับอาย ทำให้เดือดร้อนรำคาญ ล่วงละเมิด ล้อเลียน บุคคลอื่นด้วยเหตุที่ได้รับการคุ้มครองดังกล่าว

- Victoria การให้นมบุตรนั้นเป็นเหตุหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวในกรณีการศึกษา การทำงาน ที่อยู่อาศัย สินค้าและบริการ การขายและโอนอสังหาริมทรัพย์ การกีฬา

- Western Australia การให้นมบุตรนั้นเป็นเหตุหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวในกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา การเข้าถึงสถานที่และยานพาหนะ สินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย เป็นต้น

ตัวอย่างข้อเท็จจริง: สุภาพสตรีซึ่งจำต้องรับลูกอายุ ๖ เดือนกลับจากสถานดูแลเด็กเนื่องจากป่วยเป็นไข้ แต่ตนเองก็มีภารกิจที่จะต้องประชุมเรื่องงานเป็นเวลา ๒ ชั่วโมง จึงนำลูกเข้าประชุมพร้อมให้นมบุตรจากอกไปด้วย³⁴¹

³⁴¹ ข้อเท็จจริงจากกรณีของ Frieda และ บุตรชื่อ Erika สืบค้นจาก <https://www.breastfeeding.asn.au/bf-info/breastfeeding-and-law/legalright>

๔.๑๑.๓.๒ กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับแม่ผู้ให้นมบุตรอาจจำแนกได้ ๒ กลุ่ม

➤ **กลุ่มแรก** กฎหมายเกี่ยวกับสุขภาพ ในปี ค.ศ. ๒๐๑๐ ประธานาธิบดี บารัค โอบามา ลงนามในกฎหมาย “Affordable Care Act (ACA)” ซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหรัฐ (Federal law) มาตรา ๔๒๐๗ ของกฎหมายนี้ได้แก้ไขกฎหมายมาตรฐานแรงงานที่เป็นธรรม (Fair Labor Standards Act (FLSA))³⁴² โดยกำหนดให้นายจ้างต้องจัดเวลาพักสำหรับลูกจ้างที่ประสงค์จะให้นมบุตรในระยะเวลาหนึ่งปีนับจากเด็กเกิด ทั้งนี้ โดยนายจ้างต้องจัดให้ลูกจ้างดังกล่าวได้พักในทุกๆ ระยะเวลาที่ประสงค์จะให้นมบุตร นอกจากนี้ นายจ้างยังต้องจัดหาสถานที่สำหรับลูกจ้างใช้ในการให้นมบุตร โดยสถานที่ดังกล่าวต้องไม่ใช่ห้องน้ำ อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้ยกเว้นสำหรับนายจ้างที่มีลูกจ้างน้อยกว่า ๕๐ คน นอกจากนี้ ยังเปิดช่องให้มลรัฐต่าง ๆ สามารถกำหนดการคุ้มครองลูกจ้างที่เป็นหญิงซึ่งต้องการให้นมบุตรแตกต่างจากกฎหมายนี้ได้หากกฎหมายมลรัฐดังกล่าวมีการคุ้มครองที่มากกว่ากฎหมายนี้

➤ **กลุ่มสอง** กฎหมายเกี่ยวกับการห้ามพฤติกรรมไม่เหมาะสมในที่สาธารณะ
กฎหมายกลุ่มนี้กำหนดห้ามพฤติกรรมไม่เหมาะสม เช่น พฤติกรรมลามกอนาจารในที่สาธารณะ โดยทั่วไปแล้วการที่ผู้หญิงเปลือยร่างกายส่วนบนถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายกลุ่มนี้ อย่างไรก็ตาม เพื่อส่งเสริมการให้นมบุตร และด้วยแนวคิดที่ไม่ได้มองการให้นมบุตรเป็นเรื่องทางเพศ กฎหมายกลุ่มนี้จึงมีข้อยกเว้นสำหรับการให้นมบุตรว่าไม่เป็นพฤติกรรมไม่เหมาะสมหรือลามกอนาจาร ซึ่งอาจจำแนกพิจารณาได้ดังนี้

- ✓ ๔๙ มลรัฐ ตรายกฎหมายอนุญาตให้ผู้หญิงให้นมบุตรจากอกในที่สาธารณะได้³⁴³
- ๒๙ มลรัฐ ยกเว้นการให้นมบุตรจากอกจากการเป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม (Public indecency)³⁴⁴
- ตัวอย่างหลักการของกฎหมายดังกล่าว เช่น
 - กฎหมายมลรัฐ Alabama อนุญาตให้แม่ให้นมบุตรจากอกในที่ส่วนบุคคลและในที่สาธารณะ³⁴⁵
 - กฎหมายมลรัฐ Arizona กำหนดยกเว้นการให้นมบุตรจากอกแม่ ว่าไม่เป็นการเปิดเผยร่างกายที่ไม่เหมาะสมในที่สาธารณะ³⁴⁶

³⁴² The Fair Labor Standards Act (FLSA) of 1938 (29 U.S. Code 207)

³⁴³ Forty-nine states, the District of Columbia and the Virgin Islands have laws that specifically allow women to breastfeed in any public or private location. (Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Hawaii, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin and Wyoming.)

³⁴⁴ Twenty-nine states, the District of Columbia and the Virgin Islands exempt breastfeeding from public indecency laws. (Alaska, Arizona, Arkansas, Florida, Illinois, Kentucky, Louisiana, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New York, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Utah, Virginia, Washington, Wisconsin and Wyoming.)

³⁴⁵ Ala. Code § 22-1-13

³⁴⁶ Ariz. Rev. Stat. Ann § 13-1402



- กฎหมายมลรัฐ California อนุญาตให้แม่ให้นมบุตรจากอกในสถานที่ใด ๆ ทั้งที่ส่วนบุคคลและสาธารณะ ซึ่งมารดาและบุตรมีสิทธิที่จะเข้าไปได้ เว้นแต่สถานที่ส่วนบุคคลของผู้อื่น³⁴⁷
- กฎหมายมลรัฐ Connecticut กำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องจัดเวลาที่เหมาะสมในแต่ละวันสำหรับลูกจ้างที่ประสงค์จะให้母乳 รวมทั้งจัดหาสถานที่เป็นส่วนตัวให้กับลูกจ้างสำหรับการให้นมบุตร³⁴⁸
- กฎหมายมลรัฐ Florida กำหนดยกเว้นว่าการให้นมบุตรไม่ถือเป็นการกระทำความผิดทางเพศ รวมทั้งไม่เป็นความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยร่างกายที่ไม่เหมาะสม³⁴⁹
- สำหรับ District of Columbia นั้น กฎหมายเกี่ยวกับการให้นมบุตรปรากฏในกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Right Act of 1977) ซึ่งการให้นมบุตร (Breastfeeding) อยู่ในความหมายของนิยามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ (Discrimination on the basis of sex) โดยกฎหมายนี้ให้การรับรองสิทธิของหญิงในการให้นมบุตรในสถานที่ใด ๆ ทั้งที่สาธารณะและสถานที่ส่วนบุคคล หากสถานที่นั้นหญิงและบุตรมีสิทธิเข้าไปได้ นอกจากนี้ กฎหมายยังได้ยกเว้นการให้นมบุตรว่าไม่ถือเป็นการเปิดเผยร่างกายอันไม่เหมาะสม สำหรับในบริบทของการจ้างแรงงานนั้น กฎหมายกำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีเวลาพักในแต่ละวันเพื่อให้ลูกจ้างให้นมบุตรหากลูกจ้างนั้นร้องขอ โดยนายจ้างต้องจัดให้มีสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับการให้นมบุตรของลูกจ้างซึ่งไม่ใช่ห้องน้ำ เพื่อให้ลูกจ้างสามารถให้นมบุตรได้อย่างเป็นส่วนตัวและปลอดภัย³⁵⁰
- กฎหมายมลรัฐ Georgia กำหนดให้นายจ้างจัดให้มีเวลาพักในแต่ละวันเพื่อให้ลูกจ้างให้นมบุตร โดยนายจ้างต้องจัดให้มีสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับการให้นมบุตรของลูกจ้างซึ่งอยู่ใกล้กับสถานที่ทำงานและไม่ใช่ห้องน้ำ เพื่อให้ลูกจ้างสามารถให้นมบุตรได้อย่างเป็นส่วนตัว อย่างไรก็ตาม นายจ้างไม่จำเป็นต้องจัดให้มีเวลาพักหากการทำเช่นนั้นจะก่อให้เกิดการขัดขวางต่อการดำเนินการของสถานที่ทำงานนั้น³⁵¹

³⁴⁷ Cal. Civil Code § 43.3

³⁴⁸ Conn. Gen. Stat. § 31-40 w

³⁴⁹ Fla. Stat. § 800.02 et seq. and § 827.071

³⁵⁰ D.C. Code Ann. § 2-1402.81 et seq. , D.C. Stat.2007, Chap. 17-58; B 133

³⁵¹ Ga. Code § 34-1-6 (1999)

- กฎหมายมลรัฐ Hawaii ห้ามนายจ้างมิให้กำหนดห้ามลูกจ้างในการให้นมบุตรระหว่างเวลาอาหารหรือเวลาพักอื่น ๆ นอกจากนี้ ยังให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิพลเมือง (Civil Rights Commission) ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติกรณีการให้นมบุตรในที่ทำงาน³⁵² และยังมีหลักว่า การปฏิเสธการจ้างหรือการที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างด้วยเหตุการณ์ให้นมบุตรเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมาย³⁵³ รวมทั้งวางหลักว่า การปฏิเสธการให้บริการ สินค้า สถานที่ สิทธิประโยชน์ ที่อยู่อาศัยสาธารณะ แก่หญิงด้วยเหตุที่หญิงนั้นให้นมบุตร เป็นการเลือกปฏิบัติ³⁵⁴
- กฎหมายมลรัฐ Illinois กำหนดว่า การให้นมบุตรจากอกแม่ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมในที่สาธารณะ (Public indecency)³⁵⁵ รวมทั้งกำหนดรับรองสิทธิในการให้นมบุตร (Right to breastfeed) เพื่อให้หญิงสามารถให้นมบุตรในสถานที่ใด ๆ ที่มีสิทธิเข้าได้ ทั้งที่สาธารณะและที่ส่วนบุคคล อย่างไรก็ตาม การให้นมบุตรในสถานที่เคารพสักการะใด ๆ จะต้องขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติที่เหมาะสมของสถานที่นั้นด้วย³⁵⁶ ในมติของการจ้างแรงงานนั้น กำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีเวลาพักในแต่ละวันสำหรับลูกจ้างที่ประสงค์จะให้นมบุตร รวมทั้งต้องจัดสถานที่อันเป็นส่วนตัวสำหรับการให้นมบุตรนอกจากห้องน้ำ³⁵⁷
- กฎหมายมลรัฐ New York พบว่า กฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil right law) กำหนดให้สิทธิแก่แม่ผู้ประสงค์ให้นมบุตรในสถานที่ใด ๆ ทั้งที่สาธารณะและส่วนบุคคล³⁵⁸ ในมติของการจ้างแรงงานนั้นกฎหมายแรงงานกำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีเวลาพักในแต่ละวันสำหรับลูกจ้างที่ประสงค์จะให้นมบุตร รวมทั้งต้องจัดสถานที่อันเป็นส่วนตัวสำหรับการให้นมบุตร นอกจากนี้ ยังกำหนดห้ามเลือกปฏิบัติต่อแม่ผู้ให้นมบุตรด้วย³⁵⁹ สำหรับในกฎหมายอาญา กำหนดยกเว้นว่า การให้นมบุตรจากอกแม่นั้นไม่ถือเป็นความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยร่างกายต่อสาธารณะ³⁶⁰
- กฎหมายมลรัฐ Pennsylvania อนุญาตให้แม่สามารถให้นมบุตรในที่สาธารณะโดยไม่มี ความผิด นอกจากนี้ ยังยกเว้นไม่ให้ถือว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำลามกอนาจารหรือการกระทำการเปิดเผยร่างกายโดยไม่เหมาะสม³⁶¹

ข้อวิเคราะห์

จากกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับการให้นมบุตรจากอกแม่ในที่สาธารณะนั้น ผู้วิจัยมีข้อพิจารณา ดังนี้

³⁵² Hawaii Rev. Stat. § 367-3 (1999)

³⁵³ Hawaii Rev. Stat. § 378-2

³⁵⁴ Hawaii Rev. Stat. § 489.21 and § 489-22

³⁵⁵ Ill. Rev. Stat. ch. 720 § 5/11-9 (1995)

³⁵⁶ Ill. Rev. Stat. ch. 740 § 137 (2004)

³⁵⁷ Ill. Rev. Stat. ch. 820 § 260 (2001)

³⁵⁸ N.Y. Civil Rights Law § 79-e (1994)

³⁵⁹ N.Y. Labor Law § 206-c (2007)

³⁶⁰ N.Y. Penal Law § 245.01 et seq.

³⁶¹ Pa. Cons. Stat. tit. 35 § 636.1 et seq. (2007)



๑. การคุ้มครองสิทธิของแม่ผู้ให้นมบุตรนั้น หลายรัฐกำหนดรับรองสิทธินี้ว่าเป็น สิทธิพลเมือง (Civil right) อันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน

๒. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิการให้นมบุตรนี้ประกอบด้วยกฎหมายหลายฉบับที่กระจัดกระจายกัน เช่น ประกาศในกฎหมายแรงงาน กฎหมายอาญา กฎหมายสาธารณสุข กฎหมายสิทธิพลเมืองทั่วไป

๓. การคุ้มครองตามกฎหมายอาจจำแนกได้ ๓ กลุ่ม ดังนี้

- การกำหนดรับรองสิทธิในการให้นมบุตรในฐานะสิทธิพลเมืองชนิดหนึ่ง
- กำหนดคุ้มครองสิทธิการให้นมบุตรในบริบทของการจ้างแรงงาน โดยมุ่งเน้นกำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องจัดให้มีเวลาพักสำหรับการให้นมบุตร และจัดหาสถานที่สำหรับให้นมบุตรแก่ลูกจ้าง
- เนื่องจากมีปัญหาว่า การให้นมบุตรจากอกแม่ เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยร่างกายส่วนบนของผู้หญิง ซึ่งในหลายมลรัฐการเปิดเผยดังกล่าวมีความผิดตามกฎหมายอาญา ดังนั้น กฎหมายในกลุ่มนี้จึงกำหนดยกเว้นการให้นมบุตรจากอกแม่ไม่ให้อ้างเป็นการกระทำความผิดหรือการเปิดเผยร่างกายที่ไม่เหมาะสมตามกฎหมาย และไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย

๔. สำหรับการเลือกปฏิบัติในบางมลรัฐกำหนดคุ้มครองการให้นมบุตรในฐานะสิทธิพลเมือง โดยให้คณะกรรมการสิทธิพลเมืองของมลรัฐเข้ามามีอำนาจในการกำกับดูแลการละเมิดสิทธิดังกล่าว นอกจากนี้ ในบางมลรัฐยังกำหนดคุ้มครองการให้นมบุตรในกรณีที่เกี่ยวกับการทำงานโดยห้ามเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงด้วยเหตุที่ลูกจ้างนั้นให้นมบุตร ดังนั้น การเลิกจ้างหรือการปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงที่ไม่เท่าเทียมกับลูกจ้างอื่น เช่น การเลื่อนขั้นเงินเดือน การให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ค่อยกว่าลูกจ้างอื่น ด้วยเหตุที่ลูกจ้างหญิงนั้นให้นมบุตร จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติและฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

๔.๑๑.๓.๓ กฎหมายประเทศแคนาดา

กฎหมายแคนาดาไม่ได้ระบุคุ้มครองสิทธิในการให้นมบุตร (Breastfeeding) ในฐานะสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิพลเมืองไว้เป็นการเฉพาะ ดังเช่นในหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกา แต่การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุการให้นมบุตรอาจจัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ดังจะได้ชี้ให้เห็นคดีตัวอย่างต่อไปนี้

คดี Poirier v. British Columbia³⁶²

คดีนี้เป็นคดีแรกที่มีประเด็นวินิจฉัยเกี่ยวกับการที่แม่ผู้ให้นมบุตรจากอก ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากผู้อื่นนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ผู้ร้อง Michelle Poirier (ต่อไปจะเรียกว่า “M”) ร้องเรียนต่อคณะผู้พิจารณาสิทธิมนุษยชน (British Columbia Human Right Tribunal) ว่า นายจ้างซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐเลือกปฏิบัติโดยปฏิเสธมิให้ตนให้นมบุตรจากอกในที่ทำงานหรือในระหว่างงานสัมมนา โดยอ้างหลักห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนมลรัฐ British Columbia มาตรา ๘ และ ๑๓

ประเด็นสำคัญที่คณะผู้พิจารณาต้องวินิจฉัย คือ การกระทำตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้างเป็นการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่

³⁶² From “Poirier v. British Columbia (Ministry of Municipal Affairs, Recreation and Housing) 1997” 29 C.H.R.R. D/87 (B.C. Trib.)

เนื่องจากเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ British Columbia แล้วจะพบว่า แม้มีการกำหนดหลักห้ามเลือกปฏิบัติไว้ แต่ก็ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุการให้มบุตรจากอกแม่ หากพิจารณาว่าเหตุดังกล่าวไม่อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติใด ๆ ตามกฎหมายแล้ว คณะผู้พิจารณาก็ไม่มีเหตุผลทางกฎหมายที่จะวินิจฉัยว่ากรณีนี้เป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม คณะผู้พิจารณาเทียบเคียงกับคำพิพากษาของศาลสูงสุด ๒ คดี ดังนี้

คดีแรก Bliss v. Attorney General of Canada ซึ่งศาลสูงสุดตัดสินในปี ค.ศ. ๑๙๗๙³⁶³ โดยศาลได้วินิจฉัยประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์ ซึ่งศาลเห็นว่ากฎหมายที่พิพาทในคดีนั้น (กฎหมายประกันการว่างงาน) วางหลักปฏิบัติต่อสตรีตั้งครรภ์แตกต่างจากผู้อื่นด้วยเหตุที่สตรีผู้นั้นตั้งครรภ์ มิใช่ด้วยเหตุที่ผู้นั้นมีเพศเป็นสตรี ดังนั้นการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันจึงเกิดขึ้นตามธรรมชาติ มิใช่เกิดจากกฎหมาย ศาลจึงสรุปว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์นั้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

คดีที่สอง Brooks v. Canada Safeway ในปี ค.ศ. ๑๙๘๙ ศาลได้เปลี่ยนแนววินิจฉัยโดยตัดสินว่า³⁶⁴ การปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์นั้นไม่อาจเป็นอย่างอื่นไปได้นอกจากการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งเพศ หรืออย่างน้อยที่สุดเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุ “เกี่ยวกับเพศ” (Sex-related) ศาลในคดีนี้ได้ย้อนไปพิจารณาถึงคดี Bliss และอธิบายว่า ในปัจจุบันแรงงานหญิงมีบทบาทพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม เป็นการไม่ยุติธรรมที่จะกำหนดให้เกิดภาระต้นทุนทั้งหมดแก่สตรีที่ตั้งครรภ์ และเป็นการยากที่จะพิจารณาว่าเงื่อนไขตามกฎหมายที่บังคับใช้กับผู้ตั้งครรภ์ซึ่งโดยธรรมชาติจะต้องเป็นหญิงเท่านั้น มิใช่เป็นเงื่อนไขที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อหญิง ดังนั้นเป็นการยากที่จะยอมรับว่าความไม่เท่าเทียมกันที่เกิดขึ้นกับ Bliss ในคดีก่อนนั้นเกิดจากธรรมชาติ เนื่องจากการตั้งครรภ์เป็นคุณลักษณะพิเศษเฉพาะของเพศหญิงและเป็นคุณลักษณะประการหนึ่งที่จำแนกความแตกต่างระหว่างหญิงและชาย ดังนั้น ความแตกต่างบนพื้นฐานของการตั้งครรภ์ไม่เป็นเพียงความแตกต่างระหว่างบุคคลซึ่งตั้งครรภ์กับบุคคลซึ่งไม่ตั้งครรภ์ หากแต่เป็นความแตกต่างบนพื้นฐานแห่งเพศซึ่งมีความสามารถในการตั้งครรภ์กับเพศซึ่งไม่มีความสามารถในการตั้งครรภ์ หากนำตรรกะแนวการพิจารณาเช่นนี้มาปรับใช้กับกรณีการให้มบุตรจากอกแม่ จะเห็นได้ว่า ความสามารถในการให้มบุตรจากอกเป็นคุณสมบัติเฉพาะของเพศหญิง ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างลูกจ้างที่สามารถให้มบุตรจากอก กับลูกจ้างที่ไม่สามารถให้มบุตรจากอก จึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างหรือการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศนั่นเอง

จากแนวคำตัดสินของศาลดังกล่าวข้างต้น คณะผู้พิจารณาจึงเห็นว่า การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการให้มบุตรนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ จะเห็นได้ว่า การตีความนี้ทำให้สามารถคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุซึ่งมิได้บัญญัติไว้โดยตรงตามตัวบทกฎหมาย แต่เป็นเหตุที่มีความสัมพันธ์และเชื่อมโยงกับเหตุที่กฎหมายระบุไว้

การเลือกปฏิบัติ คือ การปฏิบัติที่แตกต่าง ไม่ว่าโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม บนพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับคุณลักษณะของบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ซึ่งส่งผลให้เกิดภาระ หน้าที่ หรือความเสียเปรียบต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้น หรือเป็นการจำกัดการเข้าถึงโอกาส ผลประโยชน์ที่บุคคลอื่นในสังคมมีสิทธิได้รับ³⁶⁵

³⁶³ From “Bliss v. Attorney General of Canada, [1979]” 1 S.C.R. 183

³⁶⁴ From “Brooks v. Canada Safeway, [1989]” 1 S.C.R. 1219, 10 C.H.R.R. D/6183

³⁶⁵ From “Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989]” 1 S.C.R. 143 at 175, 10 C.H.R.R. D/5719 at D/5746,



ศาลสูงสุดแคนาดา ได้เคยวางหลักจำแนกระหว่าง การเลือกปฏิบัติว่าอาจเกิดขึ้นโดยตรง หรือโดยอ้อม ทั้งนี้ ในคดี Ontario (Human Rights Comm.) and O'Malley v. Simpsons Sears Ltd³⁶⁶ ศาลได้วางหลักว่า

การเลือกปฏิบัติโดยตรงเกิดขึ้นสัมพันธ์กับการที่นายจ้างกำหนดแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายห้าม เช่น “ไม่จ้างผู้นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือไม่จ้างคนผิวสีเข้าทำงาน”

การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมหรือผลข้างเคียงของการเลือกปฏิบัติ (Adverse Effect of discrimination) เกิดขึ้นเมื่อนายจ้างกำหนดแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ซึ่งโดยหลักการแล้วมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) และใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนเท่าเทียมกัน แต่มีผลกระทบในเชิงเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายห้ามต่อลูกจ้างบางคนหรือบางกลุ่ม ทั้งนี้ เนื่องจากแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลทางลบหรือจำกัดสิทธิหรือสร้างเงื่อนไขต่อบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มซึ่งไม่เกิดผลกระทบเช่นนั้นต่อบุคคลอื่น ๆ ในสถานที่ทำงานนั้น

ในคดีนี้ M เดิมได้นำบุตรมาที่ทำงานและให้หมบุตรเป็นระยะระหว่างวัน ต่อมา มีการจัดสัมมนาที่เกี่ยวกับงาน M ก็นำบุตรเข้าร่วมการสัมมนาและได้ให้หมบุตรเป็นระยะ และผู้บังคับบัญชาได้กำหนดแนวปฏิบัติห้ามนำบุตรมาทำงาน ประเด็นที่คณะผู้พิจารณาจะต้องวินิจฉัย คือ แนวปฏิบัติดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ M ร้องเรียนว่า การห้ามนำบุตรมาทำงานและนำเข้ามาในงานสัมมนาที่เกี่ยวข้องกับงาน เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงหรือมิฉะนั้นก็เป็นการเลือกปฏิบัติโดยทางอ้อมเนื่องจากเกิดผลกระทบข้างเคียงเนื่องจากการที่ตนเป็นแม่ซึ่งให้หมบุตร

คณะผู้พิจารณาเห็นว่า แนวปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชากำหนดขึ้นทำให้ M อยู่ในสถานะที่ต้องเลือกระหว่างการทำงานและเข้าร่วมการสัมมนา หรือการให้หมและเลี้ยงดูบุตร ซึ่งลูกจ้างคนอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้ต้องให้หมบุตรไม่จำเป็นต้องอยู่ในสถานะที่ต้องเลือกเช่นนี้ แม้ว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวจะถูกกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนซึ่งมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) แต่ก็ส่งผลข้างเคียงทำให้ผู้ร้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุที่ตนเป็นแม่ผู้ให้หมบุตร อันเป็นเหตุซึ่งจัดเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติทางเพศที่กฎหมายคุ้มครองไว้ จากพยานหลักฐานในคดีผู้พิจารณาไม่เห็นถึงเหตุผลอื่นที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดแนวปฏิบัติห้ามนำบุตรมาที่ทำงานหรือร่วมการสัมมนา ดังนั้น จึงตัดสินว่าแนวปฏิบัติที่ห้ามนำบุตรมาทำงานนั้นส่งผลทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศและขัดต่อกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าคดีนี้ผู้พิจารณามีข้อจำกัดเฉพาะการพิจารณาข้อเท็จจริงที่ยื่นเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณา (Agreed Statement of Fact) โดยทางฝ่ายนายจ้างไม่ได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงอื่น ๆ อันเป็นเหตุผลของการกำหนดแนวปฏิบัติห้ามนำเด็กมาที่ทำงาน ซึ่งตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏคณะผู้พิจารณาจึงเห็นว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวมิได้มีเหตุอันสมควรอื่น ๆ แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏเหตุผลทางธุรกิจหรือเหตุผลสมควรอื่น ๆ ในการห้ามนำเด็กมาที่ทำงานแล้ว แนวปฏิบัติดังกล่าวอาจไม่ถูกพิจารณาว่าส่งผลเป็นการเลือกปฏิบัติก็ได้

³⁶⁶ From “Ontario (Human Rights Comm.) and O'Malley v. Simpsons Sears Ltd., [1985]” 2 S.C.R. 536 at 551, 7 C.H.R.R. D/3102 at D/310

คดี Cole v. Bell Canada³⁶⁷

ข้อเท็จจริงโดยสรุปของคดีนี้มีอยู่ว่า Cole (ต่อไปจะเรียกว่า “C”) ทำงานเป็นเจ้าหน้าที่ศูนย์บริการลูกค้าทางโทรศัพท์ ในเดือนกุมภาพันธ์ ๒๐๐๐ C ขอลาคลอดโดยให้กำเนิดบุตรซึ่งมีสุขภาพไม่สมบูรณ์ แพทย์แนะนำให้เลี้ยงลูกด้วยนมแม่เป็นเวลานานเท่าที่จะทำได้ ดังนั้น C จึงให้นมบุตร ๔ ครั้งต่อวัน เมื่อกลับมาทำงาน C ได้ขอเวลาพักเพื่อให้ให้นมบุตรเป็นช่วง ๆ ของแต่ละวัน อย่างไรก็ตาม คำขอของ C ไม่ได้รับอนุญาต C จึงขออนุญาตทำงานในกะที่เลิกงานเวลา ๑๖.๐๐ น นายจ้างอนุญาตโดย C ได้ยื่นใบรับรองแพทย์แสดงอาการเจ็บป่วยของตน การอนุญาตนี้มีใช้ด้วยเหตุผลที่ C ต้องให้นมบุตร คดีนี้มีประเด็นการเลือกปฏิบัติที่ Québec Human Rights Tribunal ต้องวินิจฉัย คือ การปฏิบัติของนายจ้างต่อลูกจ้างที่เกี่ยวกับการให้นมบุตรในคดีนี้ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศหรือสถานะทางครอบครัวหรือไม่

คดีนี้คณะผู้พิจารณา ตัดสินว่า การปฏิบัติที่แตกต่างเกี่ยวกับการให้นมบุตรของลูกจ้างที่เป็นหญิงนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ โดยคณะผู้พิจารณาในคดีนี้ได้อ้างคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาคดีก่อนหน้านี้ดังกล่าวข้างต้น (Poirier v. British Columbia³⁶⁸) ซึ่งมีประเด็นวินิจฉัยเช่นเดียวกัน คณะผู้พิจารณาคดีก่อนได้อ้างอิงถึงคำพิพากษาศาลสูงสุดว่า ความสามารถในการตั้งครรภ์เป็นคุณลักษณะเฉพาะของเพศหญิง ความแตกต่างที่อยู่บนพื้นฐานของการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรจึงเป็นความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเพศ โดยเหตุผลนี้ ความสามารถในการให้นมบุตรจากอกแม่จึงเป็นคุณลักษณะเฉพาะของเพศหญิง ดังนั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่บุคคลนั้นให้นมบุตรจึงเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

ยังได้อธิบายเหตุผลของการปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ดังต่อไปนี้

- ในการทำงานนั้น ลูกจ้างที่เป็นหญิงที่ต้องให้นมบุตรจากอกเป็นความรับผิดชอบโดยเฉพาะของหญิงซึ่งแตกต่างจากลูกจ้างชาย หากลูกจ้างหญิงดังกล่าวไม่ได้รับการอนุญาตจากนายจ้างเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว ก็จะต้องเผชิญกับทางเลือกสองประการ กล่าวคือ ทางแรก ยุติการให้นมบุตรเพื่อทำงานได้ต่อไป ทางที่สอง ยุติการทำงานเพื่อไปเลี้ยงบุตรโดยการให้นม เมื่อเปรียบเทียบกับลูกจ้างชายแล้วจะเห็นได้ว่าไม่ต้องเผชิญกับทางเลือกดังกล่าวซึ่งเป็นทางเลือกอันเป็นลักษณะเฉพาะของลูกจ้างหญิงที่เป็นแม่ การต้องเผชิญกับทางเลือกดังกล่าวเป็นอุปสรรคประการหนึ่งของผู้หญิงต่อโอกาสอันเท่าเทียมกับผู้อื่นในการประกอบอาชีพและใช้ชีวิต

- ในกรณีที่ C ต้องการเปลี่ยนเวลาทำงานเป็นกะเพื่อให้เหมาะสมกับการให้นมบุตรนั้น คำร้องขอด้วยเหตุผลดังกล่าวไม่ได้รับการอนุญาต แต่ C ต้องอ้างและอาศัยเหตุผลอื่นด้านสุขภาพโดยมีใบรับรองแพทย์เพื่อที่จะได้เปลี่ยนเวลาทำงานเช่นนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับลูกจ้างชายแล้วเห็นว่ากรณีที่ C ได้รับการปฏิบัติดังกล่าวเป็นการปฏิบัติซึ่งลูกจ้างชายของบริษัทนี้ไม่เคยได้รับ จะเห็นได้ว่า สถานะความเป็นแม่ของ C เป็นส่วนสำคัญของคำขอเปลี่ยนเวลาทำงานและการปฏิเสธคำขอได้ส่งผลกระทบต่อ C ในฐานะที่เป็นผู้หญิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นแม่ผู้ต้องให้นมบุตร ดังนั้นจึงมีความเชื่อมโยงระหว่างการปฏิบัติที่ได้รับจากนายจ้างและสถานะความเป็นหญิง

³⁶⁷ From “Cole v. Bell Canada, 2007 CHRT 7 (CanLII)” Retrieved from <http://canlii.ca/t/1r49b>

³⁶⁸ From “The British Columbia Human Rights Tribunal, in Poirier v. British Columbia (Ministry of Municipal Affairs, Recreation and Housing) (1997)” 29 C.H.R.R. D/87 (B.C.H.T.)



จะเห็นได้ว่า แม้ตามกฎหมายแคนาดาไม่ได้ระบุการให้นมบุตรจากอก (Breastfeeding) ว่าเป็นเหตุเฉพาะของการเลือกปฏิบัติ แต่คณะผู้พิจารณาได้พิจารณาโดยอ้างอิงหลักการจากคำพิพากษาของศาลที่เชื่อมโยงการให้นมบุตรจากอกแม่ว่าเป็นส่วนหนึ่งของคุณลักษณะเฉพาะของเพศหญิง ดังนั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวจึงเข้าข่ายการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย

๔.๑๑.๔ แนวปฏิบัติเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อหญิงที่ประสงค์ให้นมบุตรในสถานที่ต่าง ๆ

นอกจากกฎหมายแล้ว ยังมีมาตรการอื่นที่ไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย เพื่อป้องกันและจัดการเลือกปฏิบัติต่อหญิงที่ประสงค์จะให้นมบุตรจากอกแม่ ในกรณีแคนาดานั้น พบว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในระดับมลรัฐได้ออกแนวปฏิบัติหรือคู่มือการปฏิบัติ สำหรับให้นายจ้าง ผู้ให้บริการสถานที่หรือสิ่งอำนวยความสะดวกต่อสาธารณะ ได้ใช้เป็นแนวทางในการกำหนดนโยบายและการปฏิบัติงานเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติในการให้นมบุตร ดังตัวอย่างต่อไปนี้

๑) คู่มือการกำหนดนโยบายและกระบวนการของสถานประกอบการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางเพศ ในกรณีการให้นมบุตรจากอกแม่ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ British Columbia (British Columbia Human Right Commission Policy and Procedural Manual)³⁶⁹

นอกจากกฎหมายแล้ว มลรัฐ British Columbia ยังมีมาตรการอื่นที่ไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย ได้แก่ คู่มือการกำหนดนโยบายและกระบวนการของสถานประกอบการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางเพศ ในกรณีการให้นมบุตรจากอกแม่ ซึ่งมีลักษณะเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับนายจ้างในการดำเนินการกำหนดนโยบายหรือระเบียบการทำงานให้สอดคล้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในการให้นมบุตร คู่มือดังกล่าวได้เน้นย้ำหลักทั่วไปว่า การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการให้นมบุตรนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ โดยจำแนกแนวปฏิบัติสำหรับการป้องกันการเลือกปฏิบัติไว้สองกลุ่มหลัก คือ กลุ่มแรก การเลือกปฏิบัติในสถานที่ทำงานซึ่งกำหนดหน้าที่ให้นายจ้างกลุ่มที่สอง การเลือกปฏิบัติในสถานที่ซึ่งเปิดให้บริการแก่สาธารณะอื่น ๆ ดังจะได้ชี้ให้เห็นหลักสำคัญต่อไปนี้

หัวเรื่อง: การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ – การให้นมบุตรจากอกแม่และการแสดงการให้นม

หลักทั่วไป: การเลือกปฏิบัติเนื่องจากผู้หญิงให้นมบุตรจากอกแม่หรือแสดงการให้นมบุตรจากอก เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

๒) การป้องกันการเลือกปฏิบัติในสถานที่ทำงาน

- นายจ้างมีหน้าที่อำนวยความสะดวกให้กับลูกจ้างหญิงที่เลี้ยงดูบุตรโดยการให้นมจากอกแม่
- การอำนวยความสะดวกอย่างน้อยจะครอบคลุมถึง การจัดเวลาทำงานที่ยืดหยุ่น เวลาพักสำหรับการให้นมบุตร
- เวลาพักสำหรับให้นมบุตรหรือเวลาทำงานที่ลดลงเพื่อการให้นมบุตรในแต่ละวันจะต้องถือว่าเป็นเวลาทำงานที่ได้รับค่าจ้างตามปกติ

³⁶⁹ Retrieved from http://www.infactcanada.ca/br_bc_humanrights.html

- หากการประชุมซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำงานมีความขัดแย้งกับตารางเวลาสำหรับให้นมบุตร ลูกจ้างนั้นจะต้องสามารถให้นมบุตรไปด้วยในระหว่างการประชุมเว้นแต่การทำเช่นนั้นก่อให้เกิดการรบกวนการประชุมอย่างมีเหตุผล เช่น เสียงดังกร้าว นายจ้างไม่สามารถปฏิเสธลูกจ้างหญิงที่จะให้นมบุตรระหว่างการประชุมที่เกี่ยวข้องกับการทำงานด้วยเหตุผลเพียงเพราะปฏิกิริยาเชิงลบที่เกิดจากผู้เข้าร่วมประชุมรายอื่น (เช่น ความรู้สึกของผู้อื่นที่เห็นว่าการให้นมบุตรนั้นไม่สมควรหรือไม่เหมาะสม)

หน้าที่ของนายจ้างในการการอำนวยความสะดวกแก่ลูกจ้างหญิงที่ประสงค์ให้นมบุตรครอบคลุมถึง

- การสื่อสารไปยังลูกจ้างทั้งหมดโดยใช้เครื่องหมายหรือป้ายที่เหมาะสม หรือการประกาศนโยบายที่ชัดเจนว่า การให้นมบุตรจากอกแม่หรือการแสดงการให้นมบุตรจากอกแม่ในที่ทำงานนั้นเป็นสิ่งที่สามารถทำได้
- การจัดให้มีสถานที่ที่เหมาะสมอันเป็นส่วนตัวสำหรับให้นมบุตร ซึ่งมีใช้ห้องน้ำ รวมทั้งจัดให้มีสถานที่สำหรับการชำระล้างทำความสะอาดมือและอุปกรณ์อื่นในการให้นมบุตร

๓) การป้องกันการเลือกปฏิบัติในสถานที่หรือสิ่งอำนวยความสะดวกต่อสาธารณะ

- ผู้ให้บริการสถานที่หรือสิ่งอำนวยความสะดวกที่ให้บริการต่อสาธารณะ มีหน้าที่อำนวยความสะดวกให้กับผู้หญิงที่เลี้ยงดูบุตรโดยการให้นมจากอกแม่

ผู้หญิงซึ่งประสงค์จะให้นมบุตรจากอกแม่หรือแสดงการให้นมบุตรจากอกในสถานที่ซึ่งเปิดให้บริการต่อสาธารณะนั้น อาจประสงค์ให้นมบุตรในพื้นที่สาธารณะหรือพื้นที่ส่วนบุคคล โดยหากผู้หญิงนั้นประสงค์จะให้นมบุตรในพื้นที่ (Public accommodation) จะต้องได้รับการปฏิบัติดังต่อไปนี้

- ได้รับการอนุญาตให้สามารถให้นมบุตรจากอกแม่ โดยใช้ม้านั่งหรือเก้าอี้ซึ่งตั้งอยู่ในห้างสรรพสินค้า สวนสาธารณะ โรงพยาบาล พิพิธภัณฑ์ ภัตตาคาร
- ได้รับการอนุญาตให้สามารถให้นมบุตรจากอกแม่ในขณะที่เดินไปมา
- ได้รับการอนุญาตให้สามารถให้นมบุตรจากอกแม่ในระหว่างเดินทางโดยยานพาหนะโดยสารสาธารณะ

หากผู้หญิงนั้นประสงค์จะให้นมบุตรจากอกแม่หรือแสดงการให้นมบุตรจากอกในสถานที่ส่วนบุคคล (Private accommodation) ผู้ให้บริการสถานที่นั้นจะต้องจัดให้มีพื้นที่ส่วนตัว (Private location) ซึ่งมีใช้ห้องน้ำ สำหรับการให้นมบุตร โดยจัดให้มีพื้นที่ดังกล่าวจากพื้นที่ซึ่งมีอยู่แล้ว (เช่น ห้างสรรพสินค้าซึ่งมีห้องปฐมพยาบาลอยู่จัดพื้นที่นี้ให้หญิงที่ประสงค์ให้นมบุตร) ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องสร้างพื้นที่สำหรับการนี้ขึ้นใหม่หากแต่เดิมไม่มีพื้นที่ดังกล่าวอยู่

๔) นโยบายป้องกันการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์และการให้นมบุตรแห่งมลรัฐ

Ontario (Policy on preventing discrimination because of pregnancy and breastfeeding)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่ง Ontario ได้กำหนดแนวนโยบายเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติสำหรับให้นายจ้าง ผู้ประกอบการให้บริการต่าง ๆ นำไปเป็นแนวปฏิบัติสำหรับการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายสิทธิมนุษยชนของ Ontario สารสำคัญของนโยบายมีดังนี้



นโยบายนี้เน้นย้ำถึงหลักการตามประมวลกฎหมายเกณฑ์สิทธิมนุษยชนของ Ontario ว่าเป็นกฎหมายซึ่งกำหนดคุ้มครองความเท่าเทียมกันในสิทธิและโอกาสรวมทั้งรับรองศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคนใน Ontario โดยประมวลกฎหมายนี้กำหนดว่าการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดหรือการคุกคาม (Harass) บุคคลใดด้วยเหตุแห่งเพศ ซึ่งรวมถึงการตั้งครุฑและการให้นมบุตรจากอกแม่ ในมิติของการจ้างแรงงาน ที่พักอาศัย สินค้า บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก สัญญา และสมาชิกของสหภาพ องค์กรการค้า หรือสมาคมวิชาชีพ

นโยบายนี้เน้นย้ำว่า การเลี้ยงดูบุตรก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมโดยรวม ผู้หญิงไม่ควรได้รับความเสียเปรียบเนื่องจากการตั้งครุฑ การเลือกปฏิบัติต่อหญิงด้วยเหตุที่หญิงนั้นตั้งครุฑเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย การเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครุฑยังครอบคลุมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติเนื่องจากผู้หญิงนั้นทำแท้ง คุณกำเนิด รวมทั้งการเลือกให้นมบุตรจากอกแม่หรือไม่ให้นมบุตรจากอกแม่

การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการตั้งครุฑยังมีความสัมพันธ์หรือทับซ้อนกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอื่น ๆ เช่น กรณีที่หญิงผู้ตั้งครุฑเป็นผู้มีอายุน้อย อยู่ในกลุ่มเชื้อชาติบางกลุ่ม หรือกรณีของบุคคลข้ามเพศซึ่งตั้งครุฑหรือให้นมบุตร

นายจ้าง ผู้ให้เช่าอาคาร สถานที่ หรือผู้ให้บริการต่าง ๆ จะต้องจัดสภาพแวดล้อมให้ปราศจากการเลือกปฏิบัติ ผู้หญิงที่ตั้งครุฑมีสิทธิที่จะไม่ถูกคุกคามจากการแสดงความคิดเห็นและจากพฤติกรรมของนายจ้าง ผู้ร่วมงาน เจ้าของที่ดิน ผู้ให้เช่า ผู้ให้บริการต่าง ๆ รวมทั้งบุคคลอื่น ๆ

องค์กรจะต้องออกแบบตั้งแต่เริ่มต้น (design from the outset) ให้การจ้างแรงงาน การให้บริการที่พักอาศัย การบริการต่าง ๆ เปิดโอกาสแก่ผู้หญิงให้สามารถมีส่วนร่วมได้อย่างเท่าเทียมกันกับผู้อื่น

ผู้หญิงมีสิทธิที่จะได้รับการอำนวยความสะดวกสำหรับความจำเป็นต่าง ๆ เกี่ยวกับการตั้งครุฑ นายจ้าง ผู้ให้เช่า หรือผู้ให้บริการอื่น ๆ จะต้องปรับเปลี่ยนนโยบาย กฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติ เพื่อให้หญิงผู้ตั้งครุฑได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกัน เช่น นายจ้างต้องจัดให้มีเวลาพัก เวลาทำงานที่ยืดหยุ่นสำหรับลูกจ้างหญิงผู้ตั้งครุฑ หลังจากคลอดบุตรแล้วนายจ้างควรต้องจัดให้หญิงนั้นสามารถให้นมบุตรได้

ระหว่างการสัมภาษณ์งาน ผู้สัมภาษณ์ไม่ควรถามถึงการตั้งครุฑของผู้สมัคร รวมทั้งคำถามเกี่ยวกับครอบครัว แผนการมีครอบครัว ไม่ควรปฏิเสธการรับเข้าทำงานด้วยเหตุที่ผู้สมัครตั้งครุฑหรือวางแผนตั้งครุฑ ลูกจ้างหญิงมีสิทธิและโอกาสในการได้รับความก้าวหน้าในการทำงาน แม้ว่าจะอยู่ระหว่างการลาคลอดก็ตาม

สำหรับกฎหมายเฉพาะซึ่งให้การคุ้มครองกรณีหญิงตั้งครุฑ ได้แก่ กฎหมายแรงงานของมลรัฐ (Employment standards Act) ที่กำหนดให้สิทธิการลาคลอด

ในกรณีที่อยู่อาศัยนั้น ผู้ให้เช่าจะต้องไม่เลือกปฏิบัติโดยการปฏิเสธการให้เช่าสำหรับผู้หญิงด้วยเหตุที่ตั้งครุฑหรือมีบุตร ตัวอย่างของการปฏิบัติที่ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น คำกล่าวหรือข้อความของผู้ให้เช่าซึ่งแสดงว่า สถานที่นั้น “เป็นสถานที่เงียบสงบ” “สำหรับผู้ใหญ่” “ไม่ให้บริการเด็ก” “สำหรับคนทำงาน” เมื่อพิจารณา คำกล่าวหรือข้อความเช่นนี้ประกอบกับการปฏิเสธผู้เช่าซึ่งเป็นหญิงตั้งครุฑ อาจแสดงให้เห็นว่าเกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศขึ้น

การห้ามเลือกปฏิบัติต่อหญิงผู้ตั้งครุฑและให้นมบุตร ครอบคลุมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับบริการ สินค้า สิ่งอำนวยความสะดวก สถาบันการศึกษา โรงพยาบาล ผู้ให้บริการสุขภาพ สถานที่สาธารณะ เช่น ห้างสรรพสินค้า สวนสาธารณะ การขนส่งสาธารณะ ภัตตาคาร ร้านค้า ดังนั้น การที่หญิงผู้ตั้งครุฑหรือนำบุตรไปยังภัตตาคาร ร้านค้า จะต้องไม่ถูกปฏิเสธบริการหรือการเข้าถึงสถานที่เช่นนั้น เว้นแต่มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายสำหรับการปฏิเสธ

การห้ามเลือกปฏิบัติต่อหญิงผู้ตั้งครรภ์ รวมถึงสิทธิในการให้นมบุตรโดยปราศจากการรบกวน ขัดขวาง ผู้หญิงไม่ควรที่จะได้รับการแจ้งว่าตนไม่สามารถให้นมบุตรได้เนื่องจากอยู่ในสถานที่สาธารณะ ผู้หญิงไม่ควรถูกร้องขอให้ต้องปกคลุมร่างกายในการให้นมบุตร หรือย้ายไปยังพื้นที่อื่นตามอำเภอใจของผู้ร้องขอ

นายจ้าง ผู้ให้เช่า หรือผู้ให้บริการ ต้องให้ความสำคัญต่อการเลือกปฏิบัติหรือการคุกคามใด ๆ ที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์ในองค์กร หากมีการร้องเรียนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติหรือการคุกคามในที่ทำงาน ไม่ว่าด้วยคำร้องหรือวิธีอื่นใด องค์กรนั้นจะต้องมีการตอบสนองอย่างเหมาะสม องค์กรที่เพิกเฉยหรือไม่ดำเนินการต่อการร้องเรียนดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนประมวลกฎหมายสิทธิมนุษยชนของ Ontario

๔.๑๑.๕ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

การเลือกปฏิบัติต่อหญิงที่ให้นมบุตรนั้น เมื่อพิจารณากับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติจะเห็นได้ว่า “การให้นมบุตรจากอกแม่” หรือ “Breastfeeding” นั้น มิได้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่ในกฎหมายต่างประเทศได้มีการกำหนดการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติจากเหตุนี้ โดยอาจจำแนกลักษณะหรือรูปแบบการคุ้มครองได้ ดังนี้

กรณีแรก ระบุเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ: สำหรับบางประเทศ เช่น ออสเตรเลียนั้น การให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding) ถูกระบุเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติชนิดหนึ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยแยกต่างหากจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

กรณีที่สอง ไม่ระบุเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ: สำหรับในบางประเทศ แม้การให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding) มิได้เป็นเหตุเฉพาะของการเลือกปฏิบัติ แต่จากการตีความและแนวปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดา ถือว่าการที่หญิงผู้ให้นมบุตรได้รับการเลือกปฏิบัติในรูปแบบต่าง ๆ นั้น สืบเนื่องจากเหตุแห่งความเป็นผู้หญิงและเหตุที่หญิงนั้นตั้งครรภ์ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ (Sexual discrimination)³⁷⁰

กฎหมายสิทธิมนุษยชนของแคนาดา รวมถึงแนวปฏิบัติในระดับมลรัฐ ทั้งกรณีของ British Columbia และ Ontario แสดงให้เห็นหลักการห้ามเลือกปฏิบัติหญิงผู้ให้นมบุตร โดยการให้นมบุตรในที่สาธารณะ แสดงให้เห็นถึงมิติของการเลือกปฏิบัติด้านต่าง ๆ ทั้งการจ้างแรงงาน การให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะ

สำหรับในกรณีของการจ้างแรงงาน นั้นพฤติกรรมเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการให้นมบุตรจะเกี่ยวข้องกับการกระทำ เช่น การห้ามให้นมบุตรในสถานที่ทำงาน การจัดให้ลูกจ้างหญิงผู้ประสงค์ให้นมบุตรแยกตัวออกไปให้นมบุตรในสถานที่ที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกสุขอนามัย เช่น ในห้องน้ำ รวมทั้งกฎระเบียบเกี่ยวกับการทำงานที่เป็นอุปสรรคหรือไม่สะดวกสำหรับการให้นมบุตร เช่น เวลาพัก เวลาทำงาน ที่ไม่ยืดหยุ่นสำหรับลูกจ้างหญิงผู้ให้นมบุตร

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย อาจจำแนกเป็นประเด็นต่าง ๆ ได้ ดังนี้

- เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่า ไทยไม่มีกฎหมายอนุญาตให้ผู้หญิงให้นมบุตรจากอกในที่สาธารณะได้ รวมทั้งไม่มีการกำหนดยกเว้นการให้นมบุตรจากอกจากการเป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม โดยเฉพาะลามกอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลว่าการให้นมบุตรจากอกในที่สาธารณะจะถือเป็นการกระทำความผิดหรือไม่

³⁷⁰ From British Columbia Human Right Commission Policy and Procedural Manual Retrieved from http://www.infactcanada.ca/br_bc_humanrights.html



➤ ในบริบทของการจ้างแรงงานนั้น กรณีการเลือกปฏิบัติในขั้นตอนการสัมภาษณ์งาน ตามกฎหมายไทย การจ้างแรงงาน ไม่ครอบคลุมถึงช่วงก่อนสถานะความเป็นนายจ้าง ลูกจ้าง เช่น การสัมภาษณ์งาน การตัดสินใจจ้างหรือไม่จ้างงาน ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ไม่จ้างงานเพราะตั้งครรภ์ สำหรับกรณีการถามคำถามเรื่องส่วนตัวซึ่งเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายคุ้มครอง เช่น การถามคำถามถึงการวางแผนครอบครัวและการมีบุตรในอนาคตนั้น ในกรณีของไทยยังไม่มีหลักการคุ้มครองเกี่ยวกับการถามคำถามดังกล่าว หากเปรียบเทียบกับกรณีของแคนาดา ในระดับมลรัฐ เช่น Ontario นั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้มีการออกแนวปฏิบัติเพื่อให้ นายจ้างดำเนินการหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติ เช่น ระหว่างการสัมภาษณ์งาน ผู้สัมภาษณ์ไม่ควรถามถึงการตั้งครรภ์ของผู้สมัคร รวมทั้งคำถามเกี่ยวกับครอบครัว แผนการมีครอบครัว ไม่ควรปฏิเสธการรับเข้าทำงานด้วยเหตุที่ผู้สมัครตั้งครรภ์หรือวางแผนตั้งครรภ์

➤ การจัดเวลาพักสำหรับการให้นมบุตรนั้น ไม่ปรากฏชัดเจนตามกฎหมายแรงงานของไทย แนวปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ British Columbia ในแคนาดา ได้วางหลักไว้ว่า เวลาพักสำหรับให้นมบุตรหรือเวลาทำงานที่ลดลงเพื่อการให้นมบุตรในแต่ละวันจะต้องถือว่าเป็นเวลาทำงานที่ได้รับค่าจ้างตามปกติ

➤ การจัดเวลาทำงานที่ยืดหยุ่นสำหรับการให้นมบุตรนั้น ไม่ปรากฏชัดเจนตามกฎหมายแรงงานของไทย อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ British Columbia ได้เน้นย้ำถึงแนวปฏิบัติของนายจ้างในการจัดเวลาการทำงานที่ยืดหยุ่นให้ลูกจ้างผู้ให้นมบุตร

➤ การนำพาบุตรมายังสถานที่ทำงานไม่ปรากฏชัดเจนตามกฎหมายแรงงานของไทย อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ British Columbia คุ้มครองสิทธิของลูกจ้างในการพาบุตรมายังสถานที่ทำงาน โดยรวมถึงการนำบุตรเข้าไปร่วมประชุมใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำงานด้วย เพื่อให้ความสะดวกแก่ลูกจ้างในการให้นมบุตรระหว่างการประชุม เว้นแต่การทำเช่นนั้นก่อให้เกิดการรบกวนการประชุมอย่างมีเหตุผล เช่น เสียงเด็กร้อง แต่นายจ้างไม่สามารถปฏิเสธหรือกีดกันการนำบุตรเข้ามายังที่ประชุมเพื่อให้นมได้ ด้วยเหตุผลกว้าง ๆ เพียงว่าการกระทำเช่นนั้น “ไม่สมควรหรือไม่เหมาะสม”

การกำหนดหน้าที่ของนายจ้างในการอำนวยความสะดวกแก่ลูกจ้างหญิงที่ประสงค์ให้นมบุตร ตามกฎหมายไทย หากจำแนกการอำนวยความสะดวกเป็นประเด็นย่อย ๆ อาจพิจารณาได้ ดังนี้

➤ การที่นายจ้างต้องแสดงให้เห็นเป็นการทั่วไปในองค์กรว่า การให้นมบุตรเป็นสิ่งที่ได้รับการอนุญาตและสามารถทำได้ ตามแนวปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ British Columbia กำหนดแนวทางให้นายจ้างสื่อสารประเด็นนี้ไปยังลูกจ้างทั้งหมดโดยใช้เครื่องหมายหรือป้ายที่เหมาะสม หรือการประกาศนโยบายที่ชัดเจนว่าการให้นมบุตรจากอกแม่หรือการแสดงการให้นมบุตรจากอกแม่ในที่ทำงานนั้นเป็นสิ่งที่สามารถทำได้ เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันพบว่า ไม่มีการกำหนดหน้าที่สำหรับนายจ้างในประเด็นนี้

➤ การที่นายจ้างต้องจัดให้มีสถานที่เหมาะสมอันเป็นส่วนตัวสำหรับให้นมบุตร ซึ่งมีใช้ห้องน้ำ เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันพบว่า ไม่มีการกำหนดหน้าที่สำหรับนายจ้างในประเด็นนี้

อาจสรุปได้ว่า ระบบกฎหมายไทยปัจจุบันมิได้มีการกำหนด “การให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding)” ในฐานะเป็นเหตุเฉพาะของการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ และไม่มีกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองสิทธิบุคคลดังกล่าว เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวแล้วอาจจำแนกได้สองกรณี คือ

กรณีแรก หากตีความตามแนวทางของต่างประเทศแล้ว อาจสามารถจัดอยู่ในเหตุแห่ง “เพศ” ได้ ซึ่งหากพิจารณาตามนี้ การเลือกปฏิบัติบุคคลผู้ให้นมบุตรจากอกแม่ อาจปรับใช้กฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ นอกจากนี้ หากมีการเลือกปฏิบัติต่อผู้ให้นมบุตรซึ่งเป็นบุคคลอายุไม่ถึงยี่สิบปีบริบูรณ์ อาจปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙ ได้ อย่างไรก็ตาม ยังอาจมีปัญหาในมิติอื่น ๆ เช่น ความชัดเจนของการคุ้มครองบุคคลดังกล่าวในมิติของการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน เป็นต้น

กรณีที่สอง เพื่อความชัดเจนในการคุ้มครองบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการให้นมบุตรจากอกแม่ จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อเพิ่มเหตุดังกล่าวเป็นการเฉพาะดังเช่นกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้ โดยอาจกำหนดหลักการและรายละเอียดเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีนี้เพิ่มเติมในกฎหมายแรงงาน ดังเช่นแนวทางของต่างประเทศ

๔.๑๒ การเลือกปฏิบัติในมิติบริการภาครัฐ: กรณีการศึกษา

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์ประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติการศึกษา โดยมีขอบเขตกรณีการศึกษาที่เป็นบริการภาครัฐ ซึ่งจะเลือกกฎหมายสหรัฐอเมริกาวิเคราะห์โดยมุ่งเน้นประเด็นเกี่ยวกับความเสมอภาคในการศึกษา และประเด็นการแบ่งแยกบุคคลด้วยเหตุที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จากนั้นจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง

๔.๑๒.๑ บริการด้านการศึกษาของภาครัฐที่มีลักษณะแบ่งแยกระหว่างกลุ่มคน (Segregation)

ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น หลักความเท่าเทียมกัน (Equal Protection Clause) ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ ๑๔ (Fourteenth Amendment) ดังนั้น โดยหลักแล้วบุคคลย่อมมีสิทธิในการศึกษาอย่างเท่าเทียมและการแบ่งแยกหรือจำแนกบุคคลในมิติการศึกษาก็จะเป็นการขัดต่อหลักดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในสหรัฐอเมริกานั้น มีประเด็นการรับเด็กเข้าเรียนในโรงเรียนเนื่องจากการแบ่งแยกโรงเรียนสำหรับเด็กผิวสีและผิวขาว ในปี ค.ศ. ๑๘๙๖ ศาลในคดี Plessey v. Ferguson³⁷¹ วางหลักว่า การที่กฎหมายมลรัฐกำหนดการแบ่งแยกโรงเรียนของรัฐตามสีผิว (Racial Segregation Law) นั้นไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ หากคนผิวขาวและผิวสีต่างก็สามารถเข้าถึงการศึกษาได้เช่นเดียวกัน หรือเรียกว่า “การแบ่งแยกแต่เท่าเทียมกัน” (Separate but Equal) ซึ่งกลายเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในสหรัฐ จนกระทั่งปี ค.ศ. ๑๙๕๔ เมื่อศาลสูงสุดตัดสินในคดี Brown v. Board of Education of Topeka³⁷² ได้ตัดสินในประเด็นเช่นเดียวกันนี้อีกครั้ง

ในคดีนี้คณะกรรมการการศึกษา (Board of Education of Topeka) แบ่งแยกโรงเรียนตามผิวสีของนักเรียน ซึ่งกฎหมายอนุญาตให้ทำเช่นนั้นได้ ผู้ปกครองนักเรียนผิวสีต้องการให้บุตรเข้าโรงเรียนคนผิวขาวด้วยสาเหตุที่อยู่

³⁷¹ From “Plessey v. Ferguson” 163 U.S. 537 (1896)

³⁷² From “Brown v. Board of Education of Topeka” 347 U.S. 483 (1954)



ใกล้บ้านมากกว่าที่จะต้องเดินทางไกลออกไปเพื่อเรียน
ในโรงเรียนสำหรับเด็กผิวสี ศาลชั้นต้นตัดสินตามหลัก
“การแบ่งแยกแต่เท่าเทียมกัน” (Separate but Equal)
เนื่องจากการแบ่งแยกโรงเรียนแต่เด็กผิวสีก็ยังสามารถ
เข้าถึงการศึกษาได้ แต่ศาลสูงสุดกลับหลักคดีข้างต้นโดยตัดสิน
ว่า การแบ่งแยกโรงเรียนตามสีผิวของนักเรียนเป็นการขัดต่อหลัก
ความเท่าเทียมกัน (Equal Protection Clause) ตามรัฐธรรมนูญ
ฉบับแก้ไขครั้งที่ ๑๔ ศาลให้เหตุผลว่า การแบ่งแยกโรงเรียนนั้นโดย
เนื้อแท้แล้วเป็นความไม่เท่าเทียมกัน (Inherently Unequal) ทั้งนี้แม้ว่า
จะมีการจัดโรงเรียนสำหรับเด็กทั้งสองกลุ่มแล้วแต่เป็นการตัดสินคดีของเด็กผิวสี
ที่จะได้รับการศึกษาอย่างเท่าเทียมกันในการเข้ารับการศึกษาระบบผสมผสาน (Integrated School System) การแบ่ง
แยกโดยกฎหมาย ยังส่งผลสะท้อนถึงการปฏิบัติที่ด้อยกว่าต่อเด็กผิวสี

ในปีเดียวกันมีคดี *Bolling v. Sharpe*³⁷³ ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐตัดสินในแนวทางเช่นเดียวกับคดี *Brown*
กล่าวคือ การแบ่งแยก (Segregation) โรงเรียนสำหรับเด็กผิวสีและผิวนาวนั้นเป็นการไม่ชอบเพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญ
ฉบับแก้ไขครั้งที่ ๕³⁷⁴

แม้ว่าคดี *Brown* จะส่งผลเป็นการสนับสนุนแนวคิดของฝ่ายเรียกร้องสิทธิพลเมือง (Civil Right) แต่
คำพิพากษาก็มิได้ระบุชัดถึงวิธีการ (Method) ในการขจัดเสียซึ่งการจำแนกความแตกต่างในโรงเรียน (Desegregation)
นอกจากนี้ ในทางกฎหมายแล้วปรากฏว่ายังมีกฎหมายมลรัฐและกฎหมายท้องถิ่นที่มีหลักการแบ่งแยกสีผิวหรือเชื้อชาติ
อยู่ ดังนั้นในปี ๑๙๕๕ โจทก์ในคดีก่อนจึงมีการนำคดีมาสู่ศาลสูงสุดอีกครั้ง (เรียกว่าคดี “*Brown II*”³⁷⁵) ซึ่งศาลตัดสิน
ว่าการจัดการจำแนกความแตกต่าง (Desegregation) จะต้องดำเนินไปอย่างรวดเร็วรอบคอบ (With all Deliberate Speed)
ซึ่งยังมีความไม่ชัดเจนแน่นอนว่าจะต้องดำเนินการเมื่อใดและอย่างไร ด้วยเหตุนี้ท้องถิ่นต่าง ๆ จึงมีการดำเนินการลด
ความต่างต่างนั้นอย่างล่าช้า นอกจากนี้ ท้องถิ่นบางแห่งมีการปิดโรงเรียนของรัฐโดยใช้นำเงินไปสนับสนุนสถาบันการ
ศึกษาเอกชนซึ่งเปิดรับเฉพาะนักเรียนผิวนาวแทน³⁷⁶ ดังนั้น จึงเกิดมีคดีฟ้องร้องในประเด็นการปิดโรงเรียนของรัฐดังกล่าว
เช่น *Griffin v. County School Board of Prince Edward County*³⁷⁷ ศาลสูงสุดตัดสินว่าคณะกรรมการโรงเรียน
ท้องถิ่นซึ่งตัดสินใจปิดโรงเรียนของรัฐและให้บัตร (Voucher) สำหรับนักเรียนในการเข้าเรียนโรงเรียนเอกชนนั้นเป็นการ
ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากละเมิดต่อหลักการคุ้มครองความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ (Equal Protection)

³⁷³ From “*Bolling v. Sharpe*” 347 U.S. 497 (1954)

³⁷⁴ ซึ่งวางหลักกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due process clause) ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ ๕ มิได้มีหลักความเท่าเทียมกัน (Equal protection) ดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ ๑๔ และในคดีนี้มีความแตกต่างจากคดี *Brown* เนื่องจากไม่อาจปรับใช้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ ๑๔ กับกรณีได้เนื่องจากจะต้องเป็นการอ้างยันต่อรัฐ (State) แต่กรณีนี้เป็นเขต District of Columbia

³⁷⁵ From “*Brown v. Board of Education of Topeka*” 349 U.S. 294 (1955)

³⁷⁶ From *They Closed Their School* by Bob Smith, 1990, University of North Carolina Press

³⁷⁷ From “*Griffin v. County School Board of Prince Edward County*” 377 U.S. 218 (1964)

ต่อมา ในปี ค.ศ. ๑๙๗๘ มีการฟ้องคณะกรรมการการศึกษาเมือง Topeka อีกครั้ง (Board of Education of Topeka) ที่เรียกว่าคดี “Brown III” ในคดีนี้โจทก์ฟ้องว่า นโยบายการเข้าเรียนแบบเปิด (Open Enrollment) ของคณะกรรมการศึกษามืองดังกล่าว ส่งผลให้เกิดการแบ่งแยก (Segregation) เนื่องจากผู้ปกครองเด็กผิวขาวจะเลือกส่งบุตรตนไปยังโรงเรียนที่ตนชื่นชอบ (Preferred school) อันจะส่งผลให้เกิดการแบ่งแยกโรงเรียนสำหรับเด็กผิวขาวและผิวสีในทางปฏิบัติ ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่านโยบายนี้ส่งผลให้เกิดการแบ่งแยกทั้งนักเรียนและบุคลากรที่เกี่ยวข้อง ศาลสูงสุดเห็นพ้องกับศาลอุทธรณ์ คดีนี้ส่งผลให้โรงเรียนในเมืองนี้ต้องดำเนินการสร้างความสมดุลทางเชื้อชาติเพื่อเป็นการจัดการแบ่งแยกนักเรียน

หลังจากคดี Brown รัฐบาลท้องถิ่นมีการปรับเปลี่ยนนโยบายเพื่อจัดการแบ่งแยกนักเรียนตามเชื้อชาติ สีผิว อย่างไรก็ตาม หลายท้องถิ่นได้มีการกำหนดนโยบายบางประการด้วยวัตถุประสงค์เพื่อทำให้เกิดความสมดุลระหว่างนักเรียนต่างเชื้อชาติ สีผิว เช่น นโยบายการจัดสรรสิทธิเข้าเรียนตามพื้นที่พักอาศัย (Neighborhood Policy) จึงมีประเด็นว่านโยบายดังกล่าวเป็นการสร้างความไม่เท่าเทียมกันและเลือกปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งศาลพิจารณาจากมูลเหตุจูงใจของการกำหนดนโยบายว่าเป็นการกำหนดด้วยวัตถุประสงค์เพื่อการแบ่งแยกหรือจำแนกความแตกต่างทางเชื้อชาติ สีผิว หรือไม่ หากการกำหนดนโยบายดังกล่าวเป็นไปเพื่อสร้างความสมดุลระหว่างเด็กต่างเชื้อชาติ สีผิว ให้มีโอกาเรียนอย่างเท่าเทียมกันแล้ว ก็ไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย เช่น

คดี Diaz v. San Jose Unified School District³⁷⁸ เป็นกรณีที่เขตการศึกษาในเมือง San Jose มีนโยบาย “Neighborhood Policy” ในการรับนักเรียนที่พักอาศัยอยู่ในเขตพื้นที่ของโรงเรียน ทำให้สามารถเดินทางไปเรียนใกล้บ้าน โจทก์ได้แย้งว่านโยบายดังกล่าวส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติและไม่เท่าเทียมกันด้านเชื้อชาติ เป็นการแบ่งแยกนักเรียน คดีนี้ศาลชั้นต้นตัดสินว่านโยบายดังกล่าวไม่มีเจตนาแบ่งแยก (Segregative Intent) แต่ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วย และตัดสินให้เมืองดังกล่าวกำหนดนโยบายจัดการแบ่งแยก (Desegregation Policy)

คดี Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education³⁷⁹ หลังจากคดี Brown ส่งผลให้รัฐบาลท้องถิ่นต่าง ๆ ปรับเปลี่ยนนโยบายในการรับนักเรียนโดยไม่จำแนกโรงเรียนสำหรับเด็กผิวขาวและผิวสี กรณีนี้เมือง Charlotte ในมลรัฐ North Carolina ได้ปรับนโยบายรับเด็กเข้าเรียนตามพื้นที่ อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าเขตการศึกษาของเมืองนี้ประกอบด้วยพื้นที่ประมาณ ๕๕๐ ตารางไมล์ โดยนักเรียนผิวสีส่วนมากจะอยู่อาศัยบริเวณใจกลางเมืองและเข้าเรียนในโรงเรียนบางแห่งบริเวณนั้น ในขณะที่นักเรียนผิวขาวส่วนใหญ่ซึ่งอยู่ห่างออกไป ทำให้ยังคงเกิดสภาพการแบ่งแยกโรงเรียนสำหรับเด็กผิวสีและเด็กผิวขาว จึงมีการกำหนดนโยบายร่นนักเรียนเพื่อรับนักเรียนผิวสีไปเรียนที่โรงเรียนซึ่งมีเด็กผิวขาวส่วนมากเรียนอยู่ โจทก์ฟ้องว่านโยบายร่นนักเรียนดังกล่าวเป็นการจำแนกความแตกต่างและไม่เท่าเทียมกัน ศาลตัดสินว่านโยบายนี้เป็นการแก้ปัญหาความไม่สมดุลทางเชื้อชาติ (Racial Imbalance) แม้ว่าความไม่สมดุลดังกล่าวเกิดจากการกำหนดให้นักเรียนเข้าเรียนตามพื้นที่ (Neighborhood Policy) แต่ก็ไม่ได้เกิดจากมูลเหตุจูงใจในการแบ่งแยกสีผิว ดังนั้น นโยบายนี้จึงมีความเหมาะสมเพื่อให้เด็กนักเรียนมีโอกาสเรียนเท่าเทียมกัน

จากประเด็นการศึกษาที่นำมาวิเคราะห์นี้ชี้ให้เห็นถึงบริการภาครัฐที่อาจมีลักษณะปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันได้ หากเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และมุ่งสู่ความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ (Substantive

³⁷⁸ From “Diaz v. San Jose Unified School District” 733 F.2d. 660 (9th Cir. 1984)

³⁷⁹ From “Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education” 402 U.S. 1 (1971)



Equality) แต่หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีลักษณะเป็นการทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างบุคคลด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ก็จะเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ ยังอาจพิจารณาได้ว่านโยบายบางอย่างของรัฐที่มีลักษณะส่งเสริมหรือให้สิทธิแก่บุคคลบางกลุ่ม หากเป็นไปเพื่อสร้างความเท่าเทียมกันแล้วก็เป็น การชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะเป็น “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วนั่นเอง

๔.๑๒.๒ หลักความเท่าเทียมด้านเชื้อชาติ (Racial equality doctrine) และปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible factor)

นับจากคดี Plessey v. Ferguson ในปี ค.ศ. ๑๘๙๖ ศาลก็มีแนวโน้มทบทวนแนวคำพิพากษาใหม่โดยมุ่งเน้นความเท่าเทียมกัน ในการนี้ ศาลได้สร้างหลักความเท่าเทียมด้านเชื้อชาติ (Racial equality doctrine) ในบริบทการให้บริการด้านการศึกษาขึ้น เพื่อแก้ปัญหาการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว กล่าวคือ ศาลวางหลักว่า นโยบายหรือกฎหมายตามแนวคิด “การแบ่งแยกแต่เท่าเทียมกัน” (Separate but equal) นั้น หากส่งผลให้กลุ่มคนกลุ่มหนึ่งถูกปฏิเสธด้วยปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Factor) แล้วก็จะเป็นการเลือกปฏิบัติขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม ปัญหาว่าอะไรคือ “ปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Factor)” นั้น ยังไม่ชัดเจน ทั้งนี้ ขึ้นกับคำพิพากษาในแต่ละคดี

ตัวอย่างเช่น ในคดี McLaurin v. Oklahoma State Regents³⁸⁰ ศาลเห็นว่า การแบ่งแยกโรงเรียนด้วยสาเหตุด้านเชื้อชาติ ส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มถูกปฏิเสธซึ่งความสามารถในการเข้าเรียน การแลกเปลี่ยนความคิดเห็น และการเรียนรู้ ศาลให้เหตุผลว่า ในการที่มลรัฐจะจัดเสียซึ่งอุปสรรคของโอกาสที่เท่าเทียมกันนั้น ไม่จำเป็นต้องขจัดอคติทั้งหมดในทุกรูปแบบ (All forms of prejudice) เพียงแต่ต้องทำให้บุคคลไม่ถูกพรากไปเสียซึ่งโอกาสที่จะได้รับการยอมรับด้วยเหตุแห่งความสามารถของแต่ละบุคคล โดยไม่ถูกจำแนกกลุ่มอย่างอัตโนมัติและคัดแยกไว้ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ

ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้อธิบาย “ปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Factor)” ไว้อย่างละเอียดในคดี Sweatt v. Painter³⁸¹

คดีนี้เป็นกรณีโจทก์ซึ่งเป็นคนผิวสีถูกปฏิเสธการรับเข้าเรียนในคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเท็กซัส โดยในขณะนั้นทางมลรัฐมีการจัดตั้งมหาวิทยาลัยสำหรับคนผิวสีโดยเฉพาะ ตามแนวคิด การแบ่งแยกแต่เท่าเทียม ประเด็นของคดีที่สำคัญที่ศาลสูงสุดพิจารณาก็คือ แม้ว่าโจทก์จะยังคงมีโอกาสด้านการศึกษากล่าวคือสามารถเข้าศึกษาในมหาวิทยาลัยอื่นที่จัดไว้สำหรับคนผิวสีโดยเฉพาะ แต่่นโยบายดังกล่าวก็เป็นการเลือกปฏิบัติและทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน โดยศาลได้ชี้ให้เห็นปัจจัยที่แตกต่างกันระหว่างมหาวิทยาลัยสำหรับคนผิวขาวและผิวสี เช่น

- มหาวิทยาลัยเท็กซัส มีอาจารย์ประจำ ๑๖ คน ในขณะที่มหาวิทยาลัยสำหรับคนผิวสีมีอาจารย์ประจำเพียง ๕ คน
- มหาวิทยาลัยเท็กซัส มีนักศึกษา ๘๕๐ คน และมีจำนวนหนังสือในห้องสมุด ๖๕๐,๐๐๐ เล่ม ในขณะที่มหาวิทยาลัยสำหรับคนผิวสีมีนักศึกษา ๒๓ คนและมีหนังสือในห้องสมุดเพียง ๑๖,๕๐๐ เล่ม
- มหาวิทยาลัยเท็กซัส มีโครงการสนับสนุนการศึกษา เช่น ศาลจำลอง (Moot Court) รวมทั้งนักศึกษามีโอกาสเข้าร่วมในการฝึกงานภาคปฏิบัติ ในขณะที่มหาวิทยาลัยสำหรับคนผิวสีมีโครงการสนับสนุนการศึกษาดังกล่าวน้อยกว่า

³⁸⁰ From “*McLaurin v. Oklahoma State Regents*” 339 U.S. 637 (1950)

³⁸¹ From “*Sweatt v. Painter*” 339 U.S.629 (1950)

นอกจากนี้ ศาลยังวางหลักว่า ยังมีปัจจัยที่จับต้องไม่ได้อื่น ๆ ซึ่งต้องนำมาพิจารณาในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของ “ความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ” (Substantive Equality) แม้ว่าปัจจัยดังกล่าวจะไม่สามารถชี้วัดในเชิงภาวะวิสัย (Objective Measurement) แต่ก็มีส่วนสำคัญต่อสาระสำคัญในการศึกษาทางกฎหมายและการทำงานต่อไปในอนาคตของผู้สำเร็จการศึกษา ปัจจัยเหล่านั้น ได้แก่ “ชื่อเสียง ประสบการณ์ สถานะและตำแหน่งงานของศิษย์เก่า ความภาคภูมิใจ ทัศนคติของชุมชน” การแบ่งแยกสถานศึกษาเป็นการจำกัดการเข้าถึงปัจจัยเหล่านี้ รวมทั้งเป็นการกีดกันบุคคลจากการเข้าถึงกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือต้องติดต่อสัมพันธ์ด้วยหลังจบการศึกษา นอกจากนี้ ศาลยังเน้นย้ำว่า สิทธิในความเท่าเทียมกันเป็นสิทธิของปัจเจกชน (Individual Right) มิใช่สิทธิของกลุ่มคน (Group Right) ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่ว่านักเรียนผิวสีจำนวนมากเท่าใดที่สมัครเข้าเรียนจึงไม่ใช่สาระสำคัญที่ศาลจะต้องพิจารณา

จะเห็นได้ว่า ในกรณีการจัดให้บริการภาครัฐในลักษณะแบ่งแยกกลุ่มผู้รับบริการ ด้วยความแตกต่างในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ฝ่ายผู้เลือกปฏิบัติมักจะมีการอ้างหลักการแบ่งแยกแต่เท่าเทียม โดยอ้างว่าแม้มีการจัดบริการสำหรับแต่ละกลุ่มแยกจากกัน แต่บุคคลในแต่ละกลุ่มก็ยังมีโอกาสสำหรับบริการนั้น ๆ กล่าวคือ จะต้องไปรับบริการที่จัดไว้สำหรับกลุ่มตนโดยเฉพาะ ซึ่งศาลได้ปฏิเสธข้ออ้างและแนวคิดนี้โดยวางหลักความเท่าเทียมด้านเชื้อชาติ (Racial Equality Doctrine) และนำเอาปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Factor) มาพิจารณาด้วย กล่าวคือ แม้ว่าบุคคลนั้นหรือบุคคลกลุ่มนั้นยังสามารถเข้าถึงบริการภาครัฐได้ แต่จะต้องนำปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ดังกล่าวมาพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างบริการที่จัดไว้สำหรับคนแต่ละกลุ่มว่า ส่งผลให้เกิดการด้อยหรือเสียโอกาสต่อบุคคลบางกลุ่มหรือไม่ หลักการนี้เกิดขึ้นในบริบทของการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดการศึกษา แต่สามารถนำมาปรับใช้กับการเลือกปฏิบัติในมิติอื่น ๆ ได้ด้วย

นอกจากนี้ ศาลในอีกหลายคดียังได้วางหลักว่า การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ไม่สามารถแก้ไขหรือเยียวยาได้ด้วยการกำหนดหรือจัดหาทางเลือกอื่นให้บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติ เช่น ในกรณีโรงเรียนที่แบ่งแยกกลุ่มผู้เรียนตามสีผิวนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่สามารถแก้ไขโดยการจัดให้บุคคลไปเรียนในโรงเรียนแห่งอื่น การแก้ปัญหาดังกล่าวเป็นเพียงการบรรเทา (Mitigate) ความไม่เท่าเทียม แต่ยังคงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญอยู่นั่นเอง³⁸²

จากกรณีศึกษาที่นำมาวิเคราะห์นี้ชี้ให้เห็นว่า ความเท่าเทียมกันมิได้มีความหมายเฉพาะการปฏิบัติที่เหมือนกัน ตามกรอบของความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (Formal Equality) เท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาลึกลงไปโดยนำ “ปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Factor) มาประกอบการพิจารณาด้วย เพื่อมุ่งสู่ผล (Effect) ที่เท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นความหมายของความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ (Substantive Equality) นั่นเอง

๔.๑๒.๓ การแบ่งแยกบริการการศึกษาด้วยสาเหตุด้านเพศ

กฎหมายหรือนโยบายเกี่ยวกับการให้บริการด้านการศึกษาที่มีลักษณะแบ่งแยกนักเรียนด้วยมูลเหตุทางเพศ ปรากฏในกรณีของการจัดการศึกษาในลักษณะโรงเรียนที่รับเฉพาะนักเรียนเพศใดเพศหนึ่ง (Gender Segregated School) จึงมีประเด็นว่า การจำแนกความแตกต่างเช่นนี้เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่

³⁸² From Gender and American Law : The Impact of the Law on the Lives of Women (p 76-77) by Karen J Maschke, 1997, New York: Garland Publishing, Inc.



ในสหรัฐอเมริกาหลายกรณีที่รัฐบาลท้องถิ่นมีกฎหมายหรือนโยบายในการจัดการศึกษาภาครัฐโดยแบ่งแยกโรงเรียนตามเพศ ซึ่งอาจมีส่วนเกี่ยวข้องกับมูลเหตุด้านเชื้อชาติ สีผิวด้วย โดยเฉพาะการตั้งโรงเรียนชายล้วนสำหรับเด็กนักเรียนผิวสี

ในระยะแรกศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่านโยบายในลักษณะดังกล่าวสามารถทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น คดี *Vorchheimer v. School District of Philadelphia*³⁸³ ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากนักเรียนหญิงประสงค์เข้าเรียนในโรงเรียนชายล้วน (All men high school) และถูกปฏิเสธจึงอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ถึงแม้โรงเรียนในลักษณะที่นักเรียนหญิงผู้นี้ประสงค์จะเข้าเรียนนั้นจะมีสองแห่ง กล่าวคือ แห่งหนึ่งสำหรับชายล้วนและอีกแห่งสำหรับหญิงล้วนก็ตาม นักเรียนหญิงผู้นี้ก็อ้างว่าชื่อเสียงของโรงเรียนชายล้วนแห่งนั้นดีกว่า ศาลชั้นต้นมีคำสั่งให้รับนักเรียนหญิงเข้าเรียนโรงเรียนชายล้วนนั้น โดยให้เหตุผลว่า การกีดกันด้วยมูลเหตุแห่งเพศในกรณีนี้ไม่มีเหตุผลเกี่ยวกับผลประโยชน์อันชอบธรรมของรัฐ ศาลวางหลักว่า การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น อาจทำได้เมื่อแสดงให้เห็นถึง “ความสัมพันธ์อย่างมีนัยสำคัญและชอบธรรมระหว่างเป้าหมายและวิธีการ (Fair and Substantial Relationship between Means and Ends) สำหรับในกรณีนี้ ศาลเห็นว่า ยังไม่มีความสัมพันธ์ดังกล่าวระหว่างวิธีการ (การแบ่งแยกโรงเรียนชายและหญิงล้วน) กับเป้าหมายอันเกี่ยวเนื่องกับผลประโยชน์ที่ชอบธรรมของรัฐ

อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่า นโยบายการศึกษาที่จำแนกนักเรียนตามเพศนั้นมีเหตุผลชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Educational Policy) และเป็นไปในฐานะวิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมของรัฐ ซึ่งในที่นี้คือการส่งเสริมให้นักเรียนได้เรียนรู้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากในขณะนั้นมีทฤษฎีทางการศึกษาว่าวัยรุ่นจะเรียนได้อย่างมีประสิทธิภาพเมื่อจัดการเรียนแบบแยกเพศ ดังนั้น การแบ่งแยกโรงเรียนดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ³⁸⁴

ต่อมา ในคดี *Mississippi University for Women v. Hogan*³⁸⁵ ชายผู้ซึ่งสมัครเข้าเรียนในคณะพยาบาลศาสตร์ของมหาวิทยาลัยถูกปฏิเสธด้วยเหตุแห่งเพศ กรณีนี้ ศาลอธิบายว่า นโยบายของรัฐในการจำแนกความแตกต่างระหว่างบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ (Gender Based Classification) อาจชอบด้วยกฎหมายหากมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลระหว่างเป้าหมายที่ต้องการบรรลุกับวิธีการเพื่อนำไปสู่เป้าหมายนั้น อย่างไรก็ตาม คดีนี้ศาลเห็นว่านโยบายของมหาวิทยาลัยรัฐซึ่งจำแนกความแตกต่างของเพศในการรับเข้าศึกษานั้นอยู่บนข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับบทบาทของหญิงและชายที่สะท้อนแนวคิดทางประเพณีซึ่งไม่ถูกต้อง รัฐไม่อาจแสดงให้เห็นว่าการจัดการศึกษาให้โอกาสเฉพาะเพศหญิงในการเข้าสู่อาชีพพยาบาลนั้นอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและเป้าหมายที่รัฐมุ่งประสงค์อย่างไร

ในคดี *Force v. Pierce City R-VI School District*³⁸⁶ นักเรียนหญิงผู้ประสงค์จะเข้ารับการคัดเลือกเพื่อเป็นนักฟุตบอลของโรงเรียนถูกปฏิเสธ เนื่องจากโรงเรียนให้สิทธิเฉพาะนักเรียนชาย ศาลเห็นว่าเหตุผลของโรงเรียนที่อ้างถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าวด้วยเหตุด้านความปลอดภัยนั้นยังไม่ใช่เหตุผลที่เพียงพอ เพราะในกรณีของนักเรียนชายนั้น สามารถมีสิทธิเข้ารับการคัดเลือกไม่ว่าจะมีความแตกต่างทางร่างกายเช่นใด ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้จึงขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ

³⁸³ From “*Vorchheimer v. School District of Philadelphia*” 430 U.S. 703 (1977)

³⁸⁴ Ibid 381 pp. 261-263.

³⁸⁵ From “*Mississippi University for Women v. Hogan*” 458 U.S. 718, 725 (1982)

³⁸⁶ From “*Force v. Pierce City R-VI School District*” 570 F. Supp. 1020 (W.D.Mo, 1983)

สำหรับคดี Garrett v. Board of Educ. of School D. of Detroit³⁸⁷ คดีนี้ศาลชั้นต้นสหรัฐ (Federal District Court) มีคำสั่งว่านโยบายของคณะกรรมการการศึกษาเขตการศึกษาในเมือง Detroit ที่จะรับเฉพาะนักเรียนชายเชื้อสายแอฟริกัน (All Black Male School) นั้นมีขอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ ๑๔ ครั้งที่ ๑๔ และกฎหมายโอกาสการศึกษาที่เท่าเทียมกัน (The Equal Educational Opportunities Act) โดยคดีนี้องค์กรด้านสิทธิหลายองค์กร ร่วมกันสนับสนุนโจทก์ในการฟ้องคดี³⁸⁸ ในคดีนี้มีประเด็นสำคัญก็คือ นโยบายของโรงเรียนในการแบ่งแยกกลุ่มคนนั้น เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติทั้งเชื้อชาติ (แอฟริกัน อเมริกัน) และ เพศ อย่างไรก็ตาม โจทก์เลือกที่จะฟ้องเฉพาะการเลือกปฏิบัติด้านเพศ โดยไม่ยกประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ แม้ว่าเหตุดังกล่าวอาจเป็นมูลเหตุจูงใจของนโยบายนี้ก็ตาม ต่อมา โรงเรียนในเมืองต่าง ๆ มีแนวโน้มจัดการศึกษาโดยเปลี่ยนแปลงจากโรงเรียนเฉพาะเพศ (Gender Segregated School) มาเป็นโรงเรียนในลักษณะผสมผสานโดยไม่จำแนกเพศ (Integration School) บางโรงเรียนซึ่งจัดตั้งขึ้นมาด้วยการเป็นโรงเรียนชายล้วนได้เปลี่ยนแปลงเป็นรับนักเรียนไม่จำกัดเพศ³⁸⁹

๔.๑๒.๔ หลัก “ความสัมพันธ์อย่างมีนัยสำคัญและขอบธรรมระหว่างเป้าหมายและวิธีการ (Fair and substantial relationship between means and ends)”

จากสองคดีข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลใช้หลักความสัมพันธ์ระหว่างเป้าหมายกับวิธีการ ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนโยบายรัฐเกี่ยวกับการแบ่งแยกการให้บริการแก่ประชาชนด้วยเหตุแห่งเพศ กล่าวคือนโยบายที่จำแนกบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศอาจไม่ขัดต่อกฎหมาย หากกรณีนั้นรัฐสามารถแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างมีนัยสำคัญและขอบธรรมระหว่างเป้าหมายและวิธีการ ดังนั้น หากรัฐจัดให้มีโรงเรียนเฉพาะสำหรับเด็กชาย โดยไม่ให้นักเรียนหญิงเข้าเรียน ก็จะต้องแสดงว่าการจำแนกเช่นนี้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ใด และการจำแนกนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ในฐานะวิธีการอันจะนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้น สำหรับคดี Vorchheimer v. School District of Philadelphia ศาลเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ แต่คดี Mississippi University for Women v. Hogan ไม่มีความชัดเจนว่าการให้โอกาสเฉพาะหญิงในการเรียนวิชาชีพพยาบาลจะตอบสนองวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมของรัฐอย่างไร นอกจากนี้ มีนักวิชาการเห็นว่าศาลในคดีนี้ได้นำปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible factor) มาประกอบการพิจารณาด้วย กล่าวคือ การให้โอกาสเฉพาะนักเรียนหญิงนั้นสะท้อนแนวคิด ประเพณีดั้งเดิมเกี่ยวกับบทบาทและหน้าที่ของผู้หญิงด้วย³⁹⁰ นอกจากนี้ แม้รัฐจะอ้างเหตุผลด้านความแตกต่างทางกายภาพระหว่างชายกับหญิงที่เกี่ยวกับการเล่นกีฬาเช่นในคดี Force v. Pierce City R-VI School District แต่เหตุผลดังกล่าวก็ยังไม่เพียงพอที่จะเชื่อมโยงไปถึงวัตถุประสงค์อันชอบธรรมของรัฐ สำหรับคดี Garrett v. Board of Educ. of School D. of Detroit ศาลก็พิจารณาโดยหลักการนี้เช่นกัน จะเห็นได้ว่ารัฐไม่อาจแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและเป้าหมายของการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยมูลเหตุแห่งเพศ

³⁸⁷ From “Garrett v. Board of Educ. of School D. of Detroit” 775 F.Supp. 1004 (E.D. Mich. 1991)

³⁸⁸ เช่น The American Civil Liberties Union of Michigan, National Organization of Women Legal Defense

³⁸⁹ From Critical Race Theory: The Cutting edge (p 420-421) by Richard Delgado and Jean Stefancic, 2000, U.S.: Temple University

³⁹⁰ Ibid 381 p. 265



๔.๑๒.๕ การเลือกปฏิบัติในการให้บริการการศึกษาด้วยเหตุเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด

นโยบายของรัฐในการแบ่งแยกการให้การศึกษาตามเชื้อชาติ สีผิว (Segregation) ได้ถูกศาลในหลายคดีตัดสินว่าเป็นการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นรัฐบาลท้องถิ่นหลายแห่งได้ปรับเปลี่ยนนโยบายการรับเข้าศึกษาไปในทิศทางของการรับบุคคลโดยไม่จำแนกเชื้อชาติ สีผิว (Integration)

อย่างไรก็ตาม ยังเกิดกรณีที่ว่าสถานศึกษาบางแห่งกำหนดนโยบายการรับเข้าศึกษาโดยสำรองที่นั่งจำนวนหนึ่งให้กับบุคคลบางเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด จึงมีประเด็นว่า นโยบายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาโดยทั่วไปแล้วจะเห็นว่า นโยบายดังกล่าวส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่ได้รับสิทธิหรือโควตานั่น กับ บุคคลที่ไม่อยู่ในกลุ่มเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด ที่มีสิทธิดังกล่าว แต่หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของนโยบายนี้ จะพบว่า มิได้เป็นไปเพื่อกีดกันหรือเลือกปฏิบัติ แต่เป็นไปเพื่อช่วยกลุ่มผู้ที่มีความเสี่ยงหรือเคยถูกเลือกปฏิบัติให้ได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกันมากขึ้น ฝ่ายที่กำหนดนโยบายดังกล่าวจึงโต้แย้งว่าเป็นการปฏิบัติที่ชอบธรรมและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

คดีสำคัญที่เกี่ยวกับการปฏิบัติที่แตกต่างกันในการรับบุคคลเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาของรัฐด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกล่าวคือกรณีเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด แต่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้เกิดความเท่าเทียมกันดังกล่าวนี้นี้ จะเห็นได้จากคดีสำคัญคือ Regents of University of California v. Bakke³⁹¹ ซึ่งเป็นกรณีที่โจทก์เป็นวิศวกรและอดีตทหารถูกปฏิเสธการรับเข้าศึกษาในคณะแพทยศาสตร์มหาวิทยาลัย University of California, Davis เนื่องจากมหาวิทยาลัยมีนโยบายรับนักศึกษาด้วยโควตาที่กำหนดขึ้นจากมูลเหตุเชื้อชาติ (Racial Quota) กล่าวคือจำกัดที่นั่งจำนวน ๑๖ ที่นั่งจาก ๑๐๐ ที่นั่งให้บุคคลบางเชื้อชาติ สีผิว ศาลสูงสุดของ California ตัดสินว่านโยบายดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลผิวขาวและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาตัดสินด้วยเสียงข้างมากกว่ากรณีนี้แม้ว่าเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างความหลากหลายของเชื้อชาติให้เกิดขึ้นในชั้นเรียนด้วยการให้โควตาช่วยเหลือกลุ่มเชื้อชาติบางกลุ่ม แต่มีลักษณะกว้างเกินไปและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตาม ในปี ๒๐๐๓ ศาลในคดี Grutter v. Bollinger³⁹² ได้ตัดสินว่าเกณฑ์การรับนักศึกษาโดยอาศัยปัจจัยด้านเชื้อชาติ สีผิว นั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีนักศึกษาผิวขาวผู้มีผลการเรียน ๓.๘ ถูกปฏิเสธการรับเข้าศึกษาต่อในมหาวิทยาลัยเนื่องจากนโยบายใช้ปัจจัยด้านเชื้อชาติเป็นปัจจัยหนึ่งสำหรับการพิจารณารับนักศึกษา นักศึกษาผู้นี้จึงฟ้องว่าการใช้ปัจจัยดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๑๔ ศาลสูงสุดสหรัฐเห็นว่า เกณฑ์การคัดเลือกของมหาวิทยาลัย Michigan มีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สำคัญที่รัฐพึงปกป้อง (Compelling state interest) กล่าวคือวัตถุประสงค์ในการสร้างชั้นเรียนที่ประกอบด้วยความหลากหลายของนักศึกษา ศาลตัดสินว่ากระบวนการรับนักศึกษาที่มีเกณฑ์ด้านเชื้อชาตินั้นอาจถือว่าการปฏิบัติในลักษณะพิเศษแก่ชนกลุ่มน้อยที่ด้อยโอกาส (Underrepresented minority group) แต่มีการนำปัจจัยอื่นๆเข้ามาประกอบการพิจารณาสำหรับผู้สมัครแต่ละรายด้วย ซึ่งแตกต่างกับระบบโควตาซึ่งศาลเคยตัดสินว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ

³⁹¹ From “Regents of the University of California v. Bakke” 438 U.S. 265 (1978)

³⁹² From “Grutter v. Bollinger” 539 U.S. 306 (2003)

๔.๑๒.๖ ความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติในนิติการศึกษาตามกฎหมายไทย

จากการศึกษากฎหมายสหรัฐอเมริกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าหลักความเท่าเทียมกัน (Equal Protection Clause) ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ ๑๔ (Fourteenth Amendment) ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองหลักความเท่าเทียมกันและในนิติการศึกษานั้นก็มีการรับรองความเสมอภาคในการศึกษาเป็นการเฉพาะ³⁹³ นอกจากนี้ ยังพบว่าปัจจุบันไทยมีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับที่วางหลักรับรองความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติ เช่น พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ³⁹⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก³⁹⁵ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ เป็นต้น ในประเด็นความเสมอภาคและความเท่าเทียมทางการศึกษานั้น ผลการวิจัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติชี้ให้เห็นว่า โดยภาพรวมระดับประถมศึกษาและมัธยมศึกษาตอนปลายสามารถจัดได้เพียงพอ ส่วนระดับมัธยมศึกษาตอนต้นยังขาดเพียงเล็กน้อย แต่เมื่อพิจารณาในแต่ละเขตพื้นที่ ปรากฏว่าระดับประถมศึกษาและระดับมัธยมศึกษาตอนปลายไม่สามารถรับได้ตามความต้องการของผู้เรียน สำหรับประเด็นการจัดการศึกษาโดยไม่เก็บค่าใช้จ่ามนั้น ผลการวิจัยนี้ชี้ให้เห็นว่าผู้บริหารสถานศึกษาร้อยละ ๗๘.๙ เห็นว่าค่าใช้จ่าที่รัฐให้การสนับสนุนไม่เพียงพอ ผู้ปกครองต้องเสียค่าใช้จ่าเพิ่มให้กับสถานศึกษาถึงร้อยละ ๗๓.๔³⁹⁶

สำหรับประเด็นความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันในกรณีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการ เช่น เชื้อชาติ สัญชาตินั้น พบว่า ในปี พ.ศ. ๒๕๔๘ คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ ๕ กรกฎาคม ๒๕๔๘ เรื่อง การขยายโอกาสทางการศึกษาแก่บุคคลที่ไม่มีหลักฐานทางทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทย โดยเห็นชอบแนวปฏิบัติการจัดการศึกษาแก่บุคคลที่ไม่มีหลักฐานทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทย ตามแนวปฏิบัติที่เสนอโดยกระทรวงศึกษาธิการ ได้แก่³⁹⁷

✓ ขยายโอกาสทางการศึกษาแก่บุคคลที่ไม่มีหลักฐานทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทย ซึ่งเดิมเคยจำกัดไว้ให้บางกลุ่ม บางระดับการศึกษา เป็นเปิดกว้างให้ทุกคนที่อาศัยในประเทศไทยสามารถเข้าเรียนได้โดยไม่จำกัดระดับ ประเภท หรือพื้นที่การศึกษา

³⁹³ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๔๙ ซึ่งวางหลักว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ โดยไม่เก็บค่าใช้จ่า”

³⁹⁴ มาตรา ๑๐ วางหลักว่า การจัดการศึกษา ต้องจัดให้บุคคลมีสิทธิและโอกาสเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่า

³⁹⁵ กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๙ ข้อ ๒. อธิบายว่า “การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดโดยไม่เท่าเทียมกัน เพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก”

³⁹⁶ คณะอนุกรรมการการศึกษาและการพัฒนา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, รายงานการวิจัย การได้รับสิทธิในการศึกษาขั้นพื้นฐานจากรัฐ: ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๔๓ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท รวบรวมการพิมพ์ จำกัด, ๒๕๕๙).

³⁹⁷ สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการ, คู่มือและแนวปฏิบัติสำหรับการจัดการศึกษาแก่บุคคลที่ไม่มีหลักฐานทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทย (๒๕๕๕) สืบค้นจาก <http://rnedu.go.th/wp-content/uploads/2015/10/kumoue-no-sunchat.pdf>



✓ จัดสรรงบประมาณอุดหนุนเป็นค่าใช้จ่ายรายหัว ให้แก่สถานศึกษาที่จัดการศึกษาแก่กลุ่มบุคคลที่ไม่มีหลักฐานทางทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทย ตั้งแต่ระดับก่อนประถมศึกษาถึงระดับมัธยมศึกษาตอนปลายในอัตราเดียวกับค่าใช้จ่ายรายหัวที่จัดสรรให้เด็กไทย

✓ ให้กระทรวงมหาดไทยจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่ไม่มีหลักฐานหรือไม่มีสัญชาติไทย เพื่อประโยชน์ต่อการจำแนกสถานะ และการอนุญาตและอำนวยความสะดวกให้แก่เด็กและเยาวชนที่มีข้อกำหนดเฉพาะและระเบียบปฏิบัติหรือกฎหมายควบคุมเฉพาะให้จำกัดพื้นที่อยู่อาศัยสามารถเดินทางไปศึกษาได้เป็นระยะเวลาตามหลักสูตรระดับนั้น ๆ โดยไม่ต้องขออนุญาตเป็นครั้งคราว ยกเว้นผู้หนีภัยจากการสู้รบและบุคคลในความห่วงใย (Prisoner of conscience)

✓ ให้กระทรวงศึกษาธิการจัดการศึกษาในรูปแบบที่เหมาะสมแก่เด็กและเยาวชนที่หนีภัยจากการสู้รบ เพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตและการอยู่ร่วมกันอย่างสมานฉันท์

จากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า บุคคลที่ไม่มีหลักฐานทางทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทยทุกกลุ่มที่อาศัยในประเทศไทย รวมทั้งผู้ลี้ภัย เด็กกลุ่มชาติพันธุ์ บุตรของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐาน มีโอกาสได้รับการศึกษาของไทยและมีสิทธิเข้าเรียนฟรี ๑๕ ปี รวมทั้งยังมีองค์กรเอกชนระหว่างประเทศที่จัดการศึกษาตั้งแต่ประถมศึกษาปีที่ ๑ ถึงมัธยมศึกษาปีที่ ๔ ในพื้นที่พักพิง ๙ แห่งอีกด้วย³⁹⁸ อย่างไรก็ตาม ยังมีนักวิชาการด้านการศึกษาชี้ให้เห็นถึงปัญหาความเข้าใจมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ในกรณีเด็กพิการที่มีความบกพร่องในการได้ยินยังมิได้รับสิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเต็มที่ การนำบทบัญญัติกฎหมายไปบังคับใช้ยังไม่เป็นรูปธรรม เนื่องจากกฎหมายบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อใช้สำหรับคนพิการทุกประเภททั้งที่เด็กพิการแต่ละประเภทมีความแตกต่างกันในการจัดการศึกษา³⁹⁹ แม้ว่าความเสมอภาคในมิติการศึกษาจะยังมีปัญหาในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว แต่โดยหลักการแล้ว หากพิจารณาในแง่เนื้อหาสาระของหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องอาจกล่าวได้ว่า นโยบายและกฎหมายที่เกี่ยวข้องของไทยมีหลักการครอบคลุมเพื่อส่งเสริมความเสมอภาคทางการศึกษาแล้ว

สำหรับประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติการศึกษาของไทยที่มีลักษณะการแบ่งแยกบุคคลตามกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นั้น พบว่า มีกรณีการกำหนดเกณฑ์การรับนักเรียนโดยอาศัยเหตุด้านถิ่นที่อยู่ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า “..การกำหนดหลักเกณฑ์การรับนักเรียนสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานที่กำหนดให้รับนักเรียนในเขตพื้นที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๐ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและไม่กระทบต่อสิทธิของเด็กที่เข้าศึกษา ซึ่งการกำหนดรับนักเรียนโดยอาศัยเกณฑ์ทะเบียนราษฎรเป็นหลักนั้นเป็นการรับรองสิทธิ ไม่เป็นการจำกัดสิทธิจึงไม่มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด ...” (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๙๒๗-๙๒๘/๒๕๕๘) กรณีนี้อาจจัดว่าเป็นการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ “ถิ่นที่อยู่” ทั้งนี้ หากเปรียบเทียบกับนโยบายการจัดการสรรสิทธิเข้าเรียนตามพื้นที่พักอาศัย (Neighborhood Policy) ในสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วนโยบายนี้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ศาลนำไปจัดต่าง ๆ มาประกอบการพิจารณา เช่น “ผลที่ทำให้เกิดการแบ่งแยกนักเรียนด้วยเหตุเชื้อชาติ ศาสนา” “เจตนาในการแบ่งแยก (Segregative Intent)” ซึ่งอาจจำแนกวิเคราะห์ได้สองกรณี คือ

³⁹⁸ จตุรงค์ บุญยรัตนสุพรรณ, รายงานฉบับสมบูรณ์ นโยบายการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนชายแดนไทย-พม่า: กรณีผู้อพยพจากภัยสงคราม (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ๒๕๕๕).

³⁹⁹ ชนิดา รักษ์พลเมือง, สิทธิและเสรีภาพทางการศึกษา: พื้นฐานการศึกษาทางสังคมและกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๗), หน้า ๘๙.

กรณีแรก หากมาตรการหรือนโยบายดังกล่าว ส่งผลให้เกิดการแบ่งแยก หรือแสดงว่ามีเจตนาแบ่งแยก ก็จะเป็นการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ โดยนัยนี้จะเห็นได้ว่าศาลพิจารณาความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ (Substantive Equality) และในการพิจารณาถึง “ผล” (Effect) นั้นก็สอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

กรณีที่สอง หากมาตรการหรือนโยบายดังกล่าวไม่มีเจตนาหรือผลในการแบ่งแยก แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดความไม่ความสมดุลระหว่างเชื้อชาติ สีผิว (Racial Imbalance) ก็ไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน โดยนัยนี้ จะเห็นได้ว่า มาตรการหรือนโยบายดังกล่าวมีลักษณะเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) นั่นเอง

นอกจากเหตุในค่าน “ถิ่นที่อยู่” ดังกล่าวแล้ว สำหรับประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติการศึกษาด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ โดยเฉพาะ เชื้อชาติ สัญชาติ นั้นพบว่า กฎหมายไทยที่เป็นอยู่ได้วางหลักเกณฑ์การคุ้มครองความเสมอภาคไว้ครอบคลุมแล้ว

สำหรับกรณีการแบ่งแยกบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ ในมิติการศึกษานั้น เมื่อเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกา แล้วพบว่า ในประเทศไทยก็มีสถานศึกษาของรัฐที่รับบุคคลเฉพาะเพศ (Gender Segregated School) อยู่เป็นจำนวนมาก ทั้งโรงเรียนชายล้วน และโรงเรียนหญิงล้วน ซึ่งยังไม่ปรากฏคำร้องหรือคดีในประเทศไทยที่ตัดสินประเด็นว่า โรงเรียนชายล้วนหรือหญิงล้วนนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันหรือไม่ หากพิจารณาจากหลักการตามกฎหมายเฉพาะที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การแบ่งแยกบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศในมิติการศึกษาโดยหลักแล้วจะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ นอกจากนี้ หากเปรียบเทียบกับกรณีในสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า แม้ภาครัฐจะจัดให้มีโรงเรียนอื่น ๆ นอกจากโรงเรียนเฉพาะเพศนั้น แต่เมื่อพิจารณาถึงผล (Effect) แล้วยังอาจเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณาต่อไปว่าการจำแนกโรงเรียนตามเพศนั้นมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ ซึ่งกฎหมายไทยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวพิจารณาไว้อย่างชัดเจน แต่อาจนำหลักเกณฑ์และปัจจัยพิจารณาที่ศาลสหรัฐอเมริกาวางไว้มาประกอบเป็นแนวทางพิจารณาได้ กล่าวคือ ศาลสหรัฐอเมริกาพิจารณาว่าการแบ่งแยกนักเรียนตามเพศหรือโรงเรียนเฉพาะเพศ ภายใต้กรอบของหลัก “เหตุผลชอบด้วยกฎหมาย” (Legitimate Educational Policy) และ “ความสัมพันธ์อย่างมีนัยสำคัญและชอบธรรมระหว่างเป้าหมายและวิธีการ” (Fair and Substantial Relationship between Means and Ends) ซึ่งอาจจำแนกได้สองกรณี

กรณีแรก การรับนักเรียนแบ่งแยกตามเพศของโรงเรียนเฉพาะเพศนั้น แสดงถึงเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมาย โดยมีความสัมพันธ์ระหว่างเป้าหมายและวิธีการ เช่น มีทฤษฎีทางสังคมศาสตร์หรือวิทยาศาสตร์มารองรับถึงเหตุผลในการแบ่งแยกโรงเรียนตามเพศ กรณีนี้การแบ่งแยกโรงเรียนตามเพศจะไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน

กรณีที่สอง การรับนักเรียนแบ่งแยกตามเพศของโรงเรียนเฉพาะเพศนั้น ปราศจากเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างเป้าหมายและวิธีการ กรณีนี้การแบ่งแยกโรงเรียนตามเพศจะขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน

ด้วยเหตุนี้ หากพิจารณาตามกรอบกฎหมายไทยปัจจุบัน ประกอบกับแนวการวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า การแบ่งแยกนักเรียนตามเพศดังที่ปรากฏจากโรงเรียนของรัฐหลายแห่งของไทยนั้น โดยหลักแล้วเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศ แต่ต้องพิจารณาต่อไปว่ามีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ อย่างไร

นอกจากการเลือกปฏิบัติในมิติการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการจำแนกกลุ่มบุคคลด้วยเหตุถิ่นที่อยู่ เชื้อชาติ สัญชาติ เพศ แล้วยังอาจมีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ในมิติการศึกษา ดังจะเห็นได้จากการศึกษาคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับมิติด้านการศึกษา เช่น



➤ กรณีผู้ร้องอ้างว่า โรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงการจบหลักสูตรสำหรับนักเรียนที่ยังค้างค่าบำรุงการศึกษา (คำร้องที่ ๒๒๙/๒๕๕๕) กรณีนี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างนักเรียนที่ผ่านเกณฑ์ มีสิทธิจบการศึกษาเหมือนกัน แต่บางคนที่ยังค้างชำระค่าบำรุงไม่ได้รับเอกสารการจบ แต่เหตุ “ค้างชำระค่าบำรุง” ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงว่า การไม่ออกเอกสารจบหลักสูตรให้กับนักเรียนบางคนมีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ไม่ออกเอกสารให้กับนักเรียนบางเชื้อชาติ เช่นนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้

➤ กรณีผู้ร้องร้องว่าถูกทางโรงเรียนเรียกเก็บเงินค่าเทอม คนละ ๒๗,๐๐๐ บาท หากไม่จ่ายทางโรงเรียนให้ลาออก หรือจะคัดชื่อออกจากโรงเรียน ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าไม่เป็นไปตามกฎหมายที่มีสิทธิเรียนฟรี ๑๒ ปี คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า กรณีนี้เป็นโรงเรียนทางเลือกที่มีการสอนตามหลักสูตรบูรณาการ **แตกต่างจากโรงเรียนที่สังกัดภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน** และมีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จึงไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชน (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๐๗๙/๒๕๕๘) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมพิเศษมิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ฯลฯ นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาได้ว่า โรงเรียนดังกล่าวเรียกเก็บค่าธรรมเนียมนั้นกับนักเรียนทุกคนจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่มีประเด็นน่าพิจารณาว่าหากนำหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาพิจารณาถึงผลกระทบ (Effect) แล้วจะมีนักเรียนบางคนที่อยู่ในกลุ่มเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไม่สามารถเข้าเรียนได้หรือไม่

➤ กรณีการกำหนดเงื่อนไขการเข้าศึกษาและกำหนดเงื่อนไขการพ้นสภาพการเป็นนักเรียนด้วยเหตุ “ความประพฤติ” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า **เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก** (รายงานผลการตรวจสอบ ที่ ๘๖๕/๒๕๕๕) กรณีนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาตามกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ซึ่งมีได้กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ จึงเป็นการพิจารณาในกรอบที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

➤ กรณีผู้ร้องอ้างว่าถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าร่วมสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์เนื่องจากขาดเอกสารประกอบการสอบ เช่น ส่งรูปถ่ายไม่ครบตามจำนวนที่กำหนดในประกาศสอบ จะเห็นได้ว่าเมื่อผู้ร้องมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขดังกล่าว การที่ผู้ร้องถูกตัดสิทธิเข้าสอบจึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คำร้องที่ ๖๒๕/๒๕๕๓ และ ๖๓๑-๖๓๕/๒๕๕๓ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๓๕๗-๓๖๒/๒๕๕๘) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การกำหนดเงื่อนไขบางอย่างนั้นไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน กล่าวคือไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงซึ่งแสดงถึงความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับเหตุด้านเชื้อชาติ สีผิว ฯลฯ และมีการใช้บังคับกับทุกคนเหมือนกัน จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ จากการศึกษาคดีของศาลปกครอง พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับมิติด้านการศึกษา เช่น คดีหมายเลขแดงที่ อ ๙๗๒/๒๕๕๖ คดีหมายเลขดำที่ อ ๖๗๓/๒๕๕๒

➤ กรณีผู้ฟ้องคดีสมัครเข้าศึกษาคณะแพทยศาสตร์ไม่ผ่านการสัมภาษณ์ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนถูกเลือกปฏิบัติ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากรรมการทุกคนไม่เคยมีเหตุโกรธเคืองกับผู้ฟ้องคดีมาก่อน จึงไม่มีมูลเหตุจูงใจที่จะกลั่นแกล้งไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา สำหรับหลักเกณฑ์การประเมินผลการสอบสัมภาษณ์นั้น ปรากฏตามเอกสารการสัมภาษณ์ว่า **มีการกำหนดลักษณะที่ไม่พึงประสงค์ เช่น “Overt Homosexuality” การแต่งตัว กิริยามารยาทไม่เหมาะสม การควบคุมอารมณ์ไม่เหมาะสม ความไม่รับผิดชอบ ขาดมนุษยสัมพันธ์ ขาดความรู้** อย่างไรก็ตาม จากข้อเท็จจริงในการพิจารณา ศาลปกครองรับฟังได้ว่า **การตอบคำถามตลอดจนกิริยาอาการของผู้ฟ้องคดีในการสอบสัมภาษณ์**

เป็นเหตุให้กรรมการมีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา อีกทั้งคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ก็ไม่ได้พิจารณาไม่รับผู้ฟ้องคดีเพราะเหตุด้านบุคลิกภาพแต่ประการเดียว แต่ยังปรากฏความไม่เหมาะสมด้านอื่นอีกหลายประการที่เป็นเหตุผลในการไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา การพิจารณาของคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์จึงไม่ใช่การกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ คดีนี้จะเห็นได้ว่ามีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น รสนิยมทางเพศ มาเกี่ยวข้องแต่ข้อเท็จจริงไม่สามารถชี้ชัดได้ว่าการปฏิบัติที่ต่างกันนั้นมีความเชื่อมโยงกับเหตุดังกล่าว

คดีของศาลปกครองข้างต้นอาจเปรียบเทียบกับกรณีของผู้ร้องร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เรื่องบุตรสาวถูกปฏิเสธการเข้าศึกษาด้วยเหตุมีปานบนใบหน้า ซึ่งเหตุนี้เกี่ยวข้องกับ “สภาพทางกาย” จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่า การที่บุตรสาวของผู้ร้องไม่ผ่านการสอบคัดเลือคนั้นเป็นผลจากคะแนนสอบ ไม่เกี่ยวข้องกับปานบนใบหน้าแต่อย่างใด (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๙๔/๒๕๕๗)

อาจสรุปได้ว่า กฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกาต่างรับรองหลักความเสมอภาคไว้เช่นเดียวกัน สำหรับในมิติการศึกษานั้น บุคคลย่อมมีสิทธิในการศึกษาโดยปราศจากการแบ่งแยกด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ อย่างไรก็ตาม ศาลสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันต่าง ๆ มาประกอบการพิจารณาโดยนโยบายหรือมาตรการที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันหรือมีการแบ่งแยกบุคคลในมิติการศึกษาดู ซึ่งอาจเปรียบเทียบกับหลักความเสมอภาคเชิงสาระและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ในกรณีของไทยนั้น ประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการจำแนกบุคคลตามเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับ “ถิ่นที่อยู่” จากกรณีศึกษาดังกล่าวข้างต้นนั้นไม่ขัดหลักความเท่าเทียมกันและไม่จัดเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากมีลักษณะเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก สำหรับการจำแนกบุคคลในมิติการศึกษาดูด้วยเหตุแห่งเพศนั้นพบว่า ตามกฎหมายไทยปัจจุบันมีหลักการคุ้มครองครอบคลุมแล้ว แต่ยังมีปัญหาการตีความในบางประเด็น เช่น โรงเรียนที่รับนักเรียนเฉพาะเพศนั้น อยู่บนพื้นฐานของเหตุผลอันสมควรหรือไม่ อย่างไร สำหรับประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติการศึกษาดูด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ โดยเฉพาะ เชื้อชาติ สัญชาติ นั้น กฎหมายไทยที่เป็นอยู่ได้วางหลักเกณฑ์การคุ้มครองความเสมอภาคไว้ครอบคลุมแล้ว นอกจากนี้ ยังพบว่ามีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ในมิติการศึกษาของไทย ซึ่งในหลายกรณีไม่เกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด

๔.๑๓ การเลือกปฏิบัติในกรณีการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ที่เกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติ โดยเริ่มจากชี้ให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างการคุกคามทางเพศกับหลักความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องต่อไป

๔.๑๓.๑ การคุ้มครองผู้ถูกคุกคามทางเพศในกรอบของการห้ามเลือกปฏิบัติ

การคุกคามทางเพศมีความหมายโดยทั่วไป คือ การกลั่นแกล้งรังแก หรือการบีบบังคับที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศ รวมถึงการให้สัญญาหรือสิ่งตอบแทนใด ๆ เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับการปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่อง



ทางเพศ⁴⁰⁰ การคุกคามทางเพศอาจเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับการทำงานหรือเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมของสังคมทั่วไป ประเด็นแรกที่มีความสำคัญอันควรชี้ให้เห็นก่อนก็คือ ความสัมพันธ์ระหว่างการคุกคามทางเพศกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ในระดับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ พบว่า การคุกคามมีความสัมพันธ์กับ “ความรุนแรง” และ “ความรุนแรง” จัดเป็นส่วนหนึ่งของ “การเลือกปฏิบัติ” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความรุนแรงทางเพศซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การเลือกปฏิบัติต่อเพศหญิง ดังจะเห็นได้จาก อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW) ข้อ ๑. มีหลักว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี” จะหมายถึงการแบ่งแยกการกีดกันหรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลาย หรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับการได้อุปโภค หรือการใช้สิทธิโดยสตรีโดยไม่เลือกสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมือง หรือด้านอื่น ๆ”

ในการตีความอนุสัญญานี้ ปรากฏว่าข้อเสนอแนะทั่วไปที่ ๑๙ ของคณะกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (CEDAW General Recommendation No. 19) ให้ความเห็นต่อมาตรา ๑ ของอนุสัญญา CEDAW ที่นิยามการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ว่า “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี รวมถึงความรุนแรงบนพื้นฐานของเพศสภาพ ได้แก่ ความรุนแรงที่กระทำต่อสตรีเพราะเธอเป็นผู้หญิง หรือมีผลกระทบต่อสตรีอย่างรุนแรงเป็นพิเศษ ซึ่งรวมถึงการทำร้ายหรือทำให้เจ็บปวดในทางร่างกาย จิตใจหรือทางเพศ การข่มขู่ว่าจะทำร้าย การบังคับ และการลิดรอนเสรีภาพอื่น ๆ ความรุนแรงบนพื้นฐานของเพศสภาพอาจเป็นการละเมิดบทบัญญัติเฉพาะต่าง ๆ ของอนุสัญญา ไม่ว่าบทบัญญัตินั้น ๆ จะกล่าวถึงความรุนแรงไว้อย่างชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม” ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความหมายของการเลือกปฏิบัติรวมถึง “ความรุนแรงบนพื้นฐานของเพศสภาพ (Gender-based violence)”⁴⁰¹

นอกจากข้อเสนอแนะทั่วไปเกี่ยวกับนิยามของการเลือกปฏิบัติต่อสตรีแล้ว ในส่วนของหลักความเท่าเทียมกันในการทำงาน (Equality in Employment) ตามอนุสัญญาฯ ข้อ ๑๑ นั้น ข้อเสนอแนะทั่วไปดังกล่าวยังได้กล่าวถึงการคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะว่า “ความเท่าเทียมกันในการทำงานอาจถูกล่วงละเมิดอย่างร้ายแรงเมื่อสตรีต้องตกอยู่ภายใต้ความรุนแรงบนพื้นฐานของเพศสภาพ เช่น การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน (Sexual Harassment in the Workplace)”

ข้อเสนอแนะทั่วไปดังกล่าว ยังได้อธิบายความหมายของการคุกคามทางเพศไว้ด้วยว่า

“หมายรวมถึงพฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ เช่น การติดต่อทางกายภาพ การสื่อสารเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ การแสดงสีลามก และการเรียกร้องทางเพศ ไม่ว่าโดยวาจาหรือการกระทำ การกระทำ

⁴⁰⁰ From Academic and Workplace Sexual Harassment (p 2-5) by Michele Antoinette Paludi and Richard Barickman, 1991, SUNY Press

⁴⁰¹ CEDAW General Recommendation No. 19, “The Convention in article 1 defines discrimination against women. The definition of discrimination includes **gender-based violence**, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty. Gender-based violence may breach specific provisions of the Convention, regardless of whether those provisions expressly mention violence”

เช่นนั้นทำให้เกิดการดูหมิ่นเหยียดหยามและอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพและความปลอดภัย การกระทำดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติเมื่อสตรีมีเหตุอันควรเชื่อว่าการปฏิเสธหรือคัดค้านต่อการกระทำเหล่านั้นจะส่งผลให้เกิดการเสียเปรียบที่เกี่ยวกับการทำงาน รวมทั้งการสรรหาพนักงาน และความก้าวหน้าในการทำงาน หรือเป็นกรณีที่มีการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดบรรยากาศสภาพแวดล้อมการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม (Hostile Working Environment)⁴⁰²

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. ๑๙๙๓ สหประชาชาติได้ให้การรับรอง ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรี (Declaration on the Elimination of Violence against Women) เพื่อการส่งเสริมความร่วมมือระดับภูมิภาคในการขจัดความรุนแรงในทุกรูปแบบต่อสตรีในปฏิญญานี้ “ความรุนแรงต่อสตรี” หมายรวมถึง⁴⁰³

“- ความรุนแรงทางกายภาพ ทางเพศ และทางจิตใจ ที่เกิดขึ้นในครอบครัวรวมทั้งการทุบตี การล่วงละเมิดต่อเด็กหญิงในครอบครัว.... ความรุนแรงที่ไม่ได้เกิดจากคู่สมรส และความรุนแรงที่เกี่ยวข้องกับการหาประโยชน์จากสตรี

- ความรุนแรงทางกายภาพ ทางเพศ และทางจิตใจ ที่เกิดขึ้นในชุมชนทั่วไป รวมถึง การข่มขืน การทารุณกรรมทางเพศ การคุกคามทางเพศการรบกวนทางเพศในสถานที่ทำงาน (Sexual Harassment and Intimidation at Work) ในสถาบันการศึกษาและสถานที่ต่าง ๆ....”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในบริบทของสิทธิมนุษยชนนั้น การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) นอกจากนี้ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อเพศหญิงยังจัดอยู่ในความหมายของ “การกระทำรุนแรงทางเพศ” (Sexual Violence Against Women) ซึ่งตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จัดเป็นส่วนหนึ่งของ “การเลือกปฏิบัติ” ด้วยเหตุแห่งเพศ อันทำให้ผู้ถูกปฏิบัติได้รับความพึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การคุกคามทางเพศในมิติที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน ดังจะได้จำแนกอธิบายในหัวข้อต่อไป

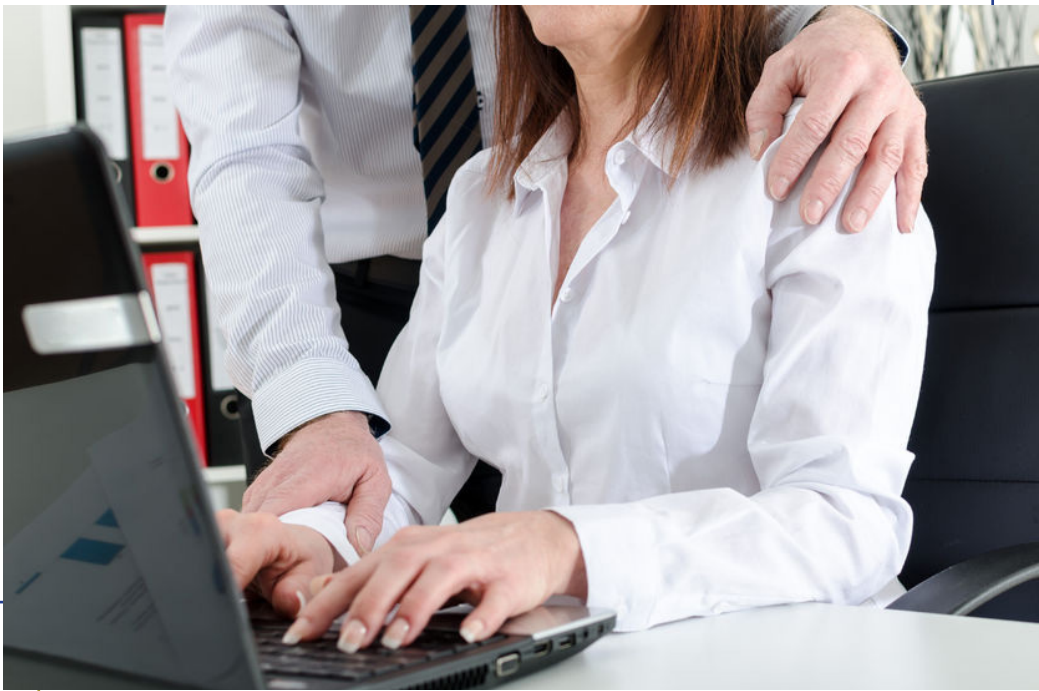
⁴⁰² CEDAW General Recommendation No.19, “Equality in employment can be seriously impaired when women are subjected to gender-specific violence, such as sexual harassment in the workplace.

Sexual harassment includes such unwelcome sexually determined behavior as physical contact and advances, sexually coloured remarks, showing pornography and sexual demands, whether by words or actions. Such conduct can be humiliating and may constitute a health and safety problem; it is discriminatory when the woman has reasonable ground to believe that her objection would disadvantage her in connection with her employment, including recruitment or promotion, or when it creates a hostile working environment”

⁴⁰³ Declaration on the Elimination of Violence against Women, Article 2

Violence against women shall be understood to encompass, but not be limited to, the following:

(a) Physical, sexual and psychological violence occurring in the family, including battering, sexual abuse of female children in the household, dowry-related violence, marital rape, female genital mutilation and other traditional practices harmful to women, non-spousal violence and violence related to exploitation; (b) Physical, sexual and psychological violence occurring within the general community, including rape, sexual abuse, sexual harassment and intimidation at work, in educational institutions and elsewhere, trafficking in women and forced prostitution; (c) Physical, sexual and psychological violence perpetrated or condoned by the State, wherever it occurs.



๔.๑๓.๒ การคุกคามทางเพศกับการเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงาน

การคุกคามทางเพศซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศนั้นอาจจำแนกเป็นสองมิติ คือ การคุกคามทางเพศในสภาพแวดล้อมการทำงาน และการคุกคามทางเพศในสภาพแวดล้อมทั่วไปของสังคม

ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา⁴⁰⁴ พบว่า คณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) จำแนกการคุกคามทางเพศออกเป็นสองกรณี คือ⁴⁰⁴

- การคุกคามทางเพศในเชิงแลกเปลี่ยน (Quid pro quo) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อผลประโยชน์ใด ๆ เกี่ยวกับการจ้างงานถูกนำมาผูกโยงกับการเรียกร้องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศ

- การสร้างบรรยากาศสภาพแวดล้อมการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม (Hostile Working environment) สภาพแวดล้อมนี้เกิดขึ้นเมื่อลูกจ้างจำเป็นต้องอยู่ภายใต้คำกล่าว กิริยาท่าทาง การปฏิบัติที่มีลักษณะทางเพศโดยไม่พึงประสงค์ รวมทั้งการกระทำทางกายภาพ

สำหรับรายละเอียดของสองกรณีนี้จะได้ชี้ให้เห็นในหัวข้อต่อไป ในขั้นนี้จะเห็นได้ว่า การจำแนกลักษณะของการคุกคามที่เกี่ยวกับมิติการทำงานดังกล่าวนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับความหมายของข้อเสนอแนะทั่วไปที่ ๑๙ ของคณะกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (CEDAW General Recommendation No. 19) ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งเน้นย้ำความสำคัญของการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานอันถือเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

ด้วยเหตุนี้ ในมิติของการทำงานนั้น การคุกคามทางเพศ เป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนถึงการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รวมทั้งเป็นการกระทบถึงความเท่าเทียมกัน (Equality) ศักดิ์ศรีของมนุษย์⁴⁰⁵ การคุกคามทางเพศส่งผลต่อสภาพจิตใจและความรู้สึกของลูกจ้าง เช่น ความรู้สึก โกรธ ขุ่นเคืองใจ หวาดกลัว ความเครียด

⁴⁰⁴ From Sexual Harassment, U.S. Equal Employment Opportunity Commission. Retrieved from https://www.eeoc.gov/laws/types/sexual_harassment.html

⁴⁰⁵ International Labour Organization, India must have zero tolerance for workplace sexual harassment Retrieved from http://www.ilo.org/asia/info/public/WCMS_220527/lang-en/index.html

ความกังวล กัดดัน อันนำไปสู่ผลกระทบต่อขวัญและกำลังใจตลอดจนประสิทธิภาพในการทำงาน อาจส่งผลให้เกิดการลาป่วยและการขาดงาน ลูกจ้างที่เป็นหญิงซึ่งถูกคุกคามอาจเลือกวิธีการลาออกจากงานไปแทนที่จะต่อสู้เพื่อรักษาสิทธิของตนที่ถูกล่วงละเมิดจากการคุกคาม นอกจากนี้ ดังที่กล่าวมาแล้วในกรณีกฎหมายสหรัฐอเมริกาว่า การคุกคามทางเพศในสภาพแวดล้อมการทำงานอาจจำแนกได้ ๒ ประเภท จะเห็นได้ว่า การคุกคามในลักษณะของการบังคับทางเพศ (Sexual Coercion) ซึ่งเป็นการที่นายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาเสนอผลตอบแทนเกี่ยวกับการทำงานอันเป็นประโยชน์และความอยู่รอดทางเศรษฐกิจเพื่อแลกกับการปฏิบัติทางเพศเป็นพิเศษ (exchange sexual favours for economic survival) ทำให้ส่งผลเป็นการลดคุณค่าในความเป็นมนุษย์ของลูกจ้างผู้นั้น โดยอาจมองว่าเป็นบุคคลอีกคนหนึ่งหนึ่งของสังคมการทำงาน จากมุมมองนี้ทำให้สามารถพิจารณาการคุกคามทางเพศในที่ทำงานว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ดังจะเห็นได้จากข้อเสนอแนะทั่วไปที่ ๑๙ ของคณะกรรมการการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (CEDAW General Recommendation No. 19) ที่ได้กล่าวข้างต้น ตามกฎหมายไทยนั้น การคุ้มครองผู้ถูกคุกคามทางเพศในมิติการจ้างแรงงานตามกรอบหลักการไม่เลือกปฏิบัติในกฎหมายสิทธิมนุษยชนดังที่กล่าวมา ปรากฏให้เห็นในกฎหมายคุ้มครองแรงงานดังจะได้วิเคราะห์ต่อไป

๔.๑๓.๓ มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

๔.๑๓.๓.๑ กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (The Civil Rights Act) ในส่วนของ บทที่ ๘ (Title VIII) ได้วางหลักห้ามการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานอันถือเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful employment practices) ในส่วนของการปฏิบัติของนายจ้างมีหลักว่า⁴⁰⁶

การปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานที่มิชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่

- ☞ การปฏิเสธการจ้างหรือการเลิกจ้างบุคคลใดหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดในกรณีของค่าชดเชย เงื่อนไขการทำงาน สภาพการจ้าง สิทธิพิเศษในการจ้างงาน ด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิดของบุคคลดังกล่าว
- ☞ การจำกัด การแบ่งแยก การจำแนก ลูกจ้างหรือผู้สมัคร (Employee or applicant) ด้วยวิธีใด ๆ อันเป็นการพรากไปซึ่งโอกาสของบุคคลนั้นในการทำงานหรือส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อสถานะของบุคคลนั้นในฐานะลูกจ้าง ด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิดของบุคคลดังกล่าว

คณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission, EEOC) ซึ่งเป็นองค์กระตบรัฐบาลกลางที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายสิทธิพลเมือง ในกรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการทำงานได้กำหนดแนวปฏิบัติ (Guidelines) ในการนิยามความหมายและบังคับใช้กฎหมายสิทธิพลเมืองในส่วนที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงานสรุปได้ว่า⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ SEC. 2000e-2. [Section 703], the Civil Rights Act

⁴⁰⁷ International Labour Organization Loc. cit.



“การเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องทางเพศโดยไม่พึงประสงค์ หรือการกระทำด้วยวาจาหรือทางกายภาพซึ่งมีลักษณะเกี่ยวกับเพศ เมื่อการกระทำดังกล่าวเกี่ยวข้องกับ

กรณีที่ ๑ การตกลงยอมรับการกระทำเช่นนั้นทำขึ้นโดยขัดแย้งหรือปรายในเงื่อนไขข้อกำหนดของการจ้างงาน

กรณีที่ ๒ การตกลงยอมรับหรือการปฏิเสธการกระทำดังกล่าว ถูกใช้เป็นพื้นฐานของการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานซึ่งส่งผลกระทบต่อบุคคลนั้น

กรณีที่ ๓ การกระทำเช่นนั้นมิได้ถูกระบุว่าประสงคหรือผลกระทบในการขัดขวางการทำงานของผู้ถูกกระทำอย่างไม่สมเหตุสมผลหรือเป็นการสร้างสภาพแวดล้อมหรือบรรยากาศในการทำงานอันมีลักษณะรบกวนเป็นปฏิปักษ์ หรือคุกคาม (Hostile Working Environment)”

จะเห็นได้ว่า สำหรับกรณีที่ ๑ และ ๒ อาจเรียกว่า การคุกคามทางเพศในเชิงแลกเปลี่ยน (Quid pro quo) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อผลประโยชน์ใด ๆ เกี่ยวกับการจ้างงานถูกนำมาผูกโยงกับการเรียกร้องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศ การคุกคามในลักษณะนี้เกิดขึ้นได้ทั้งกรณีที่ลูกจ้างปฏิเสธและได้รับผลร้ายหรือไม่ได้รับโอกาสอันเกี่ยวกับการทำงาน รวมทั้งในกรณีที่ลูกจ้างตกลงยินยอมเพื่อหลีกเลี่ยงผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากปฏิเสธ กรณีที่ ๓ อาจเรียกว่า การสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม สภาพแวดล้อมนี้เกิดขึ้นเมื่อลูกจ้างจำเป็นต้องอยู่ภายใต้คำกล่าว กิริยาท่าทาง การปฏิบัติที่มีลักษณะทางเพศโดยไม่พึงประสงค์ รวมทั้งการกระทำทางกายภาพ อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งยังไม่อาจสรุปได้ว่าเป็นกรณีสภาพแวดล้อมในการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม เนื่องจากอาจต้องพิจารณาในภาพรวมซึ่งประกอบด้วยพฤติกรรมหลายพฤติกรรม ดังนั้น ในการพิจารณาว่ามีสภาพแวดล้อมดังกล่าวหรือไม่ EEOC จะนำปัจจัยต่าง ๆ มาประกอบการพิจารณา โดยเฉพาะ ปัจจัยด้าน “ความรุนแรง” (Serious) และ “ความถี่” (Frequent) ของพฤติกรรมที่อ้างว่ามีส่วนก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมดังกล่าว อย่างไรก็ตามในบางสถานการณ์นั้น การคุกคามทั้งสองกรณีอาจทับซ้อนกันได้ เช่น ภายใต้สภาพแวดล้อมการทำงานที่มีลักษณะคุกคามนั้น หัวหน้างานอาจเรียกร้องให้ลูกจ้างปฏิบัติต่อตนในลักษณะที่พึงพอใจเป็นพิเศษเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ ซึ่งเมื่อลูกจ้างปฏิเสธจะมีผลต่อความก้าวหน้าในงานหรือถูกเลิกจ้าง⁴⁰⁸

๔.๑๓.๓.๒ กฎหมายอินเดีย

การคุกคามทางเพศต่อผู้หญิง เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้หญิงในความเท่าเทียมกัน ซึ่งสิทธินี้ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา ๑๔⁴⁰⁹ และ ๑๕ รวมทั้งละเมิดต่อสิทธิในชีวิตและการใช้ชีวิตด้วยความมีศักดิ์ศรีตามมาตรา ๒๑

⁴⁰⁸ Section 704 (a) of Title VII

⁴⁰⁹ Article 14 Equality before the law: “The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India”, Article 15. Prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth (1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them. (2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to- (a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or (b) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public. (3) Nothing in this article shall prevent the State from making any special provision for women and children.

การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) คือ การกลั่นแกล้งรังแก หรือการบังคับที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศ หรือการกระทำอันไม่พึงประสงค์ หรือการให้คำมั่นสัญญาที่ไม่เหมาะสมเพื่อแลกเปลี่ยนกับการตอบแทนในเรื่องทางเพศ

องค์ประกอบสำคัญของการคุกคามทางเพศ คือ ลักษณะที่ไม่พึงประสงค์หรือไม่เป็นที่ต้องการของผู้ถูกรังแก (Unwelcome or Unwanted) ซึ่งมุ่งเน้นพิจารณาผลกระทบที่เกิดกับผู้ถูกรังแกมากกว่ามุ่งเน้นที่เจตนาของตัวผู้กระทำ

ในปี ค.ศ. ๑๙๙๗ ศาลสูงสุดของอินเดียได้วางแนวทางวินิจฉัยการคุกคามทางเพศโดยกำหนดองค์ประกอบที่สำคัญของความผิดฐานคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ดังนี้⁴¹⁰

“การติดต่อทางกายภาพ การเข้าหาเกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างชัดเจนและไม่เป็นที่พึงประสงค์ หรือ

การเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ หรือ

การเลียดสีใด ๆ เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ หรือ

การแสดงสื่อลามกโดยการบังคับ หรือ

การกระทำใด ๆ ทางกายภาพ วาจา มิใช่วาจา เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ”

ต่อมา ในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศโดยตรง ได้มีผลใช้บังคับ กล่าวคือ

๑. กฎหมายคุ้มครองและป้องกันการคุกคามทางเพศต่อผู้หญิงในสถานที่ทำงาน (Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal Act, 2013)

กฎหมายนี้กำหนดหลักสำคัญเกี่ยวกับการป้องกันและคุ้มครองการคุกคามทางเพศ ได้แก่⁴¹¹

กำหนดนิยามของการคุกคามทางเพศ ว่าหมายถึงการกระทำดังต่อไปนี้⁴¹²

“การติดต่อทางกายภาพ การเข้าหาเกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างชัดเจนและไม่เป็นที่พึงประสงค์ หรือ

การเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ หรือ

การเลียดสีใด ๆ เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ หรือ

การแสดงสื่อลามกโดยการบังคับ หรือ

การกระทำใด ๆ ทางกายภาพ วาจา มิใช่วาจา เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ”

⁴¹⁰ From “Vishaka v. State of Rajasthan and Ors. AIR 1997” SC 3011

⁴¹¹ From The Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal) Act, 2013 The Gazette of India”. Press Information Bureau. Retrieved from http://www.ilo.org/asia/info/public/WCMS_220527/lang-en/index.html

⁴¹² มาตรา 2 (n)



ต่าง ๆ ได้แก่⁴¹³

กฎหมายนี้ได้วางหลักทั่วไปห้ามการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน ซึ่งครอบคลุมพฤติกรรม

- การปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษเกี่ยวกับการจ้างงานของลูกจ้างไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยาย
- การปฏิบัติอย่างด้อยกว่าหรือคุกคามเกี่ยวกับการจ้างงานของลูกจ้างไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยาย
- แทรกแซงการทำงาน หรือสร้างบรรยากาศการทำงานที่มีลักษณะคุกคามหรือข่มขู่ลูกจ้างหญิงนั้น
- ปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงนั้นในลักษณะให้ได้รับความอับอาย อันอาจกระทบต่อสุขภาพหรือความปลอดภัยของลูกจ้างหญิงนั้น

จะเห็นได้ว่า คำนิยามและพฤติกรรมที่ต้องห้ามนั้นมีขอบเขตที่กว้าง ครอบคลุมการคุกคามที่มีลักษณะของการแลกเปลี่ยน (Quid Pro Quo Harassment) และสภาพแวดล้อมการทำงานที่มีลักษณะคุกคาม (Hostile Work Environment)

สำหรับขอบเขตของผู้ได้รับการคุ้มครอง คือ ผู้หญิงซึ่งเป็นลูกจ้าง โดยมีครอบคลุมการคุกคามที่เกิดในที่ทำงาน (Workplace) โดยนิยามคำว่าที่ทำงานไว้กว้าง ไม่ว่าในกิจการลักษณะใด รวมทั้งลูกจ้างที่ทำงานในบ้าน และครอบคลุมถึงสถานที่ซึ่งลูกจ้างได้รับคำสั่งให้ไปติดต่อ การเดินทางที่เกี่ยวกับการทำงาน (มาตรา 2 (O))

กฎหมายกำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีคณะกรรมการพิจารณาข้อร้องเรียนภายในองค์กร (Internal Complaints Committee) เพื่อพิจารณาสอบสวนกรณีมีคำร้องเรียนเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการสืบสวนข้อเท็จจริง พยายามไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หากนายจ้างไม่จัดให้มีคณะกรรมการและกระบวนการพิจารณาคำร้องดังกล่าว จะมีความผิดตามกฎหมายนี้ โดยผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อกรรมกรดังกล่าวคือ “หญิงผู้เศร้าสร้อย” (Aggrieved Women)⁴¹⁴ ซึ่งเป็นผู้ถูกคุกคาม (มาตรา ๙)

แม้ว่ากฎหมายนี้มีหลักการกำหนดให้นายจ้างตั้งคณะกรรมการพิจารณาข้อร้องเรียนภายในองค์กร จากการสำรวจของภาคเอกชนในปี ค.ศ. ๒๐๑๕ พบว่าเมื่อนายจ้างถึงร้อยละ ๓๖ ที่ไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายดังกล่าว⁴¹⁵

๒. ประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐานคุกคามทางเพศที่แก้ไขใหม่ มาตรา 354 A

กฎหมายดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากแนวคำตัดสินของศาลในปี ค.ศ. ๑๙๙๗ เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยมีหลักการสำคัญในมาตรา 354 A ดังนี้

“ชายผู้ซึ่งกระทำการต่อไปนี้มีความผิดฐานคุกคามทางเพศ

- (ก) การติดต่อทางกายภาพ การเข้าหาเกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างชัดแจ้งและไม่เป็นที่พึงประสงค์ หรือ

⁴¹³ มาตรา ๓

⁴¹⁴ ตามมาตรา 2 (a) นิยามความหมายของหญิงผู้เศร้าสร้อย ครอบคลุมทั้งหญิงที่ถูกจ้างแรงงานในสถานประกอบการและผู้ที่ทำงานในบ้านด้วย

⁴¹⁵ มาตรา 2 (n) แหล่งเดิม

(ข) การเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ หรือ

(ค) การแสดงสิ่งลามกโดยขัดต่อความประสงค์ของผู้หญิง หรือ

(ง) การเสียดสีใด ๆ เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ

การกระทำความผิดตาม (ก) หรือ (ข) หรือ (ค) มีโทษจำคุกไม่เกิน ๓ ปีหรือปรับ หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำความผิดตาม (ง) มีโทษจำคุกไม่เกิน ๑ ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ”

หมายเหตุ: ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า เฉพาะผู้ชาย จึงมีความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อหญิง ดังนั้น กรณีหญิงทำการคุกคามทางเพศต่อชาย หรือหญิงคุกคามทางเพศต่อหญิงด้วยตนเอง ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอินเดีย

๔.๑๓.๓.๓ กฎหมายประเทศมาเลเซีย

สำหรับวิธีการป้องกันและแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศในที่ทำงานของมาเลเซียนั้น อยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่า ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในบริบทความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง ลูกจ้าง หรือระหว่างลูกจ้างด้วยกัน ซึ่งจัดเป็นพฤติกรรมภายในองค์กร ดังนั้น จึงมีแนวคิดและข้อเสนอให้มีมาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวในระดับองค์กร (At the enterprise level) ดังนั้น ในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ กระทรวงทรัพยากรมนุษย์ของมาเลเซีย (Ministry of Human Resource) จึงได้จัดทำ “ประมวลแนวปฏิบัติในการป้องกันและขจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน” (Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace) โดยมีหลักการกำหนดนิยามและวางแนวทางปฏิบัติเพื่อขจัดปัญหาการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน ประมวลแนวปฏิบัตินี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นแนวทางสำหรับนายจ้างในการป้องกัน แก้ไข และกำหนดกลไกการเยียวยาสำหรับปัญหาการคุกคามทางเพศ โดยมุ่งเน้นการป้องกันมิให้เกิดการคุกคามทางเพศเกิดขึ้น แต่หากเกิดขึ้นแล้วก็จะมีการกลไกและกระบวนการในการรับมือแก้ไขเยียวยา รวมทั้งป้องกันมิให้เกิดปัญหานั้นซ้ำอีก อย่างไรก็ตาม ประมวลแนวปฏิบัตินี้เป็นเพียงแนวทางที่ภาครัฐกำหนดขึ้น (Guidelines) โดยไม่มีผลทางกฎหมาย รัฐบาลมาเลเซียมุ่งหวังให้นายจ้างนำเอาหลักการของประมวลแนวปฏิบัตินี้ไปกำหนดไว้ในข้อบังคับการทำงานของแต่ละองค์กร เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน

ต่อมา ในปี ค.ศ. ๒๐๑๒ ประเทศมาเลเซียไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ (Sexual harassment) โดยเฉพาะ ดังนั้น

หลักการสำคัญของ “ประมวลแนวปฏิบัติในการป้องกันและขจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน”

ประมวลแนวปฏิบัติในการป้องกันและขจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน (Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace)⁴¹⁶

นิยามความหมายของการคุกคามทางเพศ

ข้อ ๔ ของประมวลแนวปฏิบัติฯ ได้นิยามความหมายของการคุกคามทางเพศ ไว้ดังนี้

⁴¹⁶ From Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace, 1999 Ministry of Human Resources



“การกระทำใด ๆ อันมีลักษณะทางเพศใด ๆ และไม่ใช่ที่พึงประสงค์ ซึ่งส่งผลกระทบโดยคำพูดหรือไม่ใช้คำพูด (Verbal or non-verbal) หรือการกระทำที่ส่งผลกระทบทางกายภาพหรือทางจิตใจ (Psychological or physical harassment) โดยการกระทำดังกล่าว

- ก. ผู้ถูกรับรู้โดยมีเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำนั้นส่งผลเป็นการวางเงื่อนไขในการจ้างงานของตน
- ข. ผู้ถูกรับรู้โดยมีเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำนั้นเป็นการคุกคามต่อสภาพชีวิตความเป็นอยู่ของตน แต่ไม่มีความเชื่อมโยงโดยตรงกับการทำงาน”

การจำแนกประเภทของการคุกคามทางเพศ

แนวปฏิบัติข้อ ๕ ยังได้อธิบายขยายความจากคำนิยามข้างต้น โดยการคุกคามทางเพศอาจจำแนกเป็น ๒ ประเภท กล่าวคือ

การบังคับทางเพศ (Sexual coercion) เป็นการคุกคามทางเพศซึ่งมีผลโดยตรงกับการทำงานของผู้ถูกรับรู้ ตัวอย่างเช่น ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจในการกำหนดเงินเดือนและการเลื่อนตำแหน่ง พยายามใช้วิธีการใด ๆ เพื่อบีบบังคับให้ผู้ใต้บังคับบัญชายอมให้การปฏิบัติทางเพศเป็นพิเศษกับตน (Sexual favour) หากผู้ใต้บังคับบัญชายอมตามก็จะได้รับผลตอบแทนเกี่ยวกับการทำงาน แต่หากปฏิเสธก็จะไม่ได้รับผลประโยชน์หรือความก้าวหน้าในการทำงาน

การก่อการรบกวนทางเพศ (Sexual annoyance) ซึ่งมีลักษณะก้าวร้าวและสร้างความเดือดร้อนรำคาญ (offensive, intimidating) โดยการกระทำดังกล่าวไม่มีความเชื่อมโยงโดยตรงกับผลประโยชน์เกี่ยวกับการทำงาน แต่ก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมในการทำงานที่ผู้ถูกรับรู้จำเป็นต้องทนเพื่อทำงานต่อไป การคุกคามประเภทนี้อาจเกิดขึ้นระหว่างพนักงานด้วยกันเอง รวมทั้งการคุกคามที่เกิดระหว่างลูกจ้างกับพนักงานด้วย

แนวปฏิบัติข้อ ๖ กำหนดว่า การคุกคามทางเพศในที่ทำงานครอบคลุมถึงการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับการทำงานอื่นนอกสถานที่ทำงาน โดยเป็นผลมาจากความรับผิดชอบของการทำงาน (as a result of employment responsibility) หรือความสัมพันธ์ในการจ้างแรงงาน ตัวอย่างเช่น

การคุกคามที่เกิดขึ้นในกิจกรรมทางสังคมที่เกี่ยวกับงาน การคุกคามที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับงานที่ได้รับมอบหมายนอกสถานที่ทำงาน การคุกคามที่เกิดขึ้นในการประชุมหรืออบรม การคุกคามที่เกิดขึ้นระหว่างการเดินทางที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน การคุกคามที่เกิดขึ้นทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น อีเมล โทรศัพท์เคลื่อนที่

แนวปฏิบัติ ข้อ ๗ วางหลักว่า การคุกคามทางเพศนั้นเป็นกรณีที่ไมพึงประสงค์และไม่เป็นที่ยอมรับ (unwanted and unwelcome) ของผู้ถูกรับรู้

รูปแบบของการคุกคามทางเพศ (Forms of sexual harassment)

แนวปฏิบัติ ข้อ ๘ ได้จำแนกรูปแบบของการคุกคามทางเพศไว้ ๕ รูปแบบ ได้แก่

๑. การคุกคามทางวาจา (Verbal harassment) เช่น การกล่าวความเห็น เรื่องตลก ล้อเลียน
๒. การคุกคามที่มิใช่ทางวาจา (Non-verbal / gestural harassment) เช่น การคุกคามโดยกริยาท่าทาง
๓. การคุกคามต่อสายตา (Visual harassment) เช่น การใช้ภาพลามก การใช้ภาพถ่ายหรือภาพที่สร้างขึ้นด้วยวิธีต่าง ๆ เพื่อการคุกคาม
๔. การคุกคามทางจิตใจ (Psychological harassment) เช่น การส่งคำเชื้อเชิญอันไม่พึงประสงค์ซ้ำ ๆ
๕. การคุกคามทางกายภาพ (Physical harassment) เช่น การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายในลักษณะต่าง ๆ

กลไกภายในเพื่อการรับมือกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน

ประมวลแนวปฏิบัติข้อ ๙ ได้กำหนดกลไกภายในสำหรับที่ทำงาน (In-house mechanism) เพื่อให้ นายจ้างกำหนดข้อบังคับหรือระเบียบต่อไปในรายละเอียด สำหรับองค์ประกอบสำคัญที่นายจ้างควรพิจารณา นำไปกำหนดไว้มีดังต่อไปนี้

- แนวนโยบายห้ามการคุกคามทางเพศในองค์กร
- คำนิยามของการคุกคามทางเพศที่ชัดเจน
- กระบวนการร้องเรียนสำหรับผู้ถูกคุกคามทางเพศในที่ทำงาน
- กฎระเบียบและมาตรการทางวินัย การลงโทษผู้คุกคาม รวมทั้งผู้อ้างว่าถูกคุกคามทางเพศ อันเป็นเท็จอีกด้วย
- กระบวนการป้องกันและเยียวยาเหยื่อผู้ถูกคุกคาม
- การส่งเสริมการศึกษาและให้ความรู้เกี่ยวกับนโยบายของบริษัทในการป้องกันและแก้ไขการคุกคามทางเพศ เพื่อสร้างความตระหนักรู้เกี่ยวกับปัญหาและผลกระทบของการคุกคามดังกล่าว

สำหรับองค์ประกอบต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นนั้น ประมวลแนวปฏิบัตินี้ยังได้กำหนดรายละเอียดลงไปในแต่ละองค์ประกอบอีกด้วยดังต่อไปนี้

แนวนโยบายห้ามการคุกคามทางเพศในองค์กร (ข้อ ๑๐-๑๒)

แนวนโยบายห้ามการคุกคามทางเพศในองค์กรเป็นเอกสารจากฝ่ายบริหารจัดการไปยังลูกจ้างเพื่อแสดงถึงนโยบายขององค์กรในการป้องกันและจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงานเพื่อเสริมสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานเชิงบวกแก่องค์กร

แนวนโยบายควรมาจากฝ่ายบริหารสูงสุดเพื่อให้มั่นใจถึงการบังคับใช้อย่างทั่วถึงในองค์กร

แนวนโยบายอย่างน้อยที่สุดจะต้องครอบคลุมเนื้อหาดังต่อไปนี้

- การประกาศห้ามการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน
- เตือนว่าการคุกคามทางเพศนั้นเป็นการขัดต่อนโยบายขององค์กรและจะนำไปสู่การดำเนินการลงโทษทางวินัย
- กฎระเบียบที่แสดงว่าผู้บังคับบัญชา ผู้จัดการ มีหน้าที่เชิงบวกในการนำนโยบายไปประยุกต์ใช้

คำนิยามของการคุกคามทางเพศที่ชัดเจน (ข้อ ๑๓ -๑๔)

คำนิยามที่ชัดเจนของการคุกคามทางเพศจะเป็นองค์ประกอบสำคัญของกลไกภายในองค์กร นิยามที่กำหนดรายละเอียดนั้นเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้ฝ่ายบริหารจัดการและลูกจ้างได้ทราบอย่างชัดเจนถึงการกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศ

วัตถุประสงค์หลักของการกำหนดนิยาม คือ การทำให้บุคคลในองค์กรตระหนักถึงการกระทำและทัศนคติ ซึ่งจัดว่าเป็นการไม่พึงประสงค์และคุกคามผู้อื่น โดยพฤติกรรมดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่ห้ามกระทำสำหรับองค์กร

กระบวนการร้องเรียน (ข้อ ๑๕-๑๘)

แม้ว่าแนวทางการป้องกันจะได้มีการกำหนดขึ้นมาเพื่อเป็นการป้องปรามการคุกคามทางเพศแล้ว แต่ปัญหาการคุกคามทางเพศยังอาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่องค์กรจะต้องจัดให้มีกระบวนการร้องเรียนสำหรับผู้ถูกคุกคามทางเพศเมื่อเกิดพฤติกรรมดังกล่าวขึ้น



เนื่องจากลักษณะของข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศที่มีความอ่อนไหวและส่วนบุคคล นายจ้างควรจัดให้มีกระบวนการร้องเรียนเฉพาะสำหรับปัญหานี้แยกต่างหากจากกระบวนการร้องเรียนปัญหาอื่น ๆ ในการทำงาน

กระบวนการร้องเรียนควรจัดให้มีขึ้นซึ่งมาตรการเพื่อคุ้มครองเหยื่อจากพฤติกรรมต่าง ๆ อันไม่พึงประสงค์ของผู้คุกคามอันอาจเกิดขึ้นเนื่องจากการร้องเรียนเช่นนั้น

กระบวนการร้องเรียนนั้นอย่างน้อยที่สุดควรประกอบด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- ขั้นตอนโดยละเอียดแต่ละขั้นตอนสำหรับการรายงานและกระบวนการพิจารณาข้อร้องเรียน
- กระบวนการตรวจสอบข้อเท็จจริง
- กระบวนการอุทธรณ์สำหรับฝ่ายที่ไม่พอใจผลการพิจารณา

กฎระเบียบทางวินัยและการลงโทษ (ข้อ ๑๙-๒๒)

เพื่อให้มั่นใจถึงประสิทธิภาพของนโยบายและกระบวนการป้องกันและจัดการคุกคามทางเพศ จึงมีความจำเป็นในการกำหนดโทษทางวินัยสำหรับผู้ฝ่าฝืน

- กฎระเบียบเกี่ยวกับโทษทางวินัยจะต้องมีการกำหนดโทษสำหรับผู้คุกคามทางเพศ สำหรับรายละเอียดของโทษนั้นควรกำหนดให้สอดคล้องกับความรุนแรงและลักษณะการกระทำ
- กฎระเบียบควรกำหนดโทษทางวินัยสำหรับผู้ทำการร้องเรียนอันเป็นเท็จหรือเป็นการใส่ร้ายผู้อื่น

กระบวนการป้องกันและเยียวยาเหยื่อผู้ถูกคุกคาม (ข้อ ๒๓-๒๖)

เพื่อส่งเสริมให้เหยื่อสามารถรายงานการคุกคามทางเพศ จึงควรมีการกำหนดมาตรการคุ้มครองความลับของการร้องเรียนตั้งแต่เริ่มการร้องเรียนตลอดจนกระบวนการต่าง ๆ ที่ตามมา เพื่อลดความอับอายของผู้ถูกคุกคาม

ในกรณีที่เหยื่อของการคุกคามทางเพศเกิดความสูญเสีย เช่น การไม่ได้รับผลประโยชน์จากการทำงาน หรือความก้าวหน้าในการทำงาน ควรมีกระบวนการในการทำให้เหยื่อได้อยู่ในสถานะหรือตำแหน่งที่เหมาะสมสำหรับเหยื่อที่ควรได้รับการชดใช้เป็นตัวแทนสำหรับความสูญเสียอันเกิดจากการปฏิเสธผลประโยชน์เนื่องจากการทำงานอันเกิดขึ้นจากการคุกคามทางเพศ ควรมีการกำหนดให้เหยื่อนั้นได้รับการชดใช้ความเสียหายดังกล่าวด้วย

ในกรณีที่พบว่าคำร้องเรียนนั้นไม่ถูกต้องชอบธรรม ควรมีการกำหนดมาตรการเยียวยาสำหรับผู้ถูกกล่าวหา

การส่งเสริมการศึกษาและให้ความรู้ (ข้อ ๒๗)

การป้องกันการคุกคามทางเพศเป็นสิ่งสำคัญที่นายจ้างควรพิจารณานำมาใช้ เช่น การป้องกันดังต่อไปนี้ การสื่อสาร การศึกษา การฝึกอบรม

ถ้าเพียงเพียงการพัฒนานโยบายในการทำงานและกระบวนการร้องเรียนดังกล่าวข้างต้นอาจยังไม่เพียงพอ ดังนั้น นายจ้างต้องสื่อสารข้อมูลเกี่ยวกับนโยบายและกลไกดังกล่าวไปยังลูกจ้างทั้งหมดรวมทั้งผู้บังคับบัญชาระดับต่าง ๆ ให้ได้รับความรู้ความเข้าใจในนโยบายและกลไกด้วย

นายจ้างควรจัดให้มีโปรแกรมการฝึกอบรมเพื่อนำไปสู่ความรู้ความเข้าใจในนโยบายเกี่ยวกับการป้องกันและจัดการคุกคามทางเพศ

นายจ้างควรจัดให้มีการอบรมสำหรับระดับผู้บังคับบัญชาและระดับผู้จัดการเพื่อให้ตระหนักถึงปัญหาตลอดจนการป้องกันและแก้ไขการคุกคามทางเพศ

จากผลการสำรวจของมาเลเซียพบว่า ในการสำรวจสถานการณ์การคุกคามทางเพศ (Sexual harassment) โดยสหภาพการค้ามาเลเซีย (Malaysia Trades Union Congress) ซึ่งทำขึ้นเป็นครั้งแรก ในปี ค.ศ. ๑๙๘๗ ชี้ให้เห็นว่า ร้อยละ ๔๐ ของผู้หญิงในกลุ่มประชากรตัวอย่างมีประสบการณ์ถูกคุกคามทางเพศในที่ทำงาน จากการสำรวจเจ้าหน้าที่ของรัฐในช่วงทศวรรษที่ ๑๙๙๐ แสดงให้เห็นว่า ร้อยละ ๔๓.๔ ของพนักงานชายและร้อยละ ๕๓ ของพนักงานหญิงมีประสบการณ์ถูกคุกคามทางเพศ⁴¹⁷

นอกจากนี้ ผลการศึกษาของ Dr Mohd Nazri Ismail & Lee Kum Chee ชี้ให้เห็นว่า⁴¹⁸ สภาพการทำงานในมาเลเซียยังมีทัศนคติความลำเอียงทางเพศต่อผู้หญิงอันส่งผลให้พนักงานหญิงมีความเสี่ยงต่อการถูกคุกคามทางเพศ ในรูปแบบของการใช้วาจา ถ้อยคำ การสื่อสาร รวมทั้งการกระทำทางกายภาพ เหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นโดยไม่คำนึงถึงระดับการศึกษา สถานภาพการสมรส หรือเชื้อชาติของพนักงานหญิง

๔.๑๓.๔ วิเคราะห์เปรียบเทียบการคุกคามทางเพศตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

ในบริบทของการจ้างแรงงานนั้น การคุกคามทางเพศอาจจำแนกคู่ความสัมพันธ์ได้ ดังนี้

กรณีแรก	ระหว่างนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชากับลูกจ้าง
กรณีที่สอง	ระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง
กรณีที่สาม	ระหว่างลูกค้ากับลูกจ้าง

จะเห็นได้ว่า กรณีแรก เกิดขึ้นมาจากพื้นฐานความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน สำหรับในกรณีที่สองนั้น ไม่อยู่ในความสัมพันธ์ของสัญญาจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง แต่ยังคงอยู่ในสภาวะแวดล้อมของการทำงาน สำหรับกรณีที่สาม ไม่อยู่ในความสัมพันธ์ของการจ้างแรงงาน กฎหมายเกี่ยวกับแรงงานไม่อาจนำมาปรับใช้หรือบังคับในกรณีนี้ได้ เนื่องจากลูกค้ามีได้มีนิติสัมพันธ์ในสัญญาจ้างแรงงานที่ผูกพันเฉพาะนายจ้างและลูกจ้าง

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายอินเดียจะพบว่า กฎหมายอินเดียมีกฎหมายเฉพาะวางหลักห้ามการคุกคามทางเพศในบริบทการจ้างแรงงานไว้ โดยครอบคลุมทั้งการปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษเกี่ยวกับการจ้างงานของลูกจ้างไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยาย รวมถึงห้ามการสร้างบรรยากาศการทำงานที่มีลักษณะคุกคามหรือข่มขู่ลูกจ้างหญิงนั้น ซึ่งในกรณีนี้เทียบเคียงได้กับการสร้างสภาพแวดล้อมการทำงานอันเป็นการคุกคาม (Hostile working environment) ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของกฎหมายอินเดียคือมีขอบเขตเฉพาะการคุกคามลูกจ้างหญิงเท่านั้น

⁴¹⁷ From “Combating Sexual Harassment: The Way Forward,” by Zarina Abdul Aziz and Cecelia Ng, The 11th Malaysia Law Conference 8-10 November 2001, Kuala Lumpur.

⁴¹⁸ From “An Empirical Investigation Of Sexual Harassment Incidents In Malaysian Workplace” by Mohd Nazri Ismail and Lee Kum Chee, 2005, The Journal of American Academy Of Business, Cambridge 7, 1



สำหรับกฎหมายมาเลเซีย กระทรวงทรัพยากรมนุษย์ตระหนักถึงความสำคัญและปัญหาของการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในบริบทของการทำงาน ในแนวปฏิบัติได้จัดให้การคุกคามที่เกิดขึ้นทั้ง ๓ กรณีดังกล่าวเป็นการคุกคามทางเพศในที่ทำงานด้วย แม้ว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย แต่ก็ยังเป็นแนวทางสำหรับนายจ้างในการกำหนดข้อบังคับในการทำงานเกี่ยวกับการคุกคามในสถานที่ทำงาน อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยนั้นกฎหมายแรงงานมิได้กำหนดบังคับให้นายจ้างต้องมีแนวปฏิบัติในการดำเนินการกับการคุกคามในองค์กรของตน จากการสัมภาษณ์พบว่าในกิจการภาคเอกชนหลายแห่งไม่มีแนวปฏิบัติในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในกิจการภาคเอกชนบางแห่งซึ่งเป็นบริษัทข้ามชาติ พบว่ามีนโยบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศที่ชัดเจน (Harrasment policy) โดยมีการกำหนดวิธีการร้องเรียนสำหรับลูกจ้าง ตลอดจนมีกระบวนการพิจารณาทางวินัยและการไกล่เกลี่ยภายในองค์กรด้วย

สำหรับตามกฎหมายไทยนั้น อาจแยกพิจารณาตามลักษณะของการคุกคามทางเพศในบริบทการจ้างแรงงานได้ ดังนี้

ประเภทแรก การคุกคามทางเพศเชิงแลกเปลี่ยน การคุกคามในลักษณะนี้เป็นการที่บุคคลหนึ่งเสนอให้สิ่งตอบแทนรูปแบบใด ๆ กับอีกบุคคลหนึ่งเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่ผู้ให้จะได้รับการปฏิบัติอย่างพึงพอใจเป็นพิเศษในทางเพศ (Sexual favor) ตัวอย่างเช่น กรณีลูกจ้างเป็นผู้บังคับบัญชาอาศัยอำนาจหน้าที่ของตนชักชวนลูกจ้างหญิงซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญชาออกไปเที่ยวเตร่ด้วยกันในเวลากลางคืนนอกเวลางาน หากลูกจ้างหญิงไม่ไปจะกลั่นแกล้งเสนอความเห็นไม่ให้ลูกจ้างหญิงผู้นั้นผ่านการทดลองงาน รวมทั้งเสนอจะมีการแลกเปลี่ยนโดยประเมินให้เลื่อนตำแหน่ง สนับสนุนความก้าวหน้าในงาน เพื่อแลกกับการมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษหรือการล่วงละเมิดทางเพศกับลูกจ้างหญิงนั้น การกระทำได้กล่าวมุ่งประสงค์เพื่อการล่วงเกินทางเพศลูกจ้างหญิงซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของตน ถือเป็นการล่วงเกินทางเพศ กรณีนี้อาจเทียบเคียงได้กับคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยว่า การกระทำของลูกจ้างที่เป็นผู้บังคับบัญชา นอกจากจะเป็นการประพฤติผิดศีลธรรมหรือจารีตประเพณีอันดีงามของสังคม อันเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานของนายจ้างแล้ว ยังมีผลกระทบต่อการบริหารงานบุคคลของนายจ้าง ทำให้พนักงานขาดขวัญและกำลังใจในการทำงาน การฝ่าฝืนของลูกจ้างถือเป็นการร้ายแรง นายจ้างเลิกจ้างได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า ไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยและไม่ถือว่าเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๗๒/๒๕๕๕) อย่างไรก็ตาม หากกรณีที่ผู้กระทำนั้นไม่ใช่ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาแต่เป็นนายจ้างเอง ก็จะต้องมีกฎหมายคุ้มครองลูกจ้างเป็นการเฉพาะ

ประเภทที่สอง การคุกคามทางเพศในเชิงสภาพแวดล้อม (Hostile environment) การคุกคามลักษณะนี้ พนักงานจะพบกับสภาพแวดล้อมในการทำงานที่มีผู้กระทำพฤติกรรมอันเป็นการคุกคาม (Offensive Behavior) เกี่ยวกับเพศ โดยพนักงานนั้นจำต้องอดทนทำงานในสภาวะแวดล้อมดังกล่าว เพื่อที่จะทำงานต่อไปได้

หากพิจารณาการคุกคามทางเพศในบริบทการจ้างแรงงานตามกฎหมายไทยนั้นจะเห็นว่าตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานเดิมก่อนการแก้ไขกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ปี ๒๕๕๑ นั้น มาตรา ๑๖ บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้นายจ้าง ผู้ซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงานหรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างหญิงหรือเด็ก”

จากหลักกฎหมายดังกล่าว มีขอบเขตเฉพาะ “กระทำการล่วงเกินทางเพศ” ซึ่งอาจไม่ครอบคลุมกรณีการคุกคามในลักษณะการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ตอบแทนแก่ลูกจ้างเพื่อให้ปฏิบัติอย่างเป็นที่พอใจพิเศษเกี่ยวกับเพศ นอกจากนี้ ยังมีขอบเขตจำกัดเฉพาะลูกจ้างหญิงหรือเด็กเท่านั้น

ต่อมา ในการแก้ไขกฎหมาย ปี ๒๕๕๑ มีการแก้ไขหลักการตามมาตรา ๑๖ (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑) ดังนี้

“ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงานหรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกิน คุกคามหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่มีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างขึ้นทั้งในแง่องค์ประกอบเชิงพฤติกรรมที่รวมถึงการ “ล่วงเกิน” “คุกคาม” หรือ “ก่อความเดือดร้อนรำคาญ” ทางเพศ นอกจากนี้ ยังคุ้มครองลูกจ้างโดยไม่จำกัดเพศ

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายสหรัฐอเมริกาเฉพาะในส่วนของการคุกคามทางเพศในที่ทำงานนั้น พบว่า กฎหมายไทยยังมียกเว้นประกอบที่จำกัด กล่าวคือ ตามมาตรา ๑๖ ดังกล่าวนั้นไม่ครอบคลุมการคุกคามที่กระทำระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง ในขณะที่ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น การที่ลูกจ้างคุกคามทางเพศด้วยกันเอง อาจถือว่านายจ้างคุกคามทางเพศในรูปแบบของการ “สร้างสภาวะแวดล้อมการทำงานที่เป็นการคุกคาม” (Hostile Working Environment) เช่น

➤ พนักงานหญิงฟ้องนายจ้างว่ามีสภาพแวดล้อมการทำงานในลักษณะคุกคาม (Hostile Work environment) โดยพนักงานคนอื่นกลั่นแกล้งรังแกเธอและดิงทางเปียของเธอด้วย นอกจากนี้ พนักงานบางคนยังไปปล่อยข่าวว่าได้มีเพศสัมพันธ์กับเธอ หัวหน้างานเรียกพนักงานอื่นมาตักเตือน ... อย่างไรก็ตาม ศาลชั้นต้นเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวยังไม่ถึงขั้นรุนแรงถึงขั้นเป็นสภาพแวดล้อมการทำงานในลักษณะคุกคาม (Hostile work environment) ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน⁴¹⁹

➤ โจทก์ซึ่งเป็นลูกจ้างหญิงฟ้องนายจ้างว่ามีสภาพแวดล้อมการทำงานในลักษณะคุกคาม (Hostile Work Environment) เนื่องจากมีลูกจ้างชายคนอื่นถูกเนื้อต้องตัวโจทก์ นายจ้างทราบเรื่องดังกล่าวและได้มีการตักเตือนลูกจ้างชายคนนั้นแล้ว แต่การคุกคามยังคงเกิดขึ้น โดยมีการกอดเธอจากด้านหลัง กัดหูและต้อนคอของเธอ ศาลแนะนำคณะลูกขุนว่าการกระทำของนายจ้างยังไม่เพียงพอในการป้องกันแก้ไขปัญหาการคุกคามในสภาวะแวดล้อมของการทำงาน⁴²⁰

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า กรณีที่กระทำโดยลูกจ้างด้วยกันซึ่งไม่ใช่หัวหน้าหรือผู้ควบคุมงานนี้ไม่อยู่ในองค์ประกอบการคุกคามตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน แม้ว่าการกระทำดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าสืบเนื่องจากความรังเกียจของนายจ้างที่ละเลยปล่อยให้เกิดสภาวะการทำงานอันเป็นการคุกคามเช่นนี้ก็ตาม จะเห็นได้จากการเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศว่า การที่ลูกจ้างคุกคามทางเพศต่อลูกจ้างด้วยกันเองนั้น จัดเป็นสภาพการทำงานที่มีลักษณะคุกคาม ซึ่งนายจ้างมีหน้าที่จะต้องดำเนินการป้องกันมิให้เกิดสภาพดังกล่าวขึ้น นอกจากนี้ กฎหมายไทยยังไม่ได้กำหนดให้นายจ้างต้องกำหนดระเบียบหรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงานพร้อมด้วยกระบวนการร้องเรียนและเยียวยา ดังเช่นกฎหมายมาเลเซีย ในทางปฏิบัติปรากฏว่ามีกิจการบางแห่งที่มีนโยบายหรือระเบียบเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน แต่กิจการอีกหลายแห่งไม่ปรากฏนโยบายหรือระเบียบดังกล่าว

⁴¹⁹ From “Cross v. Prairie Meadows Racetrack and Casino, Inc.,” No. 09-3427 (8th Cir. 08/12/10)

⁴²⁰ From “Guth v. Radha Corp., et al.,” No. CV-08-1909-PHX-GMS (D. Ariz. 03/09/10)



ต่อมา มีการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ โดยมีหลักสำคัญใน มาตรา ๑๗ คือ

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ”

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในส่วนของการคุกคามทางเพศในที่ทำงานจะเห็นได้ว่า หลักการตาม กฎหมายนี้ครอบคลุมการกำหนดนโยบาย ระเบียบ แนวปฏิบัติของนายจ้างที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติทางเพศ แต่ไม่ได้มีการ กำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องกำหนดระเบียบเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างผู้ถูกคุกคามทางเพศในบริบทของการทำงาน

สำหรับในกรณีการจ้างงานภาครัฐนั้น พบว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๘๓ (๘) กำหนดว่า ข้าราชการพลเรือนต้องไม่กระทำการใดอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคาม ทางเพศตามที่กำหนดในกฎ ก.พ. โดยกฎ ก.พ. ที่กำหนดรายละเอียดหลักการดังกล่าวก็คือ **“กฎ ก.พ. ว่าด้วยการ กระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. ๒๕๕๓”** ซึ่งมีหลักสำคัญดังนี้

ข้อ ๒

ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำการประการใดประการหนึ่งดังต่อไปนี้ต่อข้าราชการ ด้วยกัน หรือผู้ร่วมปฏิบัติราชการ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในหรือนอกสถานที่ราชการโดยผู้ถูกกระทำมิได้ยินยอมต่อการ กระทำนั้น หรือทำให้ผู้ถูกกระทำเดือดร้อนรำคาญ ถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ ตามมาตรา ๘๓ (๘)

(๑) กระทำการด้วยการสัมผัสทางกายที่มีลักษณะส่อไปในทางเพศ เช่น การจูบ การโอบกอด การจับอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่ง เป็นต้น

(๒) กระทำการด้วยวาจาที่ส่อไปในทางเพศ เช่น วิพากษ์วิจารณ์ร่างกาย พุดหยอกล้อ พุด หยาบคาย เป็นต้น

(๓) กระทำการด้วยอาภักิริยาที่ส่อไปในทางเพศ เช่น การใช้สายตาลวนลาม การทำสัญญาณ หรือสัญลักษณ์ใด ๆ เป็นต้น

(๔) การแสดงหรือสื่อสารด้วยวิธีการใด ๆ ที่ส่อไปในทางเพศ เช่น แสดงรูปลามกอนาจาร ส่งจดหมาย ข้อความ หรือการสื่อสารรูปแบบอื่น เป็นต้น

(๕) การแสดงพฤติกรรมอื่นใดที่ส่อไปในทางเพศ ซึ่งผู้ถูกกระทำไม่พึงประสงค์หรือเดือดร้อน รำคาญ

จะเห็นได้ว่า กฎ ก.พ. ดังกล่าวมีขอบเขตใช้กับการคุกคามทางเพศที่เกิดในบริบทของการรับราชการ โดยเมืองค์ประกอบของการกระทำที่กว้าง ครอบคลุมทั้งการคุกคาม และการติดต่อสื่อสารที่ผู้รับการติดต่อไม่พึงประสงค์ (Unwelcome) แต่มีข้อจำกัดในแง่ผู้กระทำ ซึ่งตาม กฎ ก.พ. นี้มีขอบเขตใช้ได้กับเฉพาะกรณีผู้กระทำเป็นข้าราชการ พลเรือนสามัญ ไม่รวมบุคคลที่ทำงานในภาครัฐที่อยู่ในสถานะอื่น และไม่ใช่อกฎหมายที่มีผลบังคับกับภาคเอกชน นอกจากนี้ ยังมีขอบเขตจำกัดเฉพาะ “การคุกคามทางเพศ” หรือ Sexual Harassment เท่านั้น ไม่ครอบคลุมการคุกคามที่เกี่ยวข้อง กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ในประเด็นนี้จะได้วิเคราะห์รายละเอียดในหัวข้อต่อไป

๔.๑๔ การเลือกปฏิบัติจากพฤติกรรมการคุกคามที่มีขอบเขตกว้างกว่าการคุกคามทางเพศ

งานวิจัยนี้พบว่า กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ มักจะกำหนดหลักการเกี่ยวกับการคุกคาม (Harassment) ไว้ในฐานะการเลือกปฏิบัติชนิดหนึ่ง โดยมีขอบเขตจำกัดใน ๒ แง่มุม ดังนี้

๑. จำกัดการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Ground of Discrimination) บางเหตุเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง **เหตุแห่งเพศ** ดังจะเห็นได้จากกฎหมายอินเดีย กฎหมายมาเลเซีย เป็นต้น

๒. จำกัดการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับบางมิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง **มิติการจ้างแรงงาน** ดังจะเห็นได้จากกฎหมายอินเดีย กฎหมายมาเลเซีย เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติของหลายประเทศ จึงมีกรอบเกี่ยวกับการคุกคาม (Harassment) ที่จำกัดเฉพาะ “การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน” (Harassment in Workplace) หรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำงานเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากกฎหมายมาเลเซีย ซึ่งเพิ่มเติมบทบัญญัติอันมีหลักการเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) เข้าไปในกฎหมายแรงงาน (Employment Act 1955) หรือในกฎหมายสหรัฐอเมริกาั้นคณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission, EEOC) บังคับใช้กฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act) กับกรณีการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน

ดังนั้น จึงมีประเด็นพิจารณาว่า การคุกคามด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นนอกจากเหตุแห่งเพศ และในมิติของการเลือกปฏิบัติอื่นนอกจากมิติแรงงานนั้น จะอยู่ภายใต้กรอบการคุ้มครองของกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือจะอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายอื่น

ตัวอย่างการคุกคามในมิติของการทำงานด้วยเหตุอื่นที่มีใช้เพศ เช่น การคุกคามด้วยวาจา พฤติกรรม ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด สถานะทางครอบครัว สภาพร่างกาย ความพิการ เป็นต้น

ตัวอย่างการคุกคามในมิติของการบริการภาครัฐหรือภาคเอกชน ด้วยเหตุอื่นที่มีใช้เพศ เช่น การคุกคามด้วยวาจา พฤติกรรม ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด สถานะทางครอบครัว สภาพร่างกาย ความพิการ เป็นต้น

จากประเด็นนี้จะเห็นว่า การคุกคาม (Harassment) นั้นมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับปัจจัยสำคัญ ๒ ประการ คือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และมิติของการเลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจจำแนกพิจารณาได้ ๒ กรณีใหญ่ คือ

๑. หากนำเอาปัจจัยเกี่ยวกับ**เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ**มาเป็นหลัก จะสามารถจำแนกความสัมพันธ์ระหว่างการคุกคามกับปัจจัยอื่น ๆ ได้อย่างน้อย ๓ กรณี ดังนี้

กรณีที่ ๑ การคุกคามทางเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ในมิติการทำงาน

กรณีที่ ๒ การคุกคามทางเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ในมิติการซื้อขายสินค้า บริการ

กรณีที่ ๓ การคุกคามทางเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ในมิติการเลือกปฏิบัติด้านอื่น ๆ (เช่น ที่อยู่อาศัย บริการสาธารณะ การศึกษา)



๒. หากนำเอาปัจจัยเกี่ยวกับ**มิติของการเลือกปฏิบัติ**เป็นหลัก จะสามารถจำแนกความสัมพันธ์ระหว่างการคุกคามกับปัจจัยอื่น ๆ ได้อย่างน้อย ๓ กรณี ดังนี้

กรณีที่ ๑ การคุกคามในมิติของการทำงาน ด้วยเหตุแห่งเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ

กรณีที่ ๒ การคุกคามในมิติของการซื้อสินค้าและบริการ ด้วยเหตุแห่งเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ

กรณีที่ ๓ การคุกคามในมิติอื่น ๆ ของการเลือกปฏิบัติ (เช่น ที่อยู่อาศัย บริการสาธารณะ การศึกษา) ด้วยเหตุแห่งเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ

จากการศึกษาพบว่า แม้กฎหมายที่เกี่ยวข้องของหลายประเทศ จะจำกัดขอบเขตของการคุกคาม (Harassment) เฉพาะเหตุแห่งเพศและเฉพาะมิติความสัมพันธ์ด้านแรงงานเท่านั้น แต่กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของบางประเทศ มีขอบเขตที่กว้างขึ้น ดังจะชี้ให้เห็นกฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายมลรัฐ Ontario ในแคนาดา

กฎหมายสหรัฐอเมริกา

การคุกคาม (Harassment) ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงาน ซึ่งฝ่าฝืนกฎหมายหลายฉบับ เช่น กฎหมายสิทธิพลเมือง (Title VII of the Civil Rights Act) กฎหมายเลือกปฏิบัติด้านอายุ (the Age Discrimination in Employment Act) กฎหมายคนพิการ (the American with Disabilities Act) เป็นต้น โดยการ “คุกคาม” มีความหมายกว้างครอบคลุมการกระทำใด ๆ อันไม่พึงประสงค์บนพื้นฐานแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ ชชาติกำเนิด อายุ ความพิการ ทั้งนี้ การคุกคามจะเป็นการมีขอบต่อกฎหมายเมื่อการที่บุคคลต้องจำทนต่อพฤติกรรมก้าวร้าวนั้นเกี่ยวข้องกับเงื่อนไขของการทำงานต่อไป หรือการกระทำดังกล่าวมีความรุนแรงมากพอที่จะสร้างบรรยากาศหรือสภาพแวดล้อมของการทำงานในลักษณะที่บุคคลทั่วไปจะรู้สึกถูกคุกคาม ครอบคลุม⁴²¹

จะเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณากฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องของสหรัฐอเมริกาในระดับสหพันธรัฐแล้วพบว่า ในมิติของการจ้างแรงงานนั้น การคุกคาม มีขอบเขต กว้างว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับเพศ กล่าวคือ การคุกคามอาจรวมถึงการคุกคามด้วยเหตุแห่ง เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ ชชาติกำเนิด อายุ ความ ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับการคุกคามในมิติจ้างแรงงานที่กว้างกว่าเหตุแห่งเพศหรือการคุกคามทางเพศ เช่น

คดีที่มีข้อเท็จจริงว่า⁴²² โจทก์ทำงานในภัตตาคารของจำเลย อ้างว่าตกเป็นเหยื่อของการคุกคามในที่ทำงาน ด้วยสภาพแวดล้อมซึ่งคุกคามด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ทั้งนี้ เนื่องจากพนักงานคนอื่นล้อเลียนโจทก์ด้วยเหตุเชื้อชาติ (“Haitian...”) อย่างไรก็ดี ไม่มีหลักฐานแสดงว่าการล้อเลียนดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความสามารถในการทำงาน

⁴²¹ From “Harassment”, U.S. Equal Employment Opportunity Commission. Retrieved from <https://www.eeoc.gov/laws/types/harassment.html>

⁴²² From “*Exantus v. Harbor Bar & Brasserie Restaurant, 2010*” WL 276861 (N.J., 07/14/10)

ของโจทก์ รวมทั้งไม่ได้ส่งผลกระทบในทางกายภาพต่อโจทก์หรือมีลักษณะข่มขู่คุกคาม ศาลจึงเห็นว่ายังไม่มีหลักฐานเพียงพอจะถือว่าเป็นกรณีร้ายแรงถึงขนาดสภาพแวดล้อมในการทำงานที่คุกคามโจทก์ อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าการใช้คำพูดดังกล่าวต่อโจทก์เป็นเรื่องไม่เหมาะสม (Inappropriate)

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาจะมีขอบเขตด้านเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกว้างกว่าเหตุแห่งเพศ แต่ก็มีขอบเขตจำกัดเฉพาะมิติของการจ้างแรงงาน สำหรับการคุกคามนอกขอบเขตการจ้างแรงงานจะต้องพิจารณากฎหมายอื่น ๆ นอกจากบริบทของการเลือกปฏิบัติ

กฎหมายมลรัฐ Ontario ของแคนาดา

กฎหมายสิทธิมนุษยชน Ontario มีหลักสำคัญ ดังนี้

นิยามของการคุกคาม: การคุกคาม (Harassment, “harcèlement”) หมายถึง การกระทำใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับการแสดงความเห็น (comment) หรือพฤติกรรม (Conduct) อันเป็นที่รบกวนหรือคุกคาม ซึ่งผู้กระทำรู้หรือมีเหตุควรรู้ว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นที่พึงประสงค์ (Unwelcome)⁴²³

การคุกคาม (Harassment) แบ่งออกเป็น ๓ มิติ ดังนี้

(๑) การคุกคามในมิติการจ้างแรงงาน: หลักกฎหมายกำหนดว่า “บุคคลทุกคนผู้ซึ่งเป็นลูกจ้าง มีสิทธิในเสรีภาพจากการถูกคุกคามในที่ทำงานโดยนายจ้างหรือตัวแทนนายจ้างหรือลูกจ้างอื่น ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ ถิ่นกำเนิด สีผิว ชาติพันธุ์ พลเมือง รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ ประวัติการกระทำผิด สถานะการสมรส สถานะครอบครัวหรือความพิการ” จะเห็นได้ว่า การคุกคามในมิตินี้ครอบคลุมทั้งการคุกคามทางเพศ และการคุกคามด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา

(๒) การคุกคามในมิติที่อยู่อาศัย: หลักกฎหมายกำหนดว่า “บุคคลทุกคนที่เป็นผู้อยู่อาศัย มีสิทธิในเสรีภาพจากการถูกคุกคามที่กระทำโดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือตัวแทนหรือผู้อยู่อาศัยด้วยกัน ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ ถิ่นกำเนิด สีผิว ชาติพันธุ์ พลเมือง รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ ประวัติการกระทำผิด สถานะการสมรส สถานะครอบครัวหรือความพิการ” จะเห็นได้ว่า การคุกคามในมิตินี้ครอบคลุมทั้งการคุกคามทางเพศ และการคุกคามด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา

(๓) การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) จำแนกออกเป็น ๓ กรณีย่อย ได้แก่

กรณีที่ ๑ การคุกคามทางเพศอันเกี่ยวข้องกับที่อยู่อาศัย (Harassment because of Sex in Accommodation) กฎหมายกำหนดว่า “บุคคลทุกคนผู้ซึ่งครอบครองที่อยู่อาศัยมีสิทธิในเสรีภาพจากการถูกคุกคามที่กระทำโดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือตัวแทนหรือผู้อยู่อาศัยด้วยกัน ด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศ” จะเห็นได้ว่า การคุกคามในมิตินี้ครอบคลุมเฉพาะเหตุที่เกี่ยวกับเพศ

กรณีที่ ๒ การคุกคามทางเพศอันเกี่ยวข้องกับการทำงาน (Harassment because of Sex in Workplaces) กฎหมายกำหนดว่า “บุคคลทุกคนผู้ซึ่งเป็นลูกจ้างมีสิทธิในเสรีภาพจากการถูกคุกคามในสถานที่ทำงานที่กระทำโดยนายจ้างหรือตัวแทนนายจ้างหรือลูกจ้างอื่น ด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศ” จะเห็นได้ว่า การคุกคามในมิตินี้ครอบคลุมเฉพาะเหตุที่เกี่ยวกับเพศ

⁴²³ Section 10, Ontario Human Right Code

**กรณีที่ ๓** การติดต่อเชื้อเชิญทางเพศที่กระทำโดยบุคคลอันอยู่ในสถานะที่ให้ผลประโยชน์ (Sexual

Solicitation by a Person in Position to Confer Interest) โดยกฎหมายกำหนดว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะปลอดจากการติดต่อเชื้อเชิญทางเพศซึ่งกระทำโดยบุคคลอันอยู่ในสถานะที่สามารถเสนอให้ หรือปฏิเสธที่จะให้ผลประโยชน์ หรือความก้าวหน้า โดยบุคคลที่ติดต่อเชื้อเชิญดังกล่าวรู้หรือมีเหตุควรรู้ว่าผู้รับการติดต่อไม่ยินยอมกับการติดต่อเช่นนั้น”

จากการศึกษากฎหมายมลรัฐ Ontario ผู้วิจัยเห็นว่า มีการใช้โครงสร้างสองระดับในการวางหลักกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ โดยตั้งต้นจากมิติต่าง ๆ ของการเลือกปฏิบัติ จากนั้นในระดับแรกจะวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับมิตินั้นโดยตรง ในระดับต่อมาจะวางหลักห้ามกระทำการคุกคามอันเกี่ยวข้องกับมิตินั้น ตัวอย่างเช่น ถ้านำเอามิติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยมาเป็นตัวตั้งแล้ว ในระดับแรกกฎหมายจะวางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับที่อยู่อาศัย ในระดับที่สองจะห้ามการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับที่อยู่อาศัย ดังจะอธิบายละเอียดต่อไป

กรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับมิตินั้นที่อยู่อาศัย (Accommodation)⁴²⁴ แบ่งเป็น ๒ ระดับคือ

ระดับที่ ๑ บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในกรณีเกี่ยวกับที่พักอาศัย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ หรือการรับการอุดหนุนสาธารณะ จะเห็นได้ว่า กรณีนี้คือการปฏิบัติต่าง ๆ เกี่ยวกับการอยู่อาศัยนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าเกี่ยวข้องกับเนื้อหาของของการอยู่อาศัย เช่น การตกลงรับผู้เช่า การต่อสัญญา การบริการต่าง ๆ เกี่ยวกับการเช่าที่พักอาศัย การปฏิเสธไม่รับผู้เช่า ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ การเลือกปฏิบัติกรณีนี้ ตามกฎหมายของหลายประเทศจัดอยู่ในมิติหนึ่งของการเลือกปฏิบัติ

ระดับที่ ๒ หลักกฎหมายการคุกคามเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย (Harassment in Accommodation) ซึ่งวางหลักว่า “บุคคลทุกคนผู้ซึ่งครอบครองที่อยู่อาศัย มีเสรีภาพจากการคุกคามโดยผู้ให้เช่าหรือตัวแทนผู้ให้เช่าหรือผู้ครอบครองอาคารเดียวกัน ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ หรือการรับการอุดหนุนสาธารณะ” จะเห็นได้ว่า กรณีนี้คือการคุกคาม (Harassment) ที่เกี่ยวเนื่องกับการอยู่อาศัย แต่ไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของของการอยู่อาศัย เนื่องจากไม่ใช่เป็นการปฏิเสธการเช่า แต่เป็นการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับการอยู่อาศัยนั้น เช่น การถูกคุกคามด้วยวาจา พฤติกรรม กิริยาท่าทาง ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นการกระทำโดยผู้ให้เช่า ตัวแทน ต่อผู้เช่า หรือระหว่างผู้เช่าด้วยกัน ตัวอย่างเช่น ผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าเช่าอยู่ในห้องเช่า แต่มีพฤติกรรมการใช้วาจาดูหมิ่นด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติของผู้เช่า กรณีนี้ตามกฎหมายของหลายประเทศไม่ได้จัดเป็นการเลือกปฏิบัติ จึงอาจไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม กฎหมายมลรัฐ Ontario ได้จำแนกการคุ้มครองการคุกคามที่เกี่ยวเนื่องกับมิติที่อยู่อาศัย ออกเป็นการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติชนิดหนึ่งต่างหาก

กฎหมาย Ontario ยังได้ใช้โครงสร้างการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ ซึ่งแบ่งออกเป็นสองระดับนี้กับมิติการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ เช่น การจ้างแรงงาน ก็แบ่งออกเป็นระดับของการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการจ้าง

424 มาตรา ๒ ของกฎหมายสิทธิมนุษยชน Ontario

แรงงานในทางเชื้อชาติ เช่น การปฏิเสธไม่รับเข้าทำงาน และระดับการเลือกปฏิบัติด้วยการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน

นอกจากนี้ ในการกำหนดห้ามการคุกคามนั้น กฎหมาย Ontario มิได้จำกัดเฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้านเพศ หรือการคุกคามทางเพศเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมการคุกคามด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ด้วย เช่น การคุกคามในมิติการเข้าที่อยู่อาศัย ครอบคลุมทั้งการคุกคามทางเพศ เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น ดังนั้น แสดงให้เห็นว่าการคุกคามเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจเกี่ยวข้องหรือแทรกอยู่ในมิติต่าง ๆ ของการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ ยังอาจมีการคุกคามที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ได้เช่นเดียวกัน หากเปรียบเทียบกับกฎหมายสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า การคุกคามมิได้จำกัดเฉพาะเหตุที่เกี่ยวกับเพศ แต่ครอบคลุมถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น เช่น อายุ สีดผิว เชื้อชาติ ฯลฯ

นอกจากนั้น ยังมีประเด็นต่อไปอีกว่า การกำหนดห้ามการคุกคามจะสามารถขยายขอบเขตไปถึงการคุกคามในมิติสังคมทั่วไปได้หรือไม่ เช่น การคุกคามทางเพศในสภาพแวดล้อม การติดต่อกับบุคคลในที่สาธารณะทั่วไป มิใช่เฉพาะในมิติการจ้างแรงงาน การศึกษา ที่อยู่อาศัยเท่านั้น ในประเด็นนี้หากพิจารณากฎหมาย Ontario พบว่า การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) แบ่งออกเป็น ๓ กรณี คือ *การคุกคามทางเพศในมิติที่อยู่อาศัย* (Harassment because of Sex in Accommodation) *การคุกคามทางเพศในมิติของการทำงาน* (Harassment because of Sex in Workplaces) และ *การคุกคามทางเพศด้วยการติดต่อ* (Sexual Solicitation) โดยบุคคลซึ่งอยู่ในตำแหน่งหรือสถานะที่สามารถให้หรือปฏิเสธการให้ผลประโยชน์ใด ๆ แก่ผู้รับการติดต่อ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอาจแบ่งออกได้ ๒ ระดับ คือ

ระดับที่ ๑ การคุกคามทางเพศ ที่เกี่ยวข้องกับมิติต่าง ๆ ของการเลือกปฏิบัติ เช่น การคุกคามทางเพศในมิติการทำงาน การซื้อสินค้าบริการ การให้บริการที่อยู่อาศัย

ระดับที่ ๒ การคุกคามทางเพศ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับมิติต่าง ๆ ของการเลือกปฏิบัติ เช่น การคุกคามทางเพศระหว่างบุคคลทั่วไปในสังคมที่มีการติดต่อเข้ามาจากบุคคลที่อาจให้ประโยชน์ใด ๆ แก่ผู้รับการติดต่อนั้น

จากการจำแนกระดับดังกล่าว พบว่า กฎหมายมลรัฐ Ontario ครอบคลุมการคุกคามทางเพศ ทั้งระดับแรก และระดับที่สอง ในขณะที่กฎหมายของหลายประเทศส่วนใหญ่จะพิจารณาการคุกคามทางเพศในบริบทของสิทธิมนุษยชน และการเลือกปฏิบัติ เฉพาะในระดับแรก และมักจะจำกัดเฉพาะมิติเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน โดยจะไม่พิจารณาว่าการคุกคามทางเพศที่ไม่เกี่ยวข้องกับมิติต่าง ๆ ของการเลือกปฏิบัติ อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งอาจจัดให้อยู่ในกฎหมายอื่น เช่น การคุกคามทางเพศในที่สาธารณะอยู่ภายใต้กฎหมายอาญา เป็นต้น หากเปรียบเทียบกับกฎหมายสหรัฐอเมริกาพบว่า ในบริบทของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ นั้น การคุกคามทางเพศมีขอบเขตจำกัดเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับมิติของการจ้างแรงงาน

อาจสรุปได้ว่า การคุกคาม (Harassment) ตามความหมายอย่างกว้างที่สัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นั้น ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ นอกเหนือจากเหตุแห่งเพศ เช่น เชื้อชาติ สีดผิว ศาสนา ฯลฯ นอกจากนี้ ยังครอบคลุมมิติแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ นอกเหนือจากแรงงาน เช่น ที่อยู่อาศัย บริการอื่น ๆ เป็นต้น อีกทั้งยังสามารถครอบคลุมกว้างไปถึงการคุกคามทางเพศในมิติทั่วไปในการดำรงชีวิตประจำวันของบุคคลด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่เกี่ยวข้องของต่างประเทศส่วนมากจะจำกัดขอบเขตการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวกับเหตุแห่งเพศ และมิติการจ้างแรงงาน โดยมีกฎหมายบางประเทศขยายขอบเขตออกไปบ้าง เช่น สหรัฐอเมริกามีการขยายขอบเขตในแง่ของเหตุ



แห่งการคุกคามให้กว้างกว่าเหตุแห่งเพศ แต่ยังคงจำกัดอยู่ในมิติการจ้างแรงงาน สำหรับมลรัฐ Ontario มีการขยายขอบเขตทั้งในแง่เหตุแห่งการคุกคามให้กว้างกว่าเหตุแห่งเพศและขยายมิติของการคุกคามกว้างกว่าการจ้างแรงงาน

หากนำกรอบการพิจารณาข้างต้นมาวิเคราะห์กับกฎหมายไทยจะพบว่า ไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกคุกคาม (Harassment) ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติ ดังเช่นกฎหมายของต่างประเทศ โดยปัจจุบันกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและนำมาปรับใช้ได้มีอยู่จำกัดเฉพาะที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการและมิติของการเลือกปฏิบัติบางมิติเท่านั้น ดังอาจะยกวิเคราะห์เป็น ๓ กรณีดังต่อไปนี้

กรณีพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน อาจจำแนกได้ดังนี้

๑. พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่แก้ไขปี ๒๕๕๑ นั้นจำกัดการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Ground of discrimination) บางเหตุเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เหตุแห่งเพศ กล่าวคือครอบคลุมเฉพาะการล่วงเกิน คุกคาม ก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ เท่านั้น

๒. พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่แก้ไขปี ๒๕๕๑ จำกัดการคุกคามเฉพาะเหตุแห่งเพศ และจำกัดเฉพาะบางมิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of discrimination) นั่นคือ มิติการจ้างแรงงาน

กรณี “กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำความผิดในการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. ๒๕๕๓” พบว่า มีขอบเขตจำกัด กล่าวคือ ในแ่มิติของการเลือกปฏิบัตินั้นจะเห็นได้ว่า จำกัดเฉพาะมิติการจ้างงาน ยิ่งไปกว่านั้นยังจำกัดเฉพาะการจ้างงานภาครัฐที่ผู้กระทำความผิดเป็นข้าราชการพลเรือนเท่านั้น สำหรับในแง่ของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จำกัดเฉพาะเหตุที่เกี่ยวกับเพศ กล่าวคือ ครอบคลุมเฉพาะ “การคุกคามทางเพศ” หรือ Sexual Harassment เท่านั้น ไม่ครอบคลุมการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

กรณีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ อาจจำแนกได้ดังนี้

๑. พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ นั้นมิได้เกี่ยวข้องกับ “การคุกคาม” โดยตรง ดังเช่นกฎหมายคุ้มครองแรงงาน แต่มุ่งควบคุม “การเลือกปฏิบัติ” ดังนั้น หากการคุกคามนั้นมีลักษณะที่อยู่ในความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” แล้วก็จะอาจปรับใช้กฎหมายนี้ได้ แต่กฎหมายนี้มีขอบเขตจำกัดเฉพาะที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Ground of discrimination) บางเหตุเท่านั้น ซึ่งก็คือเหตุแห่งเพศ

๒. พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ อาจปรับใช้กับการคุกคามทางเพศในมิติอื่น ๆ ของการเลือกปฏิบัติ (Area of discrimination) นอกจากมิติการจ้างแรงงานได้ แต่มีข้อจำกัดในแง่เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะที่เกี่ยวกับเพศเท่านั้น ไม่ครอบคลุมการคุกคามด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

ดังนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายไทยจะพบว่า เหตุการณ์บางกรณี อาจอยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายไทยปัจจุบัน เช่น นาย ก. เป็นนายจ้างได้เจาะจงขอให้ นางสาว ข. ซึ่งเป็นลูกจ้าง ไปดื่มสุรากับตนหลังเลิกงาน โดยมีการเชิญชวนซ้ำ ๆ กัน รวมทั้งมีการสัมผัสร่างกาย เช่น จับแขนของ นางสาว ข ด้วย กรณีเช่นนี้อาจปรับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับต่างประเทศ เช่น แคนาดา กรณีเช่นนี้อยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยที่เป็นอยู่จึงยังไม่เพียงพอและครอบคลุมสำหรับการคุกคามอันเป็นการเลือกปฏิบัติดังเช่น เหตุการณ์ต่อไปนี้⁴²⁵ ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ เช่น มลรัฐ Ontario แต่ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายไทย

- ก. ถูกเพื่อนร่วมงานล้อเลียนเกี่ยวกับเชื้อชาติและบรรพบุรุษของ ก. กรณีนี้อาจเข้าข่ายการคุกคามด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ และบรรพบุรุษ (Ancestry)
- ค. ถูกเพื่อนร่วมงานล้อเลียนเกี่ยวกับแนวปฏิบัติตามศาสนาของตน กรณีนี้อาจเข้าข่ายการคุกคามด้วยเหตุศาสนา ความเชื่อ

อาจสรุปได้ว่า การคุกคาม (Harassment) ที่อยู่ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนในส่วนของความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติ คือ การแสดงความเห็น หรือพฤติกรรม (Comment and Conduct) ที่ไม่พึงประสงค์ (Unwelcome) อันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หากพิจารณาในขอบเขตนี้ จะพบว่า ตามกฎหมายไทยยังไม่ครอบคลุมถึงการคุกคามดังตัวอย่างข้อเท็จจริงลักษณะต่อไปนี้

การคุกคามในมิติของความสัมพันธ์ด้านแรงงาน ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ นอกเหนือจากการคุกคามทางเพศ ไม่อยู่ในขอบเขต พ.ร.บ. คุ้มครองแรงงาน เช่น การใช้วาจาหรือการแสดงพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์ต่อลูกจ้างด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ ความเห็นทางการเมือง ฯลฯ แม้แต่ในกรณีการคุกคามทางเพศเองก็ตาม ในมิติของความสัมพันธ์ด้านแรงงานนั้น กฎหมายคุ้มครองแรงงานไม่ครอบคลุมถึงกรณีการคุกคามที่กระทำระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง

การคุกคามในมิติของความสัมพันธ์ด้านอื่น ๆ เช่น ที่อยู่อาศัย บริการภาครัฐและเอกชน ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ไม่มีกฎหมายเฉพาะจะนำมาปรับใช้ เช่น การใช้วาจาหรือการแสดงพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์ต่อผู้เช่า ผู้มารับบริการ ผู้มาซื้อสินค้า ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

๔.๑๕ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

*รายละเอียด เรื่อง การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) อยู่ในภาคผนวก

ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น การเลือกปฏิบัติยังเกี่ยวข้องกับมิติของ “การได้รับการปฏิบัติที่ทำให้เกิดความพึงพอใจน้อยกว่าในการปฏิบัติต่อคนอื่นในที่สาธารณะ หรือการปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในลักษณะกีดกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (less favorably treatment)” โดยนัยนี้ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) จึงอยู่ในขอบเขตการศึกษาเรื่องการเลือกปฏิบัติด้วย⁴²⁶ ข้อเท็จจริงที่จัดอยู่ในขอบเขตของประเด็นปัญหานี้ เช่น การเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณะให้เกิดความเกลียดชังต่อบุคคลกลุ่มหนึ่ง ซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว รสนิยมทางเพศ ฯลฯ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าในด้านหนึ่ง บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นและการสื่อสาร อย่างไรก็ตาม ในอีกด้านหนึ่ง การใช้เสรีภาพดังกล่าวอาจนำไปสู่การสร้าง ความขัดแย้งและความเกลียดชัง รวมไปถึงอาจนำไปสู่การก่อให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพและความไม่สงบเรียบร้อย

⁴²⁵ From Human Rights In Alberta, Plain language information, Alberta Human Rights Commission

⁴²⁶ เนื่องจากคำดังกล่าวยังไม่มีบัญญัติหรือกำหนดนิยามไว้ตามกฎหมายไทย ในงานวิจัยนี้จะใช้คำทับศัพท์ “Hate Speech” สลับกับ “การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง”



ในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discrimination ground) อันเกี่ยวข้องกับคุณลักษณะของกลุ่มบุคคลที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนมุ่งคุ้มครอง เช่น เชื้อชาติ ศาสนา สีผิว ความพิการ เพศ รสนิยมทางเพศ เป็นต้น ดังนั้น การกระทำดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มหนึ่งแตกต่างจากอีกกลุ่มหนึ่งบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ทำให้ “Hate Speech” จัดอยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนในส่วนของการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุนี้ ในหัวข้อนี้จะได้ทำการศึกษาวิจัยถึง “การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)” ในมิติของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยเริ่มจากการชี้ให้เห็นถึงสภาพทั่วไปของ “Hate Speech” ในบริบทของสิทธิมนุษยชน จากนั้นจะศึกษาความหมายทั่วไปของ “Hate Speech” และศึกษาหลักการทั่วไปของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็น เพื่อที่จะนำไปสู่การวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องต่อไป

๔.๑๕.๑ “Hate Speech” ในบริบทของสิทธิมนุษยชน

ในบริบทของสิทธิมนุษยชนนั้น การแสดงออกซึ่งความเกลียดชังมีจุดเริ่มจากการแสดงออกเกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติ สีผิว (Racism) เช่น การต่อต้านยิว (Anti-Semitism) รวมไปถึงทัศนคติการเกลียดกลัวคนต่างชาติ (Xenophobia) แนวคิดเช่นนี้มีรากฐานทางประวัติศาสตร์ยาวนานและเกี่ยวข้องกับปัจจัยต่าง ๆ ทั้งเศรษฐกิจ การเมือง สังคม วัฒนธรรม⁴²⁷ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่วางหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทาง “เชื้อชาติ” ไว้โดยเฉพาะ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination - CERD) อย่างไรก็ตาม การแสดงออกซึ่งความเกลียดชังได้ขยายตัวจากเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว มาถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ด้วย เช่น เพศ รสนิยมทางเพศ รวมไปถึงเหตุอื่น ๆ ซึ่งไม่ได้จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ในหลายกรณีการแสดงออกซึ่งความเกลียดชังเป็นจุดเริ่มต้นของการปลุกระดมเพื่อนำไปสู่ความรุนแรงหรือการใช้กำลังต่าง ๆ ดังจะเห็นได้จากในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา ซึ่ง “Hate Speech” ทำให้ความรุนแรงของสงครามในหลายแห่งขยายตัว นักวิชาการชี้ให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่าง “Hate Speech” กับความรุนแรงในประวัติศาสตร์หลายกรณี เช่น เหตุการณ์รุนแรงใน Bosnia⁴²⁸ ความรุนแรงต่อทาสในสมัยอาณานิคมและสงครามกลางเมืองในสหรัฐอเมริกา⁴²⁹ นักวิชาการบางท่านเห็นว่า “Hate Speech” ซึ่งได้รับการจัดการหรือสื่อสารอย่างเป็นระบบ (Systematic Campaign) เป็นเหตุผลรากฐานสำคัญอันหนึ่งซึ่งนำไปสู่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)⁴³⁰

วัตถุประสงค์สำคัญอันหนึ่งของ “Hate Speech” ก็คือการปฏิเสธความเป็นมนุษย์ของเหยื่อและส่งผลให้ผู้ถูกเกลียดชังได้รับความอับอายและดูหมิ่นเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น นำไปสู่ทัศนคติที่ว่า

⁴²⁷ From “Report of the Seminar on the Political, Historical, Economic, Social and Cultural Factors Contributing to Racism, Racial Discrimination and Apartheid (Geneva, Switzerland, 10-14 December, 1990), 1991, United Nations Centre for Human Rights, New York : United Nations

⁴²⁸ From “When to Regulate Hate Speech (p 539, 546)” by John C Knechtle, 2006, Penn St Law Review 110

⁴²⁹ From “Destructive Messages: How Hate Speech Paves the Way for Harmful Social Movement (p 24-48)” by Alexander Tsesis, 2002, NYU Press.

⁴³⁰ From “Vile Crime or Inalienable Rights: Defining Incitement to Genocide,” by Susan Benesch, 2008, Va Journal of International Law 48

การกระทำรุนแรงต่อบุคคลเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ไม่ร้ายแรง⁴³¹ ในแง่ “Hate Speech” มีความเกี่ยวข้องกับ “Hate propaganda” หรือการโฆษณาชวนเชื่อ ซึ่งอาจมีวัตถุประสงค์เชื่อมโยงกับการเมืองด้วย โดยการโฆษณาให้เกิดความเกลียดชังอาจถูกนำไปใช้เพื่อผลทางการเมือง และอาจนำไปสู่ความรุนแรงหรือสงครามตามมา ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า การแสดงออกซึ่งความเกลียดชังอันนำไปสู่การแบ่งแยกทางด้านเชื้อชาติ สีผิว ฯลฯ ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน และอาจนำไปสู่ความรุนแรงอันกระทบต่อสิทธิมนุษยชนด้านอื่น ๆ ต่อไป

๔.๑๕.๒ ความหมายทั่วไปและองค์ประกอบที่สำคัญของ “Hate Speech”

จากการศึกษาพบว่าในทางวิชาการนั้นได้มีการอธิบายและนิยามความหมายของ “Hate Speech” ไว้แตกต่างกันไป เช่น

- Sandra Coliver นิยามความหมายของ Hate Speech ว่าหมายถึง “การแสดงออกถึงการดูหมิ่นเกลียดชัง การข่มขู่คุกคาม การยั่วยุปลุกระดมให้เกิดความรุนแรง การแบ่งแยก (An expression which is abusive, insulting, intimidating, harassing and/or which incites to violence, hatred or discrimination)”⁴³²
- Rachel Weintraub-Reiter เน้นว่า Hate Speech รวมถึงการทำให้ระคายเคือง การแบ่งแยกชนชั้นของบุคคล การใช้คำพูดบนพื้นฐานของความเกลียดชัง การดูหมิ่น ด้วยเหตุแห่งสีผิว เชื้อชาติ ศาสนา หรือเหตุอื่น รวมทั้งกลุ่มหลากหลายทางเพศ⁴³³
- Pankaj P. Umbarkar ขยายความว่า “Hate Speech” รวมถึงการสื่อสาร การแสดงออกใด ๆ ซึ่งส่งผลให้เกิดสภาพแวดล้อมหรือบรรยากาศอันมีลักษณะเกลียดชังหรือคุกคาม (Hostile Environment) การกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบในด้านอารมณ์ของผู้ถูกรังแก (Emotional Distress)⁴³⁴ จะเห็นได้ว่าในแง่ “Hate Speech” มีลักษณะใกล้เคียงกับการคุกคามในสถานที่ทำงานกรณีการสร้างบรรยากาศการทำงานอันเป็นการคุกคาม (Hostile Working Environment) ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วในหัวข้อการคุกคาม
- Alexander Tsesis เห็นว่า “Hate Speech” มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนหลายประเด็น เช่น ก่อให้เกิดการสื่อสารเชิงอคติ ทำให้เกิดการยอมรับทางสังคมที่ผิดพลาดเกี่ยวกับบุคคลที่ถูกกีดกัน ออกนอกกลุ่ม การทำให้เกิดภาพเหมารวมของกลุ่มที่ตกอยู่ภายใต้การกีดกัน สภาพเหล่านี้ทำให้ผู้ที่เกลียดชังมีแนวโน้มของการระบายหรือปลดปล่อยความขุ่นเคืองและโกรธไปสู่บุคคลกลุ่มน้อยหรือกลุ่มบุคคลที่เปราะบาง⁴³⁵
- สำหรับในประเทศไทยนั้น ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พิงรอง รามสูตร เรียก “Hate Speech” ว่า “ประทุษวาจา” และให้ความหมายว่า “เป็นการสื่อสารที่แสดงถึงความเกลียดชังผ่านรูปแบบอันไม่เหมาะสม ไม่ว่า

⁴³¹ From “Hate Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy (p 497, 509)” by Kathleen E Mahoney, 2009, Wake Forest Law Review 44

⁴³² From Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non - Discrimination (p 363), Sandra Coliver, 1992, International Centre Against Censorship Human Rights Centre, University of Essex

⁴³³ From “Hate Speech over the internet: A Traditional Constitutional Analysis or a New Cyber Constitution? (p 145)” by Rachel Weintraub-Reiter, 1998, Boston University Public Interest Law Journal 8

⁴³⁴ From “Free Speech and Hate Speech Syndrome: Unprincipled Animosity in Media,” by Pankaj P. Umbarkar, 2014, Online International Interdisciplinary Research Journal 4

⁴³⁵ Destructive Messages Loc. cit.



จะเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยาม ใส่ร้ายป้ายสี ไปจนถึงการด่าทออย่างหยาบคาย โดยมีลักษณะของการปลุกปั่น ยุยง หรือปลุกระดมให้เกิดความเกลียดชังต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ซึ่งประเด็นการโจมตีพุ่งเป้าไปที่ลักษณะเฉพาะ ทั้งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ เช่น เชื้อชาติ เพศสภาพ และเปลี่ยนแปลงได้ เช่น ศาสนา อุดมการณ์ โดยการสื่อสารดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลลัพธ์ในการแบ่งแยกไปจนถึงการขจัดกลุ่มบุคคลดังกล่าวออกจากสังคม ไม่ว่าจะโดยใช่ความรุนแรงทางกายภาพหรือความรุนแรงในเชิงนามธรรมก็ตาม ทั้งนี้ เพียงแค่การกล่าวออกมาเพื่อให้อีกฝ่ายเกิดความเจ็บปวดก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของผลลัพธ์จาก Hate Speech เช่นเดียวกัน”⁴³⁶

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจะได้จำแนกองค์ประกอบที่สำคัญ (Elements) ของ “Hate Speech” ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนและการห้ามเลือกปฏิบัติ ได้ ๔ ประการ ดังนี้

(๑) การแสดงออกซึ่งการสื่อสารมีความหมายกว้างกว่าคำพูด ทั้งนี้ แม้ว่าจะใช้คำว่า “Speech” แต่ก็ได้ไม่ได้มีความหมายจำกัดเฉพาะ การพูดหรือการสื่อสารด้วยวาจา (Verbal Communication) แต่มีความหมายครอบคลุมการแสดงออกโดยการสื่อสารในรูปแบบต่าง ๆ เช่น คำพูด ลายลักษณ์อักษร พฤติกรรม กิริยาอาการ ภาพ ป้าย สัญลักษณ์ โดยอาจแสดงออกในช่องทางการสื่อสารต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นช่องทางกายภาพหรือช่องทางอิเล็กทรอนิกส์⁴³⁷

(๒) “Hate Speech” มีความแตกต่างจากการสื่อสารที่มีความผิดตามกฎหมายอื่น เช่น การหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา เนื่องจากกฎหมายอาญามุ่งหมิ่นประมาทนั้น มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งซึ่งอาจได้รับความเสียหายจากการเผยแพร่ข้อมูลที่ก่อให้เกิดเสื่อมเสียชื่อเสียงของบุคคลนั้นโดยเฉพาะเจาะจง อันสะท้อนให้เห็นจากองค์ประกอบสำคัญของกฎหมายอาญามุ่งหมิ่นประมาทที่จะต้องระบุตัวผู้ถูกหมิ่นประมาทได้ชัดเจน แต่สำหรับ “Hate Speech” ในแง่กฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น มิได้มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่มุ่งป้องกันกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะร่วมกัน เช่น เชื้อชาติ สีดวง ศาสนา จากการถูกกีดกันหรือแบ่งแยกในสังคม ซึ่งบุคคลในกลุ่มเหล่านี้มักจะเป็นกลุ่มบุคคลที่มักถูกเลือกปฏิบัติในมิติอื่น ๆ ด้วย

(๓) ในทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น “Hate Speech” มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Discrimination Grounds) เช่น เชื้อชาติ ศาสนา สีดวง เพศ ฯลฯ ลักษณะของ “Hate Speech” ข้อนี้นี้จะทำให้สามารถจำแนกความแตกต่างระหว่างการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังที่แม้ว่าเกิดจากความ “เกลียดชัง” เช่นเดียวกัน แต่สืบเนื่องจากมูลเหตุอื่น เช่น ความเกลียดชังอันสืบเนื่องมาจากความสัมพันธ์ส่วนบุคคลออกจาก “Hate Speech” ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน สำหรับการสื่อสารความเกลียดชังที่มีมูลเหตุอันไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัตินั้น ก็จะต้องไปพิจารณากฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องต่อไป

(๔) การสื่อสารความเกลียดชังอาจนำไปสู่ผลในเชิงนามธรรม เช่น การแบ่งแยกบุคคลในสังคมให้แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ หรืออาจส่งผลในเชิงรูปธรรม เช่น การปลุกระดมให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ หรือยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ ต่อบุคคลบางกลุ่ม เช่น การไม่รับบุคคลบางกลุ่มเข้าทำงาน การปฏิเสธไม่ให้บริการกับบุคคลบางกลุ่ม เป็นต้น

⁴³⁶ พิงรอร งามสุตร, ประทุษวาท กับโลกออนไลน์ (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, ๒๕๕๘), หน้า ๓๑

⁴³⁷ ในกฎหมายต่างประเทศ ขอบเขตความหมายของ “Speech” ก็มีความหมายกว้างกว่า “คำพูด” เช่น ในบริบทของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา “Freedom of Speech” มีความหมายรวมถึงการแสดงออกในรูปแบบการใช้คำพูด และการแสดงออกที่ไม่ใช่คำพูด (Non-speech) เช่น การใช้พฤติกรรม สัญลักษณ์; คณาธิป ทองรวีวงศ์, กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารมวลชน (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, ๒๕๕๕), หน้า ๗๐-๗๑

๔.๑๕.๓ ความสัมพันธ์ระหว่างเสรีภาพในการสื่อสาร (Freedom of Speech) และ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง

เสรีภาพในการสื่อสาร (Freedom of Speech) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของมนุษย์ ทั้งนี้ เนื่องจากการที่มนุษย์สามารถทำการสื่อสารใด ๆ ตามความประสงค์ของตนนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งตั้งอยู่บนแนวคิด “การควบคุมหรือกำหนดตนเอง” (Personal Autonomy)⁴³⁸ หรือการกำหนดตัดสินใจในเรื่องราวเกี่ยวกับตน (Self-Determination)⁴³⁹ โดยเฉพาะในระบอบการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตยนั้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ทำให้เกิดการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน โดยที่ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นในประเด็นทางการเมือง และประเด็นสาธารณะต่าง ๆ (Public Opinion)

ดังนั้น โดยทั่วไปแล้ว การสื่อสารที่ประกอบด้วยเนื้อหาต่าง ๆ รวมทั้งการสื่อสารเรื่องราวเกี่ยวกับ ความแตกต่างในความคิดเห็นด้านเชื้อชาติ สีผิว เพศ ก็จัดว่าอยู่ภายใต้แนวคิดและหลักการของเสรีภาพในการสื่อสาร ดังนั้น การกำหนดกฎหมายหรือมาตรการใด ๆ ที่ส่งผลจำกัดเสรีภาพในการสื่อสาร โดยเฉพาะการสื่อสารสาธารณะ (Public Discourse) ก็ย่อมเป็นการส่งผลกระทบต่อเสรีภาพซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ดังกล่าว นอกจากนี้ “Hate Speech” ยังมีส่วนในการการสร้างความอดทนต่อความหลากหลายในสังคม (Tolerance of Diversity)⁴⁴⁰ ซึ่งเป็น คุณลักษณะประการหนึ่งของสังคมประชาธิปไตย

อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพในการสื่อสารดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้อื่น และคุณค่าอื่น ๆ ในสังคมประชาธิปไตย ทำให้เกิดแนวคิดและหลักกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว เพื่อให้เกิดการสร้างสมดุล ระหว่างเสรีภาพในการสื่อสารกับคุณค่าอื่น ๆ (Competing Values) เช่น การสื่อสารข้อมูลที่มีนัยยะหรือทำให้ ผู้อื่นเสื่อมเสียชื่อเสียงจะไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการสื่อสาร และมีความผิดตามกฎหมายหมิ่นประมาท⁴⁴¹

หากพิจารณาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Protected Ground, Ground of Discrimination) เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ฯลฯ ในบริบทของการสื่อสารข้อมูลและการแสดงความคิดเห็นแล้วจะพบว่า การแสดงความคิดเห็นที่ ก่อให้เกิดผลกระทบทางลบและความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวนี้ แม้ในด้านหนึ่งอาจพิจารณาว่าเป็น เสรีภาพของผู้ทำการสื่อสาร แต่ในอีกด้านหนึ่งอาจพิจารณาว่า การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวส่งผลกระทบต่อกลุ่มบุคคล ที่อยู่ในกลุ่มเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ฯลฯ ซึ่งอาจเรียกเรียกว่า กลุ่มบุคคล ที่ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นที่พึงพอใจอันมีเหตุสืบเนื่องจากเหตุแห่งความแตกต่างดังกล่าวนี้เอง (Disfavored Group) ทั้งนี้ ผลกระทบจากการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังต่อบุคคลกลุ่มดังกล่าวนี้ อาจจำแนกได้หลายประการ เช่น

⁴³⁸ From The Stanford Encyclopedia of Philosophy “Personal Autonomy by Sarah Buss” Edward N. Zalta ed., 2002 Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/personal-autonomy>

⁴³⁹ From “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment (p 325-326),” by Robert C. Post, 1991, William & Mary Law Review 32: 267

⁴⁴⁰ “Pankaj P. Umbarkar” Ibid.

⁴⁴¹ From John Murphy, “Rethinking Injunctions in Tort Law,” by John Murphy, 2007, Oxford Journal of Legal Studies, 27, 509, 518; “Defamation, Free Speech, and Democratic Governance” by Russell L. Weaver and David F. Partlett, 2005, New York Law School Law Review 50: 57.



- การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังส่งผลกระทบต่อ “ความมีศักดิ์ศรี” (Dignity)⁴⁴² ของมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของบุคคลกลุ่มที่มีความเปราะบาง (Vulnerable Group) หรือต่อบุคคลที่อยู่ในกลุ่มเสี่ยงต่อการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าว โดยบุคคลกลุ่มนี้อาจเรียกว่า กลุ่มที่ได้รับการปฏิบัติ (Disfavored Group)

- การปฏิบัติที่ทำให้เกิดความพึงพอใจน้อยกว่าคนอื่น หรือการปฏิบัติที่ทำให้เกิดการกีดกัน (Less Favorable Treatment)

นอกจากนี้ การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวนั้น ยังอาจเป็นการข่มขู่ คุกคาม (Intimidate) มิให้บุคคลกลุ่มที่มีลักษณะเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ได้แสดงความคิดเห็นของตนหรือเข้ามีส่วนร่วมในการแสดงออกหรือกิจกรรมสาธารณะ⁴⁴³ การแสดงออกหรือการมีส่วนร่วมในกระบวนการประชาธิปไตย

- การสื่อสารเพื่อยืนยันถึงเหตุแห่งความแตกต่างมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างหนึ่งอันสามารถส่งผลกระทบในด้านต่าง ๆ ต่อการแสดงออกของกลุ่มคนที่แตกต่างหรือเปราะบางนั้น รวมทั้งอาจนำไปสู่ความแตกแยกและความไม่สงบในสังคม ทำให้ภาครัฐต้องเข้ามาแทรกแซงการสื่อสารดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของกลุ่มผู้ได้รับผลกระทบและเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย เนื่องจากการสื่อสารดังกล่าวอาจนำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพด้วย

จะเห็นได้ว่า ประเด็นการจำกัด “Hate Speech” โดยกฎหมายนั้น เป็นสิ่งที่ต้องประสานระหว่างเหตุผลด้านสิทธิมนุษยชนสองเหตุผลกล่าวคือ ในด้านหนึ่งมนุษย์มีศักดิ์ศรีและเสรีภาพในการสื่อสารกับในอีกด้านหนึ่งศักดิ์ศรีของมนุษย์ควรได้รับความคุ้มครองจากการสื่อสารที่เป็นการดูหมิ่นความเป็นมนุษย์ (Dignity-as-Liberty) (Dignity-as-Constraint)⁴⁴⁴

ในการสร้างความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการสื่อสารกับการควบคุม “Hate Speech” นั้นอาจพิจารณาจากกรอบแนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งระดับของ “Hate Speech” ดังเช่นที่มินนิโซตาการได้จำแนกออกเป็น ๔ ระดับ คือ⁴⁴⁵

ระดับแรก การเลือกปฏิบัติโดยไม่เจตนา (Unintentional Discrimination) การกระทำลักษณะนี้สืบเนื่องจากทัศนคติของบุคคลที่อยู่ในกลุ่มคนส่วนใหญ่อันมีต่อคนกลุ่มน้อยที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การจำแนกความแตกต่างระหว่างคนผิวขาวกับคนผิวสี

ระดับที่สอง การเลือกปฏิบัติด้วยจิตสำนึกหรือด้วยเจตนา (Conscious Discrimination) ในระดับนี้เป็นการแสดงออกโดยการจำแนก แบ่งแยก กีดกัน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของอคติอันมีต่อบุคคลกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

⁴⁴² From “Dignity and Conflicts of Constitutional Values: The Case of Free Speech and Equal Protection (p 544-545)” by George R Wright, 2006, San Diego Law Review 43, 527

⁴⁴³ From “The Limits of Hate Speech: Does Race Matter? (p 491-502) ” by Charles J. Ogletree, Jr., 1996, Gonzaga Law Review, 32

⁴⁴⁴ From “Hate Speech in Cyberspace: Bitterness without Boundaries,” by LaShel Shaw, 2011, Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy 25

⁴⁴⁵ From “Opposing Hate Speech (p 7-9)” by Anthony JP Cortese, 2006, Westport CT: Praeger Publishers

ระดับที่สาม การกระตุ้นยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังโดยการเลือกปฏิบัติ (Inciting Discriminatory Hatred) ในระดับนี้นอกจากมีระดับของการสื่อสารที่ทำให้บุคคลกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอยู่ในสถานะที่ถูกดูหมิ่นเหยียดหยาม ลดคุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์แล้ว ยังมีลักษณะของการกระตุ้นให้บุคคลอื่นร่วมแสดงความเกลียดชังด้วย โดยเฉพาะการทำให้เกิดการกระทำกีดกันทางกายภาพต่อบุคคลกลุ่มดังกล่าว ทำให้รู้สึกหรือได้รับการปฏิบัติอันพึงพอใจน้อยกว่าในที่สาธารณะ

ระดับที่สี่ การกระตุ้นยั่วยุให้เกิดความรุนแรงโดยการเลือกปฏิบัติ (Inciting Discriminatory Violence) ในระดับนี้การสื่อสารที่แสดงความเกลียดชัง นอกจากจะกระตุ้นยั่วยุให้บุคคลอื่นแสดงความเกลียดชังต่อบุคคลกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังกระตุ้นให้เกิดการกระทำทางกายภาพ เช่น กระตุ้นให้เกิดการต่อสู้ ทำร้ายบุคคลกลุ่มดังกล่าวด้วย

ตามกรอบแนวพิจารณานี้ จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปแล้ว “Hate Speech” ในระดับแรกหรือระดับที่สองอาจอยู่ในขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยกฎหมายบางประเทศที่ให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอาจยังไม่ควบคุมในระดับนี้ แต่สำหรับ “Hate Speech” ซึ่งถึงระดับที่ก่อให้เกิดผลทางกายภาพเช่น การกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติในระดับที่สาม หรือการกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงในระดับที่สี่ ดังนั้นอาจถือได้ว่าเป็นการเกินขอบเขตของเสรีภาพในการสื่อสารซึ่งกฎหมายจำต้องเข้ามาควบคุม โดยรายละเอียดการควบคุมอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศดังจะได้ศึกษาต่อไป

ดังนั้น ในทางกฎหมายแล้ว อาจสรุปได้ว่า เหตุผลที่กฎหมายเข้ามาควบคุม Hate Speech อาจแบ่งได้ ๒ ประการ คือ

๑) เพื่อป้องกันการนำไปสู่การกระทำความผิดทางกายภาพหรือความรุนแรงในสังคม เนื่องจาก Hate Speech อาจกระตุ้นให้เกิดการกระทำรุนแรงระหว่างกลุ่มบุคคลได้

๒) เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) โดยเฉพาะกลุ่มบุคคลที่กฎหมายเห็นว่ามีความเปราะบาง (Vulnerable Group) หรือกลุ่มที่ควรได้รับการปกป้องเป็นพิเศษ

เหตุผลเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งอยู่ภายใต้กรอบแนวคิดสิทธิมนุษยชนนี้ ได้รับการรับรองโดยกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ดังจะได้อธิบายต่อไป

๔.๑๕.๔ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเกี่ยวกับ “Hate Speech”

เหตุผลที่กฎหมายเข้ามาควบคุม Hate Speech เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งอยู่ภายใต้กรอบแนวคิดสิทธิมนุษยชนนี้ ได้รับการรับรองโดยกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหลายฉบับในกรอบของสหประชาชาติ ดังจะได้ชี้ให้เห็นต่อไปนี้

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Human Rights 1948 หรือ UDHR)

ข้อ ๑๙ มีหลักว่า

“บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและแสดงออกโดยปราศจากการแทรกแซง และมีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลผ่านสื่อทุกชนิดโดยปราศจากการปิดกั้น”



กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR)

ข้อ ๑๙ มีหลักว่า

๑. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง

๒. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดเห็นทุกประเภทโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษร หรือการตีพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก

๓. การใช้สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสองของข้อนี้ ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ

(ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

(ข) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน

ข้อ ๒๐ มีหลักว่า

๑. การโฆษณาชวนเชื่อใด ๆ เพื่อการสงคราม เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย

๒. การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งยั่วให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination - CERD)

ข้อ ๔ มีหลักว่า

รัฐภาคีประณามการโฆษณาชวนเชื่อ (Propaganda) ทั้งมวลและองค์กรทั้งปวงที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็น หรือทฤษฎีของความเหนือกว่าของชนชาติหนึ่งชนชาติใด หรือของกลุ่มบุคคลตามสีผิวหรือเผ่าพันธุ์ กำเนิด หรือที่พยายามให้เหตุผลรองรับ หรือส่งเสริมความเกลียดชังระหว่างเชื้อชาติ หรือการเลือกปฏิบัติในรูปแบบใดก็ตาม และตกลงที่จะจัดให้มีมาตรการในทางบวกในทันทีที่จะจัดการกระตุ้นหรือการกระทำที่เลือกปฏิบัติ และเพื่อการนี้จะดำเนินการต่าง ๆ โดยคำนึงถึงหลักการที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและสิทธิต่าง ๆ ที่ได้ระบุในข้อ ๕ ของอนุสัญญานี้ ซึ่งรวมถึง

(ก) จะประกาศให้การเผยแพร่ความคิดเห็นที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากการแตกต่างทางเชื้อชาติ การช่วยกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และการกระทำที่รุนแรงหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำรุนแรงนั้นต่อชนเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใด หรือกลุ่มบุคคลที่มีสีผิวอื่นหรือเผ่าพันธุ์ กำเนิดอื่น ตลอดจนการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนทางการเงินต่อกิจกรรมชาตินิยม จึงเป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

(ข) จะประกาศให้องค์กร กิจกรรมจัดตั้ง และกิจกรรมโฆษณาชวนเชื่ออื่น ๆ ทั้งปวงที่ส่งเสริมและกระตุ้นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ เป็นสิ่งผิดกฎหมายและต้องห้าม และให้การเข้าร่วมในองค์กรหรือกิจกรรมเหล่านั้นเป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

(ค) จะไม่อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือขององค์กรของรัฐ ทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ส่งเสริมหรือกระตุ้นให้มีการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ

ข้อสังเกต: อนุสัญญานี้ มีผลบังคับใช้กับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๖ แต่มีการตั้งข้อสงวนในข้อ ๔ นี้ ต่อมา ในปี ๒๕๕๙ คณะรัฐมนตรีมีมติให้ถอนข้อสงวนดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้ไทยต้องพิจารณาว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่สอดคล้องกับข้อ ๔ ของอนุสัญญาหรือไม่ โดยมติคณะรัฐมนตรี มีการกล่าวว่า “...ให้กระทรวงยุติธรรมรับความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศและสำนักงานสภามันคงแห่งชาติเกี่ยวกับความพร้อมของประเทศไทยต่อการถอนข้อสงวนข้อบทที่ ๔ ของอนุสัญญา CERD ซึ่งประเทศไทยสามารถถอนข้อสงวนดังกล่าวได้โดยไม่ต้องออกกฎหมายใหม่ โดยได้อ้างอิงถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้น โดยที่กฎหมายเหล่านั้นยังไม่ได้กำหนดฐานความผิดเฉพาะตามข้อบทที่ ๔ ของอนุสัญญา CERD อีกทั้งบทลงโทษระบุเพียงกว้าง ๆ ไม่ระบุโทษที่ชัดเจนตามความผิดที่ปรากฏในอนุสัญญา CERD แต่เป็นการระบุโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการให้ร้ายและสร้างความเกลียดชัง จึงต้องอาศัยการตีความกฎหมายเหล่านั้นเป็นรายกรณีว่า รวมถึงการกระทำที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติหรือไม่...”⁴⁴⁶ จะเห็นได้ว่า จากการถอนข้อสงวนนั้นโดยหลักแล้วไทยต้องมีพันธกรณีในการตรากฎหมายโดยเฉพาะตามข้อ ๔ (ก) ซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ควบคุม “Hate speech” อย่างไรก็ดี จากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกล่าถึงกฎหมายที่มีอยู่ (Existing laws) ของไทยว่า “ยังไม่ได้กำหนดฐานความผิดเฉพาะ” และต้อง “อาศัยการตีความเป็นรายกรณีไป” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์⁴⁴⁷

อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948)

ข้อ ๓ (a) มีหลักว่า

“การยั่วยุโดยตรงและต่อสาธารณะให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์สามารถถูกลงโทษได้”

อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว (Convention on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Member of their Families - CMW)

ข้อ ๑๓ วางหลักไว้ว่า

๑. แรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัวมีสิทธิในความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง

๒. แรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัวมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็น (freedom of expression) ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการแสวงหา ได้รับข้อมูลข่าวสาร รวมทั้งแนวคิดไม่ว่ารูปแบบและสื่อใด ๆ

๓. การใช้สิทธิดังกล่าวในข้อ ๒. จะต้องอยู่ภายใต้หน้าที่และความรับผิดชอบ และต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการซึ่งจะต้องกำหนดโดยกฎหมายและมีความจำเป็น ดังต่อไปนี้

ก. เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือชื่อเสียงของผู้อื่น

ข. เพื่อป้องกันความมั่นคงของรัฐเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ หรือสุขภาพ หรือศีลธรรมของประชาชน

⁴⁴⁶ มติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๗ มิถุนายน ๒๕๕๙ สืบค้นจาก https://cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99319738

⁴⁴⁷ โปรดดูการวิเคราะห์เพิ่มเติมในภาคผนวก



ค. เพื่อป้องกันการโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับการทำสงคราม

ง. เพื่อป้องกันการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งชาติ เชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือความรุนแรง

จะเห็นได้ว่า ข้อ ๑๓ รับรองสิทธิแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว โดยให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น อย่างไรก็ตาม หลักการเกี่ยวกับ “Hate Speech” ปรากฏอยู่ในฐานะเป็นข้อยกเว้นของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น กล่าวคือ การแสดงความคิดเห็นนั้นอาจถูกจำกัดโดยกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกัน “Hate Speech” อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าเหตุของการสื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” ที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญานี้มีจำกัดเฉพาะ “ชาติ เชื้อชาติ ศาสนา” เท่านั้น ดังนั้น การสื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” ด้วยเหตุอื่น จึงไม่อยู่ภายใต้หลักการของข้อ ๑๓ กล่าวคือ จะต้องกลับไปพิจารณาหลักทั่วไปของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐาน โดยรัฐไม่สามารถตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารดังกล่าวด้วยเหตุอื่นนอกจาก “ชาติ เชื้อชาติ ศาสนา” ได้

ข้อสังเกต: อนุสัญญานี้ไทยยังไม่ได้เป็นภาคี ดังนั้น จึงไม่มีพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะต้องผูกพัน อย่างไรก็ตาม หลักการเกี่ยวกับ “Hate Speech” ตามอนุสัญญานี้สามารถนำมาพิจารณาประกอบการศึกษาการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” ของไทยได้

๔.๑๕.๕ แนวทางการตีความตราสารระหว่างประเทศในกรอบสหประชาชาติเกี่ยวกับ “Hate Speech”

จากหลักเกณฑ์ตามตราสารระหว่างประเทศในกรอบสหประชาชาติ ปรากฏการตีความที่สำคัญ ดังนี้

ความเห็นทั่วไป ที่ ๑๐ ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ⁴⁴⁸

“การใช้สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอาจถูกจำกัดได้ โดยข้อจำกัดนั้นอาจเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของบุคคลอื่น (Interests of Other Persons) หรือประโยชน์ของชุมชนโดยรวมทั้งหมด”

ความเห็นทั่วไป ที่ ๑๑ ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ⁴⁴⁹ “มาตรา ๒๐ กล่าวว่า การโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับการสงครามและการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังเกี่ยวกับชาติ เชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือความรุนแรง อาจถูกห้ามโดยกฎหมาย คณะกรรมการมีความเห็นว่า

- กรณีการโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับการสงคราม คณะกรรมการเห็นว่า ข้อจำกัดหรือการห้ามดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา ๑๙ ดังนั้น การจำกัดจะขยายไปถึงการโฆษณาชวนเชื่อทุกรูปแบบซึ่งมีลักษณะก้าวร้าวรุนแรง หรือละเมิดต่อความสงบอันขัดต่อสนธิสัญญาของสหประชาชาติ

⁴⁴⁸ From General Comment No. 10 Article 19 Freedom of Expression, Human Rights Committee (adopted 29 June 1983)

⁴⁴⁹ From General Comment No. 11 Article 20 Prohibition of Propaganda for War and Inciting National, Racial or Religious Hatred, para 2 (about the relationship between articles 19 and 20) Human Rights Committee (adopted 29 July 1983)

- กรณีการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังเกี่ยวกับชาติ เชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ คณะกรรมการเห็นว่าครอบคลุมทั้งการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ภายในและภายนอกภูมิลำเนา โดยจะต้องมีการตรากฎหมายกำหนดให้ชัดเจนว่าการโฆษณาชวนเชื่อและการสนับสนุนอย่างไรจึงขัดต่อนโยบายสาธารณะ

ข้อแนะนำทั่วไปที่ XV ของ คณะกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ⁴⁵⁰

รัฐจะต้องตรากฎหมายที่เหมาะสมและบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ การคุกคามและการกระทำรุนแรงเกี่ยวกับเชื้อชาตินั้นอาจนำไปสู่ความรุนแรงหรือความเป็นปฏิปักษ์อื่น ๆ การแทรกแซงของรัฐจึงเป็นวิธีการที่สอดคล้องกับพันธกรณีในการตอบสนองต่อเรื่องดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ ในความเห็นของคณะกรรมการนั้น การห้ามเผยแพร่แนวคิดบนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางด้านเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังนั้น ไม่ขัดแย้งกับสิทธิและเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็นตาม UDHR ข้อ ๑๙ และ CERD ข้อ ๕ เนื่องจากการที่พลเมืองจะใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หน้าที่และความรับผิดชอบด้วย ซึ่งการไม่เผยแพร่ความคิดเกี่ยวกับชาตินิยมนั้นก็จัดเป็นหน้าที่ประการหนึ่ง

ข้อแนะนำทั่วไปที่ XXX ของคณะกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ⁴⁵¹

คณะกรรมการแนะนำให้รัฐใช้มาตรการหลายประการเพื่อป้องกันการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังด้านเชื้อชาติที่มีความรุนแรง โดย

- ใช้มาตรการสำหรับต่อสู้กับทัศนคติความเกลียดชังคนต่างชาติและพฤติกรรมที่มีต่อบุคคลที่มีเชื้อพลเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังและความรุนแรง นอกจากนี้ ควรส่งเสริมให้มีความเข้าใจหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่มีเชื้อพลเมือง

- ดำเนินการต่อต้านการตีตรา การกำหนดโปรไฟล์ (Profile) การสรุปภาพเหมารวมของบุคคล (Stereotype) บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว การสืบเชื้อสาย ชาติกำเนิด การเป็นสมาชิกของกลุ่มที่มีเชื้อพลเมือง โดยเฉพาะการกระทำดังกล่าวซึ่งเกิดจากนักการเมือง นักการศึกษา สื่อมวลชน ในทางสื่อต่าง ๆ ทั้งอินเทอร์เน็ต สื่ออิเล็กทรอนิกส์ การสื่อสารเครือข่ายและในสังคมทั่วไป

จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีพันธกรณีในการดำเนินการกับ “Hate Speech” ดังเช่น ตาม ICCPR นั้น ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องบัญญัติกฎหมายห้ามการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (ข้อ ๒๐) แม้ว่าตามอนุสัญญาอื่นประเทศไทยยังอาจมีการตั้งข้อสงวนในเรื่องดังกล่าวไว้ (เช่น ข้อ ๔ ของ CERD) หรือในกรณีกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่ประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคีก็ตาม

⁴⁵⁰ From General Recommendation No. 15 Article 4: organized violence based on ethnic origin, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, (adopted 23 March 1993)

⁴⁵¹ From General Recommendation No. 30 Discrimination against Non-Citizens, Committee on the Elimination of Racial Discrimination (adopted 1 October 2004)



๔.๑๕.๖ คดีสำคัญเกี่ยวกับ “Hate Speech” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

จากกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนนั้น รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการสื่อสาร ในฐานะสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่สำคัญและเป็นหลัก แต่มีการกำหนดข้อยกเว้นบางประการสำหรับการกระทำของรัฐที่อาจกระทบเสรีภาพดังกล่าว ตัวอย่างเช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๑๙ (๓) เป็นข้อยกเว้นของ ๑๙ (๒) และข้อ ๒๐

กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนนั้น มีการบัญญัติคำว่าเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็นหรือการแสดงออกไว้อย่างชัดเจน แต่ไม่มีการระบุคำว่า “Hate Speech” ไว้โดยเฉพาะ หากพิจารณาข้อจำกัดของการแสดงความคิดเห็นตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นพบว่า จะมุ่งเน้นกรณีการสื่อสารที่ “กระตุ้น หรือ ยุยง” (Incitement) ให้ก่อให้เกิดการกระทำบางอย่าง เช่น การเลือกปฏิบัติ ความรุนแรง

สำหรับการตีความข้อ ๒๐ นั้น ในปี ค.ศ. ๒๐๑๑ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Human Rights Committee) เผยแพร่ความเห็นทั่วไปเกี่ยวกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (General Comment No. 34 on the ICCPR) ให้เหตุผลว่า Hate Speech ในหลายกรณีนั้นยังไม่น่าจะมีความร้ายแรงถึงระดับในข้อ ๒๐

ในปี ค.ศ. ๒๐๑๒ Frank La Rue ผู้ตรวจการพิเศษแห่งสหประชาชาติว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการแสดงออกได้เสนอรายงานต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ครั้งที่ ๖๗ ในวันที่ ๗ กันยายน ๒๐๑๒ ในประเด็นการตีความ “การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง” (Incitement to Hatred) ตามข้อ ๒๐ (๒) ว่า

“การรณรงค์ด้วยความเกลียดชังบนพื้นฐานของสัญชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนานั้นยังไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน แต่การรณรงค์ดังกล่าวจะเป็นการละเมิดเมื่อมีการยั่วยุให้เกิดการดูถูกเหยียดหยาม ความเป็นศัตรู หรือความรุนแรง หรือเมื่อผู้พูดพยายามปลุกเร้าให้เกิดการตอบสนองในหมู่ผู้ฟัง

เนื่องจากข้อ ๒๐ (๒) ใน ICCPR ได้ระบุว่า การรณรงค์ด้วยความเกลียดชังทางสัญชาติ เชื้อชาติหรือศาสนาเพื่อยั่วยุให้เกิดการดูถูกเหยียดหยาม ความเป็นศัตรู หรือความรุนแรงสามารถถูกจำกัดได้ตามกฎหมาย จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำให้เกิดความเข้าใจในการให้นิยามของคำศัพท์ที่ใช้เพื่อป้องกันการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างผิดวัตถุประสงค์ การตีความนี้ประกอบไปด้วย ๓ องค์ประกอบหลัก คือ

- ๑) การรณรงค์ให้เกิดความเกลียดชังเท่านั้นที่เข้าข่ายละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ
- ๒) ความเกลียดชังนั้นต้องเป็นผลมาจากการรณรงค์ซึ่งประกอบด้วยการยั่วยุ มากกว่าที่จะเป็นการยั่วยุเพียงอย่างเดียว
- ๓) การยั่วยุนั้นต้องนำไปสู่ผลลัพธ์หนึ่งในสามประการ นั่นคือการดูถูกเหยียดหยาม ความเป็นศัตรู และความรุนแรง

จากนิยามข้างต้น การรณรงค์ด้วยความเกลียดชังบนพื้นฐานของชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนานั้นไม่ใช่การละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วยตัวของมันเอง การรณรงค์นั้นจะกลายเป็นการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศก็ต่อเมื่อการรณรงค์นั้นประกอบด้วยการยั่วยุให้เกิดการดูถูกเหยียดหยาม ความเป็นศัตรู หรือความรุนแรง หรือเมื่อผู้พูดพยายามปลุกเร้าให้เกิดการตอบสนองในหมู่ผู้ฟัง”

ตัวอย่างคดีสำคัญ ได้แก่ วันที่ ๑๙ สิงหาคม ค.ศ. ๒๐๐๐ กลุ่มที่ใช้ชื่อว่า Bootboys จัดงานเดินขบวนรำลึกถึง Rudolf Hess ผู้นำลำดับที่สามของนาซี รองจากอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ และเกอร์มัน แฮร์ริง ไกล์กับออสโล เมืองหลวงของประเทศนอร์เวย์ ผู้เข้าร่วมเดินขบวนทั้ง ๓๘ คนแต่งตัวด้วยชุดทหาร โดยมี Terje Sjolie เป็นผู้นำขบวนและผู้จัดงาน เมื่อกลุ่ม Bootboys เดินขบวนไปถึงจัตุรัสในเมือง Terje Sjolie ได้กล่าวสุนทรพจน์ที่มีความสำคัญว่า

“เรามาชุมนุมกันที่นี่เพื่อเป็นเฉลิมฉลองให้กับความกล้าหาญของวีรบุรุษ รูดอล์ฟ เฮสส์ ผู้ปกป้องรักษาเยอรมันและยุโรปจากลัทธิบอลเชวิคและยิวในช่วงสงครามโลกครั้งที่ ๒ ในขณะที่เรายืนอยู่ที่นี่ ชาวยิวและคอมมิวนิสต์มากกว่า ๑๕,๐๐๐ คนกำลังชุมนุมเพื่อต่อต้านเสรีภาพในการพูดและเผ่าพันธุ์คนผิวขาว ในทุก ๆ วัน พวกผู้อพยพพลัน ช่มชืดและฆ่าชาวนอร์เวย์ในทุก ๆ วัน ประเทศนี้กำลังถูกแย่งชิงและทำลายโดยชาวยิว ซึ่งสร้างความมั่งคั่งของประเทศเราและแทนที่ด้วยความคิดที่ผิดแผกไปจากความเป็นนอร์เวย์ ที่ผ่านมามีเราถูกห้ามไม่ให้เดินขบวนในออสโลถึงสามครั้ง ในขณะที่พวกคอมมิวนิสต์ไม่แม้แต่จะต้องขออนุญาต นี่หรือคือเสรีภาพในการพูด? นี่หรือคือประชาธิปไตย? ท่านผู้นำที่เคารพของเรา อดอล์ฟ ฮิตเลอร์และรูดอล์ฟ เฮสส์ นั่งอยู่ในคุกเพราะสิ่งที่พวกเขาเชื่อ พวกเราจะไม่ละทิ้งหลักการและความพยายามของพวกเขา ในทางตรงกันข้าม พวกเราจะเดินตามรอยฮิตเลอร์และเฮสส์ พวกเราจะต่อสู้ในสิ่งที่พวกเราเชื่อ ด้วยการสร้างนอร์เวย์ขึ้นมาในแบบชาตินิยม-สังคมนิยม”

ภายหลังการเดินขบวน มีรายงานว่ามีการจู่โจมรุนแรงอย่างต่อเนื่อง เช่น เด็กวัย ๑๕ ปี ลูกครึ่งกานา-นอร์เวย์ถูกแทงเสียชีวิตโดยสมาชิกกลุ่ม Bootboys สามคน หลังการเดินขบวนของกลุ่ม Bootboys ซึ่งผู้เห็นเหตุการณ์จำนวนหนึ่งได้เข้าแจ้งความกับตำรวจ เดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๐๑ Terje Sjolie ถูกแจ้งข้อหาละเมิดกฎหมายอาญามาตรา 135 a ของนอร์เวย์ ซึ่งห้ามไม่ให้บุคคลกระทำการข่มขู่ เหยียดหยาม หรือทำให้เกิดความเกลียดชัง ก่อวุ่นวาย หรือเหยียดหยามบุคคลหรือกลุ่มคน เนื่องจากความเชื่อ เชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ หรือชาติพันธุ์ มีโทษปรับหรือจำคุกไม่เกินสองปี ต่อมา ในเดือนมีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๑ ศาลชั้นต้นได้ยกฟ้อง แต่ศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษาว่า Terje Sjolie มีความผิด เนื่องจากสุนทรพจน์ของ Terje Sjolie ยอมรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว ซึ่งถือว่ามีความผิดตามมาตรา 135 a ต่อมา ศาลฎีกาได้กลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ว่า Terje Sjolie ไม่มีความผิด โดยให้เหตุผลว่าการลงโทษการยอมรับลัทธินาซีจะนำไปสู่การแบนองค์กรนาซี ซึ่งศาลพิจารณาว่าเป็นการกระทำเกินกว่าเหตุและอาจจะละเมิดเสรีภาพในการพูด ซึ่งได้รับการรับรองในมาตรา ๑๐๐ ของรัฐธรรมนูญนอร์เวย์ เสียงส่วนใหญ่ของคณะผู้พิพากษาเห็นว่าเนื้อหาในสุนทรพจน์เป็นการพูดโน้มน้าวใจตามแบบลัทธินาซี และไม่มีสิ่งใดเกินเลยไปกว่าการแสดงความคิดเห็นแบบสังคมนิยมชาตินิยม ไม่เพียงพอที่จะสรุปว่าสุนทรพจน์นี้แสดงการยอมรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง และแม้ว่าสุนทรพจน์นี้จะมีลักษณะไม่เป็นมิตรและคุกคาม แต่ไม่ปรากฏว่ามีการข่มขู่ในเนื้อหาของสุนทรพจน์ หรือการชี้แนะให้เกิดการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ

ต่อมา กลุ่มชาวยิวในออสโลและพันธมิตรได้ส่งเรื่องร้องเรียนไปยังคณะกรรมการเพื่อกำจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติแห่งสหประชาชาติ (UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination) หรือ CERD ว่ารัฐนอร์เวย์ละเมิดสิทธิของพวกตนตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (International Convention on the Elimination of Racial Discrimination) ในปี ค.ศ. ๒๐๐๕ CERD มีความเห็นว่าหลักการที่ว่าด้วยเสรีภาพในการพูดจะได้รับการคุ้มครองในระดับต่ำ เมื่อเสรีภาพในการพูดนั้นเป็นประเด็นการเหยียดเชื้อชาติและคำพูดที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง และการจำกัดความคิดที่มีรากฐานอยู่บน



การแสดงความเห็นอกว่าทางเชื้อชาตินั้นไม่ละเมิดสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการแสดงออก การจำกัดเสรีภาพในการพูดในบริบทของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติไม่ถือเป็นการลดทอนความหมายของหลักการเสรีภาพในการแสดงออกแต่อย่างใด เนื่องจากกลไกสิทธิมนุษยชนระดับนานาชาติได้รับรองความเป็นไปได้ที่จะจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกในบางสถานการณ์ CERD เห็นว่าแถลงการณ์ของ Terje Sjolie ที่มีลักษณะคุกคามอย่างชัดเจนไม่ได้รับการคุ้มครองเนื่องจากข้อยกเว้นที่กล่าวมา จากคดีนี้จะเห็นได้ว่าการให้น้ำหนักกับการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังมากกว่าเสรีภาพในการสื่อสาร

๔.๑๕.๗ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค

สำหรับความตกลงระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคที่เกี่ยวข้องกับ “Hate Speech” มีตัวอย่างเช่น

➤ สนธิสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (American Convention on Human Rights)

ข้อ ๑๓ วางหลัก รับรองเสรีภาพในความคิดเห็นและการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น (๑๓.๑)

อย่างไรก็ตาม รัฐอาจมีข้อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ เช่น ในกรณีการเซ็นเซอร์ซึ่งสามารถตรากฎหมายได้เฉพาะในกรณีมีวัตถุประสงค์คุ้มครองเด็กและวัยรุ่น (๑๓.๔) นอกจากนี้ รัฐยังอาจตรากฎหมายกำหนดความผิดสำหรับการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดการทำสงคราม การสนับสนุนใด ๆ ให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งมีส่วนกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ในลักษณะดังกล่าวต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลด้วยเหตุเกี่ยวกับเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา ชาติกำเนิด (๑๓.๕)

➤ สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนแอฟริกา (African Charter on Human and Peoples' Rights)

ข้อ ๙ รับรองสิทธิของปัจเจกชนในการรับข้อมูลข่าวสาร แสดงออกและเผยแพร่ความคิดเห็นของตนภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสนธิสัญญานี้มิได้กล่าวถึง “Hate Speech” ไว้อย่างชัดเจน แต่การสื่อสารที่สร้างความเกลียดชังอาจมีข้อจำกัดได้ภายใต้ “ขอบเขตของกฎหมาย”

➤ อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights หรือ ECHR)

ข้อ ๑๐ วางหลักคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รวมทั้งเสรีภาพในการได้รับข้อมูลข่าวสาร โดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ อย่างไรก็ตาม เสรีภาพดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้หน้าที่และความรับผิดชอบ กล่าวคือ “รัฐอาจมีการจำกัดเสรีภาพนี้โดยตรากฎหมายซึ่งมีความจำเป็นตามระบอบประชาธิปไตย เพื่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของสาธารณะ การป้องกันความไม่สงบหรืออาชญากรรม การป้องกันสุขภาพหรือศีลธรรม การปกป้องชื่อเสียงหรือสิทธิผู้อื่น...”

แม้ว่าข้อ ๑๐ นี้มิได้กล่าวถึง “Hate Speech” ไว้อย่างชัดเจน แต่การสื่อสารที่สร้างความเกลียดชังอาจจัดอยู่ในความหมายของการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความไม่สงบได้

ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับ Hate Speech ของยุโรปตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป มาตรา ๑๐ นั้น ศาลจะพิจารณาคดีประกอบ ๔ ประการ ได้แก่ มีการแทรกแซงการแสดงความคิดเห็นหรือไม่ การแทรกแซงนั้นมีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่ กฎหมายดังกล่าวเป็นไปด้วยวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามสนธิสัญญาหรือไม่ การแทรกแซงนั้นจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยหรือไม่

๔.๑๕.๘ คดีสำคัญเกี่ยวกับ “Hate Speech” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค

ในส่วนนี้จะได้ชี้ให้เห็นคดีเกี่ยวกับ Hate Speech ที่ตัดสินโดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights หรือ ECHR) คดีส่วนมากแสดงให้เห็นถึงกรณีที่ผู้ร้องซึ่งกระทำการสื่อสารแสดงความเกลียดชังต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่น และถูกลงโทษตามกฎหมายภายในของประเทศนั้น ECHR วินิจฉัยคดีโดยการพิจารณาจากหลักของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป มาตรา ๑๐ ที่วางหลักคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสาร โดยมีข้อยกเว้นเกี่ยวกับ “Hate Speech” คดีตัวอย่างของ ECHR เช่น⁴⁵²

- Pavel Ivanov v. Russia 20/02/2007 ผู้ร้องเป็นเจ้าของและบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ ถูกตัดสินโทษตามกฎหมายภายในว่ามีความผิดฐานกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังเกี่ยวกับเชื้อชาติ และศาสนา โดยการใช้สื่อสารสาธารณะ เนื่องจากผู้ร้องพิมพ์เผยแพร่บทความเกี่ยวกับชาวยิวในรัสเซีย เรียกร้องให้กีดกันชาวยิวออกจากสังคม ศาลเห็นว่าการกระทำของผู้ร้องเกี่ยวข้องกับการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุเชื้อชาติ ซึ่งขัดแย้งกับคุณค่าที่อนุสัญญานี้มุ่งคุ้มครอง โดยเฉพาะความอดทน ความสงบของสังคม และการไม่เลือกปฏิบัติ
- Garaudy v. France 24 June 2003 ผู้ร้องเป็นผู้เขียนหนังสือ The Founding Myths of Modern Israel ถูกตัดสินตามกฎหมายภายในว่ามีความผิดฐานกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ผู้ร้องอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ศาลเห็นว่าเนื้อหาที่ผู้ร้องเผยแพร่มีลักษณะเป็นการปฏิเสธว่าไม่เคยมีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) ซึ่งเป็นกรณีเนื้อหากระตุ้นให้เกิดความเกลียดชัง การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานของสนธิสัญญานี้ ดังนั้น ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิอ้างเสรีภาพในการสื่อสารตามข้อ ๑๐
- M’Bala M’Bala v. France 20 October 2015 ผู้ร้องเป็นนักแสดงตลก โดยได้ทำการแสดงที่มีเนื้อหาทำให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุเชื้อชาติ (ชาวยิว) ผู้ร้องอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ศาลเห็นว่าการแสดงฉากที่พิพาทนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นเพียงความบันเทิง แต่มีลักษณะเช่นเดียวกับการประชุมทางการเมือง โดยมีเนื้อหาทางการเมืองซ่อนอยู่ในรูปแบบของการแสดงตลก เนื้อหาดังกล่าวเป็นการลดคุณค่าของชาวยิวที่เป็นเหยื่อของการสื่อสารดังกล่าว จึงมิใช่การแสดงที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของข้อ ๑๐ แต่เป็นการแสดงความเกลียดชัง (การปฏิเสธว่าไม่เคยมีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) โดยแฝงหรือซ่อนอยู่ในรูปของการแสดงออกซึ่งงานศิลปะเท่านั้น (Disguised as an artistic production)
- Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands 11 October 1979 ผู้ร้องเผยแพร่ใบปลิวมีข้อความมุ่งหมายให้บุคคลที่มีเชื้อคนผิวขาวออกไปจากเนเธอร์แลนด์ คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธิอ้างข้อ ๑๐ ว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อเผยแพร่แนวคิดซึ่งมีลักษณะเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ

⁴⁵² European Court of Human Rights. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng#>



• *Norwood v. the United Kingdom* 16 November 2004 ผู้ร้องแสดงป้ายที่หน้าต่างของตนเอง มีข้อความเกี่ยวกับการขับไล่ชาวมุสลิมออกไปจากอังกฤษ ผู้ร้องถูกตัดสินโทษว่ากระทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อกลุ่มศาสนา ผู้ร้องอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามสนธิสัญญา ศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมุ่งโจมตีกลุ่มศาสนา เชื่อมโยงกลุ่มทั้งหมดกับการก่อการร้าย ซึ่งขัดแย้งกับคุณค่าที่ได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญา โดยเฉพาะการอดทน ความสงบของสังคม และการไม่เลือกปฏิบัติ จึงไม่สามารถอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามข้อ ๑๐ ได้

• *Gündüz v. Turkey*⁴⁵³ ผู้ร้องเป็นผู้นำนิกายหนึ่งในศาสนาอิสลาม ถูกตัดสินลงโทษจำคุกฐานกระทำการกระตุ้นให้กระทำความผิดและกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุศาสนา จากข้อความที่เผยแพร่ในสื่อมวลชน ECHR ตัดสินว่า โทษที่ผู้ร้องได้รับ (จำคุก ๔ ปี สองเดือนและปรับ) ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายในการป้องกันการกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงและการกระทำความผิด การที่โทษของจำเลยสูงขึ้นเพราะกระทำผ่านสื่อเป็นโทษที่รุนแรง อย่างไรก็ตาม ECHR ก็ยังอธิบายว่า โทษตามกฎหมายภายในยังมีความจำเป็นในการป้องปรามการกระทำที่มีระดับเกินไปกว่าความอดทนได้ (Intolerable) ซึ่งขัดแย้งกับหลักการพหุสังคมในระบอบประชาธิปไตย

• *Vejdeland and Others v. Sweden* (09.02.2012)⁴⁵⁴ คดีนี้ผู้ร้องถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานเผยแพร่เอกสารที่มีเนื้อหาก้าวร้าวต่อกลุ่มรักร่วมเพศเดียวกัน (Homosexuals) โดยผู้ร้องเป็นสมาชิกองค์กรเยาวชน (National Youth) และนำเอกสารไปใส่ไว้ในตู้ล็อกเกอร์ของนักเรียน ข้อความเนื้อหาในเอกสารเป็นการโจมตีการรักร่วมเพศเดียวกัน เช่น “ทำลายศีลธรรมของสังคม” “เป็นเหตุให้เกิดโรค HIV AIDS” ECHR พิจารณาจากเนื้อหาในเอกสารแล้วเห็นว่าเป็นการกล่าวหาอย่างรุนแรงด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติ การที่กฎหมายภายในลงโทษผู้ร้องจึงไม่ฝ่าฝืนเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามข้อ ๑๐ การที่รัฐแทรกแซงการแสดงความคิดเห็นของผู้ร้องนี้มีความจำเป็นต่อสังคมประชาธิปไตยในการคุ้มครองชื่อเสียงของผู้อื่น

• *Affaire Faruk Temel C. Turquie v. Turkey*⁴⁵⁵ ผู้ร้องเป็นนักการเมือง ได้แถลงการณ์ต่อสื่อในการประชุมพรรค มีเนื้อหากล่าวโจมตีสหรัฐอเมริกาในการแทรกแซงอิรักและการจับกุมผู้นำองค์กรก่อการร้าย นอกจากนี้ยังวิพากษ์วิจารณ์การหายตัวไปของบุคคลในความควบคุมของตำรวจ ผู้ร้องถูกดำเนินคดีฐานเผยแพร่การโฆษณาชวนเชื่อ ผู้ร้องจึงอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ECHR เห็นว่า กรณีนี้รัฐละเมิดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามข้อ ๑๐ เนื่องจากผู้ร้องกล่าวในฐานะนักการเมืองฝ่ายค้าน แสดงความเห็นต่อประเด็นซึ่งอยู่ในความสนใจของสาธารณะ เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วเนื้อหาที่กล่าวมาได้กระตุ้นให้ผู้อื่นใช้ความรุนแรงหรือการใช้กำลังอาวุธ จึงไม่ถึงขนาดเป็น “Hate Speech”

จากคดีที่ได้ศึกษามาข้างต้น พบว่า ข้ออ้างหลักของผู้ร้องก็คือ ตนมีเสรีภาพในการสื่อสาร และการที่กฎหมายภายในรัฐลงโทษการสื่อสารของตนนั้นขัดต่อข้อ ๑๐ ในการซึ่งน้ำหนักว่ากรณีนั้นอยู่ภายใต้ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเป็น “Hate Speech” ที่เกินขอบเขตและรัฐสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้นั้น จากคดีต่าง ๆ พบว่า ในการพิจารณาของ ECHR นั้นมีเกณฑ์พิจารณาจากองค์ประกอบสำคัญ ๔ ประการ ได้แก่

⁴⁵³ Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23973>

⁴⁵⁴ Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3837416-4406280>

⁴⁵⁵ Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103141>

- ✓ มีการแทรกแซงการแสดงความคิดเห็นหรือไม่
- ✓ การแทรกแซงนั้นมีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่
- ✓ กฎหมายดังกล่าวเป็นไปด้วยวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามสนธิสัญญาหรือไม่
- ✓ การแทรกแซงนั้นจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยหรือไม่

จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายเกี่ยวกับ Hate Speech นั้นมิได้มอง Hate Speech เป็นอาชญากรรมและมองผู้กระทำเป็นอาชญากรที่ต้องลงโทษอย่างรุนแรง ศาลเห็นว่าโทษอาญาต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักกับความได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของการกำหนดโทษนั้น ซึ่งก็คือการป้องปรามมิให้เกิดการกระตุนอันนำไปสู่ความรุนแรง

๔.๑๕.๙ กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ “Hate Speech”

๔.๑๕.๙.๑ กฎหมายออสเตรเลีย

กฎหมายเกี่ยวกับ Hate Speech ของออสเตรเลียในระดับรัฐบาลกลาง ปรากฏในพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ (Racial Discrimination Act 1975) ซึ่งกำหนดความผิดสำหรับ “การกระทำอันเป็นการรุกราน ดูหมิ่น ทำให้ด้อยค่า ช่มชู้ บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลอื่น โดยการกระทำนั้นได้กระทำลงไปด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ หรือถิ่นกำเนิดของผู้อื่น หรือบุคคลบางคนในกลุ่มบุคคลนั้น”⁴⁵⁶ แต่การกระทำในลักษณะส่วนตัว (private) ไม่อยู่ในองค์ประกอบความผิดนี้

ศาลออสเตรเลียได้พิจารณาคดีตามกฎหมายดังกล่าวในการเผยแพร่ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ (คดี Jones v. Töben) ซึ่งเป็นคดีที่จำเลยได้เผยแพร่ข้อมูลบนเว็บไซต์ของจำเลยมีเนื้อหาปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในสมัยสงครามโลกครั้งที่ ๒ (Holocaust denial) ศาลสหพันธรัฐ (Federal Court) ตัดสินว่าการเผยแพร่เนื้อหาดังกล่าวบนเว็บไซต์โดยไม่มีการกำหนดรหัสผ่าน (ผู้ใดก็สามารถเข้าถึงเนื้อหาได้) เป็นการกระทำการสื่อสารต่อสาธารณะ (Public Act) จึงเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาลยังได้มีคำสั่งให้จำเลยนำเนื้อหาข้อมูลดังกล่าวออกจากเว็บไซต์ด้วย⁴⁵⁷

สำหรับหน่วยงานที่มีอำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับเนื้อหาข้อมูลที่เป็น “Hate Speech” บนอินเทอร์เน็ตนั้น พบว่า คณะกรรมการการสื่อสารและสื่อของออสเตรเลีย (The Australian Communications and Media Authority หรือ ACMA) ไม่มีอำนาจครอบคลุมถึงกรณีเนื้อหาลักษณะนี้ ดังนั้น การบังคับตามกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเนื้อหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตจึงต้องนำคดีมาฟ้องศาล นอกจากกระบวนการตามกฎหมายแล้ว ผู้ให้บริการเอกชนก็มีบทบาทในการควบคุม Hate Speech เช่น กูเกิลออสเตรเลียได้รับคำร้องขอให้นำเนื้อหาเกี่ยวกับ Hate Speech ที่ฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติของออสเตรเลียออกจากผลการค้นหา⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ Racial Discrimination Act 1975, §18C, Retrieved from http://austlii.law.uts.edu.au/au/legis/cth/consol_act/rda1975202/s18c.html

⁴⁵⁷ From “Jones v. Töben: Racial Discrimination on the Internet” October 2002. Retrieved from http://www.galexia.com/public/research/articles/research_articles-art22.html#fn357

⁴⁵⁸ From Chilling Effects “Google Removal Complaint: Section 18C of Australia’s Racial Discrimination Act of 1975” May 5, 2006. Retrieved from <http://www.chillingeffects.org/international/notice.cgi?NoticeID=4266>



กฎหมายระดับมลรัฐ

จากการศึกษากฎหมายในระดับมลรัฐพบว่า มีหลายมลรัฐในออสเตรเลียที่ตรากฎหมายเฉพาะควบคุม “Hate Speech” แม้ว่าจะไม่ได้ใช้คำว่า “Hate Speech” โดยตรงก็ตาม โดยอาจเรียกว่าการให้ร้าย “Vilification” หรือ การกระตุ้นยั่ว “Incitement” แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาแล้วพบว่าเป็นการกำหนดหลักการห้ามการกระทำหรือการสื่อสารที่กระตุ้นยั่วให้เกิดความเกลียดชังบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ แนวทางการกำหนดกฎหมายเฉพาะในระดับมลรัฐอาจจำแนกได้ ๒ กลุ่ม ดังนี้

๑. การกำหนดหลักการเกี่ยวกับ “Hate Speech” ไว้ในกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจเรียกว่าพระราชบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติ หรือพระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันทางโอกาส เช่น

เขตปกครองเมืองหลวงออสเตรเลีย (Australian Capital Territory) มีพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Act 1991) วางหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือสถานการณ์ติดเชื้อ HIV

มลรัฐ New South Wales มีพระราชบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Act 1977) วางหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การรักร่วมเพศ หรือสถานการณ์ติดเชื้อ HIV

มลรัฐ Queensland มีพระราชบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Act 1991) วางหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ ศาสนา

มลรัฐ Tasmania มีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equal Opportunity Act 1998) วางหลักห้ามการกระทำอันส่งผลให้เกิดความเกลียดชัง (incitement of hatred) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ความพิการ รสนิยมทางเพศ กิจกรรมทางเพศที่ถูกกฎหมาย ความเชื่อทางศาสนา

๒. การกำหนดหลักการเกี่ยวกับ “Hate Speech” ไว้ในกฎหมายเฉพาะ เช่น มลรัฐ Victoria มีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equal Opportunity Act 2010) ซึ่งไม่มีหลักการเกี่ยวกับ “Hate Speech” แต่มีการตราพระราชบัญญัติเฉพาะเรียกว่า พระราชบัญญัติการยอมรับในเชื้อชาติและศาสนา (Racial and Religious Tolerance Act, 2001) วางหลักห้ามการกระทำอันเป็นการกระตุ้นหรือยั่วให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุเชื้อชาติและศาสนา

หากเปรียบเทียบกับนิวซีแลนด์ จะเห็นได้ว่า นิวซีแลนด์มีกลไกทางกฎหมายเกี่ยวกับกรณี Hate Speech แบ่งออกตามกฎหมาย ๒ ฉบับ ได้แก่

- กฎหมายสิทธิมนุษยชน วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา อายุ ความพิการ รสนิยมทางเพศ มาตรา ๒๑ (๑) ของกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Right Act 1993)⁴⁵⁹
- กฎหมายภาพยนตร์ ทัศน และ การจำแนกประเภทสิ่งพิมพ์ (the Films, Videos, and Publication Classifications Act 1993, มาตรา 3 e)⁴⁶⁰ กฎหมายนี้วางหลักห้ามการเผยแพร่วัตถุใด ๆ ซึ่งแสดงออกไม่ว่าทางตรงหรือโดยปริยาย ว่าสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งในสังคมมีความด้อยกว่ากลุ่มอื่น ด้วยเหตุผลที่อยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามมาตรา ๒๑ (๑) ของกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Right Act 1993)

⁴⁵⁹ Human Rights Act 1993, §21(1). Retrieved from <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0082/latest/DLM304475.html>

⁴⁶⁰ From Films, Videos, and Publication Act 1993, §3e. Retrieved from <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/reprint/text/2005/se/042se3.html>

๔.๑๕.๙.๒ กฎหมายแคนาดา

แคนาดามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารความเกลียดชัง (Hate Speech) ซึ่งอาจจำแนกได้ ดังนี้

๑. กฎหมายอาญา (The Criminal Code) กำหนดความผิดที่เกี่ยวข้องกับ “Hate Speech” โดยเรียกว่า การโฆษณาชวนเชื่อก่อความเกลียดชัง (Hate propaganda) ทั้งนี้ โดยแยกฐานความผิดออกเป็นกรณีย่อยดังต่อไปนี้

๑.๑ การยุยงส่งเสริมให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Advocating genocide) ซึ่งปรากฏในมาตรา ๓๑๘ โดยกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ว่า “บุคคลใดซึ่งสนับสนุนหรือส่งเสริมให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)” โดยกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน ๕ ปี สำหรับกระทำความผิดนี้ สำหรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) กฎหมายนิยามว่าหมายถึง⁴⁶¹

“การกระทำใด ๆ ดังต่อไปนี้ที่มุ่งทำลายล้าง ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนต่อกลุ่มที่ระบุเจาะจง (Identifiable group)”⁴⁶²

- การฆ่าสมาชิกของกลุ่มนั้น หรือ
- การจงใจกระทำต่อเงื่อนไขเกี่ยวกับชีวิตของกลุ่มนั้นอันนำไปสู่การทำลาย

ทางกายภาพ

๑.๒ การกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังต่อสาธารณะ (Public incitement of hatred) ซึ่งกฎหมายกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ว่า “บุคคลที่สื่อสารกับผู้อื่นในที่สาธารณะใดๆ อันเป็นการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มที่ระบุเจาะจงได้ โดยการกระตุ้นเช่นนั้นมึลักษณะที่น่าจะนำไปสู่การละเมิดต่อความสงบ มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือมีความผิดไม่ร้ายแรงที่อาจตัดสินโทษอย่างรวบรัด (Summary conviction)”⁴⁶³

๑.๓ การจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชัง (Wilful promotion of hatred) ซึ่งกฎหมายกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ว่า “บุคคลที่ทำการสื่อสารอันมิใช่การสื่อสารส่วนบุคคล ด้วยความจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มที่ระบุเจาะจงได้ มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือมีความผิดไม่ร้ายแรงที่อาจตัดสินโทษอย่างรวบรัด (Summary conviction)”⁴⁶⁴

อย่างไรก็ตาม ในกรณีการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังต่อสาธารณะ และการจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชังนั้น กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นความผิดสำหรับกรณีที่การสื่อสารนั้นเป็นความจริง หรือเป็นการกระทำโดยสุจริตในการแสดงความเห็นบนพื้นฐานความเชื่อทางศาสนา หรือเป็นการแสดงความเห็นเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ การอภิปรายเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยมีเหตุอันควรเชื่อว่าข้อมูลนั้นเป็นความจริง หรือเป็นการกระทำโดยสุจริตด้วยความมุ่งหมายที่จะขจัดความรู้สึกเกลียดชังต่อกลุ่มที่ระบุเจาะจงในแคนาดา⁴⁶⁵

⁴⁶¹ มาตรา ๓๑๘ (๒)

⁴⁶² มาตรา ๓๑๘ (๔) นิยามความหมายของกลุ่มที่ระบุเจาะจง (Identifiable group) ไว้ว่า หมายถึง กลุ่มในสังคมที่สามารถจำแนกความแตกต่างได้จาก สีผิว เชื้อชาติ ศาสนา รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการทางจิตหรือกาย

⁴⁶³ มาตรา ๓๑๘ (๑)

⁴⁶⁴ มาตรา ๓๑๘ (๒)

⁴⁶⁵ มาตรา ๓๑๘ (๓)



ตัวอย่างของคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนี้ เช่น ในมลรัฐ Saskatchewan จำเลย (David Ahenakew) ถูกฟ้องว่ามีเจตนากระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังในคำกล่าวของเขาเกี่ยวกับชาวอินเดียน แต่ผู้พิพากษา Wilfred Tucker เห็นว่าแม้การกระทำของจำเลยจะเป็นการสื่อสารที่น่ารังเกียจ (disgusting) และไม่เป็นความจริง แต่การกระทำของเขายังไม่ถึงขนาดที่จะกระตุ้นหรือก่อให้เกิดความเกลียดชัง⁴⁶⁶ ในคดี Canada (Human Rights Commission) v. Taylor (1990)⁴⁶⁷ ศาลสูงสุดตัดสินว่าการโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับความเกลียดชังคือการแสดงออกที่มีเจตนาเผยแพร่ความรู้สึกสับสนประมาทหรือเป็นปฏิปักษ์ (opprobrium or enmity) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา⁴⁶⁸

สำหรับประเด็นที่ว่า กฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาชวนเชื่อก่อความเกลียดชัง (hate propaganda) นั้น จะเป็นการขัดแย้งกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานสำคัญ อันได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ (Canadian Charter of Rights and Freedoms) หรือไม่นั้น เห็นได้จากคดี R v. Keegstra (1990)⁴⁶⁹ ซึ่งศาลตัดสินว่า กฎหมายนี้โดยหลักแล้วเป็นการสกัดกั้นการแสดงออกซึ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควร มีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและมีขอบเขตที่จำกัด สำหรับเนื้อหาการสื่อสารที่ถูกจำกัดนั้นเป็นการสื่อสารความเกลียดชัง ซึ่งเมื่อชั่งน้ำหนักกับเสรีภาพในการสื่อสารแล้วจะเห็นได้ว่าการสื่อสารดังกล่าวมีคุณค่าน้อยที่จะได้รับการคุ้มครอง

๒. กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canadian Human Rights Act) กำหนดห้าม การเลือกปฏิบัติโดยมีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายห้าม ได้แก่ เชื้อชาติ สัญชาติ สีผิว ศาสนา อายุ เพศ รสนิยมทางเพศ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีอำนาจดำเนินการบังคับใช้กฎหมายนี้ ตัวอย่างคดีการสื่อสารแสดงความเกลียดชังที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนี้ มีดังนี้

- เว็บไซต์มีเนื้อหาข้อมูลวิพากษ์วิจารณ์ชาวโรมา ยิว มุสลิม คนรักเพศเดียวกัน คนผิวสี คนอาหรับ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีคำสั่งให้ดำเนินการนำเนื้อหาดังกล่าวออกจากเว็บไซต์⁴⁷⁰
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าผู้เสียหายซึ่งเป็นลูกจ้างถูกวิจารณ์ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งถูกพักงานอันเป็นผลจากการร้องเรียนการเลือกปฏิบัติต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน⁴⁷¹
- สภาอิสลามในแคนาดายื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออนแทรีโอ ในกรณีการสื่อสารความเกลียดชังในนิตยสาร (Maclean's Magazine) ซึ่งมีเนื้อหาเหยียดหยามชาวมุสลิม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออนแทรีโอยกคำร้องด้วยเหตุเกี่ยวกับเขตอำนาจในการพิจารณาคำร้อง (Jurisdiction)⁴⁷²

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีคำสั่งให้ผู้ถูกร้องเรียนยุติการโพสต์ข้อมูลในอินเทอร์เน็ตที่มีลักษณะก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและให้ชำระค่าปรับ ๖๐๐๐ เหรียญ⁴⁷³

⁴⁶⁶ From Judge finds Ahenakew not guilty in 2nd hate trial" CBC (23 February 2009) Archived from the original on February 24, 2009

⁴⁶⁷ Canada (Human Rights Commission) v. Taylor, [1990] 3 S.C.R. 892 at 902,

⁴⁶⁸ <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1990/1990rcs3-892/1990rcs3-892.pdf>

⁴⁶⁹ From "R v. Keegstra, [1990]" 3 S.C.R. 69

⁴⁷⁰ From "Warman v. Northern Alliance, 2009" CHRT 10

⁴⁷¹ From "Chopra v. Health Canada, 2008" CHRT 39

⁴⁷² From Human Rights Complaints Launched against Maclean's Magazine" (Press release) Canadian Islamic Congress, CNW

⁴⁷³ From "Warman v. Winnicki, 2006" CHRT 20

คดี Citron v. Zündel เป็นกรณีที่มีการโพสต์ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตแสดงแนวคิดเกี่ยวกับการสมคบคิดของชาวยิว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีคำสั่งให้ยุติการกระทำดังกล่าว⁴⁷⁴

มลรัฐ British Columbia

การเผยแพร่ข้อความอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory publication)

มาตรา ๗ (๑) บุคคลจะต้องไม่พิมพ์ ออกเอกสาร หรือแสดง หรือก่อให้เกิดการพิมพ์ ออกเอกสาร หรือแสดงข้อความใด ๆ การพิมพ์ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการแสดงอื่น ๆ ซึ่ง⁴⁷⁵

(ก) ชี้ให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติหรือเจตนาในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล หรือ

(ข) อาจส่งผลให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคล ถูกเกลียดชังหรือถูกดูหมิ่น ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ

อย่างไรก็ตาม ความในวรรคแรกไม่ใช้กับกรณีการสื่อสารส่วนบุคคล (Private communication) การสื่อสารที่มุ่งหมายให้เป็นการสื่อสารส่วนบุคคลอันเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมที่ไม่ขัดต่อกฎหมายนี้

๔.๑๕.๙.๓ กฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกา นั้น กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำอันมีมูลเหตุเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ และ “Hate Speech” อาจแบ่งได้ ๒ กลุ่ม คือ

๑. กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

๒. กฎหมายเฉพาะซึ่งกำหนดฐานความผิดสำหรับอาชญากรรมเกี่ยวกับความเกลียดชัง (Hate crime)

๑) กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

สหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่วางหลักห้ามการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขครั้งที่ ๑ (First Amendment) ได้วางหลักห้ามการตรากฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Speech)⁴⁷⁶ ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีประเด็นเกี่ยวกับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Ground) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีรัฐบาลระดับมลรัฐตรากฎหมายกำหนดความผิดสำหรับการสื่อสารดังกล่าว ก็จะต้องพิจารณาว่า การสื่อสารนั้นได้รับความคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้พบว่าศาลในสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเอาไว้ในหลายคดี ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะได้ศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับ “Hate Speech”

⁴⁷⁴ From “Citron v. Zündel” TD 1/02 (2002/01/18). Retrieved from http://www.chrt-tcdp.gc.ca/search/view_html.asp?doid=252&lg=_e&isruling=0

⁴⁷⁵ Human Rights Code, RSBC 1996, c 210, s. 7 (1) (a) (b)

⁴⁷⁶ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the Freedom of Speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”



ศาลในสหรัฐอเมริกาให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Speech) ที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ (First Amendment) มากกว่าการจำกัดการสื่อสารที่แสดงความเกลียดชัง กล่าวคือ โดยหลักแล้ว การสื่อสารนั้นแม้จะมีลักษณะของการสื่อสารความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนาก็ตาม ในหลายคดีศาลได้ตัดสินว่า รัฐไม่อาจตรากฎหมายเพื่อควบคุมหรือจำกัดการสื่อสารลักษณะดังกล่าวได้ เนื่องจากการสื่อสารเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางหลัก การสื่อสารก่อความรุนแรง (Fighting words) อันเป็นข้อจำกัดของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น กล่าวคือ หากการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังนั้นมีลักษณะถึงขนาดเป็นการสื่อสารที่มีลักษณะยั่วยุกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ ก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็น ดังนั้น รัฐอาจตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดการสื่อสารดังกล่าวได้

หลักการ “Fighting Words Doctrine” เกิดขึ้นจากคำพิพากษาศาลสูงสุดในปี ค.ศ. ๑๙๕๒ ในคดี *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942)⁴⁷⁷ ซึ่งศาลวางหลักว่า การสื่อสารที่มีลักษณะดูหมิ่น (Insult) ถึงขนาดก่อให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ การบาดเจ็บ หรือก่อให้เกิดการคุกคามต่อความสงบหรือสันติภาพนั้น เป็นการสื่อสารที่สามารถถูกจำกัดได้โดยไม่ขัดต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า การสื่อสารบางอย่างไม่สามารถอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้ เช่น การสื่อสารที่มีเนื้อหาลามกอนาจาร การสื่อสารที่มีลักษณะหมิ่นประมาท ทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียชื่อเสียง เนื่องจากการสื่อสารดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิ่งอื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เช่น ความสงบของสังคม สิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่น หรือการคุ้มครองบุคคลบางประเภทเช่นผู้เยาว์ นอกจากนี้ ในคดีนี้ศาลยังได้วางหลักเพิ่มเติมการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความรุนแรง (Fighting words) ให้เป็นอีกเหตุหนึ่งของการสื่อสารที่ถูกจำกัดและไม่อาจอ้างเสรีภาพดังกล่าวเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ศาลเน้นย้ำว่าข้อจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารจะมีลักษณะแคบและจำกัดด้วย

หลังจากคดี *Chaplinsky v. New Hampshire* ก็มีคดีอื่นที่ศาลใช้หลักนี้ เช่น คดี *Street v. New York* (1969)⁴⁷⁸ ศาลตัดสินว่ากฎหมายนิวยอร์ก⁴⁷⁹ ที่กำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำหรือการใช้คำพูด ที่เป็นการดูหมิ่น ทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งธงชาติสหรัฐนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลได้พิจารณาซึ่งน้ำหนักการจำกัดคำพูดหรือการสื่อสารเกี่ยวกับธงชาติ กับประโยชน์อื่น ในหลายประเด็น เช่น ประโยชน์ในการป้องกันบุคคลที่จะใช้คำพูดกระตุ้นให้ผู้อื่นกระทำความผิดกฎหมาย ประโยชน์ในการป้องกันมิให้มีการใช้คำพูดเพื่อกระตุ้นให้ผู้อื่นก่อความรุนแรงและกระทำความสงบในสังคม ประโยชน์ในการคุ้มครองบุคคลอื่นที่อาจได้รับผลกระทบทางจิตใจจากการสื่อสารในทางลบเกี่ยวกับธงชาติ อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลพิจารณาประโยชน์ดังกล่าวแล้ว เห็นว่า ประโยชน์ดังกล่าวยังไม่เป็นการเพียงพอในการที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อห้ามการสื่อสารในทางลบเกี่ยวกับธงชาติ

ในคดี *Cohen v. California* (1971)⁴⁸⁰ ซึ่งศาลชั้นต้นตัดสินลงโทษจำคุกบุคคลที่ใส่เสื้อคลุมมีข้อความคัดค้านการเกณฑ์ทหาร ฐานกระทำความผิดตามกฎหมายของแคลิฟอร์เนียที่ห้ามการกระทำก้าวร้าวรุนแรง (Offensive conduct) อันกระทบต่อความสงบ⁴⁸¹ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดเห็นว่าการใส่เสื้อคลุมที่มีข้อความดังกล่าวนั้นยังไม่ถึงขั้นกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงหรือความไม่สงบ จึงยังคงได้รับการคุ้มครองในฐานะเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็น

⁴⁷⁷ From “*Chaplinsky v. New Hampshire*” 315 U.S. 568 (1942)

⁴⁷⁸ From “*Street v. New York*” 394 U.S. 576 (1969)

⁴⁷⁹ New York Penal Law, §1425, subd. 16

⁴⁸⁰ From “*Cohen v. California*” 403 U.S. 15 (1971)

⁴⁸¹ From California Penal Code, Section 415

คดี **R.A.V. v. City of St. Paul (1992)**⁴⁸² ในปี ค.ศ. ๑๙๙๒ หลังจากมีเหตุการณ์ วิทยุร่นเผาไม้กางเขนบนสนามหญ้าของชาวอเมริกันเชื้อสายแอฟริกัน รัฐบาลท้องถิ่นตรากฎหมายมีเนื้อหาห้ามการแสดง สัญลักษณ์ใด ๆ ที่กระตุ้นหรือยั่วยุผู้อื่นด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ หรือเพศ⁴⁸³ ศาลตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

จากคำพิพากษาของศาล จะเห็นถึงการตีความว่า กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการสื่อสารได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่จำกัดการสื่อสารที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีนี้ ได้แก่ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความรุนแรง (Fighting words) กล่าวคือ มิใช่เพียงการสื่อสารนั้นมีเนื้อหาแสดง “ความไม่ชอบ หรือ ความไม่พึงพอใจ” เท่านั้น แต่การสื่อสารดังกล่าวยังต้องแสดงออกมาในลักษณะที่เป็นการคุกคาม (Threatening manner) ด้วย สำหรับในคดีนี้ กฎหมายของรัฐบาลท้องถิ่น มิได้ระบุอย่างชัดเจนถึงการแสดงความคิดเห็นในลักษณะใดที่เป็นการก่อให้เกิดความรุนแรง แต่เป็นการกำหนดครอบคลุมถึงการสื่อสารที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับความไม่พึงพอใจ ไม่ว่าจะแสดงออกมาในลักษณะใด ศาลจึงเห็นว่ากฎหมายนี้มีขอบเขตกว้างเกินไปอันขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ⁴⁸⁴

คดี **Virginia v. Black (2003)**⁴⁸⁵ ๑๑ ปีหลังจากคดี R.A.V. v. City of St. Paul ศาลสูงสุดสหรัฐก็ได้พิจารณาคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการเผาไม้กางเขนอีกครั้ง โดยประเด็นของคดีอยู่ที่กฎหมายของเวอร์จิเนียที่ห้ามการเผาไม้กางเขนนั้น ขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือไม่ ศาลตัดสินว่าแม้การเผาไม้กางเขนจะแสดงถึงการข่มขู่อันมิชอบด้วยกฎหมายได้ในบางกรณี แต่การที่รัฐมีกฎหมายห้ามการเผาไม้กางเขนนั้นเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ศาลอธิบายว่า รัฐอาจตรากฎหมายห้ามเฉพาะรูปแบบหรือวิธีการของการข่มขู่ ซึ่งมีแนวโน้มจะนำไปสู่การกระทำรุนแรงทางกายภาพ เช่น การทำร้ายร่างกาย⁴⁸⁶

จะเห็นได้ว่าหากรัฐตรากฎหมายห้ามเผาธงซึ่งมีลักษณะเป็นการข่มขู่คุกคามผู้อื่น ก็อาจสามารถใช้บังคับได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่กรณีนี้กฎหมายที่พิพากษาได้วางหลักห้ามการเผาธงเป็นการทั่วไปโดยไม่มองประกอบเกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อผู้อื่น ศาลจึงเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวอยู่บนสมมุติฐานที่ว่า การเผาไม้กางเขนทั้งหมดย่อมนำไปสู่การข่มขู่คุกคาม ซึ่งในบางกรณีอาจเป็นเพียงการแสดงความไม่เห็นด้วยซึ่งศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการแสดงความคิดเห็นอันควรได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการแสดงความคิดเห็นที่มีลักษณะเกลียดชัง หรือ Hate Speech นั้นจะถูกกฎหมายจำกัดได้ต่อเมื่อมีลักษณะแสดงออกถึงการคุกคามอย่างแท้จริง (True threat) คือ มีลักษณะการนำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพ

⁴⁸² From “*R.A.V. v. City of St. Paul*” 505 U.S. 377 (1992)

⁴⁸³ กฎหมายดังกล่าว คือ St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance มีหลักว่า “ผู้ใดเผยแพร่สัญลักษณ์ วัตถุ คุณลักษณะ หรือการขีดเขียนบนผนังกำแพง รวมถึงการเผาไม้กางเขนหรือเครื่องหมายสวัสดิกะ ซึ่งบุคคลนั้นรู้หรือมีเหตุควรรู้ว่าจะเป็นการยั่วยุให้เกิดความโกรธ กระตุ้นให้เกิดความไม่พอใจต่อผู้อื่น บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ หรือเพศ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นได้กระทำในสถานที่สาธารณะหรือสถานที่ส่วนบุคคลก็ตาม ผู้นั้นกระทำความผิดฐานก่อความไม่สงบ

⁴⁸⁴ From “*R.A.V. v. City of St. Paul*” 505 U.S. 377 (1992)

⁴⁸⁵ From “*Virginia v. Black*” 538 U.S. 343 (2003)

⁴⁸⁶ “a State may choose to prohibit only those forms of intimidation that are most likely to inspire fear of bodily harm.” *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003)



สำหรับกรณีที่การสื่อสารอันแสดงถึงความเกลียดชังมีลักษณะแสดงออกซึ่งการคุกคามทางกายภาพหรืออาจนำไปสู่ความรุนแรงและศาลเห็นว่าไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น มีตัวอย่างดังต่อไปนี้

คดี Planned Parenthood of the Columbia/Willamette, Inc. v. Am. Coalition of Life Activists, 290 F. 3d 1058, 1063-67 (9th Cir. 2002) ศาลตัดสินว่า การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการต่อต้านการทำแท้งทางเว็บไซต์ ซึ่งปรากฏรายชื่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง โดยกล่าวว่าเป็นพวกอาชญากรต่อมนุษยชาตินั้น เป็นการแสดงออกซึ่งมีลักษณะความรุนแรงและข่มขู่คุกคาม เนื่องจากการนำรายชื่อผู้เกี่ยวข้องมาเผยแพร่ออนไลน์

คดี U.S. v. MORALES, 252 F. 3d 1070 (9th Cir. 2001) คดีนี้ นักเรียนอายุ ๑๘ ปี ในเท็กซัสได้โพสต์ข้อความในห้องสนทนา (Chat room) ว่าจะฆ่านักเรียนในโรงเรียนแห่งหนึ่ง ศาลตัดสินว่ามีความผิดตามกฎหมายแต่ให้รอลงอาญา ๒๔ เดือน อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่นำมาใช้กรณีนี้ ไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับ Hate Speech โดยตรง แต่เป็นกฎหมายกำหนดโทษอาญาสำหรับการสื่อสารที่มีเนื้อหาข่มขู่ว่าจะลักพาตัวหรือข่มขู่จะทำร้ายร่างกายบุคคลอื่น⁴⁸⁷

จากคำพิพากษา ๒ คดีดังกล่าวข้างต้นในบริบทของการสื่อสารข้อมูลแสดงความเกลียดชังออนไลน์ จะเห็นได้ว่า มีเนื้อหาแสดงความเกลียดชัง แต่ไม่ได้อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discrimination ground) โดยคดีแรกเหตุมาจากแนวคิดต่อต้านการทำแท้ง คดีที่สองไม่แน่ชัดในสาเหตุของความเกลียดชัง แต่ทั้ง ๒ คดีจำเลยได้แสดงออกถึงการสื่อสารในลักษณะความรุนแรง กล่าวคือ การเผยแพร่ข้อมูลผู้ที่ตนเกลียดชัง และการขู่จะฆ่าผู้ที่ตนเกลียดชัง ซึ่งมีลักษณะของความรุนแรงอย่างแท้จริง (True threat) มิใช่เป็นเพียงเนื้อหาของการสื่อสารที่แสดงถึงความเกลียดชัง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการแสดงความคิดเห็นที่มีลักษณะเกลียดชัง หรือ Hate Speech นั้น จะถูกกฎหมายจำกัดได้ต่อเมื่อมีลักษณะแสดงออกถึงการคุกคามอย่างแท้จริง (True threat) คือ มีลักษณะการนำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพ เช่น เด็กนักเรียนเขียนข้อความในห้องแชทว่าเขาวางแผนจะฆ่านักเรียนคนอื่น กรณีนี้ การกล่าวถ้อยคำนั้น เป็นการเกินขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Free Speech) โดยเข้าสู่ขอบเขตที่กฎหมายควบคุมการสื่อสาร

สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารแสดงความเกลียดชังอันมีมูลเหตุเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น สีผิว เพศ รสนิยมทางเพศ จะเห็นได้จากคดี Snyder v. Phelps (2011) ซึ่งเป็นกรณีการถือป้ายประท้วงเพื่อแสดงการคัดค้านผู้มีรสนิยมรักเพศเดียวกันในงานศพผู้ตาย ซึ่งป้ายดังกล่าวมีข้อความดูหมิ่นเหยียดหยามผู้รักเพศเดียวกัน ศาลสูงสุดตัดสินว่า แม้ว่าเนื้อหาของป้ายประท้วงจะก่อให้เกิดความเจ็บแค้นใจ (outrageous) แต่การถือป้ายดังกล่าวเป็นการแสดงความคิดเห็นที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ⁴⁸⁸ หรือในคดี R.A.V. v. City of St. Paul (1992)⁴⁸⁹ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งรัฐบาลท้องถิ่นตรากฎหมายมีเนื้อหาห้ามการแสดงสัญลักษณ์ใด ๆ ที่กระตุ้น

⁴⁸⁷ Section 875 (c): Whoever transmits in interstate or foreign commerce any communication containing any threat to kidnap any person or any threat to injure the person of another, shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

⁴⁸⁸ Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011)

⁴⁸⁹ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)

หรือยั่วยุผู้อื่นด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ หรือเพศ แต่ศาลตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ดังนั้น จากการวิเคราะห์คดีที่ศาลในสหรัฐอเมริกาตัดสินจะเห็นได้ว่า การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ซึ่งมีสาเหตุเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา นั้น โดยหลักแล้วยังคงถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น” (Freedom of Speech) ที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ (First amendment) หรืออาจกล่าวได้ว่า ศาลให้น้ำหนักกับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมากกว่าการจำกัดการสื่อสารที่แสดงความเกลียดชัง ด้วยเหตุนี้ หากรัฐตรากฎหมายห้ามการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง ก็มีแนวโน้มที่ศาลจะตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางหลักการสื่อสารก่อความรุนแรง (Fighting words) ไว้เพื่อจำกัดการสื่อสารความเกลียดชังที่ส่งผลถึงขนาดกระตุ้นหรือยั่วยุให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพตามมา ดังนั้น รัฐจึงสามารถตรากฎหมายห้ามการสื่อสารเช่นนั้นได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ข้อสังเกตที่สำคัญก็คือ การควบคุมหรือจำกัดการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง ในสหรัฐอเมริกานั้น มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” ในประเทศอื่นซึ่งกำหนดความผิดสำหรับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง หากการสื่อสารดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา แต่กฎหมายสหรัฐอเมริกานั้นจะกำหนดความผิดสำหรับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อเมื่อการสื่อสารนั้นถึงขั้นกระตุ้นหรือยั่วยุให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ไม่ถึงขั้นกระตุ้นให้เกิดความรุนแรง ก็ยังไม่มีความผิดตามกฎหมายและสามารถกระทำได้ตามหลักทั่วไปของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในแง่นี้จะเห็นได้ว่าทั้งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และการคุ้มครองบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังนั้น ต่างก็เป็นสิทธิมนุษยชนที่สำคัญทั้งสองประการ แต่บางประเทศเช่นสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมากกว่า โดยสะท้อนให้เห็นจากหลักกฎหมายที่สำคัญจากแนวคำพิพากษาดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

๒) กฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมที่มีมูลเหตุจากความเกลียดชัง (Hate crime)

สหรัฐอเมริกามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดความผิดอาญาสำหรับการกระทำบางประการด้วยความเกลียดชังอันมีสาเหตุสืบเนื่องจากเหตุแห่งความเกลียดชังที่กฎหมายคุ้มครอง (Hate crime หรือ Bias crime) สำหรับเหตุที่กฎหมายคุ้มครอง (Protected class) ได้แก่ เชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ ความพิการ เป็นต้น

กฎหมายที่กำหนดความผิดสำหรับอาชญากรรมที่มีมูลเหตุเกี่ยวกับความเกลียดชัง (Hate crime law) ปรากฏอยู่ในกฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act of 1968) ซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหรัฐ โดยวางหลักกำหนดความผิดสำหรับบุคคลใดที่มีเจตนากระทำให้ผู้อื่นบาดเจ็บ ربกวนหรือขัดขวางโดยใช้กำลังต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุเกี่ยวกับบุคคลอื่นดังต่อไปนี้ เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา แล่งกำเนิด

สำหรับการกระทำอันเป็นความผิดต่อบุคคลอื่นนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับมิติต่าง ๆ ต่อไปนี้ด้วย⁴⁹⁰ เช่น การเข้าศึกษาในโรงเรียนหรือวิทยาลัยของรัฐ การเข้าร่วมหรือได้รับสิทธิประโยชน์ บริการจากภาครัฐ การสมัครงานในภาคเอกชนหรือภาครัฐ การเข้าร่วมกับองค์กรแรงงาน การเดินทางระหว่างรัฐ การใช้งานพาหนะต่าง ๆ การได้รับสินค้าหรือบริการ สิทธิประโยชน์ ที่อยู่อาศัย โรงแรม ร้านอาหาร โรงภาพยนตร์ สนามกีฬา หรือการแสดงใด ๆ ที่เปิดต่อสาธารณะ

⁴⁹⁰ 18 U.S. Code § 245 - Federally protected activities



ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวมีโทษจำคุกถึงหนึ่งปีรวมทั้งโทษปรับ นอกจากนี้ ยังมีเหตุการณ์ซึ่งมีโทษหนักขึ้น เช่น หากการกระทำดังกล่าวกระทำโดยมีอาวุธจะมีโทษจำคุกถึงสิบปี หรือหากการกระทำดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการข่มขืน การฆ่า จะมีโทษถึงประหารชีวิต

ข้อมูลสถิติชี้ให้เห็นว่า อาชญากรรมที่มีมูลเหตุจากความเกลียดชังประมาณ ๑๑๓,๐๐๐ คดีในปี ค.ศ. ๑๙๙๑ นั้น ร้อยละ ๕๕ มีมูลเหตุจากเชื้อชาติ ร้อยละ ๑๗ มีมูลเหตุจากศาสนา และร้อยละ ๑๔ มีมูลเหตุจากรสนิยมทางเพศ^{๔๙๑} อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมที่มีมูลเหตุจากความเกลียดชังนั้น ยังไม่ครอบคลุมเหตุที่เกี่ยวกับเพศ รสนิยมทางเพศ นอกจากนี้ ในระดับมลรัฐก็มีความแตกต่างหลากหลาย กล่าวคือ บางมลรัฐไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate crime” เลย ในขณะที่บางมลรัฐมีกฎหมายดังกล่าว แต่มีเหตุแห่งความเกลียดชังแตกต่างกันไป ไม่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายคุ้มครองทั้งหมด

ในปี ค.ศ. ๑๙๙๘ ได้เกิดคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมที่สำคัญอันนำมาสู่การปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ได้แก่ คดีของ Shepard เป็นนักศึกษาซึ่งถูกรุมและฆาตกรรม การกระทำดังกล่าวมีมูลเหตุจากการที่ Shepard เป็นเกย์ คดีนี้ศาลตัดสินตามกฎหมายอาญาระดับมลรัฐที่เกิดเหตุ (Wyoming) ซึ่งมีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate crime” แต่ไม่ครอบคลุมเหตุเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศ ในปีเดียวกัน Byrd ซึ่งเป็นคนอเมริกันเชื้อสายแอฟริกัน ได้ถูกจับมัดกับรถบรรทุกและลากไปจนถึงแก่ความตายจากกลุ่มคนผิวขาวหัวรุนแรง คดีนี้ศาลตัดสินตามกฎหมายอาญามลรัฐที่เกิดเหตุ (Texas) ซึ่งไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate crime” โดยเฉพาะ จากคดีทั้งสองนี้นำไปสู่การเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate crime” เพื่อให้ครอบคลุมมูลเหตุแห่งความเกลียดชังอันนำไปสู่การกระทำผิดทางอาญา^{๔๙๒}

ต่อมา ในปี ค.ศ. ๒๐๐๙ ประธานาธิบดีโอบามาลงนามประกาศใช้กฎหมาย “Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act” ซึ่งมีหลักการขยายเหตุแห่งการคุ้มครองไปถึง “เพศ รสนิยมทางเพศ ความพิการ” สำหรับคดีที่ศาลตัดสินตามกฎหมายนี้ เช่น

ในปี ค.ศ. ๒๐๑๑ คดีในมลรัฐอาร์คันซอว์ จำเลยขับรถที่มีผู้โดยสารฮิสปานิก ๕ คนออกจากถนน^{๔๙๓} ในปีเดียวกัน ในมลรัฐนิวเม็กซิโก บุคคลสามคนมีความผิดฐานร่วมกันกระทำ “Hate crime” ตามกฎหมายนี้ โดยการเขียนรูปสวัสติกะและข้อความที่แสดงถึงความเกลียดชังเกี่ยวกับเชื้อชาติ ความเชื่อ ลงบนร่างกายผู้อื่น^{๔๙๔} ในปี ค.ศ. ๒๐๑๒ จำเลยในมลรัฐเคนตักกี กระทำการทุบตีบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความเกลียดชังเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศ^{๔๙๕} ดังนั้น การกระทำผิดอาญาซึ่งมีมูลเหตุจากเหตุแห่งความเกลียดชังที่กฎหมายคุ้มครอง จะมีความผิดตามกฎหมายเฉพาะ (Hate crime) ซึ่งมีโทษสูงกว่าการกระทำความผิดอาญาทั่วไป

จากการวิเคราะห์ข้างต้น อาจสรุปได้ว่า ในสหรัฐอเมริกา นั้น กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำอันมีมูลเหตุเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติสามารถจำแนกได้เป็น ๒ กรณี คือ

^{๔๙๑} From “The Ripple Effect of the Matthew Shepard Murder: Impact on the Assumptive World Theory” by Matthew Shepard and James Byrd, Jr., 2002, American Behavioral Scientist

^{๔๙๒} Ibid

^{๔๙๓} From “Man Accused of Violating the Hate Crime Prevention Act” by Fry, Lindsey (May 23, 2011). KATV

^{๔๙๔} From The Huffington Post “2 Men Plead Guilty In Swastika Branding Case” (August 18, 2011)

^{๔๙๕} From Lexington Herald-Leader. “2 Kentucky men face first-of-their-kind federal hate-crime charges”. (March 15, 2012)

๑. การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ซึ่งกรณีนี้จะเกี่ยวข้องกับ การใช้คำพูด ข้อความ หรือสัญลักษณ์ใด ๆ อันก่อให้เกิดความเกลียดชัง ซึ่งไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดความผิดเป็นการเฉพาะ จากแนวคำพิพากษาของศาลพบว่าให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการสื่อสาร เว้นแต่การสื่อสารดังกล่าว ส่งผลถึงขั้นยั่วยุหรือกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ แม้ว่าการสื่อสารดังกล่าวจะอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว รสนิยมทางเพศ ศาสนา ฯลฯ แต่หากยังไม่ถึงขั้นก่อให้เกิดความรุนแรงดังกล่าวก็ยังถือว่าได้รับการคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการสื่อสาร

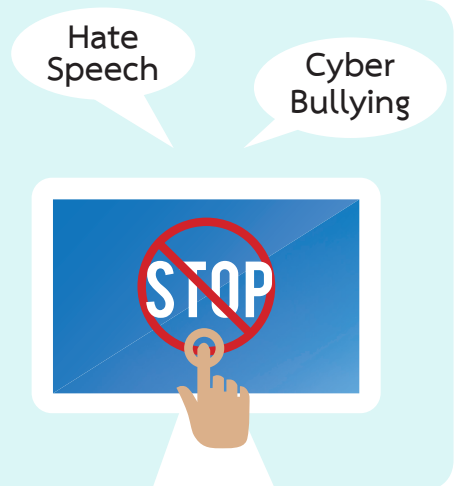
๒. การกระทำทางกายภาพซึ่งโดยปกติแล้วเข้าองค์ประกอบความผิดกฎหมายอาญาทั่วไป เช่น การทำร้ายร่างกาย การฆาตกรรม แต่หากการกระทำดังกล่าวมีมูลเหตุจูงใจสืบเนื่องจากเหตุแห่งความเกลียดชังที่กฎหมายคุ้มครอง เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา รสนิยมทางเพศ การกระทำความผิดอาญานั้นจะอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะซึ่งกำหนดฐานความผิดสำหรับอาชญากรรมเกี่ยวกับความเกลียดชัง (Hate crime) ซึ่งในปัจจุบันปรากฏทั้งในกฎหมายระดับสหรัฐ รวมทั้งกฎหมายระดับมลรัฐต่าง ๆ

๔.๑๕.๑๐ มาตรการของภาคเอกชน: การจำกัด Hate Speech ในกรณีของผู้ให้บริการเฟสบุค (Facebook)

นอกจากการควบคุม Hate Speech โดยกลไกทางกฎหมายที่กำหนดโดยภาครัฐแล้ว ยังมีแนวคิดการควบคุม Hate Speech โดยกลไกกำกับดูแลของภาคเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัจจุบันการสื่อสารออนไลน์แพร่หลายในวงกว้างทั่วโลก คาบเกี่ยวเขตแดนของประเทศต่าง ๆ แนวคิดนี้อาจเรียกว่าการใช้กลไกตลาด (Market approach) หรือการควบคุมโดยบุคคลที่สาม (Third party) นอกจากรัฐ⁴⁹⁶ ตัวอย่างของการสื่อสารที่มีลักษณะ “Hate Speech” ซึ่งถูกจำกัดโดยการกระทำของภาคเอกชน เช่น ผู้ให้บริการ เครือข่ายสังคมออนไลน์ “เฟสบุค” ได้กำหนด “Community standard”⁴⁹⁷ อันมีผลผูกพันผู้ใช้งานในฐานะเป็นข้อตกลงการใช้งานของเฟสบุค ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

“...เฟสบุคจะนำออกซึ่งเนื้อหาข้อมูลที่เป็น Hate Speech อันรวมถึงเนื้อหาซึ่งมุ่งโดยตรงต่อการโจมตีบุคคลบนพื้นฐานของเชื้อชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ ชาติกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา รสนิยมทางเพศ เพศ ความพิการหรือโรค

ผู้ใช้งานสามารถใช้เฟสบุคในการแสดงความเห็นท่าทายเป็นความคิด สถาบัน การปฏิบัติใด ๆ ซึ่งการอภิปรายเช่นนั้นเป็นการส่งเสริมให้เกิดการโต้แย้งและความเข้าใจที่มากขึ้น ในบางครั้งบุคคลอาจแชร์เนื้อหาเกี่ยวกับ Hate Speech ของบุคคลอื่นเพื่อวัตถุประสงค์การเพิ่มความตระหนักหรือเพื่อการให้ความรู้



⁴⁹⁶ From “Comment, What Makes the Internet So Special? And Why, Where, How, and By Whom Should Its Content Be Regulated? (p 91-92) ” by Nicholas P. Dickerson, 2009, Houston Law Review 46, 61

⁴⁹⁷ <https://www.facebook.com/communitystandards>



แก่ผู้อื่นเกี่ยวกับ Hate Speech นั้น หากเกิดกรณีเช่นนี้ เราคาดหมายว่าผู้ใช้งานที่แชร์ข้อมูลดังกล่าวจะทำการแจ้งวัตถุประสงค์ของการแชร์นั้นให้เราทราบอย่างชัดเจน

เฟสบุคอนุญาตการสื่อสารเกี่ยวกับอารมณ์ขัน เสียดสี ความเห็นทางสังคม เกี่ยวกับเนื้อหาอื่น ๆ ได้ เฟสบุคมีความพยายามที่จะนำออกเสียงซึ่งข้อมูล “Hate Speech” รวมทั้งจัดให้มีซึ่งเครื่องมือสำหรับผู้ใช้งานในการหลีกเลี่ยงเนื้อหา Hate Speech (เช่น ผู้ใช้งานสามารถบล็อก อินฟิวนิตี บุคคลที่โพสต์ แชร์ เนื้อหา Hate Speech หรือตั้งค่าความเป็นส่วนตัวของตนเพื่อไม่ให้เห็นถึงเนื้อหาเหล่านั้น) เฟสบุคสนับสนุนให้มีการสื่อสารข้อมูลด้านตรงข้าม (Counter speech) ในรูปแบบของการให้ข้อมูลที่ถูกต้อง และการแสดงความเห็นทางเลือก...” เกณฑ์การจัดการจัดการกับ Hate Speech ของเฟสบุค มีการระบุ “เหตุ” แห่งความเกลียดชังที่จะถือว่าเป็น Hate Speech ไว้ ซึ่งในหลาย ๆ เหตุก็สอดคล้องเหตุแห่งการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่ทั้งนี้เฟสบุคก็ไม่ได้ระบุองค์ประกอบไว้อย่างชัดเจน ว่าแค่ไหน เพียงใด ถึงจะเป็น Hate Speech เนื่องจากในทางปฏิบัติเป็นการยากที่จะระบุชัดเจนเช่นนั้น ในทางปฏิบัติจึงเป็นการใช้ดุลพินิจของผู้ให้บริการเฟสบุคที่จะดำเนินการกับข้อมูลที่มีลักษณะ “Hate Speech”

๔.๑๕.๑๑ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

ในส่วนนี้จะเริ่มจากการวิเคราะห์ “Hate Speech” ภายใต้องค์ประกอบของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องหรือใกล้เคียงเพื่อชี้ให้เห็นความแตกต่างระหว่าง “Hate Speech” กับความผิดตามกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน จากนั้นจะได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ “Hate Speech”

(๑) วิเคราะห์ “Hate Speech” ภายใต้องค์ประกอบกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง⁴⁹⁸

ข้อพิจารณาในเบื้องต้นก็คือ ในบริบทกฎหมายแล้ว การสื่อสารอันมีลักษณะ “Hate Speech” นั้นมีความแตกต่างจากความผิดเกี่ยวกับการสื่อสารตามกฎหมายอื่น เช่น การหมิ่นประมาท การดูหมิ่นตามกฎหมายอาญา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อความหมายและลักษณะของ “Hate Speech” ทั้งนี้ แม้ว่าในบางกรณีอาจมีความทับซ้อนคาบเกี่ยวกับฐานความผิดอื่นตามกฎหมายอาญา แต่มีความแตกต่างกันดังจะจำแนกให้เห็นต่อไปนี้

■ หากพิจารณา “Hate Speech” ในกรอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา⁴⁹⁹ จะพบว่า กฎหมายอาญฐานหมิ่นประมาทไม่ครอบคลุมการกระทำในลักษณะ “Hate Speech”

⁴⁹⁸ หมายเหตุ: ข้อมูลในส่วนนี้เป็นการวิเคราะห์ในช่วงกลางปี ๒๕๕๙ โปรดดูข้อมูลเพิ่มเติมในภาคผนวก

⁴⁹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๖ มีหลักว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือ ปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” หากการสื่อสารที่สร้างความเกลียดชังได้กระทำต่อสาธารณะ ก็จะเกี่ยวข้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๘ มีหลักว่า ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำการโดยการโฆษณา ด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินสองปีและปรับไม่เกินสองแสนบาท

กรณี “Hate Speech” ที่อยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายอาญฐานหมิ่นประมาท: การสื่อสารที่สร้างความเกลียดชังอาจกระทำต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น นาย ก. ใส่ความนาย ข. ซึ่งนับถือศาสนาหนึ่งต่อบุคคลที่สามว่า เป็นพวกก่อการร้าย กรณีเช่นนี้อาจจัดอยู่ในองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือการสื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” ที่มุ่งต่อบุคคลกลุ่มจำกัดอันระบุตัวบุคคลในกลุ่มได้ อาจจัดอยู่ในขอบเขตกฎหมายหมิ่นประมาท

กรณี “Hate Speech” ที่ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายอาญฐานหมิ่นประมาท” หากเป็นกรณีการแสดงความเกลียดชังต่อกับกลุ่มคนที่ไม่เจาะจงตัว การเผยแพร่ข้อความอันแสดงถึงการเหยียดหยามเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ เช่น นาย ก. โพสต์ข้อความให้ร้ายบุคคลที่นับถือศาสนาหนึ่งว่าเป็นพวกก่อการร้าย กรณีเช่นนี้ไม่สามารถระบุเจาะจงตัวผู้ถูกใส่ความได้ จึงไม่สามารถปรับใช้กฎหมายหมิ่นประมาทกับการสื่อสารลักษณะนี้ แม้ว่าจะเป็นการสื่อสารที่เกี่ยวข้องหรือสืบเนื่องจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ก็ตาม

จะเห็นได้ว่า หมิ่นประมาท ตามกฎหมายอาญา กับ “Hate Speech” นั้นอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่แตกต่างกัน เนื่องจาก “Hate Speech” มุ่งคุ้มครองบุคคลในกลุ่มเสี่ยงหรือเปราะบางอันมีความสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ในขณะที่ความผิดฐานหมิ่นประมาทมุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ และการทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงนั้นไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”

■ หากพิจารณา “Hate Speech” ในรอบความผิดตามมาตรา ๑๑๖ ของประมวลกฎหมายอาญา หรือเรียกว่าความผิดฐานยุยงปลุกปั่น จะเห็นได้ว่า “Hate Speech” อาจมีลักษณะของการกระตุ้นยั่วยุ (Incitement) หรือถูกนำไปใช้ในลักษณะโฆษณาชวนเชื่อเพื่อหวังผลทางการเมืองหรือความรุนแรง (Hate propaganda) ซึ่งเมื่อพิจารณาตามองค์ประกอบของกฎหมายอาญามาตรา ๑๑๖⁵⁰⁰ จะเห็นได้ว่า ครอบคลุมการกระตุ้นหรือยุยงที่มีวัตถุประสงค์ทำให้เกิดความไม่สงบหรือการฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้น กรณี “Hate Speech” ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ส่งผลให้เกิดความปั่นป่วนในหมู่ประชาชนถึงขนาดก่อให้เกิดความไม่สงบ สามารถเข้าองค์ประกอบความผิดได้ แต่หากกรณี “Hate Speech” นั้นมิได้มีลักษณะถึงขั้นทำให้เกิดความรุนแรงหรือความไม่สงบตามความหมายมาตรา ๑๑๖ ก็จะไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตความผิดนี้ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า มาตรา ๑๑๖ มิได้มีองค์ประกอบเกี่ยวกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” รวมทั้งมิได้ระบุถึงมูลเหตุจูงใจของการยุยงนั้นว่าจะต้องเกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรานี้มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ

■ หากพิจารณา “Hate Speech” ในรอบความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐ แล้วพบว่า การเผยแพร่เนื้อหาเกี่ยวกับความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ นั้น อาจจัดอยู่ภายใต้องค์ประกอบความผิดของกฎหมายนี้ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากความผิดโดยเฉพาะ

⁵⁰⁰ มาตรา ๑๑๖ ผู้ใดกระทำให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีอื่นใดอันมิใช่เป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต

(๑) เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดินหรือรัฐบาล โดยใช้กำลังข่มขืนใจหรือใช้กำลังประทุษร้าย

(๒) เพื่อให้เกิดความปั่นป่วน หรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชน ถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร หรือ

(๓) เพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดิน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี



มาตรา ๑๔⁵⁰¹ มีขอบเขตที่กว้างกว่ากฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาทในแง่ที่ว่า ข้อความที่ผิดกฎหมายไม่จำกัดเฉพาะข้อความที่มุ่งต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งอันระบุตัวได้โดยเฉพาะเท่านั้น⁵⁰² เช่น การเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จกล่าวหาผู้นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือจัดอยู่ในกลุ่มเชื้อชาติใดเชื้อชาติหนึ่งให้เกิดความเสื่อมเสีย การเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันมีลักษณะลามกเพื่อแสดงความเกลียดชังกลุ่มบุคคลที่มีรสนิยมทางเพศแตกต่างหลากหลาย ข้อความลักษณะนี้แม้ไม่ได้มุ่งใส่ความบุคคลใดที่ระบุตัวได้โดยเฉพาะ แต่มุ่งสร้างความเกลียดชังโดยรวมต่อกลุ่มคนจำนวนมากที่มีคุณสมบัติหรือคุณลักษณะบางอย่างร่วมกัน ซึ่งไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท แต่ก็อาจจัดอยู่ในองค์ประกอบความผิดตามมาตรา ๑๔ ของพระราชบัญญัตินี้ได้ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดขององค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวกับ “Hate Speech” ก็คือ มีขอบเขตจำกัดเฉพาะข้อมูล “ปลอมหรือเท็จ หรือข้อมูลลามก” ดังนั้น หากการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ นั้น ไม่เข้าลักษณะของ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ปลอม เท็จ ลามก” ก็ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นโดยหลักแล้วมุ่งควบคุมอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ โดยมีการบัญญัติความผิดในกลุ่มของเนื้อหา (Content) เพิ่มเข้ามาจากความผิดในเชิงเทคนิคคอมพิวเตอร์ด้วย แต่ความผิดกลุ่มเนื้อหาดังกล่าวมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการเลือกปฏิบัติแต่อย่างไร

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าจากการวิเคราะห์กฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันทั้ง ๓ ฉบับ พบว่าการสื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” บางกรณีอาจตกอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ตาม “Hate Speech” อีกหลายกรณีก็ไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าว สาเหตุประการสำคัญก็คือ กฎหมายไทยทั้งสามฉบับที่เกี่ยวข้องดังกล่าวนั้นอยู่บนพื้นฐานแนวคิด หลักการ ที่แตกต่างจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนและการห้ามเลือกปฏิบัติ การปรับใช้กฎหมายดังกล่าวกับ “Hate Speech” จึงไม่สอดคล้องและเหมาะสมกับ “Hate Speech” ซึ่งควรได้รับการพิจารณาภายใต้หลักกฎหมายที่แตกต่างออกไป นั่นคือกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ดังจะเห็นได้จากกฎหมายต่างประเทศซึ่งจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป

⁵⁰¹ มาตรา ๑๔ มีหลักว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(๑) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(๒) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(๓) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(๔) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้....”

⁵⁰² คณาธิป ทองรวีวงศ์, “ศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐ กับกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท ในกรณีการหมิ่นประมาททางอินเทอร์เน็ต,” บทบัณฑิตย์ เล่มที่ ๖๕ ตอน ๒ (มิถุนายน ๒๕๕๒): ๓๑-๖๙

(๒) วิเคราะห์เปรียบเทียบ “Hate Speech” ตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายสหรัฐอเมริกากับกฎหมายไทยแล้ว พบว่า ปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่มีทั้งในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) และกฎหมายที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำความผิดทางอาญาที่มีสาเหตุสืบเนื่องจากเหตุแห่งความเกลียดชังโดยเฉพาะ (Hate crime) สำหรับกรณี “Hate Speech” ตามกฎหมายไทยปัจจุบัน จะเกี่ยวข้องกับการพิจารณาความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ความผิดฐานหมิ่นประมาทอาจครอบคลุมบางกรณีของ “Hate Speech” เช่น การใส่ความบุคคลโดยเจาะจงด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่หากเป็นกรณีการแสดงความคิดเห็นต่อกลุ่มคนที่ไม่เจาะจงตัว แม้ว่าจะเป็น การสื่อสารที่เกี่ยวข้องหรือสืบเนื่องจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ไม่อยู่ภายใต้องค์ประกอบของหมิ่นประมาท

สำหรับกรณี “Hate crime” หากเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาจะพบว่ามีกฎหมายกำหนดความผิดเป็นการเฉพาะ แต่ตามกฎหมายไทยปัจจุบันไม่มีฐานความผิดเฉพาะ จึงต้องพิจารณาฐานความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งไม่ได้จำแนกกรณี “Hate crime” ออกมาเป็นการเฉพาะ เช่น การทำร้ายร่างกายซึ่งมีมูลเหตุจูงใจจากความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ ก่ออยู่ภายใต้ฐานความผิดเกี่ยวกับร่างกายทั่วไป จึงอาจกล่าวได้ว่าไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดความผิดทางอาญาเฉพาะสำหรับการสื่อสารความเกลียดชังอันนำไปสู่การกระทำรุนแรงทางกายภาพต่อชีวิตร่างกาย

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายแคนาดาแล้วพบว่า ประมวลกฎหมายอาญาของแคนาดา กำหนดความผิดสำหรับ “Hate Speech” โดยเรียกว่า “Hate propaganda” หรือการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชัง ซึ่งมีการจำแนกลักษณะและชนิดของการกระทำออกเป็นหลายกรณีย่อยอันมีระดับความรุนแรงที่ต่างกัน สำหรับกรณีแรก คือ การยุยงส่งเสริมให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Advocating genocide) จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับการสื่อสารความเกลียดชังซึ่งนำไปสู่การกระทำรุนแรงทางกายภาพถึงขนาดการฆ่า กรณีนี้เปรียบเทียบกับ “Fighting words” หรือ “Hate crime” ของสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ กฎหมายอาญาของแคนาดายังกำหนดความผิดกรณีการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังต่อสาธารณะ (Public incitement of hatred) ซึ่งเป็นการกระตุ้นยั่วเย้าที่อาจนำไปสู่ความรุนแรงแต่ยังไม่ถึงขั้นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และความผิดกรณีการจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชัง (Wilful promotion of hatred) ซึ่งเป็นความผิดแม้ว่ายังไม่นำไปสู่การกระทำรุนแรงทางกายภาพ จะเห็นได้ว่ากรณีนี้แสดงถึงการที่กฎหมายแคนาดาให้น้ำหนักกับการคุ้มครองกลุ่มที่ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” มากกว่าการคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสาร ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่การแสดงความคิดเห็นยังคงทำได้หากไม่ถึงขั้นนำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพ อย่างไรก็ตาม ความผิดทั้ง ๓ กรณีนี้นับว่ามีองค์ประกอบร่วมที่สำคัญก็คือ จะต้องเป็นการกระทำให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มที่ระบุเจาะจงได้ ซึ่งก็คือกลุ่มบุคคลที่จำแนกตาม “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”⁵⁰³ นั่นเอง ทั้งนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า “Hate Speech” ตามกฎหมายแคนาดาซึ่งมุ่งต่อ “กลุ่มที่ระบุเจาะจงได้” นั้นมิได้หมายถึงการระบุเจาะจงเป็นรายบุคคล (Individual) ดังเช่นการเจาะจงตัวผู้ถูกหมิ่นประมาทตามกฎหมายไทย เนื่องจากคำว่ากลุ่มที่ระบุเจาะจงได้ตามกฎหมายแคนาดานั้นหมายถึงจำแนกทั้งกลุ่มออกจากกลุ่มอื่นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

⁵⁰³ กลุ่มที่ระบุเจาะจง (Identifiable group) ตามกฎหมายแคนาดาหมายถึง “กลุ่มในสังคมที่สามารถจำแนกความแตกต่างได้จากสีผิว เชื้อชาติ ศาสนา รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการทางจิตหรือกาย”



หากเปรียบเทียบกฎหมายอาญาแคนาดา กับประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วพบว่ากฎหมายไทยมิได้มีการกำหนดความผิดเฉพาะสำหรับการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความรุนแรงด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่มีฐานความผิดที่อาจเปรียบเทียบได้ คือ มาตรา ๑๑๖ ดังกล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาองค์ประกอบของมาตรา ๑๑๖ จะเห็นได้ว่า ครอบคลุมการกระตุนหรือยุยงที่มีวัตถุประสงค์ทำให้เกิดความไม่สงบหรือการฝ่าฝืนกฎหมาย แต่มิได้ระบุถึงมูลเหตุจูงใจของการยุยงนั้นว่าจะต้องเกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคลที่ได้รับการจำแนกตาม “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ดังเช่นกฎหมายอาญาของแคนาดา ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า มาตรา ๑๑๖ เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์รักษาความสงบและความมั่นคงมากกว่าการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ สำหรับการสื่อสารความเกลียดชังที่ไม่ถึงขั้นนำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพนั้น มีเพียงฐานความผิดหมิ่นประมาทซึ่งองค์ประกอบความผิดแตกต่างกับ “การจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชัง (Wilful promotion of hatred) ตามกฎหมายแคนาดา เนื่องจากความผิดฐานหมิ่นประมาทของไทยมุ่งเน้นความเสียหายต่อชื่อเสียงของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ในขณะที่ความผิดตามกฎหมายแคนาดา มุ่งคุ้มครองการสื่อสารที่แสดงความเกลียดชังต่อกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะอันจำแนกได้ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา รสนิยมทางเพศ ฯลฯ มากกว่าการคุ้มครองชื่อเสียงของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่ง

นอกจากบริบทของกฎหมายอาญา และกฎหมายเฉพาะ เช่น ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์แล้ว หากเปรียบเทียบกับกฎหมายออสเตรเลียแล้วจะเห็นได้ว่า “Hate Speech” ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ ไว้ รวมทั้งการวางหลักเกี่ยวกับ “การให้ร้าย” “Vilification” หรือการกระตุนยั่วยุ “Incitement” ซึ่งโดยเนื้อหาสาระแล้วก็เปรียบเทียบได้กับ “Hate Speech” นั้นเอง ดังปรากฏอยู่ตามกฎหมายในมลรัฐต่าง ๆ ของออสเตรเลียที่ได้ศึกษามาข้างต้น อย่างไรก็ตาม ไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ในลักษณะกฎหมายกลางที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ดังเช่นกฎหมายออสเตรเลีย และไม่มีกฎหมายเฉพาะอื่นที่วางหลักคุ้มครอง “Hate Speech” นอกจากนี้ หากพิจารณาพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๒ จะเห็นได้ว่า การสื่อสารที่แสดงความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น รสนิยมทางเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ นั้นสามารถจัดอยู่ในการกระทำความผิดอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่จะตรวจสอบและเสนอมาตรการแก้ไขได้⁵⁰⁴ หากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบแล้วเห็นว่าการกระทำ “Hate Speech” นั้นละเมิดสิทธิมนุษยชน จะต้องทำรายงานผลการตรวจสอบ และ “..กำหนดมาตรการการแก้ไขปัญหา ซึ่งต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าบุคคลหรือหน่วยงานใดมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องใด...”⁵⁰⁵ อย่างไรก็ตาม ปัญหาสำคัญก็คือ ในปัจจุบันไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักเกี่ยวกับ “Hate Speech” ไว้ แม้ว่าจะมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญก็ยังมีปัญหาโดยเฉพาะกรณีการสื่อสารเกี่ยวข้องกับ “Hate Speech” นั้นมักเป็นการกระทำระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตการยกรัฐธรรมนูญขึ้นกล่าวอ้างได้โดยตรง ดังนั้น แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะทำการตรวจสอบพบว่าการกระทำนั้นเป็นการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ก็เป็นที่ยากที่จะกำหนดมาตรการการแก้ไขโดยระบุให้ปฏิบัติตาม “กฎหมาย” ในเรื่องใด เพราะยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech”

⁵⁰⁴ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๒๒

⁵⁰⁵ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๒๘

ดังนั้น จากการศึกษากฎหมายไทยปัจจุบัน ทั้งในส่วนของกฎหมายอาญา กฎหมายเฉพาะช่องทางการสื่อสาร เช่น การสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์ รวมทั้งกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน พบว่า ไม่ได้กำหนดหลักกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับ “Hate Speech” โดยนำปัจจัยเกี่ยวกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” มาเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย (ทั้งนี้ไม่ว่าจะกำหนดเรียกชื่อไว้เป็นประการอื่น เช่น “Hate propaganda” “Vilification” “Incitement”) จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่า กฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่ครอบคลุมทั้งในกรณีของ “Hate Speech” และ “Hate Crime” เมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเป็น “Hate Speech” ขึ้น แม้ว่าบางกรณีอาจปรับใช้กฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท หรือความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้ แต่ก็ไม่ครอบคลุมการกระทำลักษณะดังกล่าวทั้งหมด ทั้งนี้ เนื่องจากองค์ประกอบความผิดที่ไม่ครอบคลุมนั้นสะท้อนถึงหลักการและแนวคิดการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” ซึ่งมีความแตกต่างจากหลักแนวคิดและหลักการของกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท กล่าวคือ แนวคิดการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” นั้น มีความสัมพันธ์สืบเนื่องมาจากการหลักของการคุ้มครอง “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหลักการและแนวคิดแตกต่างจากการกำหนดความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญาซึ่งมุ่งเน้นการคุ้มครองชื่อเสียงปัจเจกบุคคล ดังนั้น จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการกำหนดกฎหมายเฉพาะในกรณีของ “Hate Speech” ให้มีความครอบคลุมและสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่อไป

๔.๑๕.๑๒ กรณีศึกษาในประเทศไทย: ปรากฏการณ์ “ตุ๊กตาลูกเทพ”

หลังจากที่ได้ทำการศึกษากรณีของ “Hate Speech” แล้ว กรณีของ “ตุ๊กตาลูกเทพ” ปรากฏเป็นข่าวในสังคมไทยอยู่ช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตั้งแต่ปี ๒๕๕๙ ในงานวิจัยนี้จะศึกษาปรากฏการณ์ดังกล่าวเฉพาะในแง่มุมของการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) และการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)⁵⁰⁶

๔.๑๕.๑๒.๑ วิเคราะห์ข้อเท็จจริง

จากการจัดรับฟังความเห็นโดยการประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) เรื่อง “ปรากฏการณ์ตุ๊กตาลูกเทพกับการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง” ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ ๒ ประกอบกับการสำรวจข้อมูลจากสื่อต่าง ๆ ผู้วิจัยพบว่า มีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องอันสรุปได้ ดังนี้

- ✓ ผู้นิยมเลี้ยงตุ๊กตาลูกเทพบางราย ที่เคยเผยแพร่ข้อมูลการสื่อสารออนไลน์ในเครือข่ายสังคมเกี่ยวกับตุ๊กตาลูกเทพ เช่น โพสต์รูปโพรไฟล์ในเฟสบุ๊คหรือในไลน์เป็นรูปน้องตุ๊กตาหรือตนเองคู่กับน้องตุ๊กตา มีความไม่สบายใจ ไม่กล้าโพสต์ เพราะอายที่จะถูกเพื่อนในเครือข่ายมองว่า “ไร้สติ” หรือกระทั่ง “บ้า”
- ✓ มีคนสร้างหน้าเพจในเว็บไซต์เฟสบุ๊ค สำหรับการ “ต่อต้าน” ตุ๊กตาลูกเทพ ขึ้นมา โดยเฉพาะ มีภาพล้อเลียน เสียดสี ด่าทอ แสดงความไม่พอใจต่อฝ่ายนิยมตุ๊กตาลูกเทพ
- ✓ อาจารย์ท่านหนึ่งโพสต์เฟสบุ๊ค โพสต์ในกลุ่มไลน์ อีกทั้งประกาศในห้อง ด้วยเนื้อหาใจความตอนหนึ่งว่า “ถ้านักศึกษาคนไหนนำตุ๊กตาลูกเทพมาเรียน จะไม่อนุญาตให้เข้าชั้นเรียน โปรดทำตัวให้เหมาะสม

⁵⁰⁶ คณาธิป ทองรวีวงศ์, ปรากฏการณ์ “ตุ๊กตาลูกเทพ”: ในมุมมอง “สิทธิส่วนบุคคล” และ “Online Hate Speech,” เว็บไซต์พลเมืองเน็ต สืบค้นจาก <https://thainetizen.org/2016/02/supernatural-dolls/>



กับผู้มีการศึกษา” แม้ข้อเท็จจริง ปรากฏว่า ยังไม่มีนักศึกษาคนไหนนำตุ๊กตาลูกเทพเข้าเรียนในชั้นที่อาจารย์ท่านนี้สอนมาก่อนเลย การประกาศแบบนี้เกิดขึ้นหลังจากอาจารย์อีกท่านหนึ่งโพสต์เนื้อหาเกี่ยวกับประเด็นนี้อันเป็นที่ชื่นชมในความสร้างสรรค์ออกตามสื่อต่าง ๆ มีเนื้อหาสำคัญว่า “ถ้านักศึกษาท่านใดที่นำตุ๊กตาลูกเทพมาเรียนด้วย จะต้องให้ตุ๊กตาลูกเทพทำงานส่ง ทำรายงาน เสมือนเป็นนักศึกษาคนหนึ่ง”⁵⁰⁷

✓ ผู้มีงานอดิเรกในการนำตุ๊กตาสะสม ที่มักจะนำเอาตุ๊กตาไปถ่ายภาพตามร้านอาหารหรือสถานที่ท่องเที่ยวต่าง ๆ หวาดระแวงในการทำกิจกรรมงานอดิเรกของตัวเอง เพราะเกรงจะถูกบุคคลในสังคมตีตราว่าเป็น “คนบ้า” โดยการเหมารวมตุ๊กตาสะสม (ที่ไม่เกี่ยวข้องกับ “ความเชื่อ” ไต ๆ) เป็นตุ๊กตาลูกเทพไปด้วย นอกจากนี้การโพสต์เรื่องราวตุ๊กตาสะสมในหน้าสาธารณะลดน้อยลงเหลือเพียงในกลุ่มปิด

✓ ในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์ ปรากฏว่ามีการใช้ “อินโฟกราฟิก” (Infographic) (ภาพที่สร้างขึ้นด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์) แสดงการสนทนาระหว่างตุ๊กตาลูกเทพกับตุ๊กตาหมีเท็ดซึ่งเป็นตัวละครในภาพยนตร์ โดยส่งต่อกันอย่างกว้างขวาง ซึ่งประกอบด้วยคำพูดที่แสดงถึงการล้อเลียน เช่น “...ทำทางฉันเหมือนมีชีวิตหรือ ถ้ามอง ...เธอช่วยเรียกเงินทองให้หามีได้จริงหรือ...เรียกกะผีสิ มีฉันมีเงินใช้เพราะออกไปทำงานเองทุกวัน...”

ในเครือข่ายสังคมออนไลน์ เว็บไซต์สาธารณะ พบการสื่อสารแสดงความเห็นจากฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับผู้เลี้ยงตุ๊กตา ด้วยเนื้อหาถ้อยคำ เช่น “การอุมตุ๊กตาลูกเทพเป็นสิ่งดี เพราะทำให้แยกได้ระหว่าง คนดีกับคนบ้า” “ไรสติ งามาย เบาปัญญา ไร้การศึกษา”

นอกจากในระดับการสื่อสารของบุคคลทั่วไปแล้ว องค์กรธุรกิจผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ ยังทำการสื่อสารเกี่ยวกับปรากฏการณ์นี้ ซึ่งผู้วิจัยพบว่าอาจจำแนกได้เป็น ๒ ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก ดำเนินกลยุทธ์ทางการตลาดตอบสนองต่อปรากฏการณ์ความนิยมตุ๊กตาลูกเทพ เช่น จัดให้มีสินค้า บริการใหม่ ๆ สำหรับผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพ เช่น “พาน้องทัวร์ รับจ้างเลี้ยงน้อง รับฝากดูแล ทำผม ทำสปา สอนหนังสือ อบรมให้ความรู้” ธุรกิจรับขนคนโดยสารก็มีการปรับกลยุทธ์เกี่ยวกับที่นั่งสำหรับผู้พาตุ๊กตาลูกเทพเดินทางเช่นกรณีสายการบิน⁵⁰⁸ ร้านอาหารบุฟเฟ่ต์บางแห่งจัดโปรโมชั่น “ลูกเทพกินฟรี” “ลูกเทพคิดราคาเท่าเด็ก” เป็นต้น

การตอบสนองด้วยวัตถุประสงค์ทางการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายนี้ กลับส่งผลให้ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย เพิ่มระดับความ “เกลียดชัง” ยิ่งขึ้นไปอีก เช่น มีการสื่อสารข้อมูลออนไลน์ที่เปรียบเทียบน้อง (คนจริง) ผู้หิวโหย กับ น้อง (ตุ๊กตา) ที่ได้กินอาหารดี ๆ (ผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพเป็นคนกิน หรืออาจจะสั่งอาหารมาให้ตุ๊กตาที่นั่งอยู่แล้ว “ทั้งอาหารไว้อย่างนั้น” ทำให้ฝ่ายที่ไม่ชอบเกิดความเสียขวัญภัยรุมโลก)

⁵⁰⁷ “อาจารย์ ม.ดั่ง ไม่ห้ามลูกเทพเข้าเรียน แต่ต้องทำการบ้านด้วย” สืบค้นจาก <http://www.posttoday.com/social/hot/412421>

⁵⁰⁸ “ไทยสมายล์ ขายตั๋ว/บริการ ตุ๊กตาลูกเทพนั่งเครื่องบินได้” สืบค้นจาก <http://www.dailynews.co.th/economic/375084>

ฝ่ายที่สอง ดำเนินกลยุทธ์ทางการตลาดในลักษณะต่อต้าน คัดค้านผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพ โดยประกาศไม่รับ ไม่บริการ ตุ๊กตาลูกเทพ (ซึ่งในทางปฏิบัติก็คือไม่บริการบุคคลผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพ) มีข้อน่าสังเกตว่า ผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มนี้ ไม่เพียงปฏิเสธเท่านั้น แต่ยังมีการสื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” ประกอบมาเป็นเหตุผลด้วย เช่น

- ผู้ให้บริการโรงแรม รีสอร์ทบางแห่ง โพสต์ประกาศอย่างเป็นทางการในหน้าเพจว่า ห้ามนำตุ๊กตาลูกเทพเข้าพัก ให้เหตุผลว่า “ไร้สติ เป็นแบบอย่างไม่ดีแก่เยาวชน” มีการเรียกตุ๊กตาลูกเทพเหล่านี้ว่า “ตุ๊กตาผี” เหตุผลดังกล่าวได้รับความนิยมจากผู้ให้บริการอีกหลายรายที่นำไปใช้ตาม ๆ กัน

จะเห็นว่า เนื้อหาของการสื่อสารที่ยกตัวอย่างมาเหล่านี้ นับหนึ่งเป็นเรื่องเสียชื่อเสียง แต่อีกนับหนึ่งสื่อความหมายตำหนิว่า ผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพเป็นผู้มั่งงาย ไร้สติ ไร้การศึกษา หลงผิด ฯลฯ เป็นการสื่อสารที่สะท้อนถึงความ “เกลียดชัง” หรือ “Hate Speech” ระหว่างคนสองฝ่ายที่มีความ “เห็นต่าง” ดังที่ปรากฏพบได้ทั่วไปในสังคมไทยกรณีประเด็นทางการเมืองหรือประเด็นทางสังคมอื่น ๆ การกระทำลักษณะนี้จัดเป็นการสื่อสารออนไลน์ซึ่งก่อให้เกิดความเกลียดชังหรือกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชัง

๔.๑๕.๑๒.๒ วิเคราะห์ปัญหาของปรากฏการณ์ตุ๊กตาลูกเทพ ภายใต้กรอบ “Hate Speech” และเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็น

ตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น ปรากฏการณ์ตุ๊กตาลูกเทพมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนหลายประการ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะด้านความเชื่อ ลัทธิ ศาสนา ในแง่ของผู้ไม่เห็นด้วยกับผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพ ก็อ้างเสรีภาพในการสื่อสารและแสดงความคิดเห็น ในแง่ของผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพก็อ้างว่า การนำพาตุ๊กตาลูกเทพออกสู่สาธารณะ เป็นการแสดงออกซึ่งความเชื่อของตนอย่างหนึ่ง นอกจากนี้ ในระดับของการปฏิเสธสินค้าหรือบริการต่อผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพนั้น ในแง่หนึ่งก็มองได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความเชื่อ

สำหรับในบริบทของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น ประเด็นสำคัญคือการหาจุดสมดุลระหว่างเสรีภาพในการสื่อสารของฝ่ายที่แสดงไม่เห็นด้วยกับฝ่ายผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพซึ่งอยู่ในขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น กับการสื่อสารแสดงความเกลียดชังที่เกินขอบเขตของเสรีภาพนั้นอันมีลักษณะของ “Hate Speech” ที่ขัดต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยผู้วิจัยจะได้แยกพิจารณาเป็น ๒ กรณี

กรณีแรก การสื่อสารความเกลียดชังที่อยู่ในขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

โดยหลักแล้วเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือ “Freedom of Speech” นั้น มิได้จำกัดเฉพาะการแสดงความคิดเห็นในเชิงบวกเท่านั้น แต่ครอบคลุมถึงการแสดงความคิดเห็นในแง่ลบต่าง ๆ ทั้งเห็นด้วย ไม่เห็นด้วย ความชื่นชอบ ความไม่พึงพอใจ หรือแม้แต่ความเกลียดชัง การที่รัฐจะตรากฎหมายมาจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารและแสดงความคิดเห็นนั้นอาจทำได้ แต่เหตุที่จะนำมาจำกัดก็จะต้องมีน้ำหนักเพียงพอด้วย ตัวอย่างของการที่รัฐมีความพยายามตรากฎหมายมาจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารและแสดงความคิดเห็นโดยการอ้างเหตุ “Hate Speech” นั้น พบว่าศาลในสหรัฐอเมริกาให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ



(First Amendment) มากกว่าการจำกัดการสื่อสารที่แสดงความเกลียดชัง กล่าวคือ โดยหลักแล้ว การสื่อสารนั้นแม้จะมีลักษณะของการสื่อสารความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ก็ตาม ศาลก็ยังเห็นว่า รัฐไม่อาจตรากฎหมายเพื่อควบคุมหรือจำกัดการสื่อสารลักษณะดังกล่าวได้ เนื่องจากการสื่อสารเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น อย่างไรก็ตาม รัฐอาจตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดการสื่อสารดังกล่าวได้ หากการสื่อสารนั้นมีการ “แสดงออก” ด้วยพฤติกรรมหรือลักษณะที่รุนแรงด้วย แต่หากเป็นเพียงการสื่อสารที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับความไม่พอใจหรือเกลียดชัง ก็ยังคงทำได้ภายใต้หลักเสรีภาพของการสื่อสาร

ตัวอย่างคดีในสหรัฐอเมริกา เช่น ในปี ค.ศ. ๑๙๕๒ หลังจากมีเหตุการณ์วินเชสเตอร์ (Sacco and Vanzetti) ทางเพนซิลเวเนียของชาวอเมริกันเชื้อสายแอฟริกัน รัฐบาลท้องถิ่นตรากฎหมายมีเนื้อหาห้ามการแสดงสัญลักษณ์ใด ๆ ที่กระตุ้นหรือยุยงผู้อื่นด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ หรือเพศ ศาลตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น⁵⁰⁹ ศาลอธิบายว่า การสื่อสารที่ทำให้เกิดความรุนแรง (Fighting words) จะไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะ “Freedom of Speech” แต่ทั้งนี้การสื่อสารที่ไม่ได้รับการคุ้มครองนั้นมิใช่เพียงแต่มีเนื้อหาแสดงความไม่ชอบ ไม่พึงพอใจ เท่านั้น แต่ยังต้องแสดงออกมาในลักษณะที่เป็นการคุกคาม (Threatening manner) ด้วย หลังจากคดีนี้ ศาลสูงสุดสหรัฐก็ได้พิจารณาคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการเผาไหม้กางเขนอีกครั้ง ศาลตัดสินว่าแม้การเผาไหม้กางเขนจะแสดงถึงการข่มขู่อันมิชอบด้วยกฎหมายได้ในบางกรณี แต่การที่รัฐตรากฎหมายห้ามการเผาไหม้กางเขนนับเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รัฐอาจตรากฎหมายห้ามเฉพาะรูปแบบหรือวิธีการของการข่มขู่ ซึ่งมีแนวโน้มจะนำไปสู่การกระทำความรุนแรงทางกายภาพ เช่น การทำร้ายร่างกาย⁵¹⁰ สำหรับกรณีการสื่อสารออนไลน์นั้น ศาลได้ตัดสินในกรณีจำเลยโพสต์ข้อความแสดงความเกลียดชังด้านเชื้อชาติและสีผิวทางอินเทอร์เน็ตนั้น ยังไม่ถึงขั้นเป็นการสื่อสารอันตราย (Dangerous Speech) ดังนั้น จึงยังได้รับการคุ้มครองในฐานะ Free Speech ตามรัฐธรรมนูญ⁵¹¹

ตามกรอบของหลักกฎหมายนี้ ฝ่ายผู้ไม่ชอบตึกตากลูเทพที่แสดงออกทางสื่อสังคมออนไลน์ต่าง ๆ ถึงความเกลียดชังต่อกลุ่มผู้นิยมตึกตากลูเทพ หรือเกลียดชังต่อแนวคิดการเลี้ยงตึกตากลูเทพนั้น ยังคงจัดอยู่ในพื้นที่ของ “เสรีภาพในการสื่อสารหรือแสดงความคิดเห็น” ได้ ตราบใดที่ไม่ได้แสดงออกด้วยวิธีการหรือลักษณะพฤติกรรมที่รุนแรงหรือเป็นการข่มขู่คุกคาม

กรณีที่สอง การสื่อสารความเกลียดชังที่เกินขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ในกรณีกฎหมายสหรัฐอเมริกา แม้จะให้น้ำหนักกับ “Freedom of Speech” แต่จากคำพิพากษาศาลจะเห็นได้ว่า หากการสื่อสารที่มีเนื้อหาแสดงความเกลียดชังนั้น แสดงออกถึงความเกลียดชังด้วยลักษณะพฤติกรรมที่สื่อแสดงความรุนแรง หรือที่ศาลใช้คำว่า “Fighting Words , Dangerous Words” การสื่อสารนั้นก็ไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐอาจตรากฎหมายจำกัด Hate Speech ที่แสดงออกด้วยความรุนแรงได้ด้วยอย่างเช่น การแสดงความเกลียดชังต่อการทำแท้งโดยเปิดเว็บไซต์ลงรายชื่อผู้เกี่ยวข้องกับการทำแท้งโดยกล่าวว่าเป็น

⁵⁰⁹ From “*R.A.V. v. City of St. Paul* (1992)”

⁵¹⁰ From “*Virginia v. Black*” 538 U.S. 343 (2003)

⁵¹¹ From “*United States v. Wilcox* (2008)”

พวกอาชญากรต่อมนุษยชาติ ศาลตัดสินว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นที่แสดงออกด้วยวิธีรุนแรงและไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะ Free Speech⁵¹² หากเปรียบเทียบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เช่น การนำข้อมูลประวัติของผู้นิยมถูกเทพมาเผยแพร่หรือประจานทางสื่อออนไลน์ ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการแสดงความเกลียดชังที่แสดงออกมาด้วยวิธีรุนแรง แม้ว่ามีได้แสดงออกในเชิงกายภาพต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น การทำร้ายร่างกาย แต่การประจานด้วยข้อมูลดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นการกระทำทางกายภาพอย่างเป็นรูปธรรม มิใช่เป็นเพียงการแสดงความคิดเห็น จึงอาจเกินขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น นอกจากนี้ การประจานโดยเจาะจงตัวบุคคลดังกล่าวอาจเข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญาด้วย

สำหรับการแสดงความเกลียดชังโดยมีลักษณะการข่มขู่คุกคาม เช่น กรณีในสหรัฐอเมริกา การแสดงความเกลียดชังต่อเพื่อนนักเรียนโดยโพสต์ข้อความในห้องสนทนาในเว็บไซต์แห่งหนึ่ง มีเนื้อหาขู่จะฆ่านักเรียนในโรงเรียน (ซึ่งในสหรัฐอเมริกามักปรากฏว่านักเรียนฆ่ากันอยู่บ่อยครั้ง โดยในหลายคดีก็ไม่แนชัดถึงสาเหตุแห่งความเกลียดชังอันนำไปสู่การฆาตกรรม) ศาลตัดสินว่ามีความผิดตามกฎหมาย⁵¹³ หากเปรียบเทียบกับกรณีตุ๊กตาถูกเทพ การที่ผู้ที่ไม่เห็นด้วยโพสต์ข้อความแสดงถึงการขู่จะฆ่า ทำร้ายคนนิยมเลี้ยงตุ๊กตา อาจถือได้ว่าเป็นการแสดงความเกลียดชังที่เกินขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สำหรับกรณีโพสต์แสดงความอาฆาตมาดร้ายว่าจะทำร้าย “ตุ๊กตา” ซึ่งแม้ว่าจะไม่ใช่บุคคลตามกฎหมายแต่ก็เป็นทรัพย์สิน จึงเห็นว่าเป็นการสื่อสารความเกลียดชังที่แสดงออกมาด้วยความรุนแรง แต่ทั้งนี้ก็ต้องมีการจำแนกระหว่าง “การล้อเลียน” โดยไม่มีเจตนาสร้างความเกลียดชังด้วยความรุนแรง

สำหรับบางประเทศ มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” เป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจจัดอยู่ในกฎหมายสิทธิมนุษยชน ในกลุ่มกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Law) เช่น ในประเทศแคนาดานั้น หลายรัฐมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่วางหลักควบคุม “Hate Speech” ตัวอย่างเช่น กฎหมายมลรัฐ British Columbia ซึ่งมีหลักห้าม “การเผยแพร่ข้อความอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory Publication)” โดยหลักกฎหมาย คือ “บุคคลจะต้องไม่เผยแพร่ ออกเอกสาร หรือแสดงข้อความ ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการแสดงออกอื่น ๆ ซึ่ง⁵¹⁴...อาจส่งผลให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคล ถูกเกลียดชังหรือถูกดูหมิ่น ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้ยกเว้นสำหรับกรณีการสื่อสารส่วนบุคคล (Private Communication)

กรณีออสเตรเลีย พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ (Racial Discrimination Act 1975) กำหนดความผิดสำหรับกรณีการสื่อสารความเกลียดชังด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ ถิ่นกำเนิด โดยมีคดีที่ศาลออสเตรเลียตัดสินตามกฎหมายดังกล่าวในการเผยแพร่ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตเป็นครั้งแรกในปี ๒๐๐๒ คือ คดี Jones v. Töben ซึ่งจำเลยได้เผยแพร่ข้อมูลบนเว็บไซต์ของจำเลยมีเนื้อหาปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในสมัยสงครามโลกครั้งที่ ๒ (Holocaust Denial) ศาลตัดสินว่าการเผยแพร่เนื้อหาดังกล่าวบนเว็บไซต์โดยไม่มี การกำหนดรหัสผ่าน เป็นการกระทำการสื่อสารต่อสาธารณะ (Public act) จึงเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ

⁵¹² From “Planned Parenthood of the Columbia/Willamette, Inc. v. Am. Coalition of. Life Activists” 290 F.3d 1058, 1063-67 (9th Cir. 2002)

⁵¹³ From “U.S. v. MORALES” 252 F.3d 1070 (9th Cir. 2001)

⁵¹⁴ Human Rights Code, RSBC 1996, c 210, s. 7 (1) (a) (b)



ตามกรอบหลักกฎหมายนี้ แสดงให้เห็นข้อจำกัดของ Hate Speech ที่เกินไปกว่าการแสดงความคิดเห็น จนนำไปสู่การแสดงออกในลักษณะความรุนแรง สำหรับประเทศที่กำหนดควบคุม Hate Speech เป็นการเฉพาะในฐานะสิทธิมนุษยชนภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัตินั้น มักจะมีแนวโน้มในการให้น้ำหนักไปในทางการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก Hate Speech

นอกจากในบริบทของเสรีภาพในการสื่อสารที่จะแสดงความคิดเห็นด้วยแล้ว การสื่อสารที่แสดงความเกลียดชังในสื่อออนไลน์อาจเลยขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ไปสู่การ “กีดกัน” อย่างเป็นรูปธรรมในโลกทางกายภาพ เช่น การไม่ให้บริการ การไม่ขายสินค้าให้กับบุคคลที่มีความเชื่อ ความเห็นต่าง ดังที่พบในกรณีหน้าเพจเว็บไซต์เฟสบุ๊คของผู้ให้บริการสถานที่พัก หรือสินค้าบางอย่าง

๔.๑๕.๑๒.๓ วิเคราะห์การสื่อสารความเกลียดชังและการเลือกปฏิบัติจากกรณีตุ๊กตาลูกเทพ

ตามกฎหมายไทย

จากข้อเท็จจริงที่พบว่า มีการเผยแพร่ข้อมูลในการสื่อสารช่องทางต่าง ๆ ในลักษณะของการใช้ถ้อยคำ ภาพ หรือการสื่อสารลักษณะอื่น ๆ ทำให้เกิดการดูหมิ่นเกลียดชัง (Hate Speech) ต่อกลุ่มบุคคลที่นิยมตุ๊กตาลูกเทพ เช่น การใช้คำพูดว่า “ไร้สติ ขาดสติ เบาปัญญา งามาย โง่เง่า” “การอุม้ตุ๊กตาเป็นสัญลักษณ์แบ่งแยกให้รู้ใครเป็นคนดี คนบ้า” การสื่อสารด้วยถ้อยคำเหล่านี้มีลักษณะเป็นคำดูถูกเหยียดหยามด้วยเหตุผลทางความรู้สึกต่าง ๆ เช่น ความไม่ชอบ อคติ หมั่นไส้ หรือเกลียดชัง ซึ่งจัดเป็นกรณีของ “Hate Speech” อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดความผิดดังกล่าว เมื่อพิจารณากฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันพบว่าไม่มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(๑) ประมวลกฎหมายอาญา ฐานความผิดหมิ่นประมาท

ในกรณีการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังเกี่ยวกับตุ๊กตาลูกเทพนั้น หากเป็นการกล่าวโดยเจตนาจงกับบุคคลที่นิยมตุ๊กตาลูกเทพคนใดคนหนึ่ง อาจเข้าข่ายความผิดอาญาฐานหมิ่นประมาทได้ เช่น กล่าวโจมติ นางสาว ก. ว่าเป็นคนไร้สติ โง่เง่า ไร้การศึกษา แต่หากเป็นการกล่าวข้อความหรือเผยแพร่ข้อมูลโดยรวมมุ่งต่อคนที่นิยมลูกเทพทั้งกลุ่มใหญ่หรือทั้งหมดโดยไม่ได้เจตนาจงผู้ใด ก็ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม การสื่อสารดังกล่าวยังอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการสื่อสารที่เหยียดหยามและแบ่งชนชั้นอันก่อให้เกิดความเกลียดชังระหว่างบุคคลที่แตกต่างกันสองฝ่าย ด้วยเหตุ “ความเชื่อ” แต่กฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาทไม่ครอบคลุมถึงกรณีนี้ หากไม่มีลักษณะเจตนาจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งดังกล่าวมาแล้ว

(๒) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐

ในกรณีการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังเกี่ยวกับตุ๊กตาลูกเทพนั้น หากเป็นการเผยแพร่ข้อมูลทางระบบคอมพิวเตอร์ เช่น โพสต์ข้อความทางเครือข่ายสังคม เช่น เฟสบุ๊ค หรือโปรแกรมการสนทนาออนไลน์ เช่น โปรแกรมประยุกต์ไลน์ อาจเข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา ๑๔ ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น ตัวอย่างเช่น หากมีการโพสต์ข้อมูลปลอมหรือเท็จ โดยการสร้างหน้าเพจปลอมขึ้นเพื่อแสดงตนเป็นบุคคลผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพ และโพสต์ข้อมูลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น กรณีนี้จะเข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของการปรับใช้กฎหมายนี้กับกรณีการสื่อสารความเกลียดชังกรณีตุ๊กตา

ลูกเทพก็คือ ข้อมูลที่แสดงความเกลียดชังต้องเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมหรือเท็จหรือข้อมูลลามกด้วย สำหรับการโพสต์ข้อความโจมตีกลุ่มผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพว่าเป็นพวก “ไร้สติ โง่เง่า เบาปัญญา” อาจเป็นคำติเตียนที่แสดงถึงความเห็นส่วนตัวของผู้โพสต์ข้อมูล เป็นการยากที่จะพิสูจน์ความจริงหรือเท็จของข้อความดังกล่าว พระราชบัญญัตินี้จึงไม่อาจนำมาปรับใช้อย่างครอบคลุมกับกรณี “Hate Speech” ที่มีได้เข้าองค์ประกอบข้อมูลปลอมหรือเท็จได้

(๓) กรณีปรากฏการณ์ตุ๊กตาลูกเทพ หากพิจารณาตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ภายใต้กรอบของ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Ground of discrimination) แล้วจะเห็นได้ว่า สามารถเกี่ยวข้องกับเหตุแห่ง “ศาสนา” ทั้งนี้ หากตีความ “ศาสนา” ว่าเป็นความหมายกว้างกว่าศาสนากระแสหลัก ดังเช่นกรณี “พาสตาฟาเรียน” นอกจากนี้ แม้ได้มองว่าความนิยมตุ๊กตาลูกเทพเกี่ยวข้องกับ “ศาสนา” ก็ยังจัดว่าเกี่ยวข้องกับ “ความเชื่อ” ซึ่งมีความหมายกว้างและอาจครอบคลุมความเชื่อในเรื่องต่าง ๆ ของบุคคลในสังคมโดยไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับหลักศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หากใช้กรอบ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” มาพิจารณาแล้ว อาจจำแนกการแสดงความคิดเห็นต่อต้านตุ๊กตาลูกเทพ ได้ ๔ กรณี ดังนี้

กรณีที่ ๑: ถ้าเป็นแค่การเสียดสี ล้อเลียน ทำอินโฟกราฟฟิกซ้ำ ๆ ล้อเลียนเปรียบเทียบตุ๊กตาลูกเทพกับตุ๊กตามีชีวิตอื่น เช่น ตุ๊กตาสยองขวัญอันโด่งดังจากหนังเรื่องต่าง ๆ หรือแสดงความคิดเห็นทำหยาบคาย คิดลบ (กลุ่มคนรักลูกเทพ) ซึ่งการอภิปรายเช่นนั้นเป็นการส่งเสริมให้เกิดการโต้แย้งและความเข้าใจที่มากขึ้น การให้ข้อมูลว่าพาลูกเทพอย่างไรถึงไม่กระทบสิทธิผู้อื่น เช่นนี้ก็ยังอยู่ในเขตพื้นที่ของ “Free Speech” ในทางกลับกัน ฝ่ายนิยมตุ๊กตาลูกเทพก็สามารถโต้แย้ง แสดงการสื่อสารด้านตรงข้าม (Counter speech) ได้เช่นกัน นอกจากนี้ สำหรับฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการสื่อสารในเชิงรังเกียจลูกเทพแบบ “เหมารวม” เช่น ฝ่ายผู้นิยมตุ๊กตาสะสม ก็อาจแสดงความคิดเห็นตอบโต้ (Counter speech) ในรูปแบบของการให้ข้อมูลที่ถูกต้อง (ว่าตุ๊กตาของตนอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดและรสนิยมอีกชนิดหนึ่ง)

กรณีที่ ๒: การสื่อสารที่เห็นได้ชัดว่าแสดงความเกลียดชัง เช่น คำว่า “โง่ งมาย ไร้สติ” ถ้าตีความโดยให้น้ำหนักกับ Free Speech อย่างเช่นกฎหมายสหรัฐอเมริกาแล้ว เพียงแค่เนื้อหาในการสื่อสารเช่นนี้ ยังอยู่ในขอบเขตของ Free Speech ได้ แต่ตามกฎหมายไทยต้องพิจารณาว่าเข้าองค์ประกอบฐานหมิ่นประมาทหรือไม่

กรณีที่ ๓: การสื่อสารในลักษณะการส่งเสริมกระตุ้น (Incite) ให้เกลียดชังกลุ่มคนนิยมตุ๊กตาลูกเทพ หรือถึงขั้นให้เกิดการกระทำทางกายภาพต่อไป น่าจะถือได้ว่าเป็นการเกินขอบเขตของ Free Speech ไปสู่ Hate Speech ที่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการ “ล่าแม่มดออนไลน์” ซึ่งเป็นลักษณะการดำเนินการโจมตีผู้รักลูกเทพโดยนำเอาข้อมูลส่วนบุคคลหรือเรื่องราวส่วนตัวมาประจาน ในระดับของผู้ให้บริการสื่อสังคมออนไลน์นั้น การกระทำเช่นนี้อาจขยายการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อตกลงการใช้งาน เช่น มาตรฐานชุมชนของเฟซบุ๊ก (Community Standard) ซึ่งอาจถูกนำเนื้อหาออกไปหรือระงับใช้งานได้

สำหรับกรณีการโพสต์แสดงความไม่เห็นด้วย เกลียดชัง ด้วยวิธีการรุนแรง เช่น “เจอที่ไหนฆ่าที่นั่น” “จับตบให้หายโง่ทั้งแม่ทั้งลูก” เหล่านี้หากเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจะเห็นว่า มีลักษณะ “Fighting Words” หรือ “Dangerous Words” อันเกินขอบเขตของ “Free Speech”

กรณีที่ ๔: การที่ผู้ประกอบการร้านค้า บริการต่าง ๆ แสดงการสื่อสารออกมาว่าจะไม่ต้อนรับลูกเทพ (ซึ่งก็คือไม่ต้อนรับบุคคลที่นิยมลูกเทพและพาลูกเทพมาด้วย) การสื่อสารด้วยภาพ ป้ายประกาศ ที่โพสต์



ในเว็บหรือเพจของร้านอย่างเป็นทางการ รวมทั้งมีเนื้อหาแสดงความเกลียดชังอย่างชัดเจน เช่น “ตุ๊กตาผี ไร้สติ งามายเป็นตัวอย่างไม่ดีแก่เยาวชน” กรณีนี้สะท้อนถึงประเด็นการเลือกปฏิบัติถึงสองมิติซ้อนกัน กล่าวคือ การสื่อสารที่แสดงความเกลียดชัง และการปฏิเสธการให้บริการหรือสินค้าอันเกี่ยวเนื่องกับความเกลียดชังนั้น ในกรณีนี้จะเน้นพิจารณามิติของการปฏิเสธสินค้าหรือบริการซึ่ง อาจจำแนกพิจารณาได้ ๒ แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก หากพิจารณาว่า ผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพมีเหตุผลทางด้าน “ความเชื่อ” (แม้ว่าจะไม่เกี่ยวข้องกับ “ศาสนา”) แล้ว การเลือกปฏิบัติดังกล่าวก็อยู่บนเหตุที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนของหลายประเทศคุ้มครอง โดยมีการวางหลักห้ามปฏิเสธให้บริการด้วยเหตุดังกล่าว เช่น ในเดือนธันวาคม ๒๐๑๒ คิวรีกร่วมเพต (Curt Freed and Robert Ingersoll) ติดต่อร้านดอกไม้เพื่อใช้บริการจัดดอกไม้ในงานแต่งงาน แต่ถูกเจ้าของร้านปฏิเสธอ้างเหตุผลความเชื่อทางศาสนา ศาลตัดสินว่า การปฏิเสธดังกล่าวเป็นการกระทำบนพื้นฐานความเชื่อทางศาสนา ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ จึงเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ สำหรับข้ออ้างที่ว่า จำเลยกระทำไปด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนานั้น ศาลเห็นว่า การกระทำที่มีสาเหตุหรือแรงกระตุ้นจากความเชื่อทางศาสนานั้นไม่ได้เป็นเหตุยกเว้นหลักกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ⁵¹⁵ ดังนั้นหากพิจารณาตามแนวทางนี้ จะนำไปสู่ข้อเสนอในการตรากฎหมายเพื่อห้ามการปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ โดยเฉพาะเหตุแห่งศาสนาหรือความเชื่อ

แนวทางที่สอง หากพิจารณาว่า ฝ่ายที่ปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้ากับผู้ที่พาตุ๊กตาลูกเทพเข้ามานั้น มีเหตุปฏิเสธบนพื้นฐานของความเชื่อ ลัทธิ หรือศาสนาของตนเช่นกัน บุคคลที่ปฏิเสธก็ควรมีสถานะในการปฏิเสธได้ ดังจะเทียบเคียงได้กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรของหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกา ที่วางหลักคุ้มครองบุคคลในการที่จะสามารถปฏิเสธการให้บริการบุคคลอื่นด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนาของตนเองได้⁵¹⁶ ดังนั้นหากกฎหมายบังคับห้ามปฏิเสธบริการก็จะเป็นการขัดต่อความเชื่อของผู้ให้บริการ นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาประเด็นที่ว่า การให้เข้าใช้สถานที่หรือบริการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ด้วย ซึ่งบุคคลผู้เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้ามาในสถานที่ของตนได้ หากมีการตรากฎหมายห้ามปฏิเสธบริการก็จะส่งผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของผู้ให้บริการ นอกจากนี้ การจำกัดสิทธิในการปฏิเสธสินค้าหรือบริการยังส่งผลกระทบต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย

จะเห็นได้ว่า กรณีตุ๊กตาลูกเทพเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติถึงสองมิติ กล่าวคือ มิติของการสื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” ซึ่งต้องสร้างความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” และมิติของการปฏิเสธสินค้าหรือบริการ ซึ่งต้องสร้างความสมดุลระหว่างความเชื่อของทั้งสองฝ่าย รวมทั้งหลักกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในการทำสัญญาด้วย

อาจสรุปได้ว่า กรณีตุ๊กตาลูกเทพนั้น เป็นกรณีหนึ่งของพฤติกรรมในสังคมซึ่งสะท้อนให้เห็นสภาพปัญหาของการเลือกปฏิบัติในกรณีของการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) โดยเฉพาะปัญหาของกฎหมายไทยที่ยังไม่มีหลักการโดยเฉพาะสำหรับการสร้างความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Free Speech) และการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ในขณะที่พันธกรณีระหว่างประเทศและกฎหมายของหลายประเทศได้มีหลักการเพื่อรองรับปัญหานี้ จากการศึกษาในส่วนนี้จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะของการวิจัยเพื่อการปรับปรุงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องต่อไป

⁵¹⁵ From “Ingersoll v. Arlene’s Flowers”

⁵¹⁶ เช่น รัฐบาลของรัฐ Mississippi ได้ผ่านกฎหมาย “คุ้มครองเสรีภาพในความเชื่อจากการเลือกปฏิบัติโดยรัฐบาล”

(Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act) ประเด็นนี้ได้วิเคราะห์ไว้ต่างหาก

๔.๑๖ ปัญหาขอบเขตของกฎหมายในการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน

แม้ว่าตามกฎหมายไทยจะปรากฏหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่เห็นได้ชัดเจนจากรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม จากสภาพปัญหาแสดงให้เห็นว่า การเลือกปฏิบัติสามารถเกิดขึ้นได้ใน ๒ กรณี คือ

กรณีแรก การเลือกปฏิบัติจากภาครัฐ เช่น กฎเกณฑ์ ระเบียบ หรือการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากองค์กรของรัฐ การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ

กรณีที่สอง การเลือกปฏิบัติจากภาคเอกชน เช่น การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง ลูกจ้าง การเลือกปฏิบัติในบริบทอื่น ๆ เช่น การปฏิเสธการให้บริการหรือการจำหน่ายสินค้า การจำกัดสิทธิในการเข้าถึงบริการหรือสถานที่ของภาคเอกชนต่าง ๆ รวมทั้งการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

ดังนั้น ประเด็นปัญหาที่จะวิเคราะห์ในหัวข้อนี้ก็คือ หลักกฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติสามารถครอบคลุมไปถึงการเลือกปฏิบัติจากทั้งภาครัฐและเอกชนหรือไม่

๑) กฎหมายแคนาดา

จากการศึกษากฎหมายแคนาดาพบว่า รัฐธรรมนูญ (Canadian Charter of Rights and Freedom) ใช้บังคับกับรัฐสภา (Parliament) และรัฐบาล (Government) ในกรณีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของรัฐสภา และรัฐบาล รวมทั้งรัฐบาลในแต่ละเขตการปกครอง (Province) ด้วย⁵¹⁷ ศาลสูงสุดแคนาดาได้วางหลักไว้ว่า รัฐธรรมนูญมีขอบเขตใช้บังคับกับรัฐบาลเท่านั้น ซึ่งรวมทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร กฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารกำหนดขึ้นจะต้องอยู่ภายใต้หลักการของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ การกระทำของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติต่อบุคคลก็อยู่ภายใต้ขอบเขตของรัฐธรรมนูญ⁵¹⁸ ดังนั้น การเลือกปฏิบัติในรอบของรัฐธรรมนูญแคนาดานั้นจะครอบคลุมการปฏิบัติของรัฐหรือองค์กรของรัฐ สำหรับการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากการให้บริการด้านต่าง ๆ เช่น การขนส่ง การศึกษา ก็จะต้องพิจารณาว่าหากองค์กรนั้นเป็นองค์กรที่รัฐเข้ามามีบทบาทในการควบคุมอย่างมีนัยสำคัญต่อการดำเนินการก็ถือว่าเป็นการกระทำของภาครัฐที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ⁵¹⁹ คดีสำคัญในปี ๒๐๐๘ ซึ่งศาลสูงสุดแคนาดาตัดสินประเด็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕ ก็ได้ย้ำถึงหลักการนี้ว่า มาตรา ๑๕ “มุ่งหมายในการป้องกันมิให้รัฐบาล (Preventing government) ดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำแนกความแตกต่างบนพื้นฐานเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ ซึ่งมีผลกระทบต่อการทำให้ความเสียเปรียบดำเนินต่อไป หรืออคติ หรือการสร้าง ความเสียเปรียบให้เกิดขึ้นบนพื้นฐานของการสร้างภาพเหมารวม (Stereotyping)”⁵²⁰ ดังนั้น ในการควบคุมการปฏิบัติของภาคเอกชนนั้นขึ้นอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายในเรื่องต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญอาจมีผลกระทบโดยอ้อมได้ กล่าวคือ หากกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีบทบัญญัติที่คลุมเครือหรือไม่ชัดเจน จะต้องมีการตีความกฎหมายดังกล่าวโดยสอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญด้วย

⁵¹⁷ Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32

⁵¹⁸ From “RWDSU Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd [1986]” 2 SCR 573 (Supreme Court of Canada).

⁵¹⁹ From The Charter of Rights and Freedoms, 3rd ed. (p 102) by Robert J. Sharpe and Kent Roach, 2005 Toronto: Irwin Law

⁵²⁰ From “Canada in R. v. Kapp” SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, 294 D.L.R. (4th)



สำหรับการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชนในมิติต่าง ๆ นั้น จะเห็นได้ว่า เนื่องจากรัฐธรรมนูญแคนาดา มีขอบเขตใช้บังคับกับองค์กรของรัฐที่มีการเลือกปฏิบัติต่อประชาชน จึงไม่ครอบคลุมการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน ศาลสูงสุดแคนาดาอธิบายว่าหลักการตามรัฐธรรมนูญเป็นกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจรัฐที่มีต่อประชาชน หากการกระทำของภาคเอกชนทั้งหมดถูกตรวจสอบภายใต้รัฐธรรมนูญแล้วจะเป็นการแทรกแซงต่อเสรีภาพในการทำสัญญา⁵²¹

๒) กฎหมายแอฟริกาใต้

สำหรับประเทศแอฟริกาใต้นั้น พบว่ารัฐธรรมนูญมีขอบเขตใช้บังคับกับกฎหมายทั้งหมด รวมทั้งการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ รวมทั้งองค์กรทั้งหมดของรัฐ (All organs of state)⁵²²

อย่างไรก็ตาม สำหรับหลักการห้ามเลือกปฏิบัตินั้น รัฐธรรมนูญระบุไว้อย่างชัดเจนว่าครอบคลุมถึงการกระทำโดยเอกชนด้วย ดังจะเห็นได้จากมาตรา ๙ ซึ่งวางหลักไว้ ดังนี้

(๑) รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ซึ่งรวมถึงเชื้อชาติ เพศ การตั้งครุภักดิ์ สถานะความเป็นมารดา ชากำเนิด สีผิว รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด

(๒) บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุดังระบุใน (๑) ในการนี้ รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้นั้น ครอบคลุมทั้งการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐและกระทำโดยเอกชน โดยวางหลักจำแนกการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐและเอกชนออกจากกันอย่างชัดเจน โดยการเลือกปฏิบัติทั้งสองกรณีนั้นต่างต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชนนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ตรากฎหมายเฉพาะเพื่อห้ามการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน ดังนั้น บุคคลผู้ถูกบุคคลอื่นเลือกปฏิบัติจึงมีได้อ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญขึ้นฟ้องร้องผู้เลือกปฏิบัติโดยตรง แต่เป็นการเรียกร้องสิทธิโดยกฎหมายที่รัฐมีหน้าที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ โดยในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ก็วางหลักไว้ชัดเจนว่า “เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่ารัฐต้องมีการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองและป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันกระทำโดยเอกชน และรัฐบาลได้ตรากฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยเอกชนแล้ว ดังนั้น ปัจเจกชนจึงไม่มีสิทธิโต้แย้งการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชนภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ”⁵²³ ดังนั้น รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้จึงเป็นกรณี que แสดงให้เห็นถึงการบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในระดับรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน โดยจำแนกทั้งการกระทำของรัฐและเอกชน

⁵²¹ From “McKinney v. University of Guelph [1990]” 3 SCR 229 ,Supreme Court of Canada

⁵²² South African Constitution, Section 8

⁵²³ From “MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v. Pillay (CCT 51/06) [2007]” ZACC 21; 2008 (1) SA 474 (CC); 2008 (2) BCLR 99 (South African Constitutional Court)

๓) กฎหมายอินเดีย

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายอินเดียแล้วพบว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอินเดียมีขอบเขตใช้กับองค์กรของรัฐ ดังจะเห็นได้จากหลักการพื้นฐานที่ระบุว่า รัฐจะต้องไม่ตรากฎหมายใด ๆ อันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิพื้นฐานของประชาชนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายใด ๆ ที่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิดังกล่าวนั้นถือเป็นโมฆะ (Void)⁵²⁴

ในกรณีของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้นพบว่ามีภาระอย่างชัดเจนว่า “รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเพียงเพราะเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เพศ สถานที่เกิด”⁵²⁵ สำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติในการเข้าถึงสถานที่หรือบริการในที่สาธารณะ ก็มีขอบเขตจำกัดเฉพาะสถานที่ซึ่งได้รับเงินอุดหนุนทั้งหมดหรือบางส่วนจากรัฐเท่านั้น⁵²⁶

อย่างไรก็ตาม มีบางบทบัญญัติที่ผูกพันทั้งองค์กรภาครัฐและเอกชน ซึ่งได้แก่การวางหลักขจัดความเป็นคนนอกวรรณะ (Untouchability) และห้ามการกระทำรูปแบบใด ๆ ที่เกี่ยวกับการทำให้คนเป็นคนนอกวรรณะ รวมทั้งกำหนดว่าการกระทำใด ๆ ที่ทำให้ด้อยสิทธิเพราะเป็นคนนอกวรรณะนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย⁵²⁷ โดยได้มีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อรองรับหลักการตามรัฐธรรมนูญนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลสูงอินเดียเคยตัดสินว่าบทบัญญัติมาตรา ๑๕ ที่ห้ามการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้น มีผลในแนวนราบ (Horizontal application) กล่าวคือ ครอบคลุมการห้ามเลือกปฏิบัติที่กระทำระหว่างปัจเจกชนด้วยกันในกรณีการเข้าถึงสถานที่สาธารณะ ศาลเห็นว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศนั้นเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแม้ว่ากรณีการบังคับใช้ในแนวนราบต่อการกระทำของเอกชน⁵²⁸ ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า มาตรา ๑๕ (๑) ของรัฐธรรมนูญอินเดียระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “รัฐ” (State) ต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อพลเมือง ในขณะที่มาตรา ๑๕ (๒) ไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนว่าห้ามการกระทำของ “รัฐ” นอกจากนี้ในมิติของการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมตามมาตรา ๑๕ (๒) นั้นได้แยกเป็นสองกรณี คือ⁵²⁹ กรณี (ข) ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติของการเข้าถึงสถานที่สาธารณะซึ่งได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐ แต่สำหรับกรณี (ก) นั้นไม่จำกัดเฉพาะสถานที่ซึ่งได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐเท่านั้น ดังนั้น ศาลจึงตีความกรณีสถานที่เปิดให้บริการสาธารณะซึ่งดำเนินการโดยภาคเอกชนว่าต้องอยู่ภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญด้วย

⁵²⁴ India Constitution, Section 13 (2)

⁵²⁵ The constitution of India, Article 15 (1)

⁵²⁶ The constitution of India, Article 15 (2)

⁵²⁷ รัฐธรรมนูญอินเดีย มาตรา ๑๗ วางหลักขจัดความเป็นคนนอกวรรณะ และห้ามการกระทำรูปแบบใด ๆ ที่เกี่ยวกับการทำให้คนเป็นคนนอกวรรณะรวมทั้งกำหนดว่าการกระทำใด ๆ ที่ทำให้ด้อยสิทธิเพราะเป็นคนนอกวรรณะนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย (“Untouchability” is abolished and its practice in any form is forbidden. The enforcement of any disability arising out of “Untouchability” shall be an offence punishable in accordance with law.)

⁵²⁸ From “Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi, WP(C) No. 7455/2001” 2 July 2009 (High Court of Delhi)

⁵²⁹ มาตรา ๑๕ (๒) วางหลักว่า “พลเมืองจะต้องไม่ถูกทำให้เสียสิทธิ หรือถูกจำกัด หรืออยู่ภายใต้เงื่อนไขใด ในกรณีต่อไปนี้ด้วยเพียงเพราะเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เพศ สถานที่เกิด

(ก) การเข้าถึงร้านค้า ร้านอาหาร โรงแรม สถานที่ให้บริการเกี่ยวกับความบันเทิงสาธารณะ หรือ

(ข) การใช้แหล่งน้ำ สถานที่อาบน้ำ ถนน สถานที่ใด ๆ ซึ่งได้รับเงินอุดหนุนทั้งหมดหรือบางส่วนจากรัฐซึ่งเปิดให้ใช้แก่บุคคลทั่วไป”



๔) กฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในกรณีของสหรัฐอเมริกา นั้น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาให้อำนาจรัฐบาลกลางโดยสภาองเกรสในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ การอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการอ้างยันต่อรัฐหรือองค์กรของรัฐสำหรับกรณีของการเลือกปฏิบัติ นั้น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาคอบคลุมการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากการกระทำของรัฐและหน่วยงานรัฐ⁵³⁰ ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า รัฐธรรมนูญเกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐโดยไม่คุ้มครองถึงการกระทำที่เกิดจากภาคเอกชน แม้ว่าการกระทำนั้นจะมีขอบด้วยกฎหมายหรือเลือกปฏิบัติก็ตาม⁵³¹

ดังนั้น หากมีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นกับบุคคลอันเกิดจากกฎหมายหรือการกระทำขององค์กรภาครัฐแล้ว บุคคลสามารถอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าในกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐบาลกลางนั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการตามรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐมีหลักให้ความคุ้มครองแก่รัฐบาลมลรัฐจากการที่บุคคลฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายในศาลระดับรัฐบาลกลาง (Federal court) ดังนั้น ศาลได้เคยตัดสินว่ากฎหมายการเลือกปฏิบัติด้านอายุในการจ้างแรงงาน (Age Discrimination in Employment Act) ที่ให้ลูกจ้างภาครัฐฟ้องรัฐบาลมลรัฐได้นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁵³² เช่นเดียวกับกรณีกฎหมายเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ (Disability Discrimination Act) ซึ่งศาลตัดสินว่าบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวที่ให้สิทธิบุคคลฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลมลรัฐนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁵³³

การเลือกปฏิบัติโดยภาคเอกชนในบางกรณีอาจได้รับการคุ้มครองจากหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญไปด้วย เช่น ศาลสูงสุดเคยตัดสินในคดีที่เกี่ยวกับการปรับใช้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ว่าด้วยสัญญาระหว่างบุคคลธรรมดาสองฝ่าย ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิของคนผิวสีในการมีกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองทรัพย์สิน ศาลตัดสินว่าในกรณีธุรกรรมระหว่างบุคคลธรรมดา นั้น โดยตัวของข้อจำกัดในสัญญานั้นเองมิได้ขัดต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ แต่การออกคำสั่งของศาลหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในการบังคับใช้กฎหมายนั้นอยู่ภายใต้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น ศาลจึงไม่สามารถออกคำสั่งบังคับตามข้อสัญญาระหว่างเอกชน⁵³⁴ (ที่มีเนื้อหาเป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อรัฐธรรมนูญ) จะเห็นได้ว่าในคดีนี้ศาลยืนยันหลักการว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้นมีขอบเขตเฉพาะการกระทำของรัฐ สัญญาระหว่างภาคเอกชนที่เนื้อหาเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งสีผิวนั้น แม้จะขัดต่อหลักตามรัฐธรรมนูญแต่ไม่อยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ดี ประเด็นสำคัญในคดีนี้คือ ศาลจะมีคำสั่งบังคับตามสัญญานั้นได้หรือไม่ ซึ่งศาลสูงสุดตัดสินว่า ศาลในฐานะองค์กรของรัฐต้องผูกพันตามหลักการห้ามเลือกปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลจึงไม่สามารถบังคับตามข้อสัญญาดังกล่าวได้ จึงอาจพิจารณาได้ว่าในกรณีนี้หลักห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญส่งผลคุ้มครองความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยทางอ้อม

⁵³⁰ From “Sources of US Equality Law (p 21)” by David B. Oppenheimer, 2010, European Anti-discrimination Law Review (EADLR) ,10

⁵³¹ From “*Shelley v. Kraemer* 334 US 1 (1948)” (US Supreme Court)

⁵³² From “*Kimel v. Florida Bd. of Regents* 528 US 62 (2000)” (US Supreme Court)

⁵³³ From “*Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett* 531 US 356 (2001)” (US Supreme Court)

⁵³⁴ From “*Shelley v. Kraemer* 334 US 1 (1948)” (US Supreme Court)

๕) วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

จากการศึกษาหลักการตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ จะเห็นได้ว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของหลายประเทศจะมีผลบังคับในเชิงแนวดิ่ง (Vertical Application) กล่าวคือใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างภาครัฐกับเอกชน ซึ่งเอกชนอาจยกสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญขึ้นยันต่อรัฐหากมีการกระทำของหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจสามารถนำมาบังคับใช้ในเชิงแนวนอน (Horizontal Application) ในการควบคุมภาคเอกชนที่กระทำการเลือกปฏิบัติต่อเอกชนด้วยกันได้

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะพบว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ นั้น การให้ความคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมไว้อย่างชัดเจน เมื่อพิจารณาตามลายลักษณ์อักษรแล้วอาจเข้าใจได้ว่า บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองทั่วทุกภาคส่วนในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือเอกชน อย่างไรก็ตาม นักวิชาการ เช่น ศาสตราจารย์ ดร.บรรดกิติ อรรถมนโณ อธิบายว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นเอกสารที่ใช้ยืนยันระหว่างรัฐกับประชาชน องค์การของรัฐเท่านั้นที่จะละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครองไว้ไม่ได้ **รัฐธรรมนูญไม่อาจให้ความคุ้มครองเอกชนและเอกชนด้วยกัน หากต้องการให้คุ้มครองดังกล่าว รัฐต้องกฎหมายออกมาเพื่อรองรับในการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน** ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ขอบเขตการคุ้มครองบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้น โดยหลักแล้วเป็นการ**คุ้มครองเอกชนจากการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากภาครัฐ** เช่น การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะการเลือกปฏิบัติ รัฐธรรมนูญจึงไม่คุ้มครองไปถึงการเลือกปฏิบัติระหว่างเอกชนด้วยกัน⁵³⁵

ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ อธิบายหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญโดยจำแนกระหว่าง “ผู้ทรงสิทธิ” ซึ่งได้แก่บุคคลธรรมดา และ “ผู้ที่ต้องผูกพันตามหลักความเสมอภาค” ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว หลักความเสมอภาคผูกพันผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหมด กล่าวคือ องค์กรฝ่ายบริหาร ตุลาการ และนิติบัญญัติ สำหรับเอกชนนั้น มีความอิสระในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ต่อกันซึ่งเป็นไปตามหลักในการให้ความเคารพต่อความเป็นอิสระของเอกชน จึงไม่นำหลักความเสมอภาคมาใช้กับเอกชน แต่การใช้อำนาจของเอกชนในเรื่องใดที่เอกชนมีอำนาจในการกำหนดเรื่องใดเรื่องหนึ่งอันมีผลต่อบุคคลอื่น เช่น สิทธิในการกำหนดอัตราจ้าง เช่นนี้เอกชนนั้นต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ หรือในกรณีการใช้บทบัญญัติของกฎหมายแพ่งนั้น หลักความเสมอภาคเข้ามามีผลในทางอ้อม โดยเฉพาะเสรีภาพในการทำสัญญาอันเป็นหลักพื้นฐาน แต่กรณีบุคคลที่เป็นผู้ผูกขาดในการให้บริการหรือผลิตสินค้ากรณีนี้เช่นนี้ต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคด้วย⁵³⁶ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าโดยหลักแล้ว ผู้ที่ต้องผูกพันตามหลักความเสมอภาคก็คือองค์กรของรัฐ โดยผู้ทรงสิทธิที่จะอ้างหลักความเสมอภาคขึ้นยันรัฐก็คือเอกชนในลักษณะของการผลบังคับในเชิงแนวดิ่ง (Vertical Application) นั่นเอง

นอกจากนี้ นักวิชาการยังได้ชี้ให้เห็นข้อจำกัดอื่น ๆ ในการอ้างหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญโดยเอกชน เช่น ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม ยังได้อธิบายว่า “..โดยหลักบุคคลธรรมดาทั่วไปย่อมอ้างหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งการอ้างหลักดังกล่าวเป็นผลมาจากลักษณะของสิทธิตามมาตรา ๓๐ ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน...”

⁵³⁵ ไพโรจน์ พลเพชร และ คณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ ชุดโครงการวิจัย การติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญเรื่องสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (๒๕๔๓), หน้า ๖๒-๖๓.

⁵³⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๘), หน้า ๑๓๒-๑๓๓.



อย่างไรก็ตาม ได้ชี้ให้เห็นถึงข้อจำกัดว่า **บุคคลธรรมดาซึ่งจะอ้างหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญนี้ยังมีข้อจำกัดเฉพาะบุคคลสัญชาติไทย** โดยอธิบายว่า “...จากข้อหมวดที่บัญญัติให้เป็นหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย จึงทำให้บทบัญญัติของสิทธิเสรีภาพตามหมวด ๓ บังคับใช้กับปวงชนชาวไทยหรือคนสัญชาติไทย ดังนั้น บุคคลต่างด้าวไม่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ แม้หลักแห่งความเสมอภาคจะเป็นหลักการแห่งสิทธิมนุษยชนก็ตาม ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพแล้วจะพบว่าเป็นเรื่องของการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการแสดงเจตจำนงทางการเมืองซึ่งโดยหลักก็เป็นเรื่องของคนในรัฐนั้น ๆ เอง จึงถือเป็นเหตุผลอันอาจยกขึ้นอ้างของการปฏิบัติต่อบุคคลอันมิใช่บุคคลสัญชาติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้ หากรัฐธรรมนูญจะให้สิทธิเสรีภาพแก่บุคคลต่างด้าวประการใดก็ต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ **โดยเฉพาะในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้คนต่างด้าวจะมีสิทธิเพียงใดย่อมเป็นไปตามสนธิสัญญาและกฎหมายอื่นซึ่งไม่ใช่ของรัฐธรรมนูญ...**”⁵³⁷

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าขอบเขตการคุ้มครองบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติตามกฎหมายไทย มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายต่างประเทศซึ่งการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนั้นมีขอบเขตจำกัดเฉพาะการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากภาครัฐ โดยให้สิทธิประชาชนอ้างหลักการห้ามเลือกปฏิบัติขึ้นย่นรัฐ หรือที่เรียกว่าการบังคับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญในเชิงแนวตั้ง (Vertical Application) สำหรับกรณีของภาคเอกชนนั้น การคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อคุ้มครอง นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแล้ว อาจกล่าวได้ว่า รัฐมีหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อให้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญเกิดผลในทางปฏิบัติสำหรับการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ ด้วย

ในจุดนี้มีข้อสังเกตว่า การที่ปัจเจกชนอ้างหลักรัฐธรรมนูญขึ้นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้หรือไม่นั้นเป็นอีกประเด็นหนึ่ง กล่าวคือ ตามรัฐธรรมนูญบางฉบับ เช่น พ.ศ. ๒๕๕๐ กำหนดให้ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่าบทกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ การให้สิทธิเช่นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการดำเนินคดีโดยตรง⁵³⁸ แต่ก็ยังเป็นการเรียกร้องกล่าวอ้างหลักรัฐธรรมนูญขึ้นย่นรัฐ มิใช่กล่าวอ้างต่อเอกชนด้วยกัน

นอกจากนี้ ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาว่า หากเปรียบเทียบกับแอฟริกาใต้แล้วพบว่า รัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนดังเช่นรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ ซึ่งจำแนกหลักการห้ามเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณี ได้แก่ การเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐ ซึ่งห้ามรัฐกระทำการเลือกปฏิบัติต่อประชาชน และการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้รัฐตรากฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน สำหรับรัฐธรรมนูญของไทยนั้นเป็นการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติทั่วไปซึ่งตีความตามหลักการของรัฐธรรมนูญแล้วจะครอบคลุมเฉพาะการอ้างยื่นต่อรัฐเท่านั้น อย่างไรก็ตาม โดยนัยของหลักการตามรัฐธรรมนูญแล้ว **รัฐก็มีหน้าที่ตรากฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติที่เกิดจากภาคเอกชนด้วย** ซึ่งเป็นไปในทางเดียวกับรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ เพียงแต่รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้กำหนดลงไปในตัวบทอย่างชัดเจนว่าให้รัฐมีหน้าที่ในการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติและห้ามการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน

⁵³⁷ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, ๒๕๓๐)

⁵³⁸ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๒๑๒ วางหลักว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้” ซึ่งแตกต่างกับรัฐธรรมนูญบางฉบับ เช่น พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งประชาชนผู้ถูกละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ไม่สามารถนำคดีมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ต้องใช้ช่องทางอื่น เช่น การใช้สิทธิผ่านช่องทางศาล (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๒๖๔) หรือการใช้สิทธิผ่านช่องทางผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๙๘) เป็นต้น

ตัวอย่างของกฎหมายเฉพาะที่มีการบัญญัติขึ้นสำหรับคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติอันมีขอบเขตใช้กับภาคเอกชน เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑

สำหรับพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ เป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งมีหลักการโดยตรงในการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ หากพิจารณา มาตรา ๑๗⁵³⁹ จะเห็นได้ว่ามีขอบเขตครอบคลุมการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติทั้งภาครัฐและเอกชน จึงเป็นตัวอย่างของกฎหมายเฉพาะที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยรัฐและโดยเอกชน แต่กฎหมายนี้มีขอบเขตของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะเพศเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติจากภาคเอกชนในกรณีอื่น ๆ ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองเป็นการเฉพาะ ตัวอย่างที่ได้ศึกษาพบในงานวิจัยนี้จากการสำรวจ สัมภาษณ์ จัดกลุ่มสนทนา ฯลฯ เช่น

- การเลือกปฏิบัติโดยการปฏิเสธไม่ให้เข้าใช้บริการของผู้ประกอบกิจการที่พัก เช่น การที่โรงแรมปฏิเสธมิให้ผู้มีความเชื่อในตึกตาลูกเทพเข้าใช้บริการ
- การปฏิเสธไม่ขายสินค้าหรือบริการด้วยสาเหตุความคิด ความเชื่อที่แตกต่างกัน เช่น ร้านอาหารไม่ให้บริการกับลูกค้าที่มีความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่าง
- การปฏิเสธไม่ให้บริการด้วยสาเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ เช่น การปฏิเสธไม่ให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ ในอุตสาหกรรมท่องเที่ยวแก่บุคคลสัญชาติไทย โดยมีการเลือกให้บริการเฉพาะลูกค้าที่เป็นคนต่างด้าว เป็นต้น

ในกรณีประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยการปฏิเสธการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะได้แยกวิเคราะห์เป็นหัวข้อต่างหากต่อไป

สำหรับกรณีการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) นั้น ในมติการจ้างแรงงานปรากฏการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่ได้แก้ไขปี พ.ศ. ๒๕๕๑ อย่างไรก็ตาม ยังไม่ครอบคลุมการคุกคามทางเพศในลักษณะของการสร้างบรรยากาศหรือสภาพแวดล้อมการทำงานอันเป็นการคุกคาม (Hostile Working Environment) แต่มีได้เกิดจากการกระทำของนายจ้างหรือลูกจ้างผู้มีอำนาจบังคับบัญชา กล่าวคือ เกิดจากการกระทำของลูกจ้างต่อลูกจ้างด้วยกันเอง นอกจากนี้ สำหรับการคุกคามทางเพศในที่สาธารณะ ซึ่งอยู่นอกบริบทการจ้างแรงงานนั้น ก็ไม่มีกฎหมายคุ้มครองเป็นการเฉพาะ

การสื่อสารที่กระตุ้นหรือก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) นั้นในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเป็นการเฉพาะเช่นเดียวกัน

อาจสรุปได้ว่า ข้อจำกัดในการกล่าวอ้างหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทยมี ๒ ประการที่สำคัญ คือ

ประการแรก จำกัดเฉพาะการอ้างขึ้นยันรัฐหรือองค์กรของรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงการอ้างขึ้นยันการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน

ประการที่สอง จำกัดเฉพาะบุคคลสัญชาติไทย ไม่รวมถึงการอ้างขึ้นยันการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐและภาคเอกชนในกรณีผู้อ้างสิทธิเป็นคนต่างด้าว

⁵³⁹ “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้”



ทั้งนี้ หากจะให้การคุ้มครองความเท่าเทียมกันหรือความเสมอภาคที่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดดังกล่าวก็จำเป็นต้องมีการตรากฎหมายเฉพาะขึ้นมา โดยเฉพาะในกรณีการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชนนั้น แม้รัฐธรรมนูญของไทยจะสามารถบังคับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติในเชิงแนวดิ่ง (Vertical Application) แต่รัฐก็มีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการกระทำของภาคเอกชนด้วยกัน โดยรัฐมีการตรากฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องแล้ว แต่ยังไม่ครอบคลุมอีกหลายกรณีดังที่ได้กล่าวมา

๔.๑๗ การเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้าและบริการ

ดังที่ได้วิเคราะห์มาในหัวข้อก่อนหน้านี้ว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ แต่มีข้อจำกัดเฉพาะการอ้างขึ้นยักรัฐหรือองค์กรของรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงการอ้างขึ้นยัการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน แต่รัฐมีหน้าที่ในการตรากฎหมายคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการกระทำในภาคเอกชนด้วย ในหัวข้อนี้จะได้วิเคราะห์ประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติสินค้าและบริการที่เกิดในภาคเอกชน โดยจะเริ่มจากการพิจารณากฎหมายต่างประเทศ จากนั้นจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยต่อไป

๔.๑๗.๑ มาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศ: กรณีกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในส่วนนี้จะเลือกนำกฎหมายสหรัฐอเมริกามาวิเคราะห์ประเด็นการปฏิเสธสินค้าหรือปฏิเสธการให้บริการ ซึ่งมีความแตกต่างกันไปในมลรัฐต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวสะท้อนหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ในมิติของสินค้าและบริการ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคดีที่จะชี้ให้เห็นดังต่อไปนี้

Charlie Craig and David Mullins v. Masterpiece Cakeshop⁵⁴⁰

คดีนี้เกิดขึ้นในมลรัฐ Colorado ของสหรัฐอเมริกา David Mullins และ Charlie Craig ไปซื้อเค้กเพื่อนำมาฉลองงานแต่งงานของทั้งคู่ ที่ร้านเบเกอรี่แห่งหนึ่ง เจ้าของร้านแจ้งว่า นโยบายของร้านซึ่งอยู่บนพื้นฐานความเชื่อทางศาสนา จะปฏิเสธการให้บริการลูกค้าที่สั่งสินค้าไปเพื่อฉลองงานแต่งงานของคนเพศเดียวกัน

กฎหมายมลรัฐของ Colorado ห้ามผู้ให้บริการที่อยู่อาศัยต่อสาธารณะ รวมถึงธุรกิจต่าง ๆ ที่ให้บริการต่อสาธารณะ เช่น ร้านอาหาร ปฏิเสธการให้บริการด้วยเหตุบางประการ เช่น เชื้อชาติ เพศ สถานภาพการสมรส รสนิยมทางเพศ ดังนั้น Mullins และ Craig ยื่นคำร้องต่อเจ้าหน้าที่สิทธิพลเมืองของ Colorado (Colorado Civil Rights Division) อ้างว่าร้านค้านี้ฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ตัดสินว่าเจ้าของร้านเลือกปฏิบัติต่อผู้ร้อง ต่อมา ผู้พิพากษาศาลในมลรัฐ Colorado ตัดสินยืนยันตามคำตัดสินคณะกรรมการ เจ้าของร้านอุทธรณ์คำตัดสินไปยังคณะกรรมการสิทธิพลเมือง (Colorado Civil Rights Commission) ซึ่งตัดสินในเดือนพฤษภาคม

⁵⁴⁰

Retrieved from <https://www.aclu.org/cases/charlie-craig-and-david-mullins-v-masterpiece-cakeshop?redirect=lgbt-rights/charlie-craig-and-david-mullins-v-masterpiece-cakeshop>

๒๐๑๔ ว่า การปฏิเสธการจำหน่ายเค้กของเจ้าของร้านเป็นการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของรสนิยมทางเพศ อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายของมลรัฐ นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของมลรัฐยังมีคำสั่งให้ร้านแก้ไขนโยบายของบริษัท รวมทั้งอบรมพนักงาน เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งรายงานต่อคณะกรรมการถึงการดำเนินการให้สอดคล้องกับกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ

การปฏิเสธบริการหรือสินค้าแก่ผู้มีรสนิยมทางเพศแบบรักร่วมเพศ ด้วยเหตุผลว่าผู้เลือกปฏิบัติ นับถือศาสนาที่มีคำสอนว่าการรักร่วมเพศเป็นสิ่งไม่ถูกต้อง กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่ามีองค์ประกอบทั้งศาสนา และรสนิยมทางเพศมาเกี่ยวข้อง แต่สำหรับการเลือกปฏิบัตินั้น มิติหรือประเด็นการเลือกปฏิบัติเป็นการเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้าหรือบริการ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ คือ รสนิยมทางเพศ สำหรับศาสนานั้นมิได้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังหรือเป็นเหตุให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุรสนิยมทางเพศ

Ingersoll v. Arlene's Flowers

คดีนี้เกิดขึ้นและตัดสินตามกฎหมายมลรัฐ Washington กฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ

- รัษฎบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (The Consumer Protection Act) ซึ่งวางหลักว่า วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และการกระทำหลอกลวงหรือไม่เป็นธรรม ในการดำเนินการค้าหรือพาณิชย์ใด ๆ นั้นเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย สำหรับประเด็นที่ว่า การกระทำอย่างไรจึงเป็นการกระทำหลอกลวงหรือไม่เป็นธรรม (Unfair or deceptive practices) นั้นเป็นข้อที่ต้องวินิจฉัยโดยศาล

- กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติของมลรัฐ (The Washington Law Against Discrimination, WLAD) กฎหมายนี้วางหลักรับรอง “สิทธิที่จะปราศจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว ชาติกำเนิด เพศ สถานะทางทหาร หรือสถานการณ์ผ่านศึก รสนิยมทางเพศ ได้รับการรับรองในฐานะสิทธิพลเมือง (Civil Right) สิทธิดังกล่าวนี้นวมถึงสิทธิที่จะได้รับบริการที่อยู่อาศัย สิ่งอำนวยความสะดวกหรือสิทธิพิเศษของที่พักซึ่งให้บริการต่อสาธารณะ สวรรค์ เป็นต้น

การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ จะถือว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคไปด้วยในตัว ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายนี้วางหลักว่าการกระทำที่ไม่เป็นธรรม (Unfair practice) ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายนี้ ที่กระทำไปในการการค้าหรือพาณิชย์ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค นั้น ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง (Unfair or deceptive act)

มลรัฐ Washington รับรองเสรีภาพในการสมรสของคู่รักร่วมเพศ ในเดือนธันวาคม ๒๐๑๒ คู่รักร่วมเพศ (Curt Freed and Robert Ingersoll) ติดต่อร้านดอกไม้เพื่อใช้บริการจัดดอกไม้ในงานแต่งงานแต่ถูกเจ้าของร้านปฏิเสธอ้างเหตุผลความเชื่อทางศาสนา ศาลตัดสินว่าการปฏิเสธดังกล่าวเป็นการกระทำบนพื้นฐานความเชื่อทางศาสนา ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ ดังนั้น จึงเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ สำหรับข้ออ้างที่ว่าจำเลยกระทำไปด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนานั้น ศาลเห็นว่าการกระทำที่มีสาเหตุหรือแรงกระตุ้นจากความเชื่อทางศาสนานั้นไม่ได้เป็นเหตุยกเว้นหลักกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ⁵⁴¹

⁵⁴¹ Retrieved from <https://www.aclu.org/news/court-rules-florist-discriminated-against-gay-couple-refusing-sell-flowers-their-wedding>



Brandt Stites v. Hilton Hotels Corp., et al., No. B 209485 (App. Cal. 12/07/09)

ผู้พิการเข้าพักในโรงแรมพร้อมด้วยสุนัขช่วยเหลือ แต่ถูกปฏิเสธการเข้าพักโดยพนักงานเรียกร้องให้โจทก์ต้องแสดงหลักฐานว่าสุนัขดังกล่าวมีความจำเป็นทางการแพทย์ต่อผู้พิการ รวมทั้งปฏิเสธการตรวจดูปลอกคอสุนัขที่มีข้อความแสดงถึงการรับรองสุนัขบริการ พนักงานปฏิเสธการเข้าพักโดยอ้างว่าผู้พิการและคนที่มาพักด้วยมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม มึนเมา และสุนัขไม่ได้ล่ำมไว้อย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ศาลชั้นต้นตัดสินให้โรงแรมชนะคดี

Miller v. Justin Shade Ladd, et al., No. CV 08-05595 NJV (N.D. Cal. 07/20/10)

โจทก์ซึ่งนำสุนัขมาด้วยถูกปฏิเสธการใช้บริการห้องพักโรงแรม โจทก์อ้างว่าสุนัขดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยบำบัดความกังวลและความเครียดของตน จำเลยต่อสู้ว่าสุนัขของโจทก์ไม่ใช่สุนัขบริการผู้พิการ กฎหมายสหรัฐไม่ได้กำหนดมาตรฐานหรือคุณสมบัติเกี่ยวกับการฝึกฝนสุนัขที่จะมีคุณสมบัติเป็นสุนัขบริการผู้พิการ รวมทั้งไม่ได้กำหนดชนิดของงานซึ่งสุนัขจะต้องให้บริการผู้พิการ ศาลเห็นว่าประเด็นสำคัญของคดีนี้คือสุนัขดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ช่วยเหลือบุคคลเพื่อลดและบรรเทาความพิการหรือไม่ โจทก์อ้างว่าสุนัขถูกฝึกเพื่อลดความกังวลและความเครียดจากสภาพจิตใจและอารมณ์ ศาลเห็นว่าโจทก์มิได้แสดงหลักฐานให้เห็นอย่างเพียงพอว่าสุนัขนั้นมีคุณสมบัติเป็นสุนัขบริการ (Service Animal)

Jones, et al., v. Indy 104, LLC d/b/a The Ram Restaurant and Brewery, et al., No. 1:08-cv- 01128-SEB-TAB (S.D. Ind. 06/02/10)

โจทก์และบุตรสองคนซึ่งเป็นคนผิวสี เข้ามาใช้บริการร้านอาหารของจำเลยในเวลาที่มีลูกค้าจำนวนมาก หลังจากที่โจทก์สั่งอาหารเพิ่มเติม พนักงานแจ้งว่าไม่สามารถให้บริการได้และขอให้โจทก์ออกไปจากร้านเพื่อจะได้ให้บริการลูกค้ารายอื่นที่รออยู่ โจทก์สอบถามเหตุผล ซึ่งพนักงานตอบว่าทางร้านพยายามให้บริการลูกค้ามากเท่าที่จะทำได้ โจทก์พยายามถามผู้จัดการว่าการปฏิเสธบริการนั้นเป็นเพราะเรื่องสีผิวใช่หรือไม่ แต่ผู้จัดการตอบว่าการปฏิเสธดังกล่าวไม่ได้เกิดจากเหตุผลด้านเชื้อชาติ สีผิวแต่อย่างไร โจทก์ฟ้องว่าจำเลยเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสีผิว (Racially Motivated) ศาลเห็นว่าไม่มีหลักฐานแสดงว่าการปฏิเสธบริการดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากเหตุเชื้อชาติ สีผิว

คดีสำคัญที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในมิติสินค้าบริการ ได้แก่ คดี Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States⁵⁴²

ซึ่งมีประเด็นว่า กฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Right Act) ที่วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากเจ้าของโรงแรมในมลรัฐ Georgia ปฏิเสธไม่ให้บริการห้องพักกับคนผิวสี จึงเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว แต่เจ้าของโรงแรมต่อสู้ว่า กฎหมายสิทธิพลเมืองขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากขัดขวางสิทธิของเขาในการเลือกลูกค้าและดำเนินธุรกิจในทิศทางที่ตนต้องการจึงส่งผลเป็นการพรากไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินของตน (สิทธิตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ ๕) นอกจากนี้ ยังเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากการบังคับให้รับลูกค้าตามกฎหมายดังกล่าวยังมีผลเท่ากับบังคับให้ตนเป็นทาส (สิทธิตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ ๑๓)

ศาลชั้นต้นตัดสินว่าเจ้าของโรงแรมต้องไม่เลือกปฏิบัติในการขายสินค้าหรือให้บริการด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว คดีนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดสหรัฐ โดยรวมคดีกับคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการปฏิเสธให้บริการของภัตตาคารต่อลูกค้าผิวสี ศาลสูงสุดตัดสินว่าสภาคองเกรสมีอำนาจตรากฎหมายสิทธิพลเมืองซึ่งมีผลอันชอบด้วยกฎหมายในการจัดการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ สีผิว กฎหมายดังกล่าวไม่ได้เป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามที่เจ้าของโรงแรมกล่าวอ้าง ศาลจึงตัดสินให้เจ้าของโรงแรมต้องรับลูกค้าโดยไม่เลือกเชื้อชาติ สีผิว

๔.๑๗.๒ มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย

โดยทั่วไปแล้วพบว่า ตามกฎหมายไทยปัจจุบันนั้นไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ กรณีสินค้าและบริการ กล่าวคือ ไม่มีกฎหมายห้ามมิให้ปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าแก่บุคคลด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า กรณีการปฏิเสธดังกล่าวนี้จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่ง ซึ่งตาม**ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**นั้น การซื้อสินค้าและบริการอยู่ภายใต้หลักของการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญา โดยหลักแล้วจะต้องประกอบด้วยเจตนาของทั้งฝ่ายผู้ซื้อ และผู้ขาย (ในกรณีซื้อสินค้า) หรือผู้ให้บริการ และผู้รับบริการ (ในกรณีบริการ) ดังนั้น หากผู้ขาย หรือผู้ให้บริการ ปฏิเสธการขายหรือการให้บริการ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ จะส่งผลว่าไม่มีสัญญาเกิดขึ้น คู่กรณีที่เกี่ยวข้องจึงไม่มีความผูกพันตามกฎหมายแพ่ง และไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาได้ สำหรับการปฏิเสธสินค้าหรือบริการ หากจะมีความผิดก็ต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะอื่นนอกจากกฎหมายแพ่งที่อาจมีการตราขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้เสียเปรียบบางกลุ่ม

สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายตาม**พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒** พบว่า มีการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านต่าง ๆ ที่สำคัญ ได้แก่ ด้านโฆษณา ด้านฉลาก ด้านสัญญา และการคุ้มครองผู้บริโภคโดยประการอื่น เช่น สินค้าที่อาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค (มาตรา ๓๖) อย่างไรก็ตาม ไม่มีการบัญญัติหลักการเฉพาะเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคที่ถูกปฏิเสธสินค้าหรือบริการด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด

⁵⁴² From “Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States” 379 U.S. 241 (1964)



ในกรณีของสินค้าและบริการโดยทั่วไปนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้มีคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ (กกร.) ซึ่งมีอำนาจกำหนดให้สินค้าหรือบริการใดเป็น “สินค้าหรือบริการควบคุม” ทั้งนี้ เมื่อได้มีการประกาศกำหนดสินค้าหรือบริการควบคุมแล้ว กฎหมายให้ กกร. มีอำนาจเกี่ยวกับสินค้าและบริการดังกล่าวหลายประการ เช่น กำหนดราคาซื้อหรือราคาจำหน่ายสินค้าหรือบริการควบคุม สั่งให้จำหน่ายสินค้าหรือบริการควบคุมตามปริมาณและราคาที่กำหนด กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการกักตุนสินค้าควบคุม เป็นต้น⁵⁴³ จะเห็นได้ว่า หากสินค้าหรือบริการนั้นถูกประกาศให้เป็นสินค้าหรือบริการควบคุมตามกฎหมายนี้ จะส่งผลให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ห้ามมิให้ปฏิเสธการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ อย่างไรก็ตาม อำนาจสั่งการเกี่ยวกับพฤติกรรมด้านการตลาดของคณะกรรมการตามกฎหมายนี้ อยู่บนพื้นฐานแนวคิดด้านการควบคุมราคาสินค้า ป้องกันการผูกขาดเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค มิได้อยู่บนพื้นฐานแนวคิดการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการปฏิเสธสินค้าหรือบริการด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฯลฯ แต่อย่างใด

สำหรับบริการเฉพาะบางภาคส่วน เช่น บริการขนส่งนั้น พบว่ามีกฎหมายเฉพาะบางฉบับวางหลักห้ามปฏิเสธบริการ เช่น พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ กำหนดหลักการเกี่ยวกับการห้ามปฏิเสธให้บริการกรณีรถแท็กซี่ไว้ในมาตรา ๘๓ ดังนี้

“ห้ามมิให้ผู้ขับขีรถแท็กซี่ปฏิเสธไม่รับจ้างบรรทุกคนโดยสาร เว้นแต่การบรรทุกนั้นน่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ตนหรือแก่คนโดยสาร

ในกรณีที่ผู้ขับขีรถแท็กซี่มีความประสงค์จะไม่รับจ้างบรรทุกคนโดยสาร ให้แสดงป้ายดื่บจ้างบรรทุกคนโดยสาร

วิธีการแสดงป้ายและลักษณะของป้ายดื่บจ้างบรรทุกคนโดยสารให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยรถยนต์”

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า กฎหมายดังกล่าวมีหลักการห้ามปฏิเสธการให้บริการ และสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีการเลือกปฏิบัติได้ โดยเฉพาะในกรณีที่การปฏิเสธผู้โดยสารเกิดขึ้นเพราะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สัญชาติ ดังเช่นกรณีข้อเท็จจริงจากการสัมภาษณ์ที่ผู้โดยสารอ้างว่าถูกปฏิเสธบริการเพราะผู้ขับขีประสงค์จะให้บริการกับชาวต่างชาติ อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธผู้โดยสารที่อาจเป็นความผิดตามกฎหมายนี้ มิได้มีความสัมพันธ์หรือเชื่อมโยงกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ การปฏิเสธด้วยเหตุอื่น ๆ ก็อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายนี้ เนื่องจากกฎหมายนี้มีได้มีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ แต่มุ่งคุ้มครองผู้โดยสารทั่วไปไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือไม่

สำหรับบริการเฉพาะบางภาคส่วนอีกกรณีหนึ่งซึ่งมีกฎหมายเฉพาะวางหลักเกี่ยวกับการห้ามปฏิเสธบริการแก่ลูกค้า คือ กรณีบริการที่พัก (Accommodation) ในอุตสาหกรรมท่องเที่ยว โดยกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจโรงแรม โดยวางหลักกำหนดนิยาม

543

พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๒๕

ความหมายของโรงแรม และหลักการควบคุมการดำเนินธุรกิจโรงแรม หน้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจและผู้จัดการโรงแรม ในส่วนที่เกี่ยวกับการรับลูกค้าหรือแขกเข้าพักแรมนั้น หากพิจารณากฎหมายแล้วพบว่า มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมาย ๒ ฉบับ⁵⁴⁴ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ พระราชบัญญัติโรงแรม

ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายแพ่งนั้นพบว่า การเข้าพักแรมในโรงแรม เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมตามหลักคำเสนอและคำสนองของฝ่ายโรงแรมและแขกผู้เข้าพัก ในกรณีที่แขกเป็นฝ่ายเริ่มทำคำเสนอนั้น โรงแรมอาจสนองรับหรือไม่ก็ได้ภายใต้หลักเสรีภาพของการแสดงเจตนา หากตกลงสนองรับ ก็จะเกิดสัญญาระหว่างโรงแรมและแขกผู้เข้าพัก หากโรงแรมไม่ประสงค์รับแขกผู้นั้นเข้าพักก็อาจไม่ทำคำสนอง สำหรับเหตุทั่วไปของการที่โรงแรมไม่สนองรับคำเสนอขอเข้าพักจากแขก เช่น ห้องพักเต็ม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในส่วนของกฎหมายแพ่งนี้ มิได้มีการกำหนดหลักการแทรกแซงการแสดงเจตนาของทั้งฝ่ายโรงแรมและฝ่ายแขกผู้เข้าพัก จึงยังคงเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำสัญญาทั่วไป

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ แล้ว พบว่ากฎหมายฉบับนี้กำหนดหน้าที่สำหรับผู้จัดการโรงแรมให้ต้องรับบุคคลทั่วไปที่ประสงค์เข้าพักโรงแรม โดยมาตรา ๕๘ กำหนดโทษทางปกครองแก่ผู้จัดการกรณีที่พักไม่รับบุคคลที่ประสงค์จะเข้าพักในโรงแรมโดยไม่มีเหตุ ตามมาตรา ๓๙ เอาไว้ว่า มีโทษปรับทางปกครองตั้งแต่ห้าพันบาทถึงสองหมื่นบาท ดังนั้น กรณีการตกลงเข้าพักในโรงแรมนั้นไม่อาจพิจารณาตามกฎหมายแพ่งเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณากฎหมายมหาชน คือ พระราชบัญญัติโรงแรมฯ ประกอบด้วย อาจกล่าวได้ว่า โดยหลักแล้วผู้จัดการมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องเว้นการปฏิเสธไม่รับผู้ประสงค์เข้าพัก กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือผู้จัดการมีหน้าที่รับบุคคลที่ประสงค์เข้าพักในโรงแรมทุกคน เว้นแต่จะเข้าเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิเสธได้ ตามมาตรา ๓๙ ซึ่งกำหนดว่า

“ผู้จัดการอาจปฏิเสธไม่รับบุคคลที่ประสงค์จะเข้าพักในโรงแรมได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

- (๑) มีเหตุอันควรสงสัยได้ว่าบุคคลนั้นจะเข้าไปหลบซ่อน มั่วสุม หรือกระทำการใด อันเป็นความผิดอาญาขึ้นในโรงแรม หรือก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้พักอื่นในโรงแรม
- (๒) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถจ่ายค่าห้องพักได้
- (๓) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่ออันตรายหรือโรคติดต่อตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ
- (๔) มีเหตุอันสมควรประการอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด⁵⁴⁵

ในกรณีตาม (๓) ถ้าผู้จัดการรับบุคคลนั้นเข้าพักจะต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานสาธารณสุขหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อทราบด้วย”

จากหลักกฎหมายดังกล่าว ผู้วิจัยมีข้อพิจารณา ๓ ประการ ดังนี้

ประการแรก⁵⁴⁶ การใช้สิทธิปฏิเสธตามมาตรา ๓๙ นี้เป็นขั้นตอนก่อนโรงแรมตกลงสนองรับคำเสนอ กล่าวคือ เมื่อแขกที่ประสงค์เข้าพักเสนอขอเข้าพักหรือทำคำเสนอโดยการจองห้องพัก ในขั้นนี้โรงแรมอาจปฏิเสธโดยอาศัยเหตุดังกล่าวได้ ซึ่งไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติโรงแรม สำหรับในทางแพ่งนั้นก็ยังไม่เกิดความรับผิดทาง

⁵⁴⁴ คณาธิป ทองรวีวงศ์, กฎหมายเกี่ยวกับการท่องเที่ยว (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, ๒๕๕๘), หน้า ๓๓๓-๓๓๔

⁵⁴⁵ เหตุสมควรอื่นตาม (๔) ในปัจจุบันยังมิได้มีการประกาศ

⁵⁴⁶ คณาธิป ทองรวีวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า ๓๓๔-๓๓๕



สัญญาเนื่องจากฝ่ายโรงแรมยังไม่ได้ทำคำสนอง อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่สัญญาเกิดแล้ว กล่าวคือ แยกทำคำเสนอ และโรงแรมทำคำสนองรับแล้ว ดังนั้นเห็นว่าผ่านขั้นตอนการใช้สิทธิปฏิเสธตามกฎหมายแล้ว หากโรงแรมจะไม่ให้แขกเข้าพัก ตามพระราชบัญญัติโรงแรมมิได้กำหนดรับรองสิทธิในจุดนี้ไว้ ก็จะต้องพิจารณาเรื่องการผิดสัญญาทางแพ่ง เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีหลักคอมมอนลอว์กำหนดให้โรงแรมต้องรับแขกที่ประสงค์เข้าพัก⁵⁴⁷ แต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของมลรัฐมีการกำหนดให้สิทธิแก่ทางฝ่ายโรงแรมสองขั้นตอน กล่าวคือ สิทธิในการปฏิเสธ (Right to refuse accommodation) ซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนการรับแขกเข้าพักเช่นเดียวกับมาตรา ๓๙ ของไทย สำหรับมลรัฐที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองสิทธิในการปฏิเสธแขก เช่น Florida (Florida statute, Section 509.092), Kansas (Kansas statute, Section 36-602), California (California Penal Code, Section 365) นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดให้สิทธิในการขับไล่ (Right to evict)⁵⁴⁸ ซึ่งเป็นขั้นตอนหลังจากรับแขกเข้าพักแล้ว โดยมีเหตุบางประการที่กฎหมายให้สิทธิโรงแรมในการขับไล่แขกออกไป อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติโรงแรมมิได้มีการกำหนดสิทธิในการขับไล่เอาไว้ ดังนั้น การขับไล่แขกจึงต้องพิจารณากฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะการเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประการที่สอง⁵⁴⁹ กฎหมายกำหนดเหตุที่โรงแรมอาจปฏิเสธไม่ให้แขกที่มีพฤติกรรมบางอย่างเข้าพักในโรงแรม ด้วยวัตถุประสงค์เพื่อความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อย แต่เหตุดังกล่าวเป็นการที่กฎหมายให้สิทธิผู้จัดการโรงแรมเท่านั้น หากผู้จัดการไม่ใช่สิทธิดังกล่าวแต่ยังคงตกลงยอมรับบุคคลที่มีพฤติกรรมตามมาตรา ๓๙ เข้าพักก็มิได้ต้องห้ามหรือมีโทษตามกฎหมายแต่อย่างใด เพียงแต่ถ้าผู้จัดการจะรับบุคคลตาม (๓) กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้แจ้งพนักงานที่เกี่ยวข้องทราบเท่านั้น ดังนั้น หากผู้จัดการไม่ใช่สิทธิปฏิเสธเหล่านี้ ก็จะกลับไปสู่หลักที่ว่าจะต้องรับบุคคลที่ประสงค์เข้าพักทุกคน

ประการที่สาม แม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับโรงแรมของไทยกำหนดหลักห้ามการปฏิเสธแขกในการเข้าพัก และกำหนดข้อยกเว้นสำหรับเหตุแห่งการปฏิเสธ แต่หลักการและข้อยกเว้นดังกล่าวไม่ได้มีความสัมพันธ์กับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของแขกหรือลูกค้าจากการถูกเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ กฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามการปฏิเสธแขกด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ รสนิยมทางเพศ เป็นต้น

กรณีที่เกิดขึ้นในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธบริการด้านโรงแรมที่พักด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ พบได้ในกรณีปรากฏการณ์ตึกตากลูเกท ซึ่งผู้ให้บริการโรงแรม รีสอร์ท หลายแห่งประกาศไม่ให้ลูกค้าที่นำตึกตากลูเกทเข้าพัก หากพิจารณาว่าความนิยมพาตึกตากลูเกทติดตัวในการเดินทางเข้าพักแรมนั้นอยู่บนพื้นฐานความเชื่อในลัทธิของแต่ละบุคคล จะเห็นได้ว่าเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติประการหนึ่ง ดังนั้น การปฏิเสธไม่ให้เข้าพักด้วยเหตุแห่งความเชื่อที่แตกต่างกันจะเข้าข่ายการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักห้าม

⁵⁴⁷ From “Hopp v. Thompson 38 N.W. 2d 133” (S.D. 1949)

⁵⁴⁸ มลรัฐที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองสิทธิในการขับไล่แขก เช่น California (California Civil Code, Section 1865) Florida (Florida Code, Section 509.141) Louisiana (Louisiana Revised Statute, Chapter 3, Section 75)

⁵⁴⁹ คณาธิป ทองรวีวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า ๓๓๔-๓๓๕

เลือกปฏิบัติในกรณีการกระทำของภาคเอกชนที่เกี่ยวกับมิติของการขายสินค้าหรือให้บริการ ดังนั้น การกระทำของภาคเอกชนดังกล่าวแม้จะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติแต่ก็ไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติเป็นการเฉพาะแต่อย่างไร

อาจสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักเฉพาะในการห้ามเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับมิติการให้บริการและจำหน่ายสินค้าซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน แม้พบว่ามีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับที่อาจปรับใช้ในการห้ามปฏิเสธสินค้าหรือบริการ แต่กฎหมายเหล่านั้นอยู่บนพื้นฐานแนวคิดอื่นมิได้กำหนดขึ้นบนพื้นฐานแนวคิดการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ การห้ามปฏิเสธสินค้าหรือบริการตามกฎหมายเหล่านั้นมิได้มีความสัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด นอกจากการศึกษาประเด็นการปฏิเสธสินค้าและบริการในหัวข้อนี้แล้ว ในลำดับต่อไปจะได้ศึกษากรณีเฉพาะเกี่ยวกับการปฏิเสธสินค้าและบริการแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในมิติของสินค้าและบริการนั่นเอง โดยจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป นอกจากนี้ ยังจะได้จำแนกการปฏิเสธสินค้าและบริการเฉพาะกรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวีเป็นอีกหัวข้อหนึ่งด้วย

๔.๑๘ กรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

จากการศึกษากฎหมายของสหรัฐอเมริกาพบว่า หลายมลรัฐมีความพยายามในการตรากฎหมายเพื่อยุติให้องค์กรหรือบุคคลสามารถปฏิเสธให้บริการและจำหน่ายสินค้าสำหรับคู่รักเพศเดียวกัน ด้วยเหตุผลว่าเป็นความเชื่อทางศาสนา (การสมรสจะมีขึ้นได้เฉพาะต่างเพศ และการมีเพศสัมพันธ์จะมีขึ้นได้ภายใต้การสมรสระหว่างคนต่างเพศ) จะเห็นว่า โดยสภาพของพฤติกรรมที่มีการปฏิเสธสินค้าและบริการนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ แต่กฎหมายที่เสนอหรือบัญญัติขึ้นมาใหม่นั้น คุ้มครองให้สามารถปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติในด้านสินค้าและบริการได้

ฝ่ายที่สนับสนุนกฎหมายเช่นนี้มองว่า กฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติที่มีผลบังคับใช้อยู่ในระดับมลรัฐนั้น ส่งผลกระทบต่อความเชื่อทางศาสนา เพราะห้ามการปฏิเสธการขายสินค้าหรือให้บริการบนพื้นฐานของความเชื่อทางศาสนา ดังนั้น กฎหมายเหล่านี้จึงคุ้มครองให้สามารถปฏิเสธสินค้าหรือบริการได้ ซึ่งหากพิจารณาโดยพื้นฐานแล้วก็คือการเลือกปฏิบัตินั่นเอง แต่เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีกฎหมายใหม่ออกมารองรับด้วยเหตุผลความเชื่อทางศาสนา

สำหรับงานวิจัยนี้จะเลือกศึกษากฎหมายของรัฐ Georgia ซึ่งเป็นกรณีที่ร่างกฎหมายลักษณะนี้ถูกยับยั้ง และกฎหมายของรัฐ Mississippi ซึ่งผ่านการพิจารณาและมีผลใช้บังคับแล้ว

๔.๑๘.๑ กรณี กฎหมายรัฐ Georgia

รัฐ Georgia ในสหรัฐอเมริกา ได้มีการผ่านร่างกฎหมาย (House Bill 757 หรือเรียกว่า ร่างกฎหมายเสรีภาพทางศาสนา (Religious liberty Bill) ซึ่งผ่านการพิจารณาของสภาระดับรัฐแล้ว) ร่างกฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้องค์กรต่าง ๆ อาศัยความเชื่อทางศาสนาเป็นเหตุปฏิเสธไม่ให้บริการแก่บุคคลกลุ่มรักร่วมเพศได้ หลักสำคัญของร่างกฎหมายมี ดังนี้

“องค์กรที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อ (Faith Based Organization) หมายถึง โบสถ์ โรงเรียนสอนศาสนา สมาคม หรือการประชุมกันของโบสถ์ หน่วยงานตัวแทนการจัดประชุมทางศาสนา เมื่อองค์กรเหล่านั้นมีคุณสมบัติถูกต้องตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง



องค์กรที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อจะต้องไม่ถูกบังคับให้ทำการให้เข้า หรือให้อนุญาตบุคคลอื่นใช้ทรัพย์สินของตนสำหรับทำกิจกรรมใด ๆ ซึ่งขัดแย้งกับความเชื่อขององค์กรนั้น

องค์กรที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อจะต้องไม่ถูกบังคับให้จัดหาบริการทางสังคม การศึกษา หรือการกุศล ซึ่งขัดหรือแย้งกับความเชื่อทางศาสนาโดยสุจริตดังที่ปรากฏในแนวปฏิบัติ การแสดงออก หรือกล่าวไว้อย่างชัดเจนในสิ่งแสดงถึงความเชื่อนั้น”

ร่างกฎหมายนี้หากมีผลกระทบ เช่น โบสถ์สามารถปฏิเสธไม่ทำพิธีสมรสระหว่างคนเพศเดียวกัน องค์กร สมาคม สามารถปฏิเสธการให้เข้าสถานที่จัดงานสมรสระหว่างคนเพศเดียวกัน รวมทั้งสามารถกำหนดนโยบาย แนวปฏิบัติ ระเบียบการใช้บริการที่จำกัดสิทธิบุคคลรักเพศเดียวกันได้ นอกจากนั้น กฎหมายนี้จะมีผลกระทบต่อกฎหมายท้องถิ่นในเมืองต่าง ๆ ของ Georgia ที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ จะเห็นได้ว่าโดยหลักแล้วกฎหมายนี้วางหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรงด้วยเหตุแห่งเพศ อย่างไรก็ตาม ในเดือนมีนาคม ๒๕๕๙ ผู้ว่าการรัฐ (Nathan Deal) ใช้สิทธิยับยั้ง (Veto) ร่างกฎหมายนี้

เมื่อวิเคราะห์หลักการของร่างกฎหมายนี้จะเห็นว่า อาจพิจารณาได้สองด้าน กล่าวคือ ในด้านหนึ่ง ฝ่ายอนุรักษ์นิยมและกลุ่มองค์กรศาสนาอ้างเหตุผลสนับสนุนร่างกฎหมายนี้ว่าเป็นการรับรองสิทธิให้บุคคลผู้มีความเชื่อทางศาสนา (ที่คัดค้านการรักร่วมเพศ) สามารถแสดงออกซึ่งความเชื่อตามศาสนาของตน (โดยการปฏิเสธไม่ให้บริการกับคนรักร่วมเพศ) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ หากบังคับให้บุคคลเหล่านี้ต้องให้บริการต่าง ๆ กับผู้รักร่วมเพศก็เท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิในความเชื่อทางศาสนาและการแสดงออกทางศาสนา อย่างไรก็ตามในอีกด้านหนึ่ง ฝ่ายที่คัดค้านร่างกฎหมายนี้อ้างว่ากฎหมายเปิดทางให้เลือกปฏิบัติในมิติของการให้บริการ การจำหน่ายสินค้า ด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ จะเห็นได้ว่ากรณีร่างกฎหมายนี้เกี่ยวข้องกับสองเหตุ กล่าวคือ ความเชื่อทางศาสนา และความหลากหลายทางเพศ ซึ่งต่างก็เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอันได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกัน กรณีนี้จึงอยู่ที่การให้น้ำหนักระหว่างเหตุทั้งสองนี้ โดยฝ่ายนิติบัญญัติผู้ร่างและผ่านกฎหมายให้น้ำหนักไปในทางการคุ้มครองการแสดงออกตามความเชื่อทางศาสนา ในขณะที่ผู้ว่าการรัฐซึ่งใช้สิทธิยับยั้งร่างกฎหมาย ให้น้ำหนักไปในทางคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้านเพศ รวมทั้งมีเหตุผลเชิงเศรษฐกิจ การค้า การลงทุนด้วย เนื่องจากการเลือกปฏิบัติด้านสินค้าและบริการตามกฎหมายนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อการค้าของรัฐ

หากพิจารณาตามกฎหมายไทยปัจจุบันพบว่า พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ เป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งมีหลักการโดยตรงในการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ หากพิจารณา มาตรา ๓ จะเห็นได้ว่าการนิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ไว้ว่า หมายถึง “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” นอกจากนี้ ยังมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่สำคัญในมาตรา ๑๗ คือ “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้” หากนำหลักการของร่างกฎหมาย House Bill 757 ของรัฐ Georgia มาวิเคราะห์กับหลักการตามกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า การให้สิทธิบุคคลหรือองค์กรในการปฏิเสธสินค้าหรือบริการด้วยเหตุแห่งเพศเป็นการขัดแย้งต่อหลักการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดระเบียบแนวปฏิบัติขององค์กรเอกชนหรือของรัฐก็ตาม อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่เป็นปัญหาว่า หากมีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเช่นนี้โดยอ้างเหตุว่า “มีเหตุอันชอบธรรม” เนื่องจากความเชื่อทางศาสนาจะสามารถทำได้หรือไม่ ซึ่งก็ต้องอาศัยแนวคำพิพากษาของศาลในการตีความประเด็นนี้ต่อไป

๔.๑๘.๒ กรณีกฎหมาย Mississippi

ในเดือนเมษายน ๒๕๕๙ รัฐบาลของรัฐ Mississippi ได้ผ่านกฎหมาย “คุ้มครองเสรีภาพในความเชื่อจากการเลือกปฏิบัติโดยรัฐบาล” (Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act) กฎหมายฉบับนี้มีหลักสำคัญ ดังนี้

กฎหมายได้นิยามความหมายของความเชื่อทางศาสนาหรือศีลธรรมว่า⁵⁵⁰

“ความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรมที่ยึดถือโดยสุจริต (Sincerely held religious beliefs or moral convictions) หมายถึง

- การสมรสนั้นมีได้เฉพาะระหว่างผู้ชายและผู้หญิง
 - ความสัมพันธ์ทางเพศ (Sexual Relations) จะถูกจำกัดเฉพาะการสมรสระหว่างผู้ชายและผู้หญิง
- นอกจากนี้ ยังนิยามความหมายของเพศไว้ด้วยว่า “ผู้ชายและผู้หญิง หมายถึง เพศในทางชีวภาพซึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ตั้งแต่ที่ระบุด้วยกายวิภาคและยีนในเวลาเกิด (Immutable Biological Sex)”

สำหรับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ นั้น มีหลักสำคัญว่า

“รัฐบาลระดับรัฐจะต้องไม่ทำการเลือกปฏิบัติใด ๆ ต่อองค์กรทางศาสนาในกรณีต่อไปนี้

- การที่องค์กรศาสนาปฏิเสธการจัดพิธีกรรม งานฉลองเกี่ยวกับการสมรสด้วยเหตุผลตามความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรม
 - การที่องค์กรศาสนามีการดำเนินการหรือการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน เช่น การตัดสินใจไม่จ้างหรือจ้าง เลิกจ้าง ลงโทษทางวินัยแก่บุคคล ตามเหตุผลความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรม
 - การที่องค์กรศาสนาตัดสินใจเกี่ยวกับการจำหน่าย ให้เช่า เงื่อนไขข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย ตามเหตุผลความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรม
- รัฐบาลระดับรัฐจะต้องไม่ทำการเลือกปฏิบัติใด ๆ ต่อบุคคล ซึ่งปฏิเสธที่จะมีส่วนร่วมในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการให้การรักษา บำบัด เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศ หรือปฏิเสธในการมีส่วนร่วมในการให้คำปรึกษาทางจิตวิทยาตามเหตุผลความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรม
- รัฐบาลระดับรัฐจะต้องไม่ทำการเลือกปฏิบัติใด ๆ ต่อบุคคลซึ่งปฏิเสธในการให้บริการที่פקอาศัย สิ่งอำนวยความสะดวก สินค้า หรือสิทธิประโยชน์ใด ๆ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจัดงานสมรส การเฉลิมฉลองตามเหตุผลความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรม เช่น การถ่ายภาพ วิดีทัศน์ วางแผนแต่งงาน การพิมพ์ การจัดดอกไม้ การออกแบบเสื้อผ้า การให้บริการอาหารและเครื่องดื่ม การให้บริการรถเช่า อัญมณี การให้เช่าสถานที่จัดงาน รวมทั้งการให้บริการสินค้าหรือบริการเกี่ยวข้องกับการสมรส”

550

Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act, Section 2



ข้อวิเคราะห์: จะเห็นได้ว่า

กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดให้สิทธิแก่บุคคลในการปฏิเสธสินค้าและบริการแก่บุคคลอื่นโดยตรง แต่กำหนดหน้าที่ให้แก่รัฐบาลระดับรัฐ ในการที่จะไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่กระทำการบางอย่างตามความเชื่อทางศาสนา (The state government shall not take any discriminatory action against...) ซึ่งหมายถึง การห้ามรัฐบาลในการตรากฎหมายห้ามองค์กรหรือบุคคลดังกล่าวกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล



อื่น ตัวอย่างเช่น องค์กรศาสนาอาจปฏิเสธการจ้างงานหรือการจัดพิธีทางศาสนาต่อบุคคลที่มีรสนิยมทางเพศรักเพศเดียวกัน การปฏิเสธเช่นนี้เป็นการเลือกปฏิบัติ ตามกฎหมายนี้ห้ามรัฐบาลตรากฎหมายใด ๆ ที่มีหลักการห้ามองค์กรศาสนากระทำการเช่นนี้ โดยมีเหตุผลว่าหากมีการตรากฎหมายห้ามกระทำการดังกล่าวจะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนาและความเชื่อ

เหตุผลของการที่หลายรัฐมีความพยายามบัญญัติกฎหมายลักษณะนี้ สืบเนื่องจากการที่ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้รับรองสิทธิในการสมรสของคนเพศเดียวกันในเดือนมิถุนายน ๒๕๕๙ โดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า⁵⁵¹ กฎระเบียบในระดับรัฐซึ่งห้ามการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันนั้นเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เหตุผลสำคัญประการหนึ่งของคำตัดสินก็คือ เนื่องจากกฎหมายระดับรัฐเหล่านั้นขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ ๑๔ (Equal Protection) คำตัดสินดังกล่าวส่งผลให้รัฐต่าง ๆ ต้องจดทะเบียนสมรสให้กับคู่รักเพศเดียวกัน ซึ่งก่อนหน้านี้คำพิพากษานี้มีหลายรัฐที่ไม่ยอมรับการจดทะเบียนดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คำพิพากษานี้ส่งผลต่อเนื่องให้กลุ่มองค์กร บุคคลที่ยึดมั่นในความเชื่อทางศาสนาที่ไม่ยอมรับการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกัน ดำเนินการปฏิเสธการให้บริการ การจำหน่ายสินค้าแก่คู่รักเพศเดียวกัน โดยเฉพาะในกรณีที่คู่รักเพศเดียวกันเหล่านั้นจะทำการสมรส เช่น ผู้ให้บริการจัดงานแต่งงานปฏิเสธไม่รับบริการคู่รักเพศเดียวกัน ฝ่ายที่สนับสนุนแนวคิดทางศาสนาจึงเรียกร้องให้รัฐตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิในการปฏิเสธดังกล่าว

กฎหมายที่อนุญาตให้มีการเลือกปฏิบัติในมิติสินค้าและบริการแก่คู่รักเพศเดียวกันนี้ สะท้อนให้เห็นถึงความขัดแย้งระหว่างเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ๒ เหตุ กล่าวคือ

☞ เหตุแห่งศาสนา หรือความเชื่อ: ฝ่ายที่ประสงค์จะปฏิเสธสินค้าหรือบริการให้แก่บุคคลที่รักเพศเดียวกัน (Homosexual) นั้นขัดแย้งกับความเชื่อทางศาสนาของฝ่ายที่ปฏิเสธ เมื่อพิจารณาด้านนี้ หากกฎหมายวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติซึ่งจะส่งผลให้ฝ่ายนี้จำต้องให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าแก่คู่รักร่วมเพศ ก็เท่ากับเป็นการบังคับให้ฝ่ายนี้ต้องกระทำการอันฝ่าฝืนต่อความเชื่อทางศาสนา จึงมองว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

☞ เหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ: ฝ่ายที่อ้างสิทธิในความเท่าเทียมกันระหว่างคู่รักเพศเดียวกันกับคู่รักต่างเพศ เมื่อพิจารณาในด้านนี้การปฏิเสธสินค้าหรือบริการดังกล่าวนั้นก็เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ กล่าวคือ มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพียงเพราะเหตุของความมีรสนิยมทางเพศที่รักเพศเดียวกันเท่านั้น ฝ่ายนี้จึง

⁵⁵¹ From “Obergefell v. Hodges” 576 U.S. (2015)

มองว่า กฎหมายนี้เปิดทางให้องค์กรศาสนา รวมถึงบุคคลทั่วไป ที่จะปฏิเสธให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าแก่บุคคลอื่นด้วยเหตุผลข้ออ้างความเชื่อทางศาสนาหรือศีลธรรม

ข้อที่น่าสังเกตก็คือ กฎหมายบางมลรัฐ เช่น Mississippi กำหนดนิยามความหมายของความเชื่อทางศาสนาและศีลธรรมไว้อย่างเจาะจงลงไปว่าเฉพาะความเชื่อว่าการสมรสและการมีเพศสัมพันธ์จะต้องเกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่มีเพศสภาพโดยกำเนิดแตกต่างกันเท่านั้น ดังนั้น หลังจากกฎหมายนี้ใช้บังคับ อาจมีการเลือกปฏิบัติด้วยการปฏิเสธสินค้าหรือบริการ ในกรณีดังต่อไปนี้ เช่น โบสถ์ปฏิเสธการทำพิธีสมรสให้กับคู่รักเพศเดียวกัน ผู้ให้บริการจัดงานและวางแผนการสมรสรวมทั้งผู้ให้บริการและจำหน่ายสินค้าต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสมรส สามารถปฏิเสธการให้บริการและสินค้าดังกล่าวแก่คู่สมรสเพศเดียวกันได้ โดยกฎหมายนี้ห้ามรัฐในการตรากฎหมายอื่นที่มีผลห้ามการปฏิเสธดังกล่าว⁵⁵²

หากพิจารณาตามกฎหมายไทยปัจจุบันพบว่า พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ เป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งมีหลักการโดยตรงในการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ หากพิจารณา มาตรา ๓ จะเห็นได้ว่าการนิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ไว้ว่า หมายถึง “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ดังนั้น โดยหลักแล้วการปฏิเสธการให้บริการหรือสินค้าแก่บุคคลด้วยเหตุแห่งเพศก็เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายนี้

นอกจากนี้ ยังมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่สำคัญในมาตรา ๑๗ คือ

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้”

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ”

หากนำหลักการของกฎหมาย “คุ้มครองเสรีภาพในความเชื่อจากการเลือกปฏิบัติโดยรัฐบาล” (Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act) ของรัฐ Mississippi มาวิเคราะห์กับหลักการตามกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า การให้สิทธิบุคคลหรือองค์กรในการปฏิเสธสินค้าหรือบริการด้วยเหตุแห่งเพศ เป็นการขัดแย้งต่อหลักการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายของไทย ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดระเบียบแนวปฏิบัติขององค์กรเอกชนหรือของรัฐก็ตาม อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาคือ มาตรา ๑๗ วรรคสอง เปิดโอกาสให้มีการปฏิบัติแตกต่างต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศได้หากเป็นกรณี “ปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา” จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายระดับมลรัฐของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวข้างต้น ดังนั้น หากมีการกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติ เพื่อเปิดโอกาสให้ปฏิเสธสินค้าหรือบริการแก่บุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งเพศ เพื่อเหตุผลทางศาสนา ก็อาจเกิดขึ้นได้โดยอาศัยข้อยกเว้นนี้

⁵⁵² อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า กฎหมายนี้จำกัดขอบเขตเฉพาะการปฏิเสธสินค้าและบริการในบางมิติ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน ดังนั้น ในกรณีที่คู่รักเพศเดียวกันซื้อสินค้าหรือบริการอื่น ๆ ที่ไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายนี้ เช่น ไปซื้อสินค้าอุปโภคบริโภคในห้างสรรพสินค้า ผู้ประกอบการก็ไม่สามารถอ้างกฎหมายนี้เพื่อปฏิเสธการจำหน่ายสินค้าได้ หากมีการปฏิเสธขึ้นก็จะตกอยู่ภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติทั่วไปตามกฎหมายรัฐนั้น



๔.๑๙ การเลือกปฏิบัติในภาคเอกชนกรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวี

ในหัวข้อนี้จะได้วิเคราะห์ประเด็นการเลือกปฏิบัติที่เกิดในภาคเอกชน กรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวี (เอดส์) ซึ่งจะแยกพิจารณาออกเป็นสองมิติ คือ มิติของสินค้าและบริการ และมิติของการจ้างแรงงาน

๔.๑๙.๑ การเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวีในมิติของสินค้าและบริการ

ในมิติเกี่ยวกับสินค้าและบริการนั้น จะศึกษากรณีข้อเท็จจริงจากการสัมภาษณ์ / สทนากลุ่ม และข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากสื่อต่าง ๆ ดังนี้

ในกรณีข้อเท็จจริงจากการสัมภาษณ์ / สทนากลุ่ม ผู้ให้ข้อมูลแจ้งว่า

“ข้าพเจ้า xx ได้ซื้อบ้านโดยยื่นกู้กับธนาคาร xx ซึ่งทางธนาคารได้ยื่นข้อเสนอเพิ่มเติมในส่วนของการทำประกันชีวิตเพื่อได้สิทธิในส่วนลดดอกเบี้ยบ้านในปีแรก ซึ่งข้าพเจ้าตกลงทำประกันชีวิตดังกล่าว โดยทางธนาคารเป็นผู้เลือกบริษัทประกันชีวิตเอง ทั้งนี้ ในตอนแรกข้าพเจ้าได้ให้ข้อมูลโดยระบุที่อาศัยตามบัตรประชาชน คือ จังหวัดระยอง และต่อมาได้รับการแจ้งกลับจากทางธนาคารว่า ทางบริษัทประกัน xx นั้นมีข้อกำหนดว่า จังหวัดที่จัดเป็นจังหวัดในกลุ่มเสี่ยง ซึ่งรวมถึงจังหวัดระยอง ผู้ทำประกันจะต้องตรวจโรคสำคัญ (เช่น เอดส์) ก่อนการพิจารณาอนุมัติ ทั้งนี้ ข้าพเจ้าจึงต้องเปลี่ยนข้อมูลที่อยู่ใหม่ โดยระบุเป็นที่อยู่ในกรุงเทพฯ แทน ทำให้ข้าพเจ้าไม่ต้องไปตรวจเอดส์ ในกรณีนี้ข้าพเจ้าถือว่าบริษัทประกันดังกล่าวเลือกปฏิบัติต่อข้าพเจ้ารวมถึงบุคคลอื่น ๆ ที่ทางบริษัทประกันระบุว่าอาศัยอยู่ในจังหวัดกลุ่มเสี่ยง โดยไม่ได้คำนึง life style ของแต่ละบุคคล แต่เหมารวมว่าทุกคนที่อยู่ในบางพื้นที่ว่ามีโอกาสเป็นเอดส์มากกว่าในบางพื้นที่”

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวีเกิดขึ้นในมิติของบริการด้านประกันชีวิต โดยเป็นการกระทำของภาคเอกชน ดังนั้น แม้ว่าโดยทั่วไปจะเป็นการขัดแย้งต่อหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือก

ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ แต่หลักการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญก็มีขอบเขตเฉพาะการกล่าวอ้างต่อการกระทำของรัฐ ดังนั้น กรณีนี้จึงต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการกระทำของภาคเอกชน ในกรณีบริการด้านประกันชีวิตนั้น หากเปรียบเทียบกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ เช่น ดังที่เคยปรากฏข่าวว่า บริษัทประกันบางแห่งไม่รับประกันบุคคลหลากหลายทางเพศ⁵⁵³ จะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติในภาคบริการนั้น ในปัจจุบันมีกฎหมายเฉพาะ กล่าวคือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ ดังนั้น หากบริษัทประกันฯ มีการกำหนดนโยบายไม่ให้บริการด้วยเหตุแห่งเพศ⁵⁵⁴ ก็อาจเข้าองค์ประกอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้⁵⁵⁵ แต่หากบริษัทประกันกำหนดเบี้ยประกันแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศ ความเจ็บป่วย หรือปัจจัยอื่น ๆ ที่สอดคล้องกับเหตุผลทางธุรกิจ ก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นกรณี “มีความชอบธรรม” และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ⁵⁵⁶ อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “ความเป็นผู้ติดเชื้อเอชไอวี” ไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ จึงไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับกรณีดังกล่าว หากพิจารณาหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญฉบับ ปี ๒๕๕๐ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุลักษณะนี้อาจจัดอยู่ในเหตุ “สุขภาพ” ได้ ถ้าการเลือกปฏิบัตินั้นเกิดจากกฎเกณฑ์ของภาครัฐ ก็จะเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ถ้าการเลือกปฏิบัตินั้นเกิดจากภาคเอกชน เช่น การให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าก็ไม่อยู่ในขอบเขตรัฐธรรมนูญที่จะยกขึ้นอ้างต่อเอกชนด้วยกัน ดังนั้นจำเป็นต้องมีกฎหมายเฉพาะขึ้นรองรับ

ข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากสื่อต่าง ๆ ปรากฏว่ามีโรงแรมบางแห่งในประเทศไทยได้ปฏิเสธการให้บริการแก่องค์กรพัฒนาเอกชนที่ทำงานเกี่ยวกับผู้ติดเชื้อเอชไอวี (เอดส์) เมื่อองค์กรดังกล่าวมีการติดต่อไปใช้บริการ เช่น จัดประชุมสัมมนา ก็ได้รับการปฏิเสธจากทางโรงแรม⁵⁵⁷ นอกจากนี้ เครือข่ายผู้ติดเชื้อเอชไอวี/เอดส์ ประเทศไทยและองค์การพัฒนาเอกชนด้านเอดส์ ออกแถลงการณ์ร่วม มีเนื้อหาตอนหนึ่งเกี่ยวกับการกระทำของโรงแรมว่า⁵⁵⁸

“..เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี/เอดส์อย่างชัดเจน โดยไม่เพียงกระทำต่อผู้ติดเชื้อฯ เท่านั้น แต่ยังเหมารวมถึงทุกองค์กรที่ทำงานในเรื่องเอดส์ ซึ่งสะท้อนให้เห็นทัศนคติของผู้บริหารโรงแรมที่ขาดความรู้ความเข้าใจในเรื่องนี้ รวมถึงมีอคติต่อตัวผู้ติดเชื้อฯ ซึ่งสะท้อนจากคำให้สัมภาษณ์ของเจ้าหน้าที่โรงแรมที่อ้างถึงเหตุผลของผู้บริหารในการไม่ให้บริการ ตัวอย่างเช่น การอ้างว่าลูกค้ารายอื่น ๆ เกิดความไม่สบายใจในการใช้สถานที่ร่วมกัน อย่างห้องพัก หรือห้องอาหาร ขณะที่ข้อเท็จจริง คือ ไม่เคยมีใครติดเชื้อเอชไอวีจากการใช้ชีวิตร่วมกัน ไม่ว่าจะเป็นการรับประทานอาหารโดยใช้ช้อนส้อมร่วมกัน ตีมน้ำแก้วเดียวกัน ใช้ห้องน้ำ หรือห้องพักร่วมกัน

⁵⁵³ “คปภ. ผนึก ๒ สมาคมฯ อย่าศึก ‘เกย์-เอไอเอ’ ยืนยันซื้อประกันได้,” สยามธุรกิจ ฉบับที่ ๘๔๘ ประจำวันที่ ๒๔-๑๑-๒๐๐๗ ถึง ๒๗-๑๑-๒๐๐๗ สืบค้นจาก http://www.siamturakij.com/home/news/display_news.php?news_id=9068

⁵⁵⁴ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายถึง การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้น..มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด, พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ มาตรา ๓

⁵⁵⁵ พระราชบัญญัติ มาตรา ๑๗ วางหลักว่า “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ...ขององค์กรเอกชน ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้”

⁵⁵⁶ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ มาตรา ๓ กำหนดองค์ประกอบ “โดยปราศจากความชอบธรรม” ซึ่งมีความหมายกว้างขึ้นอยู่กับสภาพข้อเท็จจริงว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีเหตุผลรองรับที่ชอบธรรมหรือว่าเพียงเพราะความแตกต่างระหว่างเพศฯ

⁵⁵⁷ สืบค้นจาก http://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=TVRRd05qY3dPVGMwTVE9PQ==

⁵⁵⁸ แถลงการณ์เครือข่ายผู้ติดเชื้อ ภูธร.ปฏิเสธ ชี้ละเมิดสิทธิ รมรณรงค์บอยคอต สืบค้นจาก <http://www.hfocus.org/content/2014/08/7802>



ไม่เพียงเท่านั้น การจะทราบว่าใครติดเชื้อเอชไอวีหรือไม่ ต้องใช้การตรวจเลือดเพื่อตรวจหาเชื้อเอชไอวีเท่านั้น ไม่สามารถสังเกตจากรูปลักษณ์ภายนอกได้...การอ้างว่าผู้เข้าร่วมงานแต่งกายไม่เรียบร้อย สะท้อนให้เห็นทัศนคติของเจ้าหน้าที่และผู้บริหารโรงแรมที่ถูกเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แบ่งแยกชนชั้นจากการแต่งกาย และมองคนจากภายนอก... โดยทางเครือข่ายผู้ติดเชื้อฯ และมูลนิธิเข้าถึงเอดส์ จะดำเนินการรณรงค์ให้สาธารณชนได้ร่วมกันบอยคอตการใช้บริการของโรงแรมในเครือแห่งนี้ โดยจะทำหนังสือเวียนถึงทุกหน่วยงานทั้งเอกชน และราชการ เพื่อให้เลิกการสนับสนุนโรงแรมดังกล่าว จนกว่าทางโรงแรมจะมีการเปลี่ยนแปลงนโยบาย รวมทั้งชี้แจงต่อกรณีดังกล่าวอย่างเป็นทางการ”

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี เกิดขึ้นในมิติของสินค้าและบริการ โดยเป็นการกระทำของภาคเอกชน ดังนั้น แม้ว่าโดยทั่วไปจะเป็นการขัดแย้งต่อหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ แต่หลักการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญก็มีขอบเขตเฉพาะการกล่าวอ้างต่อการกระทำของรัฐ ดังนั้น กรณีนี้จึงต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการกระทำของภาคเอกชน

ประเด็นปัญหานี้เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะพบว่ามาตรา ๓๙ วางหลักให้สิทธิผู้จัดการโรงแรมในการปฏิเสธไม่รับบุคคลบางลักษณะเข้าพักได้ โดยเฉพาะกรณี “มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่ออันตรายหรือโรคติดต่อตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ”⁵⁵⁹ สำหรับกรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวี (เอดส์) นั้น ผู้วิจัยมีข้อพิจารณา ดังนี้

๑. หลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของไทยทั้งฉบับ ปี ๒๕๔๐ และ ๒๕๕๐ อย่างไรก็ตาม ในกรณีการเลือกปฏิบัติด้านสินค้าและบริการเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในบริบทของภาคเอกชน ทั้งนี้ เนื่องจากหลักห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้นมักจะเกี่ยวข้องกับการใช้เพื่ออ้างยันรัฐ แต่รัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องบัญญัติกฎหมายออกมาเพื่อคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้าและบริการเหล่านี้ ดังนั้น ในกรณีผู้ให้บริการภาคเอกชนปฏิเสธการให้บริการลูกค้าอื่นโดยมีเหตุผลสืบเนื่องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ รัฐก็จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติโรงแรมนอกจากมิได้มีบทบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติแล้ว แต่ยังมีข้อกำหนดหลักการที่ให้สิทธิแก่โรงแรมในการปฏิบัติต่อผู้ประสงค์เข้าพักบางกลุ่มหรือบางลักษณะให้แตกต่างจากลูกค้าอื่น ดังเช่นกรณีมาตรา ๓๙ เกี่ยวกับเหตุแห่งการปฏิเสธไม่ให้เข้าพัก ซึ่งมีประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไปว่า มาตรา ๓๙ นี้ขัดต่อหลักห้ามเลือกปฏิบัติหรือไม่

๒. พระราชบัญญัติโรงแรมเป็นเพียงให้สิทธิแก่ผู้จัดการโรงแรมในการปฏิเสธการให้บริการที่พักแก่บุคคลบางประเภท เนื่องจากใช้คำว่า “อาจปฏิเสธ” ดังนั้น ทางโรงแรมอาจเลือกที่จะรับบุคคลดังกล่าวนั้นก็ได้ในแง่นี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายพยายามสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สิน (Property Right) เสรีภาพในการทำสัญญากับสิทธิของผู้ถูกเลือกปฏิบัติ

559

มาตรา ๓๙ ผู้จัดการอาจปฏิเสธไม่รับบุคคลที่ประสงค์จะเข้าพักในโรงแรมได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

(๑) มีเหตุอันควรสงสัยได้ว่าบุคคลนั้นจะไปหลบซ่อน มั่วสุม หรือกระทำการใด อันเป็นความผิดอาญาขึ้นในโรงแรม หรือก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้พักอื่นในโรงแรม

(๒) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถจ่ายค่าห้องพักได้

(๓) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่ออันตรายหรือโรคติดต่อตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ

(๔) มีเหตุอันสมควรประการอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ในกรณีตาม (๓) ถ้าผู้จัดการรับบุคคลนั้นเข้าพักจะต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานสาธารณสุขหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อทราบด้วย

๓. สิทธิการปฏิเสธในกรณีผู้ที่ประสงค์เข้าพักในกรณี “มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่ออันตรายหรือโรคติดต่อตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ” มีปัญหาว่าโรคติดต่อจะหมายความว่าโรคอะไรบ้าง เนื่องจากพระราชบัญญัติโรงแรมมิได้กำหนดรายละเอียดชื่อโรคไว้ แต่ระบุเชื่อมโยงไปยังกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ โดยปัจจุบันกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับโรคติดต่อ คือ พระราชบัญญัติโรคติดต่อแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งกำหนดนิยามของโรคติดต่อ ไว้ ๓ ประเภท คือ โรคติดต่อ โรคติดต่ออันตราย และ โรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง⁵⁶⁰ ดังนั้น หากโรคใดสามารถจัดอยู่ในความหมายของ “โรคติดต่อ” ตามพระราชบัญญัตินี้ โรงแรมก็อาจปฏิเสธการให้บริการที่พักโดยอ้างเหตุ “โรคติดต่อตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ” นอกจาก “โรคติดต่อ” แล้ว ในส่วนของ “โรคติดต่ออันตราย” นั้นเมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้ พบว่ามิได้กำหนดรายชื่อโรคใดให้เป็นโรคติดต่ออันตรายโดยเฉพาะ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการโรคติดต่อแห่งชาติ มีอำนาจออกประกาศกำหนดชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่ออันตรายและโรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง ขณะที่จัดทำงานวิจัยนี้ยังไม่มีมีการออกประกาศกำหนดรายชื่อโรคตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อแห่งชาติ ดังนั้น หากมีการกำหนดให้โรคใดเป็นโรคติดต่ออันตรายตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อแห่งชาติ โรงแรมก็มีสิทธิปฏิเสธการเข้าพักของผู้เป็นโรคติดต่อดังกล่าวได้ โดยอ้างเหตุว่า มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลที่ประสงค์เข้าพักนั้นเป็น “โรคติดต่ออันตรายตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ” สำหรับกรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวีนั้นอาจจัดอยู่ในความหมายของ “โรคติดต่อ” ตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ ดังนั้น ตามพระราชบัญญัติโรงแรมแล้ว ทางโรงแรมจึงอาจปฏิเสธการเข้าพักของผู้ป่วยโรคนี้ได้ แต่ทั้งนี้การปฏิเสธต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า “มีเหตุอันควรเชื่อ” ว่าบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่อด้วย ดังนั้น หากไม่มีหลักฐานหรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้มาติดต่อขอพักเป็นผู้ติดเชื้อเอชไอวี เช่น องค์กรเครือข่ายเอกชนที่ดำเนินการเกี่ยวกับโรคเอดส์มาติดต่อขอเข้าพักเพื่อประชุมสัมมนาที่โรงแรมแห่งหนึ่งเป็นเวลา ๓ วัน ดังนี้โรงแรมก็ไม่สามารถปฏิเสธการเข้าพักของบุคคลผู้ทำงานเกี่ยวข้องกับโรคเอดส์ทุกคน เนื่องจากการปฏิเสธดังกล่าวมีขอบเขตจำกัดเฉพาะต่อบุคคลที่น่าเชื่อว่าเป็นผู้ติดเชื้อเท่านั้น

๔. นิติสัมพันธ์ระหว่างโรงแรมกับลูกค้านั้นอาจเกี่ยวข้องกับสัญญาหลายลักษณะ เช่น ลูกค้ามาใช้บริการห้องอาหาร ลูกค้ามาใช้บริการประชุม สัมมนา จัดกิจกรรมต่าง ๆ ลูกค้ามาใช้บริการห้องพัก จึงมีประเด็นว่า การปฏิเสธการให้บริการตามพระราชบัญญัติโรงแรมนั้น ครอบคลุมถึงการบริการอื่น ๆ นอกจากห้องพักด้วยหรือไม่ เช่น ปฏิเสธการให้บริการห้องจัดเลี้ยง ประชุมสัมมนา ปฏิเสธการให้บริการอาหาร ในประเด็นนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับความรับผิดในทรัพย์สินของแกะนั้น⁵⁶¹

ผู้วิจัยเห็นว่า ความรับผิดทางทรัพย์สินตามกฎหมายแพ่งนั้นครอบคลุมเฉพาะกรณีแขกที่มาพักโรงแรมเท่านั้น ไม่รวมถึงแขกที่มาใช้บริการอื่น⁵⁶² สำหรับพระราชบัญญัติโรงแรมวางหลักควบคุมการประกอบธุรกิจโรงแรม ซึ่งมีขอบเขตที่กว้างกว่ากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยวิธีเฉพาะสำหรับเจ้าสำนักโรงแรมดังกล่าว

⁵⁶⁰ พระราชบัญญัติโรคติดต่อแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๘ มาตรา ๔ กำหนดว่า “โรคติดต่อ” หมายความว่า โรคที่เกิดจากเชื้อโรคหรือพิษของเชื้อโรคซึ่งสามารถแพร่โดยตรงหรือทางอ้อมมาสู่คน “โรคติดต่ออันตราย” หมายความว่า โรคติดต่อที่มีความรุนแรงสูง และสามารถแพร่ไปสู่ผู้อื่นได้อย่างรวดเร็ว “โรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง” หมายความว่า โรคติดต่อที่ต้องมีการติดตาม ตรวจสอบ หรือจัดเก็บข้อมูลอย่างต่อเนื่อง

⁵⁶¹ วิธีเฉพาะสำหรับเจ้าสำนักโรงแรม วางหลักเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการโรงแรมเฉพาะกรณีความรับผิดของโรงแรมต่อทรัพย์สินที่แขกอาศัยได้พามา

⁵⁶² คณาธิป ทองรวีวงศ์, กฎหมายเกี่ยวกับการท่องเที่ยว (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, ๒๕๕๘), หน้า ๕๔๑-๕๔๓



ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการโรงแรมเฉพาะกรณีความรับผิดชอบต่อทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม จากตัวบทมาตรา ๓๔ ของพระราชบัญญัติโรงแรม ระบุไว้ชัดเจนถึงสิทธิในการปฏิเสธไม่รับบุคคลที่ประสงค์จะ “เข้าพัก” ดังนั้น สิทธิในการปฏิเสธของโรงแรมจึงมีขอบเขตเฉพาะแขกที่มาพักเท่านั้น หากโรงแรมปฏิเสธการให้บริการอื่น ๆ เช่น ประชุม สัมมนา อาหารและเครื่องดื่ม ดังนั้นก็ไม่สามารถอ้างสิทธิตามมาตรา ๓๔ ได้

๕. ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการโรงแรมจะอ้างหลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติโรงแรมเพื่อปฏิเสธการให้บริการที่พบกับแขกบางลักษณะก็ตาม แต่ก็ยังมีประเด็นว่า กฎหมายที่ให้สิทธิปฏิเสธบริการเช่นนี้ ขัดต่อหลักความเสมอภาคและเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากว่าแม้หลักดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญนั้นมีไว้สำหรับการที่เอกชนอ้างสิทธิต่อรัฐ แต่ในกรณีการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในบริบทของภาคเอกชนหรือภาคธุรกิจนั้น ผู้เสียหายที่ถูกกระหนาบสิทธิไม่สามารถนำหลักการตามรัฐธรรมนูญไปฟ้องหรือไปอ้างยันต่อหน่วยงานภาครัฐ อย่างไรก็ตาม ภาครัฐมีหน้าที่ต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อห้ามการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามกรอบแนวคิดนี้ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติโรงแรมโดยเฉพาะมาตรา ๓๔ ที่ให้สิทธิโรงแรมปฏิเสธการเข้าพักด้วยเหตุแห่งการเป็นโรคบางอย่าง เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างแขกที่ประสงค์เข้าพักซึ่งไม่เป็นโรค กับแขกที่ประสงค์เข้าพักแต่เป็นโรค อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณาต่อไปว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่เป็นโรคกับที่ไม่เป็นโรคนั้น มีเหตุผลอันสมควรอย่างไรรองรับหรือไม่ ซึ่งในกรณีผู้ประสงค์เข้าพักเป็นกลุ่มผู้ป่วยเอดส์ ดังนั้นก็ต้องพิจารณาเหตุผลอันสมควรโดยซึ่งน้ำหนักกับวัตถุประสงค์ที่ผู้ให้บริการต้องการปกป้องหรือส่งเสริม เช่น เพื่อป้องกันมิให้ลูกค้าหรือแขกที่เข้าพักคนอื่นต้องมีความเสี่ยงต่อการติดเชื้อเอดส์ อย่างไรก็ตาม อีกแง่หนึ่งอาจพิจารณาได้ว่าโรคเอดส์เป็นโรคติดต่อแต่ก็ไม่ใช้ติดต่อกันง่ายตายเพียงแค่ว่าแขกที่เข้าพักได้พักในห้องที่เคยมีผู้ป่วยโรคเอดส์ จึงต้องพิจารณาด้วยว่า นอกจากห้ามผู้ป่วยเอดส์เข้าพักแล้ว มีหนทางอื่นที่โรงแรมอาจนำมาใช้เพื่อป้องกันโรคแก่แขกคนอื่นมิให้ติดเชื้อเอชไอวีจากการเข้าพักโรงแรมได้หรือไม่ หากยังคงมีหนทางอื่นเพื่อบรรล่วัตถุประสงค์เดียวกัน การที่โรงแรมห้ามผู้ติดเชื้อเอชไอวีเข้าพัก ก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากมาตรการที่นำมาใช้ (ห้ามผู้ป่วยใช้บริการ) ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุ (การคุ้มครองลูกค้าคนอื่นมิให้ต้องติดเชื้อ)

นอกจากนี้ ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า หากนำหลัก “Margin of Appreciation” โดยเฉพาะในคดีในบริบทของยุโรปดังกล่าวมาแล้ว⁵⁶³ มาเทียบเคียง จะเห็นได้ว่าการกำหนดกฎหมายจำกัดสิทธิผู้ติดเชื้อ HIV หากอยู่บนสมมติฐานที่เชื่อมโยงการติดเชื้อ HIV กับพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม เช่น เหมารวมว่าการติดเชื้อ HIV เกิดจากพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม ซึ่งศาลเห็นว่าไม่มีน้ำหนักเพียงพอกับการเข้าข่าย “ขอบเขตแห่งดุลพินิจ” (Margin of Appreciation) ที่รัฐสามารถปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างได้ สำหรับการกำหนดกฎหมายจำกัดสิทธิการเข้าพักในโรงแรมของผู้ป่วยด้วยโรคต่าง ๆ นั้น หากพิจารณาตามกรอบนี้ก็ต้องพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวมีน้ำหนักเพียงพอ (very weighty reason) หรือไม่โดยพิจารณาลักษณะการติดต่อของโรคนั้น ๆ ด้วย

563

From “Alajos Kiss v. Hungary”

๔.๑๙.๒ การเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวีในมิติของการจ้างแรงงาน

จากข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาในบทที่ ๒ พบว่า มีผู้ร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหลายกรณีที่มีประเด็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวีในมิติของการจ้างแรงงานภาคเอกชน โดยสภาพปัญหา ก็คือ บริษัทบางแห่งมีนโยบายให้พนักงานตรวจเชื้อเอชไอวี เป็นเงื่อนไขในการเข้าทำงาน และปฏิเสธรับบุคคลเข้าทำงานหลังจากตรวจร่างกายแล้วพบว่ามีเชื้อเอชไอวี (คำร้องที่ ๕๔๔/๒๕๕๒ และ ๓๕/๒๕๕๗ และรายงานผลการพิจารณา ที่ ๓๐๘-๓๐๙/๒๕๕๘) ประเด็นแรกที่สำคัญก็คือ กรณีนี้ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง เนื่องจากมาตรการหรือนโยบายมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) ใช้กับทุกคนเหมือนกัน แต่หากพิจารณาตามหลักของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมแล้ว เห็นได้ว่า ส่งผล (Effect) ให้บุคคลบางกลุ่มที่มีลักษณะเปราะบางและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ได้รับผลกระทบและเกิดความไม่เท่าเทียมกันบุคคลอื่น

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันโดยเฉพาะในกรอบกฎหมายแรงงานจะเห็นได้ว่า กฎหมายแรงงานหรือระเบียบที่เกี่ยวกับสถานประกอบการยังไม่มีข้อกำหนดในเรื่องการเข้าทำงานของผู้ติดเชื้อเอชไอวี หากพิจารณาตามหลักข้อบทแห่งการใช้ดุลพินิจตามที่วิเคราะห์มาแล้ว จะเห็นได้ว่าหากกฎหมายกำหนดให้บุคคลผู้ติดเชื้อเอชไอวีไม่สามารถเข้าทำงานโดยไม่มีข้อยกเว้นหรือไม่คำนึงถึงความแตกต่างของลักษณะงาน อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเหมารวมและอาจถือไม่ได้ว่ามี “น้ำหนักเป็นอย่างยิ่ง” (very weighty reasons-test) แม้หลักการข้อบทแห่งดุลพินิจดังกล่าวจะอยู่ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศและการกระทำหรือการตรากฎหมายของรัฐก็ตาม แต่อาจนำหลักการนี้มาวิเคราะห์ว่าการปฏิบัติของภาคเอกชนนั้นเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันโดยมีเหตุผลสมควรหรือไม่ สำหรับเหตุผลอันสมควรนั้นจะเกี่ยวข้องกับหลัก “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญหรือจำเป็นกับงาน” ดังจะกล่าวถึงต่อไป

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีนำ “ประวัติอาชญากรรม” มาเป็นเงื่อนไขของการรับบุคคลเข้าทำงานในภาคเอกชนดังที่วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า สภาพของประเด็นปัญหามีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ภาคเอกชนปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งเป็นผู้สมัครเข้าทำงานแตกต่างกันด้วยเหตุบางประการที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ ตามกฎหมายต่างประเทศ เช่น ออสเตรเลียนั้น พบว่าในกรณีการนำประวัติอาชญากรรมมาใช้เป็นเหตุปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในมิติการจ้างแรงงานนั้นอาจทำได้ หากประวัติอาชญากรรมมีความเกี่ยวข้องกับ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้น” (Inherent Requirement Exception) โดยหลักการนี้ หากการติดเชื้อเอชไอวีมีความเกี่ยวข้องกับคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงาน ก็อาจมีการปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อแตกต่างออกไปได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการนำเหตุ “ติดเชื้อเอชไอวี” มาเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในมิติการจ้างแรงงานภาคเอกชนนั้น อาจทำได้โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติหากนโยบายหรือมาตรการนั้นอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลอันสมควร โดยเฉพาะมีความเกี่ยวข้องกับ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงานนั้น” อย่างไรก็ตาม จากกรณีตามคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่าแม้ผู้ถูกร้องอ้างเหตุผลเพื่อความปลอดภัย เนื่องจากตำแหน่งงานนั้นต้อง “สัมผัสอาหาร” แต่ผู้ร้องอ้างว่า “การติดเชื้อเอชไอวีไม่ได้ส่งผลต่อคนรอบข้าง และไม่ได้ก่ออันตรายต่อผู้อื่น” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นด้วยกับผู้ร้องในประเด็นนี้ โดยให้เหตุผลว่า “...เกินจำเป็นของลักษณะประเภทการจ้างงานที่เป็นสาระสำคัญ ทั้งที่บุคคลที่ติดเชื้อเอชไอวีสามารถปฏิบัติงานได้ในสถานภาพเดียวกันโดยไม่จำกัดทางสุขภาพอนามัย..” จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้นำเอาหลัก “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงาน” มาประกอบการพิจารณาด้วย ซึ่งก็ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไปว่าการติดเชื้อเอชไอวีจะเป็นอุปสรรคสำหรับงานนั้น ๆ หรือไม่



กรณีเช่นนี้ชี้ให้เห็นว่า นโยบายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี แต่ยังไม่มีความหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ทั้งกรณีของรัฐธรรมนูญซึ่งมิได้กำหนด “ผู้ติดเชื้อเอชไอวี” ไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ รวมทั้งกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎหมายแรงงานก็มิได้มีการกำหนดควบคุมการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีเช่นนี้ จึงเป็นประเด็นที่จะนำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อไป

การเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี ยังปรากฏในมิติอื่น ๆ เช่น การคุกคาม (Harassment) การสื่อสารแสดงความเกลียดชัง (Hate Speech) ซึ่งจะได้ศึกษาหลักกฎหมายในมิติดังนั้น ๆ โดยเฉพาะต่างหาก

๔.๒๐ กรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) กับการเข้าห้องน้ำ: กรณีศึกษากฎหมายมลรัฐ North Carolina

เมื่อพิจารณาจากการรับฟังความเห็นกลุ่มย่อยในบทที่ ๒ จะเห็นได้ว่า กลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยให้ข้อมูลสรุปได้ว่า ปัญหาประการหนึ่งที่เราเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศก็คือ ยังมีความไม่ชัดเจนในทางกฎหมายในกรณีบุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นชายแต่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิงเลือกเข้าห้องน้ำหญิงตามอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งบุคคลเหล่านี้กังวลเช่นกันว่า การที่พวกเขาเข้าห้องน้ำชายตามเพศกำเนิด อาจเกิดความเสี่ยงจากการคุกคามทางเพศจากบุคคลเพศชายคนอื่นได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ การเข้าห้องน้ำตามเพศกำเนิดยังส่งผลกระทบต่อบุคคลหลากหลายทางเพศที่ทำการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว สำหรับประเด็นปัญหานี้ พบว่า ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายหรือนโยบาย แต่จากการศึกษาพบว่า ในสหรัฐอเมริกา รัฐบาลท้องถิ่นเมือง Charlotte (Charlotte City Council) ของรัฐ North Carolina ได้ตราข้อบัญญัติ (Ordinance) ห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศและรสนิยมทางเพศ กฎหมายท้องถิ่นนี้ครอบคลุมการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ เชื้อชาติ อายุ ศาสนา โดยครอบคลุมมิติต่าง ๆ เช่น การเข้าใช้บริการร้านอาหาร ร้านค้า ที่พักอาศัย บริการขนส่งสาธารณะ กฎหมายนี้มีบทบัญญัติอันเป็นที่ถกเถียงกันมากก่อนที่จะผ่านการลงมติในระดับท้องถิ่น นั่นคือการอนุญาตให้คนข้ามเพศ (Transgender) เลือกเข้าห้องน้ำน้ำชายหรือหญิงตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนกำหนดหรือระบุเอง (Gender Identity) กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องเข้าห้องน้ำน้ำตามเพศกำเนิด ดังนั้น คนที่มีเพศกำเนิดเป็นชาย แต่ปัจจุบันระบุว่าตัวเองเป็นหญิง ก็สามารถเข้าห้องน้ำน้ำหญิงได้

ในการรับฟังความคิดเห็นของรัฐบาลท้องถิ่น มีทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและฝ่ายที่คัดค้าน โดยฝ่ายที่คัดค้านให้เหตุผลหลักเกี่ยวกับความปลอดภัยและการคุกคามทางเพศ โดยเกรงว่า คนที่มีเพศกำเนิดเป็นชายและเลือกเข้าห้องน้ำน้ำหญิงอาจเข้ามาคุกคามทางเพศต่อหญิงได้ แต่ในที่สุดรัฐบาลท้องถิ่นก็ผ่านกฎหมายนี้ด้วยคะแนนเสียง ๗ ต่อ ๔⁵⁶⁴

อย่างไรก็ตาม สำหรับมลรัฐ North Carolina นั้นกฎหมายที่รัฐบาลท้องถิ่นตราขึ้น อาจถูกเพิกถอนโดย “General Assembly” ในระดับมลรัฐได้ ซึ่งต่อมาในเดือนมีนาคม ๒๕๕๙ General Assembly ได้ประชุมและผ่านกฎหมายที่เรียกว่า กฎหมายความเป็นส่วนตัวและความปลอดภัยในสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะ (Public Facilities Privacy & Security Act) โดยกฎหมายนี้ได้เพิกถอนกฎหมายท้องถิ่นของเมือง Charlotte ดังกล่าว

หลักสำคัญของกฎหมายมีดังนี้

เพศในทางชีวภาพ (Biological Sex) หมายถึง สภาพทางกายภาพของความเป็นชายหรือหญิงซึ่งระบุอยู่ในเอกสารแสดงการเกิด (“..stated on person’s birth certificate..”)

ห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าที่ใช้ร่วมกันหลายคน (Multiple Occupancy Bathroom of Changing Facility) หมายถึงสถานที่ซึ่งกำหนดให้ใช้ได้มากกว่า ๑ คน โดยผู้ใช้อาจอยู่ในสภาพถอดเสื้อผ้า สถานที่เหล่านี้รวมถึงห้องน้ำในโรงเรียน ห้องล็อกเกอร์ ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า ห้องอาบน้ำ

ในกรณีห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าสำหรับเพศใดเพศหนึ่งซึ่งใช้ร่วมกันหลายคนนั้น (Single-Sex Multiple Occupancy Bathroom and Changing Facilities) คณะกรรมการศึกษาในระดับรัฐบาลท้องถิ่นจะต้องกำหนดให้ห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าที่ใช้สำหรับนักเรียนร่วมกันหลายคนนั้นสามารถใช้ได้เฉพาะบุคคลตามเพศในทางชีวภาพ⁵⁶⁵

ในกรณีห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าสำหรับเพศใดเพศหนึ่งซึ่งใช้ร่วมกันหลายคนนั้น (Single-Sex Multiple Occupancy Bathroom and Changing Facilities) หน่วยงานสาธารณะจะต้องกำหนดให้ห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้างดงามสามารถใช้ได้เฉพาะบุคคลตามเพศในทางชีวภาพ⁵⁶⁶

กฎหมายระดับมลรัฐนี้ นอกจากยกเลิกกฎหมายท้องถิ่นของเมือง Charlotte โดยกำหนดหลักเกณฑ์ให้บุคคลต้องใช้ห้องน้ำหรือที่เปลี่ยนเสื้อผ้าสาธารณะตามเพศกำเนิดที่ระบุในเอกสารการเกิดแล้ว กฎหมายนี้ยังห้ามรัฐบาลท้องถิ่นเมืองต่าง ๆ ของมลรัฐนี้ในการบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายนี้ในอนาคตอีกด้วย ดังจะเห็นจากหลักการที่กำหนดว่า

“คณะกรรมการศึกษาระดับท้องถิ่นจะต้องไม่ตรากฎหมายอนุญาตให้นักเรียนใช้ห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าซึ่งใช้ร่วมกันหลายคนสำหรับเพศใด ๆ นอกจากเพศทางชีวภาพของตน”⁵⁶⁷

“หน่วยงานของรัฐระดับท้องถิ่นจะต้องไม่ตรากฎหมายอนุญาตให้บุคคลใช้ห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าซึ่งใช้ร่วมกันหลายคนสำหรับเพศใด ๆ นอกจากเพศทางชีวภาพของตน”⁵⁶⁸

ผู้ว่าการรัฐ North Carolina ซึ่งเป็นผู้ลงนามประกาศใช้กฎหมายนี้ให้เหตุผลว่า “กฎหมายของรัฐบาลท้องถิ่นนั้นขัดต่อหลักสามัญสำนึกทั่วไป เนื่องจากอนุญาตให้ผู้ชายสามารถใช้ห้องน้ำหญิงได้”⁵⁶⁹

⁵⁶⁵ § 115C-521.2.Single-sex multiple occupancy bathroom and changing facilities

⁵⁶⁶ § 143-760.Single-sex multiple occupancy bathroom and changing facilities

⁵⁶⁷ § 115C-521.2 (c).Single-sex multiple occupancy bathroom and changing facilities

⁵⁶⁸ § 143-760. (c) Single-sex multiple occupancy bathroom and changing facilities

⁵⁶⁹ “Ordinance defied common sense, allowing men to use women’s bathroom/locker room for instance. That’s why I signed bipartisan bill to stop it”: คำกล่าวจากทวีตเตอร์ของ Pat McCrory ผู้ว่าการรัฐ North Carolina



ต่อมา กลุ่มสิทธิมนุษยชนและคนข้ามเพศได้ฟ้องคดีต่อศาลให้เหตุผลว่ากฎหมายของรัฐ North Carolina เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ

โจทก์คนหนึ่งมีเพศกำเนิดที่ระบุในเอกสารการเกิดเป็นหญิง แต่ปัจจุบันระบุตัวเองเป็นชาย และใช้ห้องน้ำชายตลอดมา ได้รับผลกระทบต้องเข้าห้องน้ำหญิง ซึ่งเขารู้สึกได้รับผลกระทบทางสุขภาพจิต นอกจากนี้ ยังเป็นการบังคับให้เขาต้องเปิดเผยต่อบุคคลอื่นด้วยว่าเขาเป็นคนข้ามเพศ อันอาจส่งผลให้เกิดการคุกคามทางเพศตามมาได้⁵⁷⁰

จากกรณีนี้ หากพิจารณาในรอบของการห้ามเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน จะเห็นได้ว่า กฎหมายระดับท้องถิ่นของเมือง Charlotte สอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอัตลักษณ์ทางเพศ ในมิติของบริการสาธารณะ กล่าวคือในการใช้ห้องน้ำสาธารณะ อย่างไรก็ตาม กฎหมายระดับรัฐ North Carolina ซึ่งยกเลิกกฎหมายท้องถิ่นดังกล่าว มีหลักการที่เลือกปฏิบัติโดยตรงด้วยเหตุแห่งอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) เนื่องจากกฎหมายจำกัดสิทธิในการเลือกอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล ซึ่งรวมถึงการแสดงออกด้วยการเลือกเข้าห้องน้ำตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนเลือก ซึ่งเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในมิติของการได้รับบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า หากกฎหมายลักษณะนี้มีเหตุผลอันสมควร ก็อาจไม่ขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ ประเด็นจึงอยู่ที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้มีขึ้นเพื่ออะไร หากพิจารณาจากเหตุผลของการอภิปรายกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐอ้างเหตุผลเพื่อป้องกันความปลอดภัยแก่ผู้อื่นในการใช้ห้องน้ำ โดยเฉพาะผู้หญิง ซึ่งมีความกังวลว่าบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิงแต่มีเพศสภาพโดยกำเนิดเป็นชายและเข้าห้องน้ำหญิงนั้น อาจทำการคุกคามทางเพศต่อพวกเธอได้ วัตถุประสงค์นี้มีเหตุผลสมควรเพียงพอและได้สัดส่วนกับการจำกัดสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากการรับฟังความเห็นกลุ่มย่อยในบทที่ ๒ จะเห็นได้ว่า กลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยกล่าวหาว่าปัญหาประการหนึ่งที่เป็นเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศก็คือ ยังมีความไม่ชัดเจนในทางกฎหมายว่าจะเข้าห้องน้ำตามเพศกำเนิดหรืออัตลักษณ์ทางเพศที่เป็นอยู่ปัจจุบัน หากพิจารณาตามกฎหมายของ North Carolina บุคคลหลากหลายทางเพศที่มีเพศกำเนิดเป็นชาย ก็จะต้องถูกบังคับให้เข้าห้องน้ำชายเพราะตามเอกสารการเกิดยังคงระบุเป็นเพศชายอยู่ แต่สภาพร่างกายของบุคคลนั้นในปัจจุบันเป็นเพศหญิง การที่ต้องเข้าห้องน้ำชายก็เป็นเรื่องที่ไม่สอดคล้องกับสภาพร่างกายตามความเป็นจริง รวมทั้งอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงจากการถูกลวนลามหรือคุกคามทางเพศได้ จึงมีข้อเสนอให้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อความชัดเจนในประเด็นนี้

ปัญหาดังกล่าวหากพิจารณาตามกฎหมายไทยปัจจุบันพบว่า พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ เป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งมีหลักการโดยตรงในการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ หากพิจารณามาตรา ๓ จะเห็นได้ว่าการนิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ไว้ว่า หมายถึง “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” นอกจากนี้ ยังมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่สำคัญในมาตรา ๑๗ คือ “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะ

570

From CBS News, North Carolina sued over transgender bathroom law. Retrieved from <http://www.cbsnews.com/news/north-carolina-sued-over-transgender-bathroom-law/>

ที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้” จะเห็นได้ว่าการกระทำจากทั้งภาครัฐและเอกชนอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายนี้ หากนำหลักการตามกฎหมายของเมือง Charlotte มาวิเคราะห์กับหลักการตามกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า กฎหมายท้องถิ่นที่อนุญาตให้เข้าห้องน้ำสาธารณะได้ตามอัตลักษณ์ทางเพศ เป็นการสอดคล้องกับหลักตามกฎหมายเท่าเทียมระหว่างเพศ เนื่องจากให้โอกาสบุคคลตามการแสดงออกทางเพศ อย่างไรก็ตาม กฎหมายระดับรัฐที่จำกัดสิทธิบุคคลให้เข้าห้องน้ำตามเพศกำเนิดเป็นการแบ่งแยก กีดกัน บุคคลในการเลือกใช้น้ำตามอัตลักษณ์ทางเพศหรือการแสดงออกทางเพศของตนในปัจจุบันที่แตกต่างจากเพศสภาพโดยกำเนิดอันระบุในเอกสารการเกิด การกำหนดกฎหมายเช่นนี้ของหน่วยงานรัฐจึงต้องห้ามตามกฎหมายนี้ อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่เป็นปัญหาถึงความเป็นไปได้ในการกำหนดมาตรการ นโยบาย หรือ กฎเกณฑ์ จำกัดสิทธิเช่นนี้โดยอ้างเหตุว่า “มีเหตุอันชอบธรรม” หรือโดยอ้างข้อยกเว้นว่า “เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย”⁵⁷¹ (เช่น เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพความปลอดภัยของเพศหญิง)

๔.๒๑ วิเคราะห์กฎหมายกำหนดความผิดอาญาสำหรับบุคคลที่รักเพศเดียวกัน (Sodomy Law)

ในส่วนนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติในกรณีที่กฎหมายอาญากำหนดความผิดสำหรับการกระทำทางเพศระหว่างชายกับชาย ซึ่งมีประเด็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยในหัวข้อนี้จะเลือกศึกษากฎหมายสิงคโปร์ เปรียบเทียบกับกฎหมายอินเดีย

กฎหมายอาญาสิงคโปร์ มาตรา 377A กำหนดโทษสำหรับชายซึ่งกระทำทางเพศหรือกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อชายอื่น ไม่ว่าในส่วนตัวหรือสาธารณะ⁵⁷²

หลักกฎหมายนี้ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ว่า ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันและเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุรสนิยมทางเพศ ภาครัฐของสิงคโปร์มีความเห็นว่าโดยทั่วไปแล้วจะไม่ได้มีการบังคับใช้มาตราดังกล่าว แต่ยังคงต้องระบุไว้ในกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากชาวสิงคโปร์ที่อนุรักษ์นิยมยังไม่สามารถยอมรับกับพฤติกรรมความรักเพศเดียวกันได้ อย่างไรก็ตาม กลุ่มเรียกร้องสิทธิมนุษยชนโต้แย้งว่าการมีกฎหมายซึ่งวางหลักดังกล่าว “เป็นการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มรักเพศเดียวกัน และยังเป็นการแสดงสัญลักษณ์ว่าสิงคโปร์เป็นประเทศที่ล้าหลัง”⁵⁷³ อย่างไรก็ตาม มีหลายคดีที่จำเลยถูกดำเนินคดีตามกฎหมายนี้ ซึ่งจำเลยบางคนได้ต่อสู้ว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน ดังจะเห็นจากคดีตัวอย่างซึ่งศาลตัดสินในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ ดังต่อไปนี้

⁵⁷¹ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ มาตรา ๑๗ วรรคสอง

⁵⁷² Section 377A “any male person who, in public or private, commits...or procures or attempts to procure the commission by any male person of, any act of gross indecency with another male person.”

⁵⁷³ Retrieved from <http://www.dawn.com/news/794735/modern-singapore-grapples-with-archaic-sex-law>

คดี Tan Eng Hong v. Attorney-General⁵⁷⁴

โจทก์ถูกดำเนินคดีข้อหาหมิ่นประมาทเพศสัมพันธ์กับคนเพศเดียวกัน ตามกฎหมายอาญา (Section 377A of the Penal Code) โจทก์ต่อสู้ว่ากฎหมายดังกล่าวละเมิดสิทธิในชีวิตร่างกายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๙ และขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน (Equal Protection) ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๒

สำหรับประเด็นการละเมิดสิทธิในความเป็นมนุษย์นั้น มีประเด็นว่า การรักเพศเดียวกัน (Homosexuality) ซึ่งจัดเป็นรสนิยมทางเพศชนิดหนึ่ง (Sexual Orientation) นั้นถือเป็นคุณลักษณะที่ติดตัวมนุษย์ตามธรรมชาติหรือไม่ ศาลเห็นว่า ประเด็นนี้เป็นปัญหาข้อเท็จจริง หน่วยงานของโจทก์ได้อ้างถึงคำพิพากษาต่างประเทศหลายคดีที่ตัดสินว่าการรักเพศเดียวกันเป็นคุณลักษณะที่ติดตัวมนุษย์ตามธรรมชาติ⁵⁷⁵ อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศยังไม่เป็นการเพียงพอหากปราศจากพยานหลักฐานที่แสดงถึงความถูกต้องของข้อเท็จจริง เมื่อพิจารณาจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์แล้ว ศาลเห็นว่ายังไม่เป็นที่สรุปได้ว่าการรักเพศเดียวกันเป็นคุณสมบัติที่ติดตัวของมนุษย์ (Inconclusive) ดังนั้น กฎหมายที่กำหนดโทษสำหรับการมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันจึงไม่มีความเชื่อมโยงกับคุณลักษณะติดตัวของมนุษย์และไม่ขัดต่อสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเด็นที่ว่า กฎหมายอาญาขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๒ หรือไม่นั้น⁵⁷⁶ จะเห็นว่า กฎหมายอาญาสิงคโปร์ มาตรา 377A กำหนดความผิดเฉพาะการมีเพศสัมพันธ์หรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศ (Indecency) ระหว่างชายกับชาย แต่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำระหว่างชายกับหญิง และหญิงกับหญิง จึงมีประเด็นว่ากฎหมายดังกล่าวเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันหรือไม่ ศาลในคดีนี้เห็นว่า วัตถุประสงค์ของมาตรานี้สะท้อนให้เห็นตั้งแต่กฎหมายปี ค.ศ. ๑๙๓๘ ซึ่งมุ่งควบคุมการกระทำที่ไม่เหมาะสมระหว่างชายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าเป็นการกระทำอันไม่พึงประสงค์ วัตถุประสงค์ของกฎหมายมีความสมเหตุสมผลเมื่อพิจารณาจากการจำแนกประเภทบุคคลผู้กระทำความผิด การจำแนกประเภทดังกล่าวสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายจึงมีความได้สัดส่วน ดังนั้น การกำหนดความผิดเฉพาะพฤติกรรมทางเพศระหว่างชายกับชายตามกฎหมายนี้มิได้ผลสมควรและได้สัดส่วน จึงไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ

⁵⁷⁴ From “Tan Eng Hong v. Attorney-General [2012]” 4 SLR 476

⁵⁷⁵ HJ (Iran) v. Secretary of State for the Home Department and another action [2011] 1 AC596 (“HJ (Iran)”); Vriend v. Alberta [1998] 1 SCR 493 (“Vriend”); Leung TC William Roy v. Secretary for Justice [2006] 4 HKLRD 211 (“Leung”); Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and Others WP(C) No 7455 of 2001 (2 July 2009) (“Naz Foundation”); Perry v. Schwarzenegger 704 F Supp2d 921 (ND Cal 2010) (“Perry”); Sunil Babu Pant and Others v. Nepal Government, Office of the Prime Minister and Council of Ministers and Others [2008] NLJLJ 262 (“Sunil Babu Pant”); and The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. The South African Human Rights Commission (1999) 1 SA 6 (“National Coalition”)

⁵⁷⁶ ประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาเกี่ยวกับมาตรา 377A ภายใต้รัฐธรรมนูญมาตรา ๑๒ นั้นมีสองประเด็นที่สำคัญคือ “(a) whether the classification [adopted in s 377A] is founded on an intelligible differentia; and (b) whether the differentia bears a rational relation to the object sought to be achieved by s 377A”

ดังนั้น ในประเด็นที่เกี่ยวกับมาตรา ๑๒ นั้นศาลตัดสินว่า (๑) การจำแนกประเภทบุคคล (Classification) ตามมาตรา 377A นั้นอยู่บนพื้นฐานความแตกต่างที่สมเหตุสมผล (Intelligible Differentia) และ (๒) ความแตกต่างดังกล่าวมีเหตุผลสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของมาตรา 377A

จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่มีหลักการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป ทั้งนี้ เนื่องจากศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมีเหตุผลสมควรและจำเป็นสำหรับสังคมสังคิปร์ นอกจากกฎหมายดังกล่าวแล้ว กฎหมายอาญาสังคิปร์ยังมีประเด็นปัญหาในทำนองนี้ เช่น การที่กฎหมายกำหนดโทษสำหรับการประทุษร้ายทางเพศที่มีองค์ประกอบว่าผู้กระทำต้องเป็นชาย อันหมายถึงการพิจารณาลักษณะทางกายวิภาคว่าต้องมีอวัยวะเพศชายเท่านั้น ทำให้เกิดปัญหากรณีที่ผู้กระทำเป็นผู้หญิง เช่น จากกรณีข่าว “ผู้หญิงโดยกำเนิดอายุ ๔๐ ปี ใช้ชีวิตอย่างผู้ชาย รับสารภาพต่อศาลฐานประทุษร้ายทางเพศต่อผู้เยาว์โดยใช้เชือกส้อยและนิ้วของตน ศาลยกฟ้องจำเลย โดยระบุว่ามาตราในกฎหมายอาญาที่ถูกฟ้องนั้นใช้กับผู้ชายซึ่งหมายถึงบุคคลที่มีองคชาติ ไม่อาจตีความไปถึงผู้หญิงได้ ดังนั้น จำเลยจึงถูกพิพากษาลงโทษฐานอื่นที่มีโทษเบากว่า”⁵⁷⁷

หากเปรียบเทียบกฎหมายสังคิปร์กับกฎหมายอินเดีย ซึ่งมีกฎหมายกำหนดโทษสำหรับชายที่มีการกระทำทางเพศกับชาย (Sodomy Law) เช่นเดียวกับสังคิปร์ โดยกฎหมายเหล่านี้มีที่มาจากตั้งแต่สมัยอาณาจักรมอญอย่างไรก็ตาม พบว่าศาลอินเดียพิจารณาแล้วเห็นว่าหลักกฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ

ในคดี Anuj Garg⁵⁷⁸ ศาลอธิบายว่า กฎหมายมีลักษณะเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่ระบุห้ามตามรัฐธรรมนูญ จึงต้องได้รับการพิจารณาไม่เพียงแต่เฉพาะความสมเหตุสมผล (Reasonableness) ตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๔ เท่านั้น แต่ยังต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ (Strict Scrutiny) ดังนั้น ศาลเห็นว่า บทบัญญัติที่กำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำทางเพศที่กระทำโดยชายต่อชายด้วยกันนั้น ส่งผลกระทบอย่างไม่ได้สัดส่วนต่อบุคคลเนื่องจากเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ จึงขัดต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดความผิดสำหรับบุคคลบนพื้นฐานของศีลธรรมในมุมมองของรัฐนั้น เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญอินเดีย

ในคดี Naz Foundation⁵⁷⁹ ศาลอินเดียตัดสินว่ากฎหมายลักษณะนี้ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ “การกำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำทางเพศระหว่างชายกับชาย แม้โดยภายนอกแล้วมีลักษณะเป็นกลาง โดยมิได้มุ่งเป้าที่อัตลักษณ์ของบุคคลแต่มุ่งที่พฤติกรรม จึงไม่เป็นการมุ่งเป้าหมายที่ไม่เป็นธรรมต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมทางเพศที่อยู่ในความควบคุมของกฎหมายนี้มีความเกี่ยวข้องเฉพาะกับบางกลุ่มของสังคม นั่นคือ กลุ่มผู้รักเพศเดียวกัน (Homosexual) ในฐานะเป็นชนชั้นหนึ่งในสังคม

⁵⁷⁷ ศาลลอดช่องพิพากษายกฟ้องทอมซันเด็กสาวเหตุไม่ใช่ชาย สืบค้นจาก <http://www.dailynews.co.th/foreign/391638> 14 เมษายน 2559

⁵⁷⁸ From “Anuj Garg & Ors v. Hotel Association of India & Ors [2007]” INSC 1226: AIR 2008 SC 663 (Supreme Court of India)

⁵⁷⁹ From “Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi” WP(C) No.7455/2001, 2 July 2009 (High Court of Delhi)



จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของสิงคโปร์กับอินเดียวางหลักคุ้มครองความเท่าเทียมกันและกำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติเช่นเดียวกัน แต่การตีความของศาลทั้งสองประเทศมีแนวทางแตกต่างกัน โดยศาลอินเดียให้น้ำหนักกับการคุ้มครองความเท่าเทียมกันในสนธิสัญญาเพศมากกว่าสิงคโปร์ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะเห็นว่า กฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศของไทยเดิมมีขอบเขตจำกัดเฉพาะการข่มขืนที่ชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น⁵⁸⁰ อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่ครอบคลุมผู้กระทำโดยไม่จำกัดเพศ⁵⁸¹ นอกจากนี้ ไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดโทษสำหรับการกระทำทางเพศกับชาย (Sodomy Law) ดังนั้น ในประเด็นนี้จึงเห็นว่ากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันมีความสอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

๔.๒๒ การเลือกปฏิบัติต่อผู้ป่วยทางจิต

หลักการว่าด้วยการคุ้มครองผู้ป่วยทางจิตและการปรับปรุงการดูแลสุขภาพจิต รับรองโดยข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ที่ ๔๖/๑๑๙ เมื่อวันที่ ๑๗ ธันวาคม ๒๕๓๔⁵⁸²

การนำไปปฏิบัติ

“หลักการเหล่านี้ต้องนำไปปฏิบัติโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ อาทิ บนพื้นฐานของความพิการ เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรืออื่นใด ต้นกำเนิดทางชาติ เผ่าพันธุ์ หรือสังคม สถานะทางกฎหมายหรือสังคม อายุ สถานะหรือกำเนิด”

หลักการข้อ ๑

เสรีภาพและสิทธิขั้นพื้นฐาน

....๔. จะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของการเจ็บป่วยทางจิต การเลือกปฏิบัตินี้หมายถึงการแบ่งแยก การกีดกัน หรือการปฏิบัติเป็นพิเศษ ซึ่งส่งผลให้การได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียมกันเป็นโมฆะหรือถูกบั่นทอน มาตรการพิเศษที่จัดทำขึ้นเฉพาะเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือประกันให้เกิดความก้าวหน้าแก่บุคคลซึ่งเจ็บป่วยทางจิตจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ การเลือกปฏิบัติไม่รวมถึงการแบ่งแยก กีดกันหรือการปฏิบัติเป็นพิเศษที่สอดคล้องกับข้อบัญญัติของหลักการฉบับนี้ และมีความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลซึ่งเจ็บป่วยทางจิตหรือปัจเจกบุคคลอื่น

⁵⁸⁰

กฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ เดิมบัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการข่มขืนสามารถทำได้เฉพาะชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น

⁵⁸¹

มาตรา ๒๗๖ ที่แก้ไขใหม่ กำหนดว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

⁵⁸²

“สิทธิของผู้ป่วยทางจิต หลักการว่าด้วยการคุ้มครองผู้ป่วยทางจิตและการปรับปรุงการดูแลสุขภาพจิต,” แปลโดยรัชดา อารณศิลป์, ในแนวทางปฏิบัติและมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ, อัจฉรา ฉายากุล, บรรณาธิการ, เอกสารลำดับที่ ๕, สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ๒๕๔๖

พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. ๒๕๕๑

หมวด ๒ สิทธิผู้ป่วย

มาตรา ๑๕ ผู้ป่วยย่อมมีสิทธิดังต่อไปนี้

....

(๔) ได้รับการคุ้มครองในระบบประกันสุขภาพและประกันสังคมและระบบอื่น ๆ ของรัฐอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

เมื่อเปรียบเทียบพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. ๒๕๕๑ กับหลักการว่าด้วยการคุ้มครองผู้ป่วยทางจิตและการปรับปรุงการดูแลสุขภาพจิต รับรองโดยข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ ๔๖/๑๑๙ จะเห็นได้ว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้ป่วยทางจิตซึ่งได้รับการเน้นย้ำตามข้อมติดังกล่าวนั้น ปรากฏในพระราชบัญญัติสุขภาพจิตเฉพาะในส่วน of มาตรา ๑๕ ที่รับรองสิทธิผู้ป่วยในการได้รับความคุ้มครองในระบบประกันสุขภาพ ประกันสังคม และระบบอื่นของรัฐอย่าง “เสมอภาคและเท่าเทียมกัน” ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ยังคงมีปัญหาความครอบคลุมในมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น

■ ปัญหาการตีความว่า “ระบบอื่น ๆ ของรัฐ” มีความหมายเพียงใด ทั้งนี้ หากตีความสอดคล้องไปในทางเดียวกับระบบอื่น ๆ ในมาตรา ๑๕(๔) นี้จะเห็นได้ว่า คำว่า ระบบอื่น ๆ หมายถึงระบบเกี่ยวกับการสาธารณสุข เช่นเดียวกับ “ระบบประกันสุขภาพและประกันสังคม” ดังนั้น ระบบอื่น ๆ จะครอบคลุมระบบ เช่น ระบบสวัสดิการข้าราชการ ระบบบริการสาธารณสุขของพนักงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคและเท่าเทียมกันตามมาตรา ๑๕ (๔) นี้มีขอบเขตจำกัดเฉพาะความเสมอภาคและเท่าเทียมสำหรับผู้ป่วยทางจิต ในมิติของบริการสาธารณสุขเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึง “บริการอื่น ๆ ของภาครัฐ” ด้วย นอกจากนี้ ยังไม่ครอบคลุมบริการอื่นของภาคเอกชน

■ แม้ว่าพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. ๒๕๕๑ มีขอบเขตด้านเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอย่างเฉพาะเจาะจงต่อผู้ป่วยทางจิต แต่สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น กำหนดไว้เฉพาะในด้านการระบบบริการสาธารณสุขเท่านั้น ไม่ครอบคลุมมิติอื่น ๆ เช่น การจ้างแรงงาน การศึกษา การซื้อสินค้าบริการ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากผู้ป่วยทางจิตเข้าองค์ประกอบของคนพิการตามกฎหมายเกี่ยวกับคนพิการแล้ว ก็จะได้รับคุ้มครองตามกฎหมาย แต่หากผู้ป่วยทางจิตนั้นไม่เข้าองค์ประกอบของคนพิการ ก็จะไม่มีความคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มนี้ในมิติอื่น ๆ นอกเหนือจากระบบบริการสาธารณสุขดังกล่าว

๔.๒๓ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุตาบอดสี

งานวิจัยของสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ⁵⁸³ ได้ชี้ให้เห็นประเด็นและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุตาบอดสี ซึ่งสรุปจำแนกในมิติต่าง ๆ ได้ ๓ มิติ ดังนี้

⁵⁸³ นัยนา เกิดวิชัย และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง โครงการศึกษาวิจัยปัญหาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมของบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ๒๕๕๘)



๑

ในมิติของการจ้างงานนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัด หรือข้อสงวนสำหรับผู้ที่มีอาการตาบอดสีในด้านการประกอบอาชีพ โดยมีบางอาชีพที่ไม่รับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีเข้าทำงานที่ต้องใช้ความสามารถในการมองเห็นสีที่แม่นยำ อาชีพดังกล่าว ได้แก่

- (๑) งานเกี่ยวกับการดำเนินงานยานยนต์ (Operating Motor Vehicles)
- (๒) นักบิน (Pilot's license)
- (๓) ช่างไฟฟ้า (Electrician)
- (๔) งานดับเพลิง (Firefighter)
- (๕) งานจัดการสัมภาระ (Baggage Handler)
- (๖) เจ้าหน้าที่ตำรวจ (Police Officer)
- (๗) จิตรกร (Painter)

นอกจากนี้ ในมลรัฐนิวยอร์กจะกำหนดว่าผู้ที่ป็นเจ้าพนักงานตำรวจต้องไม่เป็นผู้ที่มีตาบอดสี ในมลรัฐวอชิงตัน กำหนดว่าเจ้าพนักงานตำรวจที่ทำหน้าที่สายตรวจต้องมีความสามารถในการแยกความแตกต่างของสี ต้องไม่ตาบอดสีและตาบอดในความมืด สำหรับนครลอสแอนเจลิส กำหนดว่าผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเป็นเจ้าพนักงานตำรวจต้องสามารถบอกสีได้อย่างรวดเร็วและแม่นยำ ในกรณีของสหราชอาณาจักร พบว่าในไอร์แลนด์เหนือกำหนดว่าผู้ที่สมัครเป็นเจ้าพนักงานตำรวจ ต้องสามารถผ่านเกณฑ์การทดสอบ City University Colour Vision ไม่ต่ำกว่า ๗ จาก คะแนนเต็ม ๑๐ ในขณะที่เวลส์ กำหนดว่าผู้ที่มีนัยน์ตาที่เรตินาไม่สามารถรับสีได้จะถูกปฏิเสธการรับคัดเลือกเป็นเจ้าพนักงานตำรวจเช่นกัน

สำหรับประเทศไทยนั้น พบว่า มีประกาศการรับสมัครคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการบางอาชีพที่ไม่รับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี เช่น

- ๑) ประกาศสำนักงานพิสูจน์หลักฐานตำรวจ เรื่อง รับสมัครและคัดเลือกบุคคลภายนอกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร ประจำปี พ.ศ. ๒๕๕๗ ซึ่งมีการระบุคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งของผู้มีสิทธิสมัครเข้ารับการคัดเลือกไว้ในข้อ ๑๕ ว่า “ไม่เป็นผู้มีตาบอดสี”
- ๒) ประกาศรับสมัครบุคคลภายนอกที่จบ ม.๖ เรียนหลักสูตรพยาบาลเพื่อบรรจุแต่งตั้งเป็นข้าราชการตำรวจในวิทยาลัยพยาบาลตำรวจ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ก็กำหนดคุณสมบัติผู้สมัครไว้ว่า “ไม่เป็นผู้มีตาบอดสี”
- ๓) การรับสมัครบุคคลเข้าทำงานในภาคเอกชน พบว่ามีประกาศรับสมัครในเว็บไซต์ในบางอาชีพ เช่น ช่างยนต์ ที่มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครไว้ว่า “ไม่ตาบอดสี” เป็นต้น

๒

ในมิติของการศึกษานั้น พบว่าสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสวีเดน ยังไม่พบว่ามีกรอบกฎ ระเบียบ หรือหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อจำกัด ในการเข้ารับการศึกษาศึกษาของบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี แม้แต่การเข้าเรียนในสาขาวิชาแพทยศาสตร์ บุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีก็สามารถเข้าเรียนได้ ส่วนประเทศไทยนั้นไม่รับสมัครผู้ที่มีอาการตาบอดสีเรียนในหลักสูตรแพทยศาสตร์ เช่นเดียวกันกับประเทศสิงคโปร์ ที่มีการกำหนดคุณสมบัติว่าผู้ที่เข้ามาเรียนในหลักสูตรทางการแพทย์จะต้องไม่ตาบอดสี

สำหรับในประเทศไทยนั้น การศึกษาในระดับอนุบาล ประถมศึกษาและมัธยมศึกษาไม่มีข้อจำกัดหรือข้อสงวนใด ๆ สำหรับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี กล่าวคือ บุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีสามารถเข้าศึกษาได้ทุกระดับดังกล่าวโดยไม่มีข้อห้ามใด ๆ รวมทั้งไม่มีการตรวจอาการตาบอดสีแต่อย่างใด เป็นเหตุให้ผู้ที่มีอาการตาบอดสีไม่รู้ตัวเพราะไม่มีอาการป่วย หรือรู้ตัวเมื่อได้รับการตรวจอาการเท่านั้น การศึกษาระดับอุดมศึกษาจะมีข้อจำกัดสำหรับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีที่ทำให้ไม่สามารถเข้าเรียนในบางสาขาได้ รวมทั้งการเข้าเรียนในโรงเรียนทั้งสี่เหล่าของทหาร ตำรวจ ก็มีข้อจำกัดที่ไม่รับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีเข้าศึกษา และมีการตรวจอาการตาบอดสี อนึ่งคุณสมบัติของผู้เข้ารับการศึกษาศึกษาในสถาบันอุดมศึกษา โดยที่ประชุมสภาอธิการบดีมหาวิทยาลัยแห่งประเทศไทย ได้มีการกำหนดคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะของบุคคลผู้เข้ารับการศึกษามหาวิทยาลัย และการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะนั้น ได้มีหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อจำกัดสำหรับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีไว้เป็นภาพรวมของทุกสถาบันอุดมศึกษาในคณะ/ประเภทวิชาไว้ โดยมีคุณสมบัติเฉพาะ นอกจากคุณสมบัติทั่วไป สถาบันอุดมศึกษาต่าง ๆ ยังได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะขึ้นมาอีกด้วย และเป็นข้อจำกัดสำหรับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี โดยกำหนดไว้เป็นภาพรวมของทุกสถาบันอุดมศึกษา คือ สาขาวิชาแพทยศาสตร์ ทันตแพทยศาสตร์ เกษศาสตร์ และพยาบาลศาสตร์ ที่ทุกสถาบันอุดมศึกษากำหนดเหมือนกันทุกแห่งที่จะไม่รับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีเข้าศึกษา

นอกจากนี้ มีสถาบันอุดมศึกษาอีกหลายแห่ง ซึ่งแต่ละแห่งได้มีการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะเพิ่มเติม คณะวิศวกรรมศาสตร์ คณะวิทยาศาสตร์และสังคมศาสตร์ คณะวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี คณะสาธารณสุขศาสตร์ คณะวิทยาการจัดการและสารสนเทศ คณะโลจิสติกส์ คณะเกษตรศาสตร์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะอุตสาหกรรมการโรงแรมและการท่องเที่ยว หลักสูตรนิติศาสตร์บัณฑิตสาขาการสื่อสารใหม่

๓

ในมิติของการขอใบอนุญาตขับขี่นั้น พบว่าในสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา แคนาดา โรมานี สวิตเซอร์แลนด์ และตุรกี ไม่มีข้อห้ามสำหรับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีในการขอรับใบอนุญาตขับรถ และการทดสอบเพื่อขอใบอนุญาตขับรถ ก็ไม่มีการตรวจสอบตาบอดสี แต่จะมีการตรวจสอบความสามารถในการมองเห็นสัญญาณเพื่อการขับรถเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศมีการใช้สัญญาณไฟจราจรที่ออกแบบเพื่อช่วยให้บุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีสามารถแยกแยะได้ เช่น ในฝั่งตะวันออกของประเทศแคนาดา ไฟจราจรแต่ละสีมีรูปร่างแตกต่างกันทำให้บุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีสามารถแยกแยะได้ ในสหราชอาณาจักร ไฟจราจรส่วนใหญ่จะวางเรียงเป็นแนวตั้ง (บน กลาง หรือล่าง) ทำให้สามารถแยกแยะได้ว่าเป็นไฟสีแดงตามตำแหน่งของไฟ สำหรับประเทศไทยนั้น ประเด็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับผู้ตาบอดสีก็คือ การไม่ได้รับอนุญาตให้มีใบขับขี่รถยนต์ และมีกรณีที่เกิดการร้องเรียนต่อกรมการขนส่งทางบก หน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง และมีการฟ้องร้องในศาลปกครองมาแล้ว แต่ประเด็นของการฟ้องร้องในศาลปกครองยังไม่ได้รับการวินิจฉัยในเนื้อหาของเรื่อง เนื่องจากเป็นคดีที่ศาลปกครองไม่อาจรับเรื่องไว้พิจารณาพิพากษาได้เนื่องจากล่วงเลยระยะเวลาการฟ้องคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๒๗/๒๕๕๓) โดยกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง คือ ระเบียบกรมการขนส่งทางบก ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการอบรม และทดสอบผู้ขอรับใบอนุญาตขับรถ ผู้ขอต่ออายุใบอนุญาตขับรถ และผู้ขอรับบัตรประจำตัวคนขับรถตามกฎหมายว่าด้วยรถยนต์ พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้กำหนดเรื่องการทดสอบผู้ขอรับใบอนุญาตขับรถต้องผ่านการทดสอบการมองเห็นสี คือ การทดสอบการมองเห็นสีที่จำเป็นในการขับรถให้ดูสีเขียว สีแดง และสีเหลือง จากเครื่องทดสอบหรือแผ่นภาพทดสอบที่กรมการขนส่งทางบกกำหนดหรือเห็นชอบ



งานวิจัยเรื่องดังกล่าวมีข้อเสนอแนะหลายประการ อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเสนอกฎหมายใหม่นั้น งานวิจัยดังกล่าวเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้ผลักดันหรือประสานหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เร่งดำเนินการให้มีการออกกฎหมาย ห้ามการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี โดยออกเป็นกฎหมาย กลางที่ใช้ในการดูแลคุ้มครอง การถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่ธรรมทั้งทางตรงและทางอ้อมของกลุ่มบุคคลด้อยโอกาสใน ทุกกรณีที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง ตามกฎหมายเฉพาะกลุ่ม โดยบัญญัติให้ครอบคลุมถึงบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี⁵⁸⁴

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับเหตุผลและข้อเสนอแนะในงานวิจัยดังกล่าว เนื่องจากผู้ตาบอดสีอาจจัดอยู่ในกลุ่มของ คนพิการ ดังจะเห็นได้จากกรณีศาลในประเทศบราซิลตัดสินว่าบุคคลตาบอดสีได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญา อเมริกาเกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการทุกรูปแบบ⁵⁸⁵ ในคำตัดสินให้เหตุผลว่า ผู้ตาบอดสีมีสิทธิเข้าถึง ความรู้ และสิทธิอื่น ๆ ตามสภาพของบุคคลเหมือนกับบุคคลทั่วไป แต่เนื่องจากผู้ตาบอดสีมีลักษณะแตกต่างจาก ผู้พิการอื่น เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วยังคงสามารถศึกษา ประกอบอาชีพ หรือแม้แต่ขับเคลื่อนพาหนะได้ ในการกำหนด กฎหมายกลางเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัตินี้ จึงอาจแยกตาบอดสีออกจากเหตุของความเป็นผู้พิการ โดยกำหนดเป็นเหตุ แห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะอันหนึ่ง

๔.๒๔ การเลือกปฏิบัติในมิติของการเกณฑ์ทหาร

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงกรณีการเกณฑ์ทหาร (Military Service) ซึ่งปรากฏในกฎหมายภายในของหลาย ประเทศ โดยจะศึกษาเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจจำแนกเป็นกรณี ต่าง ๆ ดังนี้

กรณีที่ ๑ การที่รัฐมีกฎหมายเกณฑ์ทหารที่ใช้บังคับกับทุกคนโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางด้านศาสนา ความเชื่อ หรือมโนสำนึกนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความเชื่อ ศาสนา หรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีประเด็นอื่น ๆ ที่ เกี่ยวเนื่อง เช่น รัฐรับรอง “สิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก” (Right to Conscientious Objection) หรือไม่ รัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ในการกำหนดให้มีการรับใช้ชาติ ทางเลือกอื่นนอกจากการเป็น ทหารสำหรับบุคคลที่มีความเชื่อ ศาสนา อันขัดหรือแย้งกับการเป็นทหาร

กรณีที่ ๒ การที่รัฐซึ่งมีกฎหมายกำหนดทางเลือกอื่นสำหรับการรับใช้ชาตินอกจากเป็นทหาร ก็ยังมีประเด็นว่า ทางเลือกอื่นดังกล่าวมีลักษณะที่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือไม่

กรณีที่ ๓ ประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ การศึกษา ในมิติของการเกณฑ์ทหาร

กรณีที่ ๔ การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารส่งผลต่อเนื่องหรือเชื่อมโยงกับการเลือกปฏิบัติในมิติอื่น ๆ เช่น การจ้าง แรงงานหรือไม่

⁵⁸⁴ แหล่งเดิม

⁵⁸⁵ Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Person with Disabilities

กรณีที่ ๑: การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในการเกณฑ์ทหาร ในกรณี “การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก (Conscientious Objection)”

การเกณฑ์ทหารในประเทศต่าง ๆ อาจจำแนกได้เป็น ๒ กลุ่ม คือ การเกณฑ์ทหารโดยบังคับ และการเกณฑ์ทหารโดยสมัครใจ สำหรับในประเทศที่มีการเกณฑ์ทหารโดยบังคับนั้น มีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันว่า บุคคลมีสิทธิที่จะอ้างเหตุผลทางด้านความเชื่อส่วนบุคคล เพื่อปฏิเสธการเป็นทหารได้หรือไม่ สิทธินี้เรียกว่า “Right to Conscientious objection” ฝ่ายที่อ้างหลักการนี้ให้เหตุผลว่า การบังคับให้เป็นทหารนั้นขัดต่อความเชื่อในทาง “มโนสำนึก” หรือ “มโนธรรม” (Conscience) ของตน (แม้ว่าความเชื่อดังกล่าวจะไม่มีความสัมพันธ์หรือเชื่อมโยงกับ “ศาสนา” (Religion) ใดโดยเฉพาะก็ตาม) ดังนั้น แม้ว่าการเกณฑ์ทหารนั้นกระทำต่อบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน (หรือกระทำต่อ “ชาย” ทุกคนเหมือนกัน) แต่การเกณฑ์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านความเชื่อในทางมโนสำนึก หรือศาสนาของแต่ละบุคคลนั้น ในแง่หนึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุนี้จึงนำไปสู่การเรียกร้องสิทธิในการปฏิเสธ ตัวอย่างแรกในประวัติศาสตร์ที่แสดงถึงการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุความเชื่อทางศีลธรรมเกิดขึ้นในปี ค.ศ. ๒๔๕ เมื่อ Maximilianus ถูกเกณฑ์ให้ไปรบ เขาปฏิเสธโดยอ้างความเชื่อทางศีลธรรมจนทำให้ถูกลงโทษประหารชีวิต ต่อมา เขาได้รับการยกย่องเป็นนักบุญ (Saint Maximilian)⁵⁸⁶ การอ้างสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารโดยเหตุความเชื่อทางศาสนานี้ มีพัฒนาการมาจากการที่ประเทศในยุโรปเริ่มมีการใช้ระบบการเกณฑ์ทหารโดยทั่วไป (Universal conscription) ทำให้กลุ่มคนที่ก่อนหน้านี้ไม่มีหน้าที่เป็นทหารต้องถูกเกณฑ์ไปด้วย จึงเกิดข้อโต้แย้งถึงความเชื่อของบุคคลบางกลุ่ม นอกจากการอ้างสิทธิปฏิเสธของบุคคลยังมีการเรียกร้องให้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับกลุ่มคน (Collective Exemption) ด้วยเหตุผลร่วมกันของกลุ่มคนหรือชุมชน (Communal Defence)⁵⁸⁷

เมื่อพิจารณากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ พบว่า ICCPR มีหลักการที่เกี่ยวข้อง คือ ข้อ ๘ และ ๑๘ สำหรับกรณีข้อ ๑๘ นั้นพบว่า มิได้กำหนดรับรองสิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึกไว้โดยตรง ดังนั้น จึงมีประเด็นการตีความว่า สิทธิดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของ “เสรีภาพในความคิด มโนสำนึก และ ศาสนา” ตามข้อ ๑๘ หรือไม่⁵⁸⁸ ในประเด็นนี้เดิมเคยมีการตีความว่าสิทธิในการปฏิเสธด้วยเหตุมโนสำนึกต่อการเกณฑ์ทหารนั้นไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อ ๑๘⁵⁸⁹ อย่างไรก็ตาม ต่อมาปรากฏว่าข้อเสนอแนะทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (General Comment No. 22 (1993)) สรุปได้ว่า “ICCPR มิได้ระบุถึงสิทธิในการปฏิเสธด้วยเหตุมโนสำนึกไว้โดยชัดแจ้ง แต่คณะกรรมการเชื่อว่าสิทธิดังกล่าวสามารถได้รับมาจากข้อ ๑๘ เช่นเดียวกับการที่พันธกรณีในการใช้กำลังอาจขัดแย้งกับเสรีภาพในความเชื่อและสิทธิในการแสดงออกซึ่งความเชื่อของบุคคล⁵⁹⁰ นอกจากนี้ ICCPR ข้อ ๘ กำหนดว่า “บุคคลจะถูกเกณฑ์แรงงานหรือบังคับใช้แรงงานไม่ได้” อย่างไรก็ตาม แรงงานที่ถูกเกณฑ์หรือถูกบังคับ

⁵⁸⁶ From Pacifism in Europe in 1994 (p13) by Peter Brock, 1972, Princeton University Press

⁵⁸⁷ From in the New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance, “Conscientious objectors and the American State from colonial times to the present by John W. Chambers (p 26),” Charles C. Moskos and John W. Chambers, eds., 1993, Oxford: Oxford University Press

⁵⁸⁸ ICCPR Article 18

⁵⁸⁹ From “L.T.K. v. Finland” communication No. 185/1984

⁵⁹⁰ General Comment No. 22 (1993)



ไม่รวมถึง “การปฏิบัติงานใดในลักษณะทางทหาร และการรับใช้ชาติในลักษณะใด ๆ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้ปฏิเสธการเป็นทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก ในประเทศที่ยอมรับการปฏิเสธเช่นนั้น” จะเห็นได้ว่า หากประเทศนั้นมีการรับรองสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึกตามกฎหมายภายในแล้ว ก็จะไม่ถือว่าการเกณฑ์ทหารเป็นการเกณฑ์แรงงานหรือบังคับใช้แรงงาน ตามข้อ ๘

นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on Human Right) (ซึ่งต่อมาคือ Human Right Council ในปี 2006) ได้มีข้อมติ (Resolution 1989/59)⁵⁹¹ รับรองสิทธิในเสรีภาพในความคิด มโนสำนึก และศาสนา และเรียกร้องให้รัฐออกกฎหมายภายในที่มีหลักการ “ยกเว้นการเกณฑ์ทหารในกรณีการปฏิเสธด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก”

ต่อมา Resolution 1998/77 ได้อ้างอิง Resolution 1989/59 โดยมีสาระสำคัญ คือ⁵⁹²

- ✓ รับรองสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก โดยเน้นย้ำถึงสิทธิของบุคคลในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก ในฐานะที่เป็นการใช้สิทธิในเสรีภาพของความคิด มโนสำนึก ศาสนา ตามข้อ ๑๘ ของ ICCPR
- ✓ เน้นย้ำว่าบุคคลที่ใช้สิทธิปฏิเสธดังกล่าวไม่ควรได้รับโทษจำคุกตามกฎหมายภายใน
- ✓ เน้นย้ำว่า กฎหมายและแนวปฏิบัติของรัฐจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ใช้สิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก ทั้งในมิติ เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้เน้นย้ำว่าสิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึกควรได้รับการรับรองตามกฎหมายภายในโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ แม้ว่าข้อมติดังกล่าวมิได้มีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็สามารถเป็นแนวทางให้กับรัฐสมาชิกได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พัฒนาการของการยอมรับสิทธิดังกล่าวอาจพิจารณาว่าเป็นจารีตประเพณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ในส่วนต่อไปจะได้ศึกษาการตีความ ICCPR ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ในประเด็น “สิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก” จากการที่มีผู้ร้องเกี่ยวกับการเกณฑ์ทหารของประเทศเกาหลีใต้ ๓ กรณี ดังนี้

๑. Yoon et al. v. Republic of Korea⁵⁹³ ประเด็นหลักคือ สิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก ได้รับการรับรองตามข้อ ๑๘ หรือไม่ หรือสิทธิดังกล่าวจะต้องนำมากล่าวอ้างตามข้อ ๘ ของ ICCPR คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า ข้อ ๘ มิได้รับรองและมิได้ปฏิเสธถึงสิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหาร อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้จะพิจารณาเฉพาะข้อ ๑๘ ซึ่งเห็นว่า “รัฐ (รัฐบาลเกาหลีใต้) บกพร่องในการแสดงให้เห็นว่าการยอมรับสิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารของผู้ร้องจะส่งผลทำให้รัฐเสียเปรียบอย่างพิเศษอย่างไร (Special Disadvantage) ... การที่รัฐเคารพมโนสำนึก ความเชื่อ และการแสดงออกซึ่งมโนสำนึกหรือความเชื่อนั้นเป็นปัจจัยสำคัญในการดำรงไว้ซึ่งลักษณะความเป็นพหุนิยมในสังคม นอกจากนี้ โดยหลักการแล้วมีความเป็นไปได้ในการกำหนดมาตรการทางเลือกอื่นนอกเหนือจากการเกณฑ์ทหารโดยบังคับ ซึ่งส่งผลให้เกิดความเท่าเทียมกัน ขจัดความแตกต่างที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ที่เข้าร่วมในการเกณฑ์ทหารที่เกิดจากการบังคับและผู้ที่เข้าร่วมในการรับใช้ชาติในทางเลือกอื่น ต่อมา รัฐบาลเกาหลีใต้รายงานต่อ

⁵⁹¹ Resolution นี้เกิดขึ้นแม้ว่า ประเทศสมาชิก ๑๖ ประเทศมีหนังสือต่อกรรมการสิทธิมนุษยชน โดยคัดค้านสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก (The letter (E/CN.4/2002/188))

⁵⁹² Commission on Human Rights resolution 1998/77 on conscientious objection to military service

⁵⁹³ Communications Nos/2004 and 1322/2004, Views adopted on 3 November 2006

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในปี ๒๐๐๗ ว่าได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวิจัยระบบบริการทางเลือก (Alternative Service System Research Committee) ขึ้นในฐานะเป็นองค์กรที่ปรึกษาของกระทรวงกลาโหม เพื่อทำการศึกษาวิจัยประเด็นดังกล่าว⁵⁹⁴

๒. Jung et al. v. Republic⁵⁹⁵ ผู้ร้องอ้างว่ารัฐบาลเกาหลีใต้ละเมิดสิทธิตามข้อ ๑๘ ของ ICCPR เนื่องจากไม่มีทางเลือกอื่นในการรับใช้ชาตินอกจากการเกณฑ์ทหารโดยบังคับ ซึ่งหากปฏิเสธจะมีโทษจำคุก คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ เห็นว่าประเด็นสำคัญ “ความเสมอภาคระหว่างการเป็นทหารกับการรับใช้ชาติวิธีอื่น” และยืนยันความเห็นและเหตุผลตามกรณีก่อนหน้านี้ (Yoon et al. v. Republic of Korea) คณะกรรมการฯ สรุปว่า รัฐมีพันธกรณีที่ละเอียด ความเสียหายของบุคคลอันเกิดจากการละเมิดข้อ ๑๘ รวมทั้งดำเนินการมิให้เกิดการละเมิดอีกในอนาคต

๓. Jeong et al. v. Republic of Korea⁵⁹⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ เห็นว่าคำร้องมีประเด็นเช่นเดียวกับ ๒ กรณีก่อนหน้านี้ จึงยืนยันความเห็นเดิม โดยเพิ่มเติมว่า “สิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึกเป็นส่วนหนึ่งของ “สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนสำนึก และ ศาสนา” ตามข้อ ๑๘ ของ ICCPR ดังนั้น ปัจจุบันบุคคลมีสิทธิได้รับการยกเว้นจากการเกณฑ์ทหารโดยบังคับ หากว่าการเกณฑ์ทหารนั้นขัดต่อความเชื่อหรือศาสนาของตน

สำหรับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศระดับภูมิภาคที่มีประเด็นเกี่ยวกับสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก มีตัวอย่างเช่น

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Right) ข้อ ๑๒ วางหลักรับรอง “สิทธิในเสรีภาพเกี่ยวกับความเชื่อ ศาสนา รวมทั้งเสรีภาพในการคงไว้หรือเปลี่ยนศาสนา ความเชื่อ การแสดงออกซึ่งศาสนา ความเชื่อ” การตีความที่สำคัญเกี่ยวกับประเด็นสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก คือ *Cristian Daniel Sahli Vera et al. v. Chile*⁵⁹⁷ คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา Inter-American Commission on Human Rights) พิจารณาแล้วเห็นว่า การที่รัฐบาลชิลีไม่รับรองสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึกไว้ตามกฎหมายภายใน ไม่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิในเสรีภาพเกี่ยวกับความเชื่อ ศาสนา ตามข้อ ๑๒ อนุสัญญาดังกล่าว เนื่องจากอนุสัญญาฯ ไม่ได้ระบุรับรองสิทธิดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง นอกจากนี้ ตามข้อ ๖ (๓) (b) ของอนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศ ได้ยกเว้นการเกณฑ์ทหารออกจากค่านิยมของการบังคับใช้แรงงาน ในกรณีที่ประเทศนั้นรับรองสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก ซึ่งประเทศนั้นต้องกำหนดให้มีการรับใช้ชาติรูปแบบอื่นเป็นทางเลือกแทนการเกณฑ์ทหาร” คณะกรรมการเห็นว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศรับรองสิทธิปฏิเสธดังกล่าวเฉพาะในประเทศที่มีกฎหมายภายในกำหนดรับรองสิทธินั้น สำหรับประเทศที่ไม่มีการรับรองสิทธิดังกล่าวตามกฎหมายภายใน ก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดเสรีภาพในความคิด ความเชื่อ ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

⁵⁹⁴ Report of the Human Rights Committee (A/63/40 (Vol. II), pp. 538–540

⁵⁹⁵ Communications Nos. 1593–1603/2007

⁵⁹⁶ Communications Nos. 1642–1741/2007

⁵⁹⁷ Report No. 43/05, case 12.129, Merits (10 March 2005)



อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights) ข้อ ๙ มีหลักสำคัญว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งความคิด ความเชื่อ ศาสนา สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการเปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อ และเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งศาสนาหรือความเชื่อ การบูชา คำสอน การปฏิบัติ”⁵⁹⁸ แต่อนุสัญญานี้ไม่ได้กำหนดรับรองสิทธิในการปฏิเสธหรือคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึกไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม กฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental Rights of the European Union) มีการบัญญัติรับรองสิทธิในการปฏิเสธ (Right to Conscientious Objection) ไว้ ในข้อ ๑๐ ว่า

“บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งความคิด ความเชื่อ ศาสนา สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการเปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อ เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งศาสนาหรือความเชื่อ การบูชา คำสอน การปฏิบัติ

สิทธิในการปฏิเสธด้วยเหตุผลทางมโนสำนึก (Right to Conscientious Objection) ได้รับการรับรอง ทั้งนี้ตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับการใช้สิทธิดังกล่าว”

สำหรับตัวอย่างของคดีตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปที่สำคัญ เช่น Bayatyan v. Armenia ซึ่งเป็นกรณีที่ Vahan Bayatyan ชาวอาร์เมเนียผู้ปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุแห่งความเชื่อทางศาสนา และได้รับโทษจำคุก อ้างว่ารัฐบาลอาร์เมเนียละเมิดสิทธิตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ประเด็นสำคัญในคดีนี้คือ สิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก ศาสนา ขัดต่อข้อ ๙ ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปหรือไม่ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ตัดสินว่า สิทธิดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของมาตรา ๙ นอกจากนี้ ประเด็นการบังคับใช้แรงงาน (ข้อ ๔) ศาลตัดสินว่าการที่รัฐจะมีการกำหนดในกฎหมายภายในให้มีการรับใช้ชาติรูปแบบอื่นเป็นทางเลือกนั้นก็เป็นดุลพินิจ (Discretion) ของรัฐ (ซึ่งในประเด็นนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับเหตุผลของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาในคดีที่ได้ชี้ให้เห็นข้างต้น) อย่างไรก็ตาม คดีนี้มีการอุทธรณ์ ซึ่ง “The Grand Chamber” พิพากษากลับ โดยตัดสินว่า⁵⁹⁹ สิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก ศาสนา ได้รับการคุ้มครองตามข้อ ๙ เหตุผลสำคัญของคำพิพากษา คือ

“การปฏิเสธหรือคัดค้านการเป็นทหารในกรณีที่มีเหตุมาจากความขัดแย้งระหว่างพันธกรณีในการรับใช้ชาติกับมโนสำนึกของบุคคลหรือความเชื่อหรือความเชื่อทางศาสนา นั้นเป็นกรณีสำคัญเพียงพอที่จะได้รับการคุ้มครองตามข้อ ๙ ... พหุนิยม การอดทนอดกลั้น และความใจกว้าง เป็นแกนสำคัญของระบอบประชาธิปไตย แม้ว่าในบางโอกาสผลประโยชน์ส่วนบุคคลจะต้องอยู่ภายใต้ผลประโยชน์ของกลุ่มหรือคนส่วนมาก แต่ไม่ได้หมายความว่าประชาธิปไตยคือการที่ความเห็นหรือความเชื่อของคนส่วนใหญ่จะต้องอยู่เหนือคนส่วนน้อยเสมอไป จึงต้องมีการสร้างความสมดุลระหว่างการปฏิบัติต่อคนส่วนน้อย ดังนั้น การที่รัฐจะเคารพความเชื่อของกลุ่มน้อยซึ่งแตกต่างจากคนส่วนมาก มิได้เป็นการเลือกปฏิบัติหรือสร้างความไม่เท่าเทียมกัน แต่เป็นการเสริมสร้างสังคมพหุนิยมและความอดทนอดกลั้นในสังคมประชาธิปไตย”

⁵⁹⁸ “Everyone has the right to *freedom of thought, conscience and religion*; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance”

⁵⁹⁹ From “Bayatyan v. Armenia” Application No. 23459/03, Judgement of 7 July 2011

จะเห็นได้ว่า กฎหมายการเกณฑ์ทหารของอาร์เมเนียในขณะที่พิพาทนั้นใช้บังคับกับบุคคลโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านความเชื่อ ศาสนา ทำให้บุคคลที่มีความเชื่อทางศาสนาอันขัดแย้งกับการเป็นทหาร (กรณีนี้คือ ศาสนา Jehovah's Witnesses) และไม่ให้ทางเลือกอื่นในการรับใช้ชาติ จึงเป็นการขัดต่อสิทธิในเสรีภาพความคิด มโนสำนึก ศาสนา ตามข้อ ๙ สำหรับในมิติของการเลือกปฏิบัตินั้นจะเห็นได้ว่า กรณีนี้การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารมีความสัมพันธ์กับเหตุแห่งความเชื่อ ศาสนา ซึ่งเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เป็นที่น่าสังเกตว่า หากการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารเป็นไปด้วยเหตุผลอื่น ก็ไม่อยู่ในขอบเขตของการห้ามเลือกปฏิบัติ⁶⁰⁰

ในระดับของกฎหมายภายใน พบว่ามีหลายประเทศนำเอาเหตุด้านมโนสำนึก ศาสนา มาเป็นข้อยกเว้นตามกฎหมายเกณฑ์ทหาร เช่น

■ **ออสเตรเลีย** นิยาม “มโนสำนึก” (Conscientious Belief) ว่า “...การตัดสินใจขั้นพื้นฐานว่าสิ่งใดผิดสิ่งใดถูก ไม่ว่าจะอยู่บนพื้นฐานของศาสนาหรือไม่...”⁶⁰¹ โดยกฎหมายออสเตรเลีย ยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลที่มีความเชื่อ มโนสำนึก “ที่จะไม่เข้าร่วมสงครามหรือการปฏิบัติการที่มีลักษณะเช่นเดียวกับสงคราม”⁶⁰²

■ **แคนาดา** กฎหมายนิยาม “การคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึก” (Conscientious Objection) ว่าหมายถึง “การคัดค้านอย่างจริงจังในการเข้าร่วมสงครามหรือความขัดแย้งทางอาวุธ การถือหรือใช้อาวุธในกองกำลังของแคนาดา” แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการคัดค้านด้วยเหตุความสะดวกสบายส่วนบุคคล (Personal expediency) หรือด้วยเหตุความคิดเห็นทางการเมือง (Political Beliefs)⁶⁰³

■ **ฟินแลนด์** กฎหมายเกณฑ์ทหารวางหลักว่า “บุคคลที่มีหน้าที่ต้องเข้ารับการเกณฑ์ทหารที่ยืนยันว่า เหตุผลทางด้านมโนสำนึกทำให้ตนไม่สามารถปฏิบัติการทางทหารได้และบุคคลนั้นได้สมัครเข้าร่วมการบริการที่ไม่มีการใช้อาวุธ (Unarmed service) จะได้รับการยกเว้นจากการเป็นทหารและมอบหมายให้ทำงานบริการที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อาวุธ (The Conscription Act (1438/2007))

■ **เยอรมัน** รัฐธรรมนูญมาตรา ๔ (๓) วางหลักว่า บุคคลต้องไม่ถูกบังคับอันเป็นการฝ่าฝืนต่อมโนสำนึกในการเป็นทหารซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้อาวุธ

■ **สหรัฐอเมริกา** มีการกำหนดนิยามของ “ผู้คัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึก” (Conscientious Objector) ไว้ว่า หมายถึง⁶⁰⁴ “บุคคลที่คัดค้านด้วยความจริงใจและมั่นคง ต่อการเข้าร่วมสงครามรูปแบบใด ๆ หรือการถืออาวุธ ด้วยเหตุผลจากศาสนาและหรือความเชื่อ” (Religious or Belief) แต่ไม่ครอบคลุมถึงบุคคลที่คัดค้านสงครามด้วยเหตุ “เพียงเพราะไม่เห็นด้วยหรือคัดค้านนโยบาย ความเห็นทางการเมือง หรือความสะดวกสบายส่วนบุคคล” อย่างไรก็ตาม

⁶⁰⁰ ในคดีนี้ Grand Chamber เห็นว่า “การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารของ Bayatyan ในฐานะผู้นับถือศาสนา Jehovah's witness เป็นไปเพราะความเชื่อทางศาสนาอย่างแท้จริง มิได้เกิดจากผลประโยชน์หรือความสะดวกสบายส่วนบุคคล” (“...Mr Bayatyan, as a Jehovah's Witness, wanted to be exempted from military service, not for personal benefit or convenience, but, because of his genuinely-held religious convictions....”, Bayatyan v. Armenia, Application No. 23459/03, Judgement of 7 July 2011.)

⁶⁰¹ The Australian Defence Act of 1903

⁶⁰² Australian Defence Legislation Amendment Act of 1992

⁶⁰³ Defence Administrative Orders and Directives 5049-2, Conscientious Objection (30 July 2004)

⁶⁰⁴ Military Selective Service Act



กฎหมายนิยาม ศาสนาและหรือความเชื่อ (Religious or Belief) ว่าหมายถึง “ความเชื่อในอำนาจภายนอกหรือความเชื่อทางศีลธรรมหรือจริยธรรมอย่างลึกซึ้ง ซึ่งสิ่งอื่น ๆ ต้องพียง” นอกจากนี้ ศาลได้ตีความโดยสร้างเงื่อนไขสำหรับการคัดค้านด้วยเหตุความเชื่อหรือมโนสำนึกว่า ต้องเป็นการคัดค้านสงครามรูปแบบใด ๆ และต้องเป็นไปด้วยความจริงใจ (Sincere) ศาลสูงสุดตัดสินว่า “บุคคลสามารถอ้างสิทธิคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึกได้ตราบดีที่ความเชื่อของบุคคลนั้นเป็นสาระสำคัญต่อชีวิตของบุคคลนั้น”⁶⁰⁵

สำหรับบางประเทศนั้น ให้สิทธิการคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึก โดยมีได้กำหนดนิยามไว้ในกฎหมายว่าอะไรคือการคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึก เช่น ในสหราชอาณาจักรนั้น บุคคลผู้ไม่ประสงค์เป็นทหารสามารถยื่นคำร้องตามแบบฟอร์มต่อคณะกรรมการเกี่ยวกับการคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึก (Advisory Committee on Conscientious Objector) โดยในคำร้องกำหนดให้ลงลายมือชื่อและเขียนว่า “ข้าพเจ้าประกาศการคัดค้านการเป็นทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก”⁶⁰⁶

ประเด็นสำคัญที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาตินั้นย้ำก็คือ รัฐต้องไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความเชื่อของผู้คัดค้านหรือปฏิเสธการเป็นทหาร ตามข้อมติ ๑๙๙๘/๓๗ ก็กำหนดเรียกร้องให้รัฐ “ไม่เลือกปฏิบัติระหว่างผู้คัดค้านการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุผลเกี่ยวกับธรรมชาติหรือความเชื่ออันใดอันหนึ่งของผู้สมัคร” อย่างไรก็ตาม ปัญหาสำคัญก็คือ แม้ว่าในรัฐที่รับรองสิทธิการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก แต่บางรัฐจำกัดการอ้างสิทธิดังกล่าวเฉพาะกรณีปฏิเสธด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนาซึ่งมีหลักคำสอนหรือข้อกำหนดเกี่ยวกับสันติภาพหรือต่อต้านสงคราม (Requiring “Pacifism”) เช่น Quakers, Mennonites, Jehovah’s Witness เป็นต้น⁶⁰⁷

หากพิจารณากฎหมายไทยปัจจุบันจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร กำหนดหน้าที่สำหรับชายสัญชาติไทยทุกคน โดยไม่มีการกำหนดให้สิทธิปฏิเสธการเป็นทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก สำหรับข้อยกเว้นที่กำหนดไว้เกี่ยวข้องกับศาสนา ก็จะต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นดำรงสถานะเป็นนักบวช (เช่น พระภิกษุหรือนักบวชในศาสนาอื่น อีกทั้งยังต้องมีการกำหนดคุณสมบัติด้านตำแหน่งสถานะและคุณสมบัติด้านการศึกษาของพระหรือนักบวชด้วย) ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศจะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยมิได้เปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปที่มีได้มีสถานะเป็นนักบวช ปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนาได้ โดยกฎหมายไทยมิได้กำหนดให้มีการรับใช้ชาติทางเลือกรูปแบบอื่นสำหรับผู้ที่มีหลักมโนสำนึกหรือความเชื่อที่ไม่สอดคล้องกับการเป็นทหาร อย่างไรก็ตาม ดังกล่ามาแล้วว่า แม้การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึกได้รับการรับรองตามข้อมติฯ ในบริบทของสหประชาชาติ แต่ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ข้อยกเว้นตามกฎหมายเกณฑ์ทหารของไทยยังมีขอบเขตเฉพาะเกี่ยวกับ “ศาสนา” โดยไม่ครอบคลุมถึง “มโนสำนึก” ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ซึ่งจัดอยู่ในเหตุ “ความเชื่อ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

⁶⁰⁵ From “Welsh v. United States”

⁶⁰⁶ “I declare that I have a conscientious objection to performing military service ...” (Navy Personnel Management, Application format for the Advisory Committee on Conscientious Objectors, BR 3, annex 54B (June 2012)

⁶⁰⁷ From Conscientious Objection to Military Service (p 50-51), 2012, United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, New York and Geneva

กรณีที่ ๒: การรับใช้ชาติทางเลือก (Alternative National Service) กับหลักความเท่าเทียมกันและไม่เลือกปฏิบัติ

แม้รัฐสมาชิกไม่มีความผูกพันตามกฎหมายในอันจะต้องกำหนดให้มีทางเลือกอื่นในการรับใช้ชาตินอกจากการเกณฑ์ทหาร แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ก็เน้นย้ำว่า สิทธิในการมีทางเลือกดังกล่าวได้รับการรับรองตาม ข้อ ๘ ของ ICCPR ดังจะเห็นได้จาก Resolution 1998/77 ซึ่งย้ำเตือนรัฐสมาชิกว่า “ในกรณีที่รัฐนั้นมีการเกณฑ์ทหารโดยบังคับ คณะกรรมการฯ แนะนำว่ารัฐควรจัดให้มีการรับใช้ชาติรูปแบบอื่นเป็นทางเลือกให้กับผู้ปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมนุษยนิยม โดยการรับใช้ชาติทางเลือกดังกล่าวควรสอดคล้องกับความเชื่อ คุณลักษณะการเป็นพลเรือนที่ไม่ฝักใฝ่สงครามและการสู้รบ และไม่มีลักษณะของการลงโทษ”

นอกจากนี้ แม้รัฐจะกำหนดให้มีทางเลือกอื่นนอกจากการเป็นทหาร แต่ทางเลือกนั้นต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือมีลักษณะ “ลงโทษ” (Punitive) เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติพิจารณากรณีของรัสเซียในปี ๒๐๐๙⁶⁰⁸ แล้วเห็นว่า ทางเลือกอื่นในการรับใช้ชาตินั้น มีลักษณะเป็นการลงโทษ เนื่องจากต้องทำงานในสถานที่อื่นนอกจากภูมิลำเนา ได้รับเงินเดือนต่ำกว่าการทำงานในองค์กรสังคมอื่น ๆ รวมทั้งมีข้อจำกัดสิทธิในการเดินทางของบุคคล”

สำหรับทางเลือกในการรับใช้ชาติรูปแบบอื่นนอกจากการเกณฑ์ทหาร อาจมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติเมื่อเปรียบเทียบกับเกณฑ์ทหาร เช่น กำหนดเวลายาวนานกว่า ในประเด็นนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ ใช้หลักการพิจารณาว่า ความแตกต่างกันนั้นมีเหตุผลสมควรหรือเป็นการ “ลงโทษ” เช่น กรณี Järvinen v. Finland คณะกรรมการฯ เห็นว่า การรับใช้ชาติทางเลือกซึ่งมีระยะยาวกว่าการเป็นทหารสองเท่า ไม่มีลักษณะเป็นการลงโทษ และไม่เป็นที่ปราศจากเหตุผลสมควร อย่างไรก็ตาม ต่อมาคณะกรรมการฯ มีแนววินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไป เช่น กรณี Foin v. France⁶⁰⁹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ เห็นว่า “กฎหมายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรับใช้ชาติทางเลือกอาจแตกต่างกับการเกณฑ์ทหาร เช่น ระยะเวลาที่ยาวนานกว่า โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติหากอยู่บนพื้นฐานของเกณฑ์และวัตถุประสงค์ที่สมเหตุสมผล เช่น ธรรมชาติและลักษณะของการทำงานนั้น ความจำเป็นในการฝึกอบรมสำหรับการทำงานดังกล่าว กรณีกฎหมายฝรั่งเศสที่กำหนดให้การบริการสังคมอันเป็นการรับใช้ชาติทางเลือกซึ่งมีระยะเวลา ๒๔ เดือน ในขณะที่การเป็นทหารมีเวลา ๑๒ เดือนซึ่งแตกต่างกัน โดยเหตุผลเพียงเพราะเพื่อทดสอบความตั้งใจของบุคคล จึงเห็นว่าไม่มีเหตุผลสมควร นอกจากนี้ ในกรณีคล้ายคลึงกัน คณะกรรมการฯ เห็นว่าการรับใช้ชาติทางเลือกที่ต้องใช้เวลายาวนานกว่าการเป็นทหาร ๒ เท่า และ ๑.๗๕ เท่า นั้นมีลักษณะเป็นการ “ลงโทษ” (Punitive)⁶¹⁰ ในประเด็นนี้เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยพบว่า กฎหมายเกี่ยวกับการเกณฑ์ทหารของไทยไม่มีการกำหนดให้มีทางเลือกในการรับใช้ชาติรูปแบบอื่น (Alternative national service) จึงไม่มีประเด็นการเลือกปฏิบัติระหว่างการเป็นทหารกับการรับใช้ชาติรูปแบบอื่น

⁶⁰⁸ CCPR/C/RUS/CO/6, para. 23

⁶⁰⁹ Communication No. 666/1995, Views adopted on 9 November 1999

⁶¹⁰ Reply to Recommendation 1518 (2001) of the Parliamentary Assembly on the exercise of the right to conscientious objection to military service in Council of Europe member States (Doc. 9379)



กรณีที่ ๓: ประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ การศึกษา ในมิติของการเกณฑ์ทหาร

ในบริบทของการเกณฑ์ทหารโดยบังคับนั้น พบว่ามีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ศาสนา การศึกษา เช่น

- ประเด็นความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง จากการจัดประชุมกลุ่มย่อย ผู้ให้ข้อมูลรายหนึ่งให้ความเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันและเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง เป็นการมองว่าผู้หญิงมีความด้อยกว่าผู้ชาย ทั้งที่ผู้หญิงสามารถเป็นทหารอาชีพได้ สามารถเป็นนักศึกษาวิชาทหารได้ ปัจจุบันมีกฎหมายให้สิทธิเท่าเทียมกันต่อผู้หญิงหลายฉบับแต่กฎหมายเกณฑ์ทหารยังไม่กำหนดหน้าที่ของหญิงให้เท่าเทียมกับชาย นอกจากนี้ การเกณฑ์ทหารหญิงก็ไม่จำเป็นต้องให้ฝึกเหมือนกับผู้ชายทุกประการ โดยอาจให้ทำหน้าที่อื่น ๆ ในกองทัพที่เหมาะสมกับสภาพร่างกายของทหารหญิงก็ได้ แต่การกำหนดหลักตติลัทธิผู้หญิงตั้งแต่แรกนั้นเป็นการไม่เท่าเทียมกัน”

ตามกฎหมายไทยพบว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ โดย มาตรา ๗ วางหลักไว้ว่า “ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมาย มีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน” จะเห็นได้ว่า กฎหมายนี้กำหนดหน้าที่เฉพาะ “ชาย” เท่านั้น โดยหลักแล้วจึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction / Differential Treatment) ด้วยเหตุแห่งเพศ อย่างไรก็ตาม จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้เป็นการ “เลือกปฏิบัติ” (Discrimination) อันขัดต่อหลัก “ความเท่าเทียมกัน” หรือไม่ ทั้งนี้ เหตุผลหลักในการสนับสนุนการปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้ คือ ชายมีสภาพร่างกายที่แตกต่างจากหญิง เหตุผลดังกล่าวนี้อยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่า หญิงมีสภาพร่างกายที่แข็งแรงน้อยกว่าชาย ในขณะที่ปัจจุบันมีทหารอาชีพซึ่งเป็นหญิง รวมทั้งในการศึกษาวิชาทหารก็ให้สิทธิแก่นักศึกษาหญิงเข้าศึกษาด้วย นอกจากนี้ ยังไม่ได้คำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ทางทหารซึ่งแม้ว่ามีการเกณฑ์ทหารซึ่งเป็นหญิงแล้วก็ตามอาจมอบหมายหน้าที่หรือภารกิจแตกต่างกันตามสภาพร่างกายได้ ซึ่งในระดับนี้ก็เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลที่สมควร

ในประเด็นความเท่าเทียมกันระหว่างเพศในมิติของการเกณฑ์ทหารนี้ หากเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่า มีแนวคิดและการดำเนินการทางกฎหมายในการสร้างความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ จะเห็นได้จาก ในช่วงต้นปี ๒๐๑๖ มีการเสนอร่างกฎหมายเรียกว่า “Draft America’s Daughters Act of 2016”⁶¹¹ ซึ่งเป็นร่างกฎหมายที่แก้ไขกฎหมายการเกณฑ์ทหาร (Military Selective Service Act) โดยขยายการให้ขึ้นทะเบียนและการเกณฑ์ทหารในระบบการคัดเลือก (Selective Service System)⁶¹² ซึ่งปัจจุบันใช้บังคับเฉพาะผู้ชายอายุระหว่าง ๑๘-๒๖ ปี ให้ครอบคลุมผู้หญิงในช่วงอายุดังกล่าวด้วย ฝ่ายสิทธิสตรีส่วนหนึ่งเห็นว่า กฎหมายเกณฑ์ทหารปัจจุบันที่ใช้บังคับเฉพาะผู้ชายนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง ดังนั้น การเพิ่มผู้หญิงเข้าไปในการเกณฑ์ทหารจะนำไปสู่ความเท่าเทียมระหว่างเพศ

⁶¹¹ ร่างกฎหมายนี้เสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนสองคน คือ Duncan Hunter และ Ryan Zinke สืบค้นจาก <https://www.congress.gov/bills/114/congress/house-bills/4478/text>

⁶¹² Selective Service System (SSS) เป็นองค์กรอิสระที่มีหน้าที่เก็บข้อมูลเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนทหาร โดยพลเมืองสหรัฐที่เป็นชายทุกคนในช่วงอายุที่กำหนดจะต้องลงทะเบียนภายใน ๓๐ วันนับจากวันครบอายุ ๑๘ ปี

• ประเด็นการปฏิบัติที่ต่างกันระหว่างบุคคลที่ได้รับยกเว้นการเกณฑ์ทหาร: เหตุด้านศาสนา การศึกษา ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับศาสนานั้น นอกจากการไม่กำหนดยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้กับผู้ที่นับถือศาสนาที่ขัดแย้งกับการเป็นทหารดังวิเคราะห์มาแล้ว ยังมีประเด็นข้อยกเว้นของกฎหมายเกณฑ์ทหารที่มีผู้เห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนาและการศึกษา ผู้ให้ข้อมูลในการจัดประชุมกลุ่มย่อย ซึ่งเป็นพระรูปหนึ่งเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารเลือกปฏิบัติต่อพระสงฆ์ เนื่องจากยกเว้นให้เฉพาะพระที่สอบได้เปรียญหรือนักธรรม แต่ปัจจุบันนอกจากการศึกษาด้านเปรียญหรือนักธรรมแล้ว พระสงฆ์ยังสามารถเลือกศึกษาระดับปริญญาตรี โท เอก ทางด้านพระพุทธศาสนา แต่กฎหมายไม่ยกเว้นให้พระสงฆ์ที่ศึกษาทางสายนี้”

อาจพิจารณาได้ว่า การที่พระราชบัญญัติรับราชการทหารยกเว้นเฉพาะพระสงฆ์ที่สอบได้เปรียญ (ยกเว้นในทุกกรณี) และพระสงฆ์ที่สอบเป็นนักธรรม (ยกเว้นเฉพาะกรณีสถานการณ์ปกติ) สืบเนื่องจากเหตุผลว่า บุคคลอาจใช้ช่องทางมาบวชเป็นพระสงฆ์เพื่อไม่ต้องเกณฑ์ทหาร แต่จากการใช้ปัจจัยด้าน “การศึกษา” ของพระสงฆ์มาเป็นตัวกำหนดคุณสมบัติยกเว้นนั้น ทำให้พิจารณาเปรียบเทียบได้ว่า เป็นการปฏิบัติที่ต่างกันระหว่างพระสงฆ์ที่ศึกษาในด้านการสอบเปรียญหรือนักธรรม และพระสงฆ์ที่ศึกษาหลักสูตรปริญญาตรีด้านพระพุทธศาสนาโดยไม่ได้สอบเปรียญหรือนักธรรม อันเป็นการปฏิบัติที่ต่างกันด้วยเหตุ “การศึกษา” นอกจากนี้ ยังมีการจำแนกความแตกต่างของสิทธิในการได้รับการยกเว้นทหารจาก “สมณศักดิ์” ของพระสงฆ์ด้วย

• ประเด็นการปฏิบัติที่ต่างกันระหว่างบุคคลที่ได้รับยกเว้นการเกณฑ์ทหาร : เหตุด้าน “เชื้อชาติ” ผู้ให้ข้อมูลในการจัดประชุมกลุ่มย่อย ซึ่งเป็นผู้มีสัญชาติไทยโดยกำเนิดเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารเลือกปฏิบัติเพราะยกเว้นให้กับคนต่างชาตินี้ที่เปลี่ยนมาเป็นคนไทย เมื่อเป็นคนไทยแล้วก็ควรมีหน้าที่เช่นเดียวกับคนไทยอื่น ๆ ในปัจจุบันมีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นคนไทยโดยการแต่งงานและประกอบอาชีพในประเทศไทยมากมายและจะมากขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อเปิดประชาคมอาเซียน บุคคลเหล่านี้จึงเป็นผู้ได้รับสิทธิพิเศษ ไม่ต้องมีหน้าที่เกณฑ์ทหาร” ในประเด็นนี้เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๗ “ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมาย มีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน” อย่างไรก็ตาม ในกรณีผู้ได้สัญชาติไทยจากการ “แปลงชาติ” ไม่อยู่ในขอบเขตของหน้าที่ในการเกณฑ์ทหาร เหตุผลของกฎหมายดังกล่าวสืบเนื่องจากแนวคิดด้านความมั่นคงที่อยู่บนสมมุติฐานว่าคนต่างด้าวอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางการทหารได้ อย่างไรก็ตาม สภาพการณ์ในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากคนต่างด้าวจำนวนมากเข้ามาดำรงชีวิต สร้างครอบครัวในประเทศไทย มีบุตรหลานซึ่งได้รับสัญชาติไทย ความผูกพันและความรักชาติของบุคคลเหล่านี้ อาจไม่แตกต่างไปจากคนไทยโดยกำเนิด นอกจากนี้ คนต่างด้าวเมื่อแปลงชาติแล้วก็เป็นคนสัญชาติไทยมีหน้าที่ประการอื่น ๆ เช่น เสียภาษีเช่นเดียวกับคนไทยทั่วไป นอกจากนี้ ในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติกำลังพลสำรอง พ.ศ. ๒๕๕๘⁶¹³ ซึ่งให้อำนาจเรียกกำลังพลสำรองมาปฏิบัติราชการทหารในแต่ละปีได้ โดยเหตุผลนอกจากการทำหน้าที่ด้านป้องกันประเทศแล้ว ยังมีการให้เหตุผลว่าเพื่อเกณฑ์กำลังพลสำรองมาใช้กรณีเหตุสาธารณภัยต่าง ๆ ซึ่งในแง่นี้จะเห็นได้ว่า มีลักษณะบริการสาธารณะที่ไม่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงทางทหารโดยตรง แต่กฎหมายกำลังสำรองก็ยังคงครอบคลุมเฉพาะบุคคลที่อยู่ภายใต้ระบบกำลังสำรองตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร ทำให้คนต่างชาตินี้ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงชาติ ไม่อยู่ภายใต้การเรียกพลตามกฎหมายกำลังสำรองนี้เช่นเดียวกับการเกณฑ์ทหาร ดังนั้น หากพิจารณาตามลายลักษณ์อักษรแล้วอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายการเกณฑ์ทหารที่ยกเว้นสำหรับคนได้สัญชาติไทยโดยการแปลงชาติเป็นการปฏิบัติ

⁶¹³ สืบค้นจาก <http://www.osce.org/odihr/29103?download=true>



ที่ “แตกต่างกัน” ระหว่างสิ่งที่ “เหมือนกัน” นั่นก็คือ คนสัญชาติไทยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่ต้องพิจารณา ก็คือ เหตุผลด้านความมั่นคงทางทหารที่ไม่เกณฑ์คนไทยที่มาจาก การแปลงชาตินั้น มีเหตุผลสมควรและได้สัดส่วนเพียงใด

กรณีที่ ๔: การเลือกปฏิบัติอันเป็นผลต่อเนื่องจากการปฏิเสธการเกณฑ์ทหาร: การจ้างงานและประกอบอาชีพ

การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารนั้นเกี่ยวข้องกับประเด็นการเลือกปฏิบัติในหลายมิติ นอกจากในขั้นตอนของการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในแง่ของเพศ หรือกรณีทางเลือกในการรับใช้ชาติรูปแบบอื่น หรือการที่ไม่รับรองสิทธิในการปฏิเสธด้วยเหตุมนุส้านักแล้ว ในขั้นตอนหลังจากการปฏิเสธทหารด้วยเหตุมนุส้านัก หรือศาสนา อาจเกิดการเลือกปฏิบัติอีกระดับหนึ่ง เช่น การที่รัฐนั้นไม่รับรองสิทธิในการปฏิเสธทหารด้วยเหตุมนุส้านัก อีกทั้งยังกำหนดโทษจำคุกสำหรับผู้ปฏิเสธ นอกจากนี้ หลังจากบุคคลนั้นพ้นโทษจำคุกแล้วและประสงค์จะดำเนินชีวิตต่อไป ก็มีปัญหาลุอุปสรรคด้านการงานเนื่องจากกฎหมายภายในมีการกำหนดคุณสมบัติโดยไม่รับผู้ที่เคยต้องโทษจำคุก เข้าทำงาน ในขั้นตอนนี้จะมีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ คือ แม้ว่ากฎหมายกำหนดคุณสมบัติการทำงานจะใช้บังคับกับทุกคน กล่าวคือ บุคคลใดก็ตามที่เคยต้องโทษจำคุกจะถูกตัดสิทธิการทำงานนั้น ๆ เป็นการที่กฎหมายปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนกัน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของโทษที่แต่ละคนได้รับว่าบุคคลที่ถูกจำคุกเพราะปฏิเสธทหารนั้นมีลักษณะและสาเหตุที่แตกต่างจากอาชญากรอื่น ๆ เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ถูกจำคุกเพราะการแสดงออกหรือการอ้างสิทธิที่เกี่ยวข้องพัน กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคือ ความเชื่อ ศาสนา เป็นต้น

ตัวอย่างคดีที่ตัดสินตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนสหภาพยุโรป อันแสดงถึงประเด็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่อ้างสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหาร ในขั้นตอนภายหลังหรือผลสืบเนื่อง คือ Thlimmenos v. Greece ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ร้องถูกจำคุกเกี่ยวกับการปฏิเสธการเป็นทหารโดยพ้นโทษแล้ว ต่อมา สมัครงานแต่ถูกปฏิเสธการจ้างเนื่องจากเหตุที่เคยต้องโทษอาญา ศาลสูงของกรีซตัดสินว่าบทบัญญัติตามกฎหมายภายในที่กำหนดคุณสมบัติในการเป็นข้าราชการพลเรือนว่าจะต้องไม่ได้รับโทษจำคุก ดังนั้น กรณีของผู้ร้องซึ่งจะสมัครในตำแหน่งด้านบัญชีที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าวด้วย

ผู้ร้องจึงนำคดีสู่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ซึ่งประเด็นสำคัญมีได้อยู่ที่ว่าการถูกลงโทษตามกฎหมายทหารนั้น เป็นการละเมิดสิทธิหรือไม่ แต่อยู่ที่ประเด็นว่า กฎหมายที่จำกัดสิทธิในการทำงานด้วยเหตุที่ตนถูกลงโทษ ไม่ได้จำแนกความแตกต่างระหว่างสาเหตุของโทษหรือฐานความผิด ซึ่งผู้ร้องเห็นว่ากรณีโทษที่ตนได้รับสืบเนื่องจากความเชื่อทางศาสนา (ผู้ร้องถูกจำคุกเพราะปฏิเสธทหารตามหลักความเชื่อศาสนา Jehovah's Witness)

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปพิจารณาตาม ข้อ ๔ และ ข้อ ๑๔ ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป แล้วอธิบายว่า “สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติของผู้ร้อง ถูกละเมิดเมื่อรัฐละเลยไม่ปฏิบัติแตกต่างกันต่อบุคคลในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน” ศาลเห็นว่า รัฐมีผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายในการกำหนดคุณสมบัติโดยมิให้ผู้ถูกลงโทษจำคุกมีสิทธิทำงานบางอย่าง แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักความสมเหตุผลและได้สัดส่วนด้วย ในกรณีนี้ผู้ร้องจะสมัครทำงานในตำแหน่งบัญชี และได้รับโทษจากความผิดที่ปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนา ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากอาชญากรที่ถูกลงโทษในความผิดอื่น ๆ การถูกลงโทษดังกล่าวมิได้เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติของงานที่ประสงค์จะทำ ดังนั้น การกีดกันผู้สมัครงานด้วยเหตุที่เคยรับโทษจำคุกจากการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารจึงไม่สมเหตุผล (Not Justified)

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารนั้น ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นได้อีกในขั้นตอนหลังจากการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารแล้ว โดยเฉพาะในประเทศที่มีการกำหนดโทษอาญาสำหรับผู้ปฏิเสธ และมีการกำหนดคุณสมบัติการทำงานที่ไม่รับผู้สมัครซึ่งเคยรับโทษจำคุก โดยรวมบุคคลที่ถูกจำคุกเพราะอ้างสิทธิปฏิเสธทหารด้วยเหตุความเชื่อ

ศาสนาเข้าไปด้วย ในประเด็นนี้หากพิจารณากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดคุณสมบัติการทำงานจะพบว่า ในกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับ “เคยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก” นั้น มิได้จำแนกความแตกต่างระหว่างผู้ได้รับโทษจากการแสดงออกหรือคัดค้านการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุความเชื่อ ศาสนา (บางกรณีมีการจำแนกความแตกต่างเฉพาะโทษอาญาที่กระทำโดย “เจตนา” กับโทษที่กระทำ “โดยประมาท” เท่านั้น) ทำให้บุคคลที่ปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุความเชื่อ ศาสนา ซึ่งมีความผิดและต้องโทษจำคุกตามกฎหมายเกี่ยวกับการเกณฑ์ทหาร ไม่สามารถเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐและเอกชนที่มีการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวไว้⁶¹⁴

ในแง่นี้จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายไทยยังไม่สอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุความเชื่อ ศาสนา ถึงสองระดับ กล่าวคือ ในระดับแรก ไม่เปิดโอกาสให้บุคคลปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุความเชื่อ ศาสนา และในระดับที่สอง หากบุคคลใดทำการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารจนได้รับโทษจำคุก ก็ยังมีกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติการทำงานโดยไม่จำแนกความแตกต่างระหว่างโทษที่เกิดจากการปฏิเสธด้วยเหตุความเชื่อ ศาสนา

๔.๒๕ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่

การนำเหตุเกี่ยวกับพฤติกรรมการสูบบุหรี่ของบุคคลมาใช้ในการตัดสินใจในบริบทการทำงาน อาจประกอบด้วยพฤติกรรมย่อยหลายประการทั้งในช่วงก่อนการเกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน เช่น การกำหนดให้ “การสูบบุหรี่” เป็นคุณสมบัติต้องห้ามสำหรับผู้สมัครงาน การใช้คำถามเกี่ยวกับพฤติกรรมการสูบบุหรี่ในกระบวนการคัดเลือก เช่น การสัมภาษณ์หรือในใบสมัครงาน สำหรับช่วงหลังการเกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานแล้ว ก็มีการนำ “การสูบบุหรี่” มาประกอบการพิจารณาตัดสินใจในเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น การเลื่อนขั้น เลื่อนตำแหน่ง การเลิกจ้าง เป็นต้น เมื่อพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่า บุคคลที่สูบบุหรี่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากบุคคลอื่นเพียงเพราะเหตุพฤติกรรมการสูบบุหรี่ จึงนำไปสู่ประเด็นคำถามว่า บุคคลที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุนี้ จะได้รับการคุ้มครองตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติหรือไม่ อย่างไร โดยทั่วไปแล้ว อาจพิจารณาได้ว่า การปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากอีกบุคคลหนึ่งที่มีคุณสมบัติต่าง ๆ เหมือนกัน เพียงเพราะเหตุที่บุคคลนั้นมีพฤติกรรมหรือรสนิยมในการสูบบุหรี่ โดยหลักแล้วจึงเป็น “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ซึ่งหากเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้ว ก็อาจจัดเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก “การสูบบุหรี่” มีปัญหาว่าจะจัดอยู่ใน “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ในส่วนนี้จะชี้ให้เห็นหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกาเพื่อนำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และกฎหมายไทยต่อไป

จากการศึกษาพบว่า ในสหรัฐอเมริกามีกฎหมายระดับมลรัฐวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานด้วยเหตุ “การสูบบุหรี่” ไว้โดยเฉพาะ เช่นกฎหมายดังต่อไปนี้

⁶¹⁴ สำหรับประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” นั้นได้แยกวิเคราะห์เป็นหัวข้อต่างหาก โดยในหัวข้อนี้จะเน้นศึกษาเฉพาะประวัติอาชญากรรมที่สืบเนื่องจากการเกณฑ์ทหารและความเชื่อทางศาสนา



■ **กฎหมาย Connecticut**⁶¹⁵ วางหลักเกี่ยวกับการสูบบุหรี่นอกสถานที่ทำงาน (Smoking outside of the workplace) ไว้ว่า ห้ามมิให้นายจ้างหรือตัวแทนนายจ้างกำหนดเงื่อนไขการทำงานมิให้ลูกจ้างหรือผู้ที่ประสงค์เป็นลูกจ้างสูบบุหรี่นอกเหนือทางการที่จ้าง (Outside the course of employment) หรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดด้วยเหตุที่บุคคลนั้นสูบบุหรี่นอกเหนือทางการที่จ้าง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับค่าจ้าง เงื่อนไขการทำงาน หรือสิทธิประโยชน์ใด ๆ เกี่ยวกับการทำงาน อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามดังกล่าวยกเว้นสำหรับกรณีที่มีการมีวัตถุประสงค์ในการรณรงค์ไม่ให้สูบบุหรี่

■ **กฎหมาย Indiana**⁶¹⁶ วางหลัก ห้ามมิให้นายจ้าง (๑) กำหนดกำหนดเงื่อนไขในการทำงานให้ลูกจ้างหรือผู้ประสงค์เป็นลูกจ้าง งดเว้นการสูบบุหรี่ หรือ (๒) เลือกปฏิบัติต่อลูกจ้าง ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับค่าจ้าง ผลประโยชน์ในการทำงานหรือเงื่อนไขข้อกำหนดในการจ้างแรงงานด้วยเหตุลูกจ้างสูบบุหรี่นอกเหนือทางการที่จ้าง อย่างไรก็ตาม นายจ้างอาจกำหนดแรงจูงใจทางการเงินให้แก่ลูกจ้างเพื่อลดการสูบบุหรี่ของลูกจ้าง ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิการด้านสุขภาพที่นายจ้างจัดให้สำหรับลูกจ้าง

■ **กฎหมาย Louisiana**⁶¹⁷ วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการสูบบุหรี่ (Prohibition of smoking discrimination) โดยห้ามนายจ้างกระทำการดังต่อไปนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่ลูกจ้างกระทำการสอดคล้องกับกฎหมายและกฎระเบียบข้อบังคับการทำงานในทางการที่จ้าง

⁶¹⁵ Connecticut 2003, CT Gen. Stat. Ann. Section 31-40S

⁶¹⁶ Indiana Code §§ 22-5-4-1 et seq.

⁶¹⁷ Louisiana Rev Stat § 23:966

- เลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีเกี่ยวกับการเลิกจ้าง การจ่ายค่าจ้าง การเลื่อนตำแหน่ง การกระทำเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลใด ๆ หรือเงื่อนไขอื่น ๆ หรือการให้สิทธิประโยชน์อื่นเกี่ยวกับการจ้างงาน ด้วยเหตุที่บุคคลนั้นสูบบุหรี่ หรือไม่สูบบุหรี่
- กำหนดเงื่อนไขในการทำงาน ว่าบุคคลจะต้องงดเว้นจากการสูบบุหรี่ นอกทางการที่จ้าง

อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้มีได้ห้ามมิให้นายจ้างกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการสูบบุหรี่ในสถานที่ทำงาน (Workplace) สำหรับนายจ้างที่ฝ่าฝืนกฎหมายนี้มีโทษปรับไม่เกิน ๒๕๐ เหรียญสำหรับการกระทำครั้งแรก และไม่เกิน ๕๐๐ เหรียญสำหรับการกระทำครั้งต่อไป

■ **กฎหมาย District of Columbia**⁶¹⁸ ห้ามการเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ (employment discrimination on the basis of tobacco use) โดยวางหลักว่า บุคคลจะต้องไม่ปฏิเสธการจ้างหรือการสมัครงาน หรือเลิกจ้าง หรือเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในการทำงาน หรือสิทธิประโยชน์ในการจ้างงาน ด้วยเหตุที่ผู้สมัครงาน หรือลูกจ้างนั้นสูบบุหรี่ อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้ห้ามการจำกัดบุคคลในการกำหนดข้อจำกัดการสูบบุหรี่ในสถานที่ทำงาน ซึ่งรับรองโดยกฎหมาย หรือกรณีการจำกัดการสูบบุหรี่หรือห้ามการสูบบุหรี่ที่มีเหตุผลเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติสำหรับงานนั้นด้วยความสุจริต (Bona fide Occupational qualification)

■ **กฎหมาย Mississippi**⁶¹⁹ วางหลักห้ามมิให้นายจ้างกำหนดเงื่อนไขการทำงานให้ลูกจ้างต้องงดเว้นจากการสูบบุหรี่ระหว่างเวลาที่มีใช้เวลาทำงาน (Nonworking hours) นอกจากนี้ ยังวางหลักว่าการที่นายจ้างไม่ว่าภาครัฐหรือเอกชนกำหนดเงื่อนไขการทำงานว่า ลูกจ้างหรือผู้สมัครงานจะต้องงดเว้นการสูบบุหรี่ระหว่างเวลาที่มีใช้เวลาทำงานนั้น เป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขว่าบุคคลที่สูบบุหรี่นั้นมิได้ละเมิดกฎหมายอื่นที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสูบบุหรี่

จากกฎหมายระดับมลรัฐของหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกา มีประเด็นวิเคราะห์ ดังนี้

- หลายมลรัฐกำหนดให้เหตุ “การสูบบุหรี่” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะประการหนึ่ง ซึ่งเหตุนี้มีลักษณะคล้ายกับ “ประวัติอาชญากรรม” ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว เนื่องจากเหตุเหล่านี้มิได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่ปรากฏว่ามีการระบุไว้ในระดับกฎหมายภายในของบางประเทศ
- สำหรับในมิติของการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่นั้น กฎหมายกำหนดไว้กว้างกว่าการจ้างแรงงานในขอบเขตความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน กล่าวคือ รวมถึงการเลือกปฏิบัติในขั้นตอนการสมัครงาน ซึ่งยังไม่อยู่ในฐานะลูกจ้างแต่เป็นเพียงผู้สมัคร (Applicant)
- ลักษณะของการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่นั้น อาจจำแนกได้เป็น ๒ กรณี กล่าวคือ

กรณีแรก นายจ้างอาจเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่สูบบุหรี่ โดยการกระทำอันที่ส่งผลในเชิงลบ เช่น เลิกจ้าง กำหนดโทษทางวินัย การไม่เลื่อนตำแหน่ง

กรณีที่สอง นายจ้างอาจเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่ไม่สูบบุหรี่ โดยการกระทำอันส่งผลในเชิงบวก เช่น เลื่อนขั้น เลื่อนตำแหน่ง ให้สิทธิประโยชน์อื่นในการจ้างแรงงานที่ดีกว่า

⁶¹⁸ District of Columbia Code Ann. § 7-1703.03

⁶¹⁹ Mississippi Code Ann. § 71-7-33



อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วจะเห็นว่าการเลือกปฏิบัติทั้งสองกรณีดังกล่าวสืบเนื่องจากพฤติกรรมการสูบบุหรี่ กล่าวคือมีการนำปัจจัยเกี่ยวกับการสูบบุหรี่หรือไม่สูบบุหรี่มาเป็นเหตุปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน

กฎหมายบางมลรัฐ เช่น Louisiana คุ้มครองการเลือกปฏิบัติทั้งสองมิติ โดยวางหลักห้ามอย่างชัดเจน ทั้งการปฏิบัติที่แตกต่างต่อบุคคลไม่ว่าในเชิงบวกหรือเชิงลบ

- สำหรับประเด็นเกี่ยวกับข้อยกเว้นนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายมลรัฐต่าง ๆ ดังกล่าวนั้น ต่างมีการกำหนดข้อยกเว้นที่ทำให้นายจ้างสามารถปฏิบัติต่อลูกจ้างหรือผู้สมัครงานแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ได้โดยไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย สำหรับข้อยกเว้นดังกล่าว เช่น

- การสูบบุหรี่ในสถานที่ทำงาน กฎหมายของหลายมลรัฐมิได้ห้ามการที่นายจ้างจะจำกัดหรือห้ามการสูบบุหรี่ในสถานที่ทำงาน ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายอื่น ที่จำกัดการสูบบุหรี่ในบางสถานที่

- กฎหมายหลายมลรัฐมิได้ห้ามการที่นายจ้างที่เป็นองค์กรนครงค์ต่อสาธารณะไม่ให้สูบบุหรี่ ดังนั้น นายจ้างดังกล่าวสามารถนำเหตุเกี่ยวกับการสูบบุหรี่มาเป็นปัจจัยปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในการจ้างแรงงานได้ ซึ่งกรณีนี้อาจพิจารณาได้ว่า คุณสมบัติ “ไม่สูบบุหรี่” จัดว่าเป็นคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญสำหรับการทำงานในองค์กรที่มีวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินการนครงค์ไม่ให้สูบบุหรี่

- การสูบบุหรี่ที่เกี่ยวข้องกับงานหรือในทางการที่จ้าง (in the course of employment) ทั้งนี้ กฎหมายของหลายมลรัฐได้มีการจำแนกระหว่างการสูบบุหรี่ที่กระทำนอกทางการที่จ้าง (Outside the course of employment) ดังเช่น กฎหมาย Connecticut กำหนดองค์ประกอบสำคัญว่า การสูบบุหรี่ที่ห้ามเลือกปฏิบัตินั้น ต้องเป็นกรณี “นอกทางการที่จ้าง” แต่ไม่ได้ห้ามการที่นายจ้างจำกัดหรือห้ามการสูบบุหรี่ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำงานหรือในทางการที่จ้าง สำหรับคำว่า “ในทางการที่จ้าง” นั้นมีความหมายแตกต่างจาก “สถานที่ทำงาน” เนื่องจากมิได้หมายความว่าความจำกัดเฉพาะสถานที่ทำงาน (Workplace) เท่านั้น กล่าวคือ หากลูกจ้างออกไปทำงานนอกสถานที่ แต่เป็นการทำงานให้นายจ้างก็ยังคงอยู่ในขอบเขตทางการที่จ้าง ซึ่งนายจ้างยังอาจกำหนดควบคุมการสูบบุหรี่ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเน้นถึงการที่นายจ้างนำเหตุเกี่ยวกับการสูบบุหรี่ นอกเหนือทางการที่จ้าง กล่าวคือ ในมิติชีวิตอื่น ๆ ของลูกจ้างที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำงานมาเป็นปัจจัยในการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องการทำงาน

- หลักการนำองค์ประกอบ “ในทางการหรือนอกทางการที่จ้าง” มาพิจารณานี้สอดคล้องกับหลักการ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” อันปรากฏในกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศอื่น เช่น ออสเตรเลีย ดังที่ได้วิเคราะห์มาในประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการสูบบุหรี่นอกทางการที่จ้างเป็นกรณีที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำงาน โดยจะต้องพิจารณาลักษณะงานเป็นกรณีไปด้วย

- นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายหลายมลรัฐที่เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่นั้นมีข้อยกเว้น หากนายจ้างสามารถแสดงให้เห็นได้ว่า การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุสูบบุหรี่นั้น มีเหตุผลด้วยความสุจริต (Bona fide) ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีการใช้ประวัติอาชญากรรมมาเป็นปัจจัยในการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในมิติการจ้างแรงงานแล้ว จะเห็นได้ว่ามีหลักการคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ นายจ้างอาจปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการมีประวัติอาชญากรรม หรือมีพฤติกรรมสูบบุหรี่ได้ หากการมีประวัติอาชญากรรมหรือมีพฤติกรรมสูบบุหรี่นั้นเกี่ยวข้องกับตำแหน่งงานที่จะสมัคร เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันเปรียบเทียบกับกฎหมายระดับมลรัฐของสหรัฐอเมริกาจะพบว่า ไทยมิได้มีการบัญญัติให้ “การสูบบุหรี่” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังไม่มีกฎหมายอื่นที่ห้ามการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ นอกจากนี้ ตามกฎหมายแรงงานก็มิได้มีการบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ไว้เช่นเดียวกัน ทำให้ไม่มีกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ได้สำหรับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุนี้ ดังนั้น จึงยังมีกรณีที่เกิดขึ้นถึงการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานด้วยเหตุประการนี้อยู่ เช่น กรณีผู้สมัครงานที่มีคุณสมบัติอันเกี่ยวข้องกับงานนั้นเหมือนกัน แต่ผู้สมัครคนหนึ่งไม่ได้รับการคัดเลือกด้วยเหตุเพียงเพราะว่าบุคคลนั้นสูบบุหรี่ แม้ไม่ปรากฏว่าการสูบบุหรี่นั้นมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกับการทำงานในตำแหน่งดังกล่าวอย่างไร หรือเป็นกรณีการนำพฤติกรรมการสูบบุหรี่นอกเหนือจากการทำงานมาเป็นปัจจัยในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานของบุคคลนั้น นอกจากนี้ การกำหนดคุณสมบัติในประกาศรับสมัครงาน เช่น ไม่รับบุคคลที่สูบบุหรี่ หรือ กำหนดคุณสมบัติในลักษณะให้สิทธิพิเศษ เช่น ผู้ไม่สูบบุหรี่จะได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ การปฏิบัติเหล่านี้ก็เป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพียงเพราะเหตุแห่งการสูบบุหรี่ โดยเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันในขั้นตอนก่อนการมีความสัมพันธ์กันในฐานะนายจ้าง ลูกจ้าง ตามกฎหมายแรงงาน และเป็นกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ครอบคลุม

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศนิวซีแลนด์ในประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ พบว่ามีหลักการแตกต่างกับกฎหมายระดับมลรัฐในสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ แม้ว่านิวซีแลนด์มีกฎหมายสิทธิมนุษยชนกำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติไว้โดยเฉพาะซึ่งครอบคลุมมิติของการจ้างแรงงาน โดยมีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายระบุไว้ เช่น เพศ สถานะการสมรส ความเชื่อทางศาสนา สีผิว เชื้อชาติ ความพิการ ฯลฯ แต่ไม่ครอบคลุมถึง “การสูบบุหรี่”⁶²⁰ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า นายจ้างสามารถปฏิเสธการจ้างบุคคลได้ด้วยเหตุแห่งการที่บุคคลนั้นสูบบุหรี่ได้ เนื่องจากการสูบบุหรี่มิใช่เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนของนิวซีแลนด์ จากข้อมูลเผยแพร่ต่อประชาชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนิวซีแลนด์ อธิบายว่า “นายจ้างบางรายมีทัศนคติในเชิงลบต่อผู้สูบบุหรี่และอาจปฏิเสธการจ้างบุคคลที่สูบบุหรี่ แม้ว่าการปฏิเสธดังกล่าวอาจมองว่าไม่สมเหตุผล แต่ก็ไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย (Unlawful)”⁶²¹

เหตุผลของฝ่ายนายจ้างที่กำหนดคุณสมบัติของบุคคลในการรับเข้าทำงาน ในประเด็นนี้กฎหมายนิวซีแลนด์มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายออสเตรเลีย กล่าวคือ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย ซึ่งกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ไว้ ในมิติของการจ้างแรงงาน เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชาตินิกาย หรือต้นกำเนิดทางสังคม แต่ก็ได้กำหนดให้ “การสูบบุหรี่” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ⁶²² หากเปรียบเทียบกฎหมายออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ กับกฎหมายไทยปัจจุบันจะเห็นได้ว่า แม้ไทยไม่มีกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้เฉพาะดังเช่นกฎหมายของสองประเทศดังกล่าว แต่เหตุแห่งการสูบบุหรี่ก็มิได้รับการคุ้มครองในบริบทของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนของนิวซีแลนด์และออสเตรเลีย ทำให้ผลสุดท้ายแล้ว

⁶²⁰ Human Rights Act 1993, Section 21

⁶²¹ Human Rights Commission, Can an employer refuse to hire me if I smoke? Retrieved from <https://www.hrc.co.nz/enquiries-and-complaints/faqs/smoking-and-human-rights/>

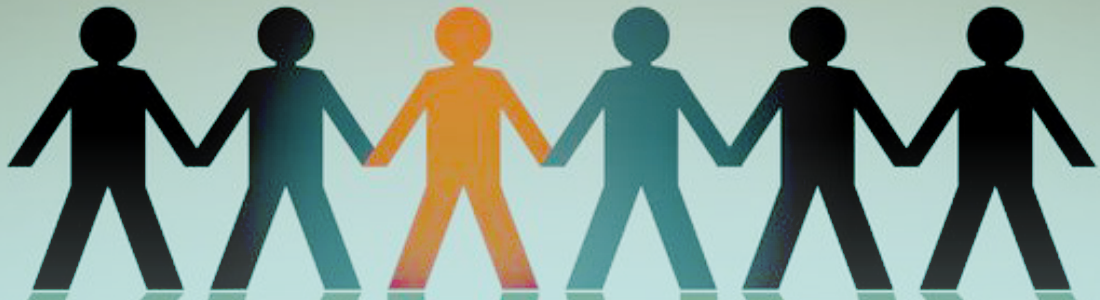
⁶²² Australian Human Rights Commission Act 1986, Part I, Article 3 (Interpretation)



อาจกล่าวได้ว่า ไทย ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ จัดอยู่ในกลุ่มเดียวกันกล่าวคือ ไม่มีกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ในมิติการจ้างแรงงาน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีการระบุคุ้มครองเหตุดังกล่าวไว้ในกฎหมาย

อาจสรุปได้ว่า จากการศึกษากฎหมายการปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากบุคคลอื่นในมิติที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน ด้วยเหตุแห่งการที่บุคคลนั้นสูบบุหรี่ ในมุมมองของกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ทำให้เห็นว่าการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุบางอย่าง อาจไม่จัดอยู่ในความหมายของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ดังเช่นกรณี “การสูบบุหรี่” ซึ่งมีได้ปรากฏในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ โดยเฉพาะในกรอบของสหประชาชาติ นอกจากนี้ หากพิจารณากฎหมายภายในของต่างประเทศที่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติแล้วพบว่า บางประเทศกำหนดคุ้มครองให้เหตุดังกล่าวเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้วย เช่น กฎหมายหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกา ในขณะที่บางประเทศ เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และไทย มิได้กำหนดคุ้มครองให้เหตุนี้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ เช่น การไม่รับบุคคลเข้าทำงานด้วยเหตุที่บุคคลนั้นสูบบุหรี่จึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม การนำเหตุ “พฤติกรรมการสูบบุหรี่” มาเป็นปัจจัยในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานนั้น อาจพิจารณาได้สองแง่มุม กล่าวคือ ในมุมมองของนายจ้างนั้นอาจมีเหตุผลหลายประการ เช่น การสูบบุหรี่อาจทำให้นายจ้างต้องมีต้นทุนมากขึ้น โดยเฉพาะกรณีที่นายจ้างขององค์กรนั้นจัดให้มีสวัสดิการด้านการรักษาพยาบาลให้กับลูกจ้าง ดังนั้น ลูกจ้างที่สูบบุหรี่อาจมีแนวโน้มที่จะมีปัญหาด้านสุขภาพและส่งผลกระทบต่อต้นทุนของนายจ้างรวมทั้งการเจ็บป่วยอาจกระทบต่อการทำงาน นอกจากนี้ การสูบบุหรี่อาจเกี่ยวข้องและกระทบต่องานบางอย่าง เช่น งานที่ต้องติดต่อกับลูกค้า โดยเฉพาะลูกค้าบางรายที่ไม่สูบบุหรี่ ดังนั้น ในแง่นี้จะเกี่ยวข้องกับสิทธิของนายจ้างในการคัดเลือกผู้ที่จะมาทำงาน อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งนั้น การนำเหตุดังกล่าวมากำหนดคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับงานโดยไม่คำนึงถึงลักษณะงานแต่ละประเภท อาจเป็นการสะท้อนทัศนคติแบบ “เหมารวม” ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า หลักการพิจารณา “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญและเกี่ยวเนื่องกับงาน” สามารถนำมาเป็นองค์ประกอบของกฎหมายเพื่อการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของนายจ้างในการคัดเลือกผู้ที่จะมาทำงาน กับการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ โดยการพิจารณาเป็นกรณีไปว่า การสูบบุหรี่มีความสำคัญและอาจส่งผลกระทบต่อการทำงานในตำแหน่งงานนั้นหรือไม่ หากไม่มีผลกระทบหรือไม่มีความสัมพันธ์กัน ก็ไม่สามารถปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่



บทสรุป
และข้อเสนอแนะ

GENDER HARASSMENT
DISCRIMINATION
NATIONALITY RELIGION
EQUALITY



๕

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๕.๑ สรุปผลการวิจัย

จากผลการศึกษาวิจัยประเด็นต่าง ๆ ในบทที่ ๔ อาจสังเคราะห์มาเป็นข้อสรุป เกี่ยวกับขอบเขตความหมายของการเลือกปฏิบัติในหัวข้อ ๕.๑.๑ การเลือกปฏิบัติที่กฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมถึง ในหัวข้อ ๕.๑.๒ และรูปแบบการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ในหัวข้อ ๕.๑.๓

๕.๑.๑ ความหมายและขอบเขตของการเลือกปฏิบัติ

ผลการวิจัยพบว่า การใช้คำ “เลือกปฏิบัติ” สะท้อนถึงความหมายหลายนัยในหลายบริบท หากพิจารณาในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว จะเห็นได้ว่า ในหลายกรณีที่มีประเด็นว่ามีการเลือกปฏิบัติ นั้น อาจไม่อยู่ในขอบเขตการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ ยังมีกรณีการเลือกปฏิบัติที่ทับซ้อนกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น รวมทั้งยังมีกรณีการเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายอื่น ซึ่งอาจจำแนกสรุปได้ ๓ กรณีหลัก ดังนี้

กรณีแรก ผู้วิจัยจะได้สรุปการเลือกปฏิบัติที่อยู่ในขอบเขตและไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชนในหัวข้อ ๕.๑.๑.๑ ซึ่งยังสามารถจำแนกออกเป็น ๕ กรณีย่อย คือ (๑) การเลือกปฏิบัติในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชนตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองและตามความเห็นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (๒) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ: กรณีจากคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (๓) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ: กรณีจากคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ (๔) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ: กรณีคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกา (๕) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ: กรณีข้อเท็จจริงจากการรับฟังความคิดเห็น / สัมภาษณ์ / ประชุมกลุ่มย่อย

กรณีที่สอง ผู้วิจัยจะได้สรุปกรณีที่มีความคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น ในหัวข้อ ๕.๑.๑.๒ ซึ่งอาจจำแนกได้เป็น ๔ กรณีย่อย คือ (๑) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (๒) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดเสรีภาพในทางศาสนา (๓) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางการศึกษา (๔) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม

กรณีที่สาม ผู้วิจัยจะได้สรุปกรณี “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทของกฎหมายปกครอง ในหัวข้อ ๕.๑.๑.๓ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ามีความหมาย ขอบเขต และอยู่บนพื้นฐานหลักการแนวคิดเฉพาะของกฎหมายปกครองที่แตกต่างจากกฎหมายสิทธิมนุษยชน

๕.๑.๑.๑ กรณีการปฏิบัติที่อยู่ในขอบเขตและไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ในหัวข้อนี้ จะได้สรุปการเลือกปฏิบัติที่อยู่ในขอบเขตและไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งยังสามารถจำแนกออกเป็น ๕ กรณีย่อย ดังต่อไปนี้

(๑) การเลือกปฏิบัติในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้างว่าเกิดการ “เลือกปฏิบัติ” ตามขอบเขตองค์ประกอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”⁶²³ แล้วพบว่ากรณีที่เกิดขึ้นในขอบเขตการเลือกปฏิบัติดังกล่าว ทั้งในส่วนของการเรียกร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีของ **คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ** พบว่ามีหลายกรณีที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และเข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น กรณีการسابานตนก่อนเบิกความตามข้อความในแบบพิมพ์ของศาลซึ่งกำหนดไว้แตกต่างกัน โดยบางศาสนามีการให้อ้างถึงครอบครัวด้วย (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๖๔๗/๒๕๕๕) ระเบียบคณะกรรมการการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม กำหนดว่าผู้ที่มีสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ส.ป.ก. จะต้องเป็น “ผู้มีร่างกายสมบูรณ์” (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๒/๒๕๕๕) ระเบียบกองทัพบกว่าด้วยดุริยางค์ทหารบก พ.ศ. ๒๕๕๓ ตามผนวกข้อ ๓ เกี่ยวกับบัญชีโรคหรือความผิดปกติหรือความพิการซึ่งขัดต่อการเป็นนักเรียนดุริยางค์ทหารบก ซึ่งระบุว่า “แผลเป็นหรือปานที่หน้ามีเนื้อที่ตั้งแต่ ๑.๕ ตารางนิ้วขึ้นไป หรือมีความยาวมากจนดูหน้าเกลียด” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า เป็นระเบียบที่อาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๙๔/๒๕๕๗) เป็นต้น

สำหรับ**คดีของศาลรัฐธรรมนูญ**พบว่า มีหลายคดีที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและจัดอยู่ในกลุ่มของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “...ประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตรี ที่บัญญัติให้สามีและภริยาที่อยู่ร่วมกันตลอดปักษีที่ล่วงมาแล้ว ต้องถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการและเสียภาษี ประกอบกับมาตรา ๕๗ เบญจ บัญญัติให้แต่เฉพาะภริยาที่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา ๔๐ (๑) สามารถแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามี... จึงถือว่าเป็นการไม่ส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิง และยังเป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคลภายหลังจากการสมรสตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๗/๒๕๕๕) นอกจากนี้ ยังพบคดีที่ศาลตัดสินว่าพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) ในส่วนที่บัญญัติให้ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามว่า “มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ นั้นเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ ตามรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕/๒๕๕๕)

⁶²³ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามตราสารระหว่างประเทศ เช่น ICCPR ครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”



จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวจัดอยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติและได้รับการพิจารณาในขอบเขตนี้อย่างสอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

(๒) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ: กรณีจากคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ผลการวิจัยพบว่า คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหลายกรณี ผู้ร้องอ้างว่า “ถูกเลือกปฏิบัติ” แต่หากพิจารณาในกรอบความหมายและขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว กรณีเหล่านั้นไม่จัดอยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติ ดังเช่นคำร้องต่อไปนี้

- ผู้ร้องอ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการปฏิบัติของโรงเรียนแห่งหนึ่ง กรณีบุตรสาวถูกเพื่อนชายล่อลวงละเมิดทางเพศในโรงเรียนและแจ้งความแล้วแต่คดีไม่มีความคืบหน้า (คำร้องที่ ๔๗๖/๒๕๕๖) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่ผู้ร้องเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม แต่ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าการปฏิบัติที่พิพาทเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม กรณีนี้บุตรสาวผู้ร้องเป็นผู้พิการ หากมีข้อเท็จจริงว่าการที่คดีไม่คืบหน้านั้นสืบเนื่องมาจากสาเหตุความพิการ ก็อาจเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้ กรณีลักษณะนี้คล้ายคลึงกับกรณีผู้ร้องอ้างว่ามีการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่เท่าเทียมกัน เช่น พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหาเฉพาะผู้ร้องแต่ไม่แจ้งข้อหาคู่กรณีในการทะเลาะวิวาท (คำร้องที่ ๗๔/๒๕๕๕) ซึ่งไม่มีข้อเท็จจริงว่ากรณีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอย่างไร

- กรณี ผู้ร้องร้องเรียนว่าข้าราชการส่วนท้องถิ่นที่ได้รับเงินเดือน การขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ไม่เท่าเทียมและไม่เสมอภาคกับข้าราชการส่วนท้องถิ่นบางตำแหน่งและข้าราชการประเภทอื่น กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นการเปรียบเทียบกันระหว่างข้าราชการท้องถิ่น ข้าราชการประเภทอื่น แม้จะมีความแตกต่างกันแต่ก็ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่ายังไม่มี การละเลยหรือละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด (คำร้องที่ ๔๕๙/๒๕๕๖ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๓๓/๒๕๕๗) ทั้งนี้ อาจพิจารณาต่อไปว่าจัดอยู่ในการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายปกครองหรือไม่

- กรณีผู้ร้องอ้างว่า โรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงการจบหลักสูตรสำหรับนักเรียนที่ยังค้างค่าบำรุงการศึกษา (คำร้องที่ ๒๒๙/๒๕๕๕) กรณีนี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างนักเรียนที่ผ่านเกณฑ์ มีสิทธิจบการศึกษา ด้วยเหตุที่บางคนยังค้างค่าบำรุง อย่างไรก็ตาม เหตุ “ค้างชำระค่าบำรุง” ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ ยังอาจพิจารณาได้ว่า นักเรียนที่มีสิทธิจบการศึกษาที่จ่ายค่าบำรุงครบ กับนักเรียนที่มีสิทธิจบการศึกษาที่จ่ายค่าบำรุงไม่ครบ เป็นบุคคลสองกลุ่มที่แตกต่างกัน จึงอาจได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงว่า การไม่ออกเอกสารจบหลักสูตรให้กับนักเรียนบางคนมีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ไม่ออกเอกสารให้กับนักเรียนบางศาสนา เช่นนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้

- กรณีผู้ร้องเรียนว่าถูกโรงเรียนเรียกเก็บเงินค่าเทอม คนละ ๒๗,๐๐๐ บาท หากไม่จ่ายทางโรงเรียนให้ลาออก หรือจะคัดชื่อออกจากโรงเรียน ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าไม่เป็นไปตามกฎหมายที่มีสิทธิเรียนฟรี ๑๒ ปี คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า กรณีนี้เป็นโรงเรียนทางเลือกที่มีการสอนตามหลักสูตรบูรณาการ แตกต่างจากโรงเรียนที่สังกัดภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน และมีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จึงไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชน (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๐๗๙/๒๕๕๘) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมพิเศษมิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ ยังอาจพิจารณาได้ว่า โรงเรียนดังกล่าวเรียกเก็บค่าธรรมเนียมนั้นกับนักเรียนทุกคนจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่มีประเด็นน่าพิจารณาว่าหากนำหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาพิจารณาถึงผลกระทบ (Effect) แล้ว จะมีนักเรียนบางคนที่อยู่ในกลุ่มเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไม่สามารถเข้าเรียนได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับโรงเรียนอื่นจะเห็นได้ว่า โรงเรียนในกรณีนี้มีลักษณะแตกต่างจากโรงเรียนอื่นที่ไม่เก็บค่าธรรมเนียม

- การที่บุคคลบางกลุ่มเสียสิทธิบางอย่าง เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง เพราะไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขสำหรับการได้สิทธินั้น หากหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขดังกล่าวไม่มีข้อเท็จจริงว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและไม่ใช่การเลือกปฏิบัติ เช่น กรณีผู้ร้องอ้างว่าถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าร่วมสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์เนื่องจากขาดเอกสารประกอบการสอบ เช่น ส่งรูปถ่ายไม่ครบตามจำนวนที่กำหนดในประกาศสอบ จะเห็นได้ว่า เมื่อผู้ร้องมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขดังกล่าว การที่ผู้ร้องถูกตัดสิทธิเข้าสอบจึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คำร้องที่ ๖๒๕/๒๕๕๓ และ ๖๓๑-๖๓๕/๒๕๕๓ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๓๕๗-๓๖๒/๒๕๕๘)

- การอ้างว่าไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากบริการสาธารณะของรัฐ เนื่องจากสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานมีมติไม่จ่ายเงินชดเชยความเสียหายจากกรณีไฟไหม้โรงเรียนและเด็กเสียชีวิตให้กับครอบครัวผู้ร้องทั้งสาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า โรงเรียนมีหน้าที่ตามหลัก “Duty of Care” แม้บุคลากรของโรงเรียนจะไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว แต่เนื่องจากการจัดการศึกษาเป็นการบริการสาธารณะอันเป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น กระทรวงศึกษาธิการยังคงต้องรับผิดชอบใช้เยียวยาความเสียหายตามหลัก Duty of Care โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่กระทำผิดหรือไม่ (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๖๓๒/๒๕๕๘) อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ไม่ปรากฏว่าการไม่จ่ายเงินชดเชยความเสียหายดังกล่าวมีสาเหตุสัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ แต่มีข้อสังเกตว่า กรณีข้อเท็จจริงลักษณะนี้ กล่าวคือ การไม่เยียวยาความเสียหายอันเกิดจากเหตุใด ๆ มักจะมีการกล่าวอ้างว่าการไม่เยียวยานั้นเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ซึ่งในทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนอาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติ

- คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ร้องเป็นกลุ่มผู้ปกครองของนักเรียนโรงเรียนแห่งหนึ่ง ที่เรียกร้องสิทธิกลับเข้าศึกษาต่อโรงเรียนเดิมจำนวน ๓๖ คน หลังจากที่มีปัญหาภายในโรงเรียนเพราะเหตุนักเรียนกลุ่มดังกล่าวเรียกร้องสิทธิในการศึกษาต่อที่โรงเรียนเดิม และโรงเรียนผู้ถูกร้องได้รับนักเรียนกลุ่มดังกล่าวเข้าศึกษาต่อ แต่เข้าเพียง ๑ สัปดาห์ นักเรียนกลุ่มดังกล่าวได้รับแรงกดดันและพฤติกรรมไม่เหมาะสมจากเพื่อนนักเรียน อีกทั้งหนังสือเรียนที่ได้รับและกระบวนการเรียนการสอนก็แตกต่างจากนักเรียนภาคปกติ อย่างไรก็ตาม กรณีนี้



คณะกรรมการฯ ได้มีการประสานกับฝ่ายที่เกี่ยวข้องและได้รับการแก้ไขปัญหาลแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงยุติเรื่อง (คำร้องที่ ๒๘๒/๒๕๕๕) กรณีนี้แม้จะพิจารณาว่านักเรียนกลุ่มที่เรียกร้องสิทธิได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากนักเรียนกลุ่มอื่น และอาจพิจารณาว่าไม่มีเหตุผลสมควร หรืออาจมองว่าไม่เป็นธรรม แต่เหตุดังกล่าวก็ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามนัยกฎหมายสิทธิมนุษยชน

- กรณีอ้างว่าเด็กถูกเลือกปฏิบัติจากการปฏิบัติของโรงเรียนด้วยเหตุ “ความประพฤติ” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๘๖๕/๒๕๕๕) จะเห็นได้ว่ากรณีนี้เป็นการพิจารณาในขอบเขตที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากเกี่ยวข้องกับกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก
- กรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า นโยบายยุบ ควบรวมโรงเรียนเป็นนโยบายที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพในการศึกษาของเด็กนักเรียน (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๗๗-๔๗๘/๒๕๕๗) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า “ขนาด” ของโรงเรียน มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า เหตุด้าน “ขนาด” ของโรงเรียนที่ถูกยุบหรือควบรวมนั้น มีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ก็อาจเป็นการเลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้

จะเห็นได้ว่า กรณีเหล่านี้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันมีขอบเขตที่แตกต่างจากการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่ผู้ร้องมีมุมมองว่าเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” นอกจากนี้ ในหลายกรณีจะเห็นได้ว่า แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าการเลือกปฏิบัติ แต่ก็ได้ให้เหตุผลชัดเจนลงไปว่า กรณีเหล่านั้นไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หรืออาจไม่อยู่ในขอบเขตการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอื่น เช่น เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการใช้ดุลพินิจ หรือเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการชั่งน้ำหนักกับผลประโยชน์อื่น เป็นต้น

(๓) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ: กรณีจากคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ

จากผลการศึกษาคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญพบว่า มีหลายคดีที่มีประเด็นอ้างว่ากฎหมายที่พิพาทเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ (เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓/๒๕๔๖, ๑๐/๒๕๔๙, ๑๑/๒๕๕๐, ๑/๒๕๕๑, ๓๑/๒๕๕๕) อย่างไรก็ตาม เมื่อวิเคราะห์กฎหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่ามิได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ากฎหมายมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม แม้ศาลตัดสินว่า **ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ** แต่ก็มิได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยชัดเจนลงไปว่ากรณีเช่นนี้ไม่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” โดยศาลให้เหตุผลว่ากฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับทุกคนเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นเหตุผลอันสอดคล้องกับหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรง

นอกจากนี้ ในอีกหลายคดีนั้นอาจพิจารณาได้ว่ามีประเด็นเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบอื่นของกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่ทำให้กรณีนั้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ (Margin of Appreciation) การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์อื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ศาลมิได้ให้เหตุผลว่าเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบดังกล่าว เช่น กรณีการเปรียบเทียบระหว่างการเรียกดอกเบี้ยของสถาบันการเงิน และองค์กรหรือบุคคลอื่นที่มีใช้

สถาบันการเงิน ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ คดีนี้แม้ศาลจะตัดสินว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติแต่ให้เหตุผลว่า “...เป็นไปตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินฯ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจ หลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ฯ” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕/๒๕๕๒) แต่ในอีกแง่หนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า กรณีนี้ยังเกี่ยวข้องกับการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์อื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองอันเป็นองค์ประกอบอีกประการหนึ่งที่ทำให้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือในคดีที่ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๑๒๑ ให้สิทธิและยกเว้นแก่โจทก์ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ไม่ต้องปิดอาคารแสดงสมบัติในหนังสือมอบอำนาจ แต่ในขณะเดียวกัน ฝ่ายผู้ร้องต้องปิดอาคารแสดงสมบัติ ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๑๒๑ มีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจากประชาชนที่จะได้รับบริการจากรัฐ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจากรัฐเอง จึงชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวแล้ว ไม่ได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลทั่วไป (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๑/๒๕๕๓) หรือในกรณีที่มีการอ้างว่า พระราชบัญญัติภาษีโรงเรียนและที่ดิน พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๔๕ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และ ๓๐ เนื่องจากบัญญัติให้ผู้รับโอนต้องรับผิดชอบในฐานะลูกหนี้ร่วมกับผู้โอนในภาษีที่ค้างชำระ “ไม่ว่าจะรับโอนมาด้วยเหตุใด ๆ” ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวตราขึ้นเพื่อให้รัฐโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหารายได้จากการจัดเก็บภาษีอันเป็นกิจการเพื่อสาธารณประโยชน์ กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นบทกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดและเท่าที่จำเป็น ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ใช้กับบุคคลโดยเสมอภาคและให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล... (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๑/๒๕๕๔) จะเห็นได้ว่า กรณีเหล่านี้เกี่ยวข้องกับการนำผลประโยชน์ของรัฐมาชั่งน้ำหนักประกอบด้วย อันเป็นอีกเหตุหนึ่งซึ่งทำให้ข้อเท็จจริงลักษณะนี้แม้มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่จัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

อาจสรุปได้ว่า ในบริบทของศาลรัฐธรรมนูญนั้น หลายคดีมีการกล่าวอ้างว่าเกิดการเลือกปฏิบัติในขอบเขตที่กว้างกว่าการเลือกปฏิบัติตามนัยกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่แม้ศาลจะตัดสินว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ในหลายคดีก็ได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยชัดเจนลงไปว่ากรณีเช่นนี้ไม่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ” อย่างไรก็ตาม จากคำพิพากษาหลายคดีก็ชี้ให้เห็นว่าศาลนำองค์ประกอบอื่นของการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนมาปรับใช้ เช่น การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์อื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เป็นต้น

(๔) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ: กรณีคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกา

ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง มีคำร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างว่ามีการ “เลือกปฏิบัติ” เช่น กรณีหลักเกณฑ์การรับนักเรียนที่กำหนดคุณสมบัติบางประการ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า หลักเกณฑ์การคัดเลือกนักเรียนของโรงเรียน ส. ที่พิจารณารับบุตรของผู้ปกครองที่สนับสนุนช่วยเหลือกิจการโรงเรียน หรือเป็นบุตรหลานอาจารย์ในโรงเรียน หรือเด็กที่ผู้ฝากให้การสนับสนุนโรงเรียน ฯลฯ “เป็นหลักเกณฑ์ที่ให้ความได้เปรียบแก่บุคคลบางกลุ่ม...เป็นการเปิดโอกาสให้โรงเรียนใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ อันเป็นการเลือกปฏิบัติให้เป็นคุณแก่บุคคลบางกลุ่มเท่านั้น จึงไม่เป็นธรรมต่อนักเรียนที่สมัครสอบคัดเลือกเข้าเรียนในโรงเรียนโดยทั่วหน้ากัน อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคของบุคคลที่จะเข้ารับการศึกษาในโรงเรียน



ของรัฐ” (คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๒๕/๒๕๔๓) หากพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าว ไม่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ฯลฯ แต่หากมีข้อเท็จจริงว่า การคัดเลือกเฉพาะนักเรียนที่ผู้ปกครองหรือผู้ฝากให้การ “สนับสนุน” โรงเรียน โดยมีการบริจาคทรัพย์สิน อาจเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ “ฐานะทางเศรษฐกิจ” หรือในกรณีการคัดเลือกนักเรียนที่สืบเชื้อสายจากอาจารย์ในโรงเรียน อาจเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ “บรรพบุรุษ” นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า กรณีที่การเคหะแห่งชาติผ่อนผันเฉพาะผู้เช่าซื้อบางรายนั้นไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ร้องทุกข์ที่ไม่เท่าเทียมกันกับรายอื่น (คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๑๓/๒๕๔๐) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีการเลือกปฏิบัติในความหมายที่แตกต่างและกว้างกว่าการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า การผ่อนผันแก่ผู้เช่าซื้อบางรายนั้นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฯลฯ ดังนั้นอาจจัดเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้

อาจสรุปได้ว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งสะท้อนแนวความคิดการพิจารณา “การเลือกปฏิบัติ” บนพื้นฐานของกฎหมายปกครอง ดังจะพบได้จากแนววินิจฉัยของศาลปกครองที่จะได้จำแนกสรุปต่อไป

(๕) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ: กรณีข้อเท็จจริงจากการรับฟังความคิดเห็น / สัมภาษณ์ / ประชุมกลุ่มย่อย

จากการสัมภาษณ์ รับฟังความเห็น ประชุมกลุ่มย่อย พบว่ามีหลายกรณีที่บุคคลเห็นว่าตนได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกับบุคคลอื่น ก็จะอ้างว่า “ถูกเลือกปฏิบัติ” รวมไปถึงในขอบเขตที่กว้างกว่านั้น กล่าวคือแม้แต่ในกรณีที่บุคคลเห็นว่าตน “ไม่ได้รับความเป็นธรรม” ก็มักมีการอ้างว่า “ถูกเลือกปฏิบัติ” ไปด้วย อย่างไรก็ตาม การกล่าวอ้างดังกล่าว หากพิจารณาในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว อาจไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น

- การที่ธนาคารแห่งหนึ่งให้อัตราดอกเบี้ยเงินฝากสำหรับบัญชีที่เปิดทางระบบอิเล็กทรอนิกส์สูงกว่าบัญชีที่เปิดตามระบบปกติ ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับบุคคลที่ไม่ใช้อินเทอร์เน็ตแบงก์กิ้ง กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างกันสืบเนื่องจากการตัดสินใจใช้หรือไม่ใช้ช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ

ข้อสังเกต: หากมีข้อเท็จจริงว่า การที่บุคคลไม่สามารถใช้อินเทอร์เน็ตแบงก์กิ้งสืบเนื่องจากความแตกต่างด้าน “สถานะทางเศรษฐกิจ” ก็อาจมีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

- การกระทำได้บางอย่างมีลักษณะเหมือนกันแต่มีกฎหมายลงโทษแตกต่างกัน เช่น การหมิ่นประมาทผู้อื่นด้วยเนื้อหาเช่นเดียวกัน หากกระทำได้ผ่านระบบคอมพิวเตอร์จะได้รับโทษหนักกว่าและยอมความไม่ได้ กรณีนี้ แม้จะพิจารณาว่ากฎหมายลงโทษการกระทำ “เหมือนกัน” แตกต่างกัน แต่ก็มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ

ข้อสังเกต: การกระทำที่มีลักษณะเชิงเนื้อหาเช่นเดียวกัน เช่น นาย ก. ใส่ความนางสาว ข. ว่าเป็นโสเภณี ซึ่งเป็นความเท็จ ทำให้นางสาว ข. เสื่อมเสียชื่อเสียง หากนาย ก. กล่าวด้วยวาจาต่อบุคคลที่สามด้วยเนื้อหาดังกล่าว ก็เข้าองค์ประกอบกฎหมายอาญามาตรา ๓๒๖ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ (กฎหมายอาญามาตรา ๓๒๖) แต่หากนาย ก. เผยแพร่ข้อมูลเนื้อหาเช่นเดียวกันทางระบบคอมพิวเตอร์ จะเข้าองค์ประกอบมาตรา ๑๔ ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ จะเห็นได้ว่า “เนื้อหา” เช่นเดียวกันแต่กฎหมายสองฉบับกำหนดโทษต่างกัน อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้อาจพิจารณาได้ว่า ข้อเท็จจริงทั้งสองกรณี “ต่างกัน” เนื่องจาก “ช่องทาง” การเผยแพร่ข้อมูลแตกต่างกัน โดยการเผยแพร่ทางระบบคอมพิวเตอร์อาจส่งผลให้สาธารณชนรับรู้ได้ แต่กระนั้นก็ตาม หากเปรียบเทียบระหว่างการเผยแพร่ที่ส่งผลต่อสาธารณะด้วยกัน ก็ยังคงเห็นได้ว่าโทษที่ได้รับรุนแรงต่างกัน เช่น ในกรณีนาย ก. เผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวทางสื่อสาธารณะที่มีใช้ระบบคอมพิวเตอร์ เช่น กล่าวทางโทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ ซึ่งตกอยู่ภายใต้องค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา มีโทษจำคุกไม่เกินสองปีและปรับไม่เกินสองแสนบาท (กฎหมายอาญามาตรา ๓๒๘) เมื่อเปรียบเทียบแล้วก็ยังมีโทษจำคุกน้อยกว่าการเผยแพร่เนื้อหาข้อมูลเช่นเดียวกันทางระบบคอมพิวเตอร์ กล่าวคือมีโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ข้อแตกต่างประการสำคัญ คือ การหมิ่นประมาทโดยการโฆษณายังสามารถยอมความได้ แต่ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ไม่สามารถยอมความได้⁶²⁴

- การที่ลูกจ้างที่ไม่ใช่โปรแกรมประยุกต์ไลน์ (LINE application) ในการสื่อสาร ไม่เข้ากลุ่มกับนายจ้าง ทำให้ถูกเลือกปฏิบัติในการก้าวหน้า ได้รับการปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าลูกจ้างอื่นที่เข้ากลุ่ม กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เหตุที่เกี่ยวกับการใช้หรือไม่ใช้เทคโนโลยีการสื่อสาร มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ

ข้อสังเกต: มีข้อที่น่าพิจารณาว่า กฎข้อบังคับในการทำงานที่ให้ลูกจ้างทุกคนใช้โปรแกรมการสื่อสารชนิดใดชนิดหนึ่งในการทำงานนั้น เป็นการใช้อย่างบังคับกับลูกจ้างเท่าเทียมกันทุกคน จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่อาจพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้ เพราะกฎเกณฑ์ที่มุ่งใช้กับลูกจ้างทุกคนนี้ ส่งผลในทางปฏิบัติให้ลูกจ้างบางคนที่ไม่ใช่โปรแกรมดังกล่าวเสียเปรียบลูกจ้างอื่น แต่กระนั้นก็ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมไปว่า การที่ลูกจ้างที่ปฏิเสธไม่ใช้โปรแกรกดังกล่าว มีสาเหตุสืบเนื่องกับ “เชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ ฯลฯ” ก็อาจเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและส่งผลให้กฎเกณฑ์ของนายจ้างนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติได้

⁶²⁴ อย่างไรก็ตาม จากร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่แก้ไขใหม่ในปี ๒๕๕๙ ได้มีการปรับปรุงมาตรา ๑๔ เพื่อแก้ไขความทับซ้อนระหว่างความผิดทางคอมพิวเตอร์กับความผิดฐานหมิ่นประมาท แต่ขณะทำการศึกษาวินิจฉัยนี้ ร่างดังกล่าวยังไม่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย



• การรับสมัครงานโดยระบุเจาะจง “สถาบันการศึกษา” หรือการพิจารณารับบุคคลเข้าทำงานจาก “สถาบันการศึกษา” กรณีนี้แม้จะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน หรือเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่จบจากสถาบันการศึกษาหนึ่งในลักษณะที่ด้อยกว่า (Less Favorable Treatment) เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลที่จบจากสถาบันการศึกษาอีกแห่งหนึ่ง แต่เมื่อพิจารณาทั้งกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยพบว่า “สถาบันการศึกษา” ไม่จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ข้อสังเกต: หากมีข้อเท็จจริงว่า สถาบันศึกษานั้นมีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับ “เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ” อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้

• ผู้ให้ข้อมูลในการสนทนากลุ่มกล่าวว่า “องค์กรภาครัฐแห่งหนึ่ง ผู้บริหารจบการศึกษามาจากโรงเรียนมัธยมแห่งหนึ่ง ซึ่งในการแต่งตั้งตำแหน่งบริหาร กรรมการชุดต่าง ๆ มักเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับผู้จบการศึกษามาจากโรงเรียนมัธยมแห่งนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้จบจากโรงเรียนมัธยมอื่น ๆ ที่มีวิทยฐานะเช่นเดียวกัน” กรณีนี้แม้จะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่เหตุเกี่ยวกับ “สถาบันการศึกษา” ไม่จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม กรณีเช่นนี้อาจจัดอยู่ในขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายปกครอง

• ผู้ให้ข้อมูลในการสนทนากลุ่มกล่าวว่า “องค์กรหรือบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เปิดรับรักษาผู้ป่วย เช่นเดียวกับโรงพยาบาล บางองค์กรถูกดำเนินคดี แต่บางองค์กรไม่ถูกดำเนินคดี เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่”

ข้อสังเกต: กรณีนี้ยังต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและความแตกต่างในลักษณะของการประกอบการสถานพยาบาลด้วย อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าองค์กรสองแห่งต่างผิดกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่องค์กรหนึ่งไม่ถูกดำเนินคดี ในความหมายทั่วไปอาจพิจารณาได้ว่าการเลือกปฏิบัติในระดับของการบังคับใช้กฎหมาย อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ หากไม่เกี่ยวข้องก็ต้องไปพิจารณาตามกฎหมายอื่น เช่น การละเว้นปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตามกฎหมายอาญา เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าวแม้ไม่อยู่ในขอบเขตการเลือกปฏิบัติ แต่ก็มิได้หมายความว่า จะไม่มีมาตรการทางกฎหมายใดสามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองหรือเยียวยาได้ ทั้งนี้ จะต้องพิจารณากฎหมายอื่น เช่น หากเป็นกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันเกี่ยวเนื่องกับกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง อาจอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองในฐานะ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ได้ นอกจากนี้ ยังอาจเป็นกรณีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบตามกฎหมายปกครอง หรืออาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

๕.๑.๑.๒ กรณีมีความคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น

จากการศึกษาวิเคราะห์คำร้องและการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ามีกร “เลือกปฏิบัติ” เกิดขึ้น ซึ่งมักเป็นกรณีการนำข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกันว่ามีกรปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่า ในหลายกรณีตามคำร้องนั้น การปฏิบัติแตกต่างกันดังกล่าวไม่มีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรืออาจพิจารณาว่าเป็นการอ้างเหตุที่กว้างกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือเป็นกรณีของกฎเกณฑ์หรือการปฏิบัติที่เป็นกลาง (Neutral) ซึ่งมีผลเป็นการปฏิบัติ

หรือบังคับกับทุกคนเหมือนกัน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการปฏิบัติที่พิพาทดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ แต่ก็ยังสามารถอยู่ในขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติได้ เพราะอาจเป็นการกระทบ “สิทธิมนุษยชน” ในแง่อื่น ๆ ของผู้ร้อง “ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”⁶²⁵ เช่น การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา การปฏิบัติที่กระทบต่อศักดิ์ศรี ของมนุษย์ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในการสื่อสาร เป็นต้น ซึ่งอาจสรุปจำแนกได้ ๔ กรณีย่อย ดังนี้

๑

กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เช่น กรณีการนำร่างของผู้เสียชีวิตด้วยโรคเอดส์มาจัดแสดง พร้อมทั้งเขียนชื่อ-นามสกุล ประวัติ อาชีพของผู้ตาย ทั้งเป็นร่างที่ไม่สวมใส่เสื้อผ้า (คำร้องที่ ๔๘๔/๒๕๕๒) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า กรณีนี้แม้ว่าจะเป็นกรณี เกี่ยวข้องกับ “ผู้ป่วยโรคเอดส์” ซึ่งสามารถจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ก็ไม่สามารถกล่าวว่ามีประเด็นการเปรียบเทียบระหว่างบุคคลเหมือนกันที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน จึงไม่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งสุขภาพ จึงต้องพิจารณาว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ เช่น สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลหรือไม่ หรือในกรณีคำร้องเกี่ยวกับการค้นตัวพนักงาน (คำร้องที่ ๔๕/๒๕๕๕ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๙๖/๒๕๕๖) ซึ่งไม่สามารถกล่าวมีการปฏิบัติ ที่แตกต่างกันระหว่างพนักงานหญิงและชาย แต่อาจกระทบสิทธิส่วนบุคคลในเนื้อตัวร่างกาย เช่นเดียวกับกรณีคำร้องเกี่ยวกับภาคเอกชนทำการค้นตัวผู้เข้าชมคอมพิวเตอร์ซึ่งมีการใช้มือสัมผัสบริเวณหน้าอก อวัยวะเพศ กรณีนี้แม้จะเกี่ยวข้องกับเหตุแห่ง “เพศ” แต่ก็ไม่สามารถกล่าวมีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นว่า วิธีการตรวจค้นโดยใช้มือสัมผัสร่างกาย อาจส่งเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน (รายงานผลการพิจารณา ที่ ๙๕๒/๒๕๕๘) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า มีความเกี่ยวข้องกัสิทธิมนุษยชนด้านอื่นนอกจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและเนื้อตัวร่างกาย

๒

กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดเสรีภาพในทางศาสนา กรณี ปัญหาลักษณะนี้มีตัวอย่างเช่น ระเบียบในสถานที่ทำงานหรือสถานศึกษาเกี่ยวกับการแต่งกายตามศาสนา เช่น ศาสนาอิสลาม (เช่น คำร้องที่ ๓๔๔/๒๕๕๓ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๔๕๗/๒๕๕๖ คำร้องที่ ๕๖๗/๒๕๕๓ รายงานผลการพิจารณา ที่ ๒๙๘/๒๕๕๔) กรณีเหล่านี้ อาจจำแนกพิจารณาได้สองมิติ คือ ในมิติแรก หากกฎ ระเบียบดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับลูกจ้างหรือนักเรียนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน เช่นนี้ หากพิจารณาตามหลักของ การเลือกปฏิบัติโดยตรงแล้วจะเห็นได้ว่า กฎระเบียบหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) จึงไม่ เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่แม้ว่าจะพิจารณาในกรอบการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ก็ยังมีข้อจำกัดเนื่องจากต้องมีการนำ ปัจจัยอื่นมาพิจารณา เช่น ปัจจัยเกี่ยวกับความเหมาะสมและความจำเป็นในการประกอบอาชีพ เป็นต้น (ตัวอย่าง

⁶²⁵ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๒, มาตรา ๓



เช่น กรณี *Singh Bhinder v Canada, Communication No. 208/1986*, และกรณีตามรายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๙๑/๒๕๕๖) ในมติที่สอง กฎระเบียบที่ส่งผลจำกัดการแต่งกายตามความเชื่อศาสนานั้น แม้ว่าใช้บังคับกับบุคคลทุกคนและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติก็ตาม แต่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งศาสนา ที่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง แต่ก็ต้องชั่งน้ำหนักกับเหตุผลอื่น เช่น การรักษาความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือ ศีลธรรมของประชาชน เป็นต้น

๓

กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางการศึกษา คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหลายกรณี มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อนักเรียน นักศึกษา ที่แตกต่างกัน โดยบางกรณีก็ไม่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น กรณีเหตุแห่งการพักการเรียนเกี่ยวข้องกับ “พฤติกรรม” ของนักเรียน (รายงานผลการตรวจสอบ ที่ ๘๖๕/๒๕๕๕) กรณีที่ผู้ร้องอ้างว่า นักเรียนที่เรียกร้องสิทธิกลับเข้าศึกษาต่อโรงเรียนเดิมจำนวน ๓๖ คน ถูกเลือกปฏิบัติ (คำร้องที่ ๒๘๒/๒๕๕๕) กรณีผู้ร้องอ้างว่า โรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงการจบหลักสูตรสำหรับนักเรียนที่ยังค้างค่าบำรุงการศึกษา (คำร้องที่ ๒๒๙/๒๕๕๕) กรณีกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนเข้าศึกษาต่อ (คำร้อง ๕๗๓/๒๕๕๕ และ ๓๓/๒๕๕๖) กรณีเหล่านี้หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ อาจจัดเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้ แต่หากไม่เกี่ยวข้องก็ต้องพิจารณาว่ากระทบสิทธิมนุษยชนในด้านอื่น โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพในการศึกษาที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้หรือไม่

๔

กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม จากการศึกษาคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่า กรณีที่มีการร้องเรียนหลายกรณี เกี่ยวข้องกับการที่ผู้ร้องอ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม เช่น อ้างว่าร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนแต่คดีไม่ืบหน้า (คำร้องที่ ๑๓๑/๒๕๕๗) อ้างเปรียบเทียบข้อเท็จจริงของการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมว่ามีความแตกต่างกันสำหรับกรณีข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน (คำร้องที่ ๗๔/๒๕๕๕) อ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม (คำร้องที่ ๒๖๑/๒๕๕๕) กรณีเช่นนี้อาจจำแนกได้ ๒ กรณี คือ

• **กรณีแรก** หากปรากฏว่าการเรียกร้องสิทธิในกระบวนการตามกฎหมายมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น สืบเนื่องจากการที่ผู้ร้องเกี่ยวข้องกับเหตุด้านเชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ อาจเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้

• **กรณีที่สอง** แม้ว่าจะไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าว หากปรากฏว่าการเรียกร้องตามกระบวนการนั้นได้รับการปฏิเสธ ล่าช้า ไม่เป็นไปตามกฎหมาย อาจเกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญอันอยู่ในขอบเขตอำนาจตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า กรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าเกิด “การเลือกปฏิบัติ” แต่เมื่อพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วเป็นกรณีการปฏิบัติในลักษณะเป็นกลาง (Neutral) ที่มีผลกับทุกคน หรือเป็นกรณีการปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน จึงไม่อาจจัดว่าเป็น “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) แต่กระนั้นก็ตาม ยังอาจอยู่ในขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ หากเป็นการกระทบ “สิทธิมนุษยชน” ในแง่อื่น ๆ ของผู้ร้อง “ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”⁶²⁶ เช่น การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา สิทธิเสรีภาพทางการศึกษา ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในการสื่อสาร สิทธิในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น

๕.๑.๑.๓ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทของกฎหมายปกครอง

จากที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ ๔ พบว่าการเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายปกครองอาจประกอบด้วย การเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามนัยกฎหมายสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ เนื่องจากการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายปกครองอยู่บนพื้นฐานหลักการที่แตกต่างกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนดังกล่าวมาแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ หรือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามอำเภอใจ แม้ว่าไม่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่ศาลปกครองก็ตัดสินว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ผู้วิจัยจึงจำแนกการเลือกปฏิบัติในขอบเขตกฎหมายปกครองเป็นอีกกลุ่มหนึ่งต่างหากและอาจสรุปได้ ดังนี้

⁶²⁶ แหล่งเดิม



คดีที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืนซึ่งผู้ฟ้องคดีอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากบุคคลที่อยู่ในสถานะเหมือนกันหรือที่ดินที่อยู่ในสภาพเหมือนกัน แต่ได้รับค่าทดแทนที่แตกต่างกัน โดยศาลนำหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญมาปรับใช้และตัดสินว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมหรือหลักความเสมอภาคดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติในกรณีนี้มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๒/๒๕๕๑) เช่นเดียวกับกรณีคำสั่งทางปกครองกำหนดเงื่อนไขในการได้รับการบริการจากภาครัฐโดยส่งผลเป็นการปฏิบัติที่ต่างกันระหว่างผู้ขอใช้บริการ ด้วยเหตุแห่งการเป็นผู้เช่าหรือผู้มีสิทธิครอบครองที่ดิน ซึ่งเหตุดังกล่าวนี้มิได้จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังเช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ แต่ศาลปกครองก็ตัดสินว่า กรณีเช่นนี้จะมีการกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๕๗/๒๕๕๔) หรือคดีที่เกี่ยวข้องกับมติของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะรัฐมนตรี) ถือว่าเป็นการออกกฎอันเป็นการลดสิทธิหรือจำกัดสิทธิตามสัญญาของผู้ฟ้องคดี ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการที่ให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เข้าทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานกับรัฐ ตามนัยมาตรา ๓๓๕ (๒) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญาฯ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๖/๒๕๕๖) สำหรับกรณีเหตุ “คุณวุฒิเกียรตินิยม” ของบุคคลนั้น ศาลปกครองเห็นว่า “การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาถือเป็นเหตุพิเศษที่จะให้ได้รับสิทธิคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันนั้น เห็นว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๗๙/๒๕๕๐) เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๕๘/๒๕๕๐) ซึ่งศาลปกครองตัดสินว่า การปฏิบัติที่ต่างกันด้วยเหตุเกียรตินิยมนั้นเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” หรือในกรณีลูกจ้างได้รับการปฏิบัติที่ต่างกันเพียงเพราะเหตุแห่งช่วงเวลาที่ถูกจ้างแต่ละกลุ่มสมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ศาลปกครองเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๔๘/๒๕๕๔) ซึ่งกรณีการเลือกปฏิบัติเกิดจากเหตุอื่นที่มีใช้เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ

จะเห็นได้ว่า คดีปกครองนั้นเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มีการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน หรือเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เช่น การที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมิน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเหตุผลอันควร ศาลตัดสินว่า “เป็นการเลือกปฏิบัติและใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๙๙/๒๕๕๑) หรือในคดีที่มีประเด็นว่าการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการเลือกปฏิบัติ นั้น ศาลปกครองเคยตัดสินว่า “ไม่มีเหตุผลอันควรและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๕๔/๒๕๕๗) โดยคดีนี้แม้มีการปฏิบัติที่ต่างกันระหว่างข้อเท็จจริงสองกรณีเหมือนกัน แต่ไม่มีประเด็นเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด สำหรับบางคดีพบว่าไม่ได้มีการเปรียบเทียบระหว่างผู้ฟ้องคดีกับบุคคลอื่นที่มีลักษณะ “เหมือนกัน” แต่ได้รับการปฏิบัติที่ต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ศาลพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติรวมกันกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๕/๒๕๕๗)

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า **การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม** ในบริบทของคดีปกครอง (มาตรา ๙ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒) นั้น **มีขอบเขตและลักษณะที่แตกต่าง** จาก “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายปกครองนั้น เป็นการพิจารณา “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ในกรอบของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ และมักมีข้อเท็จจริงที่สัมพันธ์กับ “การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยมิชอบ” **จึงอาจครอบคลุมถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยไม่เป็นธรรม การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฯลฯ ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน** หรืออาจเรียกว่าเป็นการเลือกปฏิบัติในความหมายที่กว้างกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและหลักการของกฎหมายปกครอง อันควรมีการศึกษาและพิจารณาแยกอีกส่วนหนึ่งต่างหากจากการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน

จากการสรุปความหมายและขอบเขตของการเลือกปฏิบัติ ในหัวข้อ ๕.๑.๑.๑ - ๕.๑.๑.๓ จะทำให้สามารถจำแนกความแตกต่างของ “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทต่าง ๆ ดังนี้

- ๑ กรณีที่อยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
- ๒ กรณีที่ไม่อยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่อาจอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายอื่นในความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายนั้น เช่น “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายปกครอง
- ๓ กรณีที่เป็นการกล่าวอ้างว่าเกิดการเลือกปฏิบัติในความหมายกว้างซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนและไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายปกครองด้วย เช่น การอ้างว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกันหรืออ้างว่ามีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกัน
- ๔ กรณีที่มีความทับซ้อนระหว่างการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ

จากการจำแนกดังกล่าว ทำให้สามารถแยกกรณี (๒) และ (๓) ออกจากขอบเขตการคุ้มครองในฐานะ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เนื่องจากไม่อยู่ในขอบเขตความหมายและองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งหากจะมีประเด็นว่าควรมีการปรับปรุงพัฒนาบทบัญญัติอย่างไรเพื่อคุ้มครองกรณีเหล่านั้นก็ต้องทำการศึกษาในกรอบกฎหมายอื่นต่อไป สำหรับกรณี (๔) แม้ว่าอาจไม่อยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติแต่ก็ยังอยู่ในขอบเขตอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เนื่องจากเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนอื่น

สำหรับกรณี (๑) นั้นอยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่มีกฎหมายครอบคลุมแล้ว อย่างไรก็ตาม กรณีที่งานวิจัยนี้มุ่งประสงค์จะชี้ให้เห็นถึงปัญหาการครอบคลุมของกฎหมายก็คือ กรณีที่นอกเหนือจาก (๑) - (๔) นั่นคือ กรณีการเลือกปฏิบัติในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่ตามกฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมถึง ดังจะได้จำแนกสรุปต่อไปในหัวข้อ ๕.๒



๕.๑.๒ การเลือกปฏิบัติที่กฎหมายไทยยังไม่ครอบคลุมถึง

จากการสรุปในหัวข้อ ๕.๑ จะเห็นได้ว่า กรณีที่มีการกล่าวอ้างและมีการพิจารณาว่าเป็น “การเลือกปฏิบัติ” นั้น หลายกรณีไม่จัดเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะต้องพิจารณาในบริบทกฎหมายอื่นต่อไป อย่างไรก็ตาม สำหรับประเด็นที่ว่า การปฏิบัติแตกต่างกันอันจัดอยู่ในขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น กฎหมายไทยปัจจุบันมีขอบเขตครอบคลุมกรณีเหล่านั้นเพียงใด จะได้สรุปในหัวข้อนี้ โดยจะเริ่มจากการสรุปวิเคราะห์เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้วยการเปรียบเทียบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทยในหัวข้อ ๕.๑.๒.๑ จากนั้นจะสรุปวิเคราะห์ขอบเขตกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันว่า ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนเพียงใดในหัวข้อ ๕.๑.๒.๒ หลังจากนั้นจะสรุปรูปแบบกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในหัวข้อ ๕.๑.๒.๓ เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อไป

๕.๑.๒.๑ สรุปวิเคราะห์เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติในขอบเขตของการวิจัยนี้เป็นการพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังนั้น องค์ประกอบสำคัญที่ทำให้การปฏิบัติอันแตกต่าง (Distinction หรือ Differentiation) ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) คือ การปฏิบัติอันแตกต่างนั้นต้องสืบเนื่องหรือเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Grounds) ซึ่งเหตุดังกล่าวมีการระบุไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ จากการศึกษาวินิจฉัยกฎหมายดังกล่าวเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย อาจจำแนกสรุปได้ ๔ กรณี ดังนี้

๑ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยกำหนดในลักษณะที่กว้างกว่าหรือเพิ่มเติมจากที่กฎหมายระหว่างประเทศระบุไว้ เช่น “การศึกษาอบรม” “สถานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม” อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาได้ว่าเหตุดังกล่าวอาจจัดอยู่ในความหมายของ “สถานะอื่น” ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้ สำหรับกรณี “สภาพทางกายหรือสุขภาพ” นั้นมีความหมายแตกต่างจาก “ความพิการ” โดยอาจรวมถึงสภาพทางกายต่าง ๆ เช่น น้ำหนัก ความสูง หรือการเจ็บป่วยเป็นโรคบางอย่างซึ่งไม่จัดอยู่ในความหมายของ “ความพิการ” ได้ด้วย หรือในกรณีเหตุ “วัยรุ่น” (บุคคลอายุเกินสิบปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงยี่สิบปีบริบูรณ์) ไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่ปัจจุบันไทยมีกฎหมายเฉพาะวางหลัก “ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุดังกล่าว (พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาคาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙) จึงอาจจัดว่าเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ในอีกมุมมองหนึ่งอาจจัดอยู่ในเหตุ “อายุ”

๒ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยมีการใช้ถ้อยคำในลักษณะที่แคบกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ให้การคุ้มครองเหตุเกี่ยวกับ “ความคิดเห็นทางการเมือง” ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศครอบคลุม “ความคิดเห็นอื่นใด” ด้วย ซึ่งมีขอบเขตกว้างกว่าการเมือง เช่น ความคิดเห็นในประเด็นต่างๆ ของสังคม สำหรับการระบุถ้อยคำ “ความเชื่อทางศาสนา” ตามรัฐธรรมนูญนั้นทำให้ขอบเขตของเหตุนี้มีลักษณะจำกัดลง โดยความเชื่อที่จะได้รับการคุ้มครองต้องเกี่ยวข้องกับ “ศาสนา” อันนำไปสู่ประเด็นปัญหาว่า ความเชื่อที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา รวมทั้งศาสนาที่มีใช้ศาสนากระแสหลัก จะจัดอยู่ในเหตุที่ได้รับความคุ้มครองนี้หรือไม่ ในขณะที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ความเชื่ออื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา อาจได้รับการคุ้มครองภายใต้ความหมายของ “ความคิดเห็นอื่นใด”

นอกจากนี้ กฎหมายบางประเทศระบุความเชื่ออื่นแยกจากศาสนา เช่น กฎหมายสวีเดนระบุ “ศาสนาหรือความเชื่ออื่น ๆ (Religion or other Belief)” นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตว่าจากร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น (๒๕๕๙) กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้เพียง “เหตุแห่งความแตกต่างระหว่างบุคคล เพศ ความพิการ หรือเหตุอื่นใด” ซึ่งเป็นการระบุเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ในขอบเขตที่จำกัดกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายของหลายประเทศ ทำให้เกิดปัญหาต้องตีความว่า เหตุอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ระบุไว้แต่เป็นเหตุตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือเป็นเหตุสำคัญที่ควรได้รับการคุ้มครองตามที่ปรากฏในกฎหมายต่างประเทศนั้น สามารถจัดอยู่ใน “เหตุอื่นใด” ได้หรือไม่

๓ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณีกฎหมายต่างประเทศได้ขยายความจากเหตุดั้งเดิมที่ระบุไว้โดยมีการแจกแจงรายละเอียดเพื่อความครอบคลุมและชัดเจน เช่น กรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เพศ” นั้น ในหลายประเทศระบุจำแนกละเอียดออกเป็นหลายกรณี เช่น “รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ” ด้วย ในขณะที่ประเทศไทยมีการบัญญัติไว้เพียง “เพศ” แต่กฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ ระบุเหตุแห่ง “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ครอบคลุม “การแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” นอกจากนี้ ในบางเหตุที่กฎหมายต่างประเทศระบุไว้ชัดเจน เช่น การติดเชื้อเอชไอวี ดังเห็นได้จากกฎหมายระดับมลรัฐหลายมลรัฐในออสเตรเลีย แต่ในกรณีของไทยมิได้ระบุไว้โดยเฉพาะ ซึ่งอาจจะต้องตีความของถ้อยคำเกี่ยวกับเหตุ “สุขภาพ” ที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

๔ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุมิได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่กฎหมายต่างประเทศบางประเทศกำหนดครอบคลุมขึ้นมา เพื่อเป็นการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในปัจจุบันที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะทางสังคม เช่น ประวัติการต้องโทษทางอาญา การให้นมบุตรจากอกแม่ การตั้งครรภ์ กรณีเหล่านี้มีความสำคัญและกระทบสิทธิของบุคคลในมิติต่าง ๆ เช่น การจ้างแรงงาน การดำเนินชีวิตในสถานที่สาธารณะ เป็นต้น ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว ในแง่หนึ่งอาจพิจารณาว่าสามารถตีความอยู่ในเหตุที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีการให้นมบุตร หรือกรณีการตั้งครรภ์ อาจตีความอยู่ในเหตุแห่ง “เพศ” สำหรับกรณีประวัติอาชญากรรมอาจตีความอยู่ใน “สถานะของบุคคล” แต่ในอีกแง่หนึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาความชัดเจนของการตีความในขณะที่กฎหมายหลายประเทศได้ระบุเหตุดังกล่าวไว้โดยเฉพาะในกฎหมาย

จากผลการศึกษาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าว จะเห็นได้ถึงขอบเขตการครอบคลุมของกฎหมายไทยปัจจุบันดังจะได้สรุปในหัวข้อต่อไป

๕.๑.๒.๒ สรุปขอบเขตและการครอบคลุมของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายของไทยในบทที่ ๔ อาจสรุปภายใต้การพิจารณาสองปัจจัยหลัก คือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Ground of Discrimination) และมิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination) ได้ว่า ปัจจุบันไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะอันมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ และมิติของการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ โดยกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะที่มีขอบเขตจำกัดในเชิงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และ/หรือ มิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น ครอบคลุมเฉพาะบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เหตุแห่งเพศ เหตุแห่งอายุ หรือครอบคลุมเฉพาะบางมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น มิติด้านแรงงาน มิติด้านการศึกษา เป็นต้น ดังอาจสรุปจำแนกได้ตามตารางต่อไปนี้



กฎหมาย	เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุม	มิติของการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุม	ข้อจำกัด
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ (มาตรา ๓๐)	ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ	ไม่จำกัดมิติ	ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติที่แตกต่างในภาคเอกชน (การกล่าวอ้างระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน)
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ (มาตรา ๓๐)	ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ	ไม่จำกัดมิติ	ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติที่แตกต่างในภาคเอกชน (การกล่าวอ้างระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน)
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ (มาตรา ๙)	“การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทกฎหมายปกครอง อาจครอบคลุมกรณีที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน	“การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทกฎหมายปกครอง มุ่งเน้นมิติการปฏิบัติที่เกิดจากภาครัฐ เช่น การออกกฎ คำสั่งทางปกครอง	ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติที่เกิดระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน

กฎหมาย	เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุม	มิติของการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุม	ข้อจำกัด
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๒ (มาตรา ๒๒)	“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” จำกัดเฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกรณี “อายุ” (เด็ก)	ไม่จำกัดมิติ	ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ นอกจากอายุ (เด็ก)
พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ (มาตรา ๗)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรม การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง การเกิด หรือสถานะอื่นของเด็กและเยาวชน บิดามารดา หรือผู้ปกครอง	การจดทะเบียนรับรอง การเกิด การพัฒนา การยอมรับ การคุ้มครองและโอกาสในการมีส่วนร่วมตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัตินี้	เฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติแห่งการเลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้
พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ (มาตรา ๑๕)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ (ครอบคลุมเฉพาะเหตุแห่งความพิการ)	มีขอบเขตด้านมิติที่กว้าง ทั้งการปฏิบัติในภาครัฐและเอกชน (การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใด)	ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ นอกจากความพิการ
พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๑ (มาตรา ๘)	เฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกรณีความพิการ	เฉพาะมิติการศึกษา	ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติที่แตกต่างกรณีอื่น นอกจากเหตุแห่งความพิการ และมิติด้านการศึกษา



กฎหมาย	เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุม	มิติของการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุม	ข้อจำกัด
พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ (มาตรา ๑๑/๑)	ลูกจ้าง (ลูกจ้างรับเหมา ค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง)	จ้างแรงงาน (เฉพาะกรณีสิทธิประโยชน์และสวัสดิการ)	เฉพาะในเหตุและมิติที่กำหนด
พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ (มาตรา ๘๙)	ลูกจ้าง (ไม่จำกัดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ)	จ้างแรงงาน (เฉพาะกรณีค่าจ้าง)	เฉพาะในเหตุและมิติที่กำหนด
พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ (มาตรา ๑๕)	ลูกจ้าง (เฉพาะเหตุแห่งเพศโดยไม่จำกัดเพศ)	จ้างแรงงาน	เฉพาะในเหตุและมิติที่กำหนด
พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ (มาตรา ๑๖)	ลูกจ้าง (เฉพาะเหตุแห่งเพศโดยไม่จำกัดเพศ)	กระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อน รำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง (Harassment)	ไม่ครอบคลุมการคุกคามทางเพศระหว่างลูกจ้างด้วยกัน และกรณีสภาพแวดล้อมในการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม (Hostile Working Environment)
พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. ๒๕๔๖	เหตุแห่ง “อายุ” (ไม่กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติ แต่กำหนดมาตรการ “ส่งเสริม” ผู้สูงอายุ ซึ่งอาจเทียบได้กับ “Affirmative Action”)	สิทธิได้รับการคุ้มครอง การส่งเสริม และการสนับสนุน ในมิติด้านต่าง ๆ ตามมาตรา ๑๑ ซึ่งมีขอบเขตมิติที่กว้าง เช่น การบริการ สาธารณสุข การศึกษา การประกอบอาชีพ ฯลฯ	เฉพาะในเหตุและมิติที่กำหนด
พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙	“วัยรุ่น” (เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้าน “อายุ”)	สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง สิทธิได้รับข้อมูล ข่าวสารและความรู้ ได้รับการบริการอนามัยการเจริญพันธุ์ ได้รับการรักษา ความลับและความเป็นส่วนตัว ได้รับการจัดสวัสดิการสังคม รวมทั้งการได้รับสิทธิอื่นใดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้	เฉพาะในเหตุและมิติที่กำหนด

กฎหมาย	เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุม	มิติของการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุม	ข้อจำกัด
พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศ (เฉพาะเหตุแห่งเพศ โดยไม่จำกัดเพศ	ไม่จำกัดมิติ	เฉพาะในเหตุและมิติที่กำหนด

จากตารางสรุปดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ยังไม่ครอบคลุมกรณีต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายต่างประเทศให้การคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเลือกปฏิบัติในมิติและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ นอกขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าว อันสรุปได้ดังนี้

• **การเลือกปฏิบัติในภาครัฐกับภาคเอกชน** ผลการวิเคราะห์ในบทที่ ๔ ชี้ให้เห็นว่า หลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของหลายประเทศจะมีผลบังคับในเชิงแนวตั้ง (Vertical Application) กล่าวคือ ใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างภาครัฐกับเอกชน ซึ่งเอกชนอาจยกสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญขึ้นกล่าวอ้างต่อรัฐหากมีการกระทำของหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจสามารถนำมาบังคับใช้ในเชิงแนวนอน (Horizontal Application) ในการควบคุมภาคเอกชนที่กระทำการเลือกปฏิบัติต่อเอกชนด้วยกันได้ สำหรับกรณีของไทยนั้น รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้มีผลในเชิงแนวนอน โดยหลักแล้วเอกชนจึงไม่อาจยกหลักการตามรัฐธรรมนูญขึ้นกล่าวอ้างเอกชนด้วยกันได้ แต่หลักการตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางอ้อมต่อเอกชนที่ถูกเลือกปฏิบัติจากเอกชนด้วยกัน โดยรัฐต้องตรากฎหมายเพื่อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน

ดังนั้น ในแง่นี้ ปัญหาการครอบคลุมทางกฎหมายในกรณีการเลือกปฏิบัติอาจจำแนกได้ ๒ กรณี

กรณีแรก การเลือกปฏิบัติจากภาครัฐ เช่น กฎเกณฑ์ กฎระเบียบ หรือการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากองค์กรของรัฐ การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ กรณีเหล่านี้หากไม่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อาจต้องพิจารณาตามกรอบกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง

กรณีที่สอง การเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน เช่น การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง ลูกจ้าง หรือการเลือกปฏิบัติในบริบทอื่น เช่น การปฏิเสธการให้บริการหรือการจำหน่ายสินค้า การจำกัดสิทธิในการเข้าถึงบริการหรือสถานที่ของภาคเอกชนต่าง ๆ หากเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้วก็จะจัดอยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติได้ จากผลการวิจัยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ เช่น แอฟริกาใต้แล้วพบว่า รัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนเช่นรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ ซึ่งจำแนกหลักการห้ามเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณี ได้แก่ การเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐ ซึ่งห้ามรัฐกระทำการเลือกปฏิบัติต่อประชาชน และการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน ซึ่งกำหนด



หน้าที่ให้รัฐตรากฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน สำหรับรัฐธรรมนูญของไทยนั้นเป็นการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติทั่วไปซึ่งตีความตามหลักการของรัฐธรรมนูญแล้วจะครอบคลุมเฉพาะการอ้างอิงต่อรัฐเท่านั้น แต่ทั้งนี้โดยนัยของหลักการตามรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐก็มีหน้าที่ตรากฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติที่เกิดจากภาคเอกชนด้วย ซึ่งเป็นไปในทางเดียวกับรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ เพียงแต่รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้กำหนดลงไปในตัวบทอย่างชัดเจนว่าให้รัฐมีหน้าที่ในการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติ และห้ามการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากกฎหมายไทยที่มีอยู่ปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า มีปัญหากรณีการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การซื้อสินค้า บริการ ซึ่งมีการปฏิเสธสินค้าหรือการให้บริการด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายเฉพาะดังกล่าวในตารางข้างต้นไม่ครอบคลุมถึง เช่น การปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าหรือไม่ให้บริการบุคคลด้วยเหตุเชื้อชาติ ศาสนา หรือกรณีเหตุแห่ง “ความคิดเห็นอื่นหรือความเชื่อ” เช่นจากกรณีตึกตากูเทพ เป็นต้น หรือจากการสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลว่า “ร้านนวดบางแห่งไม่ให้บริการแก่คนไทย ให้บริการเฉพาะนักท่องเที่ยวจีน /เกาหลีเท่านั้น” “ร้านอาหารบางแห่งเปิดให้บริการเฉพาะทัวร์จีนเท่านั้น ลูกค้านไทยไม่ต้อนรับ” “บริการขนส่ง รถแท็กซี่ปฏิเสธไม่รับผู้โดยสารคนไทย โดยให้บริการเฉพาะชาวต่างชาติ” “รถสามล้อปฏิเสธไม่รับผู้โดยสารคนไทย” กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เชื้อชาติ หรือสัญชาติ” ในมิติของการให้บริการ ซึ่งไม่มีกฎหมายคุ้มครองเป็นการเฉพาะ⁶²⁷ เนื่องจากไม่มีกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติซึ่งจะมาปรับใช้สำหรับมิติเช่นนี้ นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างกรณีการให้บริการศึกษาภาคเอกชน หรือการจ้างแรงงาน ที่มีผู้ให้ข้อมูลจากการสัมภาษณ์เห็นว่า กฎระเบียบของสถานศึกษาภาคเอกชนกำหนดให้นักเรียนไปปฏิบัติธรรมของศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือนโยบายของบริษัทกำหนดให้พนักงานไปปฏิบัติธรรมของศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ดังนี้ แม้ว่ามิใช่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนา แต่ก็ไม่สามารถยกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นยืนยันกับภาคเอกชนได้

• เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณี แม้อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แต่อาจมีปัญหากรณีการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในภาคเอกชน เช่น สภาพร่างกาย ตัวอย่างเช่น การที่ภาคเอกชนนำเอาคุณสมบัติด้านสภาพร่างกายมาเป็นเงื่อนไขการรับบุคคลเข้าทำงาน และสภาพทางกายนั้นมีได้เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติอันจำเป็นของงานนั้น ๆ (เทียบเคียงกับกรณีคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เรื่อง ปานบนใบหน้ากับงานด้านดนตรี รายงานผลการพิจารณา ที่ ๑๙๔/๒๕๕๗) หรือในกรณีเหตุเกี่ยวกับสุขภาพ เช่น การนำเอาเหตุความเจ็บป่วยของบุคคลมาเป็นเงื่อนไขในการจ้างแรงงานในภาคเอกชน ทั้งนี้เนื่องจากหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญไม่อาจยกขึ้นอ้างอิงระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน แต่ยังไม่มีความหมายเฉพาะที่ครอบคลุมกรณีลักษณะนี้ที่เกิดขึ้นในภาคเอกชน

• การปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานซึ่งเกิดขึ้นในช่วงก่อนความสัมพันธ์ในฐานะนายจ้าง ลูกจ้าง เช่น การโฆษณาประกาศรับสมัครงานที่มีลักษณะกีดกันบุคคลด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นอกจากเพศ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ การปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวในบริบทการบริหารทรัพยากรมนุษย์นั้น นอกจากเกี่ยวข้องกับการกระทำของนายจ้างแล้วยังรวมถึงการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง เช่น ธุรกิจ

⁶²⁷ แต่ในบางภาคธุรกิจอาจมีกฎหมายเฉพาะเช่นการรับผู้โดยสารของแท็กซี่ แต่ก็ไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตามความหมายของสิทธิมนุษยชน

จัดหางาน เป็นต้น หรือในกรณีข้อมูลจากการรับฟังความคิดเห็น ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่า “การที่โบสถ์จัดงานกำหนดให้ต้องระบุ ศาสนา เชื้อชาติ สัญชาติ จะส่งผลให้เกิดการคัดเลือกโดยมีอคติเกี่ยวกับศาสนา เชื้อชาติ แทนที่จะคำนึงถึงความสามารถที่เกี่ยวกับงานนั้น” กรณีนี้กฎหมายไทยมิได้กำหนดห้ามการถามข้อมูลอันเกี่ยวข้อง กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ในขั้นตอนการรับสมัครหรือการคัดเลือกพนักงาน ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายบางประเทศที่กำหนดควบคุมการเลือกปฏิบัติ ในขั้นตอนนี้ จะเห็นได้ว่า กรณีเหล่านี้ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมถึง

- เติ้จจริงจากผู้ให้สัมภาษณ์ สนนากลุ่ม เช่น มัคคุเทศก์ชาวไทย ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่า “รู้สึกไม่ดีต่อ มัคคุเทศก์ชาวจีนที่มาแย่งงาน หรือผู้ประกอบการค้าปลีกรายย่อยเห็นว่าชาวเวียดนามเข้ามาแย่งอาชีพขายสินค้า กรณีทัศนคติเหล่านี้นำไปสู่การกล่าวหาจาอ้นเป็นการคุกคาม (Harassment) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติได้ แต่ทั้งนี้ยังไม่มีกฎหมาย เฉพาะสำหรับพฤติกรรมดังกล่าว

- การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน โดยเฉพาะการคุกคาม ระหว่างลูกจ้างด้วยกัน และการคุกคามในลักษณะการสร้างบรรยากาศในที่ทำงาน (Hostile Working Environment) ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมเป็นการเฉพาะ

- การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ในกรณีที่ไม่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน เช่น ในมิต การศึกษา ดังจะเห็นได้จากกรณีตามคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่มีการอ้างว่าถูกคุกคามทางเพศ ในโรงเรียน เป็นต้น ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมเป็นการเฉพาะ

- การคุกคาม (Harassment) ในบริบทอื่นนอกจากการจ้างแรงงาน และในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเหตุ อื่นนอกจากการคุกคามทางเพศ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ความพิการ ฯลฯ ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมเป็นการเฉพาะ เช่น คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ผู้ร้องอ้างว่า “ครูประจำชั้นที่โรงเรียนฯ กล่าวหาว่า นางสาวเอ เป็นโรค ชาติผู้ชายไม่ได้ ต้องนำไปบำบัด มีฮอร์โมนผิดปกติเพราะเป็นผู้พิการ” (คำร้องที่ ๔๗๖/๒๕๕๖) เป็นต้น หรือจากกรณี การสัมภาษณ์ที่ผู้ให้ข้อมูลถูกล้อเลียนเกี่ยวกับสภาพร่างกายจากเพื่อนร่วมงาน โดยการล้อเลียนเกี่ยวกับพฤติกรรม การใช้ชีวิต การรับประทานอาหาร เปรียบเทียบร่างกาย (รูปร่างอ้วน) กับสัตว์ชนิดต่าง ๆ ส่งตัวการ์ตูนสติ๊กเกอร์รูปสัตว์อ้วน รูปแบบต่าง ๆ มาล้อเลียนในสื่อสังคมออนไลน์ที่ใช้ในการทำงาน กรณีเช่นนี้มีลักษณะเป็นการคุกคาม (Harassment) แต่ไม่เกี่ยวข้อง กับเหตุทางเพศ และไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่จะครอบคลุมถึง

- เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณียังอาจไม่ครอบคลุมดังที่ได้สรุปไว้แล้วในหัวข้อ ๕.๑.๒.๑ เช่น “ความคิดเห็นอื่นใด” ที่กว้างกว่าความคิดเห็นทางการเมือง และ “ความเชื่อ” ที่กว้างและไม่ผูกพันกับ “ศาสนา” หรือ ในบางเหตุยังต้องมีการตีความ เช่น ผู้ติดเชื้อเอชไอวี สำหรับเหตุ “การตั้งครรรค์” อาจจัดอยู่ในเหตุแห่ง “เพศ” ได้ แต่ ยังมีปัญหาในแง่กฎหมายที่เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิตนี้ โดยอาจมีกฎหมายบางฉบับที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมาย คุ่มครองแรงงาน แต่ยังไม่ครอบคลุมมิตอื่น เช่น การให้บริการต่าง ๆ ของภาคเอกชน นอกจากนี้ กรณี “ตาบอดสี” ก็ยัง ไม่มีความชัดเจนว่าจะจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติชนิดใดหรือไม่ เช่นเดียวกับ “การให้นมบุตรจากอกแม่” ซึ่งบาง ประเทศกำหนดไว้เป็นเหตุโดยเฉพาะนั้น ตามกฎหมายไทยยังไม่มีความชัดเจนว่าจะครอบคลุมถึงหรือไม่ เป็นต้น



- เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่าง กฎหมายต่างประเทศกำหนดไว้โดยเฉพาะแต่สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีการกำหนดเฉพาะ เช่น ประวัติการกระทำความผิดทางอาญา เป็นต้น ซึ่งแม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ไม่พบว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม เหตุนี้�าจยังเป็นที่ยกเถียงและมีประเด็นเกี่ยวกับหลักคุณสมบัติความจำเป็นสำหรับงานนั้นด้วย

หากตั้งต้นพิจารณาจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่างที่งานวิจัยนี้นำมาศึกษา จะทำให้เชื่อมโยงถึง ปัญหาในภาพรวมของกฎหมายสิทธิมนุษยชนด้านการห้ามเลือกปฏิบัติของไทย ตัวอย่างเช่น ผลการศึกษาปัญหาของการนำ “ประวัติอาชญากรรม” มาเป็นเหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคล ในมิติของการจ้างแรงงานนั้น สะท้อนถึงปัญหาทางกฎหมายในภาพรวม ดังนี้

- ประเทศไทยมีกฎหมายครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุ เช่น เพศ เด็ก ความพิการ แต่ขาดกฎหมายที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่าง เช่น ประวัติอาชญากรรม

- ประเทศไทยมีกฎหมายครอบคลุมการเลือกปฏิบัติบางมิติ เช่น แรงงาน การศึกษา ฯลฯ แต่ยังขาดกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมบางมิติ เช่น การนำประวัติอาชญากรรมมาปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในชั้นความสัมพันธ์ก่อนสัญญาจ้างแรงงาน

- แม้รัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมawangหลักห้ามเลือกปฏิบัติ แต่สำหรับกรณีการกล่าวอ้างระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันนั้น ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะครอบคลุมอย่างเหมาะสม กล่าวคือ ประเทศไทยยังขาดกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของภาคเอกชน โดยเฉพาะการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันที่ครอบคลุมมิติและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ดังเช่น กรณีการเลือกปฏิบัติในขั้นตอนการรับสมัครงานด้วยเหตุแห่งประวัติอาชญากรรม เป็นต้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องยังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน เนื่องจากขาดกฎหมายกลางที่จะใช้กับกรณีที่นอกเหนือจากขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าว อันจะนำไปสู่ข้อเสนอนี้ต่อไป

๕.๑.๓ รูปแบบการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ (Model of Discrimination Laws)

จากการศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายต่างประเทศ พบว่ามีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกัน ในการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ ผู้วิจัยจึงได้ทำการจำแนกตัวแบบ (Model) ของการกำหนดกฎหมาย โดยพิจารณาจากปัจจัยสำคัญสองประการ ได้แก่ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination) และมิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination) ซึ่งอาจจำแนกได้ ๓ รูปแบบหลัก ดังนี้

รูปแบบที่ ๑

บัญญัติกฎหมายเฉพาะฉบับเดียวเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายกลาง กล่าวคือ ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุ และครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติหลายมิติ เช่น การตรากฎหมายสิทธิมนุษยชน วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ อายุ เชื้อชาติ สีผิว โดยครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงาน การศึกษา การได้รับบริการและสินค้า

รูปแบบที่ ๒

บัญญัติกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ แต่ละฉบับครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะบางเหตุ และครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติเฉพาะบางมิติ สำหรับในรูปแบบนี้ ยังอาจจำแนกพิจารณาได้ ๓ กรณีย่อย ได้แก่

กรณีแรก กฎหมายที่คุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุเดียว และครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติเพียงมิติเดียว เช่น กฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการในการศึกษา กฎหมายลักษณะนี้จะครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะเหตุด้านความพิการ และครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติเฉพาะมิติทางการศึกษา

กรณีที่สอง กฎหมายที่คุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุเดียว แต่ครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติหลายมิติ เช่น กฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ โดยมีขอบเขตห้ามเลือกปฏิบัติต่อคนพิการในหลายมิติ เช่น การศึกษา การจ้างแรงงาน การเข้าถึงสินค้าและบริการ

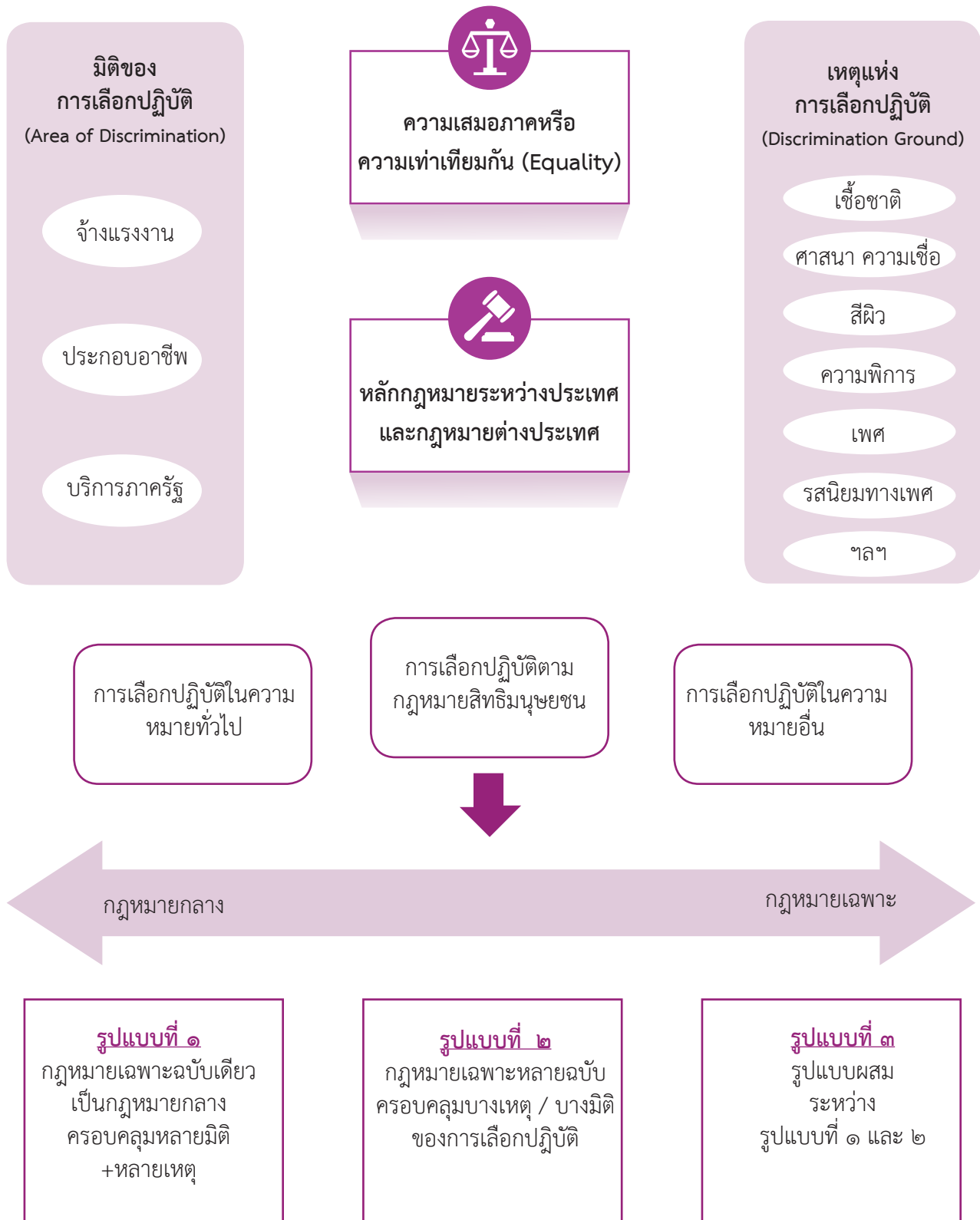
กรณีที่สาม กฎหมายที่มีขอบเขตเฉพาะการเลือกปฏิบัติมิติหนึ่ง แต่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุ เช่น กฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับแรงงาน วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติด้านแรงงานด้วยเหตุแห่งเพศ ความพิการ อายุ ศาสนา เป็นต้น

รูปแบบที่ ๓

มีลักษณะผสมผสานระหว่างรูปแบบที่ ๑ และ รูปแบบที่ ๒ กล่าวคือ มีการกำหนดกฎหมายกลางที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุ และครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติหลายมิติ อย่างไรก็ตาม นอกจากกฎหมายกลางนี้แล้ว ยังมีกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติในบางมิติหรือบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จากการศึกษาพบว่า การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในต่างประเทศ มักจะใช้รูปแบบที่ ๓



อาจสรุปจำแนกรูปแบบการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติดังแผนภาพต่อไปนี้



กฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามาในบทที่ ๓ และบทที่ ๔ เมื่อนำมาพิจารณาภายใต้กรอบการจำแนกรูปแบบทั้งสามดังกล่าวแล้ว อาจสรุปวิเคราะห์ได้ ดังนี้

ออสเตรเลีย: ในกรณีของออสเตรเลีย พบว่า สำหรับในระดับสหพันธรัฐนั้น เครือรัฐออสเตรเลียมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย ได้แก่ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act 1986) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางอายุ (Age Discrimination Act 2004) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางความพิการ (Disability Discrimination Act 1992) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Racial Discrimination Act 1975) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ (Sex Discrimination Act 1984) สำหรับกฎหมายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนั้น มีใช้เพียงจัดตั้งคณะกรรมการฯ เท่านั้น แต่มีการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมมิติและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกรณีต่าง ๆ เป็นการทั่วไป อันมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุและมิติการเลือกปฏิบัติหลายมิติ นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายเฉพาะสำหรับการเลือกปฏิบัติในบางมิติและบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเพิ่มเติมเข้ามา สำหรับมิติหรือเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่เห็นว่าจำเป็นต้องมีหลักการเฉพาะเพิ่มเติมในรายละเอียด ดังนั้น จึงอาจจัดอยู่ในกลุ่มของรูปแบบที่สาม

สหรัฐอเมริกา: ในสหรัฐอเมริกานั้น กฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Right Act) จัดว่าเป็นกฎหมายระดับรัฐบาลกลางที่สำคัญอันเกี่ยวข้องกับการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมเหตุและมิติของการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น

- ⊗ ห้ามการเลือกปฏิบัติโดยนายจ้างทั้งภาครัฐและเอกชนที่มีลูกจ้าง ๑๕ คนขึ้นไป
- ⊗ ห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ชาติดำเนิน โดยภาคเอกชนและภาครัฐ ในมิติที่เกี่ยวกับการเข้าถึงหรือเข้าใช้บริการสถานที่พัก หรือการบริการ เช่น โรงแรม ร้านอาหาร โรงภาพยนตร์
- ⊗ ห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ชาติดำเนิน เพศ โดยสถาบันการศึกษาที่ได้รับการอุดหนุนจากรัฐ รวมทั้งองค์กรสาธารณะอื่นที่ได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลกลาง
- ⊗ ห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ชาติดำเนิน ในมิติที่เกี่ยวกับ “แผนงานหรือกิจกรรมใด ๆ (Program or activity) ซึ่งได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลกลาง

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายเฉพาะที่มีขอบเขตครอบคลุมเฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการ และมีขอบเขตเฉพาะบางมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น กฎหมายคนพิการอเมริกัน ห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการในมิติของการจ้างแรงงาน และการเข้าถึงสถานที่ให้บริการสาธารณะ กฎหมายการศึกษาสำหรับผู้พิการ มีขอบเขตครอบคลุมสถาบันการศึกษาภาครัฐในการเข้าถึงการศึกษาของผู้พิการ



จะเห็นได้ว่า กฎหมายสิทธิพลเมืองของสหรัฐอเมริกา นั้น มีกฎหมายฉบับหลักที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในเหตุต่าง ๆ และในมิติต่าง ๆ อันเป็นลักษณะที่เปรียบเทียบกับกฎหมายกลางตามรูปแบบที่หนึ่ง อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกามีได้มีกฎหมายดังกล่าวเพียงฉบับเดียว ยังคงมีกฎหมายเฉพาะอีกหลายฉบับที่ครอบคลุมเฉพาะบางมิติของการเลือกปฏิบัติและบางเหตุของการเลือกปฏิบัติ จึงสามารถจัดอยู่ในกลุ่มรูปแบบที่สาม

แคนาดา: สำหรับแคนาดานั้น พบว่ามีกฎหมายฉบับหลักที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ และในมิติต่าง ๆ กล่าวคือ กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canadian Human Right Act) ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้าและบริการ กฎหมายนี้มีขอบเขตครอบคลุมการดำเนินการของภาครัฐและเอกชน รวมทั้งบุคคลที่ได้รับสินค้าและบริการจากภาคอุตสาหกรรมใด ๆ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้อาจจัดอยู่ในรูปแบบแรก

แอฟริกาใต้: กฎหมายแอฟริกาใต้มีรูปแบบการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชนโดยจำแนกมิติของการจ้างงานออกจากมิติอื่น ๆ กล่าวคือ

- กรณีประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงาน จะอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในการจ้างแรงงาน (Employment Equality Act, 1998) ซึ่งมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในสถานที่ทำงาน
- กรณีประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติอื่น ๆ อยู่อยู่ภายใต้กฎหมายการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 2000) ซึ่งครอบคลุมการปฏิบัติต่อบุคคลในมิติต่าง ๆ ของสังคม เว้นแต่กรณีที่อยู่ภายใต้กฎหมาย ความเท่าเทียมกันในการจ้างแรงงาน

จะเห็นได้ว่า กฎหมายการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน และห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมของแอฟริกาใต้ นั้นมีลักษณะเทียบได้กับการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบแรก อย่างไรก็ตาม มีกฎหมายเฉพาะเพิ่มเติมเข้ามาในมิติการจ้างแรงงาน จึงอาจจัดอยู่ในกลุ่มที่สาม

อินเดีย: กฎหมายอินเดีย มีรูปแบบการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในลักษณะกระจายกระจาย ตามเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น กฎหมายคนพิการ (Person with Disability Act) ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากองค์กรของรัฐในมิติการศึกษา การจ้างงานภาครัฐที่เกี่ยวกับคนพิการ กฎหมายสิทธิประโยชน์ของแม่ (Maternity Benefits Act) มีหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในมิติการจ้างแรงงาน กฎหมายค่าตอบแทนการทำงานที่เท่าเทียมกัน (Equal Remuneration Act) ครอบคลุมประเด็นค่าตอบแทนการทำงานในภาคส่วนต่าง ๆ ทั้งรัฐและเอกชน จะเห็นได้ว่าประเทศอินเดียมีแนวทางการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบที่สอง

สวีเดน: ในกรณีของประเทศสวีเดนนั้น พบว่าเดิมหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศสวีเดน ถูกบัญญัติรับรองไว้ในลักษณะกระจายกระจายตามกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ ซึ่งแต่ละฉบับครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุและบางมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น “กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติในชีวิต

การทำงานด้วยเหตุแห่งความพิการ” มีขอบเขตเฉพาะมิติของการจ้างแรงงานและครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะเหตุแห่งความพิการ เป็นต้น รูปแบบการบัญญัติกฎหมายลักษณะนี้ อาจเปรียบเทียบกับประเทศไทยในปัจจุบัน ซึ่งมีหลักการเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ อย่างไรก็ตาม หลังจากกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติฉบับใหม่ ปี ๒๐๐๙ (Discrimination Act) มีผลใช้บังคับ ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงระบบและรูปแบบการคุ้มครองความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติในประเทศสวีเดน โดยกฎหมายใหม่นี้มีลักษณะเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่ครอบคลุมมิติต่าง ๆ และเหตุต่าง ๆ ของการเลือกปฏิบัติ อันเป็นลักษณะของกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยรวมของประเทศ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้อาจจัดอยู่ในรูปแบบแรก

ฟินแลนด์: สำหรับประเทศฟินแลนด์นั้น มีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Act (1325/2014) แต่ก็ได้เป็นเพียงกฎหมายฉบับเดียว เนื่องจากยังมีกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ เช่น

- กฎหมายความเท่าเทียมระหว่างหญิงและชาย กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ และส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ Act on Equality between Women and Men (609/1986)
- กฎหมายอาญา กำหนดความผิดสำหรับการเลือกปฏิบัติในกรณีเกี่ยวกับการจ้างแรงงานที่มีลักษณะการขู่ข่มขู่ (Extortionate Work Discrimination) การยุยงปลุกปั่นด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ (Ethnic Agitation) Criminal Code (39/1889)
- กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กำหนดห้ามการโฆษณาที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสม (Inappropriate Marketing) ซึ่งเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ

ทั้งนี้ กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายกลางกับกฎหมายเฉพาะทั้ง ๓ ฉบับดังกล่าวข้างต้นไว้ โดยการเลือกปฏิบัติที่อยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายเฉพาะก็ให้ไปใช้กฎหมายเหล่านั้น สำหรับกรณีการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ที่ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะก็จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ

จะเห็นได้ว่า กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติของฟินแลนด์มีลักษณะเป็นกฎหมายกลางที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ในมิติของการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ แต่ในขณะเดียวกัน ก็ยังมีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุ หรือมิติของการเลือกปฏิบัติบางด้าน โดยกฎหมายเหล่านี้ใช้ควบคู่กันไป กล่าวคือ หากเป็นกรณีเลือกปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะ กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายกลางก็กำหนดให้นำกฎหมายเฉพาะไปปรับใช้



ไทย: ในกรณีของประเทศไทย หากพิจารณากฎหมายไทยฉบับต่าง ๆ ตามที่สรุปในหัวข้อ ๕.๑.๔ เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศดังที่ได้ศึกษามาแล้วพบว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติอันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุและเกี่ยวข้องกับมิติของการเลือกปฏิบัติบางด้าน แต่ยังไม่มีความหมายกลางที่ครอบคลุมอย่างกว้างถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติของการเลือกปฏิบัติทั้งหมดในภาพรวมดังเช่นในกรณีประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฟินแลนด์ ประเทศสวีเดน ประเทศแคนาดา ออสเตรเลีย ดังนั้น ในกรณีของประเทศไทยจึงอาจจัดอยู่รูปแบบที่สอง ซึ่งนำไปสู่ปัญหาสำคัญที่ว่ากฎหมายเฉพาะต่าง ๆ ดังกล่าวนั้น ยังไม่ครอบคลุมถึงการเลือกปฏิบัติและการกระทำที่ละเมิดต่อหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน เช่น กรณีการคุกคาม (Harassment) ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ นอกจากเหตุแห่งเพศ การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานที่เกิดขึ้นระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง และกรณีสภาพแวดล้อมการทำงานในลักษณะคุกคาม (Hostile Working Environment) การปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในลักษณะเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าในที่สาธารณะหรือการปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในลักษณะด้อยกว่า การปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) เป็นต้น ทำให้ยังมีการเลือกปฏิบัติหลายกรณีที่กฎหมายไทยยังไม่ครอบคลุมถึง เนื่องจากไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเฉพาะที่มีอยู่ และไม่มีกฎหมายกลางที่มีขอบเขตกว้างมารองรับ

๕.๒ ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากผลการวิจัยชี้ให้เห็นประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทั้งในภาพรวมและในกรณีเฉพาะหลายประเด็น ผู้วิจัยจึงได้จำแนกข้อเสนอแนะเป็นสองระดับ คือ ข้อเสนอแนะโดยภาพรวม ข้อเสนอแนะที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ข้อเสนอแนะเฉพาะประเด็นของการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งข้อเสนอแนะในการต่อยอดการวิจัยต่อไป

๕.๒.๑ ข้อเสนอแนะในภาพรวม

จากปัญหาขอบเขตกฎหมายไทยที่มีผลบังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งผลการวิจัยภายใต้กรอบแนวคิดของการเลือกปฏิบัติในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น พบว่ายังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในหลายกรณี ดังที่ได้สรุปให้เห็นในหัวข้อ ๕.๑ จึงนำมาสู่ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ด้วยการเสนอให้มีการบัญญัติ กฎหมายกลางที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุต่าง ๆ ตามที่รับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายไทย กติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ รวมทั้งครอบคลุมเหตุอื่นที่มีความจำเป็นในสังคมปัจจุบัน

สำหรับรูปแบบของกฎหมายกลางของประเทศไทยนั้น จากผลการวิจัยที่ได้ศึกษาระบบโครงสร้างกฎหมายของต่างประเทศในการห้ามเลือกปฏิบัติและได้จำแนกเป็น ๓ รูปแบบนั้น พบว่า ประเทศไทยจัดอยู่ในรูปแบบที่สอง กล่าวคือ มีกฎหมายเฉพาะบางฉบับที่ครอบคลุมบางมิติหรือบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จึงทำให้ไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในประเด็นที่อยู่นอกขอบเขตกฎหมายเหล่านั้น ด้วยเหตุนี้ จึงมีข้อเสนอ ๒ แนวทาง คือ

แนวทางแรก เสนอให้ไทยปรับโครงสร้างกฎหมายโดยยกเลิกกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ ที่มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยรวมหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเข้ามาอยู่ในกฎหมายกลางอันเป็นกฎหมายหลักฉบับเดียว ซึ่งเป็นแนวทางของสวีเดนในการปรับปรุงกฎหมายการเลือกปฏิบัติ โดยแนวทางนี้จะทำให้ไทยปรับเปลี่ยนจากรูปแบบที่สองไปเป็นรูปแบบแรก

แนวทางที่สอง เสนอให้ไทยปรับโครงสร้างกฎหมายไปอยู่ในรูปแบบที่สาม กล่าวคือ เพิ่มเติมกฎหมายกลาง โดยที่ยังคงกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ ไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายกลางสามารถครอบคลุมการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ ที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าวนั่นเอง

๕.๒.๑ ข้อเสนอแนะในภาพรวม

แม้ว่าหลักของรัฐธรรมนูญจะรับรองถึงความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติ แต่ก็ยังคงมีปัญหาถึงความชัดเจนในการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันและปัญหาอื่น ๆ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะ ๓ ประการ ดังนี้

๑ การบัญญัติหลักการเลือกปฏิบัติภาครัฐและภาคเอกชน

ผู้วิจัยมีข้อเสนอให้ปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญในส่วนของการเลือกปฏิบัติ โดยวางหลักรับรองความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติทั่วไป โดยแยกการเลือกปฏิบัติออกเป็นการกระทำของรัฐและเอกชน

ในส่วนภาครัฐนั้น เสนอให้มีหลักการว่า “รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ซึ่งรวมถึงเชื้อชาติ เพศ การตั้งครุฑ สถานะความเป็นมารดา ชาตินิกาย ศาสนา รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด...”

ในส่วนของภาคเอกชนนั้น เสนอให้มีหลักการว่า “บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ... ในการนี้ รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว”

๒ การบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

ในส่วนของหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัตินั้น มีข้อเสนอว่า “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ปรากฏอยู่ในข้อเท็จจริง สภาพคำร้อง และคำพิพากษาหลายกรณี แต่ไม่ได้มีการนำหลักนี้มาอธิบายไว้อย่างชัดเจน กฎหมายเฉพาะบางฉบับสะท้อนหลักการนี้ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่มุ่งเน้นที่ผลกระทบ (Effect) ซึ่งทำให้คนพิการเสียสิทธิประโยชน์ อันเป็นแนวคิดของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะ ๒ แนวทาง ดังนี้



แนวทางแรก แก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมให้ชัดเจน โดยอาจจำแนกออกจาก การเลือกปฏิบัติโดยตรง ดังเช่นกรณีแอฟริกาใต้

แนวทางที่สอง เสนอให้องค์กรที่เกี่ยวข้อง เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ นำหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาอธิบายประกอบการพิจารณา กรณีที่มีสภาพข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยอ้อม

๓ กำหนดถ้อยคำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ”

การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment) เป็นคำที่มีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) กล่าวคือ อาจเป็นการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย หรืออาจเป็นการกระทำที่ไม่เข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติตาม กฎหมายก็ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายประเทศต่าง ๆ มีรูปแบบที่แตกต่างกันไปในการใช้ถ้อยคำเพื่อจำแนกการปฏิบัติที่ แตกต่างกันอันต้องห้ามตามกฎหมาย และการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย ทั้งนี้ ผลการวิจัย (หัวข้อ ๔.๓.๖ วิเคราะห์รูปแบบและโครงสร้างการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ) ชี้ให้เห็นว่าการจำแนกความแตกต่างระหว่าง “การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันต้องห้ามตามกฎหมาย” และ “การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย” ดังที่ ปรากฏตามกฎหมายของประเทศต่าง ๆ นั้นอาจจำแนกได้ ๔ รูปแบบ สำหรับกฎหมายไทย ผู้วิจัยมีข้อเสนอให้กำหนด เรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันต้องห้ามตามกฎหมาย ว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) และกำหนดเรียกการ ปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนด หรือไม่เข้าองค์ประกอบเงื่อนไขของการเลือกปฏิบัติ ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ว่า “การกระทำที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ” โดยเสนอว่าไม่จำเป็นต้องนำองค์ประกอบ “เป็นธรรม” (Fair) หรือ “ไม่เป็นธรรม” (Unfair) มาใช้ในการจำแนกระหว่างการปฏิบัติทั้งสองอย่างดังกล่าว ทั้งนี้เพราะคำว่า “การ เลือกปฏิบัติ” (Discrimination) แสดงนัยถึงความหมายในทางลบอยู่ในตัวเอง นอกจากนี้ ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศหลายฉบับก็มีได้ใช้องค์ประกอบ “เป็นธรรม” มาขยายคำว่าเลือกปฏิบัติแต่อย่างไร

๔ การบัญญัติหลักการเกี่ยวกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”

- เพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการให้ครอบคลุมและสอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศ เช่น กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติให้ครอบคลุม “ความคิดเห็นอื่นใด” นอกเหนือจาก “ความคิดเห็น ทางการเมือง” รวมทั้งกำหนดเหตุครอบคลุม “ความเชื่ออื่น” นอกจากความเชื่อทาง “ศาสนา”

- เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่าง ไม่ได้มีการระบุไว้ชัดแจ้งตามรัฐธรรมนูญ เช่น ประวัติอาชญากรรม กรณีเช่นนี้ แม้ว่าในแง่หนึ่ง หากพิจารณากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า เหตุดังกล่าวมิได้ปรากฏ อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม แต่ในอีกแง่หนึ่งนั้น อาจพิจารณาได้ว่า เหตุดังกล่าวมีความ สำคัญและการนำเหตุดังกล่าวมาปฏิบัติต่อบุคคลต่างกันั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิพื้นฐานของบุคคลในด้านต่าง ๆ เช่น การประกอบอาชีพ การใช้บริการต่าง ๆ ดังนั้น ก็ควรมีการคุ้มครองความเท่าเทียมกันของบุคคลที่อยู่ในกลุ่มนี้ด้วย ดังนั้น จึงมีข้อเสนอแนะ ๒ แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก ไม่กำหนดหรือระบุเหตุเหล่านี้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมาย แต่ใช้วิธีการตีความให้อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ตีความประวัติอาชญากรรมว่าอยู่ในเหตุ “สถานะของบุคคล” เป็นต้น

แนวทางที่สอง เพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการในรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ตามแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประวัติอาชญากรรม รวมทั้งอาจจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายลำดับรองเป็นการเฉพาะสำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุนี้ เช่น แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองแรงงานโดยการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าว

๕.๒.๑ ข้อเสนอแนะในภาพรวม

นอกจากข้อเสนอแนะในภาพรวมเกี่ยวกับการมีกฎหมายกลางสำหรับการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ และที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ แล้ว ในประเด็นเฉพาะของการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ดังวิเคราะห์ในบทที่ ๔ มีหลายประเด็นที่มีข้อเสนอแนะ โดยเฉพาะในบริบทของสถานการณ์และข้อเท็จจริงประเด็นนั้น ๆ

๑

กรณีการเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้า บริการ ในภาคเอกชน

เสริมสร้างความเข้าใจให้กับผู้ประกอบการให้บริการ ผู้ประกอบการจำหน่ายสินค้า ให้เห็นความสำคัญถึงการให้บริการอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่เลือกปฏิบัติ เปลี่ยนแปลงทัศนคติทางลบที่มีต่อบุคคลที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

๒

กรณีประวัติอาชญากรรมที่นำมาใช้ในบริบทของการจ้างงาน

มีข้อเสนอให้กำหนด “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติประการหนึ่งโดยเฉพาะในมิติของการจ้างแรงงานและการประกอบอาชีพ โดยอาจกำหนดเหตุดังกล่าวไว้ในกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายกลาง ซึ่งมีขอบเขตใช้กับหน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชนดังเช่นกฎหมายออสเตรเลีย อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและสอดคล้องกับลักษณะงาน จึงควรกำหนดข้อยกเว้นให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างได้ หากประวัติอาชญากรรมนั้นเกี่ยวข้องกับ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” (Inherent Requirement Exception) ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

สำหรับในกรอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น จากตัวอย่างคำร้องและการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดังที่วิเคราะห์มาแล้ว พบว่า แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้มีการนำหลักการต่าง ๆ มาประกอบการพิจารณา เช่น การจำแนกกลุ่มกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติการทำงานภาครัฐเป็น ๓ กลุ่ม เป็นต้น ซึ่งสามารถคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติได้ระดับหนึ่ง แต่แนวโน้มจี้ดังกล่าวมุ่งเน้น “สิทธิในการประกอบอาชีพ” มากกว่าการวินิจฉัยตามหลักกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ อีกทั้งยังไม่พบว่ามีกรณีนำหลัก “คุณสมบัติอันจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับงาน” มาเป็นปัจจัยประกอบการพิจารณา จึงเสนอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณานำหลักการดังกล่าวมาประกอบการตรวจสอบการเลือกปฏิบัติในบริบทการจ้างแรงงาน ซึ่งหลักนี้อาจนำไปใช้ในกรณีการเลือกปฏิบัติในบริบทการจ้างแรงงานด้วยเหตุอื่น ๆ ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ อีกด้วย



กรณีการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว พบว่า การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังซึ่งเกี่ยวเนื่องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยในกฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดคุ้มครองกลุ่มผู้ได้รับผลกระทบจากการสื่อสารดังกล่าวซึ่งเป็นบุคคลอันจัดอยู่ในกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ รสนิยมทางเพศ สำหรับการกำหนดหลักการเกี่ยวกับ “Hate Speech” ในกฎหมายของไทยนั้น จากการศึกษากฎหมายไทยปัจจุบัน ทั้งในส่วนของกฎหมายอาญา กฎหมายเฉพาะช่องทางการสื่อสาร เช่น การสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์ พบว่า มิได้กำหนดหลักกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับ “Hate Speech” โดยคำนึงถึงองค์ประกอบด้าน “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” แม้ว่าบางกรณีของ “Hate Speech” อาจปรับใช้กฎหมายอาญารฐานหมิ่นประมาท หรือความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ได้ แต่ก็ไม่ครอบคลุมการกระทำลักษณะดังกล่าวทั้งหมด ทั้งนี้ เนื่องจากองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาที่ไม่ครอบคลุมถึง “Hate Speech” นั้นสะท้อนถึงหลักการและแนวคิดการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” ซึ่งมีความแตกต่างจากหลักแนวคิดและหลักการของกฎหมายอาญารฐานหมิ่นประมาท กล่าวคือ แนวคิดการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” นั้น มีความสัมพันธ์สืบเนื่องมาจากหลักของการคุ้มครอง “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหลักการและแนวคิดแตกต่างจากการกำหนดความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญาซึ่งมุ่งเน้นการคุ้มครองชื่อเสียงปัจเจกบุคคล สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางคอมพิวเตอร์ก็ได้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจาก “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” จากปัญหาดังกล่าว จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะ ต่อไปนี้

➤ กำหนดกฎหมายเฉพาะในกรณีของ “Hate Speech” ให้มีความครอบคลุมและสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยอาจมี ๒ แนวทาง ดังนี้

- บัญญัติฐานความผิดใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา ตามแนวทางของกฎหมายอาญาแคนาดา เป็นต้น
- บัญญัติกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ และบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับ “Hate Speech” ไว้ในกฎหมายกลางนี้

ในระหว่างที่ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะดังกล่าว มีข้อเสนอว่า การสื่อสารที่แสดงความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เช่น รสนิยมทางเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ จัดอยู่ในการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่จะตรวจสอบและเสนอมาตรการแก้ไขได้ อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่า แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะทำการตรวจสอบพบว่าการกระทำนั้นเป็นการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ก็เป็นการยากที่จะกำหนดมาตรการแก้ไขโดยระบุให้ปฏิบัติตาม “กฎหมาย” ในเรื่องใด เพราะยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” โดยเฉพาะแต่กระนั้นก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอาจเสนอแนะให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกระทำการด้วยความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนของผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech”

ผู้วิจัยยังมีข้อเสนอแนะว่า ในการกำหนดกฎหมายในส่วนของ Hate Speech นั้น ควรพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพในการสื่อสาร กับการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งหากพิจารณากฎหมายต่างประเทศแล้ว ผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่า กฎหมายสหรัฐอเมริกาจะให้น้ำหนักไปในทางการคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารมากกว่า ในขณะที่ออสเตรเลีย ยุโรป แคนาดา ให้น้ำหนักไปในทางคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติ โดยมีการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” ไว้เฉพาะ นอกจากนี้ ควรพิจารณานำปัจจัยอื่น ๆ มาประกอบ เช่น การแสดงการสื่อสาร ความเกลียดชังออกมาได้ อาจเป็นช่องทางที่บุคคลผู้มีความเกลียดชังได้ปลดปล่อยหรือระบายความคับแค้นใจออกมา ซึ่งอาจลดโอกาสการกระทำรุนแรงต่อไป

ในระดับระหว่างประเทศ มีข้อเสนอแนะให้ไทยถอนข้อสงวนข้อ ๔ ของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination - CERD) อนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้กับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๖ แต่มีการตั้งข้อสงวนในข้อ ๔ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังในแง่ของเชื้อชาติ ทั้งนี้ เนื่องจากความสำคัญและความจำเป็นในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังในด้านเชื้อชาติ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญานี้มีส่วนเกี่ยวข้อง กับ “Hate Speech” เฉพาะบางมิติ กล่าวคือ ในด้านของเชื้อชาติเท่านั้น ในการตรากฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” ยังต้องคำนึงถึงเหตุอื่น ๆ นอกจากเชื้อชาติด้วย

๔

กรณีการคุกคาม (Harassment)

การกระทำอันเป็นการคุกคาม (Harassment) ต่อบุคคลอื่นในที่สาธารณะ อันเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” จัดอยู่ในลักษณะของ “การได้รับการปฏิบัติที่ทำให้เกิดความพึงพอใจน้อยกว่าในการปฏิบัติต่อคนอื่นในที่สาธารณะ” ซึ่งอยู่ในขอบเขตกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วย แต่ในปัจจุบันไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับการกระทำดังกล่าว ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอ ดังต่อไปนี้

➤ กำหนดกฎหมายเฉพาะในกรณีของ “Hate Speech” ให้มีความครอบคลุมและสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยอาจมี ๒ แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก บัญญัติฐานความผิดใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา ตามแนวทางของกฎหมายอาญาแคนาดา เป็นต้น

แนวทางที่สอง บัญญัติกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ และบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับ “Harassment” ไว้ในกฎหมายกลางนี้

ในระหว่างที่ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะดังกล่าว มีข้อเสนอว่า การกระทำอันมีลักษณะเป็นการคุกคาม (Harassment) ต่อบุคคลอื่นในที่สาธารณะ จัดได้ว่าเป็น “การได้รับการปฏิบัติที่ทำให้เกิดความพึงพอใจ



น้อยกว่าในการปฏิบัติต่อคนอื่นในที่สาธารณะ” ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การคุกคามที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ จึงอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่จะตรวจสอบและเสนอมาตรการแก้ไขได้ อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่าแม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะทำการตรวจสอบพบว่าการกระทำนั้นเป็นการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ก็เป็นการยากที่จะกำหนดมาตรการแก้ไขโดยระบุให้ปฏิบัติตาม “กฎหมาย” ในเรื่องใด เพราะยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ “การคุกคาม” โดยเฉพาะ

ในส่วนของการคุกคามในสถานที่ทำงานนั้น ตามกฎหมายไทยปัจจุบันมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องและนำมาปรับใช้ได้คือกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ดังนั้น เมื่อมีการคุกคามในสถานที่ทำงาน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอาจมีข้อเสนอแนะให้หน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ดำเนินการออกประกาศเกี่ยวกับการคุกคามในสถานที่ทำงาน เช่น ตามกฎหมายมาเลเซีย

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายแรงงานพบว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฉบับแก้ไขปี ๒๕๕๑ ซึ่งจำกัดการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Ground of Discrimination) บางเหตุเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เหตุแห่งเพศ กล่าวคือ ครอบคลุมเฉพาะการล่วงเกิน คุกคาม ก่อความเดือดร้อนรำคาญ ทางเพศเท่านั้น และจำกัดการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับบางมิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination) นั่นคือ มิติการจ้างแรงงาน โดยยังไม่ครอบคลุมการคุกคามด้วยเหตุอื่น เช่น

- การคุกคามในสถานที่ทำงานด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ
- การคุกคามด้วยเหตุแห่งเพศในสถานที่ทำงานซึ่งไม่ได้เกิดจากการกระทำของนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาโดยตรง แต่เกิดจากลูกจ้างด้วยกันเอง หรือลูกค้า หรือสภาพแวดล้อมของการทำงานอันเป็นการคุกคาม (Hostile Working Environment)

ในกรณีเช่นนี้มีข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ๒ แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ให้ครอบคลุมการคุกคามทางเพศในลักษณะสภาพแวดล้อมของการทำงานอันเป็นการคุกคาม (Hostile working environment) รวมทั้งเพิ่มเติมการคุกคามด้วยเหตุอื่น ๆ นอกจากที่เกี่ยวข้องกับเพศ ในมิติการจ้างแรงงาน

แนวทางที่สอง บัญญัติกฎหมายใหม่เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติอันมีลักษณะเป็นกฎหมายกลาง ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ในมิติต่าง ๆ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการคุกคามไม่จำกัดเฉพาะในมิติการจ้างแรงงานเท่านั้น ดังนั้น การแก้ไขกฎหมายในส่วนกฎหมายคุ้มครองแรงงานจึงยังไม่ครอบคลุมการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ และในมิติอื่น ๆ เช่น การคุกคามในที่ทำงานด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา หรือการคุกคามในที่สาธารณะด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา จึงเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายกลางเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งครอบคลุมมิติและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่ากฎหมายแรงงานที่จำกัดเฉพาะเหตุด้านเพศและในมิติการจ้างแรงงานเท่านั้น ทั้งนี้ โดยพิจารณาตัวแบบจากกฎหมายต่างประเทศ เช่น ออสเตรเลีย แคนาดา เป็นต้น

๕

กรณีสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก

ผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่า มโนสำนึก (Conscience) หรือ มโนธรรม มีได้จำกัดเฉพาะ “ศาสนา” ใดศาสนาหนึ่ง เนื่องจาก มโนธรรม คือ การพิจารณาความถูกต้องของบุคคลนั้น ๆ ซึ่งจัดอยู่ใน “ความเชื่อ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ดังนั้น หากบุคคลมีความเชื่อตามมโนธรรมของตนที่ขัดแย้งกับการเป็นทหารซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้กำลังและการต่อสู้ ความเชื่อเช่นนี้ก็ควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนของไทย สำหรับประเด็นเกี่ยวกับความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติในมิติ “สิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนธรรม” นี้ ก็คือ

๑ มโนธรรมหรือความเชื่อ ควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันกับความเชื่อตามศาสนา หากมีข้อยกเว้นการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุศาสนา ก็ควรมีข้อยกเว้นสำหรับ มโนสำนึก (Conscience) ด้วย

๒ นอกจากการเกณฑ์ทหารแล้ว ควรมีทางเลือกอื่นในการ “รับใช้ชาติ” (National Alternative Service) ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังและการต่อสู้ เพื่อให้สอดคล้องกับผู้ที่มีมโนธรรม ความเชื่อที่แตกต่างกันหลากหลาย อันเป็นการเคารพสิทธิในความเชื่อเหล่านั้น

๓ หากมีการกำหนดทางเลือกอื่นในการ “รับใช้ชาติ” (National Alternative Service) ก็ควรต้องไม่มีลักษณะการเลือกปฏิบัติ เช่น ระยะเวลาในการรับใช้ชาติรูปแบบอื่น จะต้องไม่มากกว่าการรับใช้ชาติในรูปแบบของการเกณฑ์ทหาร ดังเช่นคดีที่ตัดสินตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ศึกษาในงานวิจัยนี้

จึงมีข้อเสนอแนะให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเกณฑ์ทหารพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติต่าง ๆ เหล่านี้ด้วย

๖

กรณีสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่าง ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองเฉพาะในปัจจุบัน เช่น ประวัติอาชญากรรมดังที่ได้เสนอแนะไปแล้ว ผู้ติดเชื้อเอชไอวี การให้นมบุตรจากอกแม่ กรณีเหตุเหล่านี้นั้น แม้ว่าในแง่หนึ่ง หากพิจารณากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า เหตุดังกล่าวมิได้ปรากฏอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม แต่ในอีกแง่หนึ่งนั้น อาจพิจารณาได้ว่า เหตุดังกล่าวมีความสำคัญและการนำเหตุดังกล่าวมาปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิพื้นฐานของบุคคลในมิติต่าง ๆ ของการดำรงชีวิต ดังนั้น จึงควรมีการคุ้มครองความเท่าเทียมกันของบุคคลที่อยู่ในกลุ่มหรือเกี่ยวข้องกับเหตุเหล่านี้ด้วย จึงมีข้อเสนอให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่างเหล่านี้ไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายเฉพาะต่อไป



๕.๒.๔ ข้อเสนอในการต่อยอดการวิจัย

- จากผลการวิจัยชี้ให้เห็นถึงสภาพปัญหาของกฎหมายไทยปัจจุบันซึ่งยังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการบัญญัติกฎหมายกลาง อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของงานวิจัยนี้ยังไม่ครอบคลุมถึงการนำเสนอร่างกฎหมายกลางดังกล่าวในรายละเอียด จึงควรมีการศึกษาวเคราะห์จัดทำร่างกฎหมายกลางเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเพื่อดำเนินการรับฟังความคิดเห็นและเข้าสู่กระบวนการเสนอกฎหมายตามลำดับต่อไป
- ขอบเขตและความหมายของการเลือกปฏิบัติ อาจพิจารณาได้หลายมิติ สำหรับในมุมมองทางกฎหมายแล้ว ก็อาจพิจารณาได้ในหลายบริบท ทั้งในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ในบริบทของกฎหมายปกครองนั้นมีบทบัญญัติที่ระบุถึงการเลือกปฏิบัติไว้โดยเฉพาะ โดยในหลายคดีของศาลปกครองนั้น พบว่ามีประเด็นอ้างถึงการเลือกปฏิบัติ แต่การเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายปกครองนี้มีลักษณะสำคัญบางประการที่แตกต่างจากการเลือกปฏิบัติตามนัยของกฎหมายสิทธิมนุษยชน จึงเสนอให้มีการต่อยอดการวิจัยในบริบทของกฎหมายปกครอง ในประเด็นขอบเขตความหมายของการเลือกปฏิบัติ เพื่อเปรียบเทียบและจำแนกความแตกต่างกับความหมายและขอบเขตของการเลือกปฏิบัติในบริบทกฎหมายสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณากฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องต่อไป
- เนื่องจากการวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการศึกษาภาพรวมของปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันหรือหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติในประเทศไทย โดยมีได้มุ่งศึกษาเฉพาะกรณีปัญหากรณีใดกรณีหนึ่ง ดังนั้น ในส่วนที่สองของงานวิจัยนี้จึงเป็นเพียงการหยิบยกประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการสำรวจศึกษา และการเก็บข้อมูลโดยการสัมภาษณ์ จัดกลุ่มสนทนา รับฟังความคิดเห็น มาวิเคราะห์ภายใต้กรอบแนวคิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน เพื่อสะท้อนให้เห็นปัญหาในภาพรวมว่าภายใต้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น การคุ้มครองความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติเพียงพอและครอบคลุมแล้วหรือไม่ เพียงใด ซึ่งผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่ายังมีหลายกรณีที่กฎหมายปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึง จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการมีกฎหมายกลางดังกล่าว ดังนั้น ในส่วนของการต่อยอดการวิจัยจึงเสนอให้มีการศึกษาประเด็นเฉพาะกรณีศึกษาเป็นรายกรณีในเชิงลึกต่อไป



บรรณานุกรม

ภาษาไทย

คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ. (๒๕๕๐). *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๕๐*. กรุงเทพฯ: สำนักกรรมการธิการ ๓ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม. (๒๕๕๘). สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพการณืผู้ที่เคยรับโทษจำคุกถูกจำกัดสิทธิในการเข้ารับราชการ. ใน *หนังสือชุดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม: เล่ม ๔*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. (๒๕๕๒, มิถุนายน). ศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐ กับกฎหมายอาญฐานหมิ่นประมาทในกรณีการหมิ่นประมาททางอินเทอร์เน็ต. *บทบัญญัติ*, ๖๕(๒).

คณาธิป ทองรวีวงศ์. (๒๕๕๗). *เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายสิทธิส่วนบุคคลและข้อมูลส่วนบุคคล*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. (๒๕๕๘). *กฎหมายเกี่ยวกับการท่องเที่ยว*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. (๒๕๕๙, ๑๙ กุมภาพันธ์). *ปรากฏการณ์ “ตุ๊กตาลูกเทพ”: ในมุมมองสิทธิส่วนบุคคลและ “Online hate speech”*. Retrieved from <https://thainetizen.org/2016/02/supernatural-dolls>



คณาธิป ทองรวีวงศ์. (๒๕๕๙, ๖ พฤษภาคม). ข้าแหละ พ.ร.บ.คอมฯ ใหม่ ยังคงน่ากลัวเหมือนเดิมบล็อกเพื่อความสงบเรียบร้อย-ศีลธรรม [สัมภาษณ์]. ๓๖(๑๘๖๔). Retrieved from <http://www.matichon.co.th/news/130357>

คปภ.พนัก ๒ สมาคมฯ อย่าศึก‘เกย์-เอไอเอ’ยืนยันซื้อประกันได้. (๒๐๐๗, ๒๔ พฤศจิกายน). Retrieved from http://www.siamturakij.com/home/news/display_news.php?news_id=9068

นัยนา เกิดวิชัย และคณะ. (๒๕๕๘). รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องโครงการศึกษาวิจัยปัญหาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมของบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

บรรเจิด สิงคะเนติ. (๒๕๕๘). หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

พิรธรอง รามสูตร. (๒๕๕๘). ประทศวาจากับโลกออนไลน์. กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ.

ไพโรจน์ พรเพชร และคณะ. (๒๕๕๓). สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์: รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.

รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ ๓ (สมัยสามัญ ครั้งที่ ๒).

วิชญ์ เครืองาม. (๒๕๓๐). กฎหมายรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ ๓). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (๒๕๔๓, มิถุนายน). หลักความเสมอภาค. วารสารนิติศาสตร์, ๓๐(๒).

สิทธิผู้ป่วยทางจิต: หลักการว่าด้วยการคุ้มครองผู้ป่วยทางจิตและการปรับปรุงการดูแลสุขภาพ [Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care] (รัชดา อารณศิลป์, ผู้แปล). (๒๕๔๖). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

สำนักข่าว Hfocus เจาะลึกระบบสุขภาพ. (๒๕๕๗, ๒ สิงหาคม). แอลงการณ้เครือช่ายผู้ติดเชื้อถูก รร.ปฏิเสธ ช้ละเมิดสิทธิ ธรณรงค์บอยคอต. Retrieved from <https://www.hfocus.org/content/2014/08/7802>

อัจฉรา ฉายากุล และคณะ. (๒๕๕๘). ประมวลรายงานผลการพิจารณาเพื่อเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย และกฎของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (๑ มีนาคม ๒๕๕๔ - ๓๑ ธันวาคม ๒๕๕๗) / คณะอนุกรรมการด้านเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายและกฎ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

ภาษาต่างประเทศ

- Alberta Human Rights Commission. (2010). *Human rights In alberta, plain language information*.
- Arneson, R. J. (2008). Equality of opportunity. In *stanford encyclopedia of philosophy*.
- Aziz, Z. A., & Ng, C. (2001). Combating sexual harassment: the way forward. *The 11th Malaysia law conference*. Kuala Lumpur.
- Bartick, M., & Reinhold, A. (2010). The burden of suboptimal breastfeeding in the united states: a pediatric cost analysis. *Pediatrics*.
- Bar-Yam, N. B. (2003, December). Breastfeeding and human rights: is there a right to breastfeed? is there a right to be breastfed?. *Journal of Human Lactation*, 19(4), p.357-361.
- Benesch, S. (2008). Vile crime or inalienable rights: defining incitement to genocide. *Va Journal of International Law*, 48.
- Bevir, M. (Ed.). (2010). *Encyclopedia of political theory*. Sage Publications.
- Black, H. C. (1979). *Black's law dictionary*. Boston: West Publishing.
- Brock, P. (1972). *Pacifism in Europe to 1914*. New Jersey: Princeton University Press.
- Busacchi, V. (2015). *The recognition principle: a philosophical perspective between psychology, sociology and politics*. England: Cambridge Scholars Publishing.
- Buss, S. (2002). Personal autonomy. In E. N. Zalta (Ed.), *The stanford encyclopedia of philosophy*. Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/personal-autonomy>
- Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium ("*Belgian Linguistic Case*") (No. 2), no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, §10, ECHR 1968 A6.
- Cavanagh, M. (2002). *Against equality of opportunity*. Oxford: Clarendon Press.
- CBS News. (2016). *North carolina sued over transgender bathroom law*. Retrieved from <http://www.cbsnews.com/news/north-carolina-sued-over-transgender-bathroom-law>
- CERD. *General Recommendation 14* (Art. 2, para. 1: Definition of discrimination).



- Chambers, J. W. (1993). Conscientious objectors and the American State from colonial times to the present. In C. C. Moskos, & J. W. Chambers (Eds.), *The new conscientious objection: from sacred to secular resistance*. Oxford: Oxford University Press.
- Chilling Effects, “Google removal complaint: section 18C of Australia’s racial discrimination Act of 1975,” May 5, 2006.
- Coliver, S. (1992). Striking a balance: free speech, freedom of expression and non-discrimination. International centre against censorship Human Rights Centre, University of Essex.
- Cortese, A. J. (2006). *Opposing hate speech*. Westport CT: Praeger Publishers.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment.*
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation.*
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General recommendation XV, adopted 23 March 1993, Organized violence based on ethnic origin (Article 4).*
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XXX, adopted 1 October 2004, *General Recommendation on discrimination against non citizens.*
- Communication No. 666/1995, Views adopted on 9 November 1999.
- Communications Nos. 1321/2004 and 1322/2004, Views adopted on 3 November 2006.
- Commission on Human Rights resolution 1998/77 on conscientious objection to military service.
- Consideration of arrest and conviction records in employment decisions under title VII of the Civil Rights Act of 1964". EEOC Enforcement Guidance. U.S. Equal Employment Opportunity Commission. 25 April 2010.
- Dani, A. A., & Haan, A. de (Eds.). (2008). *Inclusive states: social policy and structural inequalities*. Washington, D.C: World Bank.
- Deference Administrative Orders and Directives 5049-2, Conscientious Objection (30 July 2004).
- Delgado, R., & Stefancic, J. (2000). *Critical race theory: the cutting edge*. U.S.: Temple University.
- Denmark, F. L. (2010). Prejudice and discrimination. In I. B. Weiner, & E. W. Craighead, *The Corsini encyclopedia of psychology* (4 ed., Vol. 3). Hoboken, N.J.: John Wiley.

- Dickerson, N. P. (2009). Comment, what makes the internet so special? and why, where, how, and by whom should its content be regulated?. *Houston Law Review*, 46(61), p.91-92.
- Dietrich, S., Emsellem, M., & Ruck, C. (1998). Work reform: the other side of welfare reform. *Stanley Law & Policy Review*, 9.
- Dworkin, R. (1993). *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York: Knopf.
- European court of human rights*. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng#>.
- Fiske, S. T. (1998). Stereotyping, prejudice, and discrimination. In D. T. Gilbert, S. Fiske, & Gardner, L. *In The handbook of social psychology* (4th ed., Vol. 2). Boston, Mass: McGraw-Hill.
- Friedman, M., & Friedman, R. D. (1990). *Free to choose: a personal statement*. Mariner Books.
- Fry, L. (2011, 23 May). *Man accused of violating the hate crime prevention act*. KATV.
- Garrett v. Board of educ. of school D. of Detroit, 775 F.Supp. 1004 (E.D. Mich. 1991).
- General comment No. 20 Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the international covenant on economic, social and cultural rights).
- Gibbons, F. (2011, April 1). In France, breast is definitely not best. *The Guardian*. Retrieved from www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/apr/01/france-breast-breastfed-baby-death
- HRC (Human Rights Committee). (1989). General comment 18. Non-discrimination (Thirty-seventh session).
- Human rights committee, General comment No. 10, adopted 29 June 1983, article 19, freedom of expression.
- Human Rights Committee, General Comment No. 11, adopted 29 July 1983, Article 20 – Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred, para. 2 (about the relationship between articles 19 and 20).
- International labour conference, equality in employment and occupation: general survey by the committee of experts on the application of conventions and recommendations ILO, Geneva, 1988.



International Labour Organization. *India must have zero tolerance for workplace sexual harassment.*

Retrieved from http://www.ilo.org/asia/info/public/WCMS_220527/lang--en/index.htm

INFACT Canada. (2000, August 1). *British columbia human right commission policy and procedural manual.* Retrieved from http://www.infactcanada.ca/br_bc_humanrights.htm

Ismail, M. N., & Chee, L. K. (2005, September). An Empirical investigation of sexual harassment incidents in Malaysian workplace. *The Journal of American Academy Of Business, Cambridge*, 7(1).

Jones v. Töben: Racial Discrimination on the Internet. (2002, October). Retrieved from http://www.galexia.com/public/research/articles/research_articles-art22.html#fn357

Judge finds Ahenakew not guilty in 2nd hate trial. (2009, 23 February). CBC News.

Kapur, R. (2007). Challenging the liberal subject: law and gender justice in South Asia. In M. Mukhopadhyay, & N. Singh (Eds.), *Gender justic, citizenship and development.* New Delhi: Zubaan: An Imprint of Kali for Women.

Kentucky men face first-of-their-kind federal hate-crime charges. (2012, 15 March). Lexington Herald-Leader.

Knechtle, J. C. (2006). When to regulate hate speech. *Penn state law review*, 110, 539–578.

Labbok, M. H. (2001). Effects of breastfeeding on the mother. *Pediatric Clinics of North America*, 48(1).

Lippert-Rasmussen, K. (2006). Private discrimination: a prioritarian, desert-accommodating account. *San Diego Law Review*, 43, 871-856.

Mahoney, K. E. (2009). Hate speech: the regulation of hate speech in a democracy. *Wake Forest Law Review*, 44.

Makkonen, T. (2004). Is multiculturalism bad for the fight against multiculturalism? In M. Scheinin, & R. Toivanen (Eds.), *Rethinking Non-Discrimination and Minority Rights.*

Maria Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala. Case 11.625 del 19 de enero de 2001.

Maschke, K. J. (1997). *Gender and American Law: the impact of the law on the lives of women.* New York: Garland Publishing, Inc.

McKinney v. University of Guelph [1990] 3 SCR 229 (Supreme Court of Canada).

McLaurin v. Oklahoma State Regents, 339 U.S. 637. 1950.

MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay (CCT 51/06) [2007] ZACC 21; 2008 (1) SA 474 (CC); 2008 (2) BCLR 99 (South African Constitutional Court).

Men plead guilty In swastika branding case. (2011, August 11). The Huffington Post.

Ministry of Human Resources. (1999). Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace.

Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 718, 725 (1982).

Murphy, J. (2007). Rethinking injunctions in tort law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 27(3), 509-535.

Navy Personnel Management “I declare that I have a conscientious objection to performing military service ...”. Application format for the Advisory Committee on Conscientious Objectors, BR 3, annex 54B (June 2012).

Ogletree, C. J. (1996). The limits of hate speech: does race matter?. *Gonzaga law review*, 52, 491, 502.

Ontario (Human Rights Comm) and O'Malley v. Simpsons Sears Ltd., [1985] 2 S.C.R. 536 at551, 7 C.H.R.R. D/3102 at D/310.

Oppenheimer, D. B. (2010). Sources of US equality law. *European Anti-discrimination Law Review*(10).

Paludi, M. A., & Barickman, R. B. (1991). *Academic and workplace sexual harassment*. SUNY Press.

Planned Parenthood of the Columbia/Willamette, Inc. v. Am. Coalition of. Life Activists, 290 F.3d 1058, 1063-67 (9th Cir. 2002).

Poirier v. British Columbia (Ministry of Municipal Affairs, Recreation and Housing). (1997). 29 C.H.R.R. D/87 (B.C. Trib.).

Post, R. C. (1991). Racist Speech, democracy, and the first amendment. *William & Mary Law Review*, 32(267), 325-326.

Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion OC-4/84, January 19, 1984, Inter-Am. Ct. H.R.

Regents of the University of California v. Bakke 438 U.S. 265 (1978).

Reply to Recommendation 1518. (2001). of the Parliamentary Assembly on the exercise of the right





to conscientious objection to military service in Council of Europe member States (Doc. 9379).

Report No. 43/05, case 12.129, Merits (10 March 2005).

Report of an Inquiry into a complaint by Ms Tracy Gordon of discrimination in employment on the basis of criminal record, HREOC Report No. 33, 2006.

Report of the Human Rights Committee (A/63/40 (Vol. II).

Reports of inquiries into complaints of discrimination in employment on the basis of criminal record, Mr Mark Hall v NSW Thoroughbred Racing Board, HREOC Report No. 19.

Richardt, N., & Shanks, T. (2008). Equal opportunity. *International encyclopedia of the social sciences*.

Roemer, J. (1998). *Equality of opportunity*. Harvard University Press.

Royce, E. C. (2009). *Poverty and power: the problem of structural inequality*. Lanham: Rowman & Littlefield.

Rubin, M., & Hewstone, M. (2004). Social identity, system justification, and social dominance: commentary on reicher, Jost et al., and Sidanius et al. *Political Psychology*, 25(6), p.823-844.

Sargeant, M. (2013). *Discrimination and the law*. UK: Routledge.

Schwarz, E. B., Ray, R. M., Stuebe, A. M., Allison, M. A., Ness, R. B., Freiberg, M. S., & Cauley, J. A. (2009, May). Duration of lactation and risk factors for maternal cardiovascular disease. *Obstet Gynecol*, 113(5), 974-982.

Sen, A. (2006). *Identity and violence: the illusion of destiny*. U.S.: W. W. Norton & Company.

Sharpe, R. J., & Roach, K. (2005). *The charter of rights and freedoms* (3rd ed.). Toronto: Irwin Law.

Shaw, L. (2011). Hate speech in cyberspace: bitterness without boundaries. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 25.

Shelley v. Kraemer 334 US 1. (1948). (US Supreme Court).

Shepard, M., & Byrd, J. J. (2002). The ripple effect of the matthew shepard murder: impact on the assumptive world theory. *American Behavioral Scientist*.

Smith, B. (1965). *They closed their schools*. University of North Carolina Press.

The British Columbia Human Rights Tribunal. (1997). In *Poirier v. British Columbia (Ministry of Municipal*

Affairs, Recreation and Housing.

Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education 402 U.S. 1. (1971).

The New Brunswick Human Rights Commission. Equality Rights Definitions. Retrieved April 3, 2000 from [http:// www.gov.nb.ca/hrc-cdp/e/el_defini.htm](http://www.gov.nb.ca/hrc-cdp/e/el_defini.htm)

"*The Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal) Act, 2013*" (PDF). PRS Legislative Research. Retrieved 26 April 2013 from http://www.ilo.org/asia/info/public/WCMS_220527/lang--en/index.htm

Tsesis, A. (2002). *Destructive messages: how hate speech paves the way for harmful social movement.* NYU Press.

Umbarkar, P. P. (2014, March). Free speech and hate speech syndrome: unprincipled animate in media. *Online International Interdisciplinary Research Journal*, 4.

UN Committee on Economic. Social and cultural rights (CESCR). General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant), 11 August 2005, E/C.12/2005/4.

United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner. (2012). *Conscientious objection to military service.* New York and Geneva.

Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A., & Zwaak, L. (Eds.). (2006). *Theory and practice of the European convention on human rights* (4th ed.). Antwerpen: Intersentia.

Virginia v. Black. "A State may choose to prohibit only those forms of intimidation that are most likely to inspire fear of bodily harm." 538 U.S. 343 (2003).

Vorchheimer v. School District of Philadelphia 430 U.S. 703 (1977).

Weaver, R. L., & Partlett, D. F. (2005). Defamation, free speech, and democratic governance. *New York Law School Law Review*, 50(57), p.57.

Weintraub-Reiter, R. (1998). Hate speech over the internet: a traditional constitutional analysis or a new cyber constitution?. *Boston University Public Interest Law Journal*, 8.

Williams, M. S. (1996). Memory, history and membership: the moral claims of marginalized groups





in political representation. In J. Räikkä (Ed.), *Do We Need Minority Rights? Conceptual Issues*. The Hague, Martinus Nijhoff.

Williams, M. S. (1998). *Voice, trust and memory: marginalized groups and the failings of liberal representation*. Princeton University Press.

World Health Organization/UNICEF. (2003). *Global Strategy for Infant and Young Child Feeding*. Geneva: World Health Organization.

Wright, G. R. (2006). Dignity and conflicts of constitutional values: the case of free speech and equal protection. *San Diego Law Review*, 43, 527, 544–545.

คำพิพากษาศาลต่างประเทศ

Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. UK (Application nos. 9214/80; 9473/81; 9474/81).

Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Company [1987] 1 SCR 1114 (Supreme Court of Canada).

Andrews v. Law Society of British Columbia [1989] 1 SCR 143 (Supreme Court of Canada).

Anuj Garg & Ors v. Hotel Association of India & Ors [2007] INSC 1226: AIR 2008 SC 663 (Supreme Court of India).

Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony. [2009] 2 SCR 567, 2009.

Bayatyan v. Armenia, Application No. 23459/03, Judgment of 7 July 2011.

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGEU (1999) 3 SCR 3 (Supreme Court of Canada).

Bliss v. Attorney General of Canada, [1979].

Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett 531 US 356 (2001) (US Supreme Court).

Brooks v. Canada Safeway, [1989].

Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955).

Canada (Human Rights Commission) v. Taylor, [1990] 3 S.C.R. 892 at 902. <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1990/1990rcs3-892/1990rcs3-892.pdf>.

Canada in R. v. Kapp , SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, 294 D.L.R. (4th).

Canada (Human Rights Commission) v. Taylor, [1990] 3 S.C.R. 892.

City Council of Pretoria v. Walker (CCT8/97) [1998] ZACC 1; 1998 (2) SA 363; (South African Constitutional Court).

Citron v. Zündel TD 1/02 (2002/01/18) http://www.chrt-tcdp.gc.ca/search/view_html.asp?doid=252&lg=_e&isruling=0

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

Cole v. Bell Canada, 2007 CHRT 7 (CanLII), <http://canlii.ca/t/1r49b>

Diaz v. San José Unified School District, 733 F.2d. 660 (9th Cir. 1984).

ECHR, D.H. and Others v. the Czech Republic [GC] (No. 57325/00), 13 November 2007.

ECHR, Nachova and Others v. Bulgaria [GC] (Nos. 43577/98 and 43579/98), 6 July 2005.

ECHR, Opuz v. Turkey (No. 33401/02), 9 June 2009.

ECHR, Zarb Adami v. Malta (No. 17209/02), 20 June 2006.

Egan v. Canada [1995] 2 SCR 513 (Canadian Supreme Court).

Force v. Pierce City R-VI School District, 570 F. Supp. 1020 (W.D.Mo, 1983).

Gosselin v. Quebec 2002 [SCC] 84 (Canadian Supreme Court).

Griggs v. Duke Power Co. 401 US 424, 91 S Ct 849 (1971) (US Supreme Court).

Griffin v. County School Board of Prince Edward County, 377 U.S. 218 (1964).

Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).





Harksen v. Lane NO and Others 1997 (11) BCLR 1489 (CC); 1998 (1) SA 300 (CC) (South African Constitutional Court).

Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States, 379 U.S. 241 (1964).

Hilde Schnheit v. Stadt Frankfurt am Main and Silvia Becker v. Land Hessen, Joined Cases C-4/02 and C-5/02 [2003] ECR I-12575, 23 October 2003.

Kimel v. Florida Bd. of Regents 528 US 62 (2000) (US Supreme Court).

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S. C. R. 497.

Lawless v. Ireland, no. 332/57, ECHR 1961 A3 (N.B. verbatim record of the hearing on 8 April.

L. R. et al. v Slovakia, Communication No. 31/2003, U.N. Doc. CERD/C/66/D/31/2003 (2005).

Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi.WP(C) No.7455/2001, 2 July 2009 (High Court of Delhi).

Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd [1985] 2 SCR 53 (Supreme Court of Canada).

Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor [1980] UKPC 32.

Prinsloo v. Van der Linde 1997 (6) BCLR 759 (CC) (South African Constitutional Court).

Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong [1998] 2 S.L.R.(R.).

Public Prosecutor v. Su Liang Yu (1976).

R.A.V. v. City of St. Paul (1992).

R v. Kapp 2008 SCC 41 (Supreme Court of Canada).

RWDSU Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd [1986] 2 SCR 573 (Supreme Court of Canada).

Sandra Lovelace v. Canada. Communication No. 24/1977: Canada 30/07/81. UN Doc. CCPRC/13/D/24/1977.

Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

United States v. Wilcox (2008).

U.S. v. MORALES, 252 F.3d 1070 (9th Cir. 2001).

Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).

Warman v. Winnicki, 2006 CHRT 20.

Washington v. Davis 426 US 229, 96 S Ct 2040 (1976) (US Supreme Court).

Zarb Adami v. Malta, 44 EHRR 3, IHRL 3192 (ECHR 2006).





ภาคผนวก

กฎหมายไทยเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ
ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีหลักการ ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

มาตรา ๒๗ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

ข้อสังเกต จากรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ อย่างไรก็ตาม มีการกำหนดเหตุใหม่เพิ่มขึ้นคือ “เหตุอื่นใด” ซึ่งไม่ชัดเจนว่าจะครอบคลุมเหตุใดบ้าง โดยอาจมีความเป็นไปได้ ๒ กรณีคือ (๑) ติความสอดคล้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นเหตุที่นอกเหนือจากเหตุซึ่งมาตรา ๒๗ วรรคสามระบุไว้ แต่เป็นเหตุที่มีการเกาะเกี่ยวหรืออ้างอิงกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือ (๒) เป็นเหตุอื่นที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

ในส่วนของหัวข้อย่อย “๔.๑๕.๑๑ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย” นั้นเป็นการวิเคราะห์ข้อมูลก่อนพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๐ มีผลใช้บังคับ ดังนั้น ในส่วนนี้จะได้นำเสนอการวิเคราะห์เพิ่มเติม ในลักษณะของบทความขนาดสั้น ดังนี้

แนวทางการพัฒนากฎหมายไทยให้สอดคล้องกับ ข้อ ๔ ของ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ (CERD): กรณี “Hate speech”⁶²⁸

หากพิจารณา “HATE SPEECH” จากกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ รวมทั้งกฎหมายไทยฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องกับ “HATE SPEECH” ในปัจจุบันนั้น อยู่บนแนวคิดที่แตกต่างจากหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน ตัวอย่างเช่น อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ (CERD) ที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับ “HATE SPEECH” ไว้ ในข้อ ๔ กล่าวคือ พันธกรณีของรัฐในการวางกฎเกณฑ์ห้ามการ “โฆษณาชวนเชื่อหรือเผยแพร่แนวคิดที่สร้างความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ” และไทยได้ตั้งข้อสงวนไว้ ต่อมา ในปี พ.ศ. ๒๕๕๙ คณะรัฐมนตรีมีมติให้ถอนข้อสงวนดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้ไทยต้องพิจารณาว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่สอดคล้องกับข้อ ๔ ของอนุสัญญาหรือไม่ โดยมติคณะรัฐมนตรี มีการกล่าวว่า “...ให้กระทรวงยุติธรรมรับความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศและสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเกี่ยวกับความพร้อมของประเทศไทยต่อการถอนข้อสงวนข้อบทที่ ๔ ของ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ (CERD) ซึ่งประเทศไทยสามารถถอนข้อสงวนดังกล่าวได้โดยไม่ต้องออกกฎหมายใหม่ โดยได้อ้างอิงถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้น โดยที่กฎหมายเหล่านั้นยังไม่ได้กำหนดฐานความผิดเฉพาะตามข้อบทที่ ๔ ของอนุสัญญา CERD อีกทั้งบทลงโทษระบุเพียงกว้าง ๆ ไม่ระบุโทษที่ชัดเจนตามความผิดที่ปรากฏในอนุสัญญา CERD แต่เป็นการระบุโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการให้ร้ายและสร้างความเกลียดชัง จึงต้องอาศัยการตีความกฎหมายเหล่านั้นเป็นรายกรณีว่า รวมถึงการกระทำที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติหรือไม่...”⁶²⁹

จะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและมีอยู่แล้ว มิได้มีหลักการที่เกี่ยวข้องโดยตรง เช่น

☞ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๑๖ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและหลักการที่แตกต่างจากอนุสัญญา CERD ข้อ ๔ กล่าวคือ

⁶²⁸ บทความนี้สรุปสาระสำคัญมาจาก “คนาธิป ทองรวีวงศ์, “แนวทางการพัฒนากฎหมายไทยให้สอดคล้องกับข้อ ๔ ของ CERD: กรณี Hate Speech”, เอกสารประกอบการนำเสนอในการประชุมเชิงปฏิบัติการเพื่อพิจารณาการดำเนินงานภายหลังการถอนข้อสงวนของประเทศไทย ข้อ ๔ ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ , กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ , กระทรวงยุติธรรม ๒๑ มีนาคม ๒๕๖๐”

⁶²⁹ มติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๗ มิถุนายน ๒๕๕๙ https://cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99319738



- (๑) มาตรา ๑๑๖ อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาหมวดเกี่ยวกับความมั่นคง ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับ “HATE SPEECH” อยู่ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ
- (๒) มาตรา ๑๑๖ มิได้กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ กล่าวคือ การกระตุนหรือยุยงนั้น กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อีกทั้งอาจมองว่ากว้างเกินไปจนอาจกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วย

สำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น มีการแก้ไขความผิดเกี่ยวกับเนื้อหาตามมาตรา ๑๔ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๐ ดังนี้

☞ มาตรา ๑๔ ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

- (๑) โดยทุจริต หรือโดยหลอกลวง นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา
- (๒) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน
- (๓) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา
- (๔) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้
- (๕) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (๑) (๒) (๓) หรือ (๔) ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง (๑) มิได้กระทำต่อประชาชน แต่เป็นการกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ผู้กระทำ ผู้เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้เป็นความผิดอันยอมความได้

สำหรับข้อมูลเนื้อหาที่มีลักษณะ “Hate Speech” นั้น จะต้องพิจารณาตามลักษณะข้อเท็จจริง ซึ่งในบางกรณีจะไม่เข้าข่ายความผิด พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เช่น

☞ มาตรา ๑๔ (๑): “โดยทุจริต หรือโดยหลอกลวง นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา” หากข้อมูลคอมพิวเตอร์อันมีลักษณะ “Hate Speech” นั้นเป็นการใส่ความผู้อื่นที่ระบุตัวผู้ถูกใส่ความได้ว่าเป็นใคร กล่าวคือ เมื่อบุคคลที่สามอ่านข้อมูลนั้นเข้าใจว่าบุคคลในข้อมูลหมายถึงผู้ที่ถูกใส่ความ ก็จะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา และไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาตรา ๑๔ (๑)

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี “Hate Speech” นั้นอาจเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา ๑๔ (๑) ได้ เช่น การเผยแพร่ข้อมูลแสดงความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ของบุคคลซึ่งมีจำนวนมากและไม่สามารถระบุตัวได้ว่าเป็นใคร ในเมื่อไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท ดังนั้น โดยหลักแล้วการกระทำเช่นนี้ยังคงอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ มาตรา ๑๔ (๑) แต่ทั้งนี้ต้องเข้าองค์ประกอบอื่นด้วย กล่าวคือต้องพิจารณาว่า นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลเท็จ บิดเบือนหรือไม่ และการกระทำความผิดดังกล่าวจะทำให้ประชาชนเสียหายอย่างไร สำหรับองค์ประกอบในส่วนเจตนาพิเศษที่ว่า “โดยทุจริต” นั้นอาจทำให้ มาตรา ๑๔ (๑) ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับ Hate speech ได้ เนื่องจากโดยลักษณะทั่วไปของการกระทำ Hate speech นั้น มิได้มุ่งหวังผลประโยชน์โดยมิชอบ แต่ยังอาจเข้าองค์ประกอบ “โดยหลอกลวง” ซึ่งมีความหมายกว้าง ตัวอย่าง ก. โพสต์ข้อมูลคอมพิวเตอร์มีเนื้อหาอันเป็นเท็จทำให้เกิดความเกลียดชังผู้นับถือศาสนาหนึ่ง โดยมีได้มุ่งเจาะจงถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ กรณีนี้อาจเข้าองค์ประกอบมาตรา ๑๔ (๑) แต่ต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำนั้น “โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน” หรือไม่

ดังนั้น เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเนื้อหาแล้ว ไม่อาจสรุปเป็นการทั่วไปได้ว่า “HATE SPEECH” อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ หรือไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เนื่องจากจะต้องขึ้นอยู่กับลักษณะข้อเท็จจริงของ “HATE SPEECH” เป็นกรณีไป ลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัตินี้มิได้มุ่งหมายเพื่อใช้บังคับกับกรณี “Hate speech” เป็นการเฉพาะ เนื่องจากโดยหลักแล้วเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ใช้กับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ และหากพิจารณากฎหมายต่างประเทศที่มีการบัญญัติหลักการเกี่ยวกับ “Hate speech” เช่น แคนาดา ออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่า ไม่มีประเทศใดที่นำหลักการเกี่ยวกับ “Hate speech” มาบัญญัติไว้ในกฎหมายความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ แม้ว่าในปัจจุบันการเผยแพร่ข้อมูลในลักษณะ “Hate speech” จะเกิดขึ้นทางระบบคอมพิวเตอร์เป็นส่วนใหญ่ก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากโดยหลักการแล้ว “Hate speech” มีรากฐานจากกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังนั้น ในหลายประเทศจึงกำหนดหลักการดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนและมีความเชื่อมโยงกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าแม้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ อาจนำมาปรับใช้กับกรณี “Hate Speech” ทางระบบคอมพิวเตอร์ในบางกรณี แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมและอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและหลักการที่แตกต่างจากอนุสัญญา CERD ข้อ ๔ กล่าวคือ

(๑) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเนื้อหาโดยรวมแล้วมุ่งเน้นเนื้อหาที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงหลอกลวงทางคอมพิวเตอร์และเนื้อหาที่เกี่ยวกับความมั่นคง ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับ “Hate Speech” อยู่ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ

(๒) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ มิได้มีการนำเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมาเป็นองค์ประกอบความผิดเนื่องจากอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่แตกต่างกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน

(๓) การสื่อสารแสดงความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติที่ไม่เข้าองค์ประกอบมาตรา ๑๔ หรือ ๑๖ ก็ไม่สามารถปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้



(๔) การโฆษณาชวนเชื่อหรือการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังด้านเชื้อชาติที่อยู่ในรูปของกิจกรรมหรือการกระทำอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ข้อมูลทางระบบคอมพิวเตอร์ ก็ไม่สามารถปรับใช้ พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์

ดังนั้น จึงเห็นว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่ มิได้ตอบสนองหรือสอดคล้องโดยตรงกับหลักการตามอนุสัญญาที่ไทยมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น CERD การนำกฎหมายที่มีอยู่ เช่น กฎหมายอาญา มาตรา ๑๑๖ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาปรับใช้กับการโฆษณาชวนเชื่อหรือเผยแพร่แนวคิดที่สร้างความเกลียดชังด้านเชื้อชาติตามอนุสัญญา CERD นั้น แม้ว่าอาจปรับใช้ได้โดย “การตีความและปรับใช้เป็นรายกรณี” แต่ก็เป็น การตีความและปรับใช้จากกฎหมายที่มีได้ร่างขึ้นเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนดังกล่าวเป็นการเฉพาะ และทำให้ไม่ครอบคลุมกับขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน จึงเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate speech” เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญา CERD โดยอยู่ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ข้อสังเกต พันธกรณีของไทยในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาตินี้ จัดเป็นเพียงส่วนย่อยของ “Hate Speech” เนื่องจากอนุสัญญา CERD มีขอบเขตในเรื่องของ “เชื้อชาติ” ซึ่งรวมถึง “สีผิว เชื้อสาย ชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด” (ข้อ ๑, CERD) ดังนั้น จึงไม่ครอบคลุมถึง “Hate Speech” ที่สืบเนื่องมาจากเหตุอื่น เช่น เพศ อายุ ศาสนา ความคิดเห็นที่แตกต่างกันในประเด็นต่าง ๆ ทางสังคม การเมือง ฯลฯ โดย “Hate Speech” ที่เกี่ยวกับเหตุอื่นจะต้องพิจารณากฎหมายสิทธิมนุษยชนฉบับอื่นด้วย



อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๔๗ ได้บัญญัติให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(๑) ตรวจสอบและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนทุกกรณีโดยไม่ล่าช้าและเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่เกี่ยวข้อง

(๒) จัดทำรายงานผลการประเมินสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศเสนอต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี และเผยแพร่ต่อประชาชน

(๓) เสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมตลอดทั้งการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน

(๔) ชี้แจงและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องโดยไม่ชักช้าในกรณีที่มีการรายงานสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม

(๕) สร้างเสริมทุกภาคส่วนของสังคมให้ตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิมนุษยชน

(๖) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อรับทราบรายงานตาม (๑) และ (๒) หรือข้อเสนอแนะตาม (๓) ให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการปรับปรุงแก้ไขตามความเหมาะสมโดยเร็ว กรณีใดไม่อาจดำเนินการได้หรือต้องใช้เวลาในการดำเนินการ ให้แจ้งเหตุผลให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทราบโดยไม่ชักช้า

ในการปฏิบัติหน้าที่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติต้องคำนึงถึงความผาสุกของประชาชนชาวไทย และผลประโยชน์ส่วนรวมของชาติเป็นสำคัญด้วย



ความหมายของตราสัญลักษณ์คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

รูปทรงดอกบัว

คือ ความมีคุณธรรม ความเอื้ออาทรระหว่างเพื่อนมนุษย์
อันเป็นจริยวัตรอันดีงามของคนไทย

รูปคนล้อมเป็นวงกลม

คือ การสร้างพลังความร่วมมือกับทุกภาคส่วนของสังคม
เพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรมสิทธิมนุษยชนให้เป็นส่วนสำคัญ
ในกระบวนการพัฒนาประเทศ

รูปมือ

คือ การร่วมมือกับทุกภาคส่วนของสังคม ทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ
ในการโอบอุ้มคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ
ด้วยหลักแห่งความเสมอภาค และภราดรภาพ

สีน้ำเงิน

คือ สีของความเชื่อมั่นของประชาชนและทุกภาคส่วนของสังคม
คือ ความมุ่งมั่น อดทนในการทำงานเพื่อประชาชน
คือ ความสามัคคี และการประสานพลังอย่างหนักแน่นจากทุกภาคส่วนของสังคม
เพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรมสิทธิมนุษยชนในสังคมไทย

เครื่องหมายราชการดังกล่าว นอกจากใช้เป็นตราประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแล้ว
ให้ใช้เป็นตราประจำตำแหน่งประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตราประจำคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน
แห่งชาติ และตราประจำตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติด้วย



สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ ๘๐ พรรษา ๕ ธันวาคม ๒๕๕๐

อาคารรัฐประศาสนภักดี (อาครป) ชั้น ๖ - ๗

ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ ๑๐๒๑๐

โทร ๐ ๒๑๔๑ ๓๘๐๐, ๐ ๒๑๔๑ ๓๘๐๐

โทรร้องเรียน ๑๓๗๗

Website: www.nhrc.or.th

