



รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง

กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ

คณะผู้วิจัย

รศ. คณาธิป ทองรวีวงศ์	หัวหน้าโครงการวิจัย
นางสาวกัณทิมา ช่างทำ	นักวิจัย
นางสาวภคมน สืบไชย	ผู้ช่วยนักวิจัย
ดร. กุสุมา สุนประชา	ผู้ช่วยนักวิจัย
อ. ชลธิชา สมสอาด	ผู้ช่วยนักวิจัย

เสนอ

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ข
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ง
บทสรุปผู้บริหารภาษาไทย	ฉ
บทสรุปผู้บริหารภาษาอังกฤษ	ค
รายการคำย่อสำหรับงานวิจัยนี้	ผ
สารบัญ	
บทที่ 1 บทนำ	
1.1 ความสำคัญและประเด็นปัญหาของการวิจัย	1
1.2 กรอบแนวคิดการศึกษาวิจัย	2
1.3 ระเบียบวิธีการศึกษาวิจัย	14
1.4 ขอบเขต ขั้นตอน และ วิธีการดำเนินการวิจัย	14
บทที่ 2 ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาของการเลือกปฏิบัติ	
2.1 ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาของการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ : ศึกษาข้อมูลคำร้องและ รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ	16
2.2 สภาพข้อเท็จจริงและปัญหาการเลือกปฏิบัติจากการรับฟังความคิดเห็น/การสัมภาษณ์/ การจัดประชุมกลุ่มย่อย	52
บทที่ 3 กรอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ	
3.1 กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ	59
3.2 กฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาคเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ	80
3.3 กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ	83
3.4 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ	131
3.5 แนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับหลักความเท่าเทียม และการเลือกปฏิบัติ	141
บทที่ 4 วิเคราะห์ประเด็นความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ	
ส่วนที่ 1 : วิเคราะห์หลักการ	
4.1 การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct discrimination)	191
4.2 การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect discrimination)	204
4.3 วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair discrimination)	220
4.4 วิเคราะห์ ขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทกฎหมายไทย	254

4.5 หลักความเท่าเทียมกันหรือหลักความเสมอภาค (Principle of Equality)	292
4.6 มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative action) กับหลักความเท่าเทียมกัน	323
4.7 หลักขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ (Margin of Appreciation)	337
ส่วนที่ 2 : วิเคราะห์การเลือกปฏิบัติรายประเด็น	
4.8 การเลือกปฏิบัติในกรณีบริการภาครัฐ	344
4.9 การเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันเกี่ยวกับระบบบริการสาธารณสุข	348
4.10 การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม”	351
4.11 บทวิเคราะห์ กรณีการให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding)	384
4.12 การเลือกปฏิบัติในมิติบริการภาครัฐ : กรณีการศึกษา	404
4.13 การเลือกปฏิบัติในกรณีการคุกคามทางเพศ (Sexual harassment)	419
4.14 การเลือกปฏิบัติจากพฤติกรรมการคุกคามที่มีขอบเขตกว้างกว่าการคุกคามทางเพศ	439
4.15 การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)	448
4.16 ปัญหาขอบเขตของกฎหมายในการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน	498
4.17 การเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้าและบริการ	508
4.18 กรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	516
4.19 การเลือกปฏิบัติในภาคเอกชนกรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวี	522
4.20 กรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) กับการเข้าห้องน้ำ : กรณีศึกษากฎหมายมลรัฐ North Carolina	529
4.21 วิเคราะห์กฎหมายกำหนดความผิดอาญาสำหรับบุคคลที่รักเพศเดียวกัน (Sodomy Law)	532
4.22 การเลือกปฏิบัติต่อผู้ป่วยทางจิต	536
4.23 การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุตาบอดสี	538
4.24 การเลือกปฏิบัติในมิติของการเกณฑ์ทหาร	541
4.25 การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่	554
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	
5.1 บทสรุป	561
5.2 ข้อเสนอแนะ	591
บรรณานุกรม	601
ภาคผนวก	613

รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ”

รองศาสตราจารย์คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ

บทคัดย่อ

หลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน เป็นหลักสำคัญซึ่งได้รับการรับรองในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายประเทศต่างๆ อย่างไรก็ตาม มีพฤติกรรมบางอย่างซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน นั่นคือ “การเลือกปฏิบัติ” ซึ่งมีลักษณะที่สัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น โดยการเลือกปฏิบัติอาจเกิดขึ้นในมิติต่างๆ ของการดำเนินชีวิตในสังคม เช่น มิติของการจ้างแรงงานและการประกอบอาชีพ มิติของการบริการภาครัฐหรือภาคเอกชน เป็นต้น อย่างไรก็ตามประเด็นปัญหาหลักของการวิจัยนี้คือ กฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติของไทยปัจจุบันมีความเหมาะสมและครอบคลุมการเลือกปฏิบัติกรณีต่างๆ หรือไม่ การศึกษาวิจัยนี้ใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ ซึ่งมีขอบเขตครอบคลุมการศึกษากฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เปรียบเทียบกับ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ เช่น สหภาพยุโรป อาฟริกาใต้ สวีเดน ฟินแลนด์ แคนาดา ออสเตรเลีย สิงคโปร์ มาเลเซีย อินเดีย สหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่า การเลือกปฏิบัติมีความหมายและขอบเขตแตกต่างกันในหลายบริบท งานวิจัยนี้นำปัจจัยเชิงความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยสองประการ คือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และ มิติของการเลือกปฏิบัติ ประกอบกับปัจจัยอื่นในการพิจารณาการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศมาสร้างกรอบแนวคิดอันทำให้สามารถจำแนกการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนกับการเลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายอื่นหรือในมิติอื่น นอกจากนี้ยังพบว่า ลำพัง “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ยังอาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติตามนัยของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ยังต้องมีการนำปัจจัยอื่นมาประกอบการพิจารณาด้วย ในส่วนของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น ผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่า กฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน แม้จะมีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับที่วางหลักเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ แต่ยังไม่เหมาะสมและเพียงพอในการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติ เนื่องจากกฎหมายเหล่านั้นมีขอบเขตจำกัดเฉพาะบางเหตุและบางมิติของการเลือกปฏิบัติ โดยยังไม่ครอบคลุมถึงการเลือกปฏิบัติหลายกรณี เช่น การเลือกปฏิบัติในมิติของภาคเอกชน โดยเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานด้วยเหตุอื่นนอกจากเหตุแห่งเพศ การเลือกปฏิบัติในมิติของการให้บริการหรือการจำหน่ายสินค้าของภาคเอกชน การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม การเลือกปฏิบัติในกรณีการให้ทุนบุตร

จากอกแม่ การคุกคาม (Harassment) การสื่อสารความเกลียดชัง (Hate Speech) เป็นต้น จากปัญหาดังกล่าว งานวิจัยนี้ได้จำแนกระบบการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศต่างๆ และเสนอตัวแบบแนวคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อเสนอแนะให้มีการบัญญัติกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะของกฎหมายกลางเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติการเลือกปฏิบัติต่างๆ รวมทั้งข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเฉพาะประเด็น ทั้งนี้เพื่อให้หลักความเสมอภาคสามารถเกิดผลได้อย่างแท้จริงต่อไป

คำสำคัญ: ความเสมอภาค, ความเท่าเทียมกัน, การเลือกปฏิบัติ, สิทธิเสรีภาพ, สิทธิมนุษยชน

Final Research Report: Laws relating to Equality and Anti-Discrimination

Kanathip Thongraweewong, et al.

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.

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร

การศึกษาวิจัยเรื่อง

“กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ”

หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักฐานสำคัญของสิทธิมนุษยชน ซึ่งปรากฏให้เห็นจากตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เริ่มตั้งแต่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคไว้ว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยเจตนารมณ์แห่งภราดรภาพ” นอกจากนี้ยังวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพบรรดาที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใดๆ ...” สำหรับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) ก็ได้วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ...” นอกจากนี้ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้ ปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ...” จะเห็นได้ว่าหลักการความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน และการห้ามเลือกปฏิบัติเป็นหลักฐานสำคัญปรากฏจากตราสารระหว่างประเทศอื่นในกรอบของสหประชาชาติ รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาคและถ่ายทอดไปยังกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ สำหรับประเทศไทยนั้น มีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่มีหลักการดังกล่าว ในระดับกฎหมายภายในของไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมาหลายฉบับได้รับรองหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

สำหรับสภาพปัญหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในประเทศไทยนั้น หากพิจารณาในส่วนของการร้องเรียนในกระบวนการทางกฎหมาย พบว่า มีการเรียกร้องสิทธิหรือประเด็นพิพาททางกฎหมายหลายมิติ เช่น คดีของศาลปกครอง คดีของศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับการร้องเรียนในกรอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ก็พบว่ามีการร้องที่มีประเด็นอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติเป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงและการเรียกร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเสมอภาคในประเทศไทย พบว่าบุคคล ผู้ถูกระทบสิทธิมักกล่าวอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติเมื่อมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างกรณีหรือข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเหมือนกัน นอกจากนี้ หากพิจารณากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง จะเห็นได้ว่าหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติถูกนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับอย่างกระจัดกระจายอีกทั้งขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวยังมีความแตกต่างกันไปอีกด้วย จึงนำมาสู่ประเด็นปัญหาของการวิจัยนี้ว่า การเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้นมีขอบเขตและองค์ประกอบอย่างไรบ้าง การกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติ ตลอดจนข้อเท็จจริงและข้อพิพาทในบริบทกฎหมายต่างๆ เหล่านั้น สามารถจัดอยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติตามนัยของกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ อย่างไร

งานวิจัยนี้จึงได้ศึกษาหลักการ แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน อันปรากฏจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค และ กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยนำมาสร้างเป็นกรอบแนวคิดเพื่อการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยมีปัจจัยพิจารณาหลักสองประการคือ

1) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination, Protected Ground) การปฏิบัติที่แตกต่างกันจะจัดเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อการปฏิบัตินั้นเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศพบว่า เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมีภาระบัพไว้ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทพัพยสิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”¹

2) มิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination, Area Covered) การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอาจเกี่ยวข้องกับประเด็นต่างๆ หรือเรียกได้ว่าเกิดขึ้นในมิติต่างๆ ของบุคคลในการดำเนินชีวิต เช่น การทำงาน การศึกษา การจ้างงาน บริการภาครัฐ การประกอบธุรกิจ การประกอบวิชาชีพ การเป็นสมาชิกองค์กร สินค้าและบริการในภาคเอกชน การประชุมสัมมนา กิจกรรมสาธารณะ เป็นต้น จะเห็นได้ว่ามิติของการเลือกปฏิบัติอาจมีความเกี่ยวข้องกับทั้งภาครัฐและภาคเอกชน

นอกจากปัจจัยทั้งสองประการแล้ว จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศพบว่า ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ เพื่อพิจารณาว่าการปฏิบัตินั้นเป็นเพียงการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันสามารถทำได้ หรือเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดต่อกฎหมาย โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีตัวอย่างเช่น หลักขอบแห่งดุลพินิจ (Margin of Appreciation) การชั่งน้ำหนักกับผลประโยชน์อื่น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ งานวิจัยนี้จึงนำปัจจัยเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติแห่งการเลือกปฏิบัติ ประกอบกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาประกอบกันเป็นกรอบการวิเคราะห์ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction / Differentiation) เพื่อสามารถจำแนกว่ากรณีใดเป็นกรณีของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกรณีใดไม่อยู่ในขอบเขตการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้ งานวิจัยฉบับนี้จะได้ศึกษาต่อไปว่า การเลือกปฏิบัติที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น ตามกฎหมายภายในของไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน มีขอบเขตครอบคลุมอย่างเหมาะสมหรือไม่ประการใด โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ในการศึกษาขอบเขตความครอบคลุมดังกล่าว ผู้วิจัยจะได้นำประเด็นเฉพาะต่างๆ เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติมาวิเคราะห์ เช่น การเลือกปฏิบัติในกรณีบริการภาครัฐ ปัญหาขอบเขตของกฎหมายในการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน การเลือกปฏิบัติในด้านสินค้าและบริการ การเลือกปฏิบัติในมิติของบริการภาครัฐกรณีการศึกษา กรณีการให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding) การเลือกปฏิบัติในกรณีการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) การคุกคาม (Harassment) ในความหมายที่กว้างกว่าการคุกคามทางเพศ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) การเลือกปฏิบัติด้านสินค้าและบริการต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุตาบอดสี กรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity)

¹ Article 2, International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

กับการเข้าห้องน้ำ การเลือกปฏิบัติในมิติเกี่ยวกับการเกณฑ์ทหาร กรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นต้น

ผลการวิจัย ที่สำคัญสรุปได้ดังนี้

หลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน (Equality Principle)

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างของรัฐธรรมนูญไทยและต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการวางหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน อาจจำแนกรูปแบบและโครงสร้างของรัฐธรรมนูญในการบัญญัติหลักความเท่าเทียมกันได้ 3 รูปแบบดังนี้

รูปแบบแรก กำหนดจำแนกหลักความเท่าเทียมกัน ออกเป็น 3 กรณี คือ ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันทั่วไป ความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง และ หลักห้ามเลือกปฏิบัติ เช่น เยอรมัน ไทย ฟินแลนด์

รูปแบบที่สอง กำหนดจำแนกหลักความเท่าเทียมกัน ออกเป็น 2 กรณี คือ ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน และ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยมีได้จำแนกความเสมอภาคเฉพาะเรื่องออกจากความเสมอภาคทั่วไป

รูปแบบที่สาม ไม่ระบุถึงหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมไว้ โดยมีเพียงกำหนดหลักการ “ห้ามเลือกปฏิบัติ” เช่น สวีเดน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Unfair / Unjust Discrimination)

ตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายเฉพาะของไทยหลายฉบับ ได้มีการใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ซึ่งทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า การใช้คำดังกล่าวสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศเพียงใด และกฎหมายต่างประเทศมีรูปแบบการกำหนดถ้อยคำดังกล่าวอย่างไร จากการศึกษากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ ผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่า ในการบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัตินี้ มีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายและการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์และหลักการเช่นเดียวกัน คือการจำแนกระหว่าง “การกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย” และ “การกระทำที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย” ซึ่งอาจจำแนกออกเป็นรูปแบบการบัญญัติกฎหมาย 4 ลักษณะ ดังนี้

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

2. กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย**” (Unlawful Discrimination) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนดว่า “**การเลือกปฏิบัติที่ขอบด้วยกฎหมาย**” ดังเช่นกรณีกฎหมายออสเตรเลีย

3. กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การกระทำที่เป็นเลือกปฏิบัติ**” (Discriminatory Practice) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควร

ตามที่กฎหมายกำหนดว่า “**การกระทำที่ไม่ใช่การกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ**” (*It is not a discriminatory practice*) ดังเช่นกรณีกฎหมายแคนาดา

4. กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การเลือกปฏิบัติ**” (Discrimination) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนด หรือ ไม่เข้าองค์ประกอบเงื่อนไขของการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การปฏิบัติที่แตกต่างกัน**” (Differentiation หรือ Differential Treatment) ดังเช่นแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสิงคโปร์ หรือกฎหมายประเทศฟินแลนด์ สวีเดน เป็นต้น

สำหรับกรณีของไทยนั้นอาจเทียบเคียงได้กับรูปแบบที่ 1 อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า การใช้คำ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ในบริบทของกฎหมายไทยมีลักษณะที่แตกต่างจากการใช้คำดังกล่าวในประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเป็นกฎหมายเฉพาะในลักษณะของกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ เช่น แคนาดา ฟินแลนด์ สวีเดน เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีการจำแนกกระหว่างการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment หรือ Distinction) ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย กับ “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย โดยมีได้ใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” แต่อย่างไร เนื่องจากหากการปฏิบัติแตกต่างกันนั้นไม่อาจอ้างเหตุที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จะถือว่าเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ซึ่งมีนัยที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัวเอง

ด้วยเหตุนี้ หากไทยมีการบัญญัติกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะกฎหมายกลางดังเช่นประเทศต่างๆ ที่มีกฎหมายลักษณะนี้ ก็ควรจะมีการใช้ถ้อยคำให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายประเทศต่างๆ เพื่อจำแนกความแตกต่างระหว่าง

(ก) การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่มีขอบเขตเฉพาะการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันเกี่ยวเนื่องจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ และ

(ข) การเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าและไม่จำกัดเฉพาะการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเท่านั้น

ขอบเขตของการเลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ผลการวิจัยพบว่า การใช้คำ “เลือกปฏิบัติ” สะท้อนถึงความหมายหลายนัย ในหลายบริบท หากพิจารณาในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีปัจจัยสำคัญประกอบการพิจารณาได้แก่ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และ มิติของการเลือกปฏิบัติ ประกอบกับปัจจัยอื่น เช่น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก หลักการชั่งน้ำหนักกับผลประโยชน์อื่น หลักความได้สัดส่วน แล้วพบว่า ในหลายกรณีที่มีประเด็นว่าเกิด “การเลือกปฏิบัติ” นั้น อาจไม่อยู่ในขอบเขตการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ ยังมีกรณีการเลือกปฏิบัติที่ทับซ้อนกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น รวมทั้งยังมีกรณีการเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายอื่น ซึ่งอาจจำแนกสรุปได้ 3 กรณีหลักดังนี้

กรณีแรก : กรณีการปฏิบัติที่อยู่ในขอบเขตและไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน

การเลือกปฏิบัติที่อยู่ในขอบเขตและไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งยังสามารถจำแนกออกเป็น 5 กรณีย่อยดังต่อไปนี้

(1) การเลือกปฏิบัติในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ การปฏิบัติที่ต่างต่างนั้นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เหตุแห่งความพิการ สภาพร่างกาย เป็นต้น

(2) การปฏิบัติที่ต่างต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ : กรณีจากคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่ามีหลายกรณีเกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากการปฏิบัติที่ต่างต่างกันแต่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

(3) การปฏิบัติที่ต่างต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ : กรณีจากคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ พบว่ามีหลายกรณีเกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากการปฏิบัติที่ต่างต่างกันแต่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอ้างว่ากระเปียบที่พิพาทนั้นขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันโดยไม่ปรากฏความเกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

(4) การปฏิบัติที่ต่างต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ : กรณีคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกา พบว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งสะท้อนแนวคิดการพิจารณา “การเลือกปฏิบัติ” บนพื้นฐานของกฎหมายปกครอง

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

กรณีที่สอง กรณีมีความคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น

จากการศึกษาวิเคราะห์คำร้องและการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ามีการ “เลือกปฏิบัติ” เกิดขึ้น ซึ่งมักเป็นกรณีการนำข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกับกันว่ามีมีการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวต่างต่างกัน อย่างไรก็ตามหากพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่า ในหลายกรณีตามคำร้องนั้น การปฏิบัติต่างต่างกันดังกล่าว **ไม่มีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”** ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรืออาจพิจารณาว่าเป็นการอ้างเหตุที่ **กว้างกว่า**กฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือเป็นกรณีของกฎเกณฑ์

หรือการปฏิบัติที่เป็นกลาง (Neutral) ซึ่งมีผลเป็นการปฏิบัติหรือบังคับกับทุกคนเหมือนกัน ซึ่งอาจสรุปจำแนกได้ 4 กรณีย่อยดังนี้

(1) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เช่น กรณีการนำร่างของผู้เสียชีวิตด้วยโรคเอดส์มาจัดแสดง การค้นตัวบุคคลโดยภาคเอกชนในธุรกิจหรือการจ้างแรงงาน

(2) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดเสรีภาพในทางศาสนา กรณีปัญหาลักษณะนี้มีตัวอย่างเช่นระเบียบในสถานที่ทำงานหรือสถานศึกษาเกี่ยวกับการแต่งกายตามศาสนา

(3) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางการศึกษา เช่น การปฏิบัติต่อนักเรียน นักศึกษา ที่แตกต่างกัน โดยบางกรณีก็ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น กรณีเหตุแห่งการพักการเรียนเกี่ยวข้องกับ “พฤติกรรม” แต่กระทบสิทธิด้านการศึกษาของนักเรียน

(4) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม เช่น ผู้ร้องอ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการปฏิบัติที่พิพาทดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ แต่ก็ยังสามารถอยู่ในขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ เพราะอาจเป็นการกระทบ “สิทธิมนุษยชน” ในแง่อื่น “ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือ ตามกฎหมายไทย หรือ ตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”² เช่น การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา การปฏิบัติที่กระทบต่อศักดิ์ศรีของมนุษย์ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในการสื่อสาร เป็นต้น

กรณีที่สาม “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทของกฎหมายปกครอง

ผลการวิจัยจากการวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองชี้ให้เห็นว่า **การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม** ในบริบทของคดีปกครอง (มาตรา 9 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) 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

² พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542, มาตรา 3

จากผลการวิจัยดังกล่าว ทำให้สามารถจำแนกความแตกต่างของ “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทต่างๆ และสามารถจำแนกว่ากรณีใดอยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะนำไปสู่การศึกษาต่อไปของการวิจัยนี้ว่า การเลือกปฏิบัติในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้นกฎหมายปัจจุบันครอบคลุมถึงหรือไม่ เพียงใด

การเลือกปฏิบัติที่กฎหมายไทยยังไม่ครอบคลุมถึง

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

(1) ผลการวิเคราะห์ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”

การเลือกปฏิบัติในขอบเขตของการวิจัยนี้เป็นการพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังนั้น องค์ประกอบสำคัญที่ทำให้การปฏิบัติอันแตกต่าง (Distinction หรือ Differentiation) ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) คือการปฏิบัติอันแตกต่างนั้นต้องสืบเนื่องหรือเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Grounds) ซึ่งเหตุดังกล่าวมีการระบุไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายดังกล่าวเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย อาจจำแนกสรุปได้ 4 กรณีดังนี้

กรณีที่หนึ่ง เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยกำหนดในลักษณะที่กว้างกว่าหรือเพิ่มเติมจากที่กฎหมายระหว่างประเทศระบุไว้

กรณีที่สอง เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยมีการใช้ถ้อยคำในลักษณะที่แคบกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ

กรณีที่สาม เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณีกฎหมายต่างประเทศได้ขยายความจากเหตุดั้งเดิมที่ระบุไว้ โดยมีการแจกแจงรายละเอียดเพื่อความครอบคลุมและชัดเจน

กรณีที่สี่ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุมิได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่กฎหมายต่างประเทศบางประเทศกำหนดครอบคลุมขึ้นมา เพื่อเป็นการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในปัจจุบันที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะทางสังคม

(2) ขอบเขตและการครอบคลุมของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ปัจจุบันไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะอันมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ และ มิติของการเลือกปฏิบัติต่างๆ โดยกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะที่มีขอบเขตจำกัดในเชิงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และ/หรือ มิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น ครอบคลุมเฉพาะบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เหตุแห่งเพศ เหตุแห่งอายุ หรือครอบคลุม

เฉพาะบางมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น มิติด้านแรงงาน มิติด้านการศึกษา เป็นต้น แต่ยังไม่ครอบคลุมกรณีต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายต่างประเทศให้การคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเลือกปฏิบัติในมิติและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ นอกขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าว เช่น

- การเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน เช่น การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง ลูกจ้าง หรือการเลือกปฏิบัติในบริบทอื่น เช่น การปฏิเสธการให้บริการหรือการจำหน่ายสินค้า การจำกัดสิทธิในการเข้าถึงบริการหรือสถานที่ของภาคเอกชนต่างๆ หากเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้วก็จะจัดอยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติได้ จากการศึกษากฎหมายไทยที่มีอยู่ปัจจุบัน พบว่า มีปัญหากรณี การเลือกปฏิบัติในภาคเอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการซื้อสินค้า บริการ ซึ่งมีการปฏิเสธสินค้าหรือการให้บริการด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายเฉพาะดังกล่าวในตารางข้างต้นไม่ครอบคลุมถึง เช่น การปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าหรือไม่ให้บริการบุคคลด้วยเหตุเชื้อชาติ ศาสนา หรือกรณีเหตุแห่ง “ความคิดเห็นอื่นหรือความเชื่อ” หรือจากการสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลว่า “ร้านนวดบางแห่งไม่ให้บริการแก่คนไทย ให้บริการเฉพาะนักท่องเที่ยวจีน / เกาหลี เท่านั้น” “ร้านอาหารบางแห่งเปิดให้บริการเฉพาะทัวร์จีนเท่านั้น ลูกค้าคนไทยไม่ต้อนรับ” “บริการขนส่ง รถแท็กซี่ ปฏิเสธไม่รับผู้โดยสารคนไทย โดยให้บริการเฉพาะชาวต่างชาติ” “รถสามล้อ ปฏิเสธไม่รับผู้โดยสารคนไทย” กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เชื้อชาติ หรือ สัญชาติ” ในมิติของการให้บริการ ซึ่งไม่มีกฎหมายคุ้มครองเป็นการเฉพาะ³ เนื่องจากไม่มีกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติซึ่งจะมาปรับใช้สำหรับมิติเช่นนี้

- กรณีการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ (Hate Speech) ดังเช่นกรณีข้อเท็จจริงจากผู้ให้สัมภาษณ์ สทนากลุ่ม เช่น มัคคุเทศก์ชาวไทย ผู้ให้ข้อมูล เห็นว่า “รู้สึกไม่ดีต่อมัคคุเทศก์ชาวจีน มาแย่งงาน หรือ ผู้ประกอบการค้าปลีกขายยอยเห็น ว่า ชาวเวียดนามเข้ามาแย่งอาชีพขายสินค้า กรณีทัศนคติเหล่านี้นำไปสู่การกล่าววาจาอันเป็นการคุกคาม (Harassment) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติได้ แต่ทั้งนี้ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับพฤติกรรมดังกล่าว

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

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

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

เช่น คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ผู้ร้องอ้างว่า “ครูประจำชั้นที่โรงเรียนฯ กล่าวหาว่า นางสาวเอ เป็นโรคขาดผู้ชายไม่ได้ ต้องนำไปบำบัด มีฮอโมนผิดปกติเพราะเป็นผู้พิการ” (คำร้องที่ 476/2556) เป็นต้น หรือจากกรณีการสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลถูกล้อเลียนเกี่ยวกับสภาพร่างกายจากเพื่อนร่วมงาน โดยการล้อเลียนเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้ชีวิต การรับประทานอาหาร เปรียบเทียบร่างกาย (รูปร่าง อ้วน) กับสัตว์ชนิดต่างๆ ส่งตัวการ์ตูนสติ๊กเกอร์รูปสัตว์อ้วนรูปแบบต่างๆ มาล้อเลียนในสื่อสังคมออนไลน์ที่ใช้

³ แต่ในบางภาคธุรกิจอาจมีกฎหมายเฉพาะเช่นการรับผู้โดยสารของแท็กซี่ แต่ก็ไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตามความหมายของสิทธิมนุษยชน

ในการทำงาน กรณีเช่นนี้มีลักษณะเป็นการคุกคาม (Harassment) แต่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุทางเพศ และไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่จะครอบคลุมถึง

- เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณียังอาจไม่ครอบคลุมดังที่ได้สรุปไว้แล้วข้างต้น เช่น “ความคิดเห็นอื่นใด” ที่กว้างกว่าความคิดเห็นทางการเมือง และ “ความเชื่อ” ที่กว้างและไม่ผูกพันกับ “ศาสนา” หรือในบางเหตุยังต้องมีการตีความ เช่น ผู้ติดเชื้อเอชไอวี สำหรับเหตุ “การตั้งครุฑ” อาจจัดอยู่ในเหตุแห่ง “เพศ” ได้ แต่ยังมีปัญหาในแง่กฎหมายที่เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิตินี้ โดยอาจมีกฎหมายบางฉบับที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน แต่ยังไม่ครอบคลุมมิติอื่น เช่น การให้บริการต่างๆ ของภาคเอกชน นอกจากนี้ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่าง กฎหมายต่างประเทศกำหนดไว้โดยเฉพาะแต่สำหรับประเทศไทยยังไม่มี การกำหนดเฉพาะเช่น ประวัติการกระทำความผิดทางอาญา เป็นต้น ซึ่งแม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่พบว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามเหตุนี้ก็ยังเป็นที่ถกเถียงและมีประเด็นเกี่ยวกับหลักคุณสมบัติความจำเป็นสำหรับงานนั้นด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องยังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน เนื่องจากขาดกฎหมายกลางที่จะใช้กับกรณีที่นอกเหนือจากขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าว อันจะนำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อไป

(3) รูปแบบการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ (Model of Discrimination Laws)

ผลการศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายต่างประเทศ พบว่า มีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกัน ในการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ ผู้วิจัยจึงได้ทำการจำแนกตัวแบบ (Model) ของการกำหนดกฎหมาย โดยพิจารณาจากปัจจัยสำคัญสองประการ ได้แก่ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination) และ มิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination) ซึ่งอาจจำแนกได้ 3 รูปแบบหลักดังนี้

รูปแบบที่ 1 บัญญัติกฎหมายเฉพาะฉบับเดียวเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายกลาง กล่าวคือ ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุ และ ครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติหลายมิติ เช่น การตรากฎหมายสิทธิมนุษยชน วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ อายุ เชื้อชาติ สีผิว โดยครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงาน การศึกษา การได้รับบริการและสินค้า

รูปแบบที่ 2 บัญญัติกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ แต่ละฉบับครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะบางเหตุ และครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติเฉพาะบางมิติ สำหรับในรูปแบบนี้ ยังอาจจำแนกพิจารณาได้ 3 กรณีย่อย ได้แก่

กรณีแรก กฎหมายที่คุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุเดียว และ ครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติเพียงมิติเดียว เช่น กฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการในการศึกษา กฎหมายลักษณะนี้จะครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะเหตุด้านความพิการ และ ครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติเฉพาะมิติทางการศึกษา

กรณีที่สอง กฎหมายที่คุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุเดียว แต่ครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติหลายมิติ เช่น กฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ โดยมีขอบเขตห้ามเลือกปฏิบัติต่อคนพิการในหลายมิติ เช่น การศึกษา การจ้างแรงงาน การเข้าถึงสินค้าและบริการ

กรณีที่สาม กฎหมายที่มีขอบเขตเฉพาะการเลือกปฏิบัติมิติหนึ่ง แต่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุ เช่น กฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับแรงงาน วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติด้านแรงงานด้วยเหตุแห่งเพศ ความพิการ อายุ ศาสนา เป็นต้น

รูปแบบที่ 3 มีลักษณะผสมผสานระหว่างรูปแบบที่ 1 และ รูปแบบที่ 2 กล่าวคือ มีการกำหนดกฎหมายกลางที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุ และ ครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติหลายมิติ อย่างไรก็ตาม นอกจากกฎหมายกลางนี้แล้ว ยังมีกฎหมายฉบับอื่นๆที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติในบางมิติ หรือบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จากการศึกษาพบว่า การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในต่างประเทศ มักจะใช้รูปแบบที่ 3

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

ในกรณีของประเทศไทย พบว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติอันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุและเกี่ยวข้องกับมิติของการเลือกปฏิบัติบางด้าน แต่ยังไม่มีกฎหมายกลางที่ครอบคลุมอย่างกว้างถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติของการเลือกปฏิบัติทั้งหมดในภาพรวมดังเช่นในกรณีประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฟินแลนด์ ประเทศสวีเดน ประเทศแคนาดา ออสเตรเลีย ดังนั้นในกรณีของประเทศไทยจึงอาจจัดอยู่รูปแบบที่สอง ซึ่งนำไปสู่ปัญหาสำคัญที่ว่า กฎหมายเฉพาะต่างๆ ดังกล่าวนั้นยังไม่ครอบคลุมถึงการเลือกปฏิบัติและการกระทำที่ละเมิดต่อหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน เช่น กรณีการคุกคาม (Harassment) ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ นอกจากเหตุแห่งเพศ การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานที่เกิดขึ้นระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง และกรณีสภาพแวดล้อมการทำงานในลักษณะคุกคาม (Hostile Working Environment) การปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในลักษณะเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าในที่สาธารณะหรือการปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในลักษณะด้อยกว่า การปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) เป็นต้น ทำให้ยังมีการเลือกปฏิบัติหลายกรณีที่กฎหมายไทยยังไม่ครอบคลุมถึง เนื่องจากไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเฉพาะที่มีอยู่ และไม่มีกฎหมายกลางที่มีขอบเขตกว้างมารองรับ

ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากผลการวิจัยชี้ให้เห็นประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทั้งในภาพรวมและในกรณีเฉพาะหลายประเด็น ผู้วิจัยจึงได้จำแนกข้อเสนอแนะดังนี้

(1) ข้อเสนอแนะในภาพรวม

จากปัญหาขอบเขตกฎหมายไทยที่มีผลบังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งผลการวิจัยภายใต้กรอบแนวคิดของการเลือกปฏิบัติในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น พบว่ายังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในหลายกรณี จึงนำมาสู่ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ด้วยการเสนอให้มีการบัญญัติ **กฎหมายกลางที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ** ด้วยเหตุต่างๆ ตามที่รับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายไทย กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ รวมทั้งครอบคลุมเหตุอื่นที่มีความจำเป็นในสังคมปัจจุบัน

สำหรับรูปแบบของกฎหมายกลางของประเทศไทยนั้น จากผลการวิจัยที่ได้ศึกษาระบบโครงสร้างกฎหมายของต่างประเทศในการห้ามเลือกปฏิบัติและได้จำแนกเป็น 3 รูปแบบนั้น พบว่า ประเทศไทยจัดอยู่ในรูปแบบที่สอง กล่าวคือมีกฎหมายเฉพาะบางฉบับที่ครอบคลุมบางมิติหรือบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จึงทำให้ไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในประเด็นที่อยู่นอกขอบเขตกฎหมายเหล่านั้น ด้วยเหตุนี้ จึงมีข้อเสนอ 2 แนวทางคือ

แนวทางแรก เสนอให้ไทยปรับโครงสร้างกฎหมายโดยยกเลิกกฎหมายเฉพาะฉบับต่างๆ ที่มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยรวมหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเข้ามาอยู่ในกฎหมายกลางอันเป็นกฎหมายหลักฉบับเดียว ซึ่งเป็นแนวทางของสวีเดนในการปรับปรุงกฎหมายเลือกปฏิบัติ โดยแนวทางนี้จะทำให้ไทยปรับเปลี่ยนจากรูปแบบที่สองไปเป็นรูปแบบแรก

แนวทางที่สอง เสนอให้ไทยปรับโครงสร้างกฎหมายไปอยู่ในรูปแบบที่สาม กล่าวคือ เพิ่มเติมกฎหมายกลาง โดยที่ยังคงกฎหมายเฉพาะฉบับต่างๆ ไว้ ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายกลางสามารถครอบคลุมการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าวนั่นเอง

(2) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าหลักของรัฐธรรมนูญจะรับรองถึงความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติ แต่ก็ยังคงมีปัญหาถึงความชัดเจนในการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันและปัญหาอื่นๆ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะ 3 ประการดังนี้

ประการแรก การบัญญัติหลักการเลือกปฏิบัติภาครัฐและภาคเอกชน

ผู้วิจัยมีข้อเสนอให้ปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญในส่วนของการเลือกปฏิบัติโดย วางหลักรับรองความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติทั่วไป โดยแยกการเลือกปฏิบัติออกเป็นการกระทำของรัฐ และ เอกชน

ในส่วนภาครัฐนั้น เสนอให้มีหลักการว่า “รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ เพศ การตั้งครรภ์ สถานะความเป็นมารดา ชาติกำเนิด สีผิว รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด...”

ในส่วนของภาคเอกชนนั้น เสนอให้มีหลักการว่า “บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ ในการนี้รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว”

ประการที่สอง การบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

ในส่วนของหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ นั้น มีข้อเสนอว่า “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ปรากฏอยู่ในข้อเท็จจริง สภาพคำร้อง และคำพิพากษา หลายกรณี แต่ไม่ได้มีการนำหลักนี้มาอธิบายไว้อย่างชัดเจน กฎหมายเฉพาะบางฉบับสะท้อนหลักการนี้ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่มุ่งเน้นที่ผลกระทบ (Effect) ซึ่งทำให้คนพิการเสียสิทธิประโยชน์ อันเป็นแนวคิดของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะสองแนวทางดังนี้

แนวทางแรก แก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมให้ชัดเจน โดยอาจจำแนกออกจาก การเลือกปฏิบัติโดยตรง ดังเช่นกรณีแอฟริกาใต้

แนวทางที่สอง เสนอให้องค์กรที่เกี่ยวข้องเช่น ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติ นำหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาอธิบายประกอบการพิจารณากรณีที่มีสภาพข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

ประการที่สาม กำหนดถ้อยคำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ” โดยเสนอให้กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนด หรือไม่เข้าองค์ประกอบเงื่อนไขของการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differentiation หรือ Differential Treatment) โดยไม่นำองค์ประกอบ “เป็นธรรม” (Fair) มาใช้ในการจำแนกระหว่างการปฏิบัติทั้งสองอย่างดังกล่าว

ประการที่สี่ การบัญญัติหลักการเกี่ยวกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ ในประเด็นของ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย พบว่ายังมีปัญหาการระบุเหตุต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ ตามรัฐธรรมนูญ จึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

- 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 ซึ่งไม่ได้มีการระบุไว้ชัดแจ้งตามรัฐธรรมนูญ เช่น ประวัติอาชญากรรม ผู้ติดเชื้อเอชไอวี การให้นมบุตรจากอกแม่ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในแง่หนึ่งนั้น หากพิจารณากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า เหตุบางเหตุ เช่น การให้นมบุตรจากอกแม่ เอชไอวี ประวัติอาชญากรรม มิได้ปรากฏอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม แต่ในอีก

แห่งหนึ่งนั้น อาจพิจารณาได้ว่า เหตุดังกล่าวมีความสำคัญและการนำเหตุดังกล่าวมาปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิพื้นฐานของบุคคลในด้านต่างๆ เช่นการประกอบอาชีพ การใช้บริการต่างๆ ดังนั้นก็ควรมีการคุ้มครองความเท่าเทียมกันของบุคคลที่อยู่ในกลุ่มนี้ด้วย ดังนั้นจึงมีข้อเสนอแนะสองแนวทางดังนี้

แนวทางแรก ไม่กำหนดหรือระบุเหตุเหล่านี้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย แต่ใช้วิธีการตีความให้อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ตีความประวัติอาชญากรรมว่าอยู่ในเหตุ “สถานะของบุคคล” ตีความผู้ติดเชื้อเอชไอวีว่าอยู่ในเหตุ “สุขภาพ” สำหรับ การให้ทุนบุตรจากอกแม่ ตีความว่าอยู่ในเหตุ “เพศ” เป็นต้น

แนวทางที่สอง เสนอให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่างเหล่านี้ไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายเช่น เพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเหล่านี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมทั้งอาจจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายลำดับรองเป็นการเฉพาะสำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเหล่านี้ เช่น แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองแรงงานโดยการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าว

(3) ข้อเสนอในการต่อยอดการวิจัย

จากผลการวิจัยชี้ให้เห็นถึงสภาพปัญหาของกฎหมายไทยปัจจุบันซึ่งยังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการบัญญัติกฎหมายกลาง อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของงานวิจัยนี้ยังไม่ครอบคลุมถึงการนำเสนอร่างกฎหมายกลางดังกล่าวในรายละเอียด จึงควรมีการศึกษาวิเคราะห์จัดทำร่างกฎหมายกลางเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเพื่อดำเนินการรับฟังความคิดเห็นและเข้าสู่กระบวนการเสนอกฎหมายตามลำดับต่อไป

ขอบเขตและความหมายของการเลือกปฏิบัติ อาจพิจารณาได้หลายมิติและในหลายบริบทกฎหมาย จึงเสนอให้มีการต่อยอดการวิจัยในบริบทของกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชน ในประเด็นขอบเขตความหมายของการเลือกปฏิบัติเพื่อเปรียบเทียบและจำแนกความแตกต่างกับความหมายและขอบเขตในบริบทสิทธิมนุษยชนเพื่อให้เกิดแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณากฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องต่อไป

เนื่องจากการวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการศึกษาภาพรวมของปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันหรือหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติในประเทศไทย โดยมีได้มุ่งศึกษาเฉพาะกรณีปัญหากรณีใดกรณีหนึ่ง ดังนั้น ในส่วนที่สองของงานวิจัยนี้จึงเป็นเพียงการหยิบยกประเด็นปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการสำรวจ ศึกษา 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 3 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.

รายการคำย่อที่ใช้ในงานวิจัยนี้

CAT	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี)
CEDAW	Convention on the Elimination of Discrimination Against Women (อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ)
CERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ)
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 (สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป)
ECtHR	European Court of Human Rights (ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป)
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)

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญและประเด็นปัญหาของการวิจัย

หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักสำคัญของสิทธิมนุษยชน ซึ่งปรากฏให้เห็นจากตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เริ่มตั้งแต่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948. (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคไว้ว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยเจตนารมณ์แห่งภราดรภาพ” นอกจากนี้ยังวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพบรรดาที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนชาติใด ๆ ...” สำหรับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) ก็ได้วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ...” นอกจากนี้ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ว่า “รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้ปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ...” จะเห็นได้ว่าหลักการความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน และการห้ามเลือกปฏิบัติเป็นหลักฐานปรากฏจากตราสารระหว่างประเทศอื่นในกรอบของสหประชาชาติ รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาคและถ่ายทอดไปยังกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ สำหรับประเทศไทยนั้น มีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่มีหลักการดังกล่าว ในระดับกฎหมายภายในของไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมามีหลายฉบับได้รับรองหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม สภาพปัญหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในประเทศไทยนั้น หากพิจารณาในส่วนของการร้องเรียนในกระบวนการทางกฎหมาย พบว่ามีการเรียกร้องสิทธิหรือประเด็นพิพาททางกฎหมายหลายมิติ เช่น คดีของศาลปกครอง คดีของศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับการร้องเรียนในกรอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ก็พบว่ามีคำร้องที่มีประเด็นอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติเป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงและการเรียกร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเสมอภาคในประเทศไทย พบว่าบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิมักจะกล่าวอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติทั้งที่หากพิจารณาตามกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแล้ว ข้อเท็จจริงลักษณะนั้นอาจไม่จัดเป็นการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ หากพิจารณากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง จะเห็นได้ว่าหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติถูกนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับอย่างกระจัดกระจายอีกทั้งขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวยังมีความแตกต่างกันไปอีกด้วย

ดังนั้น งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติในกรอบของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อันจะนำไปสู่การพิจารณากรณีข้อเท็จจริงและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในประเทศไทยปัจจุบันว่า กรณีใดเป็นการเลือกปฏิบัติและกระทบต่อหลักความเสมอภาคตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมทั้งการจำแนกขอบเขตของการเลือกปฏิบัติในมิติของกฎหมายสิทธิมนุษยชนกับการเลือกปฏิบัติในความหมายของกฎหมายอื่น ซึ่งอาจมีแนวคิดและหลักการที่แตกต่างออกไป นอกจากนั้นจะได้ศึกษาว่ากฎหมายไทยฉบับต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติซึ่งมีผลบังคับในปัจจุบัน นั้น มีความเหมาะสมและครอบคลุมเพื่อการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติเพียงใด

1.2. กรอบแนวคิดการศึกษาวิจัย

ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะเริ่มจากการชี้ให้เห็นความหมายของการเลือกปฏิบัติ อันจะนำไปสู่การกำหนดกรอบแนวคิดการวิจัยต่อไป

1.2.1 ความหมายของการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)

การเลือกปฏิบัติมีความหมายหลายนัย ขึ้นอยู่กับบริบทและมุมมองในการพิจารณา สำหรับในทางสังคมวิทยานั้น นักวิชาการเช่น Rubin และ Hew stone ได้จำแนกประเภทของการเลือกปฏิบัติ¹ บนพื้นฐานของทฤษฎีความขัดแย้งเชิงความเป็นจริง (Realistic-Conflict Theory) และ ทฤษฎีตัวตนทางสังคม (Social-Identity Theory) ดังนี้

1. การแข่งขันในเชิงรูปธรรม (Realistic Competition) ถูกขับเคลื่อนโดยผลประโยชน์ส่วนบุคคล ซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการได้ทรัพยากรเชิงวัตถุต่างๆ เช่น อาหาร สินค้า เขตแดน เพื่อบุคคลในกลุ่ม (The In-group) ดังนั้นการเลือกปฏิบัติเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลอันเป็นสมาชิกในกลุ่มและตัวบุคคลนั่นเองเพื่อให้ได้มาหรือเข้าถึงซึ่งทรัพยากรดังกล่าว

2. การแข่งขันเชิงสังคม (Social Competition) ถูกขับเคลื่อนโดยความต้องการความภาคภูมิใจ (Self-Esteem) ซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการบรรลุถึงสถานะทางสังคมในเชิงบวกสำหรับบุคคลในกลุ่ม (The In-Group) เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลนอกกลุ่ม (The Out-Group)

3. การเลือกปฏิบัติด้วยความยินยอม (Consensual Discrimination) ถูกขับเคลื่อนโดยความต้องการความชัดเจน สะท้อนถึงความมั่นคง ความชอบธรรมของการจัดลำดับชั้นในกลุ่ม เช่น การปฏิบัติเป็นพิเศษต่อสมาชิกในกลุ่มที่มีสถานะสูงกว่าสมาชิกอื่น

การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) มิได้เกิดขึ้นเฉพาะกรณีผู้ถูกเลือกปฏิบัติได้รับความเสียหายหรือเป็นฝ่ายไม่ได้รับประโยชน์เท่านั้น ในทางวิชาการแล้ว การเลือกปฏิบัติยังคงเกิดขึ้นแม้ว่าบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติได้รับผลประโยชน์ก็ตาม มีนักวิชาการเสนอให้พิจารณาในเชิงเปรียบเทียบ โดยเน้นลักษณะของการปฏิบัติที่เสียเปรียบ (Disadvantage) กล่าวคือ บุคคลไม่จำเป็นต้องได้รับผลเสียหรือผลร้าย (Harm) โดยแท้จริง จึงจะถือว่าถูกเลือกปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น หากบุคคลตัดสินใจที่จะบริจาคเพื่อช่วยเหลือเด็กกำพร้า แต่ตัดสินใจบริจาคให้เด็กผิวน้อยกว่าบนพื้นฐานความคิดการแบ่งแยกสีผิว ดังนั้นก็ถือว่าเกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นแล้ว แม้ว่าเด็กผิวนั้นจะได้รับเงินบริจาคก็ตาม²

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

² Kasper Lippert-Rasmussen, "Private Discrimination: A Prioritarian, Desert-Accommodating Account", *San Diego Law Review*, 43, 817–856 (2006)

ในแง่ของความหมายทั่วไปทางกฎหมาย Black's law Dictionary ได้ให้ความหมายของ การเลือกปฏิบัติ ไว้ว่า “การปฏิบัติใดๆ ต่อบุคคลหรือกลุ่มคนโดยไม่เท่าเทียมกันและไร้เหตุผล หรือ การปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติเนื่องจาก เชื้อชาติ อายุ สัญชาติ หรือศาสนา หรือ การปฏิบัติที่แตกต่างกันเนื่องความชอบหรือไม่ชอบที่ปราศจากเหตุผลที่สามารถรับฟังได้”³

สำหรับความหมายของการเลือกปฏิบัติในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ มีดังนี้

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ใน ข้อ 26 อันมีหลักสำคัญว่า

“บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจึ่งจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ”

ความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee, General Comment 18, Non-Discrimination)⁴ ได้มีการอธิบายการเลือกปฏิบัติไว้ว่า การเลือกปฏิบัติตามมาตรา 26 ของ ICCPR ดังกล่าวนั้นหมายถึง

“การเลือกปฏิบัติที่ใช้ใน ICCPR นั้นควรเข้าใจว่ามีนัยถึงความแตกต่างใดๆ การกีดกัน การจำกัด หรือ การปฏิบัติเป็นพิเศษ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน สถานะอื่นใด และมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบ (Purpose or Effect) ในเชิงอุปสรรคหรือเป็นการลดทอนการใช้สิทธิและเสรีภาพทั้งหลายของบุคคลนั้นบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน”

อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination หรือ CERD) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ใน ข้อ 1 ดังนี้

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

นอกจากนี้ ข้อแนะนำทั่วไป (CERD General Recommendation 14)⁵ ได้อธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติตามอนุสัญญา CERD ดังนี้

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

⁴ Human Rights Committee, General Comment 18, Non-discrimination (Thirty-seventh session, 1989)

⁵ CERD General Recommendation 14 (Art. 2, para. 1: Definition of discrimination)

“การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation of Treatment) จะไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หากพิจารณาเกณฑ์สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของสนธิสัญญาแล้วมีความชอบธรรมหรือตกอยู่ในขอบเขตมาตรา 1 ย่อหน้า 4 ของสนธิสัญญานี้ ในการพิจารณาเกณฑ์ดังกล่าว คณะกรรมการยอมรับว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งอาจมีวัตถุประสงค์หลากหลาย ดังนั้น ในการกำหนดว่าการกระทำอันหนึ่งส่งผลขัดแย้งต่อหลักการตามสนธิสัญญานี้ คณะกรรมการจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอันไม่สามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable Desperate Impact) ต่อบุคคลที่ถูกจำแนกความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สัญชาติ ถิ่นกำเนิด”

อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women หรือ CEDAW) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ใน ข้อ 1 ดังนี้

“เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี” จะหมายถึงการแบ่งแยก การกีดกันหรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสีย การยอมรับการได้อุปโภคหรือการใช้สิทธิโดยสตรีโดยไม่เลือกสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในด้านการเมืองเศรษฐกิจสังคมวัฒนธรรมพลเมืองหรือด้านอื่นๆ”

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR) วางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ใน ข้อ 2 ดังนี้

“รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้ปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ เรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สินกำเนิดหรือสถานะอื่น”

นอกจากนี้ ความเห็นทั่วไป (General Comment)⁶ ได้อธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติในกรอบของ ICESCR ว่า

“การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination) เกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การจ้างงานในสถาบันการศึกษาหรือการสมัครสมาชิกในสหภาพการค้านั้นอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็นทางการเมืองของลูกจ้างหรือผู้สมัคร การเลือกปฏิบัติทางตรงรวมถึงการกระทำที่ส่งผลร้ายหรือการละเว้นการกระทำบางอย่างบนพื้นฐานจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ..” ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในกรณีการเลือกปฏิบัติโดยตรงนั้นเห็นได้ชัดเจนจากตัวมาตรการหรือกฎหมายว่ามีเนื้อหาที่กำหนดเงื่อนไขแตกต่างกันสำหรับบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities หรือ CRPD) กำหนดความหมายของ “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการ” ไว้ว่า “หมายถึง ความแตกต่าง การกีดกัน หรือ การจำกัด บนพื้นฐานของความพิการ ซึ่งมีความมุ่งประสงค์หรือ

⁶ 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)

ส่งผลให้เป็นการเสื่อมเสียหรือทำให้ไร้ผลซึ่งการยอมรับ การอุปโภคหรือการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมความเป็นพลเมืองหรือด้านอื่น รวมถึงการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ รวมทั้งการปฏิเสธการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล”⁷

สำหรับความหมายของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายต่างประเทศนั้น มีตัวอย่างเช่น

ประเทศออสเตรเลีย มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในระดับสหพันธรัฐ คือ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act 1986) ซึ่งนิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ไว้โดยมีหลักสำคัญว่า⁸ “...ความแตกต่าง การกีดกัน หรือ การปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษใดๆ ซึ่งกระทำขึ้นบนพื้นฐานของ เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชนิกายกำเนิดหรือต้นกำเนิดทางสังคม ซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคหรือทำให้เสียไปซึ่งความเท่าเทียมกันในโอกาสหรือการปฏิบัติในการจ้างงานหรืออาชีพ...” นอกจากนี้ยังมีกฎหมายระดับมลรัฐ ซึ่งหลายมลรัฐกำหนดนิยามการเลือกปฏิบัติไว้ เช่น มลรัฐ New South Wales คณะกรรมการต่อต้านการเลือกปฏิบัติได้อธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติ ไว้ว่า “...การกระทำต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดอย่างไม่เป็นธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นมีลักษณะที่ต่างกับบุคคลทั่วไป...”⁹

กรณีของประเทศแคนาดา รัฐธรรมนูญแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน (Equality Rights) และการห้ามเลือกปฏิบัติ ไว้ว่า “บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชนิกายพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต” สำหรับในระดับมลรัฐนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ New Brunswick ได้ให้คำนิยามความหมายว่า “การกระทำใด ๆ ไม่ว่าด้วยเจตนาหรือไม่ก็ตาม ซึ่งมีผลทำให้บุคคลหรือกลุ่มคนใดต้องถูกจำกัดโอกาสที่บุคคลพึงจะได้รับเนื่องมาจากเหตุลักษณะเฉพาะของบุคคลนั้น อาทิ เรื่องเชื้อชาติ หรือ เรื่องสีผิว”¹⁰

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

สำหรับงานวิจัยนี้มีขอบเขตการศึกษาจำกัดเฉพาะการเลือกปฏิบัติในกรอบความหมายของกฎหมายสิทธิมนุษยชน

1.2.2 การเลือกปฏิบัติตามกรอบกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ

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

⁸ Part I , article 3 (Interpretation)

⁹ Anti-Discrimination Board. Unlawful discrimination in New South Wales [Online]. Available URL: <http://www.lawlink.nsw.gov.au>.

¹⁰ The New Brunswick Human Rights Commission. Equality Rights Definitions . [Online] (April 3,2000): [http:// www.gov.nb.ca/hrc-cdp/e/el_defini.htm](http://www.gov.nb.ca/hrc-cdp/e/el_defini.htm).

การห้ามเลือกปฏิบัติเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญอันปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาหลายฉบับ โดยในปัจจุบันประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจำนวน 7 ฉบับ ได้แก่

- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR)
- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR)
- อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบต่อสตรี (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)
- อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – CAT)
- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities – CRPD)

นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศในกรอบของสหประชาชาติดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในระดับภูมิภาค ยังปรากฏหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติในกฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาค เช่นอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Right) กฎบัตรอาฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชน (The African Charter on Human and People’s Rights) เป็นต้น

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

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การห้ามเลือกปฏิบัติมีส่วนสัมพันธ์กับการส่งเสริมหลักความเท่าเทียมกัน โดยการเลือกปฏิบัติยังอาจจำแนกเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม สำหรับการเลือกปฏิบัติโดยตรงนั้นเป็นการพิจารณาถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลในสถานะหรือเงื่อนไขที่เหมือนกัน ซึ่งมักพบในกรณีของการไม่ให้สิทธิบางประการกับบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มด้วยเหตุที่บุคคลนั้นจัดอยู่ในกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ในกรณีภาครัฐ เช่น การตรากฎหมายจำกัดสิทธิบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ กรณีการกระทำของภาคเอกชน เช่น การที่นายจ้างปฏิบัติต่อ

ลูกจ้างแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หรือการกระทำของภาคเอกชนที่ปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้ากับบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การเลือกปฏิบัติโดยตรงนี้จะเห็นได้จากการปฏิบัติที่มีวัตถุประสงค์เห็นได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันสะท้อนจากลักษณะหรือรูปแบบของการปฏิบัติที่มีความแตกต่างกันระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ยังมีกรณีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ซึ่งเป็นกรณีที่แม้การปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์นั้นมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) แต่ส่งผลกระทบ (Impact) ในทางลบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศได้กำหนดนิยามและขอบเขตของการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมแตกต่างกันไป

ด้วยเหตุนี้ จึงนำมาสู่ปัญหาที่ควรศึกษาวิจัยว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมีสภาพปัญหาของการเลือกปฏิบัติในด้านต่างๆอย่างไรบ้าง มาตรการทางกฎหมายที่เป็นอยู่มีความเหมาะสมเพียงพอและสอดคล้องกับหลักการสากลของสนธิสัญญาฉบับต่างๆที่เกี่ยวข้องหรือไม่ ประเทศไทยควรมีการออกกฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติที่เป็นองค์รวมหรือเป็นกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติหรือประเด็นต่างๆ หรือไม่ โดยควรทำการศึกษาวินิจฉัยกฎหมายต่างประเทศเพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยในเรื่องดังกล่าวด้วย

1.2.3 กรอบแนวคิดการวิจัย (Conceptual Framework)

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคเป็นหลักสำคัญซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องต่างรับรองไว้ ทั้งนี้เพื่อบรรลุถึงหลักดังกล่าวกฎหมายจึงต้องจัดหรือป้องกันพฤติกรรมบางอย่างซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน ซึ่งได้แก่ การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างสิ่งที่เหมือนกัน หรือการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อสิ่งที่ต่างกัน รวมทั้งการปฏิบัติที่เหมือนกันแต่ส่งผลให้เกิดความเสียเปรียบต่อบุคคลบางกลุ่ม การปฏิบัติเหล่านี้อาจเรียกได้ว่า “การเลือกปฏิบัติ” ทั้งนี้หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น มีลักษณะที่สัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Ground of Discrimination) ต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเหตุเหล่านั้นมีความเกี่ยวข้องกับ คุณลักษณะเฉพาะของกลุ่มบุคคลในสังคมซึ่งมักเป็นกลุ่มที่มีความเปราะบางหรือมีประสบการณ์ที่ถูกกีดกัน ถูกผลักให้เป็นกลุ่มชายขอบ (Marginalized Group) โดยการเลือกปฏิบัติอาจเกิดขึ้นในมิติต่างๆ ของการดำเนินชีวิตในสังคม เช่น การเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานและการประกอบอาชีพ การเลือกปฏิบัติในมิติของการบริการภาครัฐหรือภาคเอกชน เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่าหลักการห้ามเลือกปฏิบัติจะนำไปสู่ความเท่าเทียมกันในท้ายที่สุด สำหรับการศึกษาวินิจฉัยหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในงานวิจัยนี้ จึงนำปัจจัยสองประการซึ่งมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันมากำหนดกรอบแนวคิดการวิจัย ได้แก่

1). เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination, Protected Ground)

การปฏิบัติที่ต่างกันจะจัดเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อการปฏิบัตินั้นเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศพบว่า เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมีการระบุไว้ เช่น

-กติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”¹¹

-กติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และ วัฒนธรรม กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”¹²

-อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือ ชาติกำเนิด หรือ เผ่าพันธุ์กำเนิด”¹³

-อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะกรณี “ความพิการ”¹⁴

นอกจากนี้ ในระดับกฎหมายภายในประเทศ ก็ได้มีการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

สำหรับกฎหมายไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ...”

ดังนั้น ในเบื้องต้นอาจชี้ให้เห็นได้ว่า ปัจจัยประการแรกที่จะนำมาใช้ในส่วนของการกรอการศึกษาวิจัยก็คือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งประกอบด้วยเหตุต่างๆ เช่น เชื้อชาติ เชื้อสาย ชาติกำเนิด เผ่าพันธุ์กำเนิด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม สีผิว เพศ รสนิยมทางเพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ความพิการ ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น เป็นต้น

2). มิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination , Area Covered)

การปฏิบัติที่ต่างกันอันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอาจเกี่ยวข้องกับประเด็นต่างๆ หรือเรียกได้ว่าเกิดขึ้นในมิติต่างๆ ของบุคคลในการดำเนินชีวิต เช่น การทำงาน การศึกษา การจ้างงาน บริการภาครัฐ การประกอบธุรกิจ การประกอบวิชาชีพ การเป็นสมาชิกองค์กร สินค้าและบริการในภาคเอกชน การประชุมสัมมนา กิจกรรมสาธารณะ เป็นต้น จะเห็นได้ว่ามิติของการเลือกปฏิบัติอาจมีความเกี่ยวข้องกับทั้งภาครัฐและภาคเอกชน

เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยทั้งสองประการแล้วทำให้สามารถจำแนกสภาพปัญหาได้หลายประการ เช่น

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)

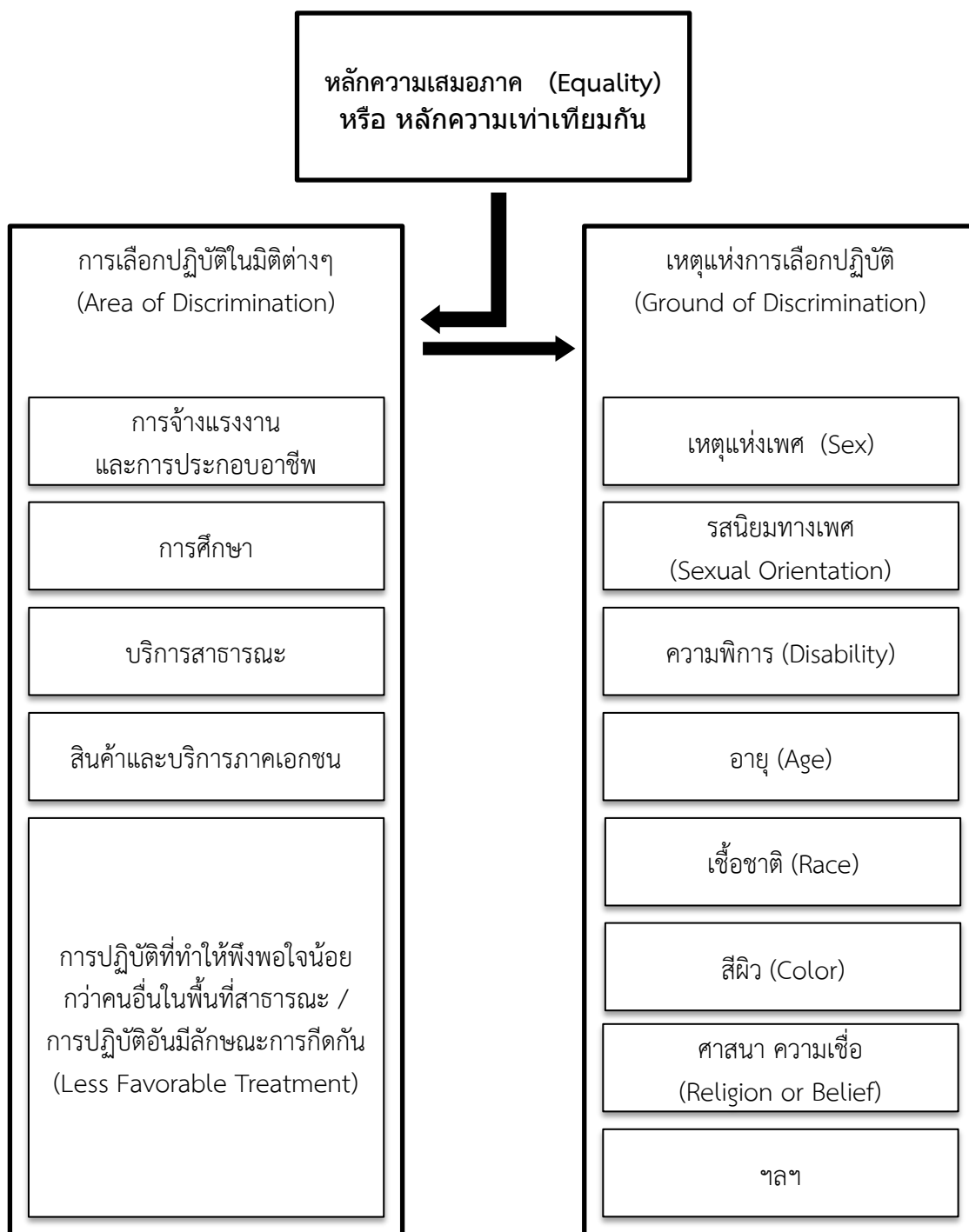
¹⁴ Article 2, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

-การเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างงานและการประกอบอาชีพ อาจเกี่ยวข้องกับสภาพปัญหา เช่น การไม่รับบุคคลที่ติดเชื้อ HIV เข้าทำงาน การกำหนดคุณสมบัติด้านความพิการของบุคคล การเลือกปฏิบัติ ในการดำเนินการขั้นตอนต่างๆ ที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน เช่น การสรรหา (Recruitment) การคัดเลือก (Selection) การเลือกปฏิบัติโดยไม่จางบุคคลด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา เช่น การไม่รับผู้หญิงที่นับถือศาสนาอิสลามเข้าทำงาน การล่วงละเมิดทางเพศในบริบทหรือสภาพแวดล้อมของการทำงาน (Sexual Harassment) ที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศประการหนึ่ง

-การเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับการศึกษาและฝึกอบรม อาจเกี่ยวข้องกับสภาพปัญหา เช่น การปฏิเสธไม่รับบุคคลเข้าศึกษาด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ สภาพร่างกาย ความพิการ ฯลฯ

-ในมิติของบริการสาธารณะและบริการสังคม การเข้าถึงสินค้าและ/หรือ บริการ จากผู้ประกอบการเอกชน นอกจากการเลือกปฏิบัติในมิติของการเข้าถึงบริการสาธารณะที่จัดทำโดยภาครัฐแล้ว ยังปรากฏว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยภาคเอกชนซึ่งเป็นผู้ประกอบการสินค้าและ/หรือบริการ โดยเหตุการณ์เลือกปฏิบัติอาจเกี่ยวข้องกับเหตุที่กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายประเทศต่างๆคุ้มครอง เช่น การปฏิเสธให้บริการด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เป็นต้น ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองในประเด็นนี้โดยเฉพาะแต่อย่างใด นอกจากนี้ยังมีกรณีการปฏิบัติที่ “มีลักษณะกีดกัน” หรือ “ทำให้เกิดความพึงพอใจน้อยกว่าคนอื่น” (Less Favorable Treatment) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติต่อผู้อื่นด้วยคำพูดหรือการสื่อสาร ซึ่งทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ด้วยเหตุต่างๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา

ปัจจัยทั้ง 2 ดังกล่าวข้างต้น จะได้นำมาใช้ในการจำแนกวิเคราะห์สภาพปัญหาและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อไป โดยอาจสรุปความสัมพันธ์ของปัจจัยทั้ง 2 ตามแผนภาพต่อไปนี้



จากกรอบแนวคิดความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยด้านเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และ มิติของการเลือกปฏิบัติ จะเห็นได้ว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction / Differentiation) เกิดขึ้น และนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาวิเคราะห์ภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยปัจจัยทั้งสองดังกล่าวนี้ จะทำให้สามารถจำแนกว่ากรณีใดเป็นกรณีของการเลือกปฏิบัติโดยตรง หรือการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม หรืออาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ การวิจัยนี้ขยายกรอบแนวคิดดังกล่าวออกไปอีก เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศยังได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ เพื่อพิจารณาว่าการปฏิบัตินั้นเป็นเพียงการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันสามารถทำได้ หรือเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดต่อกฎหมาย โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีตัวอย่างเช่น หลักขอบแห่งดุลพินิจ (Margin of Appreciation) การชั่งน้ำหนักกับผลประโยชน์อื่น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) เป็นต้น

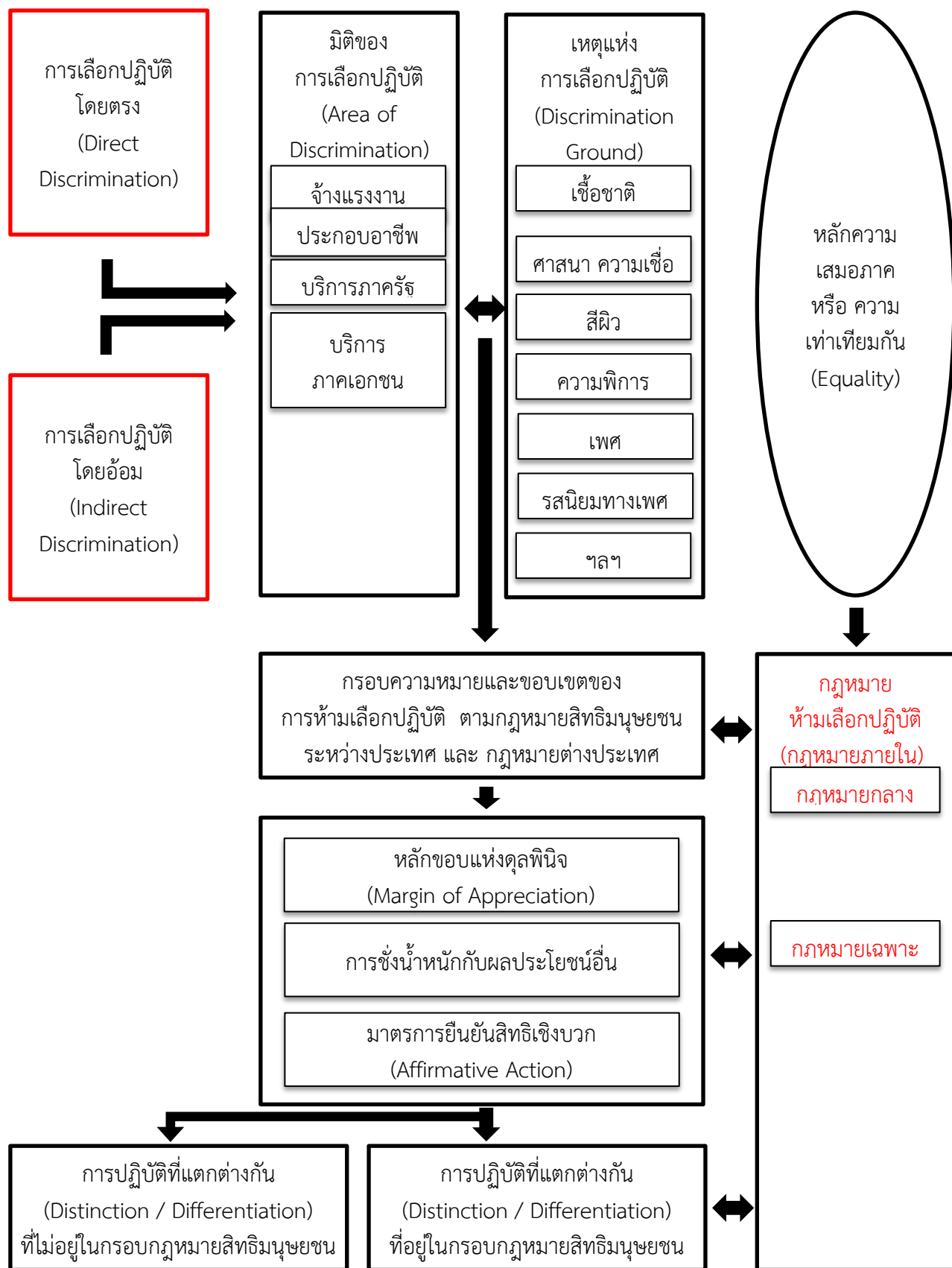
เมื่อพิจารณาตามกรอบแนวคิดที่ขยายความออกมานี้ ทำให้สามารถจำแนกสภาพข้อเท็จจริงหรือการปฏิบัติที่มีปัญหาว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่นั้น ได้สองกรณีคือ

(1) การปฏิบัตินั้นเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่ยังไม่เข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

(2) การปฏิบัตินั้นเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน และเข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งโดยหลักแล้ว การปฏิบัติที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) นี้ จัดเป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน

ด้วยเหตุนี้ ประเด็นปัญหาสำคัญอันจะทำการศึกษาต่อไปก็คือ เมื่อมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันขัดต่อหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว กฎหมายภายในของประเทศไทยมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งถือเป็น “การเลือกปฏิบัติ” อย่างไรบ้าง รวมทั้งเกิดประเด็นคำถามสำหรับการวิจัยนี้อีกหลายประเด็น เช่น กฎหมายที่มีผลบังคับอยู่ในปัจจุบันมีความเหมาะสมและเพียงพอแล้วหรือไม่กับการนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างอันจัดอยู่ในความหมายของการเลือกปฏิบัติ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ บุคคลนั้นไม่ได้รับความเสมอภาคหรือเท่าเทียมกันนั่นเอง โดยสามารถจำแนกศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นในมิติต่างๆ ของการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังมีประเด็นเกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติและส่งเสริมหลักความเท่าเทียมกันในประเทศต่างๆ ว่า มีรูปแบบ ลักษณะองค์ประกอบ อย่างไร และกฎหมายไทยที่มีผลบังคับใช้อยู่ในขณะนี้ จัดอยู่ในรูปแบบใด และควรมีการปรับปรุงพัฒนาอย่างไรหรือไม่

จากกรอบแนวคิดการวิจัยดังกล่าวข้างต้น อาจนำมาสร้างกรอบการศึกษาภายใต้ปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องดังจะเห็นได้จากแผนภาพดังต่อไปนี้



จากกรอบแนวคิดการวิจัยดังกล่าว งานวิจัยนี้จึงจะเริ่มจากการศึกษาหลักการ แนวคิด และขอบเขตความหมายของหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จากนั้นจึงศึกษากรณีเฉพาะเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆ และในมิติต่างๆ เป็นลำดับต่อไป โดยการศึกษาวิจัยจะมีโครงสร้างแบ่งออกเป็นสองส่วนดังนี้

ส่วนแรก ศึกษาแนวคิด ความหมาย ของการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน โดยจำแนกประเด็นศึกษาย่อยๆดังนี้

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

ส่วนที่สอง ศึกษาสภาพข้อเท็จจริงและประเด็นปัญหาการเลือกปฏิบัติ จากคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาพข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการสัมภาษณ์ ประชุมกลุ่มย่อย รับฟังความคิดเห็น โดยจำแนกประเด็นวิเคราะห์ตามสภาพปัญหากรณีต่างๆ 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 ของการเลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการจำแนกการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนกับการ

เลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายอื่นหรือในมิติอื่น การศึกษาในส่วนที่สองเป็นการชี้ให้เห็นการปรับใช้หลักกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ อันทำให้เห็นว่ากฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันครอบคลุมการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศเพียงใด อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาในเบื้องต้นว่า เนื่องจากการวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการศึกษาภาพรวมของปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันหรือหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติในประเทศไทย โดยมีได้มุ่งศึกษาเฉพาะกรณีปัญหากรณีใดกรณีหนึ่ง ดังนั้น ในส่วนที่สอง จึงเป็นเพียงการหยิบยกประเด็นปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการสำรวจ ศึกษา และการเก็บข้อมูลโดยการสัมภาษณ์ จัดกลุ่มสนทนา รับฟังความคิดเห็น มาวิเคราะห์ภายใต้กรอบแนวคิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน เพื่อสะท้อนให้เห็นปัญหาในภาพรวมว่าภายใต้กฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น การคุ้มครองความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติเพียงพอและครอบคลุมแล้วหรือไม่ เพียงใด อันจะนำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อไป

1.3 ระเบียบวิธีการศึกษาวิจัย

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

1.4. ขอบเขต ขั้นตอน และ วิธีการดำเนินการวิจัย

1.4.1 รวบรวม ศึกษา วิเคราะห์กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ กรอบแนวคิด ความเห็นทั่วไป ข้อเสนอแนะต่างๆ ของกลไกด้านสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ โดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis)

1.4.2 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)

1.4.3 ศึกษา รวบรวม วิเคราะห์สภาพปัญหาข้อเท็จจริงของการเลือกปฏิบัติ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ประเด็น หรือมิติของการเลือกปฏิบัติในต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกรณีของไทย

1.4.4 ศึกษาข้อมูลคำร้องและรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นความเสมอภาค (Equality) และการไม่เลือกปฏิบัติ (Non – Discrimination) เพื่อให้ได้มาซึ่งสภาพข้อเท็จจริงและปัญหาการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ

1.4.5 จัดให้มีการรับฟังความเห็นผู้เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ผู้แทนของกลุ่มที่อาจถูกเลือกปฏิบัติด้วย เหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องต่างๆ ตามที่กำหนดในกฎหมายไทย ผู้แทนของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ผู้แทนของหน่วยงานภาคเอกชน ในรูปแบบต่างๆ เช่น การสัมภาษณ์ หรือ การจัดประชุมกลุ่มย่อย หรือ การจัดเวทีรับฟังความคิดเห็น เป็นต้น เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงสภาพปัญหาการเลือกปฏิบัติในด้านต่างๆ

1.4.6 นำผลการศึกษาเกี่ยวกับสภาพปัญหา ข้อเท็จจริง ประเด็นการเลือกปฏิบัติในด้านต่างๆ รวมทั้งปัญหาต่างๆจากการรับฟังความคิดเห็น มาวิเคราะห์กับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) พร้อมทั้งการวิเคราะห์เปรียบเทียบ (Comparative Analysis) กฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมายโดยเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายกลางว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติในประเทศไทย หรือข้อเสนอในระดับการจัดให้มี มาตรฐาน และ/หรือแนวทางปฏิบัติอื่นๆ

1.4.7 จัดเวทีร่วมกับสำนักงาน กสม. เพื่อให้ความรู้ผลการศึกษาวិจัยเรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ แก่เจ้าหน้าที่สำนักงาน กสม. และหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

บทที่ 2

ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาของการเลือกปฏิบัติ

ในบทนี้จะชี้ให้เห็นสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในประเด็นต่างๆ ซึ่งแยกพิจารณาเป็นสองส่วนคือ ส่วนแรก หัวข้อ 2.1 ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาการเลือกปฏิบัติจากคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และ ส่วนที่สอง หัวข้อ 2.2 ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาการเลือกปฏิบัติจากการรับฟังความคิดเห็น / การสัมภาษณ์เชิงลึก / การประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group)

2.1 ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาของการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ: ศึกษาข้อมูลคำร้องและรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ในส่วนนี้จะได้ชี้ให้เห็นสภาพปัญหาตามคำร้องที่มีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

1) คำร้องที่ 737/2553: กรณีสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนกำหนดปรับปรุงตำแหน่งของบุคลากรทางสาธารณสุขไม่เท่าเทียมกัน

ผู้ร้องอ้างว่า สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ได้มีหนังสือพิจารณาปรับปรุงการกำหนดตำแหน่งต่างๆ ในโรงพยาบาลศูนย์ โรงพยาบาลทั่วไป และโรงพยาบาลชุมชน โดยการปรับปรุงตำแหน่งเป็นระดับที่สูงขึ้นให้นำตำแหน่งว่างมายุบรวม ซึ่งแตกต่างจากสายงานแพทย์ที่ไม่ต้องนำตำแหน่งว่างมายุบรวม เป็นการเลือกปฏิบัติหรือเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ร้องกับพวก

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ได้พิจารณาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องร้องเรียนนี้โดยตลอดแล้วเห็นว่า (รายงานผลการพิจารณาที่ 1/2555) การที่สำนักงาน ก.พ. ได้อนุมัติในหลักการโดยให้ปรับปรุงการกำหนดตำแหน่งต่างๆ ในโรงพยาบาลศูนย์ โรงพยาบาลทั่วไป และ โรงพยาบาลชุมชน โดยมีหลักการว่า การกำหนดตำแหน่งที่มีผลทำให้ค่าใช้จ่ายด้านบุคคลของส่วนราชการเพิ่มขึ้น ให้ส่วนราชการนำตำแหน่งว่างที่มีเงินมายุบเลิก โดยคำนวณจากค่าตอบแทนเฉลี่ยของตำแหน่งที่นำมายุบจะต้องครอบคลุมค่าตอบแทนเฉลี่ยที่เพิ่มสูงขึ้นจากการกำหนดตำแหน่งนั้น เพื่อควบคุมค่าใช้จ่ายด้านบุคคลไม่ให้เพิ่มสูงขึ้น ดังเช่นโรงพยาบาลชุมชนจำนวน 777 แห่ง มีผู้ที่ได้ปรับตำแหน่งเป็นหัวหน้าพยาบาล (พยาบาลวิชาชีพ 8 วช.) จำนวน 377 คน คงเหลือหัวหน้าพยาบาลผู้ที่ยังไม่ได้ปรับตำแหน่งอีก 360 คน ซึ่งติดขัดในหลักการดังกล่าว และต่อมา สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขได้มีหนังสือขอยกเว้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวในตำแหน่งสายงานแพทย์และทันตแพทย์ โดยขอให้การกำหนดตำแหน่งสูงขึ้นของทั้งสองตำแหน่งนี้เป็นระดับเชี่ยวชาญโดยไม่ต้องนำตำแหน่งว่างมายุบรวม ซึ่งสำนักงาน ก.พ. อนุมัติตามที่สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขขอเฉพาะตำแหน่งสายงานแพทย์ ทำให้ตำแหน่งสายงานแพทย์ที่ไม่ต้องนำตำแหน่งว่างมายุบรวมนั้น *เป็นกรณีที่สำนักงาน ก.พ. ปฏิบัติต่อบุคลากรตำแหน่งสายงานอื่นที่ทำ*

หน้าที่ให้บริการสาธารณสุขโดยไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะระหว่างบุคลากรที่มีสถานะเป็นแพทย์ กับ บุคลากรที่มีสถานะอื่น คือ ทันตแพทย์ เภสัชกร พยาบาลวิชาชีพ นักรังสีการแพทย์ นักเทคนิคการแพทย์ นักวิทยาศาสตร์การแพทย์ นักกายภาพบำบัด นักกิจกรรมบำบัด นักเวชศาสตร์การสื่อความหมาย นักจิตวิทยา นักจิตวิทยาคลินิก และนักวิชาการสาธารณสุข ทำให้ผู้ร้องกับพวกได้รับผลกระทบในเรื่องความก้าวหน้าในสายงานพยาบาล ทั้งที่เป็นบุคลากรตำแหน่งสายงานที่ทำหน้าที่ให้บริการสาธารณสุขเช่นเดียวกัน โดยที่สายงานพยาบาลมิได้ประสงค์ที่จะต้องเป็นระดับเชี่ยวชาญทุกคนดังเช่นสายงานแพทย์ เพียงเพื่อให้พิจารณาปรับตำแหน่งหัวหน้าพยาบาล (พยาบาลวิชาชีพ 8 วช.) ในส่วนที่ยังมิได้ดำเนินการในเรื่องโรงพยาบาลชุมชนซึ่งมีเพียงโรงพยาบาลละ 1 ตำแหน่ง ให้ครบถ้วนเท่านั้น นอกจากนี้ การที่สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขได้มีหนังสือขอให้ส่วนราชการในสังกัดระงับการใช้ตำแหน่งว่าง เพื่อนำตำแหน่งว่างดังกล่าวมาใช้บรรจุแต่งตั้งนักเรียนทุนของรัฐบาลในสายงานแพทย์ และทันตแพทย์ **เป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคลากรตำแหน่งสายงานอื่นที่ทำหน้าที่ให้บริการสาธารณสุข**

2) คำร้องที่ 487/2554: กรณีคำสาบานตนก่อนเบิกความในศาลของแต่ละศาสนามีความแตกต่างกัน

ผู้ร้องอ้างว่า การสาบานตนก่อนเบิกความตามข้อความในแบบพิมพ์ของศาล ซึ่งให้ผู้ร้องสาบานว่า “หากข้าพเจ้า (พยาน) เอาความเท็จมากล่าวอ้างแม้แต่น้อย ขอภัยอันตรายและความวิบัติทั้งปวงจงเกิดแก่ข้าพเจ้า (พยาน) และครอบครัว (พยาน) โดยพลัน” เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลในครอบครัว ขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบกับหลักกฎหมาย เช่น รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 112 วรรคหนึ่ง และ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 171 แล้วเห็นว่า จากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ผู้ที่จะให้การต่อศาลต้องกล่าวคำสาบานตนหรือคำปฏิญาณก่อนเบิกความ หากไม่ปฏิบัติตามต้องได้รับโทษตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ ซึ่งในการกล่าวคำสาบานหรือคำปฏิญาณจะเป็นไปตามลัทธิทางศาสนาหรือจารีตประเพณีที่แต่ละคนนับถือ และเป็นเรื่องความน่าเชื่อถือของพยาน ซึ่งศาลได้กำหนดรูปแบบตัวอย่างคำสาบานของแต่ละศาสนาเพื่อความสะดวก คณะอนุกรรมการฯ มีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในภาพรวมต่อสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง และ กรมพระธรรมนูญ เพื่อพิจารณาถึงรูปแบบและแนวทางการปฏิบัติที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพื่อให้เกิดความเป็นระบบในทุกชั้นศาลและเพื่อความเป็นสากล โดยควรที่จะเป็นการเฉพาะตัวของบุคคลที่กล่าวคำสาบาน ซึ่งไม่ควรมีการอ้างถึงครอบครัวในทุกศาสนา เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 30 และ 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีมติเห็นด้วยกับความเห็นและข้อเสนอแนะ เชิงนโยบายของคณะอนุกรรมการฯ (รายงานผลการพิจารณาที่ 647/2555)

3) คำร้องที่ 72/2554: กรณีคนพิการไม่ได้รับสิทธิให้เข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน

ผู้ร้องอ้างว่า ผู้ร้องเป็นคนพิการทางสายตา ต่อมาได้ซื้อที่ดินแปลงหนึ่งซึ่งเป็นที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม แต่เจ้าของเดิมยังไม่ได้ดำเนินการขอเอกสารสิทธิให้เข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน (ส.ป.ก.) ผู้ร้องจึงไปดำเนินการเพื่อขออนุญาตเอกสารสิทธิ โดยเจ้าหน้าที่สำนักงานการปฏิรูปที่ดินจังหวัดตราดแจ้งว่าไม่สามารถใช้ชื่อผู้ร้องเป็นเจ้าของที่ดิน ส.ป.ก. ได้เนื่องจากระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วย หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเกษตรกร ซึ่งจะมีสิทธิได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2535 กำหนดไว้ว่า ผู้ที่มีสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ส.ป.ก. จะต้องเป็นผู้มีร่างกายสมบูรณ์ ผู้ร้องเห็นว่า ตนสามารถทำการเกษตรได้ ระเบียบดังกล่าวเป็นระเบียบที่จำกัดสิทธิ

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบหลักกฎหมาย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 30 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 มาตรา 4 มาตรา 15 และมาตรา 20 รวมทั้ง ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 2 (1) และข้อ 7 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 26 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ข้อ 2 และ ข้อ 5 แล้วเห็นว่า ระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเกษตรกร ซึ่งจะมีสิทธิได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2535 ข้อ 6 (4) กำหนดไว้ว่า ผู้ที่มีสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ส.ป.ก. จะต้องเป็นผู้มีร่างกายสมบูรณ์ โดยเจ้าหน้าที่สำนักงานการปฏิรูปที่ดินจังหวัดตราดตีความหมายรวมถึงคนพิการทุกประเภท **ซึ่งการตีความดังกล่าวเป็นการตีความอย่างแคบ ทำให้ผู้ร้องถูกจำกัดสิทธิและเสียสิทธิ**ในการเข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดินทั้งที่ผู้ร้องยังมิได้มีการยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาเนื่องจากในการประกอบอาชีพเกษตรกรรม บุคคลที่สามารถประกอบอาชีพเกษตรกรรมได้ ควรพิจารณาในเรื่องของความสามารถในการประกอบอาชีพเป็นหลักมากกว่าการพิจารณาจากสภาพร่างกายของบุคคล โดยกรณีของคนพิการที่เป็นเกษตรกร ถึงแม้ว่าจะมีความผิดปกติหรือบกพร่องทางด้านร่างกาย แต่หากยังมีความสามารถในการประกอบเกษตรกรรมได้ และเป็นเกษตรกรตามระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วย หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเกษตรกร ซึ่งจะมีสิทธิได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2535 ดังนั้น ในการให้คำจำกัดความตามระเบียบดังกล่าวข้อ 6 (4) คำว่า “มีร่างกายสมบูรณ์” ควรมีการกำหนดความหมายและแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน เพื่อมิให้เป็นการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการตีความข้อกฎหมายและทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกัน

คณะกรรมการฯ มีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมว่าสมควรให้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหรือพิจารณาทบทวนระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเกษตรกร ซึ่งจะมีสิทธิได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2535 ข้อ 6 (4) เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 30 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 มาตรา 4 มาตรา 15 และมาตรา 20 รวมทั้ง ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 2 (1) และข้อ 7 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 26 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ข้อ 2 และ ข้อ 5 ในการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความพิการ (รายงานผลการพิจารณาที่ 2/2555)

4) คำร้องที่ 45/2555: กรณีบริษัทเอกชนคันตัวพนักงานหญิง

ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า บริษัทเอกชนแห่งหนึ่ง ได้สั่งให้พนักงานซึ่งมีเครื่องตรวจสอบสแกน ทำการตรวจค้นร่างกายพนักงานหญิงช่างขัด-ชุบจิวเวลรี่ จำนวน 4 คน เนื่องจากมีเหตุสงสัยว่าทรัพย์สินของบริษัทสูญหาย โดยตรวจค้นเป็นรายบุคคลในห้องน้ำ พนักงานถูกบังคับให้ถอดเสื้อผ้าออกทั้งหมด และทำการตรวจค้นโดยละเอียด เป็นเหตุให้ได้รับความอับอาย ผลการตรวจค้นดังกล่าวไม่พบว่ามีพนักงานคนใดขโมยทรัพย์สินของบริษัท ตามเหตุที่สงสัยแต่อย่างใด ผู้ร้องเห็นว่าการกระทำดังกล่าวของทางบริษัท เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของพนักงาน ขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่าเป็นประเด็น เกี่ยวกับ สิทธิสตรี เกี่ยวเนื่องกับสิทธิของบุคคลในเกียรติยศ ชื่อเสียง อันเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการฯที่จะตรวจสอบได้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 3 และมาตรา 15

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล ได้ทำการตรวจสอบข้อเท็จจริง ดังนี้ (รายงานผลการพิจารณาที่ 196/2556)

1) พบว่าพนักงานในแผนกขัด-ชุบ จิวเวลรี่ ของบริษัท เป็นหญิงล้วน ซึ่งในช่วงที่ผ่านมาพนักงานเคยถูกตรวจค้นร่างกายดังกล่าวมาแล้ว 2 ครั้ง คือในช่วงเดือนมกราคม 2555 และในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2555 ผู้ตรวจค้นเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยซึ่งเป็นพนักงานหญิง โดยในการตรวจเมื่อช่วงเดือนมกราคมมีพนักงานบางรายถูกทำร้ายร่างกายจึงลาออกจากการเป็นพนักงาน และแจ้งความดำเนินคดีกับบริษัททั้งทางแพ่งและทางอาญาด้วย ผู้ร้องแจ้งว่าสาเหตุการตรวจค้นดังกล่าว เพราะบริษัท เกรงว่าพนักงานจะขโมยทรัพย์สินของบริษัท อีกทั้งผู้ร้องไม่กล้าแสดงตนให้ข้อมูลต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพราะเกรงจะกระทบกับสถานภาพการทำงาน แต่ได้ประสานให้อดีตพนักงานที่ลาออกไปมาให้ข้อมูล

2) 19 กรกฎาคม 2555 ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล ได้โทรศัพท์ประสานไปยังผู้ร้องและทราบข้อมูลว่าอดีตพนักงานที่ลาออกไปได้ฟ้องร้องทางบริษัท และศาลได้มีคำพิพากษาให้ทางบริษัทฯได้ชดเชยค่าเสียหาย และภายหลังจากศาลมีคำพิพากษาทางบริษัทก็ไม่ได้ทำการตรวจค้นร่างกายพนักงานอีก ผู้ร้องจึงแจ้งด้วยวาจาขอยุติการตรวจสอบ

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นว่ากรณีตามที่ร้องเรียนข้างต้น ผู้ถูกร้องได้ยุติการตรวจค้นร่างกายพนักงานแล้ว อันเนื่องมาจากมีผู้เสียหายฟ้องร้องดำเนินคดีจนศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกร้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ประกอบกับผู้ร้องได้ขอยุติเรื่อง จึงเห็นควรยุติเรื่อง

5) คำร้องที่ 124/2554: กรณีผู้ร้องอ้างว่าถูกห้ามไม่ให้แต่งกายตามหลักศาสนา

ผู้ร้องนับถือศาสนาอิสลาม จบการศึกษาระดับปริญญาตรี มหาวิทยาลัยของรัฐแห่งหนึ่ง และต้องทำงานที่โรงพยาบาลในสังกัดของมหาวิทยาลัยเป็นเวลา 2 ปี ตามที่ได้ทำสัญญาไว้กับมหาวิทยาลัย แต่

โรงพยาบาลห้ามไม่ให้ผู้ร้องคลุมฮิญาบและแต่งกายปกปิดร่างกายขณะทำงาน ซึ่งข้อห้ามดังกล่าวขัดกับหลักศาสนาอิสลาม

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่าเรื่องที่ผู้ร้องกล่าวอ้างเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลอันเป็นสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช พ.ศ. 2550 จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และได้มอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคลพิจารณา โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 257 พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 3 และมาตรา 15 และระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2545

คณะกรรมการฯ ได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่าโรงพยาบาลได้มีระเบียบเครื่องแต่งกายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายการพยาบาลฯ ตามประกาศฝ่ายการพยาบาลโรงพยาบาล เรื่องระเบียบเครื่องแต่งกาย แต่ในกรณีการปฏิบัติงานของพยาบาลที่เป็นมุสลิม ฝ่ายการพยาบาลฯ ยังไม่มีระเบียบหรือวิธีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องการแต่งกายเป็นการเฉพาะ

กระทรวงสาธารณสุขมีประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องการแต่งกายของเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานด้านสาธารณสุข 3 ฉบับได้แก่ 1.ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องการแต่งกายของแพทย์ ทันตแพทย์ และเภสัชกร พ.ศ. 2542 2.ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การแต่งกายของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติงานด้านการพยาบาล และการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2542 และ 3.ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การแต่งกายของพนักงานผู้ช่วยกายภาพบำบัด พ.ศ. 2542 และได้มีการแจ้งเวียนแก่หน่วยงานต่างๆ เพื่อให้การแต่งกายของเจ้าหน้าที่เป็นไปตามประกาศของกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งขอให้ทุกหน่วยงานปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าว โดยเฉพาะกรณีผู้นับถือศาสนาอิสลามที่อนุญาตให้แต่งเครื่องแบบตามประกาศของกระทรวงฯ และให้ใช้ผ้าคลุมฮิญาบตามระเบียบของกระทรวงฯ และแจ้งเจ้าหน้าที่ถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด

นอกจากนี้ยังมีข้อมูลจากหนังสือพิมพ์ ก. ว่าคณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัย ม. โรงพยาบาล ศ. อนุญาตให้นักศึกษาพยาบาลที่นับถือศาสนาอิสลามแต่งกายตามหลักศาสนาโดยแต่งชุดคลุมศีรษะ (ฮิญาบ) ขณะฝึกปฏิบัติงานหอดูผู้ป่วยได้ ตามหนังสือคณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัย ม. เรื่องอนุญาตให้นักศึกษาพยาบาลศาสตร์แต่งชุดคลุมศีรษะ (ฮิญาบ) ขณะฝึกปฏิบัติงานหอดูผู้ป่วย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ แล้วเห็นคล้อยกับความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ แล้วเห็นว่า สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ได้รับรองว่า บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดอันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรไว้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อแตกต่างจากบุคคลอื่น ซึ่งคณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัย ม. ได้มีหนังสือ อนุญาตให้ผู้ร้องซึ่งในขณะศึกษาอยู่ได้แต่งกายตามหลักศาสนาอิสลาม ขณะฝึกปฏิบัติงานหอดูผู้ป่วย เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 2551 ต่อมาเมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน 2552 กระทรวงสาธารณสุขส่งหนังสือเวียน กำชับเรื่องประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องการแต่งกายของเจ้าหน้าที่

ปฏิบัติงานด้านสาธารณสุข 3 ฉบับได้แก่ 1.ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องการแต่งกายของแพทย์ ทันตแพทย์ และเภสัชกร พ.ศ. 2542 2.ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การแต่งกายของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติงานด้านการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2542 และ 3.ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การแต่งกายของพนักงานผู้ช่วยกายภาพบำบัด พ.ศ. 2542 ให้แก่หน่วยงานต่างๆที่สังกัดกระทรวงสาธารณสุขให้ปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการแต่งกายดังกล่าวอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะกรณีผู้นับถือศาสนาอิสลามที่อนุญาตให้แต่งเครื่องแบบตามประกาศของกระทรวงฯ และให้ใช้ผ้าคลุมฮิญาบ ตามระเบียบของกระทรวงฯจึงเป็นกรณีที่ได้รับการพิจารณาแก้ไขโดยหน่วยงานที่มีอำนาจแล้วจึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณาที่ 922/2558)

6) คำร้องที่ 544/2552 และ 35/2557: กรณีบริษัทเอกชนไม่รับผู้ติดเชื้อเอชไอวีเข้าทำงาน

ผู้ร้องอ้างว่า ได้สมัครเข้าทำงานในบริษัท ท ซึ่งเป็นบริษัทค้าปลีกรายใหญ่แห่งหนึ่งในตำแหน่งผู้ช่วยผู้จัดการร้านขายปลีกในห้างสรรพสินค้า โดยสอบข้อเขียนและสัมภาษณ์ ต่อมาทางบริษัทได้ส่งไปตรวจร่างกายที่โรงพยาบาล ผลปรากฏว่าผู้ร้องติดเชื้อเอชไอวี (ผู้ร้องทราบอยู่แล้ว) ทางบริษัทจึงไม่รับผู้ร้องเข้าทำงาน ผู้ร้องเห็นว่าเป็นการกีดกันการเข้าทำงานโดยนำเรื่องสุขภาพเป็นข้ออ้าง ซึ่งการติดเชื้อเอชไอวีไม่ได้ส่งผลกระทบต่อคนรอบข้าง และไม่ได้ก่ออันตรายต่อผู้อื่น ผู้ร้องสามารถทำงานได้เหมือนบุคคลทั่วไป ผู้ร้องเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการประกอบอาชีพ และเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งสุขภาพ จึงร้องเรียนขอให้ตรวจสอบ

จากรายงานผลการพิจารณาที่ 308-309/2558 พบว่า บริษัท ท. มีหนังสือชี้แจงว่า เป็นบริษัทจำหน่ายสินค้าอุปโภคบริโภค และการบริการลูกค้า โดยทางบริษัทฯได้รับการรับรองตามหลักมาตรฐานความปลอดภัย จากกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่พนักงานมีความจำเป็นต้องสัมผัสอาหารโดยตรง จึงอาจเป็นการเสี่ยงต่อผู้บริโภค ทางบริษัทฯจึงมีแนวปฏิบัติต้องตรวจหาเชื้อเอชไอวีสำหรับพนักงานที่ผ่านการสัมภาษณ์ก่อนเริ่มปฏิบัติงานทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ ทั้งนี้เพื่อรักษาหลักมาตรฐานความปลอดภัยของอาหารที่ได้รับการรับรองจากกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งแนวทางปฏิบัติที่กำหนดให้ตรวจร่างกายก่อนเข้าทำสัญญาจ้างนั้น สอดคล้องกับแนวปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข.(2) และกฎ ก.พ.ว่าด้วยโรค พ.ศ. 2553 โดยบริษัทมีจุดมุ่งหมายเพื่อความปลอดภัยในคุณภาพและชีวิตของพนักงาน ตลอดจนของลูกค้าผู้ใช้บริการทางบริษัทด้วย

นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการประชุมในด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน มีมติ (คำร้อง 35/2557) ให้ตรวจสอบกรณีบริษัท ข ซึ่งเป็นบริษัทเอกชนอีกแห่งหนึ่ง ซึ่งมีนโยบายให้พนักงานตรวจเชื้อเอชไอวี เป็นเงื่อนไขในการเข้าทำงาน และปฏิเสธรับบุคคลเข้าทำงานหลังจากตรวจร่างกายมีเชื้อเอชไอวี เช่นกัน โดยฝ่ายบุคคลของบริษัท ข. เรียกว่า นาย ส.ไปพบและแจ้งว่าไม่มีนโยบายรับผู้ติดเชื้อเอชไอวีเข้าทำงาน และให้ นาย ส. ลงชื่อในใบลาออก ซึ่งนาย ส. เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม โดยการบังคับให้ตรวจเชื้อเอชไอวี และใช้เป็นเงื่อนไขในการรับสมัครเข้าทำงาน จึงขอให้ตรวจสอบ

จากกรณีบริษัท ข. ได้เข้าชี้แจงต่อคณะกรรมการคุ้มครองสิทธิด้านเอดส์ ว่าทางบริษัทมิได้นโยบายประกาศในเรื่องการบังคับให้ตรวจเชื้อเอชไอวี รวมถึงนำมาเป็นเงื่อนไขในการไม่รับสมัครบุคคลเข้า

ทำงาน การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของพนักงานฝ่ายบุคคล 2 ท่าน และทางบริษัทฯ ได้มอบเงินจำนวน 50,000 บาทเป็นสินน้ำใจช่วยเหลือผู้เสียหาย พร้อมแสดงความขอโทษต่อผู้เสียหาย และต่อมาบริษัทดังกล่าวนี้ได้มีหนังสือชี้แจงการดำเนินการเพิ่มเติมต่อคณะกรรมการว่า ทางบริษัทได้ยกเลิกการตรวจหาเชื้อเอชไอวี กับพนักงานตั้งแต่วันที่ 15 มกราคม 2558

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาทั้งสองคำร้องแล้วเห็นว่า เป็นกรณีบังคับตรวจสอบเลือดก่อนรับเข้าทำงานอันเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและอาจละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี จึงไม่ควรปิดกั้นเรื่องการทำงานอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยเกินจำเป็นของลักษณะประเภทการจ้างงานที่เป็นสาระสำคัญ ทั้งที่บุคคลที่ติดเชื้อเอชไอวีสามารถปฏิบัติงานได้ในสภาพเดียวกันโดยไม่จำกัดทางสุขภาพอนามัย

กรณีของบริษัท ท. หลังจากเข้าชี้แจงกับคณะกรรมการฯ แล้วรับว่าจะดำเนินการประชุมและรับข้อเสนอแนะของอนุกรรมการไปเปลี่ยนแปลงนโยบายการจ้างงานของบริษัท ส่วนกรณีของบริษัท ซ. นั้นได้มีหนังสือแจ้งผลการดำเนินงานว่าได้ยกเลิกนโยบายตรวจเลือกหาเชื้อเอชไอวีก่อนรับบุคคลเข้าทำงานแล้วตั้งแต่วันที่ 15 มกราคม 2558 เป็นต้นมา โดยที่ในปัจจุบันนี้กฎหมายแรงงานหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสถานประกอบการยังไม่มีข้อกำหนดในเรื่องการเข้าทำงานของผู้ติดเชื้อเอชไอวี

ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อคณะกรรมการคุ้มครองสวัสดิภาพแรงงานให้ความสำคัญกับการเลือกปฏิบัติในการประกอบอาชีพของผู้ติดเชื้อเอชไอวี โดยควรดำเนินการให้ความสำคัญของปัญหาการเลือกปฏิบัติมากขึ้น ตลอดจนผลักดันให้มาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติที่มีอยู่ให้เกิดผลในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะแนวทางปฏิบัติแห่งชาติว่าด้วยการป้องกันและบริหารจัดการด้านเอดส์ในสถานที่ทำงาน โดยให้ความสำคัญกับมาตรการเพื่อหาเชื้อเอชไอวีก่อนรับเข้าทำงาน การปกปิดข้อมูลส่วนบุคคล การจัดบริการที่จำเป็นต่อกลุ่มผู้ติดเชื้อเอชไอวี การจัดที่พักและรูปแบบการทำงานที่เหมาะสม เป็นต้น

7) คำร้องที่459/2556: กรณีข้าราชการส่วนท้องถิ่นร้องว่า ได้รับเงินเดือน การขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ไม่เท่าเทียมและไม่เสมอภาคกับข้าราชการส่วนท้องถิ่นบางตำแหน่งและข้าราชการประเภทอื่น

ผู้ร้อง ร้องเรียนว่าข้าราชการส่วนท้องถิ่นที่ได้รับเงินเดือน การขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ไม่เท่าเทียมและไม่เสมอภาคกับข้าราชการส่วนท้องถิ่นบางตำแหน่งและข้าราชการประเภทอื่น กล่าวคือข้าราชการส่วนท้องถิ่นได้รับเงินเดือนตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดมาตรฐานกลางตามประกาศคณะกรรมการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นซึ่งโดยทั่วไปจะมีสิทธิรับเงินเดือนเพียงอันดับเดียวเท่านั้น แต่มีพนักงานส่วนท้องถิ่นบางตำแหน่งได้รับเงินเดือนมากกว่า 1 อันดับ และข้าราชการประเภทอื่น เช่น ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการทหาร ข้าราชการครู นอกจากนี้ยังเห็นว่าหลักเกณฑ์การให้พนักงานส่วนท้องถิ่นขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ก็ไม่เท่าเทียมกับข้าราชการประเภทอื่น จึงขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องและความเห็นของอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม มีความเห็นสรุปได้ว่า “กรณีที่ข้าราชการส่วนท้องถิ่นบางตำแหน่งได้รับเงินเดือนตามระบบบัญชีไม่เท่าเทียมกันนั้น ...เป็นการกำหนดโครงสร้างอัตราเงินเดือนและ

ประโยชน์ตอบแทนให้มีสัดส่วนที่เหมาะสมแก่รายได้และการพัฒนาท้องถิ่น ซึ่งเป็นอำนาจของคณะกรรมการมาตรฐานงานบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 มาตรา 30 มาตรา 31(1)” ดังนั้น คณะกรรมการฯ เห็นว่ายังไม่มีภาระลเลยหรือละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด ด้วยเหตุผลเดียวกันการขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ต้องเป็นไปตามบัญชีท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันเป็นที่เชิดชูยิ่งช้างเผือก และเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันมีเกียรติยศยิ่งมงกุฎไทย พ.ศ. 2536 (รายงานผลพิจารณาที่ 433/2557)

8) คำร้องที่ 484/2552: กรณีพิพาทชีวิตของวัด พ.นำร่างผู้เสียชีวิตด้วยโรคเอดส์มาจัดแสดง

ผู้ร้อง ร้องเรียน ว่าวัด พ. ได้จัดทำพิพาทชีวิต โดยการนำร่างของผู้เสียชีวิตด้วยโรคเอดส์มาจัดแสดง พร้อมทั้งเขียนชื่อ-นามสกุล ประวัติ อาชีพ ของผู้ตาย ทั้งเป็นร่างที่ไม่สวมใส่เสื้อผ้า แม้จะมีการลงชื่อยินยอมของของผู้ตายและผู้ร้องกังวลว่าอาจจะยินยอมโดยไม่มีคามอิสระ เนื่องจากอยู่ในสถานที่ดูแลของวัดเลยจำยอมต้องยินยอม ทั้งนี้ผู้ร้องเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งต่อผู้เสียชีวิตเองและญาติของผู้เสียชีวิตด้วย จึงให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ และความเสมอภาคของบุคคล ตรวจสอบแล้วเห็นว่า ประเด็นแรก การจัดแสดงพิพาทชีวิตในวัด พ. เป็นการสตัฟฟ์ (STUFF) ศพเสียชีวิตจากโรคเอดส์ โดยเปิดเผยชื่อ-สกุล ประวัติ อาชีพ ภาพถ่ายของผู้เสียชีวิต และสภาพศพ ไม่ได้สวมใส่เสื้อผ้าปกปิดกาย ลักษณะดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิในเกียรติยศ และชื่อเสียงของผู้เสียชีวิต และบุคคลในครอบครัว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 35 ถือว่าเป็นการกระทำอันมีบังควรต่อศพ ดุหมิ่นเหยียดหยามศพ ดังนั้นการจัดแสดงศพที่จะเป็นประโยชน์แก่สาธารณะหรือมีคุณค่าต่อการให้ความรู้แก่สังคม จึงต้องอยู่บนพื้นฐานที่จะต้องไม่กระทบสิทธิในเรื่องข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เสียชีวิตและครอบครัว แม้ผู้เสียชีวิตจะเจตนาบริจาคร่างเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวก็ตาม คณะกรรมการฯ แนะนำให้ทำการแก้ไขโดยปกปิดข้อมูลส่วนบุคคลของศพด้วย

ประเด็นที่สองว่าผู้เสียชีวิตได้ยินยอมบริจาคร่างหลังเสียชีวิตให้กับมูลนิธิเพื่อวัตถุประสงค์ให้บุคคลอื่นตระหนักถึงภัยโรคเอดส์นั้น เป็นการแสดงเจตจำนงที่ไม่อยู่ภายใต้แรงกดดัน เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงปรากฏว่าวัดไม่ได้ทำการข่มขู่ บังคับ ผู้ป่วยเจตนาบริจาคร่างเพื่อประโยชน์ต่อวัดและพระพุทธศาสนา ดังนั้นจึงน่าเชื่อว่าวัด พ. ไม่ได้กดดัน บังคับ ผู้เสียชีวิตให้ยินยอมบริจาคร่าง ฉะนั้นการแสดงคามยินยอมโดยสมัครใจและอิสระถือว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์อันแท้จริงอันเป็นฐานในหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีสิทธิแสดงเจตจำนงต่างๆอย่างอิสระ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นควรให้ยุติเรื่อง และแจ้งความเห็นให้มูลนิธิ ธ. เจ้าของโครงการ และวัด พ. พิจารณาดำเนินการต่อไป (รายงานผลพิจารณาที่ 624/2555)

**9) คำร้องที่ 486/2556: กรณีนายจ้างนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณาจ้าง
บรรจุเข้าทำงานโดยไม่เป็นธรรม**

ผู้ร้องอ้างว่า ผู้ร้องเคยถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกในคดีลักทรัพย์ และรอลงอาญาไว้ 2 ปี ต่อมาผู้ร้องได้สมัครเข้าเป็นพนักงานขายรถยนต์บริษัทเอกชนแห่งหนึ่ง ผู้ร้องได้ปฏิบัติงานผ่านการทดลองงาน 3 เดือน และถูกตรวจประวัติอาชญากรรม ผลตรวจพบว่าผู้ร้องมีประวัติถูกดำเนินคดีอาญา บริษัทปฏิเสธการบรรจุผู้ร้องเข้าเป็นพนักงาน ผู้ร้องเห็นว่านายจ้างควรพิจารณาจากผลงานการปฏิบัติงานและความประพฤติของผู้ร้องเป็นหลัก ไม่ควรนำทะเบียนประวัติอาชญากรรมในอดีตมาประกอบการพิจารณาเท่ากับไม่ให้โอกาสผู้ที่เคยทำผิดได้กลับเป็นคนดีและประกอบอาชีพที่มั่นคง ผู้ร้องมีความประสงค์ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตรวจสอบ การกระทำอันไม่เป็นธรรมโดยการนำทะเบียนประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณาบรรจุพนักงาน

ความเห็นของอนุกรรมการด้านกฎหมายและการปฏิบัติไม่เป็นธรรม พิจารณาแล้วมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยคือ การที่บริษัทเอกชนนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณาจ้างบุคคลเข้าทำงานเป็นการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่

คณะอนุกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามคำร้องผู้ร้องถูกปฏิเสธไม่รับเข้าทำงานเนื่องจากเคยต้องโทษคดีอาญาที่ปรากฏในทะเบียนอาชญากรรม จากการพิจารณาตามระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 12 การพิมพ์ลายนิ้วมือ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นระเบียบใหม่ กรณีของผู้ร้องก็ไม่เข้าข่ายที่จะได้รับการคัดแยกประวัติออกจากสารบบ และเมื่อพิจารณามาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550 แล้วนั้นกรณีผู้ร้องแม้เป็นผู้ที่ได้รับการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ พ.ศ. 2550 ก็มีผลแต่เพียงว่าผู้ร้องไม่เคยถูกลงโทษในข้อหาใดๆ มาก่อนเท่านั้น

เนื่องจากบริษัทเอกชนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการพิจารณาจ้างบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอแนะเชิงนโยบายไปยังหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจให้เปิดโอกาสให้บุคคลที่เคยรับโทษโดยคำพิพากษาสมากรณใช้สิทธิในการรับสมัครรับราชการและสามารถกลับตัวเป็นคนดีต่อไป

ความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นว่า กรณีตามคำร้องเป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของบริษัทเอกชนในการรับสมัครบุคคลเข้าทำงานที่แตกต่างกันโดยพิจารณาเป็นรายกรณี อย่างไรก็ตาม แม้แต่ในหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจยังมีการพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการรับสมัครบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอแนะเชิงนโยบายไปยังหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจให้เปิดโอกาสให้บุคคลที่เคยรับโทษโดยคำพิพากษาสมากรณใช้สิทธิในการรับสมัครรับราชการและสามารถกลับตัวเป็นคนดีเพื่อทำประโยชน์ให้กับสังคมและประเทศชาติ และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและมาตรฐานเดียวกันต่อไป นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยังมีการประชุมร่วมกับหน่วยงานภาครัฐ เอกชน สมาคมต่างๆ และภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการจัดนำร่องรับสมัครบุคคลที่เคยต้องโทษคดีถึงที่สุดเข้าทำงาน เพื่อเป็นหลักประกันให้ผู้ประกอบการ ในการรับบุคคลเคยต้องโทษเข้าทำงาน รวมทั้งการแก้ไข

ปัญหาอย่างเป็นรูปธรรม จากกรณีบริษัทเอกชนไม่รับบรรจุบุคคลเข้าทำงานเพราะเหตุมีทะเบียนประวัติอาชญากรรมไม่พบว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด จึงมีมติให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณาที่ 495/2558)

10) คำร้องที่ 184/2550: กรณีผู้ที่เคยรับโทษให้จำคุกถูกจำกัดสิทธิในการเข้ารับราชการ

ผู้ร้องเคยถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับยาเสพติดและศาลพิพากษาให้จำคุก 3 ปี 6 เดือน ปัจจุบันผู้ร้องพ้นโทษเป็นเวลากว่า 5 ปี ประกอบอาชีพสุจริต ต้องการจะสอบเข้ารับราชการ แต่ถูกจำกัดสิทธิดังกล่าว ผู้ร้องต้องการสอบเข้ารับราชการสังกัดรัฐสภา แต่เมื่อโทรไปสอบถามได้รับแจ้งว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธิสอบและหากสอบได้คะแนนเต็มก็ไม่สามารถเข้ารับราชการได้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีคำสั่งที่ 5/2554 มอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมพิจารณาต่อไป ประเด็นการตรวจสอบคือ การกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการของรัฐสภาตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 กระทบต่อสิทธิของผู้ร้องหรือไม่ อย่างไร

คณะอนุกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้มาตรา 37 ข (7) จะกำหนดคุณสมบัติว่าต้องไม่เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ แต่มาตรา 37 วรรคสอง วรรคสาม และ วรรคสี่ ได้บัญญัติข้อยกเว้นเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้มีลักษณะต้องห้ามตามข้อ ข (7) ได้รับการพิจารณายกเว้นคุณสมบัติดังกล่าวได้ ฉะนั้นผู้ร้องยังอาจได้รับการพิจารณาให้เข้ารับราชการได้ หากคณะกรรมการข้าราชการรัฐสภาพิจารณายกเว้นโดยต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม คณะอนุกรรมการฯ จึงเห็นว่า ผู้ร้องยังไม่ถูกกระทบสิทธิในเรื่องการไม่สามารถเข้ารับราชการรัฐสภา เพราะเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 (รายงานผลการพิจารณาที่ 43/2555)

11) คำร้องที่ 229/2555: กรณีโรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงผลการจบหลักสูตร ให้กับนักเรียน โดยอ้างว่าไม่จ่ายค่าบำรุงการศึกษา

ผู้ร้องเป็นนายกสมาคมเครือข่ายผู้ปกครองแห่งชาติ ได้ร้องเรียนว่าโรงเรียน ส. ไม่ออกเอกสารใบแสดงผลการเรียน และหลักฐานแสดงวุฒิการศึกษา ให้กับนักเรียนชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 3 โดยอ้างนักเรียนยังค้างค่าบำรุงการศึกษา และโรงเรียนยังมีพฤติกรรมใช้เอกสารดังกล่าว เป็นหลักประกันเพื่อเรียกเก็บเงินค่าบำรุงการศึกษาย้อนหลังจากนักเรียนบ่อยครั้ง ทำให้นักเรียนหลายรายต้องเสียสิทธิและโอกาสในการเข้าศึกษาต่อในสถานศึกษาอื่น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาเห็นว่า เป็นประเด็นเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพในการศึกษา อันเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับรองหรือคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จึงเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พิจารณาตามมติของคณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล แล้วเห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พ.ศ. 2550 (ที่ใช้อยู่ในขณะนั้น) ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ในเรื่องสิทธิเสรีภาพในการศึกษานั้น รัฐธรรมนูญได้รับรอง ค้ำครองว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐต้องจัดอย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ โดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย จากการตรวจสอบข้อเท็จจริง จากกรณีที่ผู้ร้องร้องว่า โรงเรียน ส. ได้กระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีไม่ออกเอกสารแสดงผลการเรียน และหลักฐานแสดงวุฒิการศึกษา ให้กับนักเรียนโดยอ้างว่าไม่จ่ายค่าบำรุงการศึกษานั้น ปรากฏว่าปัจจุบันทางโรงเรียนได้ออกเอกสารดังกล่าว ให้กับนักเรียนคนดังกล่าวเรียบร้อยแล้วจึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง (ตามรายงานผลพิจารณาที่ 948/2558)

12) คำร้องที่ 573/2555 และ 33/2556: กรณีกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนเข้าศึกษาต่อ

ผู้ร้องที่ 1 เป็นรองปลัดเทศบาลตำบล ส. ได้ทำการร้องเรียน (คำร้อง573/2555) โดยอ้างว่า นโยบายของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) การกำหนดหลักเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนเขตพื้นที่บริการและนอกเขตพื้นที่บริการ มีลักษณะเป็นการกีดกันทางการศึกษา อาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของนักเรียน และไม่เป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542

ผู้ร้องที่ 2 เป็นผู้ปกครองของนักเรียนได้ร้องเรียน (คำร้อง33/2556) ว่านโยบายของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) เกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนเขตพื้นที่บริการและนอกเขตพื้นที่บริการทำให้นักเรียนที่อยู่ในเขตพื้นที่บริการมีสิทธิสอบคัดเลือกได้ทั้งสองกลุ่มส่งผลให้นักเรียนที่อยู่นอกเขตพื้นที่บริการไม่ได้รับความเป็นธรรม นอกจากนี้นักเรียนที่เรียนอยู่ในเขตพื้นที่บริการตั้งแต่ชั้นอนุบาลจนถึงชั้นประถมศึกษาปีที่ 6 และนักเรียนที่มีผู้ปกครองรับราชการอยู่ในเขตพื้นที่บริการควรมีสิทธิสอบคัดเลือกเช่นเดียวกับนักเรียนในเขตพื้นที่บริการโดยไม่ต้องใช้หลักฐานทะเบียนราษฎร

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่าเรื่องที่ผู้ร้องกล่าวอ้างเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในการศึกษาที่ได้รับการรับรองคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และได้มอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล พิจารณาโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542

จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่านโยบายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรับนักเรียนสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) ทุกปีการศึกษา (ประมาณ 30 ปีมาแล้วตั้งแต่กรมสามัญศึกษาเดิม) จะมุ่งเน้นให้นักเรียนได้เรียนใกล้บ้านเพื่อเดินทางสะดวกประหยัดค่าใช้จ่ายผู้ปกครอง ดังนั้นจึงมีการกำหนดเขตพื้นที่ของโรงเรียนตามกฎหมาย เพื่อให้สิทธิเด็กที่อยู่ในเขตพื้นที่ได้เข้าศึกษาก่อนโดยกำหนดสัดส่วนนักเรียนในเขตพื้นที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 และนักเรียนทั่วไปไม่น้อยกว่าร้อยละ50 ซึ่งกระบวนการคัดเลือก

การจับสลากหรือการสอบก็ได้กำหนดสัดส่วนและวิธีการคัดเลือกต้องผ่านความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน

การกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขพิเศษในการรับนักเรียนเข้าศึกษาในโรงเรียนแต่ละแห่งโดยนโยบายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรับนักเรียน สังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 10 มาตรา 30 มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 ซึ่งนโยบายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรับนักเรียนสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานเปิดโอกาสให้รับนักเรียนที่มีเงื่อนไขพิเศษได้ในปีการศึกษา 2556 ดังนี้

- 1) นักเรียนที่สอบได้คะแนนเท่ากันในลำดับสุดท้าย
- 2) นักเรียนที่มีข้อตกลงในการจัดตั้งโรงเรียน
- 3) นักเรียนที่เป็นผู้ยากไร้และด้อยโอกาส
- 4) นักเรียนที่เป็นบุตรผู้เสียสละเพื่อชาติหรือผู้ประสบภัยพิบัติที่ต้องได้รับการสงเคราะห์ดูแลเป็นพิเศษ
- 5) นักเรียนโควตาตามข้อตกลงของโรงเรียนคู่สหกิจ หรือโรงเรียนคู่พัฒนา หรือโรงเรียนเครือข่าย
- 6) นักเรียนที่เป็นบุตรข้าราชการครูและบุคลากรของโรงเรียน
- 7) นักเรียนที่อยู่ในอุปการะของผู้ทำคุณประโยชน์ให้กับโรงเรียนอย่างต่อเนื่อง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ แล้วเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์การรับนักเรียนสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานที่กำหนดให้รับนักเรียนในเขตพื้นที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและไม่กระทบต่อสิทธิของเด็กที่เข้าศึกษา ซึ่งการกำหนดรับนักเรียนโดยอาศัยเกณฑ์ทะเบียนราษฎรเป็นหลักนั้นเป็นการรับรองสิทธิ ไม่เป็นการจำกัดสิทธิจึงไม่มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด ทั้งนี้ยังให้สิทธิสอบในโรงเรียนนอกเขตบริการได้อีกด้วย ส่วนการกำหนดให้เด็กนอกเขตบริการต้องสอบคัดเลือกนั้นเป็นเงื่อนไขที่เด็กนอกเขตพื้นที่ต้องปฏิบัติเช่นเดียวกันจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม สำหรับเด็กที่ติดตามผู้ปกครองที่ทำงานอยู่นอกพื้นที่บริการและได้เรียนอยู่ในสถานศึกษานอกเขตบริการอย่างต่อเนื่อง ควรเสนอแนะเป็นเชิงนโยบายต่อกระทรวงศึกษาธิการเพื่อพิจารณาให้เด็กได้รับสิทธิเข้าศึกษาตามสมควรแก่กรณี (รายงานผลการพิจารณาที่ 927-928/2558)

13) คำร้องที่ 625/2553 และ 631-635/2553: กรณีถูกตัดสิทธิไม่ให้สอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์

ผู้ร้องที่ 1-6 (คำร้องที่ 625/2553 และ 631-635/2553) ร้องเรียนว่า ถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าร่วมสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์เนื่องจากขาดเอกสารประกอบการสอบ เช่น ส่งรูปถ่ายไม่ครบตามจำนวนที่กำหนดในประกาศสอบของกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วได้มอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล พิจารณาโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 4 ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 257 จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะอนุกรรมการฯที่จะสามารถ

ตรวจสอบได้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 หมวด 3 ระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2545 ตามรายงานผลการพิจารณาที่ 357-362/2558 พบข้อเท็จจริงดังนี้

กลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.) ชี้แจงว่าได้พิจารณาใบสมัครของผู้สมัครสอบและแจ้งเตือนทางเว็บไซต์ ตั้งแต่วันที่ 10 กันยายน พ.ศ. 2553 ให้ผู้สมัครสอบที่ส่งเอกสารไม่ครบทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษ ภายในวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งมีผู้สมัครที่ส่งเอกสารไม่ครบได้ส่งเอกสารมาเพิ่มในช่วงเวลาดังกล่าวจำนวน 74 รายและมีสิทธิเข้าสอบ คงเหลือผู้สมัครที่ส่งเอกสารไม่ครบอยู่ 148 รายถูกตัดสิทธิ ซึ่งกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.) ยืนยันว่าได้พยายามผ่อนปรนให้ผู้สมัครอย่างเต็มความสามารถเพื่อมุ่งสร้างแพทย์และทันตแพทย์ที่ดีสำหรับประเทศชาติและประชาคมโลก อย่างไรก็ตาม การดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ต้องมีเงื่อนไขเงื่อนไขเวลากำกับเพื่อให้สามารถดำเนินการขั้นตอนต่างๆ ได้อย่างสมบูรณ์ ทางกลุ่มฯ ได้ยึดหลักความโปร่งใส ยุติธรรมและตรวจสอบได้ สำหรับผู้สมัครที่ปฏิบัติไม่ครบถ้วนตามระเบียบ หรือขาดความพร้อมในการเข้าสอบในรอบนี้ ยังสามารถเข้ารับการคัดเลือกผ่านกลุ่มสถาบันฯได้อีกในปีการศึกษาต่อไป

เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม พ.ศ. 2553 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้ยื่นฟ้องประธานกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.) เป็นผู้ถูกฟ้องที่ 1 และฟ้องกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.) เป็นผู้ถูกฟ้องที่ 2 ต่อศาลปกครองให้ยกเลิกประกาศของกลุ่มฯรวมทั้งการกระทำใดๆที่มีผลเป็นการตัดสิทธิผู้ร้องมิให้มีสิทธิสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์ และสั่งให้ประธานฯและกลุ่มฯ จัดให้ผู้ร้องมีสิทธิสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์ในวันที่ 30 ตุลาคม พ.ศ. 2553 ด้วย อีกทั้งขอให้ศาลปกครองสั่งบังคับทุเลาประกาศและการกระทำของกลุ่มฯไว้เป็นชั่วคราวอีกด้วย

ศาลปกครองมีคำสั่งคดีหมายเลขดำที่ 1670, 1671/2553 ลงวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2553 โดยศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งของกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทยที่แจ้งว่าผู้ร้องไม่มีสิทธิสอบคัดเลือกเข้าศึกษาในหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิตและหลักสูตรทันตแพทยศาสตรบัณฑิตผ่านกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทยปีการศึกษา 2554 ตามมาตรา 66 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบข้อ 72 วรรคสาม แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2553

ศาลปกครองมีคำพิพากษาเป็นคดีหมายเลขแดงที่ 310-311/2554 ลงวันที่ 4 มีนาคม พ.ศ. 2554 โดยศาลปกครองมีคำพิพากษายกฟ้อง เพราะเหตุที่ว่าประกาศของกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย ฉบับที่ 1 เรื่องหลักเกณฑ์การสมัครสอบคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิตและหลักสูตรทันตแพทยศาสตรบัณฑิตปีการศึกษา 2554 ผ่านระบบรับตรง ของกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย มิได้จำกัดสิทธิผู้ร้องในอันที่จะสมัครสอบคัดเลือกตามประกาศดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ร้องจะมีสิทธิสอบคัดเลือกนั้นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในประกาศนั้นด้วย **เมื่อผู้ร้องมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขดังกล่าว การที่ผู้ร้องถูกตัดสิทธิเข้าสอบจึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม** หรือเป็นการจำกัดสิทธิในการได้รับการพัฒนาสติปัญญา หรือเป็นการจำกัดสิทธิ

เสรีภาพทางการศึกษาอบรมหรือการเรียน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 30 มาตรา 50 และมาตรา 52 แต่อย่างใด และคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งฯ เป็นอันสิ้นผลนับแต่มีคำพิพากษา

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะอนุกรรมการแล้วเห็น คล้องกับความเห็นของคณะอนุกรรมการแล้วเห็นว่า จากกรณีผู้ร้องได้ร้องเรียนว่าถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าสอบ คัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์ เนื่องจากยื่นเอกสารประกอบการสอบไม่ครบ คณะกรรมการสิทธิ มนุษยชนแห่งชาติได้ยื่นฟ้องประธานกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทยและกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์ แห่งประเทศไทย ซึ่งคดีอยู่ระหว่างขั้นตอนของการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลปกครองสูงสุด ดังนั้นจึงควรยุติ การตรวจสอบเพื่อรอผลคดีดังกล่าว ในการนี้สมควรมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายไปยังกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์ แห่งประเทศไทย (กสพท.) และสำนักงานคณะกรรมการอุดมศึกษา (สกอ.) เพื่อพิจารณาดำเนินการตามอำนาจ ต่อไป

14) คำร้องที่ 567/2553: กรณีการแต่งกายตามหลักศาสนาในการรับพระราชทานปริญญาบัตร

ผู้ร้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม จบการศึกษาจากมหาวิทยาลัยของรัฐทางภาคเหนือ มีความประสงค์ จะแต่งกายให้ถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลามเพื่อเข้ารับพระราชทานปริญญาบัตรแต่ทางมหาวิทยาลัยไม่ อนุญาต ผู้ร้องจึงร้องเรียนมายังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในการปฏิบัติตามหลักศาสนาอิสลาม จึงมอบหมายให้ คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการและความเสมอภาคของ บุคคล ดำเนินการตรวจสอบ ซึ่งปรากฏผลการพิจารณาดังนี้ (รายงานผลพิจารณาที่ 298/2554)

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการและความเสมอ ภาคของบุคคล ดำเนินการตรวจสอบ พบว่า ผู้ร้องมีความประสงค์จะแต่งกายให้ถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลามเพื่อเข้า รับพระราชทานปริญญาบัตร คือ สวมเสื้อเชิ้ตสีขาวแขนยาวรัดข้อมือ สวมกระโปรงคลุมเท้า ใส่ผ้าคลุมศีรษะ และสวมชุดวิทย์ฐานะทับ แต่มหาวิทยาลัยอนุญาตให้สวมฮิญาบสีดำ แต่ต้องใส่กระโปรงสั้นสวมถุงน่องสีเข้ม เท่านั้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลาม มหาวิทยาลัยชี้แจงว่า มหาวิทยาลัยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์และ แนวปฏิบัติใดที่ขัดต่อหลักศาสนาใดๆ แนวปฏิบัติที่กำหนดในพิธีพระราชทานปริญญาบัตรก็เพื่อให้เกิดความ เป็นระเบียบเรียบร้อย ความศักดิ์สิทธิ์ของพิธี และความมีวินัย สอดคล้องกับหลักศีลธรรมจรรยาที่บัณฑิตพึง ปฏิบัติ สำหรับบัณฑิตหญิงที่นับถือศาสนาอิสลามและประสงค์จะแต่งกายตามหลักศาสนาเข้ารับพระราชทาน ปริญญาบัตรนั้น มหาวิทยาลัยอนุญาตให้แต่งกายโดยสวมเสื้อเชิ้ตสีขาวแขนยาวรัดข้อมือ สวมกระโปรงสีดำ ยาวตามหลักศาสนา ผ้าคลุมศีรษะสีดำ (ไม่ปิดบังใบหน้า) และสวมชุดครุยวิทย์ฐานะทับ แต่ต้องยื่นคำร้องต่อ คณะที่สังกัดเพื่อขออนุญาตมหาวิทยาลัย เพื่อที่คณะกรรมการฝ่ายพิธีการจะได้ประสานการจัดพิธีให้ เรียบร้อย โดยมหาวิทยาลัยอนุญาตให้บัณฑิตแต่งกายตามหลักศาสนาทุกครั้ง

ต่อมาผู้ร้องส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์พร้อมด้วยภาพถ่ายการเข้ารับพระราชทานปริญญาบัตรของผู้ ร้อง โดยได้รับอนุญาตให้แต่งกายตามหลักศาสนา คณะอนุกรรมการเห็นว่าผู้ร้องได้รับการแก้ไขปัญหาดตาม ประสงค์แล้วจึงเห็นควรยุติเรื่อง

15) คำร้องที่ 66/2555: กรณีอ้างว่านักเรียนถูกสั่งพักการเรียนโดยไม่เป็นธรรม

ผู้ร้องได้ร้องเรียนว่าบุตรชายของผู้ร้องเป็นนักเรียนชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 4/1 ถูกสั่งพักการเรียน ตั้งแต่วันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2555 ผู้ร้องเห็นว่าการสั่งพักการเรียนดังกล่าวไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมต่อบุตรผู้ร้อง จึงร้องเรียนให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนพิจารณาเห็นว่า เป็นประเด็นเรื่องสิทธิเด็กและสิทธิเสรีภาพทางการศึกษา จึงมอบหมายให้คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการ และความเสมอภาคของบุคคล ดำเนินการตรวจสอบ (รายงานผลการตรวจสอบที่ 865/2555) พบว่าบุตรชายผู้ร้องได้รับการพิจารณาให้ศึกษาต่อในระดับชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 4 เป็นกรณีพิเศษ เนื่องจากไม่ผ่านเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 4 ด้านความประพฤติ โดยมีเงื่อนไขให้ผู้ปกครองลงนามในหนังสือสัญญา ยินยอมย้ายสถานศึกษา หากนักเรียนมีปัญหาความประพฤติและลงนามในบันทึกข้อตกลงว่าด้วยการพัฒนานักเรียนที่ต้องการดูแลเป็นพิเศษว่าผู้ปกครองจะให้ความร่วมมือกับโรงเรียนในการดูแลด้านความรู้และความประพฤติ นักเรียนให้มีการพัฒนาที่ดีขึ้น หากไม่สามารถปฏิบัติตามกฎของโรงเรียนได้ ผู้ปกครองยินดีต่อนักเรียนไปเรียนสถานที่เหมาะสมต่อไป หากนักเรียนทำผิดระเบียบวินัยที่ทางโรงเรียนกำหนดไว้ไม่ว่าข้อหนึ่งข้อใด นักเรียนต้องพ้นสภาพการเป็นนักเรียนโดยไม่มีข้อแม้ใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งบุตรชายของผู้ร้องมีปัญหาด้านความประพฤติ ก้าวร้าวครูอาจารย์ ไม่เชื่อฟังคำตักเตือน รวมกลุ่มกับเพื่อนกลั่นแกล้งเพื่อนที่อ่อนแอกว่า ก่อวินาศกรรมต่อการเรียนการสอน เข้าห้องเรียนช้า ไม่ตั้งใจเรียน ผลการเรียนต่ำ เกรดเฉลี่ย 0.95 มาจากสาเหตุที่นักเรียนสนใจด้านเครื่องยนต์ เครื่องกล มากกว่าเรียนวิชาการซึ่งโรงเรียนแจ้งผู้ปกครองทราบ

ผู้ร้องเห็นว่าการที่บุตรถูกกล่าวหาว่ากลั่นแกล้งเพื่อน และมีพฤติกรรมก้าวร้าว จนได้ทำทัณฑ์บนไว้ การกระทำดังกล่าวนี้ก็ไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่ามีการกระทำผิดจริงและเป็นเพียงการหยอกล้อ การถูกพักการเรียนย่อมส่งผลต่อคะแนนเก็บ คะแนนทำรายงาน ทำให้นักเรียนต้องซ้ำชั้นเป็นการเสียเวลาส่งผลต่อสถานะจิตใจเด็ก

ต่อมาเมื่อวันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2555 ผู้ร้องได้ให้ข้อมูลเพิ่มเติมว่าได้ให้บุตรชายลาออกจากโรงเรียนเนื่องจากบุตรชายเกิดความเครียดจากการที่โรงเรียนจัดการเรียนการสอนแบบเป็นการเฉพาะตัว ทำให้ไม่อยากไปเรียน และให้สมัครเข้าเรียนระดับ ปวช. ของโรงเรียนเอกชนแห่งหนึ่งแล้ว

คณะกรรมการส่งเสริมการศึกษาเอกชนได้พิจารณาแล้วชี้แจงมายังคณะกรรมการฯ ว่า

- ประเด็นสั่งพักการเรียนบุตรชายผู้ร้องนั้น โรงเรียนได้แก้ไขปัญหาโดยการจัดให้นักเรียนมาเรียนกับรองผู้อำนวยการฝ่ายวิชาการ และให้มาสอบปลายภาคตามที่โรงเรียนกำหนด
- ประเด็นที่โรงเรียนให้นักเรียนลาออกนั้น ผู้ปกครองได้ทราบถึงปัญหาด้านพฤติกรรมของนักเรียน และได้ทำบันทึกตกลง ต่อมาได้ยื่นหนังสือลาออกจากโรงเรียนแล้ว จึงไม่สามารถดำเนินการเป็นอย่างอื่นได้ทางคณะกรรมการส่งเสริมการศึกษาเอกชนได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ร้องทราบ

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ และความเสมอภาคของบุคคล พิจารณาแล้วเห็นว่า ตาม **พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 22** บัญญัติว่า

“การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มี **การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม**

การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ดังนั้น **การที่โรงเรียนได้จัดทำบันทึกข้อตกลง และสัญญาไว้ก่อนการเข้าศึกษาว่าหากนักเรียนไม่มี การพัฒนาที่ดีขึ้น และไม่สามารถปฏิบัติตามกฎระเบียบของโรงเรียนผู้ปกครองยินดีนำนักเรียนไปเรียน สถานที่เหมาะสม และรับรองว่าผู้ปกครองจะควบคุมให้นักเรียนประพฤติอยู่ในระเบียบวินัยของโรงเรียน** ถ้าหากนักเรียนทำผิดระเบียบวินัยที่ทางโรงเรียนกำหนดไว้ไม่ว่าข้อหนึ่งข้อใด นักเรียนต้องพ้นสภาพการเป็นนักเรียนโดยไม่มีข้อแม้ใดๆทั้งสิ้นนั้น**เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก**

นอกจากนี้ การที่โรงเรียนได้ทำสัญญาโดยมีเนื้อหาระบุให้ผู้ร้องต้องพ้นสภาพนักเรียนด้วยเหตุทำผิดกฎระเบียบของโรงเรียน เป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เกินกว่า “การลงโทษ” ที่กำหนดไว้ในระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการลงโทษนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548

ต่อมาเมื่อผู้ร้องแจ้งว่า บุตรชายได้ลาออกจากโรงเรียนไปแล้ว คณะอนุกรรมการจึงยุติการตรวจสอบ และแจ้งความเห็นไปยังคณะกรรมการส่งเสริมการศึกษาเอกชน กระทรวงศึกษาธิการ และโรงเรียน ก เพื่อระมัดระวังการดำเนินการมิให้มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพในการศึกษาของเด็กซึ่งได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

16) คำร้องที่ 239/2553: การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการศึกษา

ผู้ร้องร้องว่าบุตรชายและบุตรสาวของผู้ร้อง กำลังเรียนอยู่ระดับชั้นประถม ของโรงเรียนประถมสาธิตมหาวิทยาลัยของรัฐแห่งหนึ่ง ถูกทางโรงเรียนเรียกเก็บเงินค่าทอม คนละ 27,000 บาท หากไม่จ่ายทางโรงเรียนให้ลาออก หรือจะคัดชื่อออกจากโรงเรียน ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าไม่เป็นไปตามนโยบายกระทรวงศึกษาธิการ และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 49 ซึ่งบัญญัติให้เรียนฟรี 12 ปี จึงขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าเป็นประเด็นเรื่อง สิทธิในการศึกษา อันเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองคุ้มครองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จึงเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนอยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

คณะอนุกรรมการละเมิดสิทธิเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคลเป็นผู้ตรวจสอบ พิจารณาแล้วเห็นว่า (รายงานผลการพิจารณาที่ 1079/2558) โรงเรียนประถมสาธิตดังกล่าว มีการบริหารจัดการเทียบเท่าคณะ อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของมหาวิทยาลัย ส. ตามข้อบังคับสภามหาวิทยาลัยมหาวิทยาลัย ส. ว่าด้วยการจัดตั้งและการบริหารงานโรงเรียนสาธิตมหาวิทยาลัย ส. พ.ศ. 2551 บุคลากรของโรงเรียนเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. 2557 ระเบียบสภามหาวิทยาลัย ว่าด้วยเรื่องพนักงานมหาวิทยาลัย หรือระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยเรื่องการจัดจ้างหรือลูกจ้างประจำ พ.ศ. 2537 แล้วแต่กรณี รายได้ของโรงเรียนได้จากเงินอุดหนุนงบประมาณแผ่นดิน เงินอุดหนุนจากมหาวิทยาลัย ค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง ค่าตอบแทนและเงิน

รายได้จากการดำเนินงานของโรงเรียน เงินและทรัพย์สินที่มีผู้บริจาค ดอกผลของเงินและรายได้ผลประโยชน์อื่นๆ ของโรงเรียน

โรงเรียนจัดการศึกษาขั้นพื้นฐาน เจตนารมณ์จัดตั้งโรงเรียนเพื่อเป็นศูนย์ฝึกวิชาชีพครูและห้องปฏิบัติการทางการศึกษาของคณะครุศาสตร์และหน่วยงานอื่นๆทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ทั้งเป็นแหล่งทดลอง ศึกษา ค้นคว้า วิจัย พัฒนาความรู้ต่างๆ ส่งเสริมการทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรม และเพื่อบริการวิชาการแก่ชุมชน เป็นโรงเรียนทางเลือกที่มีการสอนตามหลักสูตรบูรณาการ **แตกต่างจากโรงเรียนที่สังกัดภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน** แต่การเรียกเก็บเงินทางโรงเรียนสามารถเรียกเก็บค่าใช้จ่ายในกิจกรรมพัฒนาผู้เรียนได้ ตามมติของสภามหาวิทยาลัย และประกาศของกระทรวงศึกษาธิการภายใต้การอนุญาตของคณะกรรมการการศึกษาของโรงเรียน ซึ่งผู้ปกครองรับทราบ เช่นนี้ไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนจึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง

17) คำร้องที่ 270/2554 และ 49/2556: กรณีนโยบายยุบ ควบรวมโรงเรียน

ผู้ร้องที่ 1 (สภาการศึกษาทางเลือก) และ ผู้ร้องที่ 2 (เครือข่ายครูและผู้บริหารสถานศึกษาแห่งประเทศไทย) ได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นว่านโยบายการยุบ ควบรวมโรงเรียนขนาดเล็กของกระทรวงศึกษาธิการ เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพในการศึกษาของเด็กนักเรียน จึงขอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาแล้วเห็นด้วยกับความเห็นของคณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคลดังนี้ (รายงานผลพิจารณาที่ 477-478/2557)

- นโยบายยุบ ควบรวม โรงเรียนของผู้ถูกร้องเป็นนโยบายที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพในการศึกษาของเด็กนักเรียน รัฐต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งสำคัญอันดับแรก โดยเฉพาะการจัดการศึกษาระดับประถมศึกษา ซึ่งต้องเป็นการศึกษาขั้นพื้นฐานที่เด็กทุกคนสามารถเรียนโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้รัฐต้องดำเนินการให้ได้อย่างทั่วถึง เพื่อให้เด็กได้สิทธิในการพัฒนาทั้งด้านร่างกาย สมอง จิตใจ ศิลธรรมและสังคมของเด็ก ดังนั้นการจัดการศึกษาเพื่อให้เด็กได้พัฒนาในมิติที่รอบด้าน เป็นเรื่องที่รัฐจะต้องดำเนินการและลงทุนเพื่อเด็กพัฒนาสู่เป้าหมายชีวิตที่มีความเป็นมนุษย์ที่สมบูรณ์

- นโยบายยุบ ควบรวมโรงเรียนขนาดเล็ก โดยอ้างเหตุผลด้านงบประมาณของรัฐไม่อาจจัดงบประมาณฯ เพื่อเพิ่มครูมาสอนให้เด็กๆ ในโรงเรียนขนาดเล็กได้ในแต่ละวิชาแต่ละชั้น เป็นข้ออ้างที่ไม่สมเหตุผลผลและแสดงถึงนโยบายรัฐที่ยังไม่คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก และพื้นฐานโอกาสที่เท่าเทียมกันทางการศึกษา ซึ่งนโยบายดังกล่าวเป็นความบกพร่องในการบริหารจัดการงบประมาณที่อาจแก้ไขได้ เนื่องจากก่อนหน้านี้รัฐบาลได้สนับสนุนให้มีโรงเรียนขนาดเล็กมาอย่างต่อเนื่อง และต้องมีแผนการดำเนินงานจัดจ้างครูอยู่พร้อมแล้ว แต่ต่อมารัฐก็ไม่อาจจัดหางบประมาณให้เพียงพอในการบริหารการศึกษาสำหรับโรงเรียนขนาดเล็กได้ จึงเป็นการบริหารจัดการที่ขาดประสิทธิภาพ จึงควรปรับการบริหารงบประมาณใหม่แทนการใช้วิธีกำหนดนโยบายยุบ ควบรวม โรงเรียนขนาดเล็ก

- นโยบายยุบ ควบรวมโรงเรียนขนาดเล็ก อาศัยตามระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการจัดตั้ง รวม หรือเลิกสถานศึกษาขั้นพื้นฐาน พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ซึ่งการ ดำเนินการดังกล่าวส่งผลกระทบให้ความสุขของเด็กลดน้อยลง เด็กเล็กต้องย้ายโรงเรียนและปรับพฤติกรรม การดำรงชีวิต ต้องเดินทางไกลขึ้น ผู้ปกครองต้องมีค่าใช้จ่ายและภาระเพิ่มขึ้นจากการเดินทางส่งบุตรหลาน หรือจ้างรถยนต์ส่งบุตรหลานไปโรงเรียน ผลของการใช้ระเบียบดังกล่าวไม่ถูกต้องและไม่สอดคล้องกับ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 78 (1) (4) (5) และ มาตรา 80 (1) (3) และ (4) และ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี เป็นการกระทบสิทธิเด็ก ในทางการศึกษา อันเป็นการริดรอนสิทธิเด็กเป็นการทั่วไป รวมทั้งบุคคลในครอบครัวเด็กด้วย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงเสนอมาตรการการแก้ไขปัญหาคือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดังนี้

1) คณะรัฐมนตรี โดยกระทรวงศึกษาธิการ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการจัดการศึกษา ต้องจัด การศึกษาให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 49 “บุคคลย่อม มีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ โดยไม่เก็บ ค่าใช้จ่าย....” และให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 3 ข้อ 28 ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 4 โดยการกระทำของหน่วยงานรัฐจะต้องคำนึงถึง ประโยชน์สูงสุดเป็นลำดับแรก เด็กต้องได้รับการศึกษาบนพื้นฐานของโอกาสที่เท่าเทียมกันและมีคุณภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการศึกษาภาคบังคับที่ไม่เสียค่าใช้จ่ายซึ่งต้องไม่มีเด็กที่เข้าไม่ถึงโอกาสการศึกษา

2) กระทรวงศึกษาธิการควรปรับยุทธศาสตร์การบริหารงบประมาณในการบริหารการศึกษาสำหรับ โรงเรียนขนาดเล็ก โดยคำนึงถึงหลักการดังกล่าวในข้อ 1) จึงควรปรับลดงบประมาณประจำปีที่ไม่จำเป็น และ ไม่คุ้มค่าการลงทุน นอกจากนี้ให้เน้นเป้าหมายพัฒนาคูครูบุคลากรทางการศึกษา หลักสูตร วิธีการสอน รวมทั้ง ระดมบุคลากรที่มีศักยภาพเช่นปราชญ์ชาวบ้าน เพื่อเข้ามาสนับสนุนการเรียนการสอนในโรงเรียน

3) ควรพิจารณายกเลิกหรือปรับปรุงระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการจัดตั้ง รวม หรือเลิก สถานศึกษาขั้นพื้นฐาน พ.ศ. 2550 ในส่วนที่เกี่ยวกับการรวม หรือเลิกสถานศึกษาขั้นพื้นฐาน

4) คณะรัฐมนตรีโดยกระทรวงศึกษาธิการ กระทรวงมหาดไทย องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ควรให้ ความสำคัญกับนโยบายการกระจายอำนาจการจัดการศึกษา ซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542

5) การจัดการศึกษาต้องมีนโยบายเกี่ยวกับการจัดการศึกษาที่ตระหนักถึงการมีส่วนร่วมของบิดา มารดา ผู้ปกครอง ชุมชน และภาคประชาสังคม ภายใต้แนวคิดกระบวนการเรียนรู้ที่หลากหลาย ผ่าน ความสัมพันธ์ครอบครัว ชุมชน สังคม วัฒนธรรมในท้องถิ่นและสิ่งแวดล้อม เพื่อเด็กได้พัฒนาในมิติที่รอบด้าน ทั้งนี้ขอทราบผลการดำเนินงานภายใน 60 วันนับแต่ได้รับรายงานฉบับนี้

18) คำร้องที่ 344/2553: กรณีผู้อำนวยการโรงเรียนของรัฐแห่งหนึ่ง ไม่อนุญาตให้นักเรียนที่นับ ถือศาสนาอิสลามแต่งกายเครื่องแบบตามความเชื่อทางศาสนา

ผู้ร้องเรียนยื่นร้องเรียนเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน พ.ศ. 2553 ว่าผู้อำนวยการโรงเรียน บ. ไม่อนุญาตให้นักเรียนที่นับถือศาสนาอิสลามแต่งกายเครื่องแบบตามความเชื่อทางศาสนาอิสลาม ซึ่งไม่เป็นการปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2542 ข้อ 12 ที่กำหนดเครื่องแบบสำหรับนักเรียนที่นับถือศาสนาอิสลามไว้ โดยนักเรียนจะแต่งกายตามระเบียบดังกล่าวหรือจะแต่งกายตามแบบสถานศึกษากำหนดได้ตามความสมัครใจ ผู้ร้องจึงขอให้ตรวจสอบ

ความเห็นและมติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นว่า (รายงานผลการพิจารณาที่ 457/2556) การที่โรงเรียน บ. ออกระเบียบและแนวปฏิบัติในการแต่งเครื่องแบบนักเรียนในระดับมัธยมศึกษาตอนต้นและตอนปลาย ว่าด้วยแนวปฏิบัติตนของนักเรียน พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นระเบียบออกก่อน ระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551 จึงเป็นเหตุให้ไม่มีข้อกำหนดตามข้อ 12 ที่ได้กำหนดเรื่องเครื่องแบบของนักเรียนที่นับถือศาสนาอิสลาม ดังนั้นจึงเห็นควรให้ผู้ถูกร้องพิจารณาแก้ไขระเบียบของโรงเรียนให้สอดคล้องกับระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการ โดยมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย เห็นว่าการออกระเบียบใดๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับศาสนานั้นจะต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 37 เพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ตามลักษณะคำร้องนี้อีก ควรให้กระทรวงศึกษาธิการติดตาม กำกับดูแลทั้งหมดหรือออกระเบียบของแต่ละสถานศึกษาให้เป็นไปตามระเบียบของกระทรวง

19) คำร้องที่ 219/2556: กรณีผู้ร้องอ้างว่านักเรียนไม่ผ่านการคัดเลือกเพราะปานบนใบหน้า

เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2556 ผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่า บุตรสาวของตนเรียนที่โรงเรียน ส. ได้สมัครสอบคัดเลือกเป็นนักเรียนเตรียมอุดมศึกษา ในปีการศึกษา 2557 และปีการศึกษา 2556 ซึ่งบุตรสาวสอบไม่ผ่านทั้งสองครั้ง แต่ในการสอบเมื่อปีการศึกษา 2556 มีเจ้าหน้าที่ของโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา อ้างว่าเป็นอาจารย์ของโรงเรียนได้เรียกผู้ร้องไปพบและแจ้งว่าบุตรสาวของผู้ร้องทำคะแนนได้ดี น้ำหนัก ส่วนสูง ผิวพรรณ ผ่านเกณฑ์ทั้งหมด แต่เนื่องจากบุตรสาวมีปานบนใบหน้า ทำให้ไม่ผ่านการคัดเลือก จากกรณีดังกล่าวผู้ร้องแจ้งว่าบุตรสาวมีอาการเครียด สภาพจิตใจแย่ จนต้องเข้ารักษาที่สถาบันจิตเวชศาสตร์ และเข้ารับการรักษापานบนใบหน้า จึงมาร้องเรียนให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนตรวจสอบและขอให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องรับผิดชอบ

คณะกรรมการสิทธิฯ พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทางการศึกษา จึงรับดำเนินการ โดยคณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล ซึ่งดำเนินการตรวจสอบตาม บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 257 พ.ร.บ.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 และระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2545 ซึ่งดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงทั้งจากฝ่ายผู้ร้องและผู้ถูกร้อง

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล มีมติเห็นว่า (รายงานผลการพิจารณาที่ 194/2557) การที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าบุตรสาวไม่ผ่านการสอบคัดเลือกเข้าศึกษาเป็นนักเรียนเตรียมอุดมศึกษา เนื่องจากมีปานบนใบหน้า นั้น **จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่า การที่**

บุตรสาวของผู้ร้องไม่ผ่านการสอบคัดเลือกนั้นเป็นผลจากคะแนนสอบ ไม่เกี่ยวข้องกับปานบนใบหน้าแต่อย่างใด จึงไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุตรสาวผู้ร้อง แต่เพื่อยุติข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น คณะอนุกรรมการฯ ได้จัดให้ผู้ร้องและผู้ถูกร้องเจรจาไกล่เกลี่ยกันจนได้ข้อยุติ โดยทาง ผู้บัญชาการตุรียงค์ ทหารบก (ผบ.คย.ทบ.) ยินดีให้ความช่วยเหลือบุตรสาวของผู้ร้องดังนี้

- 1) ช่วยเหลือ ค่ารักษาพยาบาลเบื้องต้นจำนวน 20,000 บาท
- 2) ในการรักษาใบหน้าของลูกสาวผู้ร้องแต่ละครั้งต่อเนื่องเป็นระยะเวลา 1 ปี นับจาก กันยายน 2556 - 30 กันยายน 2557 ผบ.คย.ทบ. รับว่าจะจ่ายค่ารักษาตามจริงไม่เกินครั้งละ 3,000 บาท โดยต้องนำใบเสร็จมาเบิก
- 3) ผบ.คย.ทบ. รับว่าจะช่วยเหลือเรื่องการประสานการเรียนดนตรีของบุตรสาวผู้ร้องและสนับสนุน ค่าใช้จ่ายเรียนดนตรีสัปดาห์ละ 1 วันๆ ละ 2 ชั่วโมง 600 บาทต่อวันเพื่อพัฒนาความสามารถของบุตรสาวผู้ร้องจนถึงสิ้นปี 2556

ผู้ร้องยินดีและทำบันทึกตกลงไว้เป็นหลักฐาน ตามมาตรา 27 แห่ง พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 จึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง

อย่างไรก็ตาม คณะอนุกรรมการฯ ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับระเบียบกองทัพบกว่าด้วยตุรียงค์ทหารบก พ.ศ. 2553 ตามผนวกข้อ 3 เกี่ยวกับบัญชีโรคหรือความผิดปกติหรือความพิการซึ่งขัดต่อการเป็นนักเรียน ตุรียงค์ทหารบก ข้อย่อย 3.1.1.3 ซึ่งระบุว่า “**แผลเป็นหรือปานที่หน้ามีเนื้อที่ตั้งแต่ 1.5 ตารางนิ้วขึ้นไป หรือมีความยาวมากจนดูหน้าเกลียด**” เป็นระเบียบที่อาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จึงมีความเห็นเสนอไปยังกองทัพบก เพื่อพิจารณาทบทวนระเบียบดังกล่าวให้เหมาะสม และสอดคล้องกับหลักการความเสมอภาคซึ่งรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 30 ต่อไป

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ แล้วเห็นว่า การที่บุตรสาวของผู้ร้องไม่ผ่านการสอบคัดเลือกเป็นผลจากคะแนนสอบข้อเขียน มิใช่เพราะเหตุมีปานบนใบหน้า บุตรสาวผู้ร้องจึงไม่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพในการศึกษาแต่อย่างใด ประกอบเพื่อยุติความขัดแย้งผู้ร้องและผู้ถูกร้องได้เจรจาไกล่เกลี่ยกันได้ข้อยุติ และได้จัดทำบันทึกข้อตกลงไว้เป็นหลักฐานแล้ว ตามมาตรา 27 พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 จึงไม่มีการกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น

กรณีระเบียบกองทัพบกว่าด้วยกองทัพบกว่าด้วยตุรียงค์ทหารบก พ.ศ. 2553 ตามผนวกข้อ 3 เกี่ยวกับบัญชีโรคหรือความผิดปกติหรือความพิการซึ่งขัดต่อการเป็น นักเรียนตุรียงค์ทหารบก ข้อย่อย 3.1.1.3 ซึ่งระบุว่า “**แผลเป็นหรือปานที่หน้ามีเนื้อที่ตั้งแต่ 1.5 ตารางนิ้วขึ้นไป หรือมีความยาวมากจนดูหน้าเกลียด**” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า **อาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จึงเห็นควรมีข้อเสนอแนะไปยังกองทัพบก เพื่อพิจารณาทบทวนระเบียบดังกล่าว** ให้มีความเหมาะสม และสอดคล้องกับหลักการความเสมอภาคซึ่งรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 30 ต่อไป

20) คำร้องที่ 282/2555: กรณีอ้างว่านักเรียนกลุ่มที่เรียกร้องสิทธิ ถูกเลือกปฏิบัติจากโรงเรียน

ผู้ร้องอยู่ในกลุ่มผู้ปกครองของนักเรียนโรงเรียน บ. ที่เรียกร้องสิทธิกลับเข้าศึกษาต่อโรงเรียนเดิม จำนวน 36 คน หลังจากที่มีปัญหาภายในโรงเรียนเพราะเหตุที่นักเรียนกลุ่มดังกล่าวเรียกร้องสิทธิในการศึกษาต่อที่โรงเรียนเดิม และโรงเรียนผู้ถูกร้องได้รับนักเรียนกลุ่มดังกล่าวเข้าศึกษาต่อ แต่เข้าศึกษาได้เพียง 1 สัปดาห์ **ถูกเลือกปฏิบัติจากโรงเรียน เช่น หนังสือเรียนที่ได้รับและกระบวนการเรียนการสอนก็แตกต่างจากนักเรียนภาคปกติ** รวมทั้งถูกกดดันและแสดงพฤติกรรมไม่เหมาะสมจากเพื่อนนักเรียนด้วยกัน ทำให้นักเรียนกลุ่มดังกล่าวได้รับผลกระทบจนส่งผลต่อการศึกษา

วันที่ 15 กรกฎาคม 2555 ประธานอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ และความเสมอภาคของบุคคล ได้โทรศัพท์ประสานกับผู้อำนวยการโรงเรียนผู้ถูกร้อง ซึ่งผู้อำนวยการโรงเรียนรับจะดูแลนักเรียนกลุ่มดังกล่าวอย่างใกล้ชิดต่อไป หลังจากนั้นฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการฯ ได้ประสานกับผู้ร้องรายหนึ่งทางโทรศัพท์ ซึ่งเป็นผู้ปกครองของนักเรียนกลุ่มดังกล่าว ได้ทราบว่าได้รับการแก้ไข **ปัญหาที่ร้องเรียนแล้ว** คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาแล้วเห็นว่าเมื่อปัญหาที่ร้องเรียนได้รับการแก้ไขแล้วจึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณาที่ 454/2556)

21) คำร้องที่ 394/2551: กรณีเกี่ยวเนื่องกับเสรีภาพในการปฏิบัติตามหลักศาสนาและเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพในการศึกษา

ผู้ร้อง ขณะร้องเป็นนักศึกษาคณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งหนึ่ง ซึ่งศึกษาอยู่ชั้นปีที่ 2 ไม่สามารถใช้ผ้าคลุมฮิญาบในขณะที่ฝึกปฏิบัติงานบนหอผู้ป่วยในได้ เพราะขัดต่อระเบียบว่าด้วยเครื่องแต่งกาย นักศึกษาของคณะพยาบาลศาสตร์ ของมหาวิทยาลัยดังกล่าว ซึ่งคำร้องเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิสตรี ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับเสรีภาพในการปฏิบัติตามหลักศาสนาและเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพในการศึกษาของเยาวชน

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคลพิจารณาแล้วเห็นว่า คณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัยนั้น รับว่ากฎระเบียบดังกล่าวยังไม่เข้าถึงหลักการของศาสนาอิสลาม และวัฒนธรรมของชาวมุสลิมเท่าที่ควร ซึ่งการใช้ผ้าคลุมฮิญาบที่มีลักษณะยาว จะเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ในหอผู้ป่วยใน ทางมหาวิทยาลัยจึงยอมให้นักศึกษาสามารถใส่ผ้าคลุมฮิญาบในรูปแบบกระชับรัดกุมสามารถทำงานได้สะดวกและเหมาะสมแก่การปฏิบัติหน้าที่ โดยมีประกาศคณะพยาบาลศาสตร์ ออกโดยมหาวิทยาลัย เรื่องเครื่องแบบนักศึกษาที่นับถือศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2552 เพื่ออนุญาตให้นักศึกษาหญิงมุสลิมคลุมฮิญาบและใช้ปลอกแขนสีขาวยาวเลยข้อศอกไม่เกิน 2 นิ้ว ในขณะที่ปฏิบัติการพยาบาลในหอผู้ป่วยใน (รายงานผลการพิจารณาที่ 191/2556)

22) คำร้องที่ 478/2554: หลักความระมัดระวัง (Duty of Care) ในกรณีบริการสาธารณะ และการเยียวยาความเสียหาย

ผู้ร้องเป็นผู้ปกครองของนักเรียนที่บาดเจ็บและเสียชีวิตจากเหตุไฟไหม้บ้านพักครู ได้ร้องเรียนสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ความช่วยเหลือกรณีบุตรเสียชีวิตและบาดเจ็บจากเหตุไฟไหม้

บ้านพักครูโรงเรียนในจังหวัดตาก เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2553 แต่สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานมีมติไม่จ่ายเงินชดเชยความเสียหายจากกรณีดังกล่าวให้กับครอบครัวผู้ร้องทั้งสาม

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาและมอบหมายให้ คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการ และความเสมอภาคของบุคคล ดำเนินการตรวจสอบ (รายงานผลการพิจารณา ที่ 632/2558) ได้รับการชี้แจงจากสำนักงานพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จังหวัดตาก ดังนี้

ข้อ 1 สำนักงานพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาจังหวัดตาก เขต 1 ได้ชี้แจงว่า ทางสำนักงานฯ ได้ช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกเบื้องต้น ดูแล และเยี่ยมนักเรียนที่บาดเจ็บ ร่วมงานศพนักเรียนที่เสียชีวิต ประสานส่วนงานราชการและหน่วยงานต่างๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน นำเงินบริจาคช่วยเหลือผู้ปกครองรายละหนึ่งแสนเศษ

ข้อ 2 ได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ผลการสอบข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าเหตุไฟไหม้เกิดจากความจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่ และได้รายงานให้กระทรวงการคลังพิจารณา กระทรวงการคลังโดยกรมบัญชีกลาง แจ้งว่าให้รอผลคำพิพากษาของศาลจังหวัดตากที่ผู้ปกครองนักเรียนฟ้องคดีให้สำนักงานพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาจังหวัดตาก เขต 1 สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน และกระทรวงศึกษาธิการ ชดใช้ค่าเสียหาย

ข้อ 3 ผู้ปกครองของนักเรียนที่เสียชีวิตและได้รับบาดเจ็บทำหนังสือยื่นขอเงินชดเชย แต่สำนักงานการศึกษาขั้นพื้นฐานแจ้งว่าไม่สามารถจ่ายค่าชดเชยได้เพราะเหตุเพลิงไหม้ครั้งนี้ได้เกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่โรงเรียน ไม่มีผู้ที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด

คณะอนุกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า การศึกษาเป็นเรื่องที่รัฐต้องจัดทำบริการสาธารณะ การที่บุคคลเข้าไปภายในพื้นที่ที่เป็นแหล่งบริการสาธารณะ เป็นความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งรวมถึงความปลอดภัยของชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน ในพื้นที่ที่เกิดเหตุและหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ระมัดระวัง (Duty of Care) ดังนั้นพื้นที่บริเวณโรงเรียนก็เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องดูแลสอดส่องให้ความปลอดภัยต่อเด็กนักเรียน เนื่องจากการให้การศึกษาไม่ใช่เพียงการเรียนการสอนเท่านั้น หมายรวมถึงการดูแลความปลอดภัยให้เด็กด้วย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าโรงเรียนจัดอาหารและที่พักให้เด็กในระยะที่ศึกษาอยู่ เช่นนี้เป็นการยอมรับว่าโรงเรียนมีหน้าที่ตามหลัก “Duty of Care” แล้ว นอกจากนี้อาจพิจารณาว่าบุคลากรของโรงเรียน ก็มีลักษณะเป็นผู้ปกครอง ตามนิยามมาตรา 4 ให้ความหมายไว้ “ผู้ซึ่งรับเด็กไว้อุปการะเลี้ยงดูหรือซึ่งเด็กนั้นอาศัยอยู่ด้วย” และเมื่อเป็นผู้ปกครองของเด็กย่อมมีหน้าที่ตามนิยามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 โดยต้องคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลไม่ให้ตกอยู่ในภาวะอันน่าจะเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ

ในกรณีนี้แม้บุคลากรของโรงเรียนจะไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว แต่เนื่องจากการจัดการศึกษาเป็นการบริการสาธารณะอันเป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นกระทรวงศึกษาธิการยังคงต้องรับผิดชอบใช้เยียวยาค่าเสียหายตามหลัก Duty of Care โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่กระทำผิดหรือไม่

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีความเห็นเสนอแนะเชิงนโยบายดังนี้

ข้อ 1 กระทรวงศึกษาธิการและกระทรวงการคลังควรร่วมกันหาวิธีการเยียวยาผู้เสียหายในกรณีนี้ โดยดำเนินการจัดสรรเงินงบประมาณหรือนอกงบประมาณ เพื่อชดเชยเยียวยาให้กับผู้เสียชีวิตและบาดเจ็บจากเหตุการณ์ไฟไหม้ครั้งนี้ นอกจากนี้ควรดำเนินการจัดระเบียบเตรียมงบประมาณไว้รับรองกรณีที่เกิดอุบัติเหตุหรือความรุนแรงทำให้เด็กได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิต เพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างรวดเร็วโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิด

ข้อ 2 กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์และกระทรวงสาธารณสุขควรร่วมกันพิจารณาดำเนินการช่วยเหลือนักเรียนที่ได้รับบาดเจ็บและครอบครัวให้ได้รับการสงเคราะห์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 28 มาตรา 32 (7) มาตรา 33 (1) ประกอบกับระเบียบกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ว่าด้วยวิธีการสงเคราะห์เด็ก พ.ศ. 2547 ข้อ 10 เช่นช่วยเหลือเด็กให้ได้รับการฟื้นฟูร่างกายและจิตใจ รวมทั้งติดตามโรคเครียดและให้คำปรึกษาแนะนำ ภายใต้มาตรฐานสูงสุดเท่าที่มีการให้บริการด้านสาธารณสุข นอกจากนี้กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ควรพิจารณาเงินช่วยเหลือสงเคราะห์เด็กเพิ่มเติมตามระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติ ว่าด้วยการบริการกองทุนการพิจารณาอนุมัติการจ่ายเงิน และรายงานสถานะการเงิน และการบริหารกองทุนคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2548

ข้อ 3 กระทรวงศึกษาธิการควรกำหนดวิธีการเพื่อรักษาความปลอดภัยให้กับเด็กนักเรียน เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 โดยเฉพาะในมาตรา 32 ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแล พ.ศ. 2549 และควรกำหนดนโยบายให้สถานศึกษามีการเปิดประกันภัยให้แก่เด็กนักเรียนหรือนักศึกษา

23) คำร้องที่ 131/2557: กรณีเด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียน

กรณีกล่าวหาเด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศ ผู้ร้องเรียน ว่ากำลังศึกษาอยู่ชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 1 โรงเรียนเทศบาลประจำอำเภอแห่งหนึ่งในจังหวัดตรัง โดยผู้ร้องกล่าวอ้างว่า ได้มีบุคคลพยายามข่มขืนกระทำชำเราผู้ร้องที่โรงเรียน ซึ่งขณะนั้นผู้อำนวยการโรงเรียนได้ทราบเรื่องที่เกิดขึ้น แต่กลับไม่ดำเนินการแก้ไขปัญหาผู้ร้องและผู้ปกครองได้เข้าร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนแต่คดีไม่ืบหน้าจึงขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่าเป็นประเด็น เกี่ยวกับ เรื่องสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายอันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิเด็ก อันเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 257 จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการฯ ที่จะสามารถตรวจสอบได้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 3 และมาตรา 15

จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่าพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรเมืองตรัง ได้ส่งสำนวนการสอบสวนและส่งตัวผู้ต้องหา 2 คนไปยังอัยการจังหวัดคดีเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรังแล้ว เมื่อวันที่ 28

พฤษภาคม 2557 และศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรังได้พิพากษาลงโทษผู้ต้องหาไปแล้วหนึ่งราย ส่วนผู้ต้องหาที่ 2 ยังไม่ได้รับผลคดีจากสำนักงานอัยการจังหวัดคดีเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรัง

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล พิจารณาแล้วปรากฏว่ากรณีกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย กรณีกล่าวอ้างว่ามีบุคคลพยายามข่มขืนกระทำชำเราที่โรงเรียน ซึ่งขณะนั้นผู้อำนวยการโรงเรียนได้ทราบเรื่องแต่กลับไม่ดำเนินการแก้ไขปัญห ผู้ร้องและผู้ปกครองได้ไปแจ้งความร้องทุกข์กับพนักงานสอบสวนแต่คดีไม่คืบหน้า ซึ่งจากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่า กรณีตามคำร้องศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรังได้พิพากษาลงโทษผู้ต้องหาไปแล้ว ดังนั้นเมื่อศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรังได้พิพากษาแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงไม่อาจใช้อำนาจในการตรวจสอบและเสนอมาตรการแก้ไขตามคำร้องได้จึงขอให้ยุติเรื่อง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะกรรมการแล้วเห็นคล้อยกับความเห็นของคณะกรรมการว่าควรยุติเรื่อง เนื่องจากศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตรังได้พิพากษาแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงไม่อาจใช้อำนาจในการตรวจสอบและเสนอมาตรการแก้ไขตามคำร้องได้ ตามนัยมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์แก่การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เห็นควรส่งเรื่องไปให้กระทรวงศึกษาธิการ เพื่อพิจารณาให้กำชับหน่วยงานในสังกัดมีมาตรการดูแลผู้เสียหายและแนวทางป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์เช่นกรณีนี้อีก (รายงานผลการพิจารณาที่ 791/2558)

24) คำร้องที่ 93/2555: กรณีขอเปลี่ยนคำนำหน้านามให้ตรงกับสภาพเพศ

ผู้ร้อง ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่ามารดาของผู้ร้องให้กำเนิดสภาพเพศผู้ร้องกำกวม กล่าวคือมีทั้งอวัยวะเพศหญิงและชาย ในร่างกาย บิดาแจ้งเกิดระบุว่าผู้ร้องเป็นเพศชาย ผู้ร้องจึงใช้ชีวิตเพศชายแต่ใจเป็นหญิงจนกระทั่งอายุ 19 ปี ผู้ร้องได้ผ่าตัด อวัยวะเพศชายออก โดยความยินยอมของบิดาและมารดา ประกอบกับแพทย์โรงพยาบาล ศ. ได้วินิจฉัยว่าผู้ร้องมีลักษณะจิตใจ การแสดงออก และความรู้สึกเป็นผู้หญิงชัดเจน ผู้ร้องจึงได้ปรึกษาเรื่องเปลี่ยนคำนำหน้านาม ณ ที่ว่าการอำเภอแห่งหนึ่ง ซึ่งเจ้าหน้าที่แจ้งว่า ไม่สามารถดำเนินการให้ได้

คำร้องนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าอยู่ในอำนาจพิจารณา จึงมอบหมายให้คณะกรรมการด้านสิทธิผู้สูงอายุ ผู้พิการ บุคคลหลากหลายทางเพศ และการสาธารณสุข ดำเนินการตรวจสอบตามรายงานผลการพิจารณาที่ 142/2557 พบข้อเท็จจริงจากการตรวจสอบของคณะกรรมการฯ ได้ส่งหนังสือถึงอธิบดีกรมการปกครอง แจ้ง กรณีของผู้ร้อง ว่าอยู่ในเกณฑ์ที่จะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมข้อมูลทะเบียนราษฎร เพื่อให้ถูกต้องตามความจริงได้ ตามพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 มาตรา 14 (2) แต่ทางกรมการปกครองได้มีหนังสือแจ้งกลับมามาว่า ได้พิจารณาใบรับรองแพทย์และหลักฐานอื่นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งระบุว่าสภาพเพศกำกวมมาตั้งแต่เกิด ซึ่งได้รับการรักษาอย่างต่อเนื่อง โดยได้รับการวินิจฉัยและทดสอบกายภาพ สภาพจิตใจ มีลักษณะการแสดงออกทางร่างกายแบบหญิง สภาพจิตใจเป็นหญิงชัดเจน และได้รับการผ่าตัดรักษาโรคตามลักษณะแสดงออกทางร่างกายและจิตใจเป็นหญิงตามกำเนิดแล้ว ผู้

ร้องยอมสามารถแก้ไขรายการนำหน้านามตนเองในเอกสารการทะเบียนราษฎร ให้ถูกต้องตรงตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏได้ โดยยื่นคำร้องต่อที่สำนักทะเบียนอำเภอหรือสำนักทะเบียนท้องถิ่นที่ผู้ร้องมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านปัจจุบัน

มติของคณะกรรมการด้านสิทธิของผู้สูงอายุ ผู้พิการ บุคคลหลากหลายทางเพศ และการสาธารณสุข พิจารณาจากคำร้องและเอกสารหลักฐานเห็นว่ากรณีของผู้ร้องอยู่ในเกณฑ์ที่จะดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายการในทะเบียนประวัติราษฎร เพื่อให้ถูกต้องตามความเป็นจริงได้ ตาม พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 มาตรา 14 (2) ซึ่งเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลในการให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ตาม บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 30 จึงแจ้งไปยังผู้ร้องให้ดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อขอเปลี่ยนคำนำหน้านาม

ความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พิจารณาคำร้องและรายงานของคณะกรรมการแล้ว เห็นว่า ผู้ร้องมีสภาพเพศกำกวมมาตั้งแต่กำเนิด แต่ได้รับการรักษาผ่าตัดให้เป็นเพศหญิงแล้ว และกรมการปกครองเห็นว่าผู้ร้องอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะเปลี่ยนคำนำหน้านามได้ให้ตรงกับสภาพเพศที่แท้จริงได้ เพื่อให้สามารถใช้ชีวิตความเป็นอยู่ทั้งร่างกายและจิตใจตามความจริงได้ตามปกติ ซึ่งผู้ร้องได้ดำเนินการยื่นขอแก้ไขคำนำหน้านามให้ตรงกับความจริงเรียบร้อยแล้ว จึงเห็นควรยุติเรื่อง

25) คำร้องที่ 49/2558: กรณีร้องเรียนเกี่ยวกับสถานะทางบุคคลของกลุ่มชาติพันธุ์

ผู้ร้องได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่านาย ว. ถือบัตรประจำตัวบุคคลไม่มีสถานะทางทะเบียน และมีชาติพันธุ์ม้ง นาย ว. มีบุตร 5 คน ที่เกิดในประเทศไทยมีบัตรประจำตัวบุคคลไม่มีสถานะทางทะเบียนเช่นกัน นาย ว. ต้องการให้บุตรมีสัญชาติไทยจึงร้องเรียนให้ช่วยเหลือ

คณะกรรมการด้านสิทธิเด็ก สตรี คนพิการ และความเสมอภาคของบุคคล และคณะกรรมการด้านสถานะบุคคลและสิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์ และแรงงานข้ามชาติ ซึ่งพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่า นาย ว. ไม่มีการดำเนินการยื่นคำร้อง เกี่ยวกับงานทะเบียนต่อหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่ยังไม่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการฯ จึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง

อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์แก่การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หากมีข้อมูลว่านาย ว. หรือบุพการีเป็นชาวไทยภูเขาดั้งเดิมติดแผ่นดิน เห็นควรให้นาย ว. ดำเนินการขอลงรายการสัญชาติไทยในทะเบียนราษฎรตามระเบียบสำนักทะเบียนกลาง ว่าด้วยการพิจารณาขอลงรายการสถานะบุคคลในทะเบียนราษฎรให้แก่บุคคลพื้นที่สูง พ.ศ. 2543 โดยหากนาย ว. ได้รับการพิจารณาให้ลงรายการสัญชาติดังกล่าว บุตรของนาย ว. ทั้ง 5 คน ก็สามารถขอเพิ่มชื่อในทะเบียนบ้านตามระเบียบสำนักทะเบียนกลาง ว่าด้วยการจัดทำทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2503 ข้อ 103 หรือหากพิสูจน์ไม่ได้ว่าเป็นชาวไทยภูเขาดั้งเดิมติดแผ่นดินที่มีบุพการีเกิดในราชอาณาจักรไทย ต้องพิจารณาตามกฎหมายในการกำหนดสถานะต่อไปทั้งนี้เมื่อนาย ว. ได้ดำเนินการยื่นคำร้องต่อหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่แล้ว หากพบว่าหน่วยงานปฏิเสธไม่ดำเนินการหรือกระบวนการพิจารณาล่าช้า หรือปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

นาย ว. สามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดำเนินการตรวจสอบใหม่ได้ อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีมติให้ยุติเรื่อง (รายงานผลพิจารณาที่ 952/2558)

26) คำร้องที่ 592/2556: กรณีสิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ

ผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าผู้ร้องได้ไปคลอดบุตรที่โรงพยาบาลของรัฐแห่งหนึ่ง หลังจากนั้นปรากฏว่าบุตรของผู้ร้องมีความผิดปกติทางร่างกายหลายประการและกลายเป็นผู้พิการ โรงพยาบาลจ่ายค่าช่วยเหลือเบื้องต้นเป็นเงิน 20,000บาท ต่อมาผู้ร้องยื่นคำร้องขอรับเงินกรณีบุตรกลายเป็นผู้พิการต่อสำนักงานสาธารณสุขจังหวัดนครปฐม แต่ยังไม่มีการพิจารณาจึงร้องเรียนให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมตรวจสอบพิจารณาและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาแล้วเห็นดังนี้ การกำหนดให้ยื่นคำร้องภายใน 1 ปี ไม่ใช่อายุความ แต่เป็นระยะเวลาการใช้สิทธิ หากมีเหตุขยายเวลาได้ เทียบเคียงคำพิพากษาฎีกาที่ 3622/2548 ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวเป็นกฎหมายให้สิทธิแก่บุคคล ในการยื่นคำขอรับเงินช่วยเหลือเนื่องจากได้รับผลกระทบจากการรักษาพยาบาล แต่การกำหนดระยะเวลายื่นคำขภายใน 1 ปีนั้น บุคคลที่ได้รับผลกระทบ อาจยังไม่ทราบถึงผลกระทบเช่นกรณีผู้ร้องคลอดบุตรและยังไม่พบอาการผิดปกติในทันที แต่อาจพบอาการผิดปกติในปโตมาทำให้ผู้เสียหายไม่ทราบสิทธิที่จะยื่นคำร้องตั้งแต่เมื่อใด นอกจากนี้หากสถานผู้ให้บริการพยาบาลไม่ได้ยื่นคำร้องแทนผู้ได้รับผลกระทบ และไม่ได้แจ้งให้ผู้ได้รับผลกระทบทราบถึงสิทธิในการยื่นคำร้องขอรับเงินช่วยเหลือเบื้องต้นได้นั้น ดังนั้นเพื่อให้ผู้ได้รับผลกระทบเข้าถึงสิทธิดังกล่าว จึงมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติปรับปรุงแก้ไขข้อบังคับการกำหนดระยะเวลายื่นคำขภายใน 1 ปี โดยกำหนดข้อยกเว้นหากมีเหตุสุดวิสัย ความจำเป็นโดยเทียบเคียงกับคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวไปแล้ว

ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมาย คณะกรรมการเสนอให้สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติปรับปรุงแก้ไขข้อบังคับสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้น กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2549 โดยนำเอาคำพิพากษาฎีกาที่ 3622/2548 ประกอบการพิจารณาตีความเกี่ยวกับระยะเวลาในการยื่นคำร้อง ควรกำหนดข้อยกเว้นเรื่องระยะเวลา 1 ปี ไว้ด้วย เช่นมีเหตุสุดวิสัย มีเหตุสมควร หรือมีเหตุอื่นจำเป็นที่ไม่อาจยื่นคำร้องภายในกำหนดเวลา เพื่อปรับปรุงข้อบังคับดังกล่าว (รายงานผลพิจารณาที่ 277/2558)

27) คำร้องที่ 457/2557: กรณีประเด็นการคุ้มครองพยาน

ผู้ร้องเรียนให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เพื่อประสานขอความคุ้มครองพยาน เนื่องจากผู้ร้องเป็นสามีของนางสาว จ.(นามสมมุติ) เมื่อปี พ.ศ. 2549-2553 ได้มีชายฉกรรจ์ภายในหมู่บ้านเข้ามาร่วมกันข่มขืนภริยาผู้ร้อง หลังเกิดเหตุผู้ร้องและภริยาได้เข้าแจ้งความดำเนินคดีกับกลุ่มบุคคลดังกล่าวที่สถานีตำรวจภูธรคอนสาร จังหวัดชัยภูมิ แล้วยื่นฟ้องคดีต่อศาล ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องจำเลย ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน ปัจจุบันคดีอยู่ระหว่างพิจารณาของศาลฎีกา หลังจากนั้นกลุ่มบุคคลดังกล่าวได้ยื่นฟ้องผู้ร้องและ

ภริยาต่อศาลจังหวัดภูเก็ต ในข้อหาเบิกความเท็จ ตามคดีหมายเลขดำที่ อ. 1246/2557 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม 2557 ผู้ร้องเกรงว่ากลุ่มบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีอิทธิพลจะไม่ได้ความปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาดำเนินการโดยส่งหนังสือไปถึงอธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม เพื่อให้พิจารณาดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ ตามนัยมาตรา 18(4) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542

กรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมีหนังสือตอบ แจ้งผลพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองความปลอดภัย ว่าผู้ร้องถูกดำเนินคดีในข้อหาเบิกความเท็จในการพิจารณาคดีต่อศาล จากคดีที่เคยเป็นพยานและผู้เสียหายในกรณี นางสาว จ. (นามสมมุติ) ภริยาผู้ร้องถูกข่มขืนโดนชายฉกรรจ์ภายในหมู่บ้าน จังหวัดชัยภูมิ ซึ่งศาลจังหวัดชัยภูมิ พิพากษาจำคุกนางสาว จ. (นามสมมุติ) ภริยาผู้ร้อง 2 ปี 6 เดือน ส่วนผู้ร้องยังคงหลบหนีหมายจับของศาล จังหวัดชัยภูมิ จากข้อหาเดียวกันกับภริยาผู้ร้อง สถานะผู้ร้องจึงไม่ใช่พยานในคดีอาญา มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 จึงมีคำสั่งไม่อนุมัติให้ใช้มาตรการทั่วไปในการคุ้มครองพยานรายนี้ กรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพได้มีหนังสือแจ้งผู้ร้องให้ใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546

คณะอนุกรรมการพิจารณาเรื่องร้องเรียนและกลั่นกรองรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พิจารณาแล้วเห็นว่า ตามคำร้องเรียนประสงค์ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติประสานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อคุ้มครองผู้ร้องในฐานะพยานนั้น คณะอนุกรรมการการได้ดำเนินการส่งหนังสือขอให้พิจารณาคุ้มครองพยานไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องซึ่งก็เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ร้องแล้ว ประกอบกับกรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพิจารณาและแจ้งผลการพิจารณาว่ากรณีของผู้ร้องไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองพยานในคดีอาญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 จึงมีคำสั่งไม่อนุมัติให้ใช้มาตรการคุ้มครองพยานรายนี้ ทั้งนี้ได้มีหนังสือแจ้งสิทธิให้ผู้ร้องอุทธรณ์คำสั่งได้ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 คณะอนุกรรมการจึงเห็นควรยุติเรื่อง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาคำร้องประกอบความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ แล้วเห็นควรให้ยุติเรื่องตามความเห็นของคณะอนุกรรมการ

28) คำร้องที่ 476/2556: กรณีบุตรสาวถูกเพื่อนชายล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียน

ผู้ร้องร้องเรียนให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อ 17 กันยายน 2556 ว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจาก**การปฏิบัติของโรงเรียนของรัฐแห่งหนึ่ง และครูประจำชั้น กรณีบุตรสาวถูกเพื่อนชายล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียนและแจ้งความดำเนินคดีแล้วแต่คดีความไม่คืบหน้า** ซึ่งบุตรสาวผู้ร้อง ชื่อนางสาว เอนามสมมุติ อายุ 17 ปี เป็นผู้มีความบกพร่องทางการได้ยิน แต่สามารถฟังได้บ้าง หรือพูดได้บ้าง เมื่อมีเครื่องช่วยฟัง สามารถสื่อสารเป็นคำสั้นๆ และมีโรคประจำตัวคือ โรคหัวใจรั่ว กำลังศึกษาชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 4 ที่โรงเรียนแห่งหนึ่งซึ่งเป็นโรงเรียนประจำ

คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพและร่างกาย อันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิเด็ก สิทธิสตรี และคนพิการ จึงมอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก

สตรี และความเสมอภาคของบุคคล ดำเนินการพิจารณา โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 (ซึ่งบังคับใช้ในขณะนั้น) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 หมวด 3 ระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2545 ซึ่งพิจารณาดำเนินการพบบานหลักฐานดังนี้

นางสาวเอนามสมมุติ อายุ 17 บุตรผู้ร้อง เป็นเด็กพิเศษ บกพร่องทางการได้ยิน มีโรคหัวใจรั่วเป็นโรคประจำตัว มีอาการเส้นเลือดแดงรั่วตรงรอยต่อ แพทย์รักษาโดยการใส่คอยเทียม ถูกนักเพื่อนนักเรียนชายอายุ 18 ปี ช่มขึ้นกระทำชำเราให้ห้องน้ำชาย ที่โรงเรียน ส. จังหวัดหนึ่งในปริมณฑล ซึ่งเป็นโรงเรียนประจำที่บุตรสาวผู้ร้องเรียนอยู่ชั้น ม.4 หลังจากเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวทางโรงเรียนไม่เคยแจ้งให้ผู้ร้องทราบเกี่ยวกับการสอบสวนพฤติกรรมเด็กนักเรียน ผู้ร้องทราบเรื่องจากการสังเกตจากอาการของนางสาวเอนามสมมุติ มีอาการซึมเศร้า ไม่ยอมพูด เก็บตัว ไม่รับประทานอาหาร จึงไปพบกับครู อ. ที่มูลนิธิ ห. นางสาวเอนามได้บอกกับกล่าวว่าถูกใช้จานตีหัว ถูกแทงด้วยปากกา จากเพื่อนผู้ชายหลายคนตั้งแต่อายุ ม.1 แล้ว แต่กรณีถูกช่มขึ้นในห้องน้ำนางสาวเอนามยืนยันว่านาย ก. ใช้กำลังบังคับกระชากเข้าไปในห้องน้ำ และไม่มีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับนาย ก. มาก่อน ขณะเกิดเหตุการณ์นี้ผู้อำนวยการโรงเรียนรายงานว่ขณะนั้นตนได้ติดราขการช่างนอกจึงไม่ได้ติดต่อบุคลากรเข้ามาที่โรงเรียนทันที และถ้าเป็นช่วงเวลาเรียนจะไม่มีครูเดินตรวจเพราะครูต้องสอนในห้องเรียน ทั้งนี้กรณีการช่มขึ้นนี้ผู้ร้องได้แจ้งความดำเนินคดีกับนาย ก. แล้วและศาลพิพากษาถึงที่สุดลงโทษนาย ก. ตามคำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดนนทบุรี และใบสำคัญแสดงว่าคดีถึงที่สุดคดีหมายเลขแดงที่ 70/2557 ลงวันที่ 19 มิถุนายน 2557

ต่อมาหลังเกิดเหตุครูประจำชั้นที่โรงเรียนฯ ยังกล่าวหาว่า นางสาวเอนาม **“เป็นโรคขาดผู้ชายไม่ได้ ต้องนำไปบำบัด มีสารโหมผลิตปกติเพราะเป็นผู้พิการ”** เป็นเหตุให้ผู้ร้องต้องแจ้งความร้องทุกข์ในข้อหาหมิ่นประมาทแต่เนื่องจากพยานหลักฐานไม่เพียงพอ พนักงานอัยการศาลแขวงนนทบุรีสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา กรณี **นางสาวเอนามถูกครูประจำชั้นทำร้ายร่างกายโดยใช้ไม้ชนไก่ตี และกระชากนม และตีที่หลังบุตรสาวของผู้ร้องเป็นเหตุให้เกิดอาการชักนั้น** ผู้ร้องเห็นว่าแม้ไม่มีเลือดตกยางออกแต่ส่งผลให้เกิดภาวะทางจิตใจ และเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อคอยเทียมที่หัวใจ อาจถึงขั้นเสียชีวิตได้

ปัจจุบันนางสาวเอนาม บุตรสาวผู้ร้องได้ย้ายโรงเรียนไปเรียนอีกโรงเรียนซึ่งอยู่ในจังหวัดใกล้เคียง โดยเป็นโรงเรียนที่มีครูดูแลเอาใจใส่ และบุตรสาวผู้ร้องมีโอกาไปแข่งขันความรู้เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์และได้รับรางวัลสร้างชื่อเสียงให้แก่โรงเรียนดังกล่าว

จากที่คณะกรรมการลงพื้นที่ตรวจสอบข้อเท็จจริง พบว่าโรงเรียน ส. ซึ่งเป็นโรงเรียนแรกก่อนที่บุตรสาวจะย้าย มีสภาพแวดล้อมที่เป็นมุมอับอยู่หลายที่ โดยเฉพาะบริเวณหน้าห้องน้ำชายตรงรั้วด้านหลังโรงเรียนที่เป็นสถานที่เกิดเหตุช่มขึ้นกระทำชำเรา ภายในโรงเรียนไม่ปรากฏมีกล้องวงจรปิด (CCTV) ที่ใช้ป้องกันเหตุอันตราย ร้วของโรงเรียนมีลักษณะต่ำเกินไปสามารถปีนข้ามได้

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคลได้พิจารณาคำร้องและรับฟังข้อเท็จจริงทั้งสองฝ่ายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ตลอดจนหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้องและเห็นว่า

1. กรณีนางสาวเอ บุตรสาวผู้ร้องถูกนาย ก. นักเรียนของโรงเรียนเดียวกันข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ร้องได้แจ้งความร้องทุกข์ และศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดนนทบุรีได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดลงโทษนาย ก. ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้วนั้น

2. กรณีนางสาวเอบุตรสาวของผู้ร้องถูกคุณครูประจำชั้นทำร้ายร่างกายนั้น ผู้ร้องได้แจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรบางบัวทอง และพนักงานอัยการสั่งฟ้องครูผู้ก่อเหตุฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายต่อศาลแขวงจังหวัดนนทบุรีตามคำฟ้องคดีหมายเลขดำที่ 4894/2557

คณะอนุกรรมการพิจารณาประเด็นตามข้อ 1 และ ข้อ 2 แล้วเห็นว่าเมื่อผู้ร้องได้ฟ้องคดีต่อศาลแล้ว จึงต้องด้วยมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 แล้วจึงไม่อยู่ในอำนาจที่คณะกรรมการต้องตรวจสอบและเสนอมาตรการจึงเห็นควรยุติเรื่อง

3. กรณีครูประจำชั้นของนางสาวเอ ต่อว่าผู้ร้องและใส่ร้ายว่านางสาวเอ “เป็นโรคหิวผู้ชายต้องนำไปบำบัด มีฮอร์โมนผิดปกติเพราะเป็นพิการ” ผู้ร้องได้แจ้งความร้องทุกข์ แต่พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องเนื่องจากพยานหลักฐานไม่เพียงพอ คณะอนุกรรมการฯ พิจารณาแล้วในเรื่องนี้เห็นว่า แม้คำสั่งพนักงานอัยการเป็นที่สุด แต่ข้อเท็จจริงยังไม่ยุติ โรงเรียน ส. จังหวัดแห่งหนึ่งในปริมาณพล ยังมีอำนาจสืบสวนสอบสวนข้อเท็จจริงและดำเนินการต่อไป ทั้งนี้ไม่ว่าข้อเท็จจริงจะปรากฏเป็นประการใด แต่สถานศึกษาจะต้องตระหนักถึงการอบรมฝึกทักษะ ปรับทัศนคติให้กับบุคลากรในสถานศึกษาทุกคนให้ปฏิบัติต่อเด็กพิการอย่างถูกต้อง เหมาะสม เคารพและคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

4. กรณีสถานที่และสภาพแวดล้อมที่อาจก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยในสถานศึกษา พิจารณาแล้วว่าโรงเรียน ส. มีมุมอับหลายที่ ไม่มีการติดตั้งกล้องวงจรปิด (CCTV) โรงเรียนในฐานะหน่วยงานที่มีหน้าที่โดยตรงในการรักษาความปลอดภัยภายในโรงเรียน เมื่อเกิดการละเมิดทางเพศหรือทำร้ายร่างกายในโรงเรียนผู้บริหาร ตลอดจนบุคลากรที่เกี่ยวข้องก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบได้ ตามหลักปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care) กล่าวคือ การที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบ ดูแลไม่ให้เกิดความเสียหายแก่นักเรียน บุคลากร และ โรงเรียน อีกทั้งต้องดูแลโรงเรียน หรือบุคลากรไม่ให้ดำเนินการโดยสร้างความเสียหายแก่สังคมด้วย

นอกจากนี้กรณีที่โรงเรียน ลือคฤณแจประตูล้อมรอบเพื่อรักษาความปลอดภัยและป้องกันเด็กนักเรียนหนีออกนอกอาคาร ถึงแม้ว่ามีครูเวรเฝ้าตัวอาคารก็ตาม คณะอนุกรรมการฯ เห็นว่าน่าจะเกิดอันตรายขึ้นได้หากมีกรณีไฟไหม้ หรือมีเหตุการณ์ฉุกเฉินอื่นๆ ทั้งยังอาจเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของนักเรียนเกินสมควรอีกด้วย

คณะอนุกรรมการฯ จึงพิจารณามีข้อเสนอแนะไปยังโรงเรียน ส. และสำนักบริหารการศึกษาศึกษาพิเศษซึ่งเป็นหน่วยงานต้นสังกัดดังนี้

1) เห็นควรให้โรงเรียนฯ พิจารณาดำเนินการในส่วนที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าครูประจำชั้นทำละเมิดทางวาจาต่อนางสาวเอบุตรผู้ร้อง ตามอำนาจหน้าที่

2) เห็นควรให้โรงเรียน ปรับปรุงสภาพแวดล้อม และอาคารสถานที่ของโรงเรียนให้มีความปลอดภัย เช่นติดตั้งกล้องวงจรปิด (CCTV) การปรับปรุงห้องน้ำ รวมถึงการบริหารจัดการเชิงระบบเพื่อสร้างมาตรการป้องกันเหตุการณ์ความไม่ปลอดภัยภายในโรงเรียน

3) เห็นควรให้โรงเรียนฯ พิจารณามาตรการอื่นในการป้องกันไม่ให้เกิดก่อกวน และมีความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายกรณีเกิดเพลิงไหม้หรือเหตุฉุกเฉินอื่น รวมถึงการติดตั้งกล้องวงจรปิด (CCTV) แทนการลือคฤญแจประตูของอาคาร

4) เห็นควรให้สำนักบริหารงานการศึกษาพิเศษให้ความสำคัญกับการฝึกอบรมให้ความรู้ ปรับทัศนคติให้กับครู อาจารย์ บุคลากรทางการศึกษา และแจ้งเจ้าหน้าที่ทุกคนรวมถึงพ่อแม่ผู้ปกครองให้ปฏิบัติต่อเด็กพิการอย่างถูกต้อง เหมาะสม โดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ความเห็นของ **คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ** หลังจากพิจารณาคำร้องและความเห็นของ คณะอนุกรรมการฯ แล้วเห็นว่า กรณีนางสาวเอบุตรสาวผู้ร้องถูกข่มขืนกระทำชำเราและศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษนาย ก. ฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกรณี ครูประจำชั้นทำร้ายร่างกายนางสาวเอ **ผู้ร้องได้ร้องทุกข์และฟ้องเป็นคดีต่อศาลแขวงจังหวัดนนทบุรีแล้วนั้น จึงเป็นกรณีที่อยู่นอกเหนืออำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะรับพิจารณาตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542** จึงเห็นควรยุติเรื่อง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีมติให้เสนอข้อเสนอแนะเชิงนโยบายไปยังโรงเรียน ส. สำนักบริหารงานการศึกษาพิเศษ และกระทรวงศึกษาธิการ โดยมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติติดตามผลการดำเนินการต่อไป โดยมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายคือ

1) โรงเรียน ส. หรือต้นสังกัดปัจจุบันสมควรพิจารณาดำเนินการในส่วนที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าครูประจำชั้นทำละเมิดทางวาจาต่อนางสาวเอบุตรผู้ร้อง ตามอำนาจหน้าที่หรืออำนาจความยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย

2) โรงเรียน ส. สมควรปรับปรุงสภาพแวดล้อม และอาคารสถานที่ของโรงเรียนให้มีความปลอดภัย เช่นติดตั้งกล้องวงจรปิด (CCTV) การปรับปรุงห้องน้ำ และบริเวณจุดเสี่ยงอื่นๆ รวมถึงการบริหารจัดการเชิงระบบเพื่อสร้างมาตรการป้องกันเหตุการณ์ความไม่ปลอดภัยภายในโรงเรียน เป็นต้น

3) โรงเรียน ส. สมควรพิจารณามาตรการอื่นในการป้องกันไม่ให้เกิดก่อกวน และมีความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายกรณีเกิดเพลิงไหม้หรือเหตุฉุกเฉินอื่น รวมถึงการติดตั้งกล้องวงจรปิด (CCTV) แทนการลือคฤญแจประตูของอาคารนอน

4) สำนักบริหารงานการศึกษาพิเศษให้ความสำคัญกับการฝึกอบรมให้ความรู้ ปรับทัศนคติให้กับครู อาจารย์ บุคลากรทางการศึกษา และแจ้งเจ้าหน้าที่ทุกคนรวมถึงพ่อแม่ผู้ปกครองให้ปฏิบัติต่อเด็กพิการอย่างถูกต้อง เหมาะสม โดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขในสังคมเป็นสำคัญ (รายงานผลพิจารณาที่ 494/2557)

29) คำร้องที่ 74/2555: กรณีเกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม

ผู้ร้องได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่าผู้ร้องกับนายเอ นามสมมติ ได้ทะเลาะวิวาทกันบริเวณลานจอดรถของโรงแรม อ. เมื่อวันที่ 6 มกราคม 2554 เป็นเหตุให้ผู้ร้องและนายเอ ได้รับบาดเจ็บ ต่อมาพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจนครบาลลุมพินี ได้แจ้งข้อกล่าวหาต่อผู้ร้องว่าพยายามฆ่าผู้อื่น โดยไม่มีการแจ้งข้อกล่าวหานายเอ คู่กรณี ผู้ร้องเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม จึงขอให้ตรวจสอบ กรณีนี้ข้อเท็จจริงคำร้องเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม อันอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งมีผลบังคับอยู่ขณะตรวจสอบ และ พ.ร.บ.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 15 คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านสิทธิในกระบวนการยุติธรรมดำเนินการตรวจสอบพบว่า มีประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจนครบาลลุมพินี กระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีสืบสวนคดีที่ผู้ร้องตกเป็นผู้ต้องหาด้วยความเป็นธรรมหรือไม่

คณะอนุกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่าในการสอบสวนคดีอาญา พนักงานสอบสวนต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดี ยังเป็นการพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา การแจ้งข้อกล่าวหาพนักงานสอบสวนสามารถใช้ดุลพินิจที่อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานตามสมควร เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2554 ตำรวจไปถึงที่เกิดเหตุพบผู้ร้องยืนรอมอบตัว ส่วนนายเอ ถูกนำตัวไปรักษาที่โรงพยาบาลตำรวจ โดยพนักงานสอบสวนแจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ร้องว่าทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยที่ผู้ร้องให้ข้อเท็จจริงว่านายเอ ทำร้ายผู้ร้องก่อนผู้ร้องจึงทำเพื่อป้องกันตัว พิจารณาแล้วคำให้การของผู้ร้องต่อพนักงานสอบสวนไม่ปฏิเสธว่าผู้ร้องมิได้ทำร้ายร่างกายนายเอ ดังนั้นการที่พนักงานสอบสวนอาศัยข้อเท็จจริงคำให้การนี้ ประกอบกับพยานหลักฐานขณะนั้น คืออาวุธมีด และขวาน แล้วแจ้งข้อหาทำร้ายร่างกายผู้อื่น รวมถึงแจ้งข้อกล่าวหาเพิ่มเติมว่าพยายามฆ่าผู้อื่น ภายหลังได้รับเอกสารการชันสูตรบาดแผลของนายเอ คู่กรณี ซึ่งปรากฏว่ารุนแรงอาจถึงแก่ชีวิตได้ จึงถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในการแจ้งข้อกล่าวหาภายใต้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานตามสมควรแล้ว

สำหรับกรณีที่ผู้ร้องร้องเรียนว่าพนักงานสอบสวนดำเนินคดีแต่ผู้ร้องฝ่ายเดียว โดยมีได้แจ้งข้อกล่าวหาแก่นายเอ คู่กรณีด้วยนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าภายหลังที่พนักงานสอบสวนได้แจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ร้องแล้ว ได้สอบปากคำนายเอ คู่กรณี ที่โรงพยาบาล และสอบปากคำพยานแวดล้อมที่อยู่บริเวณที่เกิดเหตุ จำนวน 2 คน สรุปว่าเป็นผู้ร้องทำร้ายร่างกายนายเอ ฝ่ายเดียว พยานแวดล้อมเห็นผู้ร้องทำร้ายนายเอ ฝ่ายเดียว ประกอบกับพนักงานสอบสวนได้พิจารณาผลตามร่างกายผู้ร้องพบว่าได้รับบาดเจ็บบริเวณหน้าผากเพียงเล็กน้อยและบริเวณข้อศอกพบรอยถลอก ไม่ทราบที่เกิดจากสาเหตุใด จึงมิได้แจ้งข้อกล่าวหานายเอ พิจารณาแล้วเห็นว่าพนักงานสอบสวนใช้ดุลพินิจในการไม่แจ้งข้อกล่าวหานายเอ เป็นไปตามพยานหลักฐานที่ปรากฏ มิได้เป็นการกระทำละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือปฏิบัติไม่เป็นธรรมแก่ผู้ร้องอย่างใด ทั้งนี้หากผู้ร้องมีพยานหลักฐานที่พิสูจน์ว่าผู้ร้องป้องกันตัวจากการทำร้ายของนายเอก็สามารถยกข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่อสู้ในชั้นศาลได้

อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนนั้น สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้มีคำสั่งที่ 414/2556 ลงวันที่ 1 กรกฎาคม 2556 เรื่องกำหนดการอำนวยความสะดวกในคดีอาญา การทำสำนวนสอบสวน และมาตรการควบคุม ตรวจสอบ เฝ้าระวังการสอบสวนคดีอาญาของพนักงานสอบสวน โดยกำหนดให้พนักงานรับแจ้งเหตุและลงหลักฐานรับคำร้องทุกข์หรือคำกล่าวโทษและรับดำเนินการสอบสวนโดยไม่ชักช้า ซึ่งจากการตรวจสอบข้อเท็จจริงปรากฏว่าพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจนครบาลลุมพินีได้รับร้องทุกข์ตั้งแต่ 6 มกราคม 2554 แต่สรุปสำนวนการสอบสวนส่งผู้บังคับบัญชา วันที่ 30 ตุลาคม 2556 ระยะเวลาทั้งสิ้น 2 ปี 9 เดือน โดยทาง สถานีตำรวจนครบาลลุมพินีชี้แจงว่า เนื่องจากคดีมีพนักงานสอบสวนรับผิดชอบหลายคน และจากการตรวจสอบพบว่าร้อยตำรวจเอก บ. ได้ทำสำนวน เป็นเวลา 1 ปี 7 เดือน ยังไม่เสร็จแล้วย้ายไปสถานีตำรวจนครบาลทุ่งมหาเมฆ และทางสถานีตำรวจนครบาลลุมพินีได้มีหนังสือไปยังสถานีตำรวจนครบาลทุ่งมหาเมฆเพื่อพิจารณาข้อบกพร่องดังกล่าว คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมเห็นว่า การตรวจสอบข้อเท็จจริงเสร็จสิ้นแล้ว จึงมีมติให้ยุติการตรวจสอบเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พิจารณาผลการตรวจสอบข้อเท็จจริง เห็นว่า กรณีคำร้องพนักงานสอบสวนได้ดำเนินการตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว อีกทั้งสถานีตำรวจนครบาลลุมพินีได้มีหนังสือแจ้งให้สถานีตำรวจนครบาลทุ่งมหาเมฆพิจารณาเรื่องทำการสอบสวนล่าช้าไปตามอำนาจหน้าที่แล้ว เห็นควรให้ยุติเรื่อง (รายงานผลพิจารณาที่ 375/2557)

30) คำร้องที่ 362/2556: กรณีการแถลงข่าวอันกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคล

ผู้ร้อง ร้องเรียนว่าอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษกับพวกได้ร่วมกันแถลงข่าว กรณีสอบสวนคดีพิเศษ ออกหมายเรียกผู้ร้องซึ่งเป็นลูกศิษย์ของนาย ว. เพื่อให้ปากคำกรณีนาย ว. ถูกกล่าวหาว่าหลอกลวงประชาชน ซึ่งในการแถลงข่าวกรมสอบสวนคดีพิเศษแจ้งต่อสื่อมวลชนว่าผู้ร้องเคยมีประวัติออกหมายจับคดียักยอกทรัพย์ และอาจมีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในข้อหาอื่นๆ อีกทั้งเคยถูกจับกุมในคดีชุมนุมทางการเมือง ต่อมาสื่อมวลชนได้นำข้อมูลไปลงหนังสือพิมพ์หลายฉบับทำให้ผู้ร้องได้รับความเสียหายเสื่อมเสียชื่อเสียง ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลผู้ร้องจึงขอให้ตรวจสอบกรณีดังกล่าว

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พิจารณาคำร้องและความเห็นของอนุกรรมการสิทธิมนุษยชน ด้านกฎหมายและการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว เห็นว่า เนื่องจากผู้ร้องไม่จัดส่งเอกสารหรือพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องมาภายในกำหนดเวลาและไม่ได้แจ้งเหตุขัดข้องในการจัดส่งเอกสารพยานหลักฐาน จึงต้องพิจารณาคำร้องตามเอกสารและข้อมูลที่รวบรวมได้ ซึ่งประเด็นที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษและพวกแถลงข่าวเกี่ยวกับประวัติส่วนบุคคลทำให้ผู้ร้องเสียชื่อเสียง จากการตรวจสอบพยานหลักฐานพบว่าข้อความที่ปรากฏในหนังสือพิมพ์เป็นการรายงานข่าวของผู้สื่อข่าวไม่ปรากฏว่าได้ข้อมูลผู้ร้องมาจากที่ใด ประกอบกับในวันแถลงกรมสอบสวนคดีพิเศษชี้แจงว่าไม่ได้พาดพิงถึงผู้ร้องรวมถึงมิได้มีการพูดเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับพยานหลักฐานแห่งคดีที่จะมีผลให้เสียรูปคดี ทั้งนี้ยังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงตามผู้ร้องร้องเรียนมา อีกทั้งผู้ร้องได้ใช้สิทธิในการร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนและฟ้องคดีต่อกรม

สอบสวนคดีพิเศษ และหนังสือพิมพ์ทุกฉบับและคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาและการดำเนินการของพนักงานอัยการจังหวัดนนทบุรี รวมทั้งผู้ร้องยังได้ร้องเรียนไปยังกองบังคับการปราบปรามด้วย กรณีร้องเรียนจึงอยู่ในกระบวนการยุติธรรมแล้ว คณะกรรมการจึงมีมติให้ยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณาที่ 506/2557)

31) คำร้องที่ 544/2554 เรื่อง สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของเด็ก

ผู้ร้องกับพวกรวม 6 คนได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2554 ว่า ผู้อำนวยการโรงเรียนมัธยมศึกษาแห่งหนึ่งใน จ.สุราษฎร์ธานี (ในขณะนั้น) มีพฤติกรรมใช้ความรุนแรงกับนักเรียนและบริหารงานไม่โปร่งใส จึงขอให้ตรวจสอบ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณา คำร้องแล้วเห็นว่าเป็นประเด็น เกี่ยวกับ เรื่องสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายอันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิเด็ก อันเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการที่จะสามารถตรวจสอบได้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 3 และมาตรา 15

จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่ากระทรวงศึกษาธิการ โดยสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานได้มอบหมายให้ผู้ผู้อำนวยการสำนักบริหารงานการมัธยมศึกษาตอนปลายและคณะ ตรวจสอบข้อเท็จจริงและเสนอแนวทางแก้ไขปัญหา และตั้งคณะกรรมการสอบสวน ซึ่งข้อกล่าวหาของผู้ร้องไม่เป็นความจริงที่ว่าคณะกรรมการไม่ตรวจสอบข้อมูลจากผู้ร้องและคณะ นอกจากนี้สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษา เขต 11 ได้แต่งตั้งคณะกรรมการ 2 ชุดในการตรวจสอบ ซึ่งคณะกรรมการทั้ง 2 ชุดมีความเห็นว่าผู้ถูกร้องไม่ได้มีพฤติกรรมส่อไปในทางทุจริต ส่วนประเด็นการกล่าวหาว่าผู้ถูกร้องมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม เช่น การใช้ถ้อยคำหยาบคาย การใช้ความรุนแรงกับนักเรียน เป็นต้น คณะกรรมการเห็นว่าไม่มีหลักฐานว่าผู้ร้องมีพฤติกรรมตามที่กล่าวหาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พิจารณาประเด็นคำร้องแล้ว เห็นว่าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 4 ประกอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ว่าด้วยเรื่องสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายอันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิเด็กนั้น รัฐธรรมนูญได้รับรองคุ้มครองว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษตามคำพิพากษาหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีโหดร้าย หรือไร้มนุษยธรรม และบุคคลย่อมเสมอกันในทางกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายภาพหรือสุขภาพ สถานะบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจและสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ตามในมาตรา 30 ประกอบพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้รับรองและคุ้มครองไว้ว่าห้ามมิให้ผู้ใดกระทำความอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจเด็ก รวมถึงบังคับ ขู่เข็ญ ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร ทำให้เด็กมีความประพฤติดีเสี่ยงต่อการกระทำผิด

จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงคณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล ปรากฏว่า กรณีตามคำร้องเป็นประเด็นการบริหารภายในของหน่วยงานในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) ซึ่งสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษา 11 ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นไปตามระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ประกอบกับสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) ได้ดำเนินการมอบหมายให้ผู้อำนวยการสำนักบริหารงานการมัธยมศึกษาตอนปลายและคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริงอีกชั้นหนึ่ง เพื่อเกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายโดยคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริงทั้ง 2 ชุด ต่างมีความเห็นที่สอดคล้องกันว่า กรณีร้องเรียนดังกล่าวไม่มีมูลตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง ทั้งนี้ผู้ร้องสามารถใช้สิทธิดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดได้ ดังนั้น**เป็นกรณีที่หน่วยงานซึ่งมีอำนาจหน้าที่โดยตรงได้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่แล้ว** จึงเห็นควรให้ยุติเรื่อง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้พิจารณาคำร้องและความเห็นของคณะกรรมการแล้วเห็นคล้อยกับความเห็นของคณะกรรมการ ว่าควรยุติเรื่อง **เนื่องจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงได้ดำเนินการตรวจสอบและให้ความเป็นธรรมกับทุกฝ่ายตามข้อร้องเรียนทุกประเด็นแล้ว ทั้งนี้ผู้ร้องสามารถใช้สิทธิดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดได้**

32) คำร้องที่ 261/2555: กรณีอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิในกระบวนการยุติธรรม

ผู้ร้อง ถูกจับกุมและถูกฟ้องเป็นความผิดต่อพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ และพระราชบัญญัติอาวุธปืน อันประกอบด้วย ความผิดฐานเสพยาเสพติดประเภท 1 ความผิดฐานมียาเสพติดประเภท 1 ไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย และความผิดฐานมีอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนโดยไม่ได้รับอนุญาต ในวันที่ถูกจับกุม นางสาวเอ (นามสมมุติ) พร้อมเพื่อนได้นัดหมายมาพบผู้ร้องที่บ้านพัก ผู้ร้องได้นำยาไอซ์มาร่วมเสกกันทุกคน จากนั้นเวลา ประมาณ 03.00น. นางสาวเอ ขอตัวกลับและขอซื้อยาไอซ์ แต่ผู้ร้องปฏิเสธไม่ขายให้และออกมาส่งนางสาวเอ ขณะนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจได้เข้าทำการจับกุมและตรวจค้นบ้านพัก และตรวจยึดทรัพย์สินผู้ร้องหลายรายการ ต่อมาเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจนำบันทึกการตรวจยึดทรัพย์สิน โดยสาระสำคัญตอนท้าย มีข้อความว่า “จากการสอบถามนาย อ. ให้การรับสารภาพว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้จากการจำหน่ายยาเสพติด (ยาไอซ์และยาอี) จริง” ผู้ร้องไม่ยอมลงลายมือชื่อ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงเขียนด้วยลายมือว่า ผู้ต้องหาไม่ยอมลงลายมือชื่อ

หลังจากผู้ร้องถูกควบคุมตัวอยู่ที่เรือนจำกลางอุดรธานี ประมาณ 1 เดือน ศาลให้ประกันตัวออกมา ผู้ร้องได้มาตรวจสอบทรัพย์สินที่โรงงานปรากฏว่าทรัพย์สินหายไปหลายรายการ และมีทรัพย์สินที่ไม่มีการลงบันทึกการตรวจยึดสูญหายไปด้วย ผู้ร้องไปแจ้งความต่อสถานีตำรวจภูธรหนองหานเพื่อเป็นหลักฐาน ต่อมาผู้ร้องมอบหมายให้ทนายความรวบรวมพยานหลักฐานต่อสู้คดี จึงได้พบว่าบันทึกการตรวจยึดทรัพย์สินที่ผู้ร้องไม่ยอมลงลายมือชื่อ มีผู้ปลอมลายมือชื่อของผู้ร้อง โดยขีดฆ่า คำว่า “ผู้ต้องหาไม่ยอมลงลายมือชื่อออก” มีตำรวจยศตบตำรวจเซ็นชื่อกำกับไว้ ผู้ร้องจึงไปแจ้งความต่อพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรหนองหาน ปรากฏว่าพนักงานสอบสวนลงเป็นเพียงบันทึกประจำวันระบุว่า “ผู้แจ้งจะไปสืบหาและตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจคน

ใดเป็นคนปลอมแปลงลายมือชื่อ เมื่อสืบหาได้แล้วจะมาแจ้งความร้องทุกข์กับพนักงานสอบสวนอีกครั้ง” ทั้งที่ผู้ร้องต้องการดำเนินคดีกับผู้ปลอมแปลงลายมือชื่อผู้ร้องในบันทึกฯ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนพิจารณาคำร้องเรียนแล้วเห็นว่าเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม อันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเป็นคำร้องที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 257 และพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 15 ซึ่งมีประเด็นดังต่อไปนี้ (รายงานผลพิจารณาที่ 262/2556)

ประเด็นที่ 1 เจ้าหน้าที่ ได้กระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีปลอมแปลงลายมือชื่อในบันทึกตรวจยึดในชั้นจับกุม และไม่บันทึกรายการทรัพย์สินที่ตรวจยึดไว้เป็นเหตุให้ทรัพย์สินสูญหาย ซึ่งประเด็นนี้เป็นเพียงข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องฝ่ายเดียว ประกอบกับคดีนี้ผู้ร้องได้ร้องทุกข์กล่าวโทษเจ้าหน้าที่ชุดจับกุมต่อพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรหนองหาน โดยพนักงานสอบสวนได้รับคำร้องทุกข์ และได้ส่งเรื่องให้สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดภาค 4 จังหวัดขอนแก่น พิจารณาแล้ว กรณีนี้ผู้ร้องมีช่องทางต่อสู้คดีแล้ว จึงไม่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ประเด็นที่ 2 พนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรหนองหาน จังหวัดอุดรธานี กระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีไม่รับคำร้องทุกข์กล่าวโทษในคดีปลอมแปลงลายมือชื่อในบันทึกการตรวจยึดทรัพย์สินชั้นจับกุมหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้จากการตรวจสอบพบว่าพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรหนองหานได้รับคำร้องทุกข์ของผู้ร้องไว้ และได้ส่งเรื่องให้สำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ เขตพื้นที่ 4 จังหวัดขอนแก่นพิจารณาแล้ว จึงยังฟังไม่ได้ว่าพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรหนองหาน ไม่รับคำร้องทุกข์ของผู้ร้องตามที่กล่าวอ้าง จึงยังไม่มีกระทำการหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น

ประเด็นที่ 3 กรณีที่ผู้ร้องขอให้ตรวจสอบทรัพย์สินที่ไม่ได้บันทึกไว้ในบันทึกการตรวจยึดทรัพย์สิน และช่วยเหลือให้ได้รับทรัพย์สินที่ถูกยึดคืนจากสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด อยู่ในอำนาจหน้าที่ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะดำเนินการได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ไม่ปรากฏว่ามีพยานหลักฐานที่เชื่อได้ว่าเจ้าหน้าที่ชุดจับกุมเป็นผู้นำทรัพย์สินของผู้ร้องไปโดยไม่บันทึกไว้ในบันทึกการตรวจยึดทรัพย์สิน ประกอบกับเห็นว่าหน้าที่สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดได้ทำการยึดทรัพย์สินของผู้ร้องไว้ เป็นการยึดโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติมาตรการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 การขอคืนทรัพย์สินที่ถูกยึดหรืออายัดดังกล่าวมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติขั้นตอนและวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงไม่อาจใช้อำนาจในการดำเนินการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ร้องให้ได้รับทรัพย์สินที่ถูกยึดได้ ซึ่งในกรณีนี้หากผู้ร้องเห็นว่าการยึดทรัพย์สินดังกล่าวไม่ถูกต้องก็สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้ ประกอบกับในกรณีนี้ได้พยายามติดต่อผู้ร้องเพื่อขอ

ทราบข้อมูลเพิ่มเติมแล้ว ทางโทรศัพท์หมายเลข 081-911XXXX ที่ผู้ร้องแจ้งไว้หลายครั้ง แต่ไม่สามารถติดต่อผู้ร้องได้

คณะกรรมการฯ พิจารณาทั้งสามประเด็นข้างต้นแล้วไม่พบการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด ทั้งนี้ สมควรแจ้งให้ผู้ร้องทราบด้วยว่าหากผู้ร้องเห็นว่าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้กระทำหรือละเลยการกระทำ เป็นเหตุให้ผู้ร้องได้รับความเสียหาย ก็สามารถใช้สิทธิในการนำเรื่องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ตามกระบวนการยุติธรรม

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาในคราวประชุม ครั้งที่ 13/2556 เมื่อวันที่ 10 เมษายน 2556 แล้วมีความเห็นว่า พิจารณาทั้งสามประเด็นข้างต้นแล้วไม่พบการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด ทั้งนี้ สมควรแจ้งให้ผู้ร้องทราบด้วยว่าหากผู้ร้องเห็นว่าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้กระทำหรือละเลยการกระทำ เป็นเหตุให้ผู้ร้องได้รับความเสียหาย ก็สามารถใช้สิทธิในการนำเรื่องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ตามกระบวนการยุติธรรม

33) คำร้องที่ 49/2558: กรณีการปฏิบัติอันมีลักษณะล่วงละเมิดทางเพศ โดยภาคเอกชน

ผู้ร้อง ร้องเรียนเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2558 ว่าผู้ร้องไปชมคอนเสิร์ต ณ เมืองทองธานี ระหว่างวันที่ 10-11 มกราคม 2558 โดยมีบริษัทเอกชนแห่งหนึ่ง เป็นผู้จัดคอนเสิร์ต ในวันที่มีการแสดงบริษัทได้กำหนดมาตรการในการตรวจค้นอาวุธและกล้องบันทึกภาพก่อนการเข้าชมคอนเสิร์ต ซึ่งลักษณะการตรวจค้นนั้น มีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ขายตรวจค้นกระเป๋าสัมภาระ เจ้าหน้าที่ผู้หญิงตรวจค้นร่างกาย ซึ่งการตรวจค้นดังกล่าวมีการใช้มือสัมผัสบริเวณหน้าอก อวัยวะเพศ และต้นขา โดยไม่มีการแจ้งล่วงหน้าว่าจะตรวจอะไรบ้าง เป็นลักษณะล่วงละเมิดทางเพศจึงขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่าเป็นประเด็น เกี่ยวกับ เรื่องสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย อันเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 257 (ที่บังคับใช้อยู่ขณะเกิดเหตุ) จึงเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการฯที่จะสามารถตรวจสอบได้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 3 และมาตรา 15

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี และความเสมอภาคของบุคคล และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พิจารณาแล้วปรากฏว่ากรณีกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายจากมาตรการตรวจค้นอาวุธและกล้องบันทึกภาพก่อนการเข้าชมคอนเสิร์ตนั้น บริษัทผู้จัดการแสดงไม่มีเจตนาละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้เข้าชมคอนเสิร์ต การตรวจค้นกระเป๋าเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เข้าชมคอนเสิร์ตให้ได้รับความปลอดภัยและไม่ให้กระทำความผิดกฎหมาย **แต่วิธีการตรวจค้นโดยใช้มือสัมผัสร่างกาย อาจส่งเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน** อย่างไรก็ตาม หลังจากมีกรณีร้องเรียน ทางบริษัทฯ ได้มีการปรับปรุงวิธีการตรวจค้นอาวุธและกล้องบันทึกภาพใหม่ ลดการใช้มือสัมผัสโดยการสวมถุงมือและมีการใช้เครื่องตรวจโลหะสแกนร่างกาย ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกร้องได้ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงแล้ว จึงเห็นควรยุติเรื่อง (รายงานผลการพิจารณาที่ 952/2558)

จากสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น จะได้นำไปวิเคราะห์ตามประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในบทที่ 4 ต่อไป นอกจากนี้ยังมีข้อพิจารณาว่า ผู้ร้องที่เห็นว่าตนเองไม่ได้รับความเป็นธรรมในมิติต่างๆ มักอ้างว่า “ถูกเลือกปฏิบัติ” จึงนำไปสู่การวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 ว่า กรณีข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ตามกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ อย่างไร

2.2 ข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาการเลือกปฏิบัติจากการรับฟังความคิดเห็น /การสัมภาษณ์ /การจัดประชุมกลุ่มย่อย

ในหัวข้อนี้ จะได้ชี้ให้เห็นสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในประเด็นต่างๆ จากการรับฟังความคิดเห็น /จากการสัมภาษณ์เชิงลึก / การประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) ซึ่งอาจสรุปประเด็นปัญหาได้ดังนี้

1) ปัญหาการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน

จากการสัมภาษณ์พบปัญหาการคุกคามทางเพศซึ่งเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติดังนี้

- ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่าในที่ทำงานมีปัญหาที่ผู้บังคับบัญชา เสนอจะให้การเลื่อนตำแหน่ง การสนับสนุนความก้าวหน้าในงาน เพื่อแลกกับการมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษหรือการล่วงละเมิดทางเพศกับพนักงานหญิง การที่พนักงานหญิงนั้นได้รับผลประโยชน์หรือความก้าวหน้าในการทำงานด้วยเหตุแห่งเพศก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อพนักงานเพศอื่น

- ผู้ให้ข้อมูลเป็นลูกจ้างหญิง ถูกเพื่อนร่วมงานในระดับอาวุโส (Senior) แต่ไม่ได้มีอำนาจบังคับบัญชาโดยตรง ชักชวนให้เป็นเพื่อนร่วมเครือข่ายสังคมออนไลน์ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการทำงาน ชักชวนไปเที่ยว เมื่อปฏิเสธก็มีการไปใส่ความกับเพื่อนร่วมงานคนอื่นในทางทำให้เธอเสื่อมเสียชื่อเสียง

- จากการสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลที่เป็นลูกจ้างภาคเอกชนพบว่า ในกิจการภาคเอกชนหลายแห่งไม่มีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน ไม่ปรากฏว่ามีข้อบังคับการทำงานในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ลูกจ้างในกิจการภาคเอกชนบางแห่งซึ่งเป็นบริษัทข้ามชาติให้ข้อมูลว่า บริษัทของตน มีนโยบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศที่ชัดเจน (Harassment Policy) โดยมีการกำหนดวิธีการร้องเรียนสำหรับลูกจ้างตลอดจนมีกระบวนการพิจารณาทางวินัยและการไกล่เกลี่ยภายในองค์กรด้วย

2) การกำหนดให้ระบุข้อมูลบางอย่างในใบสมัครงานซึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะ (Specification) หรือคุณสมบัติอันเป็นที่ต้องการพิเศษ (Preference) ในการประกาศรับสมัครงาน

ผู้ให้ข้อมูลแสดงความเห็นว่า “การสมัครงานออนไลน์ของผู้ให้บริการจัดหางาน โดยการกรอกแบบฟอร์มออนไลน์ มีการระบุให้กรอกข้อมูลส่วนตัวบางอย่างที่อาจทำให้ถูกเลือกปฏิบัติในการตัดสินใจจ้าง

งาน โดยผู้สมัครไม่สามารถเว้นว่างไว้ได้ หากเว้นว่างไว้ระบบจะกำหนดให้ต้องกรอกจึงจะผ่านไปดำเนินการขั้นตอนต่อไปได้”

“การสมัครงานโดยการกรอกใบสมัครที่เป็นเอกสาร มีการระบุให้กรอกข้อมูลส่วนตัวบางอย่าง ที่อาจทำให้ถูกเลือกปฏิบัติในการตัดสินใจจ้างงาน โดยผู้สมัครไม่สามารถเว้นว่างไว้ได้ หากเว้นว่างไว้ก็จะถูกเจ้าหน้าที่ที่ตรวจรับใบสมัครบอกให้กรอกให้ครบ”

“ข้อมูลที่ต้องให้ระบุในใบสมัครงานที่ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่าอาจทำให้ตนถูกเลือกปฏิบัติ เช่น ศาสนา ความเชื่อ สัญชาติของบิดามารดา สถานะภาพ การสมรส รายได้ รายได้ของครอบครัว”

“ใบสมัครงานกำหนดให้ต้องระบุ ศาสนา เชื้อชาติ สัญชาติ จะส่งผลให้เกิดการคัดเลือกโดยมีอคติเกี่ยวกับศาสนา เชื้อชาติ แทนที่จะคำนึงถึงความสามารถที่เกี่ยวกับงานนั้น”

“การกรอกเอกสารของหน่วยราชการที่ระบุ ศาสนา เชื้อชาติ สัญชาติ เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่”

“การรับสมัครงานโดยระบุเจาะจง สถาบันการศึกษา เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ หากไม่ระบุในใบสมัครแต่ใช้เหตุดังกล่าวมาเป็นปัจจัยในการคัดเลือกและตัดสินใจจ้าง จะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่”

การประกาศรับสมัครงานบางกรณีมีการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะ ซึ่งผู้ให้ข้อมูลเห็นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น สถาบันการศึกษา เพศ อายุ สภาพภายนอกของร่างกาย น้ำหนัก ส่วนสูง

กรณีนำเหตุต่างๆ ข้างต้นซึ่งเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยไม่ประกาศในการรับสมัครแต่ใช้เหตุเหล่านี้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณารับเข้าทำงาน

3) ปัญหาการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม”

ในประเด็นการบังคับให้ต้องไปตรวจสอบลายพิมพ์นิ้วมือเพื่อตรวจประวัติอาชญากรรมก่อนเข้าทำงาน ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า ประวัติอาชญากรรมมีความสำคัญและจำเป็นอย่างไรสำหรับการเข้าทำงาน การที่บุคคลเคยต้องโทษและได้พ้นโทษแล้ว ไม่สามารถมีโอกาสดูแลตัวเองเป็นคนดีและประกอบอาชีพสุจริตได้ อาจเป็นการผลักดันให้ต้องไปประกอบอาชีพไม่สุจริตอีก

ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่า “บริษัท xxx กำหนดห้ามผู้มีประวัติทำผิดอาญาเข้าทำงาน โดยไม่คำนึงว่าความผิดที่เคยทำนั้นเกี่ยวข้องกับตำแหน่งงานที่สมัครหรือไม่”

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

4) ปัญหาการใช้ถ้อยคำ การสื่อสาร ที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

ผู้ให้ข้อมูลถูกล้อเลียนเกี่ยวกับสภาพร่างกายจากเพื่อนร่วมงาน โดยการล้อเลียนเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้ชีวิต การรับประทานอาหาร เปรียบเทียบร่างกาย (รูปร่างอ้วน) กับสัตว์ชนิดต่างๆ ส่งตัวการ์ตูนสติ๊กเกอร์รูปสัตว์อ้วนมาล้อเลียน ทำให้รู้สึกลำบากใจในการทำงาน

ผู้ให้ข้อมูลเป็นคนสัญชาติไทย ทำงานอยู่ในองค์กรที่มีผู้ร่วมงานเป็นชาวต่างชาติเป็นส่วนใหญ่ จากคำพูดและพฤติกรรมของเพื่อนร่วมงานทำให้รู้สึกถูกดูหมิ่น ด้วยเหตุว่าเป็นคนไทย ในลักษณะภาพเหมารวม (Stereotype) ว่าผู้หญิงไทยมักจะต้องการมีความสัมพันธ์กับชายต่างชาติ

5) ปัญหาการให้นมบุตรในที่ทำงาน

การให้นมบุตรจากอกแม่ในสถานที่ทำงานมีปัญหาที่ได้จากการสัมภาษณ์ดังนี้

- สถานที่ทำงาน บางแห่งมีการจัดให้แม่ผู้ให้นมบุตรจากอกต้องออกจากบริเวณสำหรับบุคคลทั่วไป เพื่อไปให้นมบุตรจากอก ในบริเวณพื้นที่ซึ่งจัดไว้ให้เฉพาะ ซึ่งในบางกรณี สถานที่เฉพาะเช่นนี้อาจไม่มีสุขอนามัยที่เหมาะสม เช่น ห้องน้ำ เพียงเพราะผู้ดูแลสถานที่นั้นต้องการให้แม่ผู้ให้นมบุตรจากอกไปอยู่ที่ห่างไกลจากผู้คนทั่วไป

- สถานที่ทำงานบางแห่งมีนโยบายห้ามการให้นมบุตรในที่ทำงาน ทำให้เกิดความยุ่งยากลำบากแก่ลูกจ้างหญิงที่เป็นแม่และอยู่ระหว่างการให้นมบุตร

- สถานที่ทำงานบางแห่งไม่มีนโยบายที่ชัดเจนในประเด็นนี้ แต่ไม่มีการจัดเตรียมสถานที่ที่เหมาะสม ลูกจ้างหญิงที่เป็นแม่ผู้ให้นมบุตรและพาบุตรมาที่ทำงานด้วย จำต้องเก็บนมใส่ขวดแช่ตู้เย็นปะปนกับอาหารอื่นของเพื่อนร่วมงานในที่ทำงาน ผู้ให้ข้อมูลซึ่งเป็นเพื่อนร่วมงานรู้สึกว่าการจัดการดังกล่าวสร้างสภาวะแวดล้อมในการทำงานที่ไม่เหมาะสม

6) จากผลการรับฟังความคิดเห็น / จัดประชุมกลุ่มย่อย / และสัมภาษณ์ ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบุคคลหลากหลายทางเพศ สรุปสภาพปัญหาได้ดังนี้

- การใช้ถ้อยคำเรียกบุคคลหลากหลายทางเพศในลักษณะ ทำให้เกิดความเกลียดชัง กระตุ้นให้สาธารณชนแบ่งแยก ดูหมิ่น เช่น “ตุ๊ด แต้ว์ ทอม” โดยเฉพาะที่ปรากฏในการใช้ถ้อยคำของสื่อมวลชน และประชาชนที่สื่อสารข้อมูลออนไลน์ซึ่งเผยแพร่ในวงกว้าง

- ปัญหาการเข้าห้องน้ำ ยังไม่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนว่า บุคคลหลากหลายทางเพศจะเข้าใช้ห้องน้ำตามเพศกำเนิดหรือเพศที่แสดงออกในปัจจุบัน

- ปัญหาการเลือกปฏิบัติจากการใช้บริการบางอย่าง มีการกีดกันไม่ให้บริการแก่กลุ่มบุคคลหลากหลายทางเพศ

- ปัญหาการใช้คำนำหน้าบุคคลข้ามเพศ โดยหน่วยงานของรัฐและเอกชน ระบุคำนำหน้าตามเพศกำเนิด ทำให้บุคคลหลากหลายทางเพศรู้สึกว่าถูกประจาน เหยียดหยามและตีตรา เช่น ในการติดต่อหน่วยราชการมีการประกาศเรียกชื่อบุคคลหลากหลายทางเพศซึ่งแสดงออกเป็นหญิงว่า “นาย”

- ปัญหาการใช้ถ้อยคำเพื่อให้เกิดการดูหมิ่นเกลียดชัง (Hate speech) ในสื่อสังคมออนไลน์ พบว่ามีกรณีการสื่อสารข้อความที่อยู่บนพื้นฐานเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ สัญชาติ เป็นต้น

7) ประเด็นเกี่ยวกับการเกณฑ์ทหารมีผู้ให้ข้อมูลจากการรับฟังความคิดเห็นที่สรุปได้ดังนี้

ผู้ให้ข้อมูลรายหนึ่งให้ความเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันและเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง เป็นการมองว่าผู้หญิงมีความด้อยกว่าผู้ชาย ทั้งที่ผู้หญิงสามารถเป็นทหารอาชีพได้ สามารถเป็นนักศึกษาวิชาทหารได้ ปัจจุบันมีกฎหมายให้สิทธิเท่าเทียมกันต่อผู้หญิงหลายฉบับแต่กฎหมายเกณฑ์ทหารยังไม่กำหนดหน้าที่ของหญิงให้เท่าเทียมกับชาย นอกจากนี้ การเกณฑ์ทหารหญิงก็ไม่จำเป็นต้องให้ฝึกเหมือนกับผู้ชายทุกประการ โดยอาจให้ทำหน้าที่อื่นๆในกองทัพที่เหมาะสมกับสภาพร่างกายของทหารหญิงก็ได้ แต่การกำหนดหลักตติสทธิผู้หญิงตั้งแต่แรกนั้นเป็นการไม่เท่าเทียมกัน”

ผู้ให้ข้อมูลรายหนึ่งให้ความเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารไม่คำนึงถึงความเชื่อทางศาสนาหรือความเชื่อต่อชีวิต บางคนไม่เห็นด้วยกับการใช้กำลังและความรุนแรง ทำไมไม่มีการให้ทางเลือกอื่นในการบริการสังคมหรือทำงานในภาครัฐที่ไม่ใช้กำลังแทนการเกณฑ์ทหาร”

ผู้ให้ข้อมูลรายหนึ่งให้ความเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารเลือกปฏิบัติเพราะยกเว้นให้กับคนต่างชาติที่เปลี่ยนมาเป็นคนไทย เมื่อเป็นคนไทยแล้วก็ควรมีหน้าที่เช่นเดียวกับคนไทยอื่นๆ ในปัจจุบันมีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นคนไทยโดยการแต่งงานและประกอบอาชีพในประเทศไทยมากมายและจะมากขึ้นเรื่อยๆเมื่อเปิดอาเซียน บุคคลเหล่านี้จึงเป็นผู้ได้รับสิทธิพิเศษ ไม่ต้องมีหน้าที่เกณฑ์ทหาร”

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

8) จากการจัดประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) เรื่อง “ปรากฏการณ์ตุ๊กตาลูกเทพกับการสื่อสารที่ให้เกิดความเกลียดชัง” นั้น ผู้วิจัยพบว่า มีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องอันสรุปได้ดังนี้

- ผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพบางราย ที่เคย อัปเดตัส ขึ้นรูปโพรไฟล์น้องตุ๊กตาหรือตัวเองคู่กับตุ๊กตา ให้ข้อมูลว่า “เริ่มมีอาการไม่กล้าโพสต์ เพราะอายที่จะถูกเพื่อนในเครือข่ายมองว่า “ไร้สติ” หรือกระทั่ง “บ้า”

นอกจากนี้ยังให้ข้อมูลว่า “มีคนสร้างเพจสำหรับการ “ต่อต้าน” ตุ๊กตาลูกเทพ ขึ้นมาโดยเฉพาะ มีภาพล้อเลียน เสียดสี ด่าทอ แสดงความไม่พอใจต่อฝ่ายนิยมตุ๊กตาลูกเทพ”

- ผู้ให้ข้อมูลที่เคยนำตุ๊กตาลูกเทพไปในที่สาธารณะด้วย รู้สึกไม่สบายใจ และเกิดความอับอายจากการถูกคนในสังคมใช้กิริยาอาการหรือคำพูดในลักษณะดูหมิ่นเหยียดหยามหรือเกลียดชัง บางรายกล่าวว่ารู้สึกอายและเลิกการนำตุ๊กตาติดตัวไปในที่สาธารณะ

- ผู้ให้ข้อมูลเป็นนักศึกษาระดับปริญญาโทในมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งให้ข้อมูลว่า อาจารย์ผู้สอนได้ประกาศว่า “ถ้านักศึกษาคนไหนนำตุ๊กตาลูกเทพมาเรียน จะไม่อนุญาตให้เข้าชั้นเรียน โปรดทำตัวให้เหมาะสมกับผู้มีการศึกษา”

- ผู้ให้ข้อมูลกลุ่มหนึ่งซึ่งผู้มีงานอดิเรกในสะสมตุ๊กตา ให้ข้อมูลซึ่งสรุปได้ว่า “ถูกเหมารวมว่าตุ๊กตาสะสมเป็นตุ๊กตาลูกเทพและได้รับการปฏิบัติจากบุคคลต่างๆในที่สาธารณะในลักษณะของการดูถูก การใช้

ถ้อยคำดูถูก การปฏิเสธบริการ นอกจากนี้ในการสื่อสารข้อมูลระหว่างกลุ่มผู้สะสมตุ๊กตาที่เคยโพสต์อย่างเปิดเผยก็ต้องปรับเปลี่ยนลดการโพสต์ในหน้าสาธารณะลงเหลือเพียงในกลุ่มปิด เพราะเกิดการดูถูกจากบุคคลอื่นในสังคมออนไลน์”

- เนื้อหาคำพูด ถ้อยคำ หรือการสื่อสารเกี่ยวกับตุ๊กตาตุ๊กเทพที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง มีหลากหลาย เช่น “การอุมตุ๊กตาตุ๊กเทพเป็นสิ่งดี เพราะทำให้แยกได้ระหว่าง คนดี กับคนบ้า ” “พวกชอบตุ๊กตาตุ๊กเทพเป็นคนไร้สติ มงาย เบาทัฒญา ไร้การศึษา”

นอกจากในระดับการสื่อสารของบุคคลทั่วไปแล้ว ผู้ให้ข้อมูลยังกล่าวว่า ได้รับการปฏิเสธบริการบางอย่าง เช่น ร้านอาหาร สถานที่พักบางแห่ง ประกาศนโยบายไม่ให้บริการกับลูกค้าที่นำตุ๊กตาตุ๊กเทพเข้ามาในประกาศเหล่านั้น บางประกาศมีถ้อยคำแสดงความเกลียดชังหรือดูถูก เช่น เรียกว่า “ตุ๊กตาผี” หรือใช้คำในทำนองประชดประชัน เช่น “ไม่สนับสนุนความมงายไร้สติ” “ไม่สนับสนุนตัวอย่างไม่ดีแก่เยาวชน” เป็นต้น

- ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่า “การสื่อสารที่แสดงความดูหมิ่น เกลียดชัง ผู้ชอบตุ๊กตาตุ๊กเทพ เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนที่มีความชื่นชอบ รสนิยม ความเชื่อ ที่แตกต่างกัน” “การสื่อสารแสดงความเกลียดชังเป็นการตีตราถึงความมงาย และแบ่งแยกคนในสังคมตามความเชื่อที่แตกต่างกัน” ผู้ให้ข้อมูลบางรายกล่าวว่า “ถึงแม้ความชื่นชอบตุ๊กตาตุ๊กเทพ ไม่ถูกต้องตามหลักศาสนาพุทธ หรืออาจไม่อยู่ในศาสนาใด แต่ก็เป็สิทธิในความเชื่ออย่างหนึ่ง”

9) ประเด็นปัญหาอื่นๆ

- ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่า “การที่ธนาคารแห่งหนึ่งให้อัตราดอกเบี้ยเงินฝากสำหรับบัญชีที่เปิดทางระบบอิเล็กทรอนิกส์สูงกว่า บัญชีที่เปิดตามระบบปกติ ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับบุคคลที่ไม่ใช้อินเทอร์เน็ตแบงก์กิ้ง”

- ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่า “ข้าพเจ้า xx ได้ซื้อบ้านโดยยื่นกู้กับธนาคาร xx ซึ่งทางธนาคารได้ยื่นข้อเสนอเพิ่มเติมในส่วนของการทำประกันชีวิตเพื่อได้สิทธิในส่วนลดดอกเบี้ยบ้านในปีแรก ซึ่งข้าพเจ้าตกลงทำประกันชีวิตดังกล่าว โดยทางธนาคารเป็นผู้เลือกบริษัทประกันชีวิตเอง ทั้งนี้ในตอนแรกข้าพเจ้าได้ให้ข้อมูลโดยระบุที่อาศัยตามบัตรประชาชน คือ จังหวัดระยอง และต่อมาได้รับการแจ้งกลับจากทางธนาคารว่า ทางบริษัทประกัน xx นั้นมีข้อกำหนดว่า จังหวัดที่จัดเป็นจังหวัดในกลุ่มเสี่ยง ซึ่งรวมถึง จ.ระยอง ผู้ทำประกันจะต้องตรวจโรคสำคัญ (เช่น เอ็ดส์) ก่อนการพิจารณาอนุมัติ ทั้งนี้ข้าพเจ้าจึงต้องเปลี่ยนข้อมูลที่อยู่ใหม่ โดยระบุเป็นที่อยู่ในกรุงเทพฯ แทน ทำให้ข้าพเจ้าไม่ต้องไปตรวจเอ็ดส์ ในกรณีนี้ข้าพเจ้าถือว่าบริษัทประกันดังกล่าวเลือกปฏิบัติต่อข้าพเจ้ารวมถึง บุคคลอื่นๆที่ทางบริษัทประกันระบุว่าอาศัยอยู่ในจังหวัดกลุ่มเสี่ยง โดยไม่ ได้คำนึง life style ของแต่ละบุคคล แต่เหมารวมว่าทุกคนที่อยู่ในบางพื้นที่มีโอกาสเป็นเอ็ดส์มากกว่าในบางพื้นที่”

- ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่า การที่ลูกจ้างที่ไม่ใช้โปรแกรมประยุกต์ไลน์ (LINE Application) ในการสื่อสาร ไม่เข้ากลุ่มกับนายจ้าง ทำให้ถูกเลือกปฏิบัติในการก้าวหน้า ได้รับการปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าลูกจ้างอื่นที่เข้ากลุ่ม

- ผู้ให้ข้อมูลในการสนทนากลุ่มกล่าวว่า “องค์กรภาครัฐแห่งหนึ่ง ผู้บริหารจบการศึกษามาจากโรงเรียนมัธยมแห่งหนึ่ง ซึ่งในการแต่งตั้งตำแหน่งบริหาร กรรมการชุดต่างๆ มักเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับผู้จบการศึกษาจากโรงเรียนมัธยมแห่งนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้จบจากโรงเรียนมัธยมอื่นๆ ที่มีวิทยฐานะเช่นเดียวกัน”

- ผู้ให้ข้อมูลจากการสนทนากลุ่ม กล่าวว่า “ชายและหญิงเท่าเทียมกัน ทำไมตามห้างยังต้องมีที่จอดรถสำหรับผู้หญิง” ผู้ให้ข้อมูลอีกท่านหนึ่งเห็นแย้งว่า “เป็นการช่วยให้ผู้หญิงปลอดภัยเพราะอยู่ในที่ใกล้ ไม่ห่างไกลและมี รปภ. ดูแลเป็นพิเศษ”

- ผู้ให้ข้อมูลจากการสนทนากลุ่ม ให้ข้อมูลว่า “ร้านนวดบางแห่งไม่ให้บริการแก่คนไทย ให้บริการเฉพาะนักท่องเที่ยวจีน /เกาหลี เท่านั้น”

- ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่า “โปรโมชั่นสิทธิพิเศษของร้านอาหารที่ให้สิทธิเฉพาะผู้หญิงเป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศ”

- ผู้ให้ข้อมูลแสดงความคิดเห็นว่า “การกระทำบางอย่างมีลักษณะเหมือนกันแต่มีกฎหมายลงโทษแตกต่างกัน เช่น การหมิ่นประมาทผู้อื่นด้วยเนื้อหาเช่นเดียวกัน หากกระทำผ่านระบบคอมพิวเตอร์จะได้รับโทษหนักกว่าและยอมความไม่ได้”

- ผู้ให้ข้อมูลกล่าวว่า “เจ้าหน้าที่สำนักงานเขตบางแห่ง ไม่ถาม ผู้มาขอทำบัตรประชาชน และไม่แจ้งสิทธิว่า สามารถระบุศาสนาหรือไม่ก็ได้ ทำให้ประชาชนไม่ทราบสิทธิของตน” ผู้ให้ข้อมูลอีกคนหนึ่งกล่าวว่า “ประสงค์จะระบุศาสนา หรือลัทธิบางอย่าง ลงไปบนบัตร ซึ่งไม่ใช่ศาสนากระแสหลัก แต่เจ้าหน้าที่ไม่ให้ระบุ”

- มัคคุเทศก์ชาวไทย ผู้ให้ข้อมูล เห็นว่า คนจีนมาแย่งงานและฝ่าฝืนกฎหมาย มีข้อคำถามถึงความชอบด้วยกฎหมายในการที่มัคคุเทศก์สัญชาติจีนเหล่านั้นสามารถได้รับใบอนุญาตได้อย่างไร มีสถาบันการศึกษาหลายแห่งของไทยที่ออกประกาศนียบัตรให้คนต่างชาติเหล่านั้น (ผู้วิจัย: สำหรับประเด็นเกี่ยวกับปัญหากฎหมายของมัคคุเทศก์ดังกล่าวไม่อยู่ในขอบเขตของการวิจัยนี้ แต่ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ชี้ให้เห็นถึงทัศนคติและความรู้สึกที่ไม่พอใจต่อชาวต่างชาติ กรณีนี้อาจนำไปสู่ปัญหาความเกลียดคนต่างชาติ (Xenophobia) ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับการสื่อสารแสดงความเกลียดชัง (Hate Speech))

- ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า การที่องค์กรภาครัฐและภาคเอกชนมีโครงการพัฒนาคุณธรรม โดยให้ปฏิบัติธรรมตามวัดของศาสนาพุทธ เป็นการเลือกปฏิบัติกับบุคคลากรที่นับถือศาสนาอื่น หรือไม่มีศาสนาหรือไม่

- ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า สถานศึกษามีโครงการปฏิบัติธรรม โดยให้ไปปฏิบัติธรรมตามวัดของศาสนาพุทธ เป็นการเลือกปฏิบัติกับนักเรียนนักศึกษาที่นับถือศาสนาอื่น หรือไม่มีศาสนาหรือไม่

- ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า องค์กรที่จัดตั้งเป็นมูลนิธิ เปิดรับรักษาผู้ป่วยเช่นเดียวกับโรงพยาบาล บางองค์กรถูกดำเนินคดีเนื่องจากเปิดสถานพยาบาลโดยไม่ชอบ แต่บางองค์กรทำไมไม่ถูกดำเนินคดี เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่

- การใช้คำนำหน้านามที่บ่งระบุอาชีพ เป็นการเลือกปฏิบัติ หรือไม่ การใช้คำนำหน้านามของอาชีพบางอย่าง เป็นการเลือกปฏิบัติต่อการใช้คำนำหน้านามอาชีพอื่นๆ เช่น คำนำหน้านามของข้าราชการทหาร

ตำรวจ สามารถระบุในเอกสารราชการได้ หากเปรียบเทียบกับข้าราชการพลเรือน หรืออาชีพอื่นๆ ไม่สามารถระบุในเอกสารราชการได้ เช่น นายแพทย์ แพทย์หญิง ทนายความ

- ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า “การกำหนดค่านำหน้านามที่เกี่ยวข้องกับเพศ เป็นการแบ่งแยกบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ มีความจำเป็นใดที่ต้องระบุค่านำหน้านามบุคคล ” ผู้ให้ข้อมูลตั้งคำถามว่า ภาครัฐสามารถกำหนดให้ใช้คำว่า “คุณ” ให้เท่าเทียมทุกคนได้หรือไม่

จากสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น จะได้นำไปวิเคราะห์ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนตามประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในบทที่ 4 ต่อไป

บทที่ 3

กรอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ในบทนี้จะได้ชี้ให้เห็นหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามเพื่อเป็นกรอบในการวิเคราะห์สำหรับบทที่ 4 ในประเด็นต่างๆต่อไป

สำหรับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องนี้ จะเริ่มจากการชี้ให้เห็นถึงหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอันปรากฏในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนฉบับต่างๆโดยจะเน้นเฉพาะหลักที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ จากนั้นจะชี้ให้เห็นหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคจากความตกลงต่างๆที่เกี่ยวข้องในระดับภูมิภาค เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะได้ชี้ให้เห็นหลักกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง จากนั้นจะทำการศึกษาคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองโดยคัดเลือกมาเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ

หลักกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายไทย และแนวคำพิพากษาดังกล่าวมานี้ จะได้นำมาเป็นกรอบสำหรับการวิเคราะห์ประเด็นต่างๆเกี่ยวกับความเท่าเทียมและการห้ามเลือกปฏิบัติในบทที่ 4 ต่อไป

3.1 กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้กรอบของสหประชาชาติซึ่งประกอบด้วยสนธิสัญญาหลัก 9 ฉบับ ซึ่งจะชี้ให้เห็นเฉพาะในส่วนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประกอบด้วยวรรคอารัมภบท และบทบัญญัติ 53 ข้อ สำหรับหลักความเท่าเทียมกันสะท้อนให้เห็นตั้งแต่ใน **วรรคอารัมภบท** “พิจารณาว่าตามหลักการที่ได้ประกาศไว้ในกฎบัตรสหประชาชาตินั้น การยอมรับในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดและสิทธิที่เท่าเทียมกันและไม่อาจเพิกถอนได้ (Equal and inalienable rights) ของสมาชิกทั้งปวงของมวลมนุษยชาตินั้นเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และ สันติธรรมในโลก ” ซึ่งมีหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมและการห้ามเลือกปฏิบัติมีดังต่อไปนี้

ข้อ 3

รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี ในการที่จะอุปโภคสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองทั้งปวงที่ได้ระบุไว้ในกติกานี้

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 14

ข้อ 1. ย่อย บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันในการพิจารณาของศาลและคณะตุลาการ ในการพิจารณาคดีอาญาซึ่งตนต้องหาว่ากระทำความผิด หรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย มีอำนาจ มีความเป็นอิสระ และเป็นกลาง สื่อมวลชนและสาธารณชนอาจถูกห้ามเข้าฟังการพิจารณาคดีทั้งหมดหรือบางส่วนก็ด้วยเหตุผลทางศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือความมั่นคงของชาติในสังคมประชาธิปไตยหรือเพื่อความจำเป็นเกี่ยวกับส่วนได้เสียในเรื่องชีวิตส่วนตัวของคู่กรณี หรือในสภาพการณ์พิเศษซึ่งศาลเห็นว่าจำเป็นอย่างยิ่ง เมื่อการพิจารณาโดยเปิดเผยนั้นอาจเป็นการเสื่อมเสียต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม แต่คำพิพากษาในคดีอาญา หรือคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีอื่นต้องเปิดเผยเว้นแต่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของเด็กและเยาวชน 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 26

บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจึ่งจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น

เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ

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 27 กันยายน 2539

2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - ICESCR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมประกอบด้วย วรคอาร์มภท และบทบัญญัติ 31 ข้อ แบ่งเป็น 5 ส่วน **วรคอาร์มภท** มีสาระคล้ายคลึงกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองหลักสำคัญของกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ได้แก่การกล่าวถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Right of Self - Determination) กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่จะดำเนินการมาตรการต่างๆ ตั้งแต่การเคารพคุ้มครอง ส่งเสริม ความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรี โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยัง กล่าวถึงสาระของสิทธิ ได้แก่ สิทธิในการทำงานและมีเงื่อนไขการทำงานที่เหมาะสมเป็นธรรม สิทธิที่จะก่อตั้งสหภาพแรงงาน และสิทธิที่จะหยุดงาน สิทธิที่จะได้รับสวัสดิการและการประกันด้านสังคม การคุ้มครองและช่วยเหลือครอบครัว สิทธิที่จะมีมาตรฐานชีวิตที่ดีพอเพียง สิทธิที่จะมีสุขภาพด้านกายและใจที่ดีที่สุดที่เป็นไปได้ สิทธิในการศึกษา สิทธิในวัฒนธรรมและประโยชน์จากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะดังนี้

ข้อ 2

ข้อ 2 ย่อย รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้ปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ เรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สินกำเนิดหรือสถานะอื่น

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 3

รัฐภาคีแห่งกติกาที่รับที่จะประกันสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีในการจะอุปโภคสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมทั้งปวง ดังที่ระบุไว้ในกติกา

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 6 กันยายน 2542

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

วัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญานี้ คือการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ รวมทั้งการประกันว่าสตรีและบุรุษมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติและดูแลจากรัฐอย่างเสมอภาคกัน โดยมีจำกัดความของคำว่าเลือกปฏิบัติต่อสตรี (Discrimination Against Women) หลักสำคัญของอนุสัญญานี้มีเช่น

- กล่าวถึงความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีในด้านการเมืองและการดำรงชีวิต (Public Life) ทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ เช่น สิทธิในการเลือกตั้ง การสนับสนุนให้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญ ความเท่าเทียมกันในกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ และการศึกษา

- กล่าวถึงการที่สตรีจะได้รับการดูแลทางเศรษฐกิจโดยได้รับความเท่าเทียมกันในด้านสิทธิและโอกาสที่จะได้รับการจ้างงานและสิทธิด้านแรงงาน รวมถึงการป้องกันความรุนแรงต่อสตรีในสถานที่ทำงาน ความเท่าเทียมกันในการเข้าถึงบริการด้านสุขภาพโดยเฉพาะสตรีมีครรภ์และหลังคลอดบุตร การที่รัฐภาคีจะประกันความเป็นอิสระของสตรีด้านการเงินและความมั่นคงด้านสังคมและการให้ความสำคัญแก่สตรีในชนบท ทั้งในด้านแรงงานและความเป็นอยู่

- กล่าวถึงความเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีในด้านกฎหมายโดยเฉพาะในด้านกฎหมายแพ่งและกฎหมายครอบครัว ซึ่งเป็นการประกันความเท่าเทียมกันในชีวิตส่วนบุคคล

สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะดังนี้

ข้อ 1

เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี” จะหมายถึงการแบ่งแยก การกีดกันหรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสีย การยอมรับการได้อุปโภคหรือการใช้สิทธิโดยสตรีโดยไม่เลือกสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในด้านการเมืองเศรษฐกิจสังคมวัฒนธรรมพลเมืองหรือด้านอื่นๆ

Article I

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 2

รัฐภาคีทั้งหลายขอประณามการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ตกลงที่จะติดตามนโยบายเกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีโดยวิธีที่เหมาะสมทุกประการและโดยไม่ชักช้า และเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายนี้ ตกลงที่จะ

(ก) บรรจุหลักการของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งชาติของตนหรือในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เหมาะสมอื่นๆ ถ้าหากว่ายังไม่รวมเข้าไว้ในรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติเหล่านั้น และประกันที่จะให้มีการปฏิบัติตามหลักการนี้ โดยทางกฎหมายและวิธีการที่เหมาะสมอื่นๆ

(ข) กำหนดมาตรการด้านนิติบัญญัติและอื่นๆ ที่เหมาะสม รวมทั้งข้อบังคับเมื่อเห็นเหมาะสม ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งมวลต่อสตรี

(ค) จัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายซึ่งสิทธิของสตรีบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกันกับบุรุษ และรับประกันในการคุ้มครองสตรีอย่างมีประสิทธิภาพต่อการเลือกปฏิบัติใดๆ โดยผ่านศาลยุติธรรมแห่งชาติที่มีอำนาจและสถาบันรัฐบาลอื่นๆ

(ง) งดเว้นจากการเข้าไปพัวพันในการกระทำหรือการปฏิบัติใดๆ เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อสตรี และรับประกันว่าเจ้าหน้าที่และสถาบันของรัฐจะปฏิบัติโดยสอดคล้องกับข้อผูกพันนี้

(จ) ใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีโดยบุคคล องค์กรหรือวิสาหกิจใดๆ

(ฉ) ใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง รวมทั้งการออกกฎหมาย เพื่อเปลี่ยนแปลงหรือ ล้มเลิกกฎหมาย ข้อบังคับ 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 4

1. การที่รัฐภาคีออกมาตรการพิเศษชั่วคราว ซึ่งมุ่งที่จะเร่งรัดให้มีความเสมอภาคที่แท้จริงระหว่างบุรุษและสตรี จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามที่ได้นิยามความหมายไว้ในอนุสัญญาฉบับปัจจุบัน แต่จะโดยประการใดก็ตามไม่ต้องการคงมาตรฐานอันไม่เสมอภาค หรือแบ่งแยกไว้ในฐานะเป็นผลที่ตามมาตราการเหล่านี้จะสิ้นสุดเมื่อได้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของความเสมอภาคของโอกาสและการปฏิบัติ

2. 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 7

รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกประการ เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านที่เกี่ยวกับการเมืองและทั่วๆ ไปของประเทศ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งจะให้ประกันแก่สตรีภายใต้เงื่อนไขแห่งความเสมอภาคกับบุรุษซึ่งสิทธิ

(ก) ที่จะออกเสียงในการเลือกตั้งและลงประชามติทั้งปวง และมีสิทธิที่จะได้รับเลือกตั้งเข้าไปในองค์กรที่มีการเลือกตั้งอย่างเปิดเผยทั้งหมด

(ข) ที่จะเข้าร่วมในการวางแผนนโยบายของรัฐบาลและดำเนินการตามนโยบายนั้น และในการรับตำแหน่งราชการและปฏิบัติหน้าที่ราชการในทุกๆ ระดับของรัฐบาล

(ค) ที่จะเข้าร่วมในองค์กรและสมาคมที่ไม่ได้เป็นของรัฐบาลที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ทั่วๆ 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 8

รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง เพื่อให้ประกันแก่สตรีภายใต้เงื่อนไขแห่งความเสมอภาคกับบุรุษและโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใดๆ ซึ่งโอกาสที่จะเป็นผู้แทนรัฐบาลของตนในระดับระหว่างประเทศ และเข้าร่วมในงานขององค์กรระหว่างประเทศ

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 10

รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่างเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี เพื่อที่จะให้ประกันแก่สตรีทั้งหลายซึ่งสิทธิอันเสมอภาคกันกับบุรุษในด้านการศึกษา และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อประกันบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคของบุรุษและสตรี

(ก) เงื่อนไขเดียวกันสำหรับอาชีพและการแนะแนวอาชีพ สำหรับการมีโอกาสเข้าศึกษา และสำหรับการได้รับวุฒิปัตร์ในสถาบันการศึกษาทุกประเภททั้งในเขตชนบทและเขตเมือง ความเสมอภาคนี้จะได้รับการประกันในการศึกษาก่อนเข้าโรงเรียน การศึกษาทั่วไป การศึกษาเทคนิค การศึกษาอาชีพ และการศึกษาเทคนิคขั้นสูง รวมทั้งการฝึกฝนด้านอาชีพทุกแบบ

(ข) โอกาสที่จะเข้าเรียนในหลักสูตรเดียวกัน การสอบชนิดเดียวกัน คณาจารย์สอนที่มีคุณสมบัติได้มาตรฐานเดียวกัน พร้อมทั้งมีอาณาบริเวณของโรงเรียนและอุปกรณ์ที่มีคุณภาพชนิดเดียวกัน

(ค) การจัดแนวความคิดแบบเก่าเกี่ยวกับบทบาทของบุรุษและสตรีในทุกๆ ระดับ และทุกรูปแบบของการศึกษา โดยการกระตุ้นให้มีสหศึกษาและแบบอื่นๆ ของการศึกษา ซึ่งจะช่วยให้บรรลุเป้าหมายนี้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยการทบทวนตำราและโครงการต่างๆ ของโรงเรียน และการดัดแปลงวิธีการสอน

(ง) โอกาสเท่ากันที่จะได้ประโยชน์จากทุนการศึกษาและเงินช่วยเหลือทางการศึกษาอื่นๆ

(จ) โอกาสเท่ากันที่จะได้เข้าร่วมโครงการต่างๆ เกี่ยวกับการศึกษาต่อเนื่อง รวมทั้งโครงการศึกษาผู้ใหญ่ และโครงการรณรงค์ให้รู้หนังสือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงการที่มุ่งจะลดช่องว่างในการศึกษาที่มีอยู่ระหว่างบุรุษและสตรี ภายในระยะเวลาที่เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

(ฉ) การลดอัตราการออกจากโรงเรียนของนักศึกษาหญิง และการจัดโครงการต่างๆ 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 11

1. รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านการจ้างงาน เพื่อที่จะประกันสิทธิอย่างเดียวกันบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

(ก) สิทธิที่จะทำงานในฐานะเป็นสิทธิอันจะพึงแบ่งแยกมิได้ของมนุษย์ทั้งปวง

(ข) สิทธิในโอกาสที่จะได้รับการจ้างงานชนิดเดียวกัน รวมทั้งการใช้หลักเกณฑ์ในการคัดเลือกเดียวกันในเรื่องของการจ้างงาน

(ค) สิทธิในการเลือกอาชีพและการทำงานได้อย่างเสรี สิทธิในการได้เลื่อนตำแหน่ง ความปลอดภัยในการทำงาน และผลประโยชน์ รวมทั้งเงื่อนไขเกี่ยวกับการบริการทั้งปวง และสิทธิที่จะได้รับการฝึก และการฝึกเข้าด้านอาชีพ รวมทั้งภาวะการเป็นผู้ฝึกงาน การฝึก และการฝึกเข้าด้านอาชีพในระดับสูง

(ง) สิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนเท่าเทียมกัน รวมทั้งผลประโยชน์และสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เสมอภาคกันเกี่ยวกับงานที่มีคุณค่าเท่าเทียมกัน รวมทั้งความเสมอภาคของการปฏิบัติในการวัดผลคุณภาพของงาน

(จ) สิทธิที่จะได้รับประกันสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการเกษียณอายุ การตกงาน การป่วย การทุพพลภาพและวัยชรา และการหมดสมรรถนะที่จะทำงานอื่นๆ รวมถึงสิทธิในการได้รับเงินค่าจ้างขณะพักงาน

(ฉ) สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองสุขภาพและความปลอดภัยในสภาพการทำงานต่างๆ รวมทั้งการให้ความคุ้มครองในการทำหน้าที่ด้านการมีบุตรสืบพันธุ์

2. เพื่อที่จะป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อสตรีด้วยเหตุผลอื่นเนื่องมาจากการแต่งงานหรือความเป็นเพศมารดา และเพื่อประกันสิทธิอันแท้จริงของสตรีในการทำงาน รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสม

(ก) เพื่อห้ามภายใต้การบังคับใช้ของข้อห้ามต่างๆ ไม่ให้มีการปลดเพราะเหตุแห่งการตั้งครรภ์ หรือเพราะการลาคลอดบุตร และการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของสถานภาพในการแต่งงาน

(ข) เพื่อริเริ่มให้มีการลาคลอดบุตรโดยได้รับค่าจ้าง หรือได้ผลประโยชน์ทางสังคมที่เปรียบเทียบได้โดยไม่สูญเสียการงานเดิม อาวุโสในการทำงานหรือเงินช่วยเหลือทางสังคม

(ค) เพื่อกระตุ้นให้มีบริการสังคมอันเป็นตัวสนับสนุนที่จำเป็น เพื่อที่จะช่วยให้บิดามารดาสามารถรวบรวมข้อผูกพันทางครอบครัวเข้ากับควมรับผิดชอบในการทำงานและการเข้าร่วมในกิจการสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยการส่งเสริมให้มีการจัดตั้งและพัฒนาขอบข่ายของสวัสดิการด้านการเลี้ยงดูเด็ก

(ง) ให้มีการคุ้มครองเป็นพิเศษแก่สตรีที่อยู่ระหว่างตั้งครรภ์ ในการทำงานทุกรูปแบบที่มีแนวโน้มว่าจะเป็นอันตรายต่อสตรีเหล่านั้น

3. บทบัญญัติของกฎหมายด้านการคุ้มครองที่เกี่ยวกับเรื่องต่างๆ 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 12

1. รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านการรักษาสุขภาพ เพื่อประกันการมีโอกาสดำเนินการบริการในการรักษาสุขภาพ รวมทั้งบริการที่เกี่ยวข้องกับการวางแผนครอบครัว บนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรี

2. ทั้งๆ ที่มีบทบัญญัติในวรรค 1 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 13

รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านอื่นๆ ของการเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจและสังคม เพื่อที่จะให้ได้สิทธิอย่างเดียวกันบนพื้นฐานของความเสมอภาคระหว่างบุรุษและสตรี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

- (ก) สิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์ด้านครอบครัว
- (ข) สิทธิที่จะได้กู้ยืมจากธนาคาร การจ้างงาน และสินเชื่อด้านการเงินในรูปแบบอื่นๆ
- (ค) สิทธิที่จะเข้าร่วมในกิจกรรมนันทนาการ การกีฬา และเรื่องต่างๆ 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 8 กันยายน 2528

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

อนุสัญญาว่าด้วยเด็กประกอบด้วยบทบัญญัติ 54 ข้อ โดยเนื้อหาที่เกี่ยวกับสิทธิของเด็กโดยตรงนั้น มุ่งเน้นหลักพื้นฐาน ที่สำคัญคือ

- การห้ามเลือกปฏิบัติต่อเด็กและการให้ความสำคัญแก่เด็กทุกคนเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของเด็ก ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิด หรือสถานะอื่นๆ ของเด็ก หรือบิดามารดา หรือผู้ปกครองทางกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กมีโอกาสที่เท่าเทียมกัน

- การกระทำการหรือการดำเนินการทั้งหลายต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก
 - สิทธิในการมีชีวิต การอยู่รอด และการพัฒนาทางด้านจิตใจ อารมณ์ สังคม
 - สิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็ก และการให้ความสำคัญกับความคิด เหล่านั้น
- สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะดังนี้

ข้อ 2

1. ย่อยรัฐภาคี จะเคารพและประกันสิทธิตามที่ กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ แก่ เด็กแต่ ละคนที่อยู่ใน เขตอำนาจของตน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าชนิดใดๆ โดยไม่คำนึงถึง เชื้อชาติ สีผิว เพศภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความ พหุพลภาพ การเกิด หรือสถานะอื่นๆ ของเด็ก หรือบิดา มารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย

2. ย่อย รัฐภาคี จะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง เพื่อที่จะประกันว่าเด็กได้รับการคุ้มครอง จากการเลือกปฏิบัติ หรือการลงโทษในทุกรูปแบบบนพื้นฐานของสถานภาพ กิจกรรมความคิดเห็นที่ แสดงออกหรือ ความเชื่อของบิดา 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 27 มีนาคม 2535

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

อนุสัญญานี้ กำหนดหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติว่า “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” หมายถึง การจำแนกการกีดกันการจำกัดหรือการเลือกโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติสีผิวเชื้อสายหรือชาติกำเนิด หรือเผ่าพันธุ์กำเนิดซึ่งมีเจตนาหรือมีผลให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้น พื้นฐานของบุคคลในด้านการเมืองเศรษฐกิจสังคมวัฒนธรรมและในด้านอื่นๆของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล

สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะดังนี้

ข้อ 1

1. ในอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ”จะหมายถึง การจำแนก การกีดกัน การ จำกัด หรือการเลือก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ซึ่ง

มีเจตนาหรือมีผลให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่นๆ 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 2

1. รัฐภาคีประณามการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และจะจัดให้มีนโยบายที่จะขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ และส่งเสริมความเข้าใจระหว่างชนทุกเชื้อชาติโดยวิธีการที่เหมาะสมและไม่รีรอ และเพื่อการนี้

(ก) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะไม่ กระทำการใดๆ ที่จะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล กลุ่มบุคคล หรือสถาบัน และจะประกันว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกคน และสถาบันของรัฐทุกแห่ง ทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น จะปฏิบัติตามพันธกรณีนี้

(ข) รัฐภาคีจะไม่อุปถัมภ์ ช่วยเหลือ หรือสนับสนุนการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติโดยบุคคลหรือองค์กรใด

(ค) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะดำเนินมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อทบทวนนโยบายของรัฐบาล ทั้งในกรอบแห่งชาติและระดับท้องถิ่น และแก้ไข เพิกถอนหรือยกเลิกกฎหมายหรือกฎระเบียบใดๆ ที่มีผลก่อให้เกิดหรือแพร่ขยายการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติไม่ว่าในที่ใดก็ตาม

(ง) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะห้ามและยกเลิกการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติโดยบุคคล กลุ่ม หรือ องค์กร โดยวิธีการอันเหมาะสม ซึ่งรวมทั้งการออกกฎหมายที่ใช้ตามความจำเป็นของสถานการณ์

(จ) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะสนับสนุนการดำเนินงานขององค์กรที่มุ่งประสานหลายเชื้อชาติเข้าด้วยกัน และดำเนินการเคลื่อนไหว และการกระทำใดๆ ในอันที่ จะขจัดอุปสรรคขวางกั้นทางเชื้อชาติตามความเหมาะสม และจะไม่สนับสนุนการกระทำใดๆ อันมีแนวโน้มที่จะเสริมสร้างความเข้มแข็งให้กับการแบ่งแยกทางเชื้อชาติ

2. เมื่อสถานการณ์เหมาะสม และโดยคำนึงถึงด้านสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและอื่นๆ รัฐภาคีจะจัดให้มีมาตรการพิเศษและเป็นรูปธรรมเพื่อประกันให้มีการพัฒนา อย่างพอเพียง และให้การคุ้มครองแก่กลุ่มชนหรือบุคคลบางเชื้อชาติ 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 5

เพื่อให้สอดคล้องตามพันธกรณีพื้นฐานที่ได้จัดวางไว้ตามข้อ 2 ของอนุสัญญานี้ รัฐภาคีจะห้ามและขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ และจะประกันสิทธิของทุกคนให้มีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย โดยไม่จำแนกตามเชื้อชาติ สีผิว หรือชาติหรือเผ่าพันธุ์กำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้สิทธิดังต่อไปนี้

(ก) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้ศาลและองค์กรอื่นๆ ทั้งปวง ในกระบวนการยุติธรรม

(ข) สิทธิที่บุคคลจะได้รับสวัสดิภาพและการคุ้มครองโดยรัฐให้รอดพ้นจากความรุนแรงหรือการทำร้ายร่างกาย ไม่ว่าจะโดยการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือโดยกลุ่มบุคคลหรือสถาบันใดก็ตาม

(ค) สิทธิทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิที่จะเข้าร่วมในการเลือกตั้งการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและการสมัครรับเลือกตั้ง โดยอยู่บนพื้นฐานของการใช้สิทธิอย่างทั่วถึงและเสมอภาคกัน การเข้าร่วมในรัฐบาล และเข้าร่วมในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะในทุกระดับ และความเสมอภาคในการเข้าถึงบริการสาธารณะ

(ง) สิทธิพลเมืองอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

(1) สิทธิในการมีเสรีภาพในการโยกย้ายและการพำนักอาศัยภายในเขตแดนของรัฐ

(2) สิทธิในการเดินทางออกจากประเทศหนึ่งประเทศใด รวมทั้งประเทศของตนเองและในอันที่จะกลับคืนมายังประเทศตน

(3) สิทธิในการครองสัญชาติ

(4) สิทธิในการสมรสและการเลือกคู่สมรส

(5) สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน ทั้งโดยส่วนตัวและโดยร่วมกับบุคคลอื่น

(6) สิทธิในการรับมรดก

(7) สิทธิในการมีเสรีภาพทางความนึกคิด ความสำนึก และศาสนา

(8) สิทธิในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก

(9) สิทธิในการชุมนุมอย่างสงบและการรวมกลุ่ม

(ฉ) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

(1) สิทธิในการมีงานทำ ในการเลือกงานอย่างเสรี ในการมีสภาพในการทำงานที่เหมาะสมน่าพอใจ ในการได้รับการคุ้มครองจากสภาพการตกงาน ในการได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกันกับงานที่ทำในระดับเดียวกัน ในการได้รับผลตอบแทนที่ยุติธรรมและน่าพอใจ

(2) สิทธิ ในการจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน

(3) สิทธิในการมีที่อยู่อาศัย

(4) สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุข การดูแลทางการแพทย์ การประกันสังคม และการบริการทางสังคม

(5) สิทธิในการได้รับการศึกษาและการฝึกอบรม

(6) สิทธิในการเข้าร่วมในกิจกรรมทางวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

(ข) สิทธิในการเข้าถึงสถานที่ หรือบริการใดๆ 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 27 กุมภาพันธ์ 2546 แต่มีการตั้งข้อสงวน โดยเฉพาะในข้อ 4 ที่มีหลักว่า “รัฐภาคีประณามการโฆษณาชวนเชื่อ (Propaganda) ทั้งมวลและองค์กรทั้งปวงที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็นหรือทฤษฎีของความเหนือกว่าของชนชาติหนึ่งชนชาติใดหรือของกลุ่มบุคคลตามสีผิวหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด หรือที่พยายามให้เหตุผลรองรับหรือส่งเสริมความเกลียดชังระหว่างเชื้อชาติหรือการเลือกปฏิบัติในรูปแบบใดก็ตาม และตกลงที่จะจัดให้มีมาตรการทางบวกในทันทีที่จะขจัดการกระตุนหรือการกระทำที่เลือกปฏิบัติและเพื่อการนี้จะดำเนินการต่างๆโดยคำนึงถึงหลักการที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและสิทธิต่างๆที่ได้ระบุในข้อ 5 ของอนุสัญญานี้...” สำหรับหลักการในข้อ 4 นี้จะกล่าวถึงโดยละเอียดในหัวข้อที่ว่าด้วยการวิเคราะห์การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

6) อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือ ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment - CAT)

อนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์ในการระงับและยับยั้งการทรมาน โดยในเนื้อหาของอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดความหมายของ การทรมาน ว่าหมายถึงการกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัสไม่ว่าทางกายภาพหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ด้วยความมุ่งประสงค์ เพื่อให้ข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำ หรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ รวมทั้งการบังคับขู่เข็ญ โดยมุ่งเน้นไปที่การกระทำหรือโดยความยินยอมของเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลอื่น ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะดังนี้

ข้อที่ 1

1. เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การทรมาน” หมายถึงการกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส ไม่ว่าทางกายหรือทางจิตใจ ต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะได้มาซึ่งข้อสนเทศ หรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำ หรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่ให้กลัว หรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือเพราะเหตุผลใดใด บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วย

การขู่ข่ม หรือด้วยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ ในตำแหน่งทางการตั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรือเป็นผลมาจาก หรือสืบเนื่องมาจากการลงโทษทัณฑ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย

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.

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

อนุสัญญานี้เน้นไปที่การขจัดอุปสรรคในการดำเนินชีวิตของผู้พิการ ตลอดจนการแก้ไขความเสียหายเปรียบทางสังคมของคนพิการ ซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ และขัดขวางการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ

สำหรับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏโดยเฉพาะดังนี้

ข้อที่ 2 (นิยาม)

“การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการ” หมายถึง ความแตกต่าง การกีดกัน หรือการจำกัดบนพื้นฐานความพิการซึ่งมีความมุ่งประสงค์ หรือส่งผลให้เป็นการเสื่อมเสียหรือทำให้ไร้ผลซึ่งการยอมรับการอุปโภคหรือการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวง บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ความเป็นพลเมืองหรือด้านอื่นๆ 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 reason able accommodation;

ข้อ 3 (หลักการทั่วไป)

หลักการของอนุสัญญานี้ มีดังนี้

(ก) การเคารพในศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิด การอยู่ได้ด้วยตนเอง รวมถึงเสรีภาพในการตัดสินใจเลือกด้วยตนเอง และความเป็นอิสระของบุคคล

(ข) การไม่เลือกปฏิบัติ

(ค) การเข้ามีส่วนร่วมและเข้าร่วมได้อย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพในสังคม

(ง) การเคารพความแตกต่างและการยอมรับว่าคนพิการเป็นส่วนหนึ่งของความหลากหลายของมนุษย์และมนุษยชาติ

(จ) ความเท่าเทียมกันของโอกาส

(ฉ) ความสามารถในการเข้าถึง

(ช) ความเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิง

(ฌ) การเคารพขีดความสามารถของเด็กพิการที่มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องและการเคารพสิทธิของเด็กพิการเพื่อสงวนรักษาสัญลักษณ์แห่งตน

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 5(ความเท่าเทียมกันและไม่เลือกปฏิบัติ)

1. รัฐภาคียอมรับว่าทุกคนมีความเท่าเทียมกันเบื้องต้นและภายใต้กฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ที่เท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ

2. ให้รัฐภาคีห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งปวงเพราะเหตุแห่งความพิการ และประกันให้คนพิการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมและมีประสิทธิภาพจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุทั้งปวง

3. เพื่อเป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและจัดการเลือกปฏิบัติ ให้รัฐภาคีดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมทั้งปวงเพื่อประกันว่าจะจัดให้มีการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล

4. 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 equality 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.

8) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันบุคคลจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance - CED)

อนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดให้การทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับเป็นฐานความผิดตามกฎหมายอาญา โดยเน้นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือการกระทำในนามเจ้าหน้าที่รัฐ รวมทั้งกำหนดโทษของความผิดดังกล่าว โดยรัฐจะต้องกำหนดให้ตนมีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดฐานกระทำทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ถึงแม้ว่าบุคคลที่หายสาบสูญ หรือบุคคลที่ประกอบอาชญากรรมดังกล่าวจะไม่ใช่คนชาติของตนและการทำให้หายสาบสูญก็ได้เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐตน ทั้งนี้ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาจะไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างสำหรับการกระทำทำให้บุคคลหายสาบสูญได้ นอกจากนี้ ยังกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและจัดให้เหยื่อและสมาชิกในครอบครัวได้รับการเยียวยาและชดเชยอย่างเหมาะสม

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

ในส่วนของหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติในอนุสัญญานี้มีดังต่อไปนี้

ส่วนที่ 2 การไม่เลือกปฏิบัติโดยเคารพต่อสิทธิ

มาตรา 7

รัฐภาคีดำเนินการให้เป็นไปตามกรรมสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน โดยเคารพและให้หลักประกันแก่คนงานอพยพทั้งปวงและสมาชิกครอบครัวของเขา ที่อยู่ภายในอาณาเขตและอยู่ในขอบเขตอำนาจของตน ในเรื่องของสิทธิต่างๆที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้โดยปราศจากการแบ่งแยกใดๆ อาทิ เพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนาหรือความเชื่อ ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่น ต้นกำเนิดทางชาติชาติพันธุ์หรือสังคม สัญชาติ อายุ ฐานะทางเศรษฐกิจ 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.

ปัจจุบันประเทศไทยเข้าเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศหลักภายใต้กรอบของสหประชาชาติ ดังกล่าว 7 ฉบับ รวมทั้งเป็นภาคีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญา CEDAW ว่าด้วยการรับข้อร้องเรียนและอนุสัญญาสิทธิเด็กอีก 2 ฉบับคือพิธีสารเลือกรับเรื่องการขายเด็กการค้าประเวณีและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (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 คืออนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันบุคคลจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว

3.2 กฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาคเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ในส่วนนี้จะชี้ให้เห็นถึงหลักการเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาค 3 ภูมิภาค ดังต่อไปนี้

1) สหภาพยุโรป

1.1) สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights)

ข้อ 14

สิทธิและเสรีภาพในอนุสัญญานี้จะได้รับการรับรองโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใดๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่นๆ 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.

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

ในหมวด 3 (Title III) ว่าด้วยความเท่าเทียมกัน (Equality) มีหลักดังนี้

ข้อ 20 (ความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย)

บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย

Article 20 (Equality before the Law)

Everyone is equal before the law.

ข้อ 21 การไม่เลือกปฏิบัติ

1. การเลือกปฏิบัติใดๆบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ชาติพันธุ์ แหล่งกำเนิดทางสังคม ลักษณะทางพันธุกรรม ภาษา ศาสนา หรือ ความเชื่อ ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่น การเป็นสมาชิกของชนกลุ่มน้อย ทรัพย์สิน กำเนิด ความพิการ อายุ หรือ รสนิยมทางเพศนั้น ถือเป็นการต้องห้าม

2. การเลือกปฏิบัติใดๆด้วยเหตุแห่งสัญชาตินั้นถือเป็นการต้องห้าม ทั้งนี้ภายใต้กรอบแห่งการปรับใช้สนธิสัญญานี้และโดยปราศจากอคติใดๆ

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.

2) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Right)

ข้อ 1 พันธกรณีในการเคารพสิทธิ

ประเทศสมาชิกจะดำเนินการเพื่อให้มีการเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพตามสนธิสัญญานี้ และรับรองว่าบุคคลทุกคนในเขตอำนาจของประเทศสมาชิกจะได้รับสิทธิและเสรีภาพเต็มที่ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองและความคิดเห็นอื่น 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 24 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.

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

ข้อ 2

บุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพดังที่รับรองไว้ในกฎบัตรนี้โดยปราศจากการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุใดๆ เช่น เชื้อชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่น สัญชาติและแหล่งกำเนิดทางสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือ สถานะอื่น

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 3

1. บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย
2. บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายที่เท่าเทียมกัน

Article 3

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

3.3 กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ในส่วนนี้จะชี้ให้เห็นถึงหลักกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ เพื่อจะนำไปสู่การวิเคราะห์ประเด็นต่างๆที่เกี่ยวข้องในบทที่ 4 ต่อไป

3.3.1 กฎหมายแคนาดา

3.3.1.1 รัฐธรรมนูญแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms)

มาตรา 15 วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน (Equality Rights) ไว้ดังนี้

(1) บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

(2) ความใน (1) ไม่ใช้กับกรณีที่ กฎหมาย โปรแกรม หรือกิจกรรมใดๆซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่ภายใต้สภาวะหรือเงื่อนไขที่เสียเปรียบด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว แคนาดามีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันของแคนาดา ซึ่งปรากฏทั้งในกฎหมายระดับสหพันธรัฐและกฎหมายระดับมลรัฐ (Province)

3.3.1.2 กฎหมายระดับสหพันธรัฐ

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

หลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียม

หลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันตามกฎหมายนี้มีอยู่สองประการที่สำคัญ คือการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ (Discrimination grounds) และกำหนดว่าพฤติกรรมใดบ้างที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวที่จะถือเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งจะจำแนกเป็นมิติต่างๆในการดำเนินชีวิต (Area of discrimination)

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Prohibited Grounds of Discrimination)

มาตรา 3 กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ดังนี้

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

พฤติกรรมอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory Practices)

กฎหมายกำหนดว่าพฤติกรรมลักษณะใดบ้างที่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยจำแนกตามมิติหรือประเด็นการเลือกปฏิบัติต่างๆได้ดังนี้

- ในมิติเกี่ยวกับสินค้า หรือบริการ มาตรา 5 วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้า บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก ซึ่งโดยปกติแล้วจัดให้บริการต่อสาธารณะ ได้แก่พฤติกรรมต่อไปนี้ซึ่งเกิดขึ้นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

(ก) ปฏิเสธ หรือ ปฏิเสธการเข้าถึง สินค้า บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก แก่บุคคลใดๆ

(ข) ปฏิบัติต่อบุคคลใดแตกต่างไปจากบุคคลอื่น

- ในมิติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย มาตรา 6 วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับ ที่อยู่อาศัย ได้แก่ พฤติกรรมต่อไปนี้ซึ่งเกิดขึ้นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

(ก) ปฏิเสธ หรือ ปฏิเสธการให้บริการที่อยู่อาศัย แก่บุคคลใดๆ

(ข) ปฏิบัติต่อบุคคลใดแตกต่างไปจากบุคคลอื่น

- ในมิติเกี่ยวกับการจ้างงาน มาตรา 7 วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติทางตรงหรือทางอ้อม คือ พฤติกรรมดังต่อไปนี้ซึ่งเกิดขึ้นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

(ก) ปฏิเสธ การจ้างงาน หรือ ปฏิเสธการต่อสัญญาการจ้างงานบุคคลใดๆ

(ข) ปฏิบัติต่อลูกจ้างคนใดคนหนึ่งแตกต่างจากลูกจ้างคนอื่น

- ในมิติเกี่ยวกับการโฆษณาหรือประกาศรับสมัครงาน มาตรา 8 วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติ คือพฤติกรรมดังต่อไปนี้

(ก) ใช้หรือเผยแพร่เอกสารการสมัครงาน

(ข) พิมพ์ เผยแพร่ โฆษณาหรือประกาศรับสมัครงานไม่ว่าด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร

โดยการกระทำดังกล่าวแสดงถึงข้อจำกัด การระบุคุณสมบัติเฉพาะ หรือคุณสมบัติอันเป็นที่ต้องการเป็นพิเศษ บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

- ในมิติเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายหรือแนวปฏิบัติในการทำงานของนายจ้าง มาตรา 10 วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติ คือพฤติกรรมดังต่อไปนี้

(ก) กำหนดนโยบายหรือแนวปฏิบัติ

(ข) ทำข้อตกลงที่ส่งผลกระทบต่อการทำงาน การจ้างงาน การเลื่อนตำแหน่ง การฝึกอบรม การฝึกงานของพนักงานใหม่ การโอนย้าย หรือเรื่องใดๆเกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรือเกี่ยวกับการจ้างแรงงานที่จะเกิดขึ้น

โดยการกระทำดังกล่าวส่งผลทำให้บุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดสูญเสียโอกาสใดๆเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

- สำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับค่าจ้างนั้น มาตรา 11 วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติ คือ การกำหนดค่าจ้างหรือผลตอบแทนการทำงานที่แตกต่างกันระหว่างชายและหญิงผู้ซึ่งทำงานที่มีคุณค่าเท่ากัน (Equal Value)

- ในมิติเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาเลือกปฏิบัติ มาตรา 12 วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติ คือการพิมพ์ หรือ แสดงต่อสาธารณชน ด้วยประกาศ สัญลักษณ์ หรือการนำเสนอข้อมูลใดๆ ซึ่งมีลักษณะ

(ก) แสดงโดยชัดแจ้งหรือปริยายถึงการเลือกปฏิบัติหรือเจตนาในการเลือกปฏิบัติ

(ข) กระตุ้นให้ผู้อื่นทำการเลือกปฏิบัติ

โดยการกระทำดังกล่าว หรือการกระทำที่หากเกิดขึ้นจากการกระตุ้นดังกล่าว เป็นพฤติกรรมเลือกปฏิบัติตามมาตรา 5 ถึงมาตรา 11 และมาตรา 14

- ในมิติของการคุกคาม (Harassment) มาตรา 14 วางหลักว่า พฤติกรรมเลือกปฏิบัติคือการคุกคามบุคคลใดด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้า บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก ที่อยู่อาศัย เรื่องใดๆเกี่ยวกับการจ้างงาน

- สำหรับการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) นั้นมาตรา 14 ได้วางหลักไว้เฉพาะกล่าวคือการคุกคามด้วยเหตุแห่งเพศ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้

ข้อยกเว้น

กฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับพฤติกรรมเลือกปฏิบัติบางประการ ไว้ในมาตรา 15 กล่าวคือ

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

- การเลือกปฏิบัติหรือการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกี่ยวกับสินค้า บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก ที่อยู่อาศัย ซึ่งกระทำโดยมีเหตุผลสมควรด้วยความสุจริต (Bona Fide Justification)

สำหรับองค์กรและหน่วยงานที่กฎหมายนี้จัดตั้งขึ้นได้แก่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canadian Human Rights Commission) และ คณะผู้พิพากษาคดีสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canadian Human Rights Tribunal)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canadian Human Rights Commission) ประกอบด้วยประธาน (Chief commissioner) และรองประธาน (Deputy Chief Commissioner) และกรรมการอื่นไม่น้อยกว่าสามและไม่เกิน 6 คน โดยมีอำนาจหน้าที่สำคัญที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 27 ดังต่อไปนี้

- พัฒนาโปรแกรมเพื่อส่งเสริมให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้
- ทำการวิจัยหรือสนับสนุนการวิจัยเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ
- จัดทำข้อเสนอแนะเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติ
- ศึกษา ทบทวน กฎหมายและระเบียบต่างๆที่เกี่ยวข้อง
- กำหนดแนวปฏิบัติ (Guideline) ที่เกี่ยวกับหลักการต่างๆตามกฎหมายนี้

สำหรับกระบวนการระงับข้อพิพาทหรือการเยียวยาผู้ถูกเลือกปฏิบัตินั้น เมื่อมีการกระทำพฤติกรรมอันเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ บุคคลหรือกลุ่มบุคคลผู้ได้รับผลกระทบรวมทั้งบุคคลใดๆ ที่มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีอาการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้เกิดขึ้นสามารถร้องเรียนมายัง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งแคนาดาให้ตรวจสอบการกระทำดังกล่าว (มาตรา 40) คณะกรรมการมีอำนาจสอบสวน (Investigation) ตามมาตรา 43 โดยอาจตั้งผู้สอบสวน (Investigator) ซึ่งข้อพิพาทอาจได้รับการแก้ไขให้ยุติโดยการตกลงกันในขั้นตอนนี้ อย่างไรก็ตาม หากยังไม่เป็นที่ตกลงกันได้ คณะกรรมการอาจตั้งผู้ไกล่เกลี่ย (Conciliator) เพื่อไกล่เกลี่ยให้ข้อพิพาทยุติลง (มาตรา 47) หากตกลงกันได้ คณะกรรมการจะนำข้อตกลงนี้ให้ศาลระดับสหพันธรัฐมีคำสั่งตามข้อตกลงกันนั้น (มาตรา 48)

ในเวลาใดๆตั้งแต่มีคำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเข้าสู่การพิจารณา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งแคนาดาอาจส่งเรื่องต่อไปให้ประธานคณะผู้พิจารณาสิทธิมนุษยชน (Human Rights Tribunal) เพื่อทำการพิจารณาได้ (มาตรา 49) โดยประธานมีอำนาจตั้งคณะผู้พิจารณาคดีดังกล่าว ซึ่งหากผลการพิจารณาชี้ว่าพฤติกรรมที่พิพาทเป็นการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนกฎหมายนี้ คณะผู้พิจารณามีอำนาจทำคำสั่งตามมาตรา 53 ดังต่อไปนี้

- คำสั่งให้หยุดการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ และ ปรึกษากับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเพื่อสั่งให้ดำเนินมาตรการใดๆเพื่อแก้ไขหรือป้องกันพฤติกรรมดังกล่าว ซึ่งรวมถึงการกำหนดให้จัดทำโปรแกรมแผน เป็นต้น

- คำสั่งให้ผู้กระทำการเลือกปฏิบัติให้สิทธิ หรือ โอกาส หรือผลประโยชน์ใดๆที่ผู้ถูกเลือกปฏิบัติต้องสูญเสียไปเนื่องจากพฤติกรรมเลือกปฏิบัติ

- คำสั่งให้ผู้กระทำการเลือกปฏิบัติชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าจ้างและค่าใช้จ่ายใดๆ ซึ่งผู้ถูกเลือกปฏิบัติต้องสูญเสียไป

- คำสั่งให้ผู้กระทำการเลือกปฏิบัติชดเชยต้นทุนที่เพิ่มขึ้นสำหรับการได้มาซึ่งสินค้า บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก หรือที่อยู่อาศัย และค่าใช้จ่ายใดๆที่ผู้ถูกเลือกปฏิบัติต้องรับภาระอันเป็นผลจากการเลือกปฏิบัติ

- คำสั่งให้ผู้กระทำการเลือกปฏิบัติชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน (Pain and Suffering) ที่ผู้ถูกกระทำได้รับจากการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดให้คณะผู้พิจารณาที่มีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนพิเศษเพิ่มเติมจากการเยียวยาข้างต้น อีกเป็นจำนวนไม่เกิน 20,000 เหรียญ ในกรณีที่คณะผู้พิจารณาเห็นว่าการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (Willfully or Recklessly)

เพื่อบังคับการตามคำสั่งของคณะผู้พิจารณาดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะส่งคำสั่งดังกล่าวให้ศาลสหพันธรัฐออกคำสั่ง (มาตรา 57)

3.3.1.3 กฎหมายระดับมลรัฐ

นอกจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับรัฐบาลกลางแล้ว มลรัฐต่างๆยังได้ตรากฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ โดยในงานวิจัยนี้จะศึกษาถึงกฎหมาย 3 มลรัฐได้แก่ Alberta British Columbia และ Ontario

1) กฎหมายมลรัฐ Alberta¹⁸

กฎหมายฉบับหลักที่วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของมลรัฐ Alberta คือ พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (Alberta Human Rights Act) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองประชาชนในรัฐให้มีโอกาสดำเนินชีวิตด้านต่างๆอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติในด้านต่างๆของการใช้ชีวิต

หลักสำคัญของกฎหมายนี้คือการห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีต่างๆดังต่อไปนี้ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ในแต่ละกรณี

การเลือกปฏิบัติในกรณีเกี่ยวกับสิ่งพิมพ์ หรือการประกาศ (Discrimination re publication, notices) มาตรา 3

- ห้ามบุคคลใดพิมพ์เผยแพร่ แสดงต่อสาธารณะ หรือก่อให้เกิดการพิมพ์เผยแพร่ แสดงต่อสาธารณะ ซึ่งคำกล่าวใดๆ ข้อความ ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการนำเสนอใดๆ ซึ่ง

(ก) ชี้ให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติหรือเจตนาในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล

(ข) มีแนวโน้มที่จะทำให้บุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดถูกเกลียดชังหรือถูกดูหมิ่น

ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีมืด เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษ ชาติกำเนิด สถานภาพการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของบุคคลนั้นหรือกลุ่มบุคคลนั้น

บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นไม่ใช้กับกรณีต่อไปนี้

- การเผยแพร่ แสดงต่อสาธารณะ ซึ่งคำกล่าวใดๆ ข้อความ ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการนำเสนอใดๆ เกี่ยวกับสถานที่ซึ่งโดยจารีตประเพณีแล้วใช้กับเพศใดเพศหนึ่ง

- การแสดงหรือการพิมพ์เผยแพร่โดยหรือในนามขององค์กรซึ่งไม่แสวงกำไรอันประกอบด้วยบุคคล โดยเฉพาะซึ่งมีความคิดความเชื่อทางศาสนา การเมือง เช่นเดียวกัน หรือมีชาติกำเนิด บรรพบุรุษเหมือนกัน ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ แสดงต่อสาธารณะ ซึ่งคำกล่าวใดๆ ข้อความ ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการนำเสนอใดๆซึ่งเกี่ยวข้องกัวัตถุประสงค์ขององค์กรหรือคุณสมบัติสมาชิกขององค์กรนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้า บริการ ที่อยู่อาศัย สิ่งอำนวยความสะดวก (Discrimination re Goods, Services, Accommodation, Facilities) มาตรา 4

ห้ามมิให้บุคคลใดทำการต่อไปนี้

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

- ปฏิเสธ (Deny) บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลใดๆ ในกรณีเกี่ยวกับสินค้า บริการ ที่อยู่อาศัย หรือสิ่งอำนวยความสะดวก ซึ่งโดยปกติประเพณีแล้วเปิดให้บริการแก่สาธารณะ

- เลือกปฏิบัติ (Discriminate) บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลใดๆ เกี่ยวกับ สินค้า บริการ ที่อยู่อาศัย หรือสิ่งอำนวยความสะดวก ซึ่งโดยปกติประเพณีแล้วเปิดให้บริการแก่สาธารณะ

ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีมืด เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษชาติกำเนิด สถานภาพการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของบุคคลนั้นหรือกลุ่มบุคคลนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการเช่า (Discrimination re Tenancy) มาตรา 5

ห้ามมิให้บุคคลใดๆทำการต่อไปนี้

- ปฏิเสธ (Deny) บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลใดๆ เกี่ยวกับสิทธิในการเช่าสถานที่ใช้ในเชิงพาณิชย์ หรือสถานที่อยู่อาศัยซึ่งมีการโฆษณาหรือแสดงให้เห็นว่าเปิดให้บริการสำหรับการเช่า หรือ

- เลือกปฏิบัติ (Discriminate) บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลใดๆ เกี่ยวกับเงื่อนไขหรือข้อตกลงตามสัญญาเช่าสถานที่ใช้ในเชิงพาณิชย์หรือสถานที่อยู่อาศัย

ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีมืด เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษชาติกำเนิด สถานภาพการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของบุคคลนั้นหรือกลุ่มบุคคลนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (Discrimination re employment practices)

มาตรา 7

ห้ามมิให้บุคคลใดๆทำการต่อไปนี้

- ปฏิเสธ (Deny) การจ้างแรงงานหรือ ปฏิเสธที่จะจ้างแรงงานต่อไป (Continue to Employ) บุคคลใดๆ

- เลือกปฏิบัติ (Discriminate) ต่อบุคคลใดๆในกรณีที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรือเกี่ยวกับเงื่อนไขข้อตกลงในการจ้างแรงงาน

ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีมืด เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษชาติกำเนิด สถานภาพการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของบุคคลนั้น

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นในกรณีที่เกี่ยวกับ อายุ และ สถานภาพการสมรส นั้นไม่ใช่บังคับกับกรณี การเกษียณอายุ แผนเงินอุดหนุน หรือ เงื่อนไขข้อกำหนดใดๆเกี่ยวกับการประกันชีวิต ซึ่งกระทำด้วยความสุจริต

นอกจากนี้ บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นนั้น ไม่ใช่บังคับในการปฏิเสธ ข้อจำกัด การระบุ คุณสมบัติเฉพาะ ที่อยู่บนพื้นฐานของความจำเป็นทางอาชีพนั้นด้วยความสุจริต (Bona fide occupational requirement)

การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติกับกรณีการโฆษณาที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (Applications and Advertisement re Employment) (มาตรา 8)

ห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเผยแพร่แบบฟอร์มในการสมัครงานหรือการประกาศ การโฆษณาใดๆ ที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน หรือการกำหนดเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับผู้สมัครงานไม่ว่าด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร ในกรณีต่อไปนี้

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

- กำหนดให้ผู้สมัครงานต้องระบุข้อมูลใดๆ เกี่ยวกับ เชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ สีมืด เพศ ความพิการทางร่างกาย ความพิการทางจิตใจ อายุ บรรพบุรุษ ชาติดำเนินดี 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 20 (1))

เมื่อคณะกรรมการได้รับคำร้องแล้วจะส่งไปยังผู้อำนวยการ (Director) ซึ่งมีอำนาจดำเนินการรับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย หากไม่สามารถตกลงกันได้在这一ชั้นนี้ ผู้อำนวยการมีอำนาจตั้งผู้ไต่สวน (Investigator) (มาตรา 21)

ผู้อำนวยการสามารถยกคำร้อง หรือยุติกระบวนการ หรือรายงานต่อไปยัง ประธานคณะกรรมการและคณะผู้พิจารณา (Chief of the Commission and Tribunals หรือ CC&T) (มาตรา 22)

ผู้ไต่สวน (Investigator) มีอำนาจสั่งให้ผู้เกี่ยวข้องให้ข้อมูลด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร รวมทั้งมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบสถานที่ที่เกี่ยวข้อง (มาตรา 23) แต่อำนาจดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลชั้นต้น (Provincial Court) โดยเฉพาะการเข้าไปในสถานที่ที่เกี่ยวข้องนั้นผู้ไต่สวนต้องแสดงหลักฐานที่เกี่ยวข้องให้ศาลพิจารณาออกคำสั่งอนุญาตให้ผู้ไต่สวนดำเนินการ (มาตรา 24)

ในกรณีที่ผู้อำนวยการยกคำร้อง ยุติกระบวนการ ผู้ร้องมีสิทธิอุทธรณ์ต่อประธานคณะกรรมการ และคณะผู้พิจารณา (Chief of the Commission and Tribunals หรือ CC&T) ซึ่งมีอำนาจแต่งตั้ง คณะกรรมการหนึ่งหรือสามคนเป็นผู้พิจารณาคดีนั้น(มาตรา 27)

หากผู้พิจารณา (Human Rights Tribunal) เห็นว่ามีการละเมิดสิทธิตามพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนจริง ก็จะมีคำสั่งเยียวยาความเสียหาย (Order a Remedy) ซึ่งมีผลเช่นเดียวกับคำพิพากษาของ ศาล คำสั่งดังกล่าวมีหลายประการ เช่น (มาตรา 32)

- คำสั่งให้ยุติการเลือกปฏิบัติ
- คำสั่งให้ผู้ร้องได้รับสิทธิ โอกาส หรือ สิทธิประโยชน์ซึ่งไม่ได้รับหรือถูกปฏิเสธเนื่องจากการเลือกปฏิบัติ
- คำสั่งให้ผู้ร้องได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการสูญเสีย รายได้ ค่าจ้าง ค่าใช้จ่ายใดๆที่เกิดขึ้น เนื่องจากการเลือกปฏิบัติ
- คำสั่งใดๆที่ส่งผลให้ผู้ร้องได้อยู่ในสถานะที่ควรเป็นหากปราศจากการเลือกปฏิบัติ นั้น เช่น สั่งให้ผู้เลือกปฏิบัติกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องใหม่โดยไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติ เป็นต้น

กฎหมายมลรัฐ British Columbia

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

การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) รวมถึงการกระทำใดๆที่บรรยายไว้ในมาตรา 7 , 8 (1) (a), 9 (a) หรือ (b), 10 (1) (a), 11, 13 (1) (a) หรือ (2), 14 (a) หรือ (b) หรือ 43 ซึ่งอาจจำแนกได้เป็นการเลือกปฏิบัติด้านต่างๆดังนี้

การเลือกปฏิบัติโดยการเผยแพร่ข้อมูล (Discriminatory Publication)

มาตรา 7 มีหลักห้ามบุคคลใดพิมพ์ ออกเอกสาร แสดง หรือก่อให้เกิดการพิมพ์ ออกเอกสาร หรือ การแสดงออกซึ่งข้อความ การพิมพ์ ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการแสดงออกใดๆ

- (a) ที่เป็นการชี้ให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติหรือเจตนาในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มคน
- (b) ที่น่าจะทำให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดๆได้รับความเกลียดชัง เนื่องจากสาเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชาติกำเนิด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ หรืออายุ เว้นแต่การสื่อสารดังกล่าวเป็นการสื่อสารต่อส่วนตัว (Private Communication)

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย บริการ สิ่งอำนวยความสะดวก

มาตรา 8 วางหลักห้ามบุคคลใดๆ กระทำการต่อไปนี้โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรด้วยความสุจริต

(a) ปฏิเสธมิให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเข้าพักอาศัย ใช้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวก ซึ่งโดยปกติแล้วเปิดให้บริการแก่สาธารณะ

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

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นสำหรับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิตใจสำหรับการกำหนดค่าเบี้ยประกันภัยหรือประโยชน์ตามสัญญาประกันชีวิตหรือสุขภาพ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้ออสังหาริมทรัพย์

มาตรา 9 วางหลักห้ามปฏิเสธบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเกี่ยวกับโอกาสในการซื้ออสังหาริมทรัพย์ซึ่งแสดงต่อสาธารณะว่ามีไว้สำหรับจำหน่าย

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

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการเช่า

มาตรา 10 วางหลักห้าม

(a) ปฏิเสธบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเกี่ยวกับสิทธิในการเช่าพื้นที่ใดๆ ซึ่งแสดงต่อสาธารณะว่ามีไว้สำหรับให้เช่า

(b) ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดเกี่ยวกับเงื่อนไขการเช่าอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากสาเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชาตินิกาย ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นสำหรับการให้เช่าสถานที่ซึ่งจำกัดเฉพาะบุคคลอายุเกิน 55 ปีหรือสำหรับบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป หรือมีไว้สำหรับให้ผู้พิการเช่าหรือสำหรับบุคคลสองคนหรือกว่านั้นซึ่งอย่างน้อยหนึ่งคนเป็นผู้พิการ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการโฆษณาจ้างงาน

มาตรา 11 ห้ามการประกาศโฆษณาจ้างงานซึ่งแสดงให้เห็นถึงข้อจำกัด หรือการระบุคุณสมบัติเฉพาะเกี่ยวกับ เชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชาตินิกาย ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ เว้นแต่ข้อจำกัดหรือคุณสมบัติเช่นนั้นอยู่บนพื้นฐานของเงื่อนไขทางอาชีพด้วยความสุจริต

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับค่าจ้าง

มาตรา 12 วางหลักว่า นายจ้างต้องไม่เลือกปฏิบัติโดยให้ค่าตอบแทนการจ้างแรงงานลูกจ้างคนหนึ่งน้อยกว่าลูกจ้างอีกคนหนึ่งที่มีเพศแตกต่างกันหากลูกจ้างทั้งสองคนนั้นทำงานที่เหมือนหรือใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง (Similar or Substantially Similar Work)

ในการพิจารณาว่างานที่เหมือนกันหรือใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง (Similar or Substantially Similar Work) นั้นจะต้องพิจารณาทักษะ ความรับผิดชอบ ประกอบกับปัจจัยต่างๆ เช่น ระบบอาวุโส ระบบคุณธรรม และระบบอื่นๆ ที่ใช้เป็นตัวชี้วัดคุณภาพและปริมาณของงานหรือการผลิต

การแตกต่างของค่าจ้างระหว่างลูกจ้างด้วยเหตุผลอื่นๆ นอกจากเหตุแห่งเพศ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ทั้งนี้หากปัจจัยที่นำมาใช้ในการกำหนดค่าจ้างนั้นอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลอันสมควร

การเลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงาน

มาตรา 13 ห้ามมิให้บุคคลใด (a) ปฏิเสธการจ้างงานหรือต่อสัญญาจ้างแรงงาน หรือ (b) เลือกปฏิบัติต่อบุคคลเกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรือเงื่อนไขข้อสัญญาใดๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชนชาติกำเนิด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ หรือการที่บุคคลนั้นต้องโทษทางอาญาซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานหรืองานที่บุคคลนั้นสมัคร

อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้สำหรับกรณีการปฏิเสธ การวางข้อจำกัด หรือการกำหนดเงื่อนไขเฉพาะเกี่ยวกับการจ้างแรงงานบนพื้นฐานของเหตุผลการประกอบอาชีพด้วยความสุจริต

การเลือกปฏิบัติโดยสหภาพแรงงาน

มาตรา 14 กำหนดห้ามสหภาพแรงงาน กีดกัน ยุติ หรือพักการเป็นสมาชิก หรือเลือกปฏิบัติต่อสมาชิก ด้วยเหตุแห่ง เชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ ชนชาติกำเนิด ศาสนา สถานภาพการสมรส สถานภาพครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ หรือการที่บุคคลนั้นต้องโทษทางอาญาซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับความ เป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน

กลไกการบังคับใช้กฎหมาย

บุคคลหรือกลุ่มบุคคลผู้กล่าวหาว่ามีการกระทำที่เป็นการเลือกอันฝ่าฝืนกฎหมายนี้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะผู้พิจารณา (British Columbia Human Right Tribunal) (มาตรา 21) ภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่กล่าวอ้างว่าการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัตินั้นได้เกิดขึ้น (มาตรา 22) คณะผู้พิจารณาประกอบด้วยประธานหนึ่งคนและผู้พิจารณาอื่นที่ได้รับแต่งตั้งจาก Lieutenant Governor โดยมีวาระดำรงตำแหน่ง 5 ปี ซึ่งสามารถได้รับการแต่งตั้งต่ออีก 5 ปี หากคณะผู้พิจารณาเห็นว่า การกระทำตามคำร้องเป็นการเลือกปฏิบัติ อาจมีคำสั่งได้ดังต่อไปนี้

- สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนยุติการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติหรือหลีกเลี่ยงการกระทำเช่นนั้น

- มีประกาศว่าการกระทำตามที่ร้องเรียนเป็นการเลือกปฏิบัติ
- สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนดำเนินการใดๆ อันเป็นการลดผลกระทบของการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้น
- สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนให้สิทธิ ผลประโยชน์ โอกาสใดๆ ที่ผู้ร้องสูญเสียไปเนื่องจากการเลือกปฏิบัติ
- สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนชดเชยค่าจ้าง ผลประโยชน์ใดๆ แก่ผู้ถูกเลือกปฏิบัติ
- สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความสูญเสียต่อเกียรติยศ (Injury to Dignity)

ความรู้สึก (Feeling) ที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติ

สำหรับการบังคับตามคำสั่งของคณะผู้พิจารณานั้น กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากคณะผู้พิจารณาให้ได้รับชดเชยหรือเยียวยาความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติ นำคำสั่งของคณะผู้พิจารณาไปยื่นต่อศาลสูงสุดเพื่อให้มีคำพิพากษาบังคับตามคำสั่งนั้นได้ ซึ่งจะส่งผลให้คำสั่งของคณะผู้พิจารณามีผลบังคับเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลสูงสุด (มาตรา 39)

กฎหมายมลรัฐ Ontario

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

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับบริการ

มาตรา 1 วางหลักว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันเกี่ยวกับบริการ สินค้า สิ่งอำนวยความสะดวก โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ”

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย

ในกรณีเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย (Accommodation) นั้น มาตรา 2 แบ่งเป็นสองกรณี คือ

กรณีแรก บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในกรณีเกี่ยวกับที่พักอาศัย 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”

การเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับสัญญา

มาตรา 3 วางหลักว่า “บุคคลทุกคนซึ่งมีความสามารถตามกฎหมาย มีสิทธิในการทำสัญญาดบนพื้นฐานของเงื่อนไขข้อกำหนดที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง เชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ”

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

สำหรับการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน มาตรา 5 แบ่งออกเป็นสองกรณีคือ

กรณีแรก บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในการจ้างงานโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง เชื้อชาติ 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 7 ได้จำแนกออกเป็น 3 กรณีคือ

กรณีแรก การคุกคามทางเพศในกรณีเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย วางหลักไว้ว่า บุคคลทุกคนผู้ซึ่งครอบครองที่อยู่อาศัย มีเสรีภาพที่จะไม่ถูกคุกคามด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศ โดยผู้ให้เช่าหรือตัวแทนหรือผู้ครอบครองอาคารเดียวกัน

กรณีที่สอง การคุกคามทางเพศในที่ทำงาน วางหลักไว้ว่า บุคคลทุกคนผู้ซึ่งเป็นลูกจ้าง มีเสรีภาพที่จะไม่ถูกคุกคามในที่ทำงานด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศ โดยนายจ้างหรือตัวแทนหรือลูกจ้างคนอื่น

กรณีที่สาม การติดต่อทางเพศโดยบุคคลที่อยู่ในสถานะให้ผลประโยชน์ วางหลักไว้ว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะไม่ถูกปฏิบัติดังนี้

- การติดต่อทางเพศ (Sexual Solicitation) โดยบุคคลซึ่งอยู่ในตำแหน่งหรือสถานะที่สามารถให้หรือปฏิเสธการให้ผลประโยชน์ใดๆ เมื่อบุคคลผู้นั้นรู้หรือควรรู้ว่าการติดต่อดังกล่าวไม่เป็นที่พึงประสงค์
- การตอบโต้หรือแก้แค้นเนื่องจากการที่ตนได้ปฏิเสธการติดต่อทางเพศจากซึ่งอยู่ในตำแหน่งหรือสถานะที่สามารถให้หรือปฏิเสธการให้ผลประโยชน์ใดๆ

กลไกการบังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้จัดให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระดับมลรัฐ (Ontario Human Rights Commission) และ คณะผู้พิจารณาสิทธิมนุษยชน (Ontario Human Rights Tribunal)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระดับมลรัฐ มีอำนาจหน้าที่สำคัญได้แก่ การกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน การศึกษาวิจัย การศึกษาและทบทวนกฎหมายและระเบียบต่างๆ การส่งเสริมและสนับสนุนภาคส่วนต่างๆ เพื่อความเท่าเทียมกันและจัดการเลือกปฏิบัติ

คณะผู้พิจารณาสิทธิมนุษยชนระดับมลรัฐ มีอำนาจพิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายนี้ ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่าการละเมิดสิทธิจริง มาตรา 45.2 ให้อำนาจคณะผู้พิจารณาอาจมีคำสั่งได้หลายประการ ดังนี้

- คำสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนชำระค่าสินไหมทดแทนต่อผู้ถูกละเมิดสิทธิ รวมทั้งค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายในเกียรติยศ (Injury to Dignity) ความรู้สึก (Feeling) และความนับถือตนเอง (Self-Respect) แก่ผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือถูกเลือกปฏิบัติ

- คำสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนจัดการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดกับผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือถูกเลือกปฏิบัติ นอกจากค่าสินไหมทดแทนที่เป็นตัวเงินสำหรับความสูญเสียจากการฝ่าฝืน รวมทั้งความเสียหายในเกียรติยศ (Injury to Dignity) ความรู้สึก (Feeling) และความนับถือตนเอง (Self-Respect)

- คำสั่งให้คู่กรณีกระทำการใดๆ ที่คณะผู้พิจารณาเห็นสมควรเพื่อเป็นการส่งเสริมการกระทำที่สอดคล้องกับบทบัญญัติตามกฎหมายนี้

3.3.2 กฎหมายแอฟริกาใต้

1) รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้

รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ มีหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันดังนี้

หลักความเท่าเทียมกัน (Equality)

มาตรา 9

(1) บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ทางกฎหมายเท่าเทียมกัน

(2) ความเท่าเทียมกันครอบคลุมถึงการได้รับสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ในการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันนั้น จะต้องมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นเพื่อคุ้มครองบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งเสียเปรียบจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Person Disadvantaged by Unfair Discrimination)

(3) รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ เพศ การตั้งครุฑ สถานะความเป็นมารดา ชาตินิกาย ศาสนา รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด

(4) บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุดังระบุใน (3) ในการนี้รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว

(5) การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังระบุใน (3) นั้นถือว่าเป็นธรรม (Unfair) หากไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติเป็นธรรม (Fair)

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของแอฟริกาใต้ก็มีหลักการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของประเทศแอฟริกาใต้ ปรากฏในกฎหมายหลักสองฉบับคือ

1. กฎหมายแรงงาน (Employment Equality Act, 1998) ซึ่งมีขอบเขตมุ่งเน้นการสร้างความเท่าเทียมกันในการทำงาน (Equality) โดยกำหนดมาตรการคุ้มครองกลุ่มที่กฎหมายมองว่ามีความเสียเปรียบในแง่โอกาสในการทำงานบางกลุ่ม

2. กฎหมายส่งเสริมความเท่าเทียมกันและป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000)

2) กฎหมายแรงงาน (Employment Equality Act, 1998)¹⁹

วัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้มุ่งสร้างความเท่าเทียมกันในการทำงาน (Equality in the Workplace) (มาตรา 2) ด้วยวิธีการดังต่อไปนี้

- ส่งเสริมโอกาสที่เท่าเทียมกันและการปฏิบัติที่เป็นธรรมในการจ้างงานโดยการจัดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination)

- ดำเนินมาตรการยืนยันสิทธิ (Affirmative Action Measures) เพื่อเยียวยาผู้เสียเปรียบในการจ้างงาน เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิในการทำงานอย่างเท่าเทียมในทุกกลุ่มอาชีพและทุกระดับของการทำงาน

ขอบเขตบังคับ

นายจ้างที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายนี้ (Designated Employer) คือนายจ้างที่จ้างลูกจ้าง 50 คนขึ้นไป รวมทั้งองค์กรของรัฐ นายจ้างอื่นสามารถสมัครใจเลือกที่จะปฏิบัติตามกฎหมายนี้ (มาตรา 4)

ลูกจ้างหรือกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้คือ คนผิวสี (Black People) ผู้หญิง ผู้พิการ

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Prohibition of Unfair Discrimination)

กฎหมายกำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Chapter 2) โดยมีหลักสำคัญดังนี้

“ห้ามบุคคลใดเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Unfairly Discriminate) ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อลูกจ้าง โดยนโยบายหรือการปฏิบัติใดๆ บนพื้นฐานของเหตุใดเหตุหนึ่งซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ เพศ การตั้งครรภ์ สถานภาพการสมรส ความรับผิดชอบทางครอบครัว ความเชื่อ ความเห็นทางการเมือง วัฒนธรรม ภาษา การกำเนิด”

¹⁹ the Employment Equity Act, 55 of 1998. Department of labour, Republic of South Africa
<http://www.labour.gov.za/>

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

ห้ามการทดสอบการติดเชื้อ HIV เว้นแต่ศาลแรงงานเห็นว่ามีเหตุอันชอบธรรม (มาตรา 7)

ห้ามการทดสอบทางจิตวิทยา เว้นแต่การทดสอบเช่นนั้นได้รับการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่าเชื่อถือได้ โดยการทดสอบดังกล่าวต้องกระทำต่อลูกจ้าง ทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างหรือกลุ่มใดๆ (มาตรา 8)

มาตรการยืนยันสิทธิ (Affirmative Action)

กฎหมายฉบับนี้กำหนดหลักการเกี่ยวกับมาตรการยืนยันสิทธิไว้เป็นการเฉพาะ (บทที่ 3) โดยกำหนดหน้าที่ของนายจ้างไว้ดังนี้ (มาตรา 13)

- นายจ้างที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายนี้จะต้องดำเนินมาตรการยืนยันสิทธิต่อกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองเพื่อให้บรรลุถึงความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน

- ในการดำเนินการตามมาตรการยืนยันสิทธิ นายจ้างต้องปรึกษากับลูกจ้าง ทำการวิเคราะห์ จัดเตรียมแผนความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน และ รายงานให้กระทรวงแรงงานทราบ

กฎหมายได้อธิบายความหมายของ มาตรการยืนยันสิทธิ (มาตรา 15) ว่าหมายถึง “มาตรการที่มุ่งทำให้ลูกจ้างจากกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองมีโอกาสการทำงานที่เท่าเทียมกันในทุกกลุ่มอาชีพและทุกระดับของการทำงาน” มาตรการดังกล่าวรวมถึง

- การบ่งระบุตัวและการจัดอุปสรรคอันส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง
- มาตรการที่ส่งเสริมความหลากหลาย
- การจัดหาให้ซึ่งที่พักรักษาพยาบาลสำหรับบุคคลในกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง
- การพัฒนาฝีมือ การฝึกอบรม การพัฒนาทักษะการทำงาน สำหรับบุคคลในกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง
- การปฏิบัติในลักษณะให้สิทธิพิเศษเพื่อนำไปสู่การได้ทำงานอย่างเท่าเทียมกัน รวมถึงมาตรการกำหนด “โควตา”

อย่างไรก็ตาม นายจ้างไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับนโยบายการทำงานหรือการปฏิบัติซึ่งส่งผลให้เกิดอุปสรรคต่อบุคคลที่จะเข้าทำงานซึ่งมิได้มาจากกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง

แผนความเท่าเทียมกันในการทำงาน (Employment Equality Plan)

กฎหมายยังได้กำหนดแผนความเท่าเทียมกันในการทำงาน (มาตรา 20) โดยนายจ้างต้องจัดเตรียมและดำเนินการตามแผนเพื่อให้บรรลุถึงความเท่าเทียมในการทำงาน ซึ่งในแผนจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้

วัตถุประสงค์ของแผนในแต่ละปี

เป้าหมายเพื่อบรรลุความเท่าเทียมกันในรูปตัวเลข
 ตารางการดำเนินการประจำปี
 กระบวนการและกลไกการตรวจสอบภายใน
 กำหนดบุคคลผู้รับผิดชอบในการดำเนินการตามแผน
 นายจ้างต้องส่งเอกสารแสดงรายละเอียดค่าจ้างและผลประโยชน์ตอบแทนการทำงานสำหรับทุกประเภทงานและทุกระดับการทำงานให้กับคณะกรรมการเงื่อนไขการจ้าง (Employment Conditions Commission หรือ ECC) (มาตรา 27)

การตรวจสอบและการบังคับใช้กฎหมาย

พนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจตรวจสอบการดำเนินการตามกฎหมายนี้ (มาตรา 35) หากเห็นว่านายจ้างไม่ปฏิบัติตาม พนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้นายจ้างปฏิบัติตาม (มาตรา 36) หากนายจ้างยังคงไม่ปฏิบัติตาม พนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจทำคำสั่งให้ปฏิบัติตาม (มาตรา 37) รัฐมนตรีมีอำนาจตรวจสอบการดำเนินการตามกฎหมายของนายจ้าง หากพบว่าไม่ดำเนินการก็มีอำนาจออกคำแนะนำ (Recommendation) (มาตรา 43) ศาลแรงงานมีอำนาจออกคำสั่งให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรือกำหนดค่าปรับ (มาตรา 50)

นายจ้างที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติต่างๆของกฎหมายนี้จะต้องรับผิดชอบแต่สามารถพิสูจน์ได้ว่าได้กระทำการทุกสิ่งที่จำเป็นเพื่อป้องกันการกระทำดังกล่าวแล้ว (มาตรา 60)

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

นอกจากกฎหมายแรงงานซึ่งมีขอบเขตเฉพาะการเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานแล้ว ประเทศแอฟริกาใต้ยังมีการกำหนดกฎหมายเฉพาะ สำหรับการเลือกปฏิบัติในประเด็นหรือมิติอื่นๆ คือกฎหมายการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและการป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 2000)

กฎหมายนี้ นิยาม การเลือกปฏิบัติว่า

การกระทำหรือละเว้นการกระทำใดๆ อันรวมถึง นโยบาย กฎหมาย กฎ แนวปฏิบัติ เงื่อนไขหรือสถานการณ์ซึ่ง ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม (ก) กำหนดภาระ หน้าที่ หรือก่อให้เกิดความเสียเปรียบ หรือ (ข) กีดกันผลประโยชน์ โอกาส หรือก่อให้เกิดความเสียเปรียบแก่บุคคลใดๆ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ในกฎหมายนี้

จะเห็นได้ว่า กฎหมายมุ่งเน้นที่ “ความเป็นธรรม” (Fairness) โดยกฎหมายได้ระบุถึง ปัจจัย (Factors) ในการพิจารณาว่า นโยบาย กฎหมาย กฎ แนวปฏิบัติ นั้นเป็นธรรมหรือไม่ เช่น การเลือกปฏิบัตินั้นลดคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ส่งผลกระทบที่เกิดกับบุคคลนั้นอาจเกิดในลักษณะการสร้างรูปแบบพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความเสียเปรียบหรือการที่บุคคลนั้นตกอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง การเลือก

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

ปฏิบัตินั้นมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มีวิธีการทางเลือกอื่นที่ทำให้เกิดความเสียเปรียบน้อยกว่าและสามารถนำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหรือไม่ เช่นเดียวกับกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในด้านแรงงาน (Employment Equity Act 1998) ซึ่งมีหลักการคุ้มครองความเท่าเทียมกันโดยห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อม

หลักสำคัญของกฎหมายนี้ คือ

- มุ่งส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกัน โดยกำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องดำเนินการให้เกิดความเท่าเทียม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สำหรับกลุ่มบุคคลที่มีความแตกต่างและถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ เพศ และความพิการ

- ห้ามการกระทำอันแบ่งได้ 3 กลุ่มหลักคือ 1. การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง เชื้อชาติ เพศ ความพิการ 2. ห้ามการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) 3. ห้ามการกระทำที่เป็นการคุกคาม (Harassment) มีข้อสังเกตว่า กฎหมายแอฟริกาใต้ ห้ามการกระทำ 3 กลุ่มหลักที่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติ โดยแยกการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) และการคุกคาม (Harassment) ออกมาเป็นหลักการต่างหากจากการเลือกปฏิบัติอื่นๆ

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายแอฟริกาใต้ กำหนดไว้ชัดเจนถึง การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ในบริบทกฎหมายแอฟริกาใต้ มี การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม กับ การเลือกปฏิบัติอื่นๆที่แม้ว่าจะมีลักษณะเลือกปฏิบัติ แต่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

3.3.3 กฎหมายอินเดีย

1) รัฐธรรมนูญอินเดีย

รัฐธรรมนูญอินเดีย มีหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันดังนี้

การห้ามเลือกปฏิบัติ (Discrimination)

มาตรา 15 มีหลักว่า

(1) รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเพียงเพราะเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เพศ สถานที่เกิด

(2) พลเมืองจะต้องไม่ถูกทำให้เสียสิทธิ หรือถูกจำกัด หรืออยู่ภายใต้เงื่อนไขใด ในกรณีต่อไปนี้ ด้วยเพียงเพราะเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เพศ สถานที่เกิด

(ก) การเข้าถึงร้านค้า ร้านอาหาร โรงแรม สถานที่ให้บริการเกี่ยวกับความบันเทิง สาธารณะหรือ

(ข) การใช้แหล่งน้ำ สถานที่อาบน้ำ ถนน สถานที่ใดๆซึ่งได้รับเงินอุดหนุนทั้งหมดหรือบางส่วนจากรัฐซึ่งเปิดให้ใช้แก่บุคคลทั่วไป

ความเท่าเทียมกัน (Equality)

มาตรา 16 วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน (Equality) ดังนี้

พลเมืองทุกคนมีโอกาसอย่างเท่าเทียมกัน (Equality of Opportunity) ในเรื่องเกี่ยวกับการจ้างงานหรือการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใดๆในภาครัฐ

พลเมืองจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติเพียงเพราะเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เพศ เชื้อสายวงศ์ตระกูล สถานที่เกิด ที่อยู่อาศัย ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานและการดำรงตำแหน่งใดๆในภาครัฐ

3.3.4 เครือรัฐออสเตรเลีย

รัฐธรรมนูญของเครือรัฐออสเตรเลีย มีลักษณะแตกต่างจากรัฐธรรมนูญประเทศอื่นๆ เช่น สหรัฐอเมริกา ที่มีการบัญญัติสิทธิเสรีภาพโดยทั่วไปของพลเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญเครือรัฐออสเตรเลีย รวมถึงรัฐธรรมนูญระดับมลรัฐต่างๆ ในออสเตรเลียนั้น มิได้มีการบัญญัติถึงสิทธิเสรีภาพโดยทั่วไปของประชาชนไว้ ดังนั้นประเด็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจึงขึ้นอยู่กับกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้อง

ดังนั้น กฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติของออสเตรเลีย จึงพิจารณาได้จากกฎหมายเฉพาะซึ่งอาจจำแนกพิจารณาได้ทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ ดังนี้

3.3.4.1 กฎหมายระดับสหพันธรัฐ

ในระดับสหพันธรัฐนั้น เครือรัฐออสเตรเลียมีกฎหมายเฉพาะ เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ 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)

1) พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act 1986)

พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย โดยให้มีอำนาจหน้าที่สำคัญเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติคือ อำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับคำร้อง (Complaint) ที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย คณะกรรมการมีอำนาจพิจารณาเรื่องตามคำร้องรวมถึงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 11)

สำหรับกระบวนการร้องเรียนการเลือกปฏิบัตินั้น ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง (Complaint) ต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย คือ

- บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งกล่าวหาว่าตนได้รับการเลือกปฏิบัติอันมิชอบด้วยกฎหมาย
- บุคคลสองคนหรือกว่านั้นซึ่งกล่าวหาว่าตนได้รับการเลือกปฏิบัติอันมิชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม กรณีการร้องเรียนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเรื่องเดียวกัน หากมีบุคคลใดซึ่งเป็นตัวแทนของสมาชิกในกลุ่มที่ถูกเลือกปฏิบัติได้ยื่นคำร้องแล้ว บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในกลุ่มเดียวกันจะไม่มีสิทธิยื่นคำร้องแยกต่างหากอีก (มาตรา 46P)

เมื่อประธานคณะกรรมการ (President) ได้รับคำร้องแล้วมีหน้าที่พิจารณาคำร้องและพยายามไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในการพิจารณาดังกล่าวคณะกรรมการมีอำนาจเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ข้อมูลประกอบการพิจารณา หากคณะกรรมการเห็นว่าเกิดการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย จะออกหนังสือแจ้ง (Notice) ไปยังผู้ฝ่าฝืน โดยอาจกำหนดคำแนะนำ (Recommendation) เพื่อเป็นการยุติการเลือกปฏิบัติและป้องกันมิให้การเลือกปฏิบัตินั้นเกิดขึ้นซ้ำอีก คำแนะนำยังอาจรวมถึงการให้ผู้ฝ่าฝืนชำระค่าสินไหมทดแทนผู้ได้รับความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติ หรือให้ผู้ฝ่าฝืนกระทำการใดๆ อันเป็นการเยียวยาหรือลดผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 29)

หากประธานเห็นว่าการกระทำที่กล่าวอ้างตามคำร้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย ประธานมีอำนาจยกคำร้อง (Termination of complaint) ตามมาตรา 46PH

ในกรณีที่ประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยกคำร้อง ผู้กล่าวอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติมีสิทธิร้องขอต่อศาลสหพันธรัฐ (Federal Court) ให้พิจารณา ภายใน 60 วันนับแต่ประธานคณะกรรมการมีคำสั่งยกคำร้อง โดยการกระทำที่กล่าวอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต้องเป็นการกระทำเดียวกันกับคำร้องที่ยื่นต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน หากศาลเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย ศาลมีอำนาจทำคำสั่งดังนี้ (มาตรา 46PO)

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

สำหรับประเด็นที่ว่า การกระทำอย่างไรจึงเป็น “การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งจะเป็นเหตุให้ผู้ถูกเลือกปฏิบัติยื่นคำร้องต่อประธานคณะกรรมการหรือต่อศาลตามพระราชบัญญัตินี้ได้ นั้น จะต้องพิจารณานิยามขอคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” และ “การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย” ตามพระราชบัญญัตินี้ ดังต่อไปนี้

- การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หมายถึง²¹

(ก) ความแตกต่าง การกีดกันหรือ การปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษใดๆ ซึ่งกระทำขึ้นบนพื้นฐานของ เชื้อชาติสีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชาตินิกายหรือต้นกำเนิดทางสังคมซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคหรือทำให้เสียไปซึ่งความเท่าเทียมกันในโอกาสหรือการปฏิบัติในการจ้างงานหรืออาชีพ และ

- (ข) ความแตกต่าง การกีดกัน หรือการปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษใดๆ ซึ่ง

²¹ Part I, article 3 (Interpretation)

- ส่งผลเป็นอุปสรรคหรือทำให้เสียไปซึ่งความเท่าเทียมกันในโอกาสหรือการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรืออาชีพ และ
- ได้มีการกำหนดโดยกฎหมายว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ แต่ไม่รวมถึงความแตกต่าง การกีดกัน หรือการปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษต่อไปนี้
- กรณีเกี่ยวกับงานอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเงื่อนไขจำเป็นโดยธรรมชาติของงานนั้น
- กรณีเกี่ยวกับการจ้างงานในฐานะสมาชิกของพนักงานแห่งสถาบันซึ่งกระทำการตามหลักการ ความเชื่อ หรือ คำสอนของศาสนาหรือลัทธิใดที่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน หรือการปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษซึ่งกระทำด้วยความสุจริตเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อความรู้สึกอ่อนไหวของผู้นับถือศาสนาหรือลัธินั้น

- การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย (*Unlawful Discrimination*)²² หมายถึงการกระทำ การละเว้นการกระทำ หรือการปฏิบัติซึ่งมีขอบด้วยกฎหมายดังต่อไปนี้

การกระทำที่ขัดต่อ ส่วนที่ 4 ของ พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางอายุ (Age Discrimination Act 2004)

การกระทำที่ขัดต่อ ส่วนที่ 2 ของ พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางความพิการ (Disability Discrimination Act 1992)

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

การกระทำที่ขัดต่อ ส่วนที่ II ของ พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ (Sex Discrimination Act 1984)

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ กำหนดจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนกำหนดอำนาจหน้าที่รวมถึงกำหนดรายละเอียดกระบวนการยื่นและพิจารณาคำร้องสำหรับผู้ถูกเลือกปฏิบัติแต่ไม่ได้กำหนดมาตราในเชิงสารบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติไว้ในรายละเอียด เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ใช้วิธีการกำหนดนิยามความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” และ “การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย” ไว้ ซึ่งจากนิยามดังกล่าวมีความเชื่อมโยงไปยังเนื้อหาที่กำหนดรายละเอียดของการเลือกปฏิบัติได้ตามกฎหมายฉบับอื่นๆ ดังนั้นจึงต้องมีการพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติฉบับอื่นๆ ควบคู่ไปด้วย

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระดับสหพันธรัฐกับกฎหมายระดับมลรัฐนั้น จะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติในหลายกรณีมีการบัญญัติห้ามไว้ทั้งในกฎหมายสหพันธรัฐและกฎหมายระดับมลรัฐ กรณีเช่นนี้

²² Part I, article 3 (Interpretation)

ผู้เสียหายอาจเลือกที่จะดำเนินคดีตามกฎหมายสหพันธรัฐหรือกฎหมายมลรัฐก็ได้ ทั้งนี้ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียที่วางหลักไว้ว่า²³

“พระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดการบังคับใช้กฎหมายระดับมลรัฐซึ่งสามารถใช้บังคับควบคุมไปกับพระราชบัญญัตินี้

หากกฎหมายระดับมลรัฐกำหนดหลักการในเรื่องเดียวกับพระราชบัญญัตินี้ และ การกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นๆเป็นการฝ่าฝืนทั้งพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายของมลรัฐ ผู้ฝ่าฝืนอาจถูกดำเนินคดีและตัดสินว่ามีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายระดับมลรัฐก็ได้ แต่บุคคลนั้นจะต้องไม่ถูกลงโทษมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเดียวกัน”

2) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางอายุ (Age Discrimination Act 2004)

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

แนวคิดของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุ (Concept of Age Discrimination)

การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุโดยตรง (Direct Discrimination)

การที่บุคคลผู้เลือกปฏิบัติ (Discriminator) กระทำต่อผู้ถูกเลือกปฏิบัติ (Aggrieved Person) ด้วยเหตุแห่งอายุของบุคคลนั้น หากว่า

ผู้เลือกปฏิบัติ ปฏิบัติต่อผู้ถูกเลือกปฏิบัติในลักษณะอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลที่อายุแตกต่างไปจากผู้ถูกเลือกปฏิบัติภายใต้สถานการณ์เหมือนหรือไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญ และ

ผู้เลือกปฏิบัติกระทำการดังกล่าวด้วยเหตุแห่งอายุ หรือคุณลักษณะซึ่งเกี่ยวเนื่องกับอายุของผู้ถูกเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุโดยอ้อม (Indirect Discrimination)

การที่บุคคลผู้เลือกปฏิบัติ (Discriminator) กระทำต่อบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติ (Aggrieved Person) ด้วยเหตุแห่งอายุของบุคคลนั้น หากว่า (มาตรา 15)

- ผู้เลือกปฏิบัติกำหนดเงื่อนไขหรือแนวปฏิบัติใด และ
- เงื่อนไขหรือแนวปฏิบัตินั้นไม่สมเหตุสมผลกับสถานการณ์ และ
- เงื่อนไขหรือแนวปฏิบัตินั้นส่งผลหรือมีแนวโน้มที่จะส่งผลให้ผู้ถูกเลือกปฏิบัติเสียเปรียบเมื่อเทียบกับบุคคลที่อายุเท่ากัน

ห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุ (Age) ในมิติหรือประเด็นต่างๆ (Protected Area of Discrimination) ต่อไปนี้

การจ้างแรงงาน (มาตรา 18)

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

ห้ามนายจ้างหรือผู้ทำการแทนนายจ้างเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการ กำหนดว่าจะจ้างบุคคลใดทำงาน หรือ จะเสนอการจ้างงานให้กับบุคคลใด หรือ การเสนอเงื่อนไขในการทำงานแก่บุคคลใด

ห้ามนายจ้างหรือผู้ทำการแทนนายจ้างเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีที่เกี่ยวข้องกับ

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

อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่นายจ้างปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุถ้าบุคคลดังกล่าวไม่สามารถกระทำการตามเงื่อนไขตามสภาพของงานนั้นได้ด้วยเหตุแห่งอายุ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการศึกษา (มาตรา 26)

กฎหมายกำหนดห้ามองค์กรเกี่ยวกับการศึกษาเลือกปฏิบัติกับบุคคลที่ประสงค์จะสมัครเป็นนักเรียนและบุคคลที่มีสถานะเป็นนักเรียนแล้ว โดยนิยามองค์กรเกี่ยวกับการศึกษา (Educational Institution) หมายความว่าความรวมถึงโรงเรียน วิทยาลัย มหาวิทยาลัย หรือสถาบันอื่นใดที่มีการให้การศึกษา หรือฝึกอบรม (มาตรา 26)

การที่องค์กรเกี่ยวกับการศึกษาปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุ ในกรณีที่ต่อไปนี้เป็นทางเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- ปฏิเสธหรือไม่ยอมรับใบสมัครของบุคคลใดที่ประสงค์สมัครเรียน หรือ
- เลือกปฏิบัติในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกำหนดเงื่อนไขข้อบังคับในการสมัครเรียน

การที่องค์กรเกี่ยวกับการศึกษาปฏิบัติต่อนักเรียนคนหนึ่งแตกต่างจากนักเรียนคนอื่นด้วยเหตุแห่งอายุ ในกรณีที่ต่อไปนี้เป็นทางเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- ปฏิเสธหรือจำกัดการเข้าถึงสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการศึกษาของนักเรียนคนใดคนหนึ่ง
- ขับไล่หรือทำให้นักเรียนคนใดคนหนึ่งอยู่ในสภาพอันไม่พึงประสงค์

อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นสำหรับสถาบันการศึกษาที่จัดตั้งขึ้นสำหรับนักเรียนในช่วงอายุใดอายุหนึ่งโดยเฉพาะ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าสถานที่ (Access to Premise) มาตรา 27

การที่บุคคลใดเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีต่อไปนี้เป็นทางเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- การปฏิเสธมิให้บุคคลใดเข้าหรือใช้สถานที่ใดๆซึ่งประชาชนทั่วไปมีสิทธิเข้าไปหรือใช้ได้ ไม่ว่าจะต้องเสียเงินหรือไม่ก็ตาม
- กำหนดให้บุคคลใดออกไปจากสถานที่เช่นนั้นหรือให้ยุติการใช้สถานที่เช่นนั้น

การเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการและสิ่งอำนวยความสะดวก (มาตรา 28)

การที่บุคคลใดผู้ซึ่งจัดให้มีสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้อื่นไม่ว่าจะต้องมีการชำระเงินตอบแทนหรือไม่ก็ตาม เลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีต่อไปนี้เป็นทางเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- ปฏิเสธการจัดหาให้ซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้อื่น
- ปฏิบัติต่อบุคคลนั้นในลักษณะ (Manner) ที่แตกต่างจากบุคคลอื่น หรือ กำหนดเงื่อนไขในการจัดให้ซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกแตกต่างจากบุคคลอื่น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย (มาตรา 29)

กฎหมายกำหนดคุ้มครองบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติในการเข้าพักอาศัยในที่พักอาศัย ซึ่ง “ที่พักอาศัย” ตามมาตรานี้หมายรวมถึง ที่อยู่อาศัยและที่พักซึ่งให้บริการเชิงธุรกิจ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติมีดังนี้

- กรณีที่ตัวการหรือตัวแทนกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีดังต่อไปนี้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

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

- กรณีที่ตัวการหรือตัวแทนกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีดังต่อไปนี้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- (ก) ปฏิเสธหรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดของผู้พักอาศัย
- (ข) ขับไล่บุคคลใดออกจากที่พักอาศัย

อย่างไรก็ตาม กฎหมายยกเว้นสำหรับกรณีดังต่อไปนี้

- ผู้เลือกปฏิบัตินั้นเป็นผู้ที่อาศัยหรือมีเจตนาที่จะอาศัยอยู่ในที่พักอาศัยนั้นต่อไป
- ที่พักอาศัยนั้นเสนอให้สำหรับผู้เข้าพักอื่นๆนอกจากบุคคลที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุอีกไม่เกิน 3 คน หรือญาติสนิทของผู้ที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติ (ญาติสนิท หรือ Near Relative หมายถึงพ่อแม่ พี่น้อง คู่สมรสโดยนิตินัยหรือโดยพฤตินัย)

จะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยตามกฎหมายนี้ ครอบคลุมที่อยู่อาศัยที่ไม่เกี่ยวข้องกับการให้บริการทางธุรกิจ เช่นการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ด้วย เช่น การที่บุคคลหนึ่งมีที่พักอาศัยและปฏิเสธไม่ให้เฉพาะญาติที่เป็นเด็กเข้าพักอาศัย เป็นต้น

การโฆษณา (Advertisements) มาตรา 50

นอกจากการกระทำต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นแล้ว การที่บุคคลประกาศหรือโฆษณาด้วยวิธีการต่าง ๆ ถึงการที่จะกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติดังกล่าวข้างต้น กฎหมายก็บัญญัติเป็นความผิดเฉพาะด้วยกล่าวคือ

- พิมพ์ หรือโฆษณา หรือ ประกาศ หรือกระทำการใด ๆ อันเป็นเหตุให้เกิดการพิมพ์ หรือ โฆษณา หรือประกาศ และ

- การกระทำความผิดถูกเผยแพร่ ไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณะหรือไม่ โดยทางหนังสือพิมพ์ หรือสื่อสิ่งพิมพ์อื่น ทางโทรทัศน์หรือวิทยุ หรือการแสดงออกทาง ประกาศ ป้าย ฉลาก การ์ด สินค้า การแสดงภาพ ฟิล์ม แบบจำลอง หรือวิธีการอื่นใด ซึ่งชี้ให้เห็นหรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นการชี้ให้เห็นเจตนาหรือความตั้งใจที่จะกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบตามพระราชบัญญัตินี้

ข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions)

กฎหมายนี้กำหนดข้อยกเว้นทั่วไปสำหรับการกระทำที่โดยหลักแล้วเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุในประเด็นหรือมิติต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นและไม่เข้าข้อยกเว้นเฉพาะของการห้ามเลือกปฏิบัติในแต่ละประเด็น สำหรับข้อยกเว้นทั่วไปมีหลายกรณีได้แก่

การเลือกปฏิบัติเชิงบวก (Positive Discrimination) มาตรา 33

หากการเลือกปฏิบัติต่อผู้อื่นด้วยเหตุแห่งอายุในกรณีต่อไปนี้ ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- กระทำการเพื่อให้เกิดผลประโยชน์อย่างสุจริตแก่บุคคลที่มีอายุใดอายุหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

ตัวอย่างเช่น ร้านทำผมให้บัตร์ส่วนลดผู้สูงอายุ กรณีนี้การให้ส่วนลดถือเป็นการทำเพื่อให้เกิดประโยชน์โดยสุจริตแก่บุคคลผู้สูงอายุ หรือกรณีการให้ทุนการศึกษาที่มุ่งกำหนดคุณสมบัติแก่บุคคลในช่วงอายุใดช่วงอายุหนึ่งโดยเฉพาะ เป็นต้น

- การกระทำนั้นทำเพื่อตอบสนองความต้องการของบุคคลที่มีอายุใดอายุหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

ตัวอย่างเช่น เด็กมีความต้องการบางอย่างที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ ดังนั้นการที่รัฐจัดให้มีสวัสดิการบางอย่างเฉพาะสำหรับเด็กถือเป็นการกระทำเพื่อตอบสนองความต้องการเฉพาะของเด็ก

- การกระทำนั้นมุ่งลดความเสียเปรียบที่เกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุใดอายุหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

กรณีการกุศล (Charities) มาตรา 34

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ไม่ใช้บังคับกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้สิทธิหรือผลประโยชน์ด้วยวัตถุประสงค์เพื่อการกุศลตามกฎหมายการกุศลและองค์กรไม่แสวงกำไรของออสเตรเลีย (Australian Charities and Not-for-Profits Commission Act, 2012)

กรณีศาสนา มาตรา 35

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ไม่ใช้บังคับกับการกระทำหรือแนวปฏิบัติขององค์กรซึ่งจัดตั้งขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ทางศาสนา ตามหลักการ ความเชื่อ ของศาสนานั้น

กรณีที่มีกฎหมายเฉพาะ มาตรา 39

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับกฎหมายเฉพาะตามที่ระบุไว้ในตารางท้ายพระราชบัญญัตินี้

3) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางความพิการ (Disability Discrimination Act 1992)

กฎหมายนี้ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการในมิติหรือประเด็นต่างๆ สำหรับความพิการ (Disability) นั้นหมายถึง การสูญเสียการทำงานของร่างกายหรือจิตใจบางส่วนหรือทั้งหมด การสูญเสียอวัยวะใดไปทั้งหมดหรือบางส่วน การที่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผิดปกติรูปร่างหรือทำงานผิดปกติ ความผิดปกติ เจ็บป่วย โรค ซึ่งส่งผลกระทบต่อกระบวนการทางความคิด อารมณ์ การตัดสินใจ นอกจากนี้ความพิการยังรวมถึงลักษณะนิสัยซึ่งเป็นอาการหรือการแสดงออกของความพิการด้วย

มิติหรือประเด็นของการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (มาตรา 15) ห้ามนายจ้างหรือผู้ทำการแทนนายจ้างเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการ กำหนดว่าจะจ้างบุคคลใดทำงาน หรือ จะเสนอการจ้างงานให้กับบุคคลใด หรือ การเสนอเงื่อนไขในการทำงานแก่บุคคลใด

ห้ามนายจ้างหรือผู้ทำการแทนนายจ้างเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับ

- การกำหนดเงื่อนไขในการทำงานของลูกจ้าง หรือ

- การปฏิเสธหรือจำกัดสิทธิลูกจ้างในการเข้าถึงโอกาส ความก้าวหน้าในการทำงาน การโอนย้าย การฝึกอบรม หรือผลประโยชน์อื่นใดเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน หรือ

- การเลิกจ้างลูกจ้าง

อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นในมาตรา 21A กรณีความจำเป็นตามสภาพงาน (Inherent requirement) กล่าวคือ กรณีดังกล่าวข้างต้นจะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย หากเข้าเงื่อนไขดังนี้

- ผู้เลือกปฏิบัติ (Discriminator) กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้อื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ หากการเลือกปฏิบัตินั้นเกี่ยวข้องกับงานใดงานหนึ่ง (รวมทั้งการเลื่อนตำแหน่ง การโอนย้ายงาน) และ

- บุคคลผู้อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัตินั้นไม่สามารถทำตามเงื่อนไขอันจำเป็นตามสภาพงานนั้นได้ ทั้งที่นายจ้างได้พยายามดำเนินการปรับเงื่อนไขต่างๆ ให้เหมาะสมกับบุคคลนั้นแล้ว

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการศึกษา (มาตรา 22) กฎหมายกำหนดห้ามองค์กรเกี่ยวกับการศึกษาเลือกปฏิบัติกับบุคคลที่ประสงค์จะสมัครเป็นนักเรียนและบุคคลที่มีสถานะเป็นนักเรียนแล้ว โดยนิยามองค์กรเกี่ยวกับการศึกษา (Educational Institution) ไว้ว่าหมายความรวมถึงโรงเรียน วิทยาลัย มหาวิทยาลัย หรือสถาบันอื่นใดที่มีการให้การศึกษาหรือฝึกอบรม (มาตรา 4)

การที่องค์กรเกี่ยวกับการศึกษาปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- ปฏิเสธหรือไม่ยอมรับใบสมัครของบุคคลใดที่ประสงค์สมัครเรียน หรือ
- เลือกปฏิบัติในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกำหนดเงื่อนไขข้อบังคับในการสมัครเรียน

การที่องค์กรเกี่ยวกับการศึกษาปฏิบัติต่อนักเรียนคนหนึ่งแตกต่างจากนักเรียนคนอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- ปฏิเสธหรือจำกัดการเข้าถึงสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการศึกษาของนักเรียนคนใดคนหนึ่ง
- ขับไล่หรือทำให้นักเรียนคนใดคนหนึ่งอยู่ในสภาพอันไม่พึงประสงค์

การที่องค์กรเกี่ยวกับการศึกษาปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ ด้วยการกำหนดหลักสูตรการเรียนการสอนหรือการฝึกอบรมให้มีเนื้อหาอันส่งผลให้เป็นการกีดกันบุคคลจากการเข้าร่วมดังนั้นก็ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นสำหรับสถาบันการศึกษาที่จัดตั้งขึ้นทั้งหมดหรือเป็นส่วนใหญ่สำหรับนักเรียนผู้มีความพิการอย่างใดโดยเฉพาะและบุคคลผู้นั้นมิได้มีความพิการดังกล่าว

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าสถานที่ (Access to Premise) มาตรา 23 การที่บุคคลใดเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- การปฏิเสธมิให้บุคคลใดเข้าหรือใช้สถานที่ใดๆซึ่งประชาชนทั่วไปมีสิทธิเข้าไปหรือใช้ได้ ไม่ว่าจะต้องเสียเงินหรือไม่ก็ตาม
- กำหนดเงื่อนไขการเข้า หรือการใช้ที่สถานที่ดังกล่าวข้างต้นสำหรับบุคคลบางคนแตกต่างจากผู้อื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ
- ปฏิเสธมิให้บุคคลบางคนใช้สิ่งอำนวยความสะดวกใดๆในสถานที่นั้นซึ่งสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวบุคคลทั่วไปสามารถใช้ได้
- กำหนดให้บุคคลใดออกไปจากสถานที่เช่นนั้นหรือหยุดการใช้สถานที่เช่นนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้า บริการ และสิ่งอำนวยความสะดวก (มาตรา 24) การที่บุคคลใดผู้ซึ่งจัดให้มีสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้อื่นไม่ว่าจะต้องมีการชำระเงินตอบแทนหรือไม่ก็ตาม เลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- ปฏิเสธการจัดหาให้ซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้อื่น หรือ ปฏิเสธในการกระทำใดๆเพื่อให้ผู้นั้นสามารถเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกได้
- จัดสินค้าหรือให้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกให้ผู้อื่นโดยมีเงื่อนไขในลักษณะเลือกปฏิบัติ
- จัดสินค้าหรือให้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกให้ผู้อื่นในลักษณะ (Manner) เลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย (มาตรา 25) กฎหมายกำหนดคุ้มครองบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติในการเข้าพักอาศัยในที่พักอาศัย ซึ่ง “ที่พักอาศัย” ตามมาตรานี้หมายถึง ที่อยู่อาศัยหรือที่พักซึ่งให้บริการเชิงธุรกิจ (Residential or Business) หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ มีดังนี้

- กรณีที่ตัวการหรือตัวแทนกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีดังต่อไปนี้ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

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

- กรณีที่ตัวการหรือตัวแทนกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการ ในกรณีดังต่อไปนี้ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

- (ก) ปฏิเสธหรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดของผู้พักอาศัย
- (ข) ขับไล่บุคคลใดออกจากที่พักอาศัย

(ค) ปฏิเสธในการที่ผู้พักอาศัย จะทำการปรับหรือแก้ไขที่พักอาศัยซึ่งตนครอบครองอยู่ หากผู้นั้นออกค่าใช้จ่ายในการปรับหรือแก้ไขเองและตกลงว่าจะดำเนินการทำให้ที่พักอาศัยนั้นกลับสู่สภาพก่อนปรับหรือแก้ไขเมื่อตนออกจากที่พักอาศัยนั้นแล้ว

อย่างไรก็ตาม กฎหมายยกเว้นสำหรับกรณีดังต่อไปนี้

- ผู้เลือกปฏิบัตินั้นเป็นผู้ที่อาศัยหรือมีเจตนาที่จะอาศัยอยู่ในที่พักอาศัยนั้นต่อไป
- ที่พักอาศัยนั้นเสนอให้สำหรับผู้เข้าพักอื่นๆ นอกจากบุคคลที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการอีกไม่เกิน 3 คน หรือ ญาติสนิทของผู้ที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติ (ญาติสนิท หรือ Near Relative หมายถึงพ่อแม่ พี่น้อง คู่สมรสโดยนิตินัยหรือโดยพฤตินัย)
- ที่พักอาศัยนั้นจัดให้มีด้วยวัตถุประสงค์เพื่อการกุศลหรือโดยองค์กรอาสาสมัคร สำหรับคนพิการประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ และผู้ที่ถูกเลือกปฏิบัติมิได้มีความพิการประเภทนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับคลับและสมาคม (มาตรา 27) การที่คลับหรือสมาคมซึ่งจดทะเบียนหรือกรรมการของคลับหรือสมาคมนั้น เลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความพิการในกรณีต่อไปนี้เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

- การปฏิเสธมิให้บุคคลใดเข้าเป็นสมาชิกคลับหรือสมาคม
- กำหนดเงื่อนไขการเข้าเป็นสมาชิกคลับหรือสมาคมในลักษณะเลือกปฏิบัติ
- ปฏิเสธหรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ สำหรับสมาชิกคลับหรือสมาคมในลักษณะเลือกปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายยกเว้นสำหรับกรณีที่ คลับหรือสมาคมนั้นเปิดรับสมาชิกเฉพาะคนพิการประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ และผู้ที่ถูกเลือกปฏิบัติมิได้มีความพิการประเภทนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับกีฬา (มาตรา 28) การที่บุคคลใดเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นโดยการกีดกันบุคคลนั้นมิให้เข้าร่วมในกิจกรรมการกีฬาด้วยเหตุแห่งความพิการ เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมายเว้นแต่

- บุคคลนั้นไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขของกีฬานั้นได้อย่างสมเหตุสมผล
- หากบุคคลนั้นได้รับการคัดเลือกโดยวิธีการที่สมเหตุสมผลบนพื้นฐานของทักษะหรือความสามารถเกี่ยวกับกีฬานั้น
- หากกิจกรรมกีฬานั้นจัดให้มีขึ้นเพื่อคนพิการประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ และผู้ที่ถูกเลือกปฏิบัติมิได้มีความพิการประเภทนั้น

การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการคุกคาม (Discrimination Involving Harassment)

กฎหมายกำหนดหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการคุกคาม (Discrimination Involving Harassment) แยกต่างหากจากการเลือกปฏิบัติในประเด็นหรือมิติต่างๆดังกล่าวข้างต้น โดยจำแนกการคุกคาม (Harassment) ที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติอันมีขอบด้วยกฎหมายใน 3 มิติคือ การจ้างแรงงาน การศึกษา และ กรณีเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ

การคุกคามเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (Harassment in Employment) มาตรา 36

- การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมายคือการที่บุคคลหนึ่งทำการคุกคามบุคคลอื่นซึ่งเป็นลูกจ้างและ มีความพิการ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความพิการนั้น
- การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมายคือการที่บุคคลหนึ่งทำการคุกคามบุคคลผู้มีความพิการซึ่งอยู่ในระหว่างการแสวงหางานหรือสมัครงานกับบุคคลนั้น ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความพิการ

การคุกคามเกี่ยวกับการศึกษา (มาตรา 37)

การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมายคือกรณีที่บุคคลผู้ซึ่งเป็นสมาชิกของพนักงานในสถาบันการศึกษาคุกคามบุคคลอื่นซึ่งเป็นนักเรียนในสถาบันการศึกษานั้นหรือกำลังสมัครเข้าเป็นนักเรียนในสถาบันการศึกษานั้นด้วยเหตุแห่งความพิการในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความพิการ

การคุกคามเกี่ยวกับกรณีการจัดให้มีสินค้าหรือบริการ (มาตรา 39)

การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมายคือการที่ผู้ซึ่งจัดให้มีสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวก ไม่ว่าจะต้องชำระเงินตอบแทนหรือไม่ ทำการคุกคามผู้ซึ่งประสงค์จะได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นด้วยเหตุแห่งความพิการในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความพิการ

การโฆษณา (Advertisement) มาตรา 44

กฎหมายกำหนดความผิดสำหรับบุคคลผู้ซึ่งพิมพ์หรือแสดงหรือก่อให้เกิดการพิมพ์หรือแสดงการโฆษณาหรือประกาศซึ่งชี้ให้เห็นเจตนาหรือความตั้งใจในการกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้

การโฆษณา หมายความว่ารวมถึงการโฆษณาทุกรูปแบบหรือประกาศ ไม่ว่าจะกระทำต่อสาธารณะหรือไม่ ไม่ว่าจะกระทำการโดยทางโทรทัศน์ วิทยุ โดยการ แจ้างข้อความ สัญลักษณ์ ฉลาก แสดงให้เห็นบน

สินค้า บริการ หรือทำให้แพร่หลายซึ่งตัวอย่าง แคตตาล็อก รายการราคา โดยการแสดงด้วยรูปภาพ ตัวแบบจำลอง หรือวิธีการอื่นใด

ช้อยกเว้นทั่วไป

กฎหมายกำหนดช้อยกเว้นทั่วไปสำหรับการกระทำที่โดยหลักแล้วเป็นการเลือกปฏิบัติ ให้การกระทำบางอย่างไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย เช่น

วิธีการพิเศษ (Special Measures) (มาตรา 45)

การกระทำต่อไปนี้ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบ

- การทำให้ผู้พิการมีโอกาสที่เท่าเทียมกันกับผู้อื่นในสถานการณ์เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติต่างๆตามกฎหมายนี้

- การจัดให้ผู้พิการได้รับสินค้าหรือเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกหรือบริการหรือโอกาสอย่างสอดคล้องกับความต้องการเป็นพิเศษของผู้พิการ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน การศึกษา ที่อยู่อาศัย คลับ การกีฬา สินค้า บริการ การทำให้สิ่งอำนวยความสะดวกเข้าถึงได้ การบริหารกฎหมายและโปรแกรมต่างๆของรัฐ

อย่างไรก็ตาม ช้อยกเว้นนี้ไม่ใช่บังคับในกรณีการเลือกปฏิบัตินั้นไม่มีความจำเป็นสำหรับการนำมาตรการดังกล่าวไปปรับใช้

กฎหมายเฉพาะ (มาตรา 47)

การกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นการกระทำตามคำสั่งศาลหรือมีกฎหมายเฉพาะให้ทำได้นั้น ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบตามกฎหมายนี้

โรคติดต่อ (มาตรา 48)

การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งการพิการไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย หากความพิการของบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่อและการเลือกปฏิบัติมีความจำเป็นอย่างสมเหตุผลเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชน

สัตว์ช่วยเหลือ (Assistance Animal) มาตรา 54A

การกระทำต่อไปนี้ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- การกำหนดให้สัตว์ช่วยเหลือผู้พิการอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้พิการหรือผู้อื่นซึ่งเป็นตัวแทนผู้พิการ

- การที่ผู้เลือกปฏิบัติสงสัยว่าสัตว์ช่วยเหลือมีโรคติดต่อ และกระทำไปด้วยความจำเป็นเพื่อป้องกันผู้อื่นจากโรคติดต่อนั้น

- การร้องขอให้ผู้พิการแสดงหลักฐานว่าสัตว์นั้นคือสัตว์ช่วยเหลือผู้พิการ หรือ สัตว์นั้นได้รับการฝึกหัดอย่างเหมาะสมกับสถานที่สาธารณะ

กฎหมายนี้ไม่กระทบถึงความรับผิดชอบของผู้พิการต่อความเสียหายในทรัพย์สินอันเกิดจากสัตว์ช่วยเหลือ

4) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Racial Discrimination Act 1975)

กฎหมายนี้มีขอบเขตเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ซึ่งหมายรวมถึง เชื้อชาติ (race) สีผิว (Color) เชื้อสาย (Descent) ชาตินักเกิด (National) เผ่าพันธุ์กำเนิด (Ethnic origin)

กฎหมายนี้สืบเนื่องจากการที่ออสเตรเลียให้สัตยาบันอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ

การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติที่มีขอบด้วยกฎหมาย คือการกระทำดังต่อไปนี้ (มาตรา 9)

- การกระทำเกี่ยวกับการจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือ การเลือก บนพื้นฐานของ เชื้อชาติ (Race) สีผิว (Color) เชื้อสาย (Descent) ชาตินักเกิด (National) เผ่าพันธุ์กำเนิด (Ethnic origin) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือส่งผลเป็นการทำให้เสื่อมเสียไปซึ่งสิทธิมนุษยชนหรือเสรีภาพพื้นฐานใดๆที่เกี่ยวกับการเมือง เศรษฐกิจสังคม วัฒนธรรม หรือมิติอื่นๆของชีวิตสาธารณะ

การกระทำที่เข้าองค์ประกอบต่อไปนี้

- การที่บุคคลหนึ่งกำหนดให้บุคคลอื่นปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อกำหนดซึ่งไม่มีเหตุผลอันสมควร และ
- บุคคลอื่นนั้นไม่หรือไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อกำหนดดังกล่าว และ
- เงื่อนไขหรือข้อกำหนดนั้นมีวัตถุประสงค์หรือส่งผลเป็นการทำให้เสื่อมเสียไปซึ่งสิทธิมนุษยชนหรือเสรีภาพพื้นฐานใดๆที่เกี่ยวกับการเมือง เศรษฐกิจสังคม วัฒนธรรม หรือมิติอื่นๆของชีวิตสาธารณะ

การเลือกปฏิบัติในการเข้าสถานที่และสิ่งอำนวยความสะดวก (มาตรา 11)

การกระทำต่อไปนี้ด้วยเหตุแห่ง เชื้อชาติ สีผิว ชาตินักเกิด เผ่าพันธุ์กำหนดของบุคคลอื่นในกรณีต่อไปนี้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- การที่บุคคลใดปฏิเสธที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้าถึงหรือใช้สถานที่หรือยานพาหนะใดซึ่งประชาชนทั่วไปมีสิทธิหรือได้รับอนุญาตให้เข้า หรือใช้
- ปฏิเสธไม่ให้บุคคลอื่นใช้สิ่งอำนวยความสะดวกใดในสถานที่หรือยานพาหนะซึ่งประชาชนทั่วไปมีสิทธิหรือได้รับอนุญาตให้เข้า หรือใช้
- กำหนดให้บุคคลอื่นต้องออกไปจากหรือหยุดการใช้สถานที่หรือยานพาหนะหรือสิ่งอำนวยความสะดวกใดๆ

3.3.4.2 กฎหมายระดับมลรัฐ

ในระดับมลรัฐ พบว่ามลรัฐต่างๆในออสเตรเลียได้ตรากฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในรูปพระราชบัญญัติซึ่งครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายประการ ดังจะชี้ให้เห็นหลักสำคัญดังต่อไปนี้

1) เขตปกครองเมืองหลวงออสเตรเลีย (Australian Capital Territory)

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

กฎหมายนี้วางหลักห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual harassment) เป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ยังวางหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือสถานการณ์ติดเชื้อ HIV

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา การเข้าสถานที่ต่างๆ สินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย

2) มลรัฐ New South Wales

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

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

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา การเข้าสถานที่ต่างๆ สินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย

3) มลรัฐ Northern Territory

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Act 1996) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ เพศ อายุ สถานภาพการสมรส การตั้งครรภ์ การให้นมบุตร จากอกแม่ การเป็นสมาชิกสมาคม ความเชื่อและกิจกรรมทางศาสนา ความเห็นทางการเมือง ข้อมูลสุขภาพ และประวัติอาชญากรรม รวมทั้งห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา การเข้าสถานที่ต่างๆ สินค้าและบริการ การประกันภัย

4) มลรัฐ Queensland

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Act 1991) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง เพศ อายุ สถานภาพสมรส การตั้งครรภ์ การให้นมบุตรจากอกแม่ เชื้อชาติ ความเชื่อและกิจกรรมทางศาสนา ความเห็นทางการเมือง

กฎหมายนี้วางหลักห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) นอกจากนี้ยังวางหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ ศาสนา

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา สินค้าและบริการ การประกันภัย ที่อยู่อาศัย การเป็นสมาชิกในคลับ การเป็นสมาชิกในองค์กรทางวิชาชีพหรือธุรกิจ การค้า การอุตสาหกรรม

5) มลรัฐ South Australia

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equal Opportunity Act 1984) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง เพศ อายุ สถานะภาพสมรส การตั้งครรภ์ การให้นมบุตร จากอกแม่ เชื้อชาติ ความพิการซึ่งรวมทั้งกรณีสัตว์ช่วยเหลือผู้พิการ การแสดงออกหรือการแต่งกายทางศาสนา (Religious Appearance or Dress) รวมทั้งห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา สินค้าและบริการ การประกันภัย ที่อยู่อาศัย การเป็นสมาชิกในคลับ การเป็นสมาชิกในองค์กรทางวิชาชีพหรือธุรกิจ การโฆษณาซึ่งรวมถึงการประกาศรับสมัครงาน

6) มลรัฐ Tasmania

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

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

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษาและฝึกอบรม สินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย การเป็นสมาชิกในคลับ ข้อสัญญาทางพาณิชย์และอุตสาหกรรม (Enterprise Agreements and Industrial Agreements.)

7) มลรัฐ Victoria

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equal Opportunity Act 2010) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง อายุ การให้นมบุตรจากอกแม่ ความพิการ การจ้างงาน อัตลักษณ์ทางเพศ กิจกรรมทางอุตสาหกรรม กิจกรรมทางเพศที่ถูกกฎหมาย สถานะภาพสมรส ลักษณะทางกายภาพ ความเชื่อและกิจกรรมทางการเมือง การตั้งครรภ์ เชื้อชาติรวมทั้งสีผิว สัญชาติ ชาติพันธุ์ ความเชื่อและกิจกรรมทางศาสนา รสนิยมทางเพศ รวมทั้งห้ามการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)

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

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณี การจ้างแรงงาน อุตสาหกรรม การศึกษาสินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย คลับ การกีฬา

8) มลรัฐ Western Australia

กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equal Opportunity Act 1984) ซึ่งวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง เพศ รสนิยมทางเพศ สถานะภาพสมรส การตั้งครุภ การให้นมบุตรจากอกแม่ เชื้อชาติ ศาสนา อายุ ประวัติทางเพศ (Gender History) รวมทั้งการเผยแพร่รายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวข้างต้นในเว็บไซต์ทางทะเบียนของหน่วยงานรัฐ

สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆดังกล่าวข้างต้น ครอบคลุมกรณี การจ้างแรงงาน รวมทั้งผู้สมัครงาน (Applicants) การศึกษา การโฆษณา สินค้าและบริการ การใช้บริการ ด้านการขนส่ง ที่อยู่อาศัย

3.3.5 กฎหมายสิงคโปร์

1) รัฐธรรมนูญสิงคโปร์ หลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏใน รัฐธรรมนูญสิงคโปร์ มาตรา 12 ว่าด้วย “การคุ้มครองความเท่าเทียมกัน” (Equal Protection) มีหลักดังนี้

(1) บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

(2) เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเหตุแห่ง ศาสนา เชื้อชาติ สายโลหิต หรือ ถิ่นกำเนิด โดยกฎหมายใดๆ หรือ ในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการจ้างงานเจ้าพนักงาน หรือ ในการบริหารกฎหมายใดๆที่เกี่ยวข้องกับการได้มา การถือครองทรัพย์สิน หรือการจัดตั้ง หรือดำเนินการค้า ธุรกิจ วิชาชีพ หรือการจ้างแรงงาน

(3) อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวข้างต้นไม่ใช้กับบทบัญญัติหรือการปฏิบัติใดๆที่จำกัดการจ้างงานซึ่งเกี่ยวข้องกับศาสนาหรือสถาบันซึ่งบริหารจัดการโดยกลุ่มองค์กรวิชาชีพศาสนา

ศาลสูงสุดได้ตีความมาตรา 12 ในคดี Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong²⁴ โดยวางเกณฑ์สำหรับพิจารณาว่ากฎหมายหรือมาตรการที่พิพาทนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 12 หรือไม่ เกณฑ์ดังกล่าวมีสองขั้น (Stages) ดังนี้

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

ขั้นแรก พิจารณาว่า กฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันหรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า กฎหมายนั้นไม่ได้ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน กฎหมายนั้นก็ผ่านเกณฑ์นี้ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่หากกฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน ก็จะต้องพิจารณาขั้นที่สองต่อไป

ขั้นที่สอง พิจารณาว่า กฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลการจำแนกความแตกต่างที่ชอบหรือไม่ ในการนี้จะต้องแยกพิจารณาเป็นสองกรณีคือ

กรณีแรก พิจารณาว่า การจำแนกความแตกต่างระหว่างบุคคลในกลุ่มหนึ่งกับบุคคลที่อยู่นอกกลุ่มนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่สามารถเข้าใจได้หรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า ไม่อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ กฎหมายนั้นก็เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากอยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ ก็จะต้องพิจารณาในกรณีที่สองต่อไป

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

กฎหมายอาญาสิงคโปร์ มาตรา 377A กำหนดโทษสำหรับชายซึ่งกระทำความผิดหรือกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อชายอื่น ไม่ว่าในที่ส่วนตัวหรือสาธารณะ²⁵

3.3.6 กฎหมายประเทศสวีเดน

รัฐธรรมนูญสวีเดน วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติไว้ดังนี้

มาตรา 15 วางหลักว่า “กฎหมายหรือบทบัญญัติใดๆ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อพลเมืองในลักษณะกีดกันเนื่องจากการที่พลเมืองคนนั้นเป็นสมาชิกชนกลุ่มน้อย ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ชาติกำเนิด”²⁶

มาตรา 16 วางหลักว่า “กฎหมายหรือบทบัญญัติใดๆ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อพลเมืองในลักษณะกีดกันด้วยเหตุแห่งเพศ เว้นแต่บทบัญญัตินี้เป็นส่วนหนึ่งของมาตรการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง”²⁷

²⁵ 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”.

²⁶ Article 15.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 Article 16.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.

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว สวีเดนยังมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ เดิมกฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศสวีเดน ถูกบัญญัติรับรองไว้ในลักษณะกระจัดกระจายตามกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ อาทิ

- กฎหมายโอกาสที่เท่าเทียมกัน (the Equal Opportunities Act (Swedish Code of Statutes 1991:433))

- กฎหมายเกี่ยวกับมาตรการต่อต้านการเลือกปฏิบัติในชีวิตการทำงานด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา หรือ ความเชื่อทางศาสนา (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))

กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติและการปฏิบัติในเชิงด้อยค่าอื่นๆต่อเด็กและนักเรียน (the Act Prohibiting Discriminatory and Other Degrading Treatment of Children and School Students (Swedish Code of Statutes 2006:67))

ต่อมาในปี 2009 สวีเดนได้บัญญัติกฎหมายใหม่เรียกว่า **กฎหมายการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Act)** ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางครอบคลุมมิติต่างๆและเหตุต่างๆของการเลือกปฏิบัติ หลักการสำคัญของกฎหมายมีดังนี้

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

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่เพิ่มเข้ามาในกฎหมายใหม่นี้ คือ อายุ และ เหตุที่เกี่ยวกับคนข้ามเพศ ที่กฎหมายใช้คำว่า “อัตลักษณ์ความเป็นคนข้ามเพศหรือการแสดงออกซึ่งการเป็นคนข้ามเพศ (Transgender Identity or Expression)” ซึ่งหมายถึงบุคคลที่ไม่ระบุเจาะจงตัวเองว่าจัดอยู่ในเพศหญิงหรือเพศชาย หรือผู้ซึ่งแสดงตัวตนว่าจัดอยู่ในเพศอื่นๆโดยการแต่งกายหรือโดยวิธีการอื่น

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

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่สำคัญมีดังนี้

การเลือกปฏิบัติในมิติของชีวิตการทำงาน (Working Life)

นายจ้างจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลต่อไปนี้มาตรา 1

ลูกจ้าง

บุคคลซึ่งสมัครงาน

บุคคลซึ่งสมัครเพื่อทำการฝึกงาน (Traineeship)

บุคคลซึ่งทำงานในลักษณะชั่วคราว (Temporary)

บุคคลซึ่งมีสิทธิตัดสินใจแทนนายจ้างในกรณีเกี่ยวข้องกับบุคคลดังกล่าว ถือว่าเป็นนายจ้าง

การห้ามเลือกปฏิบัติในรูปแบบของ การเข้าถึงที่ไม่เพียงพอ (Inadequate Accessibility) นั้นไม่นำมาใช้กับกรณีของบุคคลผู้สมัครงาน

กรณีต่อไปนี้ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ²⁸

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

มาตรการที่เป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย โดยเป็นกรณีที่มีใช้การจ่ายค่าตอบแทนและเงื่อนไขของการทำงาน

การกำหนดข้อจำกัดด้านอายุในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิการ ผลประโยชน์สำหรับผู้อื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องจากการจ้างแรงงานตามที่กำหนดในสัญญาหรือข้อตกลงร่วมกัน (Collective Agreement)

การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ หากมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีความเหมาะสมและจำเป็น

กรณีการคุกคาม (Harassment)²⁹

²⁸ Section 2

²⁹ Section 3

กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องดำเนินการเกี่ยวกับข้อร้องเรียนกรณีคุกคามเกี่ยวข้องกับการทำงาน หลักสำคัญคือ หากนายจ้างรู้ว่าลูกจ้างถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำงานโดยบุคคลใดๆ ที่ทำงานหรือฝึกงานในสถานที่ทำงานของนายจ้าง นายจ้างมีหน้าที่สืบสวนสอบสวน เหตุการณ์แวดล้อมและดำเนินมาตรการอันสมควรเพื่อป้องกันการคุกคามที่จะเกิดขึ้นในอนาคต หน้าที่ดังกล่าวใช้กับกรณีบุคคลที่ฝึกงานหรือทำงานชั่วคราวด้วย

หากผู้สมัครงาน (Job Applicant) ไม่ได้รับการจ้างหรือไม่ได้รับการคัดเลือกสำหรับการสัมภาษณ์งาน หรือลูกจ้างไม่ได้รับการเลื่อนตำแหน่งหรือไม่ได้รับการคัดเลือกเพื่อการศึกษาหรือฝึกอบรมสำหรับการเลื่อนตำแหน่ง ผู้สมัครหรือลูกจ้างดังกล่าวมีสิทธิได้รับข้อมูลเป็นลายลักษณ์อักษรจากนายจ้างเกี่ยวกับข้อมูลของผู้ที่ได้รับการคัดเลือก เช่น การศึกษา ประสบการณ์ รวมทั้งคุณสมบัติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง³⁰

การเลือกปฏิบัติในมิติของการศึกษา

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติคือ³¹ “บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับการศึกษา ตามกฎหมายการศึกษาหรือผู้ให้บริการการศึกษา (Education Provider) จะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อ เด็ก นักเรียน นักศึกษา ที่เข้าร่วมหรือสมัครเข้าร่วมกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา นอกจากนี้ ลูกจ้างและคู่สัญญาอื่นๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมเช่นนั้นถือว่าเป็นผู้ให้บริการการศึกษาด้วย” อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงมาตรา 6

มาตรการที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชายในการรับเข้าศึกษา

การใช้ข้อกำหนดที่นำเอาปัจจัยด้านอายุมาประกอบในเรื่องเกี่ยวกับการศึกษาก่อนวัยเรียน (Preschool Education) การศึกษาภาคบังคับ โรงเรียนที่จัดการศึกษาพิเศษ

การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ หากมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและมาตรการที่นำมาใช้นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว

การกำหนดมาตรการเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมกันและโอกาสสำหรับกลุ่มชาติพันธุ์ ศาสนา หรือความเชื่ออื่นๆ

หน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับการคุกคาม (Harassment)³²

หากผู้ให้บริการการศึกษาเห็นว่า เด็ก นักเรียน นักศึกษา ที่มีส่วนร่วมหรือสมัครเข้าร่วมกิจกรรมการศึกษา ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศ ผู้ให้บริการการศึกษานั้นมีหน้าที่สืบสวนสอบสวนเหตุการณ์แวดล้อมและดำเนินมาตรการอันสมควรเพื่อป้องกันการคุกคามที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

³⁰ Section 4

³¹ Section 5

³² Section 7

หากผู้สมัคร (Applicant) ได้รับการปฏิเสธในการรับเข้าศึกษาหรือไม่ได้รับคัดเลือกให้เข้ารับการสัมภาษณ์เพื่อเข้าศึกษา ผู้สมัครดังกล่าวมีสิทธิได้รับข้อมูลเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ให้บริการการศึกษาเกี่ยวกับ ข้อมูลของผู้ที่ได้รับการคัดเลือก เช่น การศึกษา ประสบการณ์ รวมทั้งคุณสมบัติอื่นๆที่เกี่ยวข้อง³³

การเลือกปฏิบัติในมิติของการดำเนินธุรกิจหรือวิชาชีพ

มาตรา 10 ห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีของ

- การสนับสนุนด้านการเงิน การอนุญาต การจดทะเบียน หรือการดำเนินการอื่นใดซึ่งมีความจำเป็นหรือสำคัญสำหรับบุคคลในการเริ่มต้นหรือดำเนินธุรกิจ
- การรับรอง การอนุญาต การจดทะเบียน การอนุมัติ หรือการดำเนินการอื่นๆ ซึ่งมีความจำเป็นหรือสำคัญสำหรับบุคคลในการประกอบวิชาชีพ

อย่างไรก็ตาม การห้ามเลือกปฏิบัติดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ หากเป็นไปด้วยวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการที่นำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น

การเลือกปฏิบัติในมิติของสมาชิกองค์กร

มาตรา 11 ห้ามเลือกปฏิบัติ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับ การสมัครเป็นสมาชิกหรือการสมัครเข้าร่วมในองค์กรของลูกจ้าง องค์กรของนายจ้าง หรือ องค์กรวิชาชีพ

อย่างไรก็ตาม การห้ามเลือกปฏิบัติดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันในกรณีการให้ผลประโยชน์ต่อสมาชิกเพศใดเพศหนึ่งซึ่งเป็นไปเพื่อสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศ

การห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้าและบริการ

มาตรา 12 ห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลทำการเลือกปฏิบัติในกรณีต่อไปนี้

- จำหน่ายสินค้า ให้บริการ ให้บริการที่พักอาศัย ต่อสาธารณะ นอกเหนือไปจากมิติเรื่องส่วนตัวและชีวิตครอบครัว
- จัดการประชุมหรือจัดงานกิจกรรม (Meeting or Event) ซึ่งเปิดต่อสาธารณะ

อย่างไรก็ตาม การห้ามเลือกปฏิบัติดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับบริการหรือที่พักอาศัย หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น

³³ Section 8

กฎหมายห้ามการกำหนดค่าเบี้ยประกันภัยหรือผลประโยชน์ตามกรรมธรรม์ที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศเว้นแต่มีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น มาตรา 12 a

อย่างไรก็ตาม การห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้า บริการ ที่พักอาศัย ไม่ครอบคลุมกรณีต่อไปนี้ มาตรา 12 b

- การกำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับการซื้อเครื่องดื่มแอลกอฮอล์
- การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุหากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมิมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น

การเลือกปฏิบัติในมิติสาธารณสุข

มาตรา 13 ห้ามเลือกปฏิบัติในกรณี การบริการสุขภาพและบริการทางการแพทย์ รวมถึงกิจกรรมบริการสังคม ในรูปแบบของบริการด้านขนส่ง เว้นแต่กรณีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น มาตรา 13 a

การเลือกปฏิบัติในมิติของการประกันสังคม

มาตรา 14 ห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีของการประกันสังคม สิทธิประโยชน์กรณีการว่างงาน เว้นแต่กรณีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศในกรณีสิทธิประโยชน์ของคู่สมรส บุตร มาตรา 14 a และการปฏิบัติที่แตกต่างกันในกรณีของอายุซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น มาตรา 14 b

การเลือกปฏิบัติในมิติการเกณฑ์ทหารและบริการพลเรือน (Military service and civilian service)

มาตรา 15 ห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเกณฑ์ทหารและบริการพลเรือน เว้นแต่การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ นอกจากนี้ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงบทบัญญัติที่กำหนดว่าบุคคลที่มีหน้าที่ในการป้องกันประเทศหรือบริการภาคพลเรือน จะไม่ต้องเข้ารับหน้าที่ดังกล่าวด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนาของบุคคลนั้น

มาตรา 16 กำหนดหน้าที่สำหรับหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรใดที่เกี่ยวข้องกับการเกณฑ์ทหารและบริการพลเรือน ที่รู้ว่าคุณคนซึ่งสมัครหรือเข้าร่วมการฝึกหรือกิจกรรมด้านการป้องกันประเทศหรือบริการพลเรือน ถูกคุกคามหรือคุกคามทางเพศ หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องดังกล่าวต้องมีหน้าที่สืบสวนสอบสวนเหตุการณ์แวดล้อมและดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการคุกคามที่จะเกิดในอนาคต

การคุ้มครองผู้ใช้สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ (Prohibition of Reprisal)

มาตรา 18 วางหลักว่า นายจ้างต้องไม่ทำการตอบโต้ใดๆหากลูกจ้าง

- รายงานหรือทำให้เป็นที่รับรู้ซึ่งข้อเท็จจริงว่านายจ้างกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายนี้
- เข้าร่วมในกระบวนการสืบสวนสอบสวนตามกฎหมายนี้

ข้อห้ามดังกล่าวครอบคลุมถึงบุคคลที่สมัครงาน ฝึกงาน หรือทำงานชั่วคราวด้วย โดยบุคคลที่มีหน้าที่ไม่ตอบโต้นี้ครอบคลุมถึงบุคคลที่มีอำนาจตัดสินใจแทนนายจ้าง

การบังคับการตามกฎหมายนี้ มีการจัดตั้ง “ผู้ตรวจการความเท่าเทียมกัน” (Equality Ombudsman) ซึ่งมีหน้าที่หลักในการตรวจสอบการกระทำที่สอดคล้องกับกฎหมายนี้ โดยผู้ตรวจการฯ ต้องเริ่มจากการพยายามให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมายด้วยความสมัครใจ มาตรา 1

ผู้ตรวจการความเท่าเทียมกัน มีอำนาจมาตรา 3

นำคดีขึ้นสู่ศาลแทนบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยความยินยอมของบุคคลนั้น

สั่งให้บุคคลที่มีหน้าที่ตามกฎหมายนี้ ให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้อง

สั่งให้ยินยอมในการที่ผู้ตรวจการจะเข้าทำการตรวจสอบสถานที่

สั่งให้เข้าชี้แจงต่อผู้ตรวจการ

ผู้ตรวจการมีอำนาจสั่งปรับ (Financial Penalty) ผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยสามารถอุทธรณ์ไปยัง คณะกรรมการเลือกปฏิบัติ (Board against Discrimination) มาตรา 4

สำหรับกระบวนการเยียวยาผู้ถูกเลือกปฏิบัติ นั้น กฎหมายวางหลักว่า บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ที่ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ จะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกเลือกปฏิบัติ (Compensation) (Chapter 5, Section 1) นอกจากนี้ในกรณีที่ ข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ ข้อกำหนดดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะและต้องมีการปรับแก้ให้สอดคล้องกับกฎหมาย หากบุคคลถูกเลือกปฏิบัติจากกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับการทำงาน กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับดังกล่าวจะต้องถูกแก้ไขหรือประกาศว่าไม่มีผลบังคับ ทั้งนี้หากผู้ถูกเลือกปฏิบัติร้องขอเช่นนั้น³⁴

3.3.7 กฎหมายประเทศมาเลเซีย

รัฐธรรมนูญของมาเลเซีย วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 8 และ 12 ดังนี้

มาตรา 8 มีหลักสำคัญว่า

- บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันตามกฎหมาย

³⁴ Chapter 5, section 3

- ห้ามเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการได้มา ถิ่นครอง หรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สิน หรือการดำเนินการทางการค้า ธุรกิจ วิชาชีพ การจ้างแรงงาน ด้วยเหตุแห่ง ศาสนา เชื้อชาติ บรรพบุรุษ ถิ่นกำเนิด เว้นแต่เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจน

- ห้ามหน่วยงานของรัฐเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุที่บุคคลนั้นเป็นผู้อยู่อาศัยหรือประกอบธุรกิจในพื้นที่ใดๆ ของสาธารณรัฐ

อย่างไรก็ตาม หลักห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 8 มีข้อยกเว้นหลายกรณี เช่น กรณีมีบทบัญญัติหรือแนวปฏิบัติในการจำกัดการทำงานที่เกี่ยวข้องกับศาสนา กรณีมีบทบัญญัติใดๆ ที่คุ้มครองความเป็นอยู่ของชาวพื้นเมือง (Aboriginal People) เป็นต้น

มาตรา 12 มีหลักสำคัญว่า

นอกจากกรณีตามมาตรา 8 แล้ว ห้ามเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ บรรพบุรุษ หรือถิ่นกำเนิด ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาซึ่งจัดโดยองค์กรของรัฐ

- กลุ่มทางศาสนาทุกกลุ่มมีสิทธิจัดตั้งและดำเนินการสถาบันการศึกษาตามศาสนาของตน

- บุคคลจะต้องไม่ถูกบังคับให้เข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนาใด ที่มีใช้ศาสนาของตน อย่างไรก็ตาม สำหรับบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปีนั้น ผู้ปกครองมีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับศาสนาของบุคคลดังกล่าว

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายเฉพาะของมาเลเซียที่จะนำมาศึกษาสำหรับงานวิจัยนี้ คือ กฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน (Sexual Harassment) ในปี 1999 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 แต่หากเกิดขึ้นแล้วก็มีกลไกและกระบวนการในการรับมือแก้ไขเยียวยา รวมทั้งป้องกันมิให้เกิดปัญหานั้นซ้ำอีก อย่างไรก็ตาม ประมวลแนวปฏิบัตินี้เป็นเพียงแนวทางที่ภาครัฐกำหนดขึ้น (Guidelines) โดยไม่มีผลทางกฎหมาย รัฐบาลมาเลเซียมุ่งหวังให้นายจ้างนำเอาหลักการของประมวลแนวปฏิบัตินี้ไปกำหนดไว้ในข้อบังคับการทำงานของแต่ละองค์กร เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน

หลักการสำคัญของ “ประมวลแนวปฏิบัติในการป้องกันและขจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน”

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

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

นิยามความหมายของการคุกคามทางเพศ

ข้อ 4 ของประมวลแนวปฏิบัติฯ ได้นิยามความหมายของการคุกคามทางเพศ ไว้ดังนี้

“การกระทำใดๆอันมีลักษณะทางเพศใดๆและไม่เป็นที่พึงประสงค์ ซึ่งส่งผลกระทบโดยคำพูดหรือไม่ใช้คำพูด (Verbal or non-verbal) หรือการกระทำที่ส่งผลกระทบทางกายภาพหรือทางจิตใจ (Psychological or physical harassment) โดยการกระทำความดังกล่าว

ก ผู้ถูกระทำรับรู้โดยมีเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำนั้นส่งผลเป็นการวางเงื่อนไขในการจ้างงานของตน

ข ผู้ถูกระทำรับรู้โดยมีเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำนั้นเป็นการคุกคามต่อสภาพชีวิตความเป็นอยู่ของตน แต่ไม่มีความเชื่อมโยงโดยตรงกับการทำงาน”

แนวปฏิบัติดังกล่าวจะได้วิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

3.3.8 กฎหมายประเทศฟินแลนด์

รัฐธรรมนูญฟินแลนด์ กำหนดหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 6 ดังนี้

“บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย

บุคคลจะต้องไม่ถูกปฏิบัติแตกต่างกับบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งเพศ อายุ กำเนิด ภาษา ศาสนา การลงโทษ ความคิดเห็น สุขภาพ ความพิการ หรือ เหตุผลอื่นที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้น

เด็กจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในฐานะปัจเจกบุคคล

ความเท่าเทียมกันทางเพศจะได้รับการสนับสนุนในกิจกรรมทางสังคมและชีวิตการทำงาน โดยเฉพาะการจ่ายค่าจ้างและเงื่อนไขการจ้างแรงงาน ดังที่กำหนดรายละเอียดไว้ตามกฎหมาย”

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว การคุ้มครองความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศฟินแลนด์นั้น ปรากฏอยู่ในกฎหมายเฉพาะเรียกว่า กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติ ซึ่งในปี 2015 ได้มีการตรากฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติฉบับใหม่มีผลวันที่ 1 มกราคม 2015 (*Non-Discrimination Act (1325/2014)*) โดยองค์กรที่มีอำนาจและหน้าที่บังคับการตามกฎหมายนี้ได้เปลี่ยนจากเดิมคือ “ผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อชนกลุ่มน้อย” หรือ “Ombudsman for Minorities” ที่มีขอบเขตจำกัดเฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการ มาเป็น “ผู้ตรวจการแผ่นดินเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ” หรือ “Non-Discrimination Ombudsman” ที่มีขอบเขตอำนาจการตรวจสอบการเลือกปฏิบัติในมิติและภายใต้เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กว้างขึ้น

นอกจากองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายแล้ว ในเชิงเนื้อหาสาระพบว่า การคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติได้รับการขยายขอบเขตให้กว้างขึ้น ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติทั้งที่เกิดในภาครัฐและเอกชน โดยไม่

ครอบคลุมเฉพาะกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับชีวิตส่วนตัว ชีวิตครอบครัว และกิจกรรมทางศาสนา ต่อไปจะได้ชี้ให้เห็นหลักการสำคัญของกฎหมายฉบับนี้

วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้คือการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและป้องกันการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งเพิ่มการคุ้มครองตามกฎหมายสำหรับผู้ถูกเลือกปฏิบัติ³⁶ โดยกฎหมายได้วางหลักกำหนดหน้าที่ให้กับภาครัฐและภาคเอกชนในการดำเนินการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกัน (Promotion of Equality) ดังจำแนกได้ต่อไปนี้

- หน้าที่ของหน่วยงานที่มีอำนาจ (Authority) ในการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน³⁷ กฎหมายกำหนดว่า³⁸

“หน่วยงานที่มีอำนาจต้องทำการประเมินการตระหนักรู้ในความเท่าเทียมกันของกิจกรรมต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของตนและดำเนินมาตรการใดๆที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมการตระหนักรู้เกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน มาตรการเหล่านี้จะต้องมีประสิทธิภาพและได้สัดส่วน โดยพิจารณาถึงปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมของการดำเนินงาน ทรัพยากรและสถานการณ์อื่นๆ

หน่วยงานที่มีอำนาจจะต้องวางแผนดำเนินการมาตรการที่จำเป็นสำหรับการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม หน้าที่นี้ไม่ใช้กับองค์กรศาสนา หรือองค์กรเอกชนที่จ้างลูกจ้างน้อยกว่า 30 คน”

- หน้าที่ของผู้ให้บริการด้านการศึกษาในการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน³⁹ กฎหมายกำหนดว่า⁴⁰

“ผู้ให้บริการด้านการศึกษาและสถาบันการศึกษามีหน้าที่ประเมินการตระหนักรู้ถึงความเท่าเทียมกันของกิจกรรมและดำเนินมาตรการใดๆที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมให้เกิดการตระหนักรู้ถึงความเท่าเทียมกัน มาตรการเหล่านี้จะต้องมีประสิทธิภาพและได้สัดส่วนโดยพิจารณาถึงปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมของการดำเนินงาน ทรัพยากรและสถานการณ์อื่นๆ

ผู้ให้บริการการศึกษาต้องทำให้มีแผนสำหรับมาตรการที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมกันในสถาบันการศึกษา

ผู้ให้บริการการศึกษาและสถาบันการศึกษาต้องเปิดโอกาสให้นักเรียนและผู้ปกครองมีส่วนร่วมในการดำเนินการมาตรการเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมกันด้วย”

- หน้าที่ของนายจ้างในการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน กฎหมายกำหนดว่า⁴¹

“นายจ้างต้องประเมินการตระหนักรู้เกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในสถานที่ทำงานและพัฒนาสภาพการทำงานรวมถึงวิธีการเกี่ยวกับการคัดเลือกบุคคลและในกระบวนการตัดสินใจเกี่ยวกับบุคคล โดยคำนึงถึงความจำเป็นของสถานที่ทำงานนั้น มาตรการเหล่านี้จะต้องมีประสิทธิภาพและได้สัดส่วนโดยพิจารณาถึงปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมของการดำเนินงาน ทรัพยากรและสถานการณ์อื่นๆ

³⁶ มาตรา 1

³⁷ หมายถึงหน่วยงานภาครัฐทั้งระดับรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่น องค์การอิสระภาครัฐ (มาตรา 4)

³⁸ มาตรา 5

³⁹ หมายถึง องค์กรซึ่งให้บริการการศึกษาตามกฎหมายหรือการฝึกอบรม (มาตรา 4)

⁴⁰ มาตรา 6

⁴¹ มาตรา 7

นายจ้างซึ่งมีลูกจ้างอย่างน้อย 30 คน จะต้องมีแผนสำหรับมาตรการที่จำเป็นเพื่อการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน โดยต้องให้ลูกจ้างหรือผู้แทนมีส่วนร่วมในการกำหนดมาตรการดังกล่าวด้วย”

นอกจากกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานและองค์กรที่เกี่ยวข้องทำการส่งเสริมความเท่าเทียมกันแล้ว กฎหมายยังวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติ (Prohibition of Discrimination) โดยจำแนกการเลือกปฏิบัติอย่างละเอียดดังนี้

- หลักทั่วไปของการห้ามเลือกปฏิบัติ: กฎหมายวางหลักว่า⁴²

“ห้ามเลือกปฏิบัติบุคคลใดด้วยเหตุแห่ง อายุ ถิ่นกำเนิด สัญชาติ ภาษา ศาสนา ความเชื่อ ความคิดเห็น กิจกรรมทางการเมือง กิจกรรมการค้า ความสัมพันธ์ทางครอบครัว สถานะทางสุขภาพ ความพิการ รสนิยมทางเพศ หรือ คุณลักษณะอื่นๆของบุคคล 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

“การเลือกปฏิบัติโดยตรงเกิดขึ้นเมื่อ บุคคลได้รับการปฏิบัติในลักษณะอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นซึ่งได้รับการปฏิบัติหรือจะได้รับการปฏิบัติในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ (comparable situation)”

เหตุผลของการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Justification for Different Treatment)⁴⁵: กฎหมายวางหลักว่า

“การปฏิบัติที่แตกต่างกัน ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ หากการปฏิบัตินั้นอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย และเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ยอมรับได้ (Acceptable Objective) และมาตรการที่จะนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วน”

สำหรับเหตุผลของการปฏิบัติที่แตกต่างกันในกรณีการจ้างแรงงานนั้นได้แยกกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งมีหลักว่า

“การปฏิบัติที่แตกต่างกันในการจ้างแรงงานหรือการทำงานในภาครัฐ ถือว่ามีเหตุผลสมควร หากเป็นกรณีเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติหรือเงื่อนไขที่สำคัญและจำเป็นอย่างแท้จริงสำหรับอาชีพและการ

⁴² มาตรา 8

⁴³ มาตรา 9

⁴⁴ มาตรา 10

⁴⁵ มาตรา 11

ปฏิบัติงานนั้น (Genuine and Determining Requirements) และการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวต้องได้สัดส่วนเพื่อบรรลุถึงวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย”

“การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ หรือ ภูมิลำเนา นั้นถือว่ามีเหตุอันสมควร หากการปฏิบัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ของนโยบายในการจ้างงานที่เหมาะสมหรือมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับตลาดแรงงาน...”⁴⁶

- การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) กฎหมายวางหลักว่า⁴⁷

“การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเกิดขึ้นเมื่อกฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นกลางอย่างชัดเจน ได้ส่งผลให้บุคคลเกิดความเสียเปรียบเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งคุณลักษณะของบุคคลนั้น เว้นแต่กฎเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และวิธีการที่ใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้มีความเหมาะสมและจำเป็น”

- การคุกคาม (Harassment) กฎหมายวางหลักว่า⁴⁸

การล่วงละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์โดยจงใจหรือโดยพลตินัย เป็นการคุกคาม หากพฤติกรรมล่วงละเมิดดังกล่าวนี้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ และ ส่งผลให้เกิดการดูหมิ่นเหยียดหยาม ก่อความรบกวน ก้าวร้าว หรือทำให้เกิดสภาพแวดล้อมที่คุกคาม ต่อบุคคล

หากนายจ้างได้รับการแจ้งว่าลูกจ้างถูกคุกคามในการทำงาน และนายจ้าง ละเลยไม่ดำเนินการใดๆ เพื่อแก้ไขปัญหาการคุกคามดังกล่าว ถือว่านายจ้างกระทำการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้าง

มาตรการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกัน (Reasonable Accommodation): กฎหมายวางหลักว่า⁴⁹

“หน่วยงานของรัฐ ผู้ให้บริการการศึกษา นายจ้าง ผู้ให้บริการหรือสินค้า จะต้องทำการหรือการปรับเปลี่ยน (Adjustment) ใดๆอันจำเป็นและเหมาะสมในแต่ละสถานการณ์เพื่อให้ผู้พิการสามารถดำเนินการใดๆ กับหน่วยงานของรัฐ เข้าถึงการศึกษา การจ้างแรงงาน และการได้มาซึ่งสินค้าและบริการ

ในการประเมินความเหมาะสมของการกระทำหรือการปรับเปลี่ยนดังกล่าวนี้ นอกจากจะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นของผู้พิการแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงขนาด สถานะการเงิน ลักษณะของการปฏิบัติงานของผู้กระทำ รวมทั้งต้นทุนของการกระทำหรือการปรับเปลี่ยนเช่นนั้นด้วย”

การคุ้มครองผู้ใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย (Prohibition of Victimization): กฎหมายวางหลักว่า⁵⁰

⁴⁶ มาตรา 12

⁴⁷ มาตรา 13

⁴⁸ มาตรา 14

⁴⁹ มาตรา 15

⁵⁰ มาตรา 16

“บุคคลจะต้องไม่ถูกปฏิบัติในลักษณะอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าหรือในลักษณะที่ทำให้บุคคลนั้นได้รับความทุกข์จากผลกระทบทางลบอันเกิดจากการที่บุคคลนั้นเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายนี้ หรือกระทำการใดเพื่อปกป้องความเท่าเทียมกัน”

ห้ามเลือกปฏิบัติในการโฆษณาเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน กฎหมายวางหลักว่า⁵¹

“ในการเปิดรับสมัครงานต่อสาธารณะนั้น นายจ้างจะต้องไม่กำหนดให้ผู้สมัครต้องมีคุณลักษณะส่วนบุคคลหรือมีคุณสมบัติใดๆที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้”

สำหรับการบังคับใช้กฎหมาย ได้กำหนดให้มี “ผู้ตรวจการเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ” (Non-Discrimination Ombudsman) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่สำคัญคือ⁵²

- ให้ความช่วยเหลือแก่เหยื่อของการเลือกปฏิบัติในการดำเนินกระบวนการร้องเรียน
- ให้ความช่วยเหลือหน่วยงานต่างๆ ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายนี้ในการส่งเสริมความเท่าเทียมกัน
- กำหนดข้อเสนอแนะทั่วไป (General Recommendation) เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติและส่งเสริมความเท่าเทียมกัน
- ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามกฎหมายนี้
- ทำความเห็นเพื่อป้องกันการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายนี้ หรือป้องกันการกระทำซ้ำ กระทำต่อไป ซึ่งการฝ่าฝืนดังกล่าว เว้นแต่การกระทำที่อยู่ในอำนาจของหน่วยงานด้านความปลอดภัยและสุขภาพ (Safety and Health Authority)

นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้มี “คณะผู้พิจารณาเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันแห่งชาติ” (National Non-Discrimination and Equality Tribunal) มีอำนาจหน้าที่สำคัญดังนี้⁵³

- รับรองการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ เว้นแต่การไกล่เกลี่ยนั้นมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่สมเหตุสมผลหรือละเมิดสิทธิบุคคลที่สาม การไกล่เกลี่ยซึ่งได้รับการรับรองโดยคณะผู้พิจารณานี้จะมีผลผูกพันเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล
- จัดทำเอกสารแสดงถึงการตีความกฎหมายฉบับนี้ ตามคำร้องขอของศาลหรือผู้ตรวจการเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ
- สั่งห้ามคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในการทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการเลือกปฏิบัติ หรือสั่งให้บุคคลกระทำการตามหน้าที่ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายนี้ นอกจากนี้คณะผู้พิจารณาสามารถกำหนดเงื่อนไขค่าปรับประกอบคำสั่งดังกล่าวได้

สำหรับการนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของคณะผู้พิจารณานั้น กฎหมายกำหนดว่า⁵⁴

⁵¹ มาตรา 17

⁵² มาตรา 19

⁵³ มาตรา 20

⁵⁴ มาตรา 21

- คู่กรณีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยหรือผู้ตรวจการฯ อาจเสนอต่อศาลเพื่อให้รับรองผลการไกล่เกลี่ย

- บุคคลที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติ หรือ ผู้ตรวจการฯ ด้วยความยินยอมของคู่กรณี อาจนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของคณะผู้พิจารณาเพื่อให้มีคำสั่งห้ามเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายนี้

- คณะผู้พิจารณาอาจนำเรื่องเกี่ยวกับการละเลยต่อการวางแผนหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของคณะผู้พิจารณา

- สำหรับการเยียวยาผู้ถูกเลือกปฏิบัตินั้น กฎหมายนี้กำหนดว่า บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐ นายจ้าง ผู้ให้บริการการศึกษา ผู้ให้บริการสินค้าหรือบริการ ซึ่งกระทำการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนกฎหมายนี้ แต่การได้รับค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับการได้รับค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายอื่นๆ⁵⁵

ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการเลือกปฏิบัติ ซึ่งพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ เช่น ชนิด ลักษณะ ระยะเวลาของการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้น⁵⁶

3.3.9 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (The Civil Rights Act) ได้วางหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆ ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของพลเมืองสำหรับงานวิจัยนี้จะนำกฎหมายสหรัฐอเมริกามาศึกษาเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานเท่านั้น โดยหลักกฎหมายส่วนนี้ปรากฏใน บทที่ 8 (Title VIII) ที่วางหลักห้ามการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานอันถือเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Employment Practices) ในส่วนของการปฏิบัติของนายจ้างมีหลักว่า⁵⁷

การปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานที่มิชอบด้วยกฎหมายได้แก่

- การปฏิเสธการจ้างหรือการเลิกจ้างบุคคลใดหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดในกรณีของค่าชดเชย เงื่อนไขการทำงาน สภาพการจ้าง สิทธิพิเศษในการจ้างงาน ด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิดของบุคคลดังกล่าว

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

กฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (The Civil Right Act) นั้น นอกจากจะได้วางหลักห้ามการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานอันถือเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Employment Practices) ซึ่งครอบคลุมการกระทำใดๆ ของนายจ้างเกี่ยวกับการจ้างงานและความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง ลูกจ้าง แล้ว

⁵⁵ มาตรา 23

⁵⁶ มาตรา 24

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

ยังวางหลักการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานในลักษณะอื่นที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Other Unlawful Employment Practices) ซึ่งรวมถึงการพิมพ์ เผยแพร่ หรือก่อให้เกิดการพิมพ์ เผยแพร่ ประกาศโฆษณาใดๆ เกี่ยวกับการจ้างงานที่บ่งชี้ถึงการให้สิทธิพิเศษหรือการปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจพิเศษ (Preference) การจำกัด การระบุคุณสมบัติ หรือ การเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ ชาตินาเกิด วัน แต่เป็นการกระทำโดยสุจริต (Bona Fide) อันเกี่ยวข้องกับการกำหนดคุณสมบัติการทำงานในสาขาอาชีพนั้น⁵⁸

คณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) เป็นองค์กระดบรัฐบาลกลางที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายสิทธิพลเมือง ในกรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการทำงาน EEOC มีอำนาจไต่สวนคำร้องที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายกำหนด

สำหรับงานวิจัยนี้จะมุ่งเน้นการศึกษากฎหมายสหรัฐอเมริกาเฉพาะในส่วนของการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานในกรณีของการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน ในกรณีนี้ พบว่า EEOC กำหนดแนวปฏิบัติ (Guidelines) ในการนิยามความหมายและบังคับใช้กฎหมายสิทธิพลเมืองในส่วนที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน นิยามของการคุกคามทางเพศมีดังนี้

การเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องทางเพศโดยไม่พึงประสงค์ หรือการกระทำด้วยวาจาหรือทางกายภาพซึ่งมีลักษณะเกี่ยวกับเพศ เมื่อการกระทำดังกล่าวเกี่ยวข้องกับกรณีต่างๆ ดังนี้

กรณีที่ 1 การตกลงยอมรับการกระทำเช่นนั้นทำขึ้นโดยชัดแจ้งหรือปริยายในเงื่อนไขข้อกำหนดของการจ้างงาน

กรณีที่ 2 การตกลงยอมรับหรือการปฏิเสธการกระทำดังกล่าว ถูกใช้เป็นพื้นฐานของการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานซึ่งส่งผลกระทบต่อบุคคลนั้น

กรณีที่ 3 การกระทำเช่นนั้นมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบในการขัดขวางการทำงานของผู้ถูกกระทำอย่างไม่สมเหตุสมผลหรือเป็นการสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานอันมีลักษณะรบกวน เป็นปฏิปักษ์ หรือคุกคาม (Hostile Working Environment)

กรณีที่ 1 และ 2 อาจเรียกว่า การคุกคามทางเพศในเชิงแลกเปลี่ยน (Quid Pro Quo) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อผลประโยชน์ใดๆ เกี่ยวกับการจ้างงานถูกนำมาผูกโยงกับการเรียกร้องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศ การคุกคามในลักษณะนี้เกิดขึ้นได้ทั้งกรณีที่ลูกจ้างปฏิเสธและได้รับผลร้ายหรือไม่ได้รับโอกาสอันเกี่ยวกับการทำงาน รวมทั้งในกรณีที่ลูกจ้างตกลงยินยอมเพื่อหลีกเลี่ยงผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากปฏิเสธ สำหรับกรณีที่ 3 อาจเรียกว่า การสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม สภาพแวดล้อมนี้เกิดขึ้นเมื่อลูกจ้างจำเป็นต้องอยู่ภายใต้คำกล่าว กิริยาท่าทาง การปฏิบัติที่มีลักษณะทางเพศโดยไม่พึงประสงค์ รวมทั้งการกระทำทางกายภาพ อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งยังไม่อาจสรุปได้ว่าเป็นกรณีสภาพแวดล้อมในการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม เนื่องจากอาจต้องพิจารณาในภาพรวมซึ่งประกอบด้วย

⁵⁸ SEC. 2000e-3. [Section 704]

พฤติกรรมหลายพฤติกรรม ดังนั้น ในการพิจารณาว่ามีสภาพแวดล้อมดังกล่าวหรือไม่ EEOC จะนำปัจจัยต่างๆ มาประกอบการพิจารณา โดยเฉพาะ ปัจจัยด้าน “ความรุนแรง” (Serious) และ “ความถี่” (Frequent) ของพฤติกรรมที่อ้างว่ามีส่วนก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์นั้น การคุกคามทั้งสองกรณีอาจทับซ้อนกันได้ เช่น ภายใต้สภาพแวดล้อมการทำงานที่มีลักษณะคุกคามนั้น หัวหน้างานอาจเรียกร้องให้ลูกจ้างปฏิบัติต่อตนในลักษณะที่พึงพอใจเป็นพิเศษเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ ซึ่งเมื่อลูกจ้างปฏิเสธจะมีผลต่อความก้าวหน้าในงานหรือถูกเลิกจ้าง⁵⁹

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติในส่วนนี้จะได้นำมาประกอบการศึกษาวิเคราะห์ในประเด็นต่างๆ ต่อไปในปีที่ 4

3.4 กฎหมายไทยเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ในส่วนนี้จะศึกษากฎหมายไทยโดยชี้ให้เห็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมทั้งร่างรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติของการเลือกปฏิบัติต่างๆ จากนั้นจะศึกษาคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับ ดังเช่น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540

หลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏใน มาตรา 30 ที่วางหลักไว้ดังนี้

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคลฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

⁵⁹ Section 704(a) of Title VII

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550

หลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏใน มาตรา 30 ที่วางหลักไว้ดังนี้

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิดเชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่นย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

มาตรา 4 วางหลักไว้ว่า

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”

นอกจากนี้ หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติยังปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญซึ่งยังไม่มีผลบังคับ ดังเช่น⁶⁰

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับเสนอสภาพัฒนาปฏิรูปแห่งชาติลงมติ

มาตรา 35

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกัน

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

⁶⁰ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เทียบรัฐธรรมนูญ ปี 2540-2550 ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาพัฒนาปฏิรูปแห่งชาติลงมติ และ ร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น (ปี 59), เว็บไซต์คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, <http://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/main.php?filename=index>

บุคคลซึ่งเป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ ซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ และเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายหรือกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือ จริยธรรม

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

ร่างรัฐธรรมนูญร่างเบื้องต้น (ปี 2559)⁶¹

มาตรา 27

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลไม่ว่าด้วยเหตุแห่งความแตกต่างระหว่างบุคคล เพศ ความพิการ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือ เพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้ด้อยโอกาส ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือ จริยธรรม”

ข้อสังเกต จากร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ได้ถูกตัดทอนลงจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ โดยเหลือเพียง “เพศ ความพิการ หรือเหตุอื่นใด” ซึ่งอาจมีประเด็นปัญหาว่า การระบุเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเช่นนี้จะครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ นอกจาก “เพศ ความพิการ” ที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศรับรองไว้หรือไม่ นอกจากนี้อาจนำไปสู่ปัญหาการตีความคำว่า “เหตุอื่นใด” ตามรัฐธรรมนูญว่าจะครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้เพียงใด

2) พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

กฎหมายฉบับนี้ นิยามความหมายของ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ไว้ในมาตรา 3 ว่า หมายถึง “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด”

⁶¹ ข้อมูลในรายงานวิจัยนี้มีขอบเขตถึงเดือนมิถุนายน 2559 สำหรับข้อมูลหลังจากนั้นโปรดดูเพิ่มเติมในภาคผนวก

สำหรับหลักการห้ามเลือกปฏิบัตินั้นปรากฏใน มาตรา 17 ซึ่งวางหลักว่า

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ ขององค์กรเอกชน ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้”

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ”

3) พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550

กฎหมายฉบับนี้ ยกเลิกพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ. 2534 โดยวางหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมาตรา 15 และ 16

มาตรา 15 วางหลักว่า

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการจะกระทำมิได้⁶²

การกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึงการกระทำหรืองดเว้นกระทำการที่แม้จะมีได้มุ่งหมายให้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการโดยตรง แต่ผลของการกระทำนั้นทำให้คนพิการต้องเสียสิทธิประโยชน์ที่ควรจะได้รับเพราะเหตุแห่งความพิการด้วย

การเลือกปฏิบัติที่มีเหตุผลทางวิชาการ จารีตประเพณี หรือประโยชน์สาธารณะสนับสนุนให้กระทำได้ตามความจำเป็นและสมควรแก่กรณี ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง แต่ผู้กระทำการนั้นจะต้องจัดให้มีมาตรการช่วยเหลือเยียวยาหรือรักษาซึ่งสิทธิหรือประโยชน์แก่คนพิการตามความจำเป็นเท่าที่จะทำได้”

มาตรา 16 วางหลักว่า

“คนพิการที่ได้รับหรือจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการตามมาตรา 15 มีสิทธิร้องขอต่อคณะกรรมการให้มีคำสั่งเพิกถอนการกระทำหรือห้ามมิให้กระทำการนั้นได้ คำสั่งของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

การร้องขอตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นการตัดสิทธิผู้ร้องในอันที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดต่อศาลที่มีเขตอำนาจ โดยให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายอย่างอื่น อันมิใช่ตัวเงินให้แก่คนพิการที่ถูกเลือก

⁶² กฎหมายฉบับนี้นิยามความหมายของ “คนพิการ” ไว้ว่า “บุคคลซึ่งมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคม เนื่องจากมีความบกพร่องทางการเห็น การได้ยิน การเคลื่อนไหว การสื่อสาร จิตใจ อารมณ์ พฤติกรรม สติปัญญา การเรียนรู้ หรือความบกพร่องอื่นใด ประกอบกับมีอุปสรรคในด้านต่างๆ และมีความจำเป็นเป็นพิเศษที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือด้านหนึ่งด้านใด เพื่อให้สามารถปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคมได้อย่างบุคคลทั่วไป ทั้งนี้ ตามประเภทและหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ประกาศกำหนด”

ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้ และหากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลจะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้แก่คนพิการไม่เกินสี่เท่าของ ค่าเสียหายที่แท้จริงด้วยก็ได้

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการร้องขอ การรวบรวมพยานหลักฐาน การไต่สวนและการ วินิจฉัยตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด ซึ่งคณะกรรมการอาจจัดให้มี คณะอนุกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการปฏิบัติหน้าที่แทนได้ ทั้งนี้ องค์ประกอบ คุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม การดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่ง อำนาจหน้าที่ และคำตอบแทน ของคณะอนุกรรมการหรือผู้ไต่สวนให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนด”

จากการที่มาตรา 16 กำหนดให้มีการออกระเบียบคณะกรรมการฯ เกี่ยวกับการวินิจฉัย การเลือก ปฏิบัตินั้น ปรากฏว่ามีระเบียบที่เกี่ยวข้องดังนี้

ระเบียบคณะกรรมการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการร้องขอ การรวบรวมพยานหลักฐานการไต่สวน การวินิจฉัย และ คำตอบแทนของคณะอนุกรรมการหรือผู้ไต่สวนเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ พ.ศ. 2556

ข้อ 4 ของระเบียบดังกล่าว ได้นิยาม **“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ”** ไว้ว่า หมายถึง “การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดสิทธิบนพื้นฐานของความพิการซึ่งมีความมุ่งประสงค์หรือ ส่งผลให้คนพิการไม่สามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้จากสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงบนพื้นฐานที่ เท่าเทียมกับบุคคลอื่นทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ความเป็นพลเมือง หรือด้านอื่นใด รวมถึงการ เลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ และการปฏิเสธการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล”

นอกจากนี้ยังได้นิยามความหมายของ **“การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล”** ไว้ว่าหมายถึง “การ เปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงที่จำเป็นและเหมาะสมโดยไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินควรหรือเกินสัดส่วน เฉพาะ ในกรณีที่จำเป็นเพื่อประกันว่าคนพิการได้อุปโภคและใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงที่เท่า เทียมกับบุคคลอื่น”

4) พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

มาตราที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและห้ามการเลือกปฏิบัติมีดังนี้

มาตรา 11/1 วางหลักว่า

“ในกรณีที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่ การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจใ ความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบ ในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของคนที่มา ทำงานดังกล่าว

ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ”

มาตรา 15 วางหลักว่า

“ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้”

มาตรา 16 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ. คู่ครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551) วางหลักว่า

“ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างานผู้ควบคุมงานหรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกินคุกคามหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง”

มาตรา 89 ประกาศกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำหรืออัตราค่าจ้างตามมาตรฐานฝีมือตามมาตรา 88 ให้ใช้บังคับแก่นายจ้างและลูกจ้างทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ

5) พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542

หลักการเกี่ยวกับความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันปรากฏในมาตรา 10 ดังนี้

“การจัดการศึกษา ต้องจัดให้บุคคลมีสิทธิและโอกาสเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย

การจัดการศึกษาสำหรับบุคคลซึ่งมีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา อารมณ์ สังคม การสื่อสาร และการเรียนรู้ หรือมีร่างกายพิการหรือทุพพลภาพ หรือบุคคลซึ่งไม่สามารถพึ่งตนเองได้หรือไม่มีผู้ดูแลหรือด้อยโอกาส ต้องจัดให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิและโอกาสได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานเป็นพิเศษ

การศึกษาสำหรับคนพิการในวรรคสอง ให้จัดตั้งแต่แรกเกิดหรือพบความพิการโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการ และความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษา ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง”

6) พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2545

เนื่องจากพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติกำหนดให้มีการศึกษาภาคบังคับจำนวนเก้าปี⁶³ ดังนั้นพระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับจึงกำหนดให้มีการจัดสรรโอกาสเข้าศึกษาภาคบังคับดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อให้บุคคลได้รับโอกาสในการศึกษาที่เท่าเทียมกันอันสอดคล้องกับหลักการตามพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ สำหรับหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับการจัดสรรโอกาสการศึกษาตามพระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับมีดังนี้

มาตรา 5 วางหลักว่า

⁶³ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 17 วางหลักว่า “ให้มีการศึกษาภาคบังคับจำนวนเก้าปี โดยให้เด็กซึ่งมีอายุย่างเข้าปีที่เจ็ด เข้าเรียนในสถานศึกษาขั้นพื้นฐานจนอายุย่างเข้าปีที่สิบหก เว้นแต่สอบได้ชั้นปีที่เก้าของการศึกษาภาคบังคับ หลักเกณฑ์และวิธีการนับอายุให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

“ให้คณะกรรมการเขตพื้นที่การศึกษาหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แล้วแต่กรณี ประกาศ รายละเอียดเกี่ยวกับการส่งเด็กเข้าเรียนในสถานศึกษา และการจัดสรรโอกาสเข้าศึกษาต่อระหว่าง สถานศึกษาที่อยู่ในเกณฑ์การศึกษาภาคบังคับโดยให้ปิดประกาศไว้ ณ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา สำนักงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และสถานศึกษา รวมทั้งต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ปกครองของเด็ก ทราบก่อนเด็กเข้าเรียนในสถานศึกษาเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี”

มาตรา 12 วางหลักว่า

“ให้กระทรวงศึกษาธิการ คณะกรรมการเขตพื้นที่การศึกษา องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและ สถานศึกษาจัดการศึกษาเป็นพิเศษสำหรับเด็กที่มีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา อารมณ์ สังคม การสื่อสาร และการเรียนรู้ หรือมีร่างกายพิการหรือทุพพลภาพ หรือเด็กซึ่งไม่สามารถพึ่งตนเองได้ หรือไม่มีผู้ดูแล หรือด้อยโอกาส หรือเด็กที่มีความสามารถพิเศษ ให้ได้รับการศึกษาภาคบังคับด้วยรูปแบบ และวิธีการที่เหมาะสม รวมทั้งการได้รับสิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการ และความช่วยเหลืออื่นใดตาม ความจำเป็น เพื่อ**ประกันโอกาสและความเสมอภาค**ในการได้รับการศึกษาภาคบังคับ”

ข้อสังเกต กฎหมายฉบับนี้มิได้ระบุถึงการห้ามเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน แต่ให้การรับรองว่าบุคคล บางกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติจะต้องได้รับโอกาสในการศึกษาอย่างเสมอภาค ซึ่งก็คือ รับรองหลักความเสมอภาคและเท่าเทียมกันนั่นเอง

7) พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. 2551

กฎหมายฉบับนี้วางหลักเกี่ยวกับการรับรองสิทธิของคนพิการในมิติการศึกษา โดยทั่วไปเป็น กฎหมายที่กำหนดมาตรการพิเศษสำหรับคนพิการ สำหรับหลักห้ามเลือกปฏิบัตินั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 8 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีดังนี้

มาตรา 5 วางหลักว่า

“คนพิการมีสิทธิทางการศึกษา ดังนี้

(1) ได้รับการศึกษาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตั้งแต่แรกเกิดหรือพบความพิการจนตลอดชีวิต พร้อมทั้ง ได้รับเทคโนโลยี สิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการและความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษา

(2) เลือกบริการทางการศึกษา สถานศึกษา ระบบและรูปแบบการศึกษา โดยคำนึงถึง ความสามารถ ความสนใจ ความถนัดและความต้องการจำเป็นพิเศษของบุคคลนั้น

(3) ได้รับการศึกษาที่มีมาตรฐานและประกันคุณภาพการศึกษา รวมทั้งการจัดหลักสูตร กระบวนการเรียนรู้ การทดสอบทางการศึกษา ที่เหมาะสมสอดคล้องกับความต้องการจำเป็นพิเศษของคน พิการแต่ละประเภทและบุคคล”

มาตรา 6 วางหลักว่า

“ให้ครูการศึกษาพิเศษในทุกสังกัดมีสิทธิได้รับเงินค่าตอบแทนพิเศษตามที่กฎหมายกำหนด

ให้ครูการศึกษาพิเศษ ครู และคณาจารย์ได้รับการส่งเสริมและพัฒนาศักยภาพ องค์ความรู้ การศึกษาต่อเนื่องและทักษะในการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ กำหนด”

มาตรา 7 วางหลักว่า

“ให้สถานศึกษาของรัฐและเอกชนที่จัดการเรียนร่วม สถานศึกษาเอกชนการกุศลที่จัดการ การศึกษาสำหรับคนพิการโดยเฉพาะ และศูนย์การเรียนเฉพาะความพิการ ที่ได้รับการรับรองมาตรฐาน ได้รับเงินอุดหนุนและความช่วยเหลือเป็นพิเศษจากรัฐ

หลักเกณฑ์และวิธีการในการรับเงินอุดหนุนและความช่วยเหลือเป็นพิเศษ ให้เป็นไปตามที่ คณะกรรมการกำหนด”

มาตรา 8 วางหลักว่า

“ให้สถานศึกษาในทุกสังกัดจัดทำแผนการจัดการศึกษาเฉพาะบุคคล โดยให้สอดคล้องกับ ความต้องการจำเป็นพิเศษของคนพิการ และต้องมีการปรับปรุงแผนการจัดการศึกษาเฉพาะบุคคลอย่างน้อยปีละ หนึ่งครั้ง ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในประกาศกระทรวง

สถานศึกษาในทุกสังกัดและศูนย์การเรียนเฉพาะความพิการอาจจัดการศึกษาสำหรับคนพิการทั้ง ในระบบ นอกกระบบ และตามอัธยาศัย ในรูปแบบที่หลากหลายทั้งการเรียนร่วม การจัดการศึกษาเฉพาะ ความพิการ รวมถึงการให้บริการฟื้นฟูสมรรถภาพ การพัฒนาศักยภาพในการดำรงชีวิตอิสระการพัฒนา ทักษะพื้นฐานที่จำเป็น การฝึกอาชีพ หรือการบริการอื่นใด

ให้สถานศึกษาในทุกสังกัดจัดสภาพแวดล้อม ระบบสนับสนุนการเรียนการสอน ตลอดจนบริการ เทคโนโลยี สิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการและความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษา ที่คนพิการสามารถ เข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้

ให้สถานศึกษาระดับอุดมศึกษาในทุกสังกัด มีหน้าที่รับคนพิการเข้าศึกษาในสัดส่วนหรือจำนวนที่ เหมาะสม ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

สถานศึกษาใดปฏิเสธไม่รับคนพิการเข้าศึกษา **ให้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามกฎหมาย**

ให้สถานศึกษาหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสนับสนุนผู้ดูแลคนพิการและประสานความร่วมมือจาก ชุมชนหรือนักวิชาชีพเพื่อให้คนพิการได้รับการศึกษาทุกระดับ หรือบริการทางการศึกษาที่สอดคล้องกับ ความต้องการจำเป็นพิเศษของคนพิการ”

มาตรา 9 วางหลักว่า

“ให้รัฐจัดเงินอุดหนุนเพื่อส่งเสริมการวิจัยพัฒนาองค์ความรู้และเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง และการ พัฒนาครู บุคลากรทางการศึกษา ให้มีความรู้ ความเข้าใจ ทักษะและความสามารถในการจัดการศึกษา สำหรับคนพิการ

ให้รัฐจัดสรรงบประมาณและทรัพยากรทางการศึกษาอื่นเป็นพิเศษให้เหมาะสม และสอดคล้องกับ ความต้องการจำเป็นพิเศษของคนพิการและสถานศึกษาที่จัดการศึกษาสำหรับคนพิการ”

8) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏในมาตรา 22 ที่วางหลักว่า

“การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง”

จะเห็นได้ว่า กฎหมายนี้กำหนดให้มีการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดรายละเอียดแนวทางพิจารณาว่าการกระทำอย่างไรเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ได้แก่

กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 ซึ่งมีหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติไว้ในข้อ 2 ดังนี้

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

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก หมายความว่าความรวมถึง การปฏิบัติใดๆ ต่อเด็กที่แม้จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับบุคคลอื่นและผู้ปฏิบัติไม่ได้มีเจตนาเลือกปฏิบัติหรือเจตนาถั่นแกล้งผู้ได้รับผลร้ายหรือผลกระทบก็ตาม แต่มีผลทำให้เกิดความแตกต่างกันต่อเด็กบางคนหรือบางกลุ่มอย่างชัดเจนเพราะเหตุตามวรรคหนึ่ง

การเลือกปฏิบัติต่อเด็กเพราะเหตุตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองอาจกระทำได้หากเป็นไปโดยมีเหตุผลทางหลักวิชาการ วิทยาศาสตร์ ความเชื่อทางศาสนา จารีตประเพณีและวัฒนธรรม ลักษณะเฉพาะตัวของเด็กหรือเหตุผลอันสมควรประการอื่น”

9) พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏในมาตรา 7 ที่วางหลักว่า

“ให้เด็กและเยาวชนทุกคนมีสิทธิได้รับการจดทะเบียนรับรองการเกิด การพัฒนา การยอมรับ การคุ้มครองและโอกาสในการมีส่วนร่วมตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างเท่าเทียม โดยไม่มีการ*เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม*เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรม การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง การเกิดหรือสถานะอื่นของเด็กและเยาวชน บิดามารดา หรือผู้ปกครอง”

10) พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546

กฎหมายฉบับนี้มีได้กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน แต่กำหนดให้สิทธิและการส่งเสริม สนับสนุนด้านต่างๆแก่ผู้สูงอายุ ในมาตรา 11 ดังนี้

“ผู้สูงอายุ⁶⁴ มีสิทธิได้รับการคุ้มครอง การส่งเสริม และการสนับสนุนในด้านต่างๆ ดังนี้

- (1) การบริการทางการแพทย์และการสาธารณสุขที่จัดไว้โดยให้ความสะดวกและรวดเร็วแก่ผู้สูงอายุเป็นกรณีพิเศษ
- (2) การศึกษา การศาสนา และข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อการดำเนินชีวิต
- (3) การประกอบอาชีพหรือฝึกอาชีพที่เหมาะสม
- (4) การพัฒนาตนเองและการมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม การรวมกลุ่มในลักษณะเครือข่ายหรือชุมชน
- (5) การอำนวยความสะดวกและความปลอดภัยโดยตรงแก่ผู้สูงอายุในอาคาร สถานที่ ยานพาหนะ หรือการบริการสาธารณะอื่น
- (6) การช่วยเหลือด้านค่าโดยสารยานพาหนะตามความเหมาะสม
- (7) การยกเว้นค่าเข้าชมสถานที่ของรัฐ
- (8) การช่วยเหลือผู้สูงอายุซึ่งได้รับอันตรายจากการถูกทารุณกรรมหรือถูกแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือถูกทอดทิ้ง
- (9) การให้คำแนะนำ ปรีกษา ดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้องในทางคดี หรือในทางการแก้ไขปัญหาครอบครัว
- (10) การจัดที่พักอาศัย อาหารและเครื่องนุ่งห่มให้ตามความจำเป็นอย่างทั่วถึง”

ข้อสังเกต กฎหมายเกี่ยวกับผู้สูงอายุกำหนดสิทธิในด้านต่างๆที่ผู้สูงอายุมีสิทธิได้รับ แต่ไม่ได้กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเอาไว้อย่างชัดเจน หากเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550 จะพบว่ามีกำหนดรับรองสิทธิในด้านต่างๆแก่เด็กและเยาวชน แต่มีการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเอาไว้อย่างชัดเจน

11) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

มาตรา 22 การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง

12) พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550

⁶⁴ ตามกฎหมายนี้ความหมายคำว่า “ผู้สูงอายุ” ไว้ว่า “บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีบริบูรณ์ขึ้นไปและมีสัญชาติไทย”

มาตรา 7 ให้เด็กและเยาวชนทุกคนมีสิทธิได้รับการจดทะเบียนรับรองการเกิด การพัฒนา การยอมรับ การคุ้มครองและโอกาสในการมีส่วนร่วมตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างเท่าเทียม โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรม การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง การเกิดหรือสถานะอื่นของเด็กและเยาวชน บิดามารดา หรือผู้ปกครอง

13) พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติดในวัยรุ่น พ.ศ. 2559

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏในมาตรา 5 ที่วางหลักว่า

“วัยรุ่น⁶⁵ มีสิทธิตัดสินใจด้วยตนเอง และมีสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารและความรู้ ได้รับการบริการอนามัยการเจริญพันธุ์ ได้รับการรักษาความลับและความเป็นส่วนตัว ได้รับการจัดสวัสดิการสังคมอย่างเสมอภาคและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และได้รับสิทธิอื่นใดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้อย่างถูกต้อง ครบถ้วน และเพียงพอ”

3.5 แนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับหลักความเท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติ

3.5.1 คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติ

ในส่วนนี้จะได้ศึกษาคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติ

1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2542

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้คือการที่บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์โจทก์ เรียกดอกเบี้ยเงินกู้ยืมจากจำเลยเกินร้อยละ 15 ต่อปีตามประกาศบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ ส ประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย และพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินกู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2534 เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 30 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ให้บุคคลมีความเสมอภาคในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ส่วนพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินกู้ยืมของสถาบันการเงินฯ บัญญัติให้สถาบันการเงินซึ่งเป็นนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจเงินทุนคิดดอกเบี้ยได้ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ประกอบกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 บัญญัติให้ธนาคารแห่งประเทศไทยด้วยความเห็นชอบ

⁶⁵ ตามกฎหมายนี้นิยามความหมายคำว่า “วัยรุ่น” ว่าหมายถึง “บุคคลอายุเกินสิบปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงยี่สิบปีบริบูรณ์”

ของรัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดให้บริษัทเงินทุนปฏิบัติในการกู้ยืมเงินหรือรับเงินจากประชาชน...ตาม มาตรา 27 และกำหนดดอกเบี้ยหรือส่วนลดที่บริษัทเงินทุนอาจจ่ายได้ในการกู้ยืมเงินหรือรับเงินจากประชาชนหรือดอกเบี้ยหรือส่วนลดที่บริษัทเงินทุนอาจเรียกได้ตามมาตรา 30 (1) และ (2)

การที่สถาบันการเงินคิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ แต่ไม่เกินอัตราที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนด ตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินฯ จึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและเป็นไปตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินฯ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 ภายใต้การควบคุมดูแลของกระทรวงการคลังและธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่กำหนดนโยบายกำกับควบคุมดูแลการบริหารการคลังและการเงินของประเทศให้เป็นไปตามภาวะเศรษฐกิจจึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่ผู้ร้องจะยกความเท่าเทียมกันตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 บัญญัติให้ความคุ้มครองไว้มาใช้แก้คดีตามคำร้องนี้ได้ดังนั้น พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535 ในส่วนที่เกี่ยวกับการคิดดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปีจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30

2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 34-53/2543

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 286 วรรคหนึ่ง (3) ที่ให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจกำหนดสิทธิเรียกร้องเป็นเงินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 30 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 286 เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองลูกหนี้ตามคำพิพากษาให้สามารถดำรงชีพหรือประกอบภารกิจได้โดยอาศัยสิทธิเรียกร้องเป็นเงินตามที่บัญญัติยกเว้นไว้ไม่ต้องอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีแต่มาตรา 286 วรรคหนึ่ง (2) และ (3) บัญญัติแตกต่างกันมาตรา 286 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติให้ศาลกำหนดจำนวนสิทธิเรียกร้องเป็นเงินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เป็นพนักงาน ลูกจ้าง หรือคนงาน ที่ไม่ใช่เป็นข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบาลให้อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีได้แตกต่างกับมาตรา 286 วรรคหนึ่ง (2) ซึ่งบัญญัติให้สิทธิเรียกร้องเป็นเงินลักษณะเดียวกับมาตรา 286 วรรคหนึ่ง (3) ทั้งหมด ที่ข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบาลได้รับไม่ต้องอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีโดยไม่ต้องให้ศาลกำหนดดังเช่น มาตรา 286 วรรคหนึ่ง (3)

เมื่อพิจารณาสถานะของข้าราชการและลูกจ้างของรัฐบาลซึ่งต้องอยู่ในระเบียบวินัยตามกฎหมายกฎระเบียบ ย่อมไม่มีสิทธิเสรีภาพเช่นบุคคลทั่วไป ประกอบกับการประกอบอาชีพอื่นถูกจำกัดบางประการ โดยเฉพาะข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบาลบางตำแหน่งไม่อาจประกอบอาชีพอื่นได้คงอาศัยเงินรายได้จากเงินเดือนและเงินอื่นตามกฎหมายกำหนด ทั้งมาตรา 286 วรรคสองกำหนดหลักเกณฑ์ให้ศาลเป็นผู้กำหนดสิทธิเรียกร้องเป็นเงินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งเป็นพนักงาน ลูกจ้าง หรือคนงาน ตามมาตรา 286 วรรคหนึ่ง (3) ที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีโดยใช้อัตราเงินเดือนขั้นต่ำสุดของข้าราชการพลเรือนเป็น

เกณฑ์และยังให้สิทธิอุทธรณ์การกำหนดจำนวนเงินดังกล่าวของศาลชั้นต้นต่อศาลอุทธรณ์ได้อีกด้วย เป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาลที่พิจารณาคดีจะพิจารณากำหนดจำนวนเงินได้ตามความเหมาะสม ตามพฤติการณ์แห่งคดีด้วยความเป็นธรรม พิจารณาตามหลักการและเหตุผลข้างต้นแล้วจึงมิใช่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญมาตรา 30

3) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) และการปฏิบัติหน้าที่ของ ก.ต. และคณะกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติฯ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 43 ประจำปี พ.ศ. 2542 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 30 หรือไม่

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 บัญญัติว่า “ผู้สมัครสอบคัดเลือกผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษเพื่อเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้...

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

(11) เป็นผู้ผ่านการตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะกรรมการแพทย์จำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่ง ก.ต. กำหนด และ ก.ต. ได้พิจารณารายงานของคณะกรรมการแพทย์แล้วเห็นสมควรรับสมัครได้ และวรรคสอง บัญญัติว่า “หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ต.กำหนด โดยประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา”

รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ได้บัญญัติเป็นหลักการว่า บุคคลย่อม เสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ไม่ว่าชายหรือหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน จะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง ในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อ ทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ แต่ต้องยอมรับว่า ในการที่หน่วยงานใดจะรับบุคคลเข้าทำหน้าที่ในตำแหน่งใด ย่อมต้องพิจารณาถึงความรู้ ความสามารถ ความเหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่นั้นด้วย ซึ่งบางครั้งต้องออกไปปฏิบัติหน้าที่นอกสำนักงานหรือศาล

สำหรับกรณีตามคำร้องเป็นกรณีที่นาย ศ. สมัครสอบคัดเลือกบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา จึงมีมาตรการที่แตกต่าง และเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ รับรอง

ไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญ นี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และวรรคสองบัญญัติรับรองไว้ว่า กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใด บุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ซึ่งบทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้ บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม และ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) คำว่า “มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จะใช้ควบคู่กับ มาตรา 26 (11) ที่บัญญัติว่า “เป็นผู้ที่ผ่านการตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะกรรมการแพทย์จำนวนไม่น้อยกว่า สามคน ซึ่ง ก.ต. กำหนด และ ก.ต. ได้พิจารณารายงานของคณะกรรมการแพทย์แล้วเห็นว่า สมควรรับสมควรได้ บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการจึงเห็นว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) ดังกล่าว เป็นลักษณะตามตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30

4) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545

นาย ศ ผู้ฟ้องคดี อายุ 33 ปี อาชีพทนายความ ได้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อ บรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ประจำปี 2544 เมื่อคณะกรรมการอัยการ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสอบ ปรากฏว่าไม่มีชื่อผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นหนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อขอทราบเหตุผลที่ไม่ได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้มีคุณสมบัติในการสอบคัดเลือกดังกล่าว คณะกรรมการอัยการชี้แจงว่า คณะอนุกรรมการพิจารณาคณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกดังกล่าว ได้รับรายงานผลการตรวจร่างกายจากคณะกรรมการแพทย์ว่า ผู้ฟ้องคดีมีรูปร่างพิการ เดินขาเกเขลิก กล้ามเนื้อแขนลีบจนถึงปลายมือทั้งสองข้าง กล้ามเนื้อขาลีบจนถึงปลายเท้าทั้งสองข้าง กระดูกสันหลังคด ได้รับการผ่าตัดตามเหล็กที่กระดูกสันหลังไว้เพื่อให้ไหล่ทั้งสองข้างเท่ากัน จึงมีมติไม่รับสมัคร เนื่องจากเป็นผู้มีบุคลิกภาพ และร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ ตามพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11)

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยมีว่า พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่

พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ (11) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือ จิตฟั่นเฟือน

ไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ใน กฎกระทรวง และ (12) เป็นผู้ที่คณะกรรมการแพทย์มีจำนวนไม่น้อยกว่าสามคนซึ่ง ก.อ. จะได้ กำหนด ได้ ตรวจร่างกายและจิตใจแล้ว และ ก.อ. ได้พิจารณารายงานของแพทย์เห็นว่าสมควรรับสมัครได้ และวรรคสอง บัญญัติว่า "ให้ ก.อ. มีอำนาจระเบียบเพื่อตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือก ก่อนที่จะรับสมัครได้"

พิจารณาแล้ว เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ได้บัญญัติเป็นหลักการว่า บุคคลย่อม เสมอกันใน กฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ไม่ว่าชายหรือหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน จะเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง ในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อ ทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ แต่ ต้องยอมรับว่า ในการที่หน่วยงานใดจะรับบุคคลเข้าทำหน้าที่ในตำแหน่งใด ย่อมต้องพิจารณาถึงความรู้ ความสามารถ ความเหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่นั้นด้วย

สำหรับกรณีตามคำร้อง เป็นเรื่องที่นาย ศ ซึ่งมีอาชีพทนายความ สมัครสอบคัดเลือกบรรจุเป็น ข้าราชการอัยการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย หากสอบคัดเลือกได้ก็จะมีภาระขอให้มีพระบรม ราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นข้าราชการอัยการต่อไป ซึ่งการรับสมัครสอบคัดเลือกนอกจากจะ พิจารณาถึง ความรู้ ความสามารถแล้ว ยังต้องพิจารณาสุขภาพของร่างกายและจิตใจว่ามีความสมบูรณ์ สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และมีบุคลิกลักษณะที่ดีพอที่จะเป็นข้าราชการอัยการ การปฏิบัติหน้าที่ของ ข้าราชการอัยการมิใช่เพียงปฏิบัติหน้าที่ในห้องพิจารณาคดีหรือในสำนักงานเท่านั้น บางครั้งต้องเดินทางไป ปฏิบัติหน้าที่นอกสำนักงาน เช่น เพื่อเดินเผชิญสับ เพื่อสืบพยานที่ไม่อาจมาศาลได้ การร่วมชั้นสูตรพินิจพิศ พกับพนักงานสอบสวน การออกไปเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายแก่ประชาชนในชนบท เป็นต้น

การพิจารณาเพื่อรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ และแต่งตั้งให้ดำรง ตำแหน่งอัยการผู้ช่วย จึงมีมาตรการที่แตกต่าง และเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่ บ้าง ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ที่รัฐธรรมนูญ รับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่ รัฐธรรมนูญ นี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ นั้นมิได้ และวรรคสอง บัญญัติรับรองไว้ว่า กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่ง หมาย ให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใด บุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ซึ่งบทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้ บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม

เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) คำว่า "มีกาย...ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ" จะใช้ควบคู่กับ มาตรา 33 (12) ที่บัญญัติว่า "เป็นผู้ที่ คณะกรรมการแพทย์มีจำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่ง ก.อ. จะได้กำหนด ได้ตรวจร่างกายและจิตใจแล้ว และ ก.อ. ได้พิจารณารายงานของแพทย์เห็นว่าสมควรรับสมัครได้" บทบัญญัติของพระราชบัญญัติ ระเบียบ

ข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายอัยการ จึงเห็นว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) ดังกล่าวเป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างใด

ศาลรัฐธรรมนูญจึง วินิจฉัยตามเสียงข้างมาก 12 เสียง ว่า พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) ไม่ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา 30

(หมายเหตุ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อย จำนวน 3 คน เห็นว่า พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการ ฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) เฉพาะคำว่า "มีกาย...ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ" ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เนื่องจาก เป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจอย่าง กว้างขวาง ซึ่งเป็นการเกินขอบเขตโดยอ้างเหตุตามความเหมาะสมแทนความสามารถ)

5) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2545

ผู้ร้องเป็นโจทก์ยื่นฟ้องกรมสรรพากร เป็นจำเลยต่อศาลภาษีอากรกลาง โดยอ้างเหตุผลตามคำฟ้องว่า เจ้าพนักงานประเมินกรมสรรพากรมีหนังสือแจ้งภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ประเมินให้ผู้ร้องเสียภาษีเงินได้ประจำปี 2540 และปี 2539 เพิ่ม รวมเป็นเงิน 112,663 บาทและ 37,319 บาท โดยอ้างเหตุว่าผู้ร้องต้องนำเงินได้ของภริยา ซึ่งเป็นรายได้อื่นที่ไม่ใช่รายได้ ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (1) มารวมคำนวณเป็นเงินได้ของผู้ร้อง ผู้ร้องได้ยื่นอุทธรณ์คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ได้ยกอุทธรณ์ผู้ร้อง โดยให้เหตุผลว่า ผู้ร้องเป็นสามี มีหน้าที่ยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา (ภ.ง.ด. 90) โดยนำเงินได้พึงประเมินของภริยาซึ่งมิใช่เงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) ที่ประสงค์แยกยื่นแบบแสดงรายการมารวมเป็นเงินได้ของผู้ร้องด้วยโดยให้ผู้ร้องเสียภาษีและเงินเพิ่ม ทั้งสองฉบับรวม 129,019.90 บาท การที่ให้นำเงินได้ของภริยาผู้ร้องมารวมกับเงินได้ของผู้ร้องเอาไปคำนวณภาษีตามประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี กับที่ มาตรา 57 เบญจ ได้กำหนดให้ภริยาเท่านั้น ที่มีสิทธิแยกยื่นรายการและเสียภาษี เฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมิน ตามมาตรา 40 (1) โดยยอมให้ถือเป็นเงินได้ของสามีตามมาตรา 57 ตรี การไม่กำหนดให้สามีมีสิทธิแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหาก เฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) ด้วยจึงเป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ผู้ร้องเห็นว่าบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ เป็นกฎหมายที่ทำให้บุคคลไม่เสมอกันในกฎหมายและไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30

พิจารณาประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี แล้ว แม้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ แต่ การตรากฎหมายจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลก็สามารถทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 48

วรรคหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า เป็นกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐ มีผลใช้ บังคับ กับสามีและภริยาทั้งหมดที่มีเงินได้พึงประเมิน เป็นการทั่วไปอย่างเท่าเทียมกัน จึงถือไม่ได้ว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม แม้ว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี กำหนดให้เงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของ สามี โดยให้สามีมีหน้าที่ยื่นรายการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาแทนภริยาจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและ เสรีภาพของผู้เป็นสามีอยู่บ้างก็ตาม แต่ก็เท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐ และได้ กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลครอบครัว และทรัพย์สินตามที่บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ดังนั้น ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี จึงไม่ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ มาตรา 30

6) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2546

คดีนี้มีประเด็นว่า พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ไม่ได้ให้สิทธิแก่ชายต่างด้าวที่สมรสกับ หญิงไทยในการที่จะได้สัญชาติโดยการแปลงชาติได้เช่นเดียวกับหญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายสัญชาติไทยนั้น ก่อให้เกิดปัญหาสถานะของบุคคลและการตั้งสถานะครอบครัวของหญิงที่ไม่เสมอภาคระหว่างหญิงสัญชาติ ไทยกับชายสัญชาติไทยที่สมรสกับต่างด้าว ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 9 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “หญิงซึ่งเป็นคนต่างด้าวและได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทยถ้า ประสงค์จะได้สัญชาติไทยให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง ” เมื่อพิจารณาแล้วไม่ถือเป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันในกฎหมายระหว่างชายและหญิง หรือเป็นการทำให้ชายและหญิงไม่ได้มีสิทธิเท่าเทียมกันด้วยเหตุที่เป็นมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นให้เหมาะสม กับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศซึ่งมิได้ตัดสิทธิของชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงสัญชาติไทยก็อาจ ได้สัญชาติไทยตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติ คือมาตรา 10 11 และ 12 ซึ่งไม่ได้ยุ่งยาก และก่อให้เกิดปัญหาในสถานะของบุคคลแต่ประการใดจึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ดังนั้นพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 9 จึงสอดคล้อง กับรัฐธรรมนูญมาตรา 30 แล้ว

7) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2546

ผู้ร้องเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขเพื่อก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์และการกำหนดเงื่อนไขเวลาขอใช้สิทธิ ประโยชน์หรือการสิ้นสุดสิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ มาตรา 56 วรรคหนึ่ง และ มาตรา 65 วรรคหนึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ มาตรา 30 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติประกันสังคมฯ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อสร้างหลักประกันให้แก่ลูกจ้างและบุคคลอื่นที่

เกี่ยวข้องโดยการจัดตั้งกองทุนเพื่อช่วยเหลือกรณีคลอดบุตรด้วยจึงเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและการกำหนดระยะเวลายื่นคำร้องขอรับประโยชน์ทดแทนภายในหนึ่งปีก็มีผลใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนซึ่งหากลูกจ้างผู้ประกันตนคนใดมีเหตุจำเป็นจนไม่สามารถจะปฏิบัติตามกำหนดเวลานั้นได้ก็อาจยื่นคำร้องก่อนสิ้นกำหนดเวลานั้นเพื่อขอขยายหรือเลื่อนกำหนดเวลาออกไปได้ตามกรณีแห่งความจำเป็นแก่กรณี เจื่อนไขดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงและไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ 30

8) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 41/2547

ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 121 ให้สิทธิและยกเว้นแก้อากรซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐไม่ต้องปิดการแสดมภ์ในหนังสือมอบอำนาจแต่ในขณะเดียวกันฝ่ายผู้ร้องต้องปิดการแสดมภ์หากไม่ปิดไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้เป็นบทบัญญัติที่เป็นการแบ่งชั้นวรรณะก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในกฎหมาย จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกามีคำสั่งให้ส่งความเห็นของผู้ร้องตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 121 เป็นเรื่องการเสียอากร โดยปกติการที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องมีการเสียอากรก็เพื่อให้เป็นรายได้ให้แก่รัฐ เป็นเงินได้ของรัฐที่เก็บเอาจากประชาชนเพื่อนำไปใช้จ่ายเป็นเงินงบประมาณแผ่นดินมีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจากประชาชนที่จะได้รับบริการจากรัฐไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจากรัฐเอง การที่มาตรา 121 บัญญัติว่าถ้าฝ่ายที่ต้องเสียอากรเป็นรัฐบาลเจ้าพนักงานของรัฐที่กระทำการของรัฐบาลโดยหน้าที่หรือบุคคลผู้กระทำการในนามของรัฐบาลไม่ต้องเสียอากรแสดมภ์จึงชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวแล้วไม่ได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลทั่วไป และตามรัฐธรรมนูญมาตรา 69 ก็ได้บัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่เสียภาษีอากร ตามที่กฎหมายบัญญัติการเสียภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร มาตรา 121 ก็เป็นภาษีอากรอย่างหนึ่งการที่ประมวลรัษฎากร มาตรา 121 บัญญัติยกเว้นให้โจทก์ซึ่งเป็นนิติบุคคลโดยเป็นกระทรวงในรัฐบาลไม่ต้องปิดการแสดมภ์ในหนังสือมอบอำนาจ แต่ผู้ร้องต้องปิดการแสดมภ์จึงจะสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ อาจเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ 30 นั้น ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่งก็ได้บัญญัติยกเว้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและที่ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 121 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ประกอบมาตรา 29

9) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 41/2548

มีประเด็นว่า พระราชบัญญัติภาษีโรงเรือนและที่ดิน พ.ศ. 2475 มาตรา 45 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ 30 เนื่องจากบัญญัติให้ผู้รับโอนต้องรับผิดชอบในฐานะลูกหนี้ร่วมกับผู้โอนในภาษีที่

ค้ำชำระ “ไม่ว่าจะรับโอนมาด้วยเหตุใดๆ” กฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองรัฐฝ่ายเดียวด้วยการปิดปากมิให้ผู้รับโอนยกข้อต่อสู้ใดๆ ได้เลย แม้จะเป็นผู้รับโอนที่สุจริตและมีค่าตอบแทน ทำให้ผู้รับโอนเสียเปรียบ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวตราขึ้นเพื่อให้รัฐโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหารายได้จากการจัดเก็บภาษีสำหรับใช้จ่ายในการบริหารกิจการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ขององค์กร อันเป็นกิจการเพื่อสาธารณะประโยชน์ ภาษีโรงเรือนและที่ดินเป็นภาษีอากรอย่างหนึ่งตามรัฐธรรมนูญมาตรา 69 บุคคลมีหน้าที่เสียภาษีอากร กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นบทกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดและเท่าที่จำเป็น ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ใช้กับบุคคลโดยเสมอกันและให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอย่างเท่าเทียมกันไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม...การเรียกเก็บภาษีโรงเรือนที่ค้ำชำระจากผู้รับโอนที่ดินและโรงเรือนร่วมกับผู้โอน จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และ 30

10) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2548

จำเลยโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 120 มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลซึ่งเป็นนายจ้างโดยให้สิทธิเฉพาะลูกจ้างฝ่ายเดียวที่มีสิทธิยื่นคำขอให้คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานพิจารณาวินิจฉัย และให้สิทธิแก่คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างในสถานะของนายจ้างและลูกจ้างโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมให้ฝ่ายนายจ้าง ไม่ให้สิทธิใดๆ แก่ฝ่ายนายจ้างและไม่ได้รับความเสมอกันในบทบัญญัติของกฎหมายเท่ากับฝ่ายลูกจ้าง จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และ 30 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 120 เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างผู้มีฐานะที่ด้อยทางเศรษฐกิจและมีลักษณะเป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำที่ลูกจ้างพึงได้รับการปฏิบัติจากนายจ้าง อีกทั้งยังเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างนายจ้างและลูกจ้างและมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้าง จึงเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นแล้วโดยไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพแต่อย่างใด และได้ขัดต่อหลักความเสมอภาค และยังเป็นการส่งเสริมให้ลูกจ้างสามารถใช้สิทธิ และเสรีภาพเช่นเดียวกับนายจ้าง ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และ 30

11) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2549

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 236 วรรคหนึ่ง ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 272 ประกอบมาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 233 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 3 มาตรา 4 เป็นบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป รัฐธรรมนูญ มาตรา 3 เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย ซึ่งประกอบด้วย อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 เป็นบทบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติวางหลักประกันความมั่นคงแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะถูกจำกัดมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นการวางหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ ถ้ารัฐสภาจะตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชน กระทำได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ทั้งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง รัฐธรรมนูญมาตรา 30 เป็นบทบัญญัติมิให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยมีความเสมอภาคกันตามกฎหมายและได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 236 เป็นบทบัญญัติให้สิทธิแก่คู่ความยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ปฏิเสธไม่ยอมรับอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ หากเห็นว่าคำสั่งของศาลชั้นต้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นบทบัญญัติที่บังคับใช้โดยทั่วไป

ดังนั้น มาตรา 236 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 29 และมาตรา 30 รัฐธรรมนูญ และมาตรา 233

12) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2549

ผู้ร้องกับพวกอ้างว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 156⁶⁶ บัญญัติให้คู่ความที่มีฐานะยากจนมีสิทธิจะฟ้องหรือต่อสู้คดีทางศาลได้ โดยให้ศาลมีคำสั่งยกเว้นค่าธรรมเนียมเพื่อให้โอกาสคู่ความได้ต่อสู้คดีถึงที่สุด ทั้งนี้หากกฎหมายกำหนดให้คู่ความจะต้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมศาลทุกกรณีแล้วจะเป็นการตัดสิทธิหรือปิดโอกาสผู้ซึ่งมีฐานะยากจนไม่มีเงินเพียงพอหรือไม่มีทรัพย์สินอื่นใดที่จะนำมาชำระค่าธรรมเนียมศาลต้องถูกจำกัดสิทธิ การที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับฎีกาจึงเป็นการตัดสิทธิผู้ร้องกับพวก

⁶⁶ คดีนี้ตัดสินก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งนี้ต่อมาในปี 2551 มาตรา 156 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2551 โดยหลักการเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งปรากฏในมาตรา 156/1 ดังนี้ “ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลให้แก่เฉพาะบางส่วน หรือมีคำสั่งให้ยกคำร้อง ผู้ขออาจอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อศาลได้ภายในกำหนดเจ็ดวันนับแต่วันมีคำสั่งคำสั่งของศาลอุทธรณ์เช่นว่านี้ให้เป็นที่สุด”

อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 และ 30 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 156 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถาในศาล โดยปกติการดำเนินคดีแพ่งคู่ความหรือผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องในคดีจะต้องเสียค่าใช้จ่ายต่อศาลที่เรียกว่า ค่าธรรมเนียมศาล แต่หากเป็นบุคคลยากจนไม่มีเงินที่จะเสียค่าธรรมเนียม อาจร้องขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถาได้ ..ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งให้คู่ความดำเนินคดีอย่างคนอนาถา จะต้องทำการไต่สวนเสียก่อนเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงว่าคู่ความเป็นคนยากจนจริง ก็จะทำให้คู่ความที่ขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถาไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมในชั้นศาลอุทธรณ์ ..การที่ศาลชั้นต้นจะสั่งเช่นนี้ต้องพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นของคู่ความเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความทั้งสองฝ่าย และเมื่อศาลชั้นต้นสั่งอย่างไรแล้ว ก็ให้สิทธิแก่คู่ความที่ขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถามีสิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้ คำสั่งของศาลอุทธรณ์เช่นว่านี้ให้เป็นที่ที่สุด ที่บัญญัติเช่นนี้ ก็เพื่อให้ศาลอุทธรณ์พิจารณากลับกรองคำสั่งศาลชั้นต้นอีกครั้ง การที่ให้คำสั่งของศาลอุทธรณ์เป็นที่สุดท้ายนั้นเนื่องจากปัญหาที่ว่าบุคคลนั้นเป็นคนยากจนหรือไม่ ได้รับการพิจารณามาแล้วถึงสองศาล และปัญหาข้อนี้ไม่ใช่ประเด็นในคดีโดยตรง จึงควรให้ยุติที่ศาลอุทธรณ์ ไม่ควรให้ยืดเยื้อฎีกาต่อไปได้อีก ซึ่งเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่ความแล้ว กรณีดังกล่าวแม้เป็นการจำกัดสิทธิอยู่บ้างแต่ก็เป็นการจำกัดเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้ยังใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับคู่ความอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงฐานะของคู่ความแต่อย่างใดประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 156 วรรคห้าจึงไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และ 30

13) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2550

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาก็คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 51 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา ... 28 30 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรา 51 ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี ที่กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) และคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) จะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี เห็นได้ว่าให้สิทธิแก่ผู้ฟ้องคดีในการฟ้องคดีที่เกิดขึ้นอันสอดคล้องกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ส่วนรัฐธรรมนูญมาตรา 30 เป็นบทบัญญัติให้บุคคลทุกคนย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับการคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันในกฎหมายที่บุคคลนั้นถูกบังคับใช้อยู่ กล่าวคือ หากผู้ฟ้องคดีนำคดีมาขึ้นสู่ศาลปกครอง กระบวนการพิจารณาความก็ย่อมมีความเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นที่นำคดีมาขึ้นสู่ศาลปกครองเช่นเดียวกัน มาตรา 51 ดังกล่าวจึงมิได้ให้สิทธิแก่บุคคลที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้แตกต่างกัน จึงมิได้ขัดรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 30 แต่อย่างใด

14) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2551

ผู้เข้าซื้อรถยนต์ของกลาง ยื่นคำร้องขอคืนรถยนต์ต่อศาลอาญา โดยอ้างว่าไม่มีส่วนร่วมหรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการนำรถยนต์ดังกล่าวไปใช้ในการกระทำความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดแต่อย่างใด รวมทั้งอ้างว่าการริบรถยนต์ดังกล่าวตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 30 วรรคสองและวรรคสี่ เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30... ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการทางกฎหมายเพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกศาลสั่งริบในคดียาเสพติด สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่มีโอกาสทราบ หรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าจะมีการกระทำความผิดและจะมีการนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้ในการกระทำความผิด หรือได้ใช้เป็นอุปกรณ์ให้ได้รับผลในการกระทำความผิด หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ใช้สิทธิร้องคัดค้านคำร้องขอให้ริบทรัพย์สินของพนักงานอัยการได้ จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มีผลใช้บังคับต่อบุคคลเป็นการทั่วไปโดยเสมอกันไม่ได้ยกเว้นให้ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือทำให้บุคคลไม่ได้รับความเสมอกันในกฎหมายหรือไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลแต่อย่างใด บทบัญญัตินี้จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30

15) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่

ผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ร้องได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) กรณีได้รับหนังสือร้องเรียนจากนาย ศ ว่า ได้ไปสมัครทดสอบความรู้เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ แต่สำนักงานศาลยุติธรรมแจ้งว่า ก.ต. มีมติไม่รับสมัครโดยให้เหตุผลว่าสภาพร่างกายและจิตใจไม่เหมาะสมต่อการปฏิบัติหน้าที่ข้าราชการตุลาการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ซึ่งผู้ร้องเรียนและผู้ร้องเห็นว่าการตัดสินสอบบุคคลด้วยเหตุผลดังกล่าวถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพร่างกายหรือความพิการ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30

ประเด็นพิจารณาเบื้องต้นกรณีศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 16/2545 ว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ไม่มีปัญหาด้วย

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 นั้น แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคสาม ได้บัญญัติข้อความว่า “ความพิการ” เพิ่มเติม อันเป็นหลักการสำคัญที่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เมื่อผู้ร้องเสนอเรื่องให้วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26วรรคหนึ่ง (10) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550เฉพาะหลักการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการตามมาตรา 30 วรรคสาม จึงเป็นเรื่องหรือประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยพิจารณาวินิจฉัยมาก่อนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 215 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่พิจารณาแล้วเห็นว่า ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 16/2545 ว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 แล้ว ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities: CRPD) ของสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม 2551 ซึ่งมีผลบังคับให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ระบุไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวตั้งแต่วันที่ 28 สิงหาคม 2551 เป็นต้นมา และทำให้หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ตามพันธกรณี ข้อ 27 (a) ที่กำหนดว่า ห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการในทุกด้านที่เกี่ยวกับการจ้างงาน รวมถึงเงื่อนไขในการคัดเลือกบุคคล การว่าจ้าง และการจ้างงาน การจ้างงานอย่างต่อเนื่อง ความก้าวหน้าในอาชีพการงาน และสภาพการทำงานที่ถูกสุขอนามัยและปลอดภัย และ (g) ที่กำหนดให้ว่าจ้างคนพิการเข้าทำงานในหน่วยงานภาครัฐ ดังนั้น การที่หน่วยงานของรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการรับบุคคลเข้าทำหน้าที่ในตำแหน่งใด ย่อมต้องคำนึงถึงพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าวด้วย

การที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26วรรคหนึ่ง (10) ให้ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” นั้น คำว่า “กายหรือจิตใจไม่เหมาะสม” อยู่ในกรอบความหมายของคำว่า “คนพิการ” ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติ โดยมีลักษณะเป็นการกำหนดลักษณะทางกายและจิตใจที่ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการไว้อย่างกว้างขวางไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน นำไปสู่การใช้ดุลพินิจที่ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้ในที่สุด กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ต้องมีขอบเขตชัดเจนแน่นอน เช่น อาจกำหนดว่า มีลักษณะทางกายและจิตใจที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นข้าราชการตุลาการได้เพียงใด เป็นต้น เพื่อให้ประชาชนทราบว่ากฎหมายดังกล่าวต้องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดบ้าง และต้องสอดคล้องกับหลักแห่งความได้

สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของสังคมโดยรวมมากกว่าประโยชน์ขององค์กร

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) จึงเป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจกว้างขวางเกินความจำเป็นอันอาจจะส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการได้ การกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการไว้ในขั้นตอนการรับสมัครบุคคลเพื่อสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการตุลาการ โดยให้เป็นดุลพินิจของ ก.ต. ในการพิจารณาความเหมาะสมของบุคคลที่จะให้มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการตุลาการหรือไม่นั้น เป็นการตัดสินใจที่คนพิการตั้งแต่ต้น โดยไม่เปิดโอกาสให้คนพิการสามารถสอบคัดเลือกได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป และไม่มีโอกาสแสดงความรู้ความสามารถอย่างแท้จริงที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งงานนั้นเสียก่อน ทั้งภารกิจหลักตามอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมคือการพิจารณาพิพากษารรคดีให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และต้องนั่งพิจารณาโดยครบองค์คณะ ความพิการจึงมิได้เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้จะเป็นข้าราชการตุลาการ ที่จะมีส่วนต่อการให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้อง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ในส่วนที่บัญญัติให้ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามว่า “มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จึงขัดต่อสิทธิของคนพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติ และเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม

16) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้คือ ประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) ประกอบมาตรา 57 ตีและมาตรา 57 เบญจ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 ประกอบมาตรา 29 และมาตรา 30 หรือไม่

ผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ร้อง เห็นว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) ประกอบมาตรา 57 ตี ที่บัญญัติให้นำเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี ทำให้สามีภริยาต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นจากตอนที่ต่างฝ่ายต่างแยกยื่นเมื่อยังไม่มีภรรยา และมาตรา 57 เบญจ ที่บัญญัติให้เฉพาะภริยาที่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) สามารถแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามี โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามีตามมาตรา 57 ตี มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 โดยสร้างความไม่เป็นธรรมด้านภาระภาษีและเป็นการกระทบกระเทือนหรือจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของหญิงมีสามี รวมทั้งเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยไม่จำเป็น

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคล โดยมีได้เป็นมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 30 วรรคสี่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) เป็นบทบัญญัติที่จำแนกเงินได้พึงประเมินออกเป็นประเภทต่างๆ ไว้ เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ไม่มีข้อความใดๆ อันมีลักษณะเป็นการกระหนาบกระเทือนหรือจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคล และได้กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อีกทั้งมิได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 ประกอบมาตรา 29 และมาตรา 30

ส่วนประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี ที่บัญญัติให้สามีและภริยาที่อยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีที่ล่วงมาแล้วต้องถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการและเสียภาษี แต่ถ้ามีภาษีค้างชำระและภริยาได้รับแจ้งล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วันแล้ว ให้ภริยาร่วมรับผิดชอบในการเสียภาษีที่ค้างชำระนั้นด้วย เป็นการไม่ยุติธรรมสำหรับภริยา เพราะภริยาอาจไม่มีส่วนรู้เห็นในเรื่องการยื่นรายการเสียภาษีด้วย และทำให้สามีภริยาต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นจากกรณีที่ต่างฝ่ายต่างแยกยื่นเมื่อยังไม่มี การสมรส ประกอบกับมาตรา 57 เบญจ บัญญัติให้เฉพาะภริยาที่มีเงินได้พึงประเมินตาม มาตรา 40 (1) สามารถแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามี โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามีตาม มาตรา 57 ตรี จึงถือว่าเป็นการไม่ส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิง และยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคลภายหลังจากการสมรสตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 30

17) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2556

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ร้อง เสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าผู้ร้องได้รับเรื่องร้องเรียนจาก ท ผู้ร้องเรียนว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) ได้มีมติว่า ผู้ร้องเรียน กระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ผู้ร้องเรียนจึงขอให้ผู้ร้อง เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 วรรคหนึ่ง ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 (3) และ (4) เนื่องจากเป็นการ จำกัดสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งต่อผู้บังคับบัญชา และมาตรา 92 วรรคสอง ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 โดยได้กำหนดกระบวนการพิจารณาความผิดวินัยไว้เป็นพิเศษสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ตุลาการศาลปกครอง และพนักงานอัยการ ทำให้การพิจารณาความผิดวินัยอยู่ในอำนาจขององค์กรนั้นเอง ซึ่งแตกต่างจากข้าราชการทั่วไปที่ต้องถูกพิจารณาความผิดวินัยโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นการเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ผู้ร้องพิจารณาแล้วจึงเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 วรรคสอง เป็น

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับข้าราชการตุลาการหรือข้าราชการอัยการ โดยหลักเกณฑ์นี้แม้จะมีความแตกต่างจากเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง แต่ก็ยังเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการทางวินัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการและข้าราชการอัยการ มีความเป็นอิสระตามลักษณะของภารกิจซึ่งมีความจำเป็นและเพื่อให้เกิดความเหมาะสม กล่าวคือ เพื่อให้ข้าราชการตุลาการสามารถพิจารณาพิพากษาอรรถคดีอย่างมีอิสระ และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 220 และมาตรา 224 ที่ได้บัญญัติให้การลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมและตุลาการในศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมหรือคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง แล้วแต่กรณี อันเป็นการรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการไว้ และเพื่อให้ข้าราชการอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรมตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 อีกทั้งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 97 ได้บัญญัติความเป็นอิสระในการพิจารณา ดำเนินคดีอาญาระหว่างอัยการสูงสุดกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไว้ในกรณีที่ข้อกล่าวหาใดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่าเป็นความผิดทางอาญา ให้ถือว่ารายงานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งหากอัยการสูงสุดเห็นว่ารายงานเอกสารและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ยังไม่สมบูรณ์พอที่จะดำเนินคดีได้ ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. และอัยการสูงสุดตั้งคณะทำงานขึ้นเพื่อดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานให้สมบูรณ์แล้วส่งให้อัยการสูงสุดเพื่อฟ้องคดีต่อไป

ด้วยเหตุนี้การดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการอัยการตามมาตรา 92 วรรคสอง หากบัญญัติให้ถือว่ารายงาน เอกสารและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของข้าราชการอัยการ ย่อมอาจทำให้การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งคดีอาญาดังกล่าวขาดความเป็นอิสระ โดยเฉพาะการพิจารณาข้อกล่าวหาที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่ามีความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 97 และอาจทำให้การตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างพนักงานอัยการและคณะกรรมการ ป.ป.ช. สูญเสียไปด้วย ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 วรรคสอง จึงเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการทางวินัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ข้าราชการตุลาการศาลปกครอง และข้าราชการอัยการมีความเป็นอิสระตามลักษณะของภารกิจดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งไม่มีลักษณะขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างใด

18) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19-20/2556

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้คือ พระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2518 มาตรา 72/5 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 40 (5) และมาตรา 30 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2518 มาตรา 72/5 เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดทางอาญาของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยซึ่งเป็นกรรมการผู้จัดการหุ้นส่วนผู้จัดการผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลแต่อย่างใดก่อน เป็นการนำการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา โจทก์คงพิสูจน์เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และจำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งไม่เกี่ยวกับการกระทำของกรรมการผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลที่กระทำความผิดแต่อย่างใด กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้แต่แรกแล้วว่ากรรมการผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดร่วมกับนิติบุคคลด้วย อันมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน ประกอบกับหลักพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดชอบทางอาญานั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็คต่อเมื่อได้กระทำ ...” ดังนั้น บุคคลไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจะมีความรับผิดชอบในทางอาญาก็คต่อเมื่อมีการกระทำแต่พระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2518 มาตรา 72/5 บัญญัติให้กรรมการผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลจะต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าบุคคลเหล่านั้นซึ่งเป็นจำเลยได้มีการกระทำหรือดเว้น หรือไม่กระทำการอันเป็นความผิดตามกฎหมายแต่อย่างใดก่อน

บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา โดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหาและยังขัดกับหลักนิติธรรมที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบของความผิด นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพเช่นการถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา พระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2518 มาตรา 72/5 ในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการ

หรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติปยุ พ.ศ. 2518 มาตรา 72/5 เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย โดยไม่ปรากฏว่ามีการกระทำหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ซึ่งเมื่อได้วินิจฉัยดังนี้แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราอื่นๆหรือไม่ อีกต่อไป

19) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 31/2555

ประเด็นเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้คือ พระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551 มาตรา 5 มาตรา 12 มาตรา 13 (1) (2) (7) มาตรา 14 มาตรา 17 และมาตรา 85 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 และมาตรา 30 หรือไม่ และ พระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551 ทั้งฉบับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 30 มาตรา 31 มาตรา 43 มาตรา 62 มาตรา 78 มาตรา 87 มาตรา 142 ถึงมาตรา 153 และมาตรา 187 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551 มาตรา 5 มาตรา 12 มาตรา 13 (1) (2) (7) มาตรา 14 มาตรา 17 และมาตรา 85 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยสถานภาพของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หลักประกันในการทำงานของพนักงานมหาวิทยาลัย อำนาจหน้าที่ของมหาวิทยาลัย รายได้ของมหาวิทยาลัย หลักประกันในทรัพย์สินที่ใช้ประโยชน์เกี่ยวกับการศึกษาของมหาวิทยาลัย และบทเฉพาะกาลรองรับการดำเนินการกรณีที่ตำแหน่งข้าราชการและลูกจ้างของส่วนราชการในมหาวิทยาลัยว่างลง บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่กำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ทรัพย์สิน และรายได้ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เพื่อให้การบริหารจัดการจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยมีความเป็นอิสระและมีความคล่องตัว สอดคล้องกับหลักการบริหารจัดการของหน่วยงานในกำกับของรัฐซึ่งไม่เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551 โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวใช้บังคับแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนดโดยเสมอภาคและไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างใด

3.5.2 แนวคำพิพากษาศาลปกครองเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติ

ในส่วนนี้จะได้ชี้ให้เห็นแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติ

1) การที่เจ้าพนักงานที่ดินไม่ออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะรายในที่ดินบนเกาะภูเก็ต ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.8 – พ.10/2546)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินจังหวัดภูเก็ต ได้ยื่นคำขออออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะรายต่อ เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดภูเก็ต ซึ่งเจ้าพนักงานที่ดินมีคำสั่งไม่รับคำขออออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะรายให้ผู้ฟ้องคดี เนื่องจากจังหวัดภูเก็ตเป็นเกาะต้องห้ามมิให้ออกโฉนดตามข้อ 14 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ข้อ 14 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537)ฯ ที่ห้ามมิให้มีการออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่เกาะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมกับผู้ฟ้องคดีและประชาชนที่ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินที่ตั้งอยู่บนเกาะภูเก็ต จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนข้อ 14 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537)ฯ

ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติให้บุคคลได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญโดยเสมอกัน เป็นการวางหลักการให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานความเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคแก่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน หรือออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล การที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537)ฯ กำหนดให้การออกโฉนดที่ดินในที่เกาะใช้บังคับกับกรณีการครอบครองที่ดิน ที่เกาะ ซึ่งผู้ครอบครองยังมิได้มีหลักฐานการครอบครองทุกแห่งเสมอเหมือนกัน มิได้มีการเลือกปฏิบัติกับผู้ครอบครองรายหนึ่งรายใดหรือเกาะหนึ่งเกาะใดเป็นการเฉพาะ กฎกระทรวงดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น บทบัญญัติในข้อ 14 (3) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537)ฯ จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

2) คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเทศมนตรีตำบล ขอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.93/2548)

ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีตำบล ป. และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งดำรงตำแหน่งเทศมนตรีตำบล ป. ถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนกรณีถูกกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์เรียกร้องผลประโยชน์ต่างๆ และปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ และมีความประพฤติในทางที่จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่ศักดิ์ตำแหน่งราชการ คณะกรรมการสอบสวนได้สอบปากคำพยานฝ่ายที่กล่าวหาจำนวน 4 ปาก แล้วแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง โดยปกปิดรายชื่อพยาน ต่อมาคณะกรรมการสอบสวนได้รายงานผลการสอบสวนต่อผู้ว่าราชการจังหวัด ก. กรณีกล่าวหาว่าผู้ฟ้องคดีทั้ง

สองร่วมกันเรียกรับเงินจากบริษัทผู้รับจ้างก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียของเทศบาลตำบล ป. ข้อเท็จจริงฟังได้ตามข้อกล่าวหา จึงเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้มีคำสั่ง กระทรวงมหาดไทย ที่ 340/2549 ลงวันที่ 2 ตุลาคม 2545 สั่งให้ผู้ฟ้องคดีที่ 1 พ้นจากตำแหน่ง นายกเทศมนตรีตำบล ป. และให้ผู้ฟ้องคดีที่ 2 พ้นจากตำแหน่งเทศมนตรีตำบล ป. ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเห็นว่า คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ เนื่องจากมีการปกปิดรายชื่อพยานมิให้ผู้ฟ้องคดีทราบจึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้คณะกรรมการสอบสวนจะปกปิดรายชื่อพยาน มิให้ผู้ฟ้องคดีทราบก็ตาม แต่ในบันทึกแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่ สนับสนุนข้อกล่าวหาที่ แจ้งผู้ฟ้องคดีก็มี รายละเอียดของถ้อยคำพยานดังกล่าวแล้ว ปรากฏตามคำคัดค้านคำให้การของผู้ฟ้องคดีกรณีจึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และผู้ฟ้องคดีก็ได้โต้แย้งและชี้แจงแสดงพยานหลักฐานแล้ว กรณีจึงไม่ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเสียเปรียบ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด

3) การที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติไม่พิจารณาเลื่อนยศเป็นพันตำรวจเอกให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ เกษียณอายุราชการตามปกติตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการฯ เหมือนกับผู้ ที่เกษียณอายุราชการตามโครงการเกษียณก่อนกำหนด ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.185/2549)

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้จัดทำโครงการปรับเปลี่ยนกำลังพลเพื่อมุ่งใจให้ ข้าราชการตำรวจทุกชั้นยศสมัครใจเข้าร่วมโครงการ โดยข้าราชการตำรวจชั้นยศพันตำรวจโทที่สมัครเข้า ร่วมโครงการ และได้รับอนุญาตให้ลาออกจากราชการตามโครงการดังกล่าวจะได้รับการเลื่อนยศเป็นพัน ตำรวจเอกเป็นกรณีพิเศษ นอกเหนือจากสิทธิประโยชน์อื่นๆ ที่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้กำหนด โดยได้รับความ เห็นชอบจากคณะกรรมการข้าราชการตำรวจและคณะรัฐมนตรีแต่ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงยศพันตำรวจโท และ ต้องพ้นจากราชการเพราะเหตุเกษียณอายุตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 กลับ ไม่ได้รับการพิจารณาให้เลื่อนยศเป็นพันตำรวจเอกแต่อย่างใด ทั้งที่มีข้าราชการตำรวจยศพันตำรวจโทที่ สมัครเข้าร่วมโครงการปรับเปลี่ยนกำลังพลหรือเกษียณก่อนกำหนดต่างก็ไม่ได้มีคุณสมบัติใดที่แตกต่างจาก ผู้ฟ้องคดีผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่พิจารณาเลื่อนยศเป็นพันตำรวจเอกให้แก่ผู้ฟ้องคดี เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เป็นการละเลยต่อหน้าที่ ตามกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติเลือกปฏิบัติโดยไม่ เป็นธรรม จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีออกกฎ ระเบียบ หรือคำสั่งที่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งออกจากราชการเพราะเกษียณอายุตามปกติได้รับการ เลื่อนยศเป็นพันตำรวจเอกเช่นเดียวกับข้าราชการตำรวจยศพันตำรวจโทตำแหน่งสารวัตร และตำแหน่งรอง ผู้กำกับที่ออกจากราชการตามโครงการปรับเปลี่ยนกำลังพลในปีงบประมาณ พ.ศ. 2544

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การออกจากราชการของผู้ฟ้องคดีเป็นการออกจากราชการ เนื่องจากเกษียณอายุราชการตามปกติตามมาตรา 46 (2) แห่ง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 ประกอบกับมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 สิทธิ

ประโยชน์ที่ผู้ฟ้องคดีจะพึงได้รับจึงเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยบำนาญข้าราชการ และระเบียบหรือหลักเกณฑ์ที่ ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดไว้สำหรับข้าราชการตำรวจที่พ้นจากราชการตามกฎหมายดังกล่าว ส่วนข้าราชการตำรวจที่สมัครเข้าร่วมโครงการปรับเปลี่ยนกำลังพล เป็นการออกจากราชการตามมาตรา 46 (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 ประกอบกับมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2543 ที่แจ้งเวียนตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ นร. 0205/ว (ล) 11267 ลงวันที่ 7 กันยายน 2543 ที่อนุมัติให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการตามโครงการปรับเปลี่ยนกำลังพลได้สิทธิประโยชน์ที่ผู้ออกจากราชการจะพึงได้รับในทั้งสองกรณีจึงแตกต่างกัน เพราะเป็นคนละกรณีกันอีกทั้งโครงการดังกล่าวก็เปิดโอกาสให้แก่ข้าราชการตำรวจทุกคนที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ สมัครเข้าร่วมโครงการดังกล่าวได้รวมทั้ง ผู้ฟ้องคดีด้วย ซึ่งผู้ฟ้องคดีเลือกที่จะไม่สมัครเข้าร่วมโครงการดังกล่าว การได้รับสิทธิประโยชน์ แตกต่างกันไปจึงเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย กฎ ระเบียบ ของการมีโครงการดังกล่าว ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่เลื่อนยศพันตำรวจเอกให้แก่ผู้ฟ้องคดี เป็นกรณีพิเศษเช่นเดียวกับการเลื่อนยศพันตำรวจเอกเป็นกรณีพิเศษให้แก่ข้าราชการตำรวจที่ลาออกจากราชการตามโครงการปรับเปลี่ยนกำลังพล มิได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และมีได้เป็นการต่อหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

4) การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ขัดต่อมาตรา 26 มาตรา 29 และมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.17/2551)

ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารการศึกษาขั้นพื้นฐาน ฟ้องว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ และคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) ออกกฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิและอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. 2548 ทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารการศึกษาขั้นพื้นฐาน และผู้ดำรงตำแหน่งรองผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา ตลอดจนผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารการศึกษาขั้นพื้นฐาน รายอื่นที่ปฏิบัติงานในสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา จำนวน 175 เขตทั่วประเทศ ไม่มีสิทธิได้รับการคัดเลือกให้เป็นอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา กับไม่มีสิทธิเลือกตั้ง และไม่มีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา การออกกฎ ก.ค.ศ. ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จำกัดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคและเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 26 มาตรา 29 และมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 นอกจากนั้น ยังเป็นการไม่ปฏิบัติหรือละเลยหลักการบริหารบุคคลตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อ ขอให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนกฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิและอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. 2548

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ดำรงตำแหน่งรองผู้อำนวยการสถานศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสถานศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งครูและครูผู้ช่วย รวมทั้งผู้ดำรงตำแหน่งในสายงานสนับสนุน เช่น เจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป นักวิชาการพัสดุ เจ้าหน้าที่บันทึกข้อมูล เป็นผู้ที่มีสิทธิเลือกตั้ง และมีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในเขตพื้นที่การศึกษา ด้วยคุณสมบัติด้านตำแหน่ง แต่ผู้ดำรงตำแหน่งรองผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา และผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารการศึกษาขั้นพื้นฐาน กลับไม่มีสิทธิเลือกตั้งและไม่มีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในเขตพื้นที่การศึกษา ทั้งที่มีได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จำกัดคุณสมบัติด้านตำแหน่งไว้การออกกฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิและอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. 2548 ของคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา จึงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่จำกัดสิทธิในการเลือกตั้งและจำกัดสิทธิในการเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างผู้มีสิทธิกับผู้ไม่มีสิทธิในการเลือกตั้ง และเข้ารับการเลือกตั้งโดยไม่เป็นธรรมและไม่มีเหตุผลอันอาจรับฟังได้อันขัดต่อหลักความเสมอภาค ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และขัดต่อมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ดังนั้น การที่คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิและอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. 2548 จึงไม่ชอบด้วยมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ประกอบด้วยมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 และไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 จึงพิพากษาให้เพิกถอน ข้อ 1 (1) ของ กฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิและอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. 2548

5) กรณีฟ้องว่า มาตรา 10 (2) และมาตรา 11 (2) แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติกับนักโทษบางราย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 44/2551)

นักโทษซึ่งต้องโทษในความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติดให้โทษตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 โดยได้รับโทษจำคุก 25 ปีหรือซึ่งต้องโทษความผิดฐานชิงทรัพย์ตามมาตรา 339 วรรคสาม มาตรา 83 มาตรา 93 และมาตรา 78 แห่งประมวลกฎหมายอาญาโดยได้รับโทษจำคุก 14 ปีหรือซึ่งต้องโทษในความผิดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท พ.ศ. 2518 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ซึ่งจำคุกมาแล้ว 10 ปีโดยเป็นนักโทษเด็ดขาด

ขึ้นเยี่ยม ฟ้องว่าพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีผลทำให้ไม่ได้รับการลดโทษหรือได้รับการลดโทษโดยไม่เท่าเทียมกับผู้ต้องโทษในความผิดฐานอื่น อันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอน มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 แห่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว อันเป็นบทบัญญัติส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่นักโทษซึ่งเป็นผู้ต้องโทษจำคุกไม่ถึงตลอดชีวิตในความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติดให้โทษตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 โดยได้รับพระราชทานอภัยโทษตามลำดับชั้นนักโทษเด็ดขาดชั้นเยี่ยม 1 ใน 6 จึงต้องด้วยลักษณะบทบัญญัติตามมาตรา 10 (2) แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 ซึ่งความผิดฐานผลิต จำหน่าย นำเข้า ส่งออก หรือจำหน่ายยาเสพติดให้โทษ สำหรับผู้ต้องโทษจำคุกไม่ถึงตลอดชีวิตให้ลดโทษจากกำหนดโทษตามลำดับชั้นนักโทษเด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์หรือกฎหมายว่าด้วยเรือนจำ และการที่ศาลอาญากรุงเทพใต้พิพากษาให้เพิ่มโทษนักโทษฐานกระทำความผิดตามมาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายอาญาทำให้นักโทษดังกล่าวไม่อยู่ในข่ายที่จะได้รับพระราชทานอภัยโทษ ต้องด้วยลักษณะบทบัญญัติตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 อันเป็นบทบัญญัติที่ต้องห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดซ้ำไม่มีความขัดหลาบได้รับพระราชทานอภัยโทษ กรณีจึงมิใช่การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมบทบัญญัติแห่งมาตรา 10 (2) และมาตรา 11 (2) แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อีกทั้งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 เป็นการพระราชทานอภัยโทษเป็นการทั่วไปอันอยู่ในขอบเขตแห่งพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามที่คณะรัฐมนตรีเห็นสมควรถวายคำแนะนำขอให้พระราชทานอภัยโทษแก่นักโทษเด็ดขาดทุกคนที่เข้าเกณฑ์กำหนดที่จะอยู่ในข่ายพระมหากษัตริย์ก็ได้รับพระราชทานอภัยโทษ โดยลดหลั่นมากและน้อยตามประเภทของนักโทษหรือตามลำดับชั้น นักโทษแล้วแต่กรณีอย่างทั่วกัน และไม่ปรากฏว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวตราขึ้นโดยขัดกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งใช้บังคับในขณะนั้น บทบัญญัติมาตรา 10 (2) และมาตรา 11 (2) แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 จึงเป็นบทบัญญัติที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

6) การออกคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ลงทัณฑ์กักขังผู้ฟ้องคดีไม่มีลักษณะเป็นโทษซ้ำซ้อน และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.61/2551)

ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการตำรวจ ปฏิบัติหน้าที่ ในศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง โดยขณะปฏิบัติหน้าที่ ได้ทำตราประทับตรวจหนังสือเดินทางขาเข้า รหัส A820 ที่ครอบครองอยู่สูญหาย แต่ต่อมามีผู้นำมาคืน ผู้บังคับบัญชาจึงได้มีบันทึกว่ากล่าวตักเตือนแต่ต่อมาผู้บังคับบัญชาได้ตรวจพบว่ารอยตราประทับที่ผู้ฟ้องคดีครอบครองได้ถูกนำไปประทับให้แก่ผู้โดยสารซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่เดินทางออกนอกราชอาณาจักร มีความแตกต่างกับรอยตราของจริงซึ่งเก็บรักษาไว้ จึงเป็นกรณีน่าเชื่อว่ารอยตราประทับที่ผู้ฟ้องคดีใช้ประทับให้แก่คนต่างชาติที่เข้ามาในราชอาณาจักรดังกล่าวมิใช่เกิดจากตราประทับที่

แท้จริง ผู้กำกับฝ่าย 1 กองตรวจคนเข้าเมือง 2 สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (ผู้ถูกฟ้องคดี) จึงได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนผู้ฟ้องคดีผลการสอบสวนพบว่ามิมูล ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้มีคำสั่งที่ 45/2545 ลงวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๔๕ 5 วันในความผิดฐานประมาทเลินเล่อหรือจงใจทำให้ทรัพย์สินของรัฐเสียหาย ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการลงโทษดังกล่าวเป็นการเข้าซ้อนกับโทษที่ผู้ฟ้องคดีเคยถูกลงโทษมาก่อนแล้วผู้ฟ้องคดีจึงได้ร้องทุกข์ต่อผู้ถูกฟ้องคดีต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้พิจารณาคำร้องทุกข์ดังกล่าวแล้วและได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่าคำสั่งดังกล่าวเป็น คำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งลงโทษดังกล่าวจากผู้ฟ้องคดี 5 วัน

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้บังคับบัญชาได้มีบันทึกว่ากล่าวตักเตือนผู้ฟ้องคดีเกิดจากการที่ผู้ฟ้องคดีทำตราประทับของทางราชการสูญหาย ส่วนกรณีการลงโทษกักขังผู้ฟ้องคดีมีกำหนด 5 วัน เป็นผลสืบเนื่องมาจากกรณีที่ผู้ฟ้องคดีถูกกล่าวหาว่าใช้ตราประทับที่ไม่ใช่เป็นของทางราชการได้จัดทำขึ้นตรวจอนุญาตให้แก่ผู้โดยสารต่างชาติและคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยได้สอบสวนแล้วเห็นว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นความประมาทเลินเล่อทำให้ทรัพย์สินของทางราชการเสียหายและอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อทางราชการ อันเป็นความผิดตามมาตรา 5 (10) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยตำรวจพุทธศักราช ๒๔๗๗ จึงเป็นคนละกรณีกับการที่ ผู้ฟ้องคดีได้ทำตราประทับสูญหาย และผู้บังคับบัญชาได้ลงโทษว่ากล่าวตักเตือนไปแล้ว ดังนั้น เมื่อพิเคราะห์แล้วว่าการลงโทษผู้ฟ้องคดีทั้งสองกรณีเกิดจากมูลเหตุต่างกัน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งที่ 45/2545 ลงโทษกักขังจึงเป็นคำสั่งไม่ซ้ำซ้อนกับคำสั่งกล่าวตักเตือน ประกอบกับกรณีดังกล่าวเป็นไปตามระดับขั้นมาตรฐาน ซึ่งผู้บังคับบัญชาได้กำหนดไว้เช่นเดียวกับการทำอาวุธปืนหายในทุกกรณีโดยยกเว้นให้เฉพาะในกรณีที่ มีเหตุสุดวิสัย เนื่องจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกกำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการเก็บรักษาตราประทับที่ อยู่ในความครอบครองเช่นเดียวกับที่ครอบครองอาวุธปืน เพราะการทำตราประทับหายไปและมีผู้อื่นเก็บได้จะเป็นช่องทางให้มีการนำตราประทับดังกล่าวไปใช้ในการกระทำความผิดได้เช่นเดียวกับการทำอาวุธปืนหาย และผู้ถูกฟ้องคดีก็นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวลงโทษข้าราชการรายอื่นที่มีความบกพร่องในลักษณะเดียวกันนี้มาแล้ว กรณีจึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม คำสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

7) การคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งบุคลากร 8 ใช้หลักเกณฑ์ที่ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.134/2548)

อธิบดีกรมโยธาธิการและผังเมือง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้ดำเนินการสรรหาข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งบุคลากร 8 (ผู้อำนวยการกองการเจ้าหน้าที่ กรมโยธาธิการ โดยในการดำเนินการดังกล่าวใช้วิธีการสรรหาโดยการย้าย ข้าราชการระดับ 8 มาดำรงตำแหน่ง และโดยการเลื่อนข้าราชการระดับ 7 ขึ้นมาดำรงตำแหน่ง ซึ่งในการดำเนินการดังกล่าวคณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมในการเลื่อนข้าราชการพิจารณาข้าราชการระดับ 8 และระดับ 7 ที่อยู่ในเกณฑ์ได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งบุคลากร 8 ทั้งหมดแล้ว ผลปรากฏว่าในกลุ่มข้าราชการระดับ 8 ผู้ฟ้องคดีมีคะแนนประเมินมากที่สุด ส่วนในกลุ่ม

ข้าราชการระดับ 7 นาง ว. ได้คะแนนประเมินมากที่สุด คณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมในการเลื่อนข้าราชการได้พิจารณาความเหมาะสมกับตำแหน่งแล้วจึงมีมติคัดเลือกนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งบุคลากรระดับ 8 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1. เห็นชอบด้วย จึงมีคำสั่งกรมโยธาธิการ ที่ 1695/2544 ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2544 เลื่อนนาง ว. ขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีเนื่องจากในการพิจารณาแต่งตั้งครั้งนี้มีการประเมินแยกกลุ่มกัน และได้มีการประเมินเปรียบเทียบข้อมูลในหลายส่วนระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ได้รับการแต่งตั้งและเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งกรมโยธาธิการ ที่ 1695/2544 ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2544 ดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การประเมินผลการปฏิบัติราชการทั้ง 2 กลุ่ม คณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมในการเลื่อนข้าราชการได้ทำการประเมินบุคลากรและผลงานตามหลักเกณฑ์ตามหนังสือสำนักงาน ก. พ. ที่ นร 0708.1/ว 22 ลงวันที่ 30 กันยายน 2540 ประกอบกับหลักเกณฑ์ตามบันทึกสำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0203.1/ว 3280 ลงวันที่ 19 พฤศจิกายน 2541 โดยในการประเมินแม้มีการจัดแบ่งข้าราชการออกเป็น 2 กลุ่มก็ตาม แต่ก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันและพิจารณาครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ทุกด้าน ซึ่งการเปรียบเทียบวัดค่าคะแนนแยกกลุ่มกันระหว่างข้าราชการระดับ 8 กับระดับ 7 ย่อมเป็นธรรมกับข้าราชการในแต่ละกลุ่มแล้ว ดังนั้น จึงเห็นว่าการประเมินผลการปฏิบัติงานในการพิจารณาแต่งตั้งครั้งนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด

8) การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติให้ผู้ยื่นคำขอเลื่อนตำแหน่งรายอื่นซึ่งดำรงตำแหน่งในลักษณะเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นคำขอได้โดยมิได้ให้บุคคลเหล่านั้นจัดทำวิสัยทัศน์ประกอบการพิจารณาเช่นเดียวกับผู้ฟ้องคดีเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.41/2552)

ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งรองปลัดเทศบาล (นักบริหารงานเทศบาล 6) รักษาการในตำแหน่งปลัดเทศบาลตำบล พ. ฟ้องว่าได้ขอเลื่อนตำแหน่งเป็นปลัดเทศบาลแต่คณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดจันทบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้มีมติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการประชุมครั้งที่ 4/2546 เมื่อวันที่ 28 เมษายน 2546 ให้ผู้ฟ้องคดีต้องจัดทำวิสัยทัศน์เพื่อประกอบการพิจารณาให้ความเห็นชอบในการเข้าสู่ตำแหน่งปลัดเทศบาล (นักบริหารงานเทศบาล 6) ขอให้เพิกถอนมติดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลื่อนระดับและแต่งตั้งนักบริหารงานเทศบาลสายงานนักบริหารระดับ 5 และตำแหน่งนักบริหารการศึกษาระดับ 6 ให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้นลงวันที่ 23 ธันวาคม 2545 มีสถานะเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯซึ่งผู้ฟ้องคดีจะต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่ตนได้กำหนดขึ้นอยู่ตลอดไปตราบที่ยังไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์นั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำวิสัยทัศน์เพื่อประกอบการพิจารณาให้ความเห็นชอบอันเป็นการตรวจสอบเกณฑ์ด้านความสามารถของผู้ฟ้องคดีอีกครั้งหนึ่งทั้งที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งนักบริหารงานเทศบาล 6 อันเป็นตำแหน่งและระดับเดียวกันกับตำแหน่งปลัดเทศบาลและตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่งดังกล่าวที่คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลกำหนดก็ได้ กำหนดให้ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งนักบริหารงานเทศบาล 6 มีหน้าที่และความรับผิดชอบปฏิบัติงาน

ในฐานะรองปลัดเทศบาลหรือปลัดเทศบาลก็ได้ จึงเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นและเป็นการดำเนินการนอกเหนือจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามประกาศกำหนดการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีจึงขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนอกจากนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติเห็นชอบให้ผู้ยื่นคำขอรายอื่นซึ่งดำรงตำแหน่งในลักษณะเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีที่ยื่นคำขอในลำดับก่อนและหลังผู้ฟ้องคดีโดยมิได้ให้บุคคลดังกล่าวจัดทำวิสัยทัศน์ประกอบการพิจารณาแต่อย่างใดกรณีจึงเห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันให้แตกต่างกันในสาระสำคัญอันเป็นการเลือกปฏิบัติอีกทั้งข้อเท็จจริงยังปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติงานในฐานะปลัดเทศบาลตั้งแต่ดำรงตำแหน่งนักบริหารงานเทศบาล 5 มาโดยตลอดจนกระทั่งปัจจุบันและผู้ดำรงตำแหน่งปลัดเทศบาลและรองปลัดเทศบาลที่ดำรงตำแหน่งในสายงานนักบริหารเทศบาลในระดับ 6 เช่นเดียวกันสามารถโอนเปลี่ยนกันได้จึงเห็นได้ว่าทั้งสองตำแหน่งต้องการผู้มีความรู้ความสามารถไม่แตกต่างกันดังนั้นการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมขัดต่อหลักความเสมอภาคมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำวิสัยทัศน์ประกอบการพิจารณา ก่อนเข้าสู่ตำแหน่งปลัดเทศบาลจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและการไม่พิจารณาให้ความเห็นชอบตามคำขอของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 23 วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าหลังจากที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้องแล้วผู้ฟ้องคดีได้จัดทำวิสัยทัศน์และได้รับความเห็นชอบให้ไปดำรงตำแหน่งปลัดเทศบาลตำบล พ. แล้วก็ตาม กรณีก็ยังไม่อาจถือได้ว่าความเดือดร้อนเสียหายของผู้ฟ้องคดีได้หมดสิ้นไปเนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่มีมติให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำวิสัยทัศน์แต่อย่างใด

9) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนข้อบังคับมหาวิทยาลัย ม. ว่าด้วยการศึกษาระดับบัณฑิตศึกษา พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2543 ข้อ 34.5.2 เรื่องภาษาที่ใช้ในการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.9/2546)

มหาวิทยาลัย ม. (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ออกระเบียบบัณฑิตวิทยาลัยมหาวิทยาลัยฯ ว่าด้วยการทำวิทยานิพนธ์และการสอบวิทยานิพนธ์ พ.ศ. 2530 โดยข้อ 9 ของระเบียบดังกล่าวได้กำหนดให้เขียนวิทยานิพนธ์เป็นภาษาอังกฤษ ยกเว้นกรณีที่ใช้ภาษาอังกฤษแล้วจะทำให้การบรรยายสื่อความหมายได้ไม่ชัดเจนก็ให้ใช้ภาษาไทยได้โดยให้อยู่ในดุลพินิจของคณบดีบัณฑิตวิทยาลัยที่จะพิจารณาอนุมัติเป็นกรณีไป

ต่อมาเมื่อผู้ฟ้องคดีได้เข้าศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษาหลักสูตรปริญญาโทของผู้ถูกฟ้องคดีในปีการศึกษา 2542 ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกข้อบังคับมหาวิทยาลัย ม. ว่าด้วยการศึกษาระดับบัณฑิตศึกษา พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2543 โดยให้ยกเลิกระเบียบบัณฑิตวิทยาลัยมหาวิทยาลัยฯ แต่ตามข้อบังคับดังกล่าวข้อ 34.5.2 กำหนดในส่วนที่เกี่ยวกับภาษาที่ใช้ในการเขียนวิทยานิพนธ์โดยมีเนื้อหาในลักษณะเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการออกข้อบังคับดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีเนื้อหา กำหนดให้นักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาต้องเขียนวิทยานิพนธ์เป็นภาษาอังกฤษอันเป็นการสร้างขั้นตอนในการสำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรระดับบัณฑิตศึกษาโดยไม่จำเป็นและเป็นการสร้างภาระให้ผู้ฟ้องคดีและ

นักศึกษาเกินสมควรจึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนข้อบังคับมหาวิทยาลัยฯ ว่าด้วยการศึกษาระดับบัณฑิตศึกษา พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2543 ข้อ 34.5.2 เรื่องภาษาที่ใช้ในการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญนั้นเกิดจากเหตุที่มีความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิดเชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองเมื่อข้อบังคับของผู้ถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเป็นกฎที่ใช้กับนักศึกษาทุกคนที่สมัครเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาของผู้ถูกฟ้องคดีตามหลักการและเงื่อนไขต่างๆ เสมอเหมือนกันทุกคนไม่มีข้อกำหนดใดที่จะทำให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยเกิดจากความแตกต่างตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด ส่วนข้อกำหนดในข้อบังคับพิพาทที่กำหนดให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์หรือสารนิพนธ์โดยมีข้อยกเว้นในกรณีที่วิทยานิพนธ์หรือสารนิพนธ์อาจจำเป็นต้องใช้ภาษาไทยในการเขียนซึ่งคณบดีบัณฑิตวิทยาลัยอาจพิจารณาอนุมัติได้เป็นกรณีไปนั้นเป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจของคณบดีฯ หากการใช้ดุลพินิจของคณบดีฯ ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมก็เป็นเรื่องของคำสั่งที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของคณบดีฯ มิใช่เพราะข้อบังคับให้อำนาจใช้ดุลพินิจซึ่งเป็นเรื่องของกฎแต่อย่างใด

10) การที่คณะกรรมการอัยการไม่รับสมัครสอบบุคคลที่มีรูปกายพิการเพื่อสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547)

ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาวางหลักในเรื่องความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ในกรณีที่มีการนำเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกายมากล่าวอ้างเพื่อปฏิบัติต่อบุคคลให้แตกต่างกันโดยไม่มีเหตุที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

ประธานกรรมการอัยการโดยอาศัยมติของคณะกรรมการอัยการ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ออกประกาศ ก.อ. เรื่องกำหนดการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย พ.ศ. 2544 ซึ่งในการรับสมัครสอบคัดเลือกครั้งนี้มีผู้มาสมัครสอบคัดเลือกทั้งสิ้นจำนวน 1,404 คน ในการนี้ผู้ฟ้องคดีซึ่งมีรูปกายพิการซึ่งประกอบวิชาชีพทนายความมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539 ได้ยื่นใบสมัครสอบด้วยโดยบุคคลอ้างอิงของผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือถึงคณะกรรมการแพทย์ให้ข้อมูลประกอบในการพิจารณาการตรวจร่างกายและจิตใจและรับรองการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีรับรองว่าแม้ผู้ฟ้องคดีจะมีรูปกายพิการแต่ผู้ฟ้องคดีมีสุขภาพแข็งแรงสามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของทนายความได้ดีไม่มีอุปสรรคใดๆ ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกฯ ได้รับรายงานผลการตรวจร่างกายของคณะกรรมการแพทย์ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีรูปกายพิการเดินขาจะเพลกก้ามเนื้อแขนลีบจนถึงปลายมือทั้งสองข้างก้ามเนื้อขาลีบจนถึงปลายเท้าทั้งสองข้างกระดูกสันหลังคดได้รับการผ่าตัดตามหลักที่กระดูกสันหลังไว้เพื่อให้ไหล่ทั้งสองข้างเท่ากันจึง

มีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีเนื่องจากเป็นผู้มีบุคลิกภาพและร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ ขาดคุณสมบัติตามมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีเห็นชอบด้วยกับคณะกรรมการฯ จึงได้ประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสอบโดยไม่มีรายชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิสอบ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกาย จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนมติดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้อำนาจดุลพินิจตามมาตรา 33 (11) และ (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาประกอบการวินิจฉัยว่าผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยรายใดมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการต้องมีเหตุที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังด้วยว่าผู้สมัครสอบคัดเลือกรายนั้นมีกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมอย่างไรอันทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้ซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงและหนังสือของผู้ที่รับรองสุขภาพและความสามารถในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีที่มีถึงคณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย พ.ศ. 2544 ฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีแม้จะมีรูปกายพิการแต่ความพิการดังกล่าวไม่ถึงขนาดที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การงานโดยปกติได้โดยที่งานที่ผู้ฟ้องคดีเคยทำในขณะเป็นทนายความมาแล้วนั้นมีลักษณะทำนองเดียวกับงานของข้าราชการอัยการจึงน่าจะเชื่อว่าแม้สภาพทางกายของผู้ฟ้องคดีจะพิการแต่ความแตกต่างดังกล่าวไม่ถึงขั้นจะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของอัยการดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีโดยมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่าการที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

11) การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมเป็นวุฒิที่กำหนดให้ใช้วิธีการคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันได้เป็นการให้สิทธิเหนือกว่าหรือดีกว่าผู้ที่ได้รับปริญญาตรีในสาขาเดียวกันแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยมเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.158/2550)

มติของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุบุคคลเข้ารับราชการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 สามารถคัดเลือกเพื่อบรรจุบุคคลซึ่งสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาวิชาจากสถาบันการศึกษาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 รับรองทั้งในประเทศและต่างประเทศเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ได้รับคัดเลือก ตามข้อ 1.2 ของหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร

0708.4/ว11 ลงวันที่ 3 ตุลาคม 2545 เป็นมติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีลักษณะเป็นกฎและโดยที่ระบบการศึกษาของสถาบันการศึกษาของรัฐหรือเอกชนในประเทศไทยไม่ได้มีการจัดแยกหลักสูตรระหว่างหลักสูตรปริญญาตรีเกียรตินิยมกับหลักสูตรปริญญาตรีธรรมดา กล่าวคือผู้ที่สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมหรือสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยมจะต้องผ่านการศึกษาในวิชาการต่างๆ ที่สถาบันการศึกษากำหนด และผ่านการทดสอบและรับรองว่าได้สำเร็จการศึกษาแล้วเรียนมาครบถ้วนตามหลักสูตรที่กำหนดไว้ และจะต้องได้รับคะแนนไม่ต่ำกว่ามาตรฐานที่สถาบันการศึกษานั้นๆ กำหนดเหมือนกัน เพียงแต่ผู้ที่มีคะแนนสูงในระดับหนึ่งและผ่านเงื่อนไขที่สถาบันการศึกษาแต่ละแห่งกำหนด เช่นไม่เคยสอบตกในวิชาใดวิชาหนึ่งเป็นต้นก็จะได้รับการยกย่องด้วยการให้เกียรตินิยมแต่ยังคงถือว่าบุคคลดังกล่าวมีความรู้หรือมีวุฒิในสาขาวิชาการที่สำเร็จมาเช่นเดียวกับบุคคลที่ไม่ได้รับเกียรตินิยมจึงถือว่าผู้ที่สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรีสาขาใดก็ย่อมมีศักดิ์ และสิทธิเสมอกันไม่ว่าจะได้รับปริญญาเกียรตินิยมหรือไม่ได้รับเกียรตินิยมก็ตามทั้งบุคคลที่ไม่ได้รับเกียรตินิยมก็สามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการได้เช่นเดียวกับผู้ได้รับเกียรตินิยม

ตำแหน่งนิติกร ซึ่งเป็นตำแหน่งที่กรมบัญชีกลางเปิดรับสมัครคัดเลือกและเป็นมูลเหตุในการยื่นฟ้องคดีในครั้งนี้ เป็นตำแหน่งหนึ่งที่ไม่มีความจำเป็นจะต้องคัดเลือกจากผู้ได้รับเกียรตินิยมทางด้านกฎหมายเพราะผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีทางด้านกฎหมายแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยมสามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนิติกรได้หากได้รับการคัดเลือกดังนั้นการกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมโดยถือว่าเป็นวุฒิที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดให้ใช้วิธีการคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันจึงเป็นการให้สิทธิเหนือกว่าหรือดีกว่าผู้ที่ได้รับปริญญาตรีในสาขาเดียวกันแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยมทั้งๆ ที่ได้รับวุฒิอย่างเดียวกันซึ่งมีศักดิ์และสิทธิที่สถาบันการศึกษารับรองเช่นเดียวกันมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกันย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามข้อ 1.2 ของหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว11 ลงวันที่ 3 ตุลาคม 2545 จึงเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไรก็ตาม หากศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยให้มีผลย้อนหลังก็จะกระทบต่อบุคคลผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเข้ารับราชการตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตลอดจนกระทบต่อการบริหารงานบุคคลของภาครัฐบาลปกครองสูงสุดเห็นควรเพิกถอนมติของ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นับตั้งแต่วันที่ที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดเป็นต้นไปแต่เนื่องจากมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้กำหนดให้ส่วนราชการถือปฏิบัติในระหว่างปีงบประมาณ พ.ศ. 2546 ถึง พ.ศ. 2547 ซึ่งขณะนี้ไม่มีผลบังคับใช้แล้วศาลปกครองสูงสุดจึงไม่จำเป็นต้องกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าว

12) การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาเป็นเหตุพิเศษที่จะได้รับสิทธิคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 379/2550)

ประกาศรับสมัครของเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) จะเป็นกฎที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการสรรหาบุคคลเข้ารับราชการโดยวิธีใดถือเป็นดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเลือกใช้เพราะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้แต่การเลือกใช้วิธีการใดนั้นจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการเป็นหลักซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ให้การต่อศาลปกครองชั้นต้นไว้ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง 3 ในครั้งนี้ว่าจะต้องได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทางกฎหมายรัฐศาสตร์รัฐประศาสนศาสตรบัณฑิตจากสถาบันการศึกษาที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) รับรองนั้นเนื่องจากจะมีการจัดตั้งศาลปกครองในภูมิภาคจำนวน 16 แห่งทำให้มีความจำเป็นต้องใช้บุคลากรโดยเฉพาะตำแหน่งพนักงานคดีปกครองซึ่งมีหน้าที่ช่วยเหลือตุลาการศาลปกครองในการดำเนินคดีปกครองเป็นจำนวนมากจึงจำเป็นต้องสรรหาโดยเร็วอีกทั้งในอดีตได้ดำเนินการสรรหาโดยวิธีการสอบแข่งขันและวิธีการคัดเลือกมาแล้วและได้เคยประเมินว่าการกระทำโดยวิธีคัดเลือกใช้งบประมาณน้อยกว่าและใช้ระยะเวลาดำเนินการน้อยกว่าและเมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ได้มีความจงใจที่จะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดหากแต่ได้ยึดประโยชน์ของทางราชการเป็นที่ตั้งประกอบกับมีระเบียบกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นให้อำนาจแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่จะกระทำได้ ดังนั้นประกาศรับสมัครคัดเลือกของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาให้เพิกถอนประกาศรับสมัครของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในส่วนที่เกี่ยวกับคุณสมบัติเฉพาะ สำหรับตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง 3 ที่กำหนดว่าต้องได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมนั้นศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วยสำหรับประเด็นที่ว่ามติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่กำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมจากสถาบันการศึกษาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 รับรองทั้งในประเทศและต่างประเทศถือว่าเป็นเหตุพิเศษตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ซึ่งส่วนราชการสามารถใช้วิธีคัดเลือกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเข้ารับราชการได้ปรากฏตามหนังสือสำนักงาน ก.พ.ที่ นร. 0708.4/ว9 ลงวันที่ 25 ตุลาคม 2543 ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เห็นวามติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดังกล่าวออกมาเพื่อเป็นข้อยกเว้นให้ส่วนราชการสามารถใช้วิธีการคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการแทนการสอบแข่งขันแต่ในบางสถานการณ์การคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการเป็นวิธีการที่เหมาะสมเนื่องจากมีผู้สำเร็จการศึกษาในสาขาวิชาที่ไม่เพียงพอแก่ความต้องการของส่วนราชการหรือกรณีที่ส่วนราชการมีข้อผูกพันกับบุคคลบางคนไว้แล้วเช่นกรณีผู้ได้รับทุนให้ไปศึกษาในต่างประเทศหรือในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนต้องบรรจุและแต่งตั้งบุคคลเข้ารับราชการเป็นต้นแต่สำหรับการกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาถือเป็นเหตุพิเศษที่จะให้ได้รับสิทธิคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันนั้นเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมดังนั้นมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่กำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาซึ่งมีลักษณะเป็นกฎถือเป็นเหตุพิเศษที่จะได้รับการคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันจึงเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

13) การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเทียบคุณสมบัติของผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอินเดียไม่เป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติหรือประเทศอันเป็นที่ตั้งของสถานศึกษา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.299/2551)

ผู้ฟ้องคดีสำเร็จการศึกษาได้รับปริญญา Master of Communication Studies จาก University of Pune ประเทศอินเดียได้รับการบรรจุเข้ารับราชการในตำแหน่งนักประชาสัมพันธ์ 4 ในสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวงการคลังต่อมาคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) พิจารณาเทียบคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีเพื่อกำหนดอัตราเงินเดือนโดยเห็นว่าผู้ฟ้องคดีได้รับปริญญาทางสื่อสารมวลชนซึ่งอาจบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญในตำแหน่งนักประชาสัมพันธ์ 4 ได้ในอัตราเงินเดือนไม่สูงกว่าอันดับ ท.4 ขั้น 7,380 บาทปลัดกระทรวงการคลัง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) จึงมีคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีตามมติดังกล่าวผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนได้รับเงินเดือนน้อยกว่าผู้ที่จบการศึกษาในระดับเดียวกันโดยทั่วไปหนึ่งขั้นเป็นจำนวนเงิน 400 บาทจึงได้อุทธรณ์ต่อสำนักงาน ก.พ. (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ชี้แจงว่าผู้มีความรู้ความสามารถเทียบเท่าจากประเทศอินเดียมีระยะเวลาศึกษาตามที่หลักสูตรกำหนดไว้น้อยกว่าประเทศไทยหนึ่งปีจึงได้รับการพิจารณาอัตราเงินเดือนต่ำกว่าผู้มีความรู้ความสามารถภายในประเทศหนึ่งขั้น (อันดับ ท.4 ขั้น 7,380 บาท) ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาคุณสมบัติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สำหรับผู้สำเร็จการศึกษาจากประเทศอินเดียเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติหรือประเทศอันเป็นที่ตั้งของสถานศึกษาไม่ชอบธรรมในการกำหนดอัตราเงินเดือนตามคุณสมบัติขัดกับหลักความเสมอภาคและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนหลักเกณฑ์ดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดหลักเกณฑ์ในการรับรองคุณสมบัติกำหนดเงินเดือนและระดับให้แก่ผู้มีความรู้ความสามารถต่างประเทศโดยเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ฟ้องคดีสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทในประเทศอินเดียซึ่งใช้เวลาในการศึกษาน้อยกว่าผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทในประเทศไทยหนึ่งปีเมื่อจำนวนปีการศึกษาของประเทศอินเดียน้อยกว่าประเทศไทยย่อมทำให้เนื้อหาของหลักสูตรและการประเมินความรู้แตกต่างกันด้วยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงกำหนดอัตราเงินเดือนของผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทจากประเทศอินเดียไว้ต่ำกว่าผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทจากประเทศไทย 1 ขั้นซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาคุณสมบัติที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดนี้มีได้ใช้เฉพาะแต่ในประเทศอินเดียเท่านั้นแต่ยังใช้กับประเทศอื่นๆที่มีระยะเวลาการศึกษาตามที่หลักสูตรกำหนดน้อยกว่าประเทศไทยด้วยเช่นประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้นและการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณารับรองคุณสมบัติโดยคำนึงถึงสาระสำคัญของหลักสูตรรวมทั้งระบบหรือวิธีการประเมินความรู้ไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2517 ซึ่งเป็นเวลาก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะไปศึกษาต่อจึงอยู่ในวิสัยที่ผู้ฟ้องคดีจะได้ทราบก่อนตัดสินใจไปศึกษาต่อ ณ ประเทศอินเดียประกอบกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในการพิจารณารับรองคุณสมบัติให้แก่ผู้สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศมาโดยตลอดจนถึงปัจจุบันมิได้นำหลักเกณฑ์ข้างต้นมาใช้กับผู้ฟ้องคดีซึ่งจบการศึกษาจากประเทศอินเดียเท่านั้นดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณาคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใดการกำหนดเงินเดือนให้ผู้ฟ้องคดีบรรจุได้ไม่สูงกว่าอันดับ ท.4 ขั้น 7,380 บาท จึงชอบด้วยกฎหมาย

14) การที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์การประเมินแต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเหตุผลอันควรเป็นการเลือกปฏิบัติและใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.399/2551)

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่าแม้องค์การบริหารส่วนตำบล ห. (ผู้ถูกฟ้องคดี) จะกล่าวอ้างว่าเหตุที่ไม่พิจารณาจ้างผู้ฟ้องคดีต่อไปเป็นเพราะตำแหน่งที่ว่างนี้มีแผนที่จะใช้บรรจุ นางสาว ก. เข้าเป็นพนักงานส่วนตำบลตามแผนอัตรากำลัง 3 ปี (พ.ศ. 2546 ถึง พ.ศ. 2548) ก็ตามแต่ไม่อาจรับฟังได้ เพราะกรณีของนางสาว ก. เป็นการบรรจุผู้สอบแข่งขันได้เข้ารับราชการเป็นพนักงานส่วนตำบลในตำแหน่งเจ้าพนักงานการเงินและบัญชี 2 เช่นข้าราชการมิใช่บรรจุเข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งเจ้าหน้าที่การเงินและบัญชีซึ่งเป็นตำแหน่งลูกจ้างชั่วคราวเหมือนกับผู้ฟ้องคดีนอกจากนี้การที่ผู้บังคับบัญชาของผู้ฟ้องคดีได้ทำการประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีก่อนที่สัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีครั้งสุดท้าย (ปีงบประมาณ 2546) จะครบกำหนดในวันที่ 30 กันยายน 2546 ก็ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีความประสงค์ที่จะประเมินเพื่อจะจ้างผู้ฟ้องคดีเข้าปฏิบัติงานต่อในปีงบประมาณ 2547 ซึ่งก็สอดคล้องกับแผนอัตรากำลัง 3 ปีที่ได้กำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่การเงินและบัญชีและอัตรากำลังสำหรับตำแหน่งที่จ้างไว้เป็นการล่วงหน้าแล้วประกอบกับผลการสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงตามคำสั่งอำเภอท่าบ่อที่ 335/2546 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2546 นำเชื่อถือได้ว่าเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่จ้างผู้ฟ้องคดีเข้าปฏิบัติงานต่อเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบพี่ชายและบิดาของผู้ฟ้องคดีที่ชอบมาวุ่นวายในองค์การบริหารส่วนตำบลและมีปัญหาขัดแย้งกับผู้บริหารเป็นการส่วนตัวมากกว่าจะเป็นเพราะว่าผู้ฟ้องคดีนำความลับของทางราชการไปเปิดเผยให้แก่บิดาและพี่ชายของผู้ฟ้องคดีตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้างการที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมินแต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเหตุผลอันควรจึงเป็นการเลือกปฏิบัติและใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีไม่จ้างผู้ฟ้องคดีปฏิบัติงานต่อในปีงบประมาณ 2547 ให้แก่ผู้ฟ้องคดี

15) กรณีฟ้องขอให้ยกเลิกประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารโรงพยาบาล (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.5-อ.6/2546)

ผู้ฟ้องคดียื่นขอประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารบริการ 12 ชั้นโรงพยาบาล ส. ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2543 ตามที่ผู้ว่าราชการจังหวัด ส. (ผู้ถูกฟ้องคดี) ออกประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารดังกล่าวซึ่งในการประกวดราคาครั้งแรกผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดแต่ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศลงวันที่ 1 พฤศจิกายน 2543 ให้ยกเลิกการประกวดราคาตามประกาศประกวดราคาดังกล่าวหลังจากนั้นวันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2544 ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศเรื่องประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารบริการ 12 ชั้น (ครั้งที่ 2) โรงพยาบาล ส. โดยในการประกวดราคาครั้งนี้ ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาว่าต้องมีผลงานก่อสร้างประเภทเดียวกันในวงเงินไม่น้อยกว่า 185,000,000 บาท ซึ่ง

แตกต่างจากประกวดราคาครั้งแรกที่กำหนดว่าต้องมีผลงานก่อสร้างประเภทเดียวกันในวงเงินไม่น้อยกว่า 120,000,000 บาท ซึ่งเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่ต้องมีราคาสูงขึ้นและกำหนดคุณสมบัติอื่นไว้ด้วยซึ่งในการประกวดราคาครั้งที่สองมีผู้ยื่นซองเสนอราคารวม 14 รายการผลการเปิดซองเสนอราคาปรากฏว่ามีผู้เสนอราคาที่มีคุณสมบัติเรื่องผลงานก่อสร้างครบถ้วนจำนวน 12 รายโดยผู้ฟ้องคดีเป็นรายที่ขาดคุณสมบัติเรื่องผลงานก่อสร้างซึ่งในการเสนอราคาดังกล่าวผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาอันเป็นราคาสูงสุดในจำนวนผู้เสนอราคาทั้งหมดส่วนบริษัท จ. ซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนและเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเสนอให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ้างบริษัท จ. ทำการก่อสร้างอาคารดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีเห็นชอบด้วยและได้ลงนามในหนังสือแจ้งปลัดกระทรวงสาธารณสุขเพื่อดำเนินการต่อไปผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาในการประกวดราคาครั้งที่สองไม่ชอบด้วยกฎหมายขัดต่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นการกีดกันมิให้ผู้ฟ้องคดีเข้าประกวดราคาและเป็นการสร้างภาระให้เกิดแก่ผู้ฟ้องคดีเกินสมควรการประกวดราคาครั้งที่สองจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ยกเลิกประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคาร 12 ชั้น (ครั้งที่ 2) โรงพยาบาล ส. ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2544 และให้ยกเลิกการเสนอราคาของผู้เสนอราคาตามประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมด

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดตามมติคณะรัฐมนตรีและข้อกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุในเรื่องผลงานการก่อสร้างที่กำหนดได้ไม่เกินร้อยละ 50 ของวงเงินงบประมาณเมื่อวงเงินงบประมาณในการประกวดราคาครั้งที่สองเพิ่มขึ้นเป็น 399,204,000 บาท การที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดคุณสมบัติผู้มีสิทธิเสนอราคาในการประกวดราคาว่าต้องมีผลงานก่อสร้างประเภทเดียวกันในวงเงินเพิ่มขึ้นไม่น้อยกว่า 185,000,000 บาท ซึ่งไม่เกินร้อยละ 50 ของวงเงินงบประมาณการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาต้องมีผลงานสูงขึ้นจึงไม่ขัดต่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ประกอบกับการประกวดราคาครั้งที่สองมีผู้ยื่นซองประกวดราคาถึง 14 รายซึ่งเห็นได้ว่าไม่เป็นการกีดกันหรือสร้างภาระแก่ผู้เข้าเสนอราคาแต่ประการใดกรณีที่ผู้ฟ้องคดีขาดคุณสมบัติเพราะมีผลงานการก่อสร้างไม่ถึง 185,000,000 บาท ย่อมจะไม่ได้รับการพิจารณาในเบื้องต้นให้เป็นผู้มีสิทธิเข้าประกวดราคาครั้งที่สองแม้จะไม่มีเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติเกี่ยวกับผลงานก่อสร้างของผู้เสนอราคาราคาที่ผู้ฟ้องคดีเสนอมาก็มิได้รับการพิจารณาเพราะผู้ฟ้องคดีเสนอราคาสูงสุดในจำนวนผู้เสนอราคาครั้งที่สองทั้งหมดจึงเห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีมิได้เลือกปฏิบัติหรือกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใดการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศประกวดราคาครั้งที่สองจึงชอบด้วยกฎหมาย

16) กรณีฟ้องว่ามติของคณะรัฐมนตรีในการให้สิทธิพิเศษแก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.26/2546)

การให้สิทธิพิเศษแก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ในการให้บริการเลขหมายโทรศัพท์ แก่หน่วยงานของรัฐตามมติของคณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดี) อันมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาร่วมการ

งานและร่วมลงทุนกับ ทศท. ไม่อาจให้บริการแก่หน่วยงานของรัฐได้ถือว่าเป็นการออกกฎอันเป็นการลดสิทธิหรือจำกัดสิทธิตามสัญญาของผู้ฟ้องคดีซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการที่ให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เข้าทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานกับรัฐตามนัยมาตรา 335 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญาของผู้ฟ้องคดีซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามที่มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้กรณีจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีมาจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่มีอยู่ตามสัญญาไม่ใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาตามหลักสัญญาทางปกครองที่รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญานอกจากนั้นเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจกล่าวอ้างภาระทางสังคมของ ทศท. มาเป็นเหตุออกกฎจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีไม่อาจกล่าวอ้างว่าการให้สิทธิพิเศษจะทำให้การจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐมีความคล่องตัวขึ้นเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวได้ ไม่อาจกล่าวอ้างว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้มติที่ให้สิทธิพิเศษฯ ซึ่งมีมาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ก่อนเข้าทำสัญญาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียกับสิทธิตามมติดังกล่าวมาก่อนและไม่อาจกล่าวอ้างว่าการให้สิทธิพิเศษฯ เป็นเพราะ ทศท. ไม่มีหลักเกณฑ์เพื่อเป็นแรงจูงใจในการขอใช้บริการดังเช่นกรณีของผู้ฟ้องคดีเนื่องจาก หากผู้ฟ้องคดีปฏิบัติไม่ถูกต้องตามสัญญาฯ ทศท. ย่อมสามารถใช้ช่องทางตามข้อตกลงในสัญญาฯ เพื่อแก้ไขให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติให้ถูกต้องได้ดังนั้นมติของผู้ถูกฟ้องคดีในการให้สิทธิพิเศษแก่ ทศท. จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

17) กรณีฟ้องว่าคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงเป็นไปโดยเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.154/2547)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เข้าร่วมการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงกับกรมอนามัย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีเรื่องประกวดราคาซื้อครุภัณฑ์การแพทย์โดยมีเงื่อนไขตามข้อ 3.5 ของประกาศกำหนดว่าถ้าผู้เสนอราคาเสนอพัสดุที่มีแหล่งกำเนิดหรือผลิตในประเทศไทยให้แนบสำเนาใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานของกระทรวงอุตสาหกรรม (ใบ ร.ง. 4) ของผู้ผลิตซึ่งรับรองถูกต้องมาพร้อมใบเสนอราคาด้วยตามที่ข้อ 6 ของกฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 กำหนดไว้ต่อมาอธิบดีกรมอนามัยได้มีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาการยื่นซองเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีเนื่องจากเห็นว่าผู้ฟ้องคดียื่นใบ ร.ง. 4 เฉพาะลำดับที่ 1 ที่ 7 และที่ 9 มิได้ยื่นลำดับที่ 3 ด้วยจึงผิดเงื่อนไขตามเอกสารประกวดราคาแต่ก่อนหน้านั้นผู้ฟ้องคดีเคยเข้าร่วมประกวดราคาซื้อขายเครื่องวัดส่วนสูงกับผู้ถูกฟ้องคดีมาแล้ว 4 ครั้งและทุกครั้งผู้ฟ้องคดีก็ส่งใบ ร.ง. 4 ไม่ครบทุกลำดับทั้ง 4 ครั้งโดยผู้ฟ้องคดีจะส่งเฉพาะลำดับที่เห็นว่าจำเป็นแก่การประกวดราคาในแต่ละครั้งเท่านั้นซึ่งเป็นเอกสารชุดเดียวกันกับที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นในการประกวดราคาที่ผ่านมาครั้งนี้และได้รับคัดเลือกให้เป็นคู่สัญญามาแล้วทุกครั้งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการยกเลิกการประกวดราคาครั้งนี้เป็นไปโดยไม่ชอบและทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวและให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจัดซื้อเครื่องวัดส่วนสูงจำนวน 12,000 เครื่อง จากผู้ฟ้องคดีหรือให้ชดเชยค่าเสียหาย

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าแม่ใบ ร.ง. 4 ที่สมบูรณ์จะต้องประกอบด้วยเอกสารจำนวน 10 ลำดับแต่ในการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงของผู้ถูกฟ้องคดีหลายครั้งที่ผ่านมาผู้ฟ้องคดีรวมทั้งผู้เสนอราคารายอื่นซึ่งเสนอราคาเครื่องวัดส่วนสูงที่ผลิตจากโรงงานของผู้ฟ้องคดีก็มิได้ยื่นใบ ร.ง. 4 ครบทั้ง 10 ลำดับยื่นแต่เพียงใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมลำดับที่ 1 อย่างเดียวก็ได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีรวม 5 ครั้งซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ให้การผ่อนผันมาตลอดจึงแสดงว่าการยื่นใบ ร.ง. 4 ลำดับที่ 1 ลำดับที่ 7 และลำดับที่ 9 ของผู้ฟ้องคดีไม่เป็นการผิดเงื่อนไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเมื่อปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้เคยใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการยื่นใบ ร.ง. 4 ไม่ครบทุกลำดับมิใช่การผิดเงื่อนไขของเอกสารประกวดราคาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแล้วเมื่อไม่ปรากฏว่าการประกวดราคาลำดับนี้กับครั้งที่ผ่านมามีข้อเท็จจริงต่างกันผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ผูกพันกับการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเว้นแต่ผู้ถูกฟ้องคดีจะกำหนดไว้ชัดเจนในการประกวดราคาลำดับนี้ว่าผู้เสนอราคาจะต้องยื่นใบ ร.ง. 4 ครบทั้ง 10 ลำดับกรณีจึงเห็นได้ว่าการยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่นำใบ ร.ง. 4 ลำดับที่ 3 ยื่นประกอบการเสนอราคาไม่มีเหตุผลอันควรและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันรวมทั้งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 การยกเลิกการประกวดราคาจึงเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

18) การที่จะได้รับบริการให้ใช้ไฟฟ้าจากทางราชการอันเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องเป็นผู้ให้บริการรัฐจะกำหนดเงื่อนไขใดๆอันเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.357/2549)

คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติตามมติคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติให้ขยายเขตติดตั้งระบบไฟฟ้าให้เกาะต่างๆซึ่งรวมทั้งเกาะเสม็ดด้วยต่อมาการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคได้ทำการขยายเขตติดตั้งระบบไฟฟ้าให้เกาะเสม็ดผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนซึ่งเป็นผู้มีทั้งทะเบียนบ้านถาวรและทะเบียนบ้านชั่วคราวได้ยื่นคำร้องพร้อมเอกสารหลักฐานประกอบเพื่อขอใช้ไฟฟ้าในเกาะเสม็ดต่อผู้ว่าการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) แต่ไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ไฟฟ้าเพราะผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้กำหนดเงื่อนไขให้ต้องแสดงหลักฐานเพิ่มเติมนอกเหนือจากหลักฐานตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในคำแนะนำการขอและใช้ไฟฟ้าของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อันได้แก่สำเนาสัญญาเช่าที่ดินราชพัสดุเกาะเสม็ด หรือ หนังสือรับรองจากสำนักงานธนารักษ์ว่าเป็นผู้เช่าที่ดินราชพัสดุเกาะเสม็ดและหากผู้ขอใช้ไฟฟ้าอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติก็ต้องได้รับการอนุญาตให้ใช้ไฟฟ้าจากอุทยานแห่งชาติด้วยเพื่อเป็นมาตรการในการแก้ไขปัญหาผู้บุกรุกเกาะเสม็ดเนื่องจากมีผู้ฟ้องคดีบางรายอยู่ในระหว่างมีปัญหาโต้แย้งสิทธิครอบครองอยู่ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นแก่ประชาชนทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่มีไฟฟ้าใช้ในการดำรงชีพและประกอบธุรกิจตามปกติที่ควรจะได้รับเช่นบุคคลอื่นจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดำเนินการพิจารณาอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนได้ใช้ไฟฟ้าตามคำขอ

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าในการให้บริการไฟฟ้าซึ่งเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน ผู้ว่าราชการจังหวัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ธารักษ์พื้นที่ระยองหัวหน้าอุทยานแห่งชาติเขาแหลม – หมู่เกาะเสม็ด ไม่อาจดำเนินการใดๆที่จะขัดขวางการที่ต้องบริการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่รัฐพึงบริการให้ประชาชนทุกรายอย่างเสมอภาคอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในการมีคุณภาพชีวิตที่ดีที่รัฐควรคุ้มครองหากอยู่ในขอบเขตที่รัฐอาจให้บริการได้ดังนั้นเมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติให้ขยายเขตติดตั้งระบบไฟฟ้าให้เกาะต่างๆ รวมทั้งเกาะเสม็ดด้วยโดยการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคได้ทำการติดตั้งอุปกรณ์ป้อนสายไฟฟ้าและเปิดจำหน่ายไฟฟ้าให้กับประชาชนที่อาศัยอยู่บนเกาะเสม็ดที่ยื่นคำขอใช้ไฟฟ้าได้แล้วการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคจึงย่อมสามารถให้บริการไฟฟ้าแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนได้และผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการบริการให้ใช้ไฟฟ้าซึ่งการที่จะได้รับการให้ใช้ไฟฟ้าจากทางราชการอันเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องเป็นผู้ให้บริการโดยจะกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ได้

19) กรณีฟ้องว่าคำสั่งการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคเรื่องอัตราค่าธรรมเนียมการใช้ไฟฟ้าและค่าบริการเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อประชาชนผู้ขอใช้บริการหรือขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.162/2552)

การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เป็นรัฐวิสาหกิจที่สร้างขึ้นโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 โดยมีวัตถุประสงค์ประการสำคัญคือผลิตจัดให้ได้มาจัดส่งและจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าอันเป็นกิจการสาธารณูปโภคในส่วนภูมิภาคซึ่งอยู่นอกเขตท้องที่ที่การไฟฟ้านครหลวงดำเนินการอยู่ในวันที่พระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับและในประเทศใกล้เคียงกรณีจึงถือได้ว่าเป็นกิจการบริการสาธารณะซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะต้องจัดทำให้มีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงักต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอและต้องให้บริการแก่ประชาชนผู้ขอใช้บริการอย่างเสมอภาค

ระเบียบการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคว่าด้วยการใช้ไฟฟ้าและบริการของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2534 และคำสั่งการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคที่ อ.5/2531 เรื่องอัตราค่าธรรมเนียมการใช้ไฟฟ้าและค่าบริการลงวันที่ 1 สิงหาคม 2531 ไม่มีข้อความในข้อใดหรือตอนใดขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ว่าหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่จัดทำกิจการบริการสาธารณะต้องจัดทำบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงักต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกิจการบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อประชาชนผู้ขอใช้บริการหรือขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 ที่บัญญัติว่าการดำเนินกิจการของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคให้คำนึงถึงความปลอดภัยประโยชน์ของรัฐและประชาชนแต่อย่างใด

ข้อความในคำสั่งการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคที่ อ.5/2531 ที่ว่า “เมื่อผู้ใช้ไฟฟ้ามีความจำเป็นต้องเลิกใช้ไฟฟ้าเป็นการชั่วคราวในระยะเวลาใดเวลาหนึ่งผู้ใช้ไฟฟ้ามีสิทธิขอตัดฟากมิเตอร์ไว้เป็นการชั่วคราวและขอให้ติดตั้งมิเตอร์ตามเดิมเมื่อมีความต้องการใช้ไฟฟ้าการไฟฟ้าส่วนภูมิกายินยอมให้ผู้ใช้ไฟฟ้าเลิกใช้ไฟฟ้าเป็นการชั่วคราวได้โดยต้องปฏิบัติตามระเบียบ” ดังนี้ได้หมายความว่าต้องมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าผู้ใช้ไฟฟ้ามีความจำเป็นต้องเลิกใช้ไฟฟ้า เป็นการชั่วคราวเสียก่อนผู้ใช้ไฟฟ้าจึงจะเกิดสิทธิยื่นคำร้อง

ขอตัดฝักมิเตอร์เป็นการชั่วคราวผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยพนักงานของตนจึงไม่จำเป็นต้องสอบสวนผู้ใช้ไฟฟ้าให้ได้ ความเป็นจริงอย่างไรในทางข้อเท็จจริงที่จะต้องดัดใช้ไฟฟ้าเป็นการชั่วคราวแต่อย่างใด

20) การบังคับใช้กฎกระทรวงฉบับที่ 31 (พ.ศ. 2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 ว่าด้วยสินค้าที่ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมจะขอลดหย่อนภาษีได้กำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.12/2546)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้นำเข้าแบตเตอรี่ชนิดกักเก็บซึ่งต้องเสียภาษีสรรพสามิตในอัตราร้อยละ 10 ตามพระราชบัญญัติกำหนดประเภทสินค้าตามพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 ฟ้องว่าในการออกกฎกระทรวงฉบับที่ 30 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 ว่าด้วยสินค้าที่ผู้ประกอบการ อุตสาหกรรม จะขอลดหย่อนภาษีซึ่งได้กำหนดให้ เครื่องใช้ไฟฟ้าประเภทเครื่องปรับอากาศและรถจักรยานยนต์เป็นสินค้าที่ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมจะขอลดหย่อนภาษีได้โดยกรมสรรพสามิตและกระทรวงการคลัง (ผู้ถูกฟ้องคดี) กำหนดให้กฎกระทรวงฉบับนี้ใช้บังคับย้อนหลังตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม พ.ศ. 2540 เป็นต้นไป และเมื่อต่อมารัฐบาลได้ออกกฎกระทรวงฉบับที่ 31 (พ.ศ. 2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 ว่าด้วยสินค้าที่ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมจะขอลดหย่อนภาษีได้กำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา (ตั้งแต่วันที่ 27 ตุลาคม พ.ศ. 2541) กำหนดให้แบตเตอรี่เป็นสินค้าที่ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมจะขอลดหย่อนภาษีได้กรมสรรพสามิตจึงวินิจฉัยว่ากรณีของผู้ฟ้องคดีเป็นกรณีที่ไม่อาจนำเงินที่ชำระภาษีสรรพสามิตซึ่งมีการชำระ ณด่านศุลกากรก่อนวันที่กฎกระทรวงจะมีผลใช้บังคับ ณ วันที่ 27 ตุลาคม พ.ศ. 2541 มาหักลดหย่อนภาษีสรรพสามิตได้เนื่องจากการเก็บภาษีซ้ำซ้อนผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากฎกระทรวงฉบับที่ 31 (พ.ศ. 2541) มีบางส่วนที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการชำระภาษีสรรพสามิตสำหรับสินค้าแบตเตอรี่ของผู้ฟ้องคดีและผู้ประกอบการอื่นเพราะในขณะที่ภาษีสรรพสามิตสำหรับสินค้าแบตเตอรี่ของผู้ฟ้องคดีไม่สามารถลดหย่อนภาษีย้อนหลังตามกฎกระทรวงฉบับที่ 31 (พ.ศ. 2541) แต่สินค้าที่มีส่วนประกอบของแบตเตอรี่ของผู้ประกอบกิจการอื่นตามกฎกระทรวงฉบับที่ 30 (พ.ศ. 2540) กลับสามารถลดหย่อนภาษีย้อนหลังได้จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งแก้ไขหรือเพิกถอนกฎกระทรวงฉบับที่ 31 (พ.ศ. 2541) บางส่วนโดยให้มีผลใช้บังคับในวันเดียวกับกฎกระทรวงฉบับที่ 30 (พ.ศ. 2540) คือมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม พ.ศ. 2540 เป็นต้นไป

ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจดุลพินิจที่จะกำหนดวันใช้บังคับกฎกระทรวงได้ว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะหนึ่งก็ได้เพื่อการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพและเป็นธรรมแม้ว่าการออกกฎกระทรวงฉบับที่ 30 (พ.ศ. 2540) และกฎกระทรวงฉบับที่ 31 (พ.ศ. 2541) จะมีหลักการและเหตุผลในการออกกฎกระทรวงเพื่อแก้ไขปัญหาในการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนเพื่อให้ผู้ประกอบการผลิตสินค้าแบตเตอรี่มีสิทธิลดหย่อนภาษีโดยนำเงินภาษีที่ได้เสียไปแล้วสำหรับวัตถุดิบหรือส่วนประกอบที่ใช้ในการผลิตมาหักออก

จากจำนวนเงินภาษีที่ต้องเสียสำหรับการขายสินค้าดังกล่าวได้ก็ตามแต่การกำหนดวันบังคับใช้กฎกระทรวง ทั้ง 2 ฉบับมีเหตุที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายแตกต่างกันคือการที่กฎกระทรวงฉบับที่ 30 (พ.ศ. 2540) ปรากฏในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2540 มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปถึงวันที่ 23 พฤษภาคม 2540 ซึ่งถือว่าช่วงระยะเวลาดังกล่าวเป็นช่วงระยะเวลาที่อยู่ในขั้นตอนการนำเข้าวัตถุดิบหรือส่วนประกอบที่ใช้ในการผลิตสินค้า ส่วนการออกกฎกระทรวงฉบับที่ 31 (พ.ศ. 2541) โดยให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 27 ตุลาคม 2541 อันเป็นระยะเวลาตั้งแต่วันที่ผู้ประกอบการนำเข้าวัตถุดิบหรือส่วนประกอบที่ใช้ในการผลิตสินค้าแบบเตอรีเป็นช่วงระยะเวลาที่มากพอที่จะทำให้ผู้มีอาชีพประกอบการอุตสาหกรรมผลิตแบบเตอรีดำเนินการผลิตแบบเตอรีและจำหน่ายไปยังผู้บริโภคแล้วเมื่อผู้ประกอบการอุตสาหกรรมผลิตแบบเตอรีได้จำหน่ายสินค้าไปแล้วภาระภาษีย่อมถูกผลักภาระไปยังผู้บริโภคแล้วหากกำหนดให้กฎกระทรวงฉบับนี้มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปเป็นตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม 2540 ย่อมจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคที่รับภาระภาษีแทนผู้ประกอบการและกลับทำให้ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมผลิตสินค้าแบบเตอรีได้ประโยชน์จากการนำเงินภาษีที่ได้เสียไปแล้วสำหรับวัตถุดิบหรือส่วนประกอบที่ใช้ในการผลิตสินค้าแบบเตอรีมาหักออกจากจำนวนเงินภาษีที่ต้องเสียสำหรับสินค้าดังกล่าวโดยรัฐต้องรับภาระนำเงินซึ่งได้มาจากภาษีของประชาชนมาจ่ายคืนให้ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพและเกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคและเกิดความเสียหายแก่รัฐการที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งมีอาชีพในการประกอบการอุตสาหกรรมผลิตสินค้าแบบเตอรีรายหนึ่งอ้างว่าไม่ได้ผลักภาระไปยังผู้บริโภคจึงไม่อาจรับฟังเพื่อเป็นเหตุให้กำหนดวันบังคับใช้กฎกระทรวงฉบับที่ 31 (พ.ศ. 2541) ย้อนหลังไปในวันที่ 23 พฤษภาคม 2540 ได้ตั้งนั้นการที่กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 ตุลาคม 2541 จึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ

21) กรณีฟ้องว่าประกาศกระทรวงการคลังเรื่องกำหนดสถานบริการฯ ที่ให้จัดเก็บภาษีสรรพสามิตของสนามกอล์ฟมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 18/2547)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประกอบการกิจการสนามกอล์ฟได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้ออกประกาศกระทรวงการคลังเรื่องกำหนดสถานบริการประเภทที่ 09.90 ในตอนที่ 9 สถานบริการตามพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตลงวันที่ 14 ตุลาคม 2540 เนื่องจากประกาศกระทรวงดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบการกิจการสนามกอล์ฟรวมทั้งผู้ฟ้องคดีต้องประสบปัญหาทางด้านเศรษฐกิจต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่าผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟส่วนใหญ่เป็นผู้มีฐานะทางการเงินดีควรเสียภาษีให้รัฐจึงไม่ควรยกเลิกการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสนามกอล์ฟผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่พิจารณายกเลิกการเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตของสนามกอล์ฟโดยให้เหตุผลว่าผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเป็นผู้มีฐานะทางการเงินดีเท่ากับเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้สนามกอล์ฟเพราะเหตุฐานะทางเศรษฐกิจจึงเป็นการขัดต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่ามาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้บุคคล ย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะทางบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ซึ่งเป็นการวางหลักการให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานความเสมอภาคเท่าเทียมกันทั้งนี้โดยไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่แตกต่างต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันหรือไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญซึ่งประกาศกระทรวงการคลังเรื่องกำหนดสถาน บริการประเภทที่ 09.90 ในตอนที่ 9 สถานบริการตามพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตลงวันที่ 14 ตุลาคม 2540 ที่กำหนดให้สนามกอล์ฟทุกแห่งเสมอเหมือนกันมิได้มีการเลือกปฏิบัติกับสนามกอล์ฟรายหนึ่งรายใด โดยเฉพาะและแม้ผู้ประกอบการสนามกอล์ฟจะผลักระภาษีดังกล่าวให้ผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเป็นผู้ รับผิดชอบก็ได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเพราะเหตุฐานะทางเศรษฐกิจ ไม่เพราะไม่ว่าผู้ใดจะใช้บริการสนามกอล์ฟก็ต้องแบกรับภาระภาษีดังกล่าวเหมือนกันนอกจากนั้น ผู้ใช้บริการก็ยังมีทางเลือกอย่างอื่นดังนั้นประกาศดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็น ธรรม

22) กรณีฟ้องว่าประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) มีลักษณะเป็น การเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.148/2549)

ผู้ฟ้องคดีเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจโดยปฏิบัติหน้าที่ไม่น้อยกว่าห้าปีฟ้องว่าการที่อธิบดี กรมสรรพากร (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้ออกประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) ลง วันที่ 29 มีนาคม 2543 แก้ไขเพิ่มเติมประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 59) และได้ กำหนดหลักเกณฑ์ข้อ 1 (1) ใหม่ดังนี้ (1) กรณีเกษียณอายุลูกจ้างผู้นั้นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์ และ (ก) เข้าเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีหรือ (ข) เข้าเป็นสมาชิกกองทุน สำรองเลี้ยงชีพตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพในระหว่างวันที่ 13 กันยายน 2537 ถึงวันที่ 2 ธันวาคม 2538 และได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุก่อนวันที่ 2 ธันวาคม 2543 ซึ่งมีระยะเวลาที่ทำงาน กับนายจ้างนั้นก่อนเกษียณอายุไม่น้อยกว่า 5 ปีซึ่งจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีเงื่อนไขและวิธีการว่าเงินหรือ ประโยชน์ใดๆที่ลูกจ้างได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพลูกจ้างจะได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้จะต้องเป็น สมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ 13 กันยายน 2537 ถึงวันที่ 2 ธันวาคม 2538 และได้ออกจาก งานเพราะเกษียณอายุถ้ามีระยะเวลาที่ทำงานกับนายจ้างนั้นก่อนเกษียณอายุไม่น้อยกว่าห้าปีแม้จะเป็น สมาชิกไม่ครบห้าปีก็ได้รับสิทธิประโยชน์แต่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปี บริบูรณ์และทำงานอยู่กับนายจ้างเกินห้าปีและได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิก กองทุนสำรองเลี้ยงชีพจะครบห้าปีแต่ว่าสมัครเป็นสมาชิก หลังวันที่ 2 ธันวาคม 2538 แม้ว่าจะอยู่ใน หลักเกณฑ์ตามข้อ (ข) ของประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) ซึ่งควรจะได้รับ

ยกเว้นภาษีสำหรับเงินหรือประโยชน์ใดๆที่ได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพเช่นเดียวกับประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 59) ลงวันที่ 2 ธันวาคม 2539 แก้ไขเพิ่มเติมประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 52) โดยกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขและวิธีการว่าเงินหรือประโยชน์ใดๆที่ลูกจ้างได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพลูกจ้างที่จะได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้จะต้องเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ 13 กันยายน 2537 ถึงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2538 ซึ่งเป็นวันที่ประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 52) และได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุแม้จะเป็นสมาชิกไม่ครบห้าปีลูกจ้างที่เป็นสมาชิกในระหว่างวันที่ 13 กันยายน 2537 ถึงวันที่ 2 ธันวาคม 2538 แต่กลับไม่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้สำหรับเงินหรือประโยชน์ใดๆที่ได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) ดังกล่าวผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือขอให้นายกรัฐมนตรีสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แก้ไขประกาศดังกล่าวซึ่งสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดำเนินการพิจารณาแก้ไขแต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่ดำเนินการผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แก้ไขประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) ลงวันที่ 29 มีนาคม 2543 เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพได้สิทธิยกเว้นภาษีเช่นเดียวกับคนอื่น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดใน (ข) ของประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) จะเห็นว่าลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์และทำงานอยู่กับนายจ้างมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีและเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกครบห้าปีจะมีอยู่ด้วยกัน 3 กลุ่ม กลุ่มแรกได้แก่ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพก่อนวันที่ 13 กันยายน 2537 กลุ่มที่สองได้แก่ ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ 13 กันยายน 2537 ถึงวันที่ 2 กันยายน 2538 และกลุ่มที่สามได้แก่ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพหลังวันที่ 2 ธันวาคม 2538 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ประกาศกำหนดเฉพาะกลุ่มลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ 13 กันยายน 2537 ถึงวันที่ 2 ธันวาคม 2538 ให้ได้รับสิทธิในการยกเว้นภาษีเงินได้ที่ลูกจ้างได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพเมื่อออกจากงานเพราะเกษียณอายุทั้งที่ลูกจ้างทั้งสามกลุ่มสมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์โดยได้ทำงานกับนายจ้างมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีและได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพครบห้าปีเหมือนกันดังนั้นประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) ข้อ (ข) ที่กำหนดเฉพาะลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ 13 กันยายน 2537 ถึงวันที่ 2 ธันวาคม 2538 จึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ประกอบกับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ประกาศฯ ดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

23) กรณีฟ้องว่ามีการจับกุมผู้บุกรุกป่าสงวนแห่งชาติโดยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติจับกุมเฉพาะราย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 236/2545)

อธิบดีกรมป่าไม้ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) และรองผู้ว่าราชการจังหวัดกาญจนบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้ทำการจับกุมภรรยาของผู้ฟ้องคดีในข้อหาบุกรุกป่าสงวนแห่งชาติโดยไม่ชอบเป็นการเลือกปฏิบัติไม่จับกุมผู้บุกรุกป่าสงวนแห่งชาติอีกนับร้อยรายโดยจับเฉพาะภรรยาผู้ฟ้องคดี รายเดียวจึงนำคดีมาฟ้องขอให้อธิบดีกรมป่าไม้ดำเนินคดีกับผู้บุกรุกป่าสงวนแห่งชาติรายอื่น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ต้องเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองเท่านั้นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาการจะจับผู้กระทำความผิดฐานบุกรุกป่าสงวนแห่งชาติคนใดขึ้นอยู่กับ การสืบสวนสอบสวนและพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลผู้ที่ได้กระทำความผิดจะต้องรับโทษในความผิดที่ตนได้กระทำโดยไม่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดรายอื่นซึ่งมีพฤติการณ์แห่งการกระทำและพยานหลักฐานต่างกันกรณีมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอีกทั้งการจับกุมสอบสวนและดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามิใช่เป็นการกระทำทางปกครองกรณีจึงไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

24) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ที่ยื่นราคาค่าทดแทนที่ดินของผู้ฟ้องคดีตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนด (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1272/2545)

ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินซึ่งถูกกรมโยธาธิการ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เวรคืนที่ดินดังกล่าวไปบางส่วนพร้อมสิ่งปลูกสร้างอาคารบ้านพักอาศัยตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนในท้องที่ตำบลสวนใหญ่อำเภอเมืองนนทบุรีจังหวัดนนทบุรี พ.ศ. 2537 โดยคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นได้นำหลักเกณฑ์ตามที่ปรากฏในรายงานการประเมินราคาของสำนักงานกลางประสานการจัดหาที่ดินเพื่อกิจการของรัฐเพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดเงินค่าทดแทนที่ดินแก่ผู้ถูกเวนคืนโดยให้ที่ดินติดต่อย่อยส่วนบุคคลแยกจากถนนพระราชารัฐและมีสภาพเป็นที่ดินที่ตั้งอาคารพาณิชย์ติดต่อย่อยส่วนบุคคลแยกจากถนนพระราชารัฐราคาตารางวาละ 80,000 บาท ส่วนที่ดินติดทางเดินดินที่ดินติดคลองและที่ดินที่ไม่มีทางเข้าออกราคาตารางวาละ 12,000 บาท โดยที่ดินของผู้ฟ้องคดีมีเขตติดต่อย่อยส่วนบุคคลที่เชื่อมต่อกับซอยเจริญสุขด้านท้ายซอยซึ่งเป็นซอยตันมีสภาพเป็นถนนคอนกรีตเสริมเหล็กกว้าง 4 เมตรสองข้างทางของซอยส่วนบุคคลเป็นอาคารตึกแถวซอยเจริญสุขเป็นซอยแยกจากถนนพระราชารัฐและผู้ฟ้องคดีได้อาศัยซอยส่วนบุคคลดังกล่าวซึ่งไม่ได้ปิดกั้นไว้เป็นทางเข้าออกโดยไม่มีภาระจำยอมคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นเห็นว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดีแม้จะเข้าออกได้ทางซอยส่วนบุคคลดังกล่าวแต่ผู้ฟ้องคดีก็

ไม่ได้การะจำยอมและเจ้าของซอยอาจปิดกั้นทางเข้าออกเสียเมื่อใดก็ได้จึงไม่ถือว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดีมีทางเข้าออกซอยดังกล่าวได้ แต่เนื่องจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีสามารถเดินทางทางเท้าตามคันดินสวนเข้าออกซอยทางซอยตลาดใหม่สมบูรณ์ได้จึงเข้าหลักเกณฑ์เป็นที่ดินติดทางเดินดินที่ดินติดคลองและไม่มีทางเข้าออก และเนื่องจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นที่สวนจึงกำหนดราคาค่าทดแทนที่ดินให้ผู้ฟ้องคดีในอัตราตารางวาละ 11,000 บาท ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีไม่พอใจเฉพาะเงินค่าทดแทนที่ดินจึงอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เงินค่าทดแทนคณะกรรมการดังกล่าวไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นโดยเห็นว่าซอยดังกล่าวผู้ฟ้องคดีหรือผู้ใช้นคนอื่นๆสามารถใช้ซอยส่วนบุคคลดังกล่าวผ่านเข้าออกได้โดยมิได้มีการหวงห้ามและที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นที่ดินที่รถยนต์สามารถเข้าออกได้และอีกด้านเป็นคลองสาธารณะใช้เป็นทางสัญจรโดยทางเรือได้ดังนั้นจะถือว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นที่ดินตาดบอดไม่ได้และเมื่อพิจารณาที่ดินแปลงซึ่งเป็นที่ดินที่อยู่ติดซอยส่วนบุคคลเช่นเดียวกันและมีสภาพที่ดินคล้ายกับที่ดินของผู้ฟ้องคดีซึ่งคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดค่าทดแทนให้ตารางวาละ 15,000 บาท จึงมีมติเห็นควรกำหนดค่าทดแทนให้ผู้ฟ้องคดีตารางวาละ 15,000 บาท ด้วยแต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 พิจารณาแล้วไม่เห็นด้วยโดยมีมติยืนตามคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่วินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดียืนราคาตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดไว้โดยให้กำหนดค่าทดแทนที่ดินแก่ผู้ฟ้องคดีใหม่ในราคาที่สูงใกล้เคียงกันกับที่ดินที่อยู่ในบริเวณเดียวกัน

ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า ในขณะที่ที่ดินของผู้ฟ้องคดีถูกเวนคืนผู้ฟ้องคดีได้ทำถนนในที่ดินของตนเชื่อมต่อกับซอยส่วนบุคคลและใช้ซอยส่วนบุคคลดังกล่าวเป็นทางเข้าออกจากบ้านและที่ดินของผู้ฟ้องคดีสู่ซอยเจริญสุขและถนนประชาราษฎร์แม้ผู้ฟ้องคดีจะไม่มีสิทธิการะจำยอมในการใช้ซอยส่วนบุคคลดังกล่าวแต่การใช้ซอยดังกล่าวก็ไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้หวงห้ามหรือโต้แย้งคัดค้านการใช้แต่อย่างใดข้อเท็จจริงจึงต้องฟังว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นที่ดินติดซอยส่วนบุคคลและมีทางเข้าออกมิใช่มีสภาพเป็นที่ดินติดทางเดินดินที่ดินติดคลองและเป็นที่ดินที่ไม่มีทางเข้าออกตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นนำมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดราคาค่าทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีการกำหนดราคาค่าทดแทนที่ดินแก่ผู้ฟ้องคดีในอัตราตารางวาละ 11,000 บาท ของคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นดังกล่าวจึงเป็นการกำหนดราคาค่าทดแทนที่ไม่เป็นธรรมไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดไว้และมีผลเป็นการไม่ชอบด้วยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) – (5) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 ด้วยดังนั้นคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่วินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีโดยให้ยืนราคาตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดไว้โดยไม่ฟังเหตุผลตามที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เงินค่าทดแทนเสนอไว้นั้นจึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมไม่ถูกต้องและไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) – (5) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 และตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯศาลจึงพิพากษาให้เพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 วินิจฉัย

อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีใหม่ในราคาที่เป็นธรรมใกล้เคียงกับที่ดินที่อยู่ในบริเวณเดียวกันให้เสร็จสิ้นภายในหกสิบวันนับแต่วันที่มีคำพิพากษา

25) กรณีฟ้องว่าการกำหนดราคาค่าทดแทนที่ดินระหว่างที่ดินของผู้ฟ้องคดีกับที่ดินแปลงข้างเคียงซึ่งมีสภาพที่ดินที่ใกล้เคียงกันให้แตกต่างกันเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.2/2546)

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดีอยู่ในเขตที่ดินบริเวณที่จะเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนในท้องที่อำเภอแม่ริมอำเภอเมืองเชียงใหม่อำเภอสันทรายอำเภอสันกำแพงและอำเภอสาร์ภักดิ์จังหวัดเชียงใหม่ พ.ศ. 2537 โดยในการเวนคืนคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นได้กำหนดราคาเบื้องต้นสำหรับที่ดินของผู้ฟ้องคดีให้ราคาตารางวาละ 5,000 บาท ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ว่าราคาค่าทดแทนที่ดินที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นกำหนดให้สำหรับที่ดินของผู้ฟ้องคดีนั้นถูกต้องตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 จึงได้วินิจฉัยให้ยืนตามราคาค่าทดแทนตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่เป็นธรรมและเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากที่ดินแปลงอื่นซึ่งตั้งอยู่ใกล้เคียงกับที่ดินของผู้ฟ้องคดีและมีสภาพเช่นเดียวกับที่ดินของผู้ฟ้องคดีซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้วินิจฉัยให้ได้รับเงินค่าทดแทนเพิ่มขึ้นเป็นตารางวาละ 10,000 บาท จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 วินิจฉัยค่าทดแทนที่ดินให้แก่ผู้ฟ้องคดีเพิ่มขึ้นเป็นตารางวาละ 10,000 บาท

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าสภาพที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นที่ดินแปลงเล็กใช้ประโยชน์เป็นที่อยู่อาศัยการคมนาคมสะดวกเนื่องจากอยู่ติดทางสาธารณะประโยชน์ซึ่งเชื่อมต่อกับถนนคอนกรีตขนาดกว้าง 3.8 เมตร อีกทั้งที่ดินแปลงข้างเคียงของผู้ฟ้องคดีมีสภาพที่ดินเหมือนกับที่ดินของผู้ฟ้องคดีซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้พิจารณากำหนดค่าทดแทนเพิ่มขึ้นให้เป็นตารางวาละ 10,000 บาท ดังนั้นคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ยืนตามคณะกรรมการกำหนดราคาเบื้องต้นจึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีเนื่องจากไม่มีเหตุผลอันสมควรและเพียงพอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะพิจารณากำหนดราคาค่าทดแทนที่ดินระหว่างที่ดินของผู้ฟ้องคดีกับที่ดินแปลงข้างเคียงที่มีลักษณะและสภาพคล้ายคลึงกับที่ดินของผู้ฟ้องคดีให้แตกต่างกันแต่อย่างใด

26) กรณีฟ้องว่าคำสั่งที่ไม่อนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษเป็นไปโดยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.25/2547)

ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอมิถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษตามประกาศกระทรวงมหาดไทยและประกาศสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเรื่องระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการยื่นคำขอมิถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษลงวันที่ 29 กรกฎาคม 2540 โดยคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองได้มีมติอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษตามคำขอแล้วแต่รัฐมนตรีว่าการ

กระทรวงมหาดไทย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ออกคำสั่งไม่เห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษเนื่องจากการลงทุนของผู้ฟ้องคดีไม่เป็นไปตามข้อ 2 (2) ของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ และผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติต้องห้ามตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการออกคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่เห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าตามหลักเกณฑ์ประกาศสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองฯ ข้อ 2.3.4 กำหนดให้ถือว่าการฝากเงินประจำกับธนาคารภายในประเทศเป็นการลงทุนและข้อ 2.3.5 ได้กำหนดเงื่อนไขในการรับรองการลงทุนโดยการซื้อพันธบัตรและการฝากเงินประจำกับธนาคารภายในประเทศให้คนต่างด้าวผู้ขออนุญาตโดยแสดงหนังสือรับรองการลงทุนจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจหรือธนาคารแล้วแต่กรณีซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดการพิจารณาอนุญาตที่คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองออกโดยอาศัยอำนาจตามข้อ 2 วรรคสองของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการออกประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ เนื่องจากการจำกัดจำนวนคนต่างด้าวไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันที่จะรับรองคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนเพื่อประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจของประเทศจึงเห็นสมควรกำหนดให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาลงทุนในราชอาณาจักรมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษดังนั้นการนำเงินมาลงทุนตามประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ มิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ปกติแต่มุ่งประสงค์ให้มีการนำเงินเข้ามาในประเทศและนำเงินนั้นเข้าสู่ระบบเศรษฐกิจของประเทศดังนั้นการนำเงินมาฝากประจำกับธนาคารภายในประเทศถือเป็นการลงทุนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ที่สามารถออกหนังสือรับรองการลงทุนโดยการฝากเงินประจำกับธนาคารภายในประเทศได้ก็คือธนาคารที่รับฝากเงินดังนั้นหลักเกณฑ์ตามข้อ 2.3.4 และข้อ 2.3.5 ของประกาศสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองฯ จึงไม่ขัดกับหลักเกณฑ์ตามข้อ 2 (2) ของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ และการให้ความเห็นชอบให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษเป็นอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดี ตามข้อ 2 (4) ของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในกรณีดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตรวมทั้งคณะกรรมการตรวจพิจารณาคนเข้าเมืองได้มีมติอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีมีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษตามคำขอแล้วและตั้งแต่มีการเริ่มโครงการดึงนักลงทุนเป็นกรณีพิเศษในวันที่ 1 กรกฎาคม 2540 จนถึงปัจจุบันผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวและมีความเห็นชอบให้คนต่างด้าวที่ขออนุญาตเข้ามามีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษโดยมีหลักฐานการลงทุนด้วยการฝากเงินประจำกับธนาคารภายในประเทศเช่นเดียวกับผู้ฟ้องคดีจำนวนทั้งสิ้น 404 คน ประกอบกับหลักเกณฑ์ตามข้อ 2.3.4 และข้อ 2.3.5 ของประกาศสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่ขัดกับหลักเกณฑ์ ตามข้อ 2 (2) ของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งไม่เห็นชอบตามคำขอของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่เนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายและมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

27) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของนายกองค์การบริหารส่วนตำบลเชิงทะเลที่สั่งให้รื้อถอนอาคาร (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.13/2549)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เช่าที่ดินบริเวณหาดเลพัง อำเภอดงหลวง จังหวัดภูเก็ต กับบริษัท ล. และได้ทำการก่อสร้างอาคารลงบนที่ดินที่ได้เช่าดังกล่าวต่อมานายกองค์การบริหารส่วนตำบลเชิงทะเล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีระงับการก่อสร้างอาคารไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือยื่นคำขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาแล้วจึงได้มีหนังสือ ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน 2544 แจ้งว่าที่ดินบริเวณดังกล่าวไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินจึงไม่สามารถออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้ได้และมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนอาคารภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือดังกล่าวผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมีสิทธิครอบครองที่ดินดังกล่าวโดยชอบด้วยกฎหมายตามสัญญาเช่าที่ดินอีกทั้งการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเพราะในบริเวณใกล้เคียงยังมีบุคคลอื่นดำเนินการก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตผู้ฟ้องคดีจึงยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจังหวัดภูเก็ต (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 วินิจฉัยอุทธรณ์โดยเห็นว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชอบด้วยกฎหมายแล้วผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารและคำสั่งที่ให้รื้อถอนอาคารของผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดียื่นคำขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารโดยเพียงแต่แนบเอกสารสัญญาเช่าที่ดินระหว่างผู้ฟ้องคดี กับบริษัท ล. โดยสัญญาเช่าที่ดินดังกล่าวมิได้ระบุว่าผู้ให้เช่าเป็นเจ้าของที่ดินที่มีเอกสารสิทธิตามแบบ ข.1 ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ประกอบข้อ 1 (1) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2528) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่แนบเอกสารตามแบบ ข.1 ตามกฎหมายดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงชอบที่จะไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

ดังนั้นเมื่อผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นและเป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่สามารถแสดงเอกสารสิทธิในที่ดินที่ใช้ก่อสร้างตามที่กฎหมายกำหนดได้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีอำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารรื้อถอนอาคารนั้นได้ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ส่วนในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เลือกปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีนั้นการที่จะถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต้องเป็นกรณีที่ผู้ถูกปฏิบัติมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วไม่ได้รับสิทธินั้นเพราะการเลือกปฏิบัติหาใช่เป็นกรณีที่ไม่มีสิทธิตามกฎหมายแล้วอ้างว่ามีบุคคลอื่นฝ่าฝืนกฎหมายด้วยกันยังไม่ถูกดำเนินการเป็นการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรม ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารตามคำขอและมีคำสั่งให้รื้อถอนอาคารเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

28) การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดหลักเกณฑ์ในการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายเป็นพิเศษสำหรับที่ดินที่ถูกเวนคืนแก่ที่ดินที่อยู่ในสภาพและที่ตั้งคล้ายคลึงกันให้แตกต่างกันเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.22/2551)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ครอบครองที่ดินตามหลักฐาน ส.ค.1 ซึ่งอยู่ในเขตพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามที่ดินสำหรับไว้ใช้ในราชการทหารต่อมาได้มีประกาศให้เวนคืนที่ดินบริเวณดังกล่าวซึ่งบริเวณที่ที่จะเวนคืนมีผู้ฟ้องคดีและราษฎรครอบครองทำประโยชน์รวม 54 รายโดยราษฎรทั้ง 54 รายมีเพียงหลักฐานการแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค.1) และได้แจ้งการครอบครองก่อนมีพระราชกฤษฎีกาประกาศเป็นที่ดินที่ใช้ประโยชน์ในทางราชการทหารและสามารถออกเอกสารสิทธิในที่ดินซึ่งในการพิจารณากำหนดค่าทดแทนความเสียหายพิเศษให้แก่ราษฎรดังกล่าวราษฎรทั้ง 54 รายไม่ยอมเข้าสู่กระบวนการพิสูจน์สิทธิของคณะกรรมการแก้ไขปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐ (กบร.) เนื่องจากเห็นว่าล่าช้าต่อมาได้มีการแบ่งราษฎรที่ครอบครองที่ดินบริเวณที่ที่จะเวนคืนออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจนจำนวน 38 ราย ส่วนกลุ่มที่สองเป็นกลุ่มที่ไม่ได้ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจนและยินยอมให้ดำเนินการก่อสร้างทางหลวงได้ก่อนจำนวน 16 รายซึ่งผู้ฟ้องคดีอยู่ในกลุ่มดังกล่าวและได้มีการพิจารณากำหนดค่าทดแทนให้แก่ราษฎรทั้งสองกลุ่มผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกำหนดค่าทดแทนไม่ชอบเนื่องจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีซึ่งตั้งอยู่ติดต่อกับที่ดินของผู้ที่อยู่ในกลุ่มแรกแต่ที่ดินแปลงดังกล่าวกลับได้รับค่าทดแทนในอัตราที่สูงกว่าผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนความเสียหายพิเศษในที่ดินที่ถูกเวนคืนในราคาเท่ากับที่ดินแปลงดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมทางหลวงอธิบดีกรมทางหลวงผู้ถูกฟ้องคดีได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายพิเศษที่ดินที่ถูกเวนคืนให้แก่ผู้ครอบครองที่ดินรวม 54 รายโดยแบ่งเป็น 2 กลุ่ม กลุ่มที่หนึ่งจำนวน 38 ราย ที่ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจนส่วนกลุ่มที่สองจำนวน 16 รายรวมทั้งผู้ฟ้องคดีที่ไม่ได้ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจนเพื่อให้ได้รับเงินค่าทดแทนตามความเหมาะสมของสภาพที่ดินที่ถูกเวนคืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่ขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันมีหลักว่าจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันและจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญที่แตกต่างกันให้แตกต่างกันไปสำหรับกรณีนี้สาระสำคัญที่เหมือนกันคือผู้ครอบครองที่ดินทั้ง 54 ราย ที่ถูกเวนคืนที่ดินซึ่งได้โต้แย้งกรรมสิทธิ์และยังไม่ได้มีการพิสูจน์สิทธิตามหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการแก้ไขปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐ (กบร.) การที่ผู้ถูกฟ้องคดีแบ่งเกณฑ์การกำหนดค่าทดแทนเป็นสองกลุ่มเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงมิชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรม

29) กรณีฟ้องว่าการที่คณะกรรมการจัดซื้อและกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทานจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ พิจารณาจ่ายค่าทดแทนโดยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.497/2551)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินซึ่งไม่มีหนังสือสำคัญหรือเอกสารสิทธิในเขตป่าสงวนแห่งชาติกุยบุรีโดยที่ดินแปลงดังกล่าวอยู่ในเขตพื้นที่อ่างเก็บน้ำยางชุมซึ่งกรมชลประทาน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้เริ่มสร้างตั้งแต่ปี พ.ศ. 2516 และเสร็จเมื่อปี พ.ศ. 2523 และในการใช้พื้นที่ก่อสร้างอ่างเก็บน้ำดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้จ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินต่างๆทุกรายแล้วโดยค่าทดแทนที่ดินได้จ่ายให้แก่เจ้าของที่ดินที่มีเอกสารสิทธิส่วนคำร้อยายบ้านเรือนสิ่งปลูกสร้างค่าทดแทนต้นไม้จ่ายให้ทั้งที่ปลูกในที่ดินที่มีเอกสารสิทธิและไม่มีเอกสารสิทธิต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้เริ่มดำเนินการสำรวจปักหลักเขตเพื่อกำหนดพื้นที่ในการก่อสร้างโครงการปรับปรุงอ่างเก็บน้ำยางชุมเพิ่มเติมปรากฏว่าต้นไม้และบ่อน้ำของผู้ฟ้องคดีซึ่งอยู่ในที่ดินของผู้ฟ้องคดีอื่นเป็นที่ดินที่ไม่มีเอกสารสิทธิถูกน้ำท่วมคณะกรรมการจัดซื้อและกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทานจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) จึงได้พิจารณาจ่ายค่าทดแทนให้แก่ผู้ที่อยู่ในพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ส.ป.ก.) ซึ่งทับซ้อนอยู่ในเขตพื้นที่ดังกล่าวเท่านั้นโดยไม่พิจารณาจ่ายค่าทดแทนต้นไม้ของผู้ฟ้องคดีที่อยู่ในเขตชลประทานเดิมผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ให้จ่ายค่าทดแทนให้แก่ผู้ที่อยู่ในพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ส.ป.ก.) ซึ่งทับซ้อนอยู่ในพื้นที่อ่างเก็บน้ำยางชุมเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคตามรัฐธรรมนูญระหว่างผู้ฟ้องคดีและบุคคลดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีเข้าครอบครองที่ดินในพื้นที่เขตชลประทานโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมายกรณีจึงไม่อาจเปรียบเทียบกับบุคคลผู้มีสิทธิดังกล่าวซึ่งกฎหมายรับรองได้การที่ได้รับการปฏิบัติจากทางราชการจึงย่อมแตกต่างกันกรณีจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่พิจารณาจ่ายค่าทดแทนต้นไม้และบ่อน้ำให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

30) การที่บุคคลใดจะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อตนเป็นอย่างเดียวกันนั้นย่อมทำได้เฉพาะเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติในสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ผู้ที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจอ้างในทำนองที่ว่าถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อตนได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.160-อ.197/2551)

นายช่างแขวงการทางสมุทรปราการ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวงแผ่นดิน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) ได้มีคำสั่งแจ้งให้ผู้ที่ถูกรื้อปลูกสร้างบ้านพักอาศัยและร้านค้ารื้อล้างทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 3 (ถนนสุขุมวิท) อันอยู่ในความดูแลรับผิดชอบของหมวดการทางสมุทรปราการสังกัดแขวงการทางสมุทรปราการจำนวน 30 ราย รวมทั้งผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเก้าคนรื้อถอนหรือทำลายบ้านพักอาศัยออกจากเขตทางหลวงภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งให้รื้อถอนหรือทำลายบ้านพักอาศัยต่อผู้ออกคำสั่งแล้วซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าที่ดินดังกล่าวเป็นที่ดินรกร้างว่างเปล่าและได้เข้ามาอยู่อาศัยนานกว่า 10 ปี แล้วอยู่นอกเขตทางหลวงและเป็นที่ดินราชพัสดุที่สามารถให้ประชาชนเช่าได้โดยเป็นของกรมธนารักษ์ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการขับไล่ประชาชนจึงฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งที่ให้รื้อถอนและทำลายบ้านพักอาศัยที่สร้างขึ้นในเขตทางหลวงโดยไม่ได้รับอนุญาต

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีและผู้ที่เกี่ยวข้องอยู่ในเขตทางหลวงซึ่งที่ดังกล่าวเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ประเภทยานพาหนะสำหรับพลเมืองใช้หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ของพลเมืองใช้ร่วมกันและไม่เป็นที่ราชพัสดุโดยไม่ได้รับอนุญาตให้รื้อถอนหรือทำลายบ้านพักอาศัยซึ่งมีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนรื้อถอนหรือทำลายสิ่งปลูกสร้างที่ก่อสร้างในเขตทางหลวงโดยไม่ได้รับอนุญาตได้ภายในเวลาอันสมควรตามมาตรา 47 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 ดังนั้นคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีและผู้ที่เกี่ยวข้องในเขตทางหลวงดังกล่าวรื้อถอนหรือทำลายบ้านพักอาศัยออกจากทางหลวงภายในเวลา 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือจึงเป็นคำสั่งที่ขัดแย้งกฎหมายซึ่งในการขับไล่ราษฎรที่อยู่อาศัยรกร้างในบริเวณเขตทางหลวงโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้นกรมทางหลวงได้ดำเนินการผลักดันผู้รกร้างในเขตทางหลวงสายต่างๆมาโดยตลอดจนกระทั่งถูกฟ้องคดีต่อศาลจังหวัดและศาลปกครองดังนั้นกรณีจึงไม่ใช่การเลือกปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใดและการที่บุคคลใดจะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อตนเป็นอย่างเดียวกันนั้นย่อมทำได้เฉพาะเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติในสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นผู้ที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจอ้างในทำนองที่ว่าถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อตนได้

31) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2549) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 5-พ.13/2551)

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประกอบกิจการให้บริการคอมพิวเตอร์ออนไลน์ซึ่งได้จดทะเบียนกับกระทรวงพาณิชย์ประเภทบริการให้บริการคอมพิวเตอร์เพื่อใช้อินเทอร์เน็ตแก่นักเรียนนักศึกษาและบุคคลทั่วไปฟ้องว่าการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ออกกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2549) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 กำหนดให้ฮาร์ดดิสก์ (Hard Disk) ที่บันทึกหรือถ่ายถอดเกมการเล่นทุกชนิดเป็นเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยใช้บังคับกับร้านเกมคอมพิวเตอร์ออนไลน์แต่ไม่ใช้บังคับกับฮาร์ดดิสก์ซึ่งติดตั้งไว้กับคอมพิวเตอร์ของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์อื่นๆเช่นร้านถ่ายรูปที่ใช้คอมพิวเตอร์และมีฮาร์ดดิสก์ไว้บริการลูกค้าด้วยหรือกับฮาร์ดดิสก์ทั่วไปซึ่งติดตั้งไว้กับคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในบ้านพักอาศัยและสถานที่ราชการมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่อาจให้เช่าหรือแลกเปลี่ยนฮาร์ดดิสก์ที่บันทึกหรือถ่ายถอดเกมการเล่นทุกชนิดเว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 กรณีจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายขอให้ศาลเพิกถอนกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2549)ฯ

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณาจากสาระสำคัญและเจตนารมณ์ในบทบัญญัติของกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2549)ฯ เป็นการใช้อำนาจในการกำหนดให้วัสดุใดเป็นเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 โดยมีเจตนารมณ์ที่จะควบคุมการให้บริการเกมคอมพิวเตอร์ซึ่งเกมคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมหรือขัดต่อ

ศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยไม่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตแห่งความมุ่งหมายอันเป็นสาระสำคัญเพื่อควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับภาพและเสียงที่ได้มีการบันทึกถ่ายทอดตามเจตนารมณ์ของมาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 อีกทั้งกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2549)ฯ มีเจตนารมณ์ควบคุมการให้บริการเกมคอมพิวเตอร์ตามร้านให้บริการคอมพิวเตอร์ซึ่งเกมคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอันส่งผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบและต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนตามมาตรา 6 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ด้วยแต่กรณีของร้านถ่ายรูปหรือคอมพิวเตอร์อื่นๆหรือการเล่นเกมนอนไลน์ในบ้านพักอาศัยหรือสถานที่ราชการมิได้มีคอมพิวเตอร์หรือฮาร์ดดิสก์ที่บันทึกหรือถ่ายทอดเกมการเล่นทุกชนิดไว้ให้บริการแก่ลูกค้าแต่อย่างใดเป็นเพียงใช้ตัดต่อและตกแต่งภาพให้แก่ลูกค้าเท่านั้นสำหรับการเล่นเกมในบ้านหรือสถานที่ราชการเป็นเพียงการเล่นเกมนเพื่อบันทึกลงในที่พักอาศัยหรือเป็นการใช้เพื่อการดำเนินงานของส่วนราชการเท่านั้นจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2549)ฯ ซึ่งฮาร์ดดิสก์ของร้านถ่ายรูปหรือร้านค้าอื่นๆหรือของบุคคลทั่วไปหรือของส่วนราชการจึงไม่อยู่ภายใต้บทนิยามของคำว่าเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ตามกฎหมายดังกล่าวดังนั้นจึงถือได้ว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2549)ฯ มาใช้บังคับโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) และมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 จึงเป็นการใช้อำนาจตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้โดยชอบธรรมและไม่ขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ กรณีจึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและไม่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบกับผู้ประกอบกิจการรายหนึ่งรายใดเป็นการเฉพาะ

32) กรณีการให้นักเรียนออกจากโรงเรียนเพราะมีบุตร (คำร้องที่ 600/2553 คำสั่งที่ 69/2553)

นางสาว ธ ผู้ฟ้องคดีได้เข้าศึกษามัธยมศึกษาปีที่ 4 ของโรงเรียนวัดแห่งหนึ่ง โดยเข้าเรียนได้เพียง 2 วัน ครูฝ่ายปกครองไม่อนุญาตให้เข้าเรียนและให้ออกจากโรงเรียนโดยไม่มีการแจ้งเป็นหนังสือ โดยให้เหตุผลว่าผู้ฟ้องคดีมีบุตรแล้ว ผู้ฟ้องคดีทำหนังสือร้องเรียนไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดแต่ไม่ได้รับคำชี้แจงใดๆ จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองขอให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง (ผู้อำนวยการโรงเรียนและ ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา) มีความผิดและรับโทษตามกฎหมายและระเบียบของทางราชการ

ศาลปกครองชั้นต้นไม่รับฟ้องเนื่องจากนาย ม. ซึ่งอ้างว่าเป็นผู้ปกครองของผู้ฟ้องคดีเป็นเพียงบิดาของนาย พ. สามิโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ฟ้องคดี ดังนั้น นาย ม. จึงมิใช่ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองของผู้ฟ้องคดี และมีผู้ใช้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของผู้ฟ้องคดีทั้งสองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

33) กรณีผู้ไม่ผ่านการคัดเลือกเข้าเป็นนักศึกษาแพทย์อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติ (คดีหมายเลขแดงที่ อ 972/2556 คดีหมายเลขดำที่ อ 673/2552)

กลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย ดำเนินการสอบคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาในวิทยาลัยแพทยศาสตร์ทั้ง 12 สถาบันในปีการศึกษา 2550 ในระบบรับตรง ผู้ฟ้องคดีสมัครสอบคัดเลือกและผ่านการสอบข้อเขียนของวิทยาลัยแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัย ร. ซึ่งผู้ฟ้องคดีไปสอบสัมภาษณ์และตรวจร่างกายแต่จากการประกาศผลการคัดเลือกไม่ปรากฏมีชื่อผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาประเด็นการที่คณะกรรมการสอบสัมภาษณ์มีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา เห็นว่ากรรมการทุกคนไม่เคยมีเหตุโกรธเคืองกับผู้ฟ้องคดีมาก่อน จึงไม่มีมูลเหตุจูงใจที่จะกลั่นแกล้งไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษาในวิทยาลัยแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัย ร. สำหรับหลักเกณฑ์การประเมินผลการสอบสัมภาษณ์นั้น ปรากฏตามเอกสารการสัมภาษณ์ว่า มีการกำหนดลักษณะที่ไม่พึงประสงค์เช่น “Overt Homosexuality” การแต่งตัว กิริยามารยาทไม่เหมาะสม การควบคุมอารมณ์ไม่เหมาะสม ความไม่รับผิดชอบ ขาดมนุษยสัมพันธ์ ขาดความใฝ่รู้ กรรมการจำนวน 7 คน ให้เหตุผลเกี่ยวกับบุคลิกภาพของผู้ฟ้องคดีสอดคล้องกันว่าบุคลิกภาพของผู้ฟ้องคดีไม่เหมาะสม ปฏิบัติการในการตอบคำถามไม่ดี มีความกังวลมาก พูดจาสับสน สภาพจิตใจไม่มั่นคง

จากข้อเท็จจริงในการพิจารณา ศาลปกครองรับฟังได้ว่า การตอบคำถามตลอดจนกิริยาอาการของผู้ฟ้องคดีในการสอบสัมภาษณ์เป็นเหตุให้กรรมการทั้ง 9 คนมีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ในการลงมติดังกล่าวจึงเป็นการพิจารณาที่มีเหตุผลเหมาะสมและชอบด้วยกฎหมายแล้ว นอกจากนี้ การคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาวิชาแพทยศาสตร์ย่อมต้องคัดเลือกจากผู้มีความรู้ความสามารถ สภาพกายและสภาพจิตใจเหมาะสมที่จะประกอบวิชาชีพแพทย์ คณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ย่อมสามารถใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาจากบุคลิกลักษณะและสภาวะทางอารมณ์ของผู้เข้าสอบสัมภาษณ์ได้ อีกทั้งคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ก็ได้พิจารณาไม่รับผู้ฟ้องคดีเพราะเหตุด้านบุคลิกภาพแต่ประการเดียว แต่ยังปรากฏความไม่เหมาะสมด้านอื่นอีกหลายประการที่เป็นเหตุผลในการไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา การพิจารณาของคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์จึงไม่ใช่การกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

บทที่ 4

วิเคราะห์ประเด็นความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

หลังจากที่ได้ศึกษาถึงสภาพปัญหา ข้อเท็จจริง จากคำร้อง การสัมภาษณ์ / ประชุมกลุ่มย่อย / รับฟังความคิดเห็น ในบทที่ 2 และ การศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในบทที่ 3 แล้ว ในบทนี้ผู้วิจัยวิเคราะห์ประเด็นต่างๆของการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน โดยจำแนกการวิเคราะห์ออกเป็นสองส่วนหลักคือ

ส่วนแรก วิเคราะห์ความหมาย ขอบเขต แนวคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน เช่น การเลือกปฏิบัติโดยตรง การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ

ส่วนที่สอง วิเคราะห์ประเด็นการเลือกปฏิบัติตามกรอบของปัจจัยสองประการคือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และ มิติของการเลือกปฏิบัติ โดยมีการวิเคราะห์ประเด็นเฉพาะและกรณีศึกษาที่เกี่ยวข้องเป็นรายประเด็นไป เช่น การเลือกปฏิบัติในบริการภาครัฐ ภาคเอกชน การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) การคุกคาม (Harassment) ฯลฯ

4.1 การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination)

ในส่วนนี้ จะทำการวิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติโดยตรง โดยจะพิจารณาแนวคิดและหลักการดังกล่าวในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เพื่อให้เห็นถึงการปรับใช้หลักการดังกล่าวสำหรับการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกเลือกปฏิบัติ รวมทั้งนำคดีที่เกิดขึ้นในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องมาวิเคราะห์ประกอบด้วย

การห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงมีส่วนสัมพันธ์กับการส่งเสริมหลักความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (Formal Equality) โดยการห้ามการปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่า (Less Favorable Treatment) หรือการปฏิบัติในทางทำให้เสียหาย (Detrimental Treatment) แก่บุคคลโดยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ การเลือกปฏิบัติโดยตรงนั้นเป็นการพิจารณาถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลในสถานะหรือเงื่อนไขที่เหมือนกัน ซึ่งมักพบในกรณีของการไม่ให้สิทธิบางประการกับบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มด้วยเหตุที่บุคคลนั้นจัดอยู่ในกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การตรากฎหมายจำกัดสิทธิบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การกระทำของภาคเอกชน เช่น นายจ้าง ในการปฏิบัติต่อลูกจ้างแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งการกระทำของภาคเอกชนที่ปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้า

กับบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การเลือกปฏิบัติโดยตรงนี้จะเห็นได้จากการปฏิบัติที่มีวัตถุประสงค์เห็นได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันสะท้อนจากลักษณะหรือรูปแบบของการปฏิบัติที่มีความแตกต่างกันระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายที่ให้สิทธิกับเพศหนึ่งโดยกีดกันอีกเพศหนึ่ง จะเห็นได้ว่ากฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์ที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

4.1.1 การเลือกปฏิบัติโดยตรงในบริบทของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ

กลไกตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติมีแนวทางพิจารณาหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรงไปในทิศทางใกล้เคียงกัน ดังจะเห็นได้จากความเห็นทั่วไปของ HRC (Human Rights Committee, General Comment 18, Non-Discrimination)⁶⁶ ได้มีการอธิบายการเลือกปฏิบัติไว้ว่า การเลือกปฏิบัติตามมาตรา 2 และมาตรา 26 ของ ICCPR นั้นหมายถึง “การเลือกปฏิบัติที่ใช้ใน ICCPR นั้นควรเข้าใจว่ามิขึ้นถึงความแตกต่างใดๆ การกีดกัน การจำกัด หรือ การปฏิบัติเป็นพิเศษ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน สถานะอื่นใด และมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบ (Purpose or effect) ในเชิงอุปสรรคหรือเป็นการลดทอนการใช้สิทธิและเสรีภาพทั้งหลายของบุคคลนั้นบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน”

จะเห็นได้ว่าแม้ความเห็นทั่วไปนี้มิได้กล่าวโดยชัดเจนถึงการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) แต่จากที่อธิบายว่า “...มีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบ (Purpose or Effect)” นั้นแสดงอยู่ว่าการเลือกปฏิบัติตามการความเห็นทั่วไปนี้ หมายรวมถึงการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Direct and Indirect Discrimination) เนื่องจากการเลือกปฏิบัติโดยตรงจะมุ่งเน้นที่วัตถุประสงค์ (Purpose) ในขณะที่การเลือกปฏิบัติทางอ้อมจะพิจารณาที่ผลกระทบ (Effect) กล่าวคือ แม้โดยรูปแบบของการปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์นั้นจะมีลักษณะเป็นกลาง โดยปฏิบัติต่อบุคคลเท่าเทียมกัน แต่ในเชิงของผลกระทบแล้ว การปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบหรือถูกกีดกัน

ตัวอย่างคดีที่ตัดสินตามหลักของ ICCPR เช่น

Lovelace v. Canada⁶⁷ ซึ่งเป็นกรณีของกฎหมายแคนาดา (Canadian Indian Act) วางหลักว่าหญิงอินเดียนที่สมรสกับคนที่ไม่ใช่อินเดียนจะเสียสถานะความเป็นอินเดียน ในขณะที่ชายอินเดียนไม่สูญเสียสถานะนั้นแม้ว่าจะสมรสกับหญิงที่ไม่ใช่อินเดียน ดังนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงด้วยเหตุแห่งเพศ

⁶⁶ UN Human Rights Committee (HRC), “CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination,” 10 November 1989

⁶⁷ Sandra Lovelace v. Canada (Communication No. 24/1977: Canada 30/07/81, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977)

Brooks v. the Netherland⁶⁸ ในคดีนี้ HRC ตัดสินว่าความแตกต่างกันที่อาศัยเหตุแห่งเพศตามกฎหมายประกันสังคมนั้นไม่มีเหตุผลที่สมควรและขัดต่อมาตรา 26 ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติ

Avellanal v. Peru⁶⁹ คดีนี้ HRC ตัดสินในประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายเปรูที่ห้ามหญิงซึ่งสมรสแล้วทำการฟ้องคดีเกี่ยวกับสินสมรสว่าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 26 ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติ

Aumeeruddy-Cziffra v. Mauritius สำหรับคดีนี้ HRC ตัดสินว่ากฎหมายมอริเชียสเกี่ยวกับการเข้าเมืองซึ่งจำกัดสิทธิในการอยู่อาศัยของสมาชิกต่างชาติของหญิงมอริเชียส แต่ไม่จำกัดสิทธิของหญิงต่างชาติซึ่งเป็นภริยาของชายมอริเชียสนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

จากคดีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงเนื่องจากกฎเกณฑ์หรือกฎหมายในคดีเหล่านี้ทำให้บุคคลกลุ่มหนึ่งได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกับบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เหตุแห่งเพศ

กลไกตามสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ก็มีการตีความการเลือกปฏิบัติในแนวทางนี้เช่นเดียวกัน ดังเช่น ข้อเสนอแนะของ CERD General Recommendation 14⁷⁰ อธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้ว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation of Treatment) จะไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หากพิจารณาเกณฑ์สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของสนธิสัญญาแล้วมีความชอบธรรมหรือตกอยู่ในขอบเขตมาตรา 1 ย่อหน้า 4 ของสนธิสัญญานี้ ในการพิจารณาเกณฑ์ดังกล่าว คณะกรรมการยอมรับว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งอาจมีวัตถุประสงค์หลากหลาย ดังนั้น ในการกำหนดว่าการกระทำอันหนึ่งส่งผลขัดแย้งต่อหลักการตามสนธิสัญญานี้ คณะกรรมการจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอันไม่สามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable Desperate Impact) ต่อบุคคลที่ถูกจำแนกความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สัญชาติ ถิ่นกำเนิด”

ความเห็นทั่วไป (General Comment) ของกลไกตามสนธิสัญญา ICESCR⁷¹ ได้อธิบายว่า “การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination) เกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การจ้างงานในสถาบันการศึกษาหรือการสมัครสมาชิกในสหภาพการค้านั้นอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็นทางการเมืองของลูกจ้างหรือผู้สมัคร การเลือกปฏิบัติทางตรงรวมถึงการกระทำที่ส่งผลร้ายหรือการละเว้นการกระทำบางอย่างบนพื้นฐานจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ..” ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในกรณีการเลือกปฏิบัติโดยตรงนั้นเห็นได้ชัดเจนจากตัว

⁶⁸ Brooks v. The Netherlands (UN Doc CCPR/C/29/D/172/1984)

⁶⁹ Ato del Avellanal v. Peru (Communication No. 202/1986)

⁷⁰ CERD General Recommendation 14 (Art. 2, para. 1: Definition of discrimination)

⁷¹ 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)

มาตรการหรือกฎหมายว่ามีเนื้อหาที่กำหนดเงื่อนไขแตกต่างกันสำหรับบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ

4.1.2 การเลือกปฏิบัติโดยตรงในบริบทของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป

ตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) นั้น มาตรา 14 ซึ่งวางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติไว้ไม่ได้จำแนกการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม กล่าวคือวางหลักห้าม “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) เท่านั้น⁷² โดยคดีสำคัญที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางตรง เช่น Belgian Linguistics⁷³ ซึ่งตัดสินโดย ECtHR ในปี 1968 ในคดีนี้ ผู้ร้องมีถิ่นอาศัยในเบลเยียมแต่พูดภาษาฝรั่งเศส ต้องการหาโรงเรียนที่สอนเป็นภาษาฝรั่งเศสให้บุตร แต่ในท้องถิ่นนั้นเป็นท้องถิ่นที่โรงเรียนซึ่งได้รับการอุดหนุนโดยรัฐดำเนินการสอนเฉพาะภาษาท้องถิ่น ผู้ร้องเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ รัฐบาลเบลเยียมต่อสู้ว่ากรณีนี้เป็นทางเลือกปฏิบัติเชิงบวก (Positive Discrimination) เพื่อสนับสนุนภาษาท้องถิ่นและชุมชนท้องถิ่นอันเป็นผลประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่ง หรือเรียกว่าคุ้มครองให้ท้องถิ่นบางแห่งใช้ภาษาถิ่นเดียวกัน ECtHR เห็นว่ามาตรการซึ่งมุ่งหมายให้ท้องถิ่นนั้นมีภาษาเดียว (Unilingual Region) ไม่ได้มีลักษณะกำหนดตามอำเภอใจและมีเหตุสมควรจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

ในคดี Belgian Linguistics ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในเบลเยียม ECtHR อธิบายว่า⁷⁴ หลักความเท่าเทียมกันของการปฏิบัติ (Principle of Equality of Treatment) จะถูกละเมิด หากความแตกต่างในการปฏิบัติ (Distinction) นั้นปราศจากวัตถุประสงค์และเหตุผลอันสมควร ซึ่งจะต้องประเมินจากความสัมพันธ์ระหว่างเป้าหมายและผลกระทบ (Aim and Effects) ของมาตรการนั้น ประเด็นสำคัญที่ ECtHR ต้องการย้ำก็คือ ความแตกต่างของการปฏิบัติที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัตินั้น ไม่เพียงแต่จะต้องมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) เท่านั้น แต่ยังต้องมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุผลและได้สัดส่วนระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการที่นำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้นด้วย

จากคดีนี้ ผู้ร้องจะต้องแสดงให้เห็นหลายประการ ได้แก่

- มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลสองกลุ่ม
- บุคคลทั้งสองกลุ่มนั้นอยู่ในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ (Analogous Situation)

⁷² Article 14 “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”

⁷³ The Belgian Linguistic case (1968) 1 EHRR 252

⁷⁴ The Belgian Linguistic case (1968) 1 EHRR 252

สำหรับฝ่ายที่ถูกร้องหรือภาครัฐนั้น ก็มีข้อต่อสู้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปภายใต้สถานการณ์ที่มีเหตุผล การปฏิบัติที่แตกต่างอาจไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 14 หากมีวัตถุประสงค์และเหตุผลที่ชอบธรรม และเป็นไปตามหลัก “Margin of Appreciation” (ซึ่งจะได้วิเคราะห์เป็นหัวข้อต่างหากต่อไป)

คดีที่ตัดสินตามหลักของ ECHR นั้นมักเกี่ยวข้องกับการพิจารณาวัตถุประสงค์และความสัมพันธ์อันสมเหตุสมผลระหว่างเป้าหมายและวิธีการ ของมาตรการที่พิพาทดังกล่าวข้างต้นมากกว่าพิจารณาผลกระทบจากการปฏิบัติที่แตกต่างต่อกลุ่มที่มีความเสี่ยง เช่น กฎหมายที่ปฏิบัติต่อผู้ชายในลักษณะที่พึงพอใจน้อยกว่าผู้หญิงนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ (Van Raalte v. the Netherlands) การกำหนดให้แม่เป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรเพราะรสนิยมทางเพศของพ่อนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ (Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal)

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในกรณีของการเลือกปฏิบัติโดยตรงนั้น กฎหมาย กฎเกณฑ์หรือนโยบายที่พิพาทนั้นมีลักษณะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลโดยมีบุคคลกลุ่มหนึ่งได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าหรือถูกจำกัดสิทธิ ภายใต้เงื่อนไขว่าบุคคลทั้งสองกลุ่มนั้นอยู่ในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ ซึ่งจะแตกต่างกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมซึ่งกฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้นดูภายนอกแล้วไม่มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันกล่าวคือมุ่งหมายบังคับโดยไม่จำแนกความแตกต่างของบุคคลแต่ส่งผลกระทบทำให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ กฎหมายอื่นของสหภาพยุโรปซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์การเลือกปฏิบัติโดยตรงไว้ เช่น มาตรา 2.2 (a) ของ EU Race Directive กำหนดว่า “การเลือกปฏิบัติโดยตรงจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลถูกปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่น โดยถูกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติหรือถิ่นกำเนิด”

มาตรา 45 ของ **Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)** วางหลักเกี่ยวกับเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายแรงงานในสหภาพยุโรป โดยมีหลักการเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติคือ “เสรีภาพในการเคลื่อนย้ายแรงงานนั้นรวมถึงการจัดกรเลือกปฏิบัติใดๆด้วยเหตุแห่งสัญชาติ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน ค่าตอบแทน เงื่อนไขการทำงาน” ตัวอย่างคดี เช่น กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดสัดส่วนลูกเรือฝรั่งเศสให้ต้องประกอบไปด้วยผู้มีสัญชาติฝรั่งเศสจำนวนหนึ่ง (Commission v. Italy, 2001 ECR I-4923) หรือในคดี Groener v. Minister for Education (1989) ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้หญิงชาวไอร์แลนด์ถูกปฏิเสธตำแหน่งงานสอนหนังสือในวิทยาลัยแห่งหนึ่งใน Dublin ด้วยเหตุที่ไม่พูดภาษา Gaelic จึงฟ้องว่าการปฏิเสธนี้เป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักการเคลื่อนย้ายแรงงาน อย่างไรก็ตาม ศาลตัดสินว่า การปฏิบัติดังกล่าวสมเหตุผล เนื่องจากพิจารณาระหว่างวัตถุประสงค์ (การส่งเสริมภาษาประจำชาติ) และวิธีการสำหรับนำไปสู่เป้าหมายนั้น (การรับครูที่สามารถพูดภาษาประจำชาติได้) แล้วเห็นว่าได้สัดส่วนและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อประชาชนสัญชาติอื่นในยุโรป

มาตรา 157 ของ TFEU กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าประเทศสมาชิกต้องนำหลักการจ่ายค่าตอบแทนการทำงานที่เท่าเทียมกันระหว่างเพศชายและหญิงมาใช้บังคับ⁷⁵ (Equal Pay for Male and Female) ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การจ่ายค่าตอบแทนต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศ เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศและเป็นการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ มาตรา 2 ของ Equal Treatment Directive วางหลักว่า การปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน หมายถึงการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศทั้งโดยตรงและโดยอ้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถานะทางครอบครัวและการสมรส⁷⁶

จากกฎหมายของสหภาพยุโรปดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่า มีการวางหลักห้ามการปฏิบัติอันเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลโดยมีบุคคลกลุ่มหนึ่งได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าหรือถูกจำกัดสิทธิโดยบุคคลทั้งสองกลุ่มนั้นอยู่ในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ กฎหมายดังกล่าวจึงมุ่งเน้นการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรง อย่างไรก็ตาม กฎหมายบางฉบับมีขอบเขตครอบคลุมการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อมด้วย

4.1.3 การเลือกปฏิบัติโดยตรงในบริบทของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนแอฟริกัน

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏอยู่ในมาตรา 2 ของ AfCHPR ที่มีหลักว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ได้รับรองไว้ในสนธิสัญญานี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใดๆ เช่น เชื้อชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่นใด สัญชาติ ถิ่นกำเนิด ตัวอย่างเช่น คดี Association Mauritanienne des Droits de l' Homme v. Mauritania การกักขัง ทรมาณ ฆ่า และการบังคับขู่เชี่ยชาว Mauritania ผิดสิทธิต่อรัฐบาลนั้นเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งสีผิว อันเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่สามารถยอมรับได้และฝ่าฝืนมาตรา 2 ของสนธิสัญญานี้ สำหรับคดี OMCT and others เป็นประเด็นการปฏิเสธสิทธิของบุคคลเกี่ยวกับสัญชาติด้วยเหตุที่บุคคลนั้นจัดอยู่ในกลุ่มชาติพันธุ์ จึงเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 2 หรือในคดี เกี่ยวกับการกีดกันสิทธิของบุคคลบางกลุ่มในการมีส่วนร่วมกระบวนการประชาธิปไตย เป็นการฝ่าฝืนหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ จะเห็นได้ว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตาม AfCHPR ไม่ได้มีการแบ่งแยกระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม แต่จากคดีต่างๆชี้ให้เห็นถึงการปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติกับกฎเกณฑ์หรือการกระทำของรัฐบาลที่โดยเนื้อหาและหลักการแล้วเป็นการ

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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.

ปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลด้วยเหตุเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ แหล่งกำเนิด จึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง

4.1.4 การเลือกปฏิบัติโดยตรงในบริบทของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน

สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกัน (AmCHR) มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติซึ่งจัดอยู่ในหลัก “Equality principle” หรือหลักความเท่าเทียมกัน โดยมีได้จำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 24 วางหลักว่า “บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ดังนั้น จึงมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ”⁷⁷ ทั้งนี้ IACHR อธิบายความหมายของการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกัน (Unequal treatment) ตามนัยมาตรา 24 ไว้ในคดี Carlos Garcia Saccone⁷⁸ ว่ามีความหมาย 4 นัย ได้แก่

- การปฏิเสธสิทธิของบุคคล
- การลดทอนสิทธิของบุคคลแต่ให้สิทธิในลักษณะดังกล่าวแก่บุคคลอื่น
- การกำหนดหน้าที่แก่บุคคลโดยไม่กำหนดหน้าที่นั้นแก่ผู้อื่น
- การกำหนดหน้าที่แก่บุคคลโดยกำหนดหน้าที่นั้นแก่บุคคลอื่นในลักษณะที่เข้มงวดน้อยกว่า (Less strenuously)

หากพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัตินี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับการพิจารณาตามกฎหมายสหภาพยุโรป นั่นคือ ต้องเปรียบเทียบระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการอันนำไปสู่วัตถุประสงค์ของการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น ในข้อเสนอแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของคอสตาริกา⁷⁹ IACHR อธิบายหลักการตามมาตรา 24 ว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Difference in treatment) โดยรัฐ จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ หากมีการจำแนกบุคคลบนพื้นฐานข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันและมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุผลและได้สัดส่วนระหว่างการปฏิบัติที่ต่างกับวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติดังกล่าว” แนวการพิจารณานี้ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาคดีต่างๆ เช่น ในคดี Marcelino Hanriquez et al.⁸⁰ นั้น IACHR กล่าวว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction) จะเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) เมื่อการปฏิบัตินั้นเหมือนกันหรือเปรียบเทียบกันได้ในกรณีสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน ความ

⁷⁷ 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”

⁷⁸ Carlos Garcia Saccone v. Argentina (1998)

⁷⁹ *Advisory Opinion on Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, OC-4/84, Inter-American Court of Human Rights (IACrHR), 19 January 1984

⁸⁰ Marcelino Hanriquez et al v. Argentina (2000)

แตกต่างกันไม่มีเหตุผลอันสมควร วิธีการที่นำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นไม่สมเหตุผลและไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์”

IACHR นำเอาหลัก “Weighty Reason” หรือเหตุผลที่มีน้ำหนัก ตามแนวของ ECHR มาพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ “ความแตกต่างกันในกฎหมายบนพื้นฐานของเกณฑ์ด้านสถานะบุคคล เช่น เพศ เชื้อชาติ ต้องมีการพิจารณาอย่างเข้มงวด ความเท่าเทียมทางเพศถือเป็นวัตถุประสงค์หลักประการหนึ่งในปัจจุบัน ดังนั้นจึงต้องใช้เหตุผลที่มีน้ำหนักในการพิจารณาว่าความแตกต่างนั้นอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งเพศเพียงอย่างเดียวหรือไม่”⁸¹ ผู้ร้องว่าถูกเลือกปฏิบัติตามมาตรา 24 ต้องพิสูจน์ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นไม่สมเหตุผล ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์

4.1.5 การเลือกปฏิบัติโดยตรงตามกฎหมายต่างประเทศ

นอกจากระดับของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวมาแล้ว สำหรับกฎหมายต่างประเทศที่มีการระบุถึงการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงไว้อย่างชัดเจน เช่น

กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติของ*ประเทศฟินแลนด์* (Non-Discrimination Act (1325/2014) วางหลักว่า “การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination) เกิดขึ้นเมื่อ บุคคลได้รับการปฏิบัติในลักษณะอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นซึ่งได้รับการปฏิบัติหรือจะได้รับการปฏิบัติในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ (Comparable Situation)”⁸²

สำหรับกฎหมาย*ประเทศสวีเดน* ก็ได้กำหนดการเลือกปฏิบัติโดยตรงไว้ กล่าวคือ “การที่บุคคลเกิดความเสียเปรียบจากการถูกปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นซึ่งได้รับการปฏิบัติในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ ทั้งนี้หากการเสียเปรียบนั้นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งเพศ อัตลักษณ์หรือการแสดงออกของคนข้ามเพศ เชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อ ความพิการ รสนิยมทางเพศ อายุ”⁸³

ในกรณีของประเทศแอฟริกาใต้ นั้น รัฐธรรมนูญระบุถึงการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมไว้อย่างชัดเจน แต่ไม่ได้กำหนดนิยามสำหรับการเลือกปฏิบัติทั้งสองกรณีไว้ ดังจะได้ชี้ให้เห็นในหัวข้อต่อไป อย่างไรก็ตาม กฎหมายบางประเทศอาจไม่ระบุถึงการเลือกปฏิบัติโดยตรงไว้อย่างชัดเจน เช่นตาม*กฎหมายประเทศแคนาดา* นั้น รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดจำแนกการเลือกปฏิบัติโดยตรงกับโดยอ้อมไว้ แต่ศาลสูงสุดแคนาดา ได้เคยวางหลักจำแนกระหว่าง การเลือกปฏิบัติว่าอาจเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อมดังจะได้กล่าวถึงต่อไป

⁸¹ Maria Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala. Case 11.625 del 19 de enero de (2001)

⁸² มาตรา 10, Non-Discrimination Act

⁸³ มาตรา 4, Discrimination Act

4.1.6 การเลือกปฏิบัติโดยตรงตามกฎหมายไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมิได้จำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม สำหรับกฎหมายเฉพาะฉบับต่างๆ ที่เกี่ยวข้องก็ได้กำหนดไว้ชัดเจนถึงการเลือกปฏิบัติโดยตรงกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าตามกฎหมายไทยไม่ได้มีการกำหนดนิยามหรือคำอธิบายของการเลือกปฏิบัติโดยจำแนกประเภทการเลือกปฏิบัติดังเช่นที่ปรากฏในการตีความกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศบางประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้ว สำหรับ การเลือกปฏิบัติโดยตรงตามแนวคำพิพากษาอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

หลักการเลือกปฏิบัติปรากฏจากคำพิพากษาศาลปกครอง ดังจะเห็นได้จาก การวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ คดีซึ่งมีประเด็นว่ากฎเกณฑ์ที่รัฐออกมานั้นเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ศาลปกครองอธิบายถึงการเลือกปฏิบัติไว้ใน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.8 – พ.10/2546 โดยอาจแยกเป็นสองกรณีคือ

- ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคแก่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน กรณีนี้จัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

- ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล กรณีนี้จัดว่าเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.18/2547 ก็ได้วางหลักไว้ว่า

“มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะทางบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้ ซึ่งเป็นการวางหลักการให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ โดยไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน หรือไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ”

ศาลปกครองยังได้อธิบายหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.22/2551 มีความสำคัญว่า “หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีหลักว่าจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญที่แตกต่างกันให้แตกต่างกันไป

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แนวการพิจารณาความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันก็คือ การปฏิบัติเหมือนกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกัน และการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ดังนั้น การเลือกปฏิบัติจะเกิดขึ้นเมื่อมีการปฏิบัติต่างกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน หรือ การปฏิบัติเหมือนกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกัน ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาคดีจึงต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างสาระสำคัญที่พิพาทกันว่า “เหมือนกัน” หรือไม่

ศาลปกครองมีแนววินิจฉัยโดยใช้วิธีการเปรียบเทียบผู้ฟ้องคดีที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติกับบุคคลอื่นที่อยู่ในสภาพหรือเงื่อนไข “เหมือนกัน” เช่น ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่พิจารณาเลื่อนยศให้กับตนเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยอ้างว่ากฎเกณฑ์ที่กำหนดสิทธิประโยชน์จากการออกจากราชการส่งผลให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างผู้ฟ้องคดีกับบุคคลอื่นที่อยู่ในสถานะเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองเห็นว่า แม้ผลสุดท้ายจะเกิดความแตกต่างกันระหว่างผู้ฟ้องคดีกับบุคคลอื่น แต่เมื่อเปรียบเทียบแล้วจะพบว่า ผู้ฟ้องคดีกับบุคคลอื่นนั้น ไม่อยู่ในสถานะเดียวกันหรือไม่อาจเปรียบเทียบกันได้ ทั้งนี้เนื่องจากการออกจากราชการด้วยสาเหตุคนละอย่าง ด้วยอาศัยหลักกฎหมายคนละมาตรากัน ดังนั้นจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เพราะมิใช่เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่เหมือนกัน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.185/2549) ดังนั้นจะเห็นได้ว่า กรณีนี้เกิดความแตกต่างกัน (Distinction) แต่มิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)

แม้ว่ากฎเกณฑ์ที่พิพาทจะส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างข้าราชการในตำแหน่งที่มีชื่อเรียกหรือสังกัดที่ต่างกัน แต่เมื่อพิจารณาสถานะของบุคคลที่นำมาเปรียบเทียบแล้ว อาจเป็นกรณีที่ถือได้ว่ามีลักษณะ “เหมือนกัน” ตัวอย่างเช่น คดีที่ศาลปกครองเปรียบเทียบการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่าง⁸⁴

1. ผู้ดำรงตำแหน่งรองผู้อำนวยการ สถานศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสถานศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งครูและครูผู้ช่วย รวมทั้ง ผู้ดำรงตำแหน่งในหน่วยงานสนับสนุน เช่น เจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป นักวิชาการพัสดุ เจ้าหน้าที่บันทึกข้อมูลเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง และมีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครู และบุคลากรทางการศึกษาในเขตพื้นที่การศึกษา ด้วยคุณสมบัติด้านตำแหน่ง

2. ผู้ดำรงตำแหน่งรองผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา และผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารการศึกษาขั้นพื้นฐาน เป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถเลือกตั้ง และไม่มีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ในเขตพื้นที่การศึกษา

จากการเปรียบเทียบบุคคลทั้งสองกลุ่มดังกล่าว ศาลปกครองวินิจฉัยว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจาก “ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างผู้มีสิทธิกับผู้ไม่มีสิทธิในการเลือกตั้ง และเข้ารับการ

⁸⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.17/2551

เลือกตั้ง โดยไม่เป็นธรรมและไม่มีเหตุผลอันอาจรับฟังได้ อันขัดต่อหลักความเสมอภาค ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

ในบางคดี มีประเด็นการพิจารณาแต่งตั้งเจ้าหน้าที่จากบุคคลที่อยู่ในกลุ่มแตกต่างกัน ศาลพิจารณาว่า การแบ่งกลุ่มผู้ถูกประเมินให้อยู่ต่างกลุ่มกันนั้น หากมีการประเมินโดยใช้เกณฑ์เดียวกัน ก็ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ดังจะเห็นได้จากคดีที่ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ในการประเมินแม้มีการจัดแบ่งข้าราชการออกเป็น 2 กลุ่ม ก็ตาม แต่ก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันและพิจารณาครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ทุกด้าน ซึ่งการเปรียบเทียบวัดค่าคะแนนแยกกลุ่มกันระหว่างข้าราชการระดับ 8 กับระดับ 7 ย่อมเป็นธรรมกับข้าราชการในแต่ละกลุ่มแล้ว ดังนั้น จึงเห็นว่าการประเมินผลการปฏิบัติงานในการพิจารณาแต่งตั้งครั้งนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.134/2548) จะเห็นได้ว่า กรณีนี้เป็นการประเมินบุคคลที่จัดอยู่ในสองกลุ่มอันแตกต่างกัน เพื่อดำรงตำแหน่งเดียวกัน โดยใช้เกณฑ์เหมือนกัน จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม หากมีการประเมินบุคคลสองกลุ่มที่แตกต่างกัน โดยใช้เกณฑ์ที่แตกต่างกัน เพื่อนำมาสู่การพิจารณาแต่งตั้งในตำแหน่งเดียวกัน อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้

ในกรณีการยื่นคำขอดำรงตำแหน่งหนึ่ง ซึ่งคณะกรรมการมีมติให้ผู้ขอดำรงตำแหน่งบางรายต้องทำการบางอย่าง ในขณะที่ผู้ขอดำรงตำแหน่งเดียวกันรายอื่นไม่ต้องทำนั้น ศาลเปรียบเทียบผู้ขอดำรงตำแหน่งรายอื่นเปรียบเทียบกันแล้วเห็นว่าผู้ฟ้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างในสาระสำคัญ ดังจะเห็นได้จากคดีที่ศาลตัดสินว่า “การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติเห็นชอบให้ผู้ยื่นคำขอรายอื่นซึ่งดำรงตำแหน่งในลักษณะเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีที่ยื่นคำขอในลำดับก่อนและหลังผู้ฟ้องคดี โดยมีมติให้บุคคลดังกล่าวจัดทำวิสัยทัศน์ประกอบการพิจารณาแต่อย่างใด กรณีจึงเห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันให้แตกต่างกันในสาระสำคัญ อันเป็นการเลือกปฏิบัติ” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.41/2552)

สำหรับประเด็นปัญหาว่า บุคคลคนเดียวกันได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันจากกฎเกณฑ์หรือคำสั่งทางปกครอง จะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่นั้น ศาลพิจารณาคำสั่งแต่ละกรณีว่าอยู่ภายใต้เงื่อนไขและปัจจัยที่เหมือนกันหรือไม่ ดังตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.61/2551 ศาลตัดสินว่า “การลงโทษผู้ฟ้องคดีทั้งสองกรณีเกิดจากมูลเหตุต่างกัน การที่ผู้ถูกฟ้องคดี ได้มีคำสั่งที่ 45/2545 ลงทัณฑ์กักขังจึงเป็นคำสั่งไม่เข้าซ้อนกับคำสั่งกล่าวตักเตือน ประกอบกับกรณีดังกล่าวเป็นไปตามระดับทัณฑ์มาตรฐาน ซึ่งผู้บังคับบัญชาได้กำหนดไว้ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวลงทัณฑ์ข้าราชการรายอื่นที่มีความบกพร่องในลักษณะเดียวกันนี้มาแล้ว กรณีจึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม”

สำหรับกรณีการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยสาเหตุของวุฒิการศึกษานั้น มักจะเกิดขึ้นในมิติของการจ้างแรงงาน เช่น กรณีปัญหาว่า บุคคลที่จบการศึกษาปริญญาตรีโดยไม่ได้รับเกียรตินิยม กับ บุคคลที่จบการศึกษาปริญญาตรีเกียรติยมนั้น เป็นบุคคลที่ “เหมือนกัน” หรือไม่ หากพิจารณาว่าเป็นบุคคลที่เหมือนกัน ก็จะส่งผลต่อไปว่า กฎที่ให้สิทธิแก่บุคคลทั้งสองแตกต่างกัน จะเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่หากพิจารณาว่าเป็นบุคคลที่แตกต่างกัน ก็อาจทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ ในประเด็นนี้ศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า บุคคลทั้งสองกลุ่มนั้น “เหมือนกัน” ดังนั้น กฎที่ส่งผลให้บุคคลทั้งสองกลุ่มได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน จึงเป็นการเลือกปฏิบัติ ศาลได้อธิบายไว้ว่า

“... โดยที่ระบบการศึกษาของสถาบันการศึกษาของรัฐหรือเอกชนในประเทศไทย ไม่ได้มีการจัดแยกหลักสูตรระหว่างหลักสูตรปริญญาตรีเกียรตินิยมกับหลักสูตรปริญญาตรีธรรมดา กล่าวคือ ผู้ที่สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมหรือสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยมจะต้องผ่านการการศึกษาในวิชาการต่างๆ ที่สถาบันศึกษากำหนด และผ่านการทดสอบและรับรองว่าได้สำเร็จการศึกษาเล่าเรียนมาครบถ้วนตามหลักสูตรที่กำหนดไว้ และจะต้องได้รับคะแนนไม่ต่ำกว่ามาตรฐานที่สถาบันการศึกษานั้นๆ กำหนดเหมือนกัน เพียงแต่ผู้ที่มีคะแนนสูงในระดับหนึ่งและผ่านเงื่อนไขที่สถาบันการศึกษาแต่ละแห่งกำหนด เช่น ไม่เคยสอบตกในวิชาใดวิชาหนึ่ง เป็นต้น ก็จะได้รับยกย่องด้วยการให้เกียรตินิยมแต่ยังคงถือว่าบุคคลดังกล่าวมีความรู้หรือมีวุฒิในสาขาวิชาการที่สำเร็จมาเช่นเดียวกับบุคคลที่ไม่ได้รับเกียรตินิยม จึงถือว่าผู้ที่สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรีสาขาใดก็ย่อมมีศักดิ์ และสิทธิเสมอกัน ไม่ว่าจะได้รับปริญญาเกียรตินิยมหรือไม่ได้รับเกียรตินิยมก็ตาม ทั้งบุคคลที่ไม่ได้รับเกียรตินิยมก็สามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการได้เช่นเดียวกับผู้ได้รับเกียรตินิยม ดังนั้น มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่กำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมโดยถือว่าเป็นวุฒิที่ใช้ในการคัดเลือก จึงเป็นการให้สิทธิเหนือกว่าหรือดีกว่าผู้ที่ได้รับปริญญาตรีในสาขาเดียวกันแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยม ทั้งๆ ที่ได้รับวุฒิอย่างเดียวกัน ซึ่งมีศักดิ์และสิทธิที่สถาบันการศึกษารับรองเช่นเดียวกัน มติดังกล่าวจึงเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.158/2550) เช่นเดียวกับ คำพิพากษาที่ตัดสินว่า “การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาถือเป็นเหตุพิเศษที่จะให้ได้รับสิทธิคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันนั้น เห็นว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.379/2550)

จากแนวคำพิพากษาคดีดังกล่าว เมื่อนำมาพิจารณากรณีข้อเท็จจริงที่มีปัญหาว่า การรับสมัครงานโดยรับเฉพาะผู้จบการศึกษาจากสถาบันการศึกษาบางแห่งเท่านั้นเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ทั้งนี้เพราะจากกรณีดังกล่าว ผู้จบการศึกษาจากสถาบันการศึกษอื่นในสาขาและคุณวุฒิเหมือนกันไม่สามารถสมัครได้ หากเทียบเคียงกับคำพิพากษาข้างต้นจะเห็นได้ว่า กรณีเช่นนี้ก็เป็นกรปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่ “เหมือนกัน” เนื่องจากมีคุณวุฒิเช่นเดียวกันไม่ว่าจะจบการศึกษาจากสถาบันใด

การเปรียบเทียบผู้ถูกเลือกปฏิบัติจะต้องพิจารณาความแตกต่างในรายละเอียดด้วย เช่น การปฏิบัติต่อผู้ที่จบการศึกษาจากประเทศหนึ่งในลักษณะด้อยกว่าอีกประเทศหนึ่ง โดยทั่วไปแล้วเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่หากการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวนี้มิได้เกิดจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ โดยข้อเท็จจริงแสดงว่ามีเหตุหรือปัจจัยอื่นเข้ามาประกอบทำให้เกิดความแตกต่าง กรณีนั้นก็จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น คดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับ หลักเกณฑ์ในการรับรองคุณวุฒิกำหนดเงินเดือนและระดับให้แก่ผู้มีคุณวุฒิจากต่างประเทศ ส่งผลให้ผู้จบการศึกษาจากประเทศอินเดียได้รับอัตราเงินเดือนต่ำกว่าผู้จบการศึกษาด้วยคุณวุฒิเดียวกันจากประเทศอื่น กรณีนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด ฯลฯ อย่างไรก็ตาม มีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวมิได้มุ่งใช้กับผู้จบการศึกษาจากประเทศใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการวางหลักเกณฑ์จากระยะเวลาการศึกษา กล่าวคือไม่ว่าผู้จบการศึกษานั้นจะจบจากประเทศใด ก็อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่พิจารณาจากระยะเวลาดูด้วยกันทั้งสิ้น คดีนี้ ศาลเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทในประเทศอินเดีย ซึ่งใช้เวลาในการศึกษาน้อยกว่าผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทในประเทศ

ไทยหนึ่งปี เมื่อจำนวนปีการศึกษาของประเทศอินเดียน้อยกว่าประเทศไทย ย่อมทำให้เนื้อหาของหลักสูตรและการประเมินความรู้แตกต่างกันด้วย ผู้ถูกฟ้องคดี จึงกำหนดอัตราเงินเดือนของผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทจากประเทศอินเดียไว้ต่ำกว่าผู้ที่จบการศึกษาระดับปริญญาโทจากประเทศไทย 1 ชั้น ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาคุณวุฒิที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดนี้ มิได้ใช้เฉพาะแต่ในประเทศอินเดียเท่านั้น แต่ยังใช้กับประเทศอื่นๆ ที่มีระยะเวลาการศึกษาตามที่หลักสูตรกำหนดน้อยกว่าประเทศไทยด้วย เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.299/2551)

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกัน จะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่นั้น ต้องนำปัจจัยต่างๆ ในรายละเอียดของการปฏิบัตินั้นมาพิจารณาด้วย

นอกจากการเปรียบเทียบระหว่างบุคคลคนหนึ่งกับบุคคลอีกคนหนึ่งที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าบุคคลทั้งสอง “เหมือนกัน” แล้ว ยังพบว่าศาลได้เปรียบเทียบข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่ “เหมือนกัน” ซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลคนเดียวกันด้วย เช่น ศาลปกครองเปรียบเทียบการปฏิบัติในการจัดซื้อจัดจ้างที่ผู้ถูกฟ้องเคยปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีในการประกวดราคาครั้งก่อนๆ กับครั้งที่พิพาท และเห็นว่า ในการประกวดราคาครั้งที่พิพาทนี้ไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงที่ต่างกัน (เป็นกรณีข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน แต่เกิดการปฏิบัติแตกต่างกัน) จึงตัดสินว่าผู้ถูกฟ้องคดีเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.154/2547)

ในบางคดีที่มีประเด็นการกำหนดเงินค่าทดแทนที่ดินแก่ผู้ถูกเวนคืนแตกต่างกัน ปัจจัยที่นำมาเปรียบเทียบคือ ที่ดินที่อยู่ติดขอยส่วนบุคคลเช่นเดียวกันและมีสภาพที่ดินคล้ายกับที่ดินของผู้ฟ้องคดี ซึ่งคณะกรรมการกำหนดค่าทดแทนมากกว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองให้ผู้ถูกฟ้องคดี วินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีใหม่ในราคาที่เป็นธรรมใกล้เคียงกับที่ดินที่อยู่ในบริเวณเดียวกัน (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1272/2545)

ในกรณีที่สาระสำคัญของเรื่องนั้นๆ มีความแตกต่างกัน ก็อาจมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ เช่น ผู้ฟ้องคดีเข้าครอบครองที่ดินในพื้นที่เขตชลประทานโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมาย กรณีจึงไม่อาจเปรียบเทียบกับบุคคลผู้มีสิทธิดังกล่าวซึ่งกฎหมายรับรองได้การที่ได้รับการปฏิบัติจากทางราชการจึงย่อมแตกต่างกัน กรณีจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่พิจารณาจ่ายค่าทดแทนต้นไม้และบ่อน้ำให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.497/2551) ในทางกลับกัน หากสาระสำคัญของเรื่องนั้นๆ เหมือนกัน การปฏิบัติที่แตกต่างจะขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ เช่น สาระสำคัญของกรณีนี้คือ ผู้ครอบครองที่ดินทั้ง 54 รายซึ่งถูกเวนคืนที่ดิน ดังนั้นการแบ่งกลุ่มบุคคลดังกล่าวออกเป็นสองกลุ่มและวางหลักเกณฑ์ให้ค่าทดแทนแตกต่างกันจึงเป็นการปฏิบัติต่อสาระสำคัญที่เหมือนกัน ให้เกิดความแตกต่างกัน จึงขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.22/2551)

โดยสรุปแล้วพบว่า แนวการพิจารณาความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันก็คือ การปฏิบัติเหมือนกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกัน และ การปฏิบัติที่แตกต่างต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ดังนั้น หากมีการปฏิบัติต่างกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกัน หรือ การปฏิบัติเหมือนกันต่อสิ่งที่มี

สาระสำคัญแตกต่างกัน ก็จัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน การพิจารณาเช่นนี้ สอดคล้องกับหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรง

4.2 การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination)

แนวคิดและหลักการของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมจะแตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมีองค์ประกอบสำคัญสองประการ ได้แก่

ประการแรก กฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นเมื่อพิจารณาภายนอกโดยทั่วไปแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นกลาง (Neutral on Its Face / Facially Neutral) กล่าวคือ ไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่กฎเกณฑ์นั้นส่งผลกระทบในทางปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างกัน (Differential Impact) ระหว่างบุคคลบางกลุ่มโดยทำให้บุคคลบางกลุ่มนั้นถูกปฏิบัติในลักษณะเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าหรือถูกกีดกันสิทธิบางประการ

ประการที่สอง กฎเกณฑ์ที่พิพาทซึ่งมีลักษณะเป็นกลางนั้น ไม่มีเหตุผลรองรับ (Justification) ที่สมเหตุสมผลและได้สัดส่วน (Reasonable and Proportional)

ในการพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของกฎเกณฑ์ จะต้องมีการชั่งน้ำหนักเหตุผลของกฎเกณฑ์นั้น เทียบกับผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลที่เกิดขึ้นจากกฎเกณฑ์ดังกล่าว โดยพิจารณาปัจจัยต่างๆ เช่น จำนวนคนที่ได้รับผลกระทบในเชิงเสียเปรียบและระดับความเสียเปรียบที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาว่ามีทางเลือกอื่นหรือวิธีการอื่นหรือไม่ที่อาจนำมาใช้เพื่อบรรลุดูวัตถุประสงค์ของกฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้น

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรงจะเห็นว่าโดยทั่วไปแล้วการเลือกปฏิบัติโดยตรงจะเห็นได้ชัดเจนกว่าเพราะมีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ในขณะที่กรณีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั้น บุคคลทุกกลุ่มที่แตกต่างกันได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ในการพิสูจน์ถึงการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั้นจะเกี่ยวข้องกับการแสดงให้เห็นว่า กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นกลางนั้นส่งผลกระทบในทางลบต่อกลุ่มต่างๆ อย่างไร โดยแห่งการปฏิบัติที่ต่างกันนั้นเกี่ยวข้องกับเรื่องเชื้อชาติ สีผิว ฯลฯ และส่งผลกระทบในทางลบต่อกลุ่มบางกลุ่ม เช่น กำหนดกฎเกณฑ์คุณสมบัติเพื่อให้ได้สิทธิหรือผลประโยชน์บางอย่าง ซึ่งแม้ว่าเป็นเกณฑ์ที่ใช้สำหรับบุคคลทุกกลุ่มแต่จากเงื่อนไขที่กำหนดส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มไม่สามารถเข้าถึงหรือได้รับสิทธินั้น เป็นต้น สำหรับการพิสูจน์นั้นอาจต้องใช้สถิติเพื่อระบุผลกระทบของมาตรการหรือกฎเกณฑ์นั้นต่อกลุ่มที่ต่างกัน

4.2.1 การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมในบริบทของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ

เมื่อพิจารณาตาม ICCPR มาตรา 2 และ 26 ประกอบกับความเห็นทั่วไปของ HRC (General comment No. 18) จะเห็นได้ว่าหลักการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมทั้งการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมสำหรับสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนอื่นเช่น ICERD และ CEDAW นั้นก็สะท้อนหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเช่นกัน

ข้อแนะนำของ CERD General Recommendation 14⁸⁵ อธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้ว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (differentiation of treatment) จะไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หากพิจารณาการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของสนธิสัญญาแล้วมีความชอบธรรมหรือตกอยู่ในขอบเขตมาตรา 1 ย่อหน้า 4 ของสนธิสัญญานี้ ในการพิจารณานั้น คณะกรรมการยอมรับว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งอาจมีวัตถุประสงค์หลากหลาย ดังนั้นในการวินิจฉัยว่าการปฏิบัติอันหนึ่งส่งผลขัดแย้งต่อหลักการตามสนธิสัญญาหรือไม่นั้น คณะกรรมการจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอันไม่สามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable desperate impact) ต่อบุคคลที่ถูกจำแนกความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สัญชาติ ถิ่นกำเนิด” กล่าวคือ การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction) อันขัดแย้งต่อสนธิสัญญานี้เกิดขึ้น “หากมีวัตถุประสงค์หรือผลประทบ (purpose or effect) ให้เสียสิทธิหรือเสรีภาพบางประการ ดังนั้นรัฐสมาชิกมีพันธกรณีในอันที่จะต้องยกเลิกกฎหมายหรือการปฏิบัติใดๆ อันส่งผลกระทบต่อทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ โดยในการพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องพิจารณาว่ามีผลกระทบที่ไม่เป็นธรรมหรือปราศจากเหตุอันสมควรหรือไม่”⁸⁶ จะเห็นได้ว่าแม้ความเห็นทั่วไปนี้ได้กล่าวโดยชัดเจนถึงการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) แต่จากที่อธิบายว่า “การกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอันไม่สามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable desperate impact)” สะท้อนให้เห็นปัจจัยการพิจารณาในแง่ “ผลกระทบ” (Effect) ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติที่อาจเกิดมิได้บนพื้นฐานของการสร้างผลกระทบในทางลบให้เกิดขึ้นจากกฎเกณฑ์ที่โดยทั่วไปแล้วใช้กับบุคคลทุกกลุ่มแต่ส่งผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุเชื้อชาติ ในคดี *L. R. et al. v. Slovakia*⁸⁷ คณะกรรมการอธิบายว่า ตามความหมายของการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาตินั้นมีขอบเขตกว้างกว่ามาตรการที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติอย่างชัดแจ้ง (Explicitly discrimination) แต่ครอบคลุมมาตรการซึ่งมิได้เลือกปฏิบัติโดยสภาพภายนอกแต่ส่งผลของการเลือกปฏิบัติในทางปฏิบัติและในเชิงผลกระทบ (discriminatory in fact and in effect) ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม”

⁸⁵ CERD General Recommendation 14 (Art. 2, para. 1: Definition of discrimination)

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ *L. R. et al. v. Slovakia*, Communication No. 31/2003, U.N. Doc. CERD/C/66/D/31/2003 (2005).

ความเห็นทั่วไป (General comment) ของกลไกตามสนธิสัญญา ICESCR⁸⁸ ได้อธิบายโดยจำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ

“การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation treatment) ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม อาจเข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติภายใต้มาตรา 2 ของสนธิสัญญานี้

การเลือกปฏิบัติโดยตรง เกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การจ้างงานในสถาบันการศึกษาหรือการสมัครสมาชิกในสหภาพการค่าน้อยอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็นทางการเมืองของลูกจ้างหรือผู้สมัคร การเลือกปฏิบัติทางตรงรวมถึงการกระทำที่ส่งผลร้ายหรือการละเว้นการกระทำบางอย่างบนพื้นฐานจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเมื่อไม่มีสถานการณ์เหมือนกันให้เปรียบเทียบได้

การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม เป็นกรณีที่กฎหมาย นโยบาย การปฏิบัติ ซึ่งโดยสภาพทั่วไปภายนอกแล้วมีลักษณะเป็นกลาง แต่ส่งผลกระทบในทางลบต่อการใช้สิทธิตามสนธิสัญญานี้บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การกำหนดให้การสมัครเข้าเรียนในโรงเรียนต้องใช้ใบสูติบัตร ส่งผลกระทบเป็นการเลือกปฏิบัติต่อชนกลุ่มน้อยหรือผู้ไม่มีสัญชาตินั้นหรือผู้ซึ่งถูกปฏิเสธการออกสูติบัตร ทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่มีสิทธิได้รับการศึกษา”

จะเห็นได้ว่าความเห็นทั่วไปนี้มีการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองประเภทอย่างชัดเจน รวมทั้งอธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติทั้งสองด้วย

นอกจากนี้ในความเห็นทั่วไปเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตาม ICESCR นั้น CESCR อธิบายว่า⁸⁹ “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเกิดขึ้นเมื่อกฎหมาย นโยบาย หรือโปรแกรม มิได้ปรากฏให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติ แต่มีผลในเชิงเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นเมื่อนำกฎหมาย นโยบาย หรือโปรแกรมนั้นไปทำให้เกิดผลในทางปฏิบัติ เช่น กฎหมายที่เป็นกลางทางเพศ (Gender-neutral law) ที่มีขอบเขตใช้บังคับกับทั้งหญิงและชาย แต่ส่งผลทำให้ผู้หญิงไม่สามารถเข้าถึงหรือได้รับสิทธิบางอย่างที่กำหนดขึ้นในทางปฏิบัติเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ชาย”

⁸⁸ 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)

⁸⁹ 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.

สำหรับ ICCPR นั้น มีคดีที่แสดงให้เห็นถึงหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมที่สำคัญคือ

คดี *Singh Bhinder v. Canada*⁹⁰ เป็นกรณีที่ผู้ร้องถูกเลิกจ้างเพราะไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ด้านความปลอดภัยในการทำงานที่รัฐบาลแคนาดากำหนดขึ้นโดยไม่ยอมสวมหมวกนิรภัยขณะปฏิบัติงาน อย่างไรก็ตาม ผู้ร้องอ้างว่าตามหลักศาสนา (Sikh religion) ต้องโพกผ้าคลุมศีรษะ ซึ่งเป็นการแสดงออกถึงความเชื่อทางศาสนาอันได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 18 ของ ICCPR นอกจากนี้ยังโต้แย้งว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่มีเหตุผลอันสมควรและไม่มีความจำเป็นในการปกป้องความปลอดภัยของสาธารณะ เพราะความเสี่ยงจากการไม่ปฏิบัติตามกฎเพื่อความปลอดภัยดังกล่าวหากมีขึ้นก็จำกัดเฉพาะที่ตัวเขาเท่านั้น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดาเห็นว่าการละเมิดสิทธิตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดาเนื่องจากปฏิเสธการจ้างงานด้วยเหตุแห่งศาสนา อย่างไรก็ตามศาลไม่เห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนโดยอ้างว่ารัฐธรรมนูญแคนาดานั้นห้ามเฉพาะการเลือกปฏิบัติโดยตรงและมีเจตนาเท่านั้น (Direct and intentional discrimination) ศาลสูงสุดยืนตามคำตัดสินดังกล่าว

ในการพิจารณาของ HRC รัฐบาลแคนาดาอ้างว่าผู้ร้องมิได้ถูกเลิกจ้างเพราะศาสนาแต่เป็นเพราะปฏิเสธในการปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นกลางโดยสภาพ (Neutral legal requirement) ซึ่งตราขึ้นโดยมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายและใช้บังคับกับบุคคลทุกคนโดยไม่เลือกหรือเจาะจงกับกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ดังนั้นจึงไม่ละเมิดต่อมาตรา 18 ของ ICCPR ในประเด็นนี้คณะกรรมการเห็นว่า ตามมาตรา 18 และมาตรา 26 ของ ICCPR นั้น ครอบคลุมถึงมาตรการที่โดยสภาพภายนอกแล้วมีความเป็นกลางกล่าวคือใช้บังคับกับบุคคลทุกคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ สำหรับกฎเกณฑ์เพื่อความปลอดภัยนี้ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติในทางพฤตินัย (Discrimination de facto) ต่อผู้นับถือศาสนา Sikh ตามมาตรา 26 อย่างไรก็ตาม HRC เห็นว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควรและมุ่งต่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามเงื่อนไขของมาตรา 18 จึงไม่เป็นการฝ่าฝืน ICCPR

จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า แม้ผลสุดท้ายกฎเกณฑ์ของแคนาดาจะไม่ฝ่าฝืนต่อ ICCPR แต่ก็ยังเป็นเพราะกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควร ซึ่งเปรียบเทียบกับคดีอื่นๆ เช่น คดี *Althammer v. Austria*⁹¹ เป็นกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติโดยรัฐยกเลิกผลประโยชน์เกี่ยวกับที่อยู่อาศัย ซึ่งผู้ร้องเห็นว่าทำให้ตนเสียเปรียบเมื่อเปรียบเทียบกับคนที่ยังทำงานอยู่ กรณีนี้นอกจากเหตุผลว่าการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตาม ICCPR จะต้องอยู่บนพื้นฐานเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 แล้ว ผู้ร้องยังไม่สามารถแสดงให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักเหตุผลและความได้สัดส่วน ดังนั้น HRC จึงเห็นว่ามาตรการดังกล่าวมีเหตุผลสมควรจึงไม่ใช่การเลือกปฏิบัติ

แต่โดยหลักแล้ว ในคดี *Singh Bhinder v. Canada* นั้น HRC เห็นไปในทิศทางเดียวกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดาและเห็นด้วยกับข้ออ้างของผู้ร้องที่ว่ามาตรการดังกล่าวแม้ว่าใช้บังคับ

⁹⁰ *Singh Bhinder v. Canada* (208/86)

⁹¹ *Althammer v. Austria* (UNHRC Comm. No. 998/2001)

กับทุกคน แต่ส่งผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการแสดงออกซึ่งความเชื่อทางศาสนาผ่านการสวมผ้าคลุมศีรษะ มาตรการดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมหรือที่ HRC เรียกว่าการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้รับการตีความว่าอยู่ในขอบเขตของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

4.2.2 การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมในบริบทของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนของยุโรป

ในบริบทของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) นั้น การพิจารณาของ ECtHR ในคดี *Abdulaziz Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*⁹² ชี้ให้เห็นว่า ECHR ไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม เพราะตัดสินว่าผู้ร้องไม่สามารถแสดงให้เห็นว่ากฎการเข้าเมืองซึ่งส่งผล (Effect) ให้เกิดการจำกัดการเข้าเมืองของบุคคลจากบางภูมิภาคนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สำหรับคดี *Hugh Jordan v. The United Kingdom*⁹³ นั้น ECtHR ตัดสินว่าการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมอยู่ในขอบเขตของ ECHR โดยอธิบายว่า “เมื่อนโยบายหรือมาตรการที่มีเนื้อหาเป็นการทั่วไป แต่ส่งผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่ม นโยบายหรือมาตรการนั้นอาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้แม้ว่าไม่มุ่งเจาะจงต่อบุคคลกลุ่มนั้นก็ตาม” ในคดีนี้ผู้ร้องอ้างข้อเท็จจริงว่าคนส่วนใหญ่ที่ถูกฆ่าโดยกองกำลังของสหราชอาณาจักรนั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มศาสนา แสดงว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยใช้กำลังและขาดการเข้าถึงการเยียวยาทางกฎหมายสำหรับคนบางกลุ่มในสังคม ในคดี *Zarb Adami v. Malta*⁹⁴ วางหลักสำคัญว่า การเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดจากตัวมาตรการหรือตัวกฎหมายเท่านั้น แต่ยังอาจเกิดจากสถานการณ์ตามความเป็นจริงหรือโดยพฤตินัย (De Facto) ดังนั้น เมื่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้จำแนกความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเพศ แต่ข้อมูลสถิติพิสูจน์ว่าเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบเพราะเหตุแห่งเพศ (ลูกขุนที่เป็นชายมีจำนวนมากกว่าหญิง) จึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างชายและหญิงซึ่งขัดแย้งกับมาตรา 14 และมาตรา 4 (3) (d)

การดำเนินคดีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสหภาพยุโรปที่มีประเด็นเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐอันกระทบต่อสิทธิพลเมือง เช่น สิทธิในชีวิต ของกลุ่มเชื้อชาติบางกลุ่ม⁹⁵ ในหลายคดี ผู้ร้องไม่สามารถพิสูจน์ถึงว่าการกระทำที่กล่าวอ้างนั้นมีเจตนาโดยตรงในการเลือกปฏิบัติ (Intent to Directly Discrimination)⁹⁶ อย่างไรก็ตาม ในคดี *Nachova and Others v. Bulgaria* มีการวางแผนวินิจฉัยว่าหากมีข้อเท็จจริงแสดงถึงมูลเหตุจูงใจของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติแล้ว ภาระพิสูจน์จะตกแก่รัฐที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นไม่มีแรงจูงใจหรือมูลเหตุที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ข้อเท็จจริง

⁹² *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. UK* (Application nos. 9214/80; 9473/81; 9474/81)

⁹³ *Hugh Jordan v. United Kingdom* (Application no. 24746/94)

⁹⁴ *Zarb Adami v. Malta*, 44 EHRR 3, IHRL 3192 (ECHR 2006)

⁹⁵ Right to life ในมาตรา 2 ประกอบกับมาตรา 14 ของ ECHR

⁹⁶ *Angelova v. Bulgaria, Velikova v. Bulgaria*

คดีนี้เกี่ยวข้องกับชายชาวโรมา (Roma) สองคนซึ่งถูกยิงเสียชีวิตขณะต่อสู้กับกองกำลังตำรวจในการใช้กำลังเข้าจับกุม⁹⁷ โดยในระหว่างเหตุการณ์ เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นคนวิสามัญผู้ต้องหาได้ทำการตะโกนออกมาว่า “แกเป็นพวกยิปซีชั่วร้าย (You Damn Gypsies)” ทั้งนี้ ECtHR พบว่ารัฐได้ละเมิดสิทธิในชีวิต (Right to Life) ของผู้ต้องสงสัย (มาตรา 2 ของ ECHR) อีกทั้งเป็นความผิดพลาดในการทำการสืบสวนอย่างเพียงพอของการเสียชีวิต ซึ่งถือเป็นข้อบกพร่องในการสืบสวน และเท่ากับว่าเป็นการละเมิดมาตรา 2 ร่วมกับสิทธิจากการไม่ถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากรัฐมีหน้าที่ในการทำการสืบสวนแรงจูงใจพิเศษที่อาจทำให้เกิดซึ่งการเลือกปฏิบัติ

นอกจาก ECHR แล้ว กฎหมายสหภาพยุโรปก็มีการยอมรับหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเช่นกัน อาจกล่าวได้ว่า ทั้ง ECHR และ EU law ตระหนักว่าการเลือกปฏิบัติอาจจะเป็นได้เป็นผลจากการปฏิบัติที่แตกต่างกับบุคคลที่อยู่ในสถานภาพเดียวกัน แต่กฎเกณฑ์ มาตรการที่พิจารณาจากเนื้อหาแล้วมีความเท่าเทียมกัน แต่เป็นการกำหนดความเท่าเทียมกันให้กับบุคคลที่อยู่ในสถานภาพแตกต่างกันด้วย จึงพิจารณาได้ว่าเป็น การเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) กล่าวคือ แม้ว่าการปฏิบัตินั้นไม่ได้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ผลกระทบของการปฏิบัติทำให้เกิดความแตกต่างกันขึ้น ซึ่งผู้ถูกปฏิบัติจะรู้สึกถึงความแตกต่าง โดยกฎหมายสหภาพยุโรปเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันทางเชื้อชาติ⁹⁸ วางหลักว่า การเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) จะเกิดขึ้นเมื่อมีกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเนื้อหาเป็นกลาง (Neutral Provision) ซึ่งเกณฑ์หรือการปฏิบัติ (Criterion or Practice) จะใช้เชื้อชาติหรือชาติพันธุ์ (Racial or Ethnic Origin) ของบุคคล ซึ่งมีข้อเสียเปรียบโดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอื่น⁹⁹ โดย ECHR ได้กล่าวถึงความหมายของการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) ในการพิจารณาตัดสินหลายคดีว่าเป็นความแตกต่างในการปฏิบัติซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของผลกระทบจากความเสียเปรียบอย่างไม่ได้สัดส่วน (Disproportionately Prejudicial Effects) ของนโยบายทั่วไปหรือมาตรการซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติเฉพาะกลุ่ม (Discriminates Against a Group)¹⁰⁰

ในบางกรณีกฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นไม่ระบุการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งเพศ แต่ผลที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของกฎเกณฑ์นั้นทำให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบอีกกลุ่มหนึ่งด้วยเหตุแห่งเพศ เช่น คดี Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main ในกรณีนี้การคำนวณเงินที่จะได้รับหลังการเกษียณอายุมีการใช้อัตราการคำนวณที่ต่างกันระหว่างลูกจ้างที่ทำงานแบบไม่เต็มเวลา (Part-Time Employees) และลูกจ้างที่ทำงานแบบเต็มเวลา (Full-Time Employees)¹⁰¹ โดยอัตราที่ต่างกันนั้นไม่ได้ขึ้นกับความ

⁹⁷ ECtHR, *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC] (Nos. 43577/98 and 43579/98), 6 July 2005.

⁹⁸ Article 2(2)(b) ของ the Racial Equality Directive

⁹⁹ Similarly: *Employment Equality Directive*, Article 2(2)(b); *Gender Equality Directive (Recast)*, Article 2(1)(b); *Gender Goods and Services Directive*, Article 2(b).

¹⁰⁰ ECtHR, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC] (No. 57325/00), 13 November 2007, para. 184; ECtHR, *Opuz v. Turkey* (No. 33401/02), 9 June 2009, para. 183; ECtHR, *Zarb Adam v. Malta* (No. 17209/02), 20 June 2006, para. 80.

¹⁰¹ *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, 23 October 2003.

แตกต่างของเวลาที่ใช้ในการปฏิบัติงาน ทั้งนี้ลูกจ้างที่ทำงานแบบไม่เต็มเวลา (Part-Time Employees) จะได้รับเงินหลังเกษียณน้อยกว่าลูกจ้างที่ทำงานแบบเต็มเวลา (Full-Time Employees) ซึ่งเมื่อพิจารณาช่วงเวลาของการให้บริการ (Length of Service) แล้วนั้นลูกจ้างที่ทำงานแบบไม่เต็มเวลา (Part-Time Employees) ย่อมได้รับเงินน้อยกว่าลูกจ้างที่ทำงานแบบเต็มเวลา (Full-Time Employees) โดยเกณฑ์กลางของการคำนวณเงินหลังเกษียณนี้มีผลให้ใช้กับลูกจ้างชั่วคราวทั้งหมด แม้ว่าประมาณ 80% ของลูกจ้างที่ทำงานแบบไม่เต็มเวลา (Part-Time Employees) จะเป็นผู้หญิงแต่ผลกระทบที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของเกณฑ์คำนวณนี้ก็ทำให้เกิดความไม่เหมาะสมในสัดส่วนที่เป็นเชิงลบต่อผู้หญิงเมื่อเทียบกับผู้ชาย

ในคดี *D.H. and Others v. the Czech Republic Case* ได้มีการใช้ชุดทดสอบในการวัดระดับสติปัญญาและความเหมาะสมของนักเรียนเพื่อที่ใช้ในการพิจารณาว่าผู้ทดสอบต้องออกจากการศึกษาหลักเพื่อไปอยู่ในโรงเรียนพิเศษ¹⁰² ซึ่งโรงเรียนพิเศษเหล่านี้ได้ถูกออกแบบโดยเฉพาะสำหรับนักเรียนที่มีความทุพพลภาพด้านสติปัญญา (Intellectual Disabilities) และมีความลำบากในการเรียนรู้ (Learning Difficulty) โดยการทดสอบเดียวกันนี้ได้ถูกนำไปใช้กับนักเรียนทั้งหมดผู้ซึ่งถูกพิจารณาว่าควรจะต้องไปอยู่ในโรงเรียนพิเศษ อย่างไรก็ตามในความจริงแล้วปรากฏข้อเท็จจริงว่า การทดสอบได้ถูกออกแบบเพื่อใช้ทั่วไปในกลุ่มสังคมที่มีประชากรบางเชื้อชาติอาศัยอยู่เป็นส่วนใหญ่ ซึ่งผลที่เกิดขึ้นตามมาคือนักเรียนบางเชื้อชาติซึ่งคือชาวโรมา (Roma) มีแนวโน้มที่จะทำผลทดสอบออกมาได้ไม่ดี (ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่พวกเขาได้ทำ) โดยประมาณ 50% ถึง 90% ของเด็กชาวโรมา (Roma) ถูกให้ไปศึกษานอกระบบการศึกษาหลัก ทั้งนี้ ECtHR ได้พบว่าในกรณีนี้เป็นกรณีของการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) โดยอธิบายว่า “มาตรการซึ่งส่งผลให้เกิดการเสียเปรียบอย่างไม่ได้สัดส่วน” (Disproportionately Prejudicial Effect) ต่อบุคคลบางกลุ่มนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมแม้ว่าจะไม่มีเจตนาเลือกปฏิบัติ (Discriminatory Intent) ก็ตาม”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายสหภาพยุโรปครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ซึ่งปรากฏในกรณีที่กฎเกณฑ์ มาตรการ หรือการกระทำที่พิพาทนั้น โดยสภาพหรือเนื้อหาทั่วไปมิได้เลือกปฏิบัติต่อกลุ่มใด แต่เมื่อพิจารณาถึงผลหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกฎเกณฑ์ มาตรการ หรือการกระทำเหล่านั้น โดยอาจเห็นได้จากข้อมูลสถิติ แล้วพบว่าทำให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบ ดังที่ในคำตัดสินเรียกว่า “ส่งผลให้เกิดการเสียเปรียบอย่างไม่ได้สัดส่วน” (Disproportionately Prejudicial Effect)” ก็ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมหรือการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย (De Facto Discrimination)

¹⁰² ECtHR, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC] (No. 57325/00), 13 November 2007, para. 79.

4.2.3 การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมตามกฎหมายต่างประเทศ

การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมยังปรากฏในกฎหมายของต่างประเทศ ดังจะได้ชี้ให้เห็นต่อไปนี้

4.2.3.1 ประเทศแคนาดา

กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของแคนาดาที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมอาจจำแนกพิจารณาทั้งในระดับรัฐบาลกลาง และ ระดับมลรัฐ สำหรับในระดับรัฐบาลกลางจะได้ชี้ให้เห็นถึงหลักการตามรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้

รัฐธรรมนูญแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) มาตรา 15 วางหลักไว้ว่า

(1) บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

(2) ความใน (1) ไม่ใช้กับกรณีที่ กฎหมาย โปรแกรม หรือกิจกรรมใดซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่ภายใต้สภาวะหรือเงื่อนไขที่เสียเปรียบ ด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดจำแนกการเลือกปฏิบัติโดยตรงกับโดยอ้อมไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดแคนาดา ได้เคยวางหลักจำแนกระหว่าง การเลือกปฏิบัติว่าอาจเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อม ทั้งนี้ ในคดี Ontario (Human Rights Commission) and O'Malley v. Simpsons Sears Ltd.¹⁰³ ศาลได้วางหลักว่า

“การเลือกปฏิบัติโดยตรงเกิดขึ้นสัมพันธ์กับการที่นายจ้างกำหนดแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายห้าม เช่น “ไม่จ้างผู้นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือไม่จ้างคนผิวสีเข้าทำงาน”

การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมหรือผลข้างเคียงของการเลือกปฏิบัติ (Adverse Effect of Discrimination) เกิดขึ้นเมื่อนายจ้างกำหนดแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ซึ่งโดยหลักการแล้วมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) และใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนเท่าเทียมกัน แต่มีผลกระทบในเชิงเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่

¹⁰³ 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

กฎหมายห้ามต่อลูกจ้างบางคนหรือบางกลุ่ม ทั้งนี้เนื่องจากแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลทางลบหรือจำกัดสิทธิหรือสร้างเงื่อนไขต่อบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มซึ่งไม่เกิดผลกระทบเช่นนั้นต่อบุคคลอื่นๆในสถานที่ทำงานนั้น”

นอกจากนี้ ศาลในคดี Egan v. Canada¹⁰⁴ ได้วางแนววินิจฉัยไว้ในการตีความหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญแคนาดามาตรา 15 (1) ว่า การเลือกปฏิบัติที่พิจารณาจากผลกระทบในทางลบต่อผู้ถูกระทำ (Adverse Effects Discrimination) นั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งและอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองตามหลักความเท่าเทียมกันของรัฐธรรมนูญดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า การนำปัจจัยด้านผลกระทบทางลบ (Adverse Effect) มาประกอบการพิจารณาในการตีความการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้น ทำให้ครอบคลุมถึงกรณีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) ด้วย แม้รัฐธรรมนูญแคนาดาไม่ได้จำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจนก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ศาลแคนาดาได้กล่าวยอมรับอย่างชัดเจนถึง “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” (Indirect Discrimination) ดังจะเห็นได้จากในคดี British Columbia v. BCGEU¹⁰⁵ แม้ศาลยอมรับว่าการจำแนกวิเคราะห์ดังกล่าวรวมทั้งการนำปัจจัยด้านผลกระทบในทางลบมาพิจารณานั้น มีประโยชน์ในการแปลความหมายของบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน แต่ศาลก็หลีกเลี่ยงที่จะใช้แนวคิดการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจน คือ การเลือกปฏิบัติโดยตรงซึ่งพิจารณาจากตัวเนื้อหาหรือข้อความในเชิงรูปแบบของกฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้น (Direct Meaning on Its Face) และ การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมซึ่งพิจารณาจากความหมายโดยอ้อมจากผลกระทบของกฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้น (Indirect Meaning in Effect) ทั้งนี้ศาลได้ให้เหตุผลว่าการจำแนกการเลือกปฏิบัติเป็นสองกรณีออกจากกันอย่างชัดเจนนั้นอาจเป็นไปได้ยากสำหรับบางกรณี โดยยกตัวอย่างเช่น กฎเกณฑ์การทำงานที่กำหนดให้ลูกจ้างทุกคนมาทำงานวันศุกร์ กฎเกณฑ์นี้อาจพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงเนื่องจากการห้ามลูกจ้างที่มีความเชื่อทางศาสนาที่จะไม่ทำงานวันศุกร์อันจะส่งผลให้ไม่มีการจ้างงานลูกจ้างที่นับถือศาสนานั้น อีกนัยหนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า กฎเกณฑ์นี้มีลักษณะเป็นกลาง เนื่องจากใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนจึงไม่เลือกปฏิบัติโดยตรง แต่ส่งผลกระทบในทางลบต่อลูกจ้างที่นับถือศาสนาซึ่งมีหลักว่าจะไม่ทำงานวันศุกร์ ดังนั้นศาลจึงเห็นว่าการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจนนั้นจะทำให้เกิดความยุ่งยากและทับซ้อนกันได้อย่างไรก็ตามศาลก็ได้้นำปัจจัยด้านผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) ในแนวทางเดียวกับการพิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาประกอบการตีความด้วย

¹⁰⁴ Egan v. Canada [1995] 2 SCR 513 (Canadian Supreme Court)

¹⁰⁵ British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGEU (1999) 3 SCR 3 (Supreme Court of Canada)

ในคดี *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*¹⁰⁶ ซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับเงินอุดหนุนที่ระบุอายุผู้รับผลประโยชน์นั้นเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลสูงสุดแคนาดาตัดสินว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยวางเกณฑ์ว่าต้องพิจารณา 3 ประเด็น ดังนี้

1. กฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นได้กำหนดหลักการที่แตกต่างกัน (Differential Treatment) ระหว่างบุคคลผู้อ้างว่าได้รับผลกระทบกับบุคคลอื่นหรือไม่ ทั้งในเชิงวัตถุประสงค์ หรือผลกระทบ (In Purpose or Effect)
2. การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเกิดขึ้นจากพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้หรือไม่
3. กฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นมีวัตถุประสงค์หรือส่งผลกระทบให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามความหมายของความเท่าเทียมกันที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

จะเห็นได้ว่า ศาลเน้นย้ำถึงการพิจารณากฎเกณฑ์ มาตรการ หรือแนวปฏิบัติ ที่พิพาทนั้น ทั้งในเชิงวัตถุประสงค์ หรือผลกระทบ (In Purpose or Effect) กล่าวคือ พิจารณาในกรอบอย่างกว้าง ครอบคลุมกฎเกณฑ์ที่มีได้วางหลักปฏิบัติแตกต่างโดยตรงจากเนื้อหาของกฎเกณฑ์นั้น แต่ส่งผล (effect) ให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วย

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า กฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลแคนาดามุ่งเน้นการคุ้มครอง “ความเท่าเทียมกัน” (Equality) โดยพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำอันขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า การห้ามเลือกปฏิบัติมิได้เป็นหลักสำคัญในตัวของมันเอง แต่เป็นวิธีการที่จะบรรลุถึงหลักสำคัญอันกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองซึ่งได้แก่ความเท่าเทียมกัน ดังจะเห็นได้จากคดี *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* ซึ่งศาลพิจารณากฎเกณฑ์ที่พิพาทภายใต้บริบทของหลักความเท่าเทียมกันด้วย นอกจากนี้ ตามกฎหมายแคนาดาแสดงให้เห็นว่า มิได้พิจารณาความเท่าเทียมกันเฉพาะเนื้อหาของมาตรการหรือกฎเกณฑ์อันใดอันหนึ่งว่าปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนหรือแตกต่างกัน (Formal equality) แต่มีแนวทางพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันในกรอบเชิงสาระ (Substantive equality) กล่าวคือ ใช้ปัจจัยต่างๆหลายปัจจัยมาประกอบการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) หรือไม่ ในการนี้ ปัจจัยสำคัญที่ศาลพิจารณาคือผลกระทบที่เกิดจากกฎเกณฑ์หรือมาตรการที่พิพาทว่าส่งผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect หรือ detriment effect) ต่อผู้อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาจากผลกระทบนี้เป็นหลักการเดียวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) นั่นเอง จึงอาจกล่าวได้ว่า การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายแคนาดาครอบคลุมทั้งกรณีเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม เพียงแต่ศาลมิได้ระบุจำแนกเป็นสองกรณีอย่างชัดแจ้งเท่านั้น

¹⁰⁶ *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S. C. R. 497

การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมตามกฎหมายระดับมลรัฐ

นอกจากกฎหมายระดับรัฐบาลกลางแล้ว ในระดับมลรัฐของประเทศแคนาดา ได้มีการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งวางหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมไว้ เช่น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งรัฐ New Brunswick ได้ให้คำนิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้ว่า “การกระทำใดๆ ไม่ว่าด้วยเจตนาหรือไม่ก็ตาม ซึ่งมีผลทำให้บุคคลหรือกลุ่มคนใดต้องถูกจำกัดโอกาสที่บุคคลพึงจะได้รับ เนื่องมาจากเหตุลักษณะเฉพาะของบุคคลนั้น อาทิ เรื่องเชื้อชาติ หรือ เรื่องสีผิว การเลือกปฏิบัติแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ *การเลือกปฏิบัติโดยตรง* และ *การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม* ซึ่งรูปแบบการเลือกปฏิบัติบ่อยครั้งมักจะเป็นผลมาจาก การตั้งข้อรังเกียจ การมีอคติ การมีทัศนคติในแง่ลบ และการกระทำที่ถือว่าการเลือกปฏิบัตินั้นจะต้องไม่ มีเหตุผลประกอบถึงการเลือกปฏิบัติที่เหมาะสมและเพียงพอ¹⁰⁷

กฎหมายสิทธิมนุษยชนของ Ontario¹⁰⁸ วางหลักเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติเชิงสร้างสรรค์” (Constructive Discrimination) ไว้ว่า

“สิทธิของบุคคลตามกฎหมายนี้จะถูกละเมิดเมื่อมีการกำหนดเงื่อนไข คุณสมบัติ ซึ่งไม่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย แต่ส่งผลในการกีดกัน จำกัด หรือให้สิทธิพิเศษแก่กลุ่มบุคคลผู้ซึ่งสามารถจำแนกได้จากคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เว้นแต่ การกำหนดเงื่อนไขหรือคุณสมบัติดังกล่าวนี้มีความสมเหตุสมผลและเป็นไปตามหลักความสุจริต กฎหมายกำหนดยกเว้นการกระทำนั้นมิให้เป็นการเลือกปฏิบัติ”

จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายไม่ได้เรียกว่าการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม หรือ “Indirect Discrimination” โดยเรียกว่า “Constructive Discrimination” แต่หากพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่เทียบได้กับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม เนื่องจากเป็นกรณีมาตรการที่โดยผิวเผินแล้วใช้กับทุกคนเหมือนกัน แต่หากพิจารณาในแง่ของผลกระทบแล้วจะพบว่ามาตรการนั้นส่งผลให้บุคคลบางคนถูกกีดกันหรือจำกัดด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

4.2.3.2 ประเทศฟินแลนด์

¹⁰⁷ The New Brunswick Human Rights Commission. Equality Rights Definitions. [Online] (April 3, 2000): http://www.gov.nb.ca/hrc-cdp/e/el_defini.htm.

¹⁰⁸ Section 11, Ontario Human Right Code.

กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Act (1325/2014) ของฟินแลนด์ได้จำแนกการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมออกจากกันอย่างชัดเจน สำหรับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) กฎหมายวางหลักว่า¹⁰⁹ “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเกิดขึ้นเมื่อกฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นกลางอย่างชัดเจน ได้ส่งผลให้บุคคลเกิดความเสียเปรียบเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งคุณลักษณะของบุคคลนั้น เว้นแต่กฎเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และวิธีการที่ใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นมีความเหมาะสมและจำเป็น”

4.2.3.3 ประเทศสวีเดน

ประเทศสวีเดนได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติให้เป็นกฎหมายเฉพาะ (Discrimination act) มีหลักสำคัญว่า¹¹⁰

“การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม บุคคลที่เสียเปรียบจากการปรับใช้บทบัญญัติ เกณฑ์ หรือกระบวนการซึ่งโดยทั่วไปปรากฏว่ามีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) แต่กลับส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มอาจได้รับความเสียเปรียบด้วยเหตุต่างๆ เช่น เพศ ความเชื่อทางศาสนา ความพิการ รสนิยมทางเพศ อายุ เว้นแต่บทกฎหมาย เกณฑ์ หรือกระบวนการนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการที่นำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้นมีความเหมาะสมตามความจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว”

4.2.3.4 ประเทศแอฟริกาใต้

ในกรณีแอฟริกาใต้พบว่าการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 กล่าวคือ

“....รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ เพศ การตั้งครมภ์ สถานะความเป็นมารดา ชชาติกำเนิด สีผิว รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด

.....บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุดังระบุใน (3) ในการนี้รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว”

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ พิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยใช้เกณฑ์ “ความเป็นธรรม” (fairness) ของมาตรการหรือการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตามในการพิจารณาดังกล่าวนั้น ศาลนำ

¹⁰⁹ มาตรา 13

¹¹⁰ Discrimination Act, มาตรา 4

ปัจจัยผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) มาประกอบการพิจารณาด้วย ดังนั้น การพิจารณาว่าการปฏิบัตินั้นเป็นธรรมหรือไม่ ศาลจะพิจารณาว่าการปฏิบัตินั้นส่งผลกระทบอย่างไรต่อผู้เสียหายโดยเปรียบเทียบกับผลกระทบที่เกิดกับบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันนั้น¹¹¹ การที่ศาลนำปัจจัยเกี่ยวกับผลกระทบของการปฏิบัตินั้นมาพิจารณาด้วย เป็นการสอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีการกำหนดครอบคลุม “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ไว้อย่างชัดเจน สำหรับคดีสำคัญที่ศาลอธิบายหลัก “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ไว้อย่างชัดเจนนั้น จะเห็นได้จาก คดี City Council of Pretoria v. Walker¹¹² ซึ่งศาลอธิบายว่า

“ความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญนั้นหมายรวมทั้งการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายมุ่งพิจารณาที่ผล (Consequence) มากกว่าพิจารณาเฉพาะรูปแบบพฤติกรรม (Form of conduct) ดังนั้น รูปแบบพฤติกรรมที่โดยภายนอกแล้วมีลักษณะเป็นกลางหรือไม่เลือกปฏิบัติแต่อาจส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้เช่นเดียวกัน”

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) ซึ่งนิยาม การเลือกปฏิบัติว่า

“การกระทำหรือละเว้นการกระทำใดๆ อันรวมถึง นโยบาย กฎหมาย กฎ แนวปฏิบัติ เงื่อนไขหรือสถานการณ์ซึ่ง ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

(ก) กำหนดภาระ หน้าที่ หรือก่อให้เกิดความเสียเปรียบ หรือ

(ข) กีดกันผลประโยชน์ โอกาส หรือก่อให้เกิดความเสียเปรียบแก่บุคคลใดๆ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ในกฎหมายนี้”

นอกจากนี้ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ปรากฏในกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในด้านแรงงาน (Employment Equity Act 1998) ซึ่งมีหลักการคุ้มครองความเท่าเทียมกันโดยห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อม

¹¹¹ Prinsloo v. Van der Linde 1997 (6) BCLR 759 (CC) (South African Constitutional Court)

¹¹² City Council of Pretoria v. Walker (CCT8/97) [1998] ZACC 1; 1998 (2) SA 363; (South African Constitutional Court)

4.2.3.5 การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมตามกฎหมายไทย

สำหรับหลักการที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมามีได้ จำแนกระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม เช่นเดียวกับกฎหมายในรูปของ พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ก็ไม่ได้ระบุจำแนกดังกล่าวเช่นกัน อย่างไรก็ตามพบว่า กฎหมายบางฉบับกำหนด หลักการที่เกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” เช่น

มาตรา 15 วรรคสองแห่ง พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 วางหลักว่า “การกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการตามวรรคหนึ่งให้ หมายความว่าความรวมถึงการกระทำหรือดเว้นกระทำที่แม้จะมีได้มุ่งหมายให้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ โดยตรง แต่ผลของการกระทำนั้นทำให้คนพิการต้องเสียสิทธิประโยชน์ที่ควรจะได้รับเพราะเหตุแห่งความ พิการด้วย” จะเห็นได้ว่า แม้มาตรานี้มิได้ระบุไว้ชัดเจนว่าการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามนั้นคือการเลือกปฏิบัติ โดยอ้อม แต่จากเนื้อหาจะเห็นได้ว่ากฎหมายห้ามการกระทำโดยมุ่งเน้นที่ผลกระทบ (Effect) ซึ่งทำให้คน พิการเสียสิทธิประโยชน์ อันเป็นแนวคิดของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั่นเอง

กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 ซึ่งออกตามความพระราชบัญญัติคุ้มครอง เด็ก พ.ศ. 2546 โดยข้อ 2. ของกฎกระทรวงดังกล่าว วางหลักว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก หมายความว่าความรวมถึง การปฏิบัติใดๆ ต่อเด็กที่แม่จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับบุคคลอื่นและผู้ปฏิบัติไม่ได้มี เจตนาเลือกปฏิบัติหรือเจตนาถั่นแกล้งผู้ได้รับผลร้ายหรือผลกระทบก็ตาม แต่มีผลทำให้เกิดความ แตกต่างกันต่อเด็กบางคนหรือบางกลุ่มอย่างชัดเจนเพราะเหตุตามวรรคหนึ่ง” จะเห็นได้ว่า แม้มิได้ระบุไว้ ชัดเจนว่าการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามนั้นคือการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม แต่จากเนื้อหาจะเห็นได้ว่าห้ามการ กระทำโดยมุ่งเน้นที่ผลกระทบ (Effect) ทำให้เกิดความแตกต่างต่อเด็กอันสืบเนื่องจากเหตุแห่งการ เลือกปฏิบัติต่างๆ การกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้เป็นแนวคิดของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั่นเอง

หากพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลไทยแล้ว พบว่า ศาลมิได้จำแนกระหว่าง “การเลือกปฏิบัติ โดยตรง และการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” อย่างไรก็ตามในบางคดีมีประเด็นที่อาจเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ โดยอ้อม เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับข้อบังคับการศึกษาที่กำหนดให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้น ศาลเห็นว่า เป็นกฎที่ใช้กับนักศึกษาทุกคนที่สมัครเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาของผู้ถูกฟ้องคดีตาม หลักการและเงื่อนไขต่างๆ เสมอเหมือนกันทุกคนไม่มีข้อกำหนดใดที่จะทำให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม โดยเกิดจากความแตกต่างตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด (คำพิพากษา ศาลปกครองสูงสุดที่ อ.9/2546

กรณีนี้เห็นได้ว่า ศาลพิจารณาตามแนวของหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรง เนื่องจากเปรียบเทียบเนื้อหาบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับนักศึกษาทุกคนเท่าเทียมกัน กล่าวคือ โดยเนื้อหาของบทบัญญัติที่พิพาทซึ่งให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้นใช้บังคับกับนักศึกษาทุกคน มิได้มุ่งหมายใช้กับนักศึกษาบางคน ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งอาจโต้แย้งได้ว่า บทบัญญัตินี้แม้ใช้กับนักศึกษาทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลในทางปฏิบัติให้นักศึกษาที่ใช้ภาษาไทยเป็นภาษาหลักได้รับความเสียเปรียบ นักศึกษาที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาหลัก หรือ นักศึกษาที่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ กับนักศึกษาที่ไม่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ จึงอาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้ แต่ก็ยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติที่แตกต่างเช่นนี้ เป็นไปด้วยเหตุผลเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อะไร และวัตถุประสงค์นั้นมีความจำเป็น สมเหตุผลหรือไม่

ในคดีที่มีประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ฐานะทางเศรษฐกิจ” นั้น ศาลได้เปรียบเทียบผู้ได้รับผลกระทบจากประกาศที่พิพาท ดังจะเห็นได้จาก คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.18/2547 ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประกอบกิจการสนามกอล์ฟ ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้ออกประกาศกระทรวงการคลังเรื่อง กำหนดสถานบริการฯ ทำให้ผู้ประกอบกิจการสนามกอล์ฟรวมทั้งผู้ฟ้องคดีต้องประสบปัญหาทางด้านเศรษฐกิจต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้น ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่าผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟส่วนใหญ่เป็นผู้มีฐานะทางการเงินดี ควรเสียภาษีให้รัฐ จึงไม่สมควรยกเลิกการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสนามกอล์ฟ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่พิจารณายกเลิกการเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตของสนามกอล์ฟ โดยให้เหตุผลว่าผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเป็นผู้มีฐานะทางการเงินดี เท่ากับเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้สนามกอล์ฟเพราะเหตุฐานะทางเศรษฐกิจ จึงเป็นการขัดต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า “...ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กำหนดสถานบริการฯ กำหนดให้สนามกอล์ฟทุกแห่งเสมอเหมือนกันมิได้มีการเลือกปฏิบัติกับสนามกอล์ฟรายหนึ่งรายใดโดยเฉพาะ และแม้ผู้ประกอบการสนามกอล์ฟจะผลัดภาระภาษีดังกล่าวให้ผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเป็นผู้รับภาระ ก็หาได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเพราะเหตุฐานะทางเศรษฐกิจไม่ เพราะไม่ว่าผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟก็ต้องแบกรับภาระภาษีดังกล่าวเหมือนกัน.... ดังนั้น ประกาศดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ศาลเปรียบเทียบผู้ได้รับผลกระทบจากประกาศฯ คือผู้ประกอบการสนามกอล์ฟ ซึ่งปรากฏว่าประกาศดังกล่าวใช้กับผู้ประกอบการทุกราย นอกจากนี้ในแง่ผู้ใช้บริการนั้นไม่ว่าผู้ใช้บริการที่มีฐานะเศรษฐกิจอย่างไร หากประสงค์ใช้บริการสนามกอล์ฟแล้วก็จะตกอยู่ภายใต้ภาระภาษีเช่นเดียวกัน จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าพิจารณาว่า หากพิจารณาภายใต้หลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม อาจพิจารณาได้ว่า บทบัญญัตินี้แม้ใช้กับผู้ประกอบการและผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟทุกคน แต่ส่งผลในทางปฏิบัติให้ผู้ประสงค์ใช้สนามกอล์ฟซึ่งมีรายได้น้อย เสียเปรียบผู้ใช้สนามกอล์ฟที่มีรายได้มากกว่าหรือไม่ จะเห็นได้ว่ามุมมองของภาครัฐอยู่บนสมมติฐานที่ว่า ผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟเป็นผู้มีรายได้สูง ดังจะเห็นได้จากหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้เหตุผลว่า “ผู้ใช้บริการสนามกอล์ฟส่วนใหญ่เป็นผู้มีฐานะทางการเงินดี” สมมติฐาน

ดังกล่าวส่งผลเป็นการสร้างหลักการเชิงเหมารวม (Stereotype) ว่าผู้เล่นกีฬาเกอร์จะต้องเป็นผู้มีฐานะดี อันอาจมองว่าเป็นการกีดกันการเข้าถึงกีฬาเกอร์ของผู้มีรายได้น้อยซึ่งประสงค์จะเล่นกีฬาดังกล่าว ดังนั้น ประการนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้านฐานะเศรษฐกิจหากพิจารณาในแง่ผลกระทบที่เกิดขึ้น

หากพิจารณาจากคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่า มีหลายกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม เช่น

- การที่บริษัทเอกชนมีนโยบายให้ตรวจหาเชื้อเอชไอวีสำหรับพนักงานที่ผ่านการสัมภาษณ์ก่อนเริ่มปฏิบัติงานทุกคน บริษัทอ้างว่านโยบายดังกล่าวใช้บังคับกับผู้สมัครงานทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ (คำร้องที่ 544/2552 และ 35/2557 และรายงานผลการพิจารณาที่ 308-309/2558) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง เนื่องจากมาตรการหรือนโยบายมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) ใช้กับทุกคนเหมือนกัน แต่หากพิจารณาตามหลักของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมแล้ว เห็นได้ว่า ส่งผล (Effect) ให้บุคคลบางกลุ่มที่มีลักษณะเปราะบางและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ได้รับผลกระทบและเกิดความไม่เท่าเทียมกันบุคคลอื่น

- การกฏระเบียบในการแต่งกายซึ่งกำหนดเงื่อนไขหรือรูปแบบสำหรับทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลให้บุคคลที่นับถือศาสนาบางศาสนาที่ต้องแต่งกายตามหลักศาสนาของตนได้รับผลกระทบ (กรณีการแต่งกายของผู้นับถือศาสนาอิสลามในบริบทของการทำงาน การศึกษา มีกรณีดังเช่น คำร้องที่ 124/2554 กรณีการแต่งกายของผู้นับถือศาสนาอิสลามในบริบทของการเข้ารับปริญญา มีกรณีดังเช่น คำร้องที่ 567/2553) กรณีเหล่านี้จะเห็นได้ว่า ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง เนื่องจากมาตรการหรือนโยบายมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) ใช้กับทุกคนเหมือนกัน แต่หากพิจารณาตามหลักของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมแล้ว เห็นได้ว่า ส่งผล (Effect) ต่อบุคคลบางกลุ่มซึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคือ “ศาสนา” อย่างไรก็ดีตามกรณีเครื่องแต่งกายตามศาสนานี้ เป็นกรณีที่ **กระทบต่อสิทธิมนุษยชนอีกประการหนึ่งคือ “เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความเชื่อ ศาสนา”** ซึ่งได้รับการรับรองจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเช่นกัน หากเปรียบเทียบกับกรณีของต่างประเทศ ผู้ร้องถูกเลิกจ้างเพราะไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ด้านความปลอดภัยในการทำงานที่รัฐบาลแคนาดากำหนดขึ้นโดยไม่ยอมสวมหมวกนิรภัยขณะปฏิบัติงาน โดยผู้ร้องต้องพกผ้าคลุมศีรษะ ซึ่งเป็นการแสดงออกถึงความเชื่อทางศาสนาอันได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 18 ของ ICCPR คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเห็นว่า กฎเกณฑ์เพื่อความปลอดภัยนี้ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติในทางพฤตินัย (Discrimination de facto) ต่อผู้นับถือศาสนา Sikh แต่เห็นว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควรและมุ่งต่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามเงื่อนไขของมาตรา 18¹¹³ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การกำหนดกฎเกณฑ์ นโยบาย มาตรการที่มีลักษณะเป็นกลางหรือใช้บังคับกับบุคคลทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลกระทบต่อความเชื่อทางศาสนาของบุคคลบางกลุ่ม เป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมหรือที่เรียกว่า การเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย อย่างไรก็ดีตาม การกระทำดังกล่าวอาจไม่ขัดต่อกฎหมาย

¹¹³ Singh Bhinder v. Canada, Communication No. 208/1986.

หากมีเหตุผลอันสมควรที่ต้องนำมาชั่งน้ำหนักด้วยดังเช่นกรณีของแคนาดาดังกล่าวนั้นการสวมหมวกเกี่ยวข้องกับความปลอดภัย แต่หากเป็นกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเช่นการแต่งกายทำงานหรือการเรียนนั้น ยังไม่เกี่ยวข้องกับเหตุอันมีน้ำหนักเพียงพอ

4.3 วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination)

ในความหมายทั่วไป มักมีการพิจารณาว่า การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม คือการเลือกปฏิบัติโดยมีเหตุผลที่ชอบธรรมหรือเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย สำหรับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้น มีลักษณะตรงกันข้ามกล่าวคือไม่มีเหตุผลที่ชอบธรรมรองรับ แนวคิดและความหมายดังนี้จะส่งผลเป็นการจำแนกความแตกต่างระหว่าง “การเลือกปฏิบัติ (ที่เป็นธรรม)” ที่ไม่ต้องห้ามและสามารถปฏิบัติแตกต่างกันได้ กับ “การเลือกปฏิบัติ (ที่ไม่เป็นธรรม)” อันต้องห้ามตามกฎหมาย ในส่วนนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงการกำหนดหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยใช้ปัจจัยด้านเหตุผลของมาตรการหรือการกระทำ มาทำการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าว

4.3.1 วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ตามกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายไทยอาจพิจารณาหลักการตามรัฐธรรมนูญแล้วพบว่าสะท้อนถึงการจำแนกความแตกต่างระหว่าง การเลือกปฏิบัติ และการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังจะได้พิจารณาต่อไป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติเกี่ยวกับความเสมอภาค และ ห้ามเลือกปฏิบัติ ไว้ใน 3 มาตรา ดังนี้

มาตรา 5

“ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากัณเฑศ เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ใน ความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”

มาตรา 30

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

มาตรา 80

“รัฐต้องคุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของครอบครัวและความเข้มแข็งของชุมชน”

จากหลักของรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่า แนวคิดการเลือกปฏิบัติ เป็นการกำหนดห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือ ความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เป็นการบัญญัติเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า การกระทำของรัฐเพื่อขจัดอุปสรรคที่ทำให้เกิดความเสมอภาค ย่อมไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และไม่ขัดกับวรรคสาม และวรรคหนึ่ง โดยการปฏิบัติที่แตกต่างกับผู้ที่มีลักษณะแตกต่างจากบุคคลอื่นทั่วไปเพื่อ ส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาคไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม¹¹⁴

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโน สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้อธิบายในการประชุมร่วมกันของรัฐสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ... ว่าการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม ต้องเป็นการเลือกปฏิบัติที่สมเหตุสมผล และได้ยกตัวอย่างไว้ดังนี้¹¹⁵ นาย ก จ่ายเงิน

¹¹⁴ ไพโรจน์ พรเพชร และ คณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ ชุดโครงการวิจัย การติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ เรื่องสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (2547), หน้า 62-63.

¹¹⁵ รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 3 (สมัยสามัญ ครั้งที่ 2) (2540), หน้า 230-232.

เพื่อซื้อตั๋วรถโดยสารชั้นหนึ่ง นาย ก จ่ายเงินมากกว่า ย่อมต้องได้รับการบริการที่ดีกว่า ในกรณีการจัดตั้งศาลเด็กเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม เพราะว่าเด็กมีสติสัมปชัญญะแตกต่างจากผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่ ในกรณีการกำหนดคุณสมบัติต่างๆ ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยเฉพาะเรื่องการศึกษา ที่มีแนวโน้มว่าต้องการให้ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องมีวุฒิปริญญาตรี จะมีการกำหนดคุณสมบัติผู้ที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งได้หรือไม่ หรือการกำหนดคุณสมบัติว่าบุคคลใดมีสิทธิสอบเข้ามหาวิทยาลัยหรือไม่ การกำหนดคุณสมบัติเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นก่อนที่จะมีสิทธิ คุณสมบัติไม่ใช่สิทธิในตัวเอง ถ้าเป็นสิทธิต้องก่อให้เกิดหน้าที่ ดังนั้น ในการกำหนดคุณสมบัติจึงมิใช่การรอนสิทธิ ดังนั้น การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) คือ การเลือกปฏิบัติ ที่ปราศจากเหตุผลหรือไร้เหตุผล ถ้าเป็นเหตุผลที่คนทั่วไปยอมรับแล้วก็จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม”

อาจารย์แก้วสรร อดิโพธิ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้อธิบายมาตรา 30 วรรคสามว่า การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมประกอบด้วย 2 ปัจจัย คือ การปฏิบัติที่แตกต่าง และ ลักษณะที่ไม่เป็นธรรม โดยปัจจัยสำคัญประการหนึ่งคือการที่บุคคลไม่สามารถกำหนดถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ และศาสนา และบุคคลเหล่านั้น ถูกปฏิบัติที่แตกต่างไปเพราะลักษณะเหล่านั้น เป็นการปฏิบัติที่ไม่ยุติธรรมและขัดต่อหลักความเสมอภาค แต่บางครั้งการปฏิบัติที่แตกต่างกันออกไปยังมิถือเป็นการเลือกที่รักมักที่ชัง บทบัญญัติในวรรคสามมุ่งเน้นกับกรณี การเลือกที่รักมักที่ชัง เช่น ในกรณีที่กองทัพไทยไม่รับผู้หญิงเป็นทหารเรือ เพราะมองว่า ร่างกายผู้หญิงไม่เหมาะสมกับงานของทหารเรือ ซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่ไม่เป็นการเลือกที่รักมักที่ชัง เพราะมีเหตุผลเรื่องกายภาพมารองรับ¹¹⁶

หากพิจารณาจากตัวบทและลำดับการวางหลักของรัฐธรรมนูญจะเห็นว่า รัฐธรรมนูญมุ่งเน้นหลักความเสมอภาค (Equality) เป็นสำคัญ ซึ่งสะท้อนจากหลักของมาตรา 30 วรรคแรก สำหรับการเลือกปฏิบัตินั้นจัดเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค อย่างไรก็ตาม ตัวบทก็ได้ระบุความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้ รวมทั้งมิได้เริ่มต้นจากการวางหลักห้าม “การเลือกปฏิบัติ” แต่เริ่มวางหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติจากการกำหนดห้าม “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” โดยอธิบายว่า การกระทำอย่างไรจึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ และต่อมาในวรรคท้ายจึงเป็นการอธิบายขยายความเพิ่มเติมว่ามาตรการของรัฐที่เข้าเงื่อนไขบางประการจะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ดังนั้นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) เช่นการกำหนดให้สิทธิพิเศษบางประการแก่บุคคลกลุ่มเสี่ยงต่อเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การให้โควตาการศึกษาสำหรับชนกลุ่มน้อย ดังนั้นไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” เพราะเป็นมาตรการที่ส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาค เนื่องจากให้โอกาสแก่บุคคลกลุ่มเปราะบางที่มักเสียเปรียบให้มีโอกาสเท่าเทียมกับบุคคลกลุ่มอื่นๆในสังคม

¹¹⁶ เรื่องเดิม, หน้า 165-166.

โดยนัยนี้ การเลือกปฏิบัติจึงเป็นหลักที่มีความสัมพันธ์กับหลักความเท่าเทียมกัน กล่าวคือ การกระทำนั้นหากเข้าองค์ประกอบตามวรรคสามก็จะเป็นการ “เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” อันขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน แต่หากการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบตามวรรคท้ายก็จะถูกยกเว้นไม่ถือเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ซึ่งการกระทำลักษณะนี้อาจอธิบายว่าเป็น “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” เพื่อเป็นการจำแนกการปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคและการปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้เรียกว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” ก็ตาม อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดนิยามความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ไว้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน และการเลือกปฏิบัติดังนี้

มาตรา 5

“ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ใน ความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”

มาตรา 30

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและ เสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

จากหลักการข้างต้น จะเห็นได้ว่า แนวคิดการเลือกปฏิบัติยังคงบัญญัติอยู่ในมาตรา 30 โดยนำแนวคิดความเสมอภาคระหว่างเพศ แนวคิดการเลือกปฏิบัติมาจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 แต่มีการเพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติใหม่เช่น ความพิการ¹¹⁷

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 พบว่า การวางหลักเกี่ยวกับความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติของรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 กล่าวคือ กำหนดความเท่าเทียมกันไว้เป็นหลัก โดยกำหนดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมไว้ว่าเป็นสิ่งซึ่งขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันดังกล่าว และกำหนดยกเว้นการกระทำบางอย่างซึ่งมีลักษณะของมาตรการที่ปฏิบัติแตกต่างกันต่อบุคคล แต่เป็นไปเพื่อส่งเสริมให้บรรลุวัตถุประสงค์ความเท่าเทียมกันว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม โดยนัยดังกล่าวสะท้อนถึงแนวคิดการจำแนกความแตกต่างของ “การปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคล” (Differential treatment) ออกเป็น “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” และ “การกระทำที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ” ซึ่งอาจเรียกโดยพิจารณาความหมายตรงข้ามกันกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” แม้ว่าคำนี้จะไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม

สำหรับกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุ ก็มีหลักการและรูปแบบการบัญญัติกฎหมายเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จาก

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 17 ซึ่งวางหลักว่า

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติ ของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการ ทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ”

พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 ซึ่งวางหลักว่า

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการจะกระทำมิได้

¹¹⁷ คณะกรรมการวิสามัญบัณฑิตการศึกษารวมถึง จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สำนักกฤษฎาธิการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, หน้า 23.

การกระทำในลักษณะที่เป็น*การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม*ต่อคนพิการตามวรรคหนึ่งให้ หมายความว่ารวมถึงการกระทำหรืองดเว้นกระทำการที่แม้จะมีได้มุ่งหมายให้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ โดยตรง แต่ผลของการกระทำนั้นทำให้คนพิการต้องเสียสิทธิประโยชน์ที่ควรจะได้รับเพราะเหตุแห่งความ พิการด้วย

การเลือกปฏิบัติที่มีเหตุผลทางวิชาการ จารีตประเพณี หรือประโยชน์สาธารณะสนับสนุนให้กระทำ ได้ตามความจำเป็นและสมควรแก่กรณี ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคหนึ่งและวรรค สอง แต่ผู้กระทำการนั้นจะต้องจัดให้มีมาตรการช่วยเหลือเยียวยาหรือรักษาซึ่งสิทธิหรือประโยชน์แก่คน พิการตามความจำเป็นเท่าที่จะกระทำได้”

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2542 มาตรา 22 วางหลักว่า

“การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและ*ไม่ให้มีการเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม*

การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก หรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง”

พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วางหลักว่า

“ให้เด็กและเยาวชนทุกคนมีสิทธิได้รับการจดทะเบียนรับรองการเกิด การพัฒนา การยอมรับ การ คุ้มครองและโอกาสในการมีส่วนร่วมตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างเท่า เทียม *โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม* เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรม การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง การเกิดหรือสถานะอื่นของ เด็กและเยาวชน บิดามารดา หรือผู้ปกครอง”

พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. 2559 มาตรา 5 วางหลัก ว่า “วัยรุ่นมีสิทธิตัดสินใจด้วยตนเอง และมีสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารและความรู้ ได้รับการบริการอนามัยการ เจริญพันธุ์ ได้รับการรักษาความลับและความเป็นส่วนตัว ได้รับการจัดสวัสดิการสังคม*อย่างเสมอภาคและ ไม่ถูกเลือกปฏิบัติ* และได้รับสิทธิอื่นใดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้อย่างถูกต้อง ครบถ้วน และเพียงพอ”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติดังกล่าว สะท้อนถึงแนวคิดในการคุ้มครองความเสมอ ภาคหรือความเท่าเทียมกัน โดยกำหนดห้าม “*การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม*” ซึ่งถือว่าขัดต่อหลักความเท่า เทียมกัน และกำหนดยกเว้นการกระทำบางอย่างซึ่งมีลักษณะของมาตรการที่ปฏิบัติแตกต่างกันต่อบุคคล แต่เป็นไปเพื่อส่งเสริมให้บรรลุวัตถุประสงค์ความเท่าเทียมกันว่าไม่เป็น “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” อย่างไรก็ตามกฎหมายเฉพาะฉบับต่างๆ ได้ใช้ถ้อยคำเรียกการปฏิบัติอันแตกต่างกันที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

ว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ ในขณะที่กฎหมายเฉพาะบางฉบับมิได้ใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” แต่ใช้เพียงคำว่า “เลือกปฏิบัติ” ซึ่งในประเด็นนี้จะได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศต่อไป

4.3.2 วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ตามแนวคำพิพากษาศาลไทย : ศาลปกครอง

ในบริบทของกฎหมายปกครองนั้น พบว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ได้บัญญัติ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ไว้เป็นการเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากหลักของมาตรา 9 ที่ว่า

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือ การกระทำอื่นใดเนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน...หรือ มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม...หรือ เป็นการใช้อิทธิพลโดยมิชอบ”

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม พบว่า ในการฟ้องคดีปกครองที่มีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ผู้ฟ้องคดีมักจะโต้แย้งว่ากฎ หรือ คำสั่งทางปกครองนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยส่วนใหญ่แล้วผู้ฟ้องไม่ได้แสดงให้เห็นโดยการเปรียบเทียบว่าคำสั่งนั้นเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างตนเองกับบุคคลอื่นซึ่งอยู่ในสถานะที่เหมือนกัน แต่มักเป็นการกล่าวอ้างการเลือกปฏิบัติขึ้นมากพร้อมกับการโต้แย้งดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐว่าเป็นการใช้อิทธิพลโดยมิชอบ เช่น ในคดีที่ผู้ฟ้องเห็นว่าคำสั่งที่ให้พ้นจากตำแหน่งมิชอบ เนื่องจากเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและใช้อิทธิพลโดยมิชอบ เพราะว่าปกปิดรายชื่อพยานในชั้นการสอบสวนทางวินัย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้คณะกรรมการสอบสวนจะปกปิดรายชื่อพยาน มิให้ผู้ฟ้องคดีทราบก็ตาม แต่ในบันทึกแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่ สนับสนุนข้อกล่าวหาที่ แจ้งผู้ฟ้องคดีก็มีรายละเอียดของถ้อยคำพยานดังกล่าว แล้วปรากฏตามคำคัดค้านคำให้การของผู้ฟ้องคดีกรณีจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และผู้ฟ้องคดีก็ได้โต้แย้งและชี้แจงแสดงพยานหลักฐานแล้ว กรณีจึงไม่ทำให้ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเสียเปรียบ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.93/2548) สำหรับ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.399/2551 นั้นก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน กล่าวคือเป็นคดีปกครองที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมิน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยองค์การบริหารส่วนตำบลผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าเหตุที่ไม่พิจารณาจ้างผู้ฟ้องคดีต่อไปเป็นเพราะตำแหน่งที่ว่างนี้มีแผนที่จะใช้บรรจุนางสาว ก. เข้าเป็นพนักงานส่วนตำบลตามแผนอัตรากำลัง 3 ปี ศาลเห็นว่า กรณีของนางสาว ก. เป็นการบรรจุผู้สอบแข่งขันได้เข้ารับราชการเป็นพนักงานส่วนตำบลในตำแหน่งเจ้าพนักงานการเงินและบัญชี มิใช่บรรจุเข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งเจ้าหน้าที่การเงินและบัญชี ซึ่งเป็นตำแหน่งลูกจ้างชั่วคราวเหมือนกับผู้ฟ้องคดี นอกจากนี้ ศาลยัง

เห็นว่า ผลการสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง น่าเชื่อว่าเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่จ้างผู้ฟ้องคดีเข้าปฏิบัติงานต่อ เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบพัวชายและบิดาของผู้ฟ้องคดีที่ชอบมาว่านวายในองค์การบริหารส่วนตำบล และมีปัญหาขัดแย้งกับผู้บริหารเป็นการส่วนตัว ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่า การที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมิน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเหตุผลอันควร จึงเป็นการเลือกปฏิบัติและใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองพบว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองและในบริบทของกฎหมายปกครองนี้ มีลักษณะแตกต่างจาก การเลือกปฏิบัติตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เนื่องจากศาลตัดสินว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจากกรอบการพิจารณาที่กว้างกว่าการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนซึ่งจะต้องเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ นอกจากนี้ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทของกฎหมายปกครองนั้น ศาลยังพิจารณาประกอบกับการ “ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ” ด้วย ในประเด็นเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จะได้แยกวิเคราะห์ต่างหากอีกหัวข้อหนึ่ง¹¹⁸

4.3.3 วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ตามแนวคำพิพากษาศาลไทย : ศาลรัฐธรรมนูญ

จากหลักการตามรัฐธรรมนูญของไทยที่ผ่านมา พบว่ามีการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของหลักความเท่าเทียมกัน โดยระบุห้ามการ “เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” โดยมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเกี่ยวข้องกับ ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง”

ในคดีที่มีประเด็นที่อ้างว่า การเรียกดอกเบี้ยเงินกู้ยืมเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากสถาบันการเงินสามารถเรียกดอกเบี้ยเงินกู้ยืมได้ในอัตราสูงกว่าที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ ทั้งนี้เนื่องจากมีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้สามารถทำได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2542) คดีนี้มีข้อพิจารณาว่าโดยสภาพข้อเท็จจริงแล้ว หากเปรียบเทียบระหว่างการเรียกดอกเบี้ยของสถาบันการเงิน และ องค์กรหรือบุคคลอื่นที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน จะเห็นได้ว่าการเรียกดอกเบี้ยมีความแตกต่างกัน (Distinction/Differentiation) โดยกฎหมายกำหนดให้สามารถเรียกแตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาหลักการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่า ความแตกต่างนี้ยังไม่ถือเป็น “การเลือกปฏิบัติ” เนื่องจาก (1) หาก

¹¹⁸ หัวข้อ 4.4 วิเคราะห์ ขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทกฎหมายไทย

เปรียบเทียบระหว่างสองสิ่ง กล่าวคือ บุคคลธรรมดาหรือองค์กรอื่นที่มีใช้สถาบันการเงิน กับ สถาบันการเงิน ตามกฎหมายเฉพาะ จะเห็นได้ว่า มีลักษณะการดำเนินธุรกิจที่แตกต่างกัน จึงไม่ใช่สิ่งที่ “เหมือนกัน” อันควรต้องได้รับการปฏิบัติที่ “เหมือนกัน” (2) ความแตกต่างในการเรียกดอกเบี้ยดังกล่าวมิได้สืบเนื่องจาก “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญมิได้ระบุถึงเหตุผลเหล่านี้เนื่องจากให้เหตุผลว่า “ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและเป็นไปตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินฯ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจ หลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ฯ”

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และ กฎหมายปกครอง (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) ต่างวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติไว้เช่นเดียวกัน โดยถ้อยคำในต้วบทเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่ต่างมีองค์ประกอบของคำว่า “ไม่เป็นธรรม” เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบระหว่าง “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามรัฐธรรมนูญ กับ “การปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายปกครองแล้ว พบว่ามีข้อแตกต่างที่สำคัญก็คือ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามหลักการของต้วบทรัฐธรรมนูญนั้น สะท้อนหลักการตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เนื่องจากวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่มีความสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเกี่ยวข้องกับ ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง” แต่เมื่อพิจารณาคำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามต้วบทของกฎหมายปกครองนั้น พบว่าศาลปกครองได้ตีความในกรอบที่กว้างกว่าการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้เนื่องจากหลักการของกฎหมายปกครองดังกล่าวมุ่งเน้นการแก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีขอบเขตกว้างกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชน

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามต้วบทของรัฐธรรมนูญนั้น จะเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่จากแนวคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะเห็นได้ว่า การกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นอันขัดต่อรัฐธรรมนูญมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญนั้น มักจะอ้างเหตุที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น การอ้างว่ามีการเรียกดอกเบี้ยได้แตกต่างกัน การอ้างว่าเงินที่กฎหมายกำหนดไม่ให้ต้องอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีมีความแตกต่างกัน เป็นต้น ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติลักษณะเช่นนี้สะท้อนถึงสภาพความเข้าใจและกรอบแนวคิดของผู้ร้องหรือผู้ที่ถูกระทบสิทธิ ซึ่งเข้าใจความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” อย่างกว้าง ครอบคลุมสิ่งใดๆที่ตนเห็นว่าเกิดความแตกต่างและไม่เท่าเทียมกัน แม้ว่าไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติก็ตาม อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญได้มีการตีความ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ให้สอดคล้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ดังจะได้แยกวิเคราะห์

ประเด็นนี้ต่างหาก¹¹⁹ ในชั้นนี้อาจสรุปได้ว่า กฎหมายไทยมีการใช้คำว่า “ไม่เป็นธรรม” มาประกอบกับคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ทั้งในส่วนของการกฎหมายปกครองและรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศในการใช้ถ้อยคำดังกล่าวต่อไป

4.3.4 วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณา หลักกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ในส่วนของการกำหนดความหมาย และขอบเขตของการเลือกปฏิบัติ นั้น พบว่า มิได้กำหนดหลักการของ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” แยกจาก “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” แต่มุ่งเน้นใช้คำว่า การปฏิบัติที่แตกต่าง (Distinction/ Differentiation of treatment) ซึ่งคำนี้มีนัยที่เป็นกลางตามสภาพของลักษณะการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลสองฝ่ายหรือสองกลุ่ม โดยมีการนำปัจจัยด้านเหตุผล ความชอบธรรม (Justification) มาประกอบเพื่อการจำแนก เช่นเดียวกับการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็น การเลือกปฏิบัติ (ที่เป็นธรรม)” กับ “การเลือกปฏิบัติ” (ที่ไม่เป็นธรรม) แต่ข้อแตกต่างก็คือ เมื่อการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นมีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จะไม่เรียกว่า การเลือกปฏิบัติ แต่จะจัดว่าเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ซึ่งไม่เข้าหลักของการห้ามเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นไม่เข้าเหตุอันชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จะตกอยู่ในจำพวกของ “การเลือกปฏิบัติ” ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ดังจะได้พิจารณาหลักการจากตราสารระหว่างประเทศดังนี้

สำหรับกรณีของ ICCPR นั้น จากการตีความ โดยความเห็นทั่วไป (General Comment No. 18)¹²⁰ ซึ่งอธิบายว่า “การเลือกปฏิบัติที่ใช้ใน ICCPR นั้นควรเข้าใจว่ามีนัยถึงความแตกต่างใดๆ การกีดกัน การจำกัด หรือ การปฏิบัติเป็นพิเศษ (Any Distinction, Exclusion, Restriction or Preference...)” ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน สถานะอื่นใด และมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบ (Purpose or Effect) ในเชิงอุปสรรคหรือเป็นการลดทอนการใช้สิทธิและเสรีภาพทั้งหลายของบุคคลนั้นบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน” จะเห็นได้ว่า ไม่มีการระบุคำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” กล่าวคือ หากมี “ความแตกต่าง” ใดๆ เกิดขึ้นในรูปแบบของการกีดกัน จำกัดสิทธิ และมีวัตถุประสงค์ในการสร้างอุปสรรค (ซึ่งมีนัยแห่งความแตกต่างที่ “ไม่เป็นธรรม”) ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้ว ก็จัดว่าเป็น “การเลือกปฏิบัติ” โดยไม่จำเป็นต้องจำแนกอีกว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม เพราะหากมีเหตุผลอันชอบธรรมสำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น ก็จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามความหมายนี้เลย

¹¹⁹ หัวข้อ 4.4 วิเคราะห์ ขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทกฎหมายไทย

¹²⁰ UN Human Rights Committee (HRC), “CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination,” 10 November 1989.

นอกจากนี้ ความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ (General Comment No. 18) ได้มีการอธิบายมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) ไว้ว่า “... มาตรการดังกล่าวอาจเกี่ยวข้องกับการให้สิทธิพิเศษบางประการกับบุคคลบางกลุ่มเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลกลุ่มอื่นในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ตราบใดที่มาตรการดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อการแก้ไขการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงแล้ว มาตรการนั้นเป็นกรณีของ **ความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย** (Legitimate Differentiation)...” จะเห็นได้ว่า โดยลักษณะของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกนั้นเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มแตกต่างจากบุคคลอื่น ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่หากกรณีนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มเป็นพิเศษเพื่อบรรลุหลักความเท่าเทียมกันเนื่องจากบุคคลบางกลุ่มอยู่ในสถานะหรือเงื่อนไขที่เสียเปรียบเมื่อเทียบกับบุคคลอื่น การปฏิบัติแตกต่างกันนั้นจึงเข้าเหตุที่กฎหมายระหว่างประเทศยอมให้ปฏิบัติแตกต่างได้ และจะไม่เรียกการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวว่าเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” แต่จะเรียกว่า “ความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย” (Legitimate Differentiation)

ตามสนธิสัญญา CERD พบว่า การแปลความหมายของการเลือกปฏิบัติ ก็ได้มีการกำหนดคำว่า การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แยกจาก การเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้จากข้อแนะนำของกลไกตามสนธิสัญญา CERD¹²¹ ซึ่งให้เห็นว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation of Treatment) จะไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หากพิจารณาเกณฑ์สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของสนธิสัญญาแล้วมีความชอบธรรมหรือตกอยู่ในขอบเขตมาตรา 1 ย่อหน้า 4 ของสนธิสัญญานี้ ในการพิจารณาเกณฑ์ดังกล่าว คณะกรรมการยอมรับว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งอาจมีวัตถุประสงค์หลากหลาย ดังนั้น ในการกำหนดว่าการกระทำอันหนึ่งส่งผลขัดแย้งต่อหลักการตามสนธิสัญญานี้ คณะกรรมการจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอันไม่สามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable Impact) ต่อบุคคลที่ถูกจำแนกความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สัญชาติ ถิ่นกำเนิด”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีเหตุอันชอบธรรมแล้ว ก็จะไม่อยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติ โดยเป็นเพียง “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย แต่มีได้เรียกว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” แต่อย่างไร

สำหรับ CRPD นั้น วางหลัก “ให้รัฐภาคีห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งปวงเพราะเหตุแห่งความพิการ”¹²² แต่กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการดำเนินการ “จัดให้มีการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล” รวมทั้ง การมี “มาตรการเฉพาะซึ่งจำเป็นในการเร่งหรือเพื่อให้บรรลุถึงความเท่าเทียมกันในทางปฏิบัติ” ซึ่งจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ¹²³

¹²¹ CERD General Recommendation 14 (Art. 2, para. 1: Definition of discrimination)

¹²² Article 2, CRPD

¹²³ Article 5, CRPD ใช้คำว่า “...shall not be considered discrimination...”

ในกรณีของ ICSCR นั้น หากพิจารณาจาก ความเห็นทั่วไป (General Comment) ของกลไกตามสนธิสัญญา ICESCR¹²⁴ ซึ่งได้อธิบายโดยจำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมไว้ว่า

“การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation Treatment) ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม อาจเข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติภายใต้มาตรา 2 ของสนธิสัญญานี้....”

จะเห็นได้ว่า โครงสร้างของการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามสนธิสัญญานี้ มุ่งพิจารณาความแตกต่างกันของการปฏิบัติ โดยเรียกว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation Treatment)” ซึ่งถ้าพิจารณาความแตกต่างนี้ยังไม่มีเชื่อมโยงกับการเลือกปฏิบัติ จนกว่าจะเข้าองค์ประกอบอื่นๆ ด้วย

นอกจากนี้ ความเห็นทั่วไป (General comment) ของกลไกตามสนธิสัญญา ICESCR¹²⁵ ยังได้อธิบายถึง ขอบเขตของการปฏิบัติที่แตกต่างอันสามารถยอมรับได้ (Permissible Scope of Differential Treatment) ไว้ว่า

“การปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เว้นแต่สาเหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นมีความสมเหตุสมผลและเป็นภาวะวิสัย ซึ่งอาจประเมินด้วยการพิจารณาวัตถุประสงค์และผลกระทบ (Aim and effect) ของมาตรการหรือการละเว้นนั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยเปรียบเทียบกับลักษณะของสิทธิตามสนธิสัญญานี้และเพื่อวัตถุประสงค์ของการส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีในสังคมประชาธิปไตย นอกจากนี้ สัดส่วนระหว่างวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุและมาตรการสำหรับเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์นั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ที่ชัดเจนและสมเหตุสมผลด้วย...”

ดังนั้น โดยหลักแล้ว เมื่อมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกิดขึ้นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ก็จะถือว่าเข้าองค์ประกอบและเรียกได้ว่า “การเลือกปฏิบัติ” อย่างไรก็ตาม หากการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นมีลักษณะและองค์ประกอบเข้าเหตุที่เรียกว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างอันสามารถยอมรับได้ (Permissible Scope of Differential Treatment)” ตามความเห็นทั่วไปนี้ ก็จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ¹²⁶ จะเห็นได้ว่าจากความเห็นทั่วไปนั้น ใช้หลักการและปัจจัยต่างๆ ในการจำแนกการปฏิบัติที่แตกต่างอันมีเหตุชอบธรรม ออก

¹²⁴ 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)

¹²⁵ 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)

¹²⁶ หากพิจารณาจากความเห็นทั่วไป ซึ่งอธิบายว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เว้นแต่สาเหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นมีความสมเหตุสมผลและเป็นภาวะวิสัย” (Differential treatment based on prohibited grounds will be viewed as discriminatory unless the justification for differentiation is reasonable and objective) หากตีความตามลายลักษณ์อักษรในทางกลับกันแล้วอาจกล่าวได้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแต่มีความสมเหตุสมผลและเป็นภาวะวิสัยแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

จากการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ หลักการพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติที่ต่างกันั้นและผลกระทบจากการปฏิบัติดังกล่าว หากได้สัดส่วนกันและสมเหตุผล ก็จะทำให้การปฏิบัติที่ต่างกันั้นเป็นเพียงการปฏิบัติที่ต่างกักัน โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ จะเห็นได้ว่าความเห็นทั่วไปมิได้ใช้ค่านิยามหรือกำหนดให้การปฏิบัติที่ต่างกักันแต่สามารถยอมรับได้เพราะมีเหตุผลสมควรและสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนระหว่างวัตถุประสงค์และผลกระทบ เป็นการ “เลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” อาจกล่าวได้ว่า ไม่มีการใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ทั้งในตัวของสนธิสัญญานี้และในการตีความของกลไกตามสนธิสัญญาแต่อย่างไร

ด้วยเหตุนี้ จากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้กรอบของสหประชาชาติ ประกอบกับการตีความจากความเห็นทั่วไปและข้อแนะนำทั่วไปดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปได้ว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติไว้ โดยมีการจำแนกระหว่าง การปฏิบัติที่ต่างกักันอันต้องห้ามตามกฎหมายซึ่งเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ” กับ การปฏิบัติที่ต่างกักันอันเข้าเหตุที่กฎหมายถือว่าสามารถปฏิบัติต่างกักันได้โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะไม่มีการใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ดังจะได้ทำการแจกแจงสรุปการใช้คำเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศตามตารางต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบการใช้คำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศ	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	ความหมายของการปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
ICCPR	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) (Article 26)	ความแตกต่างใดๆ การกีดกัน การจำกัด หรือ การปฏิบัติเป็นพิเศษ (Any Distinction, Exclusion, Restriction or Preference...) ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ (General Comment No. 18)	ความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Differentiation) (General Comment No. 18)
ICESCR	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) (Article 2)	การปฏิบัติที่ต่างกักัน (Differentiation of Treatment) ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ (General Comment No. 20)	- การปฏิบัติที่ต่างกักันอันสามารถยอมรับได้ (Permissible Scope of Differential Treatment) โดยพิจารณาวัตถุประสงค์และผลกระทบ (Aim and effect) (General Comment No. 20) - มาตรการพิเศษที่มีลักษณะ

กฎหมายระหว่างประเทศ	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	ความหมายของการปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
			ชั่วคราวและมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันเชิงพหุติณัยหรือเชิงสาระ นั้นเป็นความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย (...such differentiation is legitimate) (General Comment No. 16)
CEDAW	การเลือกปฏิบัติต่อสตรี (Discrimination against Women) (Article 1)	ความแตกต่างใดๆ การกีดกันหรือ การจำกัด (Any Distinction, Exclusion, or Restriction) ด้วยเหตุแห่งเพศ (Article 1)	การปฏิบัติที่แตกต่าง (Distinction) ที่เข้าเหตุที่กฎหมายกำหนด เช่น มาตรการพิเศษชั่วคราว (Temporary Special Measures) (Article 4)
CRC	การเลือกปฏิบัติชนิดใดๆ (Discrimination of any kind) (Article 2)	-	-
CRPD	การเลือกปฏิบัติใดๆ (Any Discrimination) (Article 2)	ความแตกต่าง การกีดกัน หรือ การจำกัดบนพื้นฐานความพิการ (Any distinction, exclusion or restriction...) (Article 2)	การปฏิบัติที่แตกต่าง (Distinction) ที่เข้าเหตุที่กฎหมายกำหนด เช่น - “มาตรการเฉพาะ” (Specific Measures) ซึ่งจำเป็นเพื่อให้บรรลุถึงความเท่าเทียมกันในทางปฏิบัติ ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ (...shall not be considered discrimination) (Article 5)
CERD	การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Racial discrimination)	- ความแตกต่างใดๆ การกีดกันหรือ การจำกัด (Any distinction, exclusion,	การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation of Treatment) ซึ่งสามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม

กฎหมายระหว่างประเทศ	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	ความหมายของการปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
	(Article 1)	restriction or preference (Article 1) - “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differentiation of Treatment) จะก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หากไม่สามารถอ้างเหตุที่ชอบธรรม (Unjustifiable impact) (General Recommendation 14)	(General Recommendation 14)

สำหรับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคนั้น กรณีสหภาพยุโรป พบว่าได้มีการจำแนกการเลือกปฏิบัติเป็นกรณี “เป็นธรรม” กับ “ไม่เป็นธรรม” เช่น ในคดี Belgian Linguistics ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในเบลเยียม ECtHR อธิบายว่า¹²⁷ หลักความเท่าเทียมกันของการปฏิบัติ (Principle of Equality of Treatment) จะถูกละเมิด หากความแตกต่างในการปฏิบัติ (Distinction) นั้นปราศจากวัตถุประสงค์และเหตุผลอันสมควร ซึ่งจะต้องประเมินจากความสัมพันธ์ระหว่างเป้าหมายและผลกระทบ (Aim and effects) ของมาตรการนั้น ECtHR อธิบายว่า ความแตกต่างของการปฏิบัติ (Difference of Treatment) ที่จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) นั้น ไม่เพียงแต่จะต้องมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate aim) เท่านั้น แต่ยังต้องมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลและได้สัดส่วนระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการที่นำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้นด้วย

จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายสหภาพยุโรปไม่ได้จำแนก การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม กับ การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แต่ใช้คำว่า การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ในการคำตัดสินคดีนี้ ECtHR ใช้คำว่าความแตกต่างในการปฏิบัติ (Distinction / Difference of treatment) ซึ่งยังไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ จนกว่าจะพิจารณาปัจจัยอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสัมพันธ์ระหว่างเป้าหมายที่มุ่งประสงค์และวิธีการอันนำไปสู่จุดมุ่งหมายนั้นว่ามีความสมเหตุสมผลและได้สัดส่วนหรือไม่ หากมีเหตุผลและได้สัดส่วน การปฏิบัติที่แตกต่างกันก็จะเป็นการเลือกปฏิบัติ หรืออีกนัยหนึ่งคือการปฏิบัติที่แตกต่างกันเท่านั้น โดยมีได้ใช้คำว่า เป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม แต่อย่างไร

¹²⁷ The Belgian Linguistic case (1968) 1 EHRR 252

สำหรับกรณีของ สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกันนั้น หลักการห้ามเลือกปฏิบัติจัดอยู่ในหลัก “Equality Principle” หรือหลักความเท่าเทียมกัน โดยมีได้มีการกำหนดคำว่าเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ ในข้อเสนอแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของคอสตาริกา¹²⁸ IACHR อธิบายหลักการตามมาตรา 24 ว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Difference in Treatment) โดยรัฐ จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ หากมีการจำแนกบุคคลบนพื้นฐานข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันและมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุผลและได้สัดส่วนระหว่างการปฏิบัติที่แตกต่างกันกับวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติดังกล่าว” จะเห็นได้ว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ยังไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยต้องพิจารณาต่อไปถึงเหตุผลและความได้สัดส่วน กล่าวคือ หากความแตกต่างนั้นมีเหตุผลสมควรรองรับ และเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์แล้วมีความได้สัดส่วนกันแล้ว การปฏิบัติที่แตกต่างกัน ก็จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ หรืออีกนัยหนึ่งคือ เป็นเพียงการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Difference in Treatment) ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนกับรัฐธรรมนูญของไทยจะพบความคล้ายคลึงกันในกรอบหลักการว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติจัดอยู่ในหลักความเท่าเทียมกัน ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Difference in Treatment) โดยสภาพทั่วไปแล้ว ส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน แต่ตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศนั้น พบว่า เมื่อมีประเด็นพิจารณาว่ามาตรการหรือกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ จะมีการนำปัจจัยต่างๆมาพิจารณา เช่น ปัจจัยเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการนั้นและวัตถุประสงค์ที่มาตรการนั้นมุ่งหมาย หลักความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการหรือกฎเกณฑ์นั้นกับวัตถุประสงค์ ความสมเหตุผลของมาตรการหรือกฎเกณฑ์นั้น เป็นต้น หากผ่านการพิจารณาด้วยปัจจัยดังกล่าวแล้วพบว่ามาตรการนั้นสมเหตุผลหรือมีความชอบธรรม (Justification) โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการที่มีลักษณะการปฏิบัติแตกต่างกัน แต่ส่งผลให้เกิดความเท่าเทียมกันของบุคคล เช่น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) มาตรการนั้นจะเป็นเพียง “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Difference in Treatment) ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย แต่หากมาตรการนั้นไม่สมเหตุผล ไม่ได้สัดส่วน ก็จะเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย โดยไม่มีการจำแนก การปฏิบัติที่แตกต่างกัน ออกเป็น การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม และการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

หากเปรียบเทียบกับหลักการตามรัฐธรรมนูญสองฉบับของไทยดังที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้นจะเห็นว่า แม้ตัวบทมิได้บัญญัติถึงเหตุผล (Justification) หรือปัจจัยในการพิจารณาการปฏิบัติที่แตกต่างกันว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ แต่อาจกล่าวได้ว่า เหตุผลหรือปัจจัยในการพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลนั้นจะต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่นั้นจะอยู่ที่การตีความคำว่า “ไม่เป็นธรรม” ของการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ หากมีเหตุผลสมควรแล้วแม้จะมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุต่างๆที่ระบุไว้ ก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือหากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าองค์ประกอบของการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันตามวรรคท้ายของมาตรา 30 แล้วก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมแต่กรณี

¹²⁸ *Advisory Opinion on Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, OC-4/84, Inter-American Court of Human Rights (IACrHR), 19 January 1984

นี้กฎหมายระบุไว้เช่นนั้นอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามข้อแตกต่างที่สำคัญก็คือ รัฐธรรมนูญของไทยใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในการสื่อความหมายว่าเป็น “การปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งไม่มีเหตุผลสมควร” สำหรับการปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งมีเหตุผลสมควรมันนั้น ไม่มีการกำหนดคำเฉพาะไว้ในตัวบท แต่มักเรียกกันว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายต่างประเทศมักใช้เพียงคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” เพื่อสื่อความหมาย “การปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งไม่มีเหตุผลสมควร” สำหรับการปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งมีเหตุผลสมควรมันนั้น ก็จะเรียกว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน”

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยที่กำหนดคำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ปรากฏในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ซึ่งกำหนดอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอัน “มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม..หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”¹²⁹ จากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติดังกล่าวในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาว่ากฎ คำสั่งทางปกครอง ที่พิพาทนั้นเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 9 หรือไม่นั้น ศาลใช้กรอบการพิจารณาอย่างกว้างโดยพิจารณาประกอบกับประเด็นอื่นๆโดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบซึ่งอาจครอบคลุมเหตุต่างๆนอกเหนือจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังเช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ จึงอาจกล่าวได้ว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีปกครองมีขอบเขตกว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยทั่วไป¹³⁰ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทคดีปกครองนี้ มีขอบเขตและความหมายแตกต่างออกไปจาก “การเลือกปฏิบัติ” ตามความตกลงระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการเลือกปฏิบัติตาม มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี นั้นเป็นการพิจารณาภายใต้แนวคิดของคดีปกครอง แต่การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นการพิจารณาภายใต้แนวคิดสิทธิมนุษยชน

4.3.5 วิเคราะห์หลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ตามกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

ดังกล่าวนำในหัวข้อก่อนหน้านี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีการกำหนดหลักความเท่าเทียมกันโดยห้ามการเลือกปฏิบัติเนื่องจากการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ใน

¹²⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 กำหนดว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือ การกระทำการอื่นใดเนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน...หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม..หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

¹³⁰ ดูเพิ่มเติมในการวิเคราะห์ประเด็น “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”

การบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัตินี้มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป ในประเด็นนี้ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่า มีบางประเทศที่ระบุการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) ไว้อย่างชัดเจน คือประเทศแอฟริกาใต้ ดังที่ปรากฏตามหลักการของรัฐธรรมนูญดังนี้

มาตรา 9

(1) บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ทางกฎหมายเท่าเทียมกัน

(2) ความเท่าเทียมกันครอบคลุมถึงการได้รับสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ในการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันนั้น จะต้องมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นเพื่อคุ้มครองบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งเสียเปรียบจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (person disadvantaged by unfair discrimination)

(3) รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ เพศ การตั้งครรภ์ สถานะความเป็นมารดา ชาดิกำเนิด สีสัน รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด

(4) บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุดังระบุใน (3) ในการนี้รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว

(5) การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังระบุใน (3) นั้นถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair) หากไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นธรรม (Fair)

จะเห็นได้ว่า หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันเป็นไปด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้ว จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair) เว้นแต่จะสามารถแสดงให้เห็นถึงเหตุผลอันสมควรได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม (Fair) เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะเห็นว่า โดยหลักการแล้วกฎหมายทั้งสองประเทศมุ่งคุ้มครองความเท่าเทียมกัน โดยกฎหมายบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ ในฐานะเป็นการขยายความการคุ้มครองหลักความเท่าเทียมกัน เนื่องจากพิจารณาว่าการห้ามเลือกปฏิบัตินั้นเป็นวิธีการหนึ่งในการบรรลุหลักความเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตามในการบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัตินี้ 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 มีวิธีการทางเลือกอื่นที่ทำให้เกิดความเสียเปรียบน้อยกว่าและสามารถนำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหรือไม่” เมื่อเปรียบเทียบกับไทยจะเห็นได้ว่า ไทยมิได้มีการบัญญัติหลักการหรือเกณฑ์ในการจำแนกระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด เมื่อมีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นจึงต้องพิจารณาจากการตีความของศาล

หากเปรียบเทียบกับ *กฎหมายประเทศออสเตรเลีย* จะพบว่า พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act 1986) กำหนดจำแนกระหว่าง การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) และ การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Discrimination)

สำหรับนิยามของ *การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)* โดยทั่วไปแล้วหมายถึง¹³¹ “ความแตกต่าง การกีดกัน หรือ การปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษใดๆ ซึ่งกระทำขึ้นบนพื้นฐานของ เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชนิกานิกายหรือต้นกำเนิดทางสังคม ซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคหรือทำให้เสียไปซึ่งความเท่าเทียมกันในโอกาสหรือการปฏิบัติในการจ้างงานหรืออาชีพ....”

สำหรับนิยามของ *การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Discrimination)*¹³² หมายถึง การกระทำ การละเว้นการกระทำ หรือการปฏิบัติซึ่งมีชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆ 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 หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายเฉพาะที่กำหนดรายละเอียดห้ามการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุต่างๆ ไว้ก็เป็นเพียง “การเลือกปฏิบัติ” ซึ่งยังไม่ผิดกฎหมาย แต่หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าเหตุต้องห้ามตามกฎหมายเฉพาะ จึงจะเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย” เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า โดยหลักการแล้วกฎหมายทั้งสองประเทศมุ่งคุ้มครองความเท่าเทียมกัน โดยกฎหมายบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ เนื่องจาก

¹³¹ Part I, article 3 (Interpretation)

¹³² Part I, article 3 (Interpretation)

พิจารณาว่าการห้ามเลือกปฏิบัตินั้นเป็นวิธีการหนึ่งในการบรรลุหลักความเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตามในการบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัตินี้ มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน สำหรับการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายนั้น กฎหมายออสเตรเลียใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ในขณะที่ไทยใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” แต่ทั้งนี้การกำหนดถ้อยคำทั้งสองต่างก็เป็นไปโดยหลักการเช่นเดียวกันกล่าวคือ เพื่อบังคับให้การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันชอบด้วยกฎหมายกับการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันมิชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายไทยกับออสเตรเลียก็คือ กฎหมายออสเตรเลียมีการกำหนดหลักการหรือเกณฑ์ในการจำแนกการเลือกปฏิบัติกับการเลือกปฏิบัติที่มิชอบด้วยกฎหมายไว้ในขณะที่กฎหมายไทยมิได้กำหนดหลักการหรือเกณฑ์ในการจำแนกไว้อย่างชัดเจน

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับ *กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canada Human Rights Act 1985 , Last Amended November, 2014)* แล้วจะเห็นได้ว่ามีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายและการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) มาตรา 15 วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน (Equality Rights) เป็นหลักสำคัญ กล่าวคือ “บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ....” จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญกล่าวถึงการเลือกปฏิบัติในฐานะเป็นสิ่งที่ขัดหรือแย้งกับหลักความเท่าเทียมกัน แต่มิได้กำหนดจำแนกความแตกต่างระหว่าง การเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย (ไม่ว่าจะเรียก “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่มิชอบด้วยกฎหมาย” ก็ตาม) กับ การเลือกปฏิบัติที่ทำได้ตามกฎหมาย (ไม่ว่าจะเรียก “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย” ก็ตาม) โดยมีการบัญญัติเพียง “การเลือกปฏิบัติ” ซึ่งมีนัยว่าเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัวเอง เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายเฉพาะ คือ กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canada Human Rights Act 1985 , Last Amended November, 2014) จะพบว่ากฎหมาย เริ่มจากการบัญญัติเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Proscribed Discrimination) จากนั้นจะกำหนด “การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Practice) โดยจำแนกการกระทำในมิติต่างๆ เป็นรายมาตราไป เช่น การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงาน ในมิติสินค้าและบริการ ในมิติของที่อยู่อาศัย เป็นต้น จากแนวคำพิพากษาคดี พบว่า ศาลสูงสุดแคนาดาได้ใช้คำที่แตกต่างกันระหว่างการปฏิบัติที่แตกต่าง กับ การเลือกปฏิบัติ ดังจะเห็นได้จากคำตัดสินซึ่งวางหลักว่า¹³³ กรณีนี้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction) ของโปรแกรมของรัฐบาล อันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุในรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ตามรัฐธรรมนูญ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆนั้น โดยหลักแล้วก็คือ “การเลือกปฏิบัติ” แต่จะต้องเข้าองค์ประกอบตามกฎหมายเฉพาะคือ กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดาซึ่งกำหนดองค์ประกอบของ “การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Practice) ในมิติต่างๆเสียก่อน จึงจะถือว่าเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งเมื่อเข้าองค์ประกอบแล้ว จึงมีประเด็นพิจารณาต่อไปว่า การกระทำนั้นเข้าเหตุตามข้อยกเว้น (Exception)

¹³³ Canada in R. v. Kapp , SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, 294 D.L.R. (4th)

หรือไม่ หากเข้าข่ายกเว้นมาตรา 15 ก็จะไม่ถือว่าเป็น “การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Practice) โดยกฎหมายมิได้เรียกการกระทำที่เข้าข่ายกเว้นว่า เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นธรรม เพียงแต่เรียกว่า ไม่เป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ (It is not a Discriminatory Practice) ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ตามกฎหมายแคนาดา ไม่มีการใช้ถ้อยคำ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย” เนื่องจากกฎหมายเพียงจำแนก ระหว่าง “การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Practice) ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย และการกระทำที่เข้าข่ายกเว้นซึ่งเรียกว่า “ไม่เป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” นอกจากนี้ยังพบข้อแตกต่างอีกประการระหว่างกฎหมายไทยกับแคนาดาก็คือ กฎหมายแคนาดามีการกำหนดหลักการหรือเกณฑ์ในการจำแนก ระหว่าง “การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” กับการกระทำที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ในขณะที่กฎหมายไทยมิได้กำหนดหลักการหรือเกณฑ์ในการจำแนกไว้อย่างชัดเจน

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติของ **ประเทศฟินแลนด์** แล้วพบว่า กฎหมายฟินแลนด์ นั้น แม้จะมีการกำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติซึ่งแยกเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมอย่างชัดเจน แต่ไม่ได้กำหนด “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” เอาไว้ โดยหลักแล้วเมื่อมีการพิจารณาปฏิบัติที่แตกต่างกันก็ต้องพิจารณาว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันเช่นนั้นนั้นมีเหตุผล (Justification) รองรับหรือไม่¹³⁴ หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น มีเหตุผลอันสมควร ก็จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ การปฏิบัติที่พิพาทนั้น ก็เป็นเพียงแค่ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differential Treatment) แต่หากไม่มีเหตุผลสมควร ก็จะเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination)¹³⁵ ด้วยเหตุนี้ ตามกฎหมายฟินแลนด์ จึงมีเฉพาะ “การเลือกปฏิบัติ” ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย กับ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย มิได้มีการใช้คำว่า การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แต่อย่างไร

เช่นเดียวกับกฎหมายของ **ประเทศสวีเดน** รัฐธรรมนูญวางหลัก “กฎหมายหรือบทบัญญัติใดๆ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อพลเมืองในลักษณะกีดกัน...” (No Act of Law or Other Provision May Imply the *Unfavourable Treatment of* a Citizen...) จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญใช้คำว่า “การกีดกัน” หรือ “การปฏิบัติในลักษณะพึงพอใจน้อยกว่า” (Unfavorable Treatment) ซึ่งมีความหมายทำนองเดียวกับการ “เลือกปฏิบัติ” และมีได้มีการจำแนก ระหว่างการปฏิบัติที่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว สำหรับกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของสวีเดน พบว่ามีการวางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติซึ่งแยกเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมอย่างชัดเจน แต่มิได้ใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายเลือกปฏิบัติของสวีเดน มีการจำแนกการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ หลายมิติในกฎหมายฉบับเดียว เช่น การจ้างแรงงาน การศึกษา การคุกคาม การซื้อสินค้าหรือบริการ การเกณฑ์ทหาร โดยในแต่ละมิตินั้น วางหลักว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการ

¹³⁴ การปฏิบัติที่แตกต่างกัน ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ หากการปฏิบัตินั้นอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายและเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ยอมรับได้ (Acceptable Objective) และมาตรการที่จะนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้นเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วน (มาตรา 11)

¹³⁵ Non-discrimination Act (1325/2014), มาตรา 11 มาตรา 12 (Justification for different treatment)

เลือกปฏิบัติจะถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (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 การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมแต่อย่างไร

ในกรณีของเยอรมันนั้น รัฐธรรมนูญเยอรมัน เรียกการปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายว่า “**การเลือกปฏิบัติ**” โดยมีได้ใช้คำว่า “เป็นธรรม” หรือ “ไม่เป็นธรรม” ในการจำแนกความแตกต่างระหว่างการปฏิบัติซึ่งต้องห้ามและไม่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ สำหรับหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจำแนกความแตกต่างระหว่างการ “เลือกปฏิบัติ” ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ กับการกระทำที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ นั้น ตัวบทของรัฐธรรมนูญมาตรา 3 มิได้กำหนดไว้ชัดเจน อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันนำหลักเกณฑ์ต่างๆ มาประกอบการวินิจฉัย เช่น นำ “**การใช้อำนาจตามอำเภอใจ**” มาประกอบการพิจารณา กล่าวคือ คำพิพากษาได้วินิจฉัยหลักความเสมอภาคว่าหมายถึงการ “ห้ามมิให้ปฏิบัติแตกต่างกันในสิ่งที่เหมือนกันอย่างอำเภอใจ และห้ามมิให้ปฏิบัติเหมือนกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันอย่างอำเภอใจ”¹³⁶ รวมทั้งการนำ “**หลักความได้สัดส่วน**” มาประกอบการพิจารณา กล่าวคือ “การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายและวิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้องเป็นวิธีการที่มีความเหมาะสมและจำเป็น”¹³⁷ อีกทั้งยังมีคดีที่ใช้หลักการพิจารณาว่า “ความแตกต่างในทางข้อเท็จจริงนั้นมีเหตุผลอันสมควรที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างกันหรือไม่”¹³⁸ ดังนั้นหากเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญของไทยกับเยอรมัน จะเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศ จะมีโครงสร้างการกำหนดหลักความเท่าเทียมกันและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เริ่มจากการวางหลักความเท่าเทียมกันโดยทั่วไปและวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญไทยมีการใช้คำ “เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” เพื่อบ่งบอกถึงการปฏิบัติอันต้องห้ามในขณะที่รัฐธรรมนูญเยอรมันมิได้ใช้คำในลักษณะดังกล่าว เพียงแต่ใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติ” เท่านั้น นอกจากนี้ แม้รัฐธรรมนูญเยอรมันมิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาจำแนก การเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย กับ การปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของไทย แต่ศาลเยอรมันได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์หรือแนวทางไว้ซึ่งอาจเปรียบเทียบกับแนวคำพิพากษาศาลไทยดังจะได้วิเคราะห์ต่อไป

¹³⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์** (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2558), หน้า 133-134.

¹³⁷ เรื่องเดิม, หน้า 134.

¹³⁸ เรื่องเดิม, หน้า 140.

ในกรณีของ*ประเทศอินเดีย*นั้น รัฐธรรมนูญอินเดีย มาตรา 15 วางหลักความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติไว้ โดยกำหนดว่ารัฐจะต้อง “ไม่เลือกปฏิบัติ ต่อพลเมือง...” โดยมีได้ใช้คำว่า “เป็นธรรม” หรือ “ไม่เป็นธรรม” ในการจำแนกความแตกต่างระหว่างการปฏิบัติต่อพลเมืองแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญกำหนดยกเว้นให้การปฏิบัติที่แตกต่างต่อพลเมืองบางกรณีไม่ให้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ กรณีที่รัฐกำหนดให้มี มาตรการพิเศษ (Special provision) สำหรับเด็ก สตรี และกลุ่มผู้เสียเปรียบทางด้านสังคมและการศึกษา (มาตรา 15 (3) - (5)) จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นนี้มีลักษณะเป็น “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative Action) ดังจะได้วิเคราะห์ต่างหาก ซึ่งในส่วนนี้มีลักษณะคล้ายกับรัฐธรรมนูญของไทย เช่น ฉบับปี 2550 ซึ่งกำหนดไว้ว่ามาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

สำหรับ *รัฐธรรมนูญของมาเลเซีย* นั้นวางหลักความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติไว้ใน มาตรา 8 และ มาตรา 12 โดยใช้คำว่า “ห้ามเลือกปฏิบัติ” สำหรับการปฏิบัติแตกต่างกันที่ไม่ถือว่าเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” นั้นรัฐธรรมนูญมิได้ใช้ถ้อยคำใดโดยเฉพาะ จะเห็นได้ว่ามิได้มีการใช้คำ “ไม่เป็นธรรม” มาจำแนกกระหว่างการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญกับการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ดังเช่นตามรัฐธรรมนูญของไทย นอกจากนี้พบว่า รัฐธรรมนูญมาเลเซียกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาจำแนก การเลือกปฏิบัติ ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย กับ การปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย โดยมาตรา 8 กำหนดข้อยกเว้นไว้หลายกรณี เช่น กรณีมีบทบัญญัติหรือแนวปฏิบัติในการจำกัดการทำงานที่เกี่ยวข้องกับศาสนา กรณีมีบทบัญญัติใดๆ ที่คุ้มครองความเป็นอยู่ของชาวพื้นเมือง (Aboriginal People) เป็นต้น ซึ่งอาจจัดเป็นกรณี “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative Action) ดังจะได้วิเคราะห์ต่างหาก ซึ่งในส่วนนี้มีลักษณะคล้ายกับรัฐธรรมนูญของไทย เช่น ฉบับปี 2550 ซึ่งกำหนดไว้ว่ามาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

สำหรับกรณีของ*ประเทศสิงคโปร์*นั้น หลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏในรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ มาตรา 12 ว่าด้วย “การคุ้มครองความเท่าเทียมกัน” (Equal Protection) โดยมาตรา 12 นี้เริ่มจากการกำหนดคุ้มครองความเท่าเทียมกัน จากนั้นจึงวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กำหนด อย่างไรก็ตาม กฎหมายสิงคโปร์มิได้จำแนกความแตกต่างระหว่าง การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม กับ การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

ศาลสูงสุดได้ตีความมาตรา 12 ในคดี Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong¹³⁹ โดยวางเกณฑ์สำหรับพิจารณาว่ากฎหมายหรือมาตรการที่พิพาทนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 12 หรือไม่ เกณฑ์ดังกล่าวมีสองขั้น (Stages) ดังนี้

¹³⁹ Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong [1998] 2 S.L.R.(R.) 489

ขั้นแรก พิจารณาว่า กฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันหรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า กฎหมายนั้นไม่ได้ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน กฎหมายนั้นก็ผ่านเกณฑ์นี้ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่หากกฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน ก็จะต้องพิจารณาขั้นที่สองต่อไป

ขั้นที่สอง พิจารณาว่า กฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลการจำแนก ความแตกต่างที่ชอบหรือไม่ ในการนี้จะต้องแยกพิจารณาเป็นสองกรณีคือ

กรณีแรก พิจารณาว่า การจำแนกความแตกต่างระหว่างบุคคลในกลุ่มหนึ่งกับบุคคลที่อยู่นอกกลุ่มนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่สามารถเข้าใจได้หรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า ไม่อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ กฎหมายนั้นก็เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากอยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ ก็จะต้องพิจารณาในกรณีที่สองต่อไป

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

ประธานศาลสูงสุด (Yong Pung How) ได้อธิบายไว้ด้วยว่า กฎหมายหรือมาตรการที่ไม่ผ่านเกณฑ์การพิจารณา นี้ เรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากกฎหมายหรือมาตรการนั้นผ่านเกณฑ์การพิจารณาดังกล่าว ก็จะเป็นเพียงแค่ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differentiation) ซึ่งไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

4.3.6 วิเคราะห์รูปแบบและโครงสร้างการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ

จากการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติทั้งกรณีกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย จะเห็นรูปแบบโครงสร้างที่สำคัญดังนี้

- บัญญัติคุ้มครองหลักความเท่าเทียมกัน (Equality) ซึ่งในหลายกรณีจะมีการบัญญัติหลักความเท่าเทียมกันไว้ในส่วนต้นหรือวรรคแรกของมาตราที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ

- บัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ ในฐานะเป็นการขยายความการคุ้มครองหลักความเท่าเทียมกัน เนื่องจากพิจารณาว่าการการเลือกปฏิบัตินั้นการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน ดังนั้น การห้ามเลือกปฏิบัติจึงเป็นวิธีการหนึ่งในการบรรลุหลักความเท่าเทียมกัน

ในการบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ มีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายและการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์และหลักการเช่นเดียวกันคือการจำแนกระหว่าง “การกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย” และ “การกระทำที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย” ซึ่งอาจจำแนกออกเป็น **รูปแบบการบัญญัติกฎหมาย 4 รูปแบบ** ดังนี้

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

2. กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า **“การเลือกปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมาย” (Unlawful Discrimination)** และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนดว่า **“การเลือกปฏิบัติที่ขอบด้วยกฎหมาย”** ดังเช่นกรณีกฎหมายออสเตรเลีย

3. กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า **“การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Practice)** และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนดว่า **“การกระทำที่ไม่ใช่การกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ” (It is not a Discriminatory Practice)** ดังเช่นกรณีกฎหมายแคนาดา

4. กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมายว่า **“การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination)** และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนดหรือ ไม่เข้าองค์ประกอบเงื่อนไขของการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายว่า **“การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differentiation)** ดังเช่นแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสิงคโปร์ หรือกรณีกฎหมายประเทศฟินแลนด์ที่จำแนกระหว่างการปฏิบัติแตกต่างกัน (Different Treatment) ซึ่งจะเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ถ้าขาดเสียซึ่งเหตุผลอันสมควร (Justification) กับ การปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งมีเหตุผลสมควรจึงไม่เป็นการ “เลือกปฏิบัติ” เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสวีเดน ซึ่งจำแนกระหว่าง “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) และ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differential Treatment) นอกจากนี้พบว่าในอีกหลายประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญเยอรมัน รัฐธรรมนูญมาเลเซีย รัฐธรรมนูญอินเดีย นั้น แม้ในกฎหมายจะมีการเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “การเลือกปฏิบัติ” แต่ตามกฎหมายมิได้ใช้คำเฉพาะสำหรับเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุอันสมควรตามกฎหมายหรือเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมาย

สำหรับกรณีของไทยนั้นอาจเทียบเคียงได้กับรูปแบบที่ 1 อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า มีลักษณะที่ควรพิจารณาเพิ่มเติมสองประการคือ

ประการแรก ในตัวบทกฎหมายมีระบุใช้ถ้อยคำเฉพาะเพื่อแสดงถึง “การปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนด” ซึ่งแยกออกจาก “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” กล่าวคือไม่มีการใช้คำอันระบุว่า “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งคล้ายคลึงกับบางประเทศที่ได้กำหนดใช้คำเรียกโดยเฉพาะสำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่เป็นการขัดต่อกฎหมาย เช่น เยอรมัน อินเดีย มาเลเซีย เป็นต้น

ประการที่สอง ในตัวบทของรัฐธรรมนูญได้กำหนดเกณฑ์ในการจำแนกระหว่าง “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” และ การกระทำที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติดังกล่าว ดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากแนววินิจฉัยของศาล

อย่างไรก็ตาม แม้แต่ละประเทศจะมีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายและกำหนดนิยามที่แตกต่างกันไป แต่เมื่อพิจารณาหลักการสำคัญแล้วพบว่าคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ กฎหมายมุ่งคุ้มครองความเท่าเทียมกัน และห้ามการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติที่แตกต่างกันบางกรณีมีเหตุผลสมควรจึงไม่ต้องห้าม เพียงแต่มีการกำหนดถ้อยคำแตกต่างกันออกไปเท่านั้น

นอกจากนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญของไทยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาจำแนกระหว่าง “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” กับ การปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไว้ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญมีเพียงการบัญญัติถึง “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative Action) ซึ่งโดยลักษณะแล้วเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันในลักษณะของการให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลบางกลุ่ม (Privilege) แต่กฎหมายยกเว้นให้รัฐสามารถทำได้ และไม่ถือว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (เช่น รัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 มาตรา 30 วรรคท้าย) ซึ่งการกำหนดหลักการยกเว้นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกหรือมาตรการพิเศษ (Special Measure) นี้ มีลักษณะคล้ายกับรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ เช่น อินเดีย มาเลเซีย เป็นต้น

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวข้างต้นกับ กฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้น หลักการห้ามเลือกปฏิบัติจัดอยู่ในหลักความเท่าเทียมกัน ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Difference in Treatment) โดยสภาพทั่วไปแล้วส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน แต่ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น พบว่า เมื่อมีประเด็นพิจารณาว่า มาตรการหรือกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ จะมีการนำปัจจัยต่างๆ มาพิจารณา เช่น ปัจจัยเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการนั้นและวัตถุประสงค์ที่ มาตรการนั้นมุ่งหมาย หลักความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการหรือกฎเกณฑ์นั้นกับวัตถุประสงค์ ความสมเหตุสมผลของมาตรการหรือกฎเกณฑ์นั้น เป็นต้น หากผ่านการพิจารณาด้วยปัจจัยดังกล่าวแล้วพบว่า มาตรการนั้นสมเหตุสมผลหรือมีความชอบธรรม (Justification) โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการที่มีลักษณะการปฏิบัติแตกต่างกันแต่ส่งผลให้เกิดความเท่าเทียมกันของบุคคล เช่น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative

Action) มาตรการนั้นจะเป็นเพียง “การปฏิบัติที่แตกต่าง” (Difference in Treatment) ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย แต่หากมาตรการนั้นไม่สมเหตุผล ไม่ได้สัดส่วน ก็จะเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย โดยไม่มีการจำแนก การปฏิบัติที่แตกต่าง ออกเป็น “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม และ การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย และ การเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

โดยนัยนี้จะเห็นว่า กฎหมายแคนาดา ฟินแลนด์ สวีเดน มีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกับกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว เนื่องจาก คำว่า “การกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ” นั้น **มีความหมายในเชิงลบกล่าวคือเป็นการกระทำที่มีขอบในตัวของมันเอง** นอกจากนี้หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าข่ายยกเว้น ก็จะไม่ถือเป็น “การกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ” โดยไม่ได้เรียกว่า เป็นการกระทำที่ “เป็นธรรม” (Fair) หรือ “ชอบด้วยกฎหมาย” (Lawful) แต่อย่างไร เช่นเดียวกับกฎหมายสิงคโปร์ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ที่กำหนดไว้เพียง ห้ามการเลือกปฏิบัติ โดยมีได้จำแนก ออกเป็น “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม และ การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย และ การเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลสูงสุดสิงคโปร์จะพบว่า ศาลได้สร้างเกณฑ์สำหรับพิจารณากฎหมายหรือมาตรการที่พิพาทนั้น ซึ่งหากกฎหมายหรือมาตรการนั้นไม่ผ่านเกณฑ์ก็จะถือเป็น “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ที่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ แต่หากผ่านเกณฑ์ดังกล่าวก็จะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญเนื่องจากไม่เป็น “การเลือกปฏิบัติ” โดยเป็นเพียง “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” (Differentiation)

จากการวิเคราะห์รูปแบบและโครงสร้างการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ดังกล่าวมาข้างต้นนั้น อาจสรุปได้ว่า ประเทศต่างๆ มีการใช้ถ้อยคำตามกฎหมายแตกต่างกันระหว่าง การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันต้องห้ามตามกฎหมาย กับ การปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่ต้องห้ามหรือเข้าข่ายยกเว้นตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ข้อที่คล้ายคลึงกันของกฎหมายประเทศต่างๆ ก็คือ การใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันอยู่บนพื้นฐานแนวคิดคล้ายคลึงกันในการมุ่งกำหนดหลักคุ้มครองความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน โดยกำหนดห้ามการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ สำหรับความแตกต่างในการกำหนดหลักการและการใช้ถ้อยคำนั้น อาจสรุปจำแนกให้เห็นตามตารางดังนี้

ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ และการกำหนดถ้อยคำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศ	กฎหมาย	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย	เกณฑ์การจำแนกระหว่างการปฏิบัติที่ต้องห้ามและไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
แอฟริกาใต้	รัฐธรรมนูญ	การเลือกโดยไม่เป็น	การเลือกปฏิบัติที่	“การเลือกปฏิบัติ” ด้วย

ประเทศ	กฎหมาย	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย	เกณฑ์การจำแนกระหว่างการปฏิบัติที่ต้องห้ามและไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
		ธรรม	เป็นธรรม	เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญระบุไว้จะถือว่าไม่เป็นธรรม (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)	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)	การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Discrimination)	หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าองค์ประกอบกฎหมายเฉพาะอื่นๆ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

ประเทศ	กฎหมาย	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย	เกณฑ์การจำแนกระหว่างการปฏิบัติที่ต้องห้ามและไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
	Act 1986)			
อินเดีย	รัฐธรรมนูญ	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)	ไม่กำหนดค่าไว้เฉพาะ	หากเป็น “มาตรการพิเศษ” (Special Provision) สำหรับเด็กสตรี และกลุ่มผู้เสียเปรียบทางด้านสังคมและการศึกษา ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 15 (3) - (5) , รัฐธรรมนูญอินเดีย)
แคนาดา	กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canada Human Rights Act 1985 , last amended November, 2014)	“การกระทำที่เป็น การเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Practice)	“ไม่เป็นการกระทำ ที่เป็นการเลือกปฏิบัติ” / การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction)	หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าข่ายกเว้นตามกฎหมาย จะไม่ถือเป็น การเลือกปฏิบัติ เช่น - กำหนดคุณสมบัติเฉพาะ ที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ด้วยความสุจริต (Bona Fide Occupational Requirement) - การปฏิบัติที่แตกต่าง อันมีเหตุผลสมควรด้วย ความสุจริต (Bona Fide Justification)
เยอรมัน	รัฐธรรมนูญ	การเลือกปฏิบัติ	ไม่ได้กำหนดค่าไว้เฉพาะ	- การปฏิบัติที่แตกต่างกัน เป็นไปตาม “อำเภอใจ” หรือไม่ - หลักความได้สัดส่วน - การปฏิบัติต่างต่างนั้น เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ของกฎหมายหรือไม่ และ

ประเทศ	กฎหมาย	การปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย	เกณฑ์การจำแนกระหว่างการปฏิบัติที่ต้องห้ามและไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย
				วิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้นเหมาะสมและจำเป็นหรือไม่
ฟินแลนด์	กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Act, 1325/2014)	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)	การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment)	การปฏิบัตินั้น อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายและ เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ยอมรับได้ (Acceptable Objective) และ มาตรการที่จะนำไปสู่ วัตถุประสงค์นั้นเป็น มาตรการที่ได้สัดส่วน (มาตรา 11)
สวีเดน	กฎหมายการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Act)	การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination)	การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment)	หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเข้าองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น - การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment) บนพื้นฐานของคุณลักษณะ (Characteristics) ที่มีความจำเป็นอย่างแท้จริง และสำคัญสำหรับงานนั้น - มาตรการที่เป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย - การปฏิบัติที่แตกต่างกัน ด้วยเหตุแห่งอายุ หากมี วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและวิธีการเพื่อ บรรลุวัตถุประสงค์

ประเทศ	กฎหมาย	การปฏิบัติที่ ต้องห้ามตาม กฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ ต้องห้ามตาม กฎหมาย	เกณฑ์การจำแนก ระหว่างการปฏิบัติที่ ต้องห้ามและไม่ต้องห้าม ตามกฎหมาย
				ดังกล่าวมีความเหมาะสม และจำเป็น (มาตรา 2, กฎหมายการ เลือกปฏิบัติ)
มาเลเซีย	รัฐธรรมนูญ	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)	ไม่ได้ระบุคำไว้ เฉพาะ	การปฏิบัติที่แตกต่างกัน หากเข้าข่ายยกเว้นที่ กำหนดไว้จะไม่ถือเป็น การเลือกปฏิบัติ เช่น - กรณีมีบทบัญญัติหรือ แนวปฏิบัติในการจำกัด การทำงานที่เกี่ยวข้องกับ ศาสนา - กรณีมีบทบัญญัติใดๆ ที่ คุ้มครองความเป็นอยู่ของ ชาวพื้นเมือง (Aboriginal People) (มาตรา 8, รัฐธรรมนูญมาเลเซีย)
สิงคโปร์	รัฐธรรมนูญ / การตีความตาม คำพิพากษาศาล	การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ที่ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ	การปฏิบัติที่ แตกต่างกัน (Differentiation) ซึ่งไม่ขัดต่อ รัฐธรรมนูญ	ศาลวางเกณฑ์การ พิจารณาว่าการปฏิบัติที่ แตกต่างกันกรณีใดจะเป็น การเลือกปฏิบัติ เช่น - การจำแนกความ แตกต่างระหว่างบุคคลใน กลุ่มหนึ่งกับบุคคลที่อยู่ นอกกลุ่มนั้น อยู่บน พื้นฐานเหตุผลที่สามารถ เข้าใจได้หรือไม่ - การปฏิบัติที่แตกต่างกัน นั้นมีความสัมพันธ์กับ วัตถุประสงค์ที่ต้องการ บรรลุหรือไม่

ประเทศ	กฎหมาย	การปฏิบัติที่ ต้องห้ามตาม กฎหมาย	การปฏิบัติที่ไม่ ต้องห้ามตาม กฎหมาย	เกณฑ์การจำแนก ระหว่างการปฏิบัติที่ ต้องห้ามและไม่ต้องห้าม ตามกฎหมาย
				(คำพิพากษา Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong [1998] 2 S.L.R.(R.) 489)
ไทย	รัฐธรรมนูญ (2540 / 2550)	การเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรม	ไม่ได้ระบุค่าไว้ เฉพาะ	รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนด เกณฑ์การพิจารณา จำแนกไว้อย่างชัดเจน ต้องพิจารณาจากแนว วินิจฉัยของศาล

นอกจากนี้ สำหรับกฎหมายไทยนั้น ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า มีการนำองค์ประกอบ “ไม่เป็นธรรม” มาประกอบกับคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ดังจะเห็นได้จากคำว่า “*การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม*” ถูกนำมาใช้ทั้งในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน รัฐธรรมนูญ และ บริบทของกฎหมายปกครอง สำหรับในบริบทกฎหมายปกครองนั้น เห็นได้จากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (มาตรา 9) ที่บัญญัติคำว่า “*การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม*” ไว้ และจากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองพบว่า การตีความการเลือกปฏิบัติตามแนวศาลปกครองมีความแตกต่างจากการตีความการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยศาลได้วินิจฉัยว่ากฎ คำสั่งทางปกครอง ที่พิพาทนั้นเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ในกรอบอย่างกว้างกล่าวคือไม่จำกัดเฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ โดยในหลายคดีศาลพิจารณาประกอบกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในกรณีนั้นว่ามีการใช้ดุลพินิจที่มิชอบและเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จึงอาจกล่าวได้ว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” จะมีความหมายและขอบเขตที่แตกต่างออกไปในบริบทของกฎหมายปกครองเนื่องจากกฎหมายปกครองมีวัตถุประสงค์ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตลอดจน กฎ คำสั่งทางปกครองว่ามีความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในขณะที่การเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้นมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆที่ระบุไว้ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ สำหรับในบริบทของรัฐธรรมนูญนั้น จากตัวบทของรัฐธรรมนูญสะท้อนหลักการตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เนื่องจาก “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” นั้นมีความสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เช่น ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเกี่ยวข้องกับ ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง” ซึ่งแตกต่างจาก “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามตัว

บทของกฎหมายปกครองดังกล่าวมาแล้ว แต่กระนั้นก็ตามในประเด็นพิพาทมีกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคล “แตกต่างกัน” มักมีการอ้างเหตุที่กว้างว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ที่รัฐธรรมนูญระบุไว้ ในประเด็นนี้จะได้แยกวิเคราะห์ต่อไป

นอกจากนี้ ยังพบว่า จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดถ้อยคำ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ดังกล่าว ส่งผลให้กฎหมายเฉพาะที่มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติหลายฉบับได้ใช้รูปแบบและถ้อยคำตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามพบว่ากฎหมายเฉพาะบางฉบับมิได้ใช้ถ้อยคำ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ดังจะได้สรุปแจกแจงการบัญญัติถ้อยคำตามกฎหมายไทยเกี่ยวกับ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันต้องห้ามตามกฎหมาย” หรือ “การเลือกปฏิบัติ” ตามตารางต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบการใช้ถ้อยคำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายฉบับต่างๆ ของไทย

กฎหมาย	การใช้คำที่มีความหมาย “เลือกปฏิบัติ”
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 (มาตรา 30)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 (มาตรา 30)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 9)	การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2542 (มาตรา 22)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550 (มาตรา 7)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 (มาตรา 15)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

กฎหมาย	การใช้คำที่มีความหมาย “เลือกปฏิบัติ”
ระเบียบคณะกรรมการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการร้องขอ การรวบรวมพยานหลักฐานการไกล่เกลี่ย การวินิจฉัย และค่าตอบแทนของคณะกรรมการหรือผู้ไกล่เกลี่ยเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ พ.ศ. 2556	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. 2551 (มาตรา 8)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานพ.ศ. 2541 (มาตรา 11/1 มาตรา 89)	ไม่เลือกปฏิบัติ
พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. 2559	ไม่ถูกเลือกปฏิบัติ

ดังนั้นจึงเห็นว่า การใช้คำ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ในบริบทของกฎหมายไทยมีลักษณะที่แตกต่างจากการใช้คำดังกล่าวในประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเป็นกฎหมายเฉพาะในลักษณะของกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ เช่น แคนาดา ฟินแลนด์ สวีเดน เป็นต้น นอกจากนี้ หากเปรียบเทียบกับการใช้คำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้กรอบสหประชาชาติดังที่ได้วิเคราะห์และจำแนกตามตารางดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีการจำแนกระหว่างการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment หรือ Distinction) ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย กับ “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย โดยมีได้ใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” แต่อย่างไร เนื่องจากหากการปฏิบัติแตกต่างกันนั้นไม่อาจอ้างเหตุที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จะถือว่าเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ซึ่งมีนัยที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัวเอง

ด้วยเหตุนี้ หากไทยมีการบัญญัติกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะกฎหมายกลางดังเช่นประเทศต่างๆ ที่มีกฎหมายลักษณะนี้ ก็ควรจะมีการใช้ถ้อยคำให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายประเทศต่างๆ เพื่อจำแนกความแตกต่างระหว่าง

(ก) การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่มีขอบเขตเฉพาะการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันเกี่ยวเนื่องจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ และ

(ข) การเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าและไม่จำกัดเฉพาะการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเท่านั้น

4.4 วิเคราะห์ ขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทกฎหมายไทย

หลังจากได้วิเคราะห์หลักการและการปรับใช้ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า นอกจากการนำคำว่า “ไม่เป็นธรรม” มาประกอบกับการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังมีอีกประเด็นหนึ่งซึ่งทำให้การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายไทยมีลักษณะเฉพาะและแตกต่างกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนก็คือ ขอบเขตเกี่ยวกับการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันจะถือเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ซึ่งหากพิจารณาในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว การเลือกปฏิบัติจะต้องเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Ground of Discrimination) ดังนั้นในส่วนนี้จะได้อธิบายวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลไทยที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ โดยจำแนกเป็นสองหัวข้อย่อย กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” และ การเลือกปฏิบัติที่อยู่นอกเหนือจาก “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” อย่างไรก็ตาม ก่อนการจำแนกวิเคราะห์ดังกล่าวจะเริ่มจากการชี้ให้เห็นหลักการและขอบเขตของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ กับกฎหมายไทย

4.4.1 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”¹⁴⁰

- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และ วัฒนธรรม กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”¹⁴¹

¹⁴⁰ Article 2, International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

¹⁴¹ Article 2, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)

- อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือ ชนิก้ากำเนิด หรือ เผ่าพันธุ์กำเนิด”¹⁴²

- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะกรณี “ความพิการ”¹⁴³

สำหรับกฎหมายต่างประเทศนั้น พบว่ามีการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้แตกต่างกันในรายละเอียด เช่น

กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canada Human Rights Act 1985, Last Amended November, 2014) กำหนดครอบคลุม “...เชื้อชาติ ชนิก้าพันธุ์ 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 ชนิก้ากำเนิด สถานะการสมรส รายได้ สถานะทางครอบครัว รสนิยมทางเพศ ของบุคคลนั้นหรือกลุ่มบุคคลนั้น “ สำหรับมลรัฐ Ontario ประมวลกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Code R.S.O. 1990, CHAPTER H.19) กำหนดครอบคลุม “...เชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชนิก้าพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ”

รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ กำหนดครอบคลุม “...เชื้อชาติ เพศ การตั้งครรรค์ สถานะความเป็นมารดา ชนิก้ากำเนิด สีผิว รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด” นอกจากนี้กฎหมายแรงงาน (Employment Equality Act, 1998) ของแอฟริกาใต้ กำหนดครอบคลุม “...เชื้อชาติ เพศ การตั้งครรรค์ สถานการณ์สมรส ความรับผิดชอบทางครอบครัว ความเชื่อ ความเห็นทางการเมือง วัฒนธรรม ภาษา การกำเนิด”

สำหรับออสเตรเลียใน ระดับสหพันธรัฐ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act 1986) กำหนดครอบคลุม “... เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชนิก้ากำเนิดหรือต้นกำเนิดทางสังคม” ในระดับมลรัฐมีการกำหนดเหตุแตกต่างกันไป เช่น พระราชบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Act 1977) ของมลรัฐ New South Wales กำหนดครอบคลุม “...เชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ บรรพบุรุษ กลุ่มชนิก้าพันธุ์ ศาสนา เพศ ซึ่งรวมการตั้งครรรค์และการให้นมบุตรจากอกแม่ สถานะการสมรส ความพิการ การรกร่วมเพศ อายุ อาชีพ” นอกจากนี้ยังวางหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) ด้วยเหตุแห่ง “เชื้อชาติ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การรกร่วมเพศ หรือสถานการณ์ดิดเชื้อเอชไอวี”

¹⁴² Article 1, Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)

¹⁴³ Article 2, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

กรณีของสวีเดนนั้น ตาม *กฎหมายการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Act)* กำหนดครอบคลุม “... เพศ อัตลักษณ์ความเป็นคนข้ามเพศหรือการแสดงออกซึ่งการเป็นคนข้ามเพศ ชนชาติกำเนิด ศาสนาหรือความเชื่ออื่นๆ (Religion or other Belief) ความพิการ รสนิยมทางเพศ อายุ”

กรณีของฟินแลนด์ *กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Act (1325/2014))* กำหนดครอบคลุม “... อายุ ชนชาติกำเนิด สัญชาติ ภาษา ศาสนา ความเชื่อ ความคิดเห็น กิจกรรมทางการเมือง กิจกรรมการค้า ความสัมพันธ์ทางครอบครัว สถานะทางสุขภาพ ความพิการ รสนิยมทางเพศ หรือคุณลักษณะอื่นๆของบุคคล”

สำหรับกฎหมายไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ...” จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้ว เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทยมีความสอดคล้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามเมื่อเปรียบเทียบเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายไทยกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้วพบว่ามีความแตกต่างกันโดยอาจจำแนกเป็น 2 กรณีดังนี้

(1) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยกำหนดในลักษณะที่กว้างกว่าหรือเพิ่มเติมจากที่กฎหมายระหว่างประเทศระบุไว้ เช่น “การศึกษาอบรม” “สถานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม” อย่างไรก็ตามอาจพิจารณาได้ว่าเหตุดังกล่าวอาจจัดอยู่ในความหมายของ “สถานะอื่น” ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้สำหรับกรณี “สภาพทางกายหรือสุขภาพ” นั้นมีความหมายแตกต่างจาก “ความพิการ” โดยอาจรวมถึงสภาพทางกายต่างๆ เช่น น้ำหนัก ความสูง หรือการเจ็บป่วยเป็นโรคบางอย่างซึ่งไม่จัดอยู่ในความหมายของ “ความพิการ” ได้ด้วย หากเปรียบเทียบกับ *ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับเสนอสาปฎิรูปแห่งชาติลงมติ* พบว่ามีการระบุเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 โดยมีเพิ่มเติมเหตุแห่ง “เพศสภาพ” เข้ามาด้วย

(2) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยมีการใช้ถ้อยคำในลักษณะที่แคบกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ให้การคุ้มครองเหตุเกี่ยวกับ “ความคิดเห็นทางการเมือง” ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศครอบคลุม “ความคิดเห็นอื่นใด” ด้วย ซึ่งมีขอบเขตกว้างกว่าการเมือง เช่น ความคิดเห็นในประเด็นต่างๆ ของสังคม สำหรับกรณี “ความเชื่อทางศาสนา” นั้นทำให้ขอบเขตของเหตุนี้มีลักษณะจำกัดลง โดยความเชื่อที่จะได้รับการคุ้มครองต้องเกี่ยวข้องกับ “ศาสนา” อันนำไปสู่ประเด็นปัญหาว่า ความเชื่อที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา รวมทั้ง ศาสนาที่มีใช้ศาสนากระแสหลัก จะจัดอยู่ในเหตุที่ได้รับการคุ้มครองหรือไม่ ในขณะที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ความเชื่ออื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา อาจได้รับการคุ้มครองภายใต้ความหมายของ “ความคิดเห็นอื่นใด” ในขณะที่กฎหมายบางประเทศระบุความเชื่ออื่นๆ แยกจาก ศาสนา โดยเฉพาะ เช่น กฎหมายสวีเดนระบุ “ศาสนาหรือความเชื่ออื่นๆ (Religion or other Belief)” นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า จาก *ร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น (2559)* กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้เพียง “เหตุแห่งความแตกต่างระหว่างบุคคล เพศ ความพิการ หรือเหตุอื่นใด” ซึ่งเป็นการระบุเหตุ

แห่งการเลือกปฏิบัติไว้ในขอบเขตที่จำกัดกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ทำให้เกิดปัญหาต้องตีความว่า เหตุอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ระบุไว้แต่เป็นเหตุตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้นสามารถจัดอยู่ใน “เหตุอื่นใด” ได้หรือไม่

นอกจากนี้ เมื่อเปรียบเทียบเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่ามีความแตกต่างกันโดยอาจจำแนกเป็น 2 กรณีดังนี้

(1) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณีกฎหมายต่างประเทศได้ขยายความจากเหตุดั้งเดิมที่ระบุไว้ให้กว้างเพื่อครอบคลุมการเลือกปฏิบัติที่อาจมีปัญหา เช่น กรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เพศ” นั้น ในหลายประเทศระบุจำแนกละเอียดออกเป็น รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ ด้วย ในขณะที่ประเทศไทยมีการบัญญัติไว้เพียง “เพศ” แม้ว่า *ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับเสนอสภาพัฒนาปฏิรูปแห่งชาติลงมติ* มีการเพิ่มเติม “เพศสภาพ” เข้ามาด้วยแต่ร่างดังกล่าวก็ไม่มีผลบังคับและยังไม่แจ่มแจ้งรายละเอียดของเหตุอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การแสดงออกทางเพศ ฯลฯ ดังเช่นกฎหมายต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเฉพาะเช่น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 ระบุเหตุแห่ง “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ในขอบเขตที่กว้างขึ้น กล่าวคือรวมถึง “เพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” นอกจากนี้ในบางเหตุที่กฎหมายต่างประเทศระบุไว้ชัดเจน เช่น การติดเชื้อเอชไอวี ดังเห็นได้จากกฎหมายระดับมลรัฐหลายมลรัฐในออสเตรเลีย แต่ในกรณีของไทยจะต้องตีความของถ้อยคำเกี่ยวกับเหตุ “สุขภาพ” ที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายต่างประเทศระบุครอบคลุม แต่สำหรับประเทศไทยยังมีปัญหาว่าจะจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ทั้งนี้พบว่าบางเหตุมิได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่กฎหมายต่างประเทศบางประเทศกำหนดครอบคลุมขึ้นมา เพื่อเป็นการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในปัจจุบันที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะทางสังคม เช่น ประวัติการต้องโทษทางอาญาซึ่งได้รับการยกเว้นโทษหรือรอลงอาญา การให้นมบุตรจากอกแม่ เหตุเหล่านี้จะได้แยกวิเคราะห์เป็นหัวข้อต่างหากต่อไป

หลังจากศึกษาถึงขอบเขตความหมายของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วในลำดับต่อไปจะได้วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของไทยโดยใช้เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเป็นเกณฑ์ในการจำแนกวิเคราะห์จัดกลุ่มคำพิพากษาเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและกรณีที่แตกต่างกันหรือไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

4.4.2 การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันจัดอยู่ใน “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คดีของศาลปกครอง

ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น กฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติ ที่ส่งผลให้เกิดความแตกต่างกัน อันจะเป็นการเลือกปฏิบัติ นั้น จะต้องมีความสัมพันธ์กับสาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Grounds) ดังนั้น หากการปฏิบัติที่พิพาทส่งผลให้เกิดความแตกต่างกัน แต่ไม่ปรากฏว่าความแตกต่างนั้น

เกิดจากสาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายกำหนด ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในคดีปกครองหลายคดีผู้ฟ้องคดีมักจะฟ้องว่าตนถูก “เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” เนื่องจากมีความแตกต่างกันเกิดขึ้นโดยการเปรียบเทียบกับบุคคลที่อยู่ในสภาพเดียวกัน ซึ่งก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่าความแตกต่างดังกล่าวเกิดจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ภาษา เพศ ฯลฯ หรือไม่

ตัวอย่างเช่น ในคดีปกครองซึ่งมีประเด็นว่าพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 นั้น ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อนักโทษ โดยนักโทษบางประเภทอ้างว่าไม่ได้รับการลดโทษหรือได้รับโดยไม่เท่าเทียมกันนักโทษประเภทอื่น ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.44/2551 ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและเป็นบทบัญญัติที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

เหตุผลจากคำพิพากษาศาลที่แสดงให้เห็นถึงการนำ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” มาประกอบการวินิจฉัย ปรากฏดังเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.22/2554 ศาลวินิจฉัยว่า มาตรา 8 แห่ง พ.ร.ฎ. พระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2550 มิได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีและนักโทษเด็ดขาดเช่นผู้ฟ้องคดีโดยไม่เป็นธรรมอันเป็นการขัดต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยศาลอธิบายว่า “การที่ผู้ใช้อำนาจรัฐปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือ ในเรื่องอื่นใด จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมได้ก็ต่อเมื่อการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องต่างๆ ดังกล่าว เป็นไปตามอำเภอใจ ของผู้ใช้อำนาจรัฐ ปราศจากเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟังเท่านั้น” อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า คดีนี้แม้ศาลอธิบายถึง “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” แต่ไม่ได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนในประเด็นว่า กรณีนี้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเหตุใด เนื่องจากศาลมุ่งเน้นไปที่การพิจารณาถึงองค์ประกอบ “ไม่เป็นธรรม” โดยใช้อธิบายว่า การเลือกปฏิบัติจะถือได้ว่า “ไม่เป็นธรรม” เมื่อเป็นไปตามอำเภอใจ ปราศจากเหตุผลฯ

นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.31/2553 ได้อธิบายไว้ชัดเจนว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างนักโทษที่ได้รับโทษตามฐานความผิดหนึ่งกับนักโทษที่ได้รับโทษตามฐานความผิดอื่นนั้น ไม่เข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากที่ศาลอธิบายว่า “เนื้อหาของพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2547 และพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 เป็นการปฏิบัติต่อนักโทษเด็ดขาดซึ่งต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเกินแปดปี แต่ไม่ถึงตลอดชีวิต ในความผิดฐานผลิตนำเข้าหรือส่งออก หรือผลิต นำเข้าหรือส่งออกเพื่อจำหน่าย หรือจำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ กฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือกฎหมายว่าด้วยวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท แตกต่างกับที่ปฏิบัติต่อนักโทษเด็ดขาดซึ่งต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกไม่ถึงตลอดชีวิตในความผิดฐานอื่น การเลือกอภัยโทษเฉพาะนักโทษที่กำหนดไว้ดังกล่าวยังไม่เป็นเหตุที่จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม การที่ผู้ใช้อำนาจรัฐปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุแห่งความแตกต่างใน

เรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ หรือในเรื่องอื่นใดจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมได้ก็ต่อเมื่อการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องต่างๆ ดังกล่าว” จากคดีดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ความแตกต่างที่เกิดเพราะเหตุ “ประเภทนักโทษ” นั้น มิได้อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย ดังเช่นกรณี เพศ เชื้อชาติ ฯลฯ แม้เกิดความแตกต่างกันขึ้นแต่ก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

ในบางกรณีก็มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือไม่ เช่น กรณีผู้ไม่ผ่านการคัดเลือกเข้าเป็นนักศึกษาแพทย์อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติ (คดีหมายเลขแดงที่ อ 972/2556 คดีหมายเลขดำที่ อ 673/2552) ข้อเท็จจริงในคดีนี้สรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีสมัครสอบคัดเลือกและผ่านการสอบข้อเขียนของวิทยาลัยแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งหนึ่ง แต่ไม่ผ่านการสัมภาษณ์ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนถูกเลือกปฏิบัติ ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาประเด็นการที่คณะกรรมการสอบสัมภาษณ์มีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา เห็นว่ากรรมการทุกคนไม่เคยมีเหตุโกรธเคืองกับผู้ฟ้องคดีมาก่อน จึงไม่มีมูลเหตุจูงใจที่จะกลั่นแกล้งไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา สำหรับหลักเกณฑ์การประเมินผลการสอบสัมภาษณ์นั้น ปรากฏตามเอกสารการสัมภาษณ์ว่า มีการกำหนดลักษณะที่ไม่พึงประสงค์เช่น “Overt Homosexuality” การแต่งตัว กิริยามารยาทไม่เหมาะสม การควบคุมอารมณ์ไม่เหมาะสม ความไม่รับผิดชอบ ขาดมนุษยสัมพันธ์ ขาดความรู้ อย่างไรก็ตาม จากข้อเท็จจริงในการพิจารณา ศาลปกครองรับฟังได้ว่า การตอบคำถามตลอดจน กิริยาอาการของผู้ฟ้องคดีในการสอบสัมภาษณ์เป็นเหตุให้กรรมการทั้ง 9 คนมีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ในการลงมติดังกล่าวจึงเป็นการพิจารณาที่มีเหตุผลเหมาะสมและชอบด้วยกฎหมายแล้ว นอกจากนี้ การคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาวิชาแพทยศาสตร์ย่อมต้องคัดเลือกจากผู้มีความรู้ความสามารถ สภาพกายและสภาพจิตใจเหมาะสมที่จะประกอบวิชาชีพแพทย์ คณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ย่อมสามารถใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาจากบุคลิกลักษณะและสภาวะทางอารมณ์ของผู้เข้าสอบสัมภาษณ์ได้ อีกทั้งคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ก็ได้พิจารณาไม่รับผู้ฟ้องคดีเพราะเหตุด้านบุคลิกลักษณะแต่ประการเดียว แต่ยังไม่ปรากฏความไม่เหมาะสมด้านอื่นอีกหลายประการที่เป็นเหตุผลในการไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา การพิจารณาของคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์จึงไม่ใช่วิธีการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จากคดีดังกล่าว ผู้วิจัยมีข้อพิจารณา ดังนี้

1) “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ในกรณีนี้ หากปรากฏว่า กรรมการคัดเลือกตัดสินใจจาก การแสดงออกทางเพศ เช่น “Overt Homosexuality” ก็จะเป็นกรณีการปฏิบัติที่แตกต่างกับบุคคลด้วยเหตุ รสนิยมทางเพศ ซึ่งเป็นเหตุที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ด้วยเหตุรสนิยมทางเพศ แต่หากมีเหตุผลอันสมควร เช่น สามารถแสดงให้เห็นความจำเป็นของคุณสมบัตินั้น ต่อการทำงานหรือการศึกษาได้ ก็อาจไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

2) ในคดีนี้ปรากฏว่า นอกจากเหตุเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศแล้ว มีเหตุอื่นอีกหลายเหตุที่กรรมการ นำมาพิจารณา เช่น การตอบคำถาม กิริยาอาการ จะเห็นได้ว่า เหตุเหล่านั้นไม่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการ

เลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังนั้น จะเห็นได้ว่า **หากมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุอื่นๆ เช่น เหตุเชิงพฤติกรรม ที่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังเช่นข้อเท็จจริงตามกรณีนี้แล้ว ก็จะไม่อยู่ภายใต้การห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน**

3) การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการยากในการพิสูจน์ เนื่องจากผู้ที่ปฏิบัติการณ์นั้นอาจอ้างเหตุอื่นๆที่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หรือ มีการนำเหตุอื่นๆเข้ามาประกอบการพิจารณาหรือตัดสินใจในกรณีที่มีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเกี่ยวข้องอยู่ด้วย ปัญหาจึงอยู่ที่ข้อเท็จจริงในการระบุถึงมูลเหตุการปฏิบัติอันต่างต่างนั้นว่ามาจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือเหตุอื่น

นอกจากนี้ยังมีบางกรณีมีข้อน่าพิจารณาว่า เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ภาษา หรือไม่ เช่น กรณีข้อบังคับการศึกษาที่กำหนดให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้น ศาลเห็นว่า เป็นกฎที่ใช้กับนักศึกษาทุกคนที่สมัครเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาของผู้ถูกฟ้องคดีตามหลักการและเงื่อนไขต่างๆ เสมอเหมือนกันทุกคนไม่มีข้อกำหนดใดที่จะทำให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยเกิดจากความแตกต่างตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.9/2546)

กรณีนี้เห็นได้ว่า โดยเนื้อหาของกฎเกณฑ์ที่พิพาทซึ่งให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้น ใช้บังคับกับนักศึกษาทุกคน มิได้มุ่งหมายใช้กับนักศึกษาบางคนด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งอาจโต้แย้งได้ว่า กฎเกณฑ์นี้แม้ใช้กับนักศึกษาทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลในทางปฏิบัติให้นักศึกษาที่ใช้ภาษาไทยเป็นภาษาหลักได้รับความเสียเปรียบนักศึกษาที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาหลัก หรือนักศึกษาที่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ กับ นักศึกษาที่ไม่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ จึงอาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้ แต่แม้จะพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมแล้ว ก็ยังต้องพิจารณาว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างนักศึกษานั้น อยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือไม่ หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกิดขึ้นระหว่างนักศึกษาที่ถนัดใช้ภาษาอังกฤษ กับ นักศึกษาที่ไม่ถนัดใช้ภาษาอังกฤษ กล่าวคือเป็นกรณีเหตุ “ความสามารถทางภาษา” อาจไม่เข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลให้นักศึกษาบางเชื้อชาติหรือบางภาษา ได้รับความเสียเปรียบนักศึกษาบางเชื้อชาติหรือบางภาษา ดังนั้นอาจจัดว่าเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้

4.4.3 การเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คดีของศาลปกครอง

ประเด็นที่น่าพิจารณาก็คือ การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันไม่อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จะเป็นการเลือกปฏิบัติได้หรือไม่ ประเด็นนี้พบว่า ในบางกรณีแม้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น ไม่ได้เกิดจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ดังที่กำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญแต่ศาลปกครองก็ตัดสินว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น กรณีของ “คุณวุฒิการศึกษาเกียรตินิยม” ศาลปกครองตัดสินว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุเกียรตินิยมนั้น เป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 158/2550) เช่นเดียวกับ คำพิพากษาที่ตัดสินว่า “การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาถือเป็นเหตุพิเศษที่จะให้ได้รับสิทธิคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันนั้น เห็นว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 379/2550) จะเห็นได้ว่า หากพิจารณาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศแล้วจะพบว่า คุณวุฒิเกียรตินิยมหรือคุณวุฒิการศึกษาที่บ่งบอกถึงผลการศึกษาที่ดีเป็นพิเศษนั้นมีได้อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่นเดียวกับกรณีของ “สถาบันการศึกษา” ดังนั้น กรณีที่องค์กรบางแห่งกำหนดคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานโดยใช้เกณฑ์ “สถาบันการศึกษา” ที่บุคคลนั้นจบมา แม้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันกล่าวคือเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่จบจากบางสถาบันในลักษณะที่พึงพอใจมากกว่า แต่ก็ไม่ได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ อย่างไรก็ตามกรณีสถาบันศึกษานี้ ศาลยังไม่เคยวินิจฉัยไว้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ แต่มีประเด็นต่อไปว่า หากกฎหมายที่พิพาทมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุสถาบันการศึกษาแต่มีความเชื่อมโยงกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายห้าม เช่น เชื้อชาติ แหล่งกำเนิด ก็มีความชัดเจนขึ้นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายกำหนด เช่น ผู้ถูกฟ้องคดีชี้แจงว่า ผู้มีคุณวุฒิปริญญาโทจากประเทศอินเดียได้รับการพิจารณาอัตราเงินเดือนต่ำกว่าผู้มีคุณวุฒิจากภายในประเทศหนึ่งชั้น ผู้ฟ้องคดีจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาคุณวุฒิ สำหรับผู้สำเร็จการศึกษาจากประเทศอินเดียเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ หรือประเทศอันเป็นที่ตั้งของสถานศึกษา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.299/2551)

ในบางกรณีผู้ฟ้องคดีปกครองอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติและมีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ศาลพิจารณาจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องแล้วตัดสินว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทั้งนี้แม้ว่ากรณีดังกล่าวไม่ปรากฏเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ ฯลฯ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.399/2551 กรณีนี้เป็นคดีปกครองที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมิน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยองค์การบริหารส่วนตำบลผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าเหตุที่ไม่พิจารณาจ้างผู้ฟ้องคดีต่อไปเป็นเพราะตำแหน่งที่ว่างนี้มีแผนที่จะใช้บรรจุนางสาว ภ. เข้าเป็นพนักงานส่วนตำบลตามแผนอัตรากำลัง 3 ปี ศาลเห็นว่า กรณีของนางสาว ภ. เป็นการบรรจุผู้สอบแข่งขันได้ เข้ารับราชการเป็นพนักงานส่วนตำบลในตำแหน่งเจ้าพนักงานการเงินและบัญชี มิใช่บรรจุเข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งเจ้าหน้าที่การเงินและบัญชี ซึ่งเป็นตำแหน่งลูกจ้างชั่วคราวเหมือนกับผู้ฟ้องคดี นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่า ผลการสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง น่าเชื่อถือได้ว่าเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่จ้างผู้ฟ้องคดีเข้าปฏิบัติงานต่อ เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบพินัยและบิดาของผู้ฟ้องคดีที่ขอมา ร่วนวายในองค์การบริหารส่วนตำบล และมีปัญหาขัดแย้งกับผู้บริหารเป็นการส่วนตัว ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่า การที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมิน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเหตุผลอันควร จึงเป็นการเลือกปฏิบัติและใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จะเห็นได้ว่าคดีนี้ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างมาพร้อมกันว่าตนถูกเลือกปฏิบัติและมีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ทั้งนี้ศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องแล้วเห็นด้วยกับข้ออ้างตามฟ้อง โดยเฉพาะข้อเท็จจริงอันเป็นสาเหตุแห่งคำสั่งไม่จำแนกศาลพบว่าเกี่ยวข้องกับเหตุผลส่วนตัว ซึ่งไม่ใช่เหตุอันควร อย่างไรก็ตามเหตุผลส่วนตัวอันเป็นเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้รับการจ้างต่อนั้นมิได้จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ จึงอาจกล่าวได้ว่าในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ นั้น ศาลปกครองใช้กรอบการพิจารณากว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าว โดยพิจารณารวมไปกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบซึ่งอาจครอบคลุมเหตุต่างๆนอกเหนือจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยทั่วไป

เช่นเดียวกับ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.25/2547 ที่มีประเด็นว่า การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีชอบหรือไม่และเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ โดยศาลปกครองเห็นว่า “...เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาต รวมทั้งคณะกรรมการตรวจพิจารณาคนเข้าเมืองได้มีมติอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีมีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษตามคำขอแล้ว และตั้งแต่มีการเริ่มโครงการดักนักลงทุนเป็นกรณีพิเศษ ในวันที่ 1 กรกฎาคม 2540 จนถึงปัจจุบัน ผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวและมีความเห็นชอบให้คนต่างด้าวที่ขออนุญาตเข้ามามีถิ่นที่อยู่เพื่อการลงทุนเป็นกรณีพิเศษ โดยมีหลักฐานการลงทุนด้วยการฝากเงินประจำกับธนาคารภายในประเทศเช่นเดียวกับผู้ฟ้องคดีจำนวนทั้งสิ้น 404 คน ประกอบกับหลักเกณฑ์ตามข้อ 2.3.4 และข้อ 2.3.5 ของประกาศสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองไม่ขัดกับหลักเกณฑ์ตามข้อ 2 (2) ของประกาศกระทรวงมหาดไทยฯ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งไม่เห็นชอบตามคำขอของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคำสั่งที่เนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยเจตนาารมณ์ของกฎหมายและมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม....” จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ไม่ได้มีการเปรียบเทียบระหว่างผู้ฟ้องคดีกับบุคคลอื่นที่มีลักษณะ “เหมือนกัน” แต่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน โดยศาลพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติรวมกันกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

การที่เจ้าพนักงานของรัฐมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันนั้น ศาลปกครองตัดสินว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้แม้ว่าจะเป็นการเปรียบเทียบระหว่างข้อเท็จจริงสองกรณีที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเดียวมิใช่ระหว่างบุคคลสองคนที่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ การปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าวมิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.154/2547 เป็นกรณีที่ ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เข้าร่วมการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงกับผู้ถูกฟ้องคดี ตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง ประกวดราคาซื้อครุภัณฑ์การแพทย์ ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคา เนื่องจากเห็นว่าผู้ฟ้องคดียื่นใบ ร.ง. 4 เฉพาะลำดับที่ 1 ที่ 7 และที่ 9 มิได้ยื่นลำดับที่ 3 ด้วย จึงผิดเงื่อนไขตามเอกสารประกวดราคา ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า ก่อนหน้านั้นผู้ฟ้องคดีเคยเข้าร่วมประกวดราคากับผู้ถูกฟ้องคดีมาแล้ว 4 ครั้ง และทุกครั้งผู้ฟ้องคดีก็ส่งใบ ร.ง. 4 ไม่ครบทุกลำดับทั้ง 4 ครั้งโดยผู้ฟ้องคดีจะส่งเฉพาะลำดับที่เห็นว่าจำเป็นแก่การประกวดราคาในแต่ละครั้งเท่านั้น ซึ่งเป็นเอกสารชุดเดียวกันกับผู้ถูกฟ้องคดีได้ยื่นในการประกวดราคาที่พิพาทครั้งนี้ และได้รับคัดเลือกให้เป็นคู่สัญญามาแล้วทุกครั้ง ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากรณียกเลิกการประกวดราคานี้เป็นไปโดยไม่ชอบและทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ใบ ร.ง. 4 ที่สมบูรณ์จะต้องประกอบด้วยเอกสารจำนวน

10 ลำดับ แต่ในการประกวดราคาซื้อเครื่องวัดส่วนสูงของผู้ถูกฟ้องคดีหลายครั้งที่ผ่านมา ผู้ฟ้องคดีรวมทั้งผู้เสนอราคารายอื่นซึ่งเสนอราคาเครื่องวัดส่วนสูงที่ผลิตจากโรงงานของผู้ฟ้องคดีก็ได้ยื่นใบ ร.ง. 4 ครบทั้ง 10 ลำดับ ยื่นแต่เพียงใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมลำดับที่ 1 อย่างเดียว ก็ได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีรวม 5 ครั้ง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ให้การผ่อนผันมาตลอด จึงแสดงว่าการยื่นใบ ร.ง. 4 ลำดับที่ 1 ลำดับที่ 7 และลำดับที่ 9 ของผู้ฟ้องคดีไม่เป็นการผิดเงื่อนไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เมื่อปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้เคยใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการยื่นใบ ร.ง. 4 ไม่ครบทุกลำดับมิใช่การผิดเงื่อนไขของเอกสารประกวดราคาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแล้ว เมื่อไม่ปรากฏว่าการประกวดราคาลำดับนี้กับครั้งที่ผ่านมามีข้อเท็จจริงต่างกัน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ผูกพันกับการใช้ดุลพินิจดังกล่าว เว้นแต่ผู้ถูกฟ้องคดีจะกำหนดไว้ชัดเจนในการประกวดราคาลำดับนี้ว่าผู้เสนอราคาจะต้องยื่นใบ ร.ง. 4 ครบทั้ง 10 ลำดับ กรณีจึงเห็นได้ว่าการยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่นำใบ ร.ง. 4 ลำดับที่ 3 ยื่นประกอบการเสนอราคา *ไม่มีเหตุผลอันควรและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน* รวมทั้งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 การยกเลิกการประกวดราคาจึงเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาตีปกรองเกี่ยวกับคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลได้เปรียบเทียบคำสั่งที่พิพาทจากข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเดียวกันว่าคำสั่งดังกล่าวเกิดขึ้นโดยเป็นปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อข้อเท็จจริงเหมือนกันจึงเป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า คดีนี้เป็นการเปรียบเทียบการปฏิบัติต่อบุคคลคนเดียวกันคือผู้ฟ้องคดี กล่าวคือเปรียบเทียบการปฏิบัติของรัฐต่อผู้ฟ้องคดีในข้อเท็จจริงที่ผ่านมาในอดีตเปรียบเทียบกับปฏิบัติที่พิพาทในคดีนี้ นอกจากนี้ยังแสดงให้เห็นว่า คดีนี้มีได้เป็นการเปรียบเทียบระหว่างบุคคลสองคนการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวมิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

จากการศึกษาพบว่าในคดีปกรองที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง การประกวดราคาซึ่งมีประเด็นว่าการกำหนดคุณสมบัติผู้เสนอราคาเป็นการเลือกปฏิบัตินั้น มักจะไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ เช่น การกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาก่อสร้างอาคารโดยพิจารณาจากผลงานการก่อสร้างประเภทเดียวกันในวงเงินที่กำหนด ศาลปกครอง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.5-อ.6/2546) ตัดสินว่า หลักเกณฑ์ที่กำหนดตามมติคณะรัฐมนตรีและข้อกำหนดของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุในเรื่องผลงานการก่อสร้างที่ให้กำหนดคุณสมบัติผู้เสนอราคาว่า ต้องมีผลงานก่อสร้างประเภทเดียวกันในวงเงินเพิ่มขึ้นไม่น้อยกว่า 185,000,000 บาท ซึ่งไม่เกินร้อยละ 50 ของวงเงินงบประมาณ ไม่ขัดต่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ประกอบกับการประกวดราคาลำดับที่สองที่พิพาทนั้น มีผู้ยื่นซองประกวดราคาถึง 14 ราย ซึ่งเห็นได้ว่าไม่เป็นการกีดกันหรือสร้างภาระแก่ผู้เข้าเสนอราคาแต่ประการใด กรณีที่ผู้ฟ้องคดีขาดคุณสมบัติเพราะมีผลงานการก่อสร้างไม่ถึง 185,000,000 บาท ย่อมจะไม่ได้การพิจารณาในเบื้องต้นให้เป็นผู้มีสิทธิเข้าประกวดราคาลำดับที่สอง แม้จะไม่มีเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติเกี่ยวกับผลงานก่อสร้างของผู้เสนอราคา ราคาที่ผู้ฟ้องคดีเสนอมาก็มิได้รับการพิจารณาเพราะผู้ฟ้องคดีเสนอราคาสูงสุดในจำนวนผู้เสนอราคาลำดับที่สองทั้งหมด จึงเห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้อง

คดีนี้ได้เลือกปฏิบัติหรือกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด กรณีนี้จะเห็นได้ว่าการกำหนดคุณสมบัติจากผลงานก่อสร้างนั้นใช้กับผู้เสนอราคาทุกรายเหมือนกัน และไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ ศาลปกครองเคยตัดสินว่าการออกกฎเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญา ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ปรากฏว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ ความพิการ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.26/2546 ศาลปกครองตัดสินว่า มติของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะรัฐมนตรี) ในการให้สิทธิพิเศษแก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ในการให้บริการเลขหมายโทรศัพท์แก่หน่วยงานของรัฐ อันมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนกับ ทศท. ไม่อาจให้บริการแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถือว่าเป็นการออกกฎอันเป็นการลดสิทธิหรือจำกัดสิทธิตามสัญญาของผู้ฟ้องคดี ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการที่ให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เข้าทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานกับรัฐตามนัยมาตรา 335 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญาฯ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามที่มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติรับรองไว้ กรณีจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีมาจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่มีอยู่ตามสัญญา ไม่ใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาตามหลักสัญญาทางปกครองที่รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญา

สำหรับการเลือกปฏิบัติในการให้บริการภาครัฐนั้น ศาลปกครองเคยตัดสินว่าการให้บริการภาครัฐที่กำหนดเงื่อนไขบางประการอันส่งผลกระทบต่อสิทธิในการได้ใช้สาธารณูปโภคของประชาชนนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.357/2549 ซึ่งเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการขอใช้ไฟฟ้า โดยผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คน ซึ่งเป็นผู้ที่มีทั้งทะเบียนบ้านถาวรและทะเบียนบ้านชั่วคราวได้ยื่นคำร้องพร้อมเอกสารหลักฐานประกอบเพื่อขอใช้ไฟฟ้าในเกาะเสม็ดต่อผู้ว่าการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) แต่ไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ไฟฟ้าเพราะผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้กำหนดเงื่อนไขให้ต้องแสดงหลักฐานเพิ่มเติม นอกเหนือจากหลักฐานตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในคำแนะนำการขอและใช้ไฟฟ้าของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อันได้แก่สำเนาสัญญาเช่าที่ดินราชพัสดุเกาะเสม็ด หรือหนังสือรับรองจากสำนักงานธนารักษ์ว่าเป็นผู้เช่าที่ดินราชพัสดุเกาะเสม็ด และหากผู้ขอใช้ไฟฟ้าอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติก็ต้องได้รับการอนุญาตให้ใช้ไฟฟ้าจากอุทยานแห่งชาติด้วย เพื่อเป็นมาตรการในการแก้ไขปัญหาผู้บุกรุกเกาะเสม็ด เนื่องจากมีผู้ฟ้องคดีบางรายอยู่ในระหว่างมีปัญหาโต้แย้งสิทธิครอบครองอยู่ ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนเห็นว่าการกระทำการดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่มีไฟฟ้าใช้ในการดำรงชีพและประกอบธุรกิจตามปกติที่ควรจะได้รับ เช่น บุคคลอื่น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า “..ในการให้บริการไฟฟ้าซึ่งเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจดำเนินการใดๆ ที่จะขัดขวางการที่ต้องบริการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่รัฐพึงบริการให้ประชาชนทุกรายอย่างเสมอภาค อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในการมีคุณภาพชีวิตที่ดีที่รัฐควรคุ้มครองผู้ฟ้องคดีทั้งแปดสิบสี่คนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการบริการให้ใช้ไฟฟ้า ซึ่งการที่จะได้รับบริการให้ใช้ไฟฟ้าจากทางราชการอันเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องเป็นผู้ให้บริการโดยจะกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ได้..” จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองกำหนดเงื่อนไขในการได้รับบริการจากภาครัฐโดยส่งผลเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างผู้ขอใช้บริการ ด้วยเหตุแห่งการเป็นผู้เช่า

หรือผู้มีสิทธิครอบครองที่ดิน ซึ่งเหตุดังกล่าวนี้มิได้จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังเช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

จะเห็นได้ว่าในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะนั้น ศาลปกครองพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติอย่างกว้าง โดยการเลือกปฏิบัติในบริบทนี้ ครอบคลุมเหตุต่างๆกว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยทั่วไป เช่น เพศ ศาสนา เชื้อชาติ ฯลฯ เนื่องจากศาลนำหลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในบริการสาธารณะมาปรับใช้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาที่ศาลปกครองอธิบายไว้ว่า “ระเบียบการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ว่าด้วยการใช้ไฟฟ้าและบริการของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2534 และคำสั่งการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคที่ อ.5/2531 เรื่อง อัตราค่าธรรมเนียมการใช้ไฟฟ้าและค่าบริการ ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2531 ไม่มีข้อความในข้อใดหรือตอนใดขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ว่าหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่จัดทำกิจการบริการสาธารณะต้องจัดทำบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก ต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกิจการบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อประชาชนผู้ขอใช้บริการ หรือขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 ที่บัญญัติว่าการดำเนินกิจการของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคให้คำนึงถึงความปลอดภัย ประโยชน์ของรัฐและประชาชน แต่อย่างใด” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.162/2552)

ในการพิจารณาว่าคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองที่พิพาทเป็นการ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” หรือไม่นั้น ศาลได้เคยเปรียบเทียบลูกจ้างกลุ่มต่างๆ ซึ่งได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุลำดับหรือช่วงเวลา ที่สมัครเข้าเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพแตกต่างกัน ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.148/2549 ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า หลักเกณฑ์ที่กำหนดใน (ข) ของประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) จะเห็นว่าลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์และทำงานอยู่กับนายจ้างมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี และเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกครบห้าปี จะมีอยู่ด้วยกัน 3 กลุ่ม

กลุ่มแรกได้แก่ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพก่อนวันที่ 13 กันยายน 2537

กลุ่มที่สอง ได้แก่ ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ 13 กันยายน 2537 ถึงวันที่ 2 กันยายน 2538 และ

กลุ่มที่สาม ได้แก่ลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพหลังวันที่ 2 ธันวาคม 2538

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ประกาศกำหนดเฉพาะกลุ่มลูกจ้างที่สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ 13 กันยายน 2537 ถึงวันที่ 2 ธันวาคม 2538 ให้ได้รับสิทธิในการยกเว้นภาษีเงินได้ที่ลูกจ้างได้รับจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพเมื่อออกจากงานเพราะเกษียณอายุ ทั้งที่ลูกจ้างทั้งสามกลุ่มสมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์ และได้ทำงานกับนายจ้างมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีและได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพครบห้าปีเหมือนกัน ดังนั้น ประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) ข้อ (ข) ที่กำหนดเฉพาะลูกจ้างที่สมัคร

เป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพระหว่างวันที่ 13 กันยายน 2537 ถึงวันที่ 2 ธันวาคม 2538 จึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประกอบกับ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ประกาศฯ ดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วย กฎหมาย

จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ลูกจ้างทั้งสามกลุ่มมีลักษณะ “เหมือนกัน” กล่าวคือ สมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบปีบริบูรณ์ โดยได้ทำงานกับนายจ้างมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี และได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพครบห้าปีเหมือนกัน แต่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพียงเพราะเหตุแห่งช่วงเวลาที่ถูกจ้างแต่ละกลุ่มสมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ศาลจึงเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งกรณีนี้การเลือกปฏิบัติเกิดจากเหตุอื่นที่ไม่ใช่เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ

สำหรับบางคดีที่มีประเด็นการกำหนดเงินค่าทดแทนที่ดินแก่ผู้ถูกเวนคืนแตกต่างกัน ปัจจัยที่นำมาเปรียบเทียบคือ ที่ดินที่อยู่ติดขอบสวนบุคคลเช่นเดียวกันและมีสภาพที่ดินคล้ายกับที่ดินของผู้ฟ้องคดี ซึ่งคณะกรรมการกำหนดค่าทดแทนมากกว่าที่ดินของผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองให้ผู้ถูกฟ้องคดี วินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีใหม่ในราคาที่เป็นธรรมใกล้เคียงกับที่ดินที่อยู่ในบริเวณเดียวกัน (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1272/2545) จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน (ที่ดินสภาพเดียวกัน) แต่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (กำหนดค่าทดแทนแตกต่างกัน) จึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แม้ว่าไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ แต่ศาลก็วินิจฉัยว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

เช่นเดียวกับคดีที่มีประเด็นการแบ่งราษฎรที่ครอบครองที่ดินบริเวณที่ที่จะเวนคืนออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจน จำนวน 38 ราย ส่วนกลุ่มที่สองเป็นกลุ่มที่ไม่ได้ร่วมเรียกร้องกับสมัชชาคนจนและยินยอมให้ดำเนินการก่อสร้างทางหลวงได้ก่อน จำนวน 16 ราย ซึ่งผู้ฟ้องคดีอยู่ในกลุ่มดังกล่าว และได้มีการพิจารณากำหนดค่าทดแทนให้แก่ราษฎรทั้งสองกลุ่ม ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกำหนดค่าทดแทนไม่ชอบ เนื่องจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีซึ่งตั้งอยู่ติดต่อกับที่ดินของผู้ที่อยู่ในกลุ่มแรก แต่ที่ดินแปลงดังกล่าวกลับได้รับค่าทดแทนในอัตราที่สูงกว่า ศาลปกครองอ้างหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันมีหลักว่าจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญที่แตกต่างกันให้แตกต่างกันไป สำหรับกรณีนี้สาระสำคัญที่เหมือนกัน คือ ผู้ครอบครองที่ดินทั้ง 54 รายที่ถูกเวนคืนที่ดิน ซึ่งได้โต้แย้งกรรมสิทธิ์และยังไม่ได้มีการพิสูจน์สิทธิตามหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการแก้ไขปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐ (กบร.) การที่ผู้ถูกฟ้องคดีแบ่งเกณฑ์การกำหนดค่าทดแทนเป็นสองกลุ่มเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงมิชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.22/2551)

จากคดีที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืนดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ผู้ฟ้องคดีอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากบุคคลที่อยู่ในสถานะเหมือนกันหรือที่ดินที่อยู่ในสภาพเหมือนกัน แต่ได้รับค่าทดแทนที่แตกต่างกัน โดยศาลนำหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญมาปรับใช้และตัดสินว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความ

เสมอภาค จะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติในกรณีนี้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ในคดีปกครองมักจะมีกรณีที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าตนถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากถูกดำเนินการตามกฎหมาย ในขณะที่เปรียบเทียบกับบุคคลอื่นที่อยู่ในสภาพเช่นเดียวกันกลับไม่ถูกดำเนินคดี ในประเด็นนี้ศาลปกครองตัดสินว่า “การที่จะถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ต้องเป็นกรณีที่ผู้ถูกปฏิบัติมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วไม่ได้รับสิทธินั้น เพราะการเลือกปฏิบัติหาใช่เป็นกรณีที่ไม่มีสิทธิตามกฎหมาย แล้วอ้างว่ามีบุคคลอื่นฝ่าฝืนกฎหมายด้วยกันยังไม่ถูกดำเนินการเป็นการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรม ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารตามคำขอและมีคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.13/2549) เช่นเดียวกับคดีที่มีประเด็นว่า คำสั่งที่ให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกจากเขตทางหลวงเป็นคำสั่งที่เลือกปฏิบัติ ศาลวินิจฉัยว่า การที่บุคคลใดจะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อตนเป็นอย่างเดียวกันนั้น ย่อมทำได้เฉพาะเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติในสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ผู้ที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจอ้างในทำนองที่ว่าถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อตนได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.160-อ.197/2551)

จะเห็นได้ว่า **การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม** ในบริบทของคดีปกครอง (มาตรา 9 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) นั้น มีขอบเขตและลักษณะที่แตกต่างจาก “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการพิจารณา “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ในกรอบของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ และมักมีข้อเท็จจริงที่สัมพันธ์กับ “การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยมิชอบ” จึงอาจครอบคลุมถึงการปฏิบัติแตกต่างกันโดยไม่เป็นธรรม การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ด้วยเหตุใดๆ ที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฯลฯ ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

4.4.4 การเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกา

ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองนั้น ปรากฏว่ามีคำร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกา ในประเด็นที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ซึ่งมีการกล่าวอ้างและการวินิจฉัยในขอบเขตที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังตัวอย่างต่อไปนี้

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 25/2543

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้วินิจฉัยในเรื่องที่เกี่ยวกับการรับนักเรียนเข้าโรงเรียน ส. ซึ่งเป็นโรงเรียนของรัฐแห่งหนึ่ง ว่า หลักเกณฑ์ที่โรงเรียนได้กำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษและนำมาใช้คัดเลือกนักเรียนจากการสอบด้วยนั้น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการ คือ

(1) พิจารณารับบุตรหรือธิดาของผู้ปกครองนักเรียน ซึ่งมีบุตรธิดาอยู่ในโรงเรียนแล้ว โดยผู้ปกครองนั้นได้ร่วมมือในการสนับสนุนช่วยเหลือกิจการโรงเรียนด้วยดีมาโดยตลอด

(2) พิจารณารับบุตรหลานของอาจารย์ในโรงเรียนหรือบุตรหลานของบุคลากร

(3) พิจารณารับบุตรหรือธิดาของผู้ที่ทำประโยชน์ต่อโรงเรียนมหาวิทยาลัยหรือประเทศชาติ แม้จะไม่มีพี่น้องอยู่ในโรงเรียนนี้มาก่อน และ

(4) พิจารณารับเด็กของผู้ฝากที่สำคัญจากส่วนราชการต่างๆ ที่ให้การสนับสนุนช่วยเหลือราชการโรงเรียนหรือมหาวิทยาลัย

ปรากฏว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษนี้มิได้มีการประกาศให้สาธารณชนทราบโดยทั่วไป แม้จะปรากฏว่ามีอยู่ในหนังสือครบรอบ 15 ปี ของโรงเรียนก็ตาม ก็ไม่อาจถือได้ว่าประกาศให้สาธารณชนทราบด้วย หลักเกณฑ์นี้ยังเป็น**หลักเกณฑ์ที่ให้ความได้เปรียบแก่บุคคลบางกลุ่ม** ผู้ปกครองที่ไม่มีบุตรหรือธิดาเรียนในโรงเรียนและประสงค์จะให้บุตรหรือธิดาเข้าเรียนในโรงเรียนนี้ก็จะไม่ทราบหลักเกณฑ์ดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า การนำหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเป็นกรณีพิเศษนี้มาใช้ในการคัดเลือกนักเรียนนั้น มิได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งโรงเรียน ส. ทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้โรงเรียน**ใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ** อันเป็นการ**เลือกปฏิบัติให้เป็นคุณแก่บุคคลบางกลุ่ม**เท่านั้น จึงไม่เป็นธรรมต่อนักเรียนที่สมควรสอบคัดเลือกเข้าเรียนในโรงเรียนโดยทั่วหน้ากัน อันเป็นการ**ขัดต่อหลักความเสมอภาค**ของบุคคลในการแสวงหาโอกาสที่จะเข้ารับการศึกษารัฐ¹⁴⁴

ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาว่า กรณีนี้เป็นกฎเกณฑ์หรือนโยบายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน โดยหลักแล้วเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค และอาจนำไปสู่การใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ แต่หากพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าว ไม่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ฯลฯ อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงว่า การคัดเลือกเฉพาะนักเรียนที่ผู้ปกครองหรือผู้ฝากให้การ “สนับสนุน” โรงเรียน โดยมีการบริจาคทรัพย์สิน อาจเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ **“ฐานะทางเศรษฐกิจ”** หรือในกรณีการคัดเลือกนักเรียนที่สืบเชื้อสายจากอาจารย์ในโรงเรียน อาจเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ **“บรรพบุรุษ”**

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 13/2540

¹⁴⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” วารสารนิติศาสตร์ 30, 2 (มิถุนายน 2543): 178-181.

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า การเคหะแห่งชาติผ่อนผันผู้เช่าซื้ออาคารบางคน ทั้งที่ล่วงเลยกำหนดระยะเวลาตามแนวปฏิบัติที่การเคหะแห่งชาติกำหนดไว้ แต่ไม่ผ่อนผันผู้เช่าซื้ออาคารบางคน นั้น ไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ร้องทุกข์ที่ไม่เท่าเทียมกันกับรายอื่น การเคหะแห่งชาติมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานเพื่อให้ความช่วยเหลือในด้านที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชนผู้มีรายได้น้อยและรายได้ปานกลาง การปฏิบัติงานของการเคหะแห่งชาติจึงควรมุ่งเน้นในทางอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เช่าซื้อภายในกรอบระเบียบ หลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติที่กำหนดซึ่งได้ประกาศล่วงหน้าให้ทราบทั่วกันและควรปฏิบัติต่อผู้เช่าซื้อทุกรายโดยเท่าเทียมกัน

ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาว่า กรณีนี้การเลือกผ่อนผันเฉพาะผู้เช่าซื้อบางรายเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน แต่ไม่มีข้อเท็จจริงว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด จึงเป็นกรณีการเลือกปฏิบัติในความหมายที่แตกต่างและกว้างกว่าการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตามหากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า การผ่อนผันแก่ผู้เช่าซื้อบางรายนั้นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฯลฯ ดังนี้อาจจัดเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้

4.4.5 การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันจัดอยู่ใน “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คติของศาลรัฐธรรมนูญ

- กรณีที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่ง “สถานะของบุคคล” นั้นพบว่าการเปรียบเทียบระหว่าง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 286 วรรคหนึ่ง (3) ซึ่งบัญญัติให้ศาลกำหนดจำนวนสิทธิเรียกร้องเป็นเงินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เป็นพนักงาน ลูกจ้าง หรือคนงาน ที่ไม่ใช่เป็นข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบาลให้อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีได้ กับ มาตรา 286 วรรคหนึ่ง (2) ซึ่งบัญญัติให้สิทธิเรียกร้องเป็นเงินลักษณะเดียวกับมาตรา 286 วรรคหนึ่ง (3) ทั้งหมดที่ข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบาลได้รับไม่ต้องอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีโดยไม่ต้องให้ศาลกำหนดดังเช่น มาตรา 286 วรรคหนึ่ง (3) จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ เป็นหลักกฎหมายที่วางหลัก “แตกต่างกัน” โดยในแง่หนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า ความแตกต่างกันนั้นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในกรณี “สถานะของบุคคล” อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยชัดเจนว่า กรณีนี้เกี่ยวข้องกับ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือไม่ แต่จากเหตุผลในคำวินิจฉัยจะพบว่า ศาลพิจารณาถึงความแตกต่างของ “สถานะ” บุคคลระหว่างข้าราชการกับบุคคลทั่วไป แล้วเห็นว่า มีลักษณะที่แตกต่างกัน ดังนั้น จึงวินิจฉัยว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 34-53/2543) ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าในคดีนี้ เป็นกรณีการปฏิบัติที่แตกต่างกันและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ คือกรณี **สถานะของบุคคล** อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติอันแตกต่างดังกล่าวนี้มีเหตุผลอันสมควรดังที่ศาลได้ชี้ให้เห็นสถานะของบุคคลทั้งสองกลุ่มในบริบทของเงินที่อยู่ในขอบเขตของการบังคับคดี

- สำหรับกรณี**ความแตกต่างระหว่างสถานะของบุคคลในนิติการจ้างแรงงาน** พบว่ามีคดีที่เกี่ยวข้องกับสถานะของนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งจำเลยโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 120 ให้สิทธิเฉพาะลูกจ้างฝ่ายเดียวที่มีสิทธิยื่นคำขอให้คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานพิจารณา วินิจฉัย โดยไม่ให้สิทธิใดๆ แก่ฝ่ายนายจ้างและไม่ได้รับความเสมอภาคในบทบัญญัติของกฎหมายเท่ากับฝ่ายลูกจ้าง จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และ 30 อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างผู้มีฐานะที่ด้อยทางเศรษฐกิจ...อีกทั้งยังเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างนายจ้างและลูกจ้างและมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้าง ..มิได้ขัดต่อหลักความเสมอภาค และยังเป็นการส่งเสริมให้ลูกจ้างสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับนายจ้าง ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และ 30 (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2548) ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าในคดีนี้ เป็นกรณีการปฏิบัติที่แตกต่างกันและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ คือกรณี**สถานะของบุคคล** อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติอันแตกต่างดังกล่าวนี้มีเหตุผลอันสมควรประกอบกับเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองลูกจ้างซึ่งเป็นกลุ่มที่กฎหมายเห็นว่าเสียเปรียบ จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

- กรณีที่เกี่ยวข้องกับ “สถานะทางเศรษฐกิจ” นั้นมีประเด็นที่ ผู้ร้องกับพวกอ้างว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 156 วรรคห้า¹⁴⁵ บัญญัติให้คู่ความที่ขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถามีสิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้ *คำสั่งของศาลอุทธรณ์เช่นว่านี้ให้เป็นที่สุด* นั้นเป็นการตัดสิทธิหรือปิดโอกาสผู้ซึ่งมีฐานะยากจนไม่มีเงินเพียงพอหรือไม่มีทรัพย์สินอื่นใดที่จะนำมาชำระค่าธรรมเนียมศาลต้องถูกจำกัดสิทธิ อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 และ 30 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า “ ... การที่ให้คำสั่งของศาลอุทธรณ์เป็นที่สุดนั้นเนื่องจากปัญหาที่ว่าบุคคลนั้นเป็นคนยากจนหรือไม่ได้รับการพิจารณามาแล้วถึงสองศาล และปัญหาข้อนี้ไม่ใช่ประเด็นในคดีโดยตรง จึงควรให้ยุติที่ศาลอุทธรณ์ ไม่ควรให้ยืดเยื้อฎีกาต่อไปได้อีก ซึ่งเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่ความแล้ว กรณีดังกล่าวแม้เป็นการจำกัดสิทธิอยู่บ้างแต่ก็เป็นการจำกัดเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้ยังใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับคู่ความอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่คำนึงถึงฐานะของคู่ความแต่อย่างใด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 156 วรรคห้าจึงไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และ 30 (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2549) คดีนี้มีประเด็นเฉพาะเกี่ยวกับหลักการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่จำกัดการอุทธรณ์คำสั่งศาลเกี่ยวกับการยกเว้นค่าธรรมเนียมโดยให้

¹⁴⁵ คดีนี้ตัดสินก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งนี้ต่อมาในปี 2551 มาตรา 156 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2551 โดยหลักการเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งปรากฏในมาตรา 156/1 ดังนี้ *ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลให้แก่เฉพาะบางส่วน หรือมีคำสั่งให้ยกคำร้อง ผู้ขออาจอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อศาลได้ภายในกำหนดเจ็ดวันนับแต่วันมีคำสั่ง คำสั่งของศาลอุทธรณ์เช่นว่านี้ให้เป็นที่สุด* อย่างไรก็ตาม หลักการตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ยังคงให้คำสั่งของศาลอุทธรณ์เป็นที่สุดเช่นเดียวกับกรณีตามคดีนี้

คำสั่งศาลอุทธรณ์เป็นที่สุด ซึ่งผู้ร้องเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิและทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน ในประเด็นนี้จะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวใช้บังคับกับคู่ความทุกคนเท่าเทียมกัน กล่าวคือ คู่ความที่ได้แย้งคำสั่งศาลในกรณีมีคำสั่งอนุญาตให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลหรือคำสั่งให้ยกคำร้องนั้น จะถูกจำกัดสิทธิโต้แย้งโดยให้ยุติที่ศาลอุทธรณ์ ในส่วนนี้จึงไม่มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยฐานะทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่ายังมีประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติแต่มีได้เป็นประเด็นในคดีนี้ กล่าวคือ **การที่กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้สิทธิคู่ความขอคำเนิ่นคดียังคนอนาถนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่** จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าว เป็นกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่ง “สถานะทางเศรษฐกิจ” แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้ผู้เสียเปรียบทางสถานะดังกล่าวได้มีโอกาสเท่าเทียมกันในการดำเนินคดีในศาล

- กรณีที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมและการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศนั้น พบว่ามีกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่าประมวลรัษฎากรเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ เนื่องจากกำหนดให้ ผู้ร้อง (สามี) ต้องนำเงินได้ของภริยา ซึ่งเป็นรายได้อื่นที่ไม่ใช่รายได้ ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (1) มารวมคำนวณเป็นเงินได้ของผู้ร้อง โดยไม่กำหนดให้สามีมีสิทธิยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหาก เฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) ด้วย จึงเป็นกฎหมายที่**เลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ** ประเด็นนี้มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสองคดี ซึ่งวินิจฉัยไว้แตกต่างกัน คดีแรกตัดสินตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 คดีที่สองตัดสินตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550

- ในคดีแรก ผู้ร้อง เห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ เป็นกฎหมายที่ทำให้บุคคลไม่เสมอภาคในกฎหมาย และไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “ประมวลรัษฎากร ...เป็นกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐ มีผลใช้บังคับกับสามีและภริยาทั้งหมดที่มีเงินได้พึงประเมินเป็นการทั่วไปอย่างเท่าเทียมกัน จึงถือไม่ได้ว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ตามที่ บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 บรรทัดสาม **แม้ว่าประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี กำหนดให้เงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี โดยให้สามีมีหน้าที่ยื่นรายการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาแทนภริยาจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้เป็นสามีอยู่บ้างก็ตาม** แต่ก็เท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐ และมีได้กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ครอบครัว และทรัพย์สินตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ดังนั้น ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี จึงไม่ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ..มาตรา 30” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2545)

จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่พิพาทในกรณีนี้ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน กล่าวคือให้สามีนำเงินได้ของภริยามารวมคำนวณ แต่ในทางกลับกันไม่ให้ภริยานำเงินได้ของสามีไปรวมคำนวณกับเงินได้ของตน โดยเนื้อหาจึงเป็นความไม่เท่าเทียมกันด้วยเหตุแห่งเพศ นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาว่าเป็นความไม่เท่าเทียมด้วยเหตุ “สถานะของบุคคล” กล่าวคือสถานะทางครอบครัวในความเป็นสามีและภริยาอีกด้วย แม้ศาล

รัฐธรรมนูญนำข้อยกเว้นมาพิจารณาว่ากฎหมายนี้ “บังคับกับสามีและภริยาทั้งหมดที่มีเงินได้พึงประเมินเป็นการทั่วไป อย่างเท่าเทียมกัน..” แต่ก็เป็นการใช้บังคับโดยสร้างความแตกต่างระหว่างเพศอยู่นั่นเอง อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็ยอมรับว่าการบังคับดังกล่าว “กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้เป็นสามีอยู่บ้าง” นอกจากนี้การที่ศาลนำข้อยกเว้นมาวินิจฉัยก็อาจมองได้ว่าอันที่จริงแล้วศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศหรือสถานะของบุคคล โดยหลักแล้วขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันแต่ศาลซึ่งนำหนักกับประโยชน์ของรัฐแล้วเห็นว่าเข้าข้อยกเว้นอันทำให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ แต่ก็มีประเด็นนำพิจารณาต่อไปว่า การกำหนดให้เฉพาะสามีนำเงินได้ของภริยามารวมคำนวณ แต่ในทางกลับกันไม่ให้ภริยานำเงินได้ของสามีไปรวมคำนวณกับเงินได้ของตน ทำให้เกิดประโยชน์มากน้อยแตกต่างกันเพียงใดในการจัดเก็บภาษีของรัฐ และมีผลกระทบต่อการบริหารจัดการภาษีของรัฐแตกต่างอย่างไรหากกำหนดให้สิทธิผู้เสียภาษีอย่างเท่าเทียมกันโดยสามารถเลือกกระหว่าง การให้สามีนำเงินได้ของภริยาไปรวมกับสามี และ การให้ภริยานำเงินได้ของสามีมารวมกับภริยา

ในคดีที่สอง ได้มีการยกประเด็นประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี มาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้งภายใต้บทบัญญัติความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “...ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี ที่บัญญัติให้สามีและภริยาที่อยู่ร่วมกันตลอดปักษ์ที่ล่วงมาแล้ว ต้องถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการและ เสียภาษี แต่ถ้ามีภาษีค้างชำระและภริยาได้รับแจ้งล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วันแล้วให้ภริยาร่วมรับผิดชอบในการเสีย ภาษีที่ค้างชำระนั้นด้วย เป็นการไม่ยุติธรรมสำหรับภริยา เพราะภริยาอาจไม่มีส่วนรู้เห็นในเรื่องการยื่นรายการเสียภาษีด้วย และทำให้สามีภริยาต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นจากกรณีที่ต่างฝ่ายต่างแยกยื่นเมื่อยังไม่มีกรมสรรพากร ประกอบกับ มาตรา 57 เบญจ บัญญัติให้เฉพาะภริยาที่มีเงินได้พึงประเมินตาม มาตรา 40 (1) สามารถแยกยื่นรายการ และเสียภาษีต่างหากจากสามี โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามีตาม มาตรา 57 ตรี จึงถือว่าเป็นการไม่ส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิง และยังเป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง ในเรื่องสถานะของบุคคลภายหลังการสมรสตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 30...” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555) จะเห็นได้ว่า ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้ตัดสินอย่างสอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันด้วยเหตุแห่ง **“สถานะของบุคคลภายหลังการสมรส”**

- กรณีพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ไม่ได้ให้สิทธิแก่ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงไทยในการที่จะได้สัญชาติ โดยการแปลงสัญชาติได้เช่นเดียวกับหญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายสัญชาติไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 9 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “หญิงซึ่งเป็นคนต่างด้าวและได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทย ถ้าประสงค์จะได้สัญชาติไทย ให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง” เมื่อพิจารณาแล้วไม่ถือเป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันใน กฎหมายระหว่างชายและหญิง หรือเป็นการทำให้ชายและหญิงไม่ได้มีสิทธิเท่าเทียมกันด้วยเหตุที่เป็น มาตราการที่รัฐกำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ ซึ่งมีได้ตัดสิทธิของชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงสัญชาติไทยก็อาจได้สัญชาติไทยตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติ คือมาตรา 10 11 และ 12 ซึ่งไม่ได้ยุ่งยากและก่อให้เกิดปัญหาในสถานะของบุคคล

แต่ประการใด จึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2546) จากคำวินิจฉัยคดีนี้ หากเปรียบเทียบระหว่าง กรณีชายไทยสมรส กับหญิงต่างด้าว กับ กรณีชายต่างด้าวสมรสกับหญิงไทย นั้น จะเห็นได้ว่าการได้สัญชาติไทยของคนต่างด้าว ทั้งสองกรณีอยู่ภายใต้หลักกฎหมายที่แตกต่างกัน **โดยหลักแล้วเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันในระดับหลักการของกฎหมายและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคือเพศ** แต่ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากนำไปปัจจัยเหตุผลด้านอื่นมาประกอบการพิจารณา เช่น ชายต่างด้าวยังมีช่องทางอื่นตามกฎหมายในการได้มาซึ่งสัญชาติไทย นอกจากนี้ยัง “เป็นมาตรการรัฐที่กำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ” ซึ่งอาจพิจารณาเปรียบเทียบได้กับหลัก “ขอบแห่งดุลพินิจ” (Margin of Appreciation) ดังจะได้แยกวิเคราะห์ต่างหาก

- กรณีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสภาพร่างกายโดยเฉพาะกรณี “ความพิการ” นั้น พบว่ามี คำวินิจฉัย 3 กรณีที่สำคัญคือ

กรณีที่มีการอ้างว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) ที่กำหนดคุณสมบัติผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกไว้ว่า “(10) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือ จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการหรือเป็นโรค ที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต” นั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ อันขัดต่อรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 กรณีนี้เห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคือ “ความพิการ” แต่ศาลนำข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญมาวินิจฉัยว่า เป็นลักษณะตามตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่า ตามรัฐธรรมนูญปี 2540 ยังมีได้ระบุถึง “ความพิการ” ไว้เป็นเหตุหนึ่งตามมาตรา 30 อย่างชัดแจ้ง (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545)

กรณีที่มีการอ้างว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) ที่กำหนดคุณสมบัติผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกไว้ว่า “ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือ จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในกฎกระทรวง...” นั้นเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 กรณีนี้เห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคือ “ความพิการ” แต่ศาลนำข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญ มาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายอัยการ เป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545)

กรณีที่มีการอ้างว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) ที่กำหนดคุณสมบัติผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกไว้ว่า “(10) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือ จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการหรือเพนโรค ที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต” นั้น ผู้ร้องเรียนและผู้ร้องเห็นว่า การตัดสิทธิสอบบุคคลด้วยเหตุผลดังกล่าว ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกายหรือความพิการ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาลักษณะสภาพของงานแล้วเห็นว่า ความพิการมิได้เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้จะเป็นข้าราชการตุลาการ ที่จะมีผลต่อการให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้อง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ในส่วนที่บัญญัติให้ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุ เป็นข้าราชการตุลาการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามว่า “มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จึงขัดต่อสิทธิของคนพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติ และเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555)

จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 นี้มีประเด็นสำคัญเช่นเดียวกับ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 และ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545 กล่าวคือ กฎหมายกำหนดคุณสมบัติผู้สมัครเข้ารับราชการแตกต่างกันด้วยเหตุสภาพร่างกายโดยเฉพาะกรณีของความพิการ ซึ่งจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม สองคดีแรกเป็นการพิจารณาตามรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 ซึ่งมีได้ระบุ “ความพิการ” ไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่ คดีหลังนั้นตัดสินตาม รัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 ซึ่งระบุ “ความพิการ” ไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้เนื่องจาก ประเทศไทย ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities : CRPD) ของสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 29กรกฎาคม 2551 ซึ่งมีผลบังคับให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตาม พันธกรณีที่ระบุไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวตั้งแต่วันที่ 28 สิงหาคม 2551 เป็นต้นมา นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า ศาลนำปัจจัยเกี่ยวกับความจำเป็นและลักษณะของงานที่พิพาทมาประกอบการวินิจฉัยด้วย ซึ่งหากตามลักษณะของงานดังกล่าวมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดคุณสมบัติบุคคลให้แตกต่างกัน ก็อาจเข้าข่ายกเว้นของหลักห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศก็มีการกำหนดข้อยกเว้นกรณีคุณสมบัติที่จำเป็นของงานไว้ (Genuine Occupational Requirement)¹⁴⁶ อย่างไรก็ตามในกรณีนี้ศาลเห็นว่าความพิการมิได้เป็นอุปสรรคต่อตำแหน่งงานข้าราชการตุลาการแต่อย่างใด จากการศึกษาคดีทั้ง 3 ข้างต้นจะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในบริบทของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

¹⁴⁶ เช่น Article 4 (1) EU Framework Directive กำหนดว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติหากมีเหตุผลเกี่ยวกับความจำเป็นตามลักษณะเฉพาะของงานนั้น

4.4.6 การเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คดีของศาลรัฐธรรมนูญ

จากคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พบว่ามีหลายคดีที่มีประเด็นกล่าวอ้างว่ากฎหมายบางฉบับเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก่อให้เกิดภาระหน้าที่ต่อบุคคลที่ไม่เท่าเทียมกันอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากเปรียบเทียบหลักการและข้อเท็จจริงแล้ว พบว่า อาจเป็นกรณีกฎหมายที่พิพาทส่งผลให้เกิดความ “แตกต่างกัน” แต่ไม่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” หรืออาจเป็นกรณีกฎหมายที่พิพาทนั้นส่งผลให้เกิดความ “แตกต่างกัน” แต่มีเหตุผลอันสมควรประการอื่นที่ศาลนำมาพิจารณาตัดสินว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังจะได้จำแนกวิเคราะห์ต่อไปนี้

- การอ้างว่ากฎหมายบางฉบับสร้างความไม่เท่าเทียมกันและเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยที่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น

คดีที่ผู้ร้องอ้างว่าการกำหนดเงื่อนไขเพื่อก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์และการกำหนดเงื่อนไขเวลาขอใช้สิทธิประโยชน์หรือการสิ้นสุดสิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ มาตรา 56 วรรคหนึ่ง และ มาตรา 65 วรรคหนึ่ง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ...29 และ มาตรา 30 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ...การกำหนดระยะเวลายื่นคำร้องขอรับประโยชน์ทดแทนภายในหนึ่งปี**มีผลใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคน...** เงื่อนไขดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงและไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ 30 (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2546)

คดีที่ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 236 ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติให้สิทธิแก่คู่ความยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ปฏิเสธไม่ยอมรับอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ หากเห็นว่าคำสั่งของศาลชั้นต้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย **จึงเป็นบทบัญญัติที่บังคับใช้โดยทั่วไป** (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2549)

คดีที่มีการอ้างว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 51 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา ... 28 30 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรา 51 ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีที่กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) และคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) จะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นบทบัญญัติให้บุคคลทุกคนย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับการคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันในกฎหมายที่บุคคลนั้นถูกบังคับใช้อยู่ กล่าวคือ **หากผู้ฟ้องคดีนำคดีมาขึ้นสู่ศาลปกครอง กระบวนการพิจารณาความก็ย่อมมีความเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นที่นำคดีมาขึ้นสู่ศาลปกครองเช่นเดียวกัน** มาตรา

51 ดังกล่าวจึงมิได้ให้สิทธิแก่บุคคลที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้แตกต่างกัน จึงมิได้ขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างใด (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2550)

กรณีที่ผู้เช่าซื้อรถยนต์ของกลาง อ้างว่าไม่มีส่วนร่วมหรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการนำรถยนต์ดังกล่าวไปใช้ในการกระทำความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดแต่อย่างใด รวมทั้งอ้างว่าการริบรถยนต์ดังกล่าวตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 30 วรรคสองและวรรคสี่ เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30... ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการทางกฎหมายเพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกศาลสั่งริบในคดียาเสพติด ...ใช้สิทธิร้องคัดค้านคำร้องขอให้ริบทรัพย์สินของพนักงานอัยการได้ **จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มีผลใช้บังคับต่อบุคคลเป็นการทั่วไปโดยเสมอกันไม่ได้ยกเว้นให้ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือทำให้บุคคลไม่ได้รับความเสมอกันในกฎหมายหรือไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลแต่อย่างใด** บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2551)

คดีที่มีประเด็นว่า พระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551 เป็นการเลือกปฏิบัติ และขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น ศาลวินิจฉัยว่า ... บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่กำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ทรัพย์สิน และรายได้ของ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เพื่อให้การบริหารจัดการจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยมีความเป็นอิสระและมีความ คล่องตัว สอดคล้องกับหลักการบริหารจัดการของหน่วยงานในกำกับของรัฐซึ่งไม่เป็นส่วนราชการและ รัฐวิสาหกิจ ...โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าว **ใช้บังคับแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนดโดยเสมอกันและไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างใด**” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 31/2555)

จากคดีทั้ง 5 ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายที่พิพาทมิได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆ ของการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นกรณีตัวอย่างของการที่ผู้ร้องอ้างว่ากฎหมายมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตามแม้ศาลตัดสินว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติแต่ก็มีได้วินิจฉัยชัดเจนลงไปว่ากรณีนี้ไม่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” โดยศาลให้เหตุผลว่ากฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับทุกคนเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นเหตุผลอันสอดคล้องกับหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรงนั่นเอง

- กรณีการเปรียบเทียบระหว่างการเรียกดอกเบี้ยของสถาบันการเงิน และ องค์กรหรือบุคคลอื่นที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน จะเห็นได้ว่าการเรียกดอกเบี้ยมีความแตกต่างกัน (Distinction/Differentiation) โดยกฎหมายกำหนดให้สามารถเรียกแตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาหลักการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่า ความ “แตกต่าง” นี้ยังไม่ถือเป็น “การเลือกปฏิบัติ” เนื่องจากความแตกต่างในการเรียกดอกเบี้ยดังกล่าวมิได้สืบเนื่องจาก “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญมิได้ระบุถึงเหตุผลเหล่านี้เนื่องจาก

ให้เหตุผลว่า “ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและเป็นไปตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินฯ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ฯ” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2542) คดีนี้จะเห็นได้ว่า การกล่าวอ้างอยู่บนพื้นฐานของเหตุที่ “กว้างกว่า” เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามแม้ศาลตัดสินว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติแต่ก็ได้วินิจฉัยชัดเจนลงไปว่ากรณีนี้ไม่เกี่ยวข้อง กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” แต่ในอีกแง่หนึ่งอาจมองได้ว่า กฎหมายกำหนดหลักการปฏิบัติที่ “แตกต่างกัน” ระหว่างกรณีบุคคลธรรมดาและสถาบันการเงินซึ่งเกี่ยวข้องกับ “สถานะของบุคคล” อย่างไรก็ตาม แต่แม้ กระนั้นการปฏิบัติที่แตกต่างกรณีนี้ก็อาจพิจารณาได้ว่ามีเหตุผลอันสมควรในการกำหนดให้บุคคลธรรมดา กับสถาบันการเงินเรียกดอกเบี้ยได้แตกต่างกัน

- กรณีการเปรียบเทียบความแตกต่างกันระหว่างประชาชนและหน่วยงานภาครัฐ โดยผู้ร้องอ้างว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 121 ให้สิทธิและยกเว้นแก่โจทก์ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ไม่ต้องปิดอาคารแสดงปี่ ในหนังสือมอบอำนาจ แต่ในขณะเดียวกันฝ่ายผู้ร้องต้องปิดอาคารแสดงปี่ หากไม่ปิดไม่สามารถรับฟังเป็น พยานหลักฐานได้.. ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในกฎหมาย จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 121 เป็นเรื่องการเสียอากร มีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจาก ประชาชนที่จะได้รับบริการจากรัฐ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจากรัฐเอง การที่มาตรา 121 บัญญัติว่า ถ้า ฝ่ายที่ต้องเสียอากรเป็นรัฐบาล เจ้าพนักงานของรัฐที่กระทำงานของรัฐบาลโดยหน้าที่ หรือบุคคลผู้กระทำการในนามของรัฐบาลไม่ต้องเสียอากรแสดงปี่ จึงชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวแล้ว ไม่ได้เป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลทั่วไป (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 41/2547) จากคดีนี้จะเห็นได้ ว่า กฎหมายกำหนดหลักการปฏิบัติที่ “แตกต่างกัน” ระหว่างกรณีบุคคลธรรมดาและหน่วยงานของรัฐ ซึ่งมี สภาพและลักษณะที่แตกต่างกัน ประกอบกับเหตุผลด้านการเก็บภาษีจึงอยู่ภายใต้เงื่อนไขแตกต่างกันได้โดย ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่มีข้อสังเกตว่าศาลมิได้วินิจฉัยชัดเจนลงไปว่ากรณีนี้เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการ เลือกปฏิบัติ” หรือไม่

- กรณีอ้างว่า พระราชบัญญัติภาษีโรงเรือนและที่ดิน พ.ศ. 2475 มาตรา 45 ขัดหรือแย้งกับ รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ 30 เนื่องจากบัญญัติให้ผู้รับโอนต้องรับผิดชอบในฐานะลูกหนี้ร่วมกับผู้โอนในภาษีที่ ค้างชำระ “ไม่ว่าจะรับโอนมาด้วยเหตุใดๆ” กฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองรัฐฝ่ายเดียวด้วยการปิดปากมิ ให้ผู้รับโอนยกข้อต่อสู้ใดๆ ได้เลย แม้จะเป็นผู้รับโอนที่สุจริตและมีค่าตอบแทน ทำให้ผู้รับโอนเสียเปรียบ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวตราขึ้นเพื่อให้รัฐโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหารายได้จากการ จัดเก็บภาษีสำหรับใช้จ่ายในการบริหารกิจการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ขององค์กร อันเป็นกิจการเพื่อ สาธารณะประโยชน์ ภาษีโรงเรือนและที่ดินเป็นภาษีอากรอย่างหนึ่งตามรัฐธรรมนูญมาตรา 69 บุคคลมี หน้าที่เสียภาษีอากร กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นบทกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด และเท่าที่ จำเป็น ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปมิได้มุ่งหมายให้ใช้ บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ใช้กับบุคคลโดยเสมอกันและให้ความ คุ้มครองแก่บุคคลอย่างเท่าเทียมกันไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความ แตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะ

ทางเศรษฐกิจหรือสังคม...การเรียกเก็บภาษีโรงเรือนที่ค้างชำระจากผู้รับโอนที่ดินและโรงเรือนร่วมกับผู้โอน จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และ 30 (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 41/2548) จะเห็นได้ว่า คดีนี้มีการอ้างว่ากฎหมายมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยศาลในคดีนี้นอกจากจะให้เหตุผลว่ากฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับทุกคนเท่าเทียมกันแล้วยังอธิบายไว้อย่างชัดเจนว่าไม่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้หากเปรียบเทียบคดีนี้กับ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 41/2547 จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่พิพาทมีเหตุผลเกี่ยวเนื่องกับการกำหนดหน้าที่แก่ประชาชนเกี่ยวกับภาษีซึ่งเป็นเหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งด้วย

- กรณีการอ้างว่า กฎหมายสร้างความไม่เท่าเทียมกันและเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากกำหนดกระบวนการพิจารณาความผิดทางวินัยแตกต่างกันระหว่างข้าราชการบางประเภท คดีนี้ผู้ร้องอ้างว่า พระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ขัดต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 โดยได้กำหนด กระบวนการพิจารณาความผิดวินัยไว้เป็นพิเศษสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ตุลาการ ศาลปกครอง และพนักงานอัยการ ทำให้การพิจารณาความผิดวินัยอยู่ในอำนาจขององค์กรนั่นเอง ซึ่งแตกต่างจากข้าราชการทั่วไปที่ต้องถูกพิจารณาความผิดวินัยโดย คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ศาลรัฐธรรมนูญนำปัจจัยเกี่ยวกับ ลักษณะเฉพาะของข้าราชการตุลาการ อัยการ ที่อยู่ภายใต้หลักความเป็นอิสระตามลักษณะของภารกิจมา ประกอบการพิจารณาแล้ว วินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการทางวินัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการ ตุลาการศาลยุติธรรม ข้าราชการตุลาการ ศาลปกครอง และข้าราชการอัยการมีความเป็นอิสระ ตามลักษณะของภารกิจดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่มีลักษณะขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือ เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างใด” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2556) คดีนี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่พิพาทได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆของการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นกรณีตัวอย่างของการที่ผู้ ร้องอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ในการนำหลัก “ลักษณะของภารกิจ” ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของงานแต่ละประเภทมาพิจารณานั้น อาจเทียบได้กับกรณีของคุณสมบัติจำเป็นเฉพาะของงาน (Genuine Occupational Requirement) ซึ่งเป็นเหตุผลของการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันได้

4.4.7 การปฏิบัติที่ต่างกันซึ่งจัดอยู่ในขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ”: คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

จากการศึกษาคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในบทที่ 2 พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ามีการ “เลือกปฏิบัติ” เกิดขึ้น ซึ่งมักเป็นกรณีการนำข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกับกันว่าการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวแตกต่างกัน หากพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว การปฏิบัติแตกต่างกันดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบเขตการเลือกปฏิบัติ เช่น มีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ดังนั้น การปฏิบัติที่ต่างกันนั้นก็จัดเป็น “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ตัวอย่างของคำร้องที่จัดอยู่ในกลุ่มนี้มีดังต่อไปนี้

- กรณีการสาบานตนก่อนเบิกความตามข้อความในแบบพิมพ์ของศาลซึ่งกำหนดไว้แตกต่างกัน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในภาพรวมต่อสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง และ กรมพระธรรมนูญ เพื่อพิจารณาถึงรูปแบบและแนวทางการปฏิบัติที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพื่อให้เกิดความเป็นระบบในทุกชั้นศาลและเพื่อความเป็นสากล **โดยควรที่จะเป็นการเฉพาะตัวของบุคคลที่กล่าวคำสาบาน ซึ่งไม่ควรมีการอ้างถึงครอบครัวในทุกศาสนา** เพื่อให้สอดคล้องกับ มาตรา 30 และ 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (รายงานผลการพิจารณาที่ 647/2555) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า แบบพิมพ์ที่กำหนดไว้สำหรับแต่ละศาสนามีข้อความแตกต่างกันโดยเฉพาะการพาดพิงผลร้ายจากการสาบานไปยังครอบครัวซึ่งมีเฉพาะบางศาสนาแต่ไม่ปรากฏข้อความดังกล่าวสำหรับบางศาสนา จึงเป็นความแตกต่างที่มีพื้นฐานจากเหตุ “ศาสนา”

- กรณีระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเกษตรกร ซึ่งจะมีสิทธิได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2535 ข้อ 6 (4) กำหนดไว้ว่า ว่าผู้ที่มีสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ส.ป.ก. จะต้องเป็น “ผู้มีร่างกายสมบูรณ์” โดยเจ้าหน้าที่สำนักงานการปฏิรูปที่ดินจังหวัด ก ตีความหมายรวมถึง**คนพิการทุกประเภท** คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า “...การตีความดังกล่าวเป็นการตีความอย่างแคบ ทำให้ผู้ร้องถูกจำกัดสิทธิและเสียสิทธิในการเข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน...” (รายงานผลการพิจารณาที่ 2/2555) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าระเบียบและการตีความระเบียบดังกล่าว เป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งความพิการทางกาย

- ระเบียบกองทัพบกว่าด้วยคุรียางค์ทหารบก พ.ศ.2553 ตามผนวกข้อ 3 เกี่ยวกับบัญชีโรคหรือความผิดปกติหรือความพิการซึ่งขัดต่อการเป็นนักเรียนคุรียางค์ทหารบก ข้อย่อย 3.1.1.3 ซึ่งระบุว่า “**แผลเป็นหรือปานที่หน้ามีเนื้อที่ตั้งแต่ 1.5ตารางนิ้วขึ้นไป หรือมีความยาวมากจนดูหน้าเกลียด**” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า เป็นระเบียบที่อาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (รายงานผลพิจารณาที่ 194/2557) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นการปฏิบัติแตกต่างกันต่อบุคคลด้วยเหตุ “สภาพร่างกาย” อันระบุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550

- กรณีการกำหนด “ประวัติอาชญากรรม” มาเป็นข้อจำกัดในการประกอบอาชีพ ซึ่งแบ่งเป็นกรณีข้อจำกัดในการทำงานภาครัฐ และ ภาคเอกชน ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเคยพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ กรณีภาครัฐนั้น ผลการพิจารณาเห็นว่า “กฎหมายกลุ่มที่กำหนดให้ การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ โดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้นลักษณะต้องห้ามได้ ควรมีการพิจารณาทบทวนปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับมิติด้านสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและพันธกรณีระหว่างประเทศรับรองไว้” (รายงานผลการพิจารณาที่ 43/2555) สำหรับกรณีภาคเอกชน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้เหตุผลว่า “บริษัทเอกชนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการพิจารณารับบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป...” (คำร้องที่ 486/2556, รายงานผลการพิจารณาที่ 495/2558) ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีนี้กฎหมายต่างประเทศบางประเทศกำหนดให้ประวัติอาชญากรรมเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามกฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดเหตุนี้ไว้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ยังมีเหตุผลและปัจจัยอื่นที่จะต้องนำมาประกอบการพิจารณาจึงแยกวิเคราะห์เป็นหัวข้อต่างหากต่อไป

- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่ากรณีภาคเอกชนบังคับให้ตรวจเลือดก่อนรับเข้าทำงาน “...เป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและอาจละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี จึงไม่ควรปิดกั้นเรื่องการทำงานอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยเกินจำเป็นของลักษณะประเภทการจ้างงานที่เป็นสาระสำคัญ ทั้งที่บุคคลที่ติดเชื้อเอชไอวีสามารถปฏิบัติงานได้ในสถานภาพเดียวกันโดยไม่จำกัดทางสุขภาพอนามัย” (รายงานผลการพิจารณาที่ 308-309/2558) จะเห็นได้ว่า กรณีการติดเชื้อเอชไอวี มิได้บัญญัติไว้ชัดเจนในฐานะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ แต่อาจตีความว่าอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกรณี “สุขภาพ” ได้

4.4.8 การเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”: คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

จากการศึกษาคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในบทที่ 2 พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ามีการ “เลือกปฏิบัติ” เกิดขึ้น ซึ่งมักเป็นกรณีการนำข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกันว่าการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวแตกต่างกัน อย่างไรก็ตามหากพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่า ในหลายกรณีตามคำร้องนั้น การปฏิบัติแตกต่างกันดังกล่าว **ไม่มีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”** ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม หากการปฏิบัติแตกต่างกันดังกล่าว นั้นเป็นกรณีที่ผู้ร้องได้รับความไม่เป็นธรรมอาจจะต้องพิจารณาการคุ้มครองภายใต้บริบทของกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง เป็นต้น ตัวอย่างของคำร้องในลักษณะเช่นนี้มีดังต่อไปนี้

- ผู้ร้องอ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการปฏิบัติของโรงเรียนแห่งหนึ่ง กรณีบุตรสาวถูกเพื่อนชายล่อลวงละเมิดทางเพศในโรงเรียนและแจ้งความแล้วแต่คดีไม่มีความคืบหน้า (คำร้องที่ 476/2556) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่ผู้ร้องเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมในประเด็นที่ว่าคดีไม่มีความคืบหน้า แต่ไม่

ปรากฏว่าการที่คดีไม่สืบหน้าดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอย่างใดตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม กรณีนี้บุตรสาวผู้ร้องเป็นผู้พิการ หากมีข้อเท็จจริงว่าการที่คดีไม่สืบหน้านั้นสืบเนื่องมาจากสาเหตุความพิการ ก็อาจเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้ นอกจากนี้สำหรับประเด็นการถูกล่วงละเมิดทางเพศอาจเข้าเหตุการณ์คุกคามทางเพศ (Harassment)

- กรณีผู้ร้องอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่เท่าเทียมกัน เช่น พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหาเฉพาะผู้ร้องแต่ไม่แจ้งข้อหาคู่กรณีในการทะเลาะวิวาท (คำร้องที่ 74/2555) กรณีนี้แม้ว่าอาจมีลักษณะของการเปรียบเทียบการดำเนินการกับบุคคลสองคนแตกต่างกัน แต่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

- กรณี ผู้ร้องร้องเรียนว่าข้าราชการส่วนท้องถิ่นที่ได้รับเงินเดือน การขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ไม่เท่าเทียมและไม่เสมอภาคกับข้าราชการส่วนท้องถิ่นบางตำแหน่งและข้าราชการประเภทอื่น กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเป็นการเปรียบเทียบกันระหว่าง ข้าราชการท้องถิ่น ข้าราชการประเภทอื่น แม้จะมีความแตกต่างกันแต่ก็ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ เห็นว่ายังไม่มีการละเลยหรือละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด (คำร้องที่ 459/2556, รายงานผลพิจารณาที่ 433/2557) ทั้งนี้อาจพิจารณาต่อไปว่า จัดอยู่ในการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายปกครองหรือไม่

- กรณีผู้ร้องอ้างว่า โรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงการจบหลักสูตรสำหรับนักเรียนที่ยังค้างค่าบำรุงการศึกษา (คำร้องที่ 229/2555) กรณีนี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างนักเรียนที่ผ่านเกณฑ์มีสิทธิจบการศึกษา ด้วยเหตุที่บางคนยังค้างค่าบำรุง อย่างไรก็ตาม เหตุ “ค้างชำระค่าบำรุง” ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาได้ว่า นักเรียนที่มีสิทธิจบการศึกษาที่จ่ายค่าบำรุงครบ กับ นักเรียนที่มีสิทธิจบการศึกษาที่จ่ายค่าบำรุงไม่ครบ เป็นบุคคลสองกลุ่มที่แตกต่างกัน จึงอาจได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงว่า การไม่ออกเอกสารจบหลักสูตรให้กับนักเรียนบางคนมีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ไม่ออกเอกสารให้กับนักเรียนบางศาสนา เช่นนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้

- กรณีที่ผู้ร้องอ้างว่า นักเรียนที่เรียกร้องสิทธิกลับเข้าศึกษาต่อโรงเรียนเดิมจำนวน 36 คน ถูกเลือกปฏิบัติ เช่น หนังสือเรียนที่ได้รับและกระบวนการเรียนการสอนก็แตกต่างจากนักเรียนอื่นๆ (คำร้องที่ 282/2555) กรณีนี้แม้ปรากฏว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่หากข้อเท็จจริงแสดงว่าสาเหตุเกิดจาก “การเรียกร้องสิทธิของนักเรียน” ก็จะได้เห็นได้ว่า มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ซึ่งหากเป็นโรงเรียนของรัฐอาจต้องพิจารณาในกรอบกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง เป็นต้น

- กรณีผู้ร้องร้องว่าถูกทางโรงเรียนเรียกเก็บเงินค่าเทอม คนละ 27,000 บาท หากไม่จ่ายทางโรงเรียนให้ลาออก หรือจะคัดชื่อออกจากโรงเรียน ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าไม่เป็นไปตามกฎหมายที่มีสิทธิเรียนฟรี 12 ปี คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า กรณีนี้เป็นโรงเรียนทางเลือกที่มีการสอนตามหลักสูตรบูรณาการ แตกต่างจากโรงเรียนที่สังกัดภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน และมี

สิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จึงไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชน (รายงานผลการพิจารณาที่ 1079/2558) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมพิเศษมิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาได้ว่า โรงเรียนดังกล่าวเรียกเก็บค่าธรรมเนียนั้นกับนักเรียนทุกคนจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่มีประเด็นน่าพิจารณาว่าหากนำหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาพิจารณาถึงผลกระทบ (Effect) แล้วจะมีนักเรียนบางคนที่อยู่ในกลุ่มเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไม่สามารถเข้าเรียนได้หรือไม่ อย่างไรก็ตามเมื่อเปรียบเทียบกับโรงเรียนอื่นจะเห็นได้ว่า โรงเรียนในกรณีนี้มีลักษณะแตกต่างจากโรงเรียนอื่นที่ไม่เก็บค่าธรรมเนียน

- กรณีผู้ร้องได้ร้องเรียนว่าบุตรชายของผู้ร้องถูกสั่งพักการเรียนด้วยเหตุไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมต่อบุตรผู้ร้อง กรณีเหตุแห่งการพักการเรียนเกี่ยวข้องกับ “พฤติกรรม” ของนักเรียน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า **เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก** (รายงานผลการตรวจสอบที่ 865/2555) กรณีนี้มีข้อน่าสังเกตว่า การปฏิบัติที่พิพาทนั้นหากพิจารณาในบริบทของการเปรียบเทียบระหว่างการปฏิบัติต่อดังกล่าวกับการปฏิบัติต่อดังกล่าวนักเรียนคนอื่น แล้วจะเห็นได้ว่า มิได้มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่เด็กซึ่งถูกพักการเรียนนั้นเป็น “เด็ก” แต่เหตุที่เด็กผู้นั้นถูกปฏิบัติแตกต่างสืบเนื่องจาก “พฤติกรรม” ซึ่งเหตุนี้มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตามกรณีนี้เป็นกรณีการเลือกปฏิบัติในกรอบของกฎหมายเฉพาะ คือ **พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 22**

- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าการที่สำนักงาน ก.พ. ได้อนุมัติในหลักการว่า การกำหนดตำแหน่งที่มีผลทำให้ค่าใช้จ่ายด้านบุคคลของส่วนราชการเพิ่มขึ้น ให้ส่วนราชการนำตำแหน่งว่างที่มีเงินมาอุปถัมภ์ และต่อมา สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขได้มีหนังสือขอยกเว้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวในตำแหน่งสายงานแพทย์และทันตแพทย์ โดยขอให้การกำหนดตำแหน่งสูงขึ้นของทั้งสองตำแหน่งนี้เป็นระดับเชี่ยวชาญโดยไม่ต้องนำตำแหน่งว่างมาอุปถัมภ์ ซึ่งสำนักงาน ก.พ.อนุมัติ ทำให้ตำแหน่งสายงานแพทย์ไม่ต้องนำตำแหน่งว่างมาอุปถัมภ์ **เป็นกรณีที่สำนักงาน ก.พ. ปฏิบัติต่อบุคลากรตำแหน่งสายงานอื่นที่ทำหน้าที่ให้บริการสาธารณสุขโดยไม่เป็นธรรม** โดยเฉพาะระหว่างบุคลากรที่มีสถานะเป็นแพทย์ กับ บุคลากรที่มีสถานะอื่น คือ ทันตแพทย์ เภสัชกร พยาบาลวิชาชีพ นักรังสีการแพทย์ ฯลฯ นอกจากนี้ การที่สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขได้มีหนังสือขอให้ส่วนราชการในสังกัดระงับการใช้ตำแหน่งว่าง เพื่อนำตำแหน่งว่างดังกล่าวมาใช้บรรจุแต่งตั้งนักเรียนทุนของรัฐบาลในสายงานแพทย์ และทันตแพทย์ **ก็เป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคลากรตำแหน่งสายงานอื่นที่ทำหน้าที่ให้บริการสาธารณสุข** (รายงานผลการพิจารณาที่ 1/2555) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า กฎระเบียบของภาครัฐปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุ “ตำแหน่งงาน” ซึ่งประเด็นว่า เหตุดังกล่าวสามารถจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่ ทั้งนี้ในแง่หนึ่งอาจตีความว่าจัดอยู่ในความหมายของ “สถานะ” ของบุคคล แต่ ในอีกแง่หนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า “ตำแหน่งงาน” อาจเกี่ยวข้องกับ “อาชีพ” มากกว่า ซึ่งกฎหมายต่างประเทศบางประเทศ เช่น ออสเตรเลียกำหนดให้ “อาชีพ” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ในขณะที่อีกหลายประเทศ เช่น แคนาดา รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมาได้กำหนด “อาชีพ” ไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะ กรณีจากคำร้องดังกล่าวนี้จึงยังอาจอภิปรายกันต่อไป

- การที่บุคคลบางกลุ่มเสียสิทธิบางอย่าง เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง เพราะไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขสำหรับการได้สิทธินั้น หากหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขดังกล่าวไม่มีข้อเท็จจริงว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้วก็ไม่ใช่การเลือกปฏิบัติ เช่น กรณีผู้ร้องอ้างว่าถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าร่วมสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์เนื่องจากขาดเอกสารประกอบการสอบ เช่น ส่งรูปถ่ายไม่ครบตามจำนวนที่กำหนดในประกาศสอบ จะเห็นได้ว่า เมื่อผู้ร้องมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขดังกล่าว การที่ผู้ร้องถูกตัดสิทธิเข้าสอบจึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คำร้องที่ 625/2553 และ 631-635/2553, รายงานผลการพิจารณาที่ 357-362/2558)

- กรณีผู้ร้องอ้างมีการละเมิดสิทธิ แต่ไม่ได้รับความเป็นธรรมในการเรียกร้องสิทธิตามกระบวนการยุติธรรม เช่น กรณีผู้ร้องอ้างว่า เด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียน ผู้อำนวยการโรงเรียนได้ทราบเรื่องที่เกิดขึ้น แต่กลับไม่ดำเนินการแก้ไขปัญห ผู้ร้องและผู้ปกครองได้เข้าร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนแต่คดีไม่คืบหน้าจึงขอให้ตรวจสอบ (คำร้องที่ 131/2557) กรณีเช่นนี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า การไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือการปฏิบัติที่แตกต่างกันในการดำเนินกระบวนการดังกล่าวเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีขอบด้วยกฎหมาย ก็อาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าการเรียกร้องสิทธิในกระบวนการตามกฎหมายมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น สืบเนื่องจากการที่ผู้ร้องเกี่ยวข้องกับเหตุด้านเชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ อาจเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้ หรือหากการเรียกร้องตามกระบวนการนั้นได้รับการปฏิเสธ ตัวอย่างเช่น กรณีผู้ร้องอ้างว่าตนและบุตรที่เกิดในประเทศไทยมีบัตรประจำตัวบุคคลไม่มีสถานะทางทะเบียน ผู้ร้องต้องการให้บุตรมีสัญชาติไทยจึงร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรณีนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า “..หากพบว่าหน่วยงานปฏิเสธไม่ดำเนินการหรือกระบวนการพิจารณาล่าช้า หรือปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน นาย ว. สามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ดำเนินการตรวจสอบใหม่ได้..” (รายงานผลพิจารณาที่ 952/2558)

- กรณีผู้ร้องอ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการปฏิบัติของโรงเรียนของรัฐแห่งหนึ่ง และครูประจำชั้น กรณีนี้มีข้อเท็จจริงหลายประเด็น เช่น กรณีบุตรสาวถูกเพื่อนชายล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียน และแจ้งความดำเนินคดีแล้วแต่คดีความไม่คืบหน้า กรณีครูประจำชั้น กล่าวหาว่า นางสาวเอ “เป็นโรคขาดผู้ชายไม่ได้ ต้องนำไปบำบัด มีฮอโมนผิดปกติเพราะเป็นผู้พิการ” และ ถูกครูประจำชั้นทำร้ายร่างกายโดยใช้ไม้ชนไก่ตี และกระชากผม เป็นต้น (คำร้องที่ 476/2556) แม้ว่าในหลายประเด็นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติต้องยุติเรื่องเนื่องจาก ผู้ร้องได้ร้องทุกข์และฟ้องเป็นคดีต่อศาลแล้ว จึงเป็นกรณีที่อยู่นอกเหนืออำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (รายงานผลพิจารณาที่ 494/2557) แต่ในส่วนของการที่ครูประจำชั้นมีพฤติกรรมกล่าวข้อความและมีพฤติกรรมทางกายภาพต่อเด็กซึ่งเป็น “ผู้พิการ” อาจเข้าเหตุของการคุกคาม (Harassment) รวมทั้ง “Hate Speech” ได้ ซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน

4.4.9 การปฏิบัติที่ต่างกันอันไม่อยู่ในขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติ” กับอำนาจของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

สำหรับกรณีข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้างถึงการ “เลือกปฏิบัติ” นั้น แม้ว่าเมื่อนำหลักการพิจารณาตามแนวทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาวิเคราะห์แล้วพบว่าไม่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ เช่น ไม่เกี่ยวกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” หรือ ไม่ได้มีลักษณะของการปฏิบัติอันแตกต่างกันระหว่างบุคคลในสาระสำคัญที่เหมือนกัน กรณีเหล่านี้ จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นกรณี “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยบางกรณีเป็นเพียงการ “ปฏิบัติที่ต่างกัน” (Differentiation หรือ Distinction) หรือบางกรณีมีลักษณะเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม อันอาจเกี่ยวข้องกับบริบทกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีการปฏิบัติแตกต่างกันที่ไม่เกี่ยวข้องกับผู้เลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น มีประเด็นพิจารณาต่อไปว่า กรณีเหล่านั้นอยู่ในขอบเขตอำนาจของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือไม่ ในประเด็นนี้จะต้องพิจารณา พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ซึ่งมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ

- ความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” ซึ่งหมายความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือ ตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”¹⁴⁷

- อำนาจหน้าที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ครอบคลุมถึง “... (2) ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิด สิทธิมนุษยชนหรืออันไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ ประเทศไทยเป็นภาคี และเสนอมาตรการการแก้ไขที่เหมาะสมต่อบุคคลหรือหน่วยงานที่กระทำ หรือละเลยการกระทำดังกล่าวเพื่อดำเนินการ ในกรณีที่ปรากฏว่าไม่มีการดำเนินการตามที่เสนอ ให้รายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป”¹⁴⁸

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า กรณีข้อเท็จจริงที่มีการปฏิบัติแตกต่างกัน แต่ไม่เกี่ยวข้องกับผู้เลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ก็ยังอาจตกอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ เนื่องจากการกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติ นั้น อาจเข้าเหตุการล่วงละเมิด “สิทธิมนุษยชน” เรื่องอื่นๆ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งอาจจำแนกได้ 4 กรณีดังนี้

¹⁴⁷ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542, มาตรา 3

¹⁴⁸ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542, มาตรา 15

1. กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความ เป็นอยู่ส่วนตัว

กรณีตามคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ร้องอ้างว่า วัด พ.ได้จัดทำพิธีภักดิ์ โดยการนำร่างของผู้เสียชีวิตด้วยโรคเอดส์มาจัดแสดง พร้อมทั้งเขียนชื่อ-นามสกุล ประวัติ อาชีพ ของผู้ตาย ทั้งเป็นร่างที่ไม่สวมใส่เสื้อผ้า แม้จะมีการลงชื่อยินยอมของผู้ตายและผู้ร้องกังวลว่าอาจจะยินยอมโดยไม่มี ความอิสระ เนื่องจากอยู่ในสถานที่ดูแลของวัดเลยจำต้องยินยอม ทั้งนี้ผู้ร้องเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิ มนุษยชนทั้งต่อผู้เสียชีวิตเองและญาติของผู้เสียชีวิตด้วยจึงให้ตรวจสอบ คณะกรรมการอนุกรรมการ ตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ และความเสมอภาคของบุคคล ตรวจสอบแล้ว เห็นว่า การจัดแสดงดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิในเกียรติยศ และชื่อเสียงของผู้เสียชีวิต และบุคคลใน ครอบครัว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 35 ถือว่าเป็นการกระทำอันมิบังควร ต่อศพ ดูหมิ่นเหยียดหยามศพ (คำร้องที่ 484/2552)

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า กรณีนี้แม้ว่าจะเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับ “ผู้ป่วยโรคเอดส์” ซึ่งสามารถจัดอยู่ใน เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีประเด็นการเปรียบเทียบระหว่างบุคคลเหมือนกันที่ได้รับการ ปฏิบัติแตกต่างกัน เนื่องจากกรณีนี้มิได้มีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อผู้ป่วยโรคเอดส์ในลักษณะที่แตกต่างจาก บุคคลทั่วไป จึงไม่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งสุขภาพ จึงต้องพิจารณาว่าเป็นการละเมิดสิทธิ มนุษยชนอื่นๆ เช่น สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล หรือไม่ สำหรับกรณีของการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลนั้น หาก พิจารณาตามร่างพระราชบัญญัติข้อมูลส่วนบุคคล¹⁴⁹ จะเห็นได้ว่า มีการยกเว้น “ข้อมูลของผู้ซึ่งถึงแก่กรรม แล้ว” จากนิยามความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลด้วย จึงต้องพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นๆ เช่น กฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาทโดยเฉพาะการหมิ่นประมาทผู้ตายว่าเข้าองค์ประกอบหรือไม่¹⁵⁰

กรณีตามคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (คำร้องที่ 45/2555) ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า บริษัท เอกชนแห่งหนึ่ง ได้สั่งให้พนักงานซึ่งมีเครื่องตรวจสแกน ทำการตรวจค้นร่างกายพนักงานหญิง เนื่องจากมีเหตุสงสัยว่าทรัพย์สินของบริษัทสูญหาย โดยตรวจค้นเป็นรายบุคคลในห้องน้ำ พนักงานถูก บังคับให้ถอดเสื้อผ้าออกทั้งหมด และทำการตรวจค้นโดยละเอียด กรณีนี้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกร้องชดใช้ ค่าเสียหายและผู้ร้องได้ขอยุติเรื่อง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงเห็นควรยุติเรื่อง (รายงานผลการ พิจารณาที่ 196/2556) กรณีนี้ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาว่า

ประการแรก แม้ว่าจะเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับ “พนักงานหญิง” ซึ่งสามารถจัดอยู่ในเหตุแห่งการ เลือกปฏิบัติ แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อพนักงานหญิงแตกต่างออกไปด้วยเหตุแห่งเพศ ดังนั้น กฎเกณฑ์หรือการปฏิบัติในลักษณะนี้จึงเป็นการปฏิบัติต่อพนักงานทุกคนเหมือนกันจึงไม่ใช่การเลือก

¹⁴⁹ ร่างที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา 2558

¹⁵⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327 ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สามและการใส่ความนั้น น่าจะเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้อง ระวางโทษดังบัญญัติไว้ใน มาตรา 326 นั้น

ปฏิบัติ โดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติโดยตรง นอกจากนี้ หากเป็นการปฏิบัติต่อพนักงานทุกคนในลักษณะเช่นเดียวกัน กล่าวคือ รูปแบบและลักษณะการค้นเป็นเช่นเดียวกันทั้งลูกจ้างชายและหญิง โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของพนักงานบางคนที่เป็นเพศหญิง ทำให้ได้รับความอับอาย ก็อาจเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมได้

ประการที่สอง หากมีปฏิบัติเฉพาะต่อพนักงานหญิง กล่าวคือ หากมีข้อเท็จจริงว่ามีพนักงานชายที่ทำงานเช่นเดียวกันอยู่ด้วยแต่ไม่ถูกตรวจค้นก็อาจเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างได้ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 อาจเป็น “วิธีปฏิบัติ” ขององค์กรเอกชน ที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติ แต่ทั้งนี้ก็ต้องนำไปพิจารณาการรักษาความปลอดภัยในทรัพย์สินมาประกอบว่ามีความ “ชอบธรรม” หรือไม่

ประการที่สาม การค้นตัวพนักงานดังกล่าว อาจเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในมิติอื่นนอกจากการเลือกปฏิบัติได้ โดยเฉพาะสิทธิส่วนบุคคลและสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งก็ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักเหตุผลความจำเป็นและสัดส่วนของการปฏิบัติดังกล่าวประกอบด้วย

กรณีภาคเอกชนทำการค้นตัวผู้เข้าชมคอมพิวเตอร์ซึ่งมีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ขายตรวจค้นกระเป๋าสัมภาระ เจ้าหน้าที่ผู้หญิงตรวจค้นร่างกาย ซึ่งการตรวจค้นดังกล่าวมีการใช้มือสัมผัสบริเวณหน้าอก อวัยวะเพศ และต้นขา โดยไม่มีการแจ้งล่วงหน้าว่าจะตรวจอะไรบ้าง ผู้ร้องเห็นว่าเป็นลักษณะล่วงละเมิดทางเพศ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า การตรวจค้นกระทำเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เข้าชมคอมพิวเตอร์ให้ได้รับความปลอดภัยและไม่ให้กระทำผิดกฎหมาย **แต่วิธีการตรวจค้นโดยใช้มือสัมผัสร่างกาย อาจสุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน** (รายงานผลการพิจารณาที่ 952/2558) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การปฏิบัติที่พิพาทเกิดขึ้นในภาคเอกชน แต่เป็นการปฏิบัติต่อทุกคนเหมือนกันโดยไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้เข้าชมบางคน อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลในเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนประการหนึ่ง ทั้งนี้ข้อสังเกตว่า สิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy) นั้นมีความหมายหลายนัย ทั้งในแง่สิทธิส่วนบุคคลในแง่เนื้อตัวร่างกาย สิทธิส่วนบุคคลในข้อมูล¹⁵¹ นอกจากนี้ยังมีกรณีคำร้องเกี่ยวกับการนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ร้องมาแถลงข่าวต่อสื่อมวลชน (คำร้อง 362/2556, รายงานผลการพิจารณาที่ 506/2557) กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่เกี่ยวข้องกับการกระทบสิทธิมนุษยชนประการอื่น โดยเฉพาะสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

¹⁵¹ ฌานีป ทองรวีวงศ์, เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายสิทธิส่วนบุคคลและข้อมูลส่วนบุคคล (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น, 2557), หน้า 17-26.

2. กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดเสรีภาพในทางศาสนา

กรณีปัญหาลักษณะนี้มีตัวอย่างเช่นระเบียบในสถานที่ทำงานหรือสถานศึกษาเกี่ยวกับการแต่งกายตามศาสนา เช่น ศาสนาอิสลาม ซึ่งอาจจำแนกพิจารณาได้สองมิติคือ

ในมิติแรก หากกฎระเบียบที่พิพาทไม่เปิดโอกาสให้บุคคลแต่งกายตามความเชื่อศาสนาได้ โดยกฎระเบียบดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับลูกจ้างหรือนักเรียนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน เช่นนี้ หากพิจารณาตามหลักของการเลือกปฏิบัติโดยตรงแล้วจะเห็นได้ว่า กฎระเบียบหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมแล้วอาจพิจารณาได้ว่า แม้กฎระเบียบใช้กับบุคคลทุกคนแต่ส่งผลกระทบต่อบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้วก็อาจจัดเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้ แต่แม้ว่าจะพิจารณาในกรอบการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ก็ยังมีข้อจำกัดเนื่องจากต้องมีการนำปัจจัยอื่นมาพิจารณา หากเปรียบเทียบกับกรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเห็นว่า กฎเกณฑ์เพื่อความปลอดภัยของแคนาดาที่ใช้บังคับแก่ลูกจ้างทุกคนส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติในทางพฤตินัย (Discrimination De Facto) ต่อผู้นับถือศาสนา Sikh แต่เห็นว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควรและมุ่งต่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายตามเงื่อนไขของมาตรา 18¹⁵² ซึ่งในกรณีของไทยก็เคยมีกรณีผู้ถูกร้องอ้างเหตุปัจจัยอื่น เช่น อ้างว่า “การใช้ผ้าคลุมฮิญาบที่มีลักษณะยาว จะเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ในหอผู้ป่วยใน” (รายงานผลการพิจารณาที่ 191/2556) ซึ่งในกรณีเช่นนี้ก็ต้องพิจารณาเหตุผลของการประกอบอาชีพเป็นกรณีไป

ในมิติที่สอง กฎระเบียบที่ส่งผลจำกัดการแต่งกายตามความเชื่อนั้น แม้จะใช้บังคับกับบุคคลทุกคนและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติก็ตาม แต่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งศาสนา ที่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อย่างไรก็ตามเสรีภาพนี้อาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติทางกฎหมาย ตามความจำเป็น เพื่อรักษาความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรมของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของบุคคลอื่น ซึ่งต้องมาพิจารณาว่า การแสดงออกทางศาสนาโดยการแต่งกายนั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยอย่างไร และกฎระเบียบเกี่ยวกับการแต่งกายที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา ดังกล่าวนั้น เป็นกรณีจำเป็น ได้สัดส่วน หรือไม่

ตัวอย่างเช่น คำร้อง 344/2553 ซึ่งเป็นกรณีกฎระเบียบของโรงเรียนเกี่ยวกับการแต่งกาย ซึ่งผู้ร้องอ้างว่ากระทบเสรีภาพและเลือกปฏิบัติ กรณีนี้กฎระเบียบของโรงเรียนที่พิพาทใช้บังคับกับนักเรียนทุกคน จึงไม่อยู่ในขอบเขตความหมายของการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่อาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมและเป็นการกระทบเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา อย่างไรก็ตามในกรณีกฎระเบียบการแต่งกายของโรงเรียนนั้น ได้มีระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551 ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการแต่งกายตามหลักศาสนาได้ ปัญหาดังกล่าวจึงได้รับการแก้ไขในระดับหนึ่ง แต่กรณีนี้ก็ตาม ยังอาจเกิดกรณีปัญหา เช่น บางโรงเรียนออกระเบียบขัดกับระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการดังกล่าว

¹⁵² Singh Bhinder v. Canada, Communication No. 208/1986

(คำร้องที่ 344/2553, รายงานผลการพิจารณาที่ 457/2556) นอกจากนี้ ในกรณีระเบียบการแต่งกายเพื่อเข้ารับพระราชทานปริญญาบัตร ซึ่งผู้ร้องอ้างว่ากระทบเสรีภาพและเลือกปฏิบัตินั้น (คำร้องที่ 567/2553, รายงานผลการพิจารณาที่ 298/2554) กฎระเบียบเช่นนี้หากหากใช้บังคับกับทุกคน โดยหลักแล้วก็ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่อาจเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมและเป็นการกระทบเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา อย่างไรก็ตาม หากมีการกำหนดระเบียบว่า สามารถแต่งกายตามหลักศาสนาได้โดยมีเงื่อนไขว่าต้องยื่นคำร้องขออนุญาตก่อน ดังนั้นก็ยังไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาเพราะยังเปิดช่องให้สามารถใช้เสรีภาพการแสดงออกได้

3. กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางการศึกษา

คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหลายกรณี มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อนักเรียน นักศึกษา ที่แตกต่างกัน อันเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพในการศึกษา ซึ่งการปฏิบัติที่แตกต่างเหล่านั้น บางกรณีก็ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น กรณีผู้ร้องได้ร้องเรียนว่าบุตรชายของผู้ร้องถูกสั่งพักการเรียนด้วยเหตุไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมต่อบุตรผู้ร้อง กรณีเหตุแห่งการพักการเรียนเกี่ยวข้องกับ “พฤติกรรม” ของนักเรียน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า **เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก** (รายงานผลการตรวจสอบที่ 865/2555) กรณีที่ผู้ร้องอ้างว่า **นักเรียนที่เรียกร้องสิทธิกลับเข้าศึกษาต่อโรงเรียนเดิมจำนวน 36 คน ถูกเลือกปฏิบัติ** เช่น หนังสือเรียนที่ได้รับและกระบวนการเรียนการสอนก็แตกต่างจากนักเรียนอื่นๆ (คำร้องที่ 282/2555) กรณีผู้ร้องอ้างว่าโรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงการจบหลักสูตรสำหรับ **นักเรียนที่ยังค้างค่าบำรุงการศึกษา** (คำร้องที่ 229/2555) กรณีกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับ **หลักเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนเข้าศึกษาต่อ** (คำร้อง 573/2555 และ 33/2556) กรณีเหล่านี้หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ อาจจัดเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้ แต่หากไม่เกี่ยวข้องก็จะต้องพิจารณาว่ากระทบสิทธิมนุษยชนในด้านอื่น โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพในการศึกษาที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้หรือไม่

สำหรับกรณีที่มีการร้องเรียนว่าบุคลากรทางการศึกษา เช่น ครู อาจารย์ มีพฤติกรรมกระทบต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของนักเรียน เช่น คำร้องที่ 544/2554 กรณีเช่นนี้ ในมิติของสิทธิมนุษยชนนั้น อาจมีความเกี่ยวข้องในหลายกรณี เช่น หากปรากฏว่าพฤติกรรมดังกล่าวเกี่ยวเนื่องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ อาจเข้าข่ายการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะกรณีการคุกคาม (Harassment) รวมทั้งอาจเกี่ยวข้องกับ “สิทธิเด็ก” ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนอีกประการหนึ่ง นอกจากนี้ยังอาจเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนอื่นนอกจากในมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น สิทธิส่วนบุคคล สิทธิในเนื้อตัวร่างกาย โดยอาจจัดอยู่ในกรณีที่ 1 ดังกล่าวข้างต้น

4. กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม

จากการศึกษาคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่า กรณีที่มีการร้องเรียนหลายกรณี เกี่ยวข้องกับการที่ ผู้ร้องอ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการเรียกร้องเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือไม่ได้รับความเป็นธรรมในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการยุติธรรม เช่น

- กรณีผู้ร้องอ้างว่า เด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศในโรงเรียน ผู้อำนวยการโรงเรียนได้ทราบเรื่องที่เกิดขึ้น แต่กลับไม่ดำเนินการแก้ไขปัญห ผู้ร้องและผู้ปกครองได้เข้าร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนแต่คดีไม่คืบหน้าจึงขอให้ตรวจสอบ (คำร้องที่ 131/2557)

- กรณีผู้ร้องยื่นคำร้องขอรับเงินกรณีบุตรกลายเป็นผู้พิการต่อสำนักงานสาธารณสุขจังหวัด แต่ยังไม่มีการพิจารณาจึงร้องเรียนให้ตรวจสอบ (คำร้องที่ 592/2556)

- กรณีการเปรียบเทียบการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมว่ามีความแตกต่างกันสำหรับกรณีข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน เช่น ผู้ร้องอ้างว่ามีการแจ้งข้อหาผู้ร้องแต่ไม่แจ้งข้อหาคู่กรณีในเหตุการณ์เดียวกัน (คำร้องที่ 74/2555)

- กรณีการอ้างว่าได้รับความไม่เป็นธรรมในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม เช่น ร้องว่า “เจ้าหน้าที่ได้กระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีปลอมแปลงลายมือชื่อในบันทึกตรวจยึดในชั้นจับกุม และไม่บันทึกรายการทรัพย์สินที่ตรวจยึดไว้เป็นเหตุให้ทรัพย์สินสูญหาย” (คำร้องที่ 261/2555)

กรณีเช่นนี้อาจพิจารณาได้ในหลายมิติ กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า การไม่ได้รับความเป็นธรรม การไม่ได้รับการเยียวยาในการดำเนินกระบวนการดังกล่าว เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีขอบด้วยกฎหมาย ก็อาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม ในมิติของสิทธิมนุษยชนนั้น อาจจำแนกได้สองกรณี คือ

กรณีแรก กรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ หากปรากฏว่าการเรียกร้องสิทธิในกระบวนการตามกฎหมายมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น สืบเนื่องจากการที่ผู้ร้องเกี่ยวข้องกับเหตุด้านเชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ อาจเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้

กรณีที่สอง แม้ว่าจะไม่เกี่ยวข้องกับผู้เลือกปฏิบัติดังกล่าว หากปรากฏว่าการเรียกร้องตามกระบวนการนั้นได้รับการปฏิเสธ ลำช้า ไม่เป็นไปตามกฎหมาย อาจเกี่ยวข้องกับการละเมิด สิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญอันอยู่ในขอบเขตอำนาจตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตัวอย่างเช่น กรณีผู้ร้องอ้างว่าตนและบุตรที่เกิดในประเทศไทยมีบัตรประจำตัวบุคคลไม่มีสถานะทางทะเบียน ผู้ร้องต้องการให้บุตรมีสัญชาติไทยจึงร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรณีนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า “..หากพบว่าหน่วยงานปฏิเสธไม่ดำเนินการหรือกระบวนการพิจารณาลำช้า หรือปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน นาย ว. สามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิ

มนุษยชนแห่งชาติดำเนินการตรวจสอบใหม่ได้..” (รายงานผลพิจารณาที่ 952/2558) โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจตรวจสอบว่ากระบวนการที่กล่าวอ้างในคำร้องนั้นมีการละเมิดสิทธิในกระบวนการยุติธรรมหรือไม่ มีการดำเนินการตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดแล้วหรือไม่ (รายงานผลพิจารณาที่ 375/2557)

จากการจำแนกทั้ง 4 กรณีข้างต้น อาจสรุปได้ว่า กรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าเกิด “การเลือกปฏิบัติ” แต่เมื่อพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วเป็นกรณีการปฏิบัติในลักษณะเป็นกลาง (Neutral) ที่มีผลกับทุกคน หรือเป็นกรณีการปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่ก็ยังอาจอยู่ในขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ เพราะอาจเป็นการกระทบ “สิทธิมนุษยชน” ในแง่อื่นๆ ของผู้ร้อง “ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือ ตามกฎหมายไทย หรือ ตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่ จะต้องปฏิบัติตาม” เช่น การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา สิทธิเสรีภาพทางการศึกษา ศักดิ์ศรีของมนุษย์ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในการสื่อสาร สิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น

สรุปการวิเคราะห์

จากการวิเคราะห์ขอบเขตของการเลือกปฏิบัติในหัวข้อนี้ อาจสรุปได้ว่า จากการศึกษาคดีปกครองที่ศาลตัดสินประเด็นการเลือกปฏิบัตินั้น ในหลายคดีศาล พิจารณาคำสั่งทางปกครองที่พิพาทซึ่งถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติประกอบประเด็นอื่นๆ โดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบซึ่งอาจครอบคลุมเหตุต่างๆ นอกเหนือจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยทั่วไป นอกจากนี้ในหลายคดีจะเห็นได้ว่า ศาลตัดสินว่ามีการเลือกปฏิบัติแม้การปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าวเกิดจากเหตุซึ่งมิได้จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังเช่นเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผลสำคัญคือ คดีดังกล่าวเป็นคดีปกครองซึ่งศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ซึ่งกำหนดอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอัน “มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม..หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”¹⁵³ โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ก็มีได้กำหนดนิยามความหมายหรือขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ไว้แต่อย่างใด ทำให้ศาลสามารถพิจารณาโดยนำปัจจัยต่างๆ มาประกอบได้อย่างกว้างขวาง นอกจากนี้ศาลปกครองยังได้วินิจฉัยโดยอาศัยหลักกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะที่มีหลักว่า หน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่จัดทำกิจการบริการสาธารณะต้องจัดทำบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก ...และไม่

¹⁵³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 กำหนดว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือ การกระทำการอื่นใดเนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน...หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม..หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อประชาชนผู้ขอใช้บริการ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 162/2552) จึงอาจกล่าวได้ว่า “การเลือกปฏิบัติ” ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองมีขอบเขตกว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เนื่องจากอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและหลักกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยศาลปกครองนำปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่ต่างต่างนั้นมาประกอบการพิจารณาว่าการปฏิบัติดังกล่าวนั้นมีเหตุผลสมควรหรือไม่

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในกรอบอย่างกว้างนี้มีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะในการพิจารณาคดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยต้องเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองเท่านั้น ดังนั้น การเลือกปฏิบัติที่อยู่นอกเหนืออำนาจศาลปกครอง เช่น การจับกุมสอบสวน และดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มิใช่เป็นการกระทำทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 236/2545) หรือกรณีการปฏิบัติที่ต่างกันในมิติการกระทำระหว่างเอกชนด้วยกัน ก็ไม่อยู่ภายใต้กรอบการพิจารณา “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามแนวของศาลปกครองนี้

หากเปรียบเทียบกับกรเลือกปฏิบัติ และ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศจะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัตินั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination) เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ แต่ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายปกครองของไทยนั้น มีความหมายกว้างกว่า จึงอาจกล่าวได้ว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทคดีปกครองนี้ มีขอบเขตและความหมายแตกต่างออกไปจาก “การเลือกปฏิบัติ” ตามความตกลงระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการเลือกปฏิบัติตาม มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี นั้นเป็นการพิจารณาภายใต้แนวคิดของคดีปกครอง แต่การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นการพิจารณาภายใต้แนวคิดสิทธิมนุษยชน

สำหรับในบริบทของรัฐธรรมนูญนั้น พบว่าหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทย สะท้อนถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่ในการกล่าวอ้างนั้นมีหลายกรณีที่ประเด็นพิพาทมิได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ โดยผู้ร้องมักจะเปรียบเทียบสิ่งที่ตนคิดว่า “เหมือนกัน” แต่ได้รับการปฏิบัติที่ต่างต่าง และอ้างว่าการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ผู้ร้องเห็นว่าตนเองไม่ได้รับความเป็นธรรมในภาพรวมแต่ก็กล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามโดยรวมแล้วศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการกล่าวอ้างที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ แต่ในหลายคดีมิได้ให้เหตุผลโดยเจาะจงลงไปว่ากรณีเหล่านั้นไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่า แม้หลักความเท่าเทียมกันและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทย จะสะท้อนถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่การคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ก็มีขอบเขตจำกัดคือ สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเฉพาะกรณีภาคเอกชนอ้างยันต่อรัฐ เช่น อ้างว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อหลักห้ามเลือกปฏิบัติ ดังนั้น การปฏิบัติที่

แตกต่างกันในมิติการกระทำระหว่างเอกชนด้วยกัน ก็ไม่สามารถยกขึ้นเป็นคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตาม จากหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญส่งผลให้ภาครัฐมีหน้าที่ต้องตรากฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆที่ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมอยู่

สำหรับกรณีคำร้องและการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ามีการ “เลือกปฏิบัติ” เกิดขึ้น ซึ่งมักเป็นกรณีการนำข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกันว่ามี การปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่า ในหลายกรณีตามคำร้องนั้น การปฏิบัติแตกต่างกันดังกล่าว **ไม่มีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”** ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรืออาจพิจารณาว่าเป็นการอ้างเหตุที่ **กว้างกว่า**กฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการปฏิบัติแตกต่างดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ เพราะอาจเป็น **การกระทบ “สิทธิมนุษยชน”** ในแง่อื่นๆ ของผู้ร้อง ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือ ตามกฎหมายไทย หรือ ตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม เช่น การปฏิบัติที่ต่างกันอันกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา การปฏิบัติที่กระทบต่อศักดิ์ศรีของมนุษย์ เสรีภาพในการสื่อสาร เป็นต้น

4.5 หลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน (Principle of Equality)

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติมีความสัมพันธ์กับหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน (Principle of Equality) โดยอาจพิจารณาได้ว่าการห้ามเลือกปฏิบัติเป็นหลักการย่อยอันเป็นวิถีทางที่จะนำไปสู่ความเท่าเทียมกัน อันปรากฏในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และรัฐธรรมนูญประเทศต่างๆ ในส่วนนี้จะได้ทำการศึกษาลักษณะความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน โดยเริ่มจากความหมายในเชิงแนวคิดทฤษฎี (หัวข้อ 4.5.1) จากนั้นจะศึกษาความหมายตามกฎหมายของประเทศต่างๆ (หัวข้อ 4.5.2) เพื่อการวิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างการกำหนดความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย (หัวข้อ 4.5.3) และนำไปสู่การวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยต่อไป (หัวข้อ 4.5.4)

4.5.1 แนวคิดทฤษฎีของหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน

โดยทั่วไปแล้ว ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันมีความเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) กล่าวคือ การปฏิบัติต่อบุคคลในลักษณะที่เคารพถึงศักดิ์ศรีดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้เมื่อมี

การตระหนักถึงคุณสมบัติร่วมกันของความเป็นมนุษย์ (Common Humanity) โดยปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีคุณค่าอยู่ในตัวเอง (Intrinsic Value)¹⁵⁴ ดังนั้น หากบุคคลคนหนึ่งไม่ได้รับการปฏิบัติที่เหมือนหรือเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่น การปฏิบัติดังกล่าวนั้นก็ไม่ได้สอดคล้องกับการเคารพศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ดังนั้น การเคารพศักดิ์ศรีของมนุษย์จึงหมายถึงการเคารพหรือยอมรับความแตกต่างของบุคคลซึ่งเกิดจากเหตุต่างๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ฯลฯ ทั้งนี้เนื่องจากไม่ว่าบุคคลคนหนึ่งจะมีเชื้อชาติ สีผิว เพศ ใดก็ตาม แต่ก็มีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันจึงจัดเป็นสิทธิมนุษยชนที่สำคัญประการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ในเชิงแนวคิดทฤษฎีนั้น หลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันนี้อาจพิจารณาได้หลายมุมมองโดยอาจจำแนกได้ดังต่อไปนี้

4.5.1.1 ความเสมอภาคอย่างเป็นสากล (Universal Equality)

หลักการพื้นฐานของความเสมอภาคคือการที่บุคคลแต่ละบุคคลได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยหรือเหตุแห่งความแตกต่างของบุคคลเหล่านั้น โดยนัยนี้จึงอาจเรียกว่าความเสมอภาคอย่างเป็นสากล หรือ คุณค่าพื้นฐานร่วมกันของความเป็นมนุษย์ที่ไม่อาจวัดได้ (Common and Immeasurable Human Worth) ดังนั้น จากแนวความคิดนี้ส่งผลให้เกิดหลักการ “ปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง” (Treating People in a Difference-Blind Fashion)¹⁵⁵ อันเป็นพื้นฐานที่นำไปสู่หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ความเสมอภาคอย่างเป็นสากลดังกล่าวนี้ ด้วยการห้ามปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุที่บุคคลเหล่านั้นมีสีผิว เชื้อชาติ ศาสนา ที่แตกต่างกัน¹⁵⁶

อย่างไรก็ตาม ความเสมอภาคอย่างเป็นสากลซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการ “ปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง” นี้ยังอาจไม่เพียงพอที่จะส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันได้ นักวิชาการหลายท่านชี้ให้เห็นว่า หลักความเสมอภาคดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงความไม่เสมอภาคเชิงระบบ (Systemic Inequality) ซึ่งเกิดขึ้นกับกลุ่มบุคคลบางกลุ่มที่ด้อยโอกาสกว่ากลุ่มอื่น หากใช้หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของบุคคลแต่ละกลุ่มแล้วจะส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นได้เช่นเดียวกัน¹⁵⁷ หากพิจารณาในกรอบของการเลือกปฏิบัติแล้วจะเห็นได้ว่า หลักความเท่าเทียมกันอย่างเป็น

¹⁵⁴ Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (New York: Knopf, 1993).

¹⁵⁵ Vinicio Busacchi, *The Recognition Principle : A Philosophical Perspective between Psychology , Sociology and Politics* (Cambridge Scholars Publishing, 2015), pp. 57-58.

¹⁵⁶ Timo Makkonen, “Is Multiculturalism Bad for the Fight against Multiculturalism?,” in *Rethinking Non-Discrimination and Minority Rights*, eds. Martin Scheinin & Reetta Toivanen (2004), pp. 155-158.

¹⁵⁷ Melissa S. Williams, “Memory, History and Membership: The Moral Claims of Marginalized Groups in Political Representation,” in *Do We Need Minority Rights? Conceptual Issues*, ed. J. Räikkä (The Hague, Martinus Nijhoff, 1996).

สากล สอดคล้องกับ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรง ซึ่งมุ่งเน้นการพิจารณาการเลือกปฏิบัติจากกรณีการปฏิบัติแตกต่างกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน

4.5.1.2 ความเสมอภาคเชิงระบบหรือโครงสร้าง (Systemic Equality)

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ความเสมอภาคอย่างเป็นสากลนั้นอยู่บนพื้นฐานของการปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบหรือเสียโอกาส ดังนั้น การปฏิบัติเหมือนกันซึ่งนำไปสู่ความเท่าเทียมกันอย่างเป็นสากลจึงส่งผลกระทบให้เกิด “ความไม่เสมอภาคเชิงโครงสร้างหรือเชิงระบบ” (Structural or Systemic Inequality) ซึ่งหมายถึงสภาพซึ่งบุคคลกลุ่มหนึ่งต้องตกอยู่ในสถานะที่ไม่เท่าเทียมกันกับบุคคลกลุ่มอื่น ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างบุคคลสองกลุ่มนี้อาจพิจารณาได้จากความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันในบทบาท หน้าที่ การตัดสินใจ สิทธิ และโอกาส¹⁵⁸ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ความไม่เสมอภาคเชิงโครงสร้าง มีรากฐานมาจากแนวปฏิบัติปกติหรือประจำของสถาบันทางสังคมต่างๆ โดยอาจจำแนกได้หลายประเภท เช่น การจำแนกบุคคลตามถิ่นที่อยู่ การเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานและการศึกษา เป็นต้น¹⁵⁹ ทั้งนี้เนื่องจาก ตามลักษณะทั่วไปทางสังคมนั้น จะมีการจำแนกบุคคลตามบทบาท ในการจำแนกดังกล่าวส่งผลให้มีบางบทบาทเป็นที่ต้องการมากกว่าบทบาทอื่น¹⁶⁰ สภาพและลักษณะทางสังคมดังกล่าวส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันได้

จากข้อจำกัดของแนวคิดความเสมอภาคอย่างเป็นสากลดังกล่าว นำไปสู่แนวคิดความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบหรือเชิงโครงสร้าง ซึ่งเน้นว่าความไม่เท่าเทียมกันเกิดจากการปฏิบัติซ้ำๆ กันต่อกลุ่มทางสังคมบางกลุ่มที่แตกต่างกัน แม้ว่าจะเกิดขึ้นโดยปราศจากรูปแบบของการเลือกปฏิบัติที่ชัดเจนหรือโดยเจตนาก็ตาม แต่ในท้ายที่สุดได้ส่งผลทำให้เกิดรูปแบบความไม่เสมอภาคสำหรับกลุ่มบุคคลนั้นๆ (Group-Patterned Inequalities) หรืออาจเรียกว่าเกิดสภาวะที่บุคคลกลุ่มครอบงำ (Dominant Group) กีดกันบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งให้เป็นกลุ่มชายขอบ (Marginalized Group) ซึ่งความไม่เท่าเทียมที่บุคคลกลุ่มนี้ได้รับนั้น ครอบคลุมมิติต่างๆ ทางสังคม เช่น การศึกษา สถานะทางสังคม สุขภาพ คุณภาพชีวิต ความเป็นมารดา หรือการมีส่วนร่วมในทางการเมือง ยิ่งไปกว่านั้นความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบนี้ เมื่อเกิดขึ้นในมิติใดของสังคมแล้วจะสามารถส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในมิติอื่นของสังคมได้อีกรวมทั้งส่งผลต่อเนื่องจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่งด้วย¹⁶¹ นอกจากนี้ ในทางสังคมวิทยายังได้มีความพยายามในการจำแนกความไม่เท่าเทียมกัน (Inequality) ออกเป็นสองประเภทคือ อคติส่วนบุคคล (Individual Bias) ซึ่งหมายถึงความเชื่อในทางลบของ

¹⁵⁸ Anis A. Dani and Arjan de Haan, eds., *Inclusive States: Social Policy and Structural Inequalities* (Washington, D.C: World Bank, 2008), p. 3.

¹⁵⁹ Edward Cary Royce, *Poverty and Power: the Problem of Structural Inequality* (Lanham: Rowman & Littlefield, 2009), p. 217.

¹⁶⁰ Richard J. Arneson, “Equality of Opportunity,” *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2008

¹⁶¹ Melissa S. Williams, *Voice, Trust, and Memory : Marginalized groups and the Failings of liberal representation* (Princeton University Press, 1998), pp. 175-178.

บุคคลต่อบุคคลอื่น และ ความไม่เท่าเทียมเชิงระบบ (Systemic Inequality) ซึ่งพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นอย่างไม่เท่าเทียมกันอันเกิดจากสถาบันทางสังคม ผลดังกล่าวนี้ยังคงสามารถเกิดขึ้นได้แม้ปราศจากอคติส่วนบุคคลของบุคคล

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันมีความหมายหลายนัย โดยพื้นฐานทั่วไปแล้ว ความเสมอภาคหมายถึงการปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนกันโดยไม่คำนึงว่าบุคคลที่ถูกปฏิบัตินั้นจะมีความแตกต่างกันอย่างไร โดยนัยนี้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ อาจไม่ส่งผลให้เกิดความเท่าเทียมกัน ในทางตรงข้ามยังอาจส่งผลให้กลุ่มบุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบกลุ่มอื่น สำหรับความหมายของความเสมอภาคเชิงระบบหรือเชิงโครงสร้างนั้นมีได้มุ่งเน้นที่การปฏิบัติซึ่งต้องเหมือนกัน แต่มุ่งผลที่ทำให้บุคคลผู้มีความแตกต่างกันได้รับความเท่าเทียมกันในการดำรงชีวิตมิติต่างๆทางสังคม ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาว่า กฎเกณฑ์หรือมาตรการใดกระทบต่อหลักความเสมอภาคอย่างเป็นสากลหรือไม่ ก็จะเป็นการพิจารณาจากเนื้อหาของตัวกฎเกณฑ์นั้นๆว่าปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนหรือแตกต่างกัน หากมีหลักการที่ใช้กับทุกคน เช่นเดียวกันแล้วก็ไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันโดยนัยนี้ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) หรือไม่นั้น มิได้จำกัดเฉพาะการพิจารณาอย่างเจาะจงถึงมาตรการหรือกฎเกณฑ์อันใดอันหนึ่ง แต่จะพิจารณาเชิงโครงสร้างหรือเชิงระบบโดยนำปัจจัยหลายปัจจัยมาประกอบการพิจารณาด้วย

4.5.1.3 ความเสมอภาคเชิงรูปแบบ (Formal Equality)

แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ จะพิจารณาว่า บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้น จึงต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน หรือ เหมือนกัน บุคคลทุกคนจะสามารถเข้าถึงโอกาสต่างๆ ได้เช่นเดียวกัน หรือมีสิทธิที่เหมือนกัน ดังนั้น หากบุคคลใดได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน หรือไม่ได้รับสิทธิเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ก็ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน ตัวอย่างเช่น กรณีการปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศนั้น กฎหมาย นโยบาย หรือแนวปฏิบัติที่มีเนื้อหาสาระแตกต่างกันระหว่างเพศ กำหนดให้สิทธิบางอย่างเฉพาะกับเพศใดเพศหนึ่ง ก็ถือว่าขัดต่อหลักนี้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายหรือนโยบายจึงต้องมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) กล่าวคือวางหลักปฏิบัติที่เหมือนกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านต่างๆ ของบุคคล เช่น เพศ ศาสนา ความพิการ ฯลฯ หรืออาจเรียกได้ว่า บุคคลทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน (Single Standard) โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในประเด็นต่างๆ ของบุคคล ตัวอย่างเช่น การกำหนดให้ลูกจ้างชายเท่านั้นที่จะต้องทำงานกะกลางคืน กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์มีรูปแบบที่แตกต่างกันระหว่างเพศ จึงขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ ภายใต้หลักการนี้ กฎเกณฑ์จะต้องกำหนดให้ลูกจ้างทั้งหญิงและชายทำงานกะกลางคืน จึงเกิดความเท่าเทียมกัน

การกำหนดกฎเกณฑ์ให้เกิดความเป็นกลางหรือมาตรฐานเดียวกันสำหรับทุกคนโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง มีตัวอย่างอื่นๆ เช่น การกำหนดเวลาทำงาน เวลาพัก เหมือนกันสำหรับลูกจ้างทุกคนโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของลูกจ้างหญิงซึ่งต้องให้นมบุตร การกำหนดกฎเกณฑ์ในการทำงานให้ลูกจ้างต้องแต่งกายเหมือนกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านความเชื่อทางศาสนาที่ต้องมีการสวมใส่อุปกรณ์

บางอย่างตามความเชื่อของตน การกำหนดให้ประวัติอาชญากรรมเป็นคุณสมบัติต้องห้ามสำหรับการประกอบอาชีพโดยไม่คำนึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติเฉพาะของงานนั้นๆ เป็นต้น กรณีตัวอย่างดังกล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์ที่เป็นกลางหรือใช้บังคับกับทุกคน อาจส่งผลในทางปฏิบัติหรือในทางความเป็นจริงให้บุคคลบางกลุ่มที่เปราะบางและเสียเปรียบ ยังคงตกอยู่ในความเสียเปรียบต่อไป ทำให้ไม่เกิดผลแห่งความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในความเป็นจริง

4.5.1.4 ความเสมอภาคภายใต้การปกป้องคุ้มครอง (Protectionist Approach)

ดังที่กล่าวมาข้างต้น แม้ว่าความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ จะทำให้เกิดหลักการและการปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนเหมือนกันก็ตาม แต่มีประเด็นปัญหาว่า การไม่นำปัจจัยด้านความแตกต่างระหว่างบุคคลมาประกอบการพิจารณานั้น แม้ว่าโดยทั่วไปจะเห็นว่าทุกคนได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน ซึ่งสอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (Formal Equality) แต่ในทางปฏิบัติหรือโดยผลที่เกิดขึ้นแล้ว จะเกิดสภาพที่บุคคลบางคนหรือบางกลุ่มเสียเปรียบ หรือ ไม่สามารถเข้าถึงโอกาสประโยชน์บางอย่าง อันเนื่องมาจากความแตกต่างของบุคคลเหล่านั้น ภายใต้กฎเกณฑ์ที่มีหลักการเหมือนกันสำหรับทุกคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความแตกต่างด้านเพศ ตัวอย่างเช่น การกำหนดให้ลูกจ้างทั้งหญิงและชายทำงานกะกลางคืน สอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ แต่ในทางปฏิบัติหรือผลที่เกิดขึ้นจริง กฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลให้ลูกจ้างหญิงเกิดความเสียเปรียบ เนื่องจากเหตุผลความแตกต่างทางกายภาพ เช่น ความยากลำบากและความปลอดภัยสำหรับการเดินทางในเวลากลางคืน ดังนั้น จึงเกิดแนวคิดที่นำปัจจัยด้านความแตกต่างมาพิจารณาประกอบหลักความเสมอภาคเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มที่อยู่ในสภาพเสียเปรียบจากกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกันหรือมาตรฐานเดียวกันดังกล่าวข้างต้น ดังตัวอย่างข้างต้น หากพิจารณาภายใต้แนวคิดนี้ การกำหนดให้ลูกจ้างชายเท่านั้นที่จะทำงานกะกลางคืน สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค เนื่องจากนำเหตุผลความแตกต่างทางกายภาพ เช่น ความยากลำบากและความปลอดภัยสำหรับการเดินทางในเวลากลางคืน มาประกอบการกำหนดกฎเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติ แม้ว่าจะมีความแตกต่างเกิดขึ้นระหว่างลูกจ้างต่างเพศ แต่ความแตกต่างนั้นก็ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามแนวคิดนี้เนื่องจากเป็นไปด้วยเหตุผลเพื่อปกป้องคุ้มครองลูกจ้างหญิง แนวคิดดังกล่าวสะท้อนให้เห็นจากกฎหมายที่มีเนื้อหาปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มแตกต่างจากบุคคลอื่นเพื่อปกป้องบุคคลบางกลุ่มนั้น (Protective Legislation)

อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งพบว่า แนวคิดความเสมอภาคภายใต้การปกป้องคุ้มครองดังกล่าวซึ่งมักพบในกรณีเหตุแห่งเพศ (Protectionist Approach to Gender Difference) นั้นวางอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่าเพศหญิงมีความอ่อนแอและด้อยกว่าเพศชาย ดังสะท้อนให้เห็นจากกฎหมายและคำพิพากษาดังเช่นตัวอย่างต่อไปนี้

- รัฐธรรมนูญเนปาล จำกัดการได้สัญชาติตามหลักสายโลหิตเฉพาะสืบสายจากบิดา รวมทั้งการที่ชายต่างด้าวสมรสกับหญิงเนปาลก็มีข้อจำกัดในการได้สัญชาติเนปาลด้วย หลักของรัฐธรรมนูญนี้สืบเนื่องจากแนวคิดที่ว่าเพศหญิงไม่อาจมีความสามารถเกี่ยวกับสัญชาติที่อิสระจากสามี¹⁶²

- กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของอินเดียกำหนดให้เฉพาะผู้ชายที่จะต้องชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูแก่ภริยา แต่ไม่ได้กำหนดหน้าที่ดังกล่าวให้กับภริยา จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่าฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายที่ต้องพึ่งพิงฝ่ายชายในทางเศรษฐกิจ กฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลในคดี Thamsi Goundani V. Kanni Ammal ตัดสินว่ากฎหมายนี้ใช้กับผู้หญิงทุกคนในสถานการณ์เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ผู้หญิงที่ถูกสามีทอดทิ้ง จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ จะเห็นได้ว่าคำตัดสินอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคเชิงรูปแบบ นอกจากนี้จากเหตุผลของศาลที่กล่าวว่า “การปฏิบัติต่างกันต่อหญิงและชายเป็นเรื่องธรรมชาติ เนื่องจากผู้หญิงเป็นเพศอ่อนแอและต้องการการปฏิบัติเป็นพิเศษ” ยังสะท้อนถึงแนวคิดความเสมอภาคภายใต้การปกป้องคุ้มครอง¹⁶³

- ศาลปากีสถานตัดสินว่าการสมรสของหญิงโดยไม่ได้รับการอนุญาตจากบิดาหรือผู้ปกครองของฝ่ายหญิงเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตามในปี 2003 ศาลสูงสุดพิพากษากลับ จึงอาจพิจารณาได้ว่าศาลสูงสุดใช้แนวทางพิจารณาความเสมอภาคจากมาตรฐานเดียวกัน และแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมหรือความเสมอภาคในเชิงรูปแบบยังไม่สามารถแก้ไขความไม่เท่าเทียมเชิงระบบและโครงสร้างในสังคม อีกทั้งยังอยู่บนสมมุติฐานความแตกต่างทางเพศซึ่งมองผู้หญิงในสถานะที่ด้อยกว่า¹⁶⁴

ในบริบทของความแตกต่างทางเพศตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้น พบว่าในช่วงแรกฝ่ายสิทธิสตรีเรียกร้องให้มีการปฏิบัติต่อหญิงเท่าเทียมกับชายโดยเน้นการปฏิบัติที่เหมือนกัน อันสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคเชิงรูปแบบ แต่ในระยะต่อมา มีการเรียกร้องให้ปฏิบัติที่แตกต่างกันรวมทั้งเรียกร้องให้มีการกำหนดกฎหมายที่ปฏิบัติต่อผู้หญิงเป็นพิเศษด้วยเหตุผลเพื่อปกป้องคุ้มครองโดยเฉพาะในมิติการจ้างงาน เนื่องจากการปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงเหมือนกันกลับส่งผลให้เกิดการเอาเปรียบลูกจ้างหญิง ตัวอย่างเช่น ศาลสูงสุดตัดสินว่า¹⁶⁵ กฎหมายที่กำหนดเวลาทำงานของผู้หญิงในอุตสาหกรรมชกิ้งรีดนั้นใช้บังคับได้ โดยให้เหตุผลว่า ผู้หญิงมักจะพึ่งพาผู้ชายและสภาพทางกายภาพของผู้หญิงตลอดจนบทบาทความเป็นแม่ได้ทำให้เพศหญิงเสียเปรียบในการดิ้นรนเพื่อการมีชีวิต โดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวกับภาระความเป็นมารดา ดังนั้น การดำรงสภาพทางกายที่สมบูรณ์ของผู้หญิงจัดเป็นผลประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งที่รัฐควรปกป้องคุ้มครอง จะเห็นได้ว่าคดีนี้ศาลรับรองกฎหมายที่สะท้อนแนวคิดปกป้องคุ้มครอง อย่างไรก็ตามใน

¹⁶² Ratna Kapur, Challenging the Liberal Subject : Law and Gender Justice in South Asia, in **Gender Justice, Citizenship and Development**, eds. Maitrayee Mukhopadhyay and Navsharan Singh. (Zubaan an imprint of Kali for Women, 2007), pp.143-144.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Muller v. Oregon 208 U.S. 412 (1908) 421-422

บางคดี¹⁶⁶ ศาลตัดสินว่ากฎหมายในลักษณะปกป้องคุ้มครองเพศหญิง (กำหนดค่าจ้างขั้นต่ำสำหรับผู้หญิง โดยเฉพาะ) นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการทำสัญญาของผู้หญิง

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แนวคิดความเสมอภาคภายใต้การปกป้องคุ้มครอง แม้ว่าในแง่หนึ่งจะเป็นแนวทางสำหรับการแก้ไขปัญหาของการพิจารณาความเสมอภาคเชิงรูปแบบโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างกันระหว่างบุคคล แต่ในอีกแง่หนึ่งก็อาจพิจารณาได้ว่าอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่มองบุคคลบางกลุ่มในลักษณะด้อยกว่าบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง ลักษณะของแนวคิดเช่นนี้เกี่ยวข้องกับ “การสร้างภาพเหมารวม” (Stereotyping) ดังจะได้จำแนกพิจารณาต่อไป นอกจากนี้กฎหมายในลักษณะปกป้องคุ้มครองยังอาจกระทบเสรีภาพหรือสิทธิด้านอื่นของบุคคลที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองได้ ดังเช่นคดีในสหรัฐอเมริกา ดังกล่าวข้างต้น

4.5.1.5 ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมเชิงสาระ (Substantive Equality)

ตามแนวคิดความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ ส่งผลให้เกิดการปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนเหมือนกัน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง หรือที่เรียกว่าการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อกรณีที่เหมือนกัน (Equal Treatment of Equal Cases) ซึ่งแนวคิดนี้มีความสัมพันธ์กับ**การห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination)** อย่างไรก็ตาม การพิจารณาความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบนี้อาจทำให้เกิดปัญหาความไม่เท่าเทียมกันในผลที่เกิดขึ้นหรือในสภาพความเป็นจริง (De Facto Equality) เนื่องจากมีได้พิจารณาความแตกต่างในสาระสำคัญ (Material Difference) ระหว่างสองสิ่งที่น่าสนใจมาเปรียบเทียบกันนั้น ตัวอย่างเช่น การกำหนดกฎเกณฑ์นโยบาย หรือ มาตรฐาน ที่เป็นกลางหรือเป็นสากลเพื่อใช้กับบุคคลทุกคนเหมือนกัน (Universal Standard) อาจส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบและถูกกีดกันจากโอกาสต่างๆ ในสังคมได้ เช่น การกำหนดเกณฑ์รับสมัครงานเหมือนกัน แต่กลับส่งผลให้คนพิการไม่สามารถมีโอกาสมัครงานได้ ดังนั้น จึงเกิดแนวคิดการพิจารณาความเท่าเทียมกันเชิงสาระ เพื่อลดผลกระทบอันทำให้บุคคลเสียเปรียบดังกล่าว การพิจารณาความเท่าเทียมกันในแง่มุมนี้มีความสัมพันธ์กับ แนวคิดความเท่าเทียมกันภายใต้การปกป้องคุ้มครองดังกล่าวข้างต้น นอกจากนี้ยังมีความสัมพันธ์กับ**การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination)** ด้วย ดังนั้นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันเพื่อให้เกิดผลเท่าเทียมในเชิงสาระนี้ จึงสามารถทำได้โดยไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เนื่องจากสามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลของความจำเป็นในการปกป้องคุ้มครองบุคคลที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งยังอาจมีมุมมองที่ได้แย้งว่า ความเท่าเทียมกันภายใต้การปกป้องคุ้มครองอันนำไปสู่ความเท่าเทียมกันในเชิงสาระนี้ อยู่บนพื้นฐานการพิจารณาว่าบุคคลบางคนหรือบางกลุ่ม มีความด้อยกว่า (Inferior) เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง จึงสะท้อนถึงแนวคิดของการพิจารณาบุคคลที่ไม่เท่าเทียมกันอยู่นั่นเอง ตัวอย่างเช่น การกำหนดให้ลูกจ้างชายเท่านั้นที่จะทำงานกะกลางคืน ด้วยเหตุผลเพื่อปกป้องคุ้มครองลูกจ้างหญิงจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการเดินทางในเวลากลางคืน หากพิจารณาในอีกแง่หนึ่งจะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์นี้อยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่าผู้หญิง

¹⁶⁶ Adkins v. Children's Hospital 261 U.S. 525 (1922) 546 – 553

เป็นเพศอ่อนแอ (Weakness) กล่าวคือ กฎเกณฑ์หรือการปฏิบัติลักษณะนี้มีได้มองว่าสาเหตุที่แท้จริงของปัญหาอันนำมาสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเกิดจาก “สภาพแวดล้อมที่ไม่ปลอดภัย” แต่กลับมองว่า “ผู้หญิงมีสภาพร่างกายที่อ่อนแอและเปราะบาง” การปฏิบัติเช่นนี้ยังเป็นการตอกย้ำว่าลูกจ้างหญิงมีสถานะที่ด้อยกว่า (Subordinate) เมื่อเปรียบเทียบกับลูกจ้างชาย ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดข้อโต้แย้งว่า ในท้ายที่สุดแล้วความเท่าเทียมกันที่แท้จริงจึงยังไม่อาจบรรลุได้

4.5.1.6 ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equality of Opportunity) และความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในผล (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)¹⁶⁷ อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้ขยายขอบเขตไปยังความเสมอภาคในการเข้าถึงโอกาสในมิติอื่นๆ ของสังคมด้วย เช่น การศึกษา การเป็นสมาชิกสมาคม การเข้าถึงบริการสาธารณะ เป็นต้น แนวคิดนี้มุ่งเน้นถึงความเป็นธรรมในกระบวนการ (Fair Process) เพื่อการเข้าถึงโอกาสต่างๆ ที่จะไม่นำเอาปัจจัยซึ่งไม่เกี่ยวข้องมาทำให้บุคคลเสียโอกาสในการเข้าถึงโอกาสนั้น¹⁶⁸

ความเสมอภาคในโอกาส อาจพิจารณาได้จากมุมมองเชิงเศรษฐศาสตร์ จะเห็นได้จาก Milton และ Rose Friedman¹⁶⁹ อธิบายไว้ว่า ความเสมอภาคในโอกาสมิได้มีความหมายตามลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลบางคนอาจเกิดมาด้วยสภาพร่างกายที่แตกต่างกัน แต่ความหมายที่แท้จริงของความเสมอภาคในโอกาสคือ อาชีพซึ่งเปิดโอกาสให้กับบุคคลที่มีคุณสมบัติหรือความสามารถที่เกี่ยวข้องกับงานนั้น โดยไม่มีอุปสรรคที่เกิดจากการกระทำตามอำเภอใจ (Arbitrary Obstacles) ซึ่งกีดกันหรือขัดขวางความสามารถของบุคคลนั้น อุปสรรคดังกล่าวเกิดจากการนำคุณสมบัติที่ไม่เกี่ยวข้อง (Irrelevant Characteristics) เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา มากีดกันโอกาสของบุคคล นอกจากนี้ John Roemer¹⁷⁰

¹⁶⁷ Encyclopedia of Political Theory, Sage Publications, ed. Mark Bevir, (2010), pp. 452–453.

¹⁶⁸ Nicole Richardt and Torrey Shanks, Equal Opportunity, International Encyclopedia of the Social Sciences (2008).

¹⁶⁹ Milton Friedman and Rose D. Friedman, Free to choose: a personal statement (Mariner Books, 1990).

¹⁷⁰ John Roemer, Equality of Opportunity (Harvard University Press, 1998).

ใช้คำว่า การไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ในการอธิบายว่า บุคคลทุกคนที่ประกอบด้วยคุณสมบัติอันเกี่ยวข้อง (Relevant Attributes) กับการดำเนินการตามหน้าที่หรือตำแหน่งควรได้รับโอกาสในการจัดอยู่ในกลุ่มผู้สมัครที่มีสิทธิเท่าเทียมกัน และความเป็นไปได้ของการได้งานหรือตำแหน่งของบุคคลนั้นควรถูกพิจารณาจากคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องเท่านั้น อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านเห็นว่า หลักความเสมอภาคในโอกาส ควรมีขอบเขตจำกัดเฉพาะการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเฉพาะ เช่น การเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ สีผิว เป็นต้น¹⁷¹

ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equality of Opportunity) จึงเป็นแนวคิดที่มีวัตถุประสงค์ในการขจัดเสียซึ่งอุปสรรคที่จะทำให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบ นอกจากนี้ยังหมายความว่าควรมีวิธีการในเชิงบวกเพื่อทำให้มั่นใจว่าความเสียเปรียบนั้นจะได้รับการเยียวยา กล่าวคือ บุคคลทุกคนเริ่มต้นจากจุดเดียวกัน ดังนั้น บุคคลที่เสียเปรียบ เช่น ผู้พิการจะได้รับการเยียวยาความเสียเปรียบเพื่อให้เข้าสู่จุดเริ่มต้นเช่นเดียวกับผู้อื่นที่ไม่มีความพิการ¹⁷² ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หลักการสำคัญของแนวคิดนี้มุ่งเน้นที่ “จุดเริ่มต้น” ของการเข้าสู่โอกาสต่างๆ ในสังคม (Starting Point) หรืออาจเปรียบเทียบกับจุดเริ่มต้นในการแข่งขัน (Competition) เช่น การสมัครเข้าทำงาน ซึ่งอาจเกิดความไม่เสมอภาคหรือไม่เท่าเทียมกันเนื่องจากความแตกต่างในคุณลักษณะของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งความแตกต่างอันเกิดจากคุณสมบัติที่ไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับการเข้าสู่โอกาสนั้น แนวคิดนี้จึงเสนอแนะให้รัฐเข้ามาแทรกแซงโดยการดำเนินการมาตรการเพื่อส่งเสริมบุคคลที่เสียเปรียบให้มีความเสมอภาคในการเข้าสู่โอกาสเช่นเดียวกับบุคคลอื่น 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 เกิดขึ้นเพื่อให้บุคคลผู้ด้อยโอกาสหรือเสียเปรียบไปถึงผลสุดท้ายได้เท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นๆ¹⁷³ เช่น มาตรการกำหนดโควตาสำหรับผู้หญิงในตำแหน่งบริหารขององค์กรหรือหน่วยงานบางแห่ง เพื่อให้มั่นใจว่าผลสุดท้ายแล้วผู้หญิงจำนวนหนึ่งจะต้องสามารถเข้าสู่ตำแหน่งนั้น มาตรการกำหนดโควตาสำหรับนักเรียนเชื้อชาติต่างๆ สำหรับการเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาบางแห่ง เพื่อรับรองว่าผลสุดท้ายแล้วนักเรียนบางเชื้อชาติที่เสียเปรียบจะมีโอกาสได้ศึกษา อย่างไรก็ตาม ความเท่าเทียมกันตามแนวทางนี้มีปัญหาอันนำไปสู่ข้อโต้แย้งว่า เป็นการสร้างความเท่าเทียมกันด้วยการแทรกแซงอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งอยู่ในตัว โดยเฉพาะบุคคลที่ไม่จัดอยู่ในกลุ่มซึ่งได้รับการคุ้มครอง (Protected Group) เช่น การกำหนดโควตา

¹⁷¹ Matt Cavanagh, *Against Equality of Opportunity* (Oxford: Clarendon Press, 2002).

¹⁷² Malcolm Sargeant, *Discrimination and the Law* (UK: Routledge, 2013), pp 3-5.

¹⁷³ Malcolm Sargeant, *Discrimination and the Law* (UK: Routledge, 2013), pp 3-5.

ตำแหน่งบริหารให้กับผู้หญิง ส่งผลให้ผู้ชายที่มีความสามารถเช่นเดียวกันถูกกีดกันและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ชายเหล่านั้น¹⁷⁴

จากการเปรียบเทียบแนวคิดทั้งสอง ผู้วิจัยมีข้อวิเคราะห์ว่า ความเท่าเทียมกันในโอกาส (Equality of Opportunity) จะเกี่ยวข้องกับมาตรการ นโยบาย เพื่อส่งเสริมที่จุดเริ่มต้น (Starting Point) ในการเข้าสู่โอกาสต่างๆ ในสังคมของกลุ่มผู้เสียเปรียบหรือกลุ่มผู้ที่มักถูกกีดกันให้เป็นกลุ่มคนชายขอบ (Marginalised Group) เช่น มาตรการส่งเสริมความสามารถของคนพิการเพื่อให้มีโอกาสได้ทำงาน มาตรการส่งเสริมความสามารถของเด็กและเยาวชน แต่มาตรการเหล่านี้ไม่ได้มุ่งเน้นที่ผลสุดท้ายหรือผลลัพธ์ กล่าวคือ ผลสุดท้ายแล้วบุคคลที่อยู่ในกลุ่มเสียเปรียบดังกล่าวอาจไม่สามารถเข้าถึงโอกาสอื่นๆ ในความเป็นจริงได้ เช่น คนพิการที่ได้รับการส่งเสริมยังคงไม่ได้รับการว่าจ้างเข้าทำงาน นักเรียนบางเชื้อชาติยังคงไม่มีโอกาสเข้าเรียน ดังนั้น แนวคิดความเท่าเทียมกันในผล (Equality of Outcome) จึงมุ่งเน้นที่ผลลัพธ์โดยทำให้มั่นใจว่าบุคคลในกลุ่มเสียเปรียบดังกล่าวจะได้มาซึ่งผลที่มุ่งส่งเสริมนั้นในความเป็นจริง โดยมีการแทรกแซงลักษณะต่างๆ เพื่อให้เกิดผลดังกล่าว เช่น กำหนดโควตาในโอกาสการทำงาน การศึกษา หรือการรับบริการต่างๆ เพื่อบุคคลกลุ่มนั้น

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่า มาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันทั้งความเท่าเทียมกันในโอกาสและความเท่าเทียมกันในผล ต่างเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลนอกกลุ่มที่มาตรการหรือนโยบายนั้นมุ่งคุ้มครอง แต่ระดับการเลือกปฏิบัตินั้นมีความเข้มข้นหรือรุนแรงแตกต่างกัน กล่าวคือ การส่งเสริมที่จุดเริ่มต้นเพื่อให้บุคคลผู้เสียเปรียบได้รับโอกาสอันเท่าเทียมกับผู้อื่นนั้น อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการให้สิทธิพิเศษ (Privilege) แก่บุคคลกลุ่มผู้เสียเปรียบโดยไม่ให้สิทธิดังกล่าวแก่บุคคลนอกกลุ่ม แต่กระนั้น ในผลสุดท้ายแล้วก็ได้เป็นการกีดกันหรือปิดโอกาสสำหรับบุคคลนอกกลุ่ม ในขณะที่การส่งเสริมความเท่าเทียมกันที่จุดเป้าหมายหรือผลสุดท้าย เช่น การกำหนดโควตาเฉพาะบุคคลบางกลุ่ม เป็นการกีดกันหรือปิดโอกาสสำหรับคนนอกกลุ่ม จึงทำให้แนวทางนี้ถูกโต้แย้งว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลนอกกลุ่มในระดับที่รุนแรงกว่า อย่างไรก็ตามอาจพิจารณาได้ว่า แนวคิดเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันทั้งสองนี้ สอดคล้องกับความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) ซึ่งมุ่งให้เกิดความเท่าเทียมกันที่เป็นจริง โดยมิได้พิจารณาเฉพาะรูปแบบการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อบุคคลที่เหมือนกันตามหลักความเท่าเทียมกันตามรูปแบบเท่านั้น นอกจากนี้ มาตรการส่งเสริมเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันทั้งในจุดเริ่มต้นและจุดเป้าหมายหรือผลสุดท้าย อาจเทียบเคียงได้กับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) ที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายประเทศต่างๆ ประเด็นที่ยากและยังเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ได้ก็คือ การสร้างความสมดุลระหว่างการกำหนดมาตรการเพื่อส่งเสริมหรือคุ้มครองบุคคลในกลุ่มเสียเปรียบโดยไม่เป็นการกีดกันหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลนอกกลุ่มจนเกินสมควรนั่นเอง

4.5.1.7 การสร้างภาพเหมารวม (Stereotyping)

¹⁷⁴ Ibid.

แนวคิดหรือทัศนคติของสังคมที่ส่งผลให้เกิดการปฏิบัติอันนำไปสู่ความไม่เสมอภาคหรือความไม่เท่าเทียมกันก็คือ การปฏิบัติต่อบุคคลนั้นบนพื้นฐานของกลุ่มที่บุคคลนั้นเกี่ยวข้องกับ โดยการสร้าง “ภาพมาตรฐาน” (Standard Image) หรือ แนวคิดมาตรฐานสำหรับบุคคลประเภทใดประเภทหนึ่ง แล้วปฏิบัติต่อบุคคลทั้งหมดที่จัดอยู่ในประเภทนั้นเหมือนกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในระดับปัจเจกชนของแต่ละคนในกลุ่ม¹⁷⁵ ภาพมาตรฐาน ดังกล่าวนี้อาจเรียกว่า ภาพเหมารวม “Stereotype” ซึ่งมีความสัมพันธ์กับอคติ (Prejudice) และการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)¹⁷⁶ กล่าวคือ ภาพเหมารวมอาจเกิดขึ้นโดยปราศจากสำนึกของบุคคล โดยมีอคติเป็นส่วนประกอบอันหนึ่ง สำหรับการเลือกปฏิบัตินั้นจัดเป็นส่วนประกอบเชิงพฤติกรรมของปฏิกริยาอันมีอคตินั้น หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ภาพเหมารวมสะท้อนถึงความคิดหมายและความเชื่อเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือคุณลักษณะของบุคคลในกลุ่ม โดยอคติแสดงถึงการตอบสนองทางอารมณ์ต่อความเชื่อดังกล่าว ในขณะที่การเลือกปฏิบัติเป็นการแสดงออกเชิงพฤติกรรมหรือการกระทำของภาพเหมารวมนั้น¹⁷⁷ โดยนัยนี้จะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติเป็นผลอันแสดงให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมจากพฤติกรรม ซึ่งสาเหตุของพฤติกรรมดังกล่าวเกี่ยวข้องกับภาพเหมารวมอันเป็นปัจจัยภายในด้านความเชื่อหรือทัศนคติของบุคคลนั่นเอง

เนื่องจากภาพเหมารวม ส่งผลให้เกิดพฤติกรรมอันเป็นการเลือกปฏิบัติ ดังนั้น การปฏิบัติอันนำไปสู่ความเท่าเทียมหรือความเสมอภาคที่แท้จริงนั้น จะต้องเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลในฐานะปัจเจกบุคคล มิใช่ปฏิบัติต่อบุคคลนั้นในฐานะส่วนหนึ่งของกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้น กล่าวคือ ต้องแยกการพิจารณาคุณสมบัติส่วนบุคคลออกจากคุณสมบัติในภาพรวมของกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้น ตัวอย่างเช่น การปฏิบัติต่อผู้หญิงโดยมีภาพเหมารวมว่าเป็นเพศที่อ่อนแอ ดังนั้นจึงปฏิบัติต่อผู้หญิงทุกคน บนพื้นฐานแนวคิดดังกล่าว ซึ่งหากพิจารณาในระดับปัจเจกบุคคลแต่ละคนแล้ว ผู้หญิงบางคนอาจมีความแข็งแรงกว่าผู้ชายบางคนก็ได้¹⁷⁸ นอกจากเป็นสาเหตุของการเลือกปฏิบัติแล้ว ภาพเหมารวมยังอาจเป็นสาเหตุของความขัดแย้งและความรุนแรงในสังคมได้ ดังจะเห็นได้จาก Amartya Sen ซึ่งไม่เห็นด้วยกับแนวคิดหรือความเชื่อว่าบุคคลในโลกอาจจัดประเภท ตามสูตรอย่างง่าย ๆ (Simple Formula) บางอย่าง เช่น เชื่อมโยงความรุนแรงว่าเกิดขึ้นจากคุณลักษณะของบุคคลบางกลุ่ม เช่น การเป็นชาวมุสลิมมิได้หมายถึงว่าจะต้องมีลักษณะหรือคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับการเป็นนักรบหรือการต่อสู้¹⁷⁹

¹⁷⁵ Malcolm Sargeant, Ibid.

¹⁷⁶ Susan T. Fiske, “Stereotyping, Prejudice, and Discrimination,” in **The Handbook of Social Psychology**, Volume Two (4th ed.), eds. Daniel T. Gilbert, Susan T Fiske, Gardner Lindzey (Boston, Mass.: McGraw-Hill, 1998), p. 35.

¹⁷⁷ Florence L. Denmark, “Prejudice and Discrimination,” in **The Corsini Encyclopedia of Psychology**, Volume Three (4th ed.), eds. Irving B. Weiner and Edward W. Craighead (Hoboken, N.J.: John Wiley, 2010), p. 1277.

¹⁷⁸ Malcolm Sargeant, Ibid.

¹⁷⁹ Amartya Sen, **Identity and Violence : The Illusion of Destiny** (U.S.: W. W. Norton & Company, 2006).

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แนวคิด ความเชื่อ ทศนคติ ในลักษณะของภาพเหมารวม เป็นสาเหตุสำคัญอันหนึ่งซึ่งนำไปสู่พฤติกรรมกรรมการเลือกปฏิบัติ อันก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคหรือความไม่เท่าเทียมกันในท้ายที่สุด ตัวอย่างของทศนคติที่มีพื้นฐานจากการสร้างภาพเหมารวมเช่น การเป็นลูกจ้างเพศหญิงจะเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์ การเลี้ยงดูบุตร ฯลฯ ซึ่งเป็นอุปสรรคต่องาน การเป็นบุคคลหลากหลายทางเพศจะนำไปสู่การมีโรคทางเพศสัมพันธ์ การมีประวัติอาชญากรรมเป็นสิ่งแสดงว่ามีพฤติกรรมไม่เหมาะสมกับการทำงาน เป็นต้น ซึ่งประเด็นเหล่านี้จะได้วิเคราะห์ต่อไป แต่ในที่นี้จะเห็นได้ว่า สาเหตุสำคัญอันนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างในลักษณะกีดกันเรื่องต่างๆ ดังกล่าวนั้นเกี่ยวข้องกับการสร้างภาพเหมารวมโดยตัดสินบุคคลจากกลุ่มที่บุคคลนั้นเกี่ยวข้อง แทนที่จะพิจารณาตัดสินบุคคลบนพื้นฐานของความเป็นปัจเจกชนของบุคคลแต่ละคนที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ แนวคิดความเท่าเทียมกันเชิงสาระและความเท่าเทียมกัน

4.5.1.8 ผลกระทบทางลบ (Disparate impact)

แนวคิดเกี่ยวกับผลกระทบทางลบ มีความสัมพันธ์กับความเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะในความหมายของความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) ซึ่งพิจารณาว่า กฎเกณฑ์หรือมาตรการที่โดยรูปแบบภายนอกแล้วไม่มีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่หากส่งผล (Effect) ให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างบุคคลกลุ่มต่างๆ กฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นก็เป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักความเท่าเทียมเชิงสาระ ในการพิจารณาผลของมาตรการนั้นจะพิจารณาว่ามีลักษณะก่อให้เกิดผลกระทบทางลบ (Desperate Impact) หรือไม่

ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้น พบว่า แนวคิดเกี่ยวกับผลกระทบทางลบได้พัฒนาขึ้นจากคำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับบทบัญญัติตามกฎหมายสิทธิพลเมือง (Title VIII) โดยเฉพาะในคดี Griggs v. Duke Power¹⁸⁰ ซึ่งนายจ้างกำหนดให้คุณสมบัติการศึกษาและผลการทดสอบทัศนคติเป็นเงื่อนไขสำคัญของการจ้างงานหรือโอนย้ายงาน กฎเกณฑ์ลักษณะนี้ใช้บังคับกับทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้วปรากฏว่าผู้สมัครงานผิวสีมักจะได้รับการศึกษาที่ด้อยกว่า ดังนั้นเกณฑ์เงื่อนไขดังกล่าวจึงเอื้อประโยชน์แก่ผู้สมัครผิวขาวและส่งผลกระทบในทางลบต่อผู้สมัครผิวสีโดยทำให้เสียเปรียบและเสียโอกาสในการได้งานทำ ในคดีนี้ศาลได้ขยายความหลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายสิทธิพลเมือง (Title VIII) โดยอธิบายว่า “กฎหมายมิได้ครอบคลุมเฉพาะการเลือกปฏิบัติที่เห็นอย่างเด่นชัด (Overt Discrimination) แต่ยังรวมถึงการปฏิบัติซึ่งเป็นธรรมในรูปแบบ (Fair in Form) แต่ในทางปฏิบัติแล้วเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory in Operation)

ปัจจัยสำคัญที่นำมาใช้พิจารณาการเลือกปฏิบัติในทางปฏิบัติหรือผลกระทบในทางลบก็คือ ความจำเป็นทางธุรกิจ (Business necessity) ตัวอย่างเช่น หากการไม่จ้างคนผิวสีไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงาน ผลการทำงาน หรือประสิทธิภาพการทำงาน การไม่จ้างงานคนผิวสีนั้นก็เป็นการเลือกปฏิบัติ

¹⁸⁰ Griggs v. Duke Power Co. 401 US 424, 91 S Ct 849 (1971) (US Supreme Court)

ตามกฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (Civil Right Act) นั้น การฟ้องคดีด้วยเหตุเลือกปฏิบัติโดยนายจ้างนั้นโจทก์ต้องแสดงว่าการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานของนายจ้างนั้นก่อให้เกิดผลกระทบทางลบด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ ชชาติกำเนิด¹⁸¹ นายจ้างอาจต่อสู้โดยแสดงว่าการปฏิบัติเช่นนั้นเกี่ยวข้องและจำเป็นกับงานและสอดคล้องกับความจำเป็นทางธุรกิจ¹⁸² แต่แม้กระนั้นลูกจ้างผู้ถูกเลือกปฏิบัติยังอาจต่อสู้ได้อีกว่านายจ้างยังมีหนทางเลือกอื่น (Alternative Practice)¹⁸³ ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบน้อยกว่าเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบธรรมที่นายจ้างอ้างนั้น

อย่างไรก็ตาม การนำปัจจัยผลกระทบทางลบมาพิจารณานั้นจำกัดอยู่เฉพาะในคดีการเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายสิทธิพลเมือง เนื่องจากหากเป็นกรณีการเลือกปฏิบัติซึ่งเอกชนเรียกร้องสิทธิต่อรัฐตามรัฐธรรมนูญนั้น ศาลสูงสุดเคยวางหลักไว้ว่า¹⁸⁴ กฎเกณฑ์ที่พิพาทยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันจะขัดต่อรัฐธรรมนูญเพียงเพราะมีผลกระทบในทางลบหรือผลกระทบอย่างไม่ได้สัดส่วน กล่าวคือ แม้ว่าเจตนา (Intention) มีข้อบกพร่องสำคัญในการพิจารณาตามกฎหมายสิทธิพลเมือง แต่โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่ารัฐบาลมีเจตนาในการเลือกปฏิบัติ เพื่อที่จะพิสูจน์ว่ารัฐบาลฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14

จะเห็นได้ว่า ปัจจัยการพิจารณาความเท่าเทียมกันจากผลกระทบเชิงลบ (Disparate Impact) นั้นเป็นการพิจารณาจากผลที่เกิด (Effect) จากมาตรการหรือกฎเกณฑ์ที่พิพาทหรืออ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ นั้น ดังนั้น หลักการพิจารณาผลกระทบเชิงลบอันมุ่งไปสู่ความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) นั้นก็คือการมุ่งจัดการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) นั้นเอง หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั้นแม้ว่าไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ (Form) เพราะโดยเนื้อหาภายนอกแล้ว กฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นใช้บังคับกับทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ แต่หากส่งผลกระทบทางลบให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในทางปฏิบัติระหว่างบุคคลแล้วก็จะขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ (Substance)

4.5.2 หลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันตามกฎหมายต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะชี้ให้เห็นหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายประเทศต่างๆ ซึ่งอาจมีการระบุรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมทั้งอาจระบุไว้ในกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้อง

4.5.2.1 หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายแอฟริกาใต้

¹⁸¹ 42 USC 2000e-2(k)(1)(A)(i)

¹⁸² 42 USC 2000e-2(k)(1)(A)(i)

¹⁸³ 42 USC 2000e-2(k)(1)(A)(ii) and (C)

¹⁸⁴ Washington v. Davis 426 US 229, 96 S Ct 2040 (1976) (US Supreme Court) at 239

ในกรณีแอฟริกาได้นั้นพบว่า หลักความเท่าเทียมกัน (Equality) ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ดังนี้

(1) บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ทางกฎหมายเท่าเทียมกัน

(2) ความเท่าเทียมกันครอบคลุมถึงการได้รับสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ในการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันนั้น จะต้องมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นเพื่อคุ้มครองบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งเสียเปรียบจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Person Disadvantaged by Unfair Discrimination)

(3) รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ เพศ การตั้งครุภร์ สถานะความเป็นมารดา ชาตีกำเนิด สีผิว รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด

(4) บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่น ด้วยเหตุดังระบุใน (3) ในการนี้รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว

(5) การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังระบุใน (3) นั้นถือว่าไม่เป็นธรรม (Unfair) หากไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นธรรม (Fair)

จากหลักการของรัฐธรรมนูญชี้ให้เห็นถึงหลักการสำคัญในการมุ่งคุ้มครองความเท่าเทียมกัน (Equality) สำหรับการเลือกปฏิบัติที่เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานของเหตุที่รัฐธรรมนูญระบุไว้แล้ว ในเบื้องต้นจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยรัฐจะต้องแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นมีเหตุผลอันชอบธรรมอย่างไร ศาลได้วางแนววินิจฉัยไว้ว่า กรณีจะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับพิจารณาว่าการปฏิบัติที่อยู่นั้นอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งส่งผลกระทบในการจำกัดหรือลดทอนสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานหรือเมื่อเปรียบเทียบแล้วพบว่ามีผลกระทบในทางลบอย่างร้ายแรง (Affect Them Adversely in Comparably Serious Manner)¹⁸⁵

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแอฟริกันนั้น พิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยใช้เกณฑ์ “ความเป็นธรรม” (fairness) ของมาตรการหรือการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตามในการพิจารณาดังกล่าวนั้น ศาลนำปัจจัยผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) มาประกอบการพิจารณาด้วย ดังนั้น การพิจารณาว่าการ

¹⁸⁵ Harksen v. Lane NO and Others 1997 (11) BCLR 1489 (CC); 1998 (1) SA 300 (CC) (South African Constitutional Court)

ปฏิบัตินั้นเป็นธรรมหรือไม่ ศาลจะพิจารณาว่าการปฏิบัตินั้นส่งผลกระทบอย่างไรต่อผู้เสียหายโดยเปรียบเทียบกับผลกระทบที่เกิดกับบุคคลอื่นในสถานการณ์เดียวกันนั้น¹⁸⁶

การที่ศาลนำปัจจัยเกี่ยวกับผลกระทบของการปฏิบัตินั้นมาพิจารณาด้วย เป็นการสอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีการกำหนดครอบคลุม “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ไว้อย่างชัดเจน สำหรับคดีสำคัญที่ศาลอธิบายความสัมพันธ์ระหว่าง ความเท่าเทียมกัน และ “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ตามรัฐธรรมนูญนั้นปรากฏในคดี City Council of Pretoria v. Walker¹⁸⁷ ซึ่งศาลอธิบายว่า “ความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญนั้นหมายรวมทั้งการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายมุ่งพิจารณาที่ผล (Consequence) มากกว่าพิจารณาเฉพาะรูปแบบพฤติกรรม (Form of Conduct) ดังนั้น รูปแบบพฤติกรรมที่โดยภายนอกแล้วมีลักษณะเป็นกลางหรือไม่เลือกปฏิบัติแต่อาจส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้เช่นเดียวกัน” แต่แม้กระนั้นศาลมิได้วางแนวคำนิยามของ “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” เพียงแต่มีการนำเอาปัจจัยด้าน “ผลกระทบ” มาประกอบการพิจารณาด้วย และย้ำว่าการเลือกปฏิบัติทั้งโดยตรงและโดยอ้อมด้วยเหตุที่ระบุในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการ “เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม”

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของแอฟริกาใต้ก็มีหลักการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังจะเห็นได้จากกฎหมายส่งเสริมความเท่าเทียมกันและป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000) ซึ่งนิยาม การเลือกปฏิบัติว่า

“การกระทำหรือละเว้นการกระทำใดๆ อันรวมถึง นโยบาย กฎหมาย กฎ แนวปฏิบัติ เงื่อนไขหรือสถานการณ์ซึ่ง ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม (ก) กำหนดภาระ หน้าที่ หรือก่อให้เกิดความเสียหายเปรียบ หรือ (ข) กีดกันผลประโยชน์ โอกาส หรือก่อให้เกิดความเสียหายเปรียบแก่บุคคลใดๆ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ในกฎหมายนี้”

จะเห็นได้ว่า กฎหมายมุ่งเน้นที่ “ความเป็นธรรม” (Fairness) โดยกฎหมายได้ระบุถึง ปัจจัย (Factors) ในการพิจารณาว่า นโยบาย กฎหมาย กฎ แนวปฏิบัติ นั้นเป็นธรรมหรือไม่ เช่น¹⁸⁸

- การเลือกปฏิบัตินั้นลดคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลหรือไม่
- ส่งผลกระทบที่เกิดกับบุคคลนั้นอาจเกิดในลักษณะการสร้างรูปแบบพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายเปรียบหรือการที่บุคคลนั้นตกอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง
- การเลือกปฏิบัตินั้นมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

¹⁸⁶ Prinsloo v. Van der Linde 1997 (6) BCLR 759 (CC) (South African Constitutional Court)

¹⁸⁷ City Council of Pretoria v. Walker (CCT8/97) [1998] ZACC 1; 1998 (2) SA 363; (South African Constitutional Court)

¹⁸⁸ Section 14 , The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 200

- มีวิธีการทางเลือกอื่นที่ทำให้เกิดความเสียเปรียบน้อยกว่า และสามารถนำมาใช้เพื่อบรรลुวัตถุประสงค์ที่ขอบด้วยกฎหมายนั้นหรือไม่

นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวปรากฏในกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในด้านแรงงาน (Employment Equity Act 1998) ซึ่งมีหลักการคุ้มครองความเท่าเทียมกันโดยห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อม

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายแอฟริกาใต้ นั้น มิได้พิจารณาความเท่าเทียมกันเฉพาะเนื้อหาของมาตรการหรือกฎเกณฑ์อันใดอันหนึ่งว่าปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนหรือแตกต่างกัน (Formal equality) แต่มีแนวทางพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันในกรอบเชิงสาระ (Substantive Equality) โดยใช้ปัจจัยต่างๆหลายปัจจัยมาประกอบการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) หรือไม่ ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับแคนาดา โดยปัจจัยสำคัญที่ศาลพิจารณาคือผลกระทบที่เกิดจากกฎเกณฑ์หรือมาตรการที่พิพาทว่าส่งผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) ต่อผู้อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาจากผลกระทบนี้ เป็นหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) นั่นเอง ซึ่งในจุดนี้พบว่ารัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ได้บัญญัติจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีคือการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายแอฟริกาใต้ นั้นครอบคลุมการห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงอันฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมรูปแบบ (Formal Equality) และการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อมอันฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ (Substantive Equality)

.

4.5.2.2 หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายกฎหมายแคนาดา

หลักความเท่าเทียมกันปรากฏอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) ซึ่งมาตรา 15 วางหลักเกี่ยวกับความเท่าเทียมกัน (Equality Rights) ไว้ดังนี้

(1) บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

(2) ความใน (1) ไม่ใช้กับกรณี ที่ กฎหมาย โปรแกรม หรือกิจกรรมใดๆซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการเหยียดอายุบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่ภายใต้สภาวะหรือเงื่อนไขที่เสียเปรียบ ด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต

ประเด็นสำคัญในการตีความและพิจารณาคดีเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญแคนาดา คือ ความเท่าเทียมกันนี้ จะมีความหมายแคบ จำกัดเฉพาะรูปแบบหรือเนื้อหา กฎเกณฑ์หรือมาตรการว่ามีการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันหรือไม่ หรือจะมีความหมายกว้าง โดยพิจารณาจากผลกระทบต่อบุคคลอื่นที่เกิดจากกฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นด้วย

หากพิจารณาตามกฎหมายแคนาดา จะพบว่า ได้มีการยอมรับหลักความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) ดังจะเห็นได้จากคดีสำคัญเช่น *Andrews v. Law Society of British Columbia*¹⁸⁹ ซึ่งศาลตัดสินว่า รัฐธรรมนูญมิได้เพียงแต่รับรองความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (Formal equality) เท่านั้น แต่ยังรวมถึงความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive equality) ด้วย รัฐธรรมนูญแคนาดา มิได้เพียงคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการเลือกปฏิบัติโดยรัฐซึ่งกระทำโดยเจตนา (Intentional Discrimination by the State) แต่ยังครอบคลุมถึงการคุ้มครองบุคคลจากนโยบาย กฎหมาย แนวปฏิบัติใดๆ ซึ่งส่งผลกระทบก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน (In Effect Create Inequality)

นอกจากนี้พบว่า ศาลแคนาดายังนำหลักความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) มาปรับใช้ด้วย กล่าวคือ มิได้พิจารณาเฉพาะหลักฐานของการเลือกปฏิบัติโดยเจาะจงของกฎหรือมาตรการอันใดอันหนึ่ง แต่พิจารณาว่ามีความไม่เท่าเทียมกันหรือไม่จากผลรวมของปัจจัยหลายประการซึ่งมีปฏิสัมพันธ์กัน (Numerous Factors which Interact)¹⁹⁰

ศาลในคดี *Law v. Canada* อธิบายว่า ความเท่าเทียมกันหมายความว่าสังคมจะไม่สามารถทนต่อกฎหมายที่แตกต่างกันโดยส่งผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่มให้กลายเป็นพลเมืองชั้นสอง ทำให้คุณค่าของบุคคลเหล่านั้นลดลง หรือปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นเสมือนหนึ่งมีความสามารถหรือสิทธิที่ด้อยกว่าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรหรือเป็นการล่วงละเมิดต่อเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ จะเห็นได้ว่าศาลนำแนวคิดเกี่ยวกับเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) มาประกอบการพิจารณาถึงความไม่เท่าเทียมกันอันเกิดจากกฎเกณฑ์ต่างๆด้วย¹⁹¹

อย่างไรก็ตาม ในคดี *Gosselin v. Quebec*¹⁹² ซึ่งมีประเด็นพิจารณาว่า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสวัสดิการที่ให้สิทธิแก่บุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุนั้น ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ

¹⁸⁹ *Andrews v. Law Society of British Columbia* [1989] 1 SCR 143 (Supreme Court of Canada)

¹⁹⁰ *Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Company* [1987] 1 SCR 1114 (Supreme Court of Canada)

¹⁹¹ *Law v. Canada* [1999] 1 SCR 497 (Canadian Supreme Court) at para. 51

¹⁹² *Gosselin v. Quebec* 2002 [SCC] 84 (Canadian Supreme Court)

มาตรา 15 หรือไม่ โจทก์อ้างว่าตนถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุ แต่ศาลเห็นว่ากฎเกณฑ์ที่ให้เงินอุดหนุนแตกต่างกันระหว่างบุคคลอายุต่ำกว่า 30 และอายุเกิน 30 นั้นมิได้แสดงให้เห็นว่ากลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่เกียติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ถูกลดคุณค่าลงเมื่อเทียบกับอีกกลุ่มหนึ่ง ดังนั้นจะเห็นว่า ในแง่หนึ่งการนำเอาปัจจัยอื่นๆ เช่น เกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ มาประกอบการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือนโยบายนั้นเลือกปฏิบัติอันขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันหรือไม่ เป็นการพิจารณาหลักความเท่าเทียมอย่างกว้างในกรอบแนวคิด ความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) แต่อีกนัยหนึ่ง การกำหนดให้โจทก์ต้องพิสูจน์แสดงให้เห็นความมิอยู่ของปัจจัยอื่นๆ ด้วยนั้น อาจเป็นภาระของฝ่ายโจทก์เช่นกัน

แม้การนำปัจจัยอื่นๆ เข้ามาประกอบเพื่อบ่งชี้ว่ามีความไม่เท่าเทียมกันในเชิงสาระเกิดขึ้นอันเป็นการฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลก็ยอมรับว่าการนำปัจจัยเกี่ยวกับเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์มาประกอบการบ่งชี้ดังกล่าวนั้นอาจสร้างความยุ่งยากขึ้น¹⁹³ โดยเฉพาะสำหรับโจทก์ในการกล่าวอ้าง เนื่องจากเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ก็มีลักษณะเป็นนามธรรมและอัตวิสัย¹⁹⁴

นอกจากนี้ ในปี 2008 ศาลสูงสุดได้ตัดสินคดีสำคัญคือ Canada in R. v. Kapp¹⁹⁵ คดีนี้เกิดขึ้นจากการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลมณฑล British Columbia ซึ่งมีประเด็นว่า การที่รัฐออกใบอนุญาตประมงให้กับกลุ่มชนพื้นเมืองบางกลุ่มเป็นพิเศษนั้น เป็นการละเมิดต่อหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแคนาดามาตรา 15 หรือไม่ ศาลสูงสุดตัดสินว่า กรณีนี้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่าง (Distinction) ของโปรแกรมของรัฐบาล อันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุในรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ โดยศาลได้นำปัจจัย 2 ประการมาประกอบการพิจารณาคือ วัตถุประสงค์ของโปรแกรม และ กลุ่มบุคคลเป้าหมายของโปรแกรม (Target Group) ซึ่งได้แก่บุคคลผู้เสียเปรียบหรือมีโอกาสด้อยกว่ากลุ่มอื่น ศาลจึงเห็นว่าโปรแกรมของรัฐบาลนั้นจึงมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญเนื่องจากส่งเสริมให้กลุ่มผู้เสียเปรียบได้มีโอกาสที่เท่าเทียมกันบุคคลอื่นๆ

จะเห็นว่า คำตัดสินของศาลข้างต้น สะท้อนให้เห็นว่า ศาลยอมรับ หลักความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) เช่นเดียวกับคดี Andrews v. Law Society of British Columbia โดยตีความว่ารัฐธรรมนูญครอบคลุมถึงการคุ้มครองบุคคลจากนโยบาย กฎหมาย แนวปฏิบัติใดๆ ซึ่งส่งผลกระทบต่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน (In Effect Create Inequality) โดยในการพิจารณาดังกล่าว ศาลมิได้พิจารณาเฉพาะรูปแบบภายนอกของกฎเกณฑ์ มาตรการ หรือโปรแกรมที่พิพาทเท่านั้น แต่ยังนำเอาปัจจัยอื่นๆ เช่น วัตถุประสงค์ของกฎเกณฑ์นั้นและผลกระทบที่เกิดจากกฎเกณฑ์นั้นมาประกอบ ทั้งนี้เพื่อ

¹⁹³ R v. Kapp 2008 SCC 41 (Supreme Court of Canada)

¹⁹⁴ Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd [1985] 2 SCR 53 (Supreme Court of Canada) at paras.21,22

¹⁹⁵ Canada in R. v. Kapp , SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, 294 D.L.R. (4th)

นำไปสู่ความเท่าเทียมกันในเชิงสาระหรือในผลลัพธ์ที่มุ่งหมายให้เกิดความเท่าเทียมกันด้วยการคำนึงถึงความแตกต่างระหว่างบุคคลด้วย

หลักห้ามการเลือกปฏิบัตินั้นมีความสัมพันธ์กับหลักความเท่าเทียมกัน ดังจะเห็นได้จากคดีที่ศาลพิจารณการเลือกปฏิบัติภายใต้กรอบของหลักความเท่าเทียมกัน เช่น *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*¹⁹⁶

ศาลสูงสุดตัดสินว่าวางเกณฑ์พิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือมาตรการที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้นจะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ จะต้องพิจารณา 3 ประเด็น ดังนี้

1. กฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นได้กำหนดหลักการที่แตกต่างกัน (Differential treatment) ระหว่างบุคคลผู้อ้างว่าได้รับผลกระทบกับบุคคลอื่นหรือไม่ ทั้งในเชิงวัตถุประสงค์ และผลกระทบ (In purpose or effect)
2. การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเกิดขึ้นจากพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้หรือไม่
3. กฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นมีวัตถุประสงค์หรือส่งผลกระทบให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามความหมายของความเท่าเทียมกันที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

จากประเด็นพิจารณาที่ 3 จะเห็นได้ว่า หลักการเลือกปฏิบัตินั้นไม่สามารถแยกพิจารณาต่างหากได้ แต่ต้องพิจารณาภายใต้กรอบหลักการสำคัญอันเป็นจุดหมายของการห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งก็คือหลักความเท่าเทียมกันนั่นเอง

4.5.2.2.1 หลักความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

การพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญแคนาดา ด้วยกรอบอย่างกว้าง ซึ่งมีได้จำกัดอยู่แต่รูปแบบหรือเนื้อหาภายนอกของมาตรการนั้น โดยจะครอบคลุมถึงผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) จากมาตรการนั้นอันเกิดขึ้นกับบุคคลด้วย ดังที่ศาลสูงสุดได้อธิบายไว้ในคดี *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd*¹⁹⁷ ว่า วัตถุประสงค์ของหลักความเท่าเทียมกันมิใช้อยู่ที่การลงโทษผู้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminator) แต่คือการบรรเทาผลร้าย (relief) ของ

¹⁹⁶ *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S. C. R. 497

¹⁹⁷ *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd* [1985] 2 SCR 53 (Supreme Court of Canada)

เหยื่อผู้ถูกเลือกปฏิบัติ จึงต้องพิจารณาว่า หากกระทำ มาตราการ หรือ กฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้น ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบโดยสร้างเงื่อนไข กำหนดหน้าที่ ลงโทษ หรือจำกัดสิทธิต่อบุคคลหนึ่ง โดยมิได้ส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นหรือกลุ่มอื่นในสังคม กระทำ มาตราการ หรือกฎเกณฑ์ที่พิพาทนั้นจึงเป็นการเลือกปฏิบัติ” นอกจากนี้ ศาลในคดี Egan v. Canada¹⁹⁸ ได้วางแนววินิจฉัยไว้ในกรณีความเหลื่อมล้ำเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญแคนาดามาตรา 15 (1) ว่า การเลือกปฏิบัติที่พิจารณาจากผลกระทบในทางลบต่อผู้ถูกระทำ (Adverse Effects Discrimination) นั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งและอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองตามหลักความเท่าเทียมกันของรัฐธรรมนูญดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า การนำปัจจัยด้านผลกระทบทางลบมาประกอบการพิจารณาในการตีความการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้น ทำให้ครอบคลุมถึงกรณีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) ด้วย แม้รัฐธรรมนูญแคนาดาไม่ได้กำหนดการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจนก็ตาม อย่างไรก็ตาม ศาลแคนาดาได้กล่าวยอมรับอย่างชัดเจนถึง “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” (Indirect Discrimination)

ในคดี British Columbia v. BCGEU¹⁹⁹ แม้ศาลยอมรับว่าการจำแนกวิเคราะห์ดังกล่าวรวมทั้งการนำปัจจัยด้านผลกระทบในทางลบมาพิจารณานั้น มีประโยชน์ในการแปลความหมายของบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน แต่ศาลก็หลีกเลี่ยงที่จะใช้แนวคิดการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจน คือ การเลือกปฏิบัติโดยตรงซึ่งพิจารณาจากตัวเนื้อหาหรือข้อความในเชิงรูปแบบของกฎเกณฑ์หรือมาตรานั้น (Direct Meaning on Its Face) และ การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมซึ่งพิจารณาจากความหมายโดยอ้อมจากผลกระทบของกฎเกณฑ์หรือมาตรานั้น (Indirect Meaning in Effect) ทั้งนี้ศาลได้ให้เหตุผลว่าการจำแนกการเลือกปฏิบัติเป็นสองกรณีออกจากกันอย่างชัดเจนนั้นอาจเป็นไปได้ยากสำหรับบางกรณี โดยยกตัวอย่างเช่น กฎเกณฑ์การทำงานที่กำหนดให้ลูกจ้างทุกคนมาทำงานวันศุกร์ กฎเกณฑ์นี้อาจพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงเนื่องจากการห้ามลูกจ้างที่มีความเชื่อทางศาสนาที่จะไม่ทำงานวันศุกร์อันจะส่งผลให้ไม่มีการจ้างงานลูกจ้างที่นับถือศาสนานั้น อีกนัยหนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า กฎเกณฑ์นี้มีลักษณะเป็นกลาง เนื่องจากใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนจึงไม่เลือกปฏิบัติโดยตรงแต่ส่งผลกระทบในทางลบต่อลูกจ้างที่นับถือศาสนาซึ่งมีหลักว่าจะไม่ทำงานวันศุกร์ ดังนั้นศาลจึงเห็นว่าการจำแนกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจนนั้นจะทำให้เกิดความยุ่งยากและทับซ้อนกันได้ อย่างไรก็ตามศาลก็ได้นำปัจจัยด้านผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect) ในแนวทางเดียวกับการพิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาประกอบการตีความด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายแคนาดาครอบคลุมทั้งกรณีเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม เพียงแต่ศาลมิได้ระบุจำแนกเป็นสองกรณีอย่างชัดเจนเท่านั้น

จะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายแคนาดานั้น มิได้พิจารณาความเท่าเทียมกันเฉพาะเนื้อหาของมาตรการหรือกฎเกณฑ์อันใดอันหนึ่งว่าปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนหรือแตกต่างกัน (Formal Equality) แต่มีแนวทางพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันในกรอบเชิงสาระ (Substantive Equality) กล่าวคือ ใช้ปัจจัย

¹⁹⁸ Egan v. Canada [1995] 2 SCR 513 (Canadian Supreme Court)

¹⁹⁹ British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGEU (1999) 3 SCR 3 (Supreme Court of Canada)

ต่างๆหลายปัจจัยมาประกอบการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือมาตรการนั้นส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันเชิงระบบ (Systematic Inequality) หรือไม่ ในการนี้ ปัจจัยสำคัญที่ศาลพิจารณาคือผลกระทบที่เกิดจากกฎเกณฑ์หรือมาตรการที่พิพาทว่าส่งผลกระทบในทางลบ (Adverse Effect หรือ Detriment Effect) ต่อผู้อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาจากผลกระทบนี้ เป็นหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) นั่นเอง อย่างไรก็ตาม หลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมิได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแคนาดา และศาลก็ได้วางหลักไว้ชัดเจนถึงความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม

4.5.2.3 หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายเยอรมัน

รัฐธรรมนูญเยอรมันกำหนดหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 3 ดังนี้²⁰⁰

(1) บุคคลย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย

(2) ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ให้รัฐดำเนินการสนับสนุนเพื่อบรรลุเป้าหมายแห่งความมีสิทธิเท่าเทียมกันของหญิงและชาย และก่อให้เกิดผลในการขจัดความไม่เท่าเทียมกันที่มีอยู่

(3) บุคคลไม่อาจจะถูกเลือกปฏิบัติได้เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด เผ่าพันธุ์ ความเชื่อ ความคิดในทางศาสนาหรือการเมือง บุคคลไม่อาจได้รับการปฏิบัติอย่างเสียเปรียบเพราะเหตุแห่งความพิการของบุคคลนั้น

จากหลักการตามรัฐธรรมนูญเยอรมันทั้งสามวรรคดังกล่าว อาจจำแนกหลักความเสมอภาคได้เป็น 3 กรณี กล่าวคือ²⁰¹

หลักความเสมอภาคทั่วไป ตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นข้อเรียกร้องทั่วไปถึงความเท่าเทียมกันในการใช้กฎหมาย หรือที่เรียกว่า ความเสมอภาคต่อกฎหมาย กับ หลักความเสมอภาคในการบัญญัติ

²⁰⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 129.

²⁰¹ เรื่องเดิม, หน้า 130-144.

กฎหมายหรือที่เรียกว่า ความเสมอภาคของกฎหมาย ซึ่งหลักดังกล่าวมีผลมาจากความเกี่ยวเนื่องกันระหว่าง มาตรา 3 วรรคหนึ่งกับ มาตรา 1 วรรคสาม²⁰²

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง ตามมาตรา 3 วรรคสอง เช่น ความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่าง หญิงและชาย นอกจากนี้ยังมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เช่น ความมีสถานะเท่าเทียมกันระหว่างเด็กที่เกิดนอกสมรสกับเด็กที่บิดามารดาสมรสกันตามกฎหมาย ความเสมอภาคของชาวเยอรมันในการรับราชการ เป็นต้น

หลักข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 3 วรรคสาม ซึ่งมีขอบเขตคุ้มครองในกรณีที่มีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นมีผลมาจากคุณสมบัติตามที่ได้บัญญัติไว้ จึงเป็นกรณีที่ทำให้การกระทำของรัฐจะกระทำต่อบุคคลนั้นหรือไม่หรือจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นอย่างไรโดยได้เชื่อมโยงกับคุณสมบัติดังกล่าว

รัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 1 (3) มีหลักว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และ ฝ่ายตุลาการ โดยให้ถือว่าเป็นสิทธิที่มีผลผูกพันโดยตรง” จะเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญเยอรมันผูกพันองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย จึงอาจจำแนกพิจารณาหลักความเสมอภาคได้อีก 3 กรณีได้แก่²⁰³

ความผูกพันของฝ่ายนิติบัญญัติต่อหลักความเสมอภาค กรณีนี้จะเกี่ยวข้องกับความเสมอภาคในการบัญญัติกฎหมาย หรือ ความเสมอภาคของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งนั้นจะต้องบัญญัติให้เป็นการทั่วไป มีผลใช้บังคับกับทุกคน ห้ามมิให้มีการบัญญัติกฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีผลใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ

ความผูกพันต่อฝ่ายปกครองต่อหลักความเสมอภาค กรณีนี้ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่เป็น การละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น นอกจากนี้จะมีการละเมิดหลักความเสมอภาคเมื่อฝ่ายปกครองปฏิบัติต่อกรณีเฉพาะเรื่องตั้งแต่ 2 กรณีขึ้นไปโดยปฏิบัติให้แตกต่างกัน สำหรับขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น หลักความเสมอภาคก็ถือว่าเป็นข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยหากฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจแตกต่างจากแนวปฏิบัติที่ผ่านมาก็จะต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคด้วย

²⁰² รัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 1 (3) มีหลักว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และ ฝ่ายตุลาการ โดยให้ถือว่าเป็นสิทธิที่มีผลผูกพันโดยตรง”

²⁰³ เรื่องเดิม, หน้า 145-152.

ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อหลักความเสมอภาค อาจจำแนกได้เป็น 3 กรณีคือ ความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าถึงศาล ความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาล และ ความเสมอภาคในการใช้กฎหมายโดยตุลาการต่อประชาชน

4.5.2.4 หลักความเสมอภาคตามกฎหมายสวีเดน

รัฐธรรมนูญสวีเดน วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในมาตรา 15 และ 16 ดังนี้

มาตรา 15 วางหลักว่า “กฎหมายหรือบทบัญญัติใดๆ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อพลเมืองในลักษณะกีดกันเนื่องจากการที่พลเมืองคนนั้นเป็นสมาชิกชนกลุ่มน้อย ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ชาติกำเนิด”

มาตรา 16 วางหลักว่า “กฎหมายหรือบทบัญญัติใดๆ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อพลเมืองในลักษณะกีดกันด้วยเหตุแห่งเพศ เว้นแต่บทบัญญัติดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง”

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว สวีเดนยังมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ คือ กฎหมายการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Act) ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางครอบคลุมมิติต่างๆ และเหตุต่างๆ ของการเลือกปฏิบัติ

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญสวีเดน มิได้กำหนดหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมเอาไว้ในลักษณะแยกต่างหากจากหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ แต่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติไว้เป็นหลัก ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่การคุ้มครองความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันนั่นเอง

4.5.2.5 หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายฟินแลนด์

รัฐธรรมนูญฟินแลนด์ กำหนดหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 6 ว่า

“บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย

บุคคลจะต้องไม่ถูกปฏิบัติแตกต่างกับบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งเพศ อายุ กำเนิด ภาษา ศาสนา การลงโทษ ความคิดเห็น สุขภาพ ความพิการ หรือ เหตุผลอื่นที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้น

เด็กจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในฐานะปัจเจกบุคคล

ความเท่าเทียมกันทางเพศจะได้รับการสนับสนุนในกิจกรรมทางสังคมและชีวิตการทำงาน โดยเฉพาะการจ่ายค่าจ้างและเงื่อนไขการจ้างแรงงาน ดังที่กำหนดรายละเอียดไว้ตามกฎหมาย”

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว การคุ้มครองความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศฟินแลนด์นั้น ปรากฏอยู่ในกฎหมายเฉพาะเรียกว่า กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติ ซึ่งในปี 2015 ได้มีการตรากฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติฉบับใหม่มีผลวันที่ 1 มกราคม 2015 (Non-Discrimination Act (1325/2014))

4.5.2.6 หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายสิงคโปร์

หลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติปรากฏในรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ มาตรา 12 ว่าด้วย “การคุ้มครองความเท่าเทียมกัน” (Equal Protection) มีหลักดังนี้

“(1) บุคคลทุกคนเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

(2) เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ สายโลหิต หรือ ถิ่นกำเนิด โดยกฎหมายใดๆ หรือ ในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการจ้างงานเจ้าพนักงาน หรือ ในการบริหารกฎหมายใดๆที่เกี่ยวข้องกับการได้มา การถือครองทรัพย์สิน หรือการจัดตั้ง หรือดำเนินการค้า ธุรกิจ วิชาชีพ หรือการจ้างแรงงาน

หลักความเท่าเทียมกันตามมาตรา 12 นี้ ศาลสิงคโปร์ตัดสินว่า ความเท่าเทียมกันมิได้หมายถึงการที่บุคคลทุกคนจะต้องถูกปฏิบัติเหมือนกัน แต่หมายถึงว่าบุคคลทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกันในสถานการณ์ที่เหมือนกัน²⁰⁴ ในการตีความมาตรา 12 ศาลได้ย้อนไปพิจารณาที่มาของหลักความเท่าเทียมกันจากกฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Magna Carta)²⁰⁵ ประกอบกับอ้างเหตุผลในคดี Public Prosecutor v. Su Liang Yu ที่ตัดสินตั้งแต่ปี 1976 ที่ว่า ความเท่าเทียมกันนั้นหมายถึงการบริหารจัดการให้เกิดความยุติธรรม²⁰⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลยังได้อ้างคำตัดสินในคดี Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor²⁰⁷

²⁰⁴ Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong [1998] 2 S.L.R.(R.) 489

²⁰⁵ ที่กล่าวว่า “To none will we sell, to none will we deny, to none will we delay right or justice”

²⁰⁶ Public Prosecutor v. Su Liang Yu (1976)

²⁰⁷ Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor [1980] UKPC 32

ที่ตีความมาตรา 12 ว่า “มุ่งคุ้มครองปัจเจกชนให้มีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นในสถานการณ์เช่นเดียวกัน (Similar Circumstances)”

ศาลสูงสุดได้ตีความมาตรา 12 ในคดี Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong²⁰⁸ โดยวางเกณฑ์สำหรับพิจารณาว่ากฎหมายหรือมาตรการที่พิพาทนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 12 หรือไม่ เกณฑ์ดังกล่าวมีสองขั้น (Stages) ดังนี้

ขั้นแรก พิจารณาว่า กฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันหรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า กฎหมายนั้นไม่ได้ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน กฎหมายนั้นก็ผ่านเกณฑ์นี้ และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่หากกฎหมายนั้นปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน ก็จะต้องพิจารณาขั้นที่สองต่อไป

ขั้นที่สอง พิจารณาว่า กฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลการจำแนกความแตกต่างที่ชอบหรือไม่ ในการนี้จะต้องแยกพิจารณาเป็นสองกรณีคือ

กรณีแรก พิจารณาว่า การจำแนกความแตกต่างระหว่างบุคคลในกลุ่มหนึ่งกับบุคคลที่อยู่นอกกลุ่มนั้น อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่สามารถเข้าใจได้หรือไม่ หากผลการพิจารณาชี้ว่า ไม่อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ กฎหมายนั้นก็เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากอยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่เข้าใจได้ ก็จะต้องพิจารณาในกรณีที่สองต่อไป

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

4.5.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างการกำหนดหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญประเทศต่างๆ

²⁰⁸ Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong [1998] 2 S.L.R.(R.) 489

หากพิจารณาโครงสร้างการบัญญัติหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญของไทยเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญทั้งสองประเทศมีโครงสร้างการบัญญัติหลักความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ **วรรคแรก วางหลักความเสมอภาคทั่วไป วรรคสองกำหนดหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง และ วรรคสามกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ** อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ ในกรณีของหลักห้ามเลือกปฏิบัตินั้น รัฐธรรมนูญเยอรมันกำหนด “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ให้น้อยกว่ารัฐธรรมนูญของไทย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเยอรมันมาตรา 3 วรรคสามครอบคลุม “เพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด เผ่าพันธุ์ ความเชื่อ ความคิดในทางศาสนาหรือการเมือง ความพิการ” โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ครอบคลุม “ ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง” อย่างไรก็ตาม การระบุคุณลักษณะตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นเป็นการทำให้เกิดความแน่ใจขั้นต่ำที่สุดต่อการเลือกปฏิบัติ ส่วนความแตกต่างในลักษณะอื่นๆ นอกจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 วรรคสาม จะต้องพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปไปตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง²⁰⁹ จะเห็นได้ว่า หากเป็นกรณีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ที่มิได้บัญญัติไว้ในส่วนหลักห้ามเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ก็ยังจะได้รับการคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคทั่วไป สำหรับรัฐธรรมนูญของไทยนั้น มีการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุที่อาจตีความครอบคลุมได้กว้าง เช่น “สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม” อย่างไรก็ตาม หากมีการตีความเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ไม่อาจจัดอยู่ในเหตุดังกล่าว หากพิจารณาตามแนวทางของเยอรมันก็อาจตีความให้อยู่ในความคุ้มครองของหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันทั่วไปตามวรรคแรกได้เช่นกัน

จากการศึกษา**รัฐธรรมนูญฟินแลนด์**ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฟินแลนด์มีรูปแบบโครงสร้างเริ่มจากวางหลักความเสมอภาคทั่วไป (มาตรา 6 วรรคแรก) จากนั้นวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติ (มาตรา 6 วรรคสอง) ต่อมาจึงวางหลักความเสมอภาคเฉพาะกรณี “เด็ก” (มาตรา 6 วรรคสาม) และ หลักความเสมอภาคเฉพาะกรณี “เพศ” (มาตรา 6 วรรคสี่) หากเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของไทยและเยอรมันจะพบว่า **รัฐธรรมนูญฟินแลนด์ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคนั้น จำแนกหลักความเสมอภาคออกเป็น 3 กรณี** เช่นเดียวกัน กล่าวคือ หลักความเสมอภาคทั่วไป หลักความเสมอภาคเฉพาะ และ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ สำหรับหลักความเสมอภาคเฉพาะนั้น รัฐธรรมนูญฟินแลนด์ เยอรมัน และไทย ต่างกำหนดหลักความเสมอภาคเฉพาะกรณีเหตุแห่ง “เพศ” แต่รัฐธรรมนูญฟินแลนด์มีการบัญญัติหลักความเสมอภาคเฉพาะกรณี “เด็ก” เพิ่มเติมขึ้นด้วย

²⁰⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดิม, หน้า 44.

หากเปรียบเทียบกับ**รัฐธรรมนูญสวีเดน** จะพบว่า มิได้บัญญัติหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันโดยทั่วไปไว้ แต่มีการวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (แต่มีข้อสังเกตว่า ไม่ได้ใช้คำว่า “Discrimination” โดยใช้คำว่า “Unfavourable treatment” ซึ่งอาจแปลว่า การปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่า หรือ การกีดกัน) โดยวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติเฉพาะกรณี กล่าวคือ มาตรา 15 (การห้ามเลือกปฏิบัติต่อชนกลุ่มน้อย (Minority) และ มาตรา 16 (และการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เพศ”)

หากเปรียบเทียบกับ**รัฐธรรมนูญสิงคโปร์**จะพบว่า โครงสร้างของการบัญญัติหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ แตกต่างจากโครงสร้างรัฐธรรมนูญเยอรมันและไทย เนื่องจาก วรรคแรก วางหลักความเสมอภาคทั่วไป วรรคสองกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยมีได้มีการจำแนกหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแต่อย่างไร โครงสร้างลักษณะนี้คล้ายคลึงกับ **รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้** ซึ่งมีการบัญญัติหลักความเสมอภาคทั่วไป (มาตรา 9 วรรคแรก) และ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (มาตรา 9 วรรคสาม และ วรรคสี่) ทั้งนี้รัฐธรรมนูญมิได้จำแนกความเสมอภาคทั่วไป กับ ความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง เช่น เพศ ดังเช่นรัฐธรรมนูญไทย เยอรมัน ฟินแลนด์

สำหรับ **รัฐธรรมนูญของมาเลเซีย** นั้นมีรูปแบบโครงสร้างการวางหลักความเสมอภาคโดยเริ่มจากวางหลักความเสมอภาคทั่วไป (มาตรา 8 วรรคแรก) หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (มาตรา 8 วรรคสอง วรรคสาม) และ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเฉพาะกรณีศาสนา (มาตรา 12) จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญมาเลเซีย ไม่มีการวางหลักความเสมอภาคเฉพาะกรณี เช่น ความเสมอภาคระหว่างเพศ ดังเช่นรัฐธรรมนูญของไทย เยอรมัน ฟินแลนด์ โดยมีเพียงหลักความเสมอภาคทั่วไป และ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติซึ่งจำแนกเป็นกรณีต่างๆ

หากเปรียบเทียบกับ**รัฐธรรมนูญแคนาดา**จะพบว่า รัฐธรรมนูญแคนาดามีโครงสร้างการบัญญัติหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติที่แตกต่างออกไปอีกรูปแบบหนึ่ง กล่าวคือ กำหนดการห้ามเลือกปฏิบัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของหลักความเท่าเทียมกัน โดยรวมอยู่ในมาตรา 15 (1) ทั้งหมด โดยมีได้จำแนกหลักความเสมอภาคทั่วไป หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติออกจากกันเป็นคนละวรรค

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการวางหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันดังกล่าวแล้ว อาจจำแนกรูปแบบและโครงสร้างของรัฐธรรมนูญในการบัญญัติหลักความเท่าเทียมกันได้ 3 รูปแบบดังนี้

รูปแบบแรก กำหนดจำแนกหลักความเท่าเทียมกัน ออกเป็น 3 กรณี คือ ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันทั่วไป ความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง และ หลักห้ามเลือกปฏิบัติ เช่น เยอรมัน ไทย ฟินแลนด์

รูปแบบที่สอง กำหนดจำแนกหลักความเท่าเทียมกัน ออกเป็น 2 กรณี คือ ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน และ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยมีได้จำแนกความเสมอภาคเฉพาะเรื่องออกจากความเสมอภาคทั่วไป โดยในรูปแบบนี้อาจจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบย่อย คือ

- จำแนกหลักความเสมอภาค ออกจาก หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยกำหนดไว้คนละวรรค เช่น แอฟริกาใต้ สิงคโปร์ มาเลเซีย

- กำหนดหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้รวมในวรรคเดียวกัน เช่น แคนาดา

รูปแบบที่สาม ไม่ระบุถึงหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมไว้ โดยมีเพียงกำหนดหลักการ “ห้ามเลือกปฏิบัติ” เช่น สวีเดน

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า การที่รัฐธรรมนูญไทยกำหนดหลักความเท่าเทียมกันเฉพาะเรื่องแยกออกมาต่างหากนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับรูปแบบของเยอรมัน ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญอีกหลายประเทศ ที่มีได้กำหนดหลักความเท่าเทียมกันเฉพาะเรื่องไว้ แต่ทั้งนี้เหตุผลเฉพาะต่างๆ นั้นก็ปรากฏอยู่ในเหตุแห่งการห้ามเลือกปฏิบัตินั่นเอง อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญของไทยมีข้อแตกต่างกับเยอรมันคือ แม้กำหนดหลักความเท่าเทียมเฉพาะเรื่องเฉพาะในส่วนของเหตุแห่งเพศเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน แต่รัฐธรรมนูญเยอรมันยังมีบทมาตรานี้อีกที่กำหนดหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอื่นๆ เช่น ความมีสถานะเท่าเทียมกันระหว่างเด็กที่เกิดนอกสมรสกับเด็กที่บิดามารดาสมรสกันตามกฎหมาย ความเสมอภาคของชาวเยอรมันในการรับราชการ เป็นต้น

4.5.4 วิเคราะห์หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปี 2540 และ 2550 ต่างบัญญัติรับรองถึงความเท่าเทียมกันไว้ สำหรับหลักการห้ามเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการคุ้มครองให้บุคคลได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมและเสมอภาคกันตามหลักดังกล่าว ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของไทยทั้งฉบับปี 2540 และ 2550 กำหนดหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันไว้ในวรรคแรกของมาตรา 30 ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า โดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองความเท่าเทียมกัน โดยมีการขยายความว่า การเลือกปฏิบัติถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งโดยหลักแล้วไม่สามารถกระทำได้ สำหรับโครงสร้างการกำหนดหลักความเสมอภาคที่เริ่มจากการกำหนดหลักความเสมอภาคทั่วไป ตามด้วยหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ นั้น จะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญหลายประเทศ เช่น เยอรมัน แอฟริกาใต้ ฟินแลนด์ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของไทยนั้นได้แยกหลักความเท่าเทียมกันออกเป็นวรรคหนึ่งต่างหาก โดยวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติแยกออกมาเป็นอีวรรค

หนึ่ง แต่ก็อยู่ในมาตราเดียวกัน ในขณะที่รัฐธรรมนูญต่างประเทศ เช่น แคนาดา กล่าวถึงหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในวรรคเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างการบัญญัติรัฐธรรมนูญในหลายประเทศดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า **การเลือกปฏิบัตินั้นเป็นส่วนขยายของหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน**นั่นเอง หรืออาจกล่าวได้ว่าหลักการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นส่วนหนึ่งของหลักความเสมอภาคดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลที่ตัดสินตามหลักการนี้ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 18/2547 อธิบายว่า “ มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะทางบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้ ซึ่งเป็นการวางหลักการให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ **โดยไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่แตกต่างต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน หรือไม่ออกหลักเกณฑ์ให้ มีผลปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ**” ศาลปกครองยังได้อธิบายหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญไว้ ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.22/2551 มีใจความสำคัญว่า “หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีหลักว่า**จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มี สาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญที่แตกต่างกันให้แตกต่างกันไป** ในส่วนต่อไปจะได้อธิบายแนวคำพิพากษาศาลไทย โดยใช้หลักความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ และหลักความเท่าเทียมกันเชิงสาระ

- กรณีพิพาทเกี่ยวกับกฎ ซึ่งศาลพิจารณาว่ากฎที่พิพาทใช้กับ ที่ดิน ที่เกาะ ซึ่งผู้ครอบครองยังมิได้มี หลักฐานการครอบครองทุกแห่งเสมอเหมือนกัน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.8 – พ.10/2546) จะเห็นได้ว่าคดีนี้เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบ (Formal Equality) กล่าวคือเนื้อหาของกฎนี้ใช้กับบุคคลที่เหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน

- การประเมินผลงานโดยจัดแบ่งข้าราชการออกเป็น 2 กลุ่ม แต่ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันและพิจารณาครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ทุกด้าน ศาลจึงเห็นว่าการประเมินผลการปฏิบัติงานในการพิจารณาแต่งตั้งครั้งนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 134/2548) จะเห็นได้ว่าคดีนี้เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal equality) กล่าวคือ หลักเกณฑ์การประเมินเดียวกันสำหรับผู้ถูกประเมินเพื่อเข้าสู่ตำแหน่งเดียวกัน

- การกำหนดเงื่อนไขบางอย่างกับผู้ยื่นขอดำรงตำแหน่งเดียวกับบุคคลอื่น ซึ่งบุคคลอื่นที่ขอดำรงตำแหน่งเดียวกันไม่ต้องกระทำการตามเงื่อนไขนั้น กรณีเช่นนี้ศาลเห็นว่ามี การปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันให้แตกต่างกันในสาระสำคัญอันเป็นการเลือกปฏิบัติ” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.

41/2552) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) กล่าวคือ เนื้อหาเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นมาเห็นได้ชัดว่ามีความแตกต่างกันระหว่างบุคคลที่เหมือนกัน

- การกำหนดให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมเป็นการให้สิทธิเหนือกว่าหรือดีกว่าผู้ที่ได้รับปริญญาตรีในสาขาเดียวกันแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยม ทั้งๆ ที่ได้รับวุฒิอย่างเดียวกัน ซึ่งมีศักดิ์และสิทธิที่สถาบันการศึกษารับรองเช่นเดียวกัน จึงเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.158/2550, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.379/2550) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) กล่าวคือ ภายใต้สมมุติฐานว่าบุคคลที่ได้รับปริญญาเกียรตินิยมและไม่ได้เกียรตินิยมมีความ “เหมือนกัน” เนื่องจากจบปริญญาตรีเช่นเดียวกัน ดังนั้น การกำหนดให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ได้เกียรตินิยมจึงเป็นกรณี queแสดงออกชัดเจนโดยเนื้อหาว่ามีการ ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน

- การกำหนดค่าทดแทนการเวนคืนที่แตกต่างกันแก่ที่ดินซึ่งมีสภาพเหมือนกัน เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1272/2545) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) กล่าวคือ โดยหลักการแล้ว ที่ดินซึ่งเหมือนกันควรจะต้องได้รับค่าทดแทนที่เท่าเทียมกัน ดังนั้นการกำหนดค่าทดแทนแตกต่างกันกับที่ดินเหมือนกันจึงเป็นการเลือกปฏิบัติ

- ผู้ครอบครองที่ดินที่ถูกเวนคืนเหมือนกัน แต่ถูกแบ่งกลุ่มและให้ค่าทดแทนไม่เท่ากัน ขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.22/2551) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) เนื่องจากการแบ่งกลุ่มคนที่ “เหมือนกัน” ออกเป็นสองกลุ่มและปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละกลุ่มแตกต่างกันออกไป

- กฎเกณฑ์ที่พิพาทส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ซึ่ง เป็นไปโดยมิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายจำกัดคุณสมบัติด้านตำแหน่งไว้เป็นการเฉพาะ ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างผู้มีสิทธิกับผู้ไม่มีสิทธิในการเลือกตั้ง และเข้ารับการเลือกตั้ง โดยไม่เป็นธรรมและไม่มีเหตุผลอันอาจรับฟังได้ อันขัดต่อหลักความเสมอภาค ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.17/2551) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) เนื่องจากสามารถเปรียบเทียบได้ว่าเกิดความแตกต่างกันระหว่างบุคคลสองกลุ่มที่มีลักษณะ “เหมือนกัน” โดยกลุ่มหนึ่งมีสิทธิเลือกตั้งและเข้ารับการเลือกตั้ง ในขณะที่อีกกลุ่มหนึ่งไม่มีสิทธิเลือกตั้งและไม่มีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้ง

- มติของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะรัฐมนตรี) ในการให้สิทธิพิเศษแก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ในการให้บริการเลขหมายโทรศัพท์แก่หน่วยงานของรัฐ อันมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนกับ ทศท. ไม่อาจให้บริการแก่หน่วยงานของรัฐได้และมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญาฯ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามที่มาตรา 30 ของ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.26/2546) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) เนื่องจากสามารถเปรียบเทียบได้ว่ามติที่พิพาทส่งผลให้เกิดความแตกต่างกันระหว่าง ทศท ที่ได้รับสิทธิพิเศษ ในขณะที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับสิทธิดังกล่าว

- การกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมในการขอใช้ไฟฟ้าสำหรับบุคคลบางกลุ่ม เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.357/2549) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) เนื่องจากโดยเนื้อหาของเงื่อนไขนั้นมีข้อกำหนดเพิ่มเติมสำหรับบุคคลบางกลุ่มในขณะที่บุคคลกลุ่มอื่นไม่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว

- การแบ่งลูกจ้างเป็น 3 กลุ่ม ตามช่วงเวลาการสมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ และให้สิทธิพิเศษเฉพาะกับลูกจ้างบางกลุ่ม เป็นการเลือกปฏิบัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.148/2549) กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) เนื่องจากสามารถเปรียบเทียบได้ว่าเนื้อหาข้อกำหนดดังกล่าวทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างลูกจ้างที่ “เหมือนกัน”

จะเห็นได้ว่า **โดยทั่วไปแล้วศาลพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal equality)** โดยมีหลักการพิจารณาว่า “องค์การของรัฐจะต้องไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน รวมทั้งไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ” หรืออาจกล่าวได้ว่า สิ่งที่เหมือนกันจะได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ในขณะที่สิ่งที่แตกต่างกันจะได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีมีข้อนาพิจารณาว่า แม้โดยรูปแบบหรือเนื้อหาแล้ว กฎ หรือ คำสั่งที่พิพาท มีความเท่าเทียมกัน กล่าวคือปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันด้วยความเหมือนกัน อันสอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา (Formal Equality) แต่หากพิจารณาภายใต้แนวคิดของหลักความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) แล้วอาจโต้แย้งได้ว่า กฎที่ดูภายนอกแล้วปฏิบัติต่อทุกคนเท่าเทียมกันดังกล่าว ส่งผลกระทบทางลบ (Adverse Effect หรือ Detriment Effect) ต่อผู้อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติหรือไม่ เช่น กรณีกฎของสถานศึกษาที่กำหนดให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้น ศาลเห็นว่า เป็นกฎที่ใช้กับนักศึกษาทุกคนที่สมัครเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาของผู้ถูกฟ้องคดีตามหลักการและเงื่อนไขต่างๆ เสมอเหมือนกันทุกคนไม่มีข้อกำหนดใดที่จะทำให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม โดยเกิดจากความแตกต่างตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.9/2546) กรณีนี้เห็นได้ว่า โดยเนื้อหาของกฎเกณฑ์ที่พิพาทซึ่งให้ใช้ภาษาอังกฤษในการเขียนวิทยานิพนธ์นั้นใช้บังคับกับนักศึกษาทุกคน มิได้มุ่งหมายใช้กับนักศึกษาบางคนด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งอาจโต้แย้งได้ว่า กฎเกณฑ์นี้แม้ใช้กับนักศึกษาทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลในทางปฏิบัติให้นักศึกษาที่ใช้ภาษาไทยเป็นภาษาหลักได้รับความเสียเปรียบนักศึกษาที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาหลัก หรือ นักศึกษาที่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ กับ นักศึกษาที่ไม่มีความชำนาญในการเขียนภาษาอังกฤษ จึงอาจขัดแย้งกับหลักความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ รวมทั้งอาจพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้ นอกจากนี้หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลให้

นักศึกษาบางเชื้อชาติหรือบางภาษาได้รับความเสียเปรียบนักศึกษาบางเชื้อชาติหรือบางภาษา ดังนั้นอาจจัดว่าเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้

4.6 มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative action) กับหลักความเท่าเทียมกัน

การปฏิบัติแตกต่างกันต่อสิ่งที่เหมือนกันโดยหลักแล้วเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct Discrimination) ซึ่งขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (Forma Equality) อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติที่เหมือนกันในบางกรณีอาจเกิดผลกระทบทำให้กลุ่มบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเสียเปรียบได้ เช่น การออกกฎหมาย มาตรการ ที่มีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) อันมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกันสำหรับทุกคน แต่ส่งผลกระทบให้บุคคลที่อยู่ในฐานะด้อยกว่าและจัดอยู่ในกลุ่มเชื้อชาติ สีผิว บางกลุ่มไม่สามารถได้รับสิทธิหรือโอกาสที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ดังนี้ การปฏิบัติที่เหมือนกันกลับส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติในความเป็นจริงหรือโดยพฤตินัย (De facto Discrimination) ด้วยเหตุนี้ จึงมีการพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ (Substantive Equality) ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ กล่าวคือ ในบางกรณีอาจมีความจำเป็นต้อง ปฏิบัติต่อสิ่งที่เหมือนกันแตกต่างกัน ทั้งนี้เพื่อเป็นการส่งเสริม สนับสนุน หรือช่วยเหลือ บุคคลบางกลุ่มให้ได้รับโอกาสและความเท่าเทียมกับบุคคลอื่นในสภาพความเป็นจริง โดยนัยนี้ จึงเกิดแนวคิดการกำหนดมาตรการบางอย่างขึ้นมาเพื่อให้สิทธิหรือโอกาสแก่บุคคลบางกลุ่มเป็นพิเศษ (Preferential Treatment) ซึ่งอาจเรียกว่า “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative Action) หรืออาจเรียกว่า “มาตรการพิเศษ” (Special measure)²¹⁰

ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้น มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกปรากฏในหลายคดี เช่น L. R. et al. v. Slovakia, Communication No. 31/2003, U.N. Doc. CERD/C/66/D/31/2003 (2005).²¹¹ ซึ่งเป็นกรณีรัฐบาลท้องถิ่นกำหนดมาตรการที่อยู่อาศัยราคาต่ำ (Low-cost housing) สำหรับผู้ยากจน ต่อมารัฐบาลท้องถิ่นยกเลิกมาตรการดังกล่าว จึงมีการร้องเรียนว่าการยกเลิกนั้นฝ่าฝืนต่อสิทธิที่จะได้รับที่อยู่อาศัย²¹² กรรมการเห็นว่า การยกเลิกมาตรการดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิในการได้รับที่อยู่อาศัยตาม ICERD และ ICESCR²¹³ โดยรัฐบาลไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อรับรองสิทธิของบุคคลในความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย (Equality Before the Law) ในการได้มาซึ่งสิทธิในที่อยู่อาศัย

²¹⁰ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศบางฉบับเรียกว่า “มาตรการพิเศษ” (Special measure) เช่น ข้อ 1.4 ของอนุสัญญา CERD อย่างไรก็ตาม ในงานวิจัยนี้ใช้คำว่า “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative measure) ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกัน

²¹¹ L. R. et al. v. Slovakia, Communication No. 31/2003, U.N. Doc. CERD/C/66/D/31/2003 (2005).

²¹² Article 5(e)(iii), International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination (ICERD).

²¹³ Article 11

มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก อาจพิจารณาในฐานะเป็นข้อยกเว้นของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติซึ่งปรากฏในกฎหมายต่างประเทศหลายประเทศ โดยอาจใช้คำเรียกเป็นอย่างอื่น เช่น ในประเทศแคนาดา มีกฎหมายระดับมลรัฐของ Ontario วางหลักเกี่ยวกับ “Special Program” ในฐานะมาตรการที่ส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่ได้รับยกเว้นไม่ให้เป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้กฎหมายสิทธิมนุษยชนของ Ontario วางหลักว่า สิทธิในความเท่าเทียมกันตามกฎหมายนี้ไม่ถูกละเมิดจากการปรับใช้หรือดำเนินโปรแกรมพิเศษซึ่งมุ่งหมายเพื่อบรรเทาความยากลำบากหรือความเสียเปรียบทางเศรษฐกิจหรือเพื่อสนับสนุนให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เสียเปรียบได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกัน หรือเป็นมาตรการที่มุ่งจัดการละเมิดสิทธิแห่งความเท่าเทียมกันตามกฎหมายนี้²¹⁴ ในหัวข้อนี้จะเริ่มจากการพิจารณาหลักการของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จากนั้นจะศึกษาตัวอย่างของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกในกรณีนิติการศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกา

4.6.1 มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้จะได้ชี้ให้เห็นถึงหลักการและการตีความกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้กรอบสหประชาชาติ ในกรณีของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก

ในกรณีของ ICCPR นั้น พบว่าความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ (General Comment No. 18)²¹⁵ เกี่ยวกับบทบัญญัติของ ICCPR ได้มีการอธิบายมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกไว้ว่า “หลักความเท่าเทียมกันอาจเกี่ยวข้องกับการกำหนดให้รัฐต้องดำเนินมาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวก เพื่อลดหรือขจัดเงื่อนไขซึ่งก่อให้เกิดหรือมีส่วนสนับสนุนให้เกิดการเลือกปฏิบัติอันต้องห้ามตาม ICCPR นี้ ตัวอย่างเช่น ในรัฐซึ่งปรากฏสภาพการณ์หรือเงื่อนไขบางประการอันทำให้คนกลุ่มหนึ่งถูกกีดกันหรือปฏิเสธสิทธิมนุษยชน รัฐก็จะต้องมีมาตรการโดยเฉพาะเพื่อแก้ไขปัญหานั้นหรือสภาพการณ์นี้ **มาตรการดังกล่าวอาจเกี่ยวข้องกับการให้สิทธิพิเศษบางประการกับบุคคลบางกลุ่มเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลกลุ่มอื่น**ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง トラบิตที่มาตรการดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อการแก้ไขการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงแล้ว มาตรการนั้นเป็นกรณีของ**ความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย**ตาม ICCPR” จะเห็นได้ว่า มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก โดยสภาพทั่วไปแล้วเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน แต่เมื่อความแตกต่างนั้นมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อเป็นการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมแก่ผู้ที่เสียเปรียบหรือด้อยโอกาส ก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ จึงอาจพิจารณาได้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันกรณีนี้เข้าเหตุยกเว้นทำให้เป็นเพียงความแตกต่างอันชอบด้วยกฎหมาย แต่มิใช่การเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ ความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ (General Comment No. 4)²¹⁶ เกี่ยวกับข้อ 3 ของ ICCPR ยังได้อธิบายว่า ICCPR ไม่เพียงแต่กำหนดให้รัฐต้องมีมาตรการ

²¹⁴ Section 14, Ontario Human Right Code.

²¹⁵ Human Rights Committee, General Comment No. 18

²¹⁶ Human Rights Committee, General Comment No.4

คุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติแต่ยังกำหนดให้ต้องจัดให้มี “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative action) เพื่อรับรองสิทธิต่างๆตามที่กำหนดไว้ใน ICCPR”

ความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ (General Comment No.23)²¹⁷ ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับมาตรการเชิงบวก (Positive Action) ในกรณีชนกลุ่มน้อย คณะกรรมการได้อธิบายว่า สิทธิตาม ICCPR นั้นเป็นสิทธิของปัจเจกชน แต่ย้ำว่า “มาตรการเชิงบวก (Positive action) โดยรัฐอาจมีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิของชนกลุ่มน้อยเกี่ยวกับการพัฒนาวัฒนธรรม ภาษา และการปฏิบัติเกี่ยวกับศาสนา”

ตัวอย่างของคดีที่พิจารณาตามบทบัญญัติของ ICCPR อันเกี่ยวข้องกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก เช่น²¹⁸ *Stalla Costa v. Uruguay* คดีนี้เป็นกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษเกี่ยวกับการเข้าถึงบริการสาธารณะ แต่ด้วยมีเหตุผลเพราะกลุ่มเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเคยถูกเลิกจ้างอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุเกี่ยวกับความคิดเห็น การเมือง และการเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเห็นว่ากรณีนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากเป็นกรณีของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังได้ยอมรับมาตรการของรัฐในการกำหนดโควตาสำหรับตำแหน่งบางอย่างให้กับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น กรณีที่อินเดียกำหนดโควตาสำหรับตำแหน่งทางการเมืองท้องถิ่นสำหรับผู้หญิง รวมทั้งสำหรับสมาชิกกลุ่มชาติพันธุ์บางกลุ่ม²¹⁹

ในกรณีของ CERD นั้น ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกไว้ดังนี้

“มาตรการพิเศษที่จัดให้มีขึ้นตามความจำเป็น โดยมีเจตนาเพื่อประกันให้มีความก้าวหน้าอย่างเพียงพอในหมู่ชนบางเชื้อชาติหรือบางเผ่าพันธุ์ หรือบุคคลบางกลุ่มที่ต้องการความคุ้มครอง เพื่อให้กลุ่มหรือบุคคลเหล่านั้นได้มีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างเสมอภาค จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวต้องไม่ก่อให้เกิดการอ้างไว้ซึ่งสิทธิที่แตกต่างกันระหว่างกลุ่มชนเชื้อชาติต่างๆ และจะไม่คงอยู่ต่อไปภายหลังจากที่ได้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้แล้ว”²²⁰

“เมื่อสถานการณ์เหมาะสมและโดยคำนึงถึงด้านสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และอื่นๆ รัฐภาคีจะจัดให้มีมาตรการพิเศษและเป็นรูปธรรมเพื่อประกันให้มีการพัฒนาอย่างพอเพียงและให้การคุ้มครองแก่กลุ่มชนหรือบุคคลบางเชื้อชาติโดยมีเจตนารมณ์ที่จะประกันให้บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้น

²¹⁷ Human Rights Committee, General Comment No.23

²¹⁸ *Stalla Costa v. Uruguay* , No. 198/1985

²¹⁹ Human Rights Committee, Concluding Observations on India, 1997

²²⁰ Article 1 (4), CERD

พื้นฐานอย่างสมบูรณ์และอย่างเสมอภาค ทั้งนี้ มาตรการเหล่านี้จะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกสิทธิที่ไม่เท่าเทียมกันสำหรับกลุ่มชนต่างเชื้อชาติอย่างต่อเนื่องภายหลังจากที่ได้บรรลุวัตถุประสงค์นั้นแล้ว”²²¹

สำหรับการตีความ CERD นั้น ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 32) ได้อธิบายว่า รัฐมีพันธกรณีในการจัดให้มีมาตรการพิเศษ (Special Measures) โดยกำหนดเกณฑ์สำหรับมาตรการพิเศษ ว่าจะต้องมีลักษณะดังนี้²²²

- ต้องใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการรับรองให้เกิดความเท่าเทียมกันของสิทธิสำหรับคนบางกลุ่ม
- ต้องมีความเหมาะสมกับสถานการณ์ที่ประสงค์จะเยียวยา
- ต้องมีความชอบด้วยกฎหมาย
- ต้องมีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย
- ต้องสอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมและความได้สัดส่วน
- ต้องมีลักษณะชั่วคราว (Temporary)

นอกจากนี้ ยังอธิบายว่า มาตรการพิเศษจะต้องนำมาใช้ตามความจำเป็นหลังจากได้มีการหารือกับสมาชิกในกลุ่มชุมชนที่เกี่ยวข้อง²²³ รวมทั้งภายใต้เงื่อนไขว่ามาตรการดังกล่าวต้องไม่นำไปสู่การคงไว้ซึ่งระบบที่แบ่งแยกสิทธิสำหรับกลุ่มเชื้อชาติบางกลุ่ม²²⁴

นอกจากนี้ ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 29) ยังได้รับรอง มาตรการพิเศษที่ปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มเป็นพิเศษด้วยเหตุแห่งบรรพบุรุษ (Decent-Based Group) เพื่อการรับรองสิทธิตาม CERD โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของกลุ่มบุคคลดังกล่าวในการเข้าถึงบริการสาธารณะ การจ้างแรงงาน การศึกษา²²⁵ นอกจากนี้สำหรับกรณีเฉพาะของบางกลุ่มเชื้อชาตินั้น พบว่ามีข้อเสนอแนะทั่วไปซึ่งเรียกร้องให้รัฐจัดให้มีมาตรการพิเศษสำหรับกลุ่มเชื้อชาติบางกลุ่มโดยเฉพาะ เช่น กรณีชาว “Roma” (General Recommendation No.27)²²⁶ ซึ่งตามความเห็นทั่วไปเห็นว่าเป็นกลุ่มที่เสียเปรียบและถูกเลือกปฏิบัติมากที่สุดกลุ่มหนึ่งในโลกยุคปัจจุบัน โดยเรียกร้องให้รัฐจัดให้มีมาตรการพิเศษสำหรับคนกลุ่มนี้ในมิติต่างๆ เช่น การศึกษา การจ้างแรงงาน เป็นต้น

²²¹ Article 2, CERD

²²² Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Comment No. 32, para. 21 and 16

²²³ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Comment No. 32, para. 16 and 18

²²⁴ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Comment No. 32, para. 26

²²⁵ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Comment No. 29, para. 6, 36. and 28

²²⁶ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 27

ในกรณีของ CEDAW หลักการเกี่ยวกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก ซึ่งเรียกว่า “มาตรการพิเศษ” มีดังนี้²²⁷

“การที่รัฐภาคีออกมาตรการพิเศษชั่วคราว ซึ่งมุ่งที่จะเร่งรัดให้มีความเสมอภาคที่แท้จริงระหว่างบุรุษและสตรี จะไม่ถือว่าการเลือกปฏิบัติตามที่นิยามความหมายไว้ในอนุสัญญาฉบับปัจจุบัน แต่จะโดยประการใดก็ตาม ต้องไม่มีการคงมาตรฐานอันไม่เสมอภาคหรือแบ่งแยกไว้ในฐานะเป็นผลที่ตามมา มาตรการเหล่านี้จะสิ้นสุดเมื่อได้บรรลุวัตถุประสงค์ของความเสมอภาคของโอกาสและการปฏิบัติ”

สำหรับการตีความ CEDAW นั้น พบว่า ข้อเสนอแนะทั่วไป (General Recommendation No. 25) ได้อธิบายถึงทางเลือกในการใช้ถ้อยคำต่างๆ ในความหมายของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก เช่น “Special measure”, “Positive action”, “Positive measure”, “Reverse discrimination”, “Positive discrimination” เป็นต้น นอกจากนี้ยังอธิบายว่า มาตรการทั่วไปซึ่งมีลักษณะชั่วคราวนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกลยุทธ์อันจำเป็น (Necessary strategy) อันนำไปสู่ความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive equality) มากกว่าจะถือว่าเป็นข้อยกเว้นของการห้ามเลือกปฏิบัติ สำหรับในประเด็นเกี่ยวกับลักษณะ “ชั่วคราว” ของมาตรการพิเศษนั้น เห็นว่าจะต้องไม่มีลักษณะถาวรหรือยาวนานตลอดไป แต่มีได้ระยะไปถึงช่วงเวลาไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้เนื่องจากต้องพิจารณาให้เหมาะสมกับผลที่ต้องการและปัญหาที่ต้องการแก้ไข ดังนั้นจึงไม่สามารถระบุเวลาสำหรับมาตรการดังกล่าวให้ชัดเจนไว้ล่วงหน้าได้²²⁸ สำหรับกรณีมาตรการพิเศษที่เฉพาะเจาะจงนั้น ข้อเสนอแนะทั่วไป (General Recommendation No. 23) ได้สนับสนุนการดำเนินมาตรการด้วยการกำหนดโควตาที่เกี่ยวกับตำแหน่งงานภาครัฐและตำแหน่งทางการเมืองเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างเพศ²²⁹

สำหรับ ICESCR นั้น พบว่ามีการตีความหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกหรือมาตรการพิเศษ ดังจะเห็นได้จาก

- ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 16)²³⁰ หลักการของความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติโดยตัวของมันแล้วไม่เป็นการเพียงพอเสมอไปสำหรับการรับรองให้เกิดความเท่าเทียมอย่างแท้จริง ดังนั้น มาตรการพิเศษซึ่งมีลักษณะชั่วคราวจึงมีความจำเป็นเพื่อให้กลุ่มเสียเปรียบหรือกลุ่มที่ถูกกีดกันได้อยู่ในสถานะเท่าเทียมกับผู้อื่น มาตรการพิเศษมิได้มุ่งหมายเฉพาะความเท่าเทียมกันโดยนิตินัยหรือความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (De Jure or Formal Equality) เท่านั้น แต่ยังมุ่งให้เกิดความเท่าเทียมกันเชิงพฤตินัยหรือเชิงสาระ (De facto or substantive equality) ระหว่างเพศชายและหญิง อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักความเท่าเทียมกันนั้น รัฐอาจต้องดำเนินมาตรการในลักษณะปฏิบัติเป็นพิเศษต่อผู้หญิง

²²⁷ Article 4, CEDAW

²²⁸ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No.25, para. 18 and 20

²²⁹ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No.23

²³⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.16

เพื่อที่แก้ไขสภาพหรือเงื่อนไขอันก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ตราบใดที่มาตรการดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อเยียวยาการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย (De Facto Discrimination) และยุติลงเมื่อบรรลุถึงความเท่าเทียมกันเชิงพฤตินัยหรือเชิงสาระแล้ว มาตรการพิเศษตามความหมายนี้เป็นความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย (Such Differentiation is Legitimate)

- ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 5) รับรองมาตรการเชิงบวก (Positive Action) เพื่อแก้ไขความเสียเปรียบของผู้พิการในการได้มีส่วนร่วมในสังคมอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพ²³¹

- ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 20) เน้นย้ำว่า ในบางกรณี รัฐอาจต้องดำเนินมาตรการพิเศษเพื่อแก้ไขสภาพซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ²³²

- สำหรับเงื่อนไข “ทั่วไป” ของมาตรการนั้น ความเห็นทั่วไป (General Comment No. 13) ย้ำว่ามาตรการพิเศษจะต้องมีลักษณะชั่วคราวและมาตรการดังกล่าวจะมีความชอบด้วยกฎหมายตราบใดที่อยู่ภายใต้เงื่อนไข “สมเหตุสมผล สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ และได้สัดส่วน ในการแก้ไขการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย”²³³

นอกจาก “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative Action) แล้ว ยังมีกรณีการปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศไม่ถือเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” เช่นกรณีของ “การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล” (Reasonable Accommodation) ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก ทั้งนี้เพราะว่าการปฏิบัติเช่นนี้ ในแห่งหนึ่งเป็นการปฏิบัติเป็นพิเศษสำหรับบุคคลบางกลุ่ม จึงอาจมองว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากบุคคลกลุ่มอื่นไม่ได้รับการปฏิบัติเช่นนั้น แต่ในอีกแห่งหนึ่งอาจมองว่า แม้เป็นการปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มแตกต่างจากบุคคลทั่วไป แต่อยู่ภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมหรือช่วยเหลือบุคคลดังกล่าวซึ่งในสภาพความจริงมีความเสียเปรียบบุคคลอื่นให้ได้รับโอกาสหรือสิทธิที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ดังนั้นจึงได้รับการยกเว้นไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น

- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities หรือ CRPD) กำหนดความหมายของ “การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล” ไว้ว่า หมายถึง “การเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงที่จำเป็นและเหมาะสมโดยไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินควรหรือเกินสัดส่วน เฉพาะในกรณีที่จำเป็น เพื่อประกันว่าคนพิการได้อุปโภค และใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น”²³⁴

²³¹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.5

²³² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.20

²³³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.13

²³⁴ Article 2, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศจะยกเว้นให้การปฏิบัติแตกต่างกันในกรณี มาตรการยืนยันสิทธิ หรือ การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล ไม่ให้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังอาจกำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีต้อง ดำเนินการจัดให้มีมาตรการดังกล่าวด้วยเพื่อให้บรรลุถึงหลักความเสมอภาคหรือเท่าเทียมกัน ดังเช่น CRPD กำหนดว่า “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการหมายถึง ..การปฏิเสธการช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล” (Denial of Reasonable Accommodation)²³⁵

อาจสรุปได้ว่า มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก หรือ “มาตรการพิเศษ” นั้นมีการใช้คำเรียกแตกต่างกันได้หลายคำ เช่น “Affirmative Action” “Special Measure”, “Positive Action”, “Positive Measure”, “Reverse Discrimination”, “Positive Discrimination”²³⁶ แม้ว่ามาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก หรือ มาตรการพิเศษนั้น โดยเนื้อหาสาระมีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน หากพิจารณาภายใต้หลักความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบและการเลือกปฏิบัติโดยตรงแล้ว มาตรการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากการให้สิทธิพิเศษ (Preferential Treatment) แก่บุคคลบางกลุ่ม อย่างไรก็ตาม กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายใต้กรอบสหประชาชาตินั้น นอกจากรับรองว่ามาตรการดังกล่าวไม่เป็นการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดให้มีมาตรการดังกล่าวเพื่อแก้ไขการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย (Defacto Discrimination) และเพื่อบรรลุถึงความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือเกณฑ์ที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ เช่น

- ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขสภาพความไม่เท่าเทียมกันในเชิงสาระหรือการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย
- ต้องเป็นมาตรการที่ สมเหตุสมผล ได้สัดส่วน และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว
- ต้องไม่คงอยู่อย่างต่อเนื่อง กล่าวคือ ต้องมีลักษณะชั่วคราว ตามความจำเป็น

การฝึกอบรม ตัวอย่างเช่น กฎหมายของสหราชอาณาจักร²³⁷ กำหนดให้นายจ้างสามารถจัดให้มีการฝึกอบรมสำหรับลูกจ้างบางกลุ่มหรือส่งเสริมให้ลูกจ้างบางกลุ่ม โดยเฉพาะกลุ่มที่เสียเปรียบ (Under-represented group) ได้รับโอกาสในการทำงาน แต่ห้ามการให้สิทธิพิเศษดังกล่าวในขั้นตอนการสรรหาพนักงาน (Recruitment) เว้นแต่คุณสมบัตินั้นมีความจำเป็นและเกี่ยวข้องกับงานโดยแท้จริง

²³⁵ Article 2, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

²³⁶ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No.25, para. 17

²³⁷ Section 38 , Race Relations Act 1976 ; Section 48 , Sex Discrimination Act 1975

ตัวอย่างคดีตามกฎหมายต่างประเทศ

ศาลสูงสุดอินเดียตัดสินว่า การแต่งตั้งผู้หญิงเป็นพิเศษ ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ (The Government of Andhra Pradesh v. P B Vijayakumar, 1995)

แอฟริกาใต้ กฎระเบียบเกี่ยวกับเงินสวัสดิการสำหรับตำแหน่งบางตำแหน่งที่ต้องมีการสมทบเป็นพิเศษจากนายจ้างซึ่งแตกต่างจากตำแหน่งอื่นๆ ศาลเห็นว่า เป็นกรณีความแตกต่างที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เพราะเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Minister of Finance and others v. Van Heerden, 2004)

4.6.2 หลักความเท่าเทียมกันและมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกในต่างประเทศ : ศึกษากรณีนิติการศึกษา

มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกอาจปรากฏในมิติต่างๆ เช่น แรงงาน การศึกษา บริการสาธารณะ สำหรับในส่วนนี้จะนำเอามิติด้านการศึกษามาเป็นกรณีศึกษาในการวิเคราะห์ สำหรับในกฎหมายต่างประเทศนั้น ผู้วิจัยจะได้ศึกษากรณีของกฎหมายสหรัฐอเมริกา ซึ่งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกันในมิติของการศึกษานั้น ในบางกรณีอาจไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้เนื่องจากมาตรการ นโยบาย หรือกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ถิ่นกำเนิด หรือเหตุอื่นนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลดความแตกต่างและสร้างความเท่าเทียมกัน จึงถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นซึ่งทำให้การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยจัดเป็นมาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวก เช่น คดี Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education²³⁸ ซึ่งเป็นกรณีของเมือง Charlotte ในมลรัฐ North Carolina มีการกำหนดนโยบายรณนักเรียนเพื่อรับนักเรียนผิวสีไปเรียนที่โรงเรียนซึ่งมีเด็กผิวขาวส่วนมากเรียนอยู่ โจทก์ฟ้องว่านโยบายรณนักเรียนดังกล่าวเป็นการจำแนกความแตกต่างและไม่เท่าเทียมกัน ศาลตัดสินว่านโยบายนี้เป็นการแก้ปัญหาค่าความไม่สมดุลทางเชื้อชาติ (Racial Imbalance) แม้ว่าความไม่สมดุลดังกล่าวเกิดจากการกำหนดให้นักเรียนเข้าเรียนตามพื้นที่ (Neighborhood Policy) แต่ก็ไม่ได้เกิดจากมูลเหตุจูงใจในการแบ่งแยกสีผิว ดังนั้นนโยบายนี้จึงมีความเหมาะสมเพื่อให้เด็กนักเรียนมีโอกาสเรียนเท่าเทียมกัน จะเห็นได้ว่ามาตรการหรือนโยบายดังกล่าวนี้ อาจมองว่าเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่จัดอยู่ในลักษณะของมาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวก “Affirmative Action” เพื่อช่วยให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างเด็กนักเรียนที่มีความแตกต่างกันให้ได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

²³⁸ Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education 402 U.S. 1 (1971)

ประเด็นของมาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวกที่สำคัญในบริบทของการศึกษาจะเห็นได้จากนโยบายของสถานศึกษาในการให้โควตาสำหรับกลุ่มบุคคลบางกลุ่ม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้โควตาด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเช่น เชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด สีผิว ดังเช่น ในคดี *Regents of University of California v. Bakke*²³⁹ ซึ่งเป็นกรณีที่มหาวิทยาลัยมีนโยบายรับนักศึกษาด้วยโควตาที่กำหนดขึ้นจากมูลเหตุเชื้อชาติ (Racial Quota) กล่าวคือจำกัดที่นั่งจำนวน 16 ที่นั่งจาก 100 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 14²⁴⁰ หรือไม่ ศาลอธิบายว่าหลักความเท่าเทียมกันคุ้มครองบุคคลทุกเชื้อชาติ สีผิว อย่างไรก็ตามการปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวแตกต่างกันนั้นอาจทำได้ต่อเมื่อเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สำคัญที่รัฐพึงปกป้อง (Compelling State Interest)

จะเห็นว่าศาลได้นำหลักวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายมาพิจารณาว่าโควตาดังกล่าวเป็นไปเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์อันเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สำคัญของรัฐที่พึงปกป้อง หรือไม่ กล่าวคือ หากการกำหนดโควตานี้เป็นไปด้วยวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สำคัญของรัฐแล้ว ก็ไม่เป็นการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน หรืออีกนัยหนึ่งก็คือเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกซึ่งจัดว่าเป็นข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติตนเอง

มหาวิทยาลัยอ้างว่าโควตาดังกล่าวเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สำคัญของรัฐในการช่วยเพิ่มจำนวนแพทย์ซึ่งเป็นคนกลุ่มน้อยและช่วยให้ชุมชนของคนกลุ่มน้อยได้มีแพทย์เพิ่มขึ้น ศาลเห็นว่าข้ออ้างนี้ยังไม่มีเหตุผลเพียงพอเนื่องจากวัตถุประสงค์ที่กล่าวอ้างสามารถทำให้บรรลุได้เช่นกัน หากรับแพทย์คนผิวขาวเพิ่มขึ้นและแพทย์ซึ่งเป็นคนผิวขาวเข้ามาปฏิบัติงานในชุมชนของคนกลุ่มน้อย อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่า การส่งเสริมให้เกิดความหลากหลายในเชื้อชาติของนักศึกษาที่รับเข้ามาแต่ละปีนั้น (Racially Diverse Student Body) เป็นผลประโยชน์สำคัญอันหนึ่งซึ่งรัฐพึงปกป้อง

²³⁹ *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978)

²⁴⁰ Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution

อย่างไรก็ตาม นโยบายกำหนดโควตาจำนวนหนึ่งให้ชนกลุ่มน้อย เป็นการเลือกปฏิบัติต่อโจทก์ เนื่องจากยังมีมาตรการอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า (Less Restrictive Program) อันสามารถนำมาปรับใช้ เพื่อบรรลุซึ่งวัตถุประสงค์อันประกอบด้วยผลประโยชน์สำคัญดังกล่าว เช่น การนำปัจจัยด้านเชื้อชาติ สีผิว มาเป็นปัจจัยหนึ่งสำหรับการประกอบการพิจารณารับนักศึกษา (Making Race One of Several Factors in Admission) เช่นบางมหาวิทยาลัยซึ่งไม่ได้กำหนดโควตาสำหรับชนกลุ่มน้อยด้วยจำนวนที่กำหนดแน่นอน แต่มีความพยายามในการรับนักศึกษาเชื้อชาติ สีผิว ต่างๆให้เกิดความหลากหลาย ซึ่งศาลยกตัวอย่างให้เห็นว่า นโยบายของสถานศึกษาที่นำเอาเชื้อชาติ สีผิว มาเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งในหลายๆปัจจัยสำหรับการรับนักศึกษานั้นสามารถทำได้ เนื่องจากไม่เป็นการจำกัดสิทธิของคนบางกลุ่มจนเกินไป สำหรับนโยบายเช่นนี้ ผู้สมัครผิวขาวอาจเสียเปรียบผู้สมัครผิวสีในแง่เชื้อชาติ สีผิว แต่ยังมีสิทธิแข่งขันด้วยปัจจัยอื่นๆ เช่น ความสามารถในทางวิชาการ การทำกิจกรรม กีฬา ฯลฯ ดังนั้นนโยบายดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือ อื่นๆหนึ่งก็คือ ถือว่าเป็นมาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวกที่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการดังกล่าวถูกศาลนำมาใช้ในปี 2003 ดังจะเห็นได้จากคดี *Grutter v. Bollinger*²⁴¹ ซึ่งเป็นกรณีนักศึกษาผิวขาวผู้มีการเรียน 3.8 ถูกปฏิเสธการรับเข้าศึกษาต่อในมหาวิทยาลัยเนื่องจากนโยบายใช้ปัจจัยด้านเชื้อชาติเป็นปัจจัยหนึ่งสำหรับการพิจารณารับนักศึกษา นักศึกษาผู้นี้จึงฟ้องว่าการใช้ปัจจัยดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14

ในการพิจารณาว่าเกณฑ์การคัดเลือกของมหาวิทยาลัย Michigan นั้นเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) ซึ่งทำได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ 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) แต่มีการนำปัจจัยอื่นๆเข้ามาประกอบการพิจารณาสำหรับผู้สมัครแต่ละรายด้วย ซึ่งแตกต่างกับระบบโควตา ดังที่ศาลในคดี *Regents of the University of California v. Bakke* ตัดสินว่าระบบโควตานี้ยังมีมาตรการทางเลือกอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า ซึ่งก็คือมาตรการนำเอาปัจจัยด้านเชื้อชาติมาประกอบการพิจารณาดังเช่นในคดีนี้ ดังนั้นในคดีนี้จึงไม่ใช่กรณีที่ยังมีมาตรการอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า ด้วยเหตุนี้มาตรการดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

จะเห็นได้ว่า จากเหตุผลในคำพิพากษาคดีนี้ แสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลัก “มาตรการยืนยันสิทธิในเชิงบวก” (Affirmative Action) โดยศาลได้วางหลักที่สำคัญดังนี้

²⁴¹ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)

- มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคล ซึ่งไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ หากมาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สำคัญที่รัฐพึงปกป้อง (Compelling State Interest) ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ใด และวัตถุประสงค์นั้นคือประโยชน์สำคัญที่รัฐพึงปกป้องหรือไม่ การส่งเสริมให้เกิดความหลากหลายทางเชื้อชาติ สีผิว ด้วยการนำเอาปัจจัยดังกล่าวมาประกอบการพิจารณารับนักศึกษา ถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับผลประโยชน์สำคัญดังกล่าว

- มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก จะต้องมิชอบเขตที่จำกัด กล่าวคือต้องพิจารณาว่า เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว นั้น ยังมีมาตรการอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า (Less Restrictive Program) หรือไม่ หากยังมีมาตรการอื่นแล้ว ก็จะต้องใช้มาตรการอื่นก่อน ตัวอย่างเช่น การจำกัดโควตารับนักศึกษาบางเชื้อชาติ ด้วยจำนวนที่แน่นอนลงไป ศาลในคดี *Regents of the University of California v. Bakke* เห็นว่ายังมีมาตรการอื่นนอกจากมาตรการเช่นนี้ ซึ่งอาจนำมาใช้เพื่อบรรลุถึงการส่งเสริมความหลากหลายทางเชื้อชาติของนักศึกษา แต่ในคดี *Grutter v. Bollinger*²⁴² ศาลเห็นว่ามาตรการที่นำเอาปัจจัยด้านเชื้อชาติมาประกอบการพิจารณารับศึกษานั้นไม่ขัดต่อกฎหมายเนื่องจากไม่ใช่กรณีที่ยังมีมาตรการอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า

4.6.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

หากพิจารณาตามกฎหมายไทย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า ตามรัฐธรรมนูญทั้งฉบับปี 2540 และ 2550 ได้วางหลักเกี่ยวกับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกไว้ในมาตรา 30 ที่ว่า **“มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”** ทั้งนี้เนื่องจากมาตรการดังกล่าวแม้ว่าส่งผลเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่มุ่งหมายเพื่อบรรลุหลักการสำคัญคือความเท่าเทียมกัน (Equality) จึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างซึ่งไม่ขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ

สำหรับในมิติของการศึกษานั้น พบว่ามีกฎหมายไทยหลายฉบับซึ่งมีหลักการในลักษณะของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก เช่น พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2545 วางหลักให้กระทรวงศึกษาธิการ คณะกรรมการเขตพื้นที่การศึกษา องค์กรส่วนปกครองท้องถิ่น และ สถานศึกษา จัดการศึกษาเป็นพิเศษสำหรับเด็กที่มีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา อารมณ์ สังคม การสื่อสาร

²⁴² *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)

และ การเรียนรู้ หรือมีร่างกายพิการ หรือ หูพพลภาพ หรือเด็กซึ่งไม่สามารถพึ่งตนเองได้ หรือ ไม่มีผู้ดูแล หรือด้อยโอกาส หรือเด็กที่มีความสามารถพิเศษให้ได้รับการศึกษาภาคบังคับด้วยรูปแบบและวิธีการที่เหมาะสม รวมทั้งการได้รับสิ่งอำนวยความสะดวก²⁴³ จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ กำหนดหลักการเพื่อให้บุคคลได้มีโอกาสเข้ารับการศึกษ ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติซึ่งกำหนดให้มีการศึกษาภาคบังคับไว้ ดังนั้นพระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับจึงเป็นกฎหมายที่มุ่งส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันและความเสมอภาคทางการศึกษา

สำหรับการที่พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ และ พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ กำหนดหลักการให้จัดการศึกษาสำหรับบุคคลบางกลุ่มเป็นพิเศษ มีลักษณะเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลบางกลุ่ม²⁴⁴ ซึ่งโดยหลักแล้วเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม การจัดการศึกษาเป็นพิเศษนี้อาจเทียบได้กับมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) เพื่อให้บุคคลที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าวได้มีโอกาสเข้าถึงการศึกษาที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป

นอกจากกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาทั้งสองฉบับดังกล่าว ยังมีกฎหมายเฉพาะกรณีการศึกษาสำหรับคนพิการ คือ **พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. 2551** ซึ่งวางหลักรับรองสิทธิในการศึกษาของคนพิการ²⁴⁵ โดย ให้สถานศึกษาในทุกสังกัดจัดทำแผนการศึกษาเฉพาะบุคคลให้สอดคล้องกับความต้องการจำเป็นพิเศษของคนพิการ²⁴⁶ รวมทั้งให้เงินอุดหนุนและความช่วยเหลือเป็นพิเศษจากรัฐแก่สถานศึกษาทั้งของรัฐและเอกชนที่จัดการศึกษาสำหรับคนพิการ²⁴⁷ จะเห็นได้ว่า มาตรการตามกฎหมายฉบับนี้ปฏิบัติต่อคนพิการในมิติของการศึกษาแตกต่างจากบุคคลอื่น แต่การปฏิบัติต่างกันั้นนี้เป็นไปเพื่อให้คนพิการได้มีโอกาสในการศึกษาเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป จึงจัดเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Action) ได้เช่นกัน

หากเปรียบเทียบในมิติการศึกษากับกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่นำมาวิเคราะห์ข้างต้นพบว่า มาตรการที่ให้สิทธิพิเศษ (Privilege) สำหรับบุคคลบางกลุ่มอาจจัดเป็นมาตรการพิเศษซึ่งเป็นข้อยกเว้นจากการห้ามเลือกปฏิบัติได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่ศาลกำหนดไว้ หากเปรียบเทียบกับกรณีของไทย พบว่า หลักการตามกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาข้างต้นก็อาจจัดเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกหรือมาตรการพิเศษได้เช่นกัน นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเคยพิจารณาว่า “**..การกำหนดหลักเกณฑ์การรับนักเรียนสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานที่กำหนดให้รับนักเรียนในเขตพื้นที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและไม่กระทบต่อสิทธิของเด็กที่เข้าศึกษา ซึ่งการกำหนดรับ**

²⁴³ พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2545 มาตรา 12

²⁴⁴ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 10 วรรคสอง และวรรคสาม และ พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2545 มาตรา 12 ดังที่ได้ชี้ให้เห็นแล้วในบทที่ 3

²⁴⁵ พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. 2551 มาตรา 5

²⁴⁶ พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. 2551 มาตรา 8

²⁴⁷ พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. 2551 มาตรา 7

นักเรียนโดยอาศัยเกณฑ์ทะเบียนราษฎรเป็นหลักนั้นเป็นการรับรองสิทธิ ไม่เป็นการจำกัดสิทธิจึงไม่มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด ...” (รายงานผลการพิจารณาที่ 927-928/2558) จะเห็นได้ว่า หากพิจารณาโดยทั่วไปแล้ว มาตรการดังกล่าวเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่นักเรียนที่อยู่ในเขตพื้นที่ จึงอาจมองว่าเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุ “ถิ่นที่อยู่” อย่างไรก็ตาม มีประเด็นว่า เหตุเกี่ยวกับถิ่นที่อยู่ในความหมายเชิงกายภาพหรือพื้นที่เช่นนี้ จะถือเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในลักษณะเดียวกับ “เชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด หรือสังคมดั้งเดิม” หรือไม่ นอกจากนี้ อาจพิจารณาได้ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อส่งเสริมให้นักเรียนในพื้นที่ได้มีโอกาสเรียนใกล้ที่อยู่อาศัย และเป็นประโยชน์อย่างหนึ่งซึ่งรัฐพึงคุ้มครองปกป้อง จึงเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

ในกรณีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกรณี “ความพิการ” นั้นพบว่า พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิในการเข้าถึงและใช้สิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะ สวัสดิการจากรัฐ จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกให้กับคนพิการ นอกจากนี้ ระเบียบของคณะกรรมการที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ยังได้วางหลักเกี่ยวกับ “การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผล”²⁴⁸ ไว้ว่าหมายถึง “การเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงที่จำเป็นและเหมาะสมโดยไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินควรหรือเกินสัดส่วน เฉพาะในกรณีที่จำเป็นเพื่อประกันว่าคนพิการได้อุปโภคและใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น” จะเห็นได้ว่า การช่วยเหลือที่สมเหตุสมผลนี้ สอดคล้องกับ “Reasonable Accommodation” ที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีพันธกรณีต้องจัดให้มีการช่วยเหลือดังกล่าว

ในกรณีผู้สูงอายุนั้น ประเทศไทยก็มีกฎหมายเฉพาะได้แก่ พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 ซึ่งกำหนดรับรองสิทธิในด้านต่างๆ ของผู้สูงอายุ จะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้อาจจัดเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกโดยปฏิบัติต่อผู้สูงอายุเป็นพิเศษทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกับบุคคลอื่นๆ

สำหรับกฎหมายเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ก็มีหลักการเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 17 ซึ่งมีการกำหนดมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกในวรรคท้าย²⁴⁹

²⁴⁸ ข้อ 4. ระเบียบคณะกรรมการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการร้องขอ การรวบรวมพยานหลักฐานการใกล้เกลี่ย การวินิจฉัย และค่าตอบแทนของคณะกรรมการหรือผู้ใกล้เกลี่ยเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ พ.ศ. 2556

²⁴⁹ มาตรา 17 กำหนดว่า

ตัวอย่างของมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกตามกฎหมายเฉพาะอื่น เช่น พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครุฑในวัยรุ่น พ.ศ. 2559 ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก สำหรับ “วัยรุ่นที่ตั้งครุฑ” (บุคคลอายุเกินสิบปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงยี่สิบปีบริบูรณ์) โดยกำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมสนับสนุนต่างๆ เช่น ฝึกอาชีพแก่วัยรุ่นที่ตั้งครุฑ ประสานงานจัดหางาน จัดหาครอบครัวทดแทนกรณีที่ยังไม่สามารถเลี้ยงดูบุตรด้วยตนเองได้ จัดสวัสดิการสังคมด้านอื่นๆ²⁵⁰

- สำหรับในมิติของการจ้างแรงงานนั้น มีคดีซึ่งมีประเด็นโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 120 มีหลักการที่เลือกปฏิบัติโดยให้สิทธิเฉพาะลูกจ้างฝ่ายเดียวที่มีสิทธิยื่นคำขอให้คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานพิจารณาวินิจฉัย และให้สิทธิแก่คณะกรรมการสวัสดิการแรงงานเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างในสถานะของนายจ้างและลูกจ้างโดย ไม่ให้สิทธิใดๆ แก่ฝ่ายนายจ้างและไม่ได้รับความเสมอภาคในบทบัญญัติของกฎหมายเท่ากับฝ่ายลูกจ้าง แต่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า **กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างผู้มีฐานะที่ด้อยทางเศรษฐกิจ... อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้ลูกจ้างสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับนายจ้าง** ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และ 30 (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2548) จะเห็นได้ว่า หลักการหลายอย่างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานมีลักษณะปฏิบัติต่อลูกจ้างในเชิงให้สิทธิพิเศษ (Privilege) ซึ่งอาจมองได้ว่าเป็นการปฏิบัติต่อลูกจ้างและนายจ้างแตกต่างกัน ด้วยเหตุสถานะของบุคคลอันเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ในอีกแง่หนึ่งจะเห็นได้ว่า หลักการต่างๆ ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานมีลักษณะเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกเพื่อคุ้มครองฝ่ายลูกจ้างที่กฎหมายเห็นว่าอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบเมื่อเปรียบเทียบกับฝ่ายนายจ้าง

- สำหรับกรณีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายให้สิทธิคู่ความขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถาได้นั้น²⁵¹ เป็นกฎหมายที่ส่งผลให้เกิดการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่ง “สถานะทางเศรษฐกิจ” แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากอาจพิจารณาได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกเพื่อส่งเสริมให้บุคคลที่เสียเปรียบด้วยเหตุฐานะทางเศรษฐกิจได้มีโอกาสเข้าถึงการดำเนินคดีอย่างเท่าเทียมกันกับคู่ความอื่นๆ

การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติ ของหน่วยงานของรัฐ องค์กร เอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพ ได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการ ทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

²⁵⁰ พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครุฑในวัยรุ่น พ.ศ. 2559 มาตรา 9

²⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 156 และ 156/1

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญและกฎหมายลำดับรองของไทยมีการวางหลักมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกหรือมาตรการพิเศษเพื่อให้บุคคลบางกลุ่มที่เสียเปรียบได้มีความเสมอภาคกับบุคคลอื่น อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศประการสำคัญอันหนึ่งก็คือ จากกฎหมายต่างประเทศนั้นพบว่า เมื่อมาตรการนั้นตกอยู่ในขอบเขตของ “Affirmative Action” แล้ว จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติ แต่ถ้ามาตรการนั้น ไม่เข้าองค์ประกอบหรือไม่อยู่ในขอบเขตของ “Affirmative Action” แล้ว จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญของไทยนั้น หากมาตรการดังกล่าวไม่เข้าองค์ประกอบของวรรคสามตามรัฐธรรมนูญ ก็จะเรียกมาตรการนั้นว่า “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” (สำหรับในประเด็นนี้ได้แยกวิเคราะห์ไว้โดยเฉพาะในหัวข้อ 4.3)

4.7 หลักขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ (Margin of Appreciation)

หลัก “ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ” หรือ “Margin of Appreciation” เป็นหลักการที่พัฒนาขึ้นจากศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ในการพิจารณาว่า รัฐภาคีสันติสัญญา ECHR ละเมิดต่อหลักการตามสันติสัญญาหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจาก ในแง่หนึ่ง รัฐภาคีสันติสัญญาที่ต้องปฏิบัติตามหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามสันติสัญญา ECHR แต่ในอีกแง่หนึ่ง การปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวอาจเกิดความขัดแย้งกับกฎหมายภายในซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิหรือประโยชน์อื่นของรัฐนั้น

ตัวอย่างของคดีที่แสดงถึงความขัดแย้งระหว่างหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตาม ECHR กับกฎหมายภายใน เช่น ในปี 2005 ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินว่า สิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานไม่ใช่อภิสิทธิ์ (Privilege) ดังนั้นกฎหมายภายในของอังกฤษที่วางหลักตัดสิทธิเลือกตั้งของนักโทษฐานฆ่าผู้อื่นอันมีลักษณะเป็นการทั่วไปและในทันทีที่รับโทษ โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของความผิดหรือระยะเวลาจำคุกของแต่ละคนนั้นเป็นการขัดต่อสิทธิมนุษยชนที่รัฐมีหน้าที่จะต้องจัดการเลือกตั้งเพื่อให้ประชาชน

ด้วยเหตุนี้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงพัฒนาหลัก Margin of Appreciation ขึ้นมาเพื่อประสานความขัดแย้งดังกล่าวโดยการสร้างความสมดุลระหว่างหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับการปฏิบัติของรัฐที่อาจมีความแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่ยังคงอยู่ในขอบเขตที่ถือว่าไม่ขัดกับพันธกรณีตามสันติสัญญา ECHR หลักการนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการที่รัฐสามารถเว้นจากการปฏิบัติตามพันธกรณีตามสันติสัญญา (Derogation from the Obligations)

หลักการ Margin of Appreciation ได้เริ่มปรากฏจากกรณีความจำเป็นหรือเหตุฉุกเฉินสาธารณะ (Public Emergency) เช่นศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า²⁵² การที่อังกฤษปฏิบัติแตกต่างจากพันธกรณีตามสนธิสัญญา (มาตรา 15 ของ ECHR) ได้ในกรณีสถานการณ์ฉุกเฉิน

ศาลยังได้ขยายขอบเขตหลักการนี้จากเหตุฉุกเฉิน (Emergency) โดยกำหนดปัจจัยในการพิจารณาสองประการได้แก่ มาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับอย่างเป็นทางการระหว่างรัฐภาคี และ หลักความได้สัดส่วนตามสนธิสัญญาของยุโรป ซึ่งในการพิจารณาความได้สัดส่วนนี้จะนำเอาปัจจัยเกี่ยวกับ ลักษณะโดยธรรมชาติของสิทธินั้น และ วัตถุประสงค์ของมาตรการที่พิพาท มาประกอบด้วย²⁵³ โดยศาลอธิบายว่า การที่รัฐหลุดพ้นจากความรับผิดชอบนั้นเป็นปัญหาที่ละเอียดอ่อนที่จะต้องพิจารณาหลายปัจจัยเพื่อการสร้างการสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะที่รัฐต้องการปกป้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา²⁵⁴ นอกจากนี้ ศาลอธิบายว่าในการพิจารณามาตรการที่พิพาทนั้นจะต้องคำนึงถึงลักษณะทั้งทางกฎหมายและข้อเท็จจริงซึ่งเกี่ยวข้องกับชีวิตและสังคมในรัฐนั้น แต่ทั้งนี้ศาลซึ่งเป็นกลไกระหว่างประเทศไม่อาจมีบทบาทในลักษณะเดียวกับองค์กรภายในรัฐนั้น²⁵⁵

ในคดี Handyside v. United Kingdom²⁵⁶ มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการจัดพิมพ์หนังสือเรียนซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศอย่างชัดเจน หนังสือดังกล่าวสามารถเผยแพร่ในประเทศภาคีสถิติสัญญา ECHR หลายประเทศ อย่างไรก็ตามในอังกฤษมีปัญหาว่าผู้พิมพ์หนังสือดังกล่าวถูกตัดสินว่ามีความผิดตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับสื่อลามก คดีนี้จึงมาสู่การพิจารณาศาลยุโรปว่ารัฐบาลอังกฤษฝ่าฝืนหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of expression) หรือไม่ โดยรัฐบาลอังกฤษอ้างว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน จะเห็นได้ว่ากรณีนี้มีความขัดแย้งกันระหว่างการปฏิบัติตามหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญากับการคุ้มครองประโยชน์ด้านศีลธรรมอันดีที่รัฐมุ่งประสงค์ ในคดีนี้ศาลนำหลัก Margin of Appreciation มาใช้โดยตัดสินว่าอังกฤษไม่ละเมิดต่อสนธิสัญญา โดยศาลให้เหตุผลว่า “เป็นไปได้อย่างที่กฎหมายภายในของรัฐภาคีจะมีลักษณะเป็นเอกภาพกันในแนวคิดด้านศีลธรรม แนวคิดและมุมมองดังกล่าวแตกต่างกันไปตามกฎหมายภายใน ดังนั้นรัฐภาคีจึงอยู่ในฐานะที่ดีกว่าศาลระดับระหว่างประเทศในการพิจารณาประเด็นเชิงเนื้อหา (Content) ที่พิพาท รวมทั้งประเด็นความจำเป็น (Necessity)

²⁵² P. van Dijk, et al., eds., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed. (Antwerpen: Intersentia, 2006), pp. 1055-1056.

²⁵³ *Lawless v. Ireland*, no. 332/57, ECHR 1961 A3 (N.B. verbatim record of the hearing on 8 April

²⁵⁴ *Ibid*

²⁵⁵ *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

²⁵⁶ *Handyside v. United Kingdom*, no. 5493/72, §48, ECHR 1976 A24

จะเห็นได้ว่า ภายใต้หลัก Margin of Appreciation นั้นศาลได้จำแนกความแตกต่างระหว่าง บทบาทของศาลในฐานะกลไกตามกฎหมายระหว่างประเทศในการตรวจสอบการดำเนินการของรัฐให้ สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา กับ บทบาทขององค์กรตามกฎหมายภายในของรัฐในการใช้ดุลพินิจ (Discretion) ดังนั้น ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจของรัฐ เช่น ระดับศีลธรรมอันดี ความจำเป็น เหตุฉุกเฉิน นั้นอยู่ในขอบอำนาจ (Margin) ของรัฐภาคีที่สามารถพิจารณาตามความเหมาะสมและไม่ขัดต่อ พันธกรณีระหว่างประเทศ

สำหรับคดีที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปนำหลักการ Margin of appreciation มาปรับใช้ ในบริบท ของการพิจารณาคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ²⁵⁷ เช่น

- คดี Sommerfeld v. Germany²⁵⁸ ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า ผู้ร้องเป็นบิดาของบุตรซึ่งเป็นบุตร นอกสมรส ผู้ร้องอยู่กับมารดาของเด็กจนกระทั่งแยกทางกัน มารดาของเด็กซึ่งสมรสกับชายอีกคนหนึ่ง ได้ ห้ามมิให้ผู้ร้องพบกับบุตร ผู้ร้องจึงไปฟ้องคดีต่อศาลเยอรมันเพื่อขอให้รับรองสิทธิในการพบและติดต่อกับ บุตร ศาลเยอรมันพิจารณาแล้วปฏิเสธโดยเหตุสำคัญแห่งการปฏิเสธคือการที่ศาลฟังพยานหลักฐานจาก คำให้การของเด็กว่าไม่ต้องการพบกับผู้ร้องอีก

ผู้ร้องจึงนำคดีขึ้นศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปอ้างว่าการที่ศาลเยอรมันตัดสินเช่นนั้นเป็นการล่วงละเมิด ต่อสิทธิที่ได้รับการรับรองตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ สิทธิในชีวิตครอบครัว (มาตรา 8) และ ยังเป็นการเลือกปฏิบัติที่ฝ่าฝืนมาตรา 14

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีนี้ศาลเยอรมันไม่ได้ละเมิดสิทธิในชีวิตครอบครัว ตามมาตรา 8 เนื่องจากองค์กรของรัฐมีสิทธิที่จะสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเด็กกับผู้ปกครอง โดยในคดีนี้เห็นว่าศาลเยอรมันได้ใช้เหตุผลที่เหมาะสมในการปฏิเสธมิให้พบกับบุตร นั่นคือความประสงค์ อย่างชัดเจนของบุตร รวมทั้งเหตุผลเกี่ยวกับความเสี่ยงของผลกระทบต่ออารมณ์และสภาพจิตใจของเด็ก หากมีการบังคับให้เด็กต้องกระทำการที่ฝืนใจ

สำหรับประเด็นการฝ่าฝืนมาตรา 14 นั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า กรณีสิทธิของบิดาในการ พบบุตร นั้น กฎหมายเยอรมันที่เกี่ยวข้องได้วางหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ระหว่างบิดาที่สมรสกับมารดาของ เด็กและหย่าร้าง กับ บิดาที่ไม่ได้สมรสกับมารดาของเด็ก กล่าวคือ บิดาที่สมรสและหย่าร้างมีสิทธิพบและ ติดต่อกับเด็กซึ่งอาจถูกจำกัดในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ของเด็ก แต่บิดาที่ไม่ได้สมรสกับมารดาของเด็กนั้น จะ มีสิทธิพบและติดต่อกับเด็กได้ต่อเมื่อแม่ของเด็กตกลงยินยอมหรือได้รับอนุญาตจากศาลว่าการพบเด็กจะเป็น ประโยชน์แก่เด็ก ดังนี้ ศาลให้น้ำหนักกับการตัดสินใจของแม่เด็กและกำหนดภาระพิเศษสำหรับบิดาในการ

²⁵⁷ Article 14 , European Convention on Human Rights

²⁵⁸ Sommerfeld v. Germany, (Application No. 31871/96, 2003)

พบและติดต่อบุตรนอกสมรสมากกว่าบิดาที่สมรสและหย่าร้างกับมารดาของเด็ก กฎหมายของเยอรมัน²⁵⁹ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างบิดานอกสมรสกับบิดาที่สมรสกับมารดาของเด็ก อย่างไรก็ตาม ศาลได้อธิบายว่า การเลือกปฏิบัติของกฎหมายดังกล่าวอาจทำได้หากมีเหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพอ (Very weighty reasons) ซึ่งศาลไม่พบเหตุผลดังกล่าวในคดีนี้

จะเห็นได้ว่า หลักการ “Margin of Appreciation” ถูกนำมาใช้ในการตัดสินคดี กล่าวคือ การที่ศาลเยอรมัน ปฏิเสธสิทธิของบิดาในการพบเด็ก โดยหลักแล้วเป็นการละเมิดสิทธิในครอบครัว แต่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาถึงเหตุผลของการปฏิเสธดังกล่าวแล้วเห็นว่าเหตุอันสมควร ทำให้ไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 8 นอกจากนี้ ในการพิจารณาประเด็นมาตรา 14 จะเห็นได้ว่า กฎหมายมีการวางเกณฑ์ที่แตกต่างกันสำหรับบิดาที่ไม่สมรสกับที่สมรสกับมารดาของเด็ก แต่กรณีนี้ศาลยังไม่เห็นถึงเหตุผลจำเป็นของความแตกต่างกัน กล่าวคือ หากกฎหมายดังกล่าวมีเหตุผลที่แสดงให้เห็นว่าเกณฑ์อันแตกต่างนั้นมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเด็กอย่างไรแล้ว ก็อาจเป็น “เหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพอ” (Very weighty reasons) อันทำให้เข้าข้อยกเว้นตามหลัก “Margin of Appreciation” และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

ปัจจัยสำคัญที่ศาลนำมากำหนดขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจก็คือ “เหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพอ” (Very weighty reasons) ซึ่งหากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการของรัฐอันมุ่งใช้กับกลยุทธ์ทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ ศาลจะให้ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจที่กว้าง นั่นคือกฎเกณฑ์หรือมาตรการของรัฐที่พิพาทว่าเป็นการเลือกปฏิบัตินั้นจะไม่ขัดต่อกฎหมายสหภาพยุโรป

ในคดี *Stec and Others v. UK*²⁶⁰ ผู้ยื่นคำร้องได้ทำการร้องเรียนถึงผลของความแตกต่างของการเกษียณอายุระหว่างผู้ชายและผู้หญิง โดยแต่ละส่วนมีข้อเสียเปรียบของผลประโยชน์ที่แตกต่างซึ่งถูกกำหนดตามอายุเกษียณ ECtHR พบว่าโดยหลักของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศอาจมีเหตุผลสมควรได้ในกรณีที่มี “เหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพอ” ทั้งนี้ศาลจะพิจารณาให้รัฐมีขอบเขตการใช้ดุลพินิจโดยกว้างสำหรับมาตรการที่ใช้ในทางเศรษฐกิจหรือกลยุทธ์ทางสังคม (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* case²⁶¹ ผู้ยื่นคำร้องเคยเป็นเมืองของสหภาพโซเวียตเก่าแต่ได้รับสิทธิในการพำนักอยู่อย่างถาวรในประเทศลัตเวีย ตามกฎหมายภายใน ได้จัดให้ผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้ที่ทำงานอยู่นอกประเทศลัตเวียในช่วงก่อนการประกาศอิสรภาพ (แม้ว่าจะทำตำแหน่งเดิมซึ่งอยู่ภายในอาณาเขตลัตเวียก่อนและหลังการเป็นอิสระภาพ) และในลำดับต่อมาการคำนวณเงินหลังเกษียณของผู้ร้องเป็นการคำนวณตาม

²⁵⁹ กฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code) มาตรา 1634 § 1 เกี่ยวกับผู้ปกครองเด็กที่เกิดจากการสมรส regarding (born in wedlock) และ มาตรา 1711 § 2 เกี่ยวกับพ่อของเด็กที่เกิดนอกสมรส (born out of wedlock)

²⁶⁰ ECtHR, *Stec and Others v. UK* [GC] (Nos. 65731/01 and 65900/01), 12 April 2006

²⁶¹ ECtHR, *Andrejeva v. Latvia* [GC] (No. 55707/00), 18 February 2009

พื้นฐานของระยะเวลาที่ใช้ในการทำงานตำแหน่งเดียวกันหลังการเป็นอิสระภาพ ทั้งนี้ประชาชนชาวลัตเวียซึ่งทำงานในตำแหน่งเดียวกันมีสิทธิในการได้รับเงินหลังเกษียณตามระยะเวลาทั้งหมดของการให้บริการรวมถึงการทำงานในช่วงเวลาก่อนการเป็นอิสระภาพซึ่งแตกต่างไปจากการคำนวณให้กับผู้ร้อง ทั้งนี้ ECtHR พบว่าผู้ยื่นคำร้องอยู่ในสถานการณ์ที่เทียบเท่ากับการเป็นประชาชนชาวลัตเวียเนื่องจากภายใต้กฎหมายแห่งชาตินั้นเธอได้รับอนุญาตให้พำนักอยู่ในลัตเวียอย่างถาวรในฐานะของพลเมืองต่างเชื้อชาติ นอกจากนั้นเธอยังเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการจ่ายภาษีซึ่งเธอต้องจ่ายในอัตราเดียวกับประชาชนชาวลัตเวีย ศาลอธิบายว่า ความจำเป็นที่จะต้องมีการปฏิบัติอย่างแตกต่างบนพื้นฐานของเชื้อชาตินั้นจำเป็นที่จะต้องมีเหตุผลอันสำคัญอย่างยิ่ง (very weighty reasons) แต่ในกรณีนี้ไม่สามารถให้การปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ แม้ว่าจะยอมรับว่ารัฐมี “ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ” ในส่วนของนโยบายการคลังและสังคม แต่ในสถานการณ์ของผู้ยื่นคำร้องนั้น ถือได้ว่าเธออยู่ในสถานการณ์ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความเป็นพลเมืองของลัตเวีย ดังนั้นจึงถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติ

4.7.1 หลัก “Margin of Appreciation” ในกรณีการเลือกปฏิบัติกับผู้ติดเชื้อ HIV

ตามหลัก “Margin of appreciation” ดังกล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายหรือนโยบายของรัฐซึ่งมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ อาจใช้บังคับได้โดยไม่ขัดต่อหลักการตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ทั้งนี้ หากกรณีนั้น ขอบเขตการใช้ดุลพินิจของรัฐในการตรากฎหมายที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กว้าง โดยขอบเขตที่กว้างนี้จะต้องพิจารณาปัจจัยสำคัญคือประโยชน์หรือสิ่งที่กฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองมีน้ำหนักเพียงพอหรือไม่ โดยพิจารณาประกอบกับลักษณะและสภาพของบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติต่อไปนี้จะได้พิจารณาคดีตัวอย่างที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณากฎหมายภายในของรัฐที่เลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อ HIV ในบริบทของการปรับใช้หลักการ “Margin of appreciation”

คดี Kiyutin v. Russia²⁶² คดีนี้มีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า Kiyutin เป็นคนสัญชาติ Uzbek และอยู่อาศัยในรัสเซีย ได้ยื่นคำขอมีถิ่นที่อยู่ในรัสเซียแต่ถูกปฏิเสธ เนื่องจากเขาเป็นคนต่างชาติที่ เป็นผู้ติดเชื้อ HIV ดังนั้น Kiyutin พ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยอ้างว่ารัสเซียกระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ศาลพิจารณาประเด็นตามมาตราที่ 14 และ 8

คำตัดสิน : ศาลได้อ้างคำพิพากษาในคดี Alajos Kiss v. Hungary ที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งของประชาชนที่เป็นผู้ มีจิตบกพร่อง ศาลตัดสินว่า “ในกรณีที่ข้อจำกัดสิทธิพื้นฐานถูกนำมาใช้กับกลุ่มบุคคลที่มีความเปราะบางในสังคม ผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติที่ผ่านมาในอดีต ดังเช่นกลุ่มผู้ที่มีจิตบกพร่อง (Mentally Disabled) ดังนั้น “Margin of Appreciation” ของรัฐจะมีขอบเขตที่แคบอย่างยิ่งและจะต้องมีน้ำหนักเหตุผลที่มากเพียงพอใน การจำกัดสิทธิเช่นนั้น” ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลในกลุ่มดังกล่าวต้องเผชิญกับอคติซึ่งส่งผลกระทบตามมา อย่างยาวนานในประวัติศาสตร์ จนกระทั่งส่งผลให้

²⁶² Case of Kiyutin v. Russia, 10 March 2011, no. 2700/10 (First Section)

เกิดการกีดกันบุคคลดังกล่าวจากสังคม....”²⁶³ เมื่อเปรียบเทียบคดีนี้กับคดีดังกล่าวแล้ว ศาลจึงตัดสินว่า บุคคลที่ติดเชื้อ HIV จัดอยู่ในกลุ่มเปราะบาง (Vulnerable Group) ด้วยเช่นกัน ดังนั้น รัฐมี “Margin of Appreciation” ในขอบเขตที่แคบ ศาลอธิบายว่า “นับแต่การแพร่ระบาดในวงกว้างของ HIV ในช่วงปี 1980 ประชาชนผู้ติดเชื้อ HIV ต้องทุกข์ทรมานกับการกีดกันและการตีตรา ผู้อื่นในสังคมเกิดความตระหนก และหวาดหวั่นต่อการติดเชื้อและเกรงกลัวผู้ติดเชื้อ นอกจากนี้ การติดเชื้อมีแนวโน้มจะถูกนำไปเชื่อมโยงกับ พฤติกรรม เช่น การร่วมเพศของผู้รักร่วมเพศ ผู้ติดยาเสพติด โสเภณี ซึ่งพฤติกรรมเหล่านี้เป็นที่ดูหมิ่นเหยียดหยามในหลายสังคม การติดเชื้อมีแนวโน้มส่งผลให้คนในสังคมสร้างความเชื่อมโยงระหว่างผู้ติดเชื้อ กับการขาดความรับผิดชอบและพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว อันก่อให้เกิดรูปแบบของการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ตามมาอีกด้วย เช่น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งสีผิว เชื้อชาติ รสนิยมทางเพศ เป็นต้น แม้ว่าในปัจจุบันมีการพัฒนาวิธีการป้องกันและการบำบัดผู้ติดเชื้อ แต่การตีตราและเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อยังคงเกิดขึ้นอยู่ อย่างแพร่หลาย ดังนั้น บุคคลผู้ติดเชื้อ HIV เป็นกลุ่มผู้เปราะบางซึ่งมีประวัติศาสตร์แห่งการตีตราและอคติ รัฐจึงควรมี “Margin of Appreciation” ในขอบเขตที่แคบในการเลือกมาตรการที่จะใช้กับกลุ่มดังกล่าว สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งสถานะความเป็นผู้ติดเชื้อ HIV”²⁶⁴ ดังนั้น ในการพิจารณา มาตรการที่รัฐนำมาใช้อันส่งผลต่อการเลือกปฏิบัติกับผู้อยู่ใน กลุ่มเปราะบางนี้ (ซึ่งในคดีนี้ก็คือการที่รัฐไม่ อนุญาตให้ผู้ติดเชื้อ HIV ขอมิถิ่นที่อยู่) ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปใช้เกณฑ์พิจารณาที่ต้องชั่งน้ำหนัก เป็นอย่าง ยิ่ง (Very Weighty Reasons-Test) และการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการดังกล่าว นั้น จะต้องพิจารณาด้วยความเข้มงวดอย่างยิ่ง (Rigorous Scrutiny)

ดังนั้น ศาลเห็นว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้นั้นอยู่บนสมมุติฐานที่เชื่อมโยงการติดเชื้อ HIV กับ พฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม ซึ่งศาลเห็นว่าไม่มีน้ำหนักเพียงพอ “...การกีดกันผู้ติดเชื้อ HIV จากการเข้าประเทศ หรือการขอมิถิ่นที่อยู่ เพื่อป้องกันการแพร่กระจายของเชื้อ HIV นั้น อยู่บนสมมุติฐานที่ว่า บุคคลเหล่านั้นมัก เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่แสดงถึงความไม่ปลอดภัย และประชาชนในประเทศไม่สามารถป้องกันตนเองได้ ซึ่ง สมมุติฐานดังกล่าวเป็นการเหมารวม (Generalization) ซึ่งไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและไม่คำนึงถึง สถานการณ์ของปัจเจกบุคคลซึ่งมี ความแตกต่างกันไปในแต่ละสถานการณ์”²⁶⁵ ด้วยเหตุนี้ หลังจากพิจารณา อย่าง ลึกซึ้งถึงเหตุผล (Justification) ของมาตรการรัฐที่พิพาทแล้ว ศาลเห็นว่า มาตรการดังกล่าวยังไม่ มีน้ำหนักและเหตุผลที่เพียงพอ และตัดสินว่า ผู้ร้องเป็นเหยื่อของการถูกเลือกปฏิบัติ

²⁶³ Alajos Kiss v. Hungary, Para 42

²⁶⁴ Kiyutin v. Russia, para 64

²⁶⁵ Kiyutin v. Russia, para 68

4.7.2 การปรับใช้หลัก “Margin of Appreciation” กับการเลือกปฏิบัติมิดีอื่น ๆ

จากคดีดังกล่าวข้างต้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พิจารณากฎหมายภายในของรัฐซึ่งส่งผลเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อ HIV ซึ่งหากกรณีนี้ศาลเห็นว่า รัฐมี “Margin of Appreciation” หรือขอบเขตการใช้ดุลพินิจที่กว้างแล้ว กฎหมายดังกล่าวก็อาจใช้บังคับได้ แม้ว่ามีลักษณะการเลือกปฏิบัติแต่มิใช่น้ำหนักและเหตุผลอย่างเพียงพอ 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 ดังนั้นกฎหมายที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติดังกล่าวจึงไม่มีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อหลักการเลือกปฏิบัติ

หากใช้กรอบการวิเคราะห์นี้มาเปรียบเทียบกับปัญหาที่เกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมของไทย เช่น

ในระดับของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมาย หรือ กฎ ระเบียบ ต่างๆ หากมีลักษณะปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวีแตกต่างจากบุคคลอื่น และการปฏิบัติต่างต่างนั้นมีเหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพออย่างยิ่งมารองรับ การปฏิบัติที่ต่างต่างดังกล่าวก็สามารถจัดอยู่ในขอบแห่งดุลพินิจที่กว้างขึ้นได้

นอกจากกรณีของผู้ติดเชื้อเอชไอวีแล้ว หลักการดังกล่าวอาจนำไปวิเคราะห์กฎหมายอื่นได้ เช่น กรณีของกฎหมายไทยที่กำหนดให้บุคคลผู้มี “ประวัติอาชญากรรม” ไม่สามารถเข้ารับราชการได้โดยไม่ข้อยกเว้นหรือไม่คำนึงถึงความแตกต่างของความผิดที่กระทำ กรณีเหล่านี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเหมารวมและอาจถือไม่ได้ว่ามี “น้ำหนักเป็นอย่างยิ่ง” (very weighty reasons-test)

หากเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่า กรณีพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ไม่ได้ให้สิทธิแก่ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงไทยในการที่จะได้สัญชาติโดยการแปลงชาติได้ เช่นเดียวกับหญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายสัญชาติไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่ถือเป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันในกฎหมายระหว่างชายและหญิง หรือเป็นการทำให้ชายและหญิงไม่ได้มีสิทธิเท่าเทียมกัน (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2546) จะเห็นได้ว่า **โดยหลักแล้วเป็นการปฏิบัติที่ต่างต่างกันในระดับหลักการของกฎหมายและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคือเพศ** แต่ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากมีเหตุผลอื่นโดยเฉพาะที่ศาลอธิบายว่า “เป็นมาตรการรัฐที่กำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ” ซึ่งอาจพิจารณาเปรียบเทียบกับ

หลัก “ขอบเขตแห่งดุลพินิจ” (Margin of Appreciation) ซึ่งรัฐสามารถกำหนดกฎหมายภายในที่แตกต่างจากพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ได้ภายใต้เหตุผลความจำเป็นบางประการดังกล่าวมาแล้ว

ในระดับของภาคเอกชนนั้น แม้หลักการขอบแห่งดุลพินิจดังที่กล่าวมาข้างต้นอยู่ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศและการกระทำของรัฐก็ตาม แต่อาจนำหลักการนี้มาวิเคราะห์ว่าการปฏิบัติของภาคเอกชนนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีเหตุผลสมควรหรือไม่ ซึ่งหากมีเหตุผลสมควรรองรับ ก็จะทำให้การปฏิบัตินั้นเป็นเพียงการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมายภายใน เช่น กรณีสถานที่บางแห่งปฏิเสธไม่ให้บริการแก่ผู้ติดเชื้อเอชไอวี จะเห็นได้ว่า หากสถานที่ดังกล่าวมีเหตุผลความจำเป็นเพื่อป้องกันการติดเชื้อแก่ลูกค้ารายอื่น การปฏิบัติดังกล่าวก็อาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติ แต่หากสถานที่ดังกล่าวไม่สามารถแสดงเหตุผลถึงอันตรายต่อลูกค้ารายอื่นจากการให้บริการผู้ติดเชื้อเอชไอวีแล้ว การกระทำดังกล่าวก็อาจเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือในกรณีของผู้ประกอบธุรกิจประกันภัยที่สรุปเหมารวมว่า หากผู้ขอเอาประกันมีชื่อในทะเบียนบ้านของบางจังหวัด เป็นผู้มีความเสี่ยงติดเชื้อเอชไอวีจึงต้องให้ไปตรวจเช็ก่อนรับประกัน การปฏิบัติเช่นนี้มีประเด็นว่าเป็นการเหมารวมโดยมีน้ำหนักที่จำเป็นอย่างยิ่งหรือไม่

อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายจำกัดสิทธิผู้ติดเชื้อบางกรณี ซึ่งมีความรุนแรงและมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ชี้ให้เห็นว่าอาจแพร่เชื้อได้โดยง่ายและไม่อาจป้องกันได้ กรณีเช่นนั้นกฎหมายที่จำกัดสิทธิของผู้ติดเชื้อมีน้ำหนักอาจถือได้ว่ามีน้ำหนักเพียงพอเมื่อชั่งน้ำหนักกับประโยชน์ซึ่งก็คือความปลอดภัยของประชาชนอื่นๆ และอาจใช้บังคับได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่นเดียวกับกรณีการปฏิบัติของภาคเอกชนต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี หากมีเหตุผลอันมีน้ำหนักเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้อื่น การปฏิบัติที่แตกต่างก็อาจไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

4.8 การเลือกปฏิบัติในกรณีบริการภาครัฐ

4.8.1 การระบุข้อมูลเกี่ยวกับศาสนาในบัตรประชาชน

มีประเด็นปัญหาว่า ประชาชนบางรายอาจไม่ต้องการระบุศาสนาในบัตรประชาชน หรือ ต้องการระบุศาสนาอื่นที่มีใช้ศาสนากระแสหลัก กฎหมายและแนวปฏิบัติของหน่วยงานรัฐจะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งศาสนาหรือไม่

เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า กฎหมายฉบับหลักที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติบัตรประจำตัวประชาชน พ.ศ. 2526 มาตรา 7 กำหนดว่า “ขนาด สี และลักษณะของบัตร ตลอดจนรายการในบัตร และรายละเอียดของรายการในบัตร ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ในบัตรอย่างน้อยต้องมีรายการ ดังต่อไปนี้(1) ชื่อตัว ชื่อสกุล วันเดือนปีเกิด ที่อยู่ตามทะเบียนบ้าน รูปถ่ายและเลขประจำตัว

ของผู้ถือบัตร และจะมีรายการศาสนา หรือนิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาซึ่งผู้ถือบัตรนับถือ อยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้” ต่อมา กระทรวงมหาดไทย ประกาศกฎกระทรวง ฉบับที่ 23 พ.ศ.2554 (โดยออกตาม ความในพระราชบัญญัติบัตรประจำตัวประชาชน พ.ศ. 2526) ว่าด้วยเรื่องรูปแบบบัตรประจำตัวประชาชน แบบใหม่ที่ถูกต้อง (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 21 ก.พ. 2554) กำหนดรายละเอียดที่ต้องมีใน บัตรไว้ในข้อ 5 ว่า

“ในบัตรให้มีรายการและรายละเอียดของรายการในบัตร ดังต่อไปนี้

- (1) คำว่า “บัตรประจำตัวประชาชน”
- (2) รูปถ่ายของผู้ถือบัตร
- (3) เลขประจำตัวประชาชนของผู้ถือบัตร
- (4) ชื่อตัวและชื่อสกุลของผู้ถือบัตร
- (5) วันเดือนปีเกิดของผู้ถือบัตร
- (6) ที่อยู่ตามทะเบียนบ้านของผู้ถือบัตรในขณะยื่นคำขอ
- (7) วันออกบัตร
- (8) วันบัตรหมดอายุ
- (9) ลายมือชื่อหรือตราลายมือชื่อ และตราประจำตำแหน่งของเจ้าพนักงานออกบัตร
- (10) รายการศาสนาหรือนิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาของผู้ถือบัตรโดย จะมีหรือไม่ก็ได้

สำหรับบัตรที่ออกด้วยระบบคอมพิวเตอร์แบบเอกประสงค์ ให้มีรายการเลขหมายคำขอ มีบัตร รหัสกำกับบัตร และรหัสแท่งตรวจสอบบัตร (Bar Code) ด้วย

รูปถ่ายของผู้ถือบัตรตาม (2) ของวรรคหนึ่ง ต้องเป็นรูปถ่ายหน้าตรง ไม่สวมหมวก หรือ แว่นตาสีเข้ม และไม่ใส่ผ้าคลุมหน้าหรือผ้าโพกศีรษะเว้นแต่ผู้ซึ่งมีความจำเป็นตามศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาของผู้ถือบัตร แต่ต้องเปิดให้เห็นใบหน้า หน้าผาก คิ้ว ตา จมูก ปาก และคาง โดยรูปถ่ายจะปรากฏเลขหมายคำขอตามข้อ ๗ วรรคสอง และเลขแสดงส่วนสูงของผู้ถือบัตรที่มีหน่วยวัด เป็นเซนติเมตร เว้นแต่ผู้ถือบัตรซึ่งมีส่วนสูงต่ำกว่าหนึ่งร้อยเซนติเมตร หรือมีส่วนสูง สูงกว่าหนึ่งร้อยเก้าสิบ

เซนติเมตร จะไม่มีเลขแสดงส่วนสูงของผู้ถือบัตรก็ได้ ในกรณีดังกล่าวให้พนักงานเจ้าหน้าที่บันทึกหมายเหตุไว้ในคำขอด้วย”

ดังนั้นอาจพิจารณาได้ว่า ความเชื่อทางศาสนาเป็นเรื่องความเชื่อเฉพาะบุคคล และเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐาน หากกระบวนนี้ไว้ในบัตรประจำตัวประชาชน อาจทำให้เกิดปัญหาต่างๆในการปฏิบัติกับผู้ถือบัตรประจำตัวประชาชน โดยมีมูลเหตุจูงใจจากประเด็นทางศาสนา ดังนั้น กฎหมายจึงไม่บังคับ โดยประชาชนสามารถเลือกที่จะระบุหรือไม่ก็ได้ กฎเกณฑ์นี้จึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งศาสนา ในทางกลับกันอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการลดปัญหาที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนาเนื่องจากเมื่อบุคคลที่ติดตอสัมพันธ์กันในมิติต่างๆไม่ทราบถึงศาสนาที่ปรากฏบนบัตรประชาชน ก็เป็นการลดเงื่อนไขหรือโอกาสของการเลือกปฏิบัติหรือการสื่อสารความเกลียดชัง (Hate Speech) ลงได้ อย่างไรก็ตามจากการสัมภาษณ์พบปัญหาเช่น

1. เจ้าหน้าที่สำนักงานเขตบางแห่ง ไม่ถาม ผู้มาขอทำบัตรประชาชน และไม่แจ้งสิทธิว่า สามารถระบุศาสนาหรือไม่ก็ได้ ทำให้ประชาชนไม่ทราบสิทธิของตน

สำหรับกรณีนี้โดยทั่วไปแล้วยังไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า กฎหมายไม่ได้ระบุว่าเจ้าหน้าที่ต้องมีแจ้งให้ทราบถึงสิทธิดังกล่าวแต่อย่างไร

2. การที่เจ้าของบัตรประสงค์จะระบุศาสนา หรือลัทธิบางอย่าง ลงไปบนบัตร ซึ่งไม่ใช่ศาสนา กระแสหลัก กรณีเหล่านี้เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งอาจเห็นชอบด้วยหรือไม่เห็นด้วย

ในประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่า หากเจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่ให้ระบุศาสนาหรือลัทธิบางอย่างในบัตรประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาสนาหรือลัทธิที่มีใช้กระแสหลัก อาจเข้าข่ายการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนา ความเชื่อ เนื่องจากปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความเชื่อในศาสนาหรือลัทธิอื่นอย่างแตกต่างกับศาสนาหรือลัทธิอื่น

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ พบว่ามีกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องสิทธิในการระบุศาสนาหรือลัทธิความเชื่อบางประการที่ไม่ใช่กระแสหลักลงไปในเอกสารราชการเช่นใบขับขี่ โดยอาจระบุในรูปของการสวมใส่อุปกรณ์หรือเครื่องแต่งกายตามความเชื่อนั้นในการถ่ายรูปติดบัตรดังกล่าว เช่น กรณีของความเชื่อ “พาสตาฟาเรียน”²⁶⁶ ซึ่งมีคดีที่เกิดขึ้น ในสหรัฐอเมริกา โดย Lindsay Miller ได้สวม

²⁶⁶ Bobby Henderson เป็นผู้ก่อตั้งสำนักความคิดนี้ขึ้น สืบเนื่องมาจากการที่เขาคัดค้านนโยบายของคณะกรรมการการศึกษาในรัฐ Kansas ที่ให้บรรจุทฤษฎีอันหนึ่งในบทเรียนแทนทฤษฎีอีกอันหนึ่ง เขาโต้แย้งโดยนำเสนอแนวคิด "Flying Spaghetti Monster" ที่มีสมมุติฐานว่า มีปีศาจ รูปร่างเหมือนสปาเกตตี้ผสมลูกชิ้นเนื้อ ชักใยมนุษย์ทุกคนอยู่ แทนที่คนจะยืนบนโลกเพราะแรงดึงดูด เขาอ้างว่า ทฤษฎีนี้ก็มีเหตุผลเช่นเดียวกับทฤษฎีที่คณะกรรมการนำมาบรรจุไว้ในหลักสูตรโรงเรียน เขาโพสต์เรื่องราวนี้บนเว็บไซต์ และได้รับความนิยมจนเกิดเป็นลัทธิอย่างเป็นทางการชื่อ “Church of the Flying Spaghetti Monster”

เครื่องสวมศีรษะตามความเชื่อนี้ไปถ่ายภาพทำใบขับขี่ แต่เจ้าหน้าที่ไม่อนุญาต (The Massachusetts Registry of Motor Vehicles) ต่อมา สมาคมด้านสิทธิมนุษยชน (The American Humanist Association) อุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาต โดยอ้างข้อยกเว้นทางศาสนา อย่างไรก็ตาม ก่อนการอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ได้เปลี่ยนคำสั่งอนุญาตให้เธอสวมใส่อุปกรณ์ดังกล่าวบนศีรษะถ่ายภาพได้ ในแคนาดา หญิงคนหนึ่งไปถ่ายภาพทำใบขับขี่โดยสวมใส่อุปกรณ์บนศีรษะตามความเชื่อเช่นเดียวกันนี้ แต่ถูกเจ้าหน้าที่ปฏิเสธ (Société de l'assurance automobile du Québec) เธอจึงนำคดีขึ้นสู่ศาล อ้างว่าการอนุญาตให้ใส่อุปกรณ์สวมศีรษะถ่ายภาพได้ตามความเชื่อทางศาสนานั้นเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะจำกัดเฉพาะศาสนาอิสลาม เธอโต้แย้งว่าข้อยกเว้นนี้ควรครอบคลุมกรณีศาสนาอื่นๆ (อย่างเช่นพาสตาฟารีอัน ด้วย ผู้พิพากษาเห็นว่าการยื่นคำร้องของเธอเป็นการทำให้ทรัพยากรของรัฐในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมสูญเปล่า หรือว่าเป็นการใช้ทรัพยากรของรัฐโดยมิชอบ (Abused) ที่ต้องให้ศาลมาพิจารณาว่าเธอควรสวมใส่อุปกรณ์นั้นถ่ายภาพได้หรือไม่ ในปี 2011 ชาวออสเตรีย (Niko Alm) เป็นบุคคลแรกที่ชนะคดีในการเรียกร้องให้ภาครัฐยอมให้ตนถ่ายภาพโดยการสวมใส่อุปกรณ์แสดงความเชื่อนี้ในใบขับขี่ ต่อมาในช่วงต้นปี 2016 ชาวรัสเซีย (Andrei Filin) ก็สามารถเรียกร้องให้ภาครัฐยอมรับให้ตนถ่ายภาพทำใบขับขี่โดยสวมใส่อุปกรณ์ดังกล่าว²⁶⁷

4.8.2 การระบุข้อมูลบางประการในบัตรประจำตัวที่ภาครัฐออกให้กับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนา

นอกจากประเด็นปัญหาการระบุศาสนาหรือระบุภาพถ่ายแสดงถึงความเชื่อทางศาสนาในบัตรที่ภาครัฐออกให้แล้ว ยังมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกันก็คือการที่ภาครัฐกำหนดให้ระบุข้อมูลบางอย่างในบัตรดังกล่าว อาจขัดหรือแย้งต่อความเชื่อของคนบางกลุ่ม เช่น ความเชื่อทางศาสนาที่มีหลักห้ามการถ่ายภาพ ดังจะเห็นได้จากคดีในประเทศแคนาดา (Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony²⁶⁸) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ในปี 2003 กฎระเบียบเกี่ยวกับใบขับขี่ของ Alberta มีการแก้ไขโดยกำหนดให้ต้องมีการระบุแสดงภาพถ่ายของผู้ได้รับใบอนุญาตด้วย ก่อนหน้านั้น 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)

267 'Pastafarian' man wins right to wear colander on his head in driving licence photo, <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/pastafarian-man-wins-right-to-wear-colander-on-his-head-in-driving-licence-photo-a6811326.html>

268 Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, [2009] 2 SCR 567, 2009 SCC 37

ประเด็นสำคัญมีอยู่ว่า กฎระเบียบที่กำหนดให้ต้องแสดงรูปถ่ายในใบขับขี่เป็นการขัดต่อเสรีภาพในการนับถือศาสนาและความเชื่อหรือไม่ ศาลสูงสุดของแคนาดา เห็นว่า กฎระเบียบดังกล่าวมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลดังนี้

- เมื่อพิจารณาจากกฎระเบียบนี้ตามหลักสัดส่วน (Proportionality test) เห็นว่า กฎระเบียบนี้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ เนื่องจากทางฝ่ายปกครองของ Alberta แสดงให้เห็นว่า การยกเว้นภาพถ่ายมีส่วนทำให้ระบบใบขับขี่มีความเปราะบางต่อความเสี่ยงของอาชญากรรมขโมยตัวตน

- กฎระเบียบดังกล่าวส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในศาสนาและความเชื่ออย่างเล็กน้อย (Minimally impair) เนื่องจากกฎระเบียบนี้มีขึ้นเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาอาชญากรรม นอกจากนี้ยังไม่ปรากฏว่ามีทางเลือกอื่น (Alternative measure) ที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์การป้องกันอาชญากรรมได้เช่นเดียวกับการกำหนดให้แสดงภาพถ่าย

- ผลกระทบในทางลบต่อเสรีภาพทางศาสนาของผู้ร้องยังไม่มีน้ำหนักพอเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ของภาครัฐในการป้องกันอาชญากรรม ซึ่งมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยของระบบใบอนุญาตทั้งหมด การยกเว้นภาพถ่ายสำหรับบุคคลบางกลุ่มจะส่งผลกระทบต่อการจัดการระบบและการเปรียบเทียบภาพเพื่อระบุตัวตนของผู้รับใบอนุญาต ดังนั้นเมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างการจำกัดเสรีภาพและประโยชน์เกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยดังกล่าวแล้วเห็นว่ากฎระเบียบดังกล่าวมีความได้สัดส่วน

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปแล้ว พบว่า ในแง่หนึ่งกฎเกณฑ์ของภาครัฐเช่นนี้อาจพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) เนื่องจากโดยสภาพของกฎเกณฑ์ในทางเนื้อหาแล้ว มิได้มุ่งหมายเลือกปฏิบัติต่อศาสนาหรือความเชื่อใด เนื่องจากกำหนดให้ทุกคนต้องถ่ายภาพติดบัตร แต่ผลที่เกิดขึ้นทางปฏิบัตินั้นกระทบต่อความเชื่อของบางศาสนา อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเหตุผลตามคำตัดสินของศาลแคนาดาแล้ว มีแนวโน้มคล้ายคลึงกับยุโรป จะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าว เมื่อชั่งน้ำหนักและพิจารณาตามหลักสัดส่วน (Proportionality test) ประกอบกับวัตถุประสงค์ที่กฎเกณฑ์นี้มุ่งประสงค์แล้ว กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่เป็นการส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มเสียเปรียบอย่างไม่ได้สัดส่วน (Disproportionately prejudicial effect)

4.9 การเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันเกี่ยวกับระบบบริการสาธารณสุข

การจัดบริการสาธารณสุขของประเทศไทยอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของระบบบริการสาธารณสุขอย่างน้อย 3 ระบบ แต่ละระบบมีกรอบแนวคิดที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

1) ระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 อยู่ภายใต้หลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งรับรองให้บุคคลมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการสาธารณสุขที่เหมาะสมได้มาตรฐานอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ

2) ระบบประกันสังคม ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เน้นการให้สังคมดูแลซึ่งกันและกัน รัฐจะดูแลประชาชน โดยให้ประชาชนมีส่วนร่วม มีระบบการคลังที่ยั่งยืน และ

3) ระบบสวัสดิการข้าราชการ ตามพระราชกฤษฎีกา เงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 เป็นสวัสดิการที่รัฐให้แก่ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง เป็นผลให้แต่ละระบบมีประเภทและวิธีจัดบริการสาธารณสุขไม่เหมือนกัน

นอกจากทั้งสามระบบข้างต้นแล้ว ยังมีระบบบริการสาธารณสุขของพนักงานหรือลูกจ้างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐอีกด้วย

จากรายงานการศึกษาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพบว่า แม้กฎหมายว่าด้วยระบบบริการสาธารณสุข 3 ระบบไม่เป็นการเลือกปฏิบัติไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และผู้มีสิทธิรับบริการของแต่ละระบบบริการฯ แตกต่างกัน แต่ก็ยังพบว่ามิได้เข้าถึงบริการสาธารณสุข นอกจากนี้ ระบบบริการสาธารณสุขทั้ง 3 ระบบยังมีปัญหาของการเข้าไม่ถึงบริการ การขาดข้อมูลข่าวสาร และความเหลื่อมล้ำหลายประการเช่น²⁶⁹

1. ระบบประกันสุขภาพแห่งชาติ มีขอบอำนาจหน้าที่ครอบคลุมทั้งการกำหนดประเภท ขอบเขต และมาตรฐานการให้บริการสาธารณสุข มาตรฐานของโรงพยาบาล/หน่วยบริการ การเติมหรือเพิ่มสิทธิรับบริการสาธารณสุขของระบบบริการฯ อื่นให้สอดคล้องตามระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติไม่อาจทำได้ทันที ต้องกำหนดพระราชกฤษฎีกา หรือข้อตกลงกับคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ทำให้ผู้มีสิทธิในระบบบริการสาธารณสุขอื่นอาจไม่ได้รับบริการสาธารณสุขบางประการ ภายใต้ระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติซึ่งควรเป็นบริการฯ ขั้นพื้นฐานสำหรับทุกคน

²⁶⁹ อัจฉรา ฉายากุล และคณะ, ประมวลรายงานผลการพิจารณาเพื่อเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย และกฎของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, เล่ม 1 ระหว่างวันที่ 1 มีนาคม 2554 - 31 ธันวาคม 2557 / คณะอนุกรรมการด้านเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย และกฎ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2558).

2. การจ่ายเงินให้โรงพยาบาล/หน่วยบริการ ซึ่งสังกัดกระทรวงสาธารณสุขตามระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ กรณีผู้ป่วยนอกมีวิธีเหมาจ่ายรายหัว ตามจำนวนประชากรในพื้นที่ โดยกันเงินบางส่วนงบประมาณเหมาจ่ายเป็นเงินเดือนเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาล ประกอบกับโรงพยาบาล/หน่วยบริการดังกล่าวได้รับเงินจากกองทุนภายใต้ระบบบริการอื่นลดลง กล่าวคือ ระบบสวัสดิการข้าราชการมีระบบควบคุมการชดเชยค่าใช้จ่าย โดยใช้การเหมาจ่ายปลายปิดตามกลุ่มโรคกรณีผู้ป่วยใน และระบบประกันสังคมมีการแข่งขันจากโรงพยาบาลเอกชนและโรงพยาบาลสังกัดอื่น เป็นผลให้โรงพยาบาลสังกัดกระทรวงสาธารณสุขจำนวนไม่น้อย ได้รับงบประมาณไม่เพียงพอหรือต่ำกว่าต้นทุน มีความสามารถในการแข่งขันลดลง หรือบางแห่งต้องออกจากการเป็นหน่วยบริการประจำ

3. พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 มาตรา 5 วรรค 2 กำหนดว่า คณะกรรมการ (หลักประกันสุขภาพแห่งชาติ) อาจกำหนดให้บุคคลที่เข้ารับบริการสาธารณสุขต้องร่วมจ่ายค่าบริการ...เว้นแต่ผู้ยากไร้หรือบุคคลที่รัฐมนตรีกำหนดไม่ต้องจ่ายค่าบริการ ทางปฏิบัติได้ใช้การจ่ายร่วมเป็นอัตราคงที่ต่อครั้ง (30บาท หากมียา) โดยยกเว้นการจ่ายร่วมให้บางกลุ่ม รวมถึงผู้ไม่ประสงค์จ่ายค่าบริการ ทำให้การจ่ายร่วมเป็นไปตามความสมัครใจ และไม่อาจใช้กลไกช่วยเหลือผู้ยากจน ผู้ด้อยโอกาสอื่นให้เข้าถึงบริการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากนัก

4. บริการสาธารณสุขภายใต้ระบบประกันสังคมมีความเหลื่อมล้ำจากระบบบริการอื่น คือ ไม่ครอบคลุมการตรวจสุขภาพ นอกจากนี้มีเพียงผู้ประกันตนตามระบบนี้เท่านั้นที่ต้องร่วมจ่ายค่าบริการเป็นภาคบังคับ โดยจ่ายเป็นเงินสมทบในกองทุนประกันสังคม ขณะที่ผู้รับบริการในระบบอื่นเช่น ระบบสวัสดิการข้าราชการไม่ต้องจ่าย และระบบหลักประกันสุขภาพฯใช้การร่วมจ่ายตามความสมัครใจ แต่ผู้ประกันตนกลับได้รับบริการที่เท่ากันหรือด้อยกว่าผู้รับบริการระบบบริการอื่น

5. ข้าราชการตามระบบสวัสดิการข้าราชการสามารถเข้ารับการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลรัฐทุกแห่ง หรือโรงพยาบาลเอกชนบางแห่งตามที่กระทรวงการคลังกำหนด โดยไม่ต้องเลือกหน่วยบริการประจำ หรือโรงพยาบาลคู่สัญญา แม้กระนั้นยังพบว่าหลายคนเข้าไม่ถึงบริการในโรงพยาบาลรัฐ ต้องเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลเอกชนโดยเสียค่าใช้จ่ายเอง นอกจากนี้พบว่า กรมบัญชีกลางเป็นเพียงหน่วยเบิกจ่าย และคณะกรรมการบริหารระบบสวัสดิการข้าราชการมีหน้าที่ กำหนดมาตรการควบคุมค่าใช้จ่ายด้านยาเป็นหลัก แต่ไม่มีอำนาจบริหารจัดการ กำกับจำนวนการเบิกจ่าย รวมถึงควบคุมมาตรฐานบริการฯ ทำให้การเบิกจ่ายค่ารักษาพยาบาลและค่ายาในกรณีผู้ป่วยนอกเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ขณะที่ไม่อาจควบคุมหรือต่อรองเกี่ยวกับประเภทหรือมาตรฐานการบริการ ส่วนการดูแลความปลอดภัย อาชีวอนามัย สภาพแวดล้อมการทำงานยังไม่ได้รับการดูแล

6. ผู้ประกันตนตามระบบประกันสังคม ซึ่งจงใจหรือยินยอมก่อให้เกิดอันตรายหรือเจ็บป่วย²⁷⁰ รวมถึงผู้ประกันตนที่จ่ายเงินสมทบไม่ครบระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีประสบอันตราย/

²⁷⁰ พระราชบัญญัติประกันสังคมมาตรา 61

เจ็บป่วย ทุพพลภาพ ต้องจ่ายแล้วไม่น้อยกว่า 3 เดือน และกรณีคลอดบุตรต้องจ่ายแล้วไม่น้อยกว่า 7 เดือน²⁷¹

7. ผู้อยู่ในข่ายรับบริการมากกว่า 1 ระบบ ซึ่งโดยใช้สิทธิหลักของตนก่อน แล้วจึงใช้สิทธิในฐานะผู้อาศัยสิทธิเพิ่มเติมในส่วนที่เบิกจ่ายไม่ได้ ทางปฏิบัติพบว่า ทั้งผู้ป่วยและโรงพยาบาลไม่ทราบข้อมูลดังกล่าว ทำให้ผู้ป่วยต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายส่วนนี้เอง หรือออกจากการรักษาพยาบาลกลางคัน เช่นเดียวกัน ผู้ประกันตนตามระบบประกันสังคมในฐานะผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย พึงได้รับข้อมูลข่าวสารการบริหารงานฐานการเงิน หรืออื่นใดของกองทุนประกันสังคมทางปฏิบัติพบว่า ผู้ประกันตน รวมถึงผู้ประกันตนที่เป็นแรงงานข้ามชาติกลับเข้าไม่ถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว

8. กลุ่มผู้ด้อยโอกาสทางสังคม ได้แก่ผู้ไม่มีสัญชาติไทย และไม่ได้รับการผ่อนผันภายใต้มติคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการให้สิทธิ (คืนสิทธิ) ขั้นพื้นฐานด้านสาธารณสุขแก่บุคคลที่มีปัญหาสถานะและสิทธิแรงงานนอกระบบ/แรงงานข้ามชาติที่ไม่สามารถพิสูจน์สัญชาติ (งานภาคเกษตรกรรม ภาคประมง และงานบ้าน) และเด็กเร่ร่อนหรือผู้ไร้ที่พึ่งพิงซึ่งมีกรักษาตัวเอง เนื่องจากช่องว่างทางกฎหมาย อุปสรรคด้านภาษา ไม่มีหรือเข้าไม่ถึงเครื่องมือสื่อสาร ทัศนคติของผู้ให้บริการและบรรยากาศไม่เป็นมิตรของสถานพยาบาล เป็นต้น

4.10 การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม”

ประวัติอาชญากรรม (Criminal Record) เป็นข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมต่างๆ ซึ่งกระทบสิทธิของเจ้าของข้อมูลนั้น เช่น การนำไปใช้นำไปเผยแพร่ในทางที่ทำให้บุคคลนั้นเสื่อมเสียชื่อเสียง การนำไปใช้ประกอบการตัดสินใจเรื่องต่างๆ อันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของบุคคลนั้นกับบุคคลหรือองค์กรอื่นในสังคม สำหรับในหัวข้อนี้จะมีขอบเขตศึกษาปัญหาของการนำข้อมูลดังกล่าวมาเป็นปัจจัยในการตัดสินใจเกี่ยวกับผู้มีประวัติอาชญากรรมในบริบทการทำงาน ซึ่งอาจประกอบด้วยพฤติกรรมย่อยหลายประการทั้งในช่วงก่อนการเกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน เช่น การกำหนดให้ประวัติอาชญากรรมเป็นคุณสมบัติต้องห้ามสำหรับผู้สมัครงาน การใช้คำถามเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมในกระบวนการคัดเลือก เช่น การสัมภาษณ์หรือในใบสมัครงาน สำหรับช่วงหลังการเกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานแล้ว ก็มีการการนำเหตุประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณาตัดสินใจในเรื่องอื่นๆ เช่น การเลื่อนขั้น เลื่อนตำแหน่ง การเลิกจ้าง เป็นต้น เมื่อพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน จะเห็นได้ว่า บุคคลที่มีประวัติอาชญากรรมได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากบุคคลอื่นเพียงเพราะเหตุที่ตนมีประวัติอาชญากรรม จึงนำไปสู่ประเด็นคำถามว่า บุคคลที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุนี้ จะได้รับการคุ้มครองตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติหรือไม่ อย่างไร โดยทั่วไป

²⁷¹ พระราชบัญญัติประกันสังคมมาตรา 62 ,65 และ 69

แล้วอาจพิจารณาได้ว่า การปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากอีกบุคคลหนึ่งที่มีคุณสมบัติต่างๆ เหมือนกัน เพียงเพราะเหตุที่บุคคลนั้นมีประวัติอาชญากรรม โดยหลักแล้วจึงเป็น “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ซึ่งหากเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้ว ก็อาจจัดเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ได้ อย่างไรก็ตามเนื่องจาก “ประวัติอาชญากรรม” มีปัญหาว่าจะจัดอยู่ใน “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ในส่วนนี้จะเริ่มจากการศึกษากฎหมายและคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ก่อนจะเปรียบเทียบกับประเทศไทยต่อไป

4.10.1 การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ในต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะศึกษากฎหมายสหรัฐอเมริกา แคนาดา และ ออสเตรเลีย ที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” (Criminal Record) ในมิติของการจ้างแรงงาน

(1) กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (The Civil Rights Act) ได้วางหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆ ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของพลเมือง สำหรับในมิติของการจ้างแรงงานนั้น²⁷² กฎหมายนี้วางหลักห้ามการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานอันถือเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Employment Practices) ซึ่งได้แก่²⁷³

- การปฏิเสธการจ้างหรือการเลิกจ้างบุคคลใดหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดในกรณีของค่าชดเชยเงื่อนไขการทำงาน สภาพการจ้าง สิทธิพิเศษในการจ้างงาน ด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิด (race, color, religion, sex, or national origin) ของบุคคลดังกล่าว

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

นายจ้างอาจปฏิบัติต่อลูกจ้างหรือผู้สมัครด้วยเหตุดังกล่าวได้หากเหตุนั้นเข้าลักษณะ “คุณสมบัติอันเกี่ยวข้องกับงานนั้นโดยสุจริต” (Bona Fide Occupational Qualification) อย่างไรก็ตาม ศาลวางหลักว่าในการอ้างเหตุนี้ นายจ้างต้องพิสูจน์องค์ประกอบ 3 ประการคือ (1) ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองกับความสามารถในการทำงานนั้น (2) การกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของกิจการนายจ้าง และ (3) ไม่มีทางเลือกอื่นใดที่จำกัดสิทธิลูกจ้างหรือผู้สมัครน้อยกว่า (Less restrictive measure)²⁷⁴ เหตุดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติ

²⁷² Title VII of the Civil Right Act of 1964, codified as Subchapter VI of Chapter 21 of title 42 of the United States Code

²⁷³ SEC. 2000e-2. [Section 703], the Civil Rights Act

²⁷⁴ United Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc., 499 U.S. 187 (1991)

ต่อลูกจ้าง ดังนั้นจึงมีการตีความอย่างแคบ เช่น การที่นายจ้างปฏิบัติเป็นพิเศษต่อบุคคลด้วยเหตุศาสนานั้น ยังไม่มีเพียงพอแสดงว่าเหตุดังกล่าวเป็นคุณสมบัติอันเกี่ยวข้องกับงานนั้นโดยสุจริต²⁷⁵

นอกจากนี้ คณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission หรือ EEOC) ซึ่งเป็นองค์กรระดับรัฐบาลกลางและมีอำนาจบังคับใช้กฎหมายสิทธิพลเมืองโดยสามารถไต่สวนคำร้องที่อ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ คณะกรรมการ EEOC ได้กำหนดแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement Guidance) สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม สรุปได้ว่า²⁷⁶ ในกรณีที่นโยบายการจ้างงานที่ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิพลเมือง (เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิด) นายจ้างต้องแสดงให้เห็นว่านโยบายนั้นมีความเชื่อมโยงระหว่างอาชญากรรม อันตรายของอาชญากรรมดังกล่าว กับความเสี่ยงต่อการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งงานนั้น หลักการนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการพิจารณาความเกี่ยวข้องกับงาน และสอดคล้องกับความจำเป็นทางธุรกิจ (Job related and consistent with business necessity) นอกจากนี้ยังได้วางแนวทางเกี่ยวกับการคัดเลือกบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง (Target screen) ซึ่งมีที่มาจากคำพิพากษาศาลในคดี *Green v. Missouri Pacific Railroad*²⁷⁷ โดยกำหนดองค์ประกอบหรือปัจจัยสำหรับการพิจารณาในการใช้ประวัติอาชญากรรมให้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ องค์ประกอบดังกล่าวคือ ลักษณะของความผิดนั้น เวลาที่ผ่านมาหลังจากความผิดนั้นเกิดขึ้นหรือหลังจากที่ได้รับโทษแล้ว และลักษณะสภาพของงานนั้นๆ ดังนั้นการที่นายจ้างจะใช้ประวัติอาชญากรรมเป็นเหตุผลของการไม่รับบุคคลเข้าทำงานก็ต้องแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นทางธุรกิจ (Business necessity)²⁷⁸ นอกจากนี้ EEOC ยังกำหนดแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งกำหนดให้กิจการต่างๆ จัดให้มีกระบวนการที่แสดงว่ากิจการนั้นจะไม่ใช้ประวัติอาชญากรรมเพื่อเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ถิ่นกำเนิด รวมทั้งกำหนดแนวปฏิบัติที่ดี (Best Practice) ให้นายจ้างนำคำถามเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม” ออกจากใบสมัครงานด้วย ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า เหตุแห่งประวัติอาชญากรรมมิได้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้วยตัวเอง แต่ต้องมีความเกี่ยวพันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นที่กฎหมายนี้ระบุไว้

(2) กฎหมายแคนาดา

²⁷⁵ *Equal Employment Opportunity Commission v. Kamehameha School — Bishop Estate*, 990 F.2d 458 (9th Cir. 1993)

²⁷⁶ EEOC Enforcement Guidance. U.S. Equal Employment Opportunity Commission. 25 April 2010

²⁷⁷ *Green v. Missouri Pacific Railroad*, 549 F.2d 1158 (8th Cir. 1975)

²⁷⁸ Sharon Dietrich, Maurice Emsellem, Catherine Ruckelshaus, “Work Reform: The Other Side of Welfare Reform,” *Stanley L. & Policy Review* 9 (1998): 53, 56.

กฎหมายแคนาดาที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม สามารถจำแนกพิจารณาในระดับรัฐบาลกลางและระดับมลรัฐ ดังนี้

กฎหมายระดับรัฐบาลกลาง : กฎหมายสิทธิมนุษยชนสหพันธรัฐ (Federal Human Rights Act) วางหลักว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายประกอบด้วย เชื้อชาติ สัญชาติและ การตัดสินโทษทางอาญา (Conviction for an offence) ซึ่งได้รับการพิจารณาให้ระงับประวัติอาชญากรรม (suspension)²⁷⁹ จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดเหตุประวัติอาชญากรรมไว้ในฐานะเป็น “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Prohibited ground of discrimination) ประการหนึ่งโดยเฉพาะอย่างชัดเจน เช่นเดียวกับเหตุอื่นๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

กฎหมายระดับมลรัฐ : กฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับมลรัฐในแคนาดานั้นวางหลักเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมแตกต่างกันไป ซึ่งผู้เขียนจำแนกเป็นสามกลุ่ม ดังนี้

กลุ่มแรก กำหนดให้ “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติประการหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น

กฎหมายสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ British Columbia วางหลักไว้ว่า²⁸⁰ บุคคลจะต้อง (ก) ไม่ถูกปฏิเสธการจ้างงานหรือปฏิเสธในการทำงานต่อไป หรือ (ข) เลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรือเงื่อนไขของการจ้างแรงงานด้วยเหตุแห่ง เชื้อชาติ สีผิวหรือ เพราะบุคคลนั้นถูกตัดสินว่ามีความผิดอาญา ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานหรือการจ้างแรงงานที่มุ่งกระทำ (convicted of a criminal offence that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person)

กฎหมายสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ Quebec²⁸¹ วางหลักว่า “บุคคลจะต้องไม่ถูกเลิกจ้าง หรือปฏิเสธการจ้างงาน หรือตัดสินลงโทษที่เกี่ยวกับการจ้างงาน ด้วยเหตุเพียงเพราะบุคคลนั้นถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญา (Convicted of a penal or criminal offence) ทั้งนี้หากความผิดนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน....”

²⁷⁹ Human Rights Act, RSC 1985 Section 3 (1) : ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนใช้คำว่า “pardon or suspension” แต่ทั้งนี้ต้องพิจารณาเชื่อมโยงกับกฎหมายเฉพาะอีกฉบับหนึ่งคือ กฎหมายประวัติอาชญากรรม (The Criminal Records Act) โดยกฎหมายนี้วางหลักว่าผู้มีประวัติอาชญากรรมที่ผ่านการพิจารณาให้ระงับประวัติอาชญากรรม (Criminal record suspension) จะได้รับการนำประวัติแยกออกมาจากการสืบค้นและจะไม่ถูกเปิดเผยต่อบุคคลใดเว้นแต่จะมีคำสั่งจากรัฐมนตรี ดังนั้น “suspension” ในกรณีนี้คือการระงับประวัติอาชญากรรมมิใช่การระงับหรือการพัก “การลงโทษ” กฎหมายลักษณะนี้เทียบได้กับกฎหมายบางมลรัฐในออสเตรเลียที่ผู้มีประวัติได้รับโทษอาญาสามารถได้รับการพิจารณาให้ประวัตินั้นไม่ปรากฏในระบบหรือที่เรียกว่า “Spent conviction” เช่น กฎหมายมลรัฐ Western Australia (Spent Convictions Act 1988)

²⁸⁰ Human Rights Code, RSBC 1996, Section 13

²⁸¹ Charter of human rights and freedoms, RSQ, c C-12, Section 18.2

กฎหมายสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ Newfoundland and Labrador²⁸² วางหลักว่า “นายจ้างหรือบุคคลที่ทำการในนามนายจ้างจะต้องไม่ปฏิเสธการจ้างหรือปฏิเสธการจ้างต่อไปหรือกำหนดเงื่อนไขข้อตกลงในการจ้างงานที่เป็นการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือ เพราะด้วยเหตุที่บุคคลนั้นถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามดังกล่าวไม่ใช้กับกรณีการกำหนดคุณสมบัติหรือการปฏิบัติที่แตกต่างบนพื้นฐานของคุณสมบัติเกี่ยวกับอาชีพโดยสุจริต (Good faith occupational qualification)

กลุ่มที่สอง มิได้กำหนดให้ “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ แต่มีแนวทางหรือการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนให้ได้รับการคุ้มครองเทียบเท่ากับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นตามที่ระบุในกฎหมาย เช่น

กฎหมายมลรัฐ Manitoba มีการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Applicable characteristics) เช่น บรรพบุรุษ ศาสนา ความเชื่อ เพศ ฯลฯ ไว้ในมาตรา 9 (1) แต่มิได้กำหนดกรณี ประวัติอาชญากรรม ไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ²⁸³ อย่างไรก็ตาม จากคำร้องและแนวทางการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ Manitoba มีหลักการที่เกี่ยวข้องดังนี้

- คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน Manitoba²⁸⁴ กรณีผู้สมัครงานตำแหน่งดูแลผู้สูงอายุถูกบังคับให้ตรวจสอบประวัติอาชญากรรม แม้ว่าเหตุเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมมิได้ระบุไว้ชัดเจนตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ Manitoba แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า มาตรา 9 (1) ของกฎหมายสิทธิมนุษยชน มีเจตนารมณ์คุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมด้วย เนื่องจากบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรมได้รับผลกระทบ เช่น stigma stereotype และ disadvantage เช่นเดียวกับบุคคลที่จัดอยู่ในกลุ่มเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยอมรับว่า การตรวจสอบประวัติอาชญากรรมจะเป็นการเลือกปฏิบัติเมื่อนายจ้างไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงเหตุผลจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับงานนั้น (Reasonable Justification) สำหรับกรณีนี้คณะกรรมการฯ เห็นว่ามีความเหมาะสมที่จะตรวจสอบประวัติอาชญากรรมของลูกจ้างใหม่เพื่อลดความเสี่ยงอันจะกระทบความปลอดภัยของผู้สูงอายุ

- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน Manitoba มีนโยบาย (Policy) แนะนำให้นายจ้างหลีกเลี่ยงการใช้ประวัติอาชญากรรมในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล โดยมีหลักการว่า²⁸⁵ คำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงานในกรณีประวัติอาชญากรรม อาจเข้าข่ายคำร้องตามมาตรา 9 (1) ของกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้

²⁸² Human Rights Act, 2010, SNL 2010, c H-13, Section 14

²⁸³ The Human Rights Code, CCSM c H175, Section 9 (2)

²⁸⁴ Manitoba Human Rights Commission, Human Rights Adjudicator Rules on Criminal Record Complaint, December 2009. http://www.manitobahumanrights.ca/publications/news_releases/2009_12_17.html

²⁸⁵ Manitoba Human Rights Commission, Board of Commissioner's Policy : Criminal Record http://www.manitobahumanrights.ca/publications/policy/policy_criminal-record.html

โดยจะต้องพิจารณาว่า ประวัติอาชญากรรม (การถูกตัดสินโทษ (Conviction) นั้นมีความสัมพันธ์โดยสุจริตกับอาชีพหรือการจ้างงานนั้นหรือไม่ (Bona Fide Relationship to the occupation or employment) ซึ่งมีปัจจัยพิจารณาหลายประการ เช่น (1) หากอุปนิสัยซึ่งเกี่ยวข้องกับการถูกตัดสินโทษนั้นเกิดขึ้นซ้ำอีก อาจส่งผลกระทบต่อความสามารถของนายจ้างในการประกอบการอย่างปลอดภัยและมีประสิทธิภาพ (Employer's ability to carry on its business safely and efficiently) (2) สถานการณ์แวดล้อมของความผิดนั้น เช่น อายุขณะกระทำผิด (3) ระยะเวลาของการตัดสินโทษกับการตัดสินใจที่เกี่ยวกับการจ้างงาน

นอกจากนี้ ยังจำแนกความแตกต่างระหว่าง “การถูกตั้งข้อหา” (Criminal charge) กับ การถูกตัดสินโทษ (Conviction) โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ยอมรับหลักว่าบุคคลมีสิทธิพื้นฐานที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะถูกตัดสินโทษตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามการนำเหตุเกี่ยวกับการตั้งข้อหาความผิดอาญามาใช้ตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานอาจทำได้เมื่อพิสูจน์ถึงความเสี่ยงต่อผู้ร่วมงานหรือการประกอบการของนายจ้าง โดยความเสี่ยงนี้จะต้องมีความรุนแรง กล่าวคือ นายจ้างจะต้องมีระดับการพิสูจน์ความเสี่ยงที่สูงกว่ากรณีการถูกตัดสินโทษ

กลุ่มที่สาม บางมลรัฐมิได้กำหนดให้ ประวัติอาชญากรรม เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ นอกจากนี้ตามแนวทางการตีความและบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก็ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับเหตุดังกล่าว เช่น *กฎหมายสิทธิมนุษยชนมลรัฐ Saskatchewan*²⁸⁶ มิได้ระบุเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายโดยเฉพาะ แต่มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันในกรณีการจ้างงานอันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ เช่น เพศ อาจทำได้โดยไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติหาก เป็นกรณีเกี่ยวกับคุณสมบัติอันสมเหตุผลของอาชีพนั้นๆ (Reasonable Occupational Qualification)

(3) กฎหมายออสเตรเลีย

ตามกฎหมายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย²⁸⁷ ซึ่งเป็นกฎหมายระดับรัฐบาลกลางของออสเตรเลีย ให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติใน

²⁸⁶ Human Rights Code, SS 1979

²⁸⁷ Australian Human Rights Commission Act 1986 (Cth) (AHRC Act)

กรณีประวัติอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน²⁸⁸ ทั้งนี้คณะกรรมการฯ มีอำนาจสอบสวนการกระทำหรือการปฏิบัติใดๆ รวมทั้งการปฏิบัติเชิงระบบ (Systemic Practice) ซึ่งอาจก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งมีอำนาจแก้ไขปัญหาดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยการไกล่เกลี่ยตามความเหมาะสม²⁸⁹

จากคำนิยามของการเลือกปฏิบัติ ของกฎหมายนี้ พบว่า มีความหมายครอบคลุม “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction) ใดๆ หรือการกีดกันสิทธิใดๆ บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง สังคมดั้งเดิม ซึ่งส่งผลขัดขวางต่อความเท่าเทียมกันในโอกาส หรือการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรืออาชีพ”²⁹⁰

ตามกฎหมายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียนั้น ให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในกรณีประวัติอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน²⁹¹ ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ มีอำนาจสอบสวนการกระทำหรือการปฏิบัติใดๆ รวมทั้งการปฏิบัติเชิงระบบ (Systemic Practice) ซึ่งอาจก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งมีอำนาจแก้ไขปัญหาดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยการไกล่เกลี่ยตามความเหมาะสม²⁹²

จากคำนิยามของการเลือกปฏิบัติ ของกฎหมายนี้ พบว่า มีความหมายครอบคลุม “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction) ใดๆ หรือการกีดกันสิทธิใดๆ บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง สังคมดั้งเดิม ซึ่งส่งผลขัดขวางต่อความเท่าเทียมกันในโอกาส หรือการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรืออาชีพ”²⁹³

แม้นิยามดังกล่าวไม่ได้มีการระบุ “ประวัติอาชญากรรม” ไว้ แต่กฎระเบียบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียที่ออกตามความในกฎหมายนี้ได้กำหนดเพิ่มเติม “ประวัติอาชญากรรม” (Criminal Record) ให้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอย่างหนึ่งตามกฎหมาย²⁹⁴ โดยกำหนดว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกันหรือการให้สิทธิพิเศษ ด้วยเหตุแห่งประวัติอาชญากรรม จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามความหมายของกฎหมายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ในกรณีของประวัติอาชญากรรมนั้น กฎหมายนี้ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมด้วย โดยการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนี้จะเกิดขึ้นเมื่อมีการกำหนดเงื่อนไข

²⁸⁸ Part II – Division 4 (sections 30, 31 ,32) of the AHRC Act ประกอบกับ the Australian Human Rights Commission Regulations 1989

²⁸⁹ Section 31

²⁹⁰ Section 3 (1) of the AHRC Act

²⁹¹ Part II – Division 4 (sections 30, 31 ,32) of the AHRC Act ประกอบกับ the Australian Human Rights Commission Regulations 1989

²⁹² Section 31

²⁹³ Section 3 (1) of the AHRC Act

²⁹⁴ The Australian Human Rights Commission Regulations 1989 4 (a) (iii)

มาตรการ หรือการปฏิบัติที่เป็นกลางกล่าวคือใช้กับบุคคลทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลกระทบต่อให้บุคคลบางคนเกิดความเสียเปรียบอย่างไม่ได้สัดส่วน ดังเช่นกรณีประวัติอาชญากรรม²⁹⁵

อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้กำหนดนิยามความหมายของ “ประวัติอาชญากรรม” (Criminal Record) ไว้โดยเฉพาะ แต่มีการตีความอย่างกว้างไม่เฉพาะประวัติที่อยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่รวมถึงสถานการณ์แวดล้อมของการถูกตัดสินโทษด้วย (Circumstance of the Conviction) ดังนั้นจึงครอบคลุม การตั้งข้อหา การสืบสวน การถูกตัดสินว่ามีความผิดและได้รับโทษ การถูกตัดสินว่ามีความผิดแต่ได้รับการยกเว้นโทษ แม้แต่กรณีที่บุคคลนั้นมิได้มีประวัติอาชญากรรมจริงๆ แต่ถูกนายจ้างเลือกปฏิบัติเพราะนายจ้างเชื่อว่าบุคคลนั้นมีประวัติอาชญากรรม (Imputed Criminal Record) สำหรับระดับมลรัฐนั้น แต่ละมลรัฐยังอาจมีกฎหมายกำหนดรายละเอียดของประวัติอาชญากรรมในความหมายที่แตกต่างกันไป

การห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมตามกฎหมายระดับรัฐบาลกลางของออสเตรเลียฉบับนี้มีขอบเขตใช้กับนายจ้างและลูกจ้างในทุกมลรัฐ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน รวมทั้งนายจ้างในองค์กรธุรกิจขนาดเล็ก สำหรับลูกจ้างที่อยู่ในขอบเขตการคุ้มครองนั้น ครอบคลุมลูกจ้างประจำ ลูกจ้างชั่วคราว รวมทั้งบุคคลที่ฝึกงานด้วย อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมนี้ จำกัดเฉพาะในมิติของการจ้างแรงงานเท่านั้น นอกจากนี้กฎหมายมิได้คุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมที่จัดเก็บโดยองค์กรอื่น เช่น สมาคม สำหรับขอบเขตของ การจ้างแรงงานและอาชีพ (Employment and Occupation) มีความหมายกว้าง รวมถึง “การเข้าถึงการฝึกงาน การทำงาน และการเข้าสู่อาชีพใดอาชีพหนึ่ง และเงื่อนไขการจ้างงาน” ดังนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีอำนาจพิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในกรณีประวัติอาชญากรรม ในมิติต่างๆ เช่น การสรรหา (Recruitment) การฝึกงาน การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง เงื่อนไขการทำงาน การเลิกจ้าง การลงทะเบียน ใบอนุญาตต่างๆ ที่เกี่ยวกับการทำงานหรือการประกอบอาชีพ

กฎหมายนี้กำหนดข้อยกเว้นทั่วไปสำหรับการเลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงาน เรียกว่า ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการกำหนด “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้น” (Inherent Requirement Exception) ในกรณีของประวัติอาชญากรรมนั้น หากผู้สมัครหรือลูกจ้างมีประวัติอาชญากรรมแล้วจะส่งผลให้ไม่สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญและจำเป็นของงานนั้นๆ ดังนั้นนายจ้างสามารถนำปัจจัยเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมมาปฏิบัติต่อลูกจ้างให้แตกต่างไปได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ข้อยกเว้นนี้ปรากฏในกฎหมายระดับมลรัฐด้วยโดยอาจใช้คำแตกต่างกันไป เช่น กฎหมายของ Tasmania และ Northern Territory ใช้คำว่า “ประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้อง (Irrelevant Criminal Record)

²⁹⁵ 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 4 กรณี

1. Mr Mark Hall v. NSW Thoroughbred Racing Board²⁹⁶ : กรณีนี้ H ยื่นคำร้องว่ามีการเลือกปฏิบัติในการทำงานเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม เนื่องจากกรรมการรับเข้าทำงานมีมติไม่รับเข้าทำงานในตำแหน่งผู้ดูแลม้าที่สนามแข่งม้าแห่งหนึ่ง โดย H เห็นว่าเหตุผลของการปฏิเสธไม่ให้เขาทำงานเป็นเพราะประวัติอาชญากรรมของเขา กรรมการรับเข้าทำงานอ้างว่า การตัดสินใจไม่รับ H เข้าทำงานไม่ได้เกี่ยวข้องหรือมีเหตุมาจากประวัติอาชญากรรม แต่เพราะเหตุผลอื่น เช่น H ปฏิเสธที่จะเปิดเผยประวัติอาชญากรรม นอกจากนี้กรรมการอ้างข้อยกเว้น “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้น”

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีหนังสือแจ้ง (Notice) ตามมาตรา 35 (3) เห็นว่า H ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม สำหรับประเด็นข้อยกเว้นนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าไม่เข้าข้อยกเว้น “คุณสมบัติอันจำเป็นและเป็นสาระสำคัญของงานนั้น” โดยมีข้อแนะนำ (Recommendation) ดังนี้

- กรรมการรับเข้าทำงานควรจ่ายค่าสินไหมทดแทน 33,303.05 เหรียญให้กับ H

- กรรมการควรทำการทบทวนกระบวนการขององค์กร เกี่ยวกับการใช้ประวัติอาชญากรรม โดยนำปัจจัยต่างๆต่อไปนี้ประกอบการพิจารณาทบทวน (1) ความหมายของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายออสเตรเลีย (2) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในบริบทที่กว้างขึ้น เช่น ข้อ 17 ของ ICCPR (3) การจัดให้มีแนวปฏิบัติอันเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมที่คำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนดังกล่าว

2. Ms Renai Christensen v. Adelaide Casino Pty Ltd²⁹⁷ : กรณีนี้ C ผู้ร้องอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งประวัติอาชญากรรมของตน เนื่องจาก C ไปสมัครงานที่คาสิโนแห่งหนึ่งในตำแหน่งผู้ช่วยเ็นบาร์ โดยในการสมัครงานนั้น C แจ้งต่อผู้ถูกร้องว่าตนมีประวัติอาชญากรรมเพราะถูกจับในข้อหาลักทรัพย์ เมื่อครั้งยังเป็นผู้เยาว์ C อ้างว่าถูกปฏิเสธงานด้วยเหตุดังกล่าว การจ้างงานกรณีนี้ ประกอบด้วยการคัดเลือก 5 ขั้นตอน ซึ่ง C ผ่านขั้นตอนการคัดเลือกขั้นแรก การสัมภาษณ์ การตรวจสอบผู้อ้างอิง อย่างไรก็ตามไม่ผ่านขั้นตอนที่สี่ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการประเมินความปลอดภัยขององค์กรที่มีเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นบุคคลที่ “เหมาะสม” (Fit and Proper Person) ผู้ถูกร้องปฏิเสธว่าการตัดสินใจไม่จ้าง C มิได้เกี่ยวข้องกับ

²⁹⁶ 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

²⁹⁷ Ms Renai Christensen v. Adelaide Casino Pty Ltd, HREOC Report No. 20

ประวัติอาชญากรรม แต่เป็นไปด้วยเหตุผลอื่น กล่าวคือ “โดยลักษณะและสถานการณ์ของความผิดของ C ซึ่งกระทำความผิดเมื่ออายุ 16 ปีโดยตัดสินใจด้วยตัวเองปราศจากการกดดันใดๆ และ C ลักทรัพย์ขวต แอลกอฮอล์สองใบจากร้านขายขวต C อยู่อาศัยกับเพื่อนที่มีพฤติกรรมลักทรัพย์ด้วยจนทำให้ตำรวจซึ่งไปค้นบ้านเพื่อนของเธอสามารถจับ C ด้วย พฤติกรรมดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขคุณสมบัติของการทำงานของผู้ร้องที่ต้องการความเชื่อใจและคุณลักษณะที่ดี” ดังนั้น ผู้ถูกร้องจึงอ้างข้อยกเว้น “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้น” (Inherent Requirement Exception)

ในประเด็นการตีความ ประวัติอาชญากรรมนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าคำดังกล่าวมิได้มีการนิยามไว้ในกฎหมาย หรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง และไม่มีการจำแนกความแตกต่างระหว่าง โทษที่ได้รับจริงหรือไม่ได้รับจริง ผู้ถูกร้องอ้างว่า “ประวัติอาชญากรรม” ควรจำกัดเฉพาะประวัติเกี่ยวกับการตัดสินโทษจริงเท่านั้น (Actual Record of Conviction) ไม่รวมถึง สถานการณ์ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้เพราะผู้ถูกร้องอ้างว่า กรณีนี้มิใช่การตัดสินใจด้วยสาเหตุแห่ง ประวัติอาชญากรรม แต่เกี่ยวข้องกับ สถานการณ์แวดล้อมเกี่ยวกับความผิดที่ C ทำขึ้น กล่าวคือ การไม่รับ C เข้าทำงานนั้นเนื่องมาจากสถานการณ์แวดล้อม มิใช่เพราะการมีประวัติอาชญากรรมนั่นเอง

คณะกรรมการฯ ไม่เห็นด้วยกับผู้ถูกร้อง โดยนำแนวทางการตีความอย่างกว้าง (Liberal Construction) มาประกอบการตีความโดยเห็นว่า ประวัติอาชญากรรมไม่จำกัดเฉพาะประวัติเกี่ยวกับการตัดสินโทษจริงเท่านั้น (Actual Record of Conviction) แต่รวมถึงสถานการณ์เกี่ยวกับการตัดสินโทษ (Circumstance of the Conviction) และพฤติกรรมที่เกี่ยวข้อง (Underlying Conduct) คณะกรรมการฯ ให้เหตุผลว่าหากตีความโดยจำกัดเช่นนั้นจะทำให้เกิดการสร้างภาพเหมารวม (Stereotype) ในทางลบอันเกี่ยวกับการประเมินคุณสมบัติของผู้ร้องและส่งผลกระทบต่อหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้²⁹⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า หากจำแนกความแตกต่างระหว่าง ตัวประวัติอาชญากรรม และ สถานการณ์แวดล้อมที่ความผิดนั้นได้กระทำขึ้น จะทำให้ผู้ถูกร้องสามารถเลี่ยงการปฏิบัติตามหลักห้ามเลือกปฏิบัติแห่งกฎหมายนี้โดยเพียงแต่อ้างว่าการเลือกปฏิบัตินั้นทำขึ้นบนพื้นฐานของสภาพการณ์แวดล้อมของการกระทำความผิด มิใช่เพราะประวัติอาชญากรรมนั่นเอง คณะกรรมการจึงเห็นว่า การปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งสถานการณ์แวดล้อมเกี่ยวกับความผิดที่บุคคลนั้นกระทำขึ้น เป็นการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่ง ประวัติอาชญากรรมตามความหมายของกฎหมายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน กรณีนี้ C จึงถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งประวัติอาชญากรรม

²⁹⁸ อ้างเหตุผลจากคำพิพากษาคดี Commonwealth v. Bradley per Black CJ (Bradley's case)

*3. Report of an Inquiry into a complaint by Ms Tracy Gordon of discrimination in employment on the basis of criminal record*²⁹⁹ : กรณีนี้ G เข้ารับการทดสอบประเมินการทำงานเนื่องจากสมัครงานในตำแหน่งพนักงานสื่อสาร (Communication Offer) ของศูนย์บริการโทรศัพท์ฉุกเฉิน (Emergency Service Telecommunications หรือ ESTA) G อ้างว่าผ่านการทดสอบเบื้องต้น และได้กรอกใบสมัครซึ่งให้ระบุข้อมูลอันรวมถึงประวัติอาชญากรรมของตน โดยความผิดกรณีนี้เกิดขึ้นในปี 2001 (ขณะสมัครงานปี 2003) ซึ่ง G ถูกตรวจพบระดับแอลกอฮอล์ 0.123% ขณะขับรถ และถูกปรับเป็นเงิน 500 เหรียญ รวมทั้งถูกพักใช้ใบอนุญาตขับขี่เป็นเวลา 12 เดือน สำหรับกรณีนี้ G ให้ข้อมูลว่า พนักงานที่เกี่ยวข้องกับการรับสมัครแจ้งว่า G ไม่มีคุณสมบัติเนื่องจากมีประวัติถูกลงโทษฐานดื่มแอลกอฮอล์และขับรถ และแนะนำให้ G ยุติการสมัครงาน ผู้ถูกร้องอ้างนโยบายของตำรวจวิคตอเรียที่จะไม่รับบุคคลผู้มีประวัติอาชญากรรมเข้าทำงาน (Victoria Police's Exclusion Policy)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า ประวัติอาชญากรรมของ G เป็นปัจจัยเดียวที่ ESTA นำมาใช้ในการตัดสินใจไม่ให้ G เข้าสู่กระบวนการสมัครงานต่อไป โดยความผิดของ G จัดอยู่ในความหมาย “ความผิดเกี่ยวกับการจลาจลร้ายแรง” ดังที่นิยามไว้ในนโยบายของสำนักงานตำรวจ จึงเห็นว่าการนำเอาปัจจัยเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมของบุคคลในความผิดการจลาจลมาประกอบการพิจารณาคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานนั้นเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งประวัติอาชญากรรม

สำหรับประเด็นที่ว่า การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างดังกล่าวนี้ เข้าข่ายยกเว้นเนื่องจากเป็น “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้น” (Inherent Requirement Exception) หรือไม่ ซึ่งเห็นว่าต้องพิจารณาไม่เพียงเฉพาะความสามารถทางกายภาพหรือทางจิตใจของบุคคลเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมเกี่ยวกับตำแหน่งนั้นๆ ด้วย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า เจเนอรัลของการเป็นคุณสมบัติสำคัญอันจำเป็นนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์และจำเป็นเมื่อพิจารณาสภาพและลักษณะของงานนั้น กรณีนี้ทางสำนักงานตำรวจอ้างว่า บุคคลจะต้องได้ “มาตรฐานสูงสุดของบูรณภาพ (Highest Standard of Integrity) และมีคุณลักษณะตลอดจนชื่อเสียงที่ดี” ซึ่งเป็นคุณสมบัติเช่นเดียวกับการเป็นพนักงานตำรวจ แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า การกำหนดเจเนอรัลคุณสมบัติดังกล่าวมิได้เป็นคุณสมบัติที่สำคัญอันจำเป็นสำหรับตำแหน่งงานกรณีนี้คือพนักงานสื่อสาร ซึ่งมีลักษณะแตกต่างกันและไม่ควรอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกับพนักงานตำรวจ ดังนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะงานของตำแหน่งการสื่อสารเปรียบเทียบกับลักษณะงานของตำรวจแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติพนักงานสื่อสารในระดับเช่นเดียวกับพนักงานตำรวจเป็นการกำหนดคุณสมบัติของงานที่ไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วน ดังนั้น การกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมสำหรับตำแหน่งการสื่อสารกรณีนี้จึงไม่เข้าข่ายยกเว้น เนื่องจากไม่ใช่คุณสมบัติอันจำเป็นและเป็นสาระสำคัญของงาน

²⁹⁹ 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

4. Mr CG v. State of New South Wales (Rail Corporation New South Wales)³⁰⁰ :

กรณีนี้ ผู้ร้องเคยมีประวัติอาชญากรรมข้อหาขับรถขณะมึนเมา ได้มาสมัครงานในตำแหน่งนักวิเคราะห์ตลาด (Market Analyst) เขาได้รับการแจ้งว่าจากบริษัทว่า ไม่ได้รับการเสนอตำแหน่งงานดังกล่าว ทั้งที่ผู้ร้องมีคุณสมบัติอื่นๆ ที่กำหนดไว้สำหรับงานนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียตรวจสอบข้อเท็จจริง พบว่า บริษัทยอมรับว่าเหตุที่ไม่รับผู้ร้องเข้าทำงานนั้นสืบเนื่องจากประวัติอาชญากรรม แต่โต้แย้งว่า ประวัติอาชญากรรมทำให้ผู้สมัครรายนี้ไม่สามารถปฏิบัติงานได้อย่างสอดคล้องกับ ความจำเป็นของงาน (Inherent Requirement of Job) โดยอ้างนโยบายของกิจการเกี่ยวกับยาเสพติดและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งกำหนดไว้เพื่อมุ่งเน้นความปลอดภัยในการทำงาน และการปฏิบัติงานอย่างสุจริต ชัยชนะมีตระกูล ชี้อาศัย และ ใช้ทักษะอย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม กรรมการสิทธิมนุษยชน เห็นว่า การไม่รับเข้าทำงานดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติอื่นจำเป็นสำหรับงานนั้น เนื่องจากเขาทำงานมาแล้ว 8 ปีในตำแหน่งต่างๆ รวมทั้ง เคยปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งดังกล่าวมาแล้วระยะหนึ่ง ซึ่งไม่ปรากฏว่าการปฏิบัติงานของเขาขัดแย้งกับคุณสมบัติของการทำงานในตำแหน่งนักวิเคราะห์ตลาด ดังนั้น ประวัติความผิดอาญาของเขาไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กับการจ้างงานตำแหน่งดังกล่าว อีกทั้งมิได้เกิดขึ้นในระหว่างเวลาทำงาน การขับไล่ไม่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งงานที่เขาสมัคร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอธิบายว่า “แม้การปราศจากประวัติอาชญากรรมจะเป็นคุณสมบัติจำเป็นสำหรับงานบางอย่าง แต่สำหรับตำแหน่งนักวิเคราะห์ตลาดกรณีนี้ ไม่มีความจำเป็นในการกำหนดคุณสมบัติผู้สมัครว่าต้องปราศจากประวัติอาชญากรรม” จากผลของกรณีนี้ บริษัทยอมรับที่จะทบทวนนโยบายการจ้างงานใหม่

นอกจากกฎหมายออสเตรเลียแล้ว หากพิจารณากฎหมายระดับรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกา จะพบหลักการที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ กฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Right Act) กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติบุคคลด้วยเหตุเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม คณะกรรมการโอกาสที่เท่าเทียมในการจ้างแรงงาน (EEOC) กำหนดแนวปฏิบัติที่อธิบายถึงการที่นายจ้างสามารถใช้ประวัติอาชญากรรมโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น ในปี 1998 คณะกรรมการฯ ตีความกฎหมายสิทธิพลเมืองว่านายจ้างต้องแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นทางธุรกิจหากจะมีการนำปัจจัยด้านประวัติอาชญากรรมมาพิจารณาคุณสมบัติบุคคลในการเข้าทำงาน³⁰¹ ทั้งนี้ คณะกรรมการ EEOC เผยแพร่แนวปฏิบัติ (Guidance)³⁰² กำหนดให้องค์กรธุรกิจจัดทำมาตรการแสดงว่าจะไม่นำเอาประวัติอาชญากรรมมาใช้ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติหรือถิ่นกำเนิดของบุคคล นอกจากนี้ ยังกำหนดให้นายจ้างจัดทำประมวลแนวปฏิบัติที่ดี (Best Practice) ซึ่งมีเนื้อหาว่าจะไม่มีคำถามในใบสมัครงานเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม

³⁰⁰ 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

³⁰¹ Sharon Dietrich, Maurice Emsellem, Catherine Ruckelshaus, “Work Reform: The Other Side of Welfare Reform,” **Stanley L. & Policy Review** 9 (1998): 53, 56.

³⁰² "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

4.10.2 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงาน

สำหรับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องจะจำแนกเป็นสองกลุ่มได้แก่ กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงาน และ กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประวัติอาชญากรรมของบุคคล

(1) กฎหมายเฉพาะของไทยเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงาน

สำหรับกฎหมายไทยนั้นพบว่า มีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับที่มีหลักการเกี่ยวข้องและอาจนำมาปรับใช้กับการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงาน เช่น

- พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานพ.ศ. 2541 มีหลักการที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและห้ามการเลือกปฏิบัติหลายมาตรา เช่น มาตรา 11/1³⁰³ วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ในกรณีสิทธิประโยชน์และสวัสดิการ มาตรา 15³⁰⁴ วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างลูกจ้างชายและหญิง มาตรา 89³⁰⁵ ห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีที่เกี่ยวกับประกาศกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ อย่างไรก็ตาม แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในหลายกรณี แต่ก็มีขอบเขตจำกัดเฉพาะการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงาน มีขอบเขตกว้างกว่าโดยครอบคลุมการปฏิบัติในขั้นตอนก่อนการเกิดสัญญาจ้างแรงงานหรือก่อนการมีความสัมพันธ์ในฐานะนายจ้างและลูกจ้าง เช่น การสรรหา การคัดเลือกบุคคลเข้าทำงาน เป็นต้น ดังนั้นหลักกฎหมายนี้จึงไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุประวัติอาชญากรรมในขั้นตอนก่อนการมีสถานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน เช่น การกำหนดให้ผู้สมัครงานต้องกรอกใบสมัครออนไลน์โดยระบุประวัติอาชญากรรม การกำหนดให้ผู้สมัครต้องไปทำการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมก่อนการเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกต่อไป การนำเหตุประวัติอาชญากรรมมาตัดสินใจไม่รับบุคคลเข้าทำงาน เป็นต้น

- พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 นิยามความหมายของ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ไว้ในมาตรา 3 ว่า หมายถึง “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม

³⁰³ “ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ”

³⁰⁴ “ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้”

³⁰⁵ มาตรา 89 ประกาศกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำหรืออัตราค่าจ้างตามมาตรฐานฝีมือตามมาตรา 88 ให้ใช้บังคับแก่นายจ้างและลูกจ้างทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ

เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” สำหรับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในมาตรา 17 ซึ่งวางหลักว่า “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ ขององค์กรเอกชน ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้” กฎหมายนี้อาจปรับใช้ในกรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ในมิติของการจ้างแรงงานโดยเฉพาะในขั้นตอนก่อนการเป็น “ลูกจ้าง” เช่น การประกาศรับสมัครงาน การคัดเลือกที่มีลักษณะการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้มีขอบเขตจำกัดเฉพาะการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอื่น เช่น เหตุประวัติอาชญากรรม

- พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 วางหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมาตรา 15 ว่า “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการจะกระทำมิได้”³⁰⁶ จะเห็นได้ว่า กฎหมายนี้อาจปรับใช้ในกรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ ในมิติของการจ้างแรงงานและอาจรวมถึงขั้นตอนก่อนการเป็น “ลูกจ้าง” เช่น การกำหนดนโยบายการรับสมัครงานของภาคเอกชนที่มีลักษณะการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้มีขอบเขตจำกัดเฉพาะการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ ไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอื่น เช่น เหตุประวัติอาชญากรรม

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักครอบคลุมกรณีการนำเหตุเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมมาปฏิบัติต่อบุคคลให้เกิดความแตกต่างระหว่างบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรมกับบุคคลที่ไม่มีประวัติอาชญากรรมในมิติการจ้างแรงงาน

(2) กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประวัติอาชญากรรม

³⁰⁶ กฎหมายฉบับนี้นิยามความหมายของ “คนพิการ” ไว้ว่า “บุคคลซึ่งมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคม เนื่องจากมีความบกพร่องทางการเห็น การได้ยิน การเคลื่อนไหว การสื่อสาร จิตใจ อารมณ์ พฤติกรรม สติปัญญา การเรียนรู้ หรือความบกพร่องอื่นใด ประกอบกับมีอุปสรรคในด้านต่าง ๆ และมีความจำเป็นเป็นพิเศษที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือด้านหนึ่งด้านใด เพื่อให้สามารถปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคมได้อย่างบุคคลทั่วไป ทั้งนี้ ตามประเภทและหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ประกาศกำหนด”

นอกจากกฎหมายที่มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานแล้ว ยังมีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประวัติอาชญากรรม เช่น

-ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 32 การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ.2554 มีหลักการว่า พนักงานสอบสวนต้องจัดให้มีการพิมพ์ลายนิ้วมือ “ผู้ต้องหาคดีอาญาทุกประเภท เว้นแต่คดีลหุโทษ..หรือ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยจราจรทางบก รวมทั้งความผิดตามกฎหมายอื่นๆ ซึ่งได้เปรียบเทียบปรับแล้ว” ดังนั้น โดยหลักแล้วเมื่อบุคคลตกเป็นผู้ต้องหาคดีอาญา ก็จะต้องถูกเก็บลายพิมพ์นิ้วมือเป็นประวัติอาชญากรรม ซึ่งหน่วยงานของรัฐ หรือ หน่วยงานเอกชนอาจขอให้มีการตรวจสอบประวัติลูกจ้างของตนได้³⁰⁷ อย่างไรก็ตามข้อมูลนี้อาจถูกคัดแยกออกจากสารบบได้ในบางเหตุที่ระเบียบฉบับนี้กำหนด เช่น “ศาลสั่งยกฟ้อง ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยกฟ้อง ผู้เสียหายถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย”³⁰⁸ ด้วยเหตุนี้ การประกอบอาชีพในภาครัฐหรือภาคเอกชน ก็อาจมีการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมที่มีการบันทึกไว้ โดยหลังจากตรวจสอบแล้ว หากพบว่าไม่มีประวัติอาชญากรรม ก็มิได้มีกฎหมายใดคุ้มครองผู้ที่ไม่ได้รับการจ้าง หรือถูกเลิกจ้างด้วยเหตุมีประวัติอาชญากรรมดังกล่าว แม้ว่าประวัติอาชญากรรมนั้นจะไม่เกี่ยวข้องกับงานที่สมัครหรือที่ทำอยู่ก็ตาม

- พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550 กฎหมายนี้เป็นการล้างโทษให้กับบุคคลที่ถูกลงโทษจริง³⁰⁹ เช่น บุคคลที่ถูกจำคุกตามคำพิพากษาของศาล ให้ถือว่าไม่เคยได้รับโทษนั้น แต่มิได้เป็นการลบล้าง “ความผิด” ไปด้วย นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้มีได้กำหนดให้ต้องลบประวัติอาชญากรรมของบุคคลนั้นออกจากระบบ หากตรวจสอบประวัติอาชญากรรมจากกองทะเบียนประวัติอาชญากรรม จะยังคงปรากฏว่าบุคคลนั้นเคยกระทำความผิดเพียงแต่มีหมายเหตุว่าได้รับการล้างมลทินแล้ว ยิ่งกว่านั้น กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้วางหลักคุ้มครองต่อไปถึงผลภายหลังจากการล้างมลทินในมิติของการจ้างแรงงานทั้งภาครัฐและเอกชน ดังนั้น การพิจารณารับหรือไม่รับบุคคลที่ได้รับการล้างมลทินเข้าทำงานยังคงต้องพิจารณากฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับองค์กรนั้นๆ ซึ่งในขั้นตอนนี้ยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

จะเห็นได้ว่า กฎหมายเหล่านี้กำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ โดยไม่มีขอบเขตครอบคลุมถึงมิติของการจ้างแรงงานโดยเฉพาะในส่วนของการพิจารณารับหรือไม่รับบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรมเข้า

³⁰⁷ ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 32 การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ.2554 บทที่ 3 ข้อ 4

³⁰⁸ ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 32 การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ.2554 บทที่ 4 ข้อ 1

³⁰⁹ มาตรา 4 กำหนดว่า “ให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ต้องโทษในกรณีความผิดต่าง ๆ ซึ่งได้กระทำก่อนหรือในวันที่ ๕ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๐ และได้พ้นโทษไปแล้วก่อนหรือในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ โดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้นๆ”

ทำงาน อันเป็นผลสืบเนื่องจากการได้รับโทษจำคุก ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายอื่นมารองรับ หรือคุ้มครองบุคคลกลุ่มนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของแรงงานที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ รวมทั้ง “ประวัติอาชญากรรม” ซึ่งในปัจจุบันไทยยังไม่มีกฎหมายลักษณะนี้

4.10.3 การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนของไทย

ปัจจุบันกฎหมายไทยไม่มีกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะของกฎหมายกลางที่มีขอบเขตครอบคลุมมิติต่างๆ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ ดังเช่นกฎหมายออสเตรเลีย อย่างไรก็ตาม ประเด็นการนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมของบุคคลมาปฏิบัติต่อบุคคลนั้นในลักษณะเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นในมิติของการจ้างแรงงานนั้นปรากฏอยู่อย่างต่อเนื่อง โดยอาจจำแนกเป็นกรณีการจ้างงานในภาครัฐและภาคเอกชน

4.10.3.1 กรณีประวัติอาชญากรรมกับการจ้างงานในภาครัฐ

กฎหมายไทยที่นำ “ประวัติอาชญากรรม” เข้ามาระบุเป็นคุณสมบัติการเข้ารับราชการนั้นมีหลายฉบับ ซึ่งมีรายละเอียดแตกต่างกันไป จากรายงานผลการพิจารณาที่ 43/2555 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้จำแนกกฎหมาย กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องเป็น 3 กลุ่มคือ³¹⁰

กลุ่มแรก : กฎหมายหรือระเบียบที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ โดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้นลักษณะต้องห้ามได้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ. 2535 ระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการบรรจุ การโอน และการบรรจุกลับเข้ารับราชการ พ.ศ. 2529 เป็นต้น นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ก็มีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก โดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้น กฎหมายกลุ่มนี้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามกรณีที่เคยได้รับ

³¹⁰ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพกรณีผู้ที่เคยรับโทษจำคุกถูกจำกัดสิทธิในการเข้ารับราชการ,” สิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม, สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (2558): 19-23.

โทษโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ แต่ไม่มีการระบุน้อยกว่าให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้นลักษณะต้องห้ามดังกล่าว จึงทำให้ไม่มีลักษณะของการยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมายซึ่งเป็นการเปิดโอกาสผู้เคยได้รับโทษจำคุกดังกล่าว

กลุ่มที่สอง : กฎหมายหรือระเบียบที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ แต่มีข้อยกเว้นให้หน่วยงานสามารถกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะหรือใช้ดุลพินิจในการรับสมัครบุคคลผู้มีลักษณะต้องห้ามเข้ารับราชการได้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2554 พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2557 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2553 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 เป็นต้น กฎหมายกลุ่มนี้จะมีการระบุน้อยกว่าเกี่ยวกับกรณีของผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งมีการพิจารณายกเว้นให้เป็นกรณีเฉพาะรายหรือมีการประกาศยกเว้นให้เป็นกรณีทั่วไป โดยเป็นไปตามระเบียบปฏิบัติและมติของคณะกรรมการ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในการสมัครเข้ารับราชการ

กลุ่มที่สาม : กลุ่มองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 และ กลุ่มองค์กรที่มีการกำหนดระยะเวลาในการพ้นโทษเป็นคุณสมบัติที่สามารถเข้าดำรงตำแหน่งได้ เช่น กรรมการเลือกตั้ง กรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี เป็นต้น ซึ่งมีการกำหนดข้อห้ามบุคคลมิให้สมัครหรือได้รับการเสนอชื่อ ในกรณีที่บุคคลนั้นเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกและได้พ้นโทษมายังไม่ถึงห้าปี เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งกลุ่มนี้มีการกำหนดระยะเวลาพ้นโทษที่ชัดเจน จึงเป็นการเปิดโอกาสให้กับผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดในการเข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าวได้

สำหรับคำร้องที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเคยพิจารณาในประเด็นการนำประวัติอาชญากรรมมากำหนดคุณสมบัติเข้ารับราชการ จะเห็นได้จาก **รายงานผลการพิจารณาที่ 43/2555** ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่าผู้ร้องเคยถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับยาเสพติดและศาลพิพากษาให้จำคุก 3 ปี 6 เดือน ปัจจุบันผู้ร้องพ้นโทษเป็นเวลากว่า 5 ปี ประกอบอาชีพสุจริต ต้องการจะสอบเข้ารับราชการ แต่ถูกจำกัดสิทธิดังกล่าว ผู้ร้องต้องการสอบเข้ารับราชการสังกัดรัฐสภา แต่เมื่อโทรไปสอบถามได้รับแจ้งว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธิสอบและหากสอบได้คะแนนเต็มก็ไม่มีทางได้เข้ารับราชการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีคำสั่งที่ 5/2554 มอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็น

ธรรมพิจารณาต่อไป ประเด็นการตรวจสอบคือ การกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการของ รัฐสภาตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 กระทบต่อสิทธิของผู้ร้อง หรือไม่ อย่างไร

คณะอนุกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้มาตรา 37 ข (7) จะกำหนดคุณสมบัติว่าต้องไม่เป็นผู้ เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ แต่มาตรา 37 วรรคสอง วรรคสาม และ วรรคสี่ ได้บัญญัติข้อยกเว้นเพื่อเปิดโอกาสให้ ผู้มีลักษณะต้องห้ามตามข้อ ข (7) ได้รับการพิจารณายกเว้นคุณสมบัติดังกล่าวได้ ฉะนั้นผู้ร้องยังอาจได้รับ การพิจารณาให้เข้ารับราชการได้ หากคณะกรรมการข้าราชการรัฐสภาพิจารณายกเว้นโดยต้องได้คะแนน เสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม คณะอนุกรรมการฯ จึงเห็นว่า ผู้ร้องยังไม่ถูกระทบ สิทธิในเรื่องการไม่สามารถเข้ารับราชการรัฐสภา เพราะเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554

จะเห็นได้ว่า กรณีตามคำร้องและรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว แม้ว่าเกี่ยวข้องกับกฎหมายไทย ที่กำหนดคุณสมบัติในการรับราชการซึ่งผู้ร้องอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ แต่มีประเด็นจำกัดเฉพาะตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 เท่านั้น ซึ่งจากรายงาน ผลการพิจารณาดังกล่าว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อหน่วยงาน ราชการที่เกี่ยวข้องว่า “..โดยกลุ่มที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นคุณสมบัติและ ลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ โดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้นลักษณะ ต้องห้ามได้ ควรมีการพิจารณาทบทวนปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับมิติด้านสิทธิเสรีภาพตาม รัฐธรรมนูญและพันธกรณีระหว่างประเทศรับรองไว้ โดยการกำหนดข้อยกเว้นต้องมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนและ เป็นธรรม รวมทั้งควรมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการประกอบอาชีพด้วย ซึ่งในข้อยกเว้นนั้นอาจ กำหนดกรอบระยะเวลาให้กับผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุก เพื่อเปิดโอกาสให้สามารถใช้สิทธิสมัครเข้ารับราชการ และกลับตนเป็นคนดีต่อไป...”

4.10.3.2 กรณีประวัติอาชญากรรมกับการจ้างงานในภาคเอกชน

สำหรับกรณีนี้จะศึกษาวิเคราะห์ คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรณีการจ้างงาน ในภาคเอกชน (คำร้องที่ 486/2556, รายงานผลพิจารณาที่ 495/2558)

ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ผู้ร้องมีประเด็นเรื่องการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ กรณีนายจ้างนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณาบรรจุเข้าทำงานโดยไม่เป็นธรรม ผู้ร้องเคยถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกในคดีลักทรัพย์ และรอลงอาญาไว้ 2 ปี ต่อมาผู้ร้องได้สมัครเข้าเป็นพนักงานขายรถยนต์บริษัทเอกชนแห่งหนึ่ง ผู้ร้องได้ปฏิบัติงานผ่านการทดลองงาน 3 เดือนและถูกตรวจประวัติอาชญากรรม ผลตรวจพบว่าผู้ร้องมีประวัติถูกดำเนินคดีอาญา บริษัทปฏิเสธการบรรจุผู้ร้องเข้าเป็นพนักงาน ผู้ร้องเห็นว่านายจ้างควรพิจารณาจากผลงานการปฏิบัติงานและความประพฤติของผู้ร้องเป็นหลัก ไม่ควรนำทะเบียนประวัติอาชญากรรมในอดีตมาประกอบการพิจารณาเท่ากับไม่ให้โอกาสผู้ที่เคยทำผิดได้กลับเป็นคนดีและประกอบอาชีพที่มั่นคง ผู้ร้องมีความประสงค์ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตรวจสอบ การกระทำอันไม่เป็นธรรมโดยการนำทะเบียนประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณาบรรจุพนักงาน

คณะกรรมการการด้านกฎหมายและการปฏิบัติไม่เป็นธรรม พิจารณาแล้วมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยคือการที่บริษัทเอกชนนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมมาประกอบการพิจารณารับสมัครบุคคลเข้าทำงานเป็นการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าตามคำร้องผู้ร้องถูกปฏิเสธไม่รับเข้าทำงานเนื่องจากเคยต้องโทษคดีอาญาที่ปรากฏในทะเบียนอาชญากรรมจากการพิจารณาตามระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดีลักษณะที่ 12 การพินัยลายนิ้วมือ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นระเบียบใหม่ กรณีของผู้ร้องก็ไม่เข้าข่ายที่จะได้รับการคัดแยกประวัติออกจากสารบบ และเมื่อพิจารณามาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550 แล้วนั้นกรณีผู้ร้องแม้เป็นผู้ที่ได้รับการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ พ.ศ. 2550 ก็มีผลแต่เพียงว่าผู้ร้องไม่เคยถูกลงโทษในข้อหาใดๆ มาก่อนเท่านั้น

เนื่องจากบริษัทเอกชนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการพิจารณารับสมัครบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอแนะเชิงนโยบายไปยังหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจให้เปิดโอกาสให้บุคคลที่เคยรับโทษโดยคำพิพากษาศาลสามารถใช้สิทธิในการสมัครรับราชการและสามารถกลับตัวเป็นคนดีต่อไป ความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นว่า กรณีตามคำร้องเป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของบริษัทเอกชนในการรับสมัครบุคคลเข้าทำงานที่แตกต่างกันโดยพิจารณาเป็นรายกรณี อย่างไรก็ตาม แม้แต่ในหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจยังมีการพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการรับสมัครบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอแนะเชิงนโยบายไปยังหน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจให้เปิดโอกาสให้บุคคลที่เคยรับโทษโดยคำพิพากษาศาลสามารถใช้สิทธิในการสมัครรับราชการและสามารถกลับตัวเป็นคนดีเพื่อทำประโยชน์ให้กับสังคมและประเทศชาติ และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและมาตรฐานเดียวกันต่อไป นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยังมีการประชุมร่วมกับหน่วยงานภาครัฐ เอกชน สมาคมต่างๆ และภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการจัดนำร่องรับสมัครบุคคลที่เคยต้องโทษคดีถึงที่สุดเข้าทำงาน เพื่อเป็นหลักประกันให้ผู้ประกอบการ ในการรับบุคคลเคยต้องโทษเข้าทำงาน รวมทั้งการแก้ไขปัญหาย่อยเป็นรูปธรรม จากกรณีบริษัทเอกชนไม่รับบรรจุบุคคลเข้า

ทำงานเพราะเหตุมีทะเบียนประวัติอาชญากรรมไม่พบว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด จึงมีมติให้ยุติเรื่อง

4.10.4 ข้อวิเคราะห์

ในส่วนนี้จะได้วิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมในมิติของการจ้างแรงงาน โดยจำแนกเป็นประเด็นต่างๆ ดังนี้

(1) “ประวัติอาชญากรรม” ในฐานะ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” และ “มิติของการเลือกปฏิบัติ”

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential treatment) จะเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Ground of Discrimination) สำหรับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้นโดยทั่วไปไม่ได้กำหนด “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ดังเช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 26 ก็ได้กำหนดเหตุนี้ไว้ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งแม้รับรองสิทธิในการทำงาน³¹¹ แต่ก็มีได้ระบุ “ประวัติอาชญากรรม” ไว้ ในฐานะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศพบว่า “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายหลายประเทศบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย เป็นต้น สำหรับออสเตรเลียนั้น การห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม ได้รับการกำหนดไว้ในกฎหมายระดับรัฐบาลกลาง โดยมีขอบเขตใช้กับนายจ้างและลูกจ้าง ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วพบว่า ไม่มีกฎหมายกลางที่กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมทั้งภาครัฐและเอกชน สำหรับกฎหมายเฉพาะที่มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานมิได้กำหนดเหตุประวัติอาชญากรรมไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ทำให้หน่วยงานภาครัฐและเอกชนกำหนดเหตุประวัติอาชญากรรมไว้ในเกณฑ์และเงื่อนไขการรับบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป

สำหรับ “มิติของการเลือกปฏิบัติ” (Area of Discrimination) นั้น กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติมีทั้งที่ครอบคลุมหลายมิติและกฎหมายที่เน้นเฉพาะมิติการจ้างแรงงาน กฎหมายสิทธิมนุษยชนสหพันธรัฐของแคนาดา ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติอื่นนอกจากการจ้างแรงงานด้วย สำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมตามกฎหมายระดับรัฐบาลกลางของออสเตรเลีย จำกัดเฉพาะในมิติของการจ้างแรงงานเท่านั้น แต่ขอบเขตของ “การจ้างแรงงานและอาชีพ”

³¹¹ ภาค 3 ข้อ 6 มีหลักว่า “รัฐภาคี รับรองสิทธิในการทำงาน ซึ่งรวมทั้งสิทธิของทุกคนในโอกาสที่จะหาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือกหรือรับอย่างเสรี และจะต้องดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมในการปกป้องสิทธินี้”

(Employment and Occupation) มีความหมายกว้าง รวมถึง “การเข้าถึงการฝึกงาน การทำงาน และการเข้าสู่อาชีพใดอาชีพหนึ่ง และเงื่อนไขการจ้างงาน” ดังนั้นจึงมิได้จำกัดเฉพาะการปฏิบัติในขั้นตอนความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้าง เช่น เงื่อนไขการทำงาน การเลื่อนขั้น การเลิกจ้าง ฯลฯ เท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงกระบวนการที่เกี่ยวข้องก่อนการเข้าสู่สัญญาจ้างแรงงานด้วย เช่น การสรรหา (Recruitment) การประกาศรับสมัครงาน การคัดเลือก (Selection) เป็นต้น ในกรณีของกฎหมายไทยนั้น ไม่มีกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติที่เป็นกฎหมายกลางอันครอบคลุมมิติต่างๆ หลายมิติ โดยมีกฎหมายเฉพาะที่ครอบคลุมบางมิติ เช่น การจ้างแรงงานแต่ไม่ระบุเหตุประวัติอาชญากรรมไว้เฉพาะดังกล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ยังมีปัญหาสำคัญคือ การขาดกฎหมายคุ้มครองในขั้นตอนก่อนสัญญาจ้างแรงงาน เช่น การประกาศรับสมัคร การคัดเลือก การสัมภาษณ์ เป็นต้น สำหรับการขาดกฎหมายกลางที่ครอบคลุมมิติอื่นก็เป็นปัญหาที่สำคัญ เช่น กรณีของประวัติอาชญากรรมนั้นอาจมีการการเลือกปฏิบัติในมิติอื่นนอกจากการจ้างแรงงานได้ เช่น สถาบันการศึกษาที่ไม่รับบุคคลเข้าศึกษาด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม การให้บริการภาคเอกชนที่ปฏิเสธไม่ให้บริการด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม เป็นต้น

(2) ขอบเขตความหมายของ “ประวัติอาชญากรรม”

ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าประเด็นเกี่ยวกับขอบเขตความหมายของประวัติอาชญากรรม อาจจำแนกพิจารณาออกเป็นประเด็นย่อย 2 ประเด็นดังนี้

ประเด็นแรก : “ประวัติอาชญากรรม” หมายความว่าเฉพาะการถูกศาลตัดสินว่ามีความผิด หรือ มีนัยที่กว้างกว่านั้น เช่น รวมถึงการมีประวัติเนื่องจากตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาด้วย เป็นต้น

ในประเด็นนี้หากพิจารณากฎหมายแคนาดาจะพบว่า มีการจำแนกความแตกต่างระหว่าง “การถูกตั้งข้อหา” (Criminal charge) กับ การถูกตัดสินโทษ (Conviction) แต่มีขอบเขตแตกต่างกันไป สำหรับในระดับสหพันธรัฐนั้น กฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับสหพันธรัฐ (Federal Human Rights Act) ของแคนาดาจำกัดขอบเขตความหมายของประวัติอาชญากรรมไว้แคบ เฉพาะการถูกศาลตัดสินให้ได้รับโทษทางอาญา อีกทั้งต้องเป็นกรณีที่ได้รับการระงับประวัติอาชญากรรม ดังนั้น หากเป็นกรณีการถูกตั้งข้อหา หรือการถูกตัดสินโทษแต่ไม่ได้รับอนุญาตให้ระงับประวัติอาชญากรรม ก็ไม่ถือเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ อาจเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรมอันไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวนี้ได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับกฎหมายระดับมลรัฐนั้นพบว่ามีหลักการแตกต่างกันไป บางมลรัฐครอบคลุมเฉพาะการถูกตัดสินโทษอาญา (Convicted of criminal offence) ในขณะที่บางมลรัฐครอบคลุมการถูกตั้งข้อหาด้วย

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายออสเตรเลีย ในระดับสหพันธรัฐ พบว่าได้กำหนดนิยามความหมายของ “ประวัติอาชญากรรม” (Criminal Record) ไว้โดยเฉพาะ แต่มีการตีความอย่างกว้างไม่เฉพาะประวัติที่อยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่รวมถึงสถานการณ์แวดล้อมของการถูกตัดสินโทษด้วย (Circumstance of the Conviction) ดังนั้นจึงครอบคลุม การตั้งข้อหา การสืบสวน การถูกตัดสินว่ามีความผิดและได้รับโทษ การถูกตัดสินว่ามีความผิดแต่ได้รับการยกเว้นโทษ แม้แต่กรณีที่บุคคลนั้นมิได้มีประวัติอาชญากรรมจริง แต่ถูกนายจ้างเลือกปฏิบัติเพราะนายจ้างเชื่อว่าบุคคลนั้นมีประวัติอาชญากรรม (Imputed Criminal Record) สำหรับระดับมลรัฐนั้น แต่ละมลรัฐยังอาจมีกฎหมายกำหนดรายละเอียดของประวัติอาชญากรรม ในความหมายที่แตกต่างกันไปได้อีก นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย พิจารณาว่าที่ผู้สมัครงานไม่ได้รับการคัดเลือกด้วยเหตุที่เข้า “ปฏิเสธที่จะเปิดเผยประวัติอาชญากรรม” นั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมด้วย³¹²

กฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (The Civil Rights Act) กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้เฉพาะ “เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิด (race, color, religion, sex, or national origin)” โดยมิได้กำหนด “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยตัวของมันเอง อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission หรือ EEOC กำหนดแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement Guidance) สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ “ประวัติอาชญากรรม” หรือที่เรียกว่า “ประวัติการถูกจับและการตัดสินโทษ” (Arrest and Conviction Record)³¹³ ไว้ว่า ในกรณีที่นโยบายการจ้างงานที่ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ตามกฎหมายสิทธิพลเมือง (เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิด) นายจ้างจำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่า ประวัติอาชญากรรมนั้นเกี่ยวข้องกับงานและสอดคล้องกับความจำเป็นทางธุรกิจ (Job related and consistent with business necessity)³¹⁴ ดังนั้น แม้โดยทั่วไปจะเห็นได้ว่า ประวัติอาชญากรรมในแง่ที่มีความหมายกว้างกว่าการถูกศาลตัดสินโทษ โดยอาจรวมถึงกรณีการถูกจับ (Arrest) ที่มีการบันทึกประวัติในชั้นพนักงานสอบสวนด้วย แต่ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นสำคัญมิได้อยู่ที่ขอบเขตความหมายของ ประวัติอาชญากรรม ว่าครอบคลุมเฉพาะการที่ศาลตัดสินลงโทษ หรือ รวมถึงการถูกจับ ถูกตั้งข้อหา ด้วยหรือไม่

³¹² 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

³¹³ 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. [Online] available from https://www.eeoc.gov/laws/guidance/arrest_conviction.cfm#sdendnote108anc

³¹⁴ ตามหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกา หากโจทก์พิสูจน์ได้ว่าการปฏิบัติของนายจ้างหรือในกรณีที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงานนั้น แม้จะมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) คือใช้กับทุกคนเหมือนกัน แต่ส่งผลกระทบอันแตกต่างอย่างไม่ได้สัดส่วนต่อบุคคลในกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Disparate Impact Discrimination) ก็อาจเป็นการเลือกปฏิบัติที่ฝ่าฝืนกฎหมายสิทธิพลเมืองได้ ทั้งนี้หากนายจ้างไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการปฏิบัติดังกล่าวมีเหตุผลจำเป็นทางธุรกิจ (Business Necessity)

เนื่องจากประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่า การตัดสินใจหรือนโยบายเกี่ยวกับการจ้างงานซึ่งมีการนำประวัติอาชญากรรม ไม่ว่าจะเป็นประวัติการถูกศาลลงโทษหรือการถูกจับและตั้งข้อหา นั้นมีมูลเหตุเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิพลเมืองหรือไม่ เช่น การที่นายจ้างตัดสินใจไม่รับผู้สมัครซึ่งเคยมีประวัติถูกตำรวจจับและตั้งข้อหา แต่ไม่ถูกศาลตัดสินว่ามีความผิด โดยการตัดสินใจนี้ปรากฏว่ามีความเกี่ยวข้องกับเหตุที่ผู้สมัครเป็นคนผิวสี³¹⁵ กรณีเช่นนี้ก็ถือได้ว่านายจ้างเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนกฎหมายสิทธิพลเมืองแล้ว แต่ทั้งนี้ การเลือกปฏิบัติดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยเหตุ “เชื้อชาติ สีผิว” มิใช่ด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า ประวัติอาชญากรรม ตามกฎหมายสิทธิพลเมืองของสหรัฐอเมริกา มีความหมายกว้างกว่าการถูกศาลตัดสินโทษ แต่มิได้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้วยตัวเองเนื่องจากต้องพิจารณาความสัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย

ประเด็นที่สอง : การห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” จำกัดเฉพาะ การปฏิบัติต่อบุคคลโดยอาศัยเหตุแห่งการมีอยู่ซึ่งประวัติอาชญากรรมนั่นเอง หรือครอบคลุมถึงการปฏิบัติต่อบุคคลโดยอาศัย “สภาพแวดล้อมหรือเหตุที่เกี่ยวข้องกับประวัติอาชญากรรมด้วย” ทั้งนี้เนื่องจากฝ่ายผู้รับสมัครงานมักจะอ้างว่า การปฏิเสธการจ้างไม่ได้เกิดขึ้นจาก “ประวัติอาชญากรรม” กล่าวคือ การตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานนั้นไม่เกี่ยวข้องกับ “การมีอยู่ หรือ ไม่มีอยู่” ของประวัติอาชญากรรม แต่ตัดสินใจโดยพิจารณาคุณสมบัติบางประการของผู้สมัคร ซึ่งสะท้อนให้เห็นจาก สภาพแวดล้อมหรือสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับ “ประวัติอาชญากรรม” นั้น เช่น ผู้คัดเลือกคนเข้าทำงานมิได้ปฏิเสธผู้สมัครเนื่องจากมีประวัติความผิดฐานลักทรัพย์ แต่ปฏิเสธเพราะสภาพแวดล้อมของความผิดนั้นสะท้อนให้เห็น คุณสมบัติ พฤติกรรม หรืออุปนิสัยของผู้สมัครที่มีแนวโน้มขาดความสุจริตและไม่น่าไว้วางใจ เป็นต้น ในประเด็นนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียได้เคยวินิจฉัยไว้ในกรณีซึ่งผู้ร้องอ้างว่าถูกปฏิเสธการรับเข้าทำงานด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ของตนที่เคยถูกลงโทษฐานลักทรัพย์³¹⁶ อย่างไรก็ตาม ผู้ถูกร้องซึ่งเป็นกรรมการพิจารณาคัดเลือกเข้าทำงานโต้แย้งว่าได้ตัดสินใจด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” แต่การตัดสินใจไม่รับเข้าทำงานเป็นไปด้วยเหตุผลอื่น กล่าวคือ เมื่อพิจารณาลักษณะและสถานการณ์ของความผิดของผู้ร้องนั้น ผู้ถูกร้องเห็นว่าเป็นการแสดงถึง “พฤติกรรม” หรือคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับอุปนิสัยที่ไม่สอดคล้องกับคุณสมบัติของการทำงานที่ต้องการความเชื่อใจ จึงไม่รับเข้าทำงานด้วยเหตุผลนี้ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย นำแนวทางการตีความอย่างกว้าง (Liberal Construction) มาประกอบการตีความ “ประวัติอาชญากรรม” ว่า ไม่จำกัดเฉพาะประวัติเกี่ยวกับการตัดสินโทษจริงเท่านั้น (Actual Record of Conviction) แต่รวมถึงสถานการณ์เกี่ยวกับการตัดสินโทษ (Circumstance of the Conviction) และ

³¹⁵ เทียบเคียงกับตัวอย่างที่ EEOC อธิบายไว้ในแนวทางการบังคับใช้กฎหมายสิทธิพลเมือง ว่า กรณีบุคคลอเมริกันเชื้อชาติแอฟริกัน ถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจเรียกตรวจและถูกตั้งข้อหาขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน แต่ต่อมาพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง อย่างไรก็ตามในฐานข้อมูลของตำรวจบันทึกประวัติการถูกตั้งข้อหาไว้ และนายจ้างนำไปใช้ในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานเช่น การเลื่อนตำแหน่ง โดยผู้ได้รับผลกระทบสามารถแสดงให้เห็นว่าเกิดผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติโดยมีความแตกต่างกับลูกจ้างผิวขาวที่อยู่ในสถานะเช่นเดียวกัน ประกอบกับนายจ้างไม่อาจแสดงให้เห็นว่าประวัติดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับการเลื่อนตำแหน่งหรือมีความจำเป็นทางธุรกิจอย่างไร กรณีนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนกฎหมายสิทธิพลเมืองด้วยเหตุแห่ง “เชื้อชาติ” (Race) : Ibid.

³¹⁶ Ms Renai Christensen v. Adelaide Casino Pty Ltd, HREOC Report No. 20

พฤติกรรมที่เกี่ยวข้อง (Underlying Conduct) โดยอธิบายว่า หากตีความ “ประวัติอาชญากรรม” โดยจำกัด (กล่าวคือ จำกัดเฉพาะการตัดสินใจไม่จ้างงานจาก “การมีอยู่ซึ่งประวัติอาชญากรรม”) จะทำให้เกิดการสร้างภาพเหมารวม (Stereotype) ในทางลบอันเกี่ยวกับการประเมินคุณสมบัติของผู้ร้องและส่งผลกระทบต่อหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน³¹⁷ คณะกรรมการฯ เห็นว่า หากจำแนกความแตกต่างระหว่าง ตัวประวัติอาชญากรรม และ สถานการณ์แวดล้อมที่ความผิดนั้นได้กระทำขึ้น จะทำให้ผู้ถูกร้องสามารถเลี่ยงจากหลักห้ามเลือกปฏิบัติ โดยอ้างว่าการปฏิบัตินั้นทำขึ้นบนพื้นฐานของสภาพการณ์แวดล้อมของการกระทำผิด มิใช่เพราะประวัติอาชญากรรมนั่นเอง ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การตีความตามแนวทางของออสเตรเลียนั้น แม้การที่ผู้รับสมัครงานหรือนายจ้างตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานโดยพิจารณาจาก “พฤติกรรม อุปนิสัย” แต่หากพฤติกรรมหรืออุปนิสัยนั้น สืบเนื่องมาจาก “ประวัติอาชญากรรม” ก็ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ด้วย การตีความแนวทางนี้จึงให้น้ำหนักกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากกรณีประวัติอาชญากรรม

(3) กฎหมายเฉพาะอื่นที่เกี่ยวข้องกับประวัติอาชญากรรม เช่น **ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 32 การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ.2554** ซึ่งมีหลักการว่า พนักงานสอบสวนต้องจัดให้มีการพิมพ์ลายนิ้วมือ “ผู้ต้องหาคดีอาญาทุกประเภท เว้นแต่คดีลหุโทษ..หรือ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยจราจรทางบก รวมทั้งความผิดตามกฎหมายอื่นๆ ซึ่งได้เปรียบเทียบปรับแล้ว” ดังนั้นจะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วเมื่อบุคคลตกเป็นผู้ต้องหาคดีอาญา ก็จะต้องถูกเก็บลายพิมพ์นิ้วมือเป็นประวัติอาชญากรรม ซึ่งหน่วยงานของรัฐ หรือ หน่วยงานเอกชนอาจขอให้มีการตรวจสอบประวัติลูกจ้างของตนได้³¹⁸ อย่างไรก็ตามข้อมูลนี้อาจถูกคัดแยกออกจากสารบบได้ในบางเหตุที่ระเบียบฉบับนี้กำหนด เช่น “ศาลสั่งยกฟ้อง ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยกฟ้อง ผู้เสียหายถอนคำร้องทุกข์ถอนฟ้อง หรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย”³¹⁹ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การประกอบอาชีพในภาครัฐหรือภาคเอกชน ก็อาจมีการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมที่มีการบันทึกไว้ โดยหลังจากตรวจสอบแล้ว หากพบว่าประวัติอาชญากรรม ก็มีได้มีกฎหมายใดคุ้มครองผู้ที่ไม่ได้รับการจ้างหรือถูกเลิกจ้างด้วยเหตุมีประวัติอาชญากรรมดังกล่าว แม้ว่าประวัติอาชญากรรมนั้นจะไม่เกี่ยวข้องกับการที่สมัครหรือที่ทำอยู่ก็ตาม ดังนั้นจะเห็นได้ว่าไทยยังขาดกฎหมายในขั้นตอนของการนำข้อมูลประวัติอาชญากรรมมาใช้ในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานซึ่งเป็นคนละขั้นตอนกับระเบียบของสำนักงานตำรวจแห่งชาติดังกล่าว

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายเฉพาะอื่น เช่น **พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550** ซึ่งเป็นการล้างโทษให้กับ

³¹⁷ อ้างเหตุผลจากคำพิพากษาคดี Commonwealth v. Bradley per Black CJ (Bradley's case)

³¹⁸ ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 32 การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ.2554 บทที่ 3 ข้อ 4

³¹⁹ ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 32 การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ.2554 บทที่ 4 ข้อ 1

บุคคลที่ถูกลงโทษจริง³²⁰ เช่น บุคคลที่ถูกจำคุกตามคำพิพากษาของศาล ให้ถือว่าไม่เคยได้รับโทษนั้น แต่มิได้เป็นการลบล้าง “ความผิด” ไปด้วย แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้วางหลักคุ้มครองต่อไปถึงผลภายหลังจากการล้างมลทินในมิติของการจ้างแรงงานทั้งภาครัฐและเอกชน ดังนั้น การพิจารณารับหรือไม่รับบุคคลที่ได้รับการล้างมลทินเข้าทำงานยังคงต้องพิจารณากฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับองค์กรนั้นๆ ซึ่งในชั้นตอนนี้ยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

(4) วิเคราะห์การคุ้มครองสิทธิผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมในรอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

การนำประวัติอาชญากรรมมากำหนดคุณสมบัติการทำงานของบุคคลยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองโดยเฉพาะ เมื่อเกิดเหตุขึ้นจึงมีผู้ที่ได้รับผลกระทบยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จากการพิจารณาตรวจสอบของคณะกรรมการฯ ดังกล่าวมาแล้วนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ในกรณีการสมัครงานภาครัฐ ตาม รายงานผลการพิจารณาที่ 43/2555 นั้นประเด็นหลักของการตรวจสอบคือ “การกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการ ตาม พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภาฯ กระทบสิทธิผู้ร้องหรือไม่ อย่างไร” ซึ่งคณะกรรมการฯ แบ่งกลุ่มกฎหมายเป็น 3 กลุ่ม และวางแผนพิจารณาว่ากฎหมายกลุ่มที่ไม่มีข้อยกเว้นเป็นการจำกัดสิทธิหรือกระทบสิทธิผู้ร้อง จะเห็นได้ว่าแนววินิจฉัยดังกล่าวเป็นการมุ่งเน้นตรวจสอบการละเมิด “สิทธิในการประกอบอาชีพ” อันเป็นสิทธิมนุษยชนอีกประการหนึ่ง ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีนี้ยังไม่ได้มีการมุ่งเน้นพิจารณาในประเด็นที่ว่า “กฎหมายเหล่านั้นเลือกปฏิบัติต่อผู้สมัครงานด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมหรือไม่” ซึ่งหากพิจารณาในประเด็นนี้อาจมีปัญหาเนื่องจากยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมในมิติการจ้างแรงงาน รวมทั้งความไม่ชัดเจนของ “ประวัติอาชญากรรม” ว่าจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนของไทยเช่นเดียวกับ เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ หรือไม่

สำหรับกรณีการสมัครงานภาคเอกชนตามรายงานผลพิจารณาที่ 495/2558 นั้น คณะกรรมการฯ เห็นว่าไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเลือกปฏิบัติ โดยเหตุผลหลักก็คือ “บริษัทเอกชนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการพิจารณารับบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป” เหตุผลของการพิจารณาเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าเนื่องจากในภาคเอกชนไม่มีกฎหมายกำหนดคุณสมบัติผู้สมัครดังเช่นภาครัฐ และไม่มีกฎหมายควบคุมการที่ผู้ประกอบการภาคเอกชนจะกำหนดคุณสมบัติผู้สมัครงาน จึงเป็นไปตามเจตนาของผู้ประกอบการแต่ละราย

³²⁰ มาตรา 4 กำหนดว่า “ให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ต้องโทษในกรณีความผิดต่าง ๆ ซึ่งได้กระทำการก่อนหรือในวันที่ ๕ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๐ และได้พ้นโทษไปแล้วก่อนหรือในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ โดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้นๆ”

จากกรณีทั้งสองดังกล่าวนี้หาก เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจะพบว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมในมิติการจ้างแรงงานได้รับการกำหนดคุ้มครองไว้โดยเฉพาะในกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยกฎหมายบางประเทศเช่นออสเตรเลียนั้นวางหลักครอบคลุมทั้งภาครัฐและเอกชน สำหรับ “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน” ของออสเตรเลียและแคนาดานั้นมีอำนาจโดยตรงในการบังคับใช้กฎหมายกับกรณีการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างงาน อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าไทยยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ จึงทำให้การคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมตามกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนของไทยยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ แม้ว่าอาจมีการคุ้มครองสิทธิของผู้สมัครงานจากการถูกนำประวัติอาชญากรรมมาเป็นเงื่อนไขในการจ้างงานโดยอาศัยหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนอื่น เช่น “การจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ” ดังที่คณะกรรมการฯ ได้วางแนววินิจฉัยไว้ แต่ก็ยังไม่ปรากฏถึงการคุ้มครองสิทธิในกรอบของกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” โดยตรงแต่อย่างไร เนื่องจากยังมีปัญหาความครอบคลุมของกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว

(5) หลักการพิจารณา “คุณสมบัติอันจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับงานนั้น” ในฐานะข้อยกเว้นของการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม

แม้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนของต่างประเทศ เช่น กฎหมายสิทธิพลเมืองของสหรัฐอเมริกา กฎหมายสิทธิมนุษยชนของออสเตรเลีย และแคนาดา ต่างวางหลักห้ามการนำประวัติอาชญากรรม มาใช้ในการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานนั้น โดยจัดเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ประการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ได้พยายามสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของผู้มีประวัติอาชญากรรมกับการตัดสินใจของนายจ้างและประสิทธิภาพในการทำงาน จึงกำหนดข้อยกเว้นที่อาจนำ “ประวัติอาชญากรรม” มาประกอบการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานหรือนำมากำหนดเป็นคุณสมบัติสำหรับการรับบุคคลเข้าทำงานได้ ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวอาจเรียกแตกต่างกันไป เช่น “คุณสมบัติอันเกี่ยวข้องกับการงานนั้นโดยสุจริต” (*Bona Fide Occupational Qualification*) หรือ “คุณสมบัติอันจำเป็นอย่างแท้จริงต่อการทำงานหรืออาชีพนั้น” (*Genuine Occupational Requirement*) หรือ คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” (*Inherent Requirement Exception*) โดยมีหลักการพิจารณาว่า “ประวัติอาชญากรรม” มีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์ (Related or Unrelated) กับงานนั้นหรือไม่ หากไม่มีความเกี่ยวข้อง (Unrelated to the employment) กับงานนั้น หรือเรียกว่า ประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับการงาน (Irrelevant criminal record) ก็ไม่สามารถนำประวัติอาชญากรรมดังกล่าวมาประกอบการตัดสินใจหรือกำหนดคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับการทำงานได้

ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา ศาลเรียกหลักการนี้ว่า “คุณสมบัติอันเกี่ยวข้องกับการงานนั้นโดยสุจริต” (*Bona Fide Occupational Qualification*) แนวทางการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement Guidance) ของ EEOC วางหลักการพิจารณาความเกี่ยวข้องกับการงานและสอดคล้องกับความจำเป็นทางธุรกิจ (Job related and consistent with business necessity) เมื่อเปรียบเทียบกับแคนาดา พบว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ *British Columbia Quebec Newfoundland and Labrador* ใช้คำว่า “ความผิดทางอาญาซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน Manitoba วางแนวทางพิจารณาว่า การถูกตัดสินโทษ (Conviction) นั้นมีความสัมพันธ์โดยสุจริตกับอาชีพหรือการจ้างแรงงานนั้นหรือไม่ (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 อายุขณะกระทำผิด ระยะเวลาของการตัดสินโทษกับการตัดสินใจที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน สำหรับกฎหมายออสเตรเลียนั้นพบว่า โดยหลักของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับรัฐบาลกลางแล้ว แม้มีข้อยกเว้นให้กิจการสามารถนำคุณสมบัติเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม” มาใช้ในบริบทการจ้างแรงงานได้ แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข *คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน*” (*Inherent Requirement Exception*) ซึ่งจากการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียพบว่ามีการตีความข้อยกเว้นดังกล่าวอย่างจำกัด และพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความผิดอาญาตามประวัติของผู้สมัครงานหรือลูกจ้างกับสภาพงานนั้นๆ เป็นกรณีไป โดยหลีกเลี่ยงการสร้างภาพเหมารวม (Stereotype) ว่าความผิดอาญาทุกอย่างเป็นคุณสมบัติ “ไม่เหมาะสมกับงานทุกประเภท” สำหรับกฎหมายระดับมลรัฐเช่น Northern Territory (Anti-Discrimination Act 1992) และ Tasmanian (Anti-Discrimination Act 1998) มีการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมที่ “ไม่เกี่ยวข้อง” (Irrelevant criminal record) จะเห็นได้ว่ากฎหมายออสเตรเลียมีการนำหลักการพิจารณาความเกี่ยวข้องระหว่างประวัติอาชญากรรมนั้นกับงานประเภทนั้นๆ เป็นกรณีไป

หลัก “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” นั้น กฎหมายของหลายประเทศได้นำไปใช้ในการพิจารณาคุณสมบัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ด้วย นอกจากนี้หากเปรียบเทียบกับกฎหมายในระดับของสหภาพยุโรป ก็พบว่าการนำหลักนี้มาใช้เช่นกัน กล่าวคือ การกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับการจ้างงานที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิสำหรับคนบางกลุ่มที่มีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ความพิการ โดยหลักแล้วเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายสหภาพยุโรป (กฎหมายเกี่ยวกับการวางกรอบสำหรับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในการจ้างแรงงานและการประกอบอาชีพ³²¹) แต่กฎหมายนี้ยกเว้นสำหรับกรณีที่ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวเป็นคุณสมบัติอันจำเป็นอย่างแท้จริงต่อการทำงานหรืออาชีพนั้น (*Genuine Occupational*

³²¹ Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation

Requirement) ทั้งนี้ภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและได้สัดส่วน³²² เช่น องค์การศาสนาอาจจะบุคุณสมบัติจ้างพนักงานที่นับถือศาสนานั้น ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice หรือ ECJ) เคยตัดสินไว้ว่า การกำหนดอายุชั้นสูงสำหรับผู้สมัครตำแหน่งพนักงานดับเพลิง แม้เป็นการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งอายุ แต่การกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวมีลักษณะ “จำเป็นอย่างแท้จริงต่อการทำงานหรืออาชีพนั้น” (Genuine Occupational Requirement) เนื่องจากการทำงานตำแหน่งนั้นอาศัยความแข็งแรงทางกายภาพรวมทั้งสุขภาพที่ดี³²³

อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีของไทยแล้วพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติในลักษณะกฎหมายกลาง นอกจากนี้ ยังไม่มีการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม อีกทั้งไม่มีการกำหนดหลัก “คุณสมบัติที่จำเป็นและเกี่ยวข้องกับงาน” ไว้ในกฎหมายใด โดยเฉพาะ จากการศึกษาคำร้องและการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ อาจจำแนกได้สองกรณีคือ

กรณีแรก ในส่วนของการทำงานในส่วนราชการ ซึ่งเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมในการทำงานภาครัฐ จากตัวอย่างคำร้องและรายงานผลการพิจารณาที่ 43/2555 แม้ว่าเกี่ยวข้องกับกฎหมายไทยที่กำหนดคุณสมบัติในการรับราชการซึ่งผู้ร้องอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ แต่มีประเด็นจำกัดเฉพาะตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 เท่านั้น นอกจากนี้ แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้จำแนกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดคุณสมบัติเป็น 3 กลุ่ม อันทำให้สามารถวางแนวทางพิจารณาว่ากฎหมายกลุ่มใดมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพเกินสมควร แต่หากเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่า ทั้งกฎหมายไทยฉบับต่างๆ ที่กำหนดคุณสมบัติของบุคคลในการทำงานภาครัฐ และการพิจารณาคำร้องของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น ยังมิได้มีการนำหลัก “คุณสมบัติอันจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับงาน” มาประกอบการพิจารณา นอกจากนี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายทั้ง 3 กลุ่มที่เกี่ยวข้องกับงานภาครัฐนั้น ส่วนมากแล้วกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามในกรณี “คำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ” ซึ่งไม่มีการจำแนกรายละเอียดและพิจารณาความสัมพันธ์ว่าความผิดอาญาที่บุคคลนั้นได้รับมีความเกี่ยวข้องกับคุณสมบัติของตำแหน่งงานที่ประสงค์จะสมัคร อย่างไรก็ตาม กฎหมายเกี่ยวกับกาดำรงตำแหน่งในภาครัฐบางหน่วยงาน มีการกำหนดข้อยกเว้นที่ค้ำึงถึงปัจจัยด้านความแตกต่างของโทษอาญาและความเกี่ยวข้องกับลักษณะการ

³²² 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.

³²³ Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main. C-229/08 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 January 2010

ทำงาน เช่น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 มาตรา 8 กำหนดว่า “..ไม่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้อันนั้นจะยังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษ เว้นแต่เป็นกรณีที่คดียังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท” จะเห็นได้ว่าสะท้อนถึงหลักการพิจารณาความแตกต่างของความผิดบางลักษณะและความเกี่ยวข้องของความผิดดังกล่าวกับการทำงานนั้น นอกจากนี้จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้เคยกำหนดคุณสมบัติตำแหน่งทางการเมืองสำหรับบางตำแหน่ง เช่น รัฐมนตรี โดยเปิดโอกาสให้ผู้ได้รับโทษจำคุกที่ผ่านไประยะเวลาหนึ่งสามารถดำรงตำแหน่งได้³²⁴

กรณีที่สอง ในส่วนของการจ้างงานภาคเอกชน จากกรณีตัวอย่างคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (*คำร้องที่ 486/2556 ,รายงานผลพิจารณาที่ 495/2558*) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ร้องถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกในคดีลักทรัพย์และรอลงอาญาไว้ 2 ปี ต่อมาผู้ร้องได้สมัครเข้าเป็นพนักงานขายรถยนต์บริษัทเอกชนแห่งหนึ่ง แต่ถูกปฏิเสธการบรรจุ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าไม่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเนื่องจาก “บริษัทเอกชนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการพิจารณารับสมัครบุคคลเข้าทำงานแตกต่างกันไป” ผู้เขียนเห็นว่าเหตุผลของการพิจารณาเช่นนี้สืบเนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติสำหรับภาคเอกชนในมิติของการจ้างแรงงานดังเช่นกฎหมายต่างประเทศ ดังนั้น การตัดสินใจจ้างแรงงานในภาคเอกชนจึงอยู่ภายใต้หลักการแสดงเจตนาทำสัญญาตามกฎหมายแพ่ง แต่หากพิจารณากรณีนี้ตามหลัก “คุณสมบัติที่จำเป็นอันเกี่ยวข้องกับงาน” แล้วอาจเป็นประเด็นที่ถกเถียงได้ว่า การที่ผู้ร้องเคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกฐานลักทรัพย์นั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกับการสมัครงานในตำแหน่งพนักงานขาย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม” หรือประวัติความผิดอาญา ในลักษณะครอบคลุมอย่างกว้าง เช่น “*เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ*” ซึ่งปรากฏในกฎหมายหลายฉบับในส่วนของการจ้างงานภาครัฐรวมทั้งกฎระเบียบหรือนโยบายภาคเอกชนหลายแห่ง สะท้อนถึงแนวคิดที่ว่า บุคคลที่มี “เจตนา” ทางอาญาในการกระทำความผิดและได้รับโทษจำคุกเป็นบุคคลที่ไม่เหมาะสมในการทำงาน ดังจะเห็นได้จากการยกเว้นสำหรับกรณีความผิดที่กระทำโดยประมาทและความผิดลหุโทษซึ่งเป็นความผิดเล็กน้อยที่ไม่มีองค์ประกอบด้าน “เจตนา” ทางอาญา³²⁵ จะเห็นได้ว่าการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวเชื่อมโยง “เจตนา” ทางอาญากับ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” โดยส่งผลให้บุคคลผู้มีเจตนาทำผิดอาญาและศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกนั้น เป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติอันจำเป็นกับงานนั้น หลักการเช่นนี้อาจมีส่วนเกี่ยวข้องในระดับ

³²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 174 (5) กำหนดคุณสมบัติผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่า “....ไม่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก โดยได้พ้นโทษมาแล้วไม่ถึง 5 ปี ก่อนได้รับตำแหน่ง เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

³²⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 104 กำหนดว่า “การกระทำความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายนี้ แม้กระทำความผิดโดยไม่มีเจตนาก็เป็นความผิด เว้นแต่ตามบทบัญญัติความผิดนั้นจะมีความบัญญัติให้เห็นเป็นอย่างอื่น”

หนึ่ง เช่น บุคคลผู้เคยกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทำร้ายร่างกาย หากสมัครงานในตำแหน่งที่มีโอกาสเกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราหรืออยู่ในสภาพงานที่มีความเสี่ยงต่อการเกิดกรณีพิพาทกับบุคคลอื่นในอีกแห่งหนึ่ง แนวคิดดังกล่าวมีลักษณะสร้างภาพเหมารวม (Stereotype) ว่าบุคคลที่มีเจตนาทำผิดอาญาจะต้องเป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติอันเหมาะสมในการทำงาน โดยเฉพาะงานราชการจะเห็นว่ามีกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวไว้เกือบทุกลักษณะงาน โดยไม่คำนึงความแตกต่างของลักษณะเฉพาะในแต่ละตำแหน่งงาน นอกจากนี้ยังมีประเด็นว่า หลักการพิจารณาในเชิงเหมารวมเช่นนี้อาจสะท้อนคุณลักษณะที่ไม่เหมาะสมของผู้สมัครงานได้หากพิจารณาความผิดอาญาเฉพาะตามประมวลกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันมีความผิดตามกฎหมายเฉพาะอื่นที่บัญญัติขึ้นใหม่จำนวนมากซึ่งมีโทษอาญาอันมิใช่ความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ โดยผู้ที่ได้รับโทษตามกฎหมายเหล่านั้นอาจไม่สะท้อนถึง “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” แต่อย่างใด ดังเช่น จากข้อมูลในการจัดประชุมกลุ่มย่อยและสัมภาษณ์ มีผู้ให้ข้อมูลว่า “...สังคมยังคงมีแนวคิดว่า คนมีประวัติอาชญากรรมเป็นคนไม่ดี แต่ในปัจจุบัน ประวัติอาชญากรรมอาจเกิดกับคนที่ไม่ได้มีความชั่วร้ายเหมือนอย่างพวกอาชญากร เช่น ผู้กระทำความผิดตาม พ.ร.บ คอมพิวเตอร์ ซึ่งทำแคโพสต์ข้อมูลต่อกันหรือแชร์ข้อมูลที่หมิ่นประมาทคนอื่น ก็มีความผิดติดคุกได้แล้ว เพียงแค่นี้ก็กลายเป็นคนมีประวัติติดตัวเสียอนาคตไปหมด ...” จากข้อมูลนี้เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องพบว่า ในปัจจุบันมีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดความผิดอาญาอันมิใช่ความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ แต่ก็ได้มีลักษณะเป็นความผิดร้ายแรงอันอาจเกี่ยวข้องกับ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งมีฐานความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่เนื้อหาข้อมูล โดยมีองค์ประกอบที่กว้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาพฤติกรรมของบุคคลในยุคปัจจุบันที่ใช้อุปกรณ์สื่อสารข้อมูลคอมพิวเตอร์ในชีวิตประจำวันกันทั่วไปแล้ว มีโอกาสเป็นผู้กระทำความผิด³²⁶ ซึ่งมีโทษจำคุกสูงสุดห้าปี อันมิใช่ความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ ทำให้บุคคลทั่วไปอาจมีประวัติความผิดอาญาได้โดยง่าย หากพิจารณาระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 32 การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ.2554 จะเห็นได้ว่า ผู้ต้องหาคดีเกี่ยวกับความผิดทางคอมพิวเตอร์จะต้องถูกเก็บข้อมูลลายพิมพ์นิ้วมือ ซึ่งข้อมูลนี้จะยังคงอยู่เพื่อการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมต่อไปในกรณีของการจ้างแรงงานทั้งภาครัฐและเอกชน แม้ว่าจะถูกศาลพิพากษาให้จำคุกแต่รอลงอาญาไว้ ประวัติดังกล่าวก็ยังคงปรากฏอยู่ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาความผิดของบุคคลเหล่านี้ อาจเป็นกรณีการเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลข่าวสารที่ “เป็นเท็จ” ทางระบบคอมพิวเตอร์และเข้าองค์ประกอบความผิดได้ จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปคล้ายคลึงกับ

³²⁶ มาตรา 14 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ; รายการมติหอรัศ ตอน (แค่) กัดโลก์เข้าข่ายผิดกฎหมาย!?, สัมภาษณ์ คณาธิป ทองรวีวงศ์, คณะบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น, 11 ธันวาคม 2558.

ความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งเมื่อพิจารณาคุณสมบัติของงานทั่วไปแล้ว การที่บุคคลเคยกระทำความผิด เช่นนี้อาจไม่ใช่ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน”³²⁷ สำหรับงานทุกตำแหน่ง ดังนั้น การกฎหมาย หรือระเบียบที่กำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับโทษจำคุกจึงทำให้บุคคลที่ได้รับโทษตามกฎหมายนี้ถูกตัดโอกาสการทำงานไปด้วย

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนถึงหลัก “คุณสมบัติอันจำเป็นและเกี่ยวข้องกับงาน” นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียยังได้พิจารณาในรายละเอียดของความผิดอาญาที่มีประวัติและความเกี่ยวข้องกับงานแต่ละงานเป็นกรณีไป เช่น กรณีผู้ร้องสมัครงานในตำแหน่งผู้ช่วยในบาร์ แต่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมที่เคยลักทรัพย์เมื่อครั้งเป็นผู้เยาว์³²⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียเห็นว่า ผู้ร้องถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม ไม่เข้าข่ายยกเว้น “คุณสมบัติอันจำเป็นและเป็นสาระสำคัญของงานนั้น” หรือกรณี ผู้ร้องสมัครงานในตำแหน่งพนักงานสื่อสาร (Communication Offer) ของศูนย์บริการโทรศัพท์ฉุกเฉิน (Emergency Service Telecommunications หรือ ESTA) แต่ไม่ได้รับการคัดเลือกด้วยเหตุที่เคยมีประวัติอาชญากรรม ความผิดฐานดื่มแอลกอฮอล์และขับรถ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียเห็นว่า “เป็นการกำหนดคุณสมบัติของงานที่ไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วน จึงไม่เข้าข่ายยกเว้น เนื่องจากไม่ใช่คุณสมบัติอันจำเป็นที่เกี่ยวกับงานที่สมัคร”³²⁹ เช่นเดียวกับกรณีที่ ผู้ร้องเคยมีประวัติอาชญากรรมขอหาขับรถขณะมึนเมา ได้มาสมัครงานในตำแหน่งนักวิเคราะห์ตลาด (Market Analyst) แต่ไม่ได้รับการคัดเลือก บริษัทยอมรับว่าเหตุที่ไม่รับผู้ร้องเข้าทำงานนั้นสืบเนื่องจากประวัติอาชญากรรม แต่อำนาจนโยบายของกิจการเกี่ยวกับยาเสพติดและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งกำหนดไว้เพื่อมุ่งเน้นความปลอดภัยในการทำงาน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

³²⁷ สำหรับร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.... ที่มีการนำเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในเดือนเมษายน 2559 นั้นก็ยังคงมีองค์ประกอบที่กว้างอันอาจทำให้บุคคลทั่วไปสามารถตกเป็น ผู้กระทำความผิดโดยง่ายอยู่ตนเอง สำหรับงานวิจัยนี้ไม่มีขอบเขตในการศึกษาและนำเสนอข้อเสนอแนะเกี่ยวกับพระราชบัญญัตินี้ แต่ศึกษา “ผลกระทบต่อเนื่อง” ต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ต้องรับโทษจากพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยกลายเป็นผู้มีประวัติความผิดอาญาและส่งผลต่อไปในการถูกเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงาน ; ประเด็นปัญหาของร่าง พ.ร.บ. นี้กับสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดูเพิ่มเติมได้ใน : คณาธิป ทองรวีวงศ์ (สัมภาษณ์), ข้าและ พ.ร.บ.คอมฯ ใหม่ ยังคงน่ากลัวเหมือนเดิม”, มติชน ปีที่ 36 ฉบับที่ 1864 , 6 พฤษภาคม 2559 น.13

³²⁸ Ms Renai Christensen v. Adelaide Casino Pty Ltd, HREOC Report No. 20

³²⁹ 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

ออสเตรเลียเห็นว่า ประวัติความผิดอาญาของเขาไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กับการจ้างงานตำแหน่งดังกล่าว อีกทั้งยังได้เกิดขึ้นในระหว่างเวลาทำงาน รวมทั้งการขับไล่ไม่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งงานที่เขาสมัคร³³⁰

หากเปรียบเทียบกับ กฎหมายเกี่ยวกับการรับราชการบางหน่วยงาน เปิดโอกาสข้อยกเว้นที่คำนึงถึงปัจจัยด้านความแตกต่างของโทษอาญา ซึ่งแม้มีเจตนาทางอาญาแต่ก็ไม่ได้มีลักษณะที่กระทบต่อลักษณะการทำงาน เช่น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 มาตรา 8 กำหนดว่า “ไม่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้คดีนั้นจะยังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษ เว้นแต่เป็นกรณีที่ดีไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท” จะเห็นได้ว่าการเปิดโอกาสสำหรับผู้ได้รับโทษจำคุกจากความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งมีการรอการลงโทษ ถึงแม้ว่ากฎหมายนี้จะจัดอยู่ในกลุ่มการกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับโทษจำคุกให้เป็นคุณสมบัติต้องห้ามโดยไม่มีข้อยกเว้นในการใช้ดุลพินิจ แต่สะท้อนถึงการนำความแตกต่างของความผิดบางลักษณะที่ไม่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติอันจำเป็นตามลักษณะงาน นอกจากนี้ยังอาจเทียบเคียงกับกรณีคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยรัฐธรรมนูญกำหนดคุณสมบัติตำแหน่งทางการเมืองสำหรับบางตำแหน่ง เช่น รัฐมนตรี ซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้ได้รับโทษจำคุกที่ผ่านไประยะเวลาหนึ่งสามารถดำรงตำแหน่งได้³³¹

นอกจากนี้ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติของอาชีพเฉพาะบางอาชีพ เช่น การกำหนดคุณสมบัติของ “พนักงานรักษาความปลอดภัยรับอนุญาต” ตามพระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ.2558 นั้นพบว่า มาตรา 34 กำหนดคุณสมบัติต้องห้ามอันเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม” ไว้ว่า “เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกสำหรับความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หรือพ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีก่อนวันขอรับใบอนุญาตและมีใช้ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา” จะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้แม้มีการนำคุณสมบัติเกี่ยวกับ “ประวัติอาชญากรรม” มาใช้ในบริบทการประกอบวิชาชีพพนักงานรักษาความปลอดภัย แต่ก็อยู่ภายใต้เงื่อนไข *คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน* (Inherent Requirement Exception)

³³⁰ 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

³³¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 174 (5) กำหนดคุณสมบัติผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่า “.... ไม่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก โดยได้พ้นโทษมาแล้วไม่ถึง 5 ปี ก่อนได้รับตำแหน่ง เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ”

กล่าวคือ ประวัติอาชญากรรมที่ต้องห้ามนั้นมีขอบเขตเฉพาะความผิดบางประการที่ระบุไว้ อันเป็นความผิดที่อาจเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ในอนาคตต่อไปหรือกระทบต่อความน่าเชื่อถือของการประกอบอาชีพรักษาความปลอดภัย โดยมีได้วางหลักในลักษณะของ “ภาพเหมารวม” (Stereotype) ว่าความผิดอาญาทุกอย่างเป็นคุณสมบัติ “ไม่เหมาะสมกับงานทุกประเภท”

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า แม้หลัก “คุณสมบัติอันจำเป็นและเกี่ยวข้องกับการงาน” อาจมีการใช้คำแตกต่างกันไปตามกฎหมายแต่ละประเทศ แต่สาระสำคัญก็คือ การนำประวัติอาชญากรรมมาประกอบการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานทั้งในระดับของการตัดสินใจจ้างหรือการตัดสินใจเกี่ยวกับเงื่อนไขในการทำงาน อาจทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน หากการกระทำเช่นนั้นมิเหตุผลสมควร เนื่องจากมีความสัมพันธ์หรือความเกี่ยวข้องระหว่างประวัติอาชญากรรม กับงานที่บุคคลนั้นประสงค์จะสมัครหรือทำงานอยู่ กล่าวคือ คุณสมบัติเกี่ยวกับการมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของประวัติอาชญากรรมนั้นเป็นคุณสมบัติที่สำคัญอันเกี่ยวกับงานนั้นโดยสุจริต (Good faith or Bona Fide occupational qualification) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของอคติหรือการสร้างภาพเหมารวมซึ่งไม่เกี่ยวข้องใดๆ กับการทำงานนั้น หลักการพิจารณาเช่นนี้ทำให้ไม่อาจสรุปเป็นการทั่วไป (Generalization) ว่าประวัติอาชญากรรมทุกกรณีมีความเกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน เนื่องจากต้องพิจารณาลักษณะความผิดของประวัติอาชญากรรมอันหนึ่งและความสัมพันธ์กับงานหนึ่งเป็นกรณีไป จะเห็นได้ว่าการพิจารณาเช่นนี้เป็นแนวทางแก้ปัญหาการสร้างภาพเหมารวม (Stereotype) ว่าประวัติอาชญากรรมทุกกรณีเป็นคุณสมบัติที่ไม่เหมาะสมกับงานทุกประเภท อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวยังไม่ปรากฏอย่างชัดเจนตามกฎหมายไทย ทำให้ยังมีปัญหาอันสรุปได้สองประการหลักดังนี้

ประการแรก การกำหนด “ประวัติอาชญากรรม” ในฐานะเป็นคุณสมบัติที่จำเป็นสำหรับงานทั้งในภาครัฐและเอกชน โดยไม่คำนึงถึงรายละเอียดว่าการกระทำผิดตามประวัติดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการงานที่สมัครนั้นอย่างไร หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ มิได้วางหลักพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างประวัติอาชญากรรมกับงานเป็นกรณีไป ทำให้เกิดการสร้างภาพเหมารวมในลักษณะที่ว่า “ผู้มีประวัติอาชญากรรมไม่เหมาะสมกับงานในทุกตำแหน่ง” แม้ว่าตามข้อกำหนดคุณสมบัติในงานโดยทั่วไปแล้วจะจำกัดเฉพาะ “โทษทางอาญาที่มีใช้ประมาทหรือลหุโทษ” แต่ก็มีได้วางหลักพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างโทษทางอาญานั้นกับงานเฉพาะตำแหน่งซึ่งมีรายละเอียดแตกต่างกันไป

ประการที่สอง ไม่มีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพื่อคุ้มครองกรณีที่ผู้ประกอบการภาคเอกชนนำประวัติอาชญากรรมมากำหนดคุณสมบัติหรือเป็นปัจจัยในการพิจารณาเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน นอกจากนี้ ผู้ประกอบการในภาคเอกชนอาจกำหนดขอบเขต “ประวัติอาชญากรรม” ในความหมายอย่างกว้าง เช่น การนำเอาประวัติการถูกตั้งข้อหาทางอาญาซึ่งศาลไม่ได้ตัดสินว่ามีความผิด มาประกอบการพิจารณารับเข้าทำงานหรือกำหนดเงื่อนไขการทำงานอื่นๆ รวมทั้งผู้ประกอบการอาจพิจารณาตัดสิน “อุปนิสัยหรือพฤติกรรม” ของผู้สมัครจาก “การมีอยู่” ซึ่งประวัติอาชญากรรมนั้น ดังเช่นกรณีตัวอย่างของออสเตรเลีย ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลียเคย

พิจารณาไว้ว่าเป็นการสรุปรวมที่กว้างและทำให้เกิดการสร้างภาพเหมารวมประวัติอาชญากรรมโดยไม่คำนึงถึงความเกี่ยวข้องกับลักษณะงานนั้น

ด้วยเหตุนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” โดยเฉพาะในมิติของการจ้างแรงงาน จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะการวิจัยในบทที่ 5 ต่อไป

4.11 บทวิเคราะห์ กรณีการให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding)

ในส่วนนี้จะได้วิเคราะห์ถึงกรณีปัญหาการให้นมบุตรจากอกแม่ในมิติของสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติ

4.11.1 ผลดีของการเลี้ยงลูกด้วยนมแม่

องค์การอนามัยโลก (World Health Organization) และยูนิเซฟ (UNICEF) แนะนำให้เลี้ยงลูกด้วยนมแม่ในช่วงหกเดือนแรก รวมทั้งให้นมแม่ประกอบกับอาหารเสริมอื่นๆต่อไปอีกสองปี นโยบายการส่งเสริมเลี้ยงลูกด้วยนมแม่ ได้รับการสนับสนุนจากมติของที่ประชุม World Health Assembly (Resolution WHA 55.25) รวมทั้งคณะกรรมการบริหารของยูนิเซฟ (The UNICEF Executive Board)³³² ผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่าการเลี้ยงลูกด้วยนมแม่มีความสำคัญต่อพัฒนาการของทารก ลดอัตราการเสียชีวิตของทารก ลดการติดเชื้อและอาการเจ็บป่วยต่างๆของทารก³³³ นอกจากนี้การให้นมบุตรยังส่งผลดีต่อสุขภาพของแม่อีกด้วย ผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่า แม่ที่ไม่ได้ให้นมบุตรมีความเสี่ยงต่อโรคบางอย่าง³³⁴ นอกจากนี้การให้นมบุตรจากอกแม่อังส่งผลดีในเชิงจิตวิทยาต่อความสัมพันธ์ระหว่างแม่และลูก³³⁵

³³² World Health Organization/UNICEF, *Global Strategy for Infant and Young Child Feeding* (Geneva: World Health Organization, 2003), pp. 7-8.

³³³ Melissa Bartick and Arnold Reinhold, “The Burden of Suboptimal Breastfeeding in the United States: A Pediatric Cost Analysis,” *Pediatrics* 125, 5 (2010): 1048-1052.

³³⁴ Eleanor B Schwarz, et al, “Duration of Lactation and Risk Factors for Maternal Cardiovascular Disease,” *Obstet Gynecol* 113, 5 (2009): 974.

³³⁵ Miriam H Labbok, “Effects of Breastfeeding on the Mother,” *Pediatric Clinics of North America* 48, 1 (2001): 143-54.

การเลี้ยงลูกด้วยนมแม่ยังส่งผลดีในเชิงเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ กล่าวคือ เนื่องจากการให้นมแม่ส่งผลดีต่อสุขภาพของแม่และเด็ก ดังนั้นในแง่ระบบประกันสุขภาพที่รัฐจัดให้ประชาชนนั้น (Public health system) การให้นมบุตรจากอกแม่มีส่วนลดภาระค่าใช้จ่ายของรัฐในการบำบัดรักษาความเจ็บป่วยได้³³⁶

ในสหรัฐอเมริกามีความพยายามที่จะส่งเสริมให้แม่เลี้ยงลูกด้วยนมแม่ โดยมีการจัดทำโครงการ “Healthy people 2020” ซึ่งมีเป้าหมายสำคัญประการหนึ่งคือ เพิ่มอัตราส่วนแม่ที่ให้นมบุตรให้ถึงร้อยละ 80.9 ในปี 2020³³⁷

จะเห็นได้ว่าการเลี้ยงลูกด้วยนมแม่ ส่งผลดีในหลายด้าน ทั้งในเชิงสุขภาพกาย สุขภาพจิต รวมทั้งผลดีในเชิงเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศอีกด้วย ดังนั้น รัฐบาลในหลายประเทศจึงส่งเสริมให้มีการเลี้ยงลูกด้วยนมแม่

4.11.2 การให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding)

การเลี้ยงลูกด้วยนมแม่ได้รับการสนับสนุนอย่างกว้างขวาง อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมหนึ่งซึ่งเกิดตามมาจากการเลี้ยงลูกด้วยนมแม่คือการเลี้ยงลูกโดยการให้นมจากอกแม่ (Breastfeeding) การให้นมบุตรจากอกของแม่นั้นอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในสถานที่ส่วนบุคคลและในที่สาธารณะ ในปัจจุบันการให้นมบุตรจากอกแม่ในที่สาธารณะ เช่น ร้านอาหาร สถานีรถโดยสาร ในรถโดยสารสาธารณะ เกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย อย่างไรก็ตาม บุคคลจำนวนหนึ่งอาจรู้สึกไม่พอใจหรือมองว่าพฤติกรรมการให้นมบุตรในที่สาธารณะนั้นไม่เหมาะสม ทำให้แม่ผู้ให้นมบุตรจากอกได้รับการปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าในที่สาธารณะ เช่น ถูกปฏิเสธการให้บริการ หรือได้รับการปฏิบัติจากบุคคลในสังคมด้วยวาจาหรือพฤติกรรมที่มีลักษณะเหยียดหยามหรือส่งผลต่อเนื่องเชื่อมโยงไปกับการใช้วาจาที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

ในมุมมองสิทธิมนุษยชนนั้น ทั้งเด็กและแม่ของเด็กต่างมีสิทธิพื้นฐานในส่วนที่เกี่ยวกับการให้นม กล่าวคือ เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการให้นม (Right to be breastfed) ในขณะที่มารดามีสิทธิที่จะให้นม (Right to breastfeed)³³⁸ การที่บุคคลหรือผู้ให้บริการต่างๆ ในสังคมมีพฤติกรรมปฏิบัติต่อมารดาผู้ให้นมบุตรในที่สาธารณะ จึงอาจจัดเป็นการเลือกปฏิบัติชนิดหนึ่งซึ่งกำลังเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวาง

³³⁶ Melissa Bartick and Arnold Reinhold, “The Burden of Suboptimal Breastfeeding in the United States: A Pediatric Cost Analysis,” *Pediatrics* 125, 5 (2010): 1048-52.

³³⁷ <http://www.healthypeople.gov/2020/topics-objectives/topic/maternal-infant-and-child-health/objectives?topicId=26>

³³⁸ Naomi B Bar-Yam, “Breastfeeding and Human Rights: Is There a Right to Breastfeed? Is There a Right to Be Breastfed?,” *Journal of Human Lactation* 19, 4 (2003): 357-61.

มารดาผู้ให้นมบุตรจากอกอาจได้รับการปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่นในที่สาธารณะ เช่น การใช้วาจาเหยียดหยาม ต่อว่า แม่ที่ให้นมบุตรจากอกในที่สาธารณะ ได้รับการปฏิบัติจากบุคคลอื่นในลักษณะของพฤติกรรมที่แสดงว่าการให้นมบุตรนั้นไม่เหมาะสม การปฏิบัติหรือพฤติกรรมที่แม่ผู้ให้นมบุตรได้รับจากสังคมอาจเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อม เช่น พฤติกรรมท่าทาง การแสดงออก คำพูด เป็นต้น³³⁹ ผู้ไม่เห็นด้วยดังกล่าวอาจมีมุมมองในเชิงสังคมและวัฒนธรรม (Socio-cultural) ที่แตกต่างกันกับพฤติกรรม การให้นมบุตร สำหรับการปฏิบัติต่อแม่ที่ให้นมบุตรอันเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ เช่น

- การปฏิเสธไม่ให้แม่ผู้ให้นมบุตรจากอกใช้บริการใดบริการหนึ่ง เช่น ห้ามเข้าสถานที่บางแห่ง
- การจัดให้แม่ผู้ให้นมบุตรจากอกต้องออกจากบริเวณสำหรับบุคคลทั่วไป เพื่อไปให้นมบุตรจากอกในบริเวณพื้นที่ซึ่งจัดไว้ให้เฉพาะ ซึ่งในบางกรณี สถานที่เฉพาะเช่นนั้นอาจไม่มีสุขอนามัยที่เหมาะสม เช่น ห้องซักรีด เพียงเพราะผู้ดูแลสถานที่นั้นต้องการให้แม่ผู้ให้นมบุตรจากอกไปอยู่ที่ห่างไกลจากผู้คนทั่วไป
- ในมิติของการจ้างแรงงาน การให้นมบุตรจากอกแม่ ส่งผลกระทบในการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงที่ประสงค์จะให้มบุตรระหว่างทำงาน เนื่องจากโดยสภาพของการให้นมบุตรนั้นจะต้องใช้เวลาอย่างสม่ำเสมอระหว่างวัน รวมทั้งจำเป็นที่จะต้องมีการจัดพื้นที่เหมาะสมในสถานที่ทำงาน จึงมีประเด็นว่าหากนายจ้างมีนโยบายหรือการปฏิบัติที่ส่งผลเป็นการขัดขวางการให้นมบุตรหรือมีการกำหนดนโยบายจำกัดสิทธิการให้นมบุตรจะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างนั้นหรือไม่

4.11.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวข้องกับการให้นมบุตรจากอกแม่

จากการศึกษาพบว่า มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้นมบุตรจากอกแม่ อาจจำแนกได้ 2 ทิศทาง ได้แก่

ทิศทาง แรก กำหนด ยกเว้น การให้นมจากอกแม่ ไม่เป็นการลามกอนาจาร หรือการกระทำทางเพศที่ไม่เหมาะสม เช่น กฎหมายมลรัฐสหรัฐอเมริกา

ทิศทางที่สอง กำหนดคุ้มครองแม่ผู้ให้นมบุตรจากการเลือกปฏิบัติ และการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมจากบุคคลอื่น ทั้งนี้เนื่องจาก แม้ว่ากฎหมายจะคุ้มครองแม่ผู้ให้นมบุตร โดยการยกเว้นให้การกระทำดังกล่าวไม่ผิดกฎหมายอื่น โดยเฉพาะกฎหมายอนาจารในที่สาธารณะ แต่ก็ยังไม่อาจคุ้มครองแม่ผู้ให้นมบุตรในที่สาธารณะจากการถูกเลือกปฏิบัติหรือการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมจากคนอื่น จึงควรมีกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติเข้ามาในส่วนนี้ด้วย

³³⁹ Fiachra Gibbons, "In France, breast is definitely not best," *The Guardian* (1 April 2011), Retrieved from www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/apr/01/france-breast-breastfed-baby-death.

4.11.3.1 กฎหมายออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลียกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีของการให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding) ไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายทั้งสองระดับต่อไปนี้

1) กฎหมายระดับสหพันธรัฐ

พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ (Sex Discrimination Act 1984) นั้น การให้นมบุตรจากอกแม่ถือเป็นสิทธิที่สำคัญประการหนึ่ง และเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายนี้ห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งทางตรงและทางอ้อมด้วยเหตุแห่งการให้นมบุตรจากอกแม่ การเลือกปฏิบัติทางตรงเกิดขึ้นเมื่อมีบุคคลหนึ่งปฏิบัติต่ออีกคนหนึ่งในลักษณะที่ได้รับความพึงพอใจน้อยกว่า (Less favorably than another people) เช่น การที่ภัตตาคารแห่งหนึ่งปฏิเสธไม่ให้บริการกับแม่ผู้ให้นมลูกจากอก สำหรับการเลือกปฏิบัติทางอ้อมในกรณีนี้จะเกิดขึ้นเมื่อ เงื่อนไขที่เป็นกลางหรือการปฏิบัติที่เหมือนกับส่งผลให้แม่ผู้ให้นมลูกจากอกได้รับการปฏิบัติที่เสียเปรียบหรือด้อยกว่าบุคคลอื่น เช่น กฎระเบียบการทำงานของสถานที่ทำงานซึ่งกำหนดให้ลูกจ้างทุกคนต้องทำงานโดยไม่หยุดพักเป็นช่วงระหว่างวัน กฎระเบียบเช่นนี้แม้ว่าใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนแต่ส่งผลให้ลูกจ้างที่ต้องให้นมบุตรได้รับการปฏิบัติที่เสียเปรียบเนื่องจากไม่สามารถให้นมบุตรในช่วงพักได้

กรรมการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ (Sex Discrimination Commissioner) กล่าวเกี่ยวกับประเด็นการเลือกปฏิบัติต่อแม่ผู้ให้นมลูกไว้ดังนี้

- Pru Goward (ดำรงตำแหน่ง 2001-2006) กล่าวว่า สิทธิของแม่ที่จะให้นมบุตรจากอกได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติระดับสหพันธรัฐ ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ สถานการณ์สมรส การตั้งครรภ์ การเลือกปฏิบัติต่อหญิงที่ให้นมบุตรจากอกนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศเพราะว่าการให้นมบุตรเป็นคุณลักษณะเฉพาะของสุภาพสตรี

- Susan Halliday (1998-2001) กล่าวว่า การให้อาหารแก่เด็กทารกเป็นการกระทำตามสามัญสำนึก แม่ย่อมมีสิทธิในการเลือกวิธีการให้นมบุตรของตน ตามกฎหมายออสเตรเลียนั้นการเลือกปฏิบัติต่อสตรีผู้ให้นมบุตรจากอกนั้นเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายโดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับการให้บริการในสถานที่ต่างๆ เช่น ร้านอาหาร คลับ โรงภาพยนตร์ การขนส่งสาธารณะ การลงโทษแม่ผู้ให้นมบุตรในที่สาธารณะจะเป็นเรื่องที่น่าเศร้าอย่างยิ่ง

2) กฎหมายมลรัฐ

นอกจากกฎหมายระดับสหพันธรัฐแล้ว ในระดับมลรัฐพบว่ามีหลายมลรัฐที่มีกฎหมายกำหนดห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการให้นมบุตรจากอกแม่ เช่น

- Australian Capital Territory ห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการให้นมบุตรจากอกแม่ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อสินค้าหรือบริการ การให้บริการที่อยู่อาศัย การบริการด้านการเงิน การจ้างงาน กีฬา การศึกษา การเข้าเป็นสมาชิกองค์กรวิชาชีพ เป็นต้น

- New South Wales การห้ามเลือกปฏิบัติและการคุกคาม (Harassment) ด้วยเหตุแห่งเพศนั้น เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย การจ้างแรงงาน การศึกษาของรัฐ ทั้งนี้การให้นมบุตรจากอกจัดว่าเป็นคุณสมบัติประการหนึ่งของสตรี ดังนั้นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุการให้นมบุตรจึงเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

- Northern Territory การให้นมบุตรนั้นเป็นเหตุหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวในกรณีการศึกษา การทำงาน ที่อยู่อาศัย สินค้าและบริการ การประกันภัย

- Queensland การให้นมบุตรเป็นเหตุหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะในกรณีพื้นที่สาธารณะ

- South Australia กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงบุคคลนั้นกับเด็ก ดังนั้นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุที่บุคคลนั้นให้นมบุตรย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่เชื่อมโยงกับเด็ก สำหรับสถานการณ์ที่ห้ามเลือกปฏิบัติครอบคลุมถึงบริการต่างๆสำหรับผู้บริโภค การศึกษา

- Tasmania การให้นมบุตรนั้นเป็นเหตุหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวในกรณีการศึกษา การทำงาน ที่อยู่อาศัย สินค้าและบริการ สำหรับพฤติกรรมที่ต้องห้ามได้แก่ การกระทำใดๆที่เป็นการก้าวร้าว ทำให้อับอาย ทำให้เดือดร้อนรำคาญ ล่วงละเมิด ล้อเลียน บุคคลอื่นด้วยเหตุที่ได้รับการคุ้มครองดังกล่าว

- Victoria การให้นมบุตรนั้นเป็นเหตุหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวในกรณีการศึกษา การทำงาน ที่อยู่อาศัย สินค้าและบริการ การขายและโอนอสังหาริมทรัพย์ การกีฬา

- Western Australia การให้นมบุตรนั้นเป็นเหตุหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวในกรณีการจ้างแรงงาน การศึกษา การเข้าถึงสถานที่และยานพาหนะ สินค้าและบริการ ที่อยู่อาศัย เป็นต้น

ตัวอย่างข้อเท็จจริง : สุภาพสตรีซึ่งจำต้องรับลูกอายุ 6 เดือนกลับจากสถานดูแลเด็กเนื่องจากป่วยเป็นไข้ แต่ตนเองก็มีภารกิจที่จะต้องประชุมเรื่องงานเป็นเวลา 2 ชั่วโมง จึงนำลูกเข้าประชุมพร้อมให้นมบุตรจากอกไปด้วย³⁴⁰

4.11.3.2 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับแม่ผู้ให้นมบุตรอาจจำแนกได้สองกลุ่ม

กลุ่มแรก กฎหมายเกี่ยวกับสุขภาพ ในปี 2010 ประธานาธิบดี บารัค โอบามา ลงนามในกฎหมาย “Affordable Care Act (ACA)” ซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหรัฐ (Federal law) มาตรา 4207 ของกฎหมายนี้ได้แก้ไขกฎหมายมาตรฐานแรงงานที่เป็นธรรม (Fair Labor Standards Act (FLSA))³⁴¹ โดยกำหนดให้นายจ้างต้องจัดเวลาพักสำหรับลูกจ้างที่ประสงค์จะให้นมบุตรในระยะเวลาหนึ่งปีนับจากเด็กเกิด ทั้งนี้โดยนายจ้างต้องจัดให้ลูกจ้างดังกล่าวได้พักในทุกระยะเวลาที่ประสงค์จะให้นมบุตร นอกจากนี้นายจ้างยังต้องจัดหาสถานที่สำหรับลูกจ้างใช้ในการให้นมบุตร โดยสถานที่ดังกล่าวต้องไม่ใช่ห้องน้ำ อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้ยกเว้นสำหรับนายจ้างที่มีลูกจ้างน้อยกว่า 50 คน นอกจากนี้ยังเปิดช่องให้มลรัฐต่างๆสามารถกำหนดการคุ้มครองลูกจ้างที่เป็นหญิงซึ่งต้องการให้นมบุตรแตกต่างจากกฎหมายนี้ได้หากกฎหมายมลรัฐดังกล่าวมีการคุ้มครองที่มากกว่ากฎหมายนี้

กลุ่มสอง กฎหมายเกี่ยวกับการห้ามพฤติกรรมไม่เหมาะสมในที่สาธารณะ

กฎหมายกลุ่มนี้กำหนดห้ามพฤติกรรมไม่เหมาะสม เช่น พฤติกรรมลามกอนาจาร ในที่สาธารณะ โดยทั่วไปแล้วการที่ผู้หญิงเปลือยร่างกายส่วนบนถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายกลุ่มนี้ อย่างไรก็ตาม เพื่อส่งเสริมการให้นมบุตร และด้วยแนวคิดที่ไม่ได้มองการให้นมบุตรเป็นเรื่องทางเพศ กฎหมายกลุ่มนี้จึงมีข้อยกเว้นสำหรับการให้นมบุตรว่าไม่เป็นพฤติกรรมไม่เหมาะสมหรือลามกอนาจาร ซึ่งอาจจำแนกพิจารณาได้ดังนี้

³⁴⁰ ข้อเท็จจริงจากกรณีของ Frieda และ บุตรชื่อ Erika , <https://www.breastfeeding.asn.au/bf-info/breastfeeding-and-law/legalright>

³⁴¹ the Fair Labor Standards Act (FLSA) of 1938 (29 U.S. Code 207)

- 49 มลรัฐ ตรากฎหมายอนุญาตให้ผู้หญิงให้นมบุตรจากอกในที่สาธารณะได้³⁴²

29 มลรัฐ ยกเว้นการให้นมบุตรจากอกจากการเป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม (Public indecency)³⁴³

ตัวอย่างหลักการของกฎหมายดังกล่าว เช่น

กฎหมายมลรัฐ Alabama อนุญาตให้แม่ให้นมบุตรจากอกในส่วนบุคคลและที่สาธารณะ³⁴⁴

กฎหมายมลรัฐ Arizona กำหนดยกเว้นการให้นมบุตรจากอกแม่ ว่าเป็นการเปิดเผยร่างกายที่ไม่เหมาะสมในที่สาธารณะ³⁴⁵

กฎหมายมลรัฐ California อนุญาตให้แม่ให้นมบุตรจากอกในสถานที่ใดๆทั้งที่ส่วนบุคคลและสาธารณะ ซึ่งมารดาและบุตรมีสิทธิที่จะเข้าไปได้ เว้นแต่สถานที่ส่วนบุคคลของผู้อื่น³⁴⁶

กฎหมายมลรัฐ Connecticut กำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องจัดเวลาที่เหมาะสมในแต่ละวันสำหรับลูกจ้างที่ประสงค์จะให้มนบุตรรวมทั้งจัดหาสถานที่เป็นส่วนตัวให้กับลูกจ้างสำหรับการให้นมบุตร³⁴⁷

กฎหมายมลรัฐ Florida กำหนดยกเว้นว่าการให้นมบุตร ไม่ถือเป็นการกระทำความผิดทางเพศ รวมทั้งไม่เป็นความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยร่างกายที่ไม่เหมาะสม³⁴⁸

³⁴² **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.)

³⁴³ **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.)

³⁴⁴ Ala. Code § 22-1-13

³⁴⁵ Ariz. Rev. Stat. Ann § 13-1402

³⁴⁶ Cal. Civil Code § 43.3

³⁴⁷ Conn. Gen. Stat. § 31-40w

³⁴⁸ Fla. Stat. § 800.02 et seq. and § 827.071

สำหรับ District of Columbia นั้น กฎหมายเกี่ยวกับการให้นมบุตรปรากฏในกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Right Act of 1977) ซึ่งการให้นมบุตร (Breastfeeding) อยู่ในความหมายของนิยามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ (Discrimination on the basis of sex) โดยกฎหมายนี้ให้การรับรองสิทธิของหญิงในการให้นมบุตรในสถานที่ใดๆ ทั้งที่สาธารณะและสถานที่ส่วนบุคคล หากสถานที่นั้นหญิงและบุตรมีสิทธิเข้าไปได้ นอกจากนี้ กฎหมายยังได้ยกเว้นการให้นมบุตรว่าไม่ถือเป็นการเปิดเผยร่างกายอันไม่เหมาะสม สำหรับในบริบทของการจ้างแรงงานนั้น กฎหมายกำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีเวลาพักในแต่ละวันเพื่อให้ลูกจ้างให้นมบุตรหากลูกจ้างนั้นร้องขอ โดยนายจ้างต้องจัดให้มีสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับการให้นมบุตรของลูกจ้างซึ่งไม่ใช่ห้องน้ำ เพื่อให้ลูกจ้างสามารถให้นมบุตรได้อย่างเป็นส่วนตัวและปลอดภัย³⁴⁹

กฎหมายมลรัฐ Georgia กำหนดให้นายจ้างจัดให้มีเวลาพักในแต่ละวันเพื่อให้ลูกจ้างให้นมบุตร โดยนายจ้างต้องจัดให้มีสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับการให้นมบุตรของลูกจ้างซึ่งอยู่ใกล้กับสถานที่ทำงานและไม่ใช่ห้องน้ำ เพื่อให้ลูกจ้างสามารถให้นมบุตรได้อย่างเป็นส่วนตัว อย่างไรก็ตาม นายจ้างไม่จำเป็นต้องจัดให้มีเวลาพักหากการทำให้เช่นนั้นจะก่อให้เกิดการขัดขวางต่อการดำเนินการของสถานที่ทำงานนั้น³⁵⁰

กฎหมายมลรัฐ Hawaii ห้ามนายจ้างมิให้กำหนดห้ามลูกจ้างในการให้นมบุตรระหว่างเวลาอาหารหรือเวลาพักอื่นๆ นอกจากนี้ยังให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิพลเมือง (Civil Rights Commission) ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติกรณีการให้นมบุตรในที่ทำงาน³⁵¹ นอกจากนี้ยังมีหลักว่า การปฏิเสธการจ้างหรือการที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างด้วยเหตุการณ์ให้นมบุตรเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมาย³⁵² รวมทั้งวางหลักว่า การปฏิเสธการให้บริการ สินค้า สถานที่ สิทธิประโยชน์ ที่อยู่อาศัยสาธารณะ แก่หญิงด้วยเหตุที่หญิงนั้นให้นมบุตร เป็นการเลือกปฏิบัติ³⁵³

กฎหมายมลรัฐ Illinois กำหนดว่า การให้นมบุตรจากอกแม่ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมในที่สาธารณะ (Public indecency)³⁵⁴ รวมทั้งกำหนดรับรองสิทธิในการให้นมบุตร (Right to breastfeed) เพื่อให้หญิงสามารถให้นมบุตรในสถานที่ใดๆ ที่มีสิทธิเข้าได้ ทั้งที่สาธารณะและที่ส่วนบุคคล อย่างไรก็ตาม การให้นมบุตรในสถานที่เคารพสักการะใดๆ จะต้องขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติที่เหมาะสมของสถานที่นั้นด้วย³⁵⁵ ในมิติของการจ้างแรงงานนั้น กำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีเวลาพักในแต่ละวันสำหรับลูกจ้างที่ประสงค์จะให้นมบุตร รวมทั้งต้องจัดสถานที่อันเป็นส่วนตัวสำหรับการให้นมบุตรนอกจากห้องน้ำ³⁵⁶

³⁴⁹ D.C. Code Ann. § 2-1402.81 et seq. , D.C. Stat.2007, Chap. 17-58; B 133

³⁵⁰ Ga. Code § 34-1-6 (1999)

³⁵¹ Hawaii Rev. Stat. § 367-3(1999)

³⁵² Hawaii Rev. Stat. § 378-2

³⁵³ Hawaii Rev. Stat. § 489.21 and § 489-22

³⁵⁴ Ill. Rev. Stat. ch. 720 § 5/11-9 (1995)

³⁵⁵ Ill. Rev. Stat. ch. 740 § 137 (2004)

³⁵⁶ Ill. Rev. Stat. ch. 820 § 260 (2001)

กฎหมายมลรัฐ New York พบว่า กฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil right law) กำหนดให้สิทธิแก่แม่ผู้ประสงค์ให้นมบุตรในสถานที่ใดๆ ทั้งที่สาธารณะและส่วนบุคคล³⁵⁷ ในมิติของการจ้างแรงงานนั้นกฎหมายแรงงานกำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีเวลาพักในแต่ละวันสำหรับลูกจ้างที่ประสงค์จะให้นมบุตร รวมทั้งต้องจัดสถานที่อันเป็นส่วนตัวสำหรับการให้นมบุตร นอกจากนี้ยังกำหนดห้ามเลือกปฏิบัติต่อแม่ผู้ให้นมบุตรด้วย³⁵⁸ สำหรับในกฎหมายอาญา กำหนดยกเว้นว่า การให้นมบุตรจากอกแม่นั้นไม่ถือเป็นความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยร่างกายต่อสาธารณะ³⁵⁹

กฎหมายมลรัฐ Pennsylvania อนุญาตให้แม่สามารถให้นมบุตรในที่สาธารณะโดยไม่มี ความผิด นอกจากนี้ยังยกเว้นไม่ให้ถือว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำลามกอนาจารหรือการกระทำการเปิดเผยร่างกายโดยไม่เหมาะสม³⁶⁰

ข้อวิเคราะห์

จากกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับการให้นมบุตรจากอกแม่ในที่สาธารณะนั้น ผู้วิจัยมีข้อพิจารณา ดังนี้

1. การคุ้มครองสิทธิของแม่ผู้ให้นมบุตรนั้น หลายรัฐกำหนดรับรองสิทธินี้ว่าเป็น สิทธิพลเมือง (Civil right) อันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน

2. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิการให้นมบุตรนี้ประกอบด้วยกฎหมายหลายฉบับที่กระจัดกระจายกัน เช่น ปรากฏในกฎหมายแรงงาน กฎหมายอาญา กฎหมายสาธารณสุข กฎหมายสิทธิพลเมืองทั่วไป

3. การคุ้มครองตามกฎหมายอาจจำแนกได้ 3 กลุ่ม ดังนี้

- การกำหนดรับรองสิทธิในการให้นมบุตรในฐานะสิทธิพลเมืองชนิดหนึ่ง
- กำหนดคุ้มครองสิทธิการให้นมบุตรในบริบทของการจ้างแรงงาน โดยมุ่งเน้นกำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องจัดให้มีเวลาพักสำหรับการให้นมบุตร และ จัดหาสถานที่สำหรับให้นมบุตรแก่ลูกจ้าง
- เนื่องจากมีปัญหาว่า การให้นมบุตรจากอกแม่ เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยร่างกายส่วนบนของผู้หญิง ซึ่งในหลายมลรัฐการเปิดเผยดังกล่าวมีความผิดตามกฎหมายอาญา ดังนั้น กฎหมายในกลุ่มนี้จึงกำหนดยกเว้นการให้นมบุตรจากอกแม่ไม่ให้ถือเป็นการกระทำอนาจารหรือการเปิดเผยร่างกายที่ไม่เหมาะสมตามกฎหมาย และไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย

³⁵⁷ N.Y. Civil Rights Law § 79-e (1994)

³⁵⁸ N.Y. Labor Law § 206-c (2007)

³⁵⁹ N.Y. Penal Law § 245.01 et seq.

³⁶⁰ Pa. Cons. Stat. tit. 35 § 636.1 et seq. (2007)

4. สำหรับการเลือกปฏิบัตินั้น ในบางมลรัฐกำหนดคุ้มครองการให้นมบุตรในฐานะสิทธิพลเมือง โดยให้คณะกรรมการสิทธิพลเมืองของมลรัฐเข้ามามีอำนาจในการกำกับดูแลการละเมิดสิทธิดังกล่าว นอกจากนี้ในบางมลรัฐยังกำหนดคุ้มครองการให้นมบุตรในกรณีที่เกี่ยวกับการทำงานโดยห้ามเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงด้วยเหตุที่ลูกจ้างนั้นให้นมบุตร ดังนั้น การเลิกจ้างหรือการปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงที่ไม่เท่าเทียมกับลูกจ้างอื่น เช่น การเลื่อนขั้นเงินเดือน การให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ ต่ำกว่าลูกจ้างอื่น ด้วยเหตุที่ลูกจ้างหญิงนั้นให้นมบุตร จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติและฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

4.11.3.3 กฎหมายประเทศแคนาดา

กฎหมายแคนาดาไม่ได้รับคุ้มครองสิทธิในการให้นมบุตร (Breastfeeding) ในฐานะสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิพลเมืองไว้เป็นการเฉพาะ ดังเช่นในหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกา แต่การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุการณให้นมบุตรอาจจัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ดังจะได้ชี้ให้เห็นคดีตัวอย่างต่อไปนี้

คดี *Poirier v. British Columbia*³⁶¹

คดีนี้ นับว่าเป็นคดีแรกที่มีประเด็นวินิจฉัยเกี่ยวกับการที่แม่ผู้ให้นมบุตรจากอก ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากผู้อื่นนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ผู้ร้อง Michelle Poirier (ต่อไปจะเรียกว่า “M”) ร้องเรียนต่อคณะผู้พิจารณาสิทธิมนุษยชน (British Columbia Human Right Tribunal) ว่านายจ้างซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐเลือกปฏิบัติโดยปฏิเสธมิให้ตนให้นมบุตรจากอกในที่ทำงานหรือในระหว่างงานสัมมนา โดยอ้างหลักห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนมลรัฐ British Columbia มาตรา 8 และ 13

ประเด็นสำคัญที่คณะผู้พิจารณาต้องวินิจฉัยคือ การกระทำตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้างเป็นการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่

เนื่องจากเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนของมลรัฐ British Columbia แล้วจะพบว่า แม้มีการกำหนดหลักห้ามเลือกปฏิบัติไว้ แต่ก็มีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุการให้นมบุตรจากอกแม่ หากพิจารณาว่าเหตุดังกล่าวไม่อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติใดๆตามกฎหมายแล้ว คณะผู้พิจารณาก็ไม่มีเหตุผลทางกฎหมายที่จะวินิจฉัยว่าการนี้เป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม คณะผู้พิจารณาเทียบเคียงกับคำพิพากษาของศาลสูงสุด 2 คดี ดังนี้

³⁶¹ Poirier v. British Columbia (Ministry of Municipal Affairs, Recreation and Housing), (1997) 29 C.H.R.R. D/87 (B.C. Trib.)

คดีแรก Bliss v. Attorney General of Canada ซึ่งศาลสูงสุดตัดสินในปี 1979³⁶² โดยศาลได้วินิจฉัยประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์ ซึ่งศาลเห็นว่ากฎหมายที่พิพาทในคดีนั้น (กฎหมายประกันการว่างงาน) วางหลักปฏิบัติต่อสตรีตั้งครรภ์แตกต่างจากผู้อื่นด้วยเหตุที่สตรีผู้นั้นตั้งครรภ์ มิใช่ด้วยเหตุที่ผู้นั้นมีเพศเป็นสตรี ดังนั้นการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันจึงเกิดขึ้นตามธรรมชาติ มิใช่เกิดจากกฎหมาย ศาลจึงสรุปว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์นั้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

คดีที่สอง Brooks v. Canada Safeway ในปี 1989 ศาลได้เปลี่ยนแนววินิจฉัยโดยตัดสินว่า³⁶³ การปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์นั้นไม่อาจเป็นอย่างอื่นไปได้ นอกจากการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งเพศ หรืออย่างน้อยที่สุดเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุ “เกี่ยวกับเพศ” (Sex-related) ศาลในคดีนี้ได้ย้อนไปพิจารณาถึงคดี Bliss และอธิบายว่า ในปัจจุบันแรงงานหญิงมีบทบาทพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม เป็นการไม่ยุติธรรมที่จะกำหนดให้เกิดภาระต้นทุนทั้งหมดแก่สตรีที่ตั้งครรภ์ และเป็นการยากที่จะพิจารณาว่าเงื่อนไขตามกฎหมายที่บังคับใช้กับผู้ตั้งครรภ์ซึ่งโดยธรรมชาติจะต้องเป็นหญิงเท่านั้น มิใช่เป็นเงื่อนไขที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อหญิง ดังนั้นเป็นการยากที่จะยอมรับว่าความไม่เท่าเทียมกันที่เกิดขึ้นกับ Bliss ในคดีก่อนนั้นเกิดจากธรรมชาติ เนื่องจากการตั้งครรภ์เป็นคุณลักษณะพิเศษเฉพาะของเพศหญิงและเป็นคุณลักษณะประการหนึ่งที่จำแนกความแตกต่างระหว่างหญิงและชาย ดังนั้น ความแตกต่างบนพื้นฐานของการตั้งครรภ์ไม่เป็นเพียงความแตกต่างระหว่างบุคคลซึ่งตั้งครรภ์กับบุคคลซึ่งไม่ตั้งครรภ์ หากแต่เป็นความแตกต่างบนพื้นฐานแห่งเพศซึ่งมีความสามารถในการตั้งครรภ์กับเพศซึ่งไม่มีความสามารถในการตั้งครรภ์ หากนำตรรกะแนวการพิจารณาเช่นนี้มาปรับใช้กับกรณีการให้นมบุตรจากอกแม่ จะเห็นได้ว่าความสามารถในการให้นมบุตรจากอกเป็นคุณสมบัติเฉพาะของเพศหญิง ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างลูกจ้างที่สามารถให้นมบุตรจากอก กับ ลูกจ้างที่ไม่สามารถให้นมบุตรจากอก จึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างหรือการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศนั่นเอง

จากแนวคำตัดสินของศาลดังกล่าวข้างต้น คณะผู้พิจารณาจึงเห็นว่า การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการให้นมบุตรนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ จะเห็นได้ว่า การตีความนี้ทำให้สามารถคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุซึ่งมิได้บัญญัติไว้โดยตรงตามตัวบทกฎหมายแต่เป็นเหตุที่มีความสัมพันธ์และเชื่อมโยงกับเหตุที่กฎหมายระบุไว้

การเลือกปฏิบัติ คือการปฏิบัติที่แตกต่าง ไม่ว่าโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม บนพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับคุณลักษณะของบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ซึ่งส่งผลให้เกิดภาระ หน้าที่ หรือความเสียเปรียบต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้น หรือเป็นการจำกัดการเข้าถึงโอกาส ผลประโยชน์ ที่บุคคลอื่นในสังคมมีสิทธิได้รับ³⁶⁴

³⁶² Bliss v. Attorney General of Canada, [1979] 1 S.C.R. 183

³⁶³ Brooks v. Canada Safeway, [1989] 1 S.C.R. 1219, 10 C.H.R.R. D/6183

³⁶⁴ 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 การเลือกปฏิบัติว่าอาจเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อม ทั้งนี้ ในคดี Ontario (Human Rights Comm.) and O'Malley v. Simpsons Sears Ltd³⁶⁵ ศาลได้วางหลักว่า

การเลือกปฏิบัติโดยตรงเกิดขึ้นสัมพันธ์กับการที่นายจ้างกำหนดแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายห้าม เช่น “ไม่จ้างผู้นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือไม่จ้างคนผิวสีเข้าทำงาน”

การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมหรือผลข้างเคียงของการเลือกปฏิบัติ (Adverse Effect of discrimination) เกิดขึ้นเมื่อนายจ้างกำหนดแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ซึ่งโดยหลักการแล้วมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) และใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนเท่าเทียมกัน แต่มีผลกระทบในเชิงเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กฎหมายห้ามต่อลูกจ้างบางคนหรือบางกลุ่ม ทั้งนี้เนื่องจากแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวส่งผลกระทบต่อหรือจำกัดสิทธิหรือสร้างเงื่อนไขต่อบุคคลบางคนหรือบางกลุ่มซึ่งไม่เกิดผลกระทบเช่นนั้นต่อบุคคลอื่นในสถานที่ทำงานนั้น

ในคดีนี้ M เดิมได้นำบุตรมาที่ทำงานและให้นมบุตรเป็นระยะระหว่างวัน ต่อมาการจัดสัมมนาที่เกี่ยวข้องกับงาน M ก็นำบุตรเข้าร่วมการสัมมนาและได้ให้นมบุตรเป็นระยะ ต่อมาผู้บังคับบัญชาได้กำหนดแนวปฏิบัติห้ามนำบุตรมาทำงาน ประเด็นที่คณะผู้พิจารณาจะต้องวินิจฉัยคือ แนวปฏิบัติดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ M ร้องเรียนว่า การห้ามนำบุตรมาทำงานและนำเข้ามาในงานสัมมนาที่เกี่ยวข้องกับงาน เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง หรือมีฉะนั้นก็เป็นทางเลือกปฏิบัติโดยทางอ้อมเนื่องจากเกิดผลกระทบข้างเคียงเนื่องจากการที่ตนเป็นแม่ซึ่งให้นมบุตร

คณะผู้พิจารณาเห็นว่า แนวปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชากำหนดขึ้นทำให้ M อยู่ในสถานะที่ต้องเลือกระหว่างการทำงานและเข้าร่วมการสัมมนา หรือ การให้นมและเลี้ยงดูบุตร ซึ่งลูกจ้างคนอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้ต้องให้นมบุตรไม่จำเป็นต้องอยู่ในสถานะที่ต้องเลือกเช่นนี้ แม้ว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวจะถูกกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนซึ่งมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) แต่ก็ส่งผลกระทบข้างเคียงทำให้ผู้ร้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุที่ตนเป็นแม่ผู้ให้นมบุตรอันเป็นเหตุซึ่งจัดเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติทางเพศที่กฎหมายคุ้มครองได้จากพยานหลักฐานในคดีผู้พิจารณาไม่เห็นถึงเหตุผลอื่นๆที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดแนวปฏิบัติห้ามนำบุตรมาที่ทำงานหรือร่วมการสัมมนา ดังนั้น จึงตัดสินว่าแนวปฏิบัติที่ห้ามนำบุตรมาทำงานนั้นส่งผลทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศและขัดต่อกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ

³⁶⁵ 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

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า คดีนี้ผู้พิจารณามีข้อจำกัดเฉพาะการพิจารณาข้อเท็จจริงที่ยื่นเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณา (Agreed Statement of Fact) โดยทางฝ่ายนายจ้างไม่ได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงอื่นๆ อันเป็นเหตุผลของการกำหนดแนวปฏิบัติห้ามนำเด็กมาที่ทำงาน ซึ่งตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏคณะผู้พิจารณาจึงเห็นว่า แนวปฏิบัติดังกล่าวมิได้มีเหตุอันสมควรอื่นๆ แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏเหตุผลทางธุรกิจหรือเหตุผลสมควรอื่นๆ ในการห้ามนำเด็กมาที่ทำงานแล้ว แนวปฏิบัติดังกล่าวอาจไม่ถูกพิจารณาว่าส่งผลเป็นการเลือกปฏิบัติก็ได้

คดี Cole v. Bell Canada³⁶⁶

ข้อเท็จจริงโดยสรุปของคดีนี้มีอยู่ว่า Cole (ต่อไปจะเรียกว่า “C”) ทำงานเป็นเจ้าหน้าที่ศูนย์บริการลูกค้าทางโทรศัพท์ ในเดือนกุมภาพันธ์ 2000 C ขอลาคลอดโดยให้กำเนิดบุตรซึ่งมีสุขภาพไม่สมบูรณ์ แพทย์แนะนำให้เลี้ยงลูกด้วยนมแม่เป็นเวลานานเท่าที่จะทำได้ ดังนั้น C จึงให้นมบุตร 4 ครั้งต่อวัน เมื่อกลับมาทำงาน C ได้ขอเวลาพักเพื่อให้นมบุตรเป็นช่วงๆ ของแต่ละวัน อย่างไรก็ตาม คำขอของ C ไม่ได้รับอนุญาต C จึงขออนุญาตทำงานในกะที่เลิกงานเวลา 16.00 น นายจ้างอนุญาตโดย C ได้ยื่นใบรับรองแพทย์แสดงอาการเจ็บป่วยของตน การอนุญาตนี้มีใช้ด้วยเหตุผลที่ C ต้องให้นมบุตร คดีนี้มีประเด็นการเลือกปฏิบัติที่ Québec Human Rights Tribunal ต้องวินิจฉัยคือ การปฏิบัติของนายจ้างต่อลูกจ้างที่เกี่ยวกับการให้นมบุตรในคดีนี้ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศหรือสถานะทางครอบครัวหรือไม่

คดีนี้คณะผู้พิจารณา ตัดสินว่า การปฏิบัติที่แตกต่างเกี่ยวกับการให้นมบุตรของลูกจ้างที่เป็นหญิงนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ โดยคณะผู้พิจารณาในคดีนี้ได้อ้างคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาคดีก่อนหน้าดังกล่าวข้างต้น (Poirier v. British Columbia³⁶⁷) ซึ่งมีประเด็นวินิจฉัยเช่นเดียวกัน คณะผู้พิจารณาคดีก่อนได้อ้างอิงถึงคำพิพากษาศาลสูงสุดว่า ความสามารถในการตั้งครรภ์เป็นคุณลักษณะเฉพาะของเพศหญิง ความแตกต่างที่อยู่บนพื้นฐานของการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรจึงเป็นความแตกต่างด้วยเหตุแห่งเพศ โดยเหตุผลนี้ ความสามารถในการให้นมบุตรจากอกแม่จึงเป็นคุณลักษณะเฉพาะของเพศหญิง ดังนั้น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่บุคคลนั้นให้นมบุตรจึงเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

ยังได้อธิบายเหตุผลของการปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศดังต่อไปนี้

- ในการทำงานนั้น ลูกจ้างที่เป็นหญิงที่ต้องให้นมบุตรจากอกเป็นความรับผิดชอบโดยเฉพาะของหญิงซึ่งแตกต่างจากลูกจ้างชาย หากลูกจ้างหญิงดังกล่าวไม่ได้รับการอนุญาตจากนายจ้างเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว ก็จะต้องเผชิญกับทางเลือกสองประการ กล่าวคือ ทางแรก ยุติการให้นมบุตรเพื่อทำงานได้ต่อไป ทางที่สอง ยุติการทำงานเพื่อไปเลี้ยงดูบุตรโดยการให้นม เมื่อเปรียบเทียบกับลูกจ้างชายแล้วจะเห็นได้ว่าไม่

³⁶⁶ Cole v. Bell Canada, 2007 CHRT 7 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/1r49b>>

³⁶⁷ 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.)

ต้องเผชิญกับทางเลือกดังกล่าวซึ่งเป็นทางเลือกอันเป็นลักษณะเฉพาะของลูกจ้างหญิงที่เป็นแม่ การต้องเผชิญกับทางเลือกดังกล่าวเป็นอุปสรรคประการหนึ่งของผู้หญิงต่อโอกาสอันเท่าเทียมกับผู้อื่นในการประกอบอาชีพและใช้ชีวิต

- ในการที่ C ต้องการเปลี่ยนเวลาทำงานเป็นกะเพื่อให้เหมาะสมกับการให้นมบุตรนั้น คำร้องขอด้วยเหตุผลดังกล่าวไม่ได้รับการอนุญาต แต่ C ต้องอ้างและอาศัยเหตุผลอื่นด้านสุขภาพโดยมีใบรับรองแพทย์เพื่อที่จะได้เปลี่ยนเวลาทำงานเช่นนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับลูกจ้างชายแล้วเห็นว่ากรณีที่ C ได้รับการปฏิบัติดังกล่าวเป็นการปฏิบัติซึ่งลูกจ้างชายของบริษัทนี้ไม่เคยได้รับ จะเห็นได้ว่า สถานะความเป็นแม่ของ C เป็นส่วนสำคัญของคำขอเปลี่ยนเวลาทำงานและการปฏิเสธคำขอได้ส่งผลกระทบต่อ C ในฐานะที่เป็นผู้หญิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นแม่ผู้ต้องให้นมบุตร ดังนั้นจึงมีความเชื่อมโยงระหว่างการปฏิบัติที่ได้รับจากนายจ้างและสถานะความเป็นหญิง

จะเห็นได้ว่า แม้ตามกฎหมายแคนาดาไม่ได้ระบุการให้นมบุตรจากอก (Breastfeeding) ว่าเป็นเหตุเฉพาะของการเลือกปฏิบัติ แต่คณะผู้พิจารณาได้พิจารณาโดยอ้างอิงหลักการจากคำพิพากษาของศาลที่เชื่อมโยงการให้นมบุตรจากอกแม้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของคุณลักษณะเฉพาะของเพศหญิง ดังนั้นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวจึงเข้าข่ายการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย

4.11.4 แนวปฏิบัติเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อหญิงที่ประสงค์ให้นมบุตรในสถานที่ต่างๆ

นอกจากกฎหมายแล้ว ยังมีมาตรการอื่นที่ไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย เพื่อป้องกันและจัดการเลือกปฏิบัติต่อหญิงที่ประสงค์จะให้นมบุตรจากอกแม่ ในกรณีแคนาดานั้น พบว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในระดับมลรัฐได้ออกแนวปฏิบัติหรือคู่มือการปฏิบัติ สำหรับให้นายจ้าง ผู้ให้บริการสถานที่หรือสิ่งอำนวยความสะดวกต่อสาธารณะ ได้ใช้เป็นแนวทางในการกำหนดนโยบายและการปฏิบัติงานเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติในกรณีการให้นมบุตร ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) คู่มือการกำหนดนโยบายและกระบวนการของสถานประกอบการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางเพศ ในกรณีการให้นมบุตรจากอกแม่ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ British Columbia (British Columbia Human Right Commission Policy and Procedural Manual)³⁶⁸

นอกจากกฎหมายแล้ว มลรัฐ British Columbia ยังมีมาตรการอื่นที่ไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย ได้แก่ คู่มือการกำหนดนโยบายและกระบวนการของสถานประกอบการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางเพศ ในกรณีการให้นมบุตรจากอกแม่ ซึ่งมีลักษณะเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับนายจ้างในการดำเนินการกำหนดนโยบายหรือระเบียบการทำงานให้สอดคล้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในกรณีการให้นม

³⁶⁸ http://www.infactcanada.ca/br_bc_humanrights.htm

บุตร คู่มือดังกล่าวได้เน้นย้ำหลักทั่วไปว่า การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการให้นมบุตรนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ โดยจำแนกแนวปฏิบัติสำหรับการป้องกันการเลือกปฏิบัติไว้สองกลุ่มหลักคือ กลุ่มแรก การเลือกปฏิบัติในสถานที่ทำงานซึ่งกำหนดหน้าที่ให้นายจ้าง กลุ่มที่สอง การเลือกปฏิบัติในสถานที่ซึ่งเปิดให้บริการแก่สาธารณะอื่นๆ ดังจะได้ชี้ให้เห็นหลักสำคัญต่อไปนี้

หัวเรื่อง : การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ – การให้นมบุตรจากอกแม่และการแสดงการให้นม

หลักทั่วไป : การเลือกปฏิบัติเนื่องจากผู้หญิงให้นมบุตรจากอกแม่หรือแสดงการให้นมบุตรจากอกเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

2) การป้องกันการเลือกปฏิบัติในสถานที่ทำงาน

- นายจ้างมีหน้าที่อำนวยความสะดวกให้กับลูกจ้างหญิงที่เลี้ยงดูบุตรโดยการให้นมจากอกแม่
- การอำนวยความสะดวกอย่างน้อยจะครอบคลุมถึง การจัดเวลาทำงานที่ยืดหยุ่น เวลาพัก สำหรับการให้นมบุตร
- เวลาพักสำหรับให้นมบุตรหรือเวลาทำงานที่ลดลงเพื่อการให้นมบุตรในแต่ละวันจะต้องถือว่าเป็นเวลาทำงานที่ได้รับค่าจ้างตามปกติ
- หากการประชุมซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำงานมีความขัดแย้งกับตารางเวลาสำหรับให้นมบุตร ลูกจ้างนั้นจะต้องสามารถให้นมบุตรไปด้วยในระหว่างการประชุมเว้นแต่การทำเช่นนั้นก่อให้เกิดการรบกวนการประชุมอย่างมีเหตุผล เช่น เสียงเด็กร้อง นายจ้างไม่สามารถปฏิเสธลูกจ้างหญิงที่จะให้นมบุตรระหว่างการประชุมที่เกี่ยวข้องกับการทำงานด้วยเหตุผลเพียงเพราะปฏิกิริยาเชิงลบที่เกิดจากผู้เข้าร่วมประชุมรายอื่น (เช่น ความรู้สึกของผู้อื่นที่เห็นว่าการให้นมบุตรนั้นไม่สมควรหรือไม่เหมาะสม)

หน้าที่ของนายจ้างในการการอำนวยความสะดวกแก่ลูกจ้างหญิงที่ประสงค์ให้นมบุตร ครอบคลุมถึง

- การสื่อสารไปยังลูกจ้างทั้งหมดโดยใช้เครื่องหมายหรือป้ายที่เหมาะสม หรือการประกาศนโยบายที่ชัดเจนว่า การให้นมบุตรจากอกแม่หรือการแสดงการให้นมบุตรจากอกแม่ในที่ทำงานนั้นเป็นสิ่งที่สามารถทำได้
- การจัดให้มีสถานที่ที่เหมาะสมอันเป็นส่วนตัวสำหรับให้นมบุตร ซึ่งมีใช้ห้องน้ำ รวมทั้งจัดให้มีสถานที่สำหรับการชำระล้างทำความสะอาดมือและอุปกรณ์อื่นในการให้นมบุตร

3) การป้องกันการเลือกปฏิบัติในสถานที่หรือสิ่งอำนวยความสะดวกต่อสาธารณะ

- ผู้ให้บริการสถานที่หรือสิ่งอำนวยความสะดวกที่ให้บริการต่อสาธารณะ มีหน้าที่อำนวยความสะดวกให้กับผู้หญิงที่เลี้ยงดูบุตรโดยการให้นมจากอกแม่

ผู้หญิงซึ่งประสงค์จะให้นมบุตรจากอกแม่หรือแสดงการให้นมบุตรจากอกในสถานที่ซึ่งเปิดให้บริการต่อสาธารณะนั้น อาจประสงค์ให้นมบุตรในพื้นที่สาธารณะหรือพื้นที่ส่วนบุคคล โดยหากผู้หญิงนั้นประสงค์จะให้นมบุตรในพื้นที่ (Public accommodation) จะต้องได้รับการปฏิบัติดังต่อไปนี้

- ได้รับการอนุญาตให้สามารถให้นมบุตรจากอกแม่โดยใช้ม้านั่งหรือเก้าอี้ซึ่งตั้งอยู่ในห้างสรรพสินค้า สวนสาธารณะ โรงพยาบาล พิพิธภัณฑ์ ภัตตาคาร

- ได้รับการอนุญาตให้สามารถให้นมบุตรจากอกแม่ในขณะที่เดินไปมา

- ได้รับการอนุญาตให้สามารถให้นมบุตรจากอกแม่ในระหว่างเดินทางโดยยานพาหนะโดยสารสาธารณะ

หากผู้หญิงนั้นประสงค์จะให้นมบุตรจากอกแม่หรือแสดงการให้นมบุตรจากอกในสถานที่ส่วนบุคคล (Private accommodation) ผู้ให้บริการสถานที่นั้นจะต้องจัดให้มีพื้นที่ส่วนตัว (Private location) ซึ่งมีใช้ห้องน้ำ สำหรับการให้นมบุตร โดยจัดให้มีพื้นที่ดังกล่าวจากพื้นที่ซึ่งมีอยู่แล้ว (เช่น ห้างสรรพสินค้าซึ่งมีห้องปฐมพยาบาลอยู่จัดพื้นที่นี้ให้หญิงที่ประสงค์ให้นมบุตร) ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องสร้างพื้นที่สำหรับการนี้ขึ้นใหม่ หากแต่เดิมไม่มีพื้นที่ดังกล่าวอยู่

4) นโยบายป้องกันการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งการตั้งครรภ์และการให้นมบุตรแห่งมลรัฐ Ontario (Policy on preventing discrimination because of pregnancy and breastfeeding)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่ง Ontario ได้กำหนดแนวนโยบายเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติสำหรับให้นายจ้าง ผู้ประกอบการให้บริการต่างๆ นำไปเป็นแนวปฏิบัติสำหรับการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับ ประมวลกฎหมายสิทธิมนุษยชนของ Ontario สาระสำคัญของนโยบายมีดังนี้

นโยบายนี้เน้นย้ำถึงหลักการตาม ประมวลกฎหมายสิทธิมนุษยชนของ Ontario ว่าเป็นกฎหมายซึ่งกำหนดคุ้มครองความเท่าเทียมกันในสิทธิและโอกาสรวมทั้งรับรองศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคนใน Ontario โดยประมวลกฎหมายนี้กำหนดว่าการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดหรือการคุกคาม (Harass) บุคคลใดด้วยเหตุแห่งเพศ ซึ่งรวมถึงการตั้งครรภ์และการให้นมบุตรจากอกแม่ ในมิติของการจ้างแรงงาน ที่พักอาศัย สินค้าบริการ สิ่งอำนวยความสะดวก สัญญาและสมาชิกของสหภาพ องค์กรการค้า หรือสมาคมวิชาชีพ

นโยบายนี้เน้นย้ำว่า การเลี้ยงดูบุตรก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมโดยรวม ผู้หญิงไม่ควรได้รับความเสียเปรียบเนื่องจากการตั้งครรภ์ การเลือกปฏิบัติต่อหญิงด้วยเหตุที่หญิงนั้นตั้งครรภ์เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย

การเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครุฑยังครอบคลุมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติเนื่องจากผู้หญิงนั้นทำแท้งคุมกำเนิด รวมทั้งการเลือกให้นมบุตรจากอกแม่หรือไม่ให้นมบุตรจากอกแม่

การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการตั้งครุฑยังมีความสัมพันธ์หรือทับซ้อนกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอื่นๆ เช่น กรณีที่หญิงผู้ตั้งครุฑเป็นผู้มีอายุน้อย อยู่ในกลุ่มเชื้อชาติบางกลุ่ม หรือกรณีของบุคคลข้ามเพศซึ่งตั้งครุฑหรือให้นมบุตร

นายจ้าง ผู้ให้เช่าอาคาร สถานที่ หรือผู้ให้บริการต่างๆ จะต้องจัดสภาพแวดล้อมให้ปราศจากการเลือกปฏิบัติ ผู้หญิงที่ตั้งครุฑมีสิทธิที่จะไม่ถูกคุกคามจากการแสดงความคิดเห็นและจากพฤติกรรมของนายจ้าง ผู้ร่วมงาน เจ้าของที่ดิน ผู้ให้เช่า ผู้ให้บริการต่างๆ รวมทั้งบุคคลอื่นๆ

องค์กรจะต้องออกแบบตั้งแต่เริ่มต้น (design from the outset) ให้การจ้างแรงงาน การให้บริการที่พักอาศัย การบริการต่างๆ เปิดโอกาสแก่ผู้หญิงให้สามารถมีส่วนร่วมได้อย่างเท่าเทียมกันกับผู้อื่น

ผู้หญิงมีสิทธิที่จะได้รับการอำนวยความสะดวกสำหรับความจำเป็นต่างๆเกี่ยวกับการตั้งครุฑ นายจ้าง ผู้ให้เช่า หรือผู้ให้บริการอื่นๆ จะต้องปรับเปลี่ยนนโยบาย กฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติ เพื่อให้หญิงผู้ตั้งครุฑได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกัน เช่น นายจ้างต้องจัดให้มีเวลาพัก เวลาทำงานที่ยืดหยุ่นสำหรับลูกจ้างหญิงผู้ตั้งครุฑ หลังจากคลอดบุตรแล้วนายจ้างควรต้องจัดให้หญิงนั้นสามารถให้นมบุตรได้

ระหว่างการสัมภาษณ์งาน ผู้สัมภาษณ์ไม่ควรถามถึงการตั้งครุฑของผู้สมัคร รวมทั้งคำถามเกี่ยวกับครอบครัว แผนการมีครอบครัว ไม่ควรปฏิเสธการรับเข้าทำงานด้วยเหตุที่ผู้สมัครตั้งครุฑหรือวางแผนตั้งครุฑ ลูกจ้างหญิงมีสิทธิและโอกาสในการได้รับความก้าวหน้าในการทำงานแม้ว่าจะอยู่ระหว่างการลาคลอดก็ตาม

สำหรับกฎหมายเฉพาะซึ่งให้การคุ้มครองกรณีหญิงตั้งครุฑได้แก่ กฎหมายแรงงานของมลรัฐ (Employment standards Act) ที่กำหนดให้สิทธิการลาคลอด

ในกรณีที่อยู่อาศัยนั้น ผู้ให้เช่าจะต้องไม่เลือกปฏิบัติโดยการปฏิเสธการให้เช่าสำหรับผู้หญิงด้วยเหตุที่ตั้งครุฑหรือมีบุตร ตัวอย่างของการปฏิบัติที่ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น คำกล่าวรื้อข้อความของผู้ให้เช่า ซึ่งแสดงว่า สถานที่นั้น “เป็นสถานที่เงียบสงบ” “สำหรับผู้ใหญ่” “ไม่ให้บริการเด็ก” “สำหรับ

คนทำงาน” เมื่อพิจารณาคำกล่าวหรือข้อความเช่นนี้ประกอบกับการปฏิเสธผู้เช่าซึ่งเป็นหญิงตั้งครรภ์ อาจแสดงให้เห็นว่าเกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศขึ้น

การห้ามเลือกปฏิบัติต่อหญิงผู้ตั้งครรภ์และให้นมบุตร ครอบคลุมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับ บริการ สินค้า สิ่งอำนวยความสะดวก สถาบันการศึกษา โรงพยาบาล ผู้ให้บริการสุขภาพ สถานที่สาธารณะเช่น ห้างสรรพสินค้า สวนสาธารณะ การขนส่งสาธารณะ ภัตตาคาร ร้านค้า ดังนั้น การที่ผู้หญิงตั้งครรภ์หรือนำบุตรไปยังภัตตาคาร ร้านค้า จะต้องไม่ถูกปฏิเสธบริการหรือการเข้าถึงสถานที่เช่นนั้นเว้นแต่มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายสำหรับการปฏิเสธ

การห้ามเลือกปฏิบัติต่อหญิงผู้ตั้งครรภ์ รวมถึงสิทธิในการให้นมบุตรโดยปราศจากการรบกวน ขัดขวาง ผู้หญิงไม่ควรที่จะได้รับการแจ้งว่าตนไม่สามารถให้นมบุตรได้เนื่องจากอยู่ในสถานที่สาธารณะ ผู้หญิงไม่ควรถูกร้องขอให้ต้องปกคลุมร่างกายในการให้นมบุตร หรือย้ายไปยังพื้นที่อื่นตามอำเภอใจของผู้ร้องขอ

นายจ้าง ผู้ให้เช่า หรือผู้ให้บริการ ต้องให้ความสำคัญต่อการเลือกปฏิบัติหรือการคุกคามใดๆ ที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์ในองค์กร หากมีการร้องเรียนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติหรือการคุกคามในที่ทำงาน ไม่ว่าด้วยคำร้องหรือวิธีอื่นใด องค์กรนั้นจะต้องมีการตอบสนองอย่างเหมาะสม องค์กรที่เพิกเฉยหรือไม่ดำเนินการต่อการร้องเรียนดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนประมวลกฎหมายสิทธิมนุษยชนของ Ontario

4.11.5 วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

การเลือกปฏิบัติต่อหญิงที่ให้นมบุตรนั้น เมื่อพิจารณากับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติจะเห็นได้ว่า “การให้นมบุตรจากอกแม่” หรือ “Breastfeeding” นั้น มิได้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่ในกฎหมายต่างประเทศได้มีการกำหนดการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติจากเหตุนี้ โดยอาจจำแนกลักษณะหรือรูปแบบการคุ้มครองได้ดังนี้

กรณีแรก ระบุเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ : สำหรับบางประเทศ เช่น ออสเตรเลียนั้น การให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding) ถูกระบุเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติชนิดหนึ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยแยกต่างหากจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

กรณีที่สอง ไม่ระบุเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ : สำหรับในบางประเทศ แม้การให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding) มิได้เป็นเหตุเฉพาะของการเลือกปฏิบัติ แต่จากการตีความและแนวปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแคนาดา ถือว่าการที่หญิงผู้ให้นมบุตรได้รับการเลือกปฏิบัติในรูปแบบต่างๆ

นั้น สืบเนื่องจากเหตุแห่งความเป็นผู้หญิงและเหตุที่หญิงนั้นตั้งครรภ์ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ (Sexual discrimination)³⁶⁹

กฎหมายสิทธิมนุษยชนของแคนาดา รวมถึงแนวปฏิบัติในระดับมลรัฐ ทั้งกรณีของ British Columbia และ Ontario แสดงให้เห็นหลักการห้ามเลือกปฏิบัติหญิงผู้ให้นมบุตร โดยการให้นมบุตรในที่สาธารณะ แสดงให้เห็นถึงมิติของการเลือกปฏิบัติด้านต่างๆ ทั้งการจ้างแรงงาน การให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะ

สำหรับในกรณีของการจ้างแรงงาน นั้นพฤติกรรมการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการให้นมบุตรจะเกี่ยวข้องกับการกระทำ เช่น การห้ามให้นมบุตรในสถานที่ทำงาน การจัดให้ลูกจ้างหญิงผู้ประสงค์ให้นมบุตรแยกตัวออกไปให้นมบุตรในสถานที่ที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกสุขอนามัย เช่น ในห้องน้ำ รวมทั้งกฎระเบียบเกี่ยวกับการทำงานที่เป็นอุปสรรคหรือไม่สะดวกสำหรับการให้นมบุตร เช่น เวลาพัก เวลาทำงาน ที่ไม่ยืดหยุ่นสำหรับลูกจ้างหญิงผู้ให้นมบุตร

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย อาจจำแนกเป็นประเด็นต่างๆ ได้ดังนี้

- เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่า ไทยไม่มีกฎหมายอนุญาตให้ผู้หญิงให้นมบุตรจากอกในที่สาธารณะได้ รวมทั้งไม่มีการกำหนดยกเว้นการให้นมบุตรจากอกจากการเป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมโดยเฉพาะลามกอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลว่าการให้นมบุตรจากอกแม่มือในที่สาธารณะจะถือเป็นการกระทำความอนาจารหรือไม่

- ในบริบทของการจ้างแรงงานนั้น กรณีการเลือกปฏิบัติในขั้นตอนการสัมภาษณ์งาน ตามกฎหมายไทย การจ้างแรงงาน ไม่ครอบคลุมถึง ช่วงก่อนสถานะความเป็นนายจ้าง ลูกจ้าง เช่น การสัมภาษณ์งาน การตัดสินใจจ้างหรือไม่จ้างงาน ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ไม่จ้างงานเพราะตั้งครรภ์ สำหรับกรณีการถามคำถามเรื่องส่วนตัวซึ่งเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายคุ้มครอง เช่น การถามคำถามถึง การวางแผนครอบครัวและการมีบุตรในอนาคต นั้น ในกรณีของไทยยังไม่มีหลักการคุ้มครองเกี่ยวกับการถามคำถามดังกล่าว หากเปรียบเทียบกับกรณีของแคนาดา ในระดับมลรัฐเช่น Ontario นั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้มีการออกแนวปฏิบัติเพื่อให้นายจ้างดำเนินการหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติ เช่น ระหว่างการสัมภาษณ์งาน ผู้สัมภาษณ์ไม่ควรถามถึงการตั้งครรภ์ของผู้สมัคร รวมทั้งคำถามเกี่ยวกับครอบครัว แผนการมีครอบครัว ไม่ควรปฏิเสธการรับเข้าทำงานด้วยเหตุที่ผู้สมัครตั้งครรภ์หรือวางแผนตั้งครรภ์

³⁶⁹ British Columbia Human Right Commission Policy and Procedural Manual, http://www.infactcanada.ca/br_bc_humanrights.htm

- การจัดเวลาพักสำหรับการให้นมบุตรนั้น ไม่ปรากฏชัดเจนตามกฎหมายแรงงานของไทย แนวปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ British Columbia ในแคนาดา ได้วางหลักไว้ว่า เวลาพักสำหรับให้นมบุตรหรือเวลาทำงานที่ลดลงเพื่อการให้นมบุตรในแต่ละวันจะต้องถือว่าเป็นเวลาทำงานที่ได้รับค่าจ้างตามปกติ

- การจัดเวลาทำงานที่ยืดหยุ่นสำหรับการให้นมบุตรนั้น ไม่ปรากฏชัดเจนตามกฎหมายแรงงานของไทย อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ British Columbia ได้เน้นย้ำถึงแนวปฏิบัติของนายจ้างในการจัดเวลาการทำงานที่ยืดหยุ่นให้ลูกจ้างผู้ให้นมบุตร

- การนำพาบุตรมายังสถานที่ทำงานไม่ปรากฏชัดเจนตามกฎหมายแรงงานของไทย อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ British Columbia ค้ำครองสิทธิของลูกจ้างในการพาบุตรมายังสถานที่ทำงานโดยรวมถึงการนำบุตรเข้าไปร่วมประชุมใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำงานด้วย เพื่อให้ความสะดวกแก่ลูกจ้างในการให้นมบุตรระหว่างการประชุม เว้นแต่การทำให้เช่นนั้นก่อให้เกิดการรบกวนการประชุมอย่างมีเหตุผล เช่น เสียงดังกร้าว แต่นายจ้างไม่สามารถปฏิเสธหรือกีดกันการนำบุตรเข้ามายังที่ประชุมเพื่อให้นมได้ ด้วยเหตุผลกว้างๆ เพียงว่าการกระทำเช่นนั้น “ไม่สมควรหรือไม่เหมาะสม”

การกำหนดหน้าที่ของนายจ้างในการการอำนวยความสะดวกแก่ลูกจ้างหญิงที่ประสงค์ให้นมบุตรตามกฎหมายไทย หากจำแนกการอำนวยความสะดวกเป็นประเด็นย่อยๆ อาจพิจารณาได้ดังนี้

- การที่นายจ้างต้องแสดงให้เห็นเป็นการทั่วไปในองค์กรว่า การให้นมบุตรเป็นสิ่งที่ได้รับการอนุญาตและสามารถทำได้ ตามแนวปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมลรัฐ British Columbia กำหนดแนวทางให้นายจ้างสื่อสารประเด็นนี้ไปยังลูกจ้างทั้งหมดโดยใช้เครื่องหมายหรือป้ายที่เหมาะสมหรือการประกาศนโยบายที่ชัดเจนว่าการให้นมบุตรจากอกแม่หรือการแสดงการให้นมบุตรจากอกแม่ในที่ทำงานนั้นเป็นสิ่งที่สามารถทำได้ เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันพบว่า ไม่มีการกำหนดหน้าที่สำหรับนายจ้างในประเด็นนี้

- การที่นายจ้างต้องจัดให้มีสถานที่เหมาะสมอันเป็นส่วนตัวสำหรับให้นมบุตร ซึ่งมีใช้ห้องน้ำ เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันพบว่า ไม่มีการกำหนดหน้าที่สำหรับนายจ้างในประเด็นนี้

อาจสรุปได้ว่า ระบบกฎหมายไทยปัจจุบันมิได้มีการกำหนด “การให้นมบุตรจากอกแม่ (Breastfeeding)” ในฐานะเป็นเหตุเฉพาะของการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ และไม่มีกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองสิทธิบุคคลดังกล่าว เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวแล้วอาจจำแนกได้สองกรณีคือ

กรณีแรก หากตีความตามแนวทางของต่างประเทศแล้ว อาจสามารถจัดอยู่ในเหตุแห่ง “เพศ” ได้ ซึ่งหากพิจารณาตามนัยนี้ การเลือกปฏิบัติบุคคลผู้ให้นมบุตรจากอกแม่ อาจปรับใช้กฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 นอกจากนี้ หากมีการเลือกปฏิบัติต่อผู้ให้นมบุตรซึ่งเป็นบุคคลอายุไม่ถึงสิบปีบริบูรณ์ อาจปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาคูสมการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. 2559 ได้ อย่างไรก็ตามยังอาจมีปัญหาในมิติอื่นๆ เช่น ความชัดเจนของการคุ้มครองบุคคลดังกล่าวในมิติของการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน เป็นต้น

กรณีที่สอง เพื่อความชัดเจนในการคุ้มครองบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการให้นมบุตรจากอกแม่ จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อเพิ่มเหตุดังกล่าวเป็นการเฉพาะดังเช่นกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้โดยอาจกำหนดหลักการและรายละเอียดเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีนี้เพิ่มเติมในกฎหมายแรงงานดังเช่นแนวทางของต่างประเทศ

4.12 การเลือกปฏิบัติในมิติบริการภาครัฐ : กรณีการศึกษา

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์ประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติการศึกษา โดยมีขอบเขตกรณีการศึกษาที่เป็นบริการภาครัฐ ซึ่งจะเลือกกฎหมายสหรัฐอเมริกาวิเคราะห์โดยมุ่งเน้นประเด็นเกี่ยวกับความเสมอภาคในการศึกษาและประเด็นการแบ่งแยกบุคคลด้วยเหตุที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จากนั้นจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง

4.12.1 บริการด้านการศึกษาของภาครัฐที่มีลักษณะแบ่งแยกระหว่างกลุ่มคน (Segregation)

ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น หลักความเท่าเทียมกัน (Equal Protection Clause) ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) ดังนั้นโดยหลักแล้วบุคคลย่อมมีสิทธิในการศึกษาอย่างเท่าเทียมและการแบ่งแยกหรือจำแนกบุคคลในมิติการศึกษาก็จะเป็นการขัดต่อหลักดังกล่าว อย่างไรก็ตามในสหรัฐอเมริกานั้น มีประเด็นการรับเด็กเข้าเรียนในโรงเรียนเนื่องจากการแบ่งแยกโรงเรียน

สำหรับเด็กผิวสีและผิวขาว ในปี ค.ศ. 1896 ศาลในคดี *Plessey v. Ferguson*³⁷⁰ วางหลักว่า การที่กฎหมายมลรัฐกำหนดการแบ่งแยกโรงเรียนของรัฐตามสีผิว (Racial Segregation Law) นั้นไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ หากคนผิวขาวและผิวสีต่างก็สามารถเข้าถึงการศึกษาได้เช่นเดียวกัน หรือเรียกว่า “การแบ่งแยกแต่เท่าเทียมกัน” (Separate but Equal) ซึ่งกลายเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในสหรัฐจนกระทั่งปี 1954 เมื่อศาลสูงสุดตัดสินในคดี *Brown v. Board of Education of Topeka*³⁷¹ ได้ตัดสินในประเด็นเช่นเดียวกันนี้อีกครั้ง

ในคดีนี้คณะกรรมการการศึกษา (Board of Education of Topeka) แบ่งแยกโรงเรียนตามผิวสีของนักเรียน ซึ่งกฎหมายอนุญาตให้ทำเช่นนั้นได้ ผู้ปกครองนักเรียนผิวสีต้องการให้บุตรเข้าโรงเรียนคนผิวขาวด้วยสาเหตุที่อยู่ใกล้บ้านมากกว่าที่จะต้องเดินทางไกลออกไปเพื่อเรียนในโรงเรียนสำหรับเด็กผิวสี ศาลชั้นต้นตัดสินตามหลัก “การแบ่งแยกแต่เท่าเทียมกัน” (Separate but Equal) เนื่องจากแม้มีการแบ่งแยกโรงเรียนแต่เด็กผิวสีก็ยังสามารถเข้าถึงการศึกษาได้ แต่ศาลสูงสุดกลับหลักคดีข้างต้นโดยตัดสินว่า การแบ่งแยกโรงเรียนตามสีผิวของนักเรียนเป็นการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน (Equal Protection Clause) ตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 ศาลให้เหตุผลว่า การแบ่งแยกโรงเรียนนั้นโดยเนื้อแท้แล้วเป็นความไม่เท่าเทียมกัน (Inherently Unequal) ทั้งนี้แม้ว่าจะมีการจัดโรงเรียนสำหรับเด็กทั้งสองกลุ่มแล้วแต่เป็นการตัดสิทธิ์ของเด็กผิวสีที่จะได้รับการศึกษาอย่างเท่าเทียมกันในการเข้ารับการศึกษาระบบผสมผสาน (Integrated School System) การแบ่งแยกโดยกฎหมาย ยังส่งผลสะท้อนถึงการปฏิบัติที่ด้อยกว่าต่อเด็กผิวสี

ในปีเดียวกันมีคดี *Bolling v. Sharpe*³⁷² ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐตัดสินในแนวทางเช่นเดียวกับคดี *Brown* กล่าวคือ การแบ่งแยก (Segregation) โรงเรียนสำหรับเด็กผิวสีและผิวขาวนั้นเป็นการไม่ชอบเพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 5³⁷³

แม้ว่าคดี *Brown* จะส่งผลเป็นการสนับสนุนแนวคิดของฝ่ายเรียกร้องสิทธิพลเมือง (Civil Right) แต่คำพิพากษาก็มิได้ระบุชัดถึงวิธีการ (Method) ในการขจัดเสียซึ่งการจำแนกความแตกต่างในโรงเรียน (Desegregation) นอกจากนี้ในทางกฎหมายแล้วปรากฏว่ายังมีกฎหมายมลรัฐและกฎหมายท้องถิ่นที่มีหลักการแบ่งแยกสีผิวหรือเชื้อชาติอยู่ ดังนั้นในปี 1954 โจทก์ในคดีก่อนจึงมีการนำคดีมาสู่ศาลสูงสุดอีกครั้ง (เรียกว่าคดี “*Brown II*”³⁷⁴) ซึ่งศาลตัดสินว่าการจัดการจำแนกความแตกต่าง (Desegregation) จะต้อง

³⁷⁰ *Plessey v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)

³⁷¹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

³⁷² *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954)

³⁷³ ซึ่งวางหลักกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due process clause) ทั้งนี้เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 5 มิได้มีหลักความเท่าเทียมกัน (Equal protection) ดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 และในคดีนี้มีความแตกต่างจากคดี *Brown* เนื่องจากไม่อาจปรับใช้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 กับกรณีได้เนื่องจากจะต้องเป็นการอ้างยันต่อรัฐ (State) แต่กรณีนี้เป็นเขต District of Columbia

³⁷⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955)

ดำเนินไปอย่างรวดเร็ว (With all Deliberate Speed) ซึ่งยังมีความไม่ชัดเจนแน่นอนว่าจะต้องดำเนินการเมื่อใดและอย่างไร ด้วยเหตุนี้ท้องถิ่นต่างๆจึงมีการดำเนินการลดความแตกต่างนั้นอย่างล่าช้า นอกจากนี้ท้องถิ่นบางแห่งมีการปิดโรงเรียนของรัฐโดยใช้นำเงินไปสนับสนุนสถาบันการศึกษาเอกชนซึ่งเปิดรับเฉพาะนักเรียนผิวขาวแทน³⁷⁵ ดังนั้นจึงเกิดมีคดีฟ้องร้องในประเด็นการปิดโรงเรียนของรัฐดังกล่าว เช่น Griffin v. County School Board of Prince Edward County³⁷⁶ ศาลสูงสุดตัดสินว่าคณะกรรมการโรงเรียนท้องถิ่นซึ่งตัดสินใจปิดโรงเรียนของรัฐและให้บัตร (Voucher) สำหรับนักเรียนในการเข้าเรียนโรงเรียนเอกชนนั้นเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากละเมิดต่อหลักการคุ้มครองความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ (Equal Protection)

ต่อมาในปี 1978 มีการฟ้องคณะกรรมการการศึกษาเมือง Topeka อีกครั้ง (Board of Education of Topeka) ที่เรียกว่าคดี “Brown III” ในคดีนี้โจทก์ฟ้องว่า นโยบาย การเข้าเรียนแบบเปิด (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 ให้มีโอกาสเรียนอย่างเท่าเทียมกันแล้ว ก็ไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย เช่น

คดี Diaz v. San Jos6 Unified School District³⁷⁷ เป็นกรณีที่เขตการศึกษาในเมือง San Jose มีนโยบาย “Neighborhood Policy” ในการรับนักเรียนที่พักอาศัยอยู่ในเขตพื้นที่ของโรงเรียน ทำให้สามารถเดินทางไปเรียนใกล้บ้าน โจทก์โต้แย้งว่านโยบายดังกล่าวส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติและไม่เท่าเทียมกันด้านเชื้อชาติ เป็นการแบ่งแยกนักเรียน คดีนี้ศาลชั้นต้นตัดสินว่านโยบายดังกล่าวไม่มีเจตนาแบ่งแยก (Segregative Intent) แต่ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วย และตัดสินให้เมื่องดังกล่าวกำหนดนโยบายจัดการแบ่งแยก (Desegregation Policy)

³⁷⁵ Bob Smith, **They Closed Their Schools** (University of North Carolina Press, 1990).

³⁷⁶ Griffin v. County School Board of Prince Edward County, 377 U.S. 218 (1964)

³⁷⁷ Diaz v. San Jos6 Unified School District, 733 F.2d. 660 (9th Cir. 1984)

คดี Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education³⁷⁸ หลังจากคดี Brown ส่งผลให้รัฐบาลท้องถิ่นต่างๆ ปรับเปลี่ยนนโยบายในการรับนักเรียนโดยไม่จำแนกโรงเรียนสำหรับเด็กผิวขาวและผิวสี กรณีนี้เมือง Charlotte ในมลรัฐ North Carolina ได้ปรับนโยบายรับเด็กเข้าเรียนตามพื้นที่ อย่างไรก็ตามปรากฏว่าเขตการศึกษาของเมืองนี้ประกอบด้วยพื้นที่ประมาณ 550 ตารางไมล์ โดยนักเรียนผิวสีส่วนมากจะอยู่อาศัยบริเวณใจกลางเมือง และเข้าเรียนในโรงเรียนบางแห่งบริเวณนั้น ในขณะที่นักเรียนผิวขาวส่วนใหญ่ซึ่งอยู่ห่างออกไป ทำให้ยังคงเกิดสภาพการแบ่งแยกโรงเรียนสำหรับเด็กผิวสีและเด็กผิวขาว จึงมีการกำหนดนโยบายร่นนักเรียนเพื่อรับนักเรียนผิวสีไปเรียนที่โรงเรียนซึ่งมีเด็กผิวขาวส่วนมากเรียนอยู่ โจทก์ฟ้องว่านโยบายร่นนักเรียนดังกล่าวเป็นการจำแนกความแตกต่างและไม่เท่าเทียมกัน ศาลตัดสินว่านโยบายนี้เป็นการแก้ปัญหาความไม่สมดุลทางเชื้อชาติ (Racial Imbalance) แม้ว่าความไม่สมดุลดังกล่าวเกิดจากการกำหนดให้นักเรียนเข้าเรียนตามพื้นที่ (Neighborhood Policy) แต่ก็ไม่ได้เกิดจากมูลเหตุจูงใจในการแบ่งแยกสีผิว ดังนั้นนโยบายนี้จึงมีความเหมาะสมเพื่อให้นักเรียนมีโอกาสเรียนเท่าเทียมกัน

จากประเด็นกรณีศึกษาที่นำมาวิเคราะห์นี้ชี้ให้เห็นถึงบริการภาครัฐที่อาจมีลักษณะปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันได้ หากเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และมุ่งสู่ความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ (Substantive Equality) แต่หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีลักษณะเป็นการทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างบุคคลด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ก็จะเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาได้ว่านโยบายบางอย่างของรัฐที่มีลักษณะส่งเสริมหรือให้สิทธิแก่บุคคลบางกลุ่ม หากเป็นไปเพื่อสร้างความเท่าเทียมกันแล้วก็เป็นชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะเป็น “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วนั่นเอง

4.12.2 หลักความเท่าเทียมด้านเชื้อชาติ (Racial equality doctrine) และ ปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible factor)

นับจากคดี Plessey v. Ferguson ในปี 1896 ศาลก็มีแนวโน้มทบทวนแนวคำพิพากษาใหม่โดยมุ่งเน้นความเท่าเทียมกัน ในการนี้ศาลได้สร้างหลักความเท่าเทียมด้านเชื้อชาติ (Racial equality doctrine) ในบริบทการให้บริการด้านการศึกษาขึ้น เพื่อแก้ปัญหการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว กล่าวคือ ศาลวางหลักว่า นโยบายหรือกฎหมายตามแนวคิด “การแบ่งแยกแต่เท่าเทียมกัน” (Separate but equal) นั้น หากส่งผลให้กลุ่มคนกลุ่มหนึ่งถูกปฏิเสธด้วยปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Factor)

³⁷⁸ Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education 402 U.S. 1 (1971)

แล้วก็จะเป็นการเลือกปฏิบัติขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม ปัญหาว่าอะไรคือ “ปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Factor)” นั้น ยังไม่ชัดเจน ทั้งนี้ขึ้นกับคำพิพากษาในแต่ละคดี

ตัวอย่างเช่น ในคดี *McLaurin v. Oklahoma State Regents*³⁷⁹ ศาลเห็นว่า การแบ่งแยกโรงเรียนด้วยสาเหตุด้านเชื้อชาติ ส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มถูกปฏิเสธซึ่งความสามารถในการเข้าเรียน การแลกเปลี่ยนความคิดเห็น และการเรียนรู้ ศาลให้เหตุผลว่า ในการที่มลรัฐจะจัดเสียซึ่งอุปสรรคของโอกาสที่เท่าเทียมกันนั้น ไม่จำเป็นต้องขจัดอคติทั้งหมดในทุกรูปแบบ (All forms of prejudice) เพียงแต่ต้องทำให้บุคคลไม่ถูกพรากไปเสียซึ่งโอกาสที่จะได้รับการยอมรับด้วยเหตุแห่งความสามารถของแต่ละบุคคล โดยไม่ถูกจำแนกกลุ่มอย่างอัตโนมัติและคัดแยกไว้ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ

ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้อธิบาย “ปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Factor)” ไว้อย่างละเอียดในคดี *Sweatt v. Painter*³⁸⁰

คดีนี้เป็นกรณีโจทก์ซึ่งเป็นคนผิวสีถูกปฏิเสธการรับเข้าเรียนในคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเท็กซัส โดยในขณะนั้นทางมลรัฐมีการจัดตั้งมหาวิทยาลัยสำหรับคนผิวสีโดยเฉพาะ ตามแนวคิด การแบ่งแยกแต่เท่าเทียม ประเด็นของคดีที่สำคัญที่ศาลสูงสุดพิจารณาก็คือ แม้ว่าโจทก์จะยังคงมีโอกาสในการศึกษาก้าวคือสามารถเข้าศึกษาในมหาวิทยาลัยอื่นที่จัดไว้สำหรับคนผิวสีโดยเฉพาะ แต่นโยบายดังกล่าวก็เป็นการเลือกปฏิบัติและทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน โดยศาลได้ชี้ให้เห็นปัจจัยที่แตกต่างกันระหว่างมหาวิทยาลัยสำหรับคนผิวขาวและผิวสี เช่น

- มหาวิทยาลัยเท็กซัส มีอาจารย์ประจำ 16 คน ในขณะที่มหาวิทยาลัยสำหรับคนผิวสีมีอาจารย์ประจำเพียง 5 คน

- มหาวิทยาลัยเท็กซัส มีนักศึกษา 850 คน และมีจำนวนหนังสือในห้องสมุด 650,000 เล่ม ในขณะที่มหาวิทยาลัยสำหรับคนผิวสีมีนักศึกษา 23 คนและมีหนังสือในห้องสมุดเพียง 16,500 เล่ม

- มหาวิทยาลัยเท็กซัส มีโครงการสนับสนุนการศึกษา เช่น ศาลจำลอง (Moot Court) รวมทั้งนักศึกษามีโอกาสเข้าร่วมในการฝึกงานภาคปฏิบัติ ในขณะที่มหาวิทยาลัยสำหรับคนผิวสีมีโครงการสนับสนุนการศึกษาดังกล่าวน้อยกว่า

นอกจากนี้ ศาลยังวางหลักว่า ยังมีปัจจัยที่จับต้องไม่ได้อื่นๆซึ่งต้องนำมาพิจารณาในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของ “ความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ” (Substantive Equality) แม้ว่าปัจจัยดังกล่าวจะไม่สามารถชี้วัดในเชิงภาวะวิสัย (Objective Measurement) แต่ก็มีส่วนสำคัญต่อสาระสำคัญในการศึกษาทางกฎหมายและการทำงานต่อไปในอนาคตของผู้สำเร็จการศึกษา ปัจจัยเหล่านั้นได้แก่ “ชื่อเสียง ประสบการณ์ สถานะ และตำแหน่งงานของศิษย์เก่า ความภาคภูมิใจ ศักดิ์ศรีของชุมชน” การแบ่งแยกสถานศึกษาเป็นการจำกัด

³⁷⁹ *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637 (1950)

³⁸⁰ *Sweatt v. Painter*, 339 U.S.629 (1950)

การเข้าถึงปัจจัยเหล่านี้ รวมทั้งเป็นการกีดกันบุคคลจากการเข้าถึงกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือต้องติดต่อสัมพันธ์ด้วยหลังจบการศึกษา นอกจากนี้ศาลยังเน้นย้ำว่า สิทธิในความเท่าเทียมกันเป็นสิทธิของปัจเจกชน (Individual Right) มิใช่สิทธิของกลุ่มคน (Group Right) ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่ว่า มีนักศึกษาผิวสีจำนวนมากเท่าใดที่สมัครเข้าเรียนจึงไม่ใช่สาระสำคัญที่ศาลจะต้องพิจารณา

จะเห็นได้ว่า ในกรณีการจัดให้บริการภาครัฐในลักษณะแบ่งแยกกลุ่มผู้รับบริการ ด้วยความแตกต่างในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ฝ่ายผู้เลือกปฏิบัติมักจะมีการอ้างหลักการแบ่งแยกแต่เท่าเทียม โดยอ้างว่าแม้มีการจัดบริการสำหรับแต่ละกลุ่มแยกจากกัน แต่บุคคลในแต่ละกลุ่มก็ยังมีโอกาสสำหรับบริการนั้นๆ กล่าวคือจะต้องไปรับบริการที่จัดไว้สำหรับกลุ่มตนโดยเฉพาะ ซึ่งศาลได้ปฏิเสธข้ออ้างและแนวคิดนี้โดยวางหลักความเท่าเทียมด้านเชื้อชาติ (Racial Equality Doctrine) และนำเอาปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Factor) มาพิจารณาด้วย กล่าวคือ แม้ว่าบุคคลนั้นหรือบุคคลกลุ่มนั้นยังสามารถเข้าถึงบริการภาครัฐได้ แต่จะต้องนำปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ดังกล่าวมาพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างบริการที่จัดไว้สำหรับคนแต่ละกลุ่มว่า ส่งผลให้เกิดการด้อยหรือเสียโอกาสต่อบุคคลบางกลุ่มหรือไม่ หลักการนี้เกิดขึ้นในบริบทของการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดการศึกษาแต่สามารถนำมาปรับใช้กับการเลือกปฏิบัติในมิติอื่นๆ ได้ด้วย

นอกจากนี้ศาลในอีกหลายคดียังได้วางหลักว่า การเลือกปฏิบัติที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ไม่สามารถแก้ไขหรือเยียวยาได้ด้วยการกำหนดหรือจัดหาทางเลือกอื่นให้บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติ เช่น ในกรณีโรงเรียนที่แบ่งแยกกลุ่มผู้เรียนตามสีผิวนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่สามารถแก้ไขโดยการจัดให้บุคคลไปเรียนในโรงเรียนแห่งอื่น การแก้ปัญหาดังกล่าวเป็นเพียงการบรรเทา (Mitigate) ความไม่เท่าเทียม แต่ยังคงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญอยู่นั่นเอง³⁸¹

จากกรณีศึกษาที่นำมาวิเคราะห์ชี้ให้เห็นว่า ความเท่าเทียมกัน มิได้มีความหมายเฉพาะ การปฏิบัติที่เหมือนกัน ตามกรอบของ ความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (Formal Equality) เท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาลึกลงไปโดยนำ “ปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Factor) มาประกอบการพิจารณาด้วย เพื่อมุ่งสู่ผล (Effect) ที่เท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นความหมายของความเท่าเทียมกันเชิงสาระ (Substantive Equality) นั้นเอง

4.12.3 การแบ่งแยกบริการการศึกษาด้วยสาเหตุด้านเพศ

³⁸¹ Karen J Maschke, *Gender and American Law : The Impact of the Law on the Lives of Women* (New York: Garland Publishing, Inc., 1997), pp. 76-77.

กฎหมายหรือนโยบายเกี่ยวกับการให้บริการด้านการศึกษาที่มีลักษณะแบ่งแยกนักเรียนด้วยมูลเหตุทางเพศ ปรากฏในกรณีของการจัดการศึกษาในลักษณะโรงเรียนที่รับเฉพาะนักเรียนเพศใดเพศหนึ่ง (Gender Segregated School) จึงมีประเด็นว่า การจำแนกความแตกต่างเช่นนี้เป็นทางเลือกปฏิบัติหรือไม่

ในสหรัฐอเมริกาหลายกรณีที่รัฐบาลท้องถิ่นมีกฎหมายหรือนโยบายในการจัดการศึกษาภาครัฐ โดยแบ่งแยกโรงเรียนตามเพศ ซึ่งอาจมีส่วนเกี่ยวข้องกับมูลเหตุด้านเชื้อชาติ สีผิวด้วย โดยเฉพาะการตั้งโรงเรียนชายล้วนสำหรับเด็กนักเรียนผิวสี

ในระยะแรกศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่านโยบายในลักษณะดังกล่าวสามารถทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น คดี *Vorchheimer v. School District of Philadelphia*³⁸² ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากนักเรียนหญิงประสงค์เข้าเรียนในโรงเรียนชายล้วน (All men high school) และถูกปฏิเสธจึงอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ถึงแม้โรงเรียนในลักษณะที่นักเรียนหญิงผู้ประสงค์จะเข้าเรียนนั้นจะมีสองแห่ง กล่าวคือแห่งหนึ่งสำหรับชายล้วนและอีกแห่งสำหรับหญิงล้วนก็ตาม นักเรียนหญิงผู้นี้ก็อ้างว่าชื่อเสียงของโรงเรียนชายล้วนแห่งนั้นดีกว่า ศาลชั้นต้นมีคำสั่งให้รับนักเรียนหญิงเข้าเรียนโรงเรียนชายล้วนนั้น โดยให้เหตุผลว่าการกีดกันด้วยมูลเหตุแห่งเพศในกรณีนี้ไม่มีเหตุผลเกี่ยวกับผลประโยชน์อันชอบธรรมของรัฐ ศาลวางหลักว่าการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น อาจทำได้ต่อเมื่อแสดงให้เห็นถึง “ความสัมพันธ์อย่างมีนัยสำคัญและชอบธรรมระหว่างเป้าหมายและวิธีการ (Fair and Substantial Relationship between Means and Ends) สำหรับในกรณีนี้ ศาลเห็นว่า ยังไม่มีความสัมพันธ์ดังกล่าวระหว่างวิธีการ (การแบ่งแยกโรงเรียนชายและหญิงล้วน) กับ เป้าหมายอันเกี่ยวเนื่องกับผลประโยชน์ที่ชอบธรรมของรัฐ

อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่า นโยบายการศึกษาที่จำแนกนักเรียนตามเพศนั้นมีเหตุผลชอบด้วยกฎหมาย (*Legitimate Educational Policy*) และเป็นไปในฐานะวิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมของรัฐซึ่งในที่นี้คือการส่งเสริมให้นักเรียนได้เรียนรู้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากในขณะนั้นมีทฤษฎีทางการศึกษาว่าวัยรุ่นจะเรียนได้อย่างมีประสิทธิภาพเมื่อจัดการเรียนแบบแยกเพศ ดังนั้น การแบ่งแยกโรงเรียนดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ³⁸³

³⁸² *Vorchheimer v. School District of Philadelphia* 430 U.S. 703 (1977)

³⁸³ Karen J Maschke, *Gender and American Law : The Impact of the Law on the Lives of Women* (New York: Garland Publishing, Inc., 1997), pp. 261-263.

ต่อมาในคดี Mississippi University for Women v. Hogan³⁸⁴ ชายผู้ซึ่งสมัครเข้าเรียนในคณะพยาบาลศาสตร์ของมหาวิทยาลัยถูกปฏิเสธด้วยเหตุแห่งเพศ กรณีนี้ ศาลอธิบายว่า นโยบายของรัฐในการจำแนกความแตกต่างระหว่างบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ (Gender Based Classification) อาจชอบด้วยกฎหมายหากมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลระหว่างเป้าหมายที่ต้องการบรรลุกับวิธีการเพื่อนำไปสู่เป้าหมายนั้น อย่างไรก็ตามคดีนี้ศาลเห็นว่านโยบายของมหาวิทยาลัยรัฐซึ่งจำแนกความแตกต่างของเพศในการรับเข้าศึกษานั้นอยู่บนข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับบทบาทของหญิงและชายที่สะท้อนแนวคิดทางประเพณีซึ่งไม่ถูกต้อง รัฐไม่อาจแสดงให้เห็นว่าการจัดการศึกษาให้โอกาสเฉพาะเพศหญิงในการเข้าสู่อาชีพพยาบาลนั้นอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและเป้าหมายที่รัฐมุ่งประสงค์อย่างไร

ในคดี Force v. Pierce City R-VI School District³⁸⁵ นักเรียนหญิงผู้ประสงค์จะเข้ารับการคัดเลือกเพื่อเป็นนักฟุตบอลของโรงเรียนถูกปฏิเสธ เนื่องจากโรงเรียนให้สิทธิเฉพาะนักเรียนชาย ศาลเห็นว่าเหตุผลของโรงเรียนที่อ้างถึงการปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าวด้วยเหตุด้านความปลอดภัยนั้นยังไม่ใช้เหตุผลที่เพียงพอ เพราะในกรณีของนักเรียนชายนั้น สามารถมีสิทธิเข้ารับการคัดเลือกไม่ว่าจะมีความแตกต่างทางร่างกายเช่นใด ดังนั้นการปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้จึงขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ

สำหรับคดี Garrett v. Board of Educ. of School D. of Detroit³⁸⁶ คดีนี้ศาลชั้นต้นสหรัฐ (Federal District Court) มีคำสั่งว่านโยบายของคณะกรรมการการศึกษาเขตการศึกษาในเมือง Detroit ที่จะรับเฉพาะนักเรียนชายเชื้อสายแอฟริกัน (All Black Male School) นั้นมีชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 9 ครั้งที่ 14 และกฎหมายโอกาสการศึกษาที่เท่าเทียมกัน (The Equal Educational Opportunities Act) โดยคดีนี้องค์กรด้านสิทธิหลายองค์กร ร่วมกันสนับสนุนโจทก์ในการฟ้องคดี³⁸⁷ ในคดีนี้มีประเด็นสำคัญก็คือ นโยบายของโรงเรียนในการแบ่งแยกกลุ่มคนนั้น เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติทั้งเชื้อชาติ (แอฟริกัน อเมริกัน) และ เพศ อย่างไรก็ตาม โจทก์เลือกที่จะฟ้องเฉพาะการเลือกปฏิบัติด้านเพศ โดยไม่ยกประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติแม้ว่าเหตุดังกล่าวอาจเป็นมูลเหตุจูงใจของนโยบายนี้ก็ตาม ต่อมาโรงเรียนในเมืองต่างๆมีแนวโน้มจัดการศึกษาโดยเปลี่ยนแปลงจากโรงเรียนเฉพาะเพศ (Gender Segregated School) มาเป็นโรงเรียนในลักษณะผสมผสานโดยไม่จำแนกเพศ (Immersion School) บางโรงเรียนซึ่งจัดตั้งขึ้นมาด้วยการเป็นโรงเรียนชายล้วนได้เปลี่ยนแปลงเป็นรับนักเรียนไม่จำกัดเพศ³⁸⁸

³⁸⁴ Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 718, 725 (1982)

³⁸⁵ Force v. Pierce City R-VI School District, 570 F. Supp. 1020 (W.D.Mo, 1983)

³⁸⁶ Garrett v. Board of Educ. of School D. of Detroit, 775 F.Supp. 1004 (E.D. Mich. 1991)

³⁸⁷ เช่น The American Civil Liberties Union of Michigan , National Organization of Women Legal Defense

³⁸⁸ Richard Delgado and Jean Stefancic, **Critical Race Theory: The cutting edge** (U.S.: Temple University, 2000), pp. 420-421.

4.12.4 หลัก “ความสัมพันธ์อย่างมีนัยสำคัญและขอบธรรมระหว่างเป้าหมายและวิธีการ (Fair and substantial relationship between means and ends)”

จากสองคดีข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลใช้หลักความสัมพันธ์ระหว่างเป้าหมายกับวิธีการ ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนโยบายรัฐเกี่ยวกับการแบ่งแยกการให้บริการแก่ประชาชนด้วยเหตุแห่งเพศ กล่าวคือ นโยบายที่จำแนกบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศอาจไม่ขัดต่อกฎหมาย หากกรณีนั้นรัฐสามารถแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างมีนัยสำคัญและขอบธรรมระหว่างเป้าหมายและวิธีการ ดังนั้น หากรัฐจัดให้มีโรงเรียนเฉพาะสำหรับเด็กชาย โดยไม่ให้นักเรียนหญิงเข้าเรียน ก็จะต้องแสดงว่าการจำแนกเช่นนี้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ใด และการจำแนกนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ในฐานะวิธีการอันจะนำไปสู่วัตถุประสงค์นั้น สำหรับคดี *Vorchheimer v. School District of Philadelphia* ศาลเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ แต่คดี *Mississippi University for Women v. Hogan* ไม้มีความชัดเจนว่าการให้โอกาสเฉพาะหญิงในการเรียนวิชาชีวะพยาบาลจะตอบสนองวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมของรัฐอย่างไร นอกจากนี้มีนักวิชาการเห็นว่าศาลในคดีนี้ได้นำปัจจัยที่จับต้องไม่ได้ (Intangible factor) มาประกอบการพิจารณาด้วย กล่าวคือ การให้โอกาสเฉพาะนักเรียนหญิงนั้นสะท้อนแนวคิด ประเพณีดั้งเดิมเกี่ยวกับบทบาทและหน้าที่ของผู้หญิงด้วย³⁸⁹ นอกจากนี้ แม้รัฐจะอ้างเหตุผลด้านความแตกต่างทางกายภาพระหว่างชายกับหญิงที่เกี่ยวกับการเล่นกีฬาเช่นในคดี *Force v. Pierce City R-VI School District* แต่เหตุผลดังกล่าวก็ยังไม่เพียงพอที่จะเชื่อมโยงไปถึงวัตถุประสงค์อันชอบธรรมของรัฐ สำหรับคดี *Garrett v. Board of Educ. of School D. of Detroit* ศาลก็พิจารณาโดยหลักการนี้เช่นกัน จะเห็นได้ว่ารัฐไม่อาจแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและเป้าหมายของการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยมูลเหตุแห่งเพศ

4.12.5 การเลือกปฏิบัติในการให้บริการการศึกษาด้วยเหตุเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด

นโยบายของรัฐในการแบ่งแยกการให้การศึกษาตามเชื้อชาติ สีผิว (Segregation) ได้ถูกศาลในหลายคดีตัดสินว่าเป็นการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นรัฐบาลท้องถิ่นหลายแห่งได้ปรับเปลี่ยนนโยบายการรับเข้าศึกษาไปในทิศทางของการรับบุคคลโดยไม่จำแนกเชื้อชาติ สีผิว (Integration)

³⁸⁹ Karen J Maschke, *Gender and American Law : The Impact of the Law on the Lives of Women* (New York: Garland Publishing, Inc., 1997), p. 265.

อย่างไรก็ตาม ยังเกิดกรณีที่ว่าสถานศึกษาบางแห่งกำหนดนโยบายการรับเข้าศึกษาโดยสำรองที่นั่งจำนวนหนึ่งให้กับบุคคลบางเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด จึงมีประเด็นว่า นโยบายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาโดยทั่วไปแล้วจะเห็นว่า นโยบายดังกล่าวส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่ได้รับสิทธิหรือโควตานั่น กับ บุคคลที่ไม่อยู่ในกลุ่มเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด ที่มีสิทธิดังกล่าว แต่หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของนโยบายนี้จะพบว่า มิได้เป็นไปเพื่อกีดกันหรือเลือกปฏิบัติ แต่เป็นไปเพื่อช่วยกลุ่มผู้ที่มีความเสี่ยงหรือเคยถูกเลือกปฏิบัติให้ได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกันมากขึ้น ฝ่ายที่กำหนดนโยบายดังกล่าวจึงโต้แย้งว่าเป็นการปฏิบัติที่ชอบธรรมและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

คดีสำคัญที่เกี่ยวกับการปฏิบัติที่แตกต่างกันในการรับบุคคลเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาของรัฐ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกล่าวคือกรณีเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด แต่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้เกิดความเท่าเทียมกันดังกล่าวนี้ จะเห็นได้จากคดีสำคัญคือ *Regents of University of California v. Bakke*³⁹⁰ ซึ่งเป็นกรณีที่ โจทก์เป็นวิศวกรและอดีตทหารถูกปฏิเสธการรับเข้าศึกษาในคณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัย *University of California, Davis* เนื่องจากมหาวิทยาลัยมีนโยบายรับนักศึกษาด้วยโควตาที่กำหนดขึ้นจากมูลเหตุเชื้อชาติ (Racial Quota) กล่าวคือจำกัดที่นั่งจำนวน 16 ที่นั่งจาก 100 ที่นั่งให้บุคคลบางเชื้อชาติ สีผิว ศาลสูงสุดของ *California* ตัดสินว่านโยบายดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของชนผิวขาว และขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาตัดสินด้วยเสียงข้างมากกว่ากรณีนี้แม้ว่าเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างความหลากหลายของเชื้อชาติให้เกิดขึ้นในชั้นเรียนด้วยการให้โควตาช่วยเหลือกลุ่มเชื้อชาติบางกลุ่ม แต่มีลักษณะกว้างเกินไปและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตาม ในปี 2003 ศาลในคดี *Grutter v. Bollinger*³⁹¹ ได้ตัดสินว่าเกณฑ์การรับนักศึกษาโดยอาศัยปัจจัยด้านเชื้อชาติ สีผิว นั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีนักศึกษาผิวขาวผู้มีผลการเรียน 3.8 ถูกปฏิเสธการรับเข้าศึกษาต่อในมหาวิทยาลัยเนื่องจากนโยบายใช้ปัจจัยด้านเชื้อชาติเป็นปัจจัยหนึ่งสำหรับการพิจารณารับนักศึกษา นักศึกษาผู้นี้จึงฟ้องว่าการใช้ปัจจัยดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ศาลสูงสุดสหรัฐเห็นว่า เกณฑ์การคัดเลือกของมหาวิทยาลัย *Michigan* มีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สำคัญที่รัฐพึงปกป้อง (Compelling state interest) กล่าวคือวัตถุประสงค์ในการสร้างชั้นเรียนที่ประกอบด้วยความหลากหลายของนักศึกษา ศาลตัดสินว่ากระบวนการรับนักศึกษาที่มีเกณฑ์ด้านเชื้อชาตินั้นอาจถือว่าการปฏิบัติในลักษณะพิเศษแก่ชนกลุ่มน้อยที่ด้อยโอกาส (Underrepresented minority group) แต่มีการนำปัจจัยอื่นๆ เข้ามาประกอบการพิจารณาสำหรับผู้สมัครแต่ละรายด้วย ซึ่งแตกต่างกับระบบโควตาซึ่งศาลเคยตัดสินว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ

4.12.6 ความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติในมิติการศึกษาตามกฎหมายไทย

³⁹⁰ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)

³⁹¹ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)

จากการศึกษากฎหมายสหรัฐอเมริกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าหลักความเท่าเทียมกัน (Equal Protection Clause) ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองหลักความเท่าเทียมกันและในนิติการศึกษานั้นก็มีการรับรองความเสมอภาคในการศึกษาเป็นการเฉพาะ³⁹² นอกจากนี้ยังพบว่า ปัจจุบันไทยมีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับที่วางหลักรับรองความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติเช่น พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ³⁹³ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก³⁹⁴ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ เป็นต้น ในประเด็นความเสมอภาคและความเท่าเทียมทางการศึกษานั้น ผลการวิจัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติชี้ให้เห็นว่า โดยภาพรวมระดับประถมศึกษาและมัธยมศึกษาตอนปลายสามารถจัดได้เพียงพอ ส่วนระดับมัธยมศึกษาตอนต้นยังขาดเพียงเล็กน้อย แต่เมื่อพิจารณาในแต่ละเขตพื้นที่ปรากฏว่าระดับประถมศึกษาและระดับมัธยมศึกษาตอนปลายไม่สามารถรับได้ตามความต้องการของผู้เรียน สำหรับประเด็นการจัดการศึกษาโดยไม่เก็บค่าใช้จ่ามนั้น ผลการวิจัยนี้ชี้ให้เห็นว่าผู้บริหารสถานศึกษาร้อยละ 78.9 เห็นว่าค่าใช้จ่ามนั้นรัฐให้การสนับสนุนไม่เพียงพอ ผู้ปกครองต้องเสียค่าใช้จ่ามนำไปให้กับสถานศึกษาถึงร้อยละ 73.4³⁹⁵

สำหรับประเด็นความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันในกรณีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการ เช่น เชื้อชาติ สัญชาติ นั้น พบว่า ในปี พ.ศ. 2548 คณะรัฐมนตรีมีมติวันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2548 เรื่องการขยายโอกาสทางการศึกษาแก่บุคคลที่ไม่มีหลักฐานทางทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทย โดยเห็นชอบแนวปฏิบัติการจัดการศึกษาแก่บุคคลที่ไม่มีหลักฐานทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทย โดยเห็นชอบแนวปฏิบัติที่เสนอโดยกระทรวงศึกษาธิการ ได้แก่³⁹⁶

³⁹² เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 49 ซึ่งวางหลักว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ โดยไม่เก็บค่าใช้จ่ามน”

³⁹³ มาตรา 10 วางหลักว่า การจัดการศึกษา ต้องจัดให้บุคคลมีสิทธิและโอกาสเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่ามน

³⁹⁴ กฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 ข้อ 2. อธิบายว่า “การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดโดยไม่เท่าเทียมกัน เพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก”

³⁹⁵ คณะอนุกรรมการการศึกษาและการพัฒนา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, รายงานการวิจัย การได้รับสิทธิในบริการการศึกษาขั้นพื้นฐานจากรัฐ : ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 43 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทรวบรวบการพิมพ์ จำกัด, 2549).

³⁹⁶ สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการ, คู่มือและแนวปฏิบัติสำหรับการจัดการศึกษาแก่บุคคลที่ไม่มีหลักฐานทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทย (2555), Retrieved from <http://rnedu.go.th/wp-content/uploads/2015/10/kumoue-no-sunchat.pdf>

- ขยายโอกาสทางการศึกษาแก่บุคคลที่ไม่มีหลักฐานทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทยซึ่งเดิมเคยจำกัดไว้ให้บางกลุ่ม บางระดับการศึกษา เป็นเปิดกว้างให้ทุกคนที่อาศัยในประเทศไทยสามารถเข้าเรียนได้โดยไม่จำกัดระดับ ประเภท หรือพื้นที่การศึกษา

- จัดสรรงบประมาณอุดหนุนเป็นค่าใช้จ่ายรายหัว ให้แก่สถานศึกษาที่จัดการศึกษาแก่กลุ่มบุคคลที่ไม่มีหลักฐานทางทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทย ตั้งแต่ระดับก่อนประถมศึกษาถึงระดับมัธยมศึกษาตอนปลายในอัตราเดียวกับค่าใช้จ่ายรายหัวที่จัดสรรให้เด็กไทย

- ให้กระทรวงมหาดไทยจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่ไม่มีหลักฐานหรือไม่มีสัญชาติไทย เพื่อประโยชน์ต่อการจำแนกสถานะ และการอนุญาตและอำนวยความสะดวกให้แก่เด็กและเยาวชนที่มีข้อกำหนดเฉพาะและระเบียบปฏิบัติหรือกฎหมายควบคุมเฉพาะให้จำกัดพื้นที่อยู่อาศัยสามารถเดินทางไปศึกษาได้เป็นระยะเวลาตามหลักสูตรระดับนั้นๆ โดยไม่ต้องขออนุญาตเป็นครั้งคราว ยกเว้นผู้หนีภัยจากการสู้รบและบุคคลในความห่วงใย (Prisoner of conscience)

- ให้กระทรวงศึกษาธิการจัดการศึกษาในรูปแบบที่เหมาะสมแก่เด็กและเยาวชนที่หนีภัยจากการสู้รบ เพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตและการอยู่ร่วมกันอย่างสมานฉันท์

จากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า บุคคลที่ไม่มีหลักฐานทางทะเบียนราษฎรหรือไม่มีสัญชาติไทยทุกกลุ่มที่อาศัยในประเทศไทย รวมทั้งผู้ลี้ภัย เด็กกลุ่มชาติพันธุ์ บุตรของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐาน มีโอกาสได้รับการศึกษาของไทยและมีสิทธิเข้าเรียนฟรี 15 ปี รวมทั้งยังมีองค์กรเอกชนระหว่างประเทศที่จัดการศึกษาตั้งแต่ประถมศึกษาปีที่ 1 ถึงมัธยมศึกษาปีที่ 4 ในพื้นที่พักพิง 9 แห่งอีกด้วย³⁹⁷ อย่างไรก็ตามยังมีนักวิชาการด้านการศึกษาชี้ให้เห็นถึงปัญหาความเข้าใจมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวในกรณีเด็กพิการที่มีความบกพร่องในการได้ยิน ยังมิได้รับสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเต็มที่ การนำบทบัญญัติกฎหมายไปบังคับใช้ยังไม่เป็นรูปธรรม เนื่องจากกฎหมายบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ เพื่อใช้สำหรับคนพิการทุกประเภททั้งที่เด็กพิการแต่ละประเภทมีความแตกต่างกันในการจัดการศึกษา³⁹⁸ แม้ว่าความเสมอภาคในมิติการศึกษาจะยังมีปัญหาในทางปฏิบัติโดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว แต่โดยหลักการแล้ว หากพิจารณาในแง่เนื้อหาสาระของหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องอาจกล่าวได้ว่า นโยบายและกฎหมายที่เกี่ยวข้องของไทยมีหลักการครอบคลุมเพื่อส่งเสริมความเสมอภาคทางการศึกษาแล้ว

สำหรับประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติการศึกษาของไทยที่มีลักษณะการแบ่งแยกบุคคลตามกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นั้น พบว่า มีการกำหนด*เกณฑ์การรับนักเรียนโดยอาศัยเหตุด้านถิ่นที่อยู่* ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า “..การกำหนดหลักเกณฑ์การรับนักเรียนสังกัด

³⁹⁷ จตุรงค์ บุญยรัตนสุนทร, รายงานฉบับสมบูรณ์ นโยบายการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนชายแดนไทย-พม่า : กรณีผู้พลพจากภัยสงคราม (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2555).

³⁹⁸ ชนิตา รักขพลเมือง, สิทธิและเสรีภาพทางการศึกษา : พื้นฐานการศึกษาทางสังคมและกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557), หน้า 89.

สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานที่กำหนดให้รับนักเรียนในเขตพื้นที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและไม่กระทบต่อสิทธิของเด็กที่เข้าศึกษา ซึ่งการกำหนดรับนักเรียนโดยอาศัยเกณฑ์ทะเบียนราษฎรเป็นหลักนั้นเป็นการรับรองสิทธิ ไม่เป็นการจำกัดสิทธิจึงไม่มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด ...” (รายงานผลการพิจารณาที่ 927-928/2558) กรณีนี้อาจจัดว่าเป็นการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ “ถิ่นที่อยู่” ทั้งนี้หากเปรียบเทียบกับ นโยบายการจัดสรรสิทธิเข้าเรียนตามพื้นที่พักอาศัย (Neighborhood Policy) ในสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วนโยบายนี้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่ศาลนำไปปัจจัยต่างๆ มาประกอบการพิจารณา เช่น “ผลที่ทำให้เกิดการแบ่งแยกนักเรียนด้วยเหตุเชื้อชาติ ศาสนา” “เจตนาในการแบ่งแยก (Segregative Intent)” ซึ่งอาจจำแนกวิเคราะห์ได้สองกรณีคือ

กรณีแรก หากมาตรการหรือนโยบายดังกล่าว ส่งผลให้เกิดการแบ่งแยก หรือแสดงว่ามีเจตนาแบ่งแยก ก็จะเป็นการขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ โดยนัยนี้จะเห็นได้ว่าศาลพิจารณาคความเท่าเทียมกันในเชิงสาระ (Substantive Equality) และในการพิจารณาถึง “ผล” (Effect) นั้นก็สอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

กรณีที่สอง หากมาตรการหรือนโยบายดังกล่าวไม่มีเจตนาหรือผลในการแบ่งแยก แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดความไม่ความสมดุลระหว่างเชื้อชาติ สีผิว (Racial Imbalance) ก็ไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน โดยนัยนี้จะเห็นได้ว่า มาตรการหรือนโยบายดังกล่าวมีลักษณะเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (Affirmative Actoin) นั่นเอง

นอกจากเหตุในด้าน “ถิ่นที่อยู่” ดังกล่าวแล้ว สำหรับประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติการศึกษาด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ โดยเฉพาะ เชื้อชาติ สัญชาติ นั้นพบว่า กฎหมายไทยที่เป็นอยู่ได้วางหลักเกณฑ์การคุ้มครองความเสมอภาคไว้ครอบคลุมแล้ว

สำหรับกรณีการแบ่งแยกบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ ในมิติการศึกษานั้น เมื่อเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่า ในประเทศไทยก็มีสถานศึกษาของรัฐที่รับบุคคลเฉพาะเพศ (Gender Segregated School) อยู่เป็นจำนวนมาก ทั้งโรงเรียนชายล้วน และโรงเรียนหญิงล้วน ซึ่งยังไม่ปรากฏคำร้องหรือคดีในประเทศไทยที่ตัดสินประเด็นว่า โรงเรียนชายล้วนหรือหญิงล้วนนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันหรือไม่ หากพิจารณาจากหลักการตามกฎหมายเฉพาะที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การแบ่งแยกบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศในมิติการศึกษาโดยหลักแล้วจะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ นอกจากนี้ หากเปรียบเทียบกับกรณีในสหรัฐอเมริกาก็จะเห็นได้ว่า แม้ภาครัฐจะจัดให้มีโรงเรียนอื่นๆ นอกจากโรงเรียนเฉพาะเพศนั้น แต่เมื่อพิจารณาถึงผล (Effect) แล้วยังอาจเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาต่อไปว่าการจำแนกโรงเรียนตามเพศนั้นมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ ซึ่งกฎหมายไทยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวพิจารณาไว้อย่างชัดเจน แต่อาจนำหลักเกณฑ์และปัจจัยพิจารณาที่ศาลสหรัฐอเมริกาวางไว้มาประกอบเป็นแนวทางพิจารณาได้ กล่าวคือ ศาลสหรัฐอเมริกาพิจารณาว่าการแบ่งแยกรับนักเรียนตามเพศหรือโรงเรียนเฉพาะเพศ ภายใต้กรอบของหลัก “เหตุผลชอบ

ด้วยกฎหมาย” (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 หากพิจารณาตามกรอบกฎหมายไทยปัจจุบันประกอบกับแนวการวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกา ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า การแบ่งแยกนักเรียนตามเพศดังที่ปรากฏจากโรงเรียนของรัฐหลายแห่งของไทยนั้น โดยหลักแล้วเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศ แต่ต้องพิจารณาต่อไปว่ามีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ อย่างไร

นอกจากการเลือกปฏิบัติในมิติการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการจำแนกกลุ่มบุคคลด้วยเหตุถิ่นที่อยู่ เชื้อชาติ สัญชาติ เพศ แล้วยังอาจมีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ในมิติการศึกษา ดังจะเห็นได้จากการศึกษาคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับมิติด้านการศึกษา เช่น

- กรณีผู้ร้องอ้างว่า โรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงการจบหลักสูตรสำหรับนักเรียนที่ยังค้างค่าบำรุงการศึกษา (คำร้องที่ 229/2555) กรณีนี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างนักเรียนที่ผ่านเกณฑ์มีสิทธิจบการศึกษาเหมือนกัน แต่บางคนที่ยังค้างชำระค่าบำรุงไม่ได้รับเอกสารการจบ แต่เหตุ “ค้างชำระค่าบำรุง” ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงว่า การไม่ออกเอกสารจบหลักสูตรให้กับนักเรียนบางคนมีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ไม่ออกเอกสารให้กับนักเรียนบางเชื้อชาติ เช่นนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้

- กรณีผู้ร้องร้องว่าถูกทางโรงเรียนเรียกเก็บเงินค่าเทอม คนละ 27,000 บาท หากไม่จ่ายทางโรงเรียนให้ลาออก หรือจะคัดชื่อออกจากโรงเรียน ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าไม่เป็นไปตามกฎหมายที่มีสิทธิเรียนฟรี 12 ปี คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า กรณีนี้เป็นโรงเรียนทางเลือกที่มีการสอนตามหลักสูตรบูรณาการ **แตกต่างจากโรงเรียนที่สังกัดภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน** และมีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จึงไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชน (รายงานผล

การพิจารณาที่ 1079/2558) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมพิเศษมิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ฯลฯ นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาได้ว่า โรงเรียนดังกล่าวเรียกเก็บค่าธรรมเนียมนั้นกับนักเรียนทุกคนจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่มีประเด็นน่าพิจารณาว่าหากนำหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาพิจารณาถึงผลกระทบ (Effect) แล้วจะมีนักเรียนบางคนที่อยู่ในกลุ่มเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไม่สามารถเข้าเรียนได้หรือไม่

- กรณีการกำหนดเงื่อนไขการเข้าศึกษาและกำหนดเงื่อนไขการพ้นสภาพการเป็นนักเรียนด้วยเหตุ “ความประพฤติ” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก (รายงานผลการตรวจสอบที่ 865/2555) กรณีนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนพิจารณาตามกฎหมายเฉพาะคือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ซึ่งมีได้กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ จึงเป็นการพิจารณาในกรอบที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

- กรณีผู้ร้องอ้างว่าถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าร่วมสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์เนื่องจากขาดเอกสารประกอบการสอบ เช่น ส่งรูปถ่ายไม่ครบตามจำนวนที่กำหนดในประกาศสอบ จะเห็นได้ว่า เมื่อผู้ร้องมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขดังกล่าว การที่ผู้ร้องถูกตัดสิทธิเข้าสอบจึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คำร้องที่ 625/2553 และ 631-635/2553, รายงานผลการพิจารณาที่ 357-362/2558) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การกำหนดเงื่อนไขบางอย่างนั้นไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ ไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงซึ่งแสดงถึงความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับเหตุด้านเชื้อชาติ สีผิว ฯลฯ และมีการใช้บังคับกับทุกคนเหมือนกันจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ จากการศึกษาคดีของศาลปกครอง พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับมิติด้านการศึกษา เช่น คดีหมายเลขแดงที่ อ 972/2556 คดีหมายเลขดำที่ อ 673/2552

- กรณีผู้ฟ้องคดีสมัครเข้าศึกษาคณะแพทยศาสตร์ไม่ผ่านการสัมภาษณ์ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนถูกเลือกปฏิบัติ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากรรมการทุกคนไม่เคยมีเหตุโกรธเคืองกับผู้ฟ้องคดีมาก่อน จึงไม่มีมูลเหตุจูงใจที่จะกีดกันกีดกันไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา สำหรับหลักเกณฑ์การประเมินผลการสอบสัมภาษณ์นั้น ปรากฏตามเอกสารการสัมภาษณ์ว่า มีการกำหนดลักษณะที่ไม่พึงประสงค์ เช่น “Overt Homosexuality” การแต่งตัว กิริยามารยาทไม่เหมาะสม การควบคุมอารมณ์ไม่เหมาะสม ความไม่รับผิดชอบ ขาดมนุษยสัมพันธ์ ขาดความใฝ่รู้ อย่างไรก็ตาม จากข้อเท็จจริงในการพิจารณา ศาลปกครองรับฟังได้ว่า การตอบคำถามตลอดจนกิริยาอาการของผู้ฟ้องคดีในการสอบสัมภาษณ์เป็นเหตุให้กรรมการมีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา อีกทั้งคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์ก็ได้พิจารณาไม่รับผู้ฟ้องคดีเพราะเหตุด้านบุคลิกภาพแต่ประการเดียว แต่ยังปรากฏความไม่เหมาะสมด้านอื่นอีกหลายประการที่เป็นเหตุผลในการไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา การพิจารณาของคณะกรรมการสอบสัมภาษณ์จึงไม่ใช่การกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กรณีนี้จะเห็นได้ว่ามีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น รสนิยมทางเพศ มาเกี่ยวข้องแต่ข้อเท็จจริงไม่สามารถชี้ชัดได้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีความเชื่อมโยงกับเหตุดังกล่าว

คดีของศาลปกครองข้างต้นอาจเปรียบเทียบกับกรณีที่ผู้ร้องร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเรื่องบุตรสาวถูกปฏิบัติเลือกปฏิบัติการศึกษาด้วยเหตุมีปานบนใบหน้า ซึ่งเหตุนี้เกี่ยวข้องกับ “สภาพทางกาย” จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่า การที่บุตรสาวของผู้ร้องไม่ผ่านการสอบคัดเลือกนั้นเป็นผลจากคะแนนสอบ ไม่เกี่ยวข้องกับปานบนใบหน้าแต่อย่างใด (รายงานผลพิจารณาที่ 194/2557)

อาจสรุปได้ว่า กฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกาต่างรับรองหลักความเสมอภาคไว้เช่นเดียวกัน สำหรับในนิติการศึกษานั้น บุคคลย่อมมีสิทธิในการศึกษาโดยปราศจากการแบ่งแยกด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ อย่างไรก็ตามศาลสหรัฐอเมริกานำปัจจัยต่างๆ มาประกอบการพิจารณานโยบายหรือมาตรการที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันหรือมีการแบ่งแยกบุคคลในนิติการศึกษาด้วย ซึ่งอาจเปรียบเทียบกับหลักความเสมอภาคเชิงสาระและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ในกรณีของไทยนั้น ประเด็นการเลือกปฏิบัติในนิติการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการจำแนกบุคคลตามเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับ “ถิ่นที่อยู่” จากกรณีศึกษาดังกล่าวข้างต้นนั้นไม่ขัดหลักความเท่าเทียมกันและไม่จัดเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากมีลักษณะเป็นมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก สำหรับการจำแนกบุคคลในนิติการศึกษาด้วยเหตุแห่งเพศนั้นพบว่า ตามกฎหมายไทยปัจจุบันมีหลักการคุ้มครองที่ครอบคลุมแล้วแต่ยังมีปัญหาการตีความในบางประเด็น เช่น โรงเรียนที่รับนักเรียนเฉพาะเพศนั้น อยู่บนพื้นฐานของเหตุผลอันสมควรหรือไม่ อย่างไรก็ตาม สำหรับประเด็นการเลือกปฏิบัติในนิติการศึกษาด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ โดยเฉพาะ เชื้อชาติ สัญชาติ นั้น กฎหมายไทยที่เป็นอยู่ได้วางหลักเกณฑ์การคุ้มครองความเสมอภาคไว้ครอบคลุมแล้ว นอกจากนี้ยังพบว่าประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ในนิติการศึกษาของไทย ซึ่งในหลายกรณีไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด

4.13 การเลือกปฏิบัติในกรณีการคุกคามทางเพศ (Sexual harassment)

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์การคุกคามทางเพศ (Sexual harassment) ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับหลักความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติ โดยเริ่มจากชี้ให้เห็นความสัมพันธ์

ระหว่างการคุกคามทางเพศกับหลักความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องต่อไป

4.13.1 การคุ้มครองผู้ถูกคุกคามทางเพศในรอบของการห้ามเลือกปฏิบัติ

การคุกคามทางเพศ มีความหมายโดยทั่วไปคือการกลั่นแกล้งรังแก หรือการบีบบังคับที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศ รวมถึงการให้สัญญาหรือสิ่งตอบแทนใดๆ เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับการปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ³⁹⁹ การคุกคามทางเพศอาจเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับการทำงานหรือเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมของสังคมทั่วไป ประเด็นแรกที่มีความสำคัญอันควรชี้ให้เห็นก่อนก็คือ ความสัมพันธ์ระหว่างการคุกคามทางเพศกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ในระดับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ พบว่า การคุกคามมีความสัมพันธ์กับ “ความรุนแรง” และ “ความรุนแรง” จัดเป็นส่วนหนึ่งของ “การเลือกปฏิบัติ” โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรุนแรงทางเพศซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การเลือกปฏิบัติต่อเพศหญิง ดังจะเห็นได้จาก *อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ* (Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW) ข้อ 1. มีหลักว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี” จะหมายถึงการแบ่งแยกการกีดกันหรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับการได้อุปโภคหรือการใช้สิทธิโดยสตรีโดยไม่เลือกสภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจสังคมวัฒนธรรมพลเมืองหรือด้านอื่นๆ”

ในการตีความอนุสัญญานี้ ปรากฏว่าข้อเสนอแนะทั่วไปที่ 19 ของคณะกรรมการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (CEDAW General Recommendation No.19) ให้ความเห็นต่อมาตรา 1 ของอนุสัญญา CEDAW ที่นิยามการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ว่า “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี รวมถึงความรุนแรงบนพื้นฐานของเพศสภาพ ได้แก่ ความรุนแรงที่กระทำ ต่อสตรีเพราะเธอเป็นผู้หญิง หรือมีผลกระทบต่อสตรีอย่างรุนแรงเป็นพิเศษ ซึ่งรวมถึงการทำร้ายหรือทำให้เจ็บปวดในทางร่างกาย จิตใจหรือทางเพศ การข่มขู่ว่าจะทำร้าย

³⁹⁹ Michele Antoinette Paludi and Richard Barickman. *Academic and Workplace Sexual Harassment* (SUNY Press, 1991), pp. 2–5.

การบังคับ และการลิดรอนเสรีภาพอื่น ๆ ความรุนแรงบนพื้นฐานของเพศสภาพอาจเป็นการละเมิด บทบัญญัติเฉพาะต่าง ๆ ของอนุสัญญา ไม่ว่าบทบัญญัตินั้น ๆ จะกล่าวถึงความรุนแรงไว้อย่างชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม” ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความหมายของการเลือกปฏิบัติรวมถึง “ความรุนแรงบนพื้นฐานของเพศสภาพ (Gender-based violence)”⁴⁰⁰

นอกจากข้อเสนอแนะทั่วไปเกี่ยวกับนิยามของการเลือกปฏิบัติต่อสตรีแล้ว ในส่วนของหลักความเท่าเทียมกันในการทำงาน (Equality in Employment) ตามอนุสัญญาข้อ 11 นั้น ข้อเสนอแนะทั่วไปดังกล่าวยังได้กล่าวถึงการคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะว่า “ความเท่าเทียมกันในการทำงานอาจถูกล่วงละเมิดอย่างร้ายแรงเมื่อสตรีต้องตกอยู่ภายใต้ความรุนแรงบนพื้นฐานของเพศสภาพ เช่น การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน (Sexual Harassment in the Workplace)”

ข้อเสนอแนะทั่วไปดังกล่าว ยังได้อธิบายความหมายของการคุกคามทางเพศไว้ด้วยว่า

“หมายความรวมถึงพฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ เช่น การติดต่อทางกายภาพ การสื่อสารเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ การแสดงสื่อลามก และการเรียกร้องทางเพศ ไม่ว่าโดยวาจาหรือการกระทำ การกระทำเช่นนั้นทำให้เกิดการดูหมิ่นเหยียดหยามและอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพและความปลอดภัย การกระทำดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติเมื่อสตรีมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการปฏิเสธหรือคัดค้านต่อการกระทำเหล่านั้นจะส่งผลให้เกิดการเสียเปรียบที่เกี่ยวกับการทำงาน รวมทั้งการสรรหาพนักงาน และความก้าวหน้าในการทำงาน หรือเป็นกรณีการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดบรรยากาศสภาพแวดล้อมการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม (Hostile Working Environment)”⁴⁰¹

⁴⁰⁰ 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”

⁴⁰¹ 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”

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1993 สหประชาชาติได้ให้การรับรอง ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรี (Declaration on the Elimination of Violence against Women) เพื่อการส่งเสริมความร่วมมือระดับภูมิภาคในการขจัดความรุนแรงในทุกรูปแบบต่อสตรีในปฏิญญานี้ “ความรุนแรงต่อสตรี”⁴⁰² หมายรวมถึง

“- ความรุนแรงทางกายภาพ ทางเพศ และทางจิตใจ ที่เกิดขึ้นในครอบครัวรวมทั้งการทุบตี การล่วงละเมิดต่อเด็กหญิงในครอบครัว.... ความรุนแรงที่ไม่ได้เกิดจากคู่สมรส และความรุนแรงที่เกี่ยวข้องกับการหาประโยชน์จากสตรี

- ความรุนแรงทางกายภาพ ทางเพศ และทางจิตใจ ที่เกิดขึ้นในชุมชนทั่วไป รวมถึง การข่มขืน การทารุณกรรมทางเพศ การคุกคามทางเพศการรบกวนทางเพศในสถานที่ทำงาน (Sexual Harassment and Intimidation at Work) ในสถาบันการศึกษาและสถานที่ต่าง ๆ....”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในบริบทของสิทธิมนุษยชนนั้น การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) นอกจากนี้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อเพศหญิง ยังจัดอยู่ในความหมายของ “การกระทำรุนแรงทางเพศ” (Sexual Violence Against Women) ซึ่งตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จัดเป็นส่วนหนึ่งของ “การเลือกปฏิบัติ” ด้วยเหตุแห่งเพศ อันทำให้ผู้ถูกปฏิบัติได้รับความพึงพอใจน้อยกว่าบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การคุกคามทางเพศในมิติที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน ดังจะได้จำแนกอธิบายในหัวข้อต่อไป

4.13.2 การคุกคามทางเพศกับการเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงาน

⁴⁰² 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.

การคุกคามทางเพศซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศนั้นอาจจำแนกเป็นสองมิติ คือ การคุกคามทางเพศในสภาพแวดล้อมการทำงาน และ การคุกคามทางเพศในสภาพแวดล้อมทั่วไปของสังคม

ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา⁴⁰³ พบว่า คณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) จำแนกการคุกคามทางเพศออกเป็นสองกรณีคือ

- การคุกคามทางเพศในเชิงแลกเปลี่ยน (Quid pro quo) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อผลประโยชน์ใดๆ เกี่ยวกับการจ้างงานถูกนำมาผูกโยงกับการเรียกร้องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศ

- การสร้างบรรยากาศสภาพแวดล้อมการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม (Hostile Working environment) สภาพแวดล้อมนี้เกิดขึ้นเมื่อลูกจ้างจำเป็นต้องอยู่ภายใต้คำกล่าว กิริยาท่าทาง การปฏิบัติที่มีลักษณะทางเพศโดยไม่พึงประสงค์ รวมทั้งการกระทำทางกายภาพ

สำหรับรายละเอียดของสองกรณีนี้จะได้ชี้ให้เห็นในหัวข้อต่อไป ในขั้นนี้จะเห็นได้ว่า การจำแนกลักษณะของการคุกคามที่เกี่ยวกับมิติการทำงานดังกล่าวนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับความหมายของข้อเสนอแนะทั่วไปที่ 19 ของคณะกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (CEDAW General Recommendation No.19) ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งเน้นย้ำความสำคัญของการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานอันถือเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ

ด้วยเหตุนี้ ในมิติของการทำงานนั้น การคุกคามทางเพศ เป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนถึงการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รวมทั้งเป็นการกระทบถึงความเท่าเทียมกัน (Equality) ศักดิ์ศรีของมนุษย์⁴⁰⁴ การคุกคามทางเพศส่งผลต่อสภาพจิตใจและความรู้สึกของลูกจ้าง เช่น ความรู้สึก โกรธ ขุ่นเคืองใจ หวาดกลัว ความเครียด ความกังวล กัดดัน อันนำไปสู่ผลกระทบต่อขวัญและกำลังใจตลอดจนประสิทธิภาพในการทำงาน อาจส่งผลให้เกิดการลาป่วยและการขาดงาน ลูกจ้างที่เป็นหญิงซึ่งถูกคุกคามอาจเลือกวิธีการลาออกจากงานไปแทนที่จะต่อสู้เพื่อรักษาสิทธิของตนที่ถูกล่วงละเมิดจากการคุกคาม นอกจากนี้ ดังที่กล่าวมาแล้วในกรณีกฎหมายสหรัฐอเมริกาว่า คุกคามทางเพศในสภาพแวดล้อมการทำงานอาจจำแนกได้ 2 ประเภท จะเห็นได้ว่า การคุกคามในลักษณะของการบังคับทางเพศ (Sexual Coercion) ซึ่งเป็นการที่นายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาเสนอผลตอบแทนเกี่ยวกับการทำงานอันเป็นประโยชน์และความอยู่รอดทางเศรษฐกิจเพื่อแลกกับการปฏิบัติทางเพศเป็นพิเศษ (exchange sexual favours for economic survival) ทำให้ส่งผลเป็นการลดคุณค่าในความเป็นมนุษย์ของลูกจ้างผู้นั้น โดยอาจมองว่าเป็นบุคคลอีกคนหนึ่งหนึ่งของสังคมการทำงาน จากมุมมองนี้ทำให้สามารถพิจารณาการคุกคามทางเพศในที่ทำงานว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ดังจะเห็นได้จากข้อเสนอแนะทั่วไปที่ 19 ของคณะกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

⁴⁰³ U.S. Equal Employment Opportunity Commission, "Sexual Harassment".

https://www.eeoc.gov/laws/types/sexual_harassment.cfm

⁴⁰⁴ International Labour Organization, India must have zero tolerance for workplace sexual harassment; http://www.ilo.org/asia/info/public/WCMS_220527/lang--en/index.htm

(CEDAW General Recommendation No.19) ที่ได้กล่าวข้างต้น ตามกฎหมายไทยนั้น การคุ้มครองผู้ถูกคุกคามทางเพศในมิติการจ้างงานตามกรอบหลักการไม่เลือกปฏิบัติในกฎหมายสิทธิมนุษยชนดังที่กล่าวมา ปรากฏให้เห็นในกฎหมายคุ้มครองแรงงานดังจะได้วิเคราะห์ต่อไป

4.13.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

4.13.3.1 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสิทธิพลเมืองสหรัฐอเมริกา (The Civil Rights Act) ในส่วนของ บทที่ 8 (Title VIII) ได้วางหลักห้ามการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานอันถือเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful employment practices) ในส่วนของการปฏิบัติของนายจ้างมีหลักว่า⁴⁰⁵

การปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานที่มีชอบด้วยกฎหมายได้แก่

- การปฏิเสธการจ้างหรือการเลิกจ้างบุคคลใดหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดในกรณีของค่าชดเชย เงื่อนไขการทำงาน สภาพการจ้าง สิทธิพิเศษในการจ้างงาน ด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิดของบุคคลดังกล่าว

- การจำกัด การแบ่งแยก การจำแนก ลูกจ้างหรือผู้สมัคร (Employee or applicant) ด้วยวิธีใดๆ อันเป็นการพรากไปซึ่งโอกาสของบุคคลนั้นในการทำงานหรือส่งผลกระทบต่อสถานะของบุคคลนั้นในฐานะลูกจ้าง ด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิดของบุคคลดังกล่าว

คณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission, EEOC) ซึ่งเป็นองค์กระระดับรัฐบาลกลางที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายสิทธิพลเมือง ในกรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการทำงานได้กำหนดแนวปฏิบัติ (Guidelines) ในการนิยามความหมายและบังคับใช้กฎหมายสิทธิพลเมืองในส่วนที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงานสรุปได้ว่า⁴⁰⁶

“การเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องทางเพศโดยไม่พึงประสงค์ หรือการกระทำด้วยวาจาหรือทางกายภาพ ซึ่งมีลักษณะเกี่ยวกับเพศ เมื่อการกระทำดังกล่าวเกี่ยวข้องกับ

⁴⁰⁵ SEC. 2000e-2. [Section 703], the Civil Rights Act

⁴⁰⁶ U.S. Equal Employment Opportunity Commission, “Sexual Harassment”.

https://www.eeoc.gov/laws/types/sexual_harassment.cfm

กรณีที่ 1 การตกลงยอมรับการกระทำเช่นนั้นทำขึ้นโดยชัดแจ้งหรือปริยายในเงื่อนไขข้อกำหนดของการจ้างงาน

กรณีที่ 2 การตกลงยอมรับหรือการปฏิเสธการกระทำดังกล่าว ถูกใช้เป็นพื้นฐานของการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานซึ่งส่งผลกระทบต่อบุคคลนั้น

กรณีที่ 3 การกระทำเช่นนั้นมิมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบในการขัดขวางการทำงานของผู้ถูกรกระทำอย่างไม่สมเหตุสมผลหรือเป็นการสร้างสภาพแวดล้อมหรือบรรยากาศในการทำงานอันมีลักษณะรบกวน เป็นปฏิปักษ์ หรือคุกคาม (Hostile Working Environment)”

จะเห็นได้ว่า สำหรับกรณีที่ 1 และ 2 อาจเรียกว่า การคุกคามทางเพศในเชิงแลกเปลี่ยน (Quid pro quo) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อผลประโยชน์ใดๆเกี่ยวกับการจ้างงานถูกนำมาผูกโยงกับการเรียกร้องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศ การคุกคามในลักษณะนี้เกิดขึ้นได้ทั้งกรณีที่ลูกจ้างปฏิเสธและได้รับผลร้ายหรือไม่ได้รับโอกาสอันเกี่ยวกับการทำงาน รวมทั้งในกรณีที่ลูกจ้างตกลงยินยอมเพื่อหลีกเลี่ยงผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากปฏิเสธ กรณีที่ 3 อาจเรียกว่า การสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม สภาพแวดล้อมนี้เกิดขึ้นเมื่อลูกจ้างจำเป็นต้องอยู่ภายใต้คำกล่าว กิริยาท่าทาง การปฏิบัติที่มีลักษณะทางเพศโดยไม่พึงประสงค์ รวมทั้งการกระทำทางกายภาพ อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งยังไม่อาจสรุปได้ว่าเป็นกรณีสภาพแวดล้อมในการทำงานอันมีลักษณะคุกคาม เนื่องจากอาจต้องพิจารณาในภาพรวมซึ่งประกอบด้วยพฤติกรรมหลายพฤติกรรม ดังนั้น ในการพิจารณาว่ามีสภาพแวดล้อมดังกล่าวหรือไม่ EEOC จะนำปัจจัยต่างๆ มาประกอบการพิจารณา โดยเฉพาะ ปัจจัยด้าน “ความรุนแรง” (Serious) และ “ความถี่” (Frequent) ของพฤติกรรมที่อ้างว่ามีส่วนก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมดังกล่าว อย่างไรก็ตามในบางสถานการณ์นั้น การคุกคามทั้งสองกรณีอาจทับซ้อนกันได้ เช่น ภายใต้สภาพแวดล้อมการทำงานที่มีลักษณะคุกคามนั้น หัวหน้างานอาจเรียกร้องให้ลูกจ้างปฏิบัติต่อตนในลักษณะที่พึงพอใจเป็นพิเศษเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ ซึ่งเมื่อลูกจ้างปฏิเสธจะมีผลต่อความก้าวหน้าในงานหรือถูกเลิกจ้าง⁴⁰⁷

4.13.3.2 กฎหมายอินเดีย

⁴⁰⁷ section 704(a) of Title VII

การคุกคามทางเพศต่อผู้หญิง เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้หญิงในความเท่าเทียมกัน ซึ่งสิทธินี้ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา 14⁴⁰⁸ และ 15 รวมทั้งละเมิดต่อสิทธิในชีวิตและการใช้ชีวิตด้วยความมีศักดิ์ศรีตามมาตรา 21

การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) คือการกลั่นแกล้งรังแกหรือการบังคับที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศ หรือการกระทำอันไม่พึงประสงค์หรือการให้คำมั่นสัญญาที่ไม่เหมาะสมเพื่อแลกเปลี่ยนกับการตอบแทนในเรื่องทางเพศ

องค์ประกอบสำคัญของการคุกคามทางเพศคือ ลักษณะที่ไม่พึงประสงค์หรือไม่เป็นที่ต้องการของผู้ถูกรังแก (Unwelcome or Unwanted) ซึ่งมุ่งเน้นพิจารณาผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้ถูกรังแกมากกว่ามุ่งเน้นที่เจตนาของตัวผู้รังแก

ในปี 1997 ศาลสูงสุดของอินเดียได้วางแนวทางวินิจฉัยการคุกคามทางเพศโดยกำหนดองค์ประกอบที่สำคัญของความผิดฐานคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ดังนี้⁴⁰⁹

“การติดต่อทางกายภาพ การเข้าหาเกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างชัดแจ้งและไม่เป็นที่พึงประสงค์ หรือ

การเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ หรือ

การเสียดสีใดๆเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ หรือ

การแสดงสื่อลามกโดยการบังคับ หรือ

การกระทำใดๆทางกายภาพ วาจา มิใช่วาจา เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ”

ต่อมาในปี 2013 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศโดยตรง ได้มีผลใช้บังคับ กล่าวคือ

⁴⁰⁸ 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.

⁴⁰⁹ Vishaka v. State of Rajasthan and Ors. AIR 1997 SC 3011

1. กฎหมายคุ้มครองและป้องกันการคุกคามทางเพศต่อผู้หญิงในสถานที่ทำงาน (Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal Act, 2013)

กฎหมายนี้กำหนดหลักสำคัญเกี่ยวกับการป้องกันและคุ้มครองการคุกคามทางเพศ ได้แก่⁴¹⁰

กำหนดนิยามของการคุกคามทางเพศ ว่าหมายถึงการกระทำได้ต่อไปนี้⁴¹¹

“การติดต่อทางกายภาพ การเข้าหาเกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างชัดแจ้งและไม่เป็นที่พึงประสงค์ หรือ

การเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ หรือ

การเลียดสีใดๆเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ หรือ

การแสดงสื่อลามกโดยการบังคับ หรือ

การกระทำใดๆทางกายภาพ วาจา มิใช่วาจา เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ”

กฎหมายนี้ได้วางหลักทั่วไปห้ามการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน ซึ่งครอบคลุมพฤติกรรมต่างๆ ได้แก่⁴¹²

- การปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษเกี่ยวกับการจ้างงานของลูกจ้างไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยาย
- การปฏิบัติอย่างด้อยกว่าหรือคุกคามเกี่ยวกับการจ้างงานของลูกจ้างไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยาย
- แทรกแซงการทำงานหรือสร้างบรรยากาศการทำงานที่มีลักษณะคุกคามหรือข่มขู่ลูกจ้างหญิงนั้น
- ปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงนั้นในลักษณะให้ได้รับความอับอายอันอาจกระทบต่อสุขภาพหรือความปลอดภัยของลูกจ้างหญิงนั้น

จะเห็นได้ว่า คำนียามและพฤติกรรมที่ต้องห้ามนั้นมีขอบเขตที่กว้าง ครอบคลุมการคุกคามที่มีลักษณะของการแลกเปลี่ยน (Quid Pro Quo Harassment) และ สภาพแวดล้อมการทำงานที่มีลักษณะคุกคาม (Hostile Work Environment)

⁴¹⁰ "The Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal) Act, 2013 Published in The Gazette of India". Press Information Bureau

⁴¹¹ มาตรา 2 (n)

⁴¹² มาตรา 3

สำหรับขอบเขตของผู้ได้รับการคุ้มครองคือผู้หญิงซึ่งเป็นลูกจ้าง โดยมีครอบคลุมการคุกคามที่เกิดขึ้นในที่ทำงาน (Workplace) โดยนิยามคำว่าที่ทำงานไว้กว้าง ไม่ว่าในกิจการลักษณะใด รวมทั้งลูกจ้างที่ทำงานในบ้าน และครอบคลุมถึงสถานที่ซึ่งลูกจ้างได้รับคำสั่งให้ไปติดต่อ การเดินทางที่เกี่ยวกับการทำงาน (มาตรา 2 (O))

กฎหมายกำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีคณะกรรมการพิจารณาข้อร้องเรียนภายในองค์กร (Internal Complaints Committee) เพื่อพิจารณาสอบสวนกรณีมีคำร้องเรียนเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการสืบสวนข้อเท็จจริง พยายามไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หากนายจ้างไม่จัดให้มีคณะกรรมการและกระบวนการพิจารณาคำร้องดังกล่าว จะมีความผิดตามกฎหมายนี้ โดยผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อกรรมการดังกล่าวคือ “หญิงผู้เศร้าสร้อย” (Aggrieved Women)⁴¹³ ซึ่งเป็นผู้ถูกคุกคาม (มาตรา 9)

แม้ว่ากฎหมายนี้มีหลักการกำหนดให้นายจ้างตั้งคณะกรรมการพิจารณาข้อร้องเรียนภายในองค์กร จากการสำรวจของภาคเอกชนในปี 2015 พบว่ามียายจ้างถึงร้อยละ 36 ที่ไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายดังกล่าว⁴¹⁴

2. ประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐานคุกคามทางเพศที่แก้ไขใหม่ มาตรา 354 A

กฎหมายดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากแนวคำตัดสินของศาลในปี 1997 เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยมีหลักการสำคัญใน มาตรา 354 A ดังนี้

“ชายผู้ซึ่งกระทำการต่อไปนี้มีพื้นฐานคุกคามทางเพศ

(ก) การติดต่อทางกายภาพ การเข้าหาเกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างชัดแจ้งและไม่เป็นที่พึงประสงค์ หรือ

(ข) การเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ หรือ

(ค) การแสดงสิ่งลามกโดยชัดต่อความประสงค์ของผู้หญิง หรือ

(ง) การเสียดสีใดๆเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ

⁴¹³ ตามมาตรา 2 (a) นิยามความหมายของหญิงผู้เศร้าสร้อย ครอบคลุมทั้งหญิงที่ถูกจ้างแรงงานในสถานประกอบการและผู้ที่ทำงานในบ้านด้วย

⁴¹⁴ "The Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal) Act, 2013" (PDF). PRS Legislative Research. Retrieved 26 April 2013.
http://www.ilo.org/asia/info/public/WCMS_220527/lang--en/index.htm

การกระทำความผิดตาม (ก) หรือ (ข) หรือ (ค) มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำความผิดตาม (ง) มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ”

หมายเหตุ : ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า เฉพาะผู้ชาย จึงมีความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อหญิง ดังนั้น กรณีหญิงทำการคุกคามทางเพศต่อชาย หรือหญิงคุกคามทางเพศต่อหญิงด้วยกันเอง ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอินเดีย

4.13.3.3 กฎหมายประเทศมาเลเซีย

สำหรับวิธีการป้องกันและแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศในที่ทำงานของมาเลเซียนั้น อยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่า ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในบริบทความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้าง หรือระหว่างลูกจ้างด้วยกัน ซึ่งจัดเป็นพฤติกรรมภายในองค์กร ดังนั้นจึงมีแนวคิดและข้อเสนอให้มีมาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวในระดับองค์กร (At the enterprise level) ดังนั้น ในปี 1999 กระทรวงทรัพยากรมนุษย์ของมาเลเซีย (Ministry of Human Resource) จึงได้จัดทำ “ประมวลแนวปฏิบัติในการป้องกันและจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน” (Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace) โดยมีหลักการกำหนดนิยามและวางแนวทางปฏิบัติเพื่อจัดการปัญหาการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน ประมวลแนวปฏิบัตินี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นแนวทางสำหรับนายจ้างในการป้องกัน แก้ไข และกำหนดกลไกการเยียวยาสำหรับปัญหาการคุกคามทางเพศ โดยมุ่งเน้นการป้องกันมิให้เกิดการคุกคามทางเพศเกิดขึ้น แต่หากเกิดขึ้นแล้วก็จะมีการกระบวนการในการรับมือแก้ไขเยียวยารวมทั้งป้องกันมิให้เกิดปัญหานั้นซ้ำอีก อย่างไรก็ตามประมวลแนวปฏิบัตินี้เป็นเพียงแนวทางที่ภาครัฐกำหนดขึ้น (Guidelines) โดยไม่มีผลทางกฎหมาย รัฐบาลมาเลเซียมุ่งหวังให้นายจ้างนำเอาหลักการของประมวลแนวปฏิบัตินี้ไปกำหนดไว้ในข้อบังคับการทำงานของแต่ละองค์กร เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน

ต่อมาในปี 2012 ประเทศมาเลเซียไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ (Sexual harassment) โดยเฉพาะ ดังนั้น

หลักการสำคัญของ “ประมวลแนวปฏิบัติในการป้องกันและจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน”

ประมวลแนวปฏิบัติในการป้องกันและจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน (Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace)⁴¹⁵

⁴¹⁵ Ministry of Human Resources, Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace, 1999

นิยามความหมายของการคุกคามทางเพศ

ข้อ 4 ของประมวลแนวปฏิบัติฯ ได้นิยามความหมายของการคุกคามทางเพศ ไว้ดังนี้

“การกระทำใดๆอันมีลักษณะทางเพศใดๆและไม่เป็นที่พึงประสงค์ ซึ่งส่งผลกระทบโดยคำพูดหรือไม่ใช้คำพูด (Verbal or non-verbal) หรือการกระทำที่ส่งผลกระทบทางกายภาพหรือทางจิตใจ (Psychological or physical harassment) โดยการกระทำดังกล่าว

ก. ผู้ถูกระทำรับรู้โดยมีเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำนั้นส่งผลเป็นการวางเงื่อนไขในการจ้างงานของตน

ข. ผู้ถูกระทำรับรู้โดยมีเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำนั้นเป็นการคุกคามต่อสภาพชีวิตความเป็นอยู่ของตน แต่ไม่มีความเชื่อมโยงโดยตรงกับการทำงาน”

การจำแนกประเภทของการคุกคามทางเพศ

แนวปฏิบัติข้อ 5 ยังได้อธิบายขยายความจากคำนิยามข้างต้น โดยจำแนกการคุกคามทางเพศอาจจำแนกเป็นสองประเภท กล่าวคือ

การบังคับทางเพศ (Sexual coercion) เป็นการคุกคามทางเพศซึ่งมีผลโดยตรงกับการทำงานของผู้ถูกคุกคาม ตัวอย่างเช่น ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจในการกำหนดเงินเดือนและการเลื่อนตำแหน่ง พยายามใช้วิธีการใดๆเพื่อบีบบังคับให้ผู้ใต้บังคับบัญชายอมให้การปฏิบัติทางเพศเป็นพิเศษกับตน (Sexual favour) หากผู้ใต้บังคับบัญชายอมตาม ก็จะได้รับผลตอบแทนเกี่ยวกับการทำงาน แต่หากปฏิเสธก็จะได้ไม่ได้รับผลประโยชน์หรือความก้าวหน้าในการทำงาน

การก่อการรบกวนทางเพศ (Sexual annoyance) ซึ่งมีลักษณะก้าวร้าวและสร้างความเดือดร้อนรำคาญ (offensive, intimidating) โดยการกระทำดังกล่าวไม่มีความเชื่อมโยงโดยตรงกับผลประโยชน์เกี่ยวกับการทำงาน แต่ก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมในการทำงานที่ผู้ถูกคุกคามจำต้องทนเพื่อทำงานต่อไป การคุกคามประเภทนี้อาจเกิดขึ้นระหว่างพนักงานด้วยกันเอง รวมทั้งการคุกคามที่เกิดระหว่างลูกค้ายกับพนักงานด้วย

แนวปฏิบัติข้อ 6 กำหนดว่า การคุกคามทางเพศในที่ทำงานครอบคลุมถึงการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับการทำงานอันเกิดนอกสถานที่ทำงานโดยเป็นผลมาจากความรับผิดชอบของการทำงาน (as a result of employment responsibility) หรือความสัมพันธ์ในการจ้างแรงงาน ตัวอย่างเช่น

การคุกคามที่เกิดขึ้นในกิจกรรมทางสังคมที่เกี่ยวกับงาน การคุกคามที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับงานที่ได้รับมอบหมายนอกสถานที่ทำงาน การคุกคามที่เกิดขึ้นในการประชุมหรืออบรม การคุกคามที่เกิดขึ้นระหว่างการเดินทางที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน การคุกคามที่เกิดขึ้นทางอิเล็กทรอนิกส์เช่น อีเมล โทรศัพท์เคลื่อนที่

แนวปฏิบัติ ข้อ 7 วางหลักว่า การคุกคามทางเพศนั้นเป็นกรณีที่ไม่พึงประสงค์และไม่เป็นที่ยอมรับ (unwanted and unwelcome) ของผู้ถูกรกระทำ

รูปแบบของการคุกคามทางเพศ (Forms of sexual harassment)

แนวปฏิบัติ ข้อ 8 ได้จำแนกรูปแบบของการคุกคามทางเพศไว้ 5 รูปแบบ ได้แก่

1. การคุกคามทางวาจา (Verbal harassment) เช่น การกล่าวความเห็น เรื่องตลก ล้อเลียน
2. การคุกคามที่มีใช้ทางวาจา (Non-verbal / gestural harassment) เช่น การคุกคามโดยกริยาท่าทาง
3. การคุกคามต่อสายตา (Visual harassment) เช่น การใช้ภาพลามก การใช้ภาพถ่ายหรือภาพที่สร้างขึ้นด้วยวิธีต่างๆ เพื่อการคุกคาม
4. การคุกคามทางจิตใจ (Psychological harassment) เช่น การส่งคำเชื่อเชียวอันไม่พึงประสงค์ซ้ำๆ
5. การคุกคามทางกายภาพ (Physical harassment) เช่น การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายในลักษณะต่างๆ

กลไกภายในเพื่อการรับมือกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน

ประมวลแนวปฏิบัติข้อ 9 ได้กำหนดกลไกภายในสำหรับที่ทำงาน (In-house mechanism) เพื่อให้ นายจ้างกำหนดข้อบังคับหรือระเบียบต่อไปในรายละเอียด สำหรับองค์ประกอบสำคัญที่นายจ้างควรพิจารณานำไปกำหนดไว้มีดังต่อไปนี้

- แนวนโยบายห้ามการคุกคามทางเพศในองค์กร
- คำนิยามของการคุกคามทางเพศที่ชัดเจน
- กระบวนการร้องเรียนสำหรับผู้ถูกคุกคามทางเพศในที่ทำงาน
- กฎระเบียบและมาตรการทางวินัย รวมทั้งการลงโทษผู้คุกคาม รวมทั้งผู้อ้างว่าถูกคุกคามทางเพศอันเป็นเท็จอีกด้วย
- กระบวนการป้องกันและเยียวยาเหยื่อผู้ถูกคุกคาม

- การส่งเสริมการศึกษาและให้ความรู้เกี่ยวกับนโยบายของบริษัทในการป้องกันและแก้ไขการคุกคามทางเพศเพื่อสร้างความตระหนักรู้เกี่ยวกับปัญหาและผลกระทบของการคุกคามดังกล่าว

สำหรับองค์ประกอบต่างๆดังกล่าวข้างต้นนั้น ประมวลแนวปฏิบัตินี้ยังได้กำหนดรายละเอียดลงไปในแต่ละองค์ประกอบอีกดังต่อไปนี้

แนวนโยบายห้ามการคุกคามทางเพศในองค์กร (ข้อ 10-12)

แนวนโยบายห้ามการคุกคามทางเพศในองค์กรเป็นเอกสารจากฝ่ายบริหารจัดการไปยังลูกจ้างเพื่อแสดงถึงนโยบายขององค์กรในการป้องกันและจัดการคุกคามทางเพศในที่ทำงานเพื่อเสริมสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานเชิงบวกแก่องค์กร

แนวนโยบายควรมาจากฝ่ายบริหารสูงสุดเพื่อให้มั่นใจถึงการบังคับใช้อย่างทั่วถึงในองค์กร

แนวนโยบายอย่างน้อยที่สุดจะต้องครอบคลุมเนื้อหาดังต่อไปนี้

- การประกาศห้ามการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน
- เตือนว่าการคุกคามทางเพศนั้นเป็นการขัดต่อนโยบายขององค์กรและจะนำไปสู่การดำเนินการลงโทษทางวินัย
- กฎระเบียบที่แสดงว่าผู้บังคับบัญชา ผู้จัดการ มีหน้าที่เชิงบวกในการนำนโยบายไปประยุกต์ใช้

คำนิยามของการคุกคามทางเพศที่ชัดเจน (ข้อ 13 -14)

คำนิยามที่ชัดเจนของการคุกคามทางเพศจะเป็นองค์ประกอบสำคัญของกลไกภายในองค์กร นิยามที่กำหนดรายละเอียดนั้นเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้ฝ่ายบริหารจัดการและลูกจ้างได้ทราบอย่างชัดเจนถึงการกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศ

วัตถุประสงค์หลักของการกำหนดนิยามคือการทำให้อุบัติการณ์ในองค์กรตระหนักถึงการกระทำและทัศนคติซึ่งจัดว่าเป็นการไม่พึงประสงค์และคุกคามผู้อื่น โดยพฤติกรรมดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่ห้ามกระทำสำหรับองค์กร

กระบวนการร้องเรียน (ข้อ 15-18)

แม้ว่าแนวทางการป้องกันจะได้มีการกำหนดขึ้นมาเพื่อเป็นการป้องปรามการคุกคามทางเพศแล้ว แต่ปัญหาการคุกคามทางเพศยังอาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่องค์กรจะต้องจัดให้มีกระบวนการร้องเรียนสำหรับผู้ถูกคุกคามทางเพศเมื่อเกิดพฤติกรรมดังกล่าวขึ้น

เนื่องจากลักษณะของข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศที่มีความอ่อนไหวและส่วนบุคคล นายจ้างควรจัดให้มีกระบวนการร้องเรียนเฉพาะสำหรับปัญหานี้แยกต่างหากจากกระบวนการร้องเรียนปัญหาอื่น ๆ ในการทำงาน

กระบวนการร้องเรียนควรจัดให้มีขึ้นซึ่งมาตรการเพื่อคุ้มครองเหยื่อจากพฤติกรรมต่าง ๆ อันไม่พึงประสงค์ของผู้คุกคามอันอาจเกิดขึ้นเนื่องจากการร้องเรียนเช่นนั้น

กระบวนการร้องเรียนนั้นอย่างน้อยที่สุดควรประกอบด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- ขั้นตอนโดยละเอียดแต่ละขั้นตอนสำหรับการรายงานและกระบวนการพิจารณาข้อร้องเรียน
- กระบวนการตรวจสอบข้อเท็จจริง
- กระบวนการอุทธรณ์สำหรับฝ่ายที่ไม่พอใจผลการพิจารณา

กฎระเบียบทางวินัยและการลงโทษ (ข้อ 19-22)

เพื่อให้มั่นใจถึงประสิทธิภาพของนโยบายและกระบวนการป้องกันและจัดการคุกคามทางเพศ จึงมีความจำเป็นในการกำหนดโทษทางวินัยสำหรับผู้ฝ่าฝืน

- กฎระเบียบเกี่ยวกับโทษทางวินัยจะต้องมีการกำหนดโทษสำหรับผู้คุกคามทางเพศ สำหรับรายละเอียดของโทษนั้นควรกำหนดให้สอดคล้องกับความรุนแรงและลักษณะการกระทำ
- กฎระเบียบควรกำหนดโทษทางวินัยสำหรับผู้ทำการร้องเรียนอันเป็นเท็จหรือเป็นการใส่ร้ายผู้อื่น

กระบวนการป้องกันและเยียวยาเหยื่อผู้ถูกคุกคาม (ข้อ 23-26)

เพื่อส่งเสริมให้เหยื่อสามารถรายงานการคุกคามทางเพศ จึงควรมีการกำหนดมาตรการคุ้มครองความลับของการร้องเรียนตั้งแต่เริ่มการร้องเรียนตลอดจนกระบวนการต่างๆ ที่ตามมา เพื่อลดความอับอายของผู้ถูกคุกคาม

ในกรณีที่เหยื่อของการคุกคามทางเพศเกิดความสูญเสีย เช่น การไม่ได้รับผลประโยชน์จากการทำงานหรือความก้าวหน้าในการทำงาน ควรมีกระบวนการในการทำให้เหยื่อได้อยู่ในสถานะหรือตำแหน่งที่เหมาะสม

สำหรับเหยื่อที่ควรได้รับการชดใช้เป็นตัวเงินสำหรับความสูญเสียอันเกิดจากการปฏิเสธผลประโยชน์เนื่องจากการทำงานอันเกิดขึ้นจากการคุกคามทางเพศ ควรมีการกำหนดให้เหยื่อนั้นได้รับการชดใช้ความเสียหายดังกล่าวด้วย

ในกรณีที่พบว่าคำร้องเรียนนั้นไม่ถูกต้องขอขอกรรม ควรมีการกำหนดมาตรการเยียวยาสำหรับผู้ถูกกล่าวหา

การส่งเสริมการศึกษาและให้ความรู้ (ข้อ 27)

การป้องกันการคุกคามทางเพศเป็นสิ่งสำคัญที่นายจ้างควรพิจารณานำมาใช้ เช่นการป้องกันดังต่อไปนี้

การสื่อสาร การศึกษา การฝึกอบรม

ลำพังเพียงการพัฒนานโยบายในการทำงานและกระบวนการร้องเรียนดังกล่าวข้างต้นอาจยังไม่เพียงพอ ดังนั้น นายจ้างต้องสื่อสารข้อมูลเกี่ยวกับนโยบายและกลไกดังกล่าวไปยังลูกจ้างทั้งหมดรวมทั้งผู้บังคับบัญชาในระดับต่างๆ ให้ได้รับความรู้ความเข้าใจในนโยบายและกลไกด้วย

นายจ้างควรจัดให้มีโปรแกรมการฝึกอบรมเพื่อนำไปสู่ความรู้ความเข้าใจในนโยบายเกี่ยวกับการป้องกันและจัดการคุกคามทางเพศ

นายจ้างควรจัดให้มีการอบรมสำหรับระดับผู้บังคับบัญชาและระดับผู้จัดการเพื่อให้ตระหนักถึงปัญหาตลอดจนการป้องกันและแก้ไขการคุกคามทางเพศ

จากผลการสำรวจของมาเลเซียพบว่า ในการสำรวจสถานการณ์การคุกคามทางเพศ (Sexual harassment) โดยสหภาพการค้ามาเลเซีย (Malaysia Trades Union Congress) ซึ่งทำขึ้นเป็นครั้งแรกในปี 1987 ชี้ให้เห็นว่า ร้อยละ 90 ของผู้หญิงในกลุ่มประชากรตัวอย่างมีประสบการณ์ถูกคุกคามทางเพศในที่ทำงาน จากการสำรวจเจ้าหน้าที่ของรัฐในช่วงทศวรรษที่ 1990 แสดงให้เห็นว่า ร้อยละ 43.4 ของพนักงานชายและ ร้อยละ 53 ของพนักงานหญิงมีประสบการณ์ถูกคุกคามทางเพศ⁴¹⁶

นอกจากนี้ ผลการศึกษาของ Dr Mohd Nazri Ismail & Lee Kum Chee ชี้ให้เห็นว่า⁴¹⁷ สภาพการทำงานในมาเลเซียยังมีทัศนคติความลำเอียงทางเพศต่อผู้หญิงอันส่งผลให้พนักงานหญิงมีความเสี่ยงต่อการถูกคุกคามทางเพศ ในรูปแบบของการใช้วาจา ถ้อยคำ การสื่อสาร รวมทั้งการกระทำทางกายภาพ เหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นโดยไม่คำนึงถึงระดับการศึกษา สถานการณ์สมรส หรือเชื้อชาติของพนักงานหญิง

⁴¹⁶ Zarina Abdul Aziz and Cecelia Ng, "Combating Sexual Harassment: The Way Forward," Presented at the 11th Malaysia Law Conference 8-10 November 2001, Kuala Lumpur.

⁴¹⁷ Mohd Nazri Ismail and Lee Kum Chee "An Empirical Investigation Of Sexual Harassment Incidents In Malaysian Workplace," *The Journal of American Academy Of Business, Cambridge* 7, 1 (September, 2005).

4.13.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบการคุกคามทางเพศตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

ในบริบทของการจ้างแรงงานนั้น การคุกคามทางเพศอาจจำแนกคู่ความสัมพันธ์ได้ดังนี้

กรณีแรก ระหว่างนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชา กับ ลูกจ้าง

กรณีที่สอง ระหว่างลูกจ้าง ด้วยกันเอง

กรณีที่สาม ระหว่าง ลูกค้า กับ ลูกจ้าง

จะเห็นได้ว่า กรณีแรก เกิดขึ้นมาจากพื้นฐานความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน สำหรับในกรณีที่สองนั้น ไม่อยู่ในความสัมพันธ์ของสัญญาจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง แต่ยังคงอยู่ในสถานะแวดล้อมของการทำงาน สำหรับกรณีที่สาม ไม่อยู่ในความสัมพันธ์ของการจ้างแรงงาน กฎหมายเกี่ยวกับแรงงานไม่อาจนำมาปรับใช้หรือบังคับในกรณีนี้ได้เนื่องจากลูกค้ามิได้มีนิติสัมพันธ์ในสัญญาจ้างแรงงานที่ผูกพันเฉพาะนายจ้างและลูกจ้าง

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายอินเดียจะพบว่า กฎหมายอินเดียมีกฎหมายเฉพาะวางหลักห้ามการคุกคามทางเพศในบริบทการจ้างแรงงานไว้ โดยครอบคลุมทั้ง การปฏิบัติอย่างเป็นพิเศษเกี่ยวกับการจ้างงานของลูกจ้างไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยาย รวมถึงห้ามการสร้างบรรยากาศการทำงานที่มีลักษณะคุกคามหรือข่มขู่ลูกจ้างหญิงนั้น ซึ่งในกรณีนี้เทียบเคียงได้กับการสร้างสภาพแวดล้อมการทำงานอันเป็นการคุกคาม (Hostile working environment) ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตามข้อจำกัดของกฎหมายอินเดียคือมีขอบเขตเฉพาะการคุกคามลูกจ้างหญิงเท่านั้น

สำหรับ กฎหมายมาเลเซีย กระทรวงทรัพยากรมนุษย์ตระหนักถึงความสำคัญและปัญหาของการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในบริบทของการทำงาน ในแนวปฏิบัติได้จัดให้การคุกคามที่เกิดขึ้นทั้ง 3 กรณีดังกล่าวเป็นการคุกคามทางเพศในที่ทำงานด้วย แม้ว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย แต่ก็ยังเป็นแนวทางสำหรับนายจ้างในการกำหนดข้อบังคับในการทำงานเกี่ยวกับการคุกคามในสถานที่ทำงาน อย่างไรก็ตามประเทศไทยนั้น กฎหมายแรงงานมิได้กำหนดบังคับให้นายจ้างต้องมีแนวปฏิบัติในการดำเนินการกับการคุกคามในองค์กรของตน จากการสัมภาษณ์พบว่า ในกิจการภาคเอกชนหลายแห่งไม่มีแนวปฏิบัติในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตามในกิจการภาคเอกชนบางแห่งซึ่งเป็นบริษัทข้ามชาติ พบว่ามีนโยบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศที่ชัดเจน (Harrasment policy) โดยมีการกำหนดวิธีการร้องเรียนสำหรับลูกจ้างตลอดจนมีกระบวนการพิจารณาทางวินัยและการไกล่เกลี่ยภายในองค์กรด้วย

สำหรับตามกฎหมายไทยนั้น อาจแยกพิจารณาตามลักษณะของการคุกคามทางเพศในบริบทการจ้างแรงงานได้ดังนี้

ประเภทแรก การคุกคามทางเพศเชิงแลกเปลี่ยน การคุกคามในลักษณะนี้เป็นการที่บุคคลหนึ่งเสนอให้สิ่งตอบแทนรูปแบบใด ๆ กับอีกบุคคลหนึ่งเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่ผู้ให้จะได้รับการปฏิบัติอย่างพึง

พอใจเป็นพิเศษในทางเพศ (Sexual favor) ตัวอย่างเช่น กรณีลูกจ้างเป็นผู้บังคับบัญชาอาศัยอำนาจหน้าที่ของตนชักชวนลูกจ้างหญิงซึ่งอยู่ ภายใต้บังคับบัญชาออกไปเที่ยวเตร่ด้วยกันในเวลากลางคืนนอกเวลางาน หากลูกจ้างหญิงไม่ไปจะกลั่นแกล้งเสนอความเห็นไม่ให้ลูกจ้างหญิงผู้นั้นผ่าน การทดลองงาน รวมทั้งเสนอจะมีการแลกเปลี่ยนโดยประเมินให้เลื่อนตำแหน่ง สนับสนุนความก้าวหน้าในงาน เพื่อแลกกับการมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษหรือการล่อลวงละเมิดทางเพศกับลูกจ้างหญิงนั้น การกระทำความผิดล่อลวงประสงค์เพื่อการล่วงเกินทางเพศลูกจ้างหญิงซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของตน ถือเป็นการล่วงเกินทางเพศ กรณีนี้อาจเทียบเคียงได้กับคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยว่า การกระทำของลูกจ้างที่เป็นผู้บังคับบัญชา นอกจากจะเป็นการประพฤติผิดศีลธรรมหรือจารีตประเพณีอันดีงามของสังคม อันเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานของนายจ้างแล้ว ยังมีผลกระทบต่อการบริหารงานบุคคลของนายจ้าง ทำให้พนักงานขาดขวัญและกำลังใจในการทำงาน การฝ่าฝืนของลูกจ้างถือเป็นการผิดร้ายแรง นายจ้างเลิกจ้างได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า ไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยและไม่ถือว่าเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1372/2545) อย่างไรก็ตามหากกรณีนี้ผู้กระทำนั้นไม่ใช่ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาแต่เป็นนายจ้างเอง ก็จะต้องมีกฎหมายคุ้มครองลูกจ้างเป็นการเฉพาะ

ประเภทที่สอง การคุกคามทางเพศในเชิงสภาพแวดล้อม (Hostile environment) การคุกคามลักษณะนี้ พนักงานจะพบกับสภาพแวดล้อมในการทำงานที่มีผู้กระทำความผิดกรรมอันเป็นการคุกคาม (Offensive Behavior) เกี่ยวกับเพศ โดยพนักงานนั้นจำต้องอดทนทำงานในสภาวะแวดล้อมดังกล่าวเพื่อที่จะทำงานต่อไปได้

หากพิจารณาการคุกคามทางเพศในบริบทการจ้างแรงงานตามกฎหมายไทยนั้นจะเห็นได้ว่า

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานเดิมก่อนการแก้ไขกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ปี 2551 นั้น มาตรา 16 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้นายจ้าง ผู้ซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงานหรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างหญิงหรือเด็ก”

จากหลักกฎหมายดังกล่าว มีขอบเขตเฉพาะ “กระทำการล่วงเกินทางเพศ” ซึ่งอาจไม่ครอบคลุมกรณีการคุกคามในลักษณะการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ตอบแทนแก่ลูกจ้างเพื่อให้ปฏิบัติอย่างเป็นที่พอใจพิเศษเกี่ยวกับเพศ นอกจากนี้ยังมีขอบเขตจำกัดเฉพาะลูกจ้างหญิงหรือเด็กเท่านั้น

ต่อมาในการแก้ไขกฎหมาย ปี 2551 มีการแก้ไขหลักการตามมาตรา 16 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ. คุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551) ดังนี้

“ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงานหรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกิน คุกคามหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่มีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างขึ้นทั้งในแง่องค์ประกอบเชิงพฤติกรรมที่รวมถึงการ “ล่วงเกิน” “คุกคาม” หรือ “ก่อความเดือดร้อนรำคาญ” ทางเพศ นอกจากนี้ยังคุ้มครองลูกจ้างโดยไม่จำกัดเพศ

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายสหรัฐอเมริกาเฉพาะในส่วนของการคุกคามทางเพศในที่ทำงานนั้นพบว่า กฎหมายไทยยังมีองค์ประกอบที่จำกัด กล่าวคือ ตามมาตรา 16 ดังกล่าวนั้นไม่ครอบคลุมการคุกคามที่กระทำระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง ในขณะที่ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น การที่ลูกจ้างคุกคามทางเพศด้วยกันเอง อาจถือว่านายจ้างคุกคามทางเพศในรูปแบบของการ “สร้างสภาวะแวดล้อมการทำงานที่เป็นการคุกคาม” (Hostile Working Environment) เช่น

- พนักงานหญิงฟ้องนายจ้างว่ามีสภาพแวดล้อมการทำงานในลักษณะคุกคาม (Hostile Work environment) โดยพนักงานคนอื่นกลั่นแกล้งรังแกเธอและดิงหางเปียของเธอด้วย นอกจากนี้พนักงานบางคนยังไปปล่อยข่าวว่าได้มีเพศสัมพันธ์กับเธอ หัวหน้างานเรียกพนักงานอื่นมาตักเตือน ... อย่างไรก็ตาม ศาลชั้นต้นเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวยังไม่ถึงขั้นรุนแรงถึงขั้นเป็นสภาพแวดล้อมการทำงานในลักษณะคุกคาม (Hostile work environment) ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน⁴¹⁸

- โจทก์ซึ่งเป็นลูกจ้างหญิงฟ้องนายจ้างว่ามีสภาพแวดล้อมการทำงานในลักษณะคุกคาม (Hostile Work Environment) เนื่องจากมีลูกจ้างชายคนอื่นถูกเนื้อต้องตัวโจทก์ นายจ้างทราบเรื่องดังกล่าวและได้มีการตักเตือนลูกจ้างชายคนนั้นแล้ว แต่การคุกคามยังคงเกิดขึ้น โดยมีการกอดเธอจากด้านหลัง กัดหูและต้นคอของเธอ ศาลแนะนำคณะลูกขุนว่าการกระทำของนายจ้างยังไม่เพียงพอในการป้องกันแก้ไขปัญหาการคุกคามในสภาวะแวดล้อมของการทำงาน⁴¹⁹

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า กรณีที่กระทำโดยลูกจ้างด้วยกันซึ่งไม่ใช่หัวหน้าหรือผู้ควบคุมงาน นี้ไม่อยู่ในองค์ประกอบการคุกคามตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน แม้ว่าการกระทำดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าสืบเนื่องจากความรังเกียจของนายจ้างที่ละเลยปล่อยให้เกิดสภาวะการทำงานอันเป็นการคุกคามเช่นนี้ก็ตาม จะเห็นได้จากการเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศว่า การที่ลูกจ้างคุกคามทางเพศต่อลูกจ้างด้วยกันเองนั้น จัดเป็นสภาพการทำงานที่มีลักษณะคุกคาม ซึ่งนายจ้างมีหน้าที่จะต้องดำเนินการป้องกันมิให้เกิดสภาพดังกล่าวขึ้น นอกจากนี้กฎหมายไทยยังไม่ได้กำหนดให้นายจ้างต้องกำหนดระเบียบหรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงานพร้อมด้วยกระบวนการร้องเรียนและเยียวยา

⁴¹⁸ Cross v. Prairie Meadows Racetrack and Casino, Inc., No. 09-3427 (8th Cir. 08/12/10)

⁴¹⁹ Guth v. Radha Corp., et al., No. CV-08-1909-PHX-GMS (D. Ariz. 03/09/10)

ดังเช่นกฎหมายมาเลเซีย ในทางปฏิบัติปรากฏว่ามีกิจการบางแห่งที่มีนโยบายหรือระเบียบเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน แต่กิจการอีกหลายแห่งไม่ปรากฏนโยบายหรือระเบียบดังกล่าว

ต่อมามีการตรา**พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558** โดยมีหลักสำคัญในมาตรา 17 คือ

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการ ทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ”

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในส่วนของการคุกคามทางเพศในที่ทำงานจะเห็นได้ว่า หลักการตามกฎหมายนี้ครอบคลุมการกำหนดนโยบาย ระเบียบ แนวปฏิบัติของนายจ้างที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติทางเพศ แต่ไม่ได้มีการกำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องกำหนดระเบียบเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างผู้ถูกคุกคามทางเพศในบริบทของการทำงาน

สำหรับในกรณีการจ้างงานภาครัฐนั้น พบว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 83 (8) กำหนดว่า ข้าราชการพลเรือนต้องไม่กระทำการใดอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามที่กำหนดในกฎ ก.พ. โดยกฎ ก.พ. ที่กำหนดรายละเอียดหลักการดังกล่าวก็คือ **“กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553”** ซึ่งมีหลักสำคัญดังนี้

ข้อ 2

ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำการประการใดประการหนึ่งดังต่อไปนี้ต่อข้าราชการด้วยกัน หรือผู้ร่วมปฏิบัติราชการ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในหรือนอกสถานที่ราชการโดยผู้ถูกกระทำมิได้ยินยอมต่อการกระทำนั้น หรือทำให้ผู้ถูกกระทำเดือดร้อนรำคาญ ถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ ตามมาตรา 83 (8)

(1) กระทำการด้วยการสัมผัสทางกายที่มีลักษณะส่อไปในทางเพศ เช่น การจูบ การโอบกอด การจับอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่ง เป็นต้น

(2) กระทำการด้วยวาจาที่สื่อไปในทางเพศ เช่น วิพากษ์วิจารณ์ร่างกาย พุดหยอกล้อ พุดหยาบคายเป็นต้น

(3) กระทำการด้วยอาภักิริยาที่สื่อไปในทางเพศ เช่น การใช้สายตาลวนลาม การทำสัญญาณ หรือสัญลักษณ์ใดๆ เป็นต้น

(4) การแสดงหรือสื่อสารด้วยวิธีการใดๆ ที่สื่อไปในทางเพศ เช่น แสดงรูปลามกอนาจาร ส่งจดหมาย ข้อความ หรือการสื่อสารรูปแบบอื่น เป็นต้น

(5) การแสดงพฤติกรรมอื่นใดที่สื่อไปในทางเพศ ซึ่งผู้ถูกระทำ ไม่พึงประสงค์หรือเดือดร้อนรำคาญ

จะเห็นได้ว่า กฎ ก.พ. ดังกล่าวมีขอบเขตใช้กับการคุกคามทางเพศที่เกิดในบริบทของการรับราชการ โดยมีองค์ประกอบของการกระทำที่กว้าง ครอบคลุมทั้งการคุกคาม และการติดต่อสื่อสารที่ผู้รับการติดต่อไม่พึงประสงค์ (Unwelcome) แต่มีข้อจำกัดในแง่ผู้กระทำ ซึ่งตาม กฎ ก.พ. นี้มีขอบเขตใช้ได้กับเฉพาะกรณีผู้กระทำเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ไม่รวมบุคคลที่ทำงานในภาครัฐที่อยู่ในสถานะอื่น และไม่ใช่นักกฎหมายที่มีผลบังคับกับภาคเอกชน นอกจากนี้ยังมีขอบเขตจำกัดเฉพาะ “การคุกคามทางเพศ” หรือ Sexual Harassment เท่านั้น ไม่ครอบคลุมการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ในประเด็นนี้จะวิเคราะห์รายละเอียดในหัวข้อต่อไป

4.14 การเลือกปฏิบัติจากพฤติกรรมการคุกคามที่มีขอบเขตกว้างกว่าการคุกคามทางเพศ

งานวิจัยนี้พบว่า กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของประเทศต่างๆ มักจะกำหนดหลักการเกี่ยวกับการคุกคาม (Harassment) ไว้ในฐานะการเลือกปฏิบัติชนิดหนึ่ง โดยมีขอบเขตจำกัดในสองแง่มุม ดังนี้

1. จำกัดการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Ground of Discrimination) บางเหตุเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง **เหตุแห่งเพศ** ดังจะเห็นได้จากกฎหมายอินเดีย กฎหมายมาเลเซีย เป็นต้น

2. จำกัดการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับบางมิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง **มิติการจ้างแรงงาน** ดังจะเห็นได้จากกฎหมายอินเดีย กฎหมายมาเลเซีย เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติของหลายประเทศ จึงมีกรอบเกี่ยวกับการคุกคาม (Harassment) ที่จำกัดเฉพาะ “การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน” (Harassment in Workplace) หรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำงานเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากกฎหมายมาเลเซีย ซึ่งเพิ่มเติมบทบัญญัติอันมีหลักการเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) เข้าไปใน กฎหมายแรงงาน (Employment Act 1955) หรือในกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้นคณะกรรมการความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน (Equal Employment Opportunity Commission, EEOC) บังคับใช้กฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act) กับกรณีการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน

ดังนั้นจึงมีประเด็นพิจารณาว่า การคุกคามด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นนอกจากเหตุแห่งเพศ และ ในมิติของการเลือกปฏิบัติอื่นนอกจากมิติแรงงาน นั้น จะอยู่ภายใต้กรอบการคุ้มครองของกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือจะอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายอื่น

ตัวอย่างการคุกคามในมิติของการทำงานด้วยเหตุอื่นที่มีใช่เพศ เช่น การคุกคามด้วยวาจา พฤติกรรม ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด สถานะทางครอบครัว สภาพร่างกาย ความพิการ เป็นต้น

ตัวอย่างการคุกคามในมิติของการบริการภาครัฐหรือภาคเอกชน ด้วยเหตุอื่นที่มีใช่เพศ เช่น การคุกคามด้วยวาจา พฤติกรรม ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด สถานะทางครอบครัว สภาพร่างกาย ความพิการ เป็นต้น

จากประเด็นนี้จะเห็นว่า การคุกคาม (Harassment) นั้นมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับปัจจัยสำคัญสองประการ คือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และ มิติของการเลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจจำแนกพิจารณาได้สองกรณีใหญ่คือ

1. หากนำเอาปัจจัยเกี่ยวกับ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมาเป็นหลัก จะสามารถจำแนก ความสัมพันธ์ระหว่างการคุกคามกับปัจจัยอื่นๆ ได้อย่างน้อย 3 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1. การคุกคามทางเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ในมิติการทำงาน

กรณีที่ 2. การคุกคามทางเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ในมิติการซื้อขายสินค้า บริการ

กรณีที่ 3. การคุกคามทางเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ในมิติการเลือกปฏิบัติด้านอื่นๆ (เช่น ที่อยู่อาศัย บริการสาธารณะ การศึกษา)

2. หากนำเอาปัจจัยเกี่ยวกับ มิติของการเลือกปฏิบัติมาเป็นหลัก จะสามารถจำแนก ความสัมพันธ์ ระหว่างการคุกคามกับปัจจัยอื่นๆ ได้อย่างน้อย 3 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1. การคุกคามในมิติของการทำงาน ด้วยเหตุแห่งเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ และเหตุ แห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ

กรณีที่ 2. การคุกคามในมิติของการซื้อสินค้าและบริการ ด้วยเหตุแห่งเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อ ชาติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ

กรณีที่ 3. การคุกคามในมิติอื่นๆ ของการเลือกปฏิบัติ (เช่น ที่อยู่อาศัย บริการสาธารณะ การศึกษา) ด้วยเหตุแห่งเพศ ศาสนา ความเชื่อ เชื้อชาติ และเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ

จากการศึกษาพบว่า แม้กฎหมายที่เกี่ยวข้องของหลายประเทศ จะจำกัดขอบเขตของการคุกคาม (Harassment) เฉพาะเหตุแห่งเพศและเฉพาะมิติความสัมพันธ์ด้านแรงงานเท่านั้น แต่กฎหมายเกี่ยวกับการ เลือกปฏิบัติของบางประเทศ มีขอบเขตที่กว้างขึ้น ดังจะชี้ให้เห็นกฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายมลรัฐ Ontario ในแคนาดา

กฎหมายสหรัฐอเมริกา :

การคุกคาม (Harassment) ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติใน การจ้างแรงงาน 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” มีความหมายกว้างครอบคลุมการ กระทำใดๆ อันไม่พึงประสงค์บนพื้นฐานแห่ง เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ ชนชาติกำเนิด อายุ ความพิการ ทั้งนี้ การคุกคามจะเป็นการมีขอบต่อกฎหมายเมื่อ การที่บุคคลต้องจำทนต่อพฤติกรรมก้าวร้าวที่เกี่ยวเนื่องกับ เงื่อนไขของการทำงานต่อไป หรือ การกระทำความผิดที่มีความรุนแรงมากพอที่จะสร้างบรรยากาศหรือ สภาพแวดล้อมของการทำงานในลักษณะที่บุคคลทั่วไปจะรู้สึกถูกคุกคาม รบกวน⁴²⁰

⁴²⁰ “Harassment”, U.S. Equal Employment Opportunity Commission, <https://www.eeoc.gov/laws/types/harassment.cfm>

จะเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณากฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องของสหรัฐอเมริกาในระดับสหพันธรัฐแล้ว พบว่า ในมิติของการจ้างแรงงานนั้น การคุกคาม มีขอบเขต กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับเพศ กล่าวคือ การคุกคามอาจรวมถึงการคุกคามด้วยเหตุแห่ง เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ ชชาติกำเนิด อายุ ความ ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับการคุกคามในมิติจ้างแรงงานที่กว้างกว่าเหตุแห่งเพศหรือการคุกคามทางเพศ เช่น

คดีที่มีข้อเท็จจริงว่า⁴²¹ โจทก์ทำงานในภัตตาคารของจำเลย อ้างว่าตกเป็นเหยื่อของการคุกคามในที่ทำงานด้วยสภาพแวดล้อมซึ่งคุกคามด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ทั้งนี้เนื่องจากพนักงานคนอื่นล้อเลียนโจทก์ด้วยเหตุเชื้อชาติ (“Haitian...”) อย่างไรก็ตามไม่มีหลักฐานแสดงว่าการล้อเลียนดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความสามารถในการทำงานของโจทก์ รวมทั้งไม่ได้ส่งผลกระทบในทางกายภาพต่อโจทก์หรือมีลักษณะข่มขู่ คุกคาม ศาลจึงเห็นว่ายังไม่มีหลักฐานเพียงพอจะถือว่าเป็นกรณีร้ายแรงถึงขนาดสภาพแวดล้อมในการทำงานที่คุกคามโจทก์ อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่าการใช้คำพูดดังกล่าวต่อโจทก์เป็นเรื่องไม่เหมาะสม (Inappropriate)

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาจะมีขอบเขตด้านเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกว้างกว่าเหตุแห่งเพศ แต่ก็มีขอบเขตจำกัดเฉพาะมิติของการจ้างแรงงาน สำหรับการคุกคามนอกขอบเขตการจ้างแรงงานจะต้องพิจารณากฎหมายอื่นๆนอกจากบริบทของการเลือกปฏิบัติ

กฎหมายมลรัฐ Ontario ของแคนาดา :

กฎหมายสิทธิมนุษยชน Ontario มีหลักสำคัญดังนี้

นิยามของการคุกคาม : การคุกคาม (Harassment, “harcèlement”) หมายถึง การกระทำใดๆ อันเกี่ยวข้องกับการแสดงความเห็น (comment) หรือ พฤติกรรม (Conduct) อันเป็นที่รบกวนหรือคุกคาม ซึ่งผู้กระทำรู้หรือมีเหตุควรรู้ว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นที่พึงประสงค์ (Unwelcome)⁴²²

⁴²¹ Exantus v. Harbor Bar & Brasserie Restaurant, 2010 WL 276861 (N.J., 07/14/10)

⁴²² Section 10, Ontario Human Right Code

การคุกคาม (Harassment) แบ่งออกเป็น 3 มิติ ดังนี้

(1) การคุกคามในมิติการจ้างแรงงาน : หลักกฎหมายกำหนดว่า “บุคคลทุกคนผู้ซึ่งเป็นลูกจ้าง มีสิทธิในเสรีภาพจากการถูกคุกคามในที่ทำงานโดยนายจ้างหรือตัวแทนนายจ้างหรือลูกจ้างอื่น ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ ถิ่นกำเนิด สีผิว ชาติพันธุ์ พลเมือง รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ ประวัติการกระทำผิด สถานะการสมรส สถานะครอบครัวหรือความพิการ” จะเห็นได้ว่า การคุกคามในมิตินี้ครอบคลุมทั้งการคุกคามทางเพศ และการคุกคามด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา

(2) การคุกคามในมิติที่อยู่อาศัย : หลักกฎหมายกำหนดว่า “บุคคลทุกคนที่เป็นผู้อยู่อาศัย มีสิทธิในเสรีภาพจากการถูกคุกคามที่กระทำโดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือตัวแทนหรือผู้อยู่อาศัยด้วยกัน ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ ถิ่นกำเนิด สีผิว ชาติพันธุ์ พลเมือง รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ ประวัติการกระทำผิด สถานะการสมรส สถานะครอบครัวหรือความพิการ” จะเห็นได้ว่า การคุกคามในมิตินี้ครอบคลุมทั้งการคุกคามทางเพศ และการคุกคามด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา

(3) การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) จำแนกออกเป็นสามกรณีย่อย ได้แก่

กรณีที่ 1 การคุกคามทางเพศอันเกี่ยวข้องกับที่อยู่อาศัย (Harassment because of Sex in Accommodation) กฎหมายกำหนดว่า “บุคคลทุกคนผู้ซึ่งครอบครองที่อยู่อาศัยมีสิทธิในเสรีภาพจากการถูกคุกคามที่กระทำโดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือตัวแทนหรือผู้อยู่อาศัยด้วยกัน ด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศ” จะเห็นได้ว่า การคุกคามในมิตินี้ครอบคลุมเฉพาะเหตุที่เกี่ยวข้องกับเพศ

กรณีที่ 2 การคุกคามทางเพศอันเกี่ยวข้องกับการทำงาน (Harassment because of Sex in Workplaces) กฎหมายกำหนดว่า “บุคคลทุกคนผู้ซึ่งเป็นลูกจ้างมีสิทธิในเสรีภาพจากการถูกคุกคามในสถานที่ทำงานที่กระทำโดยนายจ้างหรือตัวแทนนายจ้างหรือลูกจ้างอื่น ด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกทางเพศ” จะเห็นได้ว่า การคุกคามในมิตินี้ครอบคลุมเฉพาะเหตุที่เกี่ยวข้องกับเพศ

กรณีที่ 3 การติดต่อเชื้อเชิญทางเพศที่กระทำโดยบุคคลอันอยู่ในสถานะที่ให้ผลประโยชน์ (Sexual Solicitation by a Person in Position to Confer Interest) โดยกฎหมายกำหนดว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะปลอดจากการติดต่อเชื้อเชิญทางเพศซึ่งกระทำโดยบุคคลอันอยู่ในสถานะที่สามารถเสนอให้ หรือปฏิเสธที่จะให้ ผลประโยชน์ หรือ ความก้าวหน้า โดยบุคคลที่ติดต่อเชื้อเชิญดังกล่าวรู้หรือมีเหตุควรรู้ว่าผู้รับการติดต่อไม่ยินดีกับการติดต่อเช่นนั้น”

จากการศึกษากฎหมายมลรัฐ Ontario ผู้วิจัยเห็นว่า มีการใช้โครงสร้างสองระดับในการวางหลักกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ โดยตั้งต้นจากมิติต่างๆ ของการเลือกปฏิบัติ จากนั้นในระดับแรกจะวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับมิตินั้นโดยตรง ในระดับต่อมาจะวางหลักห้ามกระทำการคุกคามอันเกี่ยวข้องกับมิตินั้น ตัวอย่างเช่น ถ้านำเอามิติเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยมาเป็นตัวตั้งแล้ว ในระดับแรกกฎหมายจะวางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับที่อยู่อาศัย ในระดับที่สองจะห้ามการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับที่อยู่อาศัย ดังจะอธิบายละเอียดต่อไปนี้

กรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับมิติด้านที่อยู่อาศัย (Accommodation)⁴²³ แบ่งเป็นสองระดับคือ

ระดับที่ 1. บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในกรณีเกี่ยวกับที่พักอาศัย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด สีผิว กลุ่มชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ หรือการรับการอุดหนุนสาธารณะ จะเห็นได้ว่า กรณีนี้คือการปฏิบัติต่างๆ เกี่ยวกับการอยู่อาศัย นั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าเกี่ยวข้องกับเนื้อหาของของการอยู่อาศัย เช่น การตกลงรับผู้เช่า การต่อสัญญา การบริการต่างๆ เกี่ยวกับการเช่าที่พักอาศัย การปฏิเสธไม่รับผู้เช่า ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ การเลือกปฏิบัติกรณีนี้ ตามกฎหมายของหลายประเทศจัดอยู่ในมิติหนึ่งของการเลือกปฏิบัติ

ระดับที่ 2. 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 แต่ไม่เกี่ยวข้องกันกับเนื้อหาของของการอยู่อาศัย เนื่องจากไม่ใช่เป็นการปฏิเสธการเช่า แต่เป็นการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับการอยู่อาศัยนั้น เช่น การถูกคุกคามด้วยวาจา พฤติกรรม กิริยาท่าทาง ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นการกระทำโดยผู้ให้เช่า ตัวแทน ต่อผู้เช่า หรือระหว่างผู้เช่าด้วยกัน ตัวอย่างเช่น ผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าเช่าอยู่ในห้องเช่า แต่มีพฤติกรรมการใช้วาจาดูหมิ่น ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติของผู้เช่า กรณีนี้ตามกฎหมายของหลายประเทศไม่ได้จัดเป็นการเลือกปฏิบัติ จึงอาจไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม กฎหมายมลรัฐ Ontario ได้จำแนกการคุ้มครองการคุกคามที่เกี่ยวเนื่องกับมิตินี้ที่อยู่อาศัย ออกเป็นการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติชนิดหนึ่งต่างหาก

กฎหมาย Ontario ยังได้ใช้โครงสร้างการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ ซึ่งแบ่งออกเป็นสองระดับนี้ กับมิติการเลือกปฏิบัติอื่นๆ เช่น การจ้างแรงงาน ก็แบ่งออกเป็นระดับของการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานในทางเนื้อหาของ เช่น การปฏิเสธไม่รับเข้าทำงาน และ ระดับการเลือกปฏิบัติด้วยการคุกคามที่เกี่ยวเนื่องกับการทำงาน

⁴²³ มาตรา 2 ของกฎหมายสิทธิมนุษยชน Ontario

นอกจากนี้ ในการกำหนดห้ามการคุกคามนั้น กฎหมาย Ontario มิได้จำกัดเฉพาะ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้านเพศ หรือ การคุกคามทางเพศเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมการคุกคามด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ด้วย เช่น การคุกคามในมิติการเข้าที่อยู่อาศัย ครอบคลุมทั้งการคุกคามทางเพศ เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น ดังนั้น แสดงให้เห็นว่าการคุกคาม เป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจเกี่ยวข้องหรือแทรกอยู่ในมิติต่างๆ ของการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังอาจมีการคุกคามที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ได้เช่นเดียวกัน หากเปรียบเทียบกับกฎหมายสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า การคุกคามมิได้จำกัดเฉพาะเหตุที่เกี่ยวกับเพศ แต่ครอบคลุมถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น เช่น อายุ สีดผิว เชื้อชาติ ฯลฯ

นอกจากนี้ยังมีประเด็นต่อไปอีกว่า การกำหนดห้ามการคุกคามจะสามารถขยายขอบเขตไปถึงการคุกคามในมิติสังคมทั่วไปได้หรือไม่ เช่น การคุกคามทางเพศในสภาพแวดล้อมการติดต่อกับบุคคลในที่สาธารณะทั่วไป มิใช่เฉพาะในมิติการจ้างแรงงาน การศึกษา ที่อยู่อาศัย เท่านั้น ในประเด็นนี้หากพิจารณากฎหมาย Ontario พบว่า การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) แบ่งออกเป็น 3 กรณี คือ การคุกคามทางเพศในมิติที่อยู่อาศัย (Harassment because of Sex in Accommodation) การคุกคามทางเพศในมิติของการทำงาน (Harassment because of Sex in Workplaces) และ การคุกคามทางเพศด้วยการติดต่อ (Sexual Solicitation) โดยบุคคลซึ่งอยู่ในตำแหน่งหรือสถานะที่สามารถให้หรือปฏิเสธการให้ผลประโยชน์ใดๆ แก่ผู้รับการติดต่อ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอาจแบ่งออกได้ 2 ระดับคือ

ระดับที่ 1. การคุกคามทางเพศ ที่เกี่ยวข้องกับมิติต่างๆของการเลือกปฏิบัติ เช่น การคุกคามทางเพศในมิติการทำงาน การซื้อสินค้าบริการ การให้บริการที่อยู่อาศัย

ระดับที่ 2. การคุกคามทางเพศ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับมิติต่างๆของการเลือกปฏิบัติ เช่น การคุกคามทางเพศระหว่างบุคคลทั่วไปในสังคมที่มีการติดต่อเข้ามาจากบุคคลที่อาจให้ประโยชน์ใดๆ แก่ผู้รับการติดต่อนั้น

จากการจำแนกระดับดังกล่าว พบว่า กฎหมายมลรัฐ Ontario ครอบคลุมการคุกคามทางเพศ ทั้งระดับแรก และ ระดับที่สอง ในขณะที่กฎหมายของหลายประเทศส่วนใหญ่จะพิจารณาการคุกคามทางเพศในบริบทของสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติ เฉพาะในระดับแรก คือ และมักจะจำกัดเฉพาะมิติเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน โดยจะไม่พิจารณาว่าการคุกคามทางเพศที่ไม่เกี่ยวกับมิติต่างๆ ของการเลือกปฏิบัติ อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งอาจจัดให้อยู่ในกฎหมายอื่น เช่น การคุกคามทางเพศในที่สาธารณะอยู่ภายใต้กฎหมายอาญา เป็นต้น หากเปรียบเทียบกับกฎหมายสหรัฐอเมริกาพบว่า ในบริบทของหลักการห้ามเลือกปฏิบัตินั้น การคุกคามทางเพศมีขอบเขตจำกัดเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับมิติของการจ้างแรงงาน

อาจสรุปได้ว่า การคุกคาม (Harassment) ตามความหมายอย่างกว้างที่สัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัตินั้น ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ นอกเหนือจากเหตุแห่งเพศ เช่น เชื้อชาติ สีดผิว ศาสนา ฯลฯ นอกจากนี้ ยังครอบคลุมมิติแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ นอกเหนือจากแรงงาน เช่น เข้าที่อยู่อาศัย บริการอื่นๆ เป็นต้น อีกทั้งยังสามารถครอบคลุมกว้างไปถึง การคุกคามทางเพศในมิติทั่วไปในการดำรงชีวิตประจำวันของบุคคลด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่เกี่ยวข้องของต่างประเทศส่วนมากจะจำกัด

ขอบเขตการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวกับเหตุแห่งเพศ และ มิติการจ้างแรงงาน โดยมีกฎหมายบางประเทศขยายขอบเขตออกไปบ้าง เช่น สหรัฐอเมริกามีการขยายขอบเขตในแง่ของเหตุแห่งการคุกคามให้กว้างกว่าเหตุแห่งเพศ แต่ยังคงจำกัดอยู่ในมิติการจ้างแรงงาน สำหรับมลรัฐ Ontario มีการขยายขอบเขตทั้งในแง่เหตุแห่งการคุกคามให้กว้างกว่าเหตุแห่งเพศและขยายมิติของการคุกคามกว้างกว่าการจ้างแรงงาน

หากนำกรอบการพิจารณาข้างต้นมาวิเคราะห์กับกฎหมายไทยจะพบว่า ไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกคุกคาม (Harassment) ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติ ดังเช่นกฎหมายของต่างประเทศ โดยปัจจุบันกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและนำมาปรับใช้ได้อยู่จำกัดเฉพาะที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการและมิติของการเลือกปฏิบัติบางมิติเท่านั้น ดังอาจแยกวิเคราะห์เป็น 3 กรณีดังต่อไปนี้

กรณีพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน อาจจำแนกได้ดังนี้

1. พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่แก้ไขปี 2551 นั้นจำกัดการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Ground of discrimination) บางเหตุเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เหตุแห่งเพศ กล่าวคือ ครอบคลุมเฉพาะการล่วงเกิน คุกคาม ก่อความเดือดร้อนรำคาญ *ทางเพศ* เท่านั้น
2. พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่แก้ไขปี 2551 จำกัดการคุกคามเฉพาะเหตุแห่งเพศ และจำกัดเฉพาะบางมิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of discrimination) นั่นคือ *มิติการจ้างแรงงาน*

กรณี “กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำความผิดในการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553” พบว่า มีขอบเขตจำกัด กล่าวคือ ในแง่มิติของการเลือกปฏิบัตินั้นจะเห็นได้ว่า จำกัดเฉพาะ*มิติการจ้างงาน* ยิ่งไปกว่านั้นยังจำกัดเฉพาะการจ้างงานภาครัฐที่ผู้กระทำเป็นข้าราชการพลเรือนเท่านั้น สำหรับในแง่ของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จำกัดเฉพาะเหตุที่เกี่ยวกับเพศ กล่าวคือ ครอบคลุมเฉพาะ “*การคุกคามทางเพศ*” หรือ Sexual harassment เท่านั้น ไม่ครอบคลุมการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

กรณี พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 อาจจำแนกได้ดังนี้

1. พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 นั้นมิได้เกี่ยวข้องกับ “การคุกคาม” โดยตรงดังเช่นกฎหมายคุ้มครองแรงงาน แต่มุ่งควบคุม “การเลือกปฏิบัติ” ดังนั้น หากการคุกคามนั้นมีลักษณะที่อยู่ในความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” แล้วก็อาจปรับใช้กฎหมายนี้ได้ แต่กฎหมายนี้มีขอบเขตจำกัดเฉพาะที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Ground of discrimination) บางเหตุเท่านั้นซึ่งก็คือ เหตุแห่งเพศ
2. พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 อาจปรับใช้กับการคุกคามทางเพศในมิติอื่นๆของการเลือกปฏิบัติ (Area of discrimination) นอกจาก มิติการจ้างแรงงานได้ แต่มีข้อจำกัดในแง่เหตุ

แห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะที่เกี่ยวกับเพศเท่านั้น ไม่ครอบคลุมการคุกคามด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

ดังนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายไทยจะพบว่า เหตุการณ์บางกรณี อาจอยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายไทย ปัจจุบัน เช่น นาย ก เป็นนายจ้าง ได้เจาะจงขอให้ นางสาว ข ซึ่งเป็นลูกจ้าง ไปดื่มสุรากับตนหลังเลิกงาน โดยมีการเชิญชวนซ้ำๆกัน รวมทั้งมีการสัมผัสร่างกายเช่น จับแขนของ นางสาว ข ด้วย กรณีเช่นนี้อาจปรับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับต่างประเทศ เช่น แคนาดา กรณีเช่นนี้อยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยที่เป็นอยู่จึงยังไม่เพียงพอและครอบคลุมสำหรับการคุกคามอันเป็นการเลือกปฏิบัติดังเช่น เหตุการณ์ต่อไปนี้⁴²⁴ ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ เช่น มลรัฐ Ontario แต่ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายไทย

- ก ถูกเพื่อนร่วมงานล้อเลียนเกี่ยวกับเชื้อชาติและบรรพบุรุษ ของ ก กรณีนี้อาจเข้าข่ายการคุกคามด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ และ บรรพบุรุษ (Ancestry)

- ค ถูกเพื่อนร่วมงานล้อเลียนเกี่ยวกับแนวปฏิบัติตามศาสนาของตน กรณีนี้อาจเข้าข่ายการคุกคามด้วยเหตุศาสนา ความเชื่อ

อาจสรุปได้ว่า การคุกคาม (Harassment) ที่อยู่ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนในส่วนของความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติ คือการแสดงความเห็น หรือ พฤติกรรม (Comment and Conduct) ที่ไม่พึงประสงค์ (Unwelcome) อันเกี่ยวข้องกับ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หากพิจารณาในขอบเขตนี้ จะพบว่า ตามกฎหมายไทยยังไม่ครอบคลุมถึงการคุกคามดังกล่าวอย่างข้อเท็จจริงลักษณะต่อไปนี้

การคุกคามในมิติของความสัมพันธ์ด้านแรงงาน ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ นอกเหนือจากการคุกคามทางเพศ ไม่อยู่ในขอบเขต พ.ร.บ คุ้มครองแรงงาน เช่น การใช้วาจาหรือการแสดงพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์ต่อลูกจ้างด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ ความเห็นทางการเมือง ฯลฯ แม้แต่ในกรณีการคุกคามทางเพศเองก็ตาม ในมิติของความสัมพันธ์ด้านแรงงานนั้น กฎหมายคุ้มครองแรงงานไม่ครอบคลุมถึงกรณีการคุกคามที่กระทำระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง

การคุกคามในมิติของความสัมพันธ์ด้านอื่นๆ เช่น ที่อยู่อาศัย บริการภาครัฐและเอกชน ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ไม่มีกฎหมายเฉพาะจะนำมาปรับใช้ เช่น การใช้วาจาหรือการแสดงพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์ต่อผู้เช่า ผู้มารับบริการ ผู้มาซื้อสินค้า ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ

⁴²⁴ Alberta Human Rights Commission, Human Rights In Alberta, Plain language information

4.15 การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น การเลือกปฏิบัติยังเกี่ยวข้องกับมิติของ “การได้รับการปฏิบัติที่ทำให้เกิดความพึงพอใจน้อยกว่าในการปฏิบัติต่อคนอื่นในที่สาธารณะ หรือการ ปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในลักษณะกีดกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (less favorably treatment)” โดยนัยนี้ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) จึงอยู่ในขอบเขตการศึกษาเรื่องการเลือกปฏิบัติด้วย⁴²⁵ ข้อเท็จจริงที่จัดอยู่ในขอบเขตของประเด็นปัญหานี้ เช่น การเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณะให้เกิดความเกลียดชังต่อบุคคลกลุ่มหนึ่ง ซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว รสนิยมทางเพศ ฯลฯ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า ในด้านหนึ่ง บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นและการสื่อสาร อย่างไรก็ตาม ในอีกด้านหนึ่ง การใช้เสรีภาพดังกล่าวอาจนำไปสู่การสร้าง ความขัดแย้งและความเกลียดชัง รวมไปถึงอาจนำไปสู่การก่อให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพและความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discriminatin ground) อันเกี่ยวข้องกับคุณลักษณะของกลุ่มบุคคลที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนมุ่งคุ้มครอง เช่น เชื้อชาติ ศาสนา สีผิว ความพิการ เพศ รสนิยมทางเพศ เป็นต้น ดังนั้น การกระทำดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มหนึ่งแตกต่างจากอีกกลุ่มหนึ่งบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ ทำให้ “Hate Speech” จัดอยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนในส่วนของการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุนี้ ในหัวข้อนี้จะได้ทำการศึกษาวิจัยถึง “การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)” ในมิติของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยเริ่มจากการชี้ให้เห็นถึงสภาพทั่วไปของ “Hate Speech” ในบริบทของสิทธิมนุษยชน จากนั้นจะศึกษาความหมายทั่วไปของ “Hate Speech” จากนั้นจะศึกษาหลักการทั่วไปของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็น เพื่อที่จะนำไปสู่การวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องต่อไป

4.15.1 “Hate Speech” ในบริบทของสิทธิมนุษยชน

ในบริบทของสิทธิมนุษยชนนั้น การแสดงออกซึ่งความเกลียดชัง มีจุดเริ่มจากการแสดงออกเกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติ สีผิว (Racism) เช่น การต่อต้านยิว (Anti-Semitism) รวมไปถึงทัศนคติการเกลียดกลัวคนต่างชาติ (Xenophobia) แนวคิดเช่นนี้มีรากฐานทางประวัติศาสตร์ยาวนานและเกี่ยวข้องกับ

⁴²⁵ เนื่องจากคำดังกล่าวยังไม่มีคำบัญญัติหรือกำหนดนิยามไว้ตามกฎหมายไทย ในงานวิจัยนี้จะใช้คำทับศัพท์ “Hate Speech” สลับกับ “การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง”

ปัจจัยต่างๆ ทั้งเศรษฐกิจ การเมือง สังคม วัฒนธรรม⁴²⁶ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่วางหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทาง “เชื้อชาติ” ไว้โดยเฉพาะ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination-CERD) อย่างไรก็ตาม การแสดงออกซึ่งความเกลียดชังได้ขยายตัวจากเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว มาถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ด้วย เช่น เพศ รสนิยมทางเพศ รวมไปถึงเหตุอื่นๆ ซึ่งไม่ได้จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ในหลายกรณีการแสดงออกซึ่งความเกลียดชังเป็นจุดเริ่มต้นของการปลุกระดมเพื่อนำไปสู่ความรุนแรงหรือการใช้กำลังต่างๆ ดังจะเห็นได้จากในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาซึ่ง “Hate Speech” ทำให้ความรุนแรงของสงครามในหลายแห่งขยายตัว นักวิชาการชี้ให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่าง “Hate Speech” กับความรุนแรงในประวัติศาสตร์หลายกรณี เช่น เหตุการณ์รุนแรงใน Bosnia⁴²⁷ ความรุนแรงต่อทาสในสมัยอาณานิคมและสงครามกลางเมืองในสหรัฐอเมริกา⁴²⁸ นักวิชาการบางท่านเห็นว่า “Hate Speech” ซึ่งได้รับการจัดการหรือสื่อสารอย่างเป็นระบบ (Systematic Campaign) เป็นเหตุผลรากฐานสำคัญอันหนึ่งซึ่งนำไปสู่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)⁴²⁹

วัตถุประสงค์สำคัญอันหนึ่งของ “Hate Speech” ก็คือการปฏิเสธความเป็นมนุษย์ของเหยื่อและส่งผลให้ผู้ถูกเกลียดชังได้รับความอับอายและดูหมิ่นเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นนำไปสู่ทัศนคติที่ว่า การกระทำรุนแรงต่อบุคคลเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ไม่ร้ายแรง⁴³⁰ ในแง่นี้ “Hate Speech” มีความเกี่ยวข้องกับ “Hate propaganda” หรือการโฆษณาชวนเชื่อ ซึ่งอาจมีวัตถุประสงค์เชื่อมโยงกับการเมือง ด้วยโดยการโฆษณาให้เกิดความเกลียดชังอาจถูกนำไปใช้เพื่อผลทางการเมือง และอาจนำไปสู่ความรุนแรงหรือสงครามตามมา ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า การแสดงออกซึ่งความเกลียดชังอันนำไปสู่การแบ่งแยกทางด้านเชื้อชาติ สีผิว ฯลฯ ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน และอาจนำไปสู่ความรุนแรงอันกระทบต่อสิทธิมนุษยชนด้านอื่นๆ ต่อไป

⁴²⁶ United Nations Centre for Human Rights , 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., New York : United Nations, 1991

⁴²⁷ John C Knechtel, “When to Regulate Hate Speech,” *Penn St Law Review* 110 (2006): 539, 546.

⁴²⁸ Alexander Tsesis, *Ibid*, pp 28-48.

⁴²⁹ Susan Benesch, “Vile Crime or Inalienable Rights : Defining Incitement to Genocide,” *Va Journal of International Law* 48 (2008).

⁴³⁰ Kathleen E Mahoney, “Hate Speech : The Regulation of Hate Speech in a Democracy,” *Wake Forest Law Review* 44 (2009): 497, 509.

4.15.2 ความหมายทั่วไปและองค์ประกอบที่สำคัญของ “Hate Speech”

จากการศึกษาพบว่า ในทางวิชาการนั้น ได้มีการอธิบายและนิยามความหมายของ “Hate Speech” ไว้แตกต่างกันไป เช่น

- Sandra Coliver นิยามความหมายของ Hate Speech ว่าหมายถึง “การแสดงออกถึงการดูหมิ่นเกลียดชัง การข่มขู่คุกคาม การยั่วยุปลุกกระตมให้เกิดความรุนแรง การแบ่งแยก (An expression which is abusive, insulting, intimidating, harassing and/or which incites to violence, hatred or discrimination)⁴³¹

- Rachel Weintraub-Reiter เน้นว่า Hate Speech รวมถึงการทำให้ระคายเคือง การแบ่งแยกชนชั้นของบุคคล การใช้คำพูดบนพื้นฐานของความเกลียดชัง การดูหมิ่น ด้วยเหตุแห่ง สีผิว เชื้อชาติ ศาสนา หรือเหตุอื่น รวมทั้งกลุ่มหลากหลายทางเพศ⁴³²

- Pankaj P. Umbarkar ขยายความว่า “Hate Speech” รวมถึงการสื่อสาร การแสดงออกใดๆ ซึ่งส่งผลให้เกิดสภาพแวดล้อมหรือบรรยากาศอันมีลักษณะเกลียดชังหรือคุกคาม (Hostile Environment) การกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบในด้านอารมณ์ของผู้ถูกกระทำ (Emotional Distress)⁴³³ จะเห็นได้ว่าในแง่ “Hate Speech” มีลักษณะใกล้เคียงกับการคุกคามในสถานที่ทำงานกรณีการสร้างบรรยากาศการทำงานอันเป็นการคุกคาม (Hostile Working Environment) ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วในหัวข้อการคุกคาม

- Alexander Tsesis เห็นว่า “Hate Speech” มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนหลายประเด็น เช่น ก่อให้เกิดการสื่อสารเชิงอคติ ทำให้เกิดการยอมรับทางสังคมที่ผิดพลาดเกี่ยวกับบุคคลที่ถูกกีดกันออกนอกกลุ่ม การทำให้เกิดภาพเหมารวมของกลุ่มที่ตกอยู่ภายใต้การกีดกัน สภาพเหล่านี้ทำให้ผู้ที่เกลียดชังมีแนวโน้มของการระบายหรือปลดปล่อยความขุ่นเคืองและโกรธไปสู่บุคคลกลุ่มน้อยหรือกลุ่มบุคคลที่เปราะบาง⁴³⁴

⁴³¹ Sandra Coliver, *Striking a Balance : Hate Speech, Freedom of Expression and non-discrimination* (International Centre Against Censorship Human Rights Centre, University of Essex, 1992), p. 363.

⁴³² Rachel Weintraub-Reiter, “Hate Speech over the internet : A Traditional Constitutional Analysis or a new cyber constitution?,” *Boston University Public Interest Law Journal* 8 (1998): 145.

⁴³³ Pankaj P. Umbarkar, “Free Speech and Hate Speech Syndrome : Unprincipled Animate in Media,” *Online International Interdisciplinary Research Journal* 4 (March, 2014).

⁴³⁴ Alexander Tsesis, *Destructive Messages : How Hate Speech Paves the Way for Harmful Social Movement* (NYU Press, 2002).

- สำหรับในประเทศไทยนั้น ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พิงรอร งามสุตร เรียก “Hate Speech” ว่า “ประทุษวาจา” และให้ความหมายว่า “เป็นการสื่อสารที่แสดงถึงความเกลียดชังผ่านรูปแบบอันไม่เหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยาม ใส่ร้ายป้ายสี ไปจนถึงการด่าทออยู่รายกาย โดยมิใช่ลักษณะของการปลุกปั่น ยุยง หรือปลุกระดมให้เกิดความเกลียดชังต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ซึ่งประเด็นการโจมตีพุ่งเป้าไปที่ ลักษณะเฉพาะ ทั้งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ เช่น เชื้อชาติ เพศสภาพ และเปลี่ยนแปลงได้ เช่น ศาสนา อุดมการณ์ โดยการสื่อสารดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดผลลัพธ์ในการแบ่งแยกไปจนถึงการขจัดกลุ่มบุคคลดังกล่าวออกจากสังคม ไม่ว่าจะโดยใช้ความรุนแรงทางกายภาพหรือความรุนแรงในเชิงนามธรรมก็ตาม ทั้งนี้เพียงแค่การกล่าวออกมาเพื่อให้อีกฝ่ายเกิดความเจ็บปวดก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของผลลัพธ์จาก Hate Speech เช่นเดียวกัน”⁴³⁵

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจะได้จำแนกองค์ประกอบที่สำคัญ (Elements) ของ “Hate Speech” ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนและการห้ามเลือกปฏิบัติ ได้ 4 ประการ ดังนี้

(1) การแสดงออกซึ่งการสื่อสารมีความหมายกว้างกว่าคำพูด ทั้งนี้แม้ว่าจะใช้คำว่า “Speech” แต่ก็ได้ไม่ได้มีความหมายจำกัดเฉพาะ การพูดหรือการสื่อสารด้วยวาจา (Verbal Communication) แต่มีความหมายครอบคลุม แสดงออกโดยการสื่อสารในรูปแบบต่างๆ เช่น คำพูด ลายลักษณ์อักษร พฤติกรรม กิริยาอาการ ภาพ ป้าย สัญลักษณ์ โดยอาจแสดงออกในช่องทางการสื่อสารต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นช่องทางกายภาพหรือช่องทางอิเล็กทรอนิกส์⁴³⁶

(2) “Hate Speech” มีความแตกต่างจากการสื่อสารที่มีความผิดตามกฎหมายอื่น เช่น การหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา เนื่องจาก กฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาทนั้น มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งซึ่งอาจได้รับความเสียหายจากการเผยแพร่ข้อมูลที่ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงบุคคลนั้นโดยเฉพาะเจาะจง อันสะท้อนให้เห็นจากองค์ประกอบสำคัญของกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาทของที่จะต้องระบุตัวผู้ถูกหมิ่นประมาทได้ชัดเจน แต่สำหรับ “Hate Speech” ในแง่กฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น มิได้มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่มุ่งป้องกันกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะร่วมกัน เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา จากการถูกกีดกันหรือแบ่งแยกในสังคม ซึ่งบุคคลในกลุ่มเหล่านี้มักจะเป็นกลุ่มบุคคลที่มักถูกเลือกปฏิบัติในมิติอื่นๆด้วย

⁴³⁵ พิงรอร งามสุตร, **ประทุษวาจา กับ โลกออนไลน์** (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2558), หน้า 31.

⁴³⁶ ในกฎหมายต่างประเทศ ขอบเขตความหมายของ “Speech” ก็มีความหมายกว้างกว่า “คำพูด” เช่น ในบริบทของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา “Freedom of Speech” มีความหมายรวมถึงการแสดงออกในรูปแบบการใช้คำพูด และการแสดงออกที่ไม่ใช้คำพูด (Non-speech) เช่น การใช้พฤติกรรม สัญลักษณ์ ; คณาธิป ทองรวีวงศ์, **กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารมวลชน** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2555), หน้า 70-71.

(3) ในทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น “Hate Speech” มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Discrimination Grounds) เช่น เชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เพศ ฯลฯ ลักษณะของ “Hate Speech” ข้อนี้นี้จะทำให้สามารถจำแนกความแตกต่างระหว่างการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังที่แม้ว่าเกิดจากความ “เกลียดชัง” เช่นเดียวกัน แต่สืบเนื่องจากมูลเหตุอื่น เช่น ความเกลียดชังอันสืบเนื่องมาจากความสัมพันธ์ส่วนบุคคล ออกจาก “Hate Speech” ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน สำหรับสื่อสารความเกลียดชังที่มีมูลเหตุอื่นไม่เกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นั้น ก็จะต้องไปพิจารณากฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องต่อไป

(4) การสื่อสารความเกลียดชัง อาจนำไปสู่ผลในเชิงนามธรรม เช่น การแบ่งแยกบุคคลในสังคมให้แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ หรืออาจส่งผลในเชิงรูปธรรม เช่น การปลุกระดมให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ หรือ ยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆต่อบุคคลบางกลุ่ม เช่น การไม่รับบุคคลบางกลุ่มเข้าทำงาน การปฏิเสธไม่ให้บริการกับบุคคลบางกลุ่ม เป็นต้น

4.15.3 ความสัมพันธ์ระหว่างเสรีภาพในการสื่อสาร (Freedom of Speech) และ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง

เสรีภาพในการสื่อสาร (Freedom of Speech) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของมนุษย์ ทั้งนี้เนื่องจาก การที่มนุษย์สามารถทำการสื่อสารใดๆตามความประสงค์ของตนนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งตั้งอยู่บนแนวคิด “การควบคุมหรือกำหนดตนเอง” (Personal Autonomy)⁴³⁷ หรือการกำหนดตัดสินใจในเรื่องราวเกี่ยวกับตน (Self-Determination)⁴³⁸ โดยเฉพาะในระบอบการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตยนั้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทำให้เกิดการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน โดยที่ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นในประเด็นทางการเมืองและประเด็นสาธารณะต่างๆ (Public Opinion)

ดังนั้น โดยทั่วไปแล้ว การสื่อสารที่ประกอบด้วยเนื้อหาต่างๆ รวมทั้งการสื่อสารเรื่องราวเกี่ยวกับความแตกต่างในความคิดเห็นด้าน เชื้อชาติ สีผิว เพศ ก็จัดว่าอยู่ภายใต้แนวคิดและหลักการของ เสรีภาพในการสื่อสาร ดังนั้น การกำหนดกฎหมายหรือมาตรการใดๆที่ส่งผลจำกัดเสรีภาพในการสื่อสาร โดยเฉพาะการสื่อสารสาธารณะ (Public Discourse) ก็ย่อมเป็นการส่งผลกระทบต่อเสรีภาพซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน

⁴³⁷ Sarah Buss, “Personal Autonomy,” in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta, ed. (2002), Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/personal-autonomy>.

⁴³⁸ Robert C. Post, “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment,” *William & Mary Law Review* 32 (1991): 267, 325–26.

ของมนุษย์ดังกล่าว นอกจากนี้ “Hate Speech” ยังมีส่วนในการการสร้างความอดทนต่อความหลากหลายในสังคม (Tolerance of Diversity)⁴³⁹ ซึ่งเป็นคุณลักษณะประการหนึ่งของสังคมประชาธิปไตย

อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพในการสื่อสารดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้อื่น และคุณค่าอื่นๆในสังคมประชาธิปไตย ทำให้เกิดแนวคิดและหลักกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว เพื่อให้เกิดการสร้างสมดุลระหว่างเสรีภาพในการสื่อสาร กับ คุณค่าอื่นๆ (Competing Values) เช่น การสื่อสารข้อมูลที่หมิ่นประมาทหรือทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียชื่อเสียง จะไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการสื่อสาร และมีความผิดตามกฎหมายหมิ่นประมาท⁴⁴⁰

หากพิจารณาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Protected Ground, Ground of Discrimination) เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ฯลฯ ในบริบทของการสื่อสารข้อมูลและการแสดงความคิดเห็นแล้วจะพบว่า การแสดงความคิดเห็นที่ก่อให้เกิดผลกระทบทางลบและความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวนั้น แม้ในด้านหนึ่งอาจพิจารณาว่าเป็นเสรีภาพของผู้ทำการสื่อสาร แต่ในอีกด้านหนึ่งอาจพิจารณาว่า การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวส่งผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลที่อยู่ในกลุ่มเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆเช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ฯลฯ ซึ่งอาจเรียกรวมๆว่า กลุ่มบุคคลที่ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นที่พึงพอใจอันมีเหตุสืบเนื่องจากเหตุแห่งความแตกต่างดังกล่าวนั่นเอง (Disfavored Group) ทั้งนี้ผลกระทบจากการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังต่อบุคคลกลุ่มดังกล่าวนี้ อาจจำแนกได้หลายประการ เช่น

- การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังส่งผลกระทบต่อ “ความมีศักดิ์ศรี” (Dignity)⁴⁴¹ ของมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของบุคคลกลุ่มที่มีความเปราะบาง (Vulnerable Group) หรือต่อบุคคลที่อยู่ในกลุ่มเสี่ยงต่อการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าว โดยบุคคลกลุ่มนี้อาจเรียกได้ว่า กลุ่มที่ได้รับการปฏิบัติ (Disfavored Group)

⁴³⁹ Pankaj P. Umbarkar, Ibid.

⁴⁴⁰ John Murphy, “Rethinking Injunctions in Tort Law,” *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007): 509, 518; Russell L. Weaver and David F. Partlett, “Defamation, Free Speech, and Democratic Governance,” *New York Law School Law Review* 50 (2005): 57.

⁴⁴¹ George R Wright, “Dignity and Conflicts of Constitutional Values: The Case of Free Speech and Equal Protection,” *San Diego Law Review* 43 (2006): 527, 544–45.

- การปฏิบัติที่ทำให้เกิดความพึงพอใจน้อยกว่าคนอื่น หรือ การปฏิบัติที่ทำให้เกิดการกีดกัน (Less Favorable Treatment)

นอกจากนี้ การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวนั้น ยังอาจเป็นการข่มขู่ คุกคาม (Intimidate) มิให้บุคคลกลุ่มที่มีลักษณะเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ได้แสดงความคิดเห็นของตนหรือเข้ามีส่วนร่วมในการแสดงออกหรือกิจกรรมสาธารณะ⁴⁴² การแสดงออกหรือการมีส่วนร่วมในกระบวนการประชาธิปไตย

- การสื่อสารเพื่อยืนยันถึงเหตุแห่งความแตกต่างมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างหนึ่งอันสามารถส่งผลกระทบในด้านต่างๆต่อการแสดงออกของกลุ่มคนที่แตกต่างหรือเปราะบางนั้น รวมทั้งอาจนำไปสู่ความแตกแยกและความไม่สงบในสังคมทำให้ภาครัฐต้องเข้ามาแทรกแซงการสื่อสารดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของกลุ่มผู้ได้รับผลกระทบและเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยเนื่องจากการสื่อสารดังกล่าวอาจนำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพด้วย

จะเห็นได้ว่า ประเด็นการจำกัด “Hate Speech” โดยกฎหมายนั้น เป็นสิ่งที่ต้องประสานระหว่างเหตุผลด้านสิทธิมนุษยชนสองเหตุผลกล่าวคือ ในด้านหนึ่งมนุษย์มีศักดิ์ศรีและเสรีภาพในการสื่อสาร กับ ในอีกด้านหนึ่งศักดิ์ศรีของมนุษย์ควรได้รับความคุ้มครองจากการสื่อสารที่เป็นการดูหมิ่นความเป็นมนุษย์ (Dignity-as-Liberty) (Dignity-as-Constraint)⁴⁴³

ในการสร้างความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการสื่อสารกับการควบคุม “Hate Speech” นั้นอาจพิจารณาจากกรอบแนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งระดับของ “Hate Speech” ดังเช่นที่นักวิชาการได้จำแนกออกเป็น 4 ระดับ คือ⁴⁴⁴

ระดับแรก การเลือกปฏิบัติโดยไม่เจตนา (Unintentional Discrimination) การกระทำลักษณะนี้สืบเนื่องจากทัศนคติของบุคคลที่อยู่ในกลุ่มคนส่วนใหญ่อันมีต่อคนกลุ่มน้อยที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การจำแนกความแตกต่างระหว่างคนผิวขาวกับคนผิวสี

ระดับที่สอง การเลือกปฏิบัติด้วยจิตสำนึกหรือด้วยเจตนา (Conscious Discrimination) ในระดับนี้เป็นการแสดงออกโดยการจำแนก แบ่งแยก กีดกัน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของอคติอันมีต่อบุคคลกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

⁴⁴² Charles J. Ogletree, Jr., “The Limits of Hate Speech: Does Race Matter?,” *Gonzaga Law Review* 32 (1996): 491, 502.

⁴⁴³ LaShel Shaw, “Hate Speech in cyberspace: bitterness without boundaries,” *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 25 (2011).

⁴⁴⁴ Anthony JP Cortese, *Opposing Hate Speech* (Westport CT: Praeger Publishers, 2006), pp. 7-9.

ระดับที่สาม การกระตุ้นยั่วให้เกิดความเกลียดชังโดยการเลือกปฏิบัติ (Inciting Discriminatory Hatred) ในระดับนี้นอกจากมีระดับของการสื่อสารที่ทำให้บุคคลกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อยู่ในสถานะที่ถูกดูหมิ่นเหยียดหยาม ลดคุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์แล้ว ยังมีลักษณะของการกระตุ้นให้บุคคลอื่นร่วมแสดงความเกลียดชังด้วย โดยเฉพาะการทำให้เกิดการกระทำกีดกันทางกายภาพต่อบุคคลกลุ่มดังกล่าว ทำให้รู้สึกหรือได้รับการปฏิบัติอันพึงพอใจน้อยกว่าในที่สาธารณะ

ระดับที่สี่ การกระตุ้นยั่วให้เกิดความรุนแรงโดยการเลือกปฏิบัติ (Inciting Discriminatory Violence) ในระดับนี้การสื่อสารที่แสดงความเกลียดชัง นอกจากจะกระตุ้นยั่วให้บุคคลอื่นแสดงความเกลียดชังต่อบุคคลกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังกระตุ้นให้เกิดการกระทำทางกายภาพ เช่น กระตุ้นให้เกิดการต่อสู้ ทำร้าย บุคคลกลุ่มดังกล่าวด้วย

ตามกรอบแนวพิจารณานี้ จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปแล้ว “Hate Speech” ในระดับแรกหรือระดับที่สองอาจอยู่ในขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยกฎหมายบางประเทศที่ให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอาจยังไม่ควบคุมในระดับนี้ แต่สำหรับ “Hate Speech” ซึ่งถึงระดับที่ก่อให้เกิดผลทางกายภาพเช่น การกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติในระดับที่สาม หรือการกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงในระดับที่สี่ ดังนี้อาจถือได้ว่าเป็นการเกินขอบเขตของเสรีภาพในการสื่อสารซึ่งกฎหมายจำต้องเข้ามาควบคุม ซึ่งรายละเอียดการควบคุมอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศดังจะได้ศึกษาต่อไป

ดังนั้น ในทางกฎหมายแล้ว อาจสรุปได้ว่า เหตุผลที่กฎหมายเข้ามาควบคุม Hate Speech อาจแบ่งได้ 2 ประการคือ

1) เพื่อป้องกันการนำไปสู่การกระทำความผิดทางกายภาพหรือความรุนแรงในสังคม เนื่องจาก Hate Speech อาจกระตุ้นให้เกิดการกระทำรุนแรงระหว่างกลุ่มบุคคลได้

2) เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) โดยเฉพาะกลุ่มบุคคลที่กฎหมายเห็นว่ามีความเปราะบาง (Vulnerable Group) หรือกลุ่มที่ควรได้รับการปกป้องเป็นพิเศษ

เหตุผลเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งอยู่ภายใต้กรอบแนวคิดสิทธิมนุษยชนนี้ ได้รับการรับรองโดยกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ดังจะได้กล่าวต่อไป

4.15.4 กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเกี่ยวกับ “Hate Speech”

เหตุผลที่กฎหมายเข้ามาควบคุม Hate Speech เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งอยู่ภายใต้กรอบแนวคิดสิทธิมนุษยชนนี้ ได้รับการรับรองโดยกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหลายฉบับในกรอบของสหประชาชาติ ดังจะได้ชี้ให้เห็นต่อไปนี้

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Human Rights 1948 หรือ UDHR)

ข้อ 19 มีหลักว่า

“บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและแสดงออกโดย ปราศจากการแทรกแซง และมีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลผ่านสื่อทุกชนิดโดยปราศจากการปิดกั้น”

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

ข้อ 19 มีหลักว่า

1. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง
2. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดเห็นทุกประเภทโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก
3. การใช้สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสองของข้อนี้ ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ
 - (ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น
 - (ข) การรักษาความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อยหรือการสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชน

ข้อ 20 มีหลักว่า

1. การโฆษณาชวนเชื่อใดๆเพื่อการสงคราม เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย
2. การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย

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

ข้อ 4 มีหลักว่า

รัฐภาคีประณามการโฆษณาชวนเชื่อ (Propaganda) ทั้งมวลและองค์กรทั้งปวงที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็นหรือทฤษฎีของความเหนือกว่าของชนชาติหนึ่งชนชาติใดหรือของกลุ่มบุคคลตามสีผิวหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด หรือที่พยายามให้เหตุผลรองรับหรือส่งเสริมความเกลียดชังระหว่างเชื้อชาติหรือการเลือกปฏิบัติในรูปแบบใดก็ตาม และตกลงที่จะจัดให้มีมาตรการในทางบวกในทันทีที่จะจัดการกระตุ้นหรือการกระทำที่เลือกปฏิบัติและเพื่อการนี้จะดำเนินการต่างๆโดยคำนึงถึงหลักการที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและสิทธิต่างๆที่ได้รับระบุในข้อ 5 ของอนุสัญญานี้ ซึ่งรวมถึง

(ก) จะประกาศให้การเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากการแตกต่างทางเชื้อชาติ การช่วยกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และการกระทำที่รุนแรงหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำรุนแรงนั้นต่อชนเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใดหรือกลุ่มบุคคลที่มีสีผิวอื่นหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดอื่น ตลอดจนการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนทางการเงินต่อกิจกรรมชาตินิยม จึงเป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

(ข) จะประกาศให้องค์กร กิจกรรมจัดตั้ง และกิจกรรมโฆษณาชวนเชื่อ อื่นๆ ทั้งปวงที่ส่งเสริมและกระตุ้นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ เป็นสิ่งผิดกฎหมายและต้องห้าม และให้การเข้าร่วมในองค์กรหรือกิจกรรมเหล่านั้น เป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

(ค) จะไม่อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือขององค์กรของรัฐ ทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ส่งเสริมหรือกระตุ้นให้มีการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ

ข้อสังเกต : อนุสัญญานี้ มีผลบังคับใช้กับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2546 แต่มีการตั้งข้อสงวนในข้อ 4 นี้ ต่อมาในปี 2559 คณะรัฐมนตรีมีมติให้ถอนข้อสงวนดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้ไทยต้องพิจารณาว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่สอดคล้องกับข้อ 4 ของอนุสัญญาหรือไม่ โดยมติคณะรัฐมนตรี มีการกล่าวว่า “...ให้กระทรวงยุติธรรมรับความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศและสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติเกี่ยวกับความพร้อมของประเทศไทยต่อการถอนข้อสงวนข้อบทที่ ๔ ของอนุสัญญา CERD ซึ่งประเทศไทยสามารถถอนข้อสงวนดังกล่าวได้โดยไม่ต้องออกกฎหมายใหม่ โดยได้อ้างอิงถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นั้น โดยที่กฎหมายเหล่านั้นยังไม่ได้กำหนดฐานความผิดเฉพาะตามข้อบทที่ ๔ ของอนุสัญญา CERD อีกทั้งบทลงโทษระบุเพียงกว้าง ๆ ไม่ระบุโทษที่ชัดเจนตามความผิดที่ปรากฏในอนุสัญญา CERD แต่เป็นการระบุโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการให้ร้ายและสร้างความเกลียดชัง จึงต้องอาศัยการตีความกฎหมายเหล่านั้นเป็นรายการที่ว่า รวมถึงการกระทำที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติหรือไม่...”⁴⁴⁵ จะเห็นได้ว่า จากการถอนข้อสงวนนั้นโดยหลักแล้วไทยต้องมีพันธกรณีในการตรากฎหมายโดยเฉพาะตามข้อ 4 (ก) ซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ควบคุม “Hate speech” อย่างไรก็ตาม จากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกล่าวถึงกฎหมายที่มีอยู่ (Existing laws) ของไทยว่า “ยังไม่ได้กำหนดฐานความผิดเฉพาะ” และต้อง “อาศัยการตีความเป็นรายการไป” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์⁴⁴⁶

อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948)

ข้อ 3 (a) มีหลักว่า

“การยั่วยุโดยตรงและต่อสาธารณะให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์สามารถถูกลงโทษได้”

⁴⁴⁵ มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 7 มิถุนายน 2559 https://cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99319738

⁴⁴⁶ โปรดดูการวิเคราะห์เพิ่มเติมในภาคผนวก

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

ข้อ 13 วางหลักไว้ว่า

1. แรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัวมีสิทธิในความคิดเห็นโดยปราศจากการ
แทรกแซง
2. แรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัวมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็น (freedom of
expression) ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการแสวงหา ได้รับ ข้อมูลข่าวสาร รวมทั้งแนวคิดไม่ว่ารูปแบบและสื่อใดๆ
3. การใช้สิทธิดังกล่าวในข้อ 2. จะต้องอยู่ภายใต้หน้าที่และความรับผิดชอบ และต้องอยู่ภายใต้
ข้อจำกัดบางประการซึ่งจะต้องกำหนดโดยกฎหมายและมีความจำเป็นดังต่อไปนี้

ก. เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือชื่อเสียงของผู้อื่น

ข. เพื่อป้องกันความมั่นคงของรัฐเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสาธารณะหรือสุขภาพหรือ
ศีลธรรมของประชาชน

ค. เพื่อป้องกันการโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับการทำสงคราม

ง. เพื่อป้องกันการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งชาติ เชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งกระตุ้นให้
เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือ ความรุนแรง

จะเห็นว่า ข้อ 13 รับรองสิทธิแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว โดยให้
ความสำคัญกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น อย่างไรก็ตาม หลักการเกี่ยวกับ “Hate Speech” ปรากฏ
อยู่ในฐานะเป็นข้อยกเว้นของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น กล่าวคือ การแสดงความคิดเห็นนั้นอาจถูก
จำกัดโดยกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกัน “Hate Speech” อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า เหตุของการ
สื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” ที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญานี้มีจำกัดเฉพาะ “ชาติ เชื้อชาติ
ศาสนา” เท่านั้น ดังนั้นการสื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” ด้วยเหตุอื่น จึงไม่อยู่ภายใต้หลักการของ
ข้อ 13 กล่าวคือ จะต้องกลับไปพิจารณาหลักทั่วไปของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของแรงงาน
โยกย้ายถิ่นฐาน โดยรัฐไม่สามารถตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารดังกล่าวด้วยเหตุอื่นนอกจาก
“ชาติ เชื้อชาติ ศาสนา” ได้

ข้อสังเกต อนุสัญญาฉบับนี้ไทยยังไม่ได้เป็นภาคี ดังนั้นจึงไม่มีพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะต้องผูกพัน อย่างไรก็ตามหลักการเกี่ยวกับ “Hate Speech” ตามอนุสัญญานี้สามารถนำมาพิจารณาประกอบการศึกษาการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” ของไทยได้

4.15.5 แนวทางการตีความตราสารระหว่างประเทศในกรอบสหประชาชาติเกี่ยวกับ “Hate Speech”

จากหลักเกณฑ์ตามตราสารระหว่างประเทศในกรอบสหประชาชาติ ปรากฏการตีความที่สำคัญดังนี้

ความเห็นทั่วไป ที่ 10 ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ⁴⁴⁷

“การใช้สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอาจถูกจำกัดได้ โดยข้อจำกัดนั้นอาจเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของบุคคลอื่น (Interests of Other Persons) หรือประโยชน์ของชุมชนโดยรวมทั้งหมด”

ความเห็นทั่วไป ที่ 11 ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ⁴⁴⁸ “มาตรา 20 กล่าวว่า การโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับสงครามและการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังเกี่ยวกับชาติ เชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือความรุนแรง อาจถูกห้ามโดยกฎหมาย คณะกรรมการมีความเห็นว่า

- กรณีการโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับสงคราม คณะกรรมการเห็นว่า ข้อจำกัดหรือการห้ามดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 19 ดังนั้น การจำกัดจะขยายไปถึงการโฆษณาชวนเชื่อทุกรูปแบบซึ่งมีลักษณะก้าวร้าวรุนแรงหรือละเมิดต่อความสงบอันขัดต่อสนธิสัญญาของสหประชาชาติ

- กรณีการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังเกี่ยวกับชาติ เชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ คณะกรรมการเห็นว่าครอบคลุมทั้งการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ภายในและภายนอกรัฐนั้น โดยจะต้องมีการตรากฎหมายกำหนดให้ชัดเจนว่าการโฆษณาชวนเชื่อและการสนับสนุนอย่างไรจึงขัดต่อนโยบายสาธารณะ

⁴⁴⁷ Human rights committee, General comment No. 10, adopted 29 June 1983, article 19, freedom of expression

⁴⁴⁸ 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)

ข้อแนะนำทั่วไปที่ XV ของ คณะกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ⁴⁴⁹

รัฐจะต้องตรากฎหมายที่เหมาะสมและบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ การคุกคามและการกระทำรุนแรงเกี่ยวกับเชื้อชาตินั้นอาจนำไปสู่ความรุนแรงหรือความเป็นปฏิกษณ์อื่นๆ การแทรกแซงของรัฐจึงเป็นวิธีการที่สอดคล้องกับพันธกรณีในการตอบสนองต่อเรื่องดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ ในความเห็นของคณะกรรมการนั้น การห้ามเผยแพร่แนวคิดบนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางด้านเชื้อชาติ หรือ ความเกลียดชังนั้น ไม่ขัดแย้งกับสิทธิและเสรีภาพของการแสดงความเห็นตาม UDHR ข้อ 19 และ CERD ข้อ 5 เนื่องจากการที่พลเมืองจะใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หน้าที่และความรับผิดชอบด้วย ซึ่งการไม่เผยแพร่ความคิดเห็นเกี่ยวกับชาตินิยมนั้นก็จัดเป็นหน้าที่ประการหนึ่ง

ข้อแนะนำทั่วไปที่ XXX ของคณะกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ⁴⁵⁰

คณะกรรมการแนะนำให้รัฐใช้มาตรการหลายประการเพื่อป้องกันการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังด้านเชื้อชาติที่มีความรุนแรง โดย

- ใช้มาตรการสำหรับต่อสู้กับทัศนคติความเกลียดคนต่างชาติและพฤติกรรมที่มีต่อบุคคลที่มีเชื้อพลเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังและความรุนแรง นอกจากนี้ควรส่งเสริมให้มีความเข้าใจหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่มีเชื้อพลเมือง

- ดำเนินการต่อต้านการตีตรา การกำหนดโปรไฟล์ (Profile) การสรุปภาพเหมารวมของบุคคล (Stereotype) บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว การสืบเชื้อสาย ชาตินิยม การเป็นสมาชิกของกลุ่มที่มีเชื้อพลเมือง โดยเฉพาะการกระทำดังกล่าวซึ่งเกิดจากนักการเมือง นักการศึกษา สื่อมวลชน ในทางสื่อต่างๆ ทั้งอินเทอร์เน็ต สื่ออิเล็กทรอนิกส์ การสื่อสารเครือข่ายและในสังคมทั่วไป

จะเห็นได้ว่า ไทยมีพันธกรณีในการดำเนินการกับ “Hate Speech” ดังเช่น ตาม ICCPR นั้นไทยมีพันธกรณีที่จะต้องบัญญัติกฎหมายห้ามการโฆษณาชวนให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (ข้อ 20) แม้ว่าตามอนุสัญญาอื่นไทยยังอาจมีการตั้งข้อสงวนในเรื่องดังกล่าวไว้ (เช่น ข้อ 4 ของ CERD) หรือในกรณีกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่ไทยยังไม่ได้เป็นภาคีก็ตาม

⁴⁴⁹ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XV, adopted 23 March 1993, Organized violence based on ethnic origin (Article 4)

⁴⁵⁰ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XXX, adopted 1 October 2004, General Recommendation on Discrimination Against Non Citizens

4.15.6 คดีสำคัญเกี่ยวกับ “Hate Speech” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

จากกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนนั้น รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการสื่อสาร ในฐานะสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่สำคัญและเป็นหลัก แต่มีการกำหนดข้อยกเว้นบางประการสำหรับการกระทำของรัฐที่อาจกระทบเสรีภาพดังกล่าว ตัวอย่างเช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 19 (3) เป็นข้อยกเว้นของ 19 (2) และข้อ 20

กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนนั้น มีการบัญญัติคำว่าเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็นหรือการแสดงออกไว้อย่างชัดเจน แต่ไม่มีการระบุคำว่า “Hate Speech” ไว้โดยเฉพาะ หากพิจารณาข้อจำกัดของการแสดงความคิดเห็นตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นพบว่า จะมุ่งเน้นกรณีการสื่อสารที่ “กระตุ้น หรือ ยุยง” (Incitement) ให้ก่อให้เกิดการกระทำบางอย่าง เช่น การเลือกปฏิบัติ ความรุนแรง

สำหรับการตีความข้อ 20 นั้น ในปี 2011 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Human Rights Committee) เผยแพร่ความเห็นทั่วไปเกี่ยวกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (General Comment No. 34 on the ICCPR) ให้เหตุผลว่า Hate Speech ในหลายกรณีนั้นยังไม่น่าจะมีความร้ายแรงถึงระดับในข้อ 20

ในปี 2012 Frank La Rue ผู้ตรวจการพิเศษแห่งสหประชาชาติว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและ เสรีภาพในการแสดงออกได้เสนอรายงานต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ครั้งที่ 67 ในวันที่ 7 กันยายน 2012 ในประเด็นการตีความ “การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง” (Incitement to Hatred) ตามข้อ 20 (2) ว่า

“การรณรงค์ด้วยความเกลียดชังบนพื้นฐานของ สัญชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนานั้นยังไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน แต่การรณรงค์ดังกล่าวจะเป็นการละเมิดเมื่อมีการยั่วยุให้เกิดการดูถูกเหยียดหยาม, ความเป็นศัตรู หรือความรุนแรง หรือเมื่อผู้พูดพยายามปลุกเร้าให้เกิดการตอบสนองในหมู่ผู้ฟัง

เนื่องจากข้อ 20 (2) ใน ICCPR ได้ระบุว่า การรณรงค์ด้วยความเกลียดชังทางสัญชาติ, เชื้อชาติหรือศาสนาเพื่อยั่วยุให้เกิดการดูถูกเหยียดหยาม, ความเป็นศัตรู หรือความรุนแรงสามารถถูกจำกัดได้ตามกฎหมาย จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำให้เกิดความเข้าใจในการให้นิยามของคำศัพท์ที่ใช้ เพื่อป้องกันการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างผิดวัตถุประสงค์ การตีความนี้ประกอบไปด้วยสามองค์ประกอบหลักคือ

- 1) การรณรงค์ให้เกิดความเกลียดชังเท่านั้นที่เข้าข่ายละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ
- 2) ความเกลียดชังนั้นต้องเป็นผลมาจากการรณรงค์ซึ่งประกอบด้วยการยั่วยุ มากกว่าที่จะเป็นการยั่วยุเพียงอย่างเดียว
- 3) การยั่วยุนั้นต้องนำไปสู่ผลลัพธ์หนึ่งในสามประการ นั่นคือการถูกเหยียดหยาม, ความเป็นศัตรู และความรุนแรง

จากนิยามข้างต้น การรณรงค์ด้วยความเกลียดชังบนพื้นฐานของสัญชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนานั้น ไม่ใช่การละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วยตัวของมันเอง การรณรงค์นั้นจะกลายเป็นการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศก็ต่อ เมื่อการรณรงค์นั้นๆ ประกอบด้วยการยั่วยุให้เกิดการถูกเหยียดหยาม, ความเป็นศัตรู หรือความรุนแรง หรือเมื่อผู้พูดพยายามปลุกเร้าให้เกิดการตอบสนองในหมู่ผู้ฟัง”

ตัวอย่างคดีสำคัญได้แก่ วันที่ 19 สิงหาคม ปี 2000 กลุ่มที่ใช้ชื่อว่า Bootboys จัดงานเดินขบวนรำลึกถึง Rudolf Hess ผู้นำลำดับที่สามของนาซีรองจากอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ และเกอร์มัน แฮร์ริง ใกล้กับออสโล เมืองหลวงของประเทศนอร์เวย์ ผู้เข้าร่วมเดินขบวนทั้ง 38 คนแต่งตัวด้วยชุดทหาร โดยมี Terje Sjolie เป็นผู้นำขบวนและผู้จัดงาน เมื่อกลุ่ม Bootboys เดินขบวนไปถึงจัตุรัสในเมือง Terje Sjolie ได้กล่าวสุนทรพจน์มีใจความสำคัญว่า

“เรามาชูหน้ากันที่นี่เพื่อเป็นเฉลิมฉลองให้กับความกล้าหาญของวีรบุรุษ รูดอล์ฟ เฮสส์ ผู้ปกป้องรักษาเยอรมันและยุโรปจากลัทธิบอลเชวิคและยิวในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ในขณะที่เรายืนอยู่ที่นี่ ชาวยิวและคอมมิวนิสต์มากกว่า 15,000 คนกำลังชุมนุมเพื่อต่อต้านเสรีภาพในการพูดและเผ่าพันธุ์คนผิวขาว ในทุกๆ วัน พวกผู้อพยพพลัน, ชัมซันและฆ่าชาวนอร์เวย์ ในทุกๆ วัน ประเทศนี้กำลังถูกแย่งชิงและทำลายโดยชาวยิว ซึ่งสูญความมั่งคั่งของประเทศเราและแทนที่ด้วยความคิดที่ผิดแผกไปจากความ เป็นนอร์เวย์ ที่ผ่าน มาเราถูกห้ามไม่ให้เดินขบวนในออสโลถึงสามครั้ง ในขณะที่พวกคอมมิวนิสต์ไม่แม้แต่จะต้องขออนุญาต นี่หรือคือเสรีภาพในการพูด? นี่หรือคือประชาธิปไตย? ท่านผู้นำที่เคารพของเรา อดอล์ฟ ฮิตเลอร์และรูดอล์ฟ เฮสส์ นั่งอยู่ในคุกเพราะสิ่งที่พวกเขาเชื่อ พวกเราจะไม่ละทิ้งหลักการและความพยายามของพวกเขา ในทางตรงกันข้าม พวกเราจะเดินตามรอยฮิตเลอร์และเฮสส์ พวกเราจะต่อสู้ในสิ่งที่พวกเราเชื่อ ด้วยการสร้างนอร์เวย์ขึ้นมาในแบบชาตินิยม-สังคมนิยม”

ภายหลังการเดินขบวน มีรายงานว่าเหตุการณ์รุนแรงอย่างต่อเนื่อง เช่น เด็กวัย 15 ปี ถูกครึ่งกานา-นอร์เวย์ถูกแทงเสียชีวิตโดยสมาชิกกลุ่ม Bootboys สามคน หลังการเดินขบวนของกลุ่ม Bootboys ซึ่งผู้เห็นเหตุการณ์จำนวนหนึ่งได้เข้าแจ้งความกับตำรวจ เดือนกุมภาพันธ์ปี 2001 Terje Sjolie ถูกแจ้งข้อหาละเมิดกฎหมายอาญามาตรา 135a ของนอร์เวย์ ซึ่งห้ามไม่ให้บุคคลกระทำการข่มขู่ เหยียดหยาม

หรือทำให้เกิดความเกลียดชัง ก่อแวน หรือเหยียดหยามบุคคลหรือกลุ่มคน เนื่องจากความเชื่อ เชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ หรือชาติพันธุ์ มีโทษปรับหรือจำคุกไม่เกินสองปี ต่อมาในเดือนมีนาคม 2001 ศาลชั้นต้นได้ยกฟ้อง แต่ศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษาว่า Terje Sjolie มีความผิด เนื่องจากสุนทรพจน์ของ Terje Sjolie ยอมรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวซึ่งถือว่ามีความผิดตามมาตรา 135a ต่อมาศาลฎีกาได้กลับคำพิพากษา ศาลอุทธรณ์ว่า Terje Sjolie ไม่มีความผิด โดยให้เหตุผลว่าการลงโทษการยอมรับลัทธินาซีจะนำไปสู่การแบนองค์กรนาซี ซึ่งศาลพิจารณาว่าเป็นการกระทำเกินกว่าเหตุและอาจจะละเมิดเสรีภาพในการพูด ซึ่งได้รับการรับรองในมาตรา 100 ของรัฐธรรมนูญนอร์เวย์ เสียงส่วนใหญ่ของคณะผู้พิพากษาเห็นว่าเนื้อหาในสุนทรพจน์เป็นการพูดโน้มน้าวใจตามแบบลัทธินาซี และไม่มีสิ่งใดเกินเลยไปกว่าการแสดง ความสนับสนุน แนวความคิดแบบสังคมนิยมชาตินิยม ไม่เพียงพอที่จะสรุปว่าสุนทรพจน์นี้แสดงการยอมรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง และแม้ว่าสุนทรพจน์นี้จะมีลักษณะไม่เป็นมิตรและคุกคาม แต่ไม่ปรากฏว่ามีการข่มขู่ในเนื้อหาของสุนทรพจน์ หรือการชี้แนะให้เกิดการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะ

ต่อมากลุ่มชาวยิวในออสโลและพันธมิตรได้ส่งเรื่องร้องเรียนไปยังคณะกรรมการเพื่อกำจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติแห่งสหประชาชาติหรือ (UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination) หรือ CERD ว่ารัฐนอร์เวย์ละเมิดสิทธิของพวกตนตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัด การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (International Convention on the Elimination of Racial Discrimination) ในปี 2005 CERD มีความเห็นว่าหลักการที่ว่าด้วยเสรีภาพในการพูดจะได้รับการคุ้มครองในระดับต่ำ เมื่อเสรีภาพในการพูดนั้นเป็นประเด็นการเหยียดเชื้อชาติและคำพูดที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง และการจำกัดความคิดที่มีรากฐานอยู่บนการแสดงความคิดเห็นที่เกินกว่าทางเชื้อชาตินั้นไม่ละเมิดสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการแสดงออก การจำกัดเสรีภาพในการพูดในบริบทของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติไม่ถือเป็นการลดทอนความหมายของหลักการเสรีภาพในการแสดงออกแต่อย่างใด เนื่องจากกลไกสิทธิมนุษยชนระดับนานาชาติได้รับรองความเป็นไปได้ที่จะจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกในบางสถานการณ์ CERD เห็นว่า แฉลงการณ์ของ Terje Sjolie ที่มีลักษณะคุกคามอย่างชัดเจนไม่ได้รับการคุ้มครองเนื่องจากข้อยกเว้นที่กล่าวมา จากคดีนี้จะเห็นได้ว่าการให้น้ำหนักกับการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังมากกว่าเสรีภาพในการสื่อสาร

4.15.7 กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค

สำหรับความตกลงระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคที่เกี่ยวข้องกับ “Hate Speech” มีตัวอย่างเช่น

สนธิสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (American Convention on Human Rights)

ข้อ 13 วางหลัก รับรองเสรีภาพในความคิดเห็นและการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น (13.1)

อย่างไรก็ตาม รัฐอาจมีข้อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้เช่นในกรณีการเซ็นเซอร์ซึ่งสามารถตรากฎหมายได้เฉพาะในกรณีมีวัตถุประสงค์คุ้มครองเด็กและวัยรุ่น (13.4) นอกจากนี้ รัฐยังอาจตรากฎหมายกำหนดความผิดสำหรับ การโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดการทำสงคราม การสนับสนุนใดๆให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งมีส่วนกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือการกระทำใดๆในลักษณะดังกล่าวต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลด้วยเหตุเกี่ยวกับ เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา ชาติกำเนิด (13.5)

สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนแอฟริกา (African Charter on Human and Peoples' Rights)

ข้อ 9 รับรองสิทธิของปัจเจกชนในการรับข้อมูลข่าวสาร แสดงออกและเผยแพร่ความคิดเห็นของตนภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสนธิสัญญานี้มิได้กล่าวถึง “Hate Speech” ไว้อย่างชัดเจน แต่การสื่อสารที่สร้างความเกลียดชังอาจมีข้อจำกัดได้ภายใต้ “ขอบเขตของกฎหมาย”

สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights หรือ ECHR)

ข้อ 10 วางหลักคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รวมทั้งเสรีภาพในการได้รับข้อมูลข่าวสารโดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ อย่างไรก็ตาม เสรีภาพดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้หน้าที่และความรับผิดชอบ กล่าวคือ “รัฐอาจมีการจำกัดเสรีภาพนี้โดยตรากฎหมายซึ่งมีความจำเป็นตามระบอบประชาธิปไตย เพื่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของสาธารณะ การป้องกันความไม่สงบหรืออาชญากรรม การป้องกันสุขภาพหรือศีลธรรม การปกป้องชื่อเสียงหรือสิทธิผู้อื่น...”

แม้ว่าข้อ 10 นี้ไม่ได้กล่าวถึง “Hate Speech” ไว้อย่างชัดเจน แต่การสื่อสารที่สร้างความเกลียดชัง อาจจัดอยู่ในความหมายของการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความไม่สงบได้

ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับ Hate Speech ของยุโรปตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปมาตรา 10 นั้น ศาลจะพิจารณาองค์ประกอบ 4 ประการได้แก่ มีการแทรกแซงการแสดงความคิดเห็นหรือไม่ การแทรกแซงนั้นมีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่ กฎหมายดังกล่าวเป็นไปด้วยวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามสนธิสัญญาหรือไม่ การแทรกแซงนั้นจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยหรือไม่

4.15.8 คดีสำคัญเกี่ยวกับ “Hate Speech” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค

ในส่วนนี้จะได้ชี้ให้เห็นคดีเกี่ยวกับ Hate Speech ที่ตัดสินโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights หรือ ECHR) คดีส่วนมากแสดงให้เห็นถึงกรณีที่ผู้ร้องซึ่งกระทำการสื่อสารแสดงความเกลียดชังต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่น และถูกลงโทษตามกฎหมายภายในของประเทศนั้น ECHR วินิจฉัยคดีโดยการพิจารณาจากหลักของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปมาตรา 10 ที่วางหลักคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสาร โดยมีข้อยกเว้นเกี่ยวกับ “Hate Speech” คดีตัวอย่างของ ECHR เช่น⁴⁵¹

Pavel Ivanov v. Russia 20/02/2007 ผู้ร้องเป็นเจ้าของและบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ ถูกตัดสินโทษตามกฎหมายภายในว่ามีความผิดฐานกระตุนให้เกิดความเกลียดชังเกี่ยวกับเชื้อชาติ และ ศาสนา โดยการใช้สื่อสารสาธารณะ เนื่องจากผู้ร้องพิมพ์เผยแพร่บทความเกี่ยวกับชาวยิวในรัสเซียเรียกร้องให้กีดกันชาวยิวออกจากสังคม ศาลเห็นว่าการกระทำของผู้ร้องเกี่ยวข้องกับการกระตุนให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุเชื้อชาติ ซึ่งขัดแย้งกับคุณค่าที่สนธิสัญญานี้มุ่งคุ้มครอง โดยเฉพาะความอดทน ความสงบของสังคม และการไม่เลือกปฏิบัติ

Garaudy v. France 24 June 2003 ผู้ร้องเป็นผู้เขียนหนังสือ *The Founding Myths of Modern Israel* ถูกตัดสินตามกฎหมายภายในว่ามีความผิดฐานกระตุนให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ผู้ร้องอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ศาลเห็นว่าเนื้อหาที่ผู้ร้องเผยแพร่นั้นมีลักษณะเป็นการปฏิเสธว่าไม่เคยมีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) ซึ่งเป็นกรณีเนื้อหากระตุนให้เกิดความเกลียดชัง การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานของสนธิสัญญานี้ ดังนั้นผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิอ้างเสรีภาพในการสื่อสารตามข้อ 10

⁴⁵¹ European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#>

M'Bala M'Bala v. France 20 October 2015 ผู้ร้องเป็นนักแสดงตลก โดยได้ทำการแสดงที่มีเนื้อหาทำให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุเชื้อชาติ (ชาวยิว) ผู้ร้องอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ศาลเห็นว่า การแสดงฉากที่พิพาทนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นเพียงความบันเทิง แต่มีลักษณะเช่นเดียวกับการประชุมทางการเมือง โดยมีเนื้อหาทางการเมืองซ่อนอยู่ในรูปแบบของการแสดงตลก เนื้อหาดังกล่าวเป็นการลดคุณค่าของชาวยิวที่เป็นเหยื่อของการสื่อสารดังกล่าว จึงมิใช่การแสดงที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของข้อ 10 แต่เป็นการแสดงความเกลียดชัง (การปฏิเสธว่าไม่เคยมีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) โดยแฝงหรือซ่อนอยู่ในรูปของการแสดงออกซึ่งงานศิลปะเท่านั้น (Disguised as an artistic production)

Glimmerveen and Hagenebeek v. the Netherlands 11 October 1979 ผู้ร้องเผยแพร่ใบปลิวมีข้อความมุ่งหมายให้บุคคลที่มีเชื้อคนผิวขาวออกไปจากเนเธอร์แลนด์ คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธิอ้างข้อ 10 ว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อเผยแพร่แนวคิดซึ่งมีลักษณะเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ

Norwood v. the United Kingdom 16 November 2004 ผู้ร้องแสดงป้ายที่หน้าต่างของตนเองมีข้อความเกี่ยวกับการขับไล่ชาวมุสลิมออกไปจากอังกฤษ ผู้ร้องถูกตัดสินโทษว่ากระทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อกลุ่มศาสนา ผู้ร้องอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามสนธิสัญญา ศาลเห็นว่า การกระทำดังกล่าวมุ่งโจมตีกลุ่มศาสนา เชื่อมโยงกลุ่มทั้งหมดกับการก่อการร้าย ซึ่งขัดแย้งกับคุณค่าที่ได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญา โดยเฉพาะการอดทน ความสงบของสังคม และการไม่เลือกปฏิบัติ จึงไม่สามารถอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามข้อ 10 ได้

*Gündüz v. Turkey*⁴⁵² ผู้ร้องเป็นผู้นำนิกายหนึ่งในศาสนาอิสลาม ถูกตัดสินลงโทษจำคุกฐานกระทำการกระตุ้นให้กระทำความผิดและกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุศาสนา จากข้อความที่เผยแพร่ในสื่อมวลชน ECHR ตัดสินว่า โทษที่ผู้ร้องได้รับ (จำคุก 4 ปี สองเดือนและปรับ) ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายในการป้องกันการกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงและการกระทำผิด การที่โทษของจำเลยสูงขึ้นเพราะกระทำผ่านสื่อเป็นโทษที่รุนแรง อย่างไรก็ตาม ECHR ก็ยังอธิบายว่า โทษตามกฎหมายภายในยังมีความจำเป็นในการป้องปรามการกระทำที่มีระดับเกินไปกว่าความอดทนได้ (Intolerable) ซึ่งขัดแย้งกับหลักการพหุสังคมในระบอบประชาธิปไตย

Vejdeland and Others v. Sweden (09.02.2012)⁴⁵³ คดีนี้ผู้ร้องถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานเผยแพร่เอกสารที่มีเนื้อหาก้าวร้าวต่อกลุ่มรักเพศเดียวกัน (Homosexuals) โดยผู้ร้องเป็นสมาชิกองค์กรเยาวชน (National Youth) และนำเอกสารไปใส่ไว้ในตู้ล็อกเกอร์ของนักเรียน ข้อความเนื้อหาในเอกสารเป็นการโจมตีการรักเพศเดียวกัน เช่น “ทำลายศีลธรรมของสังคม” “เป็นเหตุให้เกิดโรค HIV AIDS” ECHR พิจารณาจากเนื้อหาในเอกสารแล้วเห็นว่าเป็นการกล่าวหาอย่างรุนแรงด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติ การที่กฎหมายภายในลงโทษผู้ร้องจึงไม่ฝ่าฝืนเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามข้อ 10

⁴⁵² <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23973>

⁴⁵³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3837416-4406280>

การที่รัฐแทรกแซงการแสดงความคิดเห็นของผู้ร้องนี้มีความจำเป็นต่อสังคมประชาธิปไตยในการคุ้มครองชื่อเสียงของผู้อื่น

*Affaire Faruk Temel C. Turquie v. Turkey*⁴⁵⁴ ผู้ร้องเป็นนักการเมือง ได้แถลงการณ์ต่อสู้ในการประชุมพรรค มีเนื้อหากล่าวโจมตีสหรัฐอเมริกาในการแทรกแซงอิรักและการจับกุมผู้นำองค์กรก่อการร้าย นอกจากนี้ยังวิพากษ์วิจารณ์การหายตัวไปของบุคคลในความควบคุมของตำรวจ ผู้ร้องถูกดำเนินคดีฐานเผยแพร่การโฆษณาชวนเชื่อ ผู้ร้องจึงอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ECHR เห็นว่า กรณีนี้รัฐละเมิดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามข้อ 10 เนื่องจากผู้ร้องกล่าวในฐานะนักการเมืองฝ่ายค้าน แสดงความเห็นต่อประเด็นซึ่งอยู่ในความสนใจของสาธารณะ เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วเนื้อหาที่กล่าวมาได้กระตุ้นให้ผู้อื่นใช้ความรุนแรงหรือการใช้กำลังอาวุธ จึงไม่ถึงขนาดเป็น “Hate Speech”

จากคดีที่ได้ศึกษามาข้างต้น พบว่า ข้ออ้างหลักของผู้ร้องก็คือ ตนมีเสรีภาพในการสื่อสาร และการที่กฎหมายภายในรัฐลงโทษการสื่อสารของตนนั้นขัดต่อข้อ 10 ในการซึ่งน้ำหนักว่ากรณีนั้นอยู่ภายใต้ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเป็น “Hate Speech” ที่เกินขอบเขตและรัฐสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้นั้น จากคดีต่างๆพบว่า ในการพิจารณาของ ECHR นั้นมีเกณฑ์พิจารณาจากองค์ประกอบสำคัญ 4 ประการได้แก่

- มีการแทรกแซงการแสดงความคิดเห็นหรือไม่
- การแทรกแซงนั้นมีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่
- กฎหมายดังกล่าวเป็นไปด้วยวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามสนธิสัญญาหรือไม่
- การแทรกแซงนั้นจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยหรือไม่

จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายเกี่ยวกับ Hate Speech นั้นมิได้มอง Hate Speech เป็นอาชญากรรมและมองผู้กระทำเป็นอาชญากรที่ต้องลงโทษอย่างรุนแรง ศาลเห็นว่าโทษอาญาต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักกับความได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของการกำหนดโทษนั้น ซึ่งก็คือการป้องปรามมิให้เกิดการกระตุ้นอันนำไปสู่ความรุนแรง

⁴⁵⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103141>

4.15.9 กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ “Hate Speech”

4.15.9.1 กฎหมายออสเตรเลีย

กฎหมายเกี่ยวกับ Hate Speech ของออสเตรเลียในระดับรัฐบาลกลาง ปรากฏในพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ (Racial Discrimination Act 1975) ซึ่งกำหนดความผิดสำหรับ “การกระทำอันเป็นการรุกราน ดูหมิ่น ทำให้ด้อยค่า ช่มชู้ บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลอื่น โดยการกระทำนั้นได้กระทำลงไปด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ หรือ ถิ่นกำเนิดของผู้อื่น หรือบุคคลบางคนในกลุ่มบุคคลนั้น”⁴⁵⁵ แต่การกระทำในลักษณะส่วนตัว (private) ไม่อยู่ในองค์ประกอบความผิดนี้

ศาลออสเตรเลียได้พิจารณาคดีตามกฎหมายดังกล่าวในการเผยแพร่ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตเป็นครั้งแรกในปี 2002 (คดี Jones v. To'ben) ซึ่งเป็นคดีที่จำเลยได้เผยแพร่ข้อมูลบนเว็บไซต์ของจำเลยมีเนื้อหาปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 (Holocaust denial) ศาลสหพันธรัฐ (Federal Court) ตัดสินว่าการเผยแพร่เนื้อหาดังกล่าวบนเว็บไซต์โดยไม่มีการกำหนดรหัสผ่าน (ผู้ใดก็สามารถเข้าถึงเนื้อหาได้) เป็นการกระทำการสื่อสารต่อสาธารณะ (Public act) จึงเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาลยังได้มีคำสั่งให้จำเลยนำเนื้อหาข้อมูลดังกล่าวออกจากเว็บไซต์ด้วย⁴⁵⁶

สำหรับหน่วยงานที่มีอำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับเนื้อหาข้อมูลที่เป็น “Hate Speech” บนอินเทอร์เน็ตนั้น พบว่า คณะกรรมการการสื่อสารและสื่อของออสเตรเลีย (the Australian Communications and Media Authority หรือ ACMA) ไม่มีอำนาจครอบคลุมถึงกรณีเนื้อหาลักษณะนี้ ดังนั้นการบังคับตามกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเนื้อหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตจึงต้องนำคดีมาฟ้องศาล นอกจากกระบวนการตามกฎหมายแล้ว ผู้ให้บริการเอกชนก็มีบทบาทในการควบคุม Hate Speech เช่น กูเกิลออสเตรเลียได้รับคำร้องขอให้ลบเนื้อหาเกี่ยวกับ Hate Speech ที่ฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติของออสเตรเลียออกจากผลการค้นหา⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Racial Discrimination Act 1975, §18C,

http://austlii.law.uts.edu.au/au/legis/cth/consol_act/rda1975202/s18c.html

⁴⁵⁶ Jones v. Töben: Racial Discrimination on the Internet,” October 2002,

http://www.galexia.com/public/research/articles/research_articles-art22.html#fn357.

⁴⁵⁷ Chilling Effects, “Google Removal Complaint: Section 18C of Australia’s Racial Discrimination Act of 1975,” May 5, 2006, <http://www.chillingeffects.org/international/notice.cgi?NoticeID=4266>.

กฎหมายระดับมลรัฐ

จากการศึกษากฎหมายในระดับมลรัฐพบว่า มีหลายมลรัฐในออสเตรเลียที่ตรากฎหมายเฉพาะควบคุม “Hate Speech” แม้ว่าจะไม่ได้ใช้คำว่า “Hate Speech” โดยตรงก็ตาม โดยอาจเรียกว่าการให้ร้าย “Vilification” หรือ การกระตุ้นยั่ว “Incitement” แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาแล้วพบว่าเป็นการกำหนดหลักการห้ามการกระทำหรือการสื่อสารที่กระตุ้นยั่วให้เกิดความเกลียดชังบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ แนวทางการกำหนดกฎหมายเฉพาะในระดับมลรัฐอาจจำแนกได้สองกลุ่มดังนี้

1. การกำหนดหลักการเกี่ยวกับ “Hate Speech” ไว้ในกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจเรียกว่า พระราชบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติ หรือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันทางโอกาส 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

2. 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 แบ่งออกตามกฎหมายสองฉบับได้แก่

- กฎหมายสิทธิมนุษยชน วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา อายุ ความพิการ รสนิยมทางเพศ มาตรา 21 (1) ของกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Right Act 1993)⁴⁵⁸ และ

- กฎหมายภาพยนตร์ วิทยุทัศน์ และการจำแนกประเภทสิ่งพิมพ์ (the Films, Videos, and Publication Classifications Act 1993 , มาตรา 3e)⁴⁵⁹ กฎหมายนี้วางหลักห้ามการเผยแพร่วัตถุใดๆ ซึ่งแสดงออกไม่ว่าทางตรงหรือโดยปริยาย ว่าสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งในสังคมมีความด้อยกว่ากลุ่มอื่น ด้วยเหตุผลที่อยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 21 (1) ของกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Right Act 1993)

4.15.9.2 กฎหมายแคนาดา แคนาดามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารความเกลียดชัง (Hate Speech) ซึ่งอาจจำแนกได้ดังนี้

1.กฎหมายอาญา (The Criminal Code) กำหนดความผิดที่เกี่ยวข้องกับ “Hate Speech” โดยเรียกว่า การโฆษณาชวนเชื่อก่อความเกลียดชัง (Hate propaganda) ทั้งนี้โดยแยกฐานความผิดออกเป็นกรณีย่อยดังต่อไปนี้

1.1 การยุยงส่งเสริมให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Advocating genocide) ซึ่งปรากฏในมาตรา 318 โดยกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ว่า “บุคคลใดซึ่งสนับสนุนหรือส่งเสริมให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)” โดยกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี สำหรับกระทำความผิดนี้ สำหรับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) กฎหมายนิยามว่าหมายถึง⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Human Rights Act 1993, §21(1),

<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0082/latest/DLM304475.html>

⁴⁵⁹ Films, Videos, and Publication Act 1993, §3e, <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/reprint/text/2005/se/042se3.html>.

⁴⁶⁰ มาตรา 318 (2)

“การกระทำใดๆดังต่อไปนี้ที่มุ่งทำลายล้างไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนต่อกลุ่มที่ระบุเจาะจง (Identifiable group)⁴⁶¹

- การฆ่าสมาชิกของกลุ่มนั้น หรือ
- การจงใจกระทำต่อเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับชีวิตของกลุ่มนั้นอันนำไปสู่การทำลายทางกายภาพ

1.2 การกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังต่อสาธารณะ (Public incitement of hatred) ซึ่งกฎหมายกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ว่า “บุคคลที่สื่อสารกับผู้อื่นในที่สาธารณะใดๆ อันเป็นการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มที่ระบุเจาะจงได้โดยการกระตุ้นเช่นนั้น มีลักษณะที่น่าจะนำไปสู่การละเมิดต่อความสงบ มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือ มีความผิดไม่ร้ายแรงที่อาจตัดสินโทษอย่างรวบรัด (Summary conviction)”⁴⁶²

1.3 การจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชัง (Wilful promotion of hatred) ซึ่งกฎหมายกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ว่า “บุคคลที่ทำการสื่อสารอันมิใช่การสื่อสารส่วนบุคคล ด้วยความจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มที่ระบุเจาะจงได้ มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือ มีความผิดไม่ร้ายแรงที่อาจตัดสินโทษอย่างรวบรัด (Summary conviction)”⁴⁶³

อย่างไรก็ตามในกรณี การกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังต่อสาธารณะ และ การจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชังนั้น กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นความผิดสำหรับกรณีที่ การสื่อสารนั้นเป็นความจริง หรือ เป็นการกระทำโดยสุจริตในการแสดงความเห็นบนพื้นฐานความเชื่อทางศาสนา หรือ เป็นการแสดงความเห็นเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ การอภิปรายเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยมีเหตุอันควรเชื่อว่าข้อมูลนั้นเป็น

⁴⁶¹ มาตรา 318 (4) นิยามความหมายของ กลุ่มที่ระบุเจาะจง (Identifiable group) ไว้ว่าหมายถึง กลุ่มในสังคมที่สามารถจำแนกความแตกต่างได้จาก สีผิว เชื้อชาติ ศาสนา รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการทางจิตหรือกาย

⁴⁶² มาตรา 319 (1)

⁴⁶³ มาตรา 319 (2)

ความจริง หรือ เป็นการกระทำโดยสุจริตด้วยความมุ่งหมายที่จะขจัดความรู้สึกเกลียดชังต่อกลุ่มที่ระบุเจาะจงในแคนาดา⁴⁶⁴

ตัวอย่างของคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนี้ เช่น ในมลรัฐ Saskatchewan จำเลย (David Ahenakew) ถูกฟ้องว่ามีเจตนากระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังในคำกล่าวของเขาเกี่ยวกับชาวอินเดียน แต่ผู้พิพากษา Wilfred Tucker เห็นว่าแม้การกระทำของจำเลยจะเป็นการสื่อสารที่น่ารังเกียจ (disgusting) และไม่เป็นความจริง แต่การกระทำของเขายังไม่ถึงขนาดที่จะกระตุ้นหรือก่อให้เกิดความเกลียดชัง⁴⁶⁵ ในคดี Canada (Human Rights Commission) v. Taylor (1990)⁴⁶⁶ ศาลสูงสุดตัดสินว่าการโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับความเกลียดชังคือการแสดงออกที่มีเจตนาเผยแพร่ความรู้สึกสับสนประมาทหรือเป็นปฏิกิริยา (opprobrium or enmity) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา⁴⁶⁷

สำหรับประเด็นที่ว่า กฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาชวนเชื่อก่อความเกลียดชัง (hate propaganda) นั้นจะเป็นการขัดแย้งกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานสำคัญอันได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ (Canadian Charter of Rights and Freedoms) หรือไม่นั้น เห็นได้จากคดี R v. Keegstra (1990)⁴⁶⁸ ซึ่งศาลตัดสินว่า กฎหมายนี้โดยหลักแล้วเป็นการสกัดกั้นการแสดงออกซึ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควร มีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและมีขอบเขตที่จำกัด สำหรับเนื้อหาการสื่อสารที่ถูกจำกัดนั้นเป็นการสื่อสารความเกลียดชังซึ่งเมื่อชนวนหนักกับเสรีภาพในการสื่อสารแล้วจะเห็นได้ว่าการสื่อสารดังกล่าวมีคุณค่าน้อยที่จะได้รับการคุ้มครอง

2. กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canadian Human Rights Act) กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติโดยมีเหตุแห่ง การเลือกปฏิบัติที่กฎหมายห้าม ได้แก่ เชื้อชาติ สัญชาติ สืบเชื้อสาย ศาสนา อายุ เพศ รสนิยมทางเพศ สถานการณ์สมรส สถานะครอบครัว ความพิการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีอำนาจดำเนินการบังคับใช้กฎหมายนี้ ตัวอย่างคดีการสื่อสารแสดงความเกลียดชังที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนี้มีดังเช่น

- เว็บไซต์มีเนื้อหาข้อมูลวิพากษ์วิจารณ์ชาวโรมา ยิว มุสลิม คนรักเพศเดียวกัน คนผิวสี คนอาหรับ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีคำสั่งให้ดำเนินการนำเนื้อหาดังกล่าวออกจากเว็บไซต์⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ มาตรา 319 (3)

⁴⁶⁵ "Judge finds Ahenakew not guilty in 2nd hate trial" CBC. 23 February 2009. Archived from the original on February 24, 2009

⁴⁶⁶ Canada (Human Rights Commission) v. Taylor, [1990] 3 S.C.R. 892 at 902,

⁴⁶⁷ <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1990/1990rcs3-892/1990rcs3-892.pdf>

⁴⁶⁸ R v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 69

⁴⁶⁹ Warman v. Northern Alliance, 2009 CHRT 10

- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าผู้เสียหายซึ่งเป็นลูกจ้างถูกวิจารณ์ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติรวมทั้งถูกพักงานอันเป็นผลจากการร้องเรียนการเลือกปฏิบัติต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน⁴⁷⁰

- สภาอิสลามในแคนาดายื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออนแทรีโอ ในกรณีการสื่อสารความเกลียดชังในนิตยสาร (Maclean's Magazine) ซึ่งมีเนื้อหาเหยียดหยามชาวมุสลิม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออนแทรีโอยกคำร้องด้วยเหตุเกี่ยวกับเขตอำนาจในการพิจารณาคำร้อง (Jurisdiction)⁴⁷¹

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีคำสั่งให้ผู้ถูกร้องเรียนยุติการโพสต์ข้อมูลในอินเทอร์เน็ตที่มีลักษณะก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและให้ชำระค่าปรับ 6000 เหรียญ⁴⁷²

คดี Citron v. Zündel เป็นกรณีที่มีการโพสต์ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตแสดงแนวคิดเกี่ยวกับการสมคบคิดของชาวยิว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีคำสั่งให้ยุติการกระทำดังกล่าว⁴⁷³

มลรัฐ British Columbia การเผยแพร่ข้อความอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory publication)

มาตรา 7 (1) บุคคลจะต้องไม่พิมพ์ ออกเอกสาร หรือ แสดง หรือก่อให้เกิดการพิมพ์ ออกเอกสาร หรือแสดง ข้อความใดๆ การพิมพ์ ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการแสดงอื่นๆ ซึ่ง⁴⁷⁴

(ก) ชี้ให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติหรือเจตนาในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล หรือ

(ข) อาจส่งผลให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคล ถูกเกลียดชังหรือถูกดูหมิ่น ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด ศาสนา สถานการณ์สมรส สถานะครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ

อย่างไรก็ตามความในวรรคแรกไม่ใช้กับกรณีการสื่อสารส่วนบุคคล (Private communication) การสื่อสารที่มุ่งหมายให้เป็นการสื่อสารส่วนบุคคลอันเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมที่ไม่ขัดต่อกฎหมายนี้

⁴⁷⁰ Chopra v. Health Canada, 2008 CHRT 39

⁴⁷¹ “Human Rights Complaints Launched Against Maclean's Magazine” (Press release). Canadian Islamic Congress. CNW

⁴⁷² Warman v. Winnicki, 2006 CHRT 20,

⁴⁷³ 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

⁴⁷⁴ Human Rights Code, RSBC 1996, c 210, s. 7(1)(a)(b)

4.15.9.3 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกานั้น กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำอันมีมูลเหตุเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติและ “Hate Speech” อาจแบ่งได้สองกลุ่มคือ

1. กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)
2. กฎหมายเฉพาะซึ่งกำหนดฐานความผิดสำหรับอาชญากรรมเกี่ยวกับความเกลียดชัง (Hate crime)

1) กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

สหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่วางหลักห้ามการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขครั้งที่ 1 (First Amendment) ได้วางหลักห้ามการตรากฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Speech)⁴⁷⁵ ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีประเด็นเกี่ยวกับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Ground) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีรัฐบาลระดับมลรัฐตรากฎหมายกำหนดความผิดสำหรับการสื่อสารดังกล่าว ก็จะต้องพิจารณาว่า การสื่อสารนั้นได้รับความคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้พบว่าศาลในสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเอาไว้ในหลายคดี ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะได้ศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับ “Hate Speech”

ศาลในสหรัฐอเมริกาให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Speech) ที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ (First Amendment) มากกว่าการจำกัดการสื่อสารที่แสดงความเกลียดชัง กล่าวคือ โดยหลักแล้ว การสื่อสารนั้นแม้จะมีลักษณะของการสื่อสารความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ก็ตาม ในหลายคดีศาลได้ตัดสินว่า รัฐไม่อาจตรากฎหมายเพื่อควบคุมหรือจำกัดการสื่อสารลักษณะดังกล่าวได้ เนื่องจากการสื่อสารเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางหลัก การสื่อสารก่อความรุนแรง (Fighting words) อันเป็นข้อจำกัดของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น กล่าวคือ หากการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังนั้นมีลักษณะถึงขนาดเป็นการสื่อสารที่มีลักษณะยั่วยุกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ ก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็น ดังนั้น รัฐอาจตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดการสื่อสารดังกล่าวได้

⁴⁷⁵ “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”

หลักการ “Fighting Words Doctrine” เกิดขึ้นจากคำพิพากษาศาลสูงสุดในปี 1942 ในคดี *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942)⁴⁷⁶ ซึ่งศาลวางหลักว่า การสื่อสารที่มีลักษณะดูหมิ่น (Insult) ถึงขนาดก่อให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ การบาดเจ็บ หรือก่อให้เกิดการคุกคามต่อความสงบหรือสันติภาพนั้นเป็นการสื่อสารที่สามารถถูกจำกัดได้โดยไม่ขัดต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า การสื่อสารบางอย่างไม่สามารถอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้ เช่น การสื่อสารที่มีเนื้อหาลามกอนาจาร การสื่อสารที่มีลักษณะหมิ่นประมาททำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียชื่อเสียง เนื่องจากการสื่อสารดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิ่งอื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเช่น ความสงบของสังคม สิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่น หรือการคุ้มครองบุคคลบางประเภทเช่นผู้เยาว์ นอกจากนั้น ในคดีนี้ศาลยังได้วางหลักเพิ่มเติมการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความรุนแรง (Fighting words) ให้เป็นอีกเหตุหนึ่งของการสื่อสารที่ถูกจำกัดและไม่อาจอ้างเสรีภาพดังกล่าวเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ศาลเน้นย้ำว่าข้อจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารจะมีลักษณะแคบและจำกัดด้วย

หลังจากคดี *Chaplinsky v. New Hampshire* ก็มีคดีอื่นที่ศาลใช้หลักนี้ เช่น คดี *Street v. New York* (1969)⁴⁷⁷ ศาลตัดสินว่ากฎหมายนิวยอร์ก⁴⁷⁸ ที่กำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำความผิดหรือการใช้คำพูดที่เป็นการดูหมิ่น ทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งธงชาติสหรัฐนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลได้พิจารณาซึ่งน้ำหนักการจำกัดคำพูดหรือการสื่อสารเกี่ยวกับธงชาติ กับ ประโยชน์อื่น ในหลายประเด็น เช่น ประโยชน์ในการป้องกันบุคคลที่จะใช้คำพูดกระตุ้นให้ผู้อื่นกระทำความผิดกฎหมาย ประโยชน์ในการป้องกันมิให้มีการใช้คำพูดเพื่อกระตุ้นให้ผู้อื่นก่อความรุนแรงและกระทบความสงบในสังคม ประโยชน์ในการคุ้มครองบุคคลอื่นที่อาจได้รับผลกระทบทางจิตใจจากการสื่อสารในทางลบเกี่ยวกับธงชาติ อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลพิจารณาประโยชน์ดังกล่าวแล้ว เห็นว่า ประโยชน์ดังกล่าวยังไม่เป็นการเพียงพอในการที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อห้ามการสื่อสารในทางลบเกี่ยวกับธงชาติ

ในคดี *Cohen v. California* (1971)⁴⁷⁹ ซึ่งศาลชั้นต้นตัดสินลงโทษจำคุก บุคคลที่ใส่เสื้อคลุมมีข้อความคัดค้านการเกณฑ์ทหาร ฐานกระทำความผิดตามกฎหมายของแคลิฟอร์เนียที่ห้ามการกระทำก้าวร้าวรุนแรง (Offensive conduct) อันกระทบต่อความสงบ⁴⁸⁰ อย่างไรก็ตามศาลสูงสุดเห็นว่าการใส่เสื้อคลุมที่มีข้อความดังกล่าวนั้นยังไม่ถึงขั้นกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงหรือความไม่สงบ จึงยังคงได้รับการคุ้มครองในฐานะเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็น

⁴⁷⁶ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)

⁴⁷⁷ *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969)

⁴⁷⁸ New York Penal Law, §1425, subd. 16

⁴⁷⁹ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)

⁴⁸⁰ section 415 of the California Penal Code

คดี R.A.V. v. City of St. Paul (1992)⁴⁸¹ ในปี 1992 หลังจากมีเหตุการณ์วัยรุ่นเผาไม้กางเขนบนสนามหญ้าของชาวอเมริกันเชื้อสายแอฟริกัน รัฐบาลท้องถิ่นตรากฎหมายมีเนื้อหาห้ามการแสดงสัญลักษณ์ใดๆ ที่กระตุ้นหรือยั่วยุผู้อื่นด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ หรือเพศ⁴⁸² ศาลตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

จากคำพิพากษาของศาล จะเห็นถึงการตีความว่า กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการสื่อสารได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่จำกัด การสื่อสารที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีนี้ ได้แก่ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความรุนแรง (Fighting words) กล่าวคือ มิใช่เพียงการสื่อสารนั้นมีเนื้อหาแสดง “ความไม่ชอบ หรือ ความไม่พึงพอใจ” เท่านั้น แต่การสื่อสารดังกล่าวยังต้องแสดงออกมาในลักษณะที่เป็นการคุกคาม (Threatening manner) ด้วย สำหรับในคดีนี้ กฎหมายของรัฐบาลท้องถิ่น มิได้ระบุอย่างชัดเจนถึงการแสดงความคิดเห็นในลักษณะใดที่เป็นการก่อให้เกิดความรุนแรง แต่เป็นการกำหนดครอบคลุมถึงการสื่อสารที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับความไม่พึงพอใจไม่ว่าจะแสดงออกมาในลักษณะใด ศาลจึงเห็นว่ากฎหมายนี้มีขอบเขตกว้างเกินไปอันขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ⁴⁸³

คดี Virginia v. Black (2003)⁴⁸⁴ 11 ปีหลังจากคดี R.A.V. v. City of St. Paul ศาลสูงสุดสหรัฐก็ได้พิจารณาคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการเผาไม้กางเขนอีกครั้ง โดยประเด็นของคดีอยู่ที่กฎหมายของเวอร์จิเนียที่ห้ามการเผาไม้กางเขนนั้น ขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือไม่ ศาลตัดสินว่าแม้การเผาไม้กางเขนจะแสดงถึงการข่มขู่อันมิชอบด้วยกฎหมายได้ในบางกรณี แต่การที่รัฐมีกฎหมายห้ามการเผาไม้กางเขนนั้นเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ศาลอธิบายว่า รัฐอาจตรากฎหมายห้ามเฉพาะรูปแบบหรือวิธีการของการข่มขู่ ซึ่งมีแนวโน้มจะนำไปสู่การกระทำรุนแรงทางกายภาพเช่นการทำร้ายร่างกาย⁴⁸⁵

⁴⁸¹ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)

⁴⁸² กฎหมายดังกล่าวคือ St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance มีหลักว่า “ผู้ใดเผยแพร่สัญลักษณ์ วัตถุ คุณลักษณะ หรือ การขีดเขียนบนผนังกำแพง รวมถึงการเผาไม้กางเขนหรือเครื่องหมายสวดศรัทธา ซึ่งบุคคลนั้นรู้หรือมีเหตุควรรู้ว่าจะเป็นการยั่วยุให้เกิดความโกรธ กระตุ้นให้เกิดความไม่พอใจต่อผู้อื่น บนพื้นฐานของ เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ หรือเพศ ไม่ว่าการกระทำนั้นได้กระทำในสถานที่สาธารณะหรือสถานที่ส่วนบุคคลก็ตาม ผู้นั้นกระทำความผิดฐานก่อความไม่สงบ”

⁴⁸³ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)

⁴⁸⁴ Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003)

⁴⁸⁵ "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)

จะเห็นได้ว่าหากรัฐตรากฎหมายห้ามเผยแพร่ซึ่งมีลักษณะเป็นการข่มขู่คุกคามผู้อื่นก็อาจสามารถใช้บังคับได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่กรณีนี้กฎหมายที่พิพาทได้วางหลักห้ามการเผยแพร่เป็นการทั่วไป โดยไม่มีองค์ประกอบเกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อผู้อื่น ศาลจึงเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวอยู่บนสมมุติฐานที่ว่า การเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตย่อมนำไปสู่การข่มขู่คุกคาม ซึ่งในบางกรณีอาจเป็นเพียงการแสดงความคิดเห็นด้วยซึ่งศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการแสดงความคิดเห็นอันควรได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า การแสดงความคิดเห็นที่มีลักษณะเกลียดชัง หรือ Hate Speech นั้นจะถูกกฎหมายจำกัดได้ต่อเมื่อมีลักษณะแสดงออกถึงการคุกคามอย่างแท้จริง (True threat) คือมีลักษณะการนำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพ

สำหรับกรณีที่มีการสื่อสารอันแสดงถึงความเกลียดชังมีลักษณะแสดงออกซึ่งการคุกคามทางกายภาพหรืออาจนำไปสู่ความรุนแรงและศาลเห็นว่าไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น 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 การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการต่อต้านการทำแท้ง ทางเว็บไซต์ซึ่งปรากฏรายชื่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งโดยกล่าวว่าเป็นพวกอาชญากรต่อมนุษยชาตินั้น เป็นการแสดงออกซึ่งมีลักษณะความรุนแรงและข่มขู่คุกคาม เนื่องจากการนำรายชื่อผู้เกี่ยวข้องมาเผยแพร่ออนไลน์

คดี U.S. v. MORALES, 252 F.3d 1070 (9th Cir. 2001) คดีนี้ นักเรียนอายุ 18 ปี ในเท็กซัสได้โพสต์ข้อความในห้องสนทนา (Chat room) ว่าจะฆ่านักเรียนในโรงเรียนแห่งหนึ่ง ศาลตัดสินว่ามีความผิดตามกฎหมายแต่ให้รอลงอาญา 24 เดือน อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่นำมาใช้กรณีนี้ ไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับ Hate Speech โดยตรง แต่เป็นกฎหมายกำหนดโทษอาญาสำหรับการสื่อสารที่มีเนื้อหาข่มขู่ว่าจะลักพาตัวหรือข่มขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายบุคคลอื่น⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ 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.

จากคำพิพากษา 2 คดีดังกล่าวข้างต้นในบริบทของการสื่อสารข้อมูลแสดงความเกลียดชังออนไลน์ จะเห็นได้ว่า มีเนื้อหาแสดงความเกลียดชัง แต่ไม่ได้อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discrimination ground) โดยคดีแรกเหตุมาจาก แนวคิดต่อต้านการทำแท้ง คดีที่สองไม่แน่ชัดในสาเหตุของความเกลียดชัง แต่ทั้ง 2 คดี จำเลยได้แสดงออกถึงการสื่อสารในลักษณะความรุนแรงกล่าวคือ การเผยแพร่ข้อมูลผู้ที่ตนเกลียดชัง และการขู่จะฆ่าผู้ที่ตนเกลียดชัง ซึ่งมีลักษณะของความรุนแรงอย่างแท้จริง (True threat) มิใช่เป็นเพียงเนื้อหาของการสื่อสารที่แสดงถึงความเกลียดชัง

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การแสดงความเห็นที่มีลักษณะเกลียดชัง หรือ Hate Speech นั้นจะถูกกฎหมายจำกัดได้ต่อเมื่อมีลักษณะแสดงออกถึงการคุกคามอย่างแท้จริง (True threat) คือมีลักษณะการนำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพ เช่น เด็กนักเรียนเขียนข้อความในห้องแชทว่าเขาวางแผนจะฆ่านักเรียนคนอื่น กรณีนี้ การกล่าวถ้อยคำนั้น เป็นการเกินขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Free Speech) โดยเข้าสู่ขอบเขตที่กฎหมายควบคุมการสื่อสาร

สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารแสดงความเกลียดชังอันมีมูลเหตุเกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น สิว เพศ รสนิยมทางเพศ จะเห็นได้จากคดี *Snyder v. Phelps* (2011) ซึ่งเป็นกรณีการถือป้ายประท้วงเพื่อแสดงการคัดค้านผู้มีรสนิยมรักเพศเดียวกันในงานศพผู้ตาย ซึ่งป้ายดังกล่าวมีข้อความดูหมิ่นเหยียดหยามผู้รักเพศเดียวกัน ศาลสูงสุดตัดสินว่า แม้ว่าเนื้อหาของป้ายประท้วงจะก่อให้เกิดความเจ็บแค้นใจ (outrageous) แต่การถือป้ายดังกล่าวเป็นการแสดงความคิดเห็นที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ⁴⁸⁷ หรือในคดี *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992)⁴⁸⁸ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งรัฐบาลท้องถิ่นตรากฎหมายมีเนื้อหาห้ามการแสดงสัญลักษณ์ใดๆ ที่กระตุ้นหรือยั่วผู้อื่นด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ หรือเพศ แต่ศาลตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ดังนั้นจากการวิเคราะห์คดีที่ศาลในสหรัฐอเมริกาตัดสินจะเห็นได้ว่า การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ซึ่งมีสาเหตุเกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา นั้นโดยหลักแล้วยังคงถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น” (Freedom of Speech) ที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ (First amendment) หรืออาจกล่าวได้ว่า ศาลให้น้ำหนักกับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมากกว่าการจำกัดการสื่อสารที่แสดงความเกลียดชัง ด้วยเหตุนี้ หากรัฐตรากฎหมายห้ามการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง ก็มีแนวโน้มที่ศาลจะตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางหลัก การสื่อสารก่อความรุนแรง (Fighting words) ไว้เพื่อจำกัดการสื่อสารความเกลียดชังที่ส่งผลถึงขนาดกระตุ้นหรือยั่วให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพตามมา ดังนั้น รัฐจึงสามารถตรากฎหมายห้ามการสื่อสารเช่นนั้นได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

⁴⁸⁷ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011)

⁴⁸⁸ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)

ข้อสังเกตที่สำคัญก็คือ การควบคุมหรือจำกัดการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังในสหรัฐอเมริกา นั้น มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” ในประเทศอื่นซึ่งกำหนดความผิดสำหรับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง หากการสื่อสารดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา แต่กฎหมายสหรัฐอเมริกานั้นจะกำหนดความผิดสำหรับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อเมื่อการสื่อสารนั้นถึงขั้นกระตุ้นหรือยั่วยุให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ไม่ถึงขั้นกระตุ้นให้เกิดความรุนแรง ก็ยังมีความผิดตามกฎหมายและสามารถกระทำได้ตามหลักทั่วไปของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในแง่นี้จะเห็นได้ว่า ทั้ง เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และ การคุ้มครองบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังนั้น ต่างก็เป็นสิทธิมนุษยชนที่สำคัญทั้งสองประการ แต่บางประเทศเช่นสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมากกว่า โดยสะท้อนให้เห็นจากหลักกฎหมายที่สำคัญจากแนวคำพิพากษาดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

2) 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 รบกวนหรือขัดขวางโดยใช้กำลังต่อบุคคลอื่น ด้วยเหตุเกี่ยวกับบุคคลอื่นดังต่อไปนี้ เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา แหล่งกำเนิด

สำหรับการกระทำอันเป็นความผิดต่อบุคคลอื่นนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับมิติต่างๆต่อไปนี้ด้วย⁴⁸⁹ เช่น การเข้าศึกษาในโรงเรียนหรือวิทยาลัยของรัฐ การเข้าร่วมหรือได้รับสิทธิประโยชน์ บริการจากภาครัฐ การสมัครงานในภาคเอกชนหรือภาครัฐ การเข้าร่วมกับองค์กรแรงงาน การเดินทางระหว่างรัฐ การใช้ยานพาหนะต่างๆ การได้รับสินค้าหรือบริการ สิทธิประโยชน์ ที่อยู่อาศัย โรงแรม ร้านอาหาร โรงภาพยนตร์ สนามกีฬา หรือการแสดงใดๆที่เปิดต่อสาธารณะ

⁴⁸⁹ 18 U.S. Code § 245 - Federally protected activities

ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวมีโทษจำคุกถึงหนึ่งปีรวมทั้งโทษปรับ นอกจากนี้ยังมีเหตุการณ์ซึ่งมีโทษหนักขึ้น เช่น หากการกระทำความผิดดังกล่าวกระทำโดยมีอาวุธจะมีโทษจำคุกถึงสิบปี หรือหากการกระทำความผิดดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการข่มขืน การฆ่า จะมีโทษถึงประหารชีวิต

ข้อมูลสถิติชี้ให้เห็นว่า อาชญากรรมที่มีมูลเหตุจากความเกลียดชังประมาณ 113,000 คดีในปี 1991 นั้น ร้อยละ 55 มีมูลเหตุจากเชื้อชาติ ร้อยละ 17 มีมูลเหตุจากศาสนา และ ร้อยละ 14 มีมูลเหตุจากรสนิยมทางเพศ⁴⁹⁰ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมที่มีมูลเหตุจากความเกลียดชังนั้น ยังไม่ครอบคลุมเหตุที่เกี่ยวกับเพศ รสนิยมทางเพศ นอกจากนี้ในระดับมลรัฐก็มีความแตกต่างกันหลากหลาย กล่าวคือ บางมลรัฐไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate crime” เลย ในขณะที่บางมลรัฐมีกฎหมายดังกล่าวแต่มีเหตุแห่งความเกลียดชังแตกต่างกันไป ไม่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายควรคุ้มครองทั้งหมด

ในปี 1998 ได้เกิดคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมที่สำคัญอันนำมาสู่การปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ได้แก่ คดีของ Shepard เป็นนักศึกษาซึ่งถูกฆาตกรรม และฆาตกรรม การกระทำความผิดดังกล่าวมีมูลเหตุจากการที่ Shepard เป็นเกย์ คดีนี้ศาลตัดสินตามกฎหมายอาญาระดับมลรัฐที่เกิดเหตุ (Wyoming) ซึ่งมีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate crime” แต่ไม่ครอบคลุมเหตุเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศ ในปีเดียวกัน Byrd ซึ่งเป็นคนอเมริกันเชื้อสายแอฟริกันได้ถูกจับมัดกับรถบรรทุกและลากไปจนถึงแก่ความตายจากกลุ่มคนผิวขาวหัวรุนแรง คดีนี้ศาลตัดสินตามกฎหมายอาญามลรัฐที่เกิดเหตุ (Texas) ซึ่งไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate crime” โดยเฉพาะ จากคดีทั้งสองนี้ไปสู่การเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate crime” เพื่อให้ครอบคลุมมูลเหตุแห่งความเกลียดชังอันนำไปสู่การกระทำผิดทางอาญา⁴⁹¹

ต่อมาในปี 2009 ประธานาธิบดีโอบามา ลงนามประกาศใช้กฎหมาย “Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act” ซึ่งมีหลักการขยายเหตุแห่งการคุ้มครองไปถึง “เพศ รสนิยมทางเพศ ความพิการ” สำหรับคดีที่ศาลตัดสินตามกฎหมายนี้ เช่น

ในปี 2011 คดีในมลรัฐอาร์คันซอว์ จำเลยขับรถที่มีผู้โดยสารฮิสปานิก 5 คนออกจากถนน⁴⁹² ในปีเดียวกัน ในมลรัฐนิวเม็กซิโก บุคคลสามคนมีความผิดฐานร่วมกันกระทำ “Hate crime” ตามกฎหมายนี้ โดยการเขียนรูปสวัสติกะและข้อความที่แสดงถึงความเกลียดชังเกี่ยวกับเชื้อชาติ ความเชื่อ ลงบนร่างกายผู้อื่น⁴⁹³ ในปี 2012 จำเลยในมลรัฐเคนตักกี กระทำการทุบตีบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งความเกลียดชังเกี่ยวกับ

⁴⁹⁰ Matthew Shepard and James Byrd, Jr., “The Ripple Effect of the Matthew Shepard Murder: Impact on the Assumptive World Theory,” *American Behavioral Scientist* (2002).

⁴⁹¹ Ibid

⁴⁹² Fry, Lindsey (May 23, 2011). “Man Accused of Violating the Hate Crime Prevention Act”, KATV

⁴⁹³ “2 Men Plead Guilty In Swastika Branding Case”. The Huffington Post. August 18, 2011.

รสนิยมทางเพศ⁴⁹⁴ ดังนั้น การกระทำผิดอาญาซึ่งมีมูลเหตุจากเหตุแห่งความเกลียดชังที่กฎหมายคุ้มครอง จะมีความผิดตามกฎหมายเฉพาะ (Hate crime) ซึ่งมีโทษสูงกว่าการทำความผิดอาญาทั่วไป

จากการวิเคราะห์ข้างต้น อาจสรุปได้ว่า ในสหรัฐอเมริกา นั้น กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำอันมี มูลเหตุเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติสามารถจำแนกได้เป็นสองกรณีคือ

1. การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ซึ่งกรณีนี้จะเกี่ยวข้องกับการใช้คำพูด ข้อความ หรือสัญลักษณ์ใดๆ อันก่อให้เกิดความเกลียดชัง ซึ่งไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดความผิด เป็นการเฉพาะ จากแนวคำพิพากษาของศาลพบว่าให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการสื่อสาร เว้นแต่การสื่อสาร ดังกล่าวส่งผลถึงขั้นยั่วยุหรือกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ แม้ว่าการสื่อสารดังกล่าวจะอยู่บน พื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว รสนิยมทางเพศ ศาสนา ฯลฯ แต่หากยังไม่ถึงขั้น ก่อให้เกิดความรุนแรงดังกล่าวก็ยังถือว่าได้รับการคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการสื่อสาร

2. การกระทำทางกายภาพซึ่งโดยปกติแล้วเข้าองค์ประกอบความผิดกฎหมายอาญาทั่วไป เช่น การ ทำร้ายร่างกาย การฆาตกรรม แต่หากการกระทำดังกล่าวมีมูลเหตุจูงใจสืบเนื่องจากเหตุแห่งความเกลียดชัง ที่กฎหมายคุ้มครอง เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา รสนิยมทางเพศ การทำความผิดอาญานั้นจะอยู่ภายใต้ กฎหมายเฉพาะซึ่งกำหนดฐานความผิดสำหรับอาชญากรรมเกี่ยวกับความเกลียดชัง (Hate crime) ซึ่งใน ปัจจุบันปรากฏทั้งในกฎหมายระดับสหรัฐรวมทั้งกฎหมายระดับมลรัฐต่างๆ

4.15.10 มาตรการของภาคเอกชน : การจำกัด Hate Speech ในกรณีของผู้ให้บริการเฟสบุค (Facebook)

นอกจากการควบคุม Hate Speech โดยกลไกทางกฎหมายที่กำหนดโดยภาครัฐแล้ว ยังมีแนวคิด การควบคุม Hate Speech โดยกลไกกำกับดูแลของภาคเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัจจุบันการสื่อสาร ออนไลน์แพร่หลายในวงกว้างทั่วโลก คาบเกี่ยวเขตแดนของประเทศต่างๆ แนวคิดนี้อาจเรียกว่าการใช้กลไก ตลาด (Market approach) หรือการควบคุมโดยบุคคลที่สาม (Third party) นอกจากรัฐ⁴⁹⁵ ตัวอย่างของ การสื่อสารที่มีลักษณะ “Hate Speech” ซึ่งถูกจำกัดโดยการกระทำของภาคเอกชน เช่น ผู้ให้บริการ เครือข่ายสังคมออนไลน์ “เฟสบุค” ได้กำหนด “Community standard”⁴⁹⁶ อันมีผลผูกพันผู้ใช้งานใน ฐานะเป็นข้อตกลงการใช้งานของเฟสบุค ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

⁴⁹⁴ "2 Kentucky men face first-of-their-kind federal hate-crime charges". Lexington Herald-Leader. March 15, 2012.

⁴⁹⁵ Nicholas P. Dickerson, "Comment, What Makes the Internet So Special? And Why, Where, How, and By Whom Should Its Content Be Regulated?," *Houston Law Review* 46, 61 (2009): 91-92.

⁴⁹⁶ <https://www.facebook.com/communitystandards>

“...เฟสบุ๊คจะนำออกซึ่งเนื้อหาข้อมูลที่เป็น Hate Speech อันรวมถึงเนื้อหาซึ่งมุ่งโดยตรงต่อการโจมตีบุคคลบนพื้นฐานของ เชื้อชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ ชาติกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา รสนิยมทางเพศ เพศ ความพิการหรือโรค

ผู้ใช้งานสามารถใช้เฟสบุ๊คในการแสดงความเห็นท้าทายความคิด สถาบัน การปฏิบัติใดๆ ซึ่งการอภิปรายเช่นนั้นเป็นการส่งเสริมให้เกิดการโต้แย้งและความเข้าใจที่มากขึ้น ในบางครั้ง บุคคลอาจแชร์เนื้อหาเกี่ยวกับ Hate Speech ของบุคคลอื่นเพื่อวัตถุประสงค์การเพิ่มความตระหนักหรือเพื่อให้ความรู้แก่ผู้อื่นเกี่ยวกับ Hate Speech นั้น หากเกิดกรณีเช่นนี้ เราคาดหมายว่าผู้ใช้งานที่แชร์ข้อมูลดังกล่าวจะทำการแจ้งวัตถุประสงค์ของการแชร์นั้นให้เราทราบอย่างชัดเจน

เฟสบุ๊คอนุญาตการสื่อสารเกี่ยวกับอารมณ์ขัน เสียดสี ความเห็นทางสังคม เกี่ยวกับเนื้อหานั้นๆได้ เฟสบุ๊คมีความพยายามที่จะนำออกเสียซึ่งข้อมูล “Hate Speech” รวมทั้งจัดให้มีซึ่งเครื่องมือสำหรับผู้ใช้งานในการหลีกเลี่ยงเนื้อหา Hate Speech (เช่น ผู้ใช้งานสามารถ บล็อก อันเฟรนด์ บุคคลที่โพสต์ แชร์เนื้อหา Hate Speech หรือตั้งค่าความเป็นส่วนตัวของตนเพื่อไม่ให้เห็นถึงเนื้อหาเหล่านั้น) เฟสบุ๊คสนับสนุนให้มีการสื่อสารข้อมูลด้านตรงข้าม (Counter speech) ในรูปแบบของการให้ข้อมูลที่ถูกต้อง และการแสดงความเห็นทางเลือก...” เกณฑ์การจัดการกับ Hate Speech ของเฟสบุ๊ค มีการระบุ “เหตุ” แห่งความเกลียดชังที่จะถือว่าเป็น Hate Speech ไว้ ซึ่งในหลายๆเหตุก็สอดคล้องเหตุแห่งการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่ทั้งนี้เฟสบุ๊คก็ไม่ได้ระบุองค์ประกอบไว้อย่างชัดเจน ว่าแค่ไหนเพียงใด ถึงจะเป็น Hate Speech เนื่องจากในทางปฏิบัติเป็นการยากที่จะระบุชัดเจนเช่นนั้น ในทางปฏิบัติจึงเป็นการใช้ดุลพินิจของทางผู้ให้บริการเฟสบุ๊คที่จะดำเนินการกับข้อมูลที่มีลักษณะ “Hate Speech”

4.15.11 วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

ในส่วนนี้จะเริ่มจากการวิเคราะห์ “Hate Speech” ภายใต้องค์ประกอบของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องหรือใกล้เคียงเพื่อชี้ให้เห็นความแตกต่างระหว่าง “Hate Speech” กับความผิดตามกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน จากนั้นจะได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ “Hate Speech”

(1) วิเคราะห์ “Hate Speech” ภายใต้องค์ประกอบกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง⁴⁹⁷

ข้อพิจารณาในเบื้องต้นก็คือ ในบริบทกฎหมายแล้ว การสื่อสารอันมีลักษณะ “Hate Speech” นั้นมีความแตกต่างจากความผิดเกี่ยวกับการสื่อสารตามกฎหมายอื่น เช่น การหมิ่นประมาท การดูหมิ่น ตามกฎหมายอาญา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อความหมายและลักษณะของ “Hate Speech” ทั้งนี้แม้ว่าในบางกรณีอาจมีความทับซ้อนคาบเกี่ยวกับฐานความผิดอื่นตามกฎหมายอาญา แต่มีความแตกต่างกันดังจะจำแนกให้เห็นต่อไปนี้

- หากพิจารณา “Hate Speech” ในกรอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา⁴⁹⁸ จะพบว่า กฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาทไม่ครอบคลุมการกระทำในลักษณะ “Hate Speech”

กรณี “Hate Speech” ที่อยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท : การสื่อสารที่สร้างความเกลียดชังอาจกระทำต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น นาย ก ใส่ความ นาย ข ซึ่งนับถือศาสนาหนึ่งต่อบุคคลที่สามว่า เป็นพวกก่อการร้าย กรณีเช่นนี้อาจจัดอยู่ในองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือการสื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” ที่มุ่งต่อบุคคลกลุ่มจำกัดอันระบุตัวบุคคลในกลุ่มได้ อาจจัดอยู่ในขอบเขตกฎหมายหมิ่นประมาท

กรณี “Hate Speech” ที่ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท” หากเป็นกรณีการแสดงความเกลียดชังต่อกลุ่มคนที่ไม่เจาะจงตัว การเผยแพร่ข้อความอันแสดงถึงการเหยียดหยามเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ เช่น นาย ก โพสต์ข้อความให้ร้ายบุคคลที่นับถือศาสนาหนึ่งว่าเป็นพวกก่อการร้าย กรณีเช่นนี้ไม่สามารถระบุเจาะจงตัวผู้ถูกใส่ความได้ จึงไม่สามารถปรับใช้กฎหมายหมิ่นประมาทกับการสื่อสารลักษณะนี้ แม้ว่าจะเป็น การสื่อสารที่เกี่ยวข้องหรือสืบเนื่องจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ก็ตาม

จะเห็นได้ว่า หมิ่นประมาท ตามกฎหมายอาญา กับ “Hate Speech” นั้นอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่แตกต่างกัน เนื่องจาก “Hate Speech” มุ่งคุ้มครองบุคคลในกลุ่มเสี่ยงหรือเปราะบางอันมีความสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ในขณะที่ความผิดฐานหมิ่นประมาทมุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ และการทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงนั้นไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”

497

หมายเหตุ : ข้อมูลในส่วนนี้เป็นการวิเคราะห์ในช่วงกลางปี 2559 โปรดดูข้อมูลเพิ่มเติมในภาคผนวก

498

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 มีหลักว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะ ทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือ ปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” หากการสื่อสารที่สร้างความเกลียดชังได้กระทำต่อสาธารณะ ก็จะเกี่ยวข้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328 มีหลักว่า ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณา ด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินสองปีและปรับไม่เกินสองแสนบาท

- หากพิจารณา “*Hate Speech*” ในกรอบความผิดตามมาตรา 116 ของประมวลกฎหมายอาญา หรือเรียกว่าความผิดฐานยุยงปลุกปั่น จะเห็นได้ว่า “*Hate Speech*” อาจมีลักษณะของการกระตุ้นยั่วยุ (Incitement) หรือถูกนำไปใช้ในลักษณะโฆษณาชวนเชื่อเพื่อหวังผลทางการเมืองหรือความรุนแรง (Hate propaganda) ซึ่งเมื่อพิจารณาตามองค์ประกอบของกฎหมายอาญามาตรา 116⁴⁹⁹ จะเห็นได้ว่าครอบคลุมการกระตุ้นหรือยุยงที่มีวัตถุประสงค์ทำให้เกิดความไม่สงบหรือการฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้น กรณี “*Hate Speech*” ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ส่งผลให้เกิดความปั่นป่วนในหมู่ประชาชนถึงขนาดก่อให้เกิดความไม่สงบ สามารถเข้าองค์ประกอบความผิดได้ แต่หากกรณี “*Hate Speech*” นั้นมิได้มีลักษณะถึงขั้นทำให้เกิดความรุนแรงหรือความไม่สงบตามความหมายมาตรา 116 ก็จะไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตความผิดนี้ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า มาตรา 116 มิได้มีองค์ประกอบเกี่ยวกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” รวมทั้งมิได้ระบุถึงมูลเหตุจูงใจของการยุยงนั้นว่าจะต้องเกี่ยวข้องกับ กลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องกับ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ทั้งนี้เนื่องจากมาตรานี้ มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ

- หากพิจารณา “*Hate Speech*” ในกรอบความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แล้วพบว่า การเผยแพร่เนื้อหาเกี่ยวกับความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ นั้น อาจจัดอยู่ภายใต้องค์ประกอบความผิดของกฎหมายนี้ได้ ทั้งนี้เนื่องจากความผิดโดยเฉพาะมาตรา 14⁵⁰⁰ มีขอบเขตที่กว้างกว่ากฎหมายอาญามาตราฐานหมิ่นประมาทในแง่ที่ว่า ข้อความที่ผิดกฎหมายไม่จำกัดเฉพาะข้อความที่มุ่งต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งอันระบุตัวได้โดยเฉพาะเท่านั้น⁵⁰¹ เช่น การ

⁴⁹⁹ มาตรา 116 ผู้ใดกระทำให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีอื่นใดอันมิใช่เป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต

(1) เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดินหรือรัฐบาล โดยใช้กำลังข่มขู่หรือใช้กำลังประทุษร้าย

(2) เพื่อให้เกิดความปั่นป่วน หรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชน ถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นใน

ราชอาณาจักร หรือ

(3) เพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดิน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี

⁵⁰⁰ มาตรา 14 มีหลักว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์

อันเป็นเท็จโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้....”

⁵⁰¹ คนุธิป ทองรวีวงศ์, “ศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กับ กฎหมายอาญามาตราฐานหมิ่นประมาท ในกรณีการหมิ่นประมาททางอินเทอร์เน็ต,” *บทบัณฑิตย* เล่มที่ 65 ตอน 2 (มิถุนายน 2552): 31-69.

เผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จกล่าวหาผู้นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือจัดอยู่ในกลุ่มเชื้อชาติใด เชื้อชาติหนึ่งให้เกิดความเสื่อมเสีย การเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันมีลักษณะลามกเพื่อแสดงความเกลียดชังกลุ่มบุคคลที่มีรสนิยมทางเพศแตกต่างหลากหลาย ข้อความลักษณะนี้แม้ไม่ได้มุ่งใส่ความบุคคลใดที่ระบุตัวได้โดยเฉพาะ แต่มุ่งสร้างความเกลียดชังโดยรวมต่อกลุ่มคนจำนวนมากที่มีคุณสมบัติหรือคุณลักษณะบางอย่างร่วมกัน ซึ่งไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาทแต่ก็อาจจัดอยู่ในองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 ของพระราชบัญญัตินี้ได้ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดขององค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวกับ “Hate Speech” ก็คือ มี**ขอบเขตจำกัดเฉพาะข้อมูล “ปลอมหรือเท็จ หรือข้อมูลลามก”** ดังนั้น หากการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ นั้น ไม่เข้าลักษณะของ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ปลอม เท็จ ลามก” ก็ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นโดยหลักแล้วมุ่งควบคุมอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ โดยมีการบัญญัติความผิดในกลุ่มของเนื้อหา (Content) เพิ่มขึ้นมาจากความผิดในเชิงเทคนิคคอมพิวเตอร์ด้วย แต่ความผิดกลุ่มเนื้อหาดังกล่าวมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า จากการวิเคราะห์กฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันทั้ง 3 ฉบับ พบว่า การสื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” บางกรณีอาจตกอยู่ภายใต้องค์ประกอบกฎหมายดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ตาม “Hate Speech” อีกหลายกรณีก็ไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าว สาเหตุประการสำคัญก็คือ กฎหมายไทยทั้งสามฉบับที่เกี่ยวข้องดังกล่าวนี้อยู่บนพื้นฐานแนวคิด หลักการ ที่แตกต่างจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนและการห้ามเลือกปฏิบัติ การปรับใช้กฎหมายดังกล่าวกับ “Hate Speech” จึงไม่สอดคล้องและเหมาะสมกับ “Hate Speech” ซึ่งควรได้รับการพิจารณาภายใต้หลักกฎหมายที่แตกต่างออกไปนั่นคือกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ดังจะเห็นได้จากกฎหมายต่างประเทศซึ่งจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป

(2) วิเคราะห์เปรียบเทียบ “Hate Speech” ตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบ**กฎหมายสหรัฐอเมริกา**กับ**กฎหมายไทย**แล้ว พบว่า ปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่มีทั้งในส่วนของการกฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) และกฎหมายที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำความผิดทางอาญาที่มีสาเหตุสืบเนื่องจากเหตุแห่งความเกลียดชังโดยเฉพาะ (Hate crime) สำหรับกรณี “Hate Speech” ตามกฎหมายไทยปัจจุบัน จะเกี่ยวข้องกับการพิจารณาความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ความผิดฐานหมิ่นประมาทอาจครอบคลุมบางกรณีของ “Hate Speech” เช่น การใส่ความบุคคลโดยเจาะจงตัวด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่หากเป็นกรณีการแสดงความเกลียดชังต่อกลุ่มคนที่ไม่เจาะจงตัว แม้ว่าจะเป็นการสื่อสารที่เกี่ยวข้องหรือสืบเนื่องจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ไม่อยู่ภายใต้องค์ประกอบของหมิ่นประมาท

สำหรับกรณี “Hate crime” หากเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาจะพบว่ามีความหมายกำหนดความผิดเป็นการเฉพาะ แต่ตามกฎหมายไทยปัจจุบันไม่มีฐานความผิดเฉพาะ จึงต้องพิจารณาฐานความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งไม่ได้จำแนกกรณี “Hate crime” ออกมาเป็นการเฉพาะ เช่น การทำร้ายร่างกายซึ่งมีมูลเหตุจูงใจจากความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ ก็อยู่ภายใต้ฐานความผิดเกี่ยวกับร่างกายทั่วไป จึงอาจกล่าวได้ว่าไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดความผิดทางอาญาเฉพาะสำหรับการสื่อสารความเกลียดชังอันนำไปสู่การกระทำความรุนแรงทางกายภาพต่อชีวิตร่างกาย

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายแคนาดาแล้วพบว่า ประมวลกฎหมายอาญาของแคนาดากำหนดความผิดสำหรับ “Hate Speech” โดยเรียกว่า “Hate propaganda” หรือการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชัง ซึ่งมีการจำแนกลักษณะและชนิดของการกระทำออกไปเป็นหลายกรณีย่อยอันมีระดับความรุนแรงที่แตกต่างกัน สำหรับกรณีแรกคือ การยุยงส่งเสริมให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Advocating genocide) จะเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับการสื่อสารความเกลียดชังซึ่งนำไปสู่การกระทำความรุนแรงทางกายภาพถึงขนาดการฆ่า กรณีนี้เปรียบเทียบกับ “Fighting words” หรือ “Hate crime” ของสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้กฎหมายอาญาของแคนาดายังกำหนดความผิดกรณี การกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังต่อสาธารณะ (Public incitement of hatred) ซึ่งเป็นการกระตุ้นยั่วยุที่อาจนำไปสู่ความรุนแรงแต่ยังไม่ถึงขั้นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และความผิดกรณี การจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชัง (Wilful promotion of hatred) ซึ่งเป็นความผิดแม้ว่ายังไม่นำไปสู่การกระทำความรุนแรงทางกายภาพ จะเห็นได้ว่ากรณีนี้แสดงถึงการที่กฎหมายแคนาดาให้น้ำหนักกับการคุ้มครองกลุ่มที่ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” มากกว่าการคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสาร ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่การแสดงความเกลียดชังยังคงทำได้หากไม่ถึงขั้นนำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพ อย่างไรก็ตาม ความผิดทั้ง 3 กรณีนั้นต่างมีองค์ประกอบร่วมที่สำคัญก็คือ จะต้องเป็นการกระทำให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มที่ระบุเจาะจงได้ ซึ่งก็คือกลุ่มบุคคลที่จำแนกตาม “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”⁵⁰² นั่นเอง ทั้งนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า “Hate Speech” ตามกฎหมายแคนาดาซึ่งมุ่งต่อ “กลุ่มที่ระบุเจาะจงได้” นั้นมิได้หมายถึงการระบุเจาะจงเป็นรายบุคคล (Individual) ดังเช่นการเจาะจงตัวผู้ถูกหมิ่นประมาทตามกฎหมายไทย เนื่องจากคำว่ากลุ่มที่ระบุเจาะจงได้ตามกฎหมายแคนาดานั้นหมายถึงจำแนกทั้งกลุ่มออกจากกลุ่มอื่นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

หากเปรียบเทียบกฎหมายอาญาแคนาดากับประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วพบว่ากฎหมายไทย มิได้มีการกำหนดความผิดเฉพาะสำหรับการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความรุนแรงด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่มีฐานความผิดที่อาจเปรียบเทียบได้คือ มาตรา 116 ดังกล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาองค์ประกอบของมาตรา 116 จะเห็นได้ว่า ครอบคลุมการกระตุ้นหรือยุยงที่มีวัตถุประสงค์ทำให้เกิดความไม่สงบหรือการฝ่าฝืนกฎหมาย แต่มิได้ระบุถึงมูลเหตุจูงใจของการยุยงนั้นว่าจะต้องเกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคลที่ได้รับการจำแนกตาม “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ดังเช่นกฎหมายอาญาของแคนาดา ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า มาตรา 116 เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์รักษาความสงบและความมั่นคงมากกว่าการ

⁵⁰² กลุ่มที่ระบุเจาะจง (Identifiable group) ตามกฎหมายแคนาดาหมายถึง “กลุ่มในสังคมที่สามารถจำแนกความแตกต่างได้จาก สีผิว เชื้อชาติ ศาสนา รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการทางจิตหรือกาย”

คุ้มครองสิทธิมนุษยชนบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ สำหรับการสื่อสารความเกลียดชังที่ไม่ถึงขั้นนำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพนั้น มีเพียงฐานความผิดหมิ่นประมาทซึ่งองค์ประกอบความผิดแตกต่างกับ “การจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชัง (*Wilful promotion of hatred*)” ตามกฎหมายแคนาดา เนื่องจากความผิดฐานหมิ่นประมาทของไทยมุ่งเน้นความเสียหายต่อชื่อเสียงของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ในขณะที่ความผิดตามกฎหมายแคนาดามุ่งควบคุมการสื่อสารที่แสดงความเกลียดชังต่อกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะอันจำแนกได้ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา รสนิยมทางเพศ ฯลฯ มากกว่าการคุ้มครองชื่อเสียงของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่ง

นอกจากบริบทของกฎหมายอาญา และกฎหมายเฉพาะ เช่น ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์แล้ว หากเปรียบเทียบกับ**กฎหมายออสเตรเลีย**แล้วจะเห็นได้ว่า “Hate Speech” ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ ไว้ รวมทั้งการวางหลักเกี่ยวกับการให้ร้าย “Vilification” หรือ การกระตุ้นยั่วยุ “Incitement” ซึ่งโดยเนื้อหาสาระแล้วก็เปรียบเทียบกับ “Hate Speech” นั้นเอง ดังปรากฏอยู่ตามกฎหมายในมลรัฐต่างๆ ของออสเตรเลียดังที่ได้ศึกษามาข้างต้น อย่างไรก็ตาม ไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ ในลักษณะกฎหมายกลางที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ ดังเช่นกฎหมายออสเตรเลีย และไม่มีกฎหมายเฉพาะอื่นที่วางหลักควบคุม “Hate Speech” นอกจากนี้หากพิจารณาพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่า การสื่อสารที่แสดงความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ เช่น รสนิยมทางเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ นั้นสามารถจัดอยู่ในการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่จะตรวจสอบและเสนอมาตรการแก้ไขได้⁵⁰³ หากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตรวจสอบแล้วเห็นว่ากรกระทำ “Hate Speech” นั้นละเมิดสิทธิมนุษยชน จะต้องทำรายงานผลการตรวจสอบ และ “.. กำหนดมาตรการแก้ไขปัญหาซึ่งต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าบุคคลหรือหน่วยงานใดมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องใด...”⁵⁰⁴ อย่างไรก็ตาม ปัญหาสำคัญก็คือ ในปัจจุบันไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักเกี่ยวกับ “Hate Speech” ไว้ แม้ว่าจะมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญก็ยังมีปัญหาโดยเฉพาะกรณีการสื่อสารเกี่ยวข้องกับ “Hate Speech” นั้นมักเป็นการกระทำระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตการยกรัฐธรรมนูญขึ้นกล่าวอ้างได้โดยตรง ดังนั้น แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะทำการตรวจสอบพบว่าการกระทำนั้นเป็นการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ก็เป็นการยากที่จะกำหนดมาตรการแก้ไขโดยระบุให้ปฏิบัติตาม “กฎหมาย” ในเรื่องใด เพราะยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech”

ดังนั้น จากการศึกษา กฎหมายไทยปัจจุบัน ทั้งในส่วนของกฎหมายอาญา กฎหมายเฉพาะช่องทางการสื่อสารเช่นการสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์ รวมทั้งกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน พบว่า มิได้กำหนดหลักกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับ “Hate Speech” โดยนាំปัจจัยเกี่ยวกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”

⁵⁰³ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 22

⁵⁰⁴ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 28

มาเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย (ทั้งนี้ไม่ว่าจะกำหนดเรียกชื่อไว้เป็นประการอื่น เช่น “Hate propaganda” “Vilification” “Incitement”) จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่ากฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่ครอบคลุมทั้งในกรณีของ “Hate Speech” และ “Hate Crime” เมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเป็น “Hate Speech” ขึ้น แม้ว่าบางกรณีอาจปรับใช้กฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท หรือ ความผิดตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้ แต่ก็ไม่ครอบคลุมการกระทำลักษณะดังกล่าวทั้งหมด ทั้งนี้เนื่องจาก องค์ประกอบความผิดที่ไม่ครอบคลุมนั้นสะท้อนถึงหลักการและแนวคิดการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” ซึ่งมีความแตกต่างจากหลักแนวคิดและหลักการของกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท กล่าวคือ แนวคิดการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” นั้น มีความสัมพันธ์สืบเนื่องมาจากหลักของการคุ้มครอง “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหลักการและแนวคิดแตกต่างจากการกำหนดความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญาซึ่งมุ่งเน้นการคุ้มครองชื่อเสียงปัจเจกบุคคล ดังนั้น จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการกำหนดกฎหมายเฉพาะในกรณีของ “Hate Speech” ให้มีความครอบคลุมและสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่อไป

4.15.12 กรณีศึกษาในประเทศไทย : ปราบปรามการ “ตุ๊กตาลูกเทพ”

หลังจากที่ได้ทำการศึกษากรณีของ “Hate Speech” แล้ว กรณีของ “ตุ๊กตาลูกเทพ” ปราบปรามเป็นข่าวในสังคมไทยอยู่ช่วงระยะเวลาหนึ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่ปี 2559 ในงานวิจัยนี้จะศึกษาปรากฏการณ์ดังกล่าวเฉพาะในแง่มุมของการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) และการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)⁵⁰⁵

4.15.12.1. วิเคราะห์ข้อเท็จจริง

จากการจัดรับฟังความเห็นโดยการประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) เรื่อง “ปรากฏการณ์ตุ๊กตาลูกเทพกับการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง” ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ประกอบกับการสำรวจข้อมูลจากสื่อต่างๆ ผู้วิจัยพบว่า มีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องอันสรุปได้ดังนี้

⁵⁰⁵ คณาธิป ทองรวีวงศ์, ปรากฏการณ์ “ตุ๊กตาลูกเทพ” : ในมุมมอง “สิทธิส่วนบุคคล” และ “Online Hate Speech,” เว็บไซต์พลเมืองเน็ต , <https://thainetizen.org/2016/02/supernatural-dolls/>

- ผู้นิยมเลี้ยงตุ๊กตาลูกเทพบางราย ที่เคยเผยแพร่ข้อมูลการสื่อสารออนไลน์ในเครือข่ายสังคมเกี่ยวกับตุ๊กตาลูกเทพ เช่น โพสต์รูปโพรไฟล์ในเฟสบุคหรือในไลน์เป็นรูปน้องตุ๊กตาหรือตนเองคู่กับน้องตุ๊กตา มีความไม่สบายใจ ไม่กล้าโพสต์ เพราะอายที่จะถูกเพื่อนในเครือข่ายมองว่า “ไร้สติ” หรือกระทั่ง “บ้า”

- มีคนสร้างหน้าเพจในเว็บไซต์เฟสบุค สำหรับการ “ต่อต้าน” ตุ๊กตาลูกเทพ ขึ้นมาโดยเฉพาะ มีภาพล้อเลียน เสียตีสี ด่าทอ แสดงความไม่พอใจต่อฝ่ายนิยมตุ๊กตาลูกเทพ

- อาจารย์ท่านหนึ่งโพสต์เฟสบุค โพสต์ในกลุ่มไลน์ อีกทั้งประกาศในห้อง ด้วยเนื้อหาใจความตอนหนึ่งว่า “ถ้านักศึกษาคนไหนนำตุ๊กตาลูกเทพมาเรียน จะไม่อนุญาตให้เข้าชั้นเรียน โปรดทำตัวให้เหมาะสมกับผู้มีการศึกษา” แม้ข้อเท็จจริง ปรากฏว่า ยังไม่มีนักศึกษาคนไหนนำตุ๊กตาลูกเทพเข้าเรียนในชั้นที่อาจารย์ท่านนี้สอนมาก่อนเลย การประกาศแบบนี้เกิดขึ้นหลังจาก อาจารย์อีกท่านหนึ่งโพสต์เนื้อหาเกี่ยวกับประเด็นนี้อันเป็นที่ชื่นชมในสร้างสรรค์ออกตามสื่อต่างๆ มีเนื้อหาสำคัญว่า “ถ้านักศึกษาท่านใดที่นำตุ๊กตาลูกเทพมาเรียนด้วย จะต้องให้ตุ๊กตาลูกเทพทำงานส่ง ทำรายงาน เสมือนเป็นนักศึกษาคนหนึ่ง”⁵⁰⁶

- ผู้มีงานอดิเรกในการนำตุ๊กตาสะสม ที่มักจะนำเอาตุ๊กตาไปถ่ายภาพตามร้านอาหารหรือสถานที่ท่องเที่ยวต่างๆ หวาดระแวงในการทำกิจกรรมงานอดิเรกของตนเอง เพราะเกรงจะถูกบุคคลในสังคมตีตราว่าเป็น “คนบ้า” โดยการเหมารวมตุ๊กตาสะสม (ที่ไม่เกี่ยวข้องกับ “ความเชื่อ” ใดๆ) เป็นตุ๊กตาลูกเทพไปด้วย นอกจากนี้ การโพสต์เรื่องราวตุ๊กตาสะสมในหน้าสาธารณะลดน้อยลงเหลือเพียงในกลุ่มปิด

- ในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์ ปรากฏว่ามีการใช้ “อินโฟกราฟฟิก” (Infographic) (ภาพที่สร้างขึ้นด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์) แสดงการสนทนาระหว่างตุ๊กตาลูกเทพกับตุ๊กตาหมีเท็ดซึ่งเป็นตัวละครในภาพยนตร์ โดยส่งต่อกันอย่างกว้างขวาง ซึ่งประกอบด้วยคำพูดที่แสดงถึงการล้อเลียน เช่น “.. ท่าทางฉันเหมือนมีชีวิตเธอ ถามโง่ๆ ...เธอช่วยเรียกเงินทองให้หามีได้จริงเธอ....เรียกกะผีสิ มีฉันมีเงินใช้เพราะออกไปทำงานเองทุกวัน....”

ในเครือข่ายสังคมออนไลน์ เว็บไซต์สาธารณะ พบการสื่อสารแสดงความเห็นจากฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับผู้เลี้ยงตุ๊กตา ด้วยเนื้อหาถ้อยคำเช่น “การอุ้มตุ๊กตาลูกเทพเป็นสิ่งดี เพราะทำให้แยกได้ระหว่าง คนดีกับคนบ้า” “ไร้สติ ฆมงาย เบาปัญญา ไร้การศึกษา”

นอกจากในระดับการสื่อสารของบุคคลทั่วไปแล้ว องค์กรธุรกิจผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ ยังทำการสื่อสารเกี่ยวกับปรากฏการณ์นี้ ซึ่งผู้วิจัยพบว่าอาจจำแนกได้เป็นสองฝ่าย คือ

⁵⁰⁶ “อาจารย์ ม.ดั่ง ไม่ห้ามลูกเทพเข้าเรียน แต่ต้องทำการบ้านด้วย”,

<http://www.posttoday.com/social/hot/412421>

ฝ่ายแรก ดำเนินกลยุทธ์ทางการตลาดตอบสนองต่อปรากฏการณ์ความนิยมตุ๊กตาลูกเทพ เช่น จัดให้มีสินค้า บริการใหม่ ๆ สำหรับผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพ เช่น “พาน้องท้าว รับจ้างเลี้ยงน้อง รับฝากดูแล ทำผม ทำสปา สอนหนังสือ อบรมให้ความรู้” ธุรกิจรับชนคนโดยสารก็มีการปรับกลยุทธ์เกี่ยวกับที่นั่งสำหรับผู้พาตุ๊กตาลูกเทพเดินทางเช่นกรณีสายการบิน⁵⁰⁷ ร้านอาหารบุฟเฟต์บางแห่งจัดโปรโมชัน “ลูกเทพกินฟรี” “ลูกเทพคิดราคาเท่าเด็ก” เป็นต้น

การตอบสนองด้วยวัตถุประสงค์ทางการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายนี้ กลับส่งผลให้ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย เพิ่มระดับความ “เกลียดชัง” ยิ่งขึ้นไปอีก เช่น มีการสื่อสารข้อมูลออนไลน์ที่เปรียบเทียบน้อง (คนจริง) ผู้หิวโหย กับ น้อง (ตุ๊กตา) ที่ได้กินอาหารดีๆ (ผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพเป็นคนกิน หรืออาจจะสั่งอาหารมาให้ตุ๊กตาที่นั่งอยู่แล้ว “ทั้งอาหารไว้อย่างนั้น” ทำให้ฝ่ายที่ไม่ชอบเกิดความเสียขวัญหวั่นเกรง)

ฝ่ายที่สอง ดำเนินกลยุทธ์ทางการตลาดในลักษณะต่อต้าน คัดค้านผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพ โดยประกาศ ไม่รับ ไม่บริการ ตุ๊กตาลูกเทพ (ซึ่งในทางปฏิบัติก็คือไม่บริการบุคคลผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพ) มีข้ออ้างสังเกตว่า ผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มนี้ ไม่เพียงปฏิเสธเท่านั้น แต่ยังมีการสื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” ประกอบมาเป็นเหตุผลด้วย เช่น

- ผู้ให้บริการโรงแรม รีสอร์ท บางแห่ง โพสต์ประกาศอย่างเป็นทางการในหน้าเพจว่า ห้ามนำตุ๊กตาลูกเทพเข้าพัก ให้เหตุผลว่า “ไร้สติ เป็นแบบอย่างไม่ดีแก่เยาวชน” มีการเรียกตุ๊กตาเหล่านี้ว่า “ตุ๊กตาผี” เหตุผลดังกล่าวได้รับความนิยมนอกจากผู้ให้บริการอีกหลายรายที่ นำไปใช้ตามๆกัน

จะเห็นว่า เนื้อหาของการสื่อสารที่ยกตัวอย่างมาเหล่านี้ นัยหนึ่งเป็นเรื่องเสียดสีขำขัน แต่อีกนัยหนึ่งสื่อความหมายตำหนิว่า ผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพเป็นผู้ งามาย ไร้สติ ไร้การศึกษา หลงผิด ฯลฯ เป็นการสื่อสารที่สะท้อนถึงความ “เกลียดชัง” หรือ “Hate Speech” ระหว่างคนสองฝ่ายที่มีความ “เห็นต่าง” ดังที่ปรากฏพบได้ทั่วไปในสังคมไทยกรณีประเด็นทางการเมืองหรือประเด็นทางสังคมอื่นๆ การกระทำลักษณะนี้จัดเป็นการสื่อสารออนไลน์ซึ่งก่อให้เกิดความเกลียดชังหรือกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชัง

⁵⁰⁷ “ไทยสมายล์ ขายตั๋ว/บริการ ตุ๊กตาลูกเทพนั่งเครื่องบินได้” <http://www.dailynews.co.th/economic/375084>

4.15.12.2 วิเคราะห์ปัญหาของปรากฏการณ์ตุ๊กตาลูกเทพ ภายใต้กรอบ “Hate Speech” และ เสรีภาพของการแสดงความคิดเห็น

ตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น ปรากฏการณ์ตุ๊กตาลูกเทพมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนหลายประการ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะด้านความเชื่อ ลัทธิ ศาสนา ในแง่ของผู้ไม่เห็นด้วยกับผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพ ก็อ้างเสรีภาพในการสื่อสารและแสดงความคิดเห็น ในแง่ของผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพ ก็อ้างว่า การนำพาตุ๊กตาลูกเทพออกสู่สาธารณะ เป็นการแสดงออกซึ่งความเชื่อของตนอย่างหนึ่ง นอกจากนี้ ในระดับของการปฏิเสธสินค้าหรือบริการต่อผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพนั้น ในหนึ่งก็มองได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความเชื่อ

สำหรับในบริบทของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น ประเด็นสำคัญคือการหาจุดสมดุลระหว่างเสรีภาพในการสื่อสารของฝ่ายที่แสดงความไม่เห็นด้วยกับผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพซึ่งอยู่ในขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น กับ การสื่อสารแสดงความเกลียดชังที่เกินขอบเขตของเสรีภาพนี้อันมีลักษณะของ “Hate Speech” ที่ขัดต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยผู้วิจัยจะได้แยกพิจารณาเป็นสองกรณี

กรณีแรก การสื่อสารความเกลียดชังที่อยู่ในขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

โดยหลักแล้วเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือ “Freedom of Speech” นั้น มิได้จำกัดเฉพาะการแสดงความคิดเห็นในเชิงบวกเท่านั้น แต่ครอบคลุมถึงการแสดงความคิดเห็นในแง่ลบต่างๆ ทั้งเห็นด้วย ไม่เห็นด้วย ความชื่นชอบ ความไม่พึงพอใจ หรือแม้แต่ความเกลียดชัง การที่รัฐจะตรากฎหมายมาจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารและแสดงความคิดเห็นนั้นอาจทำได้แต่เหตุที่จะนำมาจำกัดก็จะต้องมีน้ำหนักเพียงพอด้วย 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 1992 หลังจากมีเหตุการณ์วัยรุ่นเผาไม้กางเขนบนสนามหญ้าของชาวอเมริกันเชื้อสายแอฟริกัน รัฐบาลท้องถิ่นตรากฎหมายมีเนื้อหาห้ามการแสดงสัญลักษณ์ใดๆ ที่กระตุ้นหรือยั่วยุผู้อื่นด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ หรือเพศ ศาลตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น⁵⁰⁸ ศาลอธิบายว่า การสื่อสารที่ทำให้เกิด

⁵⁰⁸ คดี R.A.V. v. City of St. Paul (1992)

ความรุนแรง (Fighting words) จะไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะ “Freedom of Speech” แต่ทั้งนี้การสื่อสารที่ไม่ได้รับการคุ้มครองนั้นมิใช่เพียงแต่มีเนื้อหาแสดงความไม่ชอบ ไม่พึงพอใจ เท่านั้น แต่ยังต้องแสดงออกมาในลักษณะที่เป็นการคุกคาม (Threatening manner) ด้วย หลังจากคดีนี้ ศาลสูงสุดสหรัฐก็ได้พิจารณาคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการเผาไหม้กางเกงอีกครั้ง ศาลตัดสินว่าแม้การเผาไหม้กางเกงจะแสดงถึงการข่มขู่อันมิชอบด้วยกฎหมายได้ในบางกรณี แต่การที่รัฐตรากฎหมายห้ามการเผาไหม้กางเกงนั้นเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รัฐอาจตรากฎหมายห้ามเฉพาะรูปแบบหรือวิธีการของการข่มขู่ ซึ่งมีแนวโน้มจะนำไปสู่การกระทำรุนแรงทางกายภาพเช่นการทำร้ายร่างกาย⁵⁰⁹ สำหรับกรณีการสื่อสารออนไลน์นั้น ศาลได้ตัดสินในกรณีจำเลยโพสต์ข้อความแสดงความเกลียดชังด้านเชื้อชาติและสีผิวทางอินเทอร์เน็ตนั้น ยังไม่ถึงขั้นเป็นการสื่อสารอันตราย (Dangerous Speech) ดังนั้นจึงยังได้รับการคุ้มครองในฐานะ Free Speech ตามรัฐธรรมนูญ⁵¹⁰

ตามกรอบของหลักกฎหมายนี้ ฝ่ายผู้ไม่ชอบตักตากลูกเทพที่แสดงออกทางสื่อสังคมออนไลน์ต่างๆ ถึงความเกลียดชังต่อกลุ่มผู้นิยมตักตากลูกเทพ หรือเกลียดชังต่อแนวคิดการเลี้ยงตักตากลูกเทพนั้น ยังคงจัดอยู่ในพื้นที่ของ “เสรีภาพในการสื่อสารหรือแสดงความคิดเห็น” ได้ ตราบใดที่ไม่ได้แสดงออกมาด้วยวิธีการหรือลักษณะพฤติกรรมที่รุนแรงหรือเป็นการข่มขู่คุกคาม

กรณีที่สอง การสื่อสารความเกลียดชังที่เกินขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ในกรณีกฎหมายสหรัฐอเมริกา แม้จะให้น้ำหนักกับ “Freedom of Speech” แต่จากคำพิพากษาศาลจะเห็นได้ว่า หากการสื่อสารที่มีเนื้อหาแสดงความเกลียดชังนั้น แสดงออกถึงความเกลียดชังด้วยลักษณะพฤติกรรมที่สื่อแสดงความรุนแรง หรือที่ศาลใช้คำว่า “Fighting Words , Dangerous Words” การสื่อสารนั้นก็ไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐอาจตรากฎหมายจำกัด Hate Speech ที่แสดงออกด้วยความรุนแรงได้ ตัวอย่างเช่น การแสดงความเกลียดชังต่อการทำแท้งโดยเปิดเว็บไซต์ลงรายชื่อผู้เกี่ยวข้องกับการทำแท้งโดยกล่าวว่าเป็นพวกอาชญากรต่อมนุษยชาติ ศาลตัดสินว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นที่แสดงออกด้วยวิธีรุนแรงและไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะ Free Speech⁵¹¹ หากเปรียบเทียบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เช่น การนำข้อมูลประวัติของผู้นิยมลูกเทพ มาเผยแพร่หรือประจานทางสื่อออนไลน์ ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการแสดงความเกลียดชังที่แสดงออกมาด้วยวิธีรุนแรง แม้ว่ามีได้แสดงออกในเชิงกายภาพต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น การทำร้ายร่างกาย แต่การประจานด้วยข้อมูลดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นการกระทำทางกายภาพอย่างเป็นรูปธรรม มิใช่เป็นเพียงการแสดงความคิดเห็น จึงอาจเกิน

⁵⁰⁹ *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003),

⁵¹⁰ *United States v. Wilcox* (2008)

⁵¹¹ *Planned Parenthood of the Columbia/Willamette, Inc. v. Am. Coalition of Life Activists*, 290 F.3d 1058, 1063-67 (9th Cir. 2002)

ขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น นอกจากนี้การประจานโดยเจาะจงตัวบุคคลดังกล่าวอาจเข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญาด้วย

สำหรับการแสดงความเกลียดชังโดยมีลักษณะการข่มขู่คุกคาม เช่น กรณีในสหรัฐอเมริกา การแสดงความเกลียดชังต่อเพื่อนนักเรียนโดยโพสต์ข้อความในห้องสนทนาในเว็บไซต์แห่งหนึ่ง มีเนื้อหาขู่จะฆ่านักเรียนในโรงเรียน (ซึ่งในสหรัฐอเมริกามักปรากฏว่านักเรียนฆ่ากันอยู่บ่อยครั้ง โดยในหลายคดีก็ไม่แนชัดถึงสาเหตุแห่งความเกลียดชังอันนำไปสู่การฆาตกรรม) ศาลตัดสินว่ามีความผิดตามกฎหมาย⁵¹² หากเปรียบเทียบกับกรณีตุ๊กตาถูกเทพ การที่ผู้ที่ไม่เห็นด้วย โพสต์ข้อความแสดงถึงการขู่จะฆ่า ทำร้าย คนนิยมเลี้ยงตุ๊กตา อาจถือได้ว่าเป็นการแสดงความเกลียดชังที่เกินขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สำหรับกรณีโพสต์แสดงความอาฆาตมาดร้ายว่าจะทำร้าย “ตุ๊กตา” ซึ่งแม้ว่าจะไม่ใช่บุคคลตามกฎหมายแต่ก็เป็นทรัพย์สิน จึงเห็นว่าเป็นการสื่อสารความเกลียดชังที่แสดงออกมาด้วยความรุนแรง แต่ทั้งนี้ก็ต้องมีการจำแนกระหว่าง “การล้อเลียน” โดยไม่มีเจตนาสร้างความเกลียดชังด้วยความรุนแรง

สำหรับบางประเทศ มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” เป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจจัดอยู่ในกฎหมายสิทธิมนุษยชน ในกลุ่มกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Law) เช่น ในประเทศแคนาดา นั้น หลายรัฐมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่วางหลักควบคุม “Hate Speech” ตัวอย่างเช่น กฎหมายมลรัฐ British Columbia ซึ่งมีหลักห้าม “การเผยแพร่ข้อความอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory Publication)” โดยหลักกฎหมายคือ “บุคคลจะต้องไม่เผยแพร่ ออกเอกสาร หรือแสดง ข้อความ ประกาศ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือการแสดงออกอื่นๆ ซึ่ง⁵¹³อาจส่งผลให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคล ถูกเกลียดชังหรือถูกดูหมิ่น ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว บรรพบุรุษ สถานที่กำเนิด ศาสนา สถานการณ์สมรส สถานะครอบครัว ความพิการทางกายหรือจิต เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้ยกเว้นสำหรับกรณีการสื่อสารส่วนบุคคล (Private Communication)

⁵¹² U.S. V. MORALES, 252 F.3d 1070 (9th Cir. 2001)

⁵¹³ Human Rights Code, RSBC 1996, c 210, s. 7(1)(a)(b)

กรณีออสเตรเลีย พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ (Racial Discrimination Act 1975) กำหนดความผิดสำหรับกรณีการสื่อสารความเกลียดชังด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ ถิ่นกำเนิด โดยมีคดีที่ ศาลออสเตรเลียตัดสินตามกฎหมายดังกล่าวในการเผยแพร่ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตเป็นครั้งแรกในปี 2002 คือ คดี Jones v. To'ben ซึ่งจำเลยได้เผยแพร่ข้อมูลบนเว็บไซต์ของจำเลยมีเนื้อหาปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 (Holocaust Denial) ศาลตัดสินว่าการเผยแพร่เนื้อหาดังกล่าวบนเว็บไซต์โดยไม่มีการกำหนดรหัสผ่าน เป็นการกระทำการสื่อสารต่อสาธารณะ (Public act) จึงเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ

ตามกรอบหลักกฎหมายนี้ แสดงให้เห็นข้อจำกัดของ Hate Speech ที่เกินเลยไปกว่าการแสดง ความเกลียดชัง จนนำไปสู่การแสดงออกในลักษณะความรุนแรง สำหรับประเทศที่กำหนดควบคุม Hate Speech เป็นการเฉพาะในฐานะสิทธิมนุษยชนภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัตินั้น มักจะมีแนวโน้มในการ ให้น้ำหนักไปในทางการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก Hate Speech

นอกจากในบริบทของเสรีภาพในการสื่อสารที่จะแสดงความไม่เห็นด้วยแล้ว การสื่อสารที่แสดง ความเกลียดชังในสื่อออนไลน์อาจเลยขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ไปสู่การ “กีดกัน” อย่างเป็นรูปธรรมในโลกทางกายภาพ เช่น การไม่ให้บริการ การไม่ขายสินค้าให้ บุคคลที่มีความเชื่อ ความเห็นต่าง ดังที่พบในกรณีหน้าเพจเว็บไซต์เฟสบุ๊คของผู้ให้บริการสถานที่พัก หรือสินค้าบางอย่าง

4.15.12.3 วิเคราะห์การสื่อสารความเกลียดชังและการเลือกปฏิบัติจากกรณีตุ๊กตาลูกเทพตาม กฎหมายไทย

จากข้อเท็จจริงที่พบว่า มีการเผยแพร่ข้อมูลในการสื่อสารช่องทางต่างๆ ในลักษณะของการใช้ ถ้อยคำภาพ หรือการสื่อสารลักษณะอื่นๆ ทำให้เกิดการดูหมิ่นเกลียดชัง (Hate Speech) ต่อกลุ่มบุคคลที่ นิยมตุ๊กตาลูกเทพ เช่น การใช้คำพูดว่า “ไร้สติ ขาดสติ เบาปัญญา งามาย ใจเฝ้า” “การอุ้มตุ๊กตาเป็น สัญลักษณ์แบ่งแยกให้รู้ใครเป็นคนดี คนบ้า” การสื่อสารด้วยถ้อยคำเหล่านี้มีลักษณะเป็นคำดูถูกเหยียดหยามด้วยเหตุผลทางความรู้สึกต่างๆ เช่น ความไม่ชอบ อคติ หมั่นไส้ หรือเกลียดชัง ซึ่งจัดเป็นกรณีของ “Hate Speech” อย่างไรก็ตามในปัจจุบันในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดความผิดดังกล่าว เมื่อพิจารณากฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน พบว่ามีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังนี้

(1) ประมวลกฎหมายอาญา ฐานความผิดหมิ่นประมาท

ในกรณีการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังที่เกี่ยวกับตุ๊กตาลูกเทพนั้น หากเป็นการกล่าวโดย เจาะจงกับบุคคลที่นิยมตุ๊กตาลูกเทพคนใดคนหนึ่ง อาจเข้าข่ายความผิดอาญาฐานหมิ่นประมาทได้ เช่น กล่าวโจมตี นางสาว ก ว่าเป็นคนไร้สติ ใจเฝ้า ไร้การศึกษา แต่หากเป็นการกล่าวข้อความหรือเผยแพร่ข้อมูล

โดยรวมมุ่งต่อคนที่นิยมลูกเทพทั้งกลุ่มใหญ่หรือทั้งหมดโดยไม่ได้เจาะจงผู้ใด ก็ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม การสื่อสารดังกล่าวยังอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการสื่อสารที่เหยียดหยามและแบ่งชนชั้นอันก่อให้เกิดความเกลียดชังระหว่างบุคคลที่แตกต่างกันสองฝ่าย ด้วยเหตุ “ความเชื่อ” แต่กฎหมายอาญารฐานหมิ่นประมาทไม่ครอบคลุมถึงกรณีนี้ หากไม่มีลักษณะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งดังกล่าวมาแล้ว

(2) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ในกรณีการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังที่เกี่ยวกับตุ๊กตาลูกเทพนั้น หากเป็นการเผยแพร่ข้อมูลทางระบบคอมพิวเตอร์เช่น โพสต์ข้อความทางเครือข่ายสังคมเช่น เฟสบุ๊ค หรือโปรแกรมการสนทนาออนไลน์ เช่น โปรแกรมประยุกต์ไลน์ อาจเข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 14 ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น ตัวอย่างเช่นหากมีการโพสต์ข้อมูลปลอมหรือเท็จ โดยการสร้างหน้าเพจปลอมขึ้นเพื่อแสดงตนเป็นบุคคลผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพ และโพสต์ข้อมูลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น กรณีนี้จะเข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของการปรับใช้กฎหมายนี้กับกรณีการสื่อสารความเกลียดชังกรณีตุ๊กตาลูกเทพก็คือ ข้อมูลที่แสดงความเกลียดชังต้องเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมหรือเท็จหรือข้อมูลลามกด้วย สำหรับการโพสต์ข้อความโจมตีกลุ่มผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพว่าเป็นพวก “ไร้สติ ไร้เงา เบาปัญญา” อาจเป็นคำติเตียนที่แสดงถึงความเห็นส่วนตัวของผู้โพสต์ข้อมูลเป็นการยากที่จะพิสูจน์ความจริงหรือเท็จของข้อความดังกล่าว พระราชบัญญัตินี้จึงไม่อาจนำมาปรับใช้อย่างครอบคลุมกับกรณี “Hate Speech” ที่มีได้เข้าองค์ประกอบข้อมูลปลอมหรือเท็จได้

(3) กรณีปรากฏการณ์ ตุ๊กตาลูกเทพ หากพิจารณาตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนภายใต้กรอบของ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Ground of discrimination) แล้วจะเห็นได้ว่า สามารถเกี่ยวข้องกับเหตุแห่ง “ศาสนา” ทั้งนี้หากตีความ “ศาสนา” ว่าเป็นความหมายกว้างกว่าศาสนากระแสหลัก ดังเช่นกรณี “พาสตาฟาเรียน” นอกจากนี้ แม้มิได้มองว่าความนิยมตุ๊กตาลูกเทพเกี่ยวข้องกับ “ศาสนา” ก็ยังจัดว่าเกี่ยวข้องกับ “ความเชื่อ” ซึ่งมีความหมายกว้างและอาจครอบคลุมความเชื่อในเรื่องต่างๆ ของบุคคลในสังคมโดยไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับหลักศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หากใช้กรอบ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” มาพิจารณาแล้ว อาจจำแนกการแสดงความเห็นต่อต้านตุ๊กตาลูกเทพ ได้ 4 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 : ถ้าเป็นแค่การ เสียดสี ล้อเลียน ทำอินโฟกราฟฟิกขำๆ ล้อเลียนเปรียบเทียบตุ๊กตาลูกเทพกับตุ๊กตามีชีวิตอื่นๆ เช่น ตุ๊กตาสยองขวัญอันโด่งดังจากหนังเรื่องต่างๆ หรือแสดงความเห็นทำหยาบความคิด สถาบัน (กลุ่มคนรักลูกเทพ) ซึ่งการอธิบายเช่นนั้นเป็นการส่งเสริมให้เกิดการโต้แย้งและความเข้าใจที่มากขึ้น การให้ข้อมูลว่าลูกเทพอย่างไรถึงไม่กระทบสิทธิผู้อื่น เช่นนี้ ก็ยังอยู่ในเขตพื้นที่ของ “Free Speech” ในทางกลับกัน ฝ่ายนิยมตุ๊กตาลูกเทพ ก็สามารถโต้แย้ง แสดงการสื่อสารด้านตรงข้าม (Counter speech) ได้เช่นกัน นอกจากนี้ สำหรับฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการสื่อสารในเชิงรังเกียจลูกเทพแบบ “เหมารวม” เช่น ฝ่ายผู้นิยมตุ๊กตาสะสม ก็อาจแสดงความเห็นตอบโต้ (Counter speech) ในรูปแบบของการให้ข้อมูลที่ถูกต้อง (ว่าตุ๊กตาของตนอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดและรสนิยมอีกชนิดหนึ่ง)

กรณีที่ 2 : การสื่อสารที่เห็นได้ชัดว่าแสดงความเกลียดชัง เช่น คำว่า “โง่ งามาย ไร้สติ” ถ้าตีความโดยให้น้ำหนักกับ Free Speech อย่างเช่นกฎหมายสหรัฐอเมริกาแล้ว เพียงแค่เนื้อหาในการสื่อสารเช่นนี้ยังอยู่ในขอบเขตของ Free Speech ได้ แต่ตามกฎหมายไทยต้องพิจารณาว่าเข้าองค์ประกอบฐานหมิ่นประมาท หรือไม่

กรณีที่ 3 : 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” เหล่านี้หากเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศจะเห็นว่า มีลักษณะ “Fighting Words” หรือ “Dangerous Words” อันเกินขอบเขตของ “Free Speech”

กรณีที่ 4 : การที่ผู้ประกอบการร้านค้า บริการต่างๆ แสดงการสื่อสารออกมาว่าจะไม่ต้อนรับลูกเทพ (ซึ่งก็คือไม่ต้อนรับบุคคลที่นิยมลูกเทพและพาลูกเทพมาด้วย) การสื่อสารด้วยภาพ ป้ายประกาศ ที่โพสต์ในเว็บหรือเพจของร้านอย่างเป็นทางการ รวมทั้งมีเนื้อหาแสดงความเกลียดชังอย่างชัดเจน เช่น “ตุ๊กตาผี , ไร้สติ, งามาย, เป็นตัวอย่างไม่ดีแก่เยาวชน” กรณีนี้สะท้อนถึงประเด็นการเลือกปฏิบัติถึงสองมิติซ้อนกัน กล่าวคือ การสื่อสารที่แสดงความเกลียดชัง และ การปฏิเสธการให้บริการหรือสินค้าอันเกี่ยวข้องกับความเกลียดชังนั้น ในกรณีนี้จะเน้นพิจารณามติของการปฏิเสธสินค้าหรือบริการซึ่ง อาจจำแนกพิจารณาได้ 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก หากพิจารณาว่า ผู้นิยมตุ๊กตาลูกเทพมีเหตุผลทางด้าน “ความเชื่อ” (แม้ว่าจะไม่เกี่ยวข้องกับ “ศาสนา”) แล้ว การเลือกปฏิบัติดังกล่าวก็อยู่บนเหตุที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนของหลายประเทศคุ้มครอง โดยมีการวางหลักห้ามปฏิเสธให้บริการด้วยเหตุดังกล่าว เช่น ในเดือนธันวาคม 2012 คูร์ก ร็วมเพต (Curt Freed and Robert Ingersoll) ติดต่อร้านดอกไม้เพื่อใช้บริการจัดดอกไม้ในงานแต่งงาน แต่ถูกเจ้าของร้านปฏิเสธอ้างเหตุผลความเชื่อทางศาสนา ศาลตัดสินว่า การปฏิเสธดังกล่าวเป็นการกระทำบนพื้นฐานความเชื่อทางศาสนา ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ จึงเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ สำหรับข้ออ้างที่ว่า จำเลยกระทำไปด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนานั้น ศาลเห็นว่าการกระทำที่มีสาเหตุหรือแรงกระตุ้นจากความเชื่อทางศาสนานั้นไม่ได้เป็นเหตุยกเว้นหลักกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ⁵¹⁴ ดังนั้นหากพิจารณาตามแนวทางนี้ จะนำไปสู่ข้อเสนอในการตรากฎหมายเพื่อห้ามการปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ โดยเฉพาะเหตุแห่งศาสนาหรือความเชื่อ

⁵¹⁴ *Ingersoll v. Arlene's Flowers*

แนวทางที่สอง หากพิจารณาว่า ฝ่ายที่ปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้ากับผู้ที่ไม่พึงปรารถนาเข้ามานั้น มีเหตุปฏิเสธบนพื้นฐานของความเชื่อ ลัทธิ หรือ ศาสนาของตนเช่นกัน บุคคลที่ปฏิเสธก็ควรมีสติในการปฏิเสธได้ ดังจะเทียบเคียงได้กับ กฎหมายลายลักษณ์อักษรของหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกา ที่วางหลักคุ้มครองบุคคลในการที่จะสามารถปฏิเสธการให้บริการบุคคลอื่นด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนาของตนเองได้⁵¹⁵ ดังนั้นหากกฎหมายบังคับห้ามปฏิเสธบริการก็จะเป็นการขัดต่อความเชื่อของผู้ให้บริการ นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาประเด็นที่ว่า การให้เข้าใช้สถานที่หรือบริการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ด้วยซึ่งบุคคลผู้เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้ามาในสถานที่ของตนได้ หากมีการตรากฎหมายห้ามปฏิเสธบริการก็จะส่งผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของผู้ให้บริการ นอกจากนี้การจำกัดสิทธิในการปฏิเสธสินค้าหรือบริการยังส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย

จะเห็นได้ว่า กรณีตุ๊กตาลูกเทพเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติถึงสองมิติ กล่าวคือ มิติของการสื่อสารในลักษณะ “Hate Speech” ซึ่งต้องสร้างความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” และ มิติของการปฏิเสธสินค้าหรือบริการ ซึ่งต้องสร้างความสมดุลระหว่างความเชื่อของทั้งสองฝ่ายรวมทั้งหลักกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในการทำสัญญาด้วย

อาจสรุปได้ว่า กรณีตุ๊กตาลูกเทพนั้น เป็นกรณีหนึ่งของพฤติกรรมในสังคมซึ่งสะท้อนให้เห็นสภาพปัญหาของการเลือกปฏิบัติในกรณีของการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) โดยเฉพาะปัญหาของกฎหมายไทยที่ยังไม่มีหลักการโดยเฉพาะสำหรับการสร้างความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Free Speech) และ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ในขณะที่พันธกรณีระหว่างประเทศและกฎหมายของหลายประเทศได้มีหลักการเพื่อรองรับปัญหานี้ จากการศึกษาในส่วนนี้จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะของการวิจัยเพื่อการปรับปรุงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องต่อไป

4.16 ปัญหาขอบเขตของกฎหมายในการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน

⁵¹⁵ เช่น รัฐบาลของรัฐ Mississippi ได้ผ่านกฎหมาย “คุ้มครองเสรีภาพในความเชื่อจากการเลือกปฏิบัติโดยรัฐบาล” (Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act) ประเด็นนี้ได้วิเคราะห์ไว้ต่างหาก

แม้ว่าตามกฎหมายไทยจะปรากฏหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่เห็นได้ชัดเจนจากรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามจากสภาพปัญหาแสดงให้เห็นว่า การเลือกปฏิบัติสามารถเกิดขึ้นได้ในสองกรณีคือ

กรณีแรก การเลือกปฏิบัติจากภาครัฐ เช่น กฎเกณฑ์ กฎระเบียบ หรือการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากองค์กรของรัฐ การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ

กรณีที่สอง การเลือกปฏิบัติจากภาคเอกชน เช่น การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้าง การเลือกปฏิบัติในบริษัทอื่นๆ เช่น การปฏิเสธการให้บริการหรือการจำหน่ายสินค้า การจำกัดสิทธิในการเข้าถึงบริการหรือสถานที่ของภาคเอกชนต่างๆ รวมทั้งการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

ดังนั้นประเด็นปัญหาที่จะวิเคราะห์ในหัวข้อนี้ก็คือ หลักกฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติสามารถครอบคลุมไปถึงการเลือกปฏิบัติจากทั้งภาครัฐและเอกชนหรือไม่

1) กฎหมายแคนาดา

จากการศึกษากฎหมายแคนาดาพบว่า รัฐธรรมนูญ (Canadian Charter of Rights and Freedom) ใช้บังคับกับรัฐสภา (Parliament) และรัฐบาล (Government) ในกรณีต่างๆที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของรัฐสภา และรัฐบาล รวมทั้งรัฐบาลในแต่ละเขตการปกครอง (Province) ด้วย⁵¹⁶ ศาลสูงสุดแคนาดาได้วางหลักไว้ว่า รัฐธรรมนูญมีขอบเขตใช้บังคับกับรัฐบาลเท่านั้น ซึ่งรวมทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร กฎหมายและกฎเกณฑ์ต่างๆที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารกำหนดขึ้นจะต้องอยู่ภายใต้หลักการของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้การกระทำของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติต่อบุคคลก็อยู่ภายใต้ขอบเขตของรัฐธรรมนูญ⁵¹⁷ ดังนั้นการเลือกปฏิบัติในรอบของรัฐธรรมนูญแคนาดานั้นจะครอบคลุมการปฏิบัติของรัฐหรือองค์กรของรัฐ สำหรับการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากการให้บริการด้านต่างๆ เช่น การขนส่ง การศึกษา ก็จะต้องพิจารณาว่าหากองค์กรนั้นเป็นองค์กรที่รัฐเข้ามามีบทบาทในการควบคุมอย่างมีนัยสำคัญต่อการดำเนินการก็ถือว่าเป็นการกระทำของภาครัฐที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ⁵¹⁸ คดีสำคัญในปี 2008 ซึ่งศาลสูงสุดแคนาดาตัดสินประเด็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 15 ก็ได้ย้มาถึง

⁵¹⁶ Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32

⁵¹⁷ RWDSU Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd [1986] 2 SCR 573 (Supreme Court of Canada).

⁵¹⁸ Robert J. Sharpe and Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2005), p. 102.

หลักการนี้ว่า มาตรา 15 “มุ่งหมายในการป้องกันมิให้รัฐบาล (Preventing government) ดำเนินการใดๆ อันเป็นการจำแนกความแตกต่างบนพื้นฐานเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ระบุไว้ซึ่งมีผลกระทบต่อการทำให้ความเสียเปรียบดำเนินต่อไป หรือ อคติ หรือ การสร้างความเสียเปรียบให้เกิดขึ้น บนพื้นฐานของการสร้างภาพเหมารวม (Stereotyping)”⁵¹⁹ ดังนั้น ในการควบคุมการปฏิบัติของภาคเอกชนนั้นขึ้นอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายในเรื่องต่างๆ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญอาจมีผลกระทบโดยอ้อมได้กล่าวคือ หากกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีบทบัญญัติที่คลุมเครือหรือไม่ชัดเจน จะต้องมีการตีความกฎหมายดังกล่าวโดยสอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญด้วย

สำหรับการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชนในมิติต่าง ๆ นั้น จะเห็นได้ว่า เนื่องจากรัฐธรรมนูญแคนาดามีขอบเขตใช้บังคับกับองค์กรของรัฐที่มีการเลือกปฏิบัติต่อประชาชน จึงไม่ครอบคลุมการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน ศาลสูงสุดแคนาดาอธิบายว่าหลักการตามรัฐธรรมนูญเป็นกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจรัฐที่มีต่อประชาชน หากการกระทำของภาคเอกชนทั้งหมดถูกตรวจสอบภายใต้รัฐธรรมนูญแล้วจะเป็นการแทรกแซงต่อเสรีภาพในการทำสัญญา⁵²⁰

2) กฎหมายแอฟริกาใต้

สำหรับประเทศแอฟริกาใต้นั้น พบว่า รัฐธรรมนูญมีขอบเขตใช้บังคับกับกฎหมายทั้งหมด รวมทั้งการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ รวมทั้งองค์กรทั้งหมดของรัฐ (All organs of state)⁵²¹

อย่างไรก็ตาม สำหรับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ นั้น รัฐธรรมนูญระบุไว้อย่างชัดเจนว่าครอบคลุมถึงการกระทำโดยเอกชนด้วย ดังจะเห็นได้จากมาตรา 9 ซึ่งวางหลักไว้ดังนี้

(1) รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ เพศ การตั้งครุภร์ สถานะความเป็นมารดา ขาดกำเนิด สีสัน รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด

(2) บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่น ด้วยเหตุดังระบุใน (1) ในการนี้รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว

⁵¹⁹ Canada in R. v. Kapp, SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, 294 D.L.R. (4th)

⁵²⁰ McKinney v. University of Guelph [1990] 3 SCR 229 (Supreme Court of Canada).

⁵²¹ India Constitution, Section 13 (2)

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของแอฟริกาได้นั้น ครอบคลุมทั้งการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐและกระทำโดยเอกชน โดยวางหลักจำแนกการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐและเอกชนออกจากกันอย่างชัดเจน โดยการเลือกปฏิบัติทั้งสองกรณีนั้นต่างต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชนนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ตรากฎหมายเฉพาะเพื่อห้ามการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน ดังนั้นบุคคลผู้ถูกบุคคลอื่นเลือกปฏิบัติจึงมิได้อ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญขึ้นฟ้องร้องผู้เลือกปฏิบัติโดยตรง แต่เป็นการเรียกร้องสิทธิโดยกฎหมายที่รัฐมีหน้าที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ โดยในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาได้กว้างหลักไว้ชัดเจนว่า “เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่ารัฐต้องมีการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองและป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันกระทำโดยเอกชน และรัฐบาลได้ตรากฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยเอกชนแล้ว ดังนั้นปัจเจกชนจึงไม่มีสิทธิโต้แย้งการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชนภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ”⁵²² ดังนั้น รัฐธรรมนูญแอฟริกาได้จึงเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นถึงการบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในระดับรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน โดยจำแนกทั้งการกระทำของรัฐและเอกชน

3) กฎหมายอินเดีย

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายอินเดียแล้วพบว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอินเดียมีขอบเขตใช้กับองค์กรของรัฐ ดังจะเห็นได้จากหลักการพื้นฐานที่ระบุว่า รัฐจะต้องไม่ตรากฎหมายใดๆอันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิพื้นฐานของประชาชนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายใดๆที่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิดังกล่าวนั้นถือเป็นโมฆะ (Void)⁵²³

ในกรณีของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้นพบว่าการระบุอย่างชัดเจนว่า “รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเพียงเพราะเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เพศ สถานที่เกิด”⁵²⁴ สำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีการเข้าถึงสถานที่หรือบริการในที่สาธารณะ ก็มีขอบเขตจำกัดเฉพาะสถานที่ซึ่งได้รับเงินอุดหนุนทั้งหมดหรือบางส่วนจากรัฐเท่านั้น⁵²⁵

⁵²² 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)

⁵²³ South African Constitution, Section 8

⁵²⁴ The constitution of India, article 15 (1)

⁵²⁵ The constitution of India, article 15 (2)

อย่างไรก็ตาม มีบางบทบัญญัติที่ผูกพันทั้งองค์กรภาครัฐและเอกชนซึ่งได้แก่ การวางหลักขจัดความเป็นคนนอกรวรรณะ (Untouchability) และห้ามการกระทำรูปแบบใดๆที่เกี่ยวกับการทำให้คนเป็นคนนอกรวรรณะ รวมทั้งกำหนดว่าการกระทำใดๆที่ทำให้ด้อยสิทธิเพราะเป็นคนนอกรวรรณะนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย⁵²⁶ โดยได้มีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อรองรับหลักการตามรัฐธรรมนูญนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลสูงอินเดียเคยตัดสินว่าบทบัญญัติมาตรา 15 ที่ห้ามการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้น มีผลในแนวราบ (Horizontal application) กล่าวคือครอบคลุมการห้ามเลือกปฏิบัติที่กระทำระหว่างปัจเจกชนด้วยกันในกรณีการเข้าถึงสถานที่สาธารณะ ศาลเห็นว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศนั้นเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแม้ว่ากรณีการบังคับใช้ในแนวราบต่อการกระทำของเอกชน⁵²⁷ ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า มาตรา 15 (1) ของรัฐธรรมนูญอินเดียระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “รัฐ” (State) ต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อพลเมือง ในขณะที่มาตรา 15 (2) ไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนว่าห้ามการกระทำของ “รัฐ” นอกจากนี้ในมิติของการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมตามมาตรา 15 (2) นั้นได้แยกเป็นสองกรณีคือ⁵²⁸ กรณี (ข) ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติของการเข้าถึงสถานที่สาธารณะซึ่งได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐ แต่สำหรับกรณี (ก) นั้นไม่จำกัดเฉพาะสถานที่ซึ่งได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐเท่านั้น ดังนั้น ศาลจึงตีความกรณีสถานที่เปิดให้บริการสาธารณะซึ่งดำเนินการโดยภาคเอกชนว่าต้องอยู่ภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญด้วย

4) กฎหมายสหรัฐอเมริกา

⁵²⁶ รัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา 17 วางหลักขจัดความเป็นคนนอกรวรรณะ และห้ามการกระทำรูปแบบใดๆที่เกี่ยวกับการทำให้คนเป็นคนนอกรวรรณะ รวมทั้งกำหนดว่าการกระทำใดๆที่ทำให้ด้อยสิทธิเพราะเป็นคนนอกรวรรณะนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย (“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.)

⁵²⁷ Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi, WP(C) No.7455/2001, 2 July 2009 (High Court of Delhi)

⁵²⁸ มาตรา 15 (2) วางหลักว่า “พลเมืองจะต้องไม่ถูกทำให้เสียสิทธิ หรือถูกจำกัด หรืออยู่ภายใต้เงื่อนไขใด ในกรณีต่อไปนี้ด้วยเพียงเพราะเหตุแห่งศาสนา เชื้อชาติ เพศ สถานที่เกิด

(ก) การเข้าถึงร้านค้า ร้านอาหาร โรงแรม สถานที่ให้บริการเกี่ยวกับความบันเทิงสาธารณะ หรือ

(ข) การใช้แหล่งน้ำ สถานที่อาบน้ำ ถนน สถานที่ใดๆซึ่งได้รับเงินอุดหนุนทั้งหมดหรือบางส่วนจากรัฐซึ่งเปิดให้ใช้แก่บุคคลทั่วไป”

ในกรณีของสหรัฐอเมริกา⁵²⁹ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาให้อำนาจรัฐบาลกลางโดยสภาองเกรสในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ การอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการอ้างยันต่อรัฐหรือองค์กรของรัฐ สำหรับการเลือกปฏิบัติ⁵³⁰ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาคอบคลุมการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากการกระทำของรัฐและหน่วยงานรัฐ ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า รัฐธรรมนูญเกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐโดยไม่คุ้มครองถึงการกระทำที่เกิดจากภาคเอกชนแม้ว่าการกระทำนั้นจะมีขอบด้วยกฎหมายหรือเลือกปฏิบัติก็ตาม⁵³¹

ดังนั้นหากมีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นกับบุคคลอันเกิดจากกฎหมายหรือการกระทำขององค์กรภาครัฐแล้ว บุคคลสามารถอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าในกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐบาลกลางนั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการตามรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐมีหลักให้ความคุ้มกันแก่รัฐบาลมลรัฐจากการที่บุคคลฟ้องเรียกค่าเสียหายในศาลระดับรัฐบาลกลาง (Federal court) ดังนั้นศาลได้เคยตัดสินว่ากฎหมายการเลือกปฏิบัติด้านอายุในการจ้างแรงงาน (Age Discrimination in Employment Act) ที่ให้ลูกจ้างภาครัฐฟ้องรัฐบาลมลรัฐได้นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁵³² เช่นเดียวกับ กรณีกฎหมายเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ (Disability Discrimination Act) ซึ่งศาลตัดสินว่าบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวที่ให้สิทธิบุคคลฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลมลรัฐนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁵³³

การเลือกปฏิบัติโดยภาคเอกชนในบางกรณีอาจได้รับการคุ้มครองจากหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญไปด้วย เช่น ศาลสูงสุดเคยตัดสินในคดีที่เกี่ยวกับการปรับใช้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ว่าด้วยสัญญาระหว่างบุคคลธรรมดาสองฝ่าย ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิของคนผิวสีในการมีกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองทรัพย์สิน ศาลตัดสินว่าในกรณีธุรกรรมระหว่างบุคคลธรรมดา⁵³⁴ นั้นเองไม่ได้ขัดต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ แต่การออกคำสั่งของศาลหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในการบังคับใช้กฎหมายนั้นอยู่ภายใต้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้นศาลจึงไม่สามารถออกคำสั่งบังคับตามข้อสัญญาระหว่างเอกชน⁵³⁵ (ที่มีเนื้อหาเป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อรัฐธรรมนูญ) จะเห็นได้ว่าในคดีนี้ศาลยืนยันหลักการว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้นมีขอบเขตเฉพาะการกระทำของรัฐ สัญญาระหว่างภาคเอกชนที่เนื้อหาเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งสีผิวนั้น แม้จะขัดต่อหลักตามรัฐธรรมนูญแต่ไม่อยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ประเด็นสำคัญในคดีนี้คือ ศาล

⁵²⁹ David B. Oppenheimer, "Sources of US Equality Law," *European Anti-discrimination Law Review (EADLR)* 10 (2010): 21.

⁵³⁰ *Shelley v. Kraemer* 334 US 1 (1948) (US Supreme Court)

⁵³¹ *Kimel v. Florida Bd. of Regents* 528 US 62 (2000) (US Supreme Court)

⁵³² *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett* 531 US 356 (2001) (US Supreme Court)

⁵³³ *Shelley v. Kraemer* 334 US 1 (1948) (US Supreme Court)

จะมีคำสั่งบังคับตามสัญญาขึ้นได้หรือไม่ ซึ่งศาลสูงสุดตัดสินว่า ศาลในฐานะองค์กรของรัฐต้องผูกพันตามหลักการห้ามเลือกปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลจึงไม่สามารถบังคับตามข้อสัญญาดังกล่าวได้ จึงอาจพิจารณาได้ว่าในกรณีนี้หลักห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญส่งผลคุ้มครองความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยทางอ้อม

5) วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

จากการศึกษาหลักการตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ จะเห็นได้ว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของหลายประเทศจะมีผลบังคับในเชิงแนวตั้ง (Vertical Application) กล่าวคือใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างภาครัฐกับเอกชน ซึ่งเอกชนอาจยกสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญขึ้นยันต่อรัฐหากมีการกระทำของหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจสามารถนำมาบังคับใช้ในเชิงแนวนอน (Horizontal Application) ในการควบคุมภาคเอกชนที่กระทำการเลือกปฏิบัติต่อเอกชนด้วยกันได้

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะพบว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น การให้ความคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมไว้อย่างชัดเจน เมื่อพิจารณาตามลายลักษณ์อักษรแล้วอาจเข้าใจได้ว่า บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองทั่วทุกภาคส่วนในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็น ภาครัฐหรือเอกชน อย่างไรก็ตาม นักวิชาการ เช่น ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ อธิบายว่า สิทธิตามรัฐธรรมนูญ เป็นเอกสารที่ใช้ย่นระหว่างรัฐกับประชาชน องค์กรของรัฐเท่านั้นที่จะละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครองไว้ไม่ได้ **รัฐธรรมนูญไม่อาจให้ความคุ้มครองเอกชนและเอกชนด้วยกัน หากต้องการให้คุ้มครองดังกล่าว รัฐต้องกฎหมายออกมาเพื่อรองรับในการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน** ดังนั้นจะเห็นได้ว่าขอบเขตการคุ้มครองบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้น โดยหลักแล้วเป็นการ**คุ้มครองเอกชนจากการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากภาครัฐ** เช่น การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะการเลือกปฏิบัติ รัฐธรรมนูญจึงไม่คุ้มครองไปถึงการเลือกปฏิบัติระหว่างเอกชนด้วยกัน⁵³⁴

ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ อธิบายหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญโดยจำแนกระหว่าง “ผู้ทรงสิทธิ” ซึ่งได้แก่บุคคลธรรมดา และ “ผู้ที่ต้องผูกพันตามหลักความเสมอภาค” ซึ่งโดยทั่วไป

⁵³⁴ ไพโรจน์ พรเพชร และ คณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ ชุดโครงการวิจัย การติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ เรื่องสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (2547), หน้า 62-63.

แล้ว หลักความเสมอภาคผูกพันผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหมด กล่าวคือ องค์กรฝ่ายบริหาร ตุลาการ และนิติบัญญัติ สำหรับเอกชนนั้น มีความอิสระในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ต่อกันซึ่งเป็นไปตามหลักในการให้ความเคารพต่อความเป็นอิสระของเอกชน จึงไม่นำหลักความเสมอภาคมาใช้กับเอกชน แต่การใช้อำนาจของเอกชนในเรื่องใดที่เอกชนมีอำนาจในการกำหนดเรื่องใดเรื่องหนึ่งอันมีผลต่อบุคคลอื่น เช่น สิทธิในการกำหนดอัตราจ้าง เช่นนี้เอกชนนั้นต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ หรือในกรณีการใช้บทบัญญัติของกฎหมายแพ่งนั้น หลักความเสมอภาคเข้ามามีผลในทางอ้อม โดยเฉพาะเสรีภาพในการทำสัญญาอันเป็นหลักพื้นฐาน แต่กรณีบุคคลที่เป็นผู้ผูกขาดในการให้บริการหรือผลิตสินค้ากรณีนี้เช่นนี้ต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคด้วย⁵³⁵ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้ว ผู้ที่ต้องผูกพันตามหลักความเสมอภาค ก็คือองค์กรของรัฐ โดยผู้ทรงสิทธิที่จะอ้างหลักความเสมอภาคขึ้นย่นรัฐก็คือเอกชนในลักษณะของการผลบังคับในเชิงแนวตั้ง (Vertical Application) นั่นเอง

นอกจากนี้ นักวิชาการยังได้ชี้ให้เห็นข้อจำกัดอื่นๆ ในการอ้างหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญโดยเอกชน เช่น ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม ยังได้อธิบายว่า “..โดยหลักบุคคลธรรมดาทั่วไปย่อมอ้างหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งการอ้างหลักดังกล่าวเป็นผลมาจากลักษณะของสิทธิตามมาตรา 30 ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียม กัน...” อย่างไรก็ตาม ได้ชี้ให้เห็นถึงข้อจำกัดว่า**บุคคลธรรมดาซึ่งจะอ้างหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญนี้ยังมีข้อจำกัดเฉพาะบุคคลสัญชาติไทย** โดยอธิบายว่า “...จากชื่อหมวดที่บัญญัติให้เป็นหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย จึงทำให้บทบัญญัติของสิทธิเสรีภาพตามหมวด 3 บังคับใช้กับปวงชนชาวไทยหรือคนสัญชาติ ดังนั้นบุคคลต่างด้าวไม่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ แม้หลักแห่งความเสมอภาคจะเป็นหลักการแห่งสิทธิมนุษยชนก็ตาม ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพแล้วจะพบว่าเป็นเรื่องของการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการแสดงเจตจำนงทางการเมืองซึ่งโดยหลักก็เป็นเรื่องของคนในรัฐนั้นๆเองจึงถือเป็นเหตุผลอันอาจยกขึ้นอ้างของการปฏิบัติต่อบุคคลอันมิใช่บุคคลสัญชาติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้ หากรัฐธรรมนูญจะให้สิทธิเสรีภาพแก่บุคคลต่างด้าวประการใดก็ต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้คนต่างด้าวจะมีสิทธิเพียงใดย่อมเป็นไปตามสนธิสัญญาและกฎหมายอื่นซึ่งไม่ใช่ของรัฐธรรมนูญ...”⁵³⁶

⁵³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), หน้า 132-133.

⁵³⁶ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2530).

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าขอบเขตการคุ้มครองบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติตามกฎหมายไทย มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายต่างประเทศซึ่งการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนั้นมีขอบเขตจำกัดเฉพาะการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากภาครัฐ โดยให้สิทธิประชาชนอ้างหลักการห้ามเลือกปฏิบัติขึ้นยันรัฐ หรือที่เรียกว่าการบังคับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญในเชิงแนวตั้ง (Vertical Application) สำหรับกรณีของภาคเอกชนนั้น การคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อคุ้มครอง นอกจากนี้เมื่อพิจารณาหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแล้วอาจกล่าวได้ว่า รัฐมีหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อให้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญเกิดผลในทางปฏิบัติสำหรับการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆด้วย

ในจุดนี้มีข้อสังเกตว่า การที่ปัจเจกชนอ้างหลักรัฐธรรมนูญขึ้นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้หรือไม่ นั้นเป็นอีกประเด็นหนึ่ง กล่าวคือ ตามรัฐธรรมนูญบางฉบับ เช่น พ.ศ. 2550 กำหนดให้ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่าบทกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ กาให้สิทธิเช่นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการดำเนินคดีโดยตรง⁵³⁷ แต่ก็ยังเป็นการเรียกร้องกล่าวอ้างหลักรัฐธรรมนูญขึ้นยันรัฐ มิใช่กล่าวอ้างต่อเอกชนด้วยกัน

นอกจากนี้ ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาว่า หากเปรียบเทียบกับแอฟริกาใต้แล้วพบว่า รัฐธรรมนูญของไทย ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนดังเช่นรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ ซึ่งจำแนกหลักการห้ามเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณี ได้แก่ การเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐ ซึ่งห้ามรัฐกระทำการเลือกปฏิบัติต่อประชาชน และการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้รัฐตรากฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน สำหรับรัฐธรรมนูญของไทยนั้นเป็นการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติทั่วไปซึ่งตีความตามหลักการของรัฐธรรมนูญแล้วจะครอบคลุมเฉพาะการอ้างยันต่อรัฐเท่านั้น อย่างไรก็ตามโดยนัยของหลักการตามรัฐธรรมนูญแล้ว **รัฐก็มีหน้าที่ตรากฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติที่เกิดจากภาคเอกชนด้วย** ซึ่งเป็นไปในทางเดียวกับรัฐธรรมนูญแอฟริกา เพียงแต่รัฐธรรมนูญแอฟริกากำหนดลงไปในตัวบทอย่างชัดเจนว่าให้รัฐมีหน้าที่ในการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติและห้ามการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน

⁵³⁷ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 212 วางหลักว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่น คำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้” ซึ่งแตกต่างกับรัฐธรรมนูญบางฉบับ เช่น พ.ศ. 2540 ซึ่งประชาชนผู้ถูกละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ไม่สามารถนำคดีมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ต้องใช้ช่องทางอื่น เช่น การใช้สิทธิผ่านช่องทางศาล (รัฐธรรมนูญพ.ศ. 2540 มาตรา 264) หรือ การใช้สิทธิผ่านช่องทางผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (รัฐธรรมนูญพ.ศ. 2540 มาตรา 198) เป็นต้น

ตัวอย่างของกฎหมายเฉพาะที่มีการบัญญัติขึ้นสำหรับคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติอันมีขอบเขตใช้กับภาคเอกชน เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

สำหรับ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งมีหลักการโดยตรงในการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ หากพิจารณา มาตรา 17⁵³⁸ จะเห็นได้ว่ามีขอบเขตครอบคลุมการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติทั้งภาครัฐและเอกชน จึงเป็นตัวอย่างของกฎหมายเฉพาะที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยรัฐและโดยเอกชน แต่กฎหมายนี้มีขอบเขตของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะเพศเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติจากภาคเอกชนในกรณีอื่นๆ ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองเป็นการเฉพาะ ตัวอย่างที่ได้ศึกษาพบในงานวิจัยนี้จากการสำรวจ สัมภาษณ์ จัดกลุ่มสนทนา ฯลฯ เช่น

- การเลือกปฏิบัติโดยการปฏิเสธไม่ให้เข้าใช้บริการของผู้ประกอบกิจการที่พัก เช่น การที่โรงแรมปฏิเสธมิให้ผู้มีความเชื่อในศักตาลูกเทพเข้าใช้บริการ

- การปฏิเสธไม่ขายสินค้าหรือบริการด้วยสาเหตุความคิด ความเชื่อที่แตกต่างกัน เช่น ร้านอาหารไม่ให้บริการกับลูกค้าที่มีความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่างกัน

- การปฏิเสธไม่ให้บริการด้วยสาเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ เช่น การปฏิเสธไม่ให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจในอุตสาหกรรมท่องเที่ยวแก่บุคคลสัญชาติไทย โดยมีการเลือกให้บริการเฉพาะลูกค้าที่เป็นคนต่างด้าว เป็นต้น

ในกรณีประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยการปฏิเสธการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะได้แยกวิเคราะห์เป็นหัวข้อต่างหากต่อไป

สำหรับกรณีการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) นั้น ในมติการจ้างแรงงานปรากฏการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่ได้แก้ไขปี พ.ศ. 2551 อย่างไรก็ตามยังไม่ครอบคลุมการคุกคามทางเพศในลักษณะของการสร้างบรรยากาศหรือสภาพแวดล้อมการทำงานอันเป็นการคุกคาม (Hostile Working Environment) แต่มีได้เกิดจากการกระทำของนายจ้างหรือลูกจ้างผู้มีอำนาจบังคับบัญชา กล่าวคือ เกิดจากการกระทำของลูกจ้างต่อลูกจ้างด้วยกันเอง นอกจากนี้ สำหรับการคุกคามทางเพศในที่สาธารณะ ซึ่งอยู่นอกบริบทการจ้างแรงงานนั้น ก็ไม่มีกฎหมายคุ้มครองเป็นการเฉพาะ

⁵³⁸ “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้”

การสื่อสารที่กระตุ้นหรือก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) นั้นในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเป็นการเฉพาะเช่นเดียวกัน

อาจสรุปได้ว่า ข้อจำกัดในการกล่าวอ้างหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทยมีสองประการที่สำคัญคือ

ประการแรก จำกัดเฉพาะการอ้างขึ้นยักรัฐหรือองค์กรของรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงการอ้างขึ้นยัการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน

ประการที่สอง จำกัดเฉพาะบุคคลสัญชาติไทย ไม่รวมถึงการอ้างขึ้นยัการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐและภาคเอกชนในกรณีผู้อ้างสิทธิเป็นคนต่างด้าว

ทั้งนี้หากจะให้การคุ้มครองความเท่าเทียมกันหรือความเสมอภาคที่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดดังกล่าวก็จำเป็นต้องมีการตรากฎหมายเฉพาะขึ้นมา โดยเฉพาะในกรณีการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชนนั้น แม้รัฐธรรมนูญของไทยจะสามารถบังคับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติในเชิงแนวตั้ง (Vertical Application) แต่รัฐก็มีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการกระทำของภาคเอกชนด้วยกัน โดยรัฐมีการตรากฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องแล้ว แต่ยังไม่ครอบคลุมอีกหลายกรณีดังที่ได้กล่าวมา

4.17 การเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้าและบริการ

ดังที่ได้วิเคราะห์มาในหัวข้อก่อนหน้านี้ว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆ แต่มีข้อจำกัดเฉพาะการอ้างขึ้นยัรัฐหรือองค์กรของรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงการอ้างขึ้นยัการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน แต่รัฐมีหน้าที่ในการตรากฎหมายคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการกระทำในภาคเอกชนด้วย ในหัวข้อนี้จะได้วิเคราะห์ประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติสินค้าและบริการที่เกิดในภาคเอกชน โดยจะเริ่มจากการพิจารณากฎหมายต่างประเทศจากนั้นจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยต่อไป

4.17.1 มาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศ : กรณีกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในส่วนนี้จะเลือกนำกฎหมายสหรัฐอเมริกามาวิเคราะห์ประเด็นการปฏิเสธสินค้าหรือปฏิเสธการให้บริการ ซึ่งมีความแตกต่างกันไปในมลรัฐต่างๆ อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวสะท้อนหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ในมิติของสินค้าและบริการ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคดีที่จะชี้ให้เห็นดังต่อไปนี้

*Charlie Craig and David Mullins v. Masterpiece Cakeshop*⁵³⁹

คดีนี้เกิดขึ้นในมลรัฐ Colorado ของสหรัฐอเมริกา David Mullins และ Charlie Craig ไปซื้อเค้กเพื่อนำมาฉลองงานแต่งงานของทั้งคู่ ที่ร้านเบเกอรี่แห่งหนึ่ง เจ้าของร้านแจ้งว่า นโยบายของร้านซึ่งอยู่บนพื้นฐานความเชื่อทางศาสนา จะปฏิเสธการให้บริการลูกค้าที่ส่งสินค้าไปเพื่อฉลองงานแต่งงานของคนเพศเดียวกัน

กฎหมายมลรัฐของ Colorado ห้ามผู้ให้บริการที่อยู่อาศัยต่อสาธารณะ รวมถึงธุรกิจอื่นๆ ที่ให้บริการต่อสาธารณะ เช่น ร้านอาหาร ปฏิเสธการให้บริการด้วยเหตุบางประการ เช่น เชื้อชาติ เพศ สถานการณ์สมรส รสนิยมทางเพศ ดังนั้น Mullins และ Craig ยื่นคำร้องต่อเจ้าหน้าที่สิทธิพลเมืองของ Colorado (Colorado Civil Rights Division) อ้างว่าร้านค้าดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ตัดสินว่าเจ้าของร้านเลือกปฏิบัติต่อผู้ร้อง ต่อมาผู้พิพากษาศาลในมลรัฐ Colorado ตัดสินยืนยืนตามคำตัดสินคณะกรรมการ เจ้าของร้านอุทธรณ์คำตัดสินไปยังคณะกรรมการสิทธิพลเมือง (Colorado Civil Rights Commission) ซึ่งตัดสินในเดือนพฤษภาคม 2014 ว่า การปฏิเสธการจำหน่ายเค้กของเจ้าของร้านเป็นการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของ รสนิยมทางเพศ อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายของมลรัฐ นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของมลรัฐยังมีคำสั่งให้ร้านแก้ไขนโยบายของบริษัท รวมทั้งอบรมพนักงานเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งรายงานต่อคณะกรรมการถึงการดำเนินการให้สอดคล้องกับกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ

การปฏิเสธบริการหรือสินค้าแก่ผู้มีรสนิยมทางเพศแบบรักร่วมเพศ ด้วยเหตุผลว่า ผู้เลือกปฏิบัตินับถือศาสนาที่มีคำสอนว่าการรักร่วมเพศเป็นสิ่งไม่ถูกต้อง กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่ามีองค์ประกอบทั้ง ศาสนา และ รสนิยมทางเพศมาเกี่ยวข้อง แต่สำหรับการเลือกปฏิบัติใน มิติหรือประเด็นการเลือกปฏิบัติเป็นการเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้าหรือบริการ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคือ รสนิยมทางเพศ สำหรับศาสนานั้น มิได้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังหรือเป็นเหตุให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ รสนิยมทางเพศ

⁵³⁹ <https://www.aclu.org/cases/charlie-craig-and-david-mullins-v-masterpiece-cakeshop?redirect=lgbt-rights/charlie-craig-and-david-mullins-v-masterpiece-cakeshop>

Ingersoll v. Arlene's Flowers

คดีนี้เกิดขึ้นและตัดสินตามกฎหมายมลรัฐ Washington กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ

- รัฐบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (The Consumer Protection Act) ซึ่งวางหลักว่า วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และ การกระทำหลอกลวงหรือไม่เป็นธรรม ในการดำเนินการค้าหรือพาณิชย์ใดๆ นั้นเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย สำหรับประเด็นที่ว่า การกระทำอย่างไรจึงเป็นการกระทำหลอกลวงหรือไม่เป็นธรรม (Unfair or deceptive practices) นั้นเป็นข้อที่ต้องวินิจฉัยโดยศาล

- กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติของมลรัฐ (The Washington Law Against Discrimination, WLAD) กฎหมายนี้วางหลักรับรอง “สิทธิที่จะปราศจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว ชชาติ กำเนิด เพศ สถานะทางทหาร หรือสถานการณผ่านศึก รสนิยมทางเพศ ได้รับการรับรองในฐานะสิทธิพลเมือง (Civil Right) สิทธิดังกล่าวนี้รวมถึง สิทธิที่จะได้รับบริการที่อยู่อาศัย สิ่งอำนวยความสะดวกหรือสิทธิพิเศษของที่พักซึ่งให้บริการต่อสาธารณะ สวนสนุก เป็นต้น

การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัตินี้ จะถือว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคไปด้วยในตัว ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายนี้วางหลักว่า การกระทำที่ไม่เป็นธรรม (Unfair practice) ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายนี้ ที่กระทำไปในการการค้าหรือพาณิชย์ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคนั้น ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง (Unfair or deceptive act)

มลรัฐ Washington รับรองเสรีภาพในการสมรสของคู่รักร่วมเพศ ในเดือนธันวาคม 2012 คู่รักร่วมเพศ (Curt Freed and Robert Ingersoll) ติดต่อร้านดอกไม้เพื่อใช้บริการจัดดอกไม้ในงานแต่งงานแต่ถูกเจ้าของร้านปฏิเสธอ้างเหตุผลความเชื่อทางศาสนา ศาลตัดสินว่า การปฏิเสธดังกล่าวเป็นการกระทำบนพื้นฐานความเชื่อทางศาสนา ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศดังนั้นจึงเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ สำหรับข้ออ้างที่ว่า จำเลยกระทำไปด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนานั้น ศาลเห็นว่าการกระทำที่มีสาเหตุหรือแรงกระตุ้นจากความเชื่อทางศาสนานั้นไม่ได้เป็นเหตุยกเว้นหลักกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ⁵⁴⁰

Brandt Stites v. Hilton Hotels Corp., et al., No. B209485 (App. Cal. 12/07/09)

ผู้พิการเข้าพักในโรงแรมพร้อมด้วยสุนัขช่วยเหลือ แต่ถูกปฏิเสธการเข้าพักโดยพนักงานเรียกร้องให้โจทก์ต้องแสดงหลักฐานว่าสุนัขดังกล่าวมีความจำเป็นทางการแพทย์ต่อผู้พิการ รวมทั้งปฏิเสธการตรวจดูปลอกคอสุนัขที่มีข้อความแสดงถึงการรับรองสุนัขบริการ พนักงานปฏิเสธการเข้าพักโดยอ้างว่าผู้พิการและคนที่มาพักด้วยมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม มีนเมา และสุนัขไม่ได้ล่ำมไว้อย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตามศาลชั้นต้นตัดสินให้โรงแรมชนะคดี

⁵⁴⁰ <https://www.aclu.org/news/court-rules-florist-discriminated-against-gay-couple-refusing-sell-flowers-their-wedding>

Miller v. Justin Shade Ladd, et al., No. CV 08-05595 NJV (N.D. Cal. 07/20/10)

โจทก์ซึ่งนำสุนัขมาด้วยถูกปฏิเสธการใช้บริการห้องพักโรงแรม โจทก์อ้างว่าสุนัขดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยบำบัดความกังวลและความเครียดของตน จำเลยต่อสู้ว่าสุนัขของโจทก์ไม่ใช่สุนัขบริการ ผู้พิพากษาฎีกาของสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดมาตรฐานหรือคุณสมบัติเกี่ยวกับการฝึกฝนสุนัขที่จะมีคุณสมบัติเป็นสุนัขบริการผู้ป่วยไว้ 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 สีผิวแต่อย่างใด โจทก์ฟ้องว่าจำเลยเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสีผิว (Racially Motivated) ศาลเห็นว่าไม่มีหลักฐานแสดงว่าการปฏิเสธบริการดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากเหตุเชื้อชาติ สีผิว

คดีสำคัญที่เกิดขึ้นในสหรัฐเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในมิตินค้าบริการ ได้แก่ คดี *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*⁵⁴¹ ซึ่งมีประเด็นว่า กฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Right Act) ที่วางหลักห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากเจ้าของโรงแรมในมลรัฐ Georgia ปฏิเสธไม่ให้บริการห้องพักกับคนผิวสี จึงเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว แต่เจ้าของโรงแรมต่อสู้ว่า กฎหมายสิทธิพลเมืองขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากขัดขวางสิทธิของเขาในการเลือกลูกค้าและดำเนินธุรกิจ ในทิศทางที่ตนต้องการ จึงส่งผลเป็นการพรากไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินของตน (สิทธิตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 5) นอกจากนี้ยังเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากการบังคับให้รับลูกค้าตามกฎหมายดังกล่าวยังมีผลเท่ากับบังคับให้ตนเป็นทาส (สิทธิตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 13)

ศาลชั้นต้นตัดสินว่าเจ้าของโรงแรมต้องไม่เลือกปฏิบัติในการขายสินค้าหรือให้บริการด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว คดีนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดสหรัฐโดยรวมคดีกับคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการปฏิเสธให้บริการของภัตตาคารต่อลูกค้าผิวสี ศาลสูงสุดตัดสินว่าสภาองเกรสมิอำนาจตรากฎหมายสิทธิพลเมืองซึ่งมีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมายในการขจัดการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ สีผิว กฎหมายดังกล่าวไม่ได้เป็นการ

⁵⁴¹ *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964)

ล่วงหน้าเมื่อต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามที่เจ้าของโรงแรมกล่าวอ้าง ศาลจึงตัดสินให้เจ้าของโรงแรมต้องรับลูกค้าโดยไม่เลือกเชื้อชาติ สีผิว

4.17.2 มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย

โดยทั่วไปแล้วพบว่า ตามกฎหมายไทยปัจจุบันนั้นไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ กรณีสินค้าและบริการ กล่าวคือ ไม่มีกฎหมายห้ามมิให้ปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าแก่บุคคลด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า กรณีการปฏิเสธดังกล่าวนี้จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่ง ซึ่งตาม**ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**นั้น การซื้อสินค้าและบริการอยู่ภายใต้หลักของการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญา โดยหลักแล้วจะต้องประกอบด้วยเจตนาของทั้งฝ่ายผู้ซื้อ และ ผู้ขาย (ในกรณีซื้อสินค้า) หรือ ผู้ให้บริการ และ ผู้รับบริการ (ในกรณีบริการ) ดังนั้น หากผู้ขาย หรือ ผู้ให้บริการ ปฏิเสธการขายหรือการให้บริการ ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ จะส่งผลว่าไม่มีสัญญาเกิดขึ้น คู่กรณีที่เกี่ยวข้องจึงไม่มีความผูกพันตามกฎหมายแพ่ง และ ไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาได้ สำหรับการปฏิเสธสินค้าหรือบริการ หากจะมีความผิดก็จะต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะอื่นนอกจากกฎหมายแพ่งที่อาจมีการตราขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้เสียเปรียบบางกลุ่ม

สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายตาม **พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522** พบว่า มีการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านต่างๆ ที่สำคัญ ได้แก่ ด้านโฆษณา ด้านฉลาก ด้านสัญญา และการคุ้มครองผู้บริโภคโดยประการอื่น เช่น สินค้าที่อาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค (มาตรา 36) อย่างไรก็ตาม ไม่มีการบัญญัติหลักการเฉพาะเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคที่ถูกปฏิเสธสินค้าหรือบริการด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด

ในกรณีของสินค้าและบริการโดยทั่วไปนั้น **พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542** กำหนดให้มี คณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ (กกร.) ซึ่งมีอำนาจกำหนดให้สินค้าหรือบริการใดเป็น “สินค้าหรือบริการควบคุม” ทั้งนี้เมื่อได้มีการประกาศกำหนดสินค้าหรือบริการควบคุมแล้ว กฎหมายให้ กกร. มีอำนาจ เกี่ยวกับสินค้าและบริการดังกล่าวหลายประการ เช่น กำหนดราคาซื้อหรือราคาจำหน่ายสินค้าหรือบริการควบคุม สั่งให้จำหน่ายสินค้าหรือบริการควบคุมตามปริมาณและราคาที่กำหนด กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการกักตุนสินค้าควบคุม เป็นต้น⁵⁴² จะเห็นได้ว่า หากสินค้าหรือบริการนั้นถูกประกาศให้เป็นสินค้าหรือบริการควบคุมตามกฎหมายนี้ จะส่งผลให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ห้ามมิให้ปฏิเสธการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ อย่างไรก็ตาม อำนาจสั่งการเกี่ยวกับพฤติกรรมด้านการตลาดของคณะกรรมการตามกฎหมายนี้ อยู่บนพื้นฐานแนวคิดด้านการควบคุมราคา

⁵⁴² พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มาตรา 25

สินค้าป้องกันการผูกขาดเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค มิได้อุบัติบนพื้นฐานแนวคิดการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการปฏิเสธสินค้าหรือบริการด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฯลฯ แต่อย่างไร

สำหรับบริการเฉพาะบางภาคส่วน เช่น บริการขนส่งนั้น พบว่ามีกฎหมายเฉพาะบางฉบับวางหลักห้ามปฏิเสธบริการ เช่น **พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522** กำหนดหลักการเกี่ยวกับการห้ามปฏิเสธให้บริการกรณีรถแท็กซี่ไว้ในมาตรา 93 ดังนี้

“ห้ามมิให้ผู้ขับขีรถแท็กซี่ปฏิเสธไม่รับจ้างบรรทุกคนโดยสาร เว้นแต่การบรรทุกนั้นน่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ตนหรือแก่คนโดยสาร

ในกรณีที่ผู้ขับขีรถแท็กซี่มีความประสงค์จะไม่รับจ้างบรรทุกคนโดยสาร ให้แสดงป้ายรับจ้างบรรทุกคนโดยสาร

วิธีการแสดงป้ายและลักษณะของป้ายรับจ้างบรรทุกคนโดยสารให้ เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยรถยนต์”

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า กฎหมายดังกล่าวมีหลักการห้ามปฏิเสธการให้บริการ และสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีการเลือกปฏิบัติได้ โดยเฉพาะในกรณีที่ การปฏิเสธผู้โดยสารเกิดขึ้นเพราะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สัญชาติ ดังเช่นกรณีข้อเท็จจริงจากการสัมภาษณ์ที่ผู้โดยสารอ้างว่าถูกปฏิเสธบริการ เพราะผู้ขับขีรถประสงค์จะให้บริการกับชาวต่างชาติ อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธผู้โดยสารที่อาจเป็นความผิดตามกฎหมายนี้ มิได้มีความสัมพันธ์หรือเชื่อมโยงกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ การปฏิเสธด้วยเหตุอื่นๆ ก็อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายนี้ เนื่องจากกฎหมายนี้มิได้มีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ แต่มุ่งคุ้มครองผู้โดยสารทั่วไปไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหรือไม่

สำหรับบริการเฉพาะบางภาคส่วนอีกกรณีหนึ่งซึ่งมีกฎหมายเฉพาะวางหลักเกี่ยวกับการห้ามปฏิเสธบริการแก่ลูกค้า คือ กรณีบริการที่พัก (Accommodation) ในอุตสาหกรรมท่องเที่ยว โดยกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องคือ **พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547** ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจโรงแรม โดยวางหลักกำหนดนิยามความหมายของโรงแรม และหลักการควบคุมการดำเนินธุรกิจโรงแรม หน้าที่ผู้ประกอบธุรกิจและผู้จัดการโรงแรม ในส่วนที่เกี่ยวกับการรับลูกค้าหรือแขกเข้าพักแรมนั้น หากพิจารณากฎหมายแล้วพบว่า มีความเกี่ยวพันกับกฎหมายสองฉบับ⁵⁴³ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติโรงแรม

⁵⁴³ คณาธิป ทองรวีวงศ์, กฎหมายเกี่ยวกับการท่องเที่ยว (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2558), หน้า 333-335.

ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายแพ่งนั้นพบว่า การเข้าพักแรมในโรงแรม เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมตามหลักคำเสนอ และคำสนอง ของฝ่ายโรงแรมและแขกผู้เข้าพัก ในกรณีที่แขกเป็นฝ่ายเริ่มทำคำเสนอนั้น โรงแรมอาจสนองรับหรือไม่ก็ได้ภายใต้หลักเสรีภาพของการแสดงเจตนา หากตกลงสนองรับ ก็จะเกิดสัญญาระหว่างโรงแรมและแขกผู้เข้าพัก หากโรงแรมไม่ประสงค์รับแขกผู้นั้นเข้าพักก็อาจไม่ทำคำสนองสำหรับเหตุทั่วไปของการที่โรงแรมไม่สนองรับคำเสนอขอเข้าพักจากแขก เช่น ห้องพักรับเต็ม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในส่วนของกฎหมายแพ่งนี้ มิได้มีการกำหนดหลักการแทรกแซงการแสดงเจตนาของทั้งฝ่ายโรงแรมและฝ่ายแขกผู้เข้าพัก จึงยังคงเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำสัญญาทั่วไป

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาพระราชบัญญัติโรงแรม แล้วพบว่ากฎหมายฉบับนี้กำหนดหน้าที่สำหรับผู้จัดการโรงแรมให้ต้องรับบุคคลทั่วไปที่ประสงค์เข้าพักโรงแรม โดยมาตรา 58 กำหนดโทษทางปกครองแก่ผู้จัดการกรณีที่ปฏิเสธไม่รับบุคคลที่ประสงค์จะเข้าพักในโรงแรมโดยไม่มีเหตุตามมาตรา 39 เอาไว้ว่า มีโทษปรับทางปกครองตั้งแต่ห้าพันบาทถึงสองหมื่นบาท ดังนั้น กรณีการตกลงเข้าพักในโรงแรมนั้นไม่อาจพิจารณาตามกฎหมายแพ่งเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณากฎหมายมหาชนคือพระราชบัญญัติโรงแรมประกอบด้วย อาจกล่าวได้ว่า โดยหลักแล้วผู้จัดการมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องงดเว้นการปฏิเสธไม่รับผู้ประสงค์เข้าพัก กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือผู้จัดการมีหน้าที่รับบุคคลที่ประสงค์เข้าพักในโรงแรมทุกคน เว้นแต่จะเข้าเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิเสธได้ ตามมาตรา 39 ซึ่งกำหนดว่า

“ผู้จัดการอาจปฏิเสธไม่รับบุคคลที่ประสงค์จะเข้าพักในโรงแรมได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

- (1) มีเหตุอันควรสงสัยได้ว่าบุคคลนั้นจะเข้าไปหลบซ่อน มั่วสุม หรือกระทำการใด อันเป็นความผิดอาญาขึ้นในโรงแรม หรือก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้พักอื่นในโรงแรม
- (2) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถจ่ายค่าห้องพักได้
- (3) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่ออันตรายหรือโรคติดต่อตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ
- (4) มีเหตุอันสมควรประการอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด⁵⁴⁴

ในกรณีตาม (3) ถ้าผู้จัดการรับบุคคลนั้นเข้าพักจะต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานสาธารณสุขหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อทราบด้วย”

จากหลักกฎหมายดังกล่าว ผู้วิจัยมีข้อพิจารณา 3 ประการดังนี้

⁵⁴⁴ เหตุสมควรอื่นตาม (4) ในปัจจุบันยังมิได้มีการประกาศ

ประการแรก⁵⁴⁵ การใช้สิทธิปฏิเสธตามมาตรา 39 นี้เป็นขั้นตอนก่อนโรงแรมตกลงสนองรับคำเสนอ กล่าวคือ เมื่อแขกที่ประสงค์เข้าพักเสนอขอเข้าพักหรือทำคำเสนอโดยการจองห้องพัก ในขั้นนี้โรงแรมอาจปฏิเสธโดยอาศัยเหตุดังกล่าวได้ ซึ่งไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติโรงแรม สำหรับในทางแพ่งนั้นก็ยังไม่เกิดความรับผิดทางสัญญาเนื่องจากฝ่ายโรงแรมยังไม่ได้ทำคำสนอง อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่สัญญาเกิดแล้ว กล่าวคือ แขกทำคำเสนอและโรงแรมทำคำสนองรับแล้ว ดังนี้เห็นว่าผ่านขั้นตอนการใช้สิทธิปฏิเสธตามกฎหมายแล้ว หากโรงแรมจะไม่ให้แขกเข้าพัก ตามพระราชบัญญัติโรงแรมมิได้กำหนดรับรองสิทธิในจุดนี้ไว้ ก็จะต้องพิจารณาเรื่องการผิดสัญญาทางแพ่ง เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีหลักคอมมอนลอว์กำหนดให้โรงแรมต้องรับแขกที่ประสงค์เข้าพัก⁵⁴⁶ แต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของมลรัฐมีการกำหนดให้สิทธิแก่ทางฝ่ายโรงแรมสองขั้นตอน กล่าวคือ สิทธิในการปฏิเสธ (Right to refuse accommodation) ซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนการรับแขกเข้าพักเช่นเดียวกับมาตรา 39 ของไทย สำหรับ มลรัฐที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองสิทธิในการปฏิเสธแขก เช่น Florida (Florida statute, Section 509.092), Kansas (Kansas statute, Section 36-602), California (California Penal Code, Section 365) นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้สิทธิในการขับไล่ (Right to evict)⁵⁴⁷ ซึ่งเป็นขั้นตอนหลังจากรับแขกเข้าพักแล้วโดยมีเหตุบางประการที่กฎหมายให้สิทธิโรงแรมในการขับไล่แขกออกไป อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติโรงแรมมิได้มีการกำหนดสิทธิในการขับไล่เอาไว้ ดังนั้นการขับไล่แขกจึงต้องพิจารณากฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะการเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประการที่สอง⁵⁴⁸ กฎหมายกำหนดเหตุที่โรงแรมอาจปฏิเสธไม่ให้แขกที่มีพฤติกรรมบางอย่างเข้าพักในโรงแรม ด้วยวัตถุประสงค์เพื่อความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อย แต่เหตุดังกล่าวเป็นการที่กฎหมายให้สิทธิผู้จัดการโรงแรมเท่านั้น หากผู้จัดการไม่ใช่สิทธิดังกล่าวแต่ยังคงตกลงยอมรับบุคคลที่มีพฤติกรรมตามมาตรา 39 เข้าพักก็มิได้ต้องห้ามหรือมีโทษตามกฎหมายแต่อย่างใด เพียงแต่ถ้าผู้จัดการจะรับบุคคลตาม (3) กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้แจ้งพนักงานที่เกี่ยวข้องทราบเท่านั้น ดังนั้น หากผู้จัดการไม่ใช่สิทธิปฏิเสธเหล่านี้ ก็จะกลับไปสู่หลักที่ว่าจะต้องรับบุคคลที่ประสงค์เข้าพักทุกคน

ประการที่สาม แม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับโรงแรมของไทยกำหนดหลักห้ามการปฏิเสธแขกในการเข้าพักและกำหนดข้อยกเว้นสำหรับเหตุแห่งการปฏิเสธ แต่หลักการและข้อยกเว้นดังกล่าวไม่ได้มีความสัมพันธ์กับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของแขกหรือลูกค้าจากการถูกเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ กฎหมาย ไม่ได้กำหนดห้ามการปฏิเสธแขกด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ รสนิยมทางเพศ เป็นต้น

⁵⁴⁵ ฌาณิป ทองรวีวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 334-335.

⁵⁴⁶ Hopp v. Thompson 38 N.W. 2d 133 (S.D. 1949)

⁵⁴⁷ มลรัฐที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองสิทธิในการขับไล่แขก เช่น California (California Civil Code, Section 1865) Florida (Florida Code, Section 509.141) Louisiana (Louisiana Revised Statute, Chapter 3, Section 75)

⁵⁴⁸ ฌาณิป ทองรวีวงศ์ , เรื่องเดิม, หน้า 334-335.

กรณีที่เกิดขึ้นในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธบริการด้านโรงแรมที่พักด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ พบได้ในกรณีปรากฏการณ์ตึกตากลูเทพ ซึ่งผู้ให้บริการโรงแรม รีสอร์ท หลายแห่งประกาศไม่ให้ลูกค้าที่นำตึกตากลูเทพเข้าพัก หากพิจารณาว่าความนิยมพาตึกตากลูเทพติดตัวในการเดินทางเข้าพัก แรมนั้นอยู่บนพื้นฐานความเชื่อในลัทธิของแต่ละบุคคล จะเห็นได้ว่าเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติประการหนึ่ง ดังนั้น การปฏิเสธไม่ให้เข้าพักด้วยเหตุแห่งความเชื่อที่แตกต่างกันจะเข้าข่ายการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติในการกระทำความผิดของภาคเอกชนที่เกี่ยวกับมิติของการขายสินค้าหรือให้บริการ ดังนั้น การกระทำของภาคเอกชนดังกล่าวแม้จะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติแต่ก็ไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติเป็นการเฉพาะแต่อย่างไร

อาจสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่วางหลักเฉพาะในการห้ามเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับมิติการให้บริการและจำหน่ายสินค้าซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน แม้พบว่ามีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับที่อาจปรับใช้ในการห้ามปฏิเสธสินค้าหรือบริการ แต่กฎหมายเหล่านั้นอยู่บนพื้นฐานแนวคิดอื่นมิได้กำหนดขึ้นบนพื้นฐานแนวคิดการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ การห้ามปฏิเสธสินค้าหรือบริการตามกฎหมายเหล่านั้นมิได้มีความสัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด นอกจากการศึกษาประเด็นการปฏิเสธสินค้าและบริการในหัวข้อนี้แล้ว ในลำดับต่อไปจะได้ศึกษากรณีเฉพาะเกี่ยวกับการปฏิเสธสินค้าและบริการแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในมิติของสินค้าและบริการนั่นเอง โดยจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป นอกจากนี้ยังจะได้จำแนกการปฏิเสธสินค้าและบริการเฉพาะกรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวีเป็นอีกหัวข้อหนึ่งด้วย

4.18 กรณีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

จากการศึกษากฎหมายของสหรัฐอเมริกาพบว่า หลายมลรัฐมีความพยายามในการตรากฎหมายเพื่ออนุญาตให้องค์กรหรือบุคคลสามารถปฏิเสธให้บริการและจำหน่ายสินค้าสำหรับคู่รักเพศเดียวกัน ด้วยเหตุผลว่าเป็นความเชื่อทางศาสนา (การสมรสจะมีขึ้นได้เฉพาะต่างเพศ และการมีเพศสัมพันธ์จะมีขึ้นได้ภายใต้การสมรสระหว่างคนต่างเพศ) จะเห็นว่า โดยสภาพของพฤติกรรมที่มีการปฏิเสธสินค้าและบริการนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ แต่กฎหมายที่เสนอหรือบัญญัติขึ้นมาใหม่นั้นคุ้มครองให้สามารถปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติในด้านสินค้าและบริการได้

ฝ่ายที่สนับสนุนกฎหมายเช่นนี้มองว่า กฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติที่มีผลบังคับใช้อยู่ในระดับมลรัฐนั้น ส่งผลกระทบต่อความเชื่อทางศาสนา เพราะห้ามการปฏิเสธการขายสินค้าหรือให้บริการบนพื้นฐานของความเชื่อทางศาสนา ดังนั้น กฎหมายเหล่านี้จึงคุ้มครองให้สามารถปฏิเสธสินค้าหรือบริการได้ ซึ่งหากพิจารณาโดยพื้นฐานแล้วก็คือการเลือกปฏิบัติตนเอง แต่เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีกฎหมายใหม่ออกมารองรับด้วยเหตุผลความเชื่อทางศาสนา

สำหรับงานวิจัยนี้จะเลือกศึกษากฎหมายของรัฐ Georgia ซึ่งเป็นกรณีที่ร่างกฎหมายลักษณะนี้ถูกยับยั้ง และ กฎหมายของรัฐ Mississippi ซึ่งผ่านการพิจารณาและมีผลใช้บังคับแล้ว

4.18.1 กรณี กฎหมายรัฐ Georgia

รัฐ Georgia ในสหรัฐอเมริกา ได้มีการผ่านร่างกฎหมาย (House Bill 757 หรือเรียกว่า ร่างกฎหมายเสรีภาพทางศาสนา (Religious liberty Bill) ซึ่งผ่านการพิจารณาของสภาระดับรัฐแล้ว) ร่างกฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้องค์กรต่างๆ ศาสนาเป็นเหตุปฏิเสธไม่ให้บริการแก่บุคคลกลุ่มรักร่วมเพศได้ หลักสำคัญของร่างกฎหมายมีดังนี้

“องค์กรที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อ (Faith Based Organization) หมายถึง โบสถ์ โรงเรียนสอนศาสนา สมาคมหรือการประชุมกันของโบสถ์ หน่วยงานตัวแทนการจัดประชุมทางศาสนา เมื่อองค์กรเหล่านั้นมีคุณสมบัติถูกต้องตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

องค์กรที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อจะต้องไม่ถูกบังคับให้ทำการให้เช่า หรือให้อนุญาตบุคคลอื่นใช้ทรัพย์สินของตนสำหรับทำกิจกรรมใดๆ ซึ่งขัดแย้งกับความเชื่อขององค์กรนั้น

องค์กรที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อจะต้องไม่ถูกบังคับให้จัดหาบริการทางสังคม การศึกษา หรือการกุศล ซึ่งขัดหรือแย้งกับความเชื่อทางศาสนาโดยสุจริตดังที่ปรากฏในแนวปฏิบัติ การแสดงออก หรือกล่าวไว้อย่างชัดเจนในสิ่งแสดงถึงความเชื่อนั้น”

ร่างกฎหมายนี้หากมีผลกระทบเช่น โบสถ์สามารถปฏิเสธไม่ทำพิธีสมรสระหว่างคนเพศเดียวกัน องค์กร สมาคม สามารถปฏิเสธการให้เช่าสถานที่จัดงานสมรสระหว่างคนเพศเดียวกัน รวมทั้งสามารถกำหนดนโยบาย แนวปฏิบัติ ระเบียบการใช้บริการที่จำกัดสิทธิบุคคลรักร่วมเพศเดียวกันได้ นอกจากนี้กฎหมายนี้จะมีผลกระทบต่อกฎหมายท้องถิ่นในเมืองต่างๆ ของ Georgia ที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ จะเห็นได้ว่าโดยหลักแล้วกฎหมายนี้วางหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรงด้วยเหตุแห่งเพศ อย่างไรก็ตาม ในเดือนมีนาคม 2559 ผู้ว่าการรัฐ (Nathan Deal) ใช้สิทธิยับยั้ง (Veto) ร่างกฎหมายนี้

เมื่อวิเคราะห์ หลักการของร่างกฎหมายนี้จะเห็นว่า อาจพิจารณาได้สองด้าน กล่าวคือ ในด้านหนึ่ง ฝ่ายอนุรักษนิยมและกลุ่มองค์กรศาสนาอ้างเหตุผลสนับสนุนร่างกฎหมายนี้ว่าเป็นการรับรองสิทธิให้บุคคลผู้มีความเชื่อทางศาสนา (ที่คัดค้านการรักร่วมเพศ) สามารถแสดงออกซึ่งความเชื่อตามศาสนาของตน (โดยการปฏิเสธไม่ให้บริการกับคนรักร่วมเพศ) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ หากบังคับให้บุคคลเหล่านี้ต้องให้บริการต่างๆกับผู้รักร่วมเพศก็เท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิในความเชื่อทางศาสนาและการแสดงออกทางศาสนา อย่างไรก็ตามในอีกด้านหนึ่ง ฝ่ายที่คัดค้านร่างกฎหมายนี้อ้างว่ากฎหมายเปิดทางให้เลือกปฏิบัติในมิติของการให้บริการ การจำหน่ายสินค้า ด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ จะเห็นได้ว่ากรณีร่างกฎหมายนี้เกี่ยวข้องกับสองเหตุ กล่าวคือ ความเชื่อทางศาสนา และความหลากหลายทางเพศ ซึ่งต่างก็เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอันได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกัน กรณีนี้จึงอยู่ที่การให้น้ำหนักระหว่างเหตุทั้งสองนี้ โดยฝ่ายนิติบัญญัติผู้ร่างและผ่านกฎหมายให้น้ำหนักไปในทางการคุ้มครองการแสดงออกตามความเชื่อทางศาสนา ในขณะที่ผู้ว่าการรัฐซึ่งใช้สิทธิยับยั้งร่างกฎหมาย ให้น้ำหนักไปในทางคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้านเพศ รวมทั้งมีเหตุผลเชิงเศรษฐกิจ การค้า การลงทุนด้วย เนื่องจาก การเลือกปฏิบัติด้านสินค้าและบริการตามกฎหมายนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อการค้าของรัฐ

หากพิจารณาตามกฎหมายไทยปัจจุบันพบว่า พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งมีหลักการโดยตรงในการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ หากพิจารณา มาตรา 3 จะเห็นได้ว่าการนิยามความหมายของการ การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ไว้ว่า หมายถึง “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” นอกจากนี้ยังมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่สำคัญในมาตรา 17 คือ “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้” หากนำหลักการของร่างกฎหมาย House Bill 757 ของรัฐ Georgia มาวิเคราะห์กับหลักการตามกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า การให้สิทธิบุคคลหรือองค์กรในการปฏิเสธสินค้าหรือบริการด้วยเหตุแห่งเพศเป็นการขัดแย้งต่อหลักการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดระเบียบแนวปฏิบัติขององค์กรเอกชนหรือของรัฐก็ตาม อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่เป็นปัญหาว่า หากมีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเช่นนี้ โดยอ้างเหตุว่า “มีเหตุอันชอบธรรม” เนื่องจากความเชื่อทางศาสนา จะสามารถทำได้หรือไม่ ซึ่งก็คงต้องอาศัยแนวคำพิพากษาของศาลในการตีความประเด็นนี้ต่อไป

4.18.2 กรณีกฎหมาย Mississippi

ในเดือนเมษายน 2559 รัฐบาลของรัฐ Mississippi ได้ผ่านกฎหมาย “คุ้มครองเสรีภาพในความเชื่อจากการเลือกปฏิบัติโดยรัฐบาล” (Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act) กฎหมายฉบับนี้มีหลักสำคัญดังนี้

กฎหมายได้นิยามความหมายของความเชื่อทางศาสนาหรือศีลธรรมว่า⁵⁴⁹

“ความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรมที่ยึดถือโดยสุจริต (Sincerely held religious beliefs or moral convictions) หมายถึง

- การสมรสนั้นมีได้เฉพาะระหว่างผู้ชายและผู้หญิง
- ความสัมพันธ์ทางเพศ (Sexual Relations) จะถูกจำกัดเฉพาะการสมรสระหว่างผู้ชายและผู้หญิง

นอกจากนี้ยังนิยามความหมายของเพศไว้ด้วยว่า “ผู้ชายและผู้หญิง หมายถึง เพศในทางชีวภาพซึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ดังที่ระบุด้วยกายวิภาคและยีนในเวลาเกิด (Immutable Biological Sex)”

สำหรับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ⁵⁵⁰ มีหลักสำคัญว่า

“รัฐบาลระดับรัฐ จะต้องไม่ทำการเลือกปฏิบัติใดๆต่อองค์กรทางศาสนาในกรณีต่อไปนี้

- การที่องค์กรศาสนาปฏิเสธการจัดพิธีกรรม งานฉลอง เกี่ยวกับการสมรสด้วยเหตุผลตามความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรม
- การที่องค์กรศาสนามีการดำเนินการหรือการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน เช่น การตัดสินใจไม่จ้างหรือจ้าง เลิกจ้าง ลงโทษทางวินัย แก่บุคคล ตามเหตุผลความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรม
- การที่องค์กรศาสนาตัดสินใจเกี่ยวกับการจำหน่าย ให้เช่า เงินไขข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย ตามเหตุผลความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรม
- รัฐบาลระดับรัฐ จะต้องไม่ทำการเลือกปฏิบัติใดๆต่อบุคคล ซึ่งปฏิเสธที่จะมีส่วนร่วมในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการให้การรักษา บำบัด เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศ หรือปฏิเสธในการมีส่วนร่วมในการให้คำปรึกษาทางจิตวิทยาตามเหตุผลความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรม
- รัฐบาลระดับรัฐ จะต้องไม่ทำการเลือกปฏิบัติใดๆต่อบุคคลซึ่งปฏิเสธในการให้บริการ ที่พักอาศัย สิ่งอำนวยความสะดวก สินค้า หรือสิทธิประโยชน์ใดๆ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจัดงานสมรส การเฉลิมฉลอง ตามเหตุผลความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรม เช่น การถ่ายภาพ วิดีทัศน์ วางแผนแต่งงาน การ

⁵⁴⁹ Section 2, Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act)

พิมพ์ การจัดดอกไม้ การออกแบบเสื้อผ้า การให้บริการอาหารและเครื่องดื่ม การให้บริการรถเช่า อัญมณี การให้เช่าสถานที่จัดงาน รวมทั้งการให้บริการสินค้าหรือบริการเกี่ยวข้องกับการสมรส”

ข้อวิเคราะห์ : จะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้มีได้กำหนดให้สิทธิแก่บุคคลในการปฏิเสธสินค้าและบริการแก่บุคคลอื่นโดยตรง แต่กำหนดหน้าที่ให้แก่รัฐบาลระดับรัฐ ในการที่จะไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่กระทำการบางอย่างตามความเชื่อทางศาสนา (The State Government Shall Not Take Any Discriminatory Action Against...) ซึ่งหมายถึงการห้ามรัฐบาลในการตรากฎหมายห้ามองค์กรหรือบุคคลดังกล่าวกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่น ตัวอย่างเช่น องค์กรศาสนาอาจปฏิเสธการจ้างงานหรือการจัดพิธีทางศาสนาต่อบุคคลที่มีรสนิยมทางเพศรักเพศเดียวกัน การปฏิเสธเช่นนี้เป็นการเลือกปฏิบัติ ตามกฎหมายนี้ห้ามรัฐบาลตรากฎหมายใดๆ ที่มีหลักการห้ามองค์กรศาสนากระทำการเช่นนี้ โดยมีเหตุผลว่าหากมีการตรากฎหมายห้ามกระทำการดังกล่าวจะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนาและความเชื่อ

เหตุผลของการที่หลายรัฐมีความพยายามบัญญัติกฎหมายลักษณะนี้ สืบเนื่องจากการที่ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้รับรองสิทธิในการสมรสของคนเพศเดียวกัน เดือนมิถุนายน 2559 โดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า⁵⁵⁰ กฎระเบียบในระดับรัฐซึ่งห้ามการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันนั้นเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เหตุผลสำคัญประการหนึ่งของคำตัดสินก็คือ เนื่องจากกฎหมายระดับรัฐเหล่านั้นขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 (Equal Protection) คำตัดสินดังกล่าวส่งผลให้รัฐต่างๆ ต้องจดทะเบียนสมรสให้กับคู่รักเพศเดียวกัน ซึ่งก่อนหน้านี้คำพิพากษานี้มีหลายรัฐที่ไม่ยอมรับการจดทะเบียนดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คำพิพากษานี้ ส่งผลต่อเนื่องให้กลุ่มองค์กร บุคคล ที่ยึดมั่นในความเชื่อทางศาสนาที่ไม่ยอมรับการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกัน ดำเนินการปฏิเสธการให้บริการ การจำหน่ายสินค้าแก่คู่รักเพศเดียวกัน โดยเฉพาะในกรณีที่คู่รักเพศเดียวกันเหล่านั้นจะทำการสมรส เช่น ผู้ให้บริการจัดงานแต่งงานปฏิเสธไม่รับบริการคู่รักเพศเดียวกัน ฝ่ายที่สนับสนุนแนวคิดทางศาสนานี้จึงเรียกร้องให้รัฐตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิในการปฏิเสธดังกล่าว

กฎหมายที่อนุญาตให้มีการเลือกปฏิบัติในมิติสินค้าและบริการแก่คู่รักเพศเดียวกันนี้ สะท้อนให้เห็นถึงความขัดแย้งระหว่างเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติสองเหตุ กล่าวคือ

- เหตุแห่งศาสนา หรือ ความเชื่อ : ฝ่ายที่ประสงค์จะปฏิเสธสินค้าหรือบริการให้แก่บุคคลที่รักเพศเดียวกัน (Homosexual) นั้นขัดแย้งกับความเชื่อทางศาสนาของฝ่ายที่ปฏิเสธ เมื่อพิจารณาด้านนี้ หากกฎหมายวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติซึ่งจะส่งผลให้ฝ่ายนี้จำต้องให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าแก่คู่รักร่วมเพศ ก็เท่ากับเป็นการบังคับให้ฝ่ายนี้ต้องกระทำการอันฝ่าฝืนต่อความเชื่อทางศาสนา จึงมองว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

⁵⁵⁰ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. (2015)

- เหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ : ฝ่ายที่อ้างสิทธิในความเท่าเทียมกันระหว่างคู่รักเพศเดียวกันกับคู่รักต่างเพศ เมื่อพิจารณาในด้านนี้การปฏิเสธสินค้าหรือบริการดังกล่าวนั้นก็เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ กล่าวคือ มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพียงเพราะเหตุของความมีรสนิยมทางเพศที่รักเพศเดียวกันเท่านั้น ฝ่ายนี้จึงมองว่า กฎหมายนี้เปิดทางให้องค์กรศาสนา รวมถึง บุคคลทั่วไป ที่จะปฏิเสธให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าแก่บุคคลอื่นด้วยเหตุผลข้ออ้างความเชื่อทางศาสนาหรือศีลธรรม

ข้อที่น่าสังเกตก็คือ กฎหมายบางมลรัฐ เช่น Mississippi กำหนดนิยามความหมายของความเชื่อทางศาสนาและศีลธรรมไว้อย่างเจาะจงลงไปว่าเฉพาะความเชื่อว่าการสมรสและการมีเพศสัมพันธ์จะต้องเกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่มีเพศสภาพโดยกำเนิดแตกต่างกันเท่านั้น ดังนั้น หลังจากกฎหมายนี้ใช้บังคับ อาจมีการเลือกปฏิบัติด้วยการปฏิเสธสินค้าหรือบริการ ในกรณีดังต่อไปนี้ เช่น โบสถ์ปฏิเสธการทำพิธีสมรสให้กับคู่รักเพศเดียวกัน ผู้ให้บริการจัดงานและวางแผนการสมรสรวมทั้งผู้ให้บริการและจำหน่ายสินค้าต่างๆที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการสมรส สามารถปฏิเสธการให้บริการและสินค้าดังกล่าวแก่คู่สมรสเพศเดียวกันได้ โดยกฎหมายนี้ห้ามรัฐในการตรากฎหมายอื่นที่มีผลห้ามการปฏิเสธดังกล่าว⁵⁵¹

หากพิจารณาตามกฎหมายไทยปัจจุบันพบว่า พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งมีหลักการโดยตรงในการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ หากพิจารณามาตรา 3 จะเห็นได้ว่าการนิยามความหมายของการ การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ไว้ว่าหมายถึง “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ดังนั้นโดยหลักแล้ว การปฏิเสธการให้บริการหรือสินค้าแก่บุคคลด้วยเหตุแห่งเพศ ก็เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายนี้

นอกจากนี้ยังมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่สำคัญในมาตรา 17 คือ

“การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศจะกระทำมิได้”

⁵⁵¹ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า กฎหมายนี้จำกัดขอบเขตเฉพาะการปฏิเสธสินค้าและบริการในบางมิติ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน ดังนั้น ในกรณีที่คู่รักเพศเดียวกันซื้อสินค้าหรือบริการอื่นๆ ที่ไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายนี้ เช่น ไปซื้อสินค้าอุปโภคบริโภคในห้างสรรพสินค้า ผู้ประกอบการก็ไม่สามารถอ้างกฎหมายนี้เพื่อปฏิเสธการจำหน่ายสินค้าได้ หากมีการปฏิเสธขึ้นก็จะตกอยู่ภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติทั่วไปตามกฎหมายรัฐนั้น

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ”

หากนำหลักการของกฎหมาย “คุ้มครองเสรีภาพในความเชื่อจากการเลือกปฏิบัติโดยรัฐบาล” (Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act) ของรัฐ Mississippi มาวิเคราะห์กับหลักการตามกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า การให้สิทธิบุคคลหรือองค์กรในการปฏิเสธสินค้าหรือบริการด้วยเหตุแห่งเพศเป็นการขัดแย้งต่อหลักการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายของไทย ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดระเบียบแบบปฏิบัติขององค์กรเอกชนหรือของรัฐก็ตาม อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาคือ มาตรา 17 วรรคสอง เปิดโอกาสให้มีการปฏิบัติแตกต่างต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งเพศได้หากเป็นกรณี “ปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา” จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายระดับมลรัฐของสหรัฐอเมริกาที่กล่าวข้างต้น ดังนั้นหากมีการกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติ เพื่อเปิดโอกาสให้ปฏิเสธสินค้าหรือบริการแก่บุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งเพศ เพื่อเหตุผลทางศาสนา ก็อาจเกิดขึ้นได้โดยอาศัยข้อยกเว้นนี้

4.19 การเลือกปฏิบัติในภาคเอกชนกรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวี

ในหัวข้อนี้จะได้อธิเคราะห์ประเด็นการเลือกปฏิบัติที่เกิดในภาคเอกชน กรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวี (เอดส์) ซึ่งจะแยกพิจารณาออกเป็นสองมิติคือ มิติของสินค้าและบริการ และ มิติของการจ้างแรงงาน

4.19.1 การเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวีในมิติของสินค้าและบริการ

ในมิติเกี่ยวกับสินค้าและบริการนั้น จะศึกษากรณีข้อเท็จจริงจากการสัมภาษณ์ / สทนากลุ่ม และ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากสื่อต่างๆ ดังนี้

ในกรณีข้อเท็จจริงจากการสัมภาษณ์ / สทนากลุ่ม ผู้ให้ข้อมูลแจ้งว่า

“ข้าพเจ้า xx ได้ซื้อบ้านโดยยื่นกู้กับธนาคาร xx ซึ่งทางธนาคารได้ยื่นข้อเสนอเพิ่มเติมในส่วนของการทำประกันชีวิตเพื่อได้สิทธิในส่วนลดดอกเบี้ยบ้านในปีแรก ซึ่งข้าพเจ้าตกลงทำประกันชีวิตดังกล่าว โดยทางธนาคารเป็นผู้เลือกบริษัทประกันชีวิตเอง ทั้งนี้ในตอนแรกข้าพเจ้าได้ให้ข้อมูลโดยระบุที่อาศัยตามบัตรประชาชน คือ จังหวัดระยอง และต่อมาได้รับการแจ้งกลับจากทางธนาคารว่า ทางบริษัทประกัน xx นั้นมีข้อกำหนดว่า จังหวัดที่จัดเป็นจังหวัดในกลุ่มเสี่ยง ซึ่งรวมถึง จ.ระยอง ผู้ทำประกันจะต้องตรวจโรคสำคัญ (เช่น เอดส์) ก่อนการพิจารณาอนุมัติ ทั้งนี้ข้าพเจ้าจึงต้องเปลี่ยนข้อมูลที่อยู่ใหม่ โดยระบุเป็นที่อยู่ในกรุงเทพฯ แทน ทำให้ข้าพเจ้าไม่ต้องไปตรวจเอดส์ ในกรณีนี้ข้าพเจ้าถือว่าบริษัทประกันดังกล่าวเลือกปฏิบัติต่อข้าพเจ้ารวมถึงบุคคลอื่นๆที่ทางบริษัทประกันระบุว่าอาศัยอยู่ในจังหวัดกลุ่มเสี่ยง โดยไม่ได้คำนึง life style ของแต่ละบุคคล แต่เหมารวมว่าทุกคนที่อยู่ในบางพื้นที่มีโอกาสเป็นเอดส์มากกว่าในบางพื้นที่”

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี เกิดขึ้นในมิติของบริการด้านประกันชีวิต โดยเป็นการกระทำของภาคเอกชน ดังนั้น แม้ว่าโดยทั่วไปจะเป็นการขัดแย้งต่อหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ แต่หลักการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญก็มีขอบเขตเฉพาะการกล่าวอ้างต่อการกระทำของรัฐ ดังนั้น กรณีนี้จึงต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการกระทำของภาคเอกชน ในกรณีบริการด้านประกันชีวิตนั้น หากเปรียบเทียบกับ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ เช่น ดังที่เคยปรากฏข่าวว่า บริษัทประกันบางแห่งไม่รับประกันบุคคลหลากหลายทางเพศ⁵⁵² จะเห็นได้ว่ากรณีการเลือกปฏิบัติในภาคบริการนั้น ในปัจจุบันมีกฎหมายเฉพาะ กล่าวคือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ดังนั้นหากบริษัทประกันฯ มีการกำหนดนโยบายไม่ให้บริการด้วยเหตุแห่งเพศ⁵⁵³ ก็อาจเข้าองค์ประกอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้⁵⁵⁴ แต่หากบริษัทประกันกำหนดเบี้ยประกันแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งเพศ ความเจ็บป่วย หรือปัจจัยอื่นๆ ที่สอดคล้องกับเหตุผลทางธุรกิจ ก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นกรณี “มีความชอบธรรม” และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ⁵⁵⁵ อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “ความเป็นผู้ติดเชื้อเอชไอวี” ไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 จึงไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับกรณีดังกล่าว หากพิจารณาหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุลักษณะนี้อาจจัดอยู่ในเหตุ “สุขภาพ” ได้ ถ้าการเลือกปฏิบัตินั้นเกิดจากกฎเกณฑ์ของภาครัฐ ก็จะเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ถ้าการเลือกปฏิบัตินั้นเกิดจากภาคเอกชน เช่นการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้า ก็ไม่อยู่ในขอบเขตรัฐธรรมนูญที่จะยกขึ้นอ้างต่อเอกชนด้วยกัน ดังนั้นจึงต้องมีกฎหมายเฉพาะขึ้นรองรับ

ข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากสื่อต่างๆ ปรากฏว่า มีโรงแรมบางแห่งในประเทศไทยได้ปฏิเสธการให้บริการ แก่องค์กรพัฒนาเอกชนที่ทำงานเกี่ยวกับผู้ติดเชื้อเอชไอวี (เอดส์) เมื่อองค์กรดังกล่าวมีการติดต่อไปใช้บริการ เช่น จัดประชุมสัมมนา ก็ได้รับการปฏิเสธจากทางโรงแรม⁵⁵⁶ นอกจากนี้ เครือข่ายผู้ติดเชื้อเอชไอวี/เอดส์ ประเทศไทยและองค์การพัฒนาเอกชนด้านเอดส์ ออกแถลงการณ์ร่วม มีเนื้อหาตอนหนึ่งเกี่ยวกับการกระทำของโรงแรมว่า⁵⁵⁷

⁵⁵² “คปภ.ผนัก2สมาคมฯอย่าศึก‘เกย์-เอไอเอ’ยืนยันซื้อประกันได้,” สยามธุรกิจ ฉบับที่ 848 ประจำวันที่ 24-11-2007 ถึง 27-11-2007 ; http://www.siamturakij.com/home/news/display_news.php?news_id=9068

⁵⁵³ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายถึงการกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้น..มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด, พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 3

⁵⁵⁴ พระราชบัญญัติ มาตรา 17 วางหลักว่า “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ...ขององค์กรเอกชน ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้”

⁵⁵⁵ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 กำหนดองค์ประกอบ “โดยปราศจากความชอบธรรม” ซึ่งมีความหมายกว้างขึ้นอยู่กับสภาพข้อเท็จจริงว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีเหตุผลรองรับที่ชอบธรรมหรือไม่เพียงเพราะความแตกต่างระหว่างเพศฯ

⁵⁵⁶ http://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=TVRRd05qY3dPVGMwTVE9PQ==

⁵⁵⁷ แถลงการณ์เครือข่ายผู้ติดเชื้อ อูกรร.ปฏิเสธ ชี้ละเมิดสิทธิ รณรงค์บอยคอต

<http://www.hfocus.org/content/2014/08/7802>

“..เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี/เอดส์ อย่างชัดเจน โดยไม่เพียงกระทำต่อผู้ติดเชื้อฯ เท่านั้น แต่ยังเหมารวมถึงทุกองค์กรที่ทำงานในเรื่องเอดส์ ซึ่งสะท้อนให้เห็นทัศนคติของผู้บริหารโรงแรมที่ขาดความรู้ความเข้าใจในเรื่องนี้ รวมถึงมีอคติต่อตัวผู้ติดเชื้อฯ ซึ่งสะท้อนจากคำให้สัมภาษณ์ของเจ้าหน้าที่โรงแรมที่อ้างถึงเหตุผลของผู้บริหารในการไม่ให้บริการ ตัวอย่างเช่น การอ้างว่า ลูกค้าย่อยอื่นๆ เกิดความไม่สบายใจในการใช้สถานที่ร่วมกัน อย่างห้องพัก หรือห้องอาหาร ขณะที่ข้อเท็จจริงคือ ไม่เคยมีใครติดเชื้อเอชไอวีจากการใช้ชีวิตร่วมกัน ไม่ว่าจะเป็นการรับประทานอาหารโดยใช้ช้อนส้อมร่วมกัน ดื่มน้ำแก้วเดียวกัน ใช้ห้องน้ำ หรือห้องพักร่วมกัน ไม่เพียงเท่านั้น การจะทราบว่าใครติดเชื้อเอชไอวีหรือไม่ ต้องใช้การตรวจเลือดเพื่อตรวจหาเชื้อเอชไอวีเท่านั้น ไม่สามารถสังเกตจากรูปลักษณ์ภายนอกได้....การอ้างว่าผู้เข้าร่วมงานแต่งกายไม่เรียบร้อย สะท้อนให้เห็นทัศนคติของเจ้าหน้าที่และผู้บริหารโรงแรมที่ถูกเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แบ่งแยกชนชั้นจากการแต่งกาย และมองคนจากภายนอก.....โดยทางเครือข่ายผู้ติดเชื้อฯ และมูลนิธิเข้าถึงเอดส์ จะดำเนินการรณรงค์ให้สาธารณชนได้ร่วมกันบอยคอตการใช้บริการของโรงแรมในเครือแห่งนี้ โดยจะทำหนังสือเวียนถึงทุกหน่วยงานทั้งเอกชนและราชการ เพื่อให้เลิกการสนับสนุนโรงแรมดังกล่าว จนกว่าทางโรงแรมจะมีการเปลี่ยนแปลงนโยบายรวมทั้งชี้แจงต่อกรณีดังกล่าวอย่างเป็นทางการ”

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี เกิดขึ้นในมิติของสินค้าและบริการ โดยเป็นการกระทำของภาคเอกชน ดังนั้น แม้ว่าโดยทั่วไปจะเป็นการขัดแย้งต่อหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ แต่หลักการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญก็มีขอบเขตเฉพาะการกล่าวอ้างต่อการกระทำของรัฐ ดังนั้น กรณีนี้จึงต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจากการกระทำของภาคเอกชน

ประเด็นปัญหานี้เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติ โรงแรมซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ พบว่ามาตรา 39 วางหลักให้สิทธิผู้จัดการโรงแรมในการปฏิเสธไม่รับบุคคลบางลักษณะเข้าพักได้ โดยเฉพาะกรณี “มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่ออันตรายหรือโรคติดต่อตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ”⁵⁵⁸ สำหรับกรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวี (เอดส์) นั้น ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาดังนี้

⁵⁵⁸ มาตรา 39 ผู้จัดการอาจปฏิเสธไม่รับบุคคลที่ประสงค์จะเข้าพักในโรงแรมได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

- (1) มีเหตุอันควรสงสัยได้ว่าบุคคลนั้นจะเข้าไปหลบซ่อน มั่วสุม หรือกระทำการใด อันเป็นความผิดอาญาขึ้นในโรงแรม หรือก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้พักอื่นในโรงแรม
- (2) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถจ่ายค่าห้องพักได้
- (3) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่ออันตรายหรือโรคติดต่อตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ
- (4) มีเหตุอันสมควรประการอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ในกรณีตาม (3) ถ้าผู้จัดการรับบุคคลนั้นเข้าพักจะต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานสาธารณสุขหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อทราบด้วย

1. หลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของไทยทั้งฉบับปี 2540 และ 2550 อย่างไรก็ตาม ในกรณีการเลือกปฏิบัติด้านสินค้าและบริการเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในบริบทของภาคเอกชน ทั้งนี้เนื่องจากหลักห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้นมักจะเกี่ยวข้องกับการใช้เพื่ออ้างยันรัฐ แต่รัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องบัญญัติกฎหมายออกมาเพื่อคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้าและบริการเหล่านี้ ดังนั้นในกรณีผู้ให้บริการภาคเอกชนปฏิเสธการให้บริการลูกค้าอื่นโดยมีเหตุผลสืบเนื่องเกี่ยวข้องกัน เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ รัฐก็ต้องมีการบัญญัติกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติโรงแรมนอกจากมิได้มีบทบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติแล้ว แต่ยังมีการกำหนดหลักการที่ให้สิทธิแก่โรงแรมในการปฏิบัติต่อผู้ประสงค์เข้าพักบางกลุ่มหรือบางลักษณะให้แตกต่างจากลูกค้าอื่น ดังเช่นกรณี มาตรา 39 เกี่ยวกับเหตุแห่งการปฏิเสธไม่ให้เข้าพัก ซึ่งมีประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไปว่า มาตรา 39 นี้ขัดต่อหลักห้ามเลือกปฏิบัติหรือไม่

2. พระราชบัญญัติโรงแรม เป็นเพียงให้สิทธิแก่ผู้จัดการโรงแรมในการปฏิเสธการให้บริการที่พักแก่บุคคลบางประเภท เนื่องจากใช้คำว่า “อาจปฏิเสธ” ดังนั้นทางโรงแรมอาจเลือกที่จะรับบุคคลดังกล่าวนั้นก็ได้ ในแง่นี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายพยายามสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สิน (Property Right) เสรีภาพในการทำสัญญา กับ สิทธิของผู้ถูกเลือกปฏิบัติ

3. สิทธิการปฏิเสธในกรณีผู้ที่ประสงค์เข้าพักในกรณี “มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่ออันตรายหรือโรคติดต่อตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ” มีปัญหาว่า โรคติดต่อ จะหมายความว่า โรคอะไรบ้าง เนื่องจาก พระราชบัญญัติโรงแรมมิได้กำหนดรายละเอียดชื่อโรคไว้ แต่ระบุเชื่อมโยงไปยังกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ โดยปัจจุบันกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับโรคติดต่อคือ พระราชบัญญัติโรคติดต่อแห่งชาติ พ.ศ. 2558 ซึ่งกำหนดนิยามของโรคติดต่อ ไว้ 3 ประเภทคือ โรคติดต่อ โรคติดต่ออันตราย และโรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง⁵⁵⁹ ดังนั้นหากโรคใดสามารถจัดอยู่ในความหมายของ “โรคติดต่อ” ตามพระราชบัญญัตินี้ โรงแรมก็อาจปฏิเสธการให้บริการที่พักโดยอ้างเหตุ “โรคติดต่อตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ” นอกจาก “โรคติดต่อ” แล้ว ในส่วนของ “โรคติดต่ออันตราย” นั้นเมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้พบว่ามิได้กำหนดรายชื่อโรคใดให้เป็นโรคติดต่ออันตรายโดยเฉพาะ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการโรคติดต่อแห่งชาติ มีอำนาจออกประกาศกำหนดชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่ออันตรายและโรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง ขณะที่จัดทำงานวิจัยนี้ยังไม่มีประกาศกำหนดรายชื่อโรคตาม พระราชบัญญัติโรคติดต่อแห่งชาติ ดังนั้น หากมีการกำหนดให้โรคใดเป็นโรคติดต่ออันตรายตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อแห่งชาติ โรงแรมก็มีสิทธิปฏิเสธการเข้าพักของผู้เป็นโรคติดต่อดังกล่าวได้ โดยอ้างเหตุว่า มีเหตุควรเชื่อว่าบุคคลที่ประสงค์เข้าพักนั้นเป็น “โรคติดต่ออันตรายตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ” สำหรับกรณีผู้ติดเชื้อเอชไอวีนั้นอาจจัดอยู่ในความหมายของ “โรคติดต่อ”

⁵⁵⁹ พระราชบัญญัติโรคติดต่อแห่งชาติ พ.ศ. 2558 มาตรา 4 กำหนดว่า “โรคติดต่อ” หมายความว่า โรคที่เกิดจากเชื้อโรคหรือพิษของเชื้อโรคซึ่งสามารถแพร่โดยทางตรงหรือทางอ้อมมาสู่คน, “โรคติดต่ออันตราย” หมายความว่า โรคติดต่อที่มีความรุนแรงสูงและสามารถแพร่ไปสู่ผู้อื่นได้อย่างรวดเร็ว, “โรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง” หมายความว่า โรคติดต่อที่ต้องมีการติดตาม ตรวจสอบ หรือจัดเก็บข้อมูลอย่างต่อเนื่อง

ตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ ดังนั้น ตามพระราชบัญญัติโรงแรมแล้ว ทางโรงแรมจึงอาจปฏิเสธการเข้าพักของผู้ป่วยโรคนี้ได้ แต่ทั้งนี้การปฏิเสธต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า “มีเหตุอันควรเชื่อ” ว่าบุคคลนั้นเป็นโรคติดต่อด้วย ดังนั้นหากไม่มีหลักฐานหรือมีเหตุอันควรเชื่อว่ามีมาติดต่อเข้าพักเป็นผู้ติดเชื้อเอชไอวี เช่น องค์การเครือข่ายเอกชนที่ดำเนินการเกี่ยวกับโรคเอดส์มาติดต่อขอเข้าพักเพื่อประชุมสัมมนาที่โรงแรมแห่งหนึ่งเป็นเวลา 3 วัน ดังนี้โรงแรมก็ไม่สามารถปฏิเสธการเข้าพักของบุคคลผู้ทำงานเกี่ยวข้องกับโรคเอดส์ทุกคน เนื่องจากการปฏิเสธดังกล่าวมีขอบเขตจำกัดเฉพาะต่อบุคคลที่น่าเชื่อว่าเป็นผู้ติดเชื้อเท่านั้น

4. นิติสัมพันธ์ระหว่างโรงแรมกับลูกค้านั้นอาจเกี่ยวข้องกับสัญญาหลายลักษณะ เช่น ลูกค้ามาใช้บริการห้องพักอาหาร ลูกค้ามาใช้บริการประชุม สัมมนา จัดกิจกรรมต่างๆ ลูกค้ามาใช้บริการห้องพัก จึงมีประเด็นว่า การปฏิเสธการให้บริการตาม พระราชบัญญัติโรงแรมนั้น ครอบคลุมถึงการบริการอื่นๆนอกจากห้องพักด้วยหรือไม่ เช่น ปฏิเสธการให้บริการห้องจัดเลี้ยง ประชุมสัมมนา ปฏิเสธการให้บริการอาหาร ในประเด็นนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับความรับผิดในทรัพย์สินของแกะนั้น⁵⁶⁰

ผู้วิจัยเห็นว่า ความรับผิดทางทรัพย์สินตามกฎหมายแพ่งนั้นครอบคลุมเฉพาะกรณีแขกที่มาพักโรงแรมเท่านั้น ไม่รวมถึงแขกที่มาใช้บริการอื่น⁵⁶¹ สำหรับ พระราชบัญญัติโรงแรม วางหลักควบคุมการประกอบธุรกิจโรงแรม ซึ่งมีขอบเขตที่กว้างกว่ากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยวิธีเฉพาะสำหรับเจ้าสำนักโรงแรมดังกล่าว ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการโรงแรมเฉพาะกรณีความรับผิดต่อทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม จากตัวบทมาตรา 39 ของพระราชบัญญัติโรงแรม ระบุไว้ชัดเจนถึงสิทธิในการปฏิเสธไม่รับบุคคลที่ประสงค์จะ “เข้าพัก” ดังนั้นสิทธิในการปฏิเสธของโรงแรมจึงมีขอบเขตเฉพาะแขกที่มาพักเท่านั้น หากโรงแรมปฏิเสธการให้บริการอื่นๆ เช่น ประชุมสัมมนา อาหารและเครื่องดื่ม ดังนี้ก็ไม่สามารถอ้างสิทธิตามมาตรา 39 ได้

5. ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการโรงแรมจะอ้างหลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติโรงแรมเพื่อปฏิเสธการให้บริการที่พัวพันกับแขกบางลักษณะก็ตาม แต่ก็ยังมีประเด็นว่า กฎหมายที่ให้สิทธิปฏิเสธบริการเช่นนี้ ขัดต่อหลักความเสมอภาคและเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากว่า แม้หลักดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญนั้นมีไว้สำหรับการที่เอกชนอ้างสิทธิต่อรัฐ แต่ในกรณีการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในบริบทของภาคเอกชนหรือภาคธุรกิจนั้น ผู้เสียหายที่ถูกกระทบสิทธิไม่สามารถนำหลักการตามรัฐธรรมนูญไปฟ้องหรือไปอ้างยื่นต่อหน่วยงานภาครัฐ อย่างไรก็ตาม ภาครัฐมีหน้าที่ต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อห้ามการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามกรอบแนวคิดนี้ จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติโรงแรมโดยเฉพาะมาตรา 39 ที่ให้สิทธิโรงแรมปฏิเสธการเข้าพักด้วยเหตุแห่งการเป็นโรคบางอย่าง เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างแขกที่ประสงค์เข้าพักซึ่งไม่เป็นโรค กับ แขกที่ประสงค์เข้าพักแต่เป็นโรค อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณาต่อไปว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่เป็นโรคกับที่ไม่เป็นโรคนั้น มีเหตุผลอันสมควรอย่างไรหรือรับหรือไม่ ซึ่งในกรณีผู้ประสงค์เข้าพักเป็นกลุ่มผู้ป่วยเอดส์ ดังนี้จะต้องพิจารณาเหตุผลอันสมควรโดยชั่งน้ำหนักกับ

⁵⁶⁰ วิธีเฉพาะสำหรับเจ้าสำนักโรงแรม วางหลักเกี่ยวข้องกับการดำเนินการโรงแรมเฉพาะกรณีความรับผิดของโรงแรมต่อทรัพย์สินที่แขกอาศัยได้พามา

⁵⁶¹ คณธิป ทองรวีวงศ์, กฎหมายเกี่ยวกับการท่องเที่ยว (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2558), หน้า 541-543.

วัตถุประสงค์ที่ผู้ให้บริการต้องการปกป้องหรือส่งเสริม เช่น เพื่อป้องกันมิให้ลูกค้าหรือแขกที่เข้าพักคนอื่นต้องมีความเสี่ยงต่อการติดเชื้อเอดส์ อย่างไรก็ตามอีกแง่หนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า โรคเอดส์เป็นโรคติดต่อแต่ก็ไม่ใช่ว่าติดต่อกันง่ายตายเพียงแค่ว่าแขกที่เข้าพักได้พักในห้องที่เคยมีผู้ป่วยโรคเอดส์ จึงต้องพิจารณาด้วยว่า นอกจากห้ามผู้ป่วยเอดส์เข้าพักแล้ว มีหนทางอื่นที่โรงแรมอาจนำมาใช้เพื่อป้องกันโรคแก่แขกคนอื่นมิให้ติดเชื้อเอชไอวีจากการเข้าพักโรงแรมได้หรือไม่ หากยังคงมีหนทางอื่นเพื่อบรรล่วัตถุประสงค์เดียวกัน การที่โรงแรมห้ามผู้ติดเชื้อเอชไอวีเข้าพัก ก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากมาตรการที่นำมาใช้ (ห้ามผู้ป่วยใช้บริการ) ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุ (การคุ้มครองลูกค้าคนอื่นมิให้ต้องติดเชื้อ)

นอกจากนี้ ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า หากนำหลัก “Margin of Appreciation” โดยเฉพาะในคดีในบริบทของยุโรปดังกล่าวมาแล้ว⁵⁶² มาเทียบเคียงจะเห็นได้ว่า การกำหนดกฎหมายจำกัดสิทธิผู้ติดเชื้อ HIV หากอยู่บนสมมุติฐานที่เชื่อมโยงการติดเชื้อ HIV กับพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม เช่น เหมารวมว่าการติดเชื้อ HIV เกิดจากพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม ซึ่งศาลเห็นว่าไม่น่าหนักเพียงพอกับการเข้าข่าย “ขอบเขตแห่งดุลพินิจ” (Margin of Appreciation) ที่รัฐสามารถปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างได้ สำหรับการกำหนดกฎหมายจำกัดสิทธิการเข้าพักในโรงแรมของผู้ป่วยด้วยโรคต่าง ๆ นั้น หากพิจารณาตามกรอบนี้ก็ต้องพิจารณาว่า กฎหมายดังกล่าวมีน้ำหนักเพียงพอ (Very Weighty Reason) หรือไม่ โดยพิจารณาลักษณะการติดต่อของโรคนั้นๆ ด้วย

4.19.2 การเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวีในมิติของการจ้างแรงงาน

จากข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาในบทที่ 2 พบว่า มีผู้ร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหลายกรณีที่มีประเด็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวีในมิติของการจ้างแรงงานภาคเอกชน โดยสภาพปัญหาก็คือ บริษัทบางแห่งมีนโยบายให้พนักงานตรวจเชื้อเอชไอวี เป็นเงื่อนไขในการเข้าทำงาน และปฏิเสธรับบุคคลเข้าทำงานหลังจากตรวจร่างกายมีเชื้อเอชไอวี (คำร้องที่ 544/2552 และ 35/2557 และรายงานผลการพิจารณาที่ 308-309/2558) ประเด็นแรกที่สำคัญก็คือ กรณีนี้ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง เนื่องจากมาตรการหรือนโยบายมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) ใช้กับทุกคนเหมือนกัน แต่หากพิจารณาตามหลักของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมแล้ว เห็นได้ว่า ส่งผล (Effect) ให้บุคคลบางกลุ่มที่มีลักษณะเปราะบางและเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ได้รับผลกระทบและเกิดความไม่เท่าเทียมกันบุคคลอื่น

⁵⁶² Alajos Kiss v. Hungary

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันโดยเฉพาะในกรอบกฎหมายแรงงานจะเห็นได้ว่ากฎหมายแรงงานหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสถานประกอบการยังไม่มีข้อกำหนดในเรื่องการเข้าทำงานของผู้ติดเชื้อเอชไอวี หากพิจารณาตามหลักขอบแห่งการใช้ดุลพินิจ ตามที่วิเคราะห์มาแล้ว จะเห็นได้ว่า หากกฎหมายกำหนดให้บุคคลผู้ติดเชื้อเอชไอวีไม่สามารถเข้าทำงานโดยไม่มีข้อยกเว้นหรือโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของลักษณะงาน อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเหมารวมและอาจถือไม่ได้ว่ามี “น้ำหนักเป็นอย่างยิ่ง” (very weighty reasons-test) แม้หลักการขอบแห่งดุลพินิจดังจะอยู่ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศและการกระทำหรือการตรากฎหมายของรัฐก็ตาม แต่อาจนำหลักการนี้มาวิเคราะห์ว่าการปฏิบัติของภาคเอกชนนั้นเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันโดยมีเหตุผลสมควรหรือไม่ สำหรับเหตุผลอันสมควรนั้นจะเกี่ยวข้องกับหลัก “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญหรือจำเป็นกับงาน” ดังจะกล่าวถึงต่อไป

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีนานา “ประวัติอาชญากรรม” มาเป็นเงื่อนไขของการรับบุคคลเข้าทำงานในภาคเอกชนดังที่วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า สภาพของประเด็นปัญหามีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ภาคเอกชนปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งเป็นผู้สมัครเข้าทำงานแตกต่างกันด้วยเหตุบางประการที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ตามกฎหมายต่างประเทศ เช่น ออสเตรเลียนั้น พบว่า ในกรณีการนำประวัติอาชญากรรมมาใช้เป็นเหตุปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในมิติการจ้างแรงงานนั้น อาจทำได้ หากประวัติอาชญากรรมมีความเกี่ยวข้องกับ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้น” (Inherent Requirement Exception) โดยหลักการนี้ หากการติดเชื้อเอชไอวี มีความเกี่ยวข้องกับ คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงาน ก็อาจมีการปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อแตกต่างออกไปได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การนำเหตุ “ติดเชื้อเอชไอวี” มาเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในมิติการจ้างแรงงานภาคเอกชนนั้น อาจทำได้โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติหากนโยบายหรือมาตรการนั้นอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลอันสมควร โดยเฉพาะมีความเกี่ยวข้องกับ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงานนั้น” อย่างไรก็ตาม จากกรณีตามคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่า แม้ผู้ถูกร้องอ้างเหตุผลเพื่อความปลอดภัย เนื่องจากตำแหน่งงานนั้นต้อง “สัมผัสอาหาร” แต่ผู้ร้องอ้างว่า “การติดเชื้อเอชไอวีไม่ได้ส่งผลต่อคนรอบข้าง และไม่ได้ก่ออันตรายต่อผู้อื่น” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นด้วยกับผู้ร้องในประเด็นนี้ โดยให้เหตุผลว่า “...เกินจำเป็นของลักษณะประเภทการจ้างงานที่เป็นสาระสำคัญ ทั้งที่บุคคลที่ติดเชื้อเอชไอวีสามารถปฏิบัติงานได้ในสถานภาพเดียวกันโดยไม่จำกัดทางสุขภาพอนามัย ..” จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้นำเอาหลัก “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงาน” มาประกอบการพิจารณาด้วย ซึ่งก็ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไปว่าการติดเชื้อเอชไอวีจะเป็นอุปสรรคสำหรับงานนั้นๆหรือไม่

กรณีเช่นนี้ชี้ให้เห็นว่า นโยบายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี แต่ยังไม่มีความหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ทั้งกรณีของรัฐธรรมนูญซึ่งมิได้กำหนด “ผู้ติดเชื้อเอชไอวี” ไว้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ รวมทั้งกฎหมายลำดับรองเช่น กฎหมายแรงงานก็มิได้มีการกำหนดควบคุมการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีเช่นนี้ จึงเป็นประเด็นที่จะนำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อไป

การเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี ยังปรากฏในมิติอื่นๆ เช่น การคุกคาม (Harassment) การสื่อสารแสดงความเกลียดชัง (Hate Speech) ซึ่งจะได้ศึกษาหลักกฎหมายในมิติดังนั้นๆ โดยเฉพาะต่างหาก

4.20 กรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) กับการเข้าห้องน้ำ : กรณีศึกษากฎหมายมลรัฐ North Carolina

เมื่อพิจารณาจากการรับฟังความเห็นกลุ่มย่อยในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า กลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยให้ข้อมูลสรุปได้ว่า ปัญหาประการหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศก็คือ ยังมีความไม่ชัดเจนในทางกฎหมายในกรณีบุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นชายแต่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิงเลือกเข้าห้องน้ำหญิงตามอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งบุคคลเหล่านี้กังวลเช่นกันว่า การที่พวกตนเข้าห้องน้ำชายตามเพศกำเนิด อาจเกิดความเสี่ยงจากการคุกคามทางเพศจากบุคคลเพศชายคนอื่นได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ การเข้าห้องน้ำตามเพศกำเนิดยังส่งผลกระทบต่อบุคคลหลากหลายทางเพศที่ทำการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว สำหรับประเด็นปัญหานี้ พบว่า ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายหรือนโยบาย แต่จากการศึกษาพบว่า ในสหรัฐอเมริกา รัฐบาลท้องถิ่นเมือง Charlotte (Charlotte City Council) ของรัฐ North Carolina ได้ตราข้อบัญญัติ (Ordinance) ห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศและรสนิยมทางเพศ กฎหมายท้องถิ่นนี้ครอบคลุมการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ เชื้อชาติ อายุ ศาสนา โดยครอบคลุมมิติต่างๆ เช่น การเข้าใช้บริการร้านอาหาร ร้านค้า ที่พักอาศัย บริการขนส่งสาธารณะ กฎหมายนี้มีบทบัญญัติอันเป็นที่ถกเถียงกันมากก่อนที่จะผ่านการลงมติในระดับท้องถิ่น นั่นคือการอนุญาตให้คนข้ามเพศ (Transgender) เลือกเข้าห้องน้ำชายหรือหญิงตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนกำหนดหรือระบุเอง (Gender Identity) กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องเข้าห้องน้ำตามเพศกำเนิด ดังนั้น คนที่มีเพศกำเนิดเป็นชาย แต่ปัจจุบันระบุว่าตัวเองเป็นหญิง ก็สามารถเข้าห้องน้ำหญิงได้

ในการรับฟังความคิดเห็นของรัฐบาลท้องถิ่น มีทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและฝ่ายที่คัดค้าน โดยฝ่ายที่คัดค้านให้เหตุผลหลักเกี่ยวกับความปลอดภัยและการคุกคามทางเพศ โดยเกรงว่า คนที่มีเพศกำเนิดเป็นชายและเลือกเข้าห้องน้ำหญิงอาจเข้ามาคุกคามทางเพศต่อหญิงได้ แต่ในที่สุดรัฐบาลท้องถิ่นก็ผ่านกฎหมายนี้ด้วยคะแนนเสียง 7 ต่อ 4⁵⁶³

⁵⁶³ <http://www.charlotteobserver.com/news/politics-government/article61786967.html>

อย่างไรก็ตาม สำหรับมลรัฐ North Carolina นั้นกฎหมายที่รัฐบาลท้องถิ่นตราขึ้น อาจถูกเพิกถอนโดย “General Assembly” ในระดับมลรัฐได้ ซึ่งต่อมาในเดือนมีนาคม 2559 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 1 คน โดยผู้ใช้อาจอยู่ในสภาพถอดเสื้อผ้า สถานที่เหล่านี้รวมถึงห้องน้ำในโรงเรียน ห้องล็อกเกอร์ ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า ห้องอาบน้ำ

ในกรณีห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าสำหรับเพศใดเพศหนึ่งซึ่งใช้ร่วมกันหลายคนนั้น (Single-Sex Multiple Occupancy Bathroom and Changing Facilities) คณะกรรมการศึกษาในระดับรัฐบาลท้องถิ่นจะต้องกำหนดให้ห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าที่ใช้สำหรับนักเรียนร่วมกันหลายคนนั้นสามารถใช้ได้เฉพาะบุคคลตามเพศในทางชีวภาพ⁵⁶⁴

ในกรณีห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าสำหรับเพศใดเพศหนึ่งซึ่งใช้ร่วมกันหลายคนนั้น (Single-Sex Multiple Occupancy Bathroom and Changing Facilities) หน่วยงานสาธารณะจะต้องกำหนดให้ห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าดังกล่าวสามารถใช้ได้เฉพาะบุคคลตามเพศในทางชีวภาพ⁵⁶⁵

กฎหมายระดับมลรัฐนี้ นอกจากยกเลิกกฎหมายท้องถิ่นของเมือง Charlotte โดยกำหนดหลักเกณฑ์ให้บุคคลต้องใช้ห้องน้ำหรือที่เปลี่ยนเสื้อผ้าสาธารณะตามเพศกำเนิดที่ระบุในเอกสารการเกิดแล้ว กฎหมายนี้ยังห้ามรัฐบาลท้องถิ่นเมืองต่างๆของมลรัฐนี้ในการบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายนี้ในอนาคตอีกด้วย ดังจะเห็นจากหลักการที่กำหนดว่า

“คณะกรรมการศึกษาระดับท้องถิ่นจะต้องไม่ตรากฎหมายอนุญาตให้นักเรียนใช้ห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าซึ่งใช้ร่วมกันหลายคนสำหรับเพศใดๆนอกจากเพศทางชีวภาพของตน”⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ § 115C-521.2.Single-sex multiple occupancy bathroom and changing facilities

⁵⁶⁵ § 143-760.Single-sex multiple occupancy bathroom and changing facilities

⁵⁶⁶ § 115C-521.2 (c).Single-sex multiple occupancy bathroom and changing facilities

“หน่วยงานของรัฐระดับท้องถิ่นจะต้องไม่ตรากฎหมายอนุญาตให้บุคคลใช้ห้องน้ำหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าซึ่งใช้ร่วมกันหลายคนสำหรับเพศใดๆนอกจากเพศทางชีวภาพของตน”⁵⁶⁷

ผู้ว่าการรัฐ North Carolina ซึ่งเป็นผู้ลงนามประกาศใช้กฎหมายนี้ให้เหตุผลว่า “กฎหมายของรัฐบาลท้องถิ่นนั้นขัดต่อหลักสามัญสำนึกทั่วไป เนื่องจากอนุญาตให้ผู้ชายสามารถใช้ห้องน้ำหญิงได้”⁵⁶⁸

ต่อมากลุ่มสิทธิมนุษยชนและคนข้ามเพศได้ฟ้องคดีต่อศาลให้เหตุผลว่ากฎหมายของรัฐ North Carolina เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ รสนิยมทางเพศ

โจทก์คนหนึ่งมีเพศกำเนิดที่ระบุในเอกสารการเกิดเป็นหญิง แต่ปัจจุบันระบุตัวเองเป็นชาย และใช้ห้องน้ำชายตลอดมา ได้รับผลกระทบต้องเข้าห้องน้ำหญิง ซึ่งเขารู้สึกได้รับผลกระทบทางสุขภาพจิต นอกจากนี้ยังเป็นการบังคับให้เขาต้องเปิดเผยต่อบุคคลอื่นด้วยว่าเขาเป็นคนข้ามเพศ อันอาจส่งผลให้เกิดการคุกคามทางเพศตามมาได้⁵⁶⁹

จากกรณีนี้ หากพิจารณาในรอบของการห้ามเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกัน จะเห็นได้ว่ากฎหมายระดับท้องถิ่นของเมือง Charlotte สอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอัตลักษณ์ทางเพศ ในมิติของบริการสาธารณะ กล่าวคือในการใช้ห้องน้ำสาธารณะ อย่างไรก็ตาม กฎหมายระดับรัฐ North Carolina ซึ่งยกเลิกกฎหมายท้องถิ่นดังกล่าว มีหลักการที่เลือกปฏิบัติโดยตรงด้วยเหตุแห่งอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) เนื่องจากกฎหมายจำกัดสิทธิในการเลือกอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล ซึ่งรวมถึงการแสดงออกด้วยการเลือกเข้าห้องน้ำตามอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนเลือก ซึ่งเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในมิติของการได้รับบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตามในอีกแง่หนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า หากกฎหมายลักษณะนี้มีเหตุผลอันสมควร ก็อาจไม่ขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ ประเด็นจึงอยู่ที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้มีขึ้นเพื่ออะไร หากพิจารณาจากเหตุผลของการอภิปรายกฎหมายแล้วจะเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐอ้างเหตุเพื่อป้องกันความปลอดภัยแก่ผู้อื่นในการใช้ห้องน้ำ โดยเฉพาะผู้หญิงซึ่งมีความกังวลว่าบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิงแต่มีเพศสภาพโดยกำเนิดเป็นชายและเข้าห้องน้ำหญิงนั้น อาจทำการคุกคามทางเพศต่อพวกเธอได้ วัตถุประสงค์นี้มีเหตุผลสมควรเพียงพอและได้สัดส่วนกับการจำกัดสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากการรับฟังความเห็นกลุ่มย่อยในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า กลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยกล่าวหาว่าปัญหาประการหนึ่งที่เป็นเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศก็คือยังมีความไม่ชัดเจนในทางกฎหมายว่าจะเข้าห้องน้ำตามเพศกำเนิดหรืออัตลักษณ์ทางเพศที่เป็นอยู่ปัจจุบัน

⁵⁶⁷ § 143-760. (c) Single-sex multiple occupancy bathroom and changing facilities

⁵⁶⁸ “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

⁵⁶⁹ CBS News, North Carolina sued over transgender bathroom law, <http://www.cbsnews.com/news/north-carolina-sued-over-transgender-bathroom-law/>

หากพิจารณาตามกฎหมายของ North Carolina บุคคลหลากหลายทางเพศที่มีเพศกำเนิดเป็นชาย ก็จะต้องถูกบังคับให้เข้าห้องน้ำชายเพราะตามเอกสารการเกิดยังคงระบุเป็นเพศชายอยู่ แต่สภาพร่างกายของบุคคลนั้นในปัจจุบันเป็นเพศหญิง การที่ต้องเข้าห้องน้ำชายก็เป็นเรื่องที่ไม่สอดคล้องกับสภาพร่างกายตามความเป็นจริงรวมทั้งอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงจากการถูกลวนลามหรือคุกคามทางเพศได้ จึงมีข้อเสนอให้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อความชัดเจนในประเด็นนี้

ปัญหาดังกล่าวหากพิจารณาตามกฎหมายไทยปัจจุบันพบว่า พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งมีหลักการโดยตรงในการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ หากพิจารณา มาตรา 3 จะเห็นได้ว่าการนิยามความหมายของการ การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ไว้ว่า หมายถึง “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” นอกจากนี้ยังมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่สำคัญในมาตรา 17 คือ “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศ จะกระทำมิได้” จะเห็นได้ว่าการกระทำจากทั้งภาครัฐและเอกชนอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายนี้ หากนำหลักการตามกฎหมายของเมือง Charlotte มาวิเคราะห์กับหลักการตามกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า กฎหมายท้องถิ่นที่อนุญาตให้เข้าห้องน้ำสาธารณะได้ตามอัตลักษณ์ทางเพศ เป็นการสอดคล้องกับหลักตามกฎหมายเท่าเทียมระหว่างเพศ เนื่องจากให้โอกาสบุคคลตามการแสดงออกทางเพศ อย่างไรก็ตามกฎหมายระดับรัฐที่จำกัดสิทธิบุคคลให้เข้าห้องน้ำตามเพศกำเนิดเป็นการแบ่งแยก กีดกัน บุคคลในการเลือกใช้ห้องน้ำตามอัตลักษณ์ทางเพศหรือการแสดงออกทางเพศของตนในปัจจุบันที่แตกต่างจากเพศสภาพโดยกำเนิดอันระบุในเอกสารการเกิด การกำหนดกฎหมายเช่นนี้ของหน่วยงานรัฐจึงต้องห้ามตามกฎหมายนี้ อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่เป็นปัญหาถึงความเป็นไปได้ในการกำหนด มาตรการ นโยบาย หรือ กฎเกณฑ์ จำกัดสิทธิเช่นนี้โดยอ้างเหตุว่า “มีเหตุอันชอบธรรม” หรือโดยอ้างข้อยกเว้นว่า “เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย”⁵⁷⁰ (เช่น เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพความปลอดภัยของเพศหญิง)

4.21 วิเคราะห์กฎหมายกำหนดความผิดอาญาสำหรับบุคคลที่รักเพศเดียวกัน (Sodomy Law)

⁵⁷⁰ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 17 วรรคสอง

ในส่วนนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติในกรณีกฎหมายอาญากำหนดความผิดสำหรับการกระทำทางเพศระหว่างชายกับชาย ซึ่งมีประเด็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยในหัวข้อนี้จะเลือกศึกษากฎหมายสิงคโปร์ เปรียบเทียบกับกฎหมายอินเดีย

กฎหมายอาญาสิงคโปร์ มาตรา 377A กำหนดโทษสำหรับชายซึ่งกระทำทางเพศหรือกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อชายอื่น ไม่ว่าในส่วนตัวหรือสาธารณะ⁵⁷¹

หลักกฎหมายนี้ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ว่า ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันและเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุรสนิยมทางเพศ ภาครัฐของสิงคโปร์มีความเห็นว่าเป็นไปเรียบร้อยแล้วจะไม่มีการบังคับใช้มาตราดังกล่าว แต่ยังคงต้องระบุไว้ในกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องจากชาวสิงคโปร์ที่อนุรักษ์นิยมยังไม่สามารถยอมรับกับพฤติกรรมความรักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตามกลุ่มเรียกร้องสิทธิมนุษยชนได้แย้งว่าการมีกฎหมายซึ่งวางหลักดังกล่าว “เป็นการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มรักเพศเดียวกัน และยังเป็นการแสดงสัญลักษณ์ว่าสิงคโปร์เป็นประเทศที่ล่าหลัง”⁵⁷² อย่างไรก็ตาม มีหลายคดีที่จำเลยถูกดำเนินคดีตามกฎหมายนี้ ซึ่งจำเลยบางคนได้ต่อสู้ว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน ดังจะเห็นจากคดีตัวอย่างซึ่งศาลตัดสินในปี 2013 ดังต่อไปนี้

คดี Tan Eng Hong v. Attorney-General⁵⁷³

โจทก์ถูกดำเนินคดีข้อหาหมิ่นประมาทเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน ตามกฎหมายอาญา (Section 377 A of the Penal Code) โจทก์ต่อสู้ว่ากฎหมายดังกล่าวละเมิดสิทธิในชีวิตร่างกายตามรัฐธรรมนูญมาตรา 9 และขัดต่อหลักความเท่าเทียมกัน (Equal Protection) ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 12

สำหรับการประเด็นการละเมิดสิทธิในความเป็นมนุษย์นั้น มีประเด็นว่า การรักเพศเดียวกัน (Homosexuality) ซึ่งจัดเป็นรสนิยมทางเพศชนิดหนึ่ง (Sexual Orientation) นั้นถือเป็นคุณลักษณะที่ติดตัวมนุษย์ตามธรรมชาติหรือไม่ ศาลเห็นว่า ประเด็นนี้เป็นปัญหาข้อเท็จจริง ทนายความของโจทก์ได้อ้างถึงคำพิพากษาต่างประเทศหลายคดีที่ตัดสินว่าการรักเพศเดียวกันเป็นคุณลักษณะที่ติดตัวมนุษย์ตาม

⁵⁷¹ 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.”

⁵⁷² <http://www.dawn.com/news/794735/modern-singapore-grapples-with-archaic-sex-law>

⁵⁷³ Tan Eng Hong v. Attorney-General [2012] 4 SLR 476

ธรรมชาติ⁵⁷⁴ อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศยังไม่เป็นการเพียงพอหากปราศจากพยานหลักฐานที่แสดงถึงความถูกต้องของข้อเท็จจริง เมื่อพิจารณาจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์แล้ว ศาลเห็นว่ายังไม่เป็นที่สรุปได้ว่าการรักเพศเดียวกันเป็นคุณสมบัติที่ติดตัวของมนุษย์ (Inconclusive) ดังนั้นกฎหมายที่กำหนดโทษสำหรับการมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันจึงไม่มีความเชื่อมโยงกับคุณลักษณะติดตัวของมนุษย์และไม่ขัดต่อสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเด็นที่ว่า กฎหมายอาญาขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญมาตรา 12 หรือไม่นั้น⁵⁷⁵ จะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญาสิงคโปร์มาตรา 377A กำหนดความผิดเฉพาะ การมีเพศสัมพันธ์หรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศ (Indecency) ระหว่างชายกับชาย แต่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำระหว่างชายกับหญิง และ หญิงกับหญิง จึงมีประเด็นว่ากฎหมายดังกล่าวเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันหรือไม่ ศาลในคดีนี้เห็นว่า วัตถุประสงค์ของมาตรานี้สะท้อนให้เห็นตั้งแต่กฎหมายปี 1938 ซึ่งมุ่งควบคุมการกระทำที่ไม่เหมาะสมระหว่างชายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าเป็นการกระทำอันไม่พึงประสงค์ วัตถุประสงค์ของกฎหมายมีความสมเหตุสมผลเมื่อพิจารณาจากการจำแนกประเภทบุคคลผู้กระทำความผิด การจำแนกประเภทดังกล่าวสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายจึงมีความได้สัดส่วน ดังนั้นการกำหนดความผิดเฉพาะพฤติกรรมทางเพศระหว่างชายกับชายตามกฎหมายนี้มีเหตุผลสมควรและได้สัดส่วน จึงไม่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น ในประเด็นที่เกี่ยวกับมาตรา 12 นั้นศาลตัดสินว่า (1) การจำแนกประเภทบุคคล (Classification) ตามมาตรา 377A นั้นอยู่บนพื้นฐานความแตกต่างที่สมเหตุสมผล (Intelligible Differentia) และ (2) ความแตกต่างดังกล่าวมีเหตุผลสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของมาตรา 377A

จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่มีหลักการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป ทั้งนี้เนื่องจากศาลเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวมีเหตุผลสมควรและจำเป็นสำหรับสังคมสิงคโปร์ นอกจากกฎหมายดังกล่าวแล้ว กฎหมายอาญาสิงคโปร์ยังมีประเด็นปัญหาในทำนองนี้ เช่น การที่กฎหมายกำหนดโทษสำหรับการประทุษร้ายทางเพศที่มีองค์ประกอบว่าผู้กระทำความผิดต้องเป็นชาย อันหมายถึงการพิจารณาลักษณะทางกายวิภาคว่าต้องมีอวัยวะเพศชายเท่านั้น ทำให้เกิดปัญหากรณีที่ผู้กระทำเป็น

⁵⁷⁴ 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”)

⁵⁷⁵ ประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาเกี่ยวกับมาตรา 377A ภายใต้รัฐธรรมนูญมาตรา 12 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”

ผู้หญิง เช่น จากกรณีข่าว “ผู้หญิงโดยกำเนิดอายุ 40 ปี ใช้ชีวิตอย่างผู้ชาย รับสารภาพต่อศาลฐาน ประทุษร้ายทางเพศต่อผู้เยาว์โดยใช้เชือกส้อยและนิ้วของตน ศาลยกฟ้องจำเลยโดยระบุว่ามาตราใน กฎหมายอาญาที่ถูกฟ้องนั้นใช้กับผู้ชายซึ่งหมายถึงบุคคลที่มีองคชาติ ไม่อาจตีความไปถึงผู้หญิงได้ ดังนั้น จำเลยจึงถูกพิพากษาลงโทษฐานอื่นที่มีโทษเบากว่า”⁵⁷⁶

หากเปรียบเทียบกฎหมายสิงคโปร์กับกฎหมายอินเดีย ซึ่งมีกฎหมายกำหนดโทษสำหรับชายที่มีการ กระทำทางเพศกับชาย (Sodomy Law) เช่นเดียวกับสิงคโปร์ โดยกฎหมายเหล่านี้มีที่มาตั้งแต่สมัยอาณานิคมของอังกฤษ อย่างไรก็ตาม พบว่าศาลอินเดียพิจารณาแล้วเห็นว่าหลักกฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ

ในคดี Anuj Garg⁵⁷⁷ ศาลอธิบายว่า กฎหมายมีลักษณะเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่ระบุห้ามตามรัฐธรรมนูญ จึงต้องได้รับการพิจารณาไม่เพียงแต่เฉพาะความสมเหตุสมผล (Reasonableness) ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 14 เท่านั้น แต่ยังต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ (Strict Scrutiny) ดังนั้น ศาลเห็นว่า บทบัญญัติที่กำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำทางเพศที่กระทำโดยชายต่อชายด้วยกันนั้น ส่งผลกระทบอย่างไม่ได้สัดส่วนต่อบุคคลเนื่องจากเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ จึงขัดต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีของความ เป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดความผิดสำหรับบุคคลบนพื้นฐานของศีลธรรม ในมุมมองของรัฐนั้น เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญอินเดีย

ในคดี Naz Foundation⁵⁷⁸ ศาลอินเดียตัดสินว่ากฎหมายลักษณะนี้ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ “การกำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำทางเพศระหว่างชายกับชาย แม้โดยภายนอกแล้วมีลักษณะเป็นกลาง โดยมีได้มุ่งเป้าที่อัตลักษณ์ของบุคคลแต่มุ่งที่พฤติกรรม จึงไม่เป็นการมุ่งเป้าหมายที่ไม่เป็นธรรมต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง อย่างไรก็ตามพฤติกรรมทางเพศที่อยู่ในความควบคุมของกฎหมายนี้มีความเกี่ยวข้องกับบางกลุ่มของสังคม นั่นคือ กลุ่มผู้รักเพศเดียวกัน (Homosexual) ในฐานะเป็นชนชั้นหนึ่งในสังคม

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของสิงคโปร์กับอินเดียวางหลักคุ้มครองความเท่าเทียมกันและกำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติเช่นเดียวกัน แต่การตีความของศาลทั้งสองประเทศมีแนวทางแตกต่างกัน โดยศาลอินเดียให้น้ำหนักกับการคุ้มครองความเท่าเทียมกันในรสนิยมทางเพศมากกว่าสิงคโปร์ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศของไทยเดิมมีขอบเขตจำกัดเฉพาะการข่มขืนที่

⁵⁷⁶ ศาลลดข้อหาพิพากษายกฟ้องทอมข่มขืนเด็กสาวเหตุไม่ใช่ชาย <http://www.dailynews.co.th/foreign/391638> 14 เมษายน 2559

⁵⁷⁷ Anuj Garg & Ors v. Hotel Association of India & Ors [2007] INSC 1226: AIR 2008 SC 663 (Supreme Court of India)

⁵⁷⁸ Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi, WP(C) No.7455/2001, 2 July 2009 (High Court of Delhi)

ชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น⁵⁷⁹ อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาที่ได้แก้ไขใหม่ครอบคลุมผู้กระทำโดยไม่จำกัดเพศ⁵⁸⁰ นอกจากนี้ไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดโทษสำหรับการกระทำทางเพศกับชาย (Sodomy Law) ดังนั้นในประเด็นนี้จึงเห็นว่ากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันมีความสอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

4.22 การเลือกปฏิบัติต่อผู้ป่วยทางจิต

หลักการว่าด้วยการคุ้มครองผู้ป่วยทางจิตและการปรับปรุงการดูแลสุขภาพจิต รับรองโดยข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 46/119 เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2534⁵⁸¹

การนำไปปฏิบัติ

“หลักการเหล่านี้ต้องนำไปปฏิบัติโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ อาทิ บนพื้นฐานของความพิการ เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรืออื่นใด ต้นกำเนิดทางชาติ เผ่าพันธุ์ หรือสังคม สถานะทางกฎหมายหรือสังคม อายุ ฐานะหรือกำเนิด”

หลักการข้อ 1

เสรีภาพและสิทธิขั้นพื้นฐาน

....4. จะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของการเจ็บป่วยทางจิต การเลือกปฏิบัตินี้หมายถึงการแบ่งแยก การกีดกัน หรือการปฏิบัติเป็นพิเศษ ซึ่งส่งผลให้การได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียมกันเป็นโมฆะหรือถูกบั่นทอน มาตรการพิเศษที่จัดทำขึ้นเฉพาะเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือประกันให้เกิดความก้าวหน้าแก่บุคคลซึ่งเจ็บป่วยทางจิตจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ การเลือกปฏิบัติไม่รวมถึงการแบ่งแยก กีดกันหรือการปฏิบัติ

⁵⁷⁹ กฎหมายอาญามาตรา 276 เดิมบัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยอยู่เฉยด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการข่มขืนสามารถทำได้เฉพาะชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น

⁵⁸⁰ มาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ กำหนดว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยอยู่เฉยด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

⁵⁸¹ “สิทธิของผู้ป่วยทางจิต หลักการว่าด้วยการคุ้มครองผู้ป่วยทางจิตและการปรับปรุงการดูแลสุขภาพจิต,” แปลโดย รัชดา อารณศิลป์, ใน *แนวทางปฏิบัติและมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ*, อัจฉรา ฉายากุล, บรรณาธิการ, เอกสารลำดับที่ 5, สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, (2546).

เป็นพิเศษที่สอดคล้องกับข้อบัญญัติของหลักการฉบับนี้ และมีความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลซึ่งเจ็บป่วยทางจิตหรือปัจเจกบุคคลอื่น

พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551

หมวด 2 สิทธิผู้ป่วย

มาตรา 15 ผู้ป่วยย่อมมีสิทธิดังต่อไปนี้

....

(4) ได้รับการคุ้มครองในระบบประกันสุขภาพและประกันสังคมและระบบอื่นๆของรัฐอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

เมื่อเปรียบเทียบพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 กับ หลักการว่าด้วยการคุ้มครองผู้ป่วยทางจิตและการปรับปรุงการดูแลสุขภาพจิต รับรองโดยข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 46/119 จะเห็นได้ว่า หลักการห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้ป่วยทางจิตซึ่งได้รับการเน้นย้ำตามข้อมติดังกล่าวนั้น ปรากฏในพระราชบัญญัติสุขภาพจิตเฉพาะในส่วนของมาตรา 15 ที่รับรองสิทธิผู้ป่วยในการได้รับความคุ้มครองในระบบประกันสุขภาพ ประกันสังคม และระบบอื่นๆของรัฐอย่าง “เสมอภาคและเท่าเทียมกัน” ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ยังคงมีปัญหาความครอบคลุมในมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น

- ปัญหาการตีความว่า “ระบบอื่นๆของรัฐ” มีความหมายเพียงใด ทั้งนี้หากตีความสอดคล้องไปในทางเดียวกับ ระบบอื่นๆในมาตรา 15(4) นี้จะเห็นได้ว่า คำว่า ระบบอื่นๆ หมายถึงระบบเกี่ยวกับการสาธารณสุข เช่นเดียวกับ “ระบบประกันสุขภาพและประกันสังคม” ดังนั้น ระบบอื่นๆ จะครอบคลุมระบบ เช่น ระบบสวัสดิการข้าราชการ ระบบบริการสาธารณสุขของพนักงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคและเท่าเทียมกันตามมาตรา 15 (4) นี้มีขอบเขตจำกัดเฉพาะความเสมอภาคและเท่าเทียมสำหรับผู้ป่วยทางจิต ในมิติของบริการสาธารณสุขเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึง “บริการอื่นๆของภาครัฐ” ด้วย นอกจากนี้ยังไม่ครอบคลุมบริการอื่นของภาคเอกชน

- แม้ว่าพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 มีขอบเขตด้านเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอย่างเฉพาะเจาะจงต่อผู้ป่วยทางจิต แต่สำหรับมิติของการเลือกปฏิบัตินั้น กำหนดไว้เฉพาะในด้านการระบบบริการสาธารณสุขเท่านั้น ไม่ครอบคลุมมิติอื่นๆ เช่น การจ้างแรงงาน การศึกษา การซื้อสินค้าบริการ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากผู้ป่วยทางจิตเข้าองค์ประกอบของคนพิการตามกฎหมายเกี่ยวกับคนพิการแล้ว ก็จะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่หากผู้ป่วยทางจิตนั้นไม่เข้าองค์ประกอบของคนพิการ ก็จะไม่มีความคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มนี้ในมิติอื่นๆนอกเหนือจากระบบบริการสาธารณสุขดังกล่าว

4.23 การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุตาบอดสี

งานวิจัยของสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ⁵⁸² ได้ชี้ให้เห็นประเด็นและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุตาบอดสี ซึ่งสรุปจำแนกในมิติต่างๆได้ 3 มิติดังนี้

1. ในมิติของการจ้างแรงงาน นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดหรือข้อสงวนสำหรับผู้ที่มีอาการตาบอดสีในด้านการประกอบอาชีพ โดยมีบางอาชีพที่ไม่รับบุคคลผู้ที่มีอาการ ตาบอดสีเข้าทำงาน ที่ต้องใช้ความสามารถในการ มองเห็นสีที่แม่นยำ อาชีพดังกล่าวได้แก่ (1) งานเกี่ยวกับการดำเนินงานยานยนต์ (Operating Motor Vehicles) (2) นักบิน (Pilot's license) (3) ช่างไฟฟ้า (Electrician) (4) งานดับเพลิง (Firefighter) (5) งานจัดการสัมภาระ (Baggage Handler) (6) เจ้าหน้าที่ตำรวจ (Police Officer) (7) จิตรกร (Painter) นอกจากนี้ ในมลรัฐนิวยอร์กจะกำหนดว่าผู้ที่เป็นเจ้าพนักงานตำรวจต้องไม่ใช่ผู้ที่มีตาบอดสี ในมลรัฐออลิงตัน กำหนดว่าเจ้าพนักงานตำรวจที่ทำหน้าที่สายตรวจต้องมีความสามารถในการแยกความแตกต่างของสี ต้องไม่ตาบอดสีและตาบอดในความมืด สำหรับนครลอสแอนเจลิส กำหนดว่าผู้ที่ได้รับการคัดเลือก เป็นเจ้าพนักงานตำรวจต้องสามารถบอกสีได้อย่างรวดเร็วและแม่นยำ ในกรณีของสหราชอาณาจักร พบว่า ในไอร์แลนด์เหนือ กำหนดว่าผู้ที่สมัครเป็น เจ้าพนักงานตำรวจ ต้องสามารถผ่านเกณฑ์การทดสอบ City University Colour Vision ไม่ต่ำกว่า 7 จากคะแนนเต็ม 10 ในขณะที่เวลส์ กำหนดว่าผู้ที่มีนัยน์ตาที่เรตินาไม่สามารถรับสีได้จะถูกปฏิเสธการรับคัดเลือก เป็นเจ้าพนักงานตำรวจเช่นกัน

สำหรับประเทศไทยนั้น พบว่า มีประกาศการรับสมัครคัดเลือกบุคคล เข้ารับราชการบางอาชีพที่ไม่รับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี เช่น

1) ประกาศสำนักงานพิสูจน์หลักฐานตำรวจ เรื่องรับสมัครและคัดเลือกบุคคลภายนอกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร ประจำปี พ.ศ.2557 ซึ่งมีการระบุคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งของผู้มีสิทธิสมัครเข้ารับ การคัดเลือกไว้ในข้อ 15 ว่า “ไม่เป็นผู้มีตาบอดสี”

⁵⁸² นัยนา เกิดวิชัย และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง โครงการศึกษาวิจัยปัญหาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมของบุคคลผู้ที่มีอาการ ตาบอดสี (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2558).

2) ประกาศรับสมัครบุคคล ภายนอกที่จบ ม.6 เรียนหลักสูตร พยาบาลเพื่อบรรจุแต่งตั้งเป็น ข้าราชการตำรวจในวิทยาลัยพยาบาลตำรวจ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ก็จะกำหนดคุณสมบัติผู้สมัครไว้ว่า “ไม่เป็นผู้มีตาบอดสี”

3) การรับสมัครบุคคลเข้าทำงานในภาคเอกชน พบว่ามีประกาศ รับสมัครในเว็บไซต์ในบางอาชีพ เช่น ช่างยนต์ ที่มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครไว้ว่า "ไม่ตาบอดสี" เป็นต้น

2. ในมิติของการศึกษานั้น พบว่า สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสวีเดน ยังไม่พบว่ามี การออกกฎ ระเบียบ หรือหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อจำกัด ในการเข้ารับการศึกษามหาวิทยาลัยของบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี แม้แต่การเข้าเรียนในสาขาวิชาแพทยศาสตร์ บุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีก็สามารถเข้าเรียนได้ ส่วนประเทศ ไทยนั้นไม่รับสมัครผู้ที่มีอาการตาบอดสีเรียนในหลักสูตรแพทยศาสตร์ เช่นเดียวกันกับประเทศสิงคโปร์ ที่มีการกำหนดคุณสมบัติว่าผู้ที่จะเข้า มาเรียนในหลักสูตรทางการแพทย์จะต้องไม่ตาบอดสี

สำหรับในประเทศไทยนั้น การศึกษาในระดับอนุบาล ประถมศึกษาและมัธยมศึกษาไม่มีข้อจำกัด หรือข้อสงวนใดๆ สำหรับบุคคลผู้ที่มีอาการ ตาบอดสี กล่าวคือบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีสามารถเข้าศึกษา ได้ทุกระดับดังกล่าวดังกล่าวโดยไม่มีข้อห้ามใดๆ รวมทั้ง ไม่มีการตรวจอาการตาบอดสีแต่อย่างใด เป็นเหตุให้ผู้ที่มี อาการตาบอดสีไม่รู้ตัวเพราะไม่มีอาการป่วย หรือรู้ตัวเมื่อได้รับการตรวจอาการเท่านั้น การศึกษา ระดับอุดมศึกษาจะมีข้อจำกัดสำหรับบุคคลผู้ที่มีอาการ ตาบอดสีที่ทำให้ไม่สามารถเข้าเรียนในบางสาขาได้ รวมทั้งการเข้าเรียนในโรงเรียนทั้งสี่เหล่าของทหารตำรวจ ก็มีข้อจำกัดที่ไม่รับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีเข้า ศึกษา และมีการตรวจอาการตาบอดสี อนึ่งคุณสมบัติของผู้เข้ารับการศึกษามหาวิทยาลัยในสถาบันอุดมศึกษา โดยที่ ประชุมสภาอธิการบดีมหาวิทยาลัยแห่งประเทศไทย ได้มีการกำหนดคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะ ของบุคคลผู้เข้ารับการศึกษามหาวิทยาลัย และการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะนั้น ได้มีหลักเกณฑ์ที่เป็น ข้อจำกัดสำหรับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีไว้เป็น ภาพรวมของทุกสถาบันอุดมศึกษาในคณะ/ประเภทวิชา ไว้โดยมีคุณสมบัติเฉพาะ นอกจากคุณสมบัติทั่วไป สถาบันอุดมศึกษาต่างๆ ยังได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะ ขึ้นมาอีกด้วย และเป็นข้อจำกัดสำหรับบุคคล ผู้ที่มีอาการตาบอดสี โดยกำหนดไว้เป็นภาพรวมของทุก สถาบันอุดมศึกษา คือ สาขาวิชาแพทยศาสตร์ ทันตแพทยศาสตร์ เกษตรศาสตร์ และพยาบาลศาสตร์ ที่ทุก สถาบันอุดมศึกษากำหนดเหมือนกันทุกแห่งที่จะไม่รับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีเข้าศึกษา

นอกจากนี้ มีสถาบันอุดมศึกษาอีกหลายแห่ง ซึ่งแต่ละแห่งได้มีการกำหนดคุณสมบัติ เฉพาะ เพิ่มเติมในบางคณะ สำหรับผู้ที่สมัครเข้าศึกษาที่มีข้อจำกัดสำหรับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี เช่น คณะสห เวชศาสตร์ คณะวิศวกรรมศาสตร์ คณะวิทยาศาสตร์และสังคมศาสตร์ คณะวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี คณะสาธารณสุขศาสตร์ คณะวิทยาการจัดการและสารสนเทศ คณะโลจิสติกส์ คณะเกษตรศาสตร์

ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะอุตสาหกรรมการโรงแรมและการท่องเที่ยว หลักสูตรนิเทศศาสตร์
บัณฑิตสาขาการสื่อสารใหม่

3. ในมิติของการขอใบอนุญาตขับขี่นั้น พบว่า ในสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา แคนาดา โรมาเนีย สิงคโปร์ และตุรกี ไม่มีข้อห้ามสำหรับบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีในการขอรับใบอนุญาตขับรถ และการทดสอบเพื่อขอใบอนุญาตขับรถ ก็ไม่มีการตรวจสอบตาบอดสี แต่จะมีการตรวจสอบความสามารถในการมองเห็นสัญญาณเพื่อการขับรถเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศมีการใช้สัญญาณไฟจราจรที่ออกแบบเพื่อช่วยให้บุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีสามารถแยกแยะได้ เช่น ในฝั่งตะวันออกของประเทศแคนาดา ไฟจราจรแต่ละสีมีรูปร่างแตกต่างกันทำให้บุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสีสามารถแยกแยะได้ ในสหราชอาณาจักร ไฟจราจรส่วนใหญ่จะวางเรียงเป็นแนวตั้ง (บน กลาง หรือ ล่าง) ทำให้สามารถแยกแยะได้ว่าเป็นไฟสีใดตามตำแหน่งของไฟ สำหรับประเทศไทยนั้น ประเด็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับผู้ตาบอดสีก็คือ การไม่ได้รับอนุญาตให้มีใบขับขี่รถยนต์ และมีกรณีที่เกิดการร้องเรียนต่อกรมการขนส่ง หน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง และมีการฟ้องร้องในศาลปกครองมาแล้ว แต่ประเด็นของการฟ้องร้องในศาลปกครองยังไม่ได้มีการวินิจฉัยในเนื้อหาของเรื่อง เนื่องจากเป็นคดีที่ศาลปกครองไม่อาจรับเรื่องไว้พิจารณาพิพากษาได้ เนื่องจาก ล่วงเลยระยะเวลาการฟ้องคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2553) โดยกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องคือ ระเบียบกรมการขนส่งทางบก ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการอบรม และทดสอบผู้ขอรับใบอนุญาตขับรถ ผู้ขอต่ออายุใบอนุญาตขับรถ และผู้ขอรับบัตรประจำตัวคนขับรถตามกฎหมาย ว่าด้วยรถยนต์ พ.ศ.2554 ได้กำหนดเรื่องการทดสอบผู้ขอรับใบอนุญาตขับรถต้องผ่านการทดสอบการมองเห็นสี คือ การทดสอบการมองเห็นสีที่จำเป็นในการขับรถให้ดูสีเขียว สีแดง และสีเหลือง จากเครื่องทดสอบหรือแผ่นภาพทดสอบที่กรมการขนส่งทางบกกำหนดหรือเห็นชอบ

งานวิจัยเรื่องดังกล่าวมีข้อเสนอแนะหลายประการ อย่างไรก็ตามในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเสนอกฎหมายใหม่นั้น งานวิจัยดังกล่าวเสนอต่อ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ให้ผลักดันหรือประสานหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เร่งดำเนินการให้มีการออกกฎหมาย ห้ามการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี โดยออกเป็นกฎหมายกลางที่ใช้ในการดูแลคุ้มครอง การถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่ธรรมทั้งทางตรงและทางอ้อมของกลุ่มบุคคลด้อยโอกาสในทุกกรณีที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง ตามกฎหมายเฉพาะกลุ่ม โดยบัญญัติให้ครอบคลุมถึงบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี⁵⁸³

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับเหตุผลและข้อเสนอแนะในงานวิจัยดังกล่าว เนื่องจากผู้ตาบอดสีอาจจัดอยู่ในกลุ่มของคนพิการ ดังจะเห็นได้จากกรณีที่ศาลในประเทศบราซิลตัดสินว่าบุคคลตาบอดสีได้รับการคุ้มครองตาม

⁵⁸³ เรื่องเดิม

สนธิสัญญาอเมริกาเกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการทุกรูปแบบ⁵⁸⁴ ในคำตัดสินให้เหตุผลว่า ผู้ดาบอดสีมีสิทธิเข้าถึงความรู้ และสิทธิอื่นๆตามสภาพของบุคคลเหมือนกับบุคคลทั่วไป แต่เนื่องจากผู้ดาบอดสีมีลักษณะแตกต่างจากผู้พิการอื่น เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วยังคงสามารถศึกษา ประกอบอาชีพ หรือแม้แต่ขับชี่ยานพาหนะได้ ในการกำหนดกฎหมายกลางเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัตินี้ จึงอาจแยก ดาบอดสี ออกจากเหตุของความเป็น ผู้พิการ โดยกำหนดเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะอันหนึ่ง

4.24 การเลือกปฏิบัติในมิติของการเกณฑ์ทหาร

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงกรณีการเกณฑ์ทหาร (Military Service) ซึ่งปรากฏในกฎหมายภายในของหลายประเทศ โดยจะศึกษาเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจจำแนกเป็นกรณีต่างๆ ดังนี้

กรณีที่ 1 การที่รัฐมีกฎหมายเกณฑ์ทหารที่ใช้บังคับกับทุกคนโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางด้านศาสนา ความเชื่อ หรือ มโนสำนึก นั้นเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความเชื่อ ศาสนา หรือไม่ นอกจากนี้ยังมีประเด็นอื่นๆที่เกี่ยวข้อง เช่น รัฐรับรอง “สิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก” (Right to Conscientious Objection) หรือไม่ รัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ในการกำหนดให้มีการรับใช้ชาติทางเลือกอื่นนอกจากการเป็นทหารสำหรับบุคคลที่มีความเชื่อ ศาสนา อันขัดหรือแย้งกับการเป็นทหาร

กรณีที่ 2 การที่รัฐซึ่งมีกฎหมายกำหนดทางเลือกอื่นสำหรับการรับใช้ชาตินอกจากเป็นทหาร ก็ยังมีประเด็นว่า ทางเลือกอื่นดังกล่าวมีลักษณะที่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือไม่

กรณีที่ 3 ประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ การศึกษา ในมิติของการเกณฑ์ทหาร

กรณีที่ 4 การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารส่งผลต่อเนื่องหรือเชื่อมโยงกับการเลือกปฏิบัติในมิติอื่นๆ เช่น การจ้างแรงงานหรือไม่

กรณีที่ 1 : การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในการเกณฑ์ทหารในกรณี “การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก (Conscientious Objection)”

⁵⁸⁴ Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Person with Disabilities

การเกณฑ์ทหารในประเทศต่างๆอาจจำแนกได้เป็นสองกลุ่มคือ 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) แต่การเกณฑ์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านความเชื่อในทาง มโนสำนึก หรือศาสนาของแต่ละบุคคลนั้น ในแง่หนึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุนี้จึงนำไปสู่การเรียกร้องสิทธิในการปฏิเสธ ตัวอย่างแรกในประวัติศาสตร์ที่แสดงถึง การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุความเชื่อทาง ศีลธรรมเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 295 เมื่อ Maximilianus ถูกเกณฑ์ให้ไปรบ เขาปฏิเสธโดยอ้างความเชื่อทาง ศีลธรรมจนทำให้ถูกลงโทษประหารชีวิต ต่อมาเขาได้รับการยกย่องเป็นนักบุญ (Saint Maximilian)⁵⁸⁵ การอ้างสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารโดยเหตุความเชื่อทางศาสนานี้ มีพัฒนาการมาจากการที่ประเทศในยุโรปเริ่มมีการใช้ระบบการเกณฑ์ทหารโดยทั่วไป (Universal conscription) ทำให้กลุ่มคนที่ก่อนหน้านี้ไม่มีหน้าที่เป็นทหารต้องถูกเกณฑ์ไปด้วย จึงเกิดข้อโต้แย้งถึงความเชื่อของบุคคลบางกลุ่ม นอกจากการอ้างสิทธิปฏิเสธของบุคคลยังมีการเรียกร้องให้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับกลุ่มคน (Collective Exemption) ด้วยเหตุผลร่วมกันของกลุ่มคนหรือชุมชน (Communal Defence)⁵⁸⁶

เมื่อพิจารณากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ พบว่า ICCPR มีหลักการที่เกี่ยวข้องคือ ข้อ 8 และ 18

สำหรับกรณีข้อ 18 นั้นพบว่า มิได้กำหนดรับรอง สิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก ไว้โดยตรง ดังนั้น จึงมีประเด็นการตีความว่า สิทธิดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของ “เสรีภาพในความคิด มโนสำนึก และ ศาสนา” ตามข้อ 18 หรือไม่⁵⁸⁷ ในประเด็นนี้เดิมเคยมีการตีความว่าสิทธิในการปฏิเสธด้วยเหตุมโนสำนึกต่อการเกณฑ์ทหารนั้น ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อ 18⁵⁸⁸ อย่างไรก็ตามต่อมาปรากฏว่า ข้อเสนอแนะทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ (General Comment No. 22 (1993)) สรุปได้ว่า “ICCPR มิได้ระบุถึงสิทธิในการปฏิเสธด้วยเหตุมโนสำนึกไว้โดยชัดแจ้ง แต่คณะกรรมการเชื่อว่า สิทธิดังกล่าวสามารถได้รับมาจากข้อ 18 เช่นเดียวกับการที่พันธกรณีในการใช้กำลังอาจขัดแย้งกับเสรีภาพในความเชื่อและสิทธิในการแสดงออกซึ่งความเชื่อของบุคคล⁵⁸⁹ นอกจากนี้ ICCPR ข้อ 8 กำหนดว่า “บุคคล

⁵⁸⁵ Peter Brock, *Pacifism in Europe to 1914* (Princeton University Press, 1972), p. 13.

⁵⁸⁶ John W. Chambers, “Conscientious objectors and the American State from colonial times to the present,” in *The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance*, Charles C. Moskos and John W. Chambers, eds. (Oxford: Oxford University Press, 1993), p. 26

⁵⁸⁷ ICCPR article 18.

⁵⁸⁸ L.T.K. v. Finland, communication No. 185/1984

⁵⁸⁹ general comment No. 22 (1993)

จะถูกเกณฑ์แรงงานหรือบังคับใช้แรงงานไม่ได้” อย่างไรก็ตาม แรงงานที่ถูกเกณฑ์หรือถูกบังคับ ไม่รวมถึง “การปฏิบัติงานใดในลักษณะทางทหาร และการรับใช้ชาติในลักษณะใดๆ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้ปฏิเสธการเป็นทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก ในประเทศซึ่งยอมรับการปฏิเสธเช่นนั้น” จะเห็นได้ว่า หากประเทศนั้นมีการรับรองสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึกตามกฎหมายภายในแล้ว ก็จะไม่ถือว่าการเกณฑ์ทหารเป็นการเกณฑ์แรงงานหรือบังคับใช้แรงงาน ตามข้อ 8

นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Commission on Human Right) แห่งสหประชาชาติ (ซึ่งต่อมาเป็น Human Right Council ในปี 2006) ได้มีข้อมติ (Resolution 1989/59)⁵⁹⁰ รับรองสิทธิในเสรีภาพในความคิด มโนสำนึก และ ศาสนา และเรียกร้องให้รัฐออกกฎหมายภายในที่มีหลักการ “ยกเว้นการเกณฑ์ทหารในกรณีการปฏิเสธด้วยเหตุมโนสำนึก”

ต่อมา Resolution 1998/77 ได้อ้างอิง Resolution 1989/59 โดยมีสาระสำคัญคือ⁵⁹¹

- รับรองสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก โดยเน้นย้ำถึงสิทธิของบุคคลในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก ในฐานะที่เป็นการใช้สิทธิในเสรีภาพของความคิด มโนสำนึก ศาสนา ตามข้อ 18 ของ ICCPR

- เน้นย้ำว่าบุคคลที่ใช้สิทธิปฏิเสธดังกล่าวไม่ควรได้รับโทษจำคุกตามกฎหมายภายใน

- เน้นย้ำว่า กฎหมายและแนวปฏิบัติของรัฐจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ใช้สิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก ทั้งในมิติ เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้เน้นย้ำว่าสิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึกควรได้รับการรับรองตามกฎหมายภายในโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ แม้ว่าข้อมติดังกล่าวมิได้มีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็สามารถเป็นแนวทางให้กับรัฐสมาชิกได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพัฒนาการของการยอมรับสิทธิดังกล่าวอาจพิจารณาว่าเป็นจารีตประเพณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ในส่วนต่อไปจะได้ศึกษาการตีความ ICCPR ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ ในประเด็น “สิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก” จากการที่มีผู้ร้องเกี่ยวกับการเกณฑ์ทหารของประเทศเกาหลีใต้ 3 กรณี ดังนี้

⁵⁹⁰ Resolution นี้เกิดขึ้นแม้ว่า ประเทศสมาชิก 16 ประเทศมีหนังสือต่อกรรมการสิทธิมนุษยชน โดยคัดค้านสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก (The letter (E/CN.4/2002/188))

⁵⁹¹ Commission on Human Rights resolution 1998/77 on conscientious objection to military service

1. **Yoon et al. v. Republic of Korea**⁵⁹² ประเด็นหลักคือ สิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหาร ด้วยเหตุมนุษยโนสำนึก ได้รับการรับรองตามข้อ 18 หรือไม่ หรือสิทธิดังกล่าวจะต้องนำมาอ้างตามข้อ 8 ของ ICCPR คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า ข้อ 8 มิได้รับการรับรองและมีได้ปฏิเสธถึงสิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหาร อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้จะพิจารณาเฉพาะข้อ 18 ซึ่งเห็นว่า “รัฐ (รัฐบาลเกาหลีใต้) บกพร่องในการแสดงให้เห็นว่าการยอมรับสิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารของผู้ร้องจะส่งผลทำให้รัฐเสียเปรียบอย่างพิเศษอย่างไร (Special Disadvantage) ... การที่รัฐเคารพมนุษยโนสำนึก ความเชื่อ และการแสดงออกซึ่งมนุษยโนสำนึกหรือความเชื่อนั้นเป็นปัจจัยสำคัญในการดำรงไว้ซึ่งลักษณะความเป็นพหุนิยมในสังคม นอกจากนี้โดยหลักการแล้วมีความเป็นไปได้ในการกำหนดมาตรการทางเลือกอื่นนอกเหนือจากการเกณฑ์ทหารโดยบังคับ ซึ่งส่งผลให้เกิดความเท่าเทียมกัน จัดความแตกต่างที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ที่เข้าร่วมในการเกณฑ์ทหารที่เกิดจากการบังคับและผู้ที่เข้าร่วมในการรับใช้ชาติในทางเลือกอื่น ต่อมารัฐบาลเกาหลีใต้รายงานต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในปี 2007 ว่าได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวิจัยระบบบริการทางเลือก (Alternative Service System Research Committee) ขึ้นในฐานะเป็นองค์กรที่ปรึกษาของกระทรวงกลาโหม เพื่อทำการศึกษาวิจัยประเด็นดังกล่าว”⁵⁹³

2. **Jung et al. v. Republic**⁵⁹⁴ ผู้ร้องอ้างว่ารัฐบาลเกาหลีใต้ละเมิดสิทธิตามข้อ 18 ของ ICCPR เนื่องจากไม่มีทางเลือกอื่นในการรับใช้ชาตินอกจากการเกณฑ์ทหารโดยบังคับ ซึ่งหากปฏิเสธจะมีโทษจำคุก คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ เห็นว่าประเด็นสำคัญ “ความเสมอภาคระหว่างการเป็นทหารกับการรับใช้ชาติวิธีอื่น” และยืนยันความเห็นและเหตุผลตามกรณีก่อนหน้านี้ (Yoon et al. v. Republic of Korea) คณะกรรมการฯ สรุปว่า รัฐมีพันธกรณีที่เกี่ยวว่ความเสียหายของบุคคลอันเกิดจากการละเมิดข้อ 18 รวมทั้งดำเนินการมิให้เกิดการละเมิดอีกในอนาคต

3. **Jeong et al. v. Republic of Korea**⁵⁹⁵ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ เห็นว่าคำร้องมีประเด็นเช่นเดียวกับ 2 กรณีก่อนหน้านี้ จึงยืนยันความเห็นเดิม โดยเพิ่มเติมว่า “สิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมนุษยโนสำนึกเป็นส่วนหนึ่งของ “สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนสำนึก และ ศาสนา” ตามข้อ 18 ของ ICCPR ดังนั้นปัจเจกบุคคลมีสิทธิได้รับการยกเว้นจากการเกณฑ์ทหารโดยบังคับ หากว่าการเกณฑ์ทหารนั้นขัดต่อความเชื่อหรือศาสนาของตน

สำหรับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศระดับภูมิภาคที่มีประเด็นเกี่ยวกับสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมนุษยโนสำนึก มีตัวอย่างเช่น

⁵⁹² Communications Nos. 1321/2004 and 1322/2004, Views adopted on 3 November 2006

⁵⁹³ Report of the Human Rights Committee (A/63/40 (Vol. II), pp. 538–540

⁵⁹⁴ Communications Nos. 1593–1603/2007

⁵⁹⁵ Communications Nos. 1642–1741/2007

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Right) ข้อ 12 วางหลักรับรอง “สิทธิในเสรีภาพเกี่ยวกับความเชื่อ ศาสนา รวมทั้งเสรีภาพในการคงไว้หรือเปลี่ยนศาสนา ความเชื่อ การแสดงออกซึ่งศาสนา ความเชื่อ” การตีความที่สำคัญเกี่ยวกับประเด็นสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก คือ *Cristián Daniel Sahli Vera et al. v. Chile*⁵⁹⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา Inter-American Commission on Human Rights) พิจารณาแล้วเห็นว่า การที่รัฐบาลชิลีไม่รับรองสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึกไว้ตามกฎหมายภายใน ไม่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิในเสรีภาพเกี่ยวกับความเชื่อ ศาสนา ตามข้อ 12 อนุสัญญาดังกล่าว เนื่องจาก อนุสัญญาฯ ไม่ได้ระบุรับรองสิทธิดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง นอกจากนี้ตามข้อ 6 (3) (b) ของอนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศ ได้ยกเว้นการเกณฑ์ทหารออกจากคำนิยามของการบังคับใช้แรงงาน ในกรณีที่ประเทศนั้นรับรองสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก ซึ่งประเทศนั้นต้องกำหนดให้มีการรับใช้ชาติรูปแบบอื่นเป็นทางเลือกแทนการเกณฑ์ทหาร” คณะกรรมการเห็นว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศรับรองสิทธิปฏิเสธดังกล่าวเฉพาะในประเทศที่มีกฎหมายภายในกำหนดรับรองสิทธินั้น สำหรับประเทศที่ไม่มีการรับรองสิทธิดังกล่าวตามกฎหมายภายใน ก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดเสรีภาพในความคิด ความเชื่อ ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights) ข้อ 9 มีหลักสำคัญว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งความคิด ความเชื่อ ศาสนา สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการเปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อ และ เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งศาสนาหรือความเชื่อ การบูชา คำสอน การปฏิบัติ”⁵⁹⁷ แต่อนุสัญญานี้ไม่ได้กำหนดรับรองสิทธิในการปฏิเสธหรือคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึก ไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม กฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental Rights of the European Union) มีการบัญญัติรับรองสิทธิในการปฏิเสธ (Right to Conscientious Objection) ไว้ในข้อ 10 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 ประเด็นสำคัญใน

⁵⁹⁶ Report No. 43/05, case 12.129, Merits (10 March 2005)

⁵⁹⁷ “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”

คดีนี้คือ สิทธิในการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก ศาสนา ข้อ 9 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปหรือไม่ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ตัดสินว่า สิทธิดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของมาตรา 9 นอกจากนี้ ประเด็นการบังคับใช้แรงงาน (ข้อ 4) ศาลตัดสินว่า การที่รัฐจะมีการกำหนดในกฎหมายภายในให้มีการรับใช้ชาติรูปแบบอื่นเป็นทางเลือกนั้นก็เป็นดุลพินิจ (Discretion) ของรัฐ (ซึ่งในประเด็นนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับเหตุผลของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาในคดีที่ได้ชี้ให้เห็นข้างต้น) อย่างไรก็ตามคดีนี้มีการอุทธรณ์ ซึ่ง “The Grand Chamber” พิพากษากลับ โดยตัดสินว่า⁵⁹⁸ สิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก ศาสนา ได้รับการคุ้มครองตามข้อ 9 เหตุผลสำคัญของคำพิพากษาคือ

“การปฏิเสธหรือคัดค้านการเป็นทหารในกรณีที่มีเหตุมาจากความขัดแย้งระหว่างพันธกรณีในการรับใช้ชาติกับมโนสำนึกของบุคคลหรือความเชื่อหรือความเชื่อทางศาสนา นั้นเป็นกรณีสำคัญเพียงพอที่จะได้รับการคุ้มครองตามข้อ 9 ... พหุนิยม การอดทนอดกลั้น และ ความใจกว้าง เป็นแกนสำคัญของระบอบประชาธิปไตย แม้ว่าในบางโอกาส ผลประโยชน์ส่วนบุคคลจะต้องอยู่ภายใต้ผลประโยชน์ของกลุ่มหรือคนส่วนมาก แต่ไม่ได้หมายความว่าประชาธิปไตยคือการที่ความเห็นหรือความเชื่อของคนส่วนใหญ่จะต้องอยู่เหนือคนส่วนน้อยเสมอไป จึงต้องมีการสร้างความสมดุลระหว่างการปฏิบัติต่อคนส่วนน้อย ดังนั้น การที่รัฐจะเคารพความเชื่อของกลุ่มน้อยซึ่งแตกต่างจากคนส่วนมาก มิได้เป็นการเลือกปฏิบัติหรือสร้างความไม่เท่าเทียมกัน แต่เป็นการเสริมสร้างสังคมพหุนิยมและความอดทนอดกลั้นในสังคมประชาธิปไตย”

จะเห็นได้ว่า กฎหมายการเกณฑ์ทหารของอาร์เมเนียในขณะที่พิพาทนั้นใช้บังคับกับบุคคลโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านความเชื่อ ศาสนา ทำให้บุคคลที่มีความเชื่อทางศาสนาอันขัดแย้งกับการเป็นทหาร (กรณีนี้คือ ศาสนา Jehovah’s Witnesses) และไม่ให้ทางเลือกอื่นในการรับใช้ชาติ จึงเป็นการขัดต่อสิทธิในเสรีภาพความคิด มโนสำนึก ศาสนา ตามข้อ 9 สำหรับในมิติของการเลือกปฏิบัตินั้นจะเห็นได้ว่า กรณีนี้การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารมีความสัมพันธ์กับเหตุแห่งความเชื่อ ศาสนา ซึ่งเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เป็นที่น่าสังเกตว่า หากการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารเป็นไปด้วยเหตุผลอื่นก็ไม่อยู่ในขอบเขตของการห้ามเลือกปฏิบัติ⁵⁹⁹

ในระดับของกฎหมายภายใน พบว่ามีหลายประเทศนำเอาเหตุด้านมโนสำนึก ศาสนา มาเป็นข้อยกเว้นตามกฎหมายเกณฑ์ทหาร เช่น

⁵⁹⁸ Bayatyan v. Armenia, Application No. 23459/03, Judgement of 7 July 2011

⁵⁹⁹ 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.)

ออสเตรเลีย นิยาม “มโนสำนึก” (Conscientious Belief) ว่า “...การตัดสินใจขั้นพื้นฐานว่าสิ่งใดผิดสิ่งใดถูก ไม่ว่าจะอยู่บนพื้นฐานของศาสนาหรือไม่...”⁶⁰⁰ โดยกฎหมายออสเตรเลีย ยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลที่มีความเชื่อ มโนสำนึก “ที่จะไม่เข้าร่วมสงครามหรือการปฏิบัติการที่มีลักษณะเช่นเดียวกับสงคราม”⁶⁰¹

แคนาดา กฎหมายนิยาม “การคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึก” (Conscientious Objection) ว่า หมายถึง “การคัดค้านอย่างจริงจังในการเข้าร่วมสงครามหรือความขัดแย้งทางอาวุธ การถือหรือใช้อาวุธในกองกำลังของแคนาดา” แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการคัดค้านด้วยเหตุความสะดวกสบายส่วนบุคคล (Personal expediency) หรือ ด้วยเหตุความคิดเห็นทางการเมือง (Political Beliefs)⁶⁰²

ฟินแลนด์ กฎหมายเกณฑ์ทหารวางหลักว่า “บุคคลที่มีหน้าที่ต้องเข้ารับการเกณฑ์ทหารที่ยืนยันว่าเหตุผลทางด้านมโนสำนึกทำให้ตนไม่สามารถปฏิบัติการทางทหารได้และบุคคลนั้นได้สมัครเข้าร่วมการบริการที่ไม่มีการใช้อาวุธ (Unarmed service) จะได้รับการยกเว้นจากการเป็นทหารและมอบหมายให้ทำงานบริการที่ไม่ใช่เกี่ยวข้องกับการใช้อาวุธ the Conscription Act (1438/2007)

เยอรมัน รัฐธรรมนูญมาตรา 4 (3) วางหลักว่า บุคคลต้องไม่ถูกบังคับอันเป็นการฝ่าฝืนต่อมโนสำนึกในการเป็นทหารซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้อาวุธ

สหรัฐอเมริกา มีการกำหนดนิยามของ “ผู้คัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึก” (Conscientious Objector) ไว้ว่าหมายถึง⁶⁰³ “บุคคลที่คัดค้านด้วยความจริงใจและมั่นคง ต่อการเข้าร่วมสงครามรูปแบบใดๆหรือการถืออาวุธ ด้วยเหตุผลจากศาสนาและหรือความเชื่อ” (Religious or Belief) แต่ไม่ครอบคลุมถึงบุคคลที่คัดค้านสงครามด้วยเหตุ “เพียงเพราะไม่เห็นด้วยหรือคัดค้านนโยบาย ความเห็นทางการเมือง หรือความสะดวกสบายส่วนบุคคล” อย่างไรก็ตาม กฎหมายนิยาม ศาสนาและหรือความเชื่อ (Religious or Belief) ว่าหมายถึง “ความเชื่อในอำนาจภายนอกหรือความเชื่อทางศีลธรรมหรือจริยธรรมอย่างลึกซึ้ง ซึ่งสิ่งอื่นๆต้องพึงพิง” นอกจากนี้ศาลได้ตีความโดยสร้างเงื่อนไขสำหรับการคัดค้านด้วยเหตุความเชื่อหรือมโนสำนึกว่า ต้องเป็นการคัดค้านสงครามรูปแบบใดๆ และต้องเป็นไปด้วยความจริงใจ (Sincere) ศาลสูงสุดตัดสินว่า “บุคคลสามารถอ้างสิทธิคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึกได้ราบใดที่ความเชื่อของบุคคลนั้นเป็นสาระสำคัญต่อชีวิตของบุคคลนั้น”⁶⁰⁴

สำหรับบางประเทศนั้น ให้สิทธิการคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึก โดยมีได้กำหนดนิยามไว้ในกฎหมายว่าอะไรคือการคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึก เช่น ในสหราชอาณาจักรนั้น บุคคลผู้ไม่ประสงค์เป็นทหารสามารถ

⁶⁰⁰ The Australian Defence Act of 1903

⁶⁰¹ Australian Defence Legislation Amendment Act of 1992

⁶⁰² Defence Administrative Orders and Directives 5049-2, Conscientious Objection (30 July 2004)

⁶⁰³ Military Selective Service Act

⁶⁰⁴ Welsh v. United States

ยื่นคำร้องตามแบบฟอร์มต่อคณะกรรมการเกี่ยวกับการคัดค้านด้วยเหตุมโนสำนึก (Advisory Committee on Conscientious Objector) โดยในคำร้องกำหนดให้ลงลายมือชื่อและเขียนว่า “ข้าพเจ้าประกาศการคัดค้านการเป็นทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก”⁶⁰⁵

ประเด็นสำคัญที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเน้นย้ำก็คือ รัฐต้องไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความเชื่อของผู้คัดค้านหรือปฏิเสธการเป็นทหาร ตามข้อมติ 1998/77 ก็กำหนดเรียกร้องให้รัฐ “ไม่เลือกปฏิบัติระหว่างผู้คัดค้านการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุผลเกี่ยวกับธรรมชาติหรือความเชื่ออันใดอันหนึ่งของผู้สมัคร” อย่างไรก็ตาม ปัญหาสำคัญก็คือ แม้ว่าในรัฐที่รับรองสิทธิการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก แต่บางรัฐจำกัดการอ้างสิทธิดังกล่าวเฉพาะกรณีปฏิเสธด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนาซึ่งมีหลักคำสอนหรือข้อกำหนดเกี่ยวกับสันติภาพหรือต่อต้านสงคราม (Requiring “Pacifism”) เช่น Quakers, Mennonites, Jehovah’s Witness เป็นต้น⁶⁰⁶

หากพิจารณากฎหมายไทยปัจจุบันจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติรับราชการทหาร กำหนดหน้าที่สำหรับชายสัญชาติไทยทุกคน โดยไม่มีการกำหนดให้สิทธิปฏิเสธการเป็นทหารด้วยเหตุแห่งมโนสำนึก สำหรับข้อยกเว้นที่กำหนดไว้เกี่ยวข้องกับศาสนา ก็จะต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นดำรงสถานะเป็นนักบวช (เช่น พระภิกษุหรือนักบวชในศาสนาอื่น อีกทั้งยังต้องมีการกำหนดคุณสมบัติด้านตำแหน่งสถานะและคุณสมบัติด้านการศึกษาของพระหรือนักบวชด้วย) ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศจะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยมิได้เปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปที่มีได้มีสถานะเป็นนักบวชปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนาได้ โดยกฎหมายไทยมิได้กำหนดให้มีการรับใช้ชาติทางเลือกรูปแบบอื่นสำหรับผู้ที่มีหลักมโนสำนึกหรือความเชื่อที่ไม่สอดคล้องกับการเป็นทหาร อย่างไรก็ตาม ดังกล่าวมาแล้วว่า แม้การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึกได้รับการรับรองตามข้อมติในบริบทของสหประชาชาติ แต่ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ข้อยกเว้นตามกฎหมายเกณฑ์ทหารของไทยยังมีขอบเขตเฉพาะเกี่ยวกับ “ศาสนา” โดยไม่ครอบคลุมถึง “มโนสำนึก” ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ซึ่งจัดอยู่ในเหตุ “ความเชื่อ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

กรณีที่ 2 : การรับใช้ชาติทางเลือก (Alternative National Service) กับ หลักความเท่าเทียมกันและไม่เลือกปฏิบัติ

⁶⁰⁵ “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)

⁶⁰⁶ United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, Conscientious Objection to Military Service, New York and Geneva, 2012 , pp. 50-51

แม้รัฐสมาชิกไม่มีความผูกพันตามกฎหมายในอันจะต้องกำหนดให้มีทางเลือกอื่นในการรับใช้ชาติ นอกจากการเกณฑ์ทหาร แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ ก็เน้นย้ำว่า สิทธิในการมีทางเลือกดังกล่าวได้รับการรับรองตาม ข้อ 8 ของ ICCPR ดังจะเห็นได้จาก Resolution 1998/77 ซึ่งย้ำเตือนรัฐสมาชิกว่า “ในกรณีที่รัฐนั้นมีการเกณฑ์ทหารโดยบังคับ คณะกรรมการฯ แนะนำว่ารัฐควรจัดให้มีการรับใช้ชาติรูปแบบอื่นเป็นทางเลือกให้กับผู้ปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุผลโนสำนึก โดยการรับใช้ชาติทางเลือกดังกล่าวควรสอดคล้องกับความเชื่อ คุณลักษณะการเป็นพลเรือนที่ไม่ฝักใฝ่สงครามและการสู้รบ และไม่มีลักษณะของการลงโทษ”

นอกจากนี้ แม้รัฐจะกำหนดให้มีทางเลือกอื่นนอกจากการเป็นทหาร แต่ทางเลือกนั้นต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือมีลักษณะ “ลงโทษ” (Punitive) เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติพิจารณากรณีของรัสเซียในปี 2009⁶⁰⁷ แล้วเห็นว่า ทางเลือกอื่นในการรับใช้ชาตินั้น มีลักษณะเป็นการลงโทษ เนื่องจากต้องทำงานในสถานที่อื่นนอกจากภูมิลำเนา ได้รับเงินเดือนต่ำกว่าการทำงานในองค์กรสังคมอื่นๆ รวมทั้งมีข้อจำกัดสิทธิในการเดินทางของบุคคล”

สำหรับทางเลือกในการรับใช้ชาติรูปแบบอื่นนอกจากการเกณฑ์ทหาร อาจมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติเมื่อเปรียบเทียบกับเกณฑ์ทหาร เช่น กำหนดเวลายาวนานกว่า ในประเด็นนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ ใช้หลักการพิจารณาว่า ความแตกต่างกันนั้นมีเหตุผลสมควรหรือเป็นการ “ลงโทษ” เช่น กรณี Järvinen v. Finland คณะกรรมการฯ เห็นว่า การรับใช้ชาติทางเลือกซึ่งมีระยะยาวกว่าการเป็นทหารสองเท่า ไม่มีลักษณะเป็นการลงโทษ และไม่เป็นที่ปราศจากเหตุผลสมควร อย่างไรก็ตาม ต่อมาคณะกรรมการฯ มีแนวโน้มจะเปลี่ยนแปลงไป เช่น กรณี Foin v. France⁶⁰⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ เห็นว่า “กฎหมายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรับใช้ชาติทางเลือกอาจแตกต่างกับการเกณฑ์ทหาร เช่น ระยะเวลาที่ยาวนานกว่า โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติหากอยู่บนพื้นฐานของเกณฑ์และวัตถุประสงค์ที่สมเหตุผล เช่น ธรรมชาติและลักษณะของการทำงานนั้น ความจำเป็นในการฝึกอบรมสำหรับการทำงานดังกล่าว กรณีกฎหมายฝรั่งเศสที่กำหนดให้การบริการสังคมอันเป็นการรับใช้ชาติทางเลือกซึ่งมีระยะเวลา 24 เดือน ในขณะที่การเป็นทหารมีเวลา 12 เดือนซึ่งแตกต่างกัน โดยเหตุผลเพียงเพราะเพื่อการทดสอบความตั้งใจของบุคคล จึงเห็นว่าไม่มีเหตุผลสมควร นอกจากนี้ ในกรณีคล้ายคลึงกัน คณะกรรมการฯ เห็นว่าการรับใช้ชาติทางเลือกที่ต้องใช้เวลา ยาวนานกว่าการเป็นทหาร 2 เท่าและ 1.75 เท่า นั้นมีลักษณะเป็นการ “ลงโทษ” (Punitive)⁶⁰⁹ ในประเด็นนี้เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยพบว่า กฎหมายเกี่ยวกับ

⁶⁰⁷ CCPR/C/RUS/CO/6, para. 23

⁶⁰⁸ Communication No. 666/1995, Views adopted on 9 November 1999

⁶⁰⁹ 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)

การเกณฑ์ทหารของไทยไม่มีการกำหนดให้มีทางเลือกในการรับใช้ชาติรูปแบบอื่น (Alternative national service) จึงไม่มีการเปรียบเทียบการเลือกปฏิบัติระหว่างการเกณฑ์ทหารกับการรับใช้ชาติรูปแบบอื่น

กรณีที่ 3 ประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ การศึกษา ในมิติของการเกณฑ์ทหาร

ในบริบทของการเกณฑ์ทหารโดยบังคับนั้น พบว่ามีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ศาสนา การศึกษา เช่น

- ประเด็นความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง จากการจัดประชุมกลุ่มย่อย ผู้ให้ข้อมูลรายหนึ่งให้ความเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันและเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง เป็นการมองว่าผู้หญิงมีความด้อยกว่าผู้ชาย ทั้งที่ผู้หญิงสามารถเป็นทหารอาชีพได้ สามารถเป็นนักศึกษาวิชาทหารได้ ปัจจุบันมีกฎหมายให้สิทธิเท่าเทียมกันต่อผู้หญิงหลายฉบับแต่กฎหมายเกณฑ์ทหารยังไม่กำหนดหน้าที่ของหญิงให้เท่าเทียมกับชาย นอกจากนี้ การเกณฑ์ทหารหญิงก็ไม่จำเป็นต้องให้ฝึกเหมือนกับผู้ชายทุกประการ โดยอาจให้ทำหน้าที่อื่นๆในกองทัพที่เหมาะสมกับสภาพร่างกายของทหารหญิงก็ได้ แต่การกำหนดหลักตัดสิทธิผู้หญิงตั้งแต่แรกนั้นเป็นการไม่เท่าเทียมกัน”

ตามกฎหมายไทยพบว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 โดยมาตรา 7 วางหลักไว้ว่า “ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมาย มีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน” จะเห็นได้ว่า กฎหมายนี้กำหนดหน้าที่เฉพาะ “ชาย” เท่านั้น โดยหลักแล้วจึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Distinction / Differential Treatment) ด้วยเหตุแห่งเพศ อย่างไรก็ตาม จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การปฏิบัติที่ต่างกันนี้เป็นการ “เลือกปฏิบัติ” (Discrimination) อันขัดต่อหลัก “ความเท่าเทียมกัน” หรือไม่ ทั้งนี้เหตุผลหลักในการสนับสนุนการปฏิบัติที่ต่างกันนี้คือ ชายมีสภาพร่างกายที่แตกต่างจากหญิง เหตุผลดังกล่าวนี้อยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่า หญิงมีสภาพร่างกายที่แข็งแรงน้อยกว่าชาย ในขณะที่ปัจจุบันมีทหารอาชีพซึ่งเป็นหญิง รวมทั้งในการศึกษาวิชาทหารก็ให้สิทธิแก่นักศึกษาหญิงเข้าศึกษาด้วย นอกจากนี้ยังไม่ได้คำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ทางการทหารซึ่งแม้จะมีการเกณฑ์ทหารซึ่งเป็นหญิงแล้วก็ตาม อาจมอบหมายหน้าที่หรือภารกิจแตกต่างกันตามสภาพร่างกายได้ ซึ่งในระดับนี้ก็เป็นปฏิบัติที่ต่างกันแต่มีเหตุผลที่สมควร

ในประเด็นความเท่าเทียมกันระหว่างเพศในมิติของการเกณฑ์ทหารนี้ หากเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่า มีแนวคิดและการดำเนินการทางกฎหมายในการสร้างความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ จะเห็นได้จาก ในช่วงต้นปี 2016 มีการเสนอร่างกฎหมายเรียกว่า “Draft America’s Daughters Act

of 2016”⁶¹⁰ ซึ่งเป็นร่างกฎหมายที่แก้ไขกฎหมาย การเกณฑ์ทหาร (Military Selective Service Act) โดยขยายการให้ขึ้นทะเบียนและการเกณฑ์ทหารในระบบการคัดเลือก (Selective Service System)⁶¹¹ ซึ่งปัจจุบันใช้บังคับเฉพาะผู้ชายอายุระหว่าง 18-26 ปี ให้ครอบคลุมผู้หญิงในช่วงอายุดังกล่าวด้วย ฝ่ายสิทธิสตรีส่วนหนึ่งเห็นว่า กฎหมายเกณฑ์ทหารปัจจุบันที่ใช้บังคับเฉพาะผู้ชายนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง ดังนั้น การเพิ่มผู้หญิงเข้าไปในการเกณฑ์ทหารจะนำไปสู่ความเท่าเทียมระหว่างเพศ

- ประเด็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่ได้รับยกเว้นการเกณฑ์ทหาร : เหตุด้านศาสนา การศึกษา ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับศาสนานั้น นอกจากการไม่กำหนดยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้กับผู้ที่นับถือศาสนาที่ขัดแย้งกับการเป็นทหารดังวิเคราะห์มาแล้ว ยังมีประเด็นข้อยกเว้นของกฎหมายเกณฑ์ทหารที่มีผู้เห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนาและการศึกษา ผู้ให้ข้อมูลในการจัดประชุมกลุ่มย่อย ซึ่งเป็นพระรูปหนึ่งเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารเลือกปฏิบัติต่อพระสงฆ์ เนื่องจากยกเว้นให้เฉพาะพระที่สอบได้เปรียญหรือนักธรรม แต่ปัจจุบันนอกจากการศึกษาด้านเปรียญหรือนักธรรมแล้ว พระสงฆ์ยังสามารถเลือกศึกษาระดับปริญญาตรี โท เอก ทางด้านพระพุทธศาสนา แต่กฎหมายไม่ยกเว้นให้พระสงฆ์ที่ศึกษาทางสายนี้”

อาจพิจารณาได้ว่า การที่พระราชบัญญัติรับราชการทหารยกเว้นเฉพาะพระสงฆ์ที่สอบได้เปรียญ (ยกเว้นในทุกกรณี) และพระสงฆ์ที่สอบเป็นนักธรรม (ยกเว้นเฉพาะกรณีสถานการณปกติ) สืบเนื่องจากเหตุผลว่า บุคคลอาจใช้ช่องทางมาบวชเป็นพระสงฆ์เพื่อไม่ต้องเกณฑ์ทหาร แต่จากการใช้ปัจจัยด้าน “การศึกษา” ของพระสงฆ์มาเป็นตัวกำหนดคุณสมบัติยกเว้นนั้น ทำให้พิจารณาเปรียบเทียบได้ว่า เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างพระสงฆ์ที่ศึกษาในด้านการสอบเปรียญหรือนักธรรม และ พระสงฆ์ที่ศึกษาหลักสูตรปริญญาด้านพระพุทธศาสนาโดยไม่ได้สอบเปรียญหรือนักธรรม อันเป็นการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ “การศึกษา” นอกจากนี้ยังมีการจำแนกความแตกต่างของสิทธิในการได้รับการยกเว้นทหารจาก “สมณศักดิ์” ของพระสงฆ์ด้วย

- ประเด็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลที่ได้รับยกเว้นการเกณฑ์ทหาร : เหตุด้าน “เชื้อชาติ” ผู้ให้ข้อมูลในการจัดประชุมกลุ่มย่อย ซึ่งเป็นผู้มีสัญชาติไทยโดยกำเนิดเห็นว่า “กฎหมายเกณฑ์ทหารเลือกปฏิบัติเพราะยกเว้นให้กับคนต่างชาตินที่เปลี่ยนมาเป็นคนไทย เมื่อเป็นคนไทยแล้วก็ควรมีหน้าที่เช่นเดียวกับคนไทยอื่นๆ ในปัจจุบันมีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นคนไทยโดยการแต่งงานและประกอบอาชีพในประเทศไทยมากมายและจะมากขึ้นเรื่อยๆเมื่อเปิดอาเซียน บุคคลเหล่านี้จึงเป็นผู้ได้รับสิทธิพิเศษ ไม่ต้องมีหน้าที่เกณฑ์ทหาร” ในประเด็นนี้เมื่อพิจารณา พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 มาตรา 7

⁶¹⁰ ร่างกฎหมายนี้เสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนสองคน คือ Duncan Hunter และ Ryan Zinke <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/4478/text>

⁶¹¹ Selective Service System (SSS) เป็นองค์กรอิสระที่มีหน้าที่เก็บข้อมูลเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนทหาร โดยพลเมืองสหรัฐที่เป็นชายทุกคนในช่วงอายุที่กำหนดจะต้องลงทะเบียนภายใน 30 วันนับจากวันครบอายุ 18 ปี

“ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมาย มีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน” อย่างไรก็ตาม ในกรณีผู้ได้สัญชาติไทยจากการ “แปลงชาติ” ไม่อยู่ในขอบเขตของหน้าที่ในการเกณฑ์ทหาร เหตุผลของกฎหมายดังกล่าวสืบเนื่องจากแนวคิดด้านความมั่นคงที่อยู่บนสมมุติฐานว่าคนต่างด้าวอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางการทหารได้ อย่างไรก็ตาม สภาพการณ์ในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากคนต่างด้าวจำนวนมากเข้ามาดำรงชีวิต สร้างครอบครัวในประเทศไทย มีบุตรหลานซึ่งได้รับสัญชาติไทย ความผูกพันและความรักชาติของบุคคลเหล่านี้อาจไม่แตกต่างไปจากคนไทยโดยกำเนิด นอกจากนี้คนต่างด้าวเมื่อแปลงชาติแล้วก็เป็นคนสัญชาติไทยมีหน้าที่ประการอื่นๆ เช่น เสียภาษีเช่นเดียวกับคนไทยทั่วไป นอกจากนี้ ในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติกำลังพลสำรอง พ.ศ. 2558⁶¹² ซึ่งให้อำนาจเรียกกำลังพลสำรองมาปฏิบัติราชการทหารในแต่ละปีได้ โดยเหตุผลนอกจากการทำหน้าที่ด้านป้องกันประเทศแล้ว ยังมีการให้เหตุผลว่าเพื่อเกณฑ์กำลังพลสำรองมาใช้กรณีเหตุสาธารณภัยต่างๆ ซึ่งในแง่นี้จะเห็นได้ว่า มีลักษณะบริการสาธารณะที่ไม่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงทางทหารโดยตรง แต่กฎหมายกำลังสำรองก็ยังคงครอบคลุมเฉพาะบุคคลที่อยู่ภายใต้ระบบกำลังสำรองตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร ทำให้คนต่างชาติที่ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงชาติไม่อยู่ภายใต้การเรียกพลตามกฎหมายกำลังสำรองนี้เช่นเดียวกับการเกณฑ์ทหาร ดังนั้นหากพิจารณาตามลายลักษณ์อักษรแล้วอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายการเกณฑ์ทหารที่ยกเว้นสำหรับคนได้สัญชาติไทยโดยการแปลงชาติเป็นการปฏิบัติที่ “แตกต่างกัน” ระหว่างสิ่งที่ “เหมือนกัน” นั่นก็คือ คนสัญชาติไทยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่ต้องพิจารณาก็คือ เหตุผลด้านความมั่นคงทางทหารที่ไม่เกณฑ์คนไทยที่มาจากการแปลงชาตินั้น มีเหตุผลสมควรและได้สัดส่วนเพียงไร

กรณีที่ 4 การเลือกปฏิบัติอันเป็นผลต่อเนื่องจากการปฏิเสธการเกณฑ์ทหาร : การจ้างแรงงานและประกอบอาชีพ

การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารนั้นเกี่ยวข้องับประเด็นการเลือกปฏิบัติในหลายมิติ นอกจากในขั้นตอนของการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในแง่ของเพศ หรือกรณีทางเลือกในการรับใช้ชาติรูปแบบอื่น หรือการที่ไม่รับรองสิทธิในการปฏิเสธด้วยเหตุมนโสำนึกแล้ว ในขั้นตอนหลังจากการปฏิเสธทหารด้วยเหตุมนโสำนึกหรือศาสนา อาจเกิดการเลือกปฏิบัติอีกระดับหนึ่ง เช่น การที่รัฐนั้นไม่รับรองสิทธิในการปฏิเสธทหารด้วยเหตุมนโสำนึก อีกทั้งยังกำหนดโทษจำคุกสำหรับผู้ปฏิเสธ นอกจากนี้หลังจากบุคคลนั้นพ้นโทษจำคุกแล้วและประสงค์จะดำเนินชีวิตต่อไป ก็มีปัญหาอุปสรรคด้านการทำงานเนื่องจากกฎหมายภายในมีการกำหนดคุณสมบัติโดยไม่รับผู้ที่เคยต้องโทษจำคุกเข้าทำงาน ในขั้นตอนนี้จะมีประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติคือ แม้ว่ากฎหมายกำหนดคุณสมบัติการทำงานจะใช้บังคับกับทุกคน กล่าวคือ

⁶¹² <http://www.osce.org/odihr/29103?download=true>

บุคคลใดก็ตามที่เคยต้องโทษจำคุกจะถูกตัดสิทธิการทำงานนั้นๆ เป็นการที่กฎหมายปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนกัน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของโทษที่แต่ละคนได้รับว่าบุคคลที่ถูกจำคุกเพราะปฏิเสธทหารนั้นมีลักษณะและสาเหตุที่แตกต่างจากอาชญากรอื่นๆ เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ถูกจำคุกเพราะการแสดงออกหรือการอ้างสิทธิที่เกี่ยวพันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคือ ความเชื่อ ศาสนา เป็นต้น

ตัวอย่างคดีที่ตัดสินตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนสหภาพยุโรป อันแสดงถึงประเด็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่อ้างสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหาร ในขั้นตอนภายหลังหรือผลสืบเนื่อง คือ Thlimmenos v. Greece ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ร้องถูกจำคุกเกี่ยวกับการปฏิเสธการเป็นทหารโดยพ้นโทษแล้ว ต่อมาสมัครงานแต่ถูกปฏิเสธการจ้างเนื่องจากเหตุที่เคยต้องโทษอาญา ศาลสูงของกรีซตัดสินว่าบทบัญญัติตามกฎหมายภายในที่กำหนดคุณสมบัติในการเป็นข้าราชการพลเรือนว่าจะต้องไม่ได้รับโทษจำคุก ดังนั้นกรณีของผู้ร้องซึ่งจะสมัครในตำแหน่งด้านบัญชีก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าวด้วย

ผู้ร้องจึงนำคดีสู่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งประเด็นสำคัญมีได้อยู่ที่ว่าการถูกลงโทษตามกฎหมายทหารนั้นเป็นการละเมิดสิทธิหรือไม่ แต่อยู่ที่ประเด็นว่า กฎหมายที่จำกัดสิทธิในการทำงานด้วยเหตุที่ตนถูกลงโทษ ไม่ได้จำแนกความแตกต่างระหว่างสาเหตุของโทษหรือฐานความผิด ซึ่งผู้ร้องเห็นว่ากรณีโทษที่ตนได้รับสืบเนื่องจากความเชื่อทางศาสนา (ผู้ร้องถูกจำคุกเพราะปฏิเสธทหารตามหลักความเชื่อศาสนา Jehovah's Witness)

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาตาม ข้อ 9 และ ข้อ 14 ขออนุญาตสิทธิมนุษยชนยุโรป แล้วอธิบายว่า “สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติของผู้ร้อง ถูกละเมิดเมื่อรัฐละเลยไม่ปฏิบัติแตกต่างกันต่อบุคคลในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน” ศาลเห็นว่า รัฐมีผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายในการกำหนดคุณสมบัติโดยมิให้ผู้ถูกลงโทษจำคุกมีสิทธิทำงานบางอย่าง แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักความสมเหตุผลและได้สัดส่วนด้วย ในกรณีนี้ผู้ร้องจะสมัครทำงานในตำแหน่งบัญชี และได้รับโทษจากความผิดที่ปฏิเสธทหารด้วยเหตุความเชื่อทางศาสนา ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากอาชญากรที่ถูกลงโทษในความผิดอื่นๆ การถูกลงโทษดังกล่าวมิได้เกี่ยวพันกับคุณสมบัติของงานที่ประสงค์จะทำ ดังนั้น การกีดกันผู้สมัครงานด้วยเหตุที่เคยรับโทษจำคุกจากการปฏิเสธทหารจึงไม่สมเหตุผล (Not Justified)

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การปฏิเสธการเกณฑ์ทหารนั้น ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นได้อีกในขั้นตอนหลังจากการปฏิเสธการเกณฑ์ทหารแล้ว โดยเฉพาะในประเทศที่มีการกำหนดโทษอาญาสำหรับผู้ปฏิเสธและมีการกำหนดคุณสมบัติการทำงานที่ไม่รับผู้สมัครซึ่งเคยรับโทษจำคุก โดยรวมบุคคลที่ถูกจำคุกเพราะอ้างสิทธิปฏิเสธทหารด้วยเหตุความเชื่อ ศาสนา เข้าไปด้วย ในประเด็นนี้หากพิจารณากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดคุณสมบัติการทำงานจะพบว่า ในกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับ “เคยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก” นั้น มิได้จำแนกความแตกต่างระหว่างผู้ได้รับโทษจากการแสดงออกหรือคัดค้านการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุความเชื่อ ศาสนา (บางกรณีมีการจำแนกความแตกต่างเฉพาะโทษอาญาที่กระทำโดย “เจตนา” กับโทษที่กระทำ “โดยประมาท” เท่านั้น) ทำให้บุคคลที่ปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุ

ความเชื่อ ศาสนา ซึ่งมีความผิดและต้องโทษจำคุกตามกฎหมายเกี่ยวกับการเกณฑ์ทหาร ไม่สามารถเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐและเอกชนที่มีการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวไว้⁶¹³

ในแง่นี้จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายไทยยังไม่สอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุความเชื่อ ศาสนา ถึงสองระดับ กล่าวคือ ในระดับแรก ไม่เปิดโอกาสให้บุคคลปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุความเชื่อ ศาสนา และ ในระดับที่สอง หากบุคคลใดทำการปฏิเสธทหารจนได้รับโทษจำคุก ก็ยังมีกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติการทำงานโดยไม่จำแนกความแตกต่างระหว่างโทษที่เกิดจากการปฏิเสธด้วยเหตุความเชื่อ ศาสนา

4.25 การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่

การนำเหตุเกี่ยวกับพฤติกรรมการสูบบุหรี่ของบุคคล มาใช้ในการตัดสินใจในบริบทการทำงาน อาจประกอบด้วยพฤติกรรมย่อยหลายประการทั้งในช่วงก่อนการเกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน เช่น การกำหนดให้ “การสูบบุหรี่” เป็นคุณสมบัติต้องห้ามสำหรับผู้สมัครงาน การใช้คำถามเกี่ยวกับพฤติกรรมการสูบบุหรี่ในกระบวนการคัดเลือก เช่น การสัมภาษณ์หรือในใบสมัครงาน สำหรับช่วงหลังการเกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานแล้ว ก็มีการการนำ “การสูบบุหรี่” มาประกอบการพิจารณาตัดสินใจในเรื่องอื่นต่าง ๆ เช่น การเลื่อนขั้น เลื่อนตำแหน่ง การเลิกจ้าง เป็นต้น เมื่อพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะเห็นว่า บุคคลที่สูบบุหรี่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากบุคคลอื่นเพียงเพราะเหตุพฤติกรรมการสูบบุหรี่ จึงนำไปสู่ประเด็นคำถามว่า บุคคลที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากบุคคลอื่นด้วยเหตุนี้ จะได้รับการคุ้มครองตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติหรือไม่ อย่างไร โดยทั่วไปแล้ว อาจพิจารณาได้ว่า การปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากอีกบุคคลหนึ่งที่มีคุณสมบัติต่างๆ เหมือนกัน เพียงเพราะเหตุที่บุคคลนั้นมีพฤติกรรมหรือรสนิยมในการสูบบุหรี่ โดยหลักแล้วจึงเป็น “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ซึ่งหากเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้ว ก็อาจจัดเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ได้ อย่างไรก็ตามเนื่องจาก “การสูบบุหรี่” มีปัญหาว่าจะจัดอยู่ใน “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ในส่วนนี้จะชี้ให้เห็นหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกาเพื่อนำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และกฎหมายไทยต่อไป

จากการศึกษาพบว่า ในสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายระดับมลรัฐวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงาน ด้วยเหตุ “การสูบบุหรี่” ไว้โดยเฉพาะ เช่นกฎหมายดังต่อไปนี้

⁶¹³ สำหรับประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” นั้นได้แยกวิเคราะห์เป็นหัวข้อต่างหาก โดยในหัวข้อนี้จะเน้นศึกษาเฉพาะประวัติอาชญากรรมที่สืบเนื่องจากการเกณฑ์ทหารและความเชื่อทางศาสนา

กฎหมาย Connecticut⁶¹⁴ วางหลักเกี่ยวกับการสูบบุหรี่นอกสถานที่ทำงาน (Smoking outside of the workplace) ไว้ว่า ห้ามมิให้นายจ้างหรือตัวแทนนายจ้างกำหนดเงื่อนไขการทำงานมิให้ลูกจ้างหรือผู้ที่ประสงค์เป็นลูกจ้างสูบบุหรี่นอกเหนือทางการที่จ้าง (Outside the course of employment) หรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดด้วยเหตุที่บุคคลนั้นสูบบุหรี่นอกเหนือทางการที่จ้าง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับค่าจ้าง เงื่อนไขการทำงาน หรือสิทธิประโยชน์ใดๆ เกี่ยวกับการทำงาน อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามดังกล่าวยกเว้นสำหรับกรณีองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ในการรณรงค์ไม่ให้สูบบุหรี่

กฎหมาย Indiana⁶¹⁵ วางหลัก ห้ามมิให้นายจ้าง (1) กำหนดกำหนดเงื่อนไขในการทำงานให้ลูกจ้างหรือผู้ประสงค์เป็นลูกจ้าง งดเว้นการสูบบุหรี่ หรือ (2) เลือกปฏิบัติต่อลูกจ้าง ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับค่าจ้าง ผลประโยชน์ในการทำงานหรือเงื่อนไขข้อกำหนดในการจ้างแรงงานด้วยเหตุลูกจ้างสูบบุหรี่นอกเหนือทางการที่จ้าง อย่างไรก็ตาม นายจ้างอาจกำหนดแรงจูงใจทางการเงินให้แก่ลูกจ้างเพื่อลดการสูบบุหรี่ของลูกจ้าง ในกรณีที่เกี่ยวข้องสวัสดิการด้านสุขภาพที่นายจ้างจัดให้สำหรับลูกจ้าง

กฎหมาย Louisiana⁶¹⁶ วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการสูบบุหรี่ (Prohibition of smoking discrimination) โดยห้ามนายจ้างกระทำการดังต่อไปนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่ลูกจ้างกระทำการสอดคล้องกับกฎหมายและกฎระเบียบข้อบังคับการทำงาน ในทางการที่จ้าง

- เลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีเกี่ยวกับการเลิกจ้าง การจ่ายค่าจ้าง การเลื่อนตำแหน่ง การกระทำเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลใดๆ หรือ เงื่อนไขอื่นๆ หรือ การให้สิทธิประโยชน์อื่นเกี่ยวกับการจ้างงานด้วยเหตุที่บุคคลนั้นสูบบุหรี่ หรือไม่สูบบุหรี่

- กำหนด เงื่อนไขในการทำงาน ว่าบุคคลจะต้องงดเว้นจากการสูบบุหรี่ นอกทางการที่จ้าง

อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้มีได้ห้ามนายจ้างมิให้กำหนดนโยบายเกี่ยวกับการสูบบุหรี่ในสถานที่ทำงาน (Workplace) สำหรับนายจ้างที่ฝ่าฝืนกฎหมายนี้มีโทษปรับไม่เกิน 250 เหรียญสำหรับการกระทำครั้งแรก และ ไม่เกิน 500 เหรียญสำหรับการกระทำครั้งต่อไป

กฎหมาย District of Columbia⁶¹⁷ ห้ามการเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงานด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ (employment discrimination on the basis of tobacco use) โดยวางหลักว่า บุคคล

⁶¹⁴ Connecticut 2003, CT Gen. Stat. Ann. Section 31-405

⁶¹⁵ Indiana Code §§ 22-5-4-1 et seq.

⁶¹⁶ Louisiana Rev Stat § 23:966

⁶¹⁷ District of Columbia Code Ann. § 7-1703.03

จะต้องไม่ปฏิเสธการจ้างหรือการสมัครงาน หรือเลิกจ้าง หรือเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในการทำงาน หรือสิทธิประโยชน์ในการจ้างงาน ด้วยเหตุที่ผู้สมัครงาน หรือ ลูกจ้างนั้นสูบบุหรี่ อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้ห้ามการจำกัดบุคคลในการกำหนดข้อจำกัดการสูบบุหรี่ในสถานที่ทำงาน ซึ่งรับรองโดยกฎหมาย หรือ กรณีการจำกัดการสูบบุหรี่หรือห้ามการสูบบุหรี่ที่มีเหตุผลเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติสำหรับงานนั้นด้วยความสุจริต (Bona fide Occupational qualification)

กฎหมาย Mississippi⁶¹⁸ วางหลักห้ามมิให้นายจ้างกำหนดเงื่อนไขการทำงานให้ลูกจ้างต้องงดเว้นจากการสูบบุหรี่ระหว่างเวลาที่มีใช้เวลาทำงาน (Nonworking hours) นอกจากนี้ยังวางหลักว่า การที่นายจ้างไม่ว่าภาครัฐหรือเอกชนกำหนดเงื่อนไขการทำงานว่า ลูกจ้างหรือผู้สมัครงานจะต้องงดเว้นการสูบบุหรี่ระหว่างเวลาที่มีใช้เวลาทำงานนั้นเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าบุคคลที่สูบบุหรี่นั้นมิได้ละเมิดกฎหมายอื่นที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสูบบุหรี่

จากกฎหมายระดับมลรัฐของหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกา มีประเด็นวิเคราะห์ดังนี้

- หลายมลรัฐกำหนดให้เหตุ “การสูบบุหรี่” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะประการหนึ่ง ซึ่งเหตุนี้มีลักษณะคล้ายกับ “ประวัติอาชญากรรม” ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว เนื่องจากเหตุเหล่านี้มิได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่ปรากฏว่ามีการระบุไว้ในระดับกฎหมายภายในของบางประเทศ

- สำหรับในมิติของการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่นั้น กฎหมายกำหนดไว้กว้างกว่าการจ้างแรงงานในขอบเขตความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน กล่าวคือ รวมถึงการเลือกปฏิบัติในขั้นตอนการสมัครงาน ซึ่งยังไม่อยู่ในฐานะลูกจ้างแต่เป็นเพียงผู้สมัคร (Applicant)

- ลักษณะของการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่นั้น อาจจำแนกได้เป็นสองกรณี กล่าวคือ

กรณีแรก นายจ้างอาจเลือกปฏิบัติต่อ บุคคลที่สูบบุหรี่ โดยการกระทำอันที่ส่งผลในเชิงลบ เช่น เลิกจ้าง กำหนดโทษทางวินัย การไม่เลื่อนตำแหน่ง

กรณีที่สอง นายจ้าง อาจเลือกปฏิบัติต่อ บุคคลที่ไม่สูบบุหรี่ โดยการกระทำอันส่งผลในเชิงบวก เช่น เลื่อนขั้น เลื่อนตำแหน่ง ให้สิทธิประโยชน์อื่นในการจ้างแรงงานที่ดีกว่า

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วจะเห็นว่า การเลือกปฏิบัติทั้งสองกรณิดังกล่าวสืบเนื่องจากพฤติกรรมการสูบบุหรี่ กล่าวคือ มีการนำปัจจัยเกี่ยวกับการสูบบุหรี่หรือไม่สูบบุหรี่ มาเป็นเหตุปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน

⁶¹⁸ Mississippi Code Ann.. § 71-7-33

กฎหมายบางมลรัฐ เช่น Louisiana คุ่มครองการเลือกปฏิบัติทั้งสองมิติ โดยวางหลักห้ามอย่างชัดเจนทั้งการปฏิบัติที่แตกต่างต่อบุคคลไม่ว่าในเชิงบวกหรือเชิงลบ

- สำหรับประเด็นเกี่ยวกับข้อยกเว้นนั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายมลรัฐต่างๆ ดังกล่าวนั้น ต่างมีการกำหนดข้อยกเว้นที่ทำให้นายจ้างสามารถปฏิบัติต่อลูกจ้างหรือผู้สมัครงานแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ได้โดยไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย สำหรับข้อยกเว้นดังกล่าวเช่น

- *การสูบบุหรี่ในสถานที่ทำงาน* กฎหมายของหลายมลรัฐมิได้ห้ามการที่นายจ้างจะจำกัดหรือห้ามการสูบบุหรี่ในสถานที่ทำงาน ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายอื่น ที่จำกัดการสูบบุหรี่ในบางสถานที่

- กฎหมายหลายมลรัฐมิได้ห้ามการที่นายจ้างที่เป็นองค์กรนครนรงค์ต่อสาธารณะไม่ให้สูบบุหรี่ ดังนั้น นายจ้างดังกล่าวสามารถนำเหตุเกี่ยวกับการสูบบุหรี่มาเป็นปัจจัยปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในการจ้างแรงงานได้ ซึ่งกรณีนี้อาจพิจารณาได้ว่า คุณสมบัติ “ไม่สูบบุหรี่” จัดว่าเป็นคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญสำหรับการทำงานในองค์กรที่มีวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินการนครนรงค์ไม่ให้สูบบุหรี่

- *การสูบบุหรี่ที่เกี่ยวข้องกับงานหรือในทางการที่จ้าง (in the course of employment)* ทั้งนี้ กฎหมายของหลายมลรัฐได้มีการจำแนกระหว่างการสูบบุหรี่ที่กระทำนอกทางการที่จ้าง (Outside the course of employment) ดังเช่น กฎหมาย Connecticut กำหนดองค์ประกอบสำคัญว่า การสูบบุหรี่ที่ห้ามเลือกปฏิบัตินั้น ต้องเป็นกรณี “นอกทางการที่จ้าง” แต่มิได้ห้ามการที่นายจ้างจำกัดหรือห้ามการสูบบุหรี่ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำงานหรือ ในทางการที่จ้าง สำหรับคำว่า “ในทางการที่จ้าง” นั้นมีความหมายแตกต่างจาก “สถานที่ทำงาน” เนื่องจากมิได้หมายความว่าความจำกัดเฉพาะ สถานที่ทำงาน (Workplace) เท่านั้น กล่าวคือ หากลูกจ้างออกไปทำงานนอกสถานที่ แต่เป็นการทำงานให้นายจ้างก็ยังคงอยู่ในขอบเขตทางการที่จ้าง ซึ่งนายจ้างยังอาจกำหนดควบคุมการสูบบุหรี่ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเน้นถึงการที่นายจ้าง นำเหตุเกี่ยวกับการสูบบุหรี่ นอกเหนือทางการที่จ้าง กล่าวคือ ในมิติชีวิตอื่นๆ ของลูกจ้างที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำงาน มาเป็นปัจจัยในการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องการทำงาน

- หลักการนำองค์ประกอบ “ในทางการหรือนอกทางการที่จ้าง” มาพิจารณานี้สอดคล้องกับหลักการ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” อันปรากฏในกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศอื่น เช่น ออสเตรเลีย ดังที่ได้วิเคราะห์มาในประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรม ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า การสูบบุหรือนอกทางการที่จ้างเป็นกรณีที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำงาน ทั้งนี้จะต้องพิจารณาลักษณะงานเป็นกรณีไปด้วย

- นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายหลายมลรัฐที่เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรือนั้น มีข้อยกเว้น หากนายจ้างสามารถแสดงให้เห็นได้ว่า การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุสูบบุหรือนั้น มีเหตุผลด้วยความสุจริต (*Bona fide*) ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีการใช้ประวัติอาชญากรรมมาเป็นปัจจัยในการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในมิติการจ้างแรงงานแล้ว จะเห็นได้ว่ามีหลักการคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ นายจ้างอาจปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการมีประวัติอาชญากรรม หรือ มีพฤติกรรม

สูบบุหรี่ได้หากการมีประวัติอาชญากรรมหรือมีพฤติกรรมสูบบุหรี่นั้นเกี่ยวข้องกับตำแหน่งงานที่จะสมัครเป็นต้น

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันเปรียบเทียบกับกฎหมายระดับมลรัฐของสหรัฐอเมริกาจะพบว่า ไทยมิได้มีการบัญญัติให้ “การสูบบุหรี่” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังไม่มีกฎหมายอื่นที่ห้ามการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ นอกจากนี้ ตามกฎหมายแรงงานก็ได้มีการบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ไว้เช่นเดียวกัน ทำให้ไม่มีกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ได้สำหรับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุนี้ ดังนั้น จึงยังมีกรณีที่แสดงให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานด้วยเหตุประการนี้อยู่ เช่น กรณีผู้สมัครงานที่มีคุณสมบัติอันเกี่ยวข้องกับงานนั้นเหมือนกัน แต่ผู้สมัครคนหนึ่งไม่ได้รับการคัดเลือกด้วยเหตุเพียงเพราะว่าบุคคลนั้นสูบบุหรี่ แม้ไม่ปรากฏว่าการสูบบุหรี่นั้นมีความสัมพันธ์เนื่องกับการทำงานในตำแหน่งดังกล่าวอย่างไร หรือเป็นกรณีการนำพฤติกรรมการสูบบุหรี่นอกเหนือจากการทำงานมาเป็นปัจจัยในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานของบุคคลนั้น นอกจากนี้ การกำหนดคุณสมบัติในประกาศรับสมัครงาน เช่น ไม่รับบุคคลที่สูบบุหรี่ หรือ กำหนดคุณสมบัติในลักษณะให้สิทธิพิเศษ เช่น ผู้ไม่สูบบุหรี่จะได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ การปฏิบัติเหล่านี้ก็เป็นการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพียงเพราะเหตุแห่งการสูบบุหรี่ โดยเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันในขั้นตอนก่อนการมีความสัมพันธ์กันในฐานะนายจ้าง ลูกจ้าง ตามกฎหมายแรงงาน และเป็นกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ครอบคลุม

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศนิวซีแลนด์ในประเด็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี่ พบว่า มีหลักการแตกต่างกับกฎหมายระดับมลรัฐในสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้แม้ว่านิวซีแลนด์มีกฎหมายสิทธิมนุษยชนกำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติไว้โดยเฉพาะซึ่งครอบคลุมมิติของการจ้างแรงงาน โดยมีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายระบุไว้ เช่น เพศ สถานะการสมรส ความเชื่อทางศาสนา สีผิว เชื้อชาติ ความพิการ ฯลฯ แต่ไม่ครอบคลุมถึง “การสูบบุหรี่”⁶¹⁹ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า นายจ้างสามารถปฏิเสธการจ้างบุคคลใด ด้วยเหตุแห่งการที่บุคคลนั้นสูบบุหรี่ได้ เนื่องจากการสูบบุหรี่มิใช่เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนของนิวซีแลนด์ จากข้อมูลเผยแพร่ต่อประชาชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนิวซีแลนด์ อธิบายว่า “นายจ้างบางรายมีทัศนคติในเชิงลบต่อผู้สูบบุหรี่และอาจปฏิเสธการจ้างบุคคลที่สูบบุหรี่ แม้ว่าการปฏิเสธดังกล่าวอาจมองว่าไม่สมเหตุผล แต่ก็ไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย (Unlawful)”⁶²⁰

เหตุผลของฝ่ายนายจ้างที่กำหนดคุณสมบัติของบุคคลในการรับเข้าทำงาน ในประเด็นนี้กฎหมายนิวซีแลนด์มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายออสเตรเลียแล้ว กล่าวคือ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย ซึ่งกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ ไว้ ในมิติของการจ้างแรงงาน เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชาตินักกำเนิด หรือต้นกำเนิดทางสังคม แต่ก็ได้กำหนดให้ “การสูบ

⁶¹⁹ Human Rights Act 1993, Section 21

⁶²⁰ Human Rights Commission, Can an employer refuse to hire me if I smoke?

<https://www.hrc.co.nz/enquiries-and-complaints/faqs/smoking-and-human-rights/>

บุหรี” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ⁶²¹ หากเปรียบเทียบกฎหมายออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ กับกฎหมายไทย ปัจจุบันจะเห็นได้ว่า แม้ไทยไม่มีกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้เฉพาะดังเช่นกฎหมายของสองประเทศดังกล่าว แต่เหตุแห่งการสูบบุหรีก็ไม่ได้รับการคุ้มครองในบริบทของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนของนิวซีแลนด์และออสเตรเลีย ทำให้ผลสุดท้ายแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ไทย ออสเตรเลีย และ นิวซีแลนด์ จัดอยู่ในกลุ่มเดียวกันกล่าวคือ ไม่มีกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรีในมิติการจ้างแรงงาน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีการระบุคุ้มครองเหตุดังกล่าวไว้ในกฎหมาย

อาจสรุปได้ว่า จากการศึกษากรณีการปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งแตกต่างจากบุคคลอื่นในมิติที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน ด้วยเหตุแห่งการที่บุคคลนั้นสูบบุหรี ในมุมมองของกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ทำให้เห็นว่า การปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุบางอย่าง อาจไม่จัดอยู่ในความหมายของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ดังเช่นกรณี “การสูบบุหรี” ซึ่งมีได้ปรากฏในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับต่างๆ โดยเฉพาะในกรอบของสหประชาชาติ นอกจากนี้ หากพิจารณากฎหมายภายในของต่างประเทศที่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติแล้วพบว่า บางประเทศกำหนดคุ้มครองให้เหตุดังกล่าวเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้วย เช่น กฎหมายหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกา ในขณะที่บางประเทศ เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และ ไทย มิได้กำหนดคุ้มครองให้เหตุนี้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะ ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี เช่น การไม่รับบุคคลเข้าทำงานด้วยเหตุที่บุคคลนั้นสูบบุหรีจึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม การนำเหตุ “พฤติกรรมการสูบบุหรี” มาเป็นปัจจัยในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานนั้น อาจพิจารณาได้สองแง่มุม กล่าวคือ ในมุมมองของนายจ้างนั้นอาจมีเหตุผลหลายประการ เช่น การสูบบุหรีอาจทำให้นายจ้างต้องมีต้นทุนมากขึ้น โดยเฉพาะกรณีที่นายจ้างขององค์กรนั้นจัดให้มีสวัสดิการด้านการรักษาพยาบาลให้กับลูกจ้าง ดังนั้นลูกจ้างที่สูบบุหรีอาจมีแนวโน้มที่จะมีปัญหาด้านสุขภาพและส่งผลกระทบต่อต้นทุนของนายจ้างรวมทั้งการเจ็บป่วยอาจกระทบต่อการทำงาน นอกจากนี้ การสูบบุหรีอาจเกี่ยวข้องและกระทบต่องานบางอย่าง เช่น งานที่ต้องติดต่อกับลูกค้า โดยเฉพาะลูกค้าบางรายที่ไม่สูบบุหรี ดังนั้น ในแง่นี้จะเกี่ยวข้องกับสิทธิของนายจ้างในการคัดเลือกผู้ที่จะมาทำงาน อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่งนั้น การนำเหตุดังกล่าวมากำหนดคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับงานโดยไม่คำนึงถึงลักษณะงานแต่ละประเภทอาจเป็นการสะท้อนทัศนคติแบบ “เหมารวม” ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า หลักการพิจารณา “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญและเกี่ยวเนื่องกับงาน” สามารถนำมาเป็นองค์ประกอบของกฎหมายเพื่อการสร้างความสมดุลระหว่าง สิทธิของนายจ้างในการคัดเลือกผู้ที่จะมาทำงาน กับ การคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี โดยการพิจารณาเป็นกรณีไปว่า การสูบบุหรีมีความสำคัญและอาจส่งผลกระทบต่อการทำงานในตำแหน่งงานนั้นหรือไม่ หากไม่มีผลกระทบหรือไม่มีความสัมพันธ์กัน ก็ไม่สามารถปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการสูบบุหรี

⁶²¹ Australian Human Rights Commission Act 1986, Part I , article 3 (Interpretat

บทที่ ๕

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๕.๑ สรุปผลการวิจัย

จากผลการศึกษาวิจัยประเด็นต่างๆในบทที่ ๔ อาจสังเคราะห์มาเป็นข้อสรุป เกี่ยวกับ ขอบเขต ความหมายของการเลือกปฏิบัติในหัวข้อ ๕.๑.๑ การเลือกปฏิบัติที่กฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมถึง ในหัวข้อ ๕.๑.๒ และ รูปแบบการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ในหัวข้อ ๕.๑.๓

๕.๑.๑ ความหมายและขอบเขตของการเลือกปฏิบัติ

ผลการวิจัยพบว่า การใช้คำ “เลือกปฏิบัติ” สะท้อนถึงความหมายหลายนัย ในหลายบริบท หากพิจารณาในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว จะเห็นได้ว่า ในหลายกรณีที่มีประเด็นว่ามีการเลือกปฏิบัติ นั้น อาจไม่อยู่ในขอบเขตการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ยังมีกรณีการเลือกปฏิบัติที่ทับซ้อนกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น รวมทั้งยังมีกรณีการเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายอื่น ซึ่งอาจจำแนกสรุปได้ ๓ กรณีหลักดังนี้

กรณีแรก ผู้วิจัยจะได้สรุปการเลือกปฏิบัติที่อยู่ในขอบเขตและไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชนในหัวข้อ ๕.๑.๑.๑ ซึ่งยังสามารถจำแนกออกเป็น ๕ กรณีย่อยคือ (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 กรณีย่อยดังต่อไปนี้

(๑) การเลือกปฏิบัติในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้างว่าเกิดการ “เลือกปฏิบัติ” ตามขอบเขตองค์ประกอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”^๑ แล้วพบว่ามีกรณีที่จัดอยู่ในขอบเขตการเลือกปฏิบัติดังกล่าว ทั้งในส่วนของการดำรงต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีของ **คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ** พบว่ามีหลายกรณีที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และเข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น กรณีการสาบานตนก่อนเบิกความตามข้อความในแบบพิมพ์ของศาลซึ่งกำหนดไว้แตกต่างกัน โดยบางศาสนามีการให้อ้างถึงครอบครัวด้วย (**รายงานผลการพิจารณาที่ 647/2555**) ระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม กำหนดว่าผู้ที่มีสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ส.ป.ก. จะต้องเป็น “ผู้มีร่างกายสมบูรณ์” (**รายงานผลการพิจารณาที่ 2/2555**) ระเบียบกองทัพบกกว่าด้วยดุริยางค์ทหารบก พ.ศ.2553 ตามผนวกข้อ 3 เกี่ยวกับบัญชีโรคหรือความผิดปกติหรือความพิการซึ่งขัดต่อการเป็นนักเรียนดุริยางค์ทหารบก ซึ่งระบุว่า “**แผลเป็นหรือปานที่หน้ามีเนื้อที่ตั้งแต่ 1.5 ตารางนิ้วขึ้นไป หรือมีความยาวมากจนดูหน้าเกลียด**” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า เป็นระเบียบที่อาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (**รายงานผลการพิจารณาที่ 194/2557**) เป็นต้น

¹ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามตราสารระหว่างประเทศ เช่น ICCPR ครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”

สำหรับคดีของศาลรัฐธรรมนูญพบว่า มีหลายคดีที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและจัดอยู่ในกลุ่มของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “...ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี ที่บัญญัติให้สามีและภริยาที่อยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว ต้องถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการและเสียภาษีประกอบกับ มาตรา 57 เบญจ บัญญัติให้แต่เฉพาะภริยาที่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) สามารถแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามี...จึงถือว่าเป็นการไม่ส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิง และยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคล ภายหลังจากการสมรสตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555) นอกจากนี้ยังพบคดีที่ศาลตัดสินว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ในส่วนที่บัญญัติให้ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุ เป็นข้าราชการตุลาการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามว่า “มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็น ข้าราชการตุลาการ นั้นเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเพราะ เหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ ตามรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555)

จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวจัดอยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติและได้รับการพิจารณาในขอบเขตนี้ อย่างสอดคล้องกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

(๒) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ : กรณีจากคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ผลการวิจัยพบว่า คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หลายกรณีผู้ร้องอ้างว่า “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 เป็นการเปรียบเทียบกันระหว่าง ข้าราชการท้องถิ่น ข้าราชการประเภทอื่น

แม้จะมีความแตกต่างกันแต่ก็ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ เห็นว่ายังไม่มีกรณีละเลยหรือละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด (คำร้องที่ ๔๕๙/๒๕๕๖, รายงานผลการพิจารณาที่ ๔๓๓/๒๕๕๗) ทั้งนี้ อาจพิจารณาต่อไปว่าจัดอยู่ในการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายปกครองหรือไม่

-กรณีผู้ร้องอ้างว่า โรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงการจบหลักสูตรสำหรับนักเรียนที่ยังค้างค่าบำรุงการศึกษา (คำร้องที่ ๒๒๙/๒๕๕๕) กรณีนี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างนักเรียนที่ผ่านเกณฑ์มีสิทธิจบการศึกษา ด้วยเหตุที่บางคนยังค้างค่าบำรุง อย่างไรก็ตาม เหตุ “ค้างชำระค่าบำรุง” ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาได้ว่า นักเรียนที่มีสิทธิจบการศึกษาที่จ่ายค่าบำรุงครบ กับ นักเรียนที่มีสิทธิจบการศึกษาที่จ่ายค่าบำรุงไม่ครบ เป็นบุคคลสองกลุ่มที่แตกต่างกัน จึงอาจได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงว่า การไม่ออกเอกสารจบหลักสูตรให้กับนักเรียนบางคนมีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเช่น ไม่ออกเอกสารให้กับนักเรียนบางศาสนา เช่นนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้

-กรณีผู้ร้องร้องว่าถูกทางโรงเรียนเรียกเก็บเงินค่าเทอม คนละ ๒๗,๐๐๐ บาท หากไม่จ่ายทางโรงเรียนให้ลาออก หรือจะคัดชื่อออกจากโรงเรียน ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าไม่เป็นไปตามกฎหมายที่มีสิทธิเรียนฟรี ๑๒ ปี คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า กรณีนี้เป็นโรงเรียนทางเลือกที่มีการสอนตามหลักสูตรบูรณาการ แตกต่างจากโรงเรียนที่สังกัดภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน และมีสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จึงไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชน (รายงานผลการพิจารณาที่ ๑๐๗๙/๒๕๕๘) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมพิเศษมิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาได้ว่า โรงเรียนดังกล่าวเรียกเก็บค่าธรรมเนียมนั้นกับนักเรียนทุกคนจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่มีประเด็นน่าพิจารณาว่าหากนำหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาพิจารณาถึงผลกระทบ (Effect) แล้วจะมีนักเรียนบางคนที่อยู่ในกลุ่มเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไม่สามารถเข้าเรียนได้หรือไม่ อย่างไรก็ตามเมื่อเปรียบเทียบกับโรงเรียนอื่นจะเห็นได้ว่า โรงเรียนในกรณีนี้มีลักษณะแตกต่างจากโรงเรียนอื่นที่ไม่เก็บค่าธรรมเนียม

-การที่บุคคลบางกลุ่มเสียสิทธิบางอย่าง เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง เพราะไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขสำหรับการได้สิทธินั้น หากหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขดังกล่าวไม่มีข้อเท็จจริงว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้วก็ไม่ใช่การเลือกปฏิบัติ เช่น กรณีผู้ร้องอ้างว่าถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าร่วมสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเรียนในคณะแพทยศาสตร์เนื่องจากขาดเอกสารประกอบการสอบ เช่น ส่งรูปถ่ายไม่ครบตามจำนวนที่กำหนดในประกาศสอบ จะเห็นได้ว่า เมื่อผู้ร้องมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขดังกล่าว การที่ผู้ร้องถูกตัดสิทธิเข้าสอบจึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คำร้องที่ ๖๒๕/๒๕๕๓ และ ๖๓๑-๖๓๕/๒๕๕๓, รายงานผลการพิจารณาที่ ๓๕๗-๓๖๒/๒๕๕๘)

-การอ้างว่าไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากบริการสาธารณะของรัฐ เนื่องจากสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานมีมติไม่จ่ายเงินชดเชยความเสียหายจากกรณีไฟไหม้โรงเรียนและเด็กเสียชีวิตให้กับครอบครัวผู้ร้องทั้งสาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า โรงเรียนมีหน้าที่ตามหลัก “Duty of Care” แม้บุคลากรของโรงเรียนจะไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว แต่เนื่องจากการจัดการศึกษาเป็นการบริการสาธารณะอันเป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นกระทรวงศึกษาธิการยังคงต้องรับผิดชอบใช้เยียวยาความเสียหายตามหลัก Duty of Care โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่กระทำความผิดหรือไม่ (**รายงานผลการพิจารณา ที่ 632/2558**) อย่างไรก็ตามกรณีนี้ไม่ปรากฏว่าการไม่จ่ายเงินชดเชยความเสียหายดังกล่าวมีสาเหตุสัมพันธ์กับ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ แต่มีข้อสังเกตว่า กรณีข้อเท็จจริงลักษณะนี้ กล่าวคือ การไม่เยียวยาความเสียหายอันเกิดจากเหตุใดๆ มักจะมีการกล่าวอ้างว่าการไม่เยียวยานั้นเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” ซึ่งในทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนอาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติ

-คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ร้องเป็นกลุ่มผู้ปกครองของนักเรียนโรงเรียนแห่งหนึ่ง ที่เรียกร้องสิทธิกลับเข้าศึกษาต่อโรงเรียนเดิมจำนวน ๓๖ คน หลังจากที่มีปัญหาภายในโรงเรียน เพราะเหตุที่นักเรียนกลุ่มดังกล่าวเรียกร้องสิทธิในการศึกษาต่อที่โรงเรียนเดิม และโรงเรียนผู้ถูกร้องได้รับนักเรียนกลุ่มดังกล่าวเข้าศึกษาต่อ แต่เข้าเพียง ๑ สัปดาห์ นักเรียนกลุ่มดังกล่าวได้รับแรงกดดันและพฤติกรรมไม่เหมาะสมจากเพื่อนนักเรียน อีกทั้งหนังสือเรียนที่ได้รับและกระบวนการเรียนการสอนก็แตกต่างจากนักเรียนภาคปกติ อย่างไรก็ตามกรณีนี้คณะอนุกรรมการฯ ได้มีการประสานกับฝ่ายที่เกี่ยวข้องและได้รับการแก้ไขปัญหาลแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงยุติเรื่อง (**คำร้องที่ ๒๘๒/๒๕๕๕**) กรณีนี้แม้จะพิจารณาว่านักเรียนกลุ่มที่เรียกร้องสิทธิได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากนักเรียนกลุ่มอื่น และอาจพิจารณาว่าไม่มีเหตุผลสมควรหรืออาจมองว่าไม่เป็นธรรม แต่เหตุดังกล่าวก็ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

-กรณีอ้างว่าเด็กถูกเลือกปฏิบัติจากการปฏิบัติของโรงเรียนด้วยเหตุ “ความประพฤติดี” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก (**รายงานผลการพิจารณาที่ ๘๖๕/๒๕๕๕**) จะเห็นได้ว่ากรณีนี้เป็นการพิจารณาในขอบเขตที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากเกี่ยวข้องกับกฎหมายเฉพาะคือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก

-กรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า นโยบายยุบ ควบรวม โรงเรียนเป็นนโยบายที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพในการศึกษาของเด็กนักเรียน (**รายงานผลพิจารณาที่ ๔๗๗-๔๗๘/๒๕๕๗**) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า “ขนาด” ของโรงเรียน มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า เหตุด้าน “ขนาด” ของโรงเรียนที่ถูกยุบหรือควบรวมนั้น มีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ก็อาจเป็นการเลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้

จะเห็นได้ว่า กรณีเหล่านี้เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันมีขอบเขตที่แตกต่างจากการเลือกปฏิบัติ ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่ผู้ร้องมีมุมมองว่าเป็นการ “เลือกปฏิบัติ” นอกจากนี้ในหลายกรณีจะเห็นว่า แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่ก็ได้ให้เหตุผลชัดเจนลงไปว่า กรณีเหล่านั้น ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หรืออาจไม่อยู่ในขอบเขตการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอื่น เช่น เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับขอบแห่งการใช้ดุลพินิจ หรือ เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการชั่งน้ำหนักกับผลประโยชน์อื่น เป็นต้น

(๓) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ : กรณีจากคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ

จากผลการศึกษาคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญพบว่า มีหลายคดีที่มีประเด็นอ้างว่ากฎหมายที่พิพาท เป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ (เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓/๒๕๔๖ , 10/2549 , 11/2550, 1/2551, 31/2555) อย่างไรก็ตามเมื่อวิเคราะห์กฎหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นว่า มิได้มีลักษณะ เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ากฎหมายมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตามแม้ศาลตัดสินว่า **ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ** แต่ก็มิได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยชัดเจนลงไปว่ากรณีเช่นนี้ไม่เกี่ยวข้อง กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” โดยศาลให้เหตุผลว่ากฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับทุกคนเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นเหตุผลอันสอดคล้องกับหลักการเลือกปฏิบัติโดยตรง

นอกจากนี้ ในอีกหลายคดีนั้นอาจพิจารณาได้ว่ามีประเด็นเกี่ยวข้อง กับองค์ประกอบอื่นของกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่ทำให้กรณีนั้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น ขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ (Margin of Appreciation) การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์อื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ศาลมิได้ให้เหตุผลว่าเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบดังกล่าว เช่น กรณีการเปรียบเทียบระหว่างการเรียกดอกเบี้ยของสถาบันการเงิน และ องค์กรหรือบุคคลอื่นที่มีใช้สถาบันการเงิน ซึ่งไม่เกี่ยวข้อง กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ คดีนี้แม้ศาลจะตัดสินว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติแต่ให้เหตุผลว่า “...เป็นไปตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินฯ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจ หลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ฯ” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2542) แต่ในอีกแห่งหนึ่งอาจพิจารณาได้ว่า กรณีนี้ยังเกี่ยวข้องกับการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์อื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองอันเป็นองค์ประกอบอีกประการหนึ่งที่ทำให้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือในคดีที่ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๑๒๑ ให้สิทธิและยกเว้นแก่โจทก์ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ไม่ต้องปิดอาคารแสดงมหรสพในหนังสือมอบอำนาจ แต่ในขณะเดียวกันฝ่ายผู้ร้องต้องปิดอาคารแสดงมหรสพ ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๑๒๑ มีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจากประชาชนที่จะได้รับบริการจากรัฐ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะเก็บจากรัฐเอง จึงชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวแล้ว ไม่ได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลทั่วไป (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๑/๒๕๔๓) หรือในกรณีที่มีการอ้างว่า พระราชบัญญัติภาษีโรงเรือนและที่ดิน พ.ศ. 2475 มาตรา 45 ขัดหรือแย้งกับ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ 30 เนื่องจากบัญญัติให้ผู้รับโอนต้องรับผิดชอบในฐานะลูกหนี้ร่วมกับผู้โอนในภาษีที่ค้างชำระ “ไม่ว่าจะรับโอนมาด้วยเหตุใดๆ” ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวตราขึ้นเพื่อให้รัฐโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหารายได้จากการจัดเก็บภาษีอันเป็นกิจการเพื่อสาธารณะประโยชน์ กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นบทกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดและเท่าที่จำเป็น ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ใช้กับบุคคลโดยเสมอภาคและให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอย่างเท่าเทียมกันไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล... (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 41/2548) จะเห็นได้ว่า กรณีเหล่านี้เกี่ยวข้องกับการนำผลประโยชน์ของรัฐมาซึ่งน้ำหนักประกอบด้วย อันเป็นอีกเหตุหนึ่งซึ่งทำให้ข้อเท็จจริงลักษณะนี้แม้มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่จัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

อาจสรุปได้ว่า ในบริบทของศาลรัฐธรรมนูญนั้น หลายคดีมีการกล่าวอ้างว่าเกิดการเลือกปฏิบัติในขอบเขตที่กว้างกว่าการเลือกปฏิบัติตามนัยกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่แม้ศาลจะตัดสินว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ในหลายคดีก็มิได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยชัดเจนลงไปว่ากรณีเช่นนี้ไม่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” อย่างไรก็ตามจากคำพิพากษาหลายคดีก็ชี้ให้เห็นว่าศาลนำองค์ประกอบอื่นของการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนมาปรับใช้ เช่น การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์อื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เป็นต้น

(๔) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ : กรณีคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกา

ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง มีคำร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างว่ามีการ “เลือกปฏิบัติ” เช่น กรณีหลักเกณฑ์การรับนักเรียนที่กำหนดคุณสมบัติบางประการ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า หลักเกณฑ์การคัดเลือกนักเรียนของโรงเรียน ส. ที่พิจารณารับบุตรของผู้ปกครองที่สนับสนุนช่วยเหลือกิจการโรงเรียน หรือ เป็นบุตรหลานอาจารย์ในโรงเรียน หรือ เด็กที่ผู้ฝากให้การสนับสนุนโรงเรียน ฯลฯ “เป็นหลักเกณฑ์ที่ให้ความได้เปรียบแก่บุคคลบางกลุ่มเป็นการเปิดโอกาสให้โรงเรียนใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ อันเป็นการเลือกปฏิบัติให้เป็นคุณแก่บุคคลบางกลุ่มเท่านั้น จึงไม่เป็นธรรมต่อนักเรียนที่สมัครสอบคัดเลือกเข้าเรียนในโรงเรียนโดยทั่วหน้ากัน อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคของบุคคลที่จะเข้ารับการศึกษาในโรงเรียนของรัฐ” (คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๒๕/๒๕๔๓) หากพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าว ไม่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ฯลฯ แต่หากมีข้อเท็จจริงว่า การคัดเลือกเฉพาะนักเรียนที่ผู้ปกครองหรือผู้ฝากให้การ “สนับสนุน” โรงเรียน โดยมีการบริจาคทรัพย์สิน อาจเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ “ฐานะทางเศรษฐกิจ” หรือในกรณีการคัดเลือกนักเรียนที่สืบเชื้อสายจากอาจารย์ในโรงเรียน อาจ

เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุ “**บรรพบุรุษ**” นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า กรณีที่การเคหะแห่งชาติผ่อนผันเฉพาะผู้เช่าซื้อบางรายนั้นไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งถือได้ว่าเป็น **การเลือกปฏิบัติต่อผู้ร้องทุกข์ที่ไม่เท่าเทียมกันกับรายอื่น** (คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๑๓/๒๕๔๐) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีการเลือกปฏิบัติในความหมายที่แตกต่างและกว้างกว่าการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตามหากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า การผ่อนผันแก่ผู้เช่าซื้อบางรายนั้นเกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฯลฯ ดังนั้นอาจจัดเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้

อาจสรุปได้ว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งสะท้อนแนวความคิดการพิจารณา “การเลือกปฏิบัติ” บนพื้นฐานของกฎหมายปกครองดังจะพบได้จากแนววินิจฉัยของศาลปกครองที่จะได้จำแนกสรุปต่อไป

(๕) การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อันไม่อยู่ในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ : กรณีข้อเท็จจริงจากการรับฟังความคิดเห็น / สัมภาษณ์/ ประชุมกลุ่มย่อย

จากการสัมภาษณ์ รับฟังความเห็น ประชุมกลุ่มย่อย พบว่ามีหลายกรณีที่บุคคลเห็นว่าตนได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกับบุคคลอื่น ก็จะอ้างว่า “ถูกเลือกปฏิบัติ” รวมไปถึงในขอบเขตที่กว้างกว่านั้น กล่าวคือแม้แต่ในกรณีที่บุคคลเห็นว่าตน “ไม่ได้รับความเป็นธรรม” ก็มักมีการอ้างว่า “ถูกเลือกปฏิบัติ” ไปด้วย อย่างไรก็ตาม การกล่าวอ้างดังกล่าว หากพิจารณาในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว อาจไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น

-การที่ธนาคารแห่งหนึ่งให้อัตราดอกเบี้ยเงินฝากสำหรับบัญชีที่เปิดทางระบบอิเล็กทรอนิกส์สูงกว่าบัญชีที่เปิดตามระบบปกติ ผู้ให้ข้อมูลเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับบุคคลที่ไม่ใช้อินเทอร์เน็ตบางครั้งก็กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างกันสืบเนื่องจากการตัดสินใจใช้หรือไม่ใช้ช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ มิได้เกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ

ข้อสังเกต: หากมีข้อเท็จจริงว่า การที่บุคคลไม่สามารถใช้อินเทอร์เน็ตบางครั้งก็สืบเนื่องจากความแตกต่างด้าน “สถานะทางเศรษฐกิจ” ก็อาจมีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

-การกระทำบางอย่างมีลักษณะเหมือนกันแต่มีกฎหมายลงโทษแตกต่างกัน เช่น การหมิ่นประมาทผู้อื่นด้วยเนื้อหาเช่นเดียวกัน หากกระทำผ่านระบบคอมพิวเตอร์จะได้รับโทษหนักกว่าและยอมความไม่ได้ กรณีนี้ แม้จะพิจารณาว่ากฎหมายลงโทษการกระทำ “เหมือนกัน” แตกต่างกัน แต่ก็มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ

ข้อสังเกต: การกระทำที่มีลักษณะเชิงเนื้อหาเช่นเดียวกัน เช่น นาย ก ใส่ความนางสาว ข ว่าเป็นโสเภณี ซึ่งเป็นความเท็จ ทำให้นางสาว ข เสื่อมเสียชื่อเสียง หากนาย ก กล่าวด้วยวาจาต่อบุคคลที่สาม

ด้วยเนื้อหาดังกล่าว ก็จะต้องประกอบกฎหมายอาญามาตราหมื่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือ ปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ (กฎหมายอาญามาตรา ๓๒๖) แต่หากนาย ก เผยแพร่ข้อมูลเนื้อหาเช่นเดียวกันทางระบบคอมพิวเตอร์ จะเข้าองค์ประกอบมาตรา ๑๔ ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ 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) เมื่อเปรียบเทียบแล้วก็มีโทษจำคุกน้อยกว่าการเผยแพร่เนื้อหาข้อมูลเช่นเดียวกันทางระบบคอมพิวเตอร์ กล่าวคือมีโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ข้อแตกต่างประการสำคัญคือ การหมิ่นประมาทโดยการโฆษณายังสามารถยอมความได้ แต่ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ไม่สามารถยอมความได้^๒

-การที่ลูกจ้างที่ไม่ใช่โปรแกรมประยุกต์ไลน์ (LINE application) ในการสื่อสาร ไม่เข้ากลุ่มกับนายจ้าง ทำให้ถูกเลือกปฏิบัติในการก้าวหน้า ได้รับการปฏิบัติอันเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าลูกจ้างอื่นที่เข้ากลุ่ม กรณีนี้ จะเห็นได้ว่า เหตุที่เกี่ยวกับการใช้หรือไม่ใช้เทคโนโลยีการสื่อสาร มิได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ

ข้อสังเกต : มีข้อที่น่าพิจารณาว่า กฎข้อบังคับในการทำงานที่ให้ลูกจ้างทุกคนใช้โปรแกรมการสื่อสารชนิดใดชนิดหนึ่งในการทำงานนั้น เป็นการใช้อย่างบังคับกับลูกจ้างเท่าเทียมกันทุกคน จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่อาจพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมได้ เพราะกฎเกณฑ์ที่มุ่งใช้กับลูกจ้างทุกคนนี้ส่งผลในทางปฏิบัติให้ลูกจ้างบางคนที่ไม่ใช่โปรแกรมดังกล่าวเสียเปรียบลูกจ้างอื่น แต่กระนั้นก็ยังไม่ได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมไปว่า การที่ลูกจ้างที่ปฏิเสธไม่ใช้โปรแกรมดังกล่าว มีสาเหตุสืบเนื่องกับ “เชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ ฯลฯ” ก็อาจเข้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและส่งผลให้กฎเกณฑ์ของนายจ้างนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติได้

-การรับสมัครงานโดยระบุเจาะจง “สถาบันการศึกษา” หรือการพิจารณารับบุคคลเข้าทำงานจาก “สถาบันการศึกษา” กรณีนี้แม้จะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน หรือเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่จบจากสถาบันการศึกษาหนึ่งในลักษณะที่ด้อยกว่า (Less Favorable Treatment) เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลที่

² อย่างไรก็ตาม จากร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่แก้ไขใหม่ในปี 2559 ได้มีการปรับปรุงมาตรา 14 เพื่อแก้ไขความทับซ้อนระหว่างความผิดทางคอมพิวเตอร์กับความผิดฐานหมิ่นประมาท แต่ขณะทำการศึกษาวินิจฉัยนี้ร่างดังกล่าวยังไม่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย

จบจากสถาบันการศึกษาอีกแห่งหนึ่ง แต่เมื่อพิจารณาทั้งกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยพบว่า “สถาบันการศึกษา” ไม่จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ข้อสังเกต : หากมีข้อเท็จจริงว่า สถาบันการศึกษานั้นมีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับ “เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ” อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้

-ผู้ให้ข้อมูลในการสนทนากลุ่มกล่าวว่า “องค์กรภาครัฐแห่งหนึ่ง ผู้บริหารจบการศึกษามาจากโรงเรียนมัธยมแห่งหนึ่ง ซึ่งในการแต่งตั้งตำแหน่งบริหาร กรรมการชุดต่างๆ มักเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับผู้จบการศึกษาจากโรงเรียนมัธยมแห่งนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้จบจากโรงเรียนมัธยมอื่นๆ ที่มีวิทยฐานะเช่นเดียวกัน” กรณีนี้แม้จะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่เหตุเกี่ยวกับ “สถาบันการศึกษา” ไม่จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตามกรณีเช่นนี้อาจจัดอยู่ในขอบเขตของ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายปกครอง

-ผู้ให้ข้อมูลในการสนทนากลุ่มกล่าวว่า “องค์กรหรือบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เปิดรับรักษาผู้ป่วย เช่นเดียวกับโรงพยาบาล บางองค์กรถูกดำเนินคดี แต่บางองค์กรไม่ถูกดำเนินคดี เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่”

ข้อสังเกต: กรณีนี้ยังต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและความแตกต่างในลักษณะของการประกอบกรสถานพยาบาลด้วย อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าองค์กรสองแห่งต่างผิดกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่องค์กรหนึ่งไม่ถูกดำเนินคดี ในความหมายทั่วไปอาจพิจารณาได้ว่าการเลือกปฏิบัติในระดับของการบังคับใช้กฎหมาย อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ หากไม่เกี่ยวข้องก็ต้องไปพิจารณาตามกฎหมายอื่น เช่น การละเว้นปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตามกฎหมายอาญา เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าวแม้ไม่อยู่ในขอบเขตการเลือกปฏิบัติ แต่ก็มีได้หมายความว่า จะไม่มีมาตรการทางกฎหมายใดสามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองหรือเยียวยาได้ ทั้งนี้จะต้องพิจารณากฎหมายอื่น เช่น หากเป็นกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันเกี่ยวเนื่องกับกฎ หรือ คำสั่งทางปกครอง อาจอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองในฐานะ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ได้ นอกจากนี้ยังอาจเป็นกรณีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบตามกฎหมายปกครอง หรืออาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

๕.๑.๑.๒ กรณีมีความคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น

จากการศึกษาวิเคราะห์คำร้องและการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรอบของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น พบว่ามีหลายกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ามีการ “เลือกปฏิบัติ” เกิดขึ้น ซึ่งมักเป็นกรณีการนำข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกับกันว่ามี การปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงดังกล่าว แตกต่างกัน อย่างไรก็ตามหากพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่า ในหลาย กรณีตามคำร้องนั้น การปฏิบัติแตกต่างกันดังกล่าว**ไม่มีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”** ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรืออาจพิจารณาว่าเป็นการอ้างเหตุที่**กว้างกว่า**กฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือ เป็นกรณีของกฎเกณฑ์หรือการปฏิบัติที่เป็นกลาง (Neutral) ซึ่งมีผลเป็นการปฏิบัติหรือบังคับกับทุกคน เหมือนกัน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการปฏิบัติที่พิพาทดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน **เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ** แต่ก็ยังสามารถอยู่ในขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดี เพราะอาจเป็นการกระทบ **“สิทธิมนุษยชน”** ในแง่อื่นๆ ของผู้ร้อง “ที่ได้รับการ รับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือ ตามกฎหมายไทย หรือ ตามสนธิสัญญาที่ ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”³ เช่น การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันกระทบต่อเสรีภาพในการ แสดงออกทางศาสนา การปฏิบัติที่กระทบต่อศักดิ์ศรีของมนุษย์ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพใน การสื่อสาร เป็นต้น ซึ่งอาจสรุปจำแนกได้ ๔ กรณีย่อยดังนี้

(๑). กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิใน ความเป็นอยู่ส่วนตัว เช่น กรณีการนำร่างของผู้เสียชีวิตด้วยโรคเอดส์มาจัดแสดง พร้อมทั้งเขียนชื่อ-นาม สุกุล ประวัติ อาชีพ ของผู้ตาย ทั้งเป็นร่างที่ไม่สวมใส่เสื้อผ้า (คำร้องที่ ๔๘๔/๒๕๕๒) กรณีนี้จะเห็นได้ว่า กรณีนี้แม้ว่าจะเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับ “ผู้ป่วยโรคเอดส์” ซึ่งสามารถจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ก็ ไม่ปรากฏว่ามีประเด็นการเปรียบเทียบระหว่างบุคคลเหมือนกันที่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน จึงไม่ เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งสุขภาพ จึงต้องพิจารณาว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่นๆ เช่น สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล หรือไม่ หรือในกรณีคำร้องเกี่ยวกับการค้นตัวพนักงาน (คำร้องที่ ๔๕/๒๕๕๕, รายงานผลการพิจารณาที่ ๑๙๖/๒๕๕๖) ซึ่งไม่ปรากฏว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างพนักงานหญิง และชาย แต่อาจกระทบสิทธิส่วนบุคคลในเนื้อตัวร่างกาย เช่นเดียวกับกรณีคำร้องเกี่ยวกับภาคเอกชนทำ การค้นตัวผู้เข้าชมคอมพิวเตอร์ซึ่งมีการใช้มือสัมผัสบริเวณหน้าอก อวัยวะเพศ กรณีนี้แม้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่ง “เพศ” แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็น ว่า **วิธีการตรวจค้นโดยใช้มือสัมผัสร่างกาย อาจสุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน (รายงานผลการ พิจารณาที่ 952/2558)** กรณีนี้จะเห็นได้ว่า มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนด้านอื่นนอกจากการเลือก ปฏิบัติ โดยเฉพาะสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและเนื้อตัวร่างกาย

³ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 , มาตรา 3

(๒). กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดเสรีภาพในทางศาสนา กรณีปัญหาลักษณะนี้มีตัวอย่างเช่นระเบียบในสถานที่ทำงานหรือสถานศึกษาเกี่ยวกับการแต่งกายตามศาสนา เช่น ศาสนาอิสลาม (เช่น คำร้องที่ ๓๔๔/๒๕๕๓ , รายงานผลการพิจารณาที่ ๔๕๗/๒๕๕๖, คำร้องที่ ๕๖๗/๒๕๕๓ , รายงานผลการพิจารณาที่ ๒๙๘/๒๕๕๔) กรณีเหล่านี้ อาจจำแนกพิจารณาได้สองมิติคือ ในมิติแรก หากกฎระเบียบดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับลูกจ้างหรือนักเรียนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน เช่นนี้ หากพิจารณาตามหลักของการเลือกปฏิบัติโดยตรงแล้วจะเห็นได้ว่า กฎระเบียบหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่แม้ว่าจะพิจารณาในกรอบการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ก็ยังมีข้อจำกัดเนื่องจากการต้องมีการนำปัจจัยอื่นมาพิจารณา เช่น ปัจจัยเกี่ยวกับความเหมาะสมและความจำเป็นในการประกอบอาชีพ เป็นต้น (ตัวอย่างเช่น กรณี *Singh Bhinder v Canada* , Communication No. 208/1986 , และกรณีตาม *รายงานผลการพิจารณาที่ 191/2556*) ในมิติที่สอง กฎระเบียบที่ส่งผลจำกัดการแต่งกายตามความเชื่อศาสนานั้น แม้ว่าใช้บังคับกับบุคคลทุกคนและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติก็ตาม แต่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งศาสนา ที่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง แต่ก็ต้องชั่งน้ำหนักกับเหตุผลอื่น เช่น การรักษาความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรมของประชาชน เป็นต้น

(๓) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางการศึกษา คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหลายกรณี มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อนักเรียนนักศึกษา ที่แตกต่างกัน โดยบางกรณีก็ไม่เกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น กรณีเหตุแห่งการพักการเรียนเกี่ยวข้องกับ “พฤติกรรม” ของนักเรียน (*รายงานผลการตรวจสอบที่ ๘๖๕/๒๕๕๕*) กรณีที่ผู้ร้องอ้างว่า *นักเรียนที่เรียกร้องสิทธิกลับเข้าศึกษาต่อโรงเรียนเดิมจำนวน ๓๖ คน ถูกเลือกปฏิบัติ(คำร้องที่ ๒๘๒/๒๕๕๕)* กรณีผู้ร้องอ้างว่า โรงเรียนไม่ออกเอกสารแสดงการจบหลักสูตรสำหรับ*นักเรียนที่ยังค้างค่าบำรุงการศึกษา (คำร้องที่ ๒๒๙/๒๕๕๕)* กรณีกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับ*หลักเกณฑ์การรับสมัครนักเรียนเข้าศึกษาต่อ(คำร้อง ๕๗๓/๒๕๕๕ และ ๓๓/๒๕๕๖)* กรณีเหล่านี้หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกี่ยวข้องกันกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ อาจจัดเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้ แต่หากไม่เกี่ยวข้องกันจะต้องพิจารณาว่ากระทบสิทธิมนุษยชนในด้านอื่น โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพในการศึกษาที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้หรือไม่

(๔) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติและการละเมิดสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม จากการศึกษาคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พบว่า กรณีที่มีการร้องเรียนหลายกรณี เกี่ยวข้องกับการที่ ผู้ร้องอ้างว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม เช่น อ้างว่าร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนแต่คดีไม่คืบหน้า (คำร้องที่ ๑๓๑/๒๕๕๓) อ้างเปรียบเทียบข้อเท็จจริงของการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมว่ามีความแตกต่างกันสำหรับกรณี

ข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน (คำร้องที่ ๗๔/๒๕๕๕) อ้างว่าได้รับความไม่เป็นธรรมในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม (คำร้องที่ ๒๖๑/๒๕๕๕) กรณีเช่นนี้อาจจำแนกได้สองกรณี คือ

กรณีแรก หากปรากฏว่าการเรียกร้องสิทธิในกระบวนการตามกฎหมายมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น สืบเนื่องจากการที่ผู้ร้องเกี่ยวข้องกับเหตุด้านเชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ อาจเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้

กรณีที่สอง แม้ว่าจะไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าว หากปรากฏว่าการเรียกร้องตามกระบวนการนั้นได้รับการปฏิเสธ ลำช้า ไม่เป็นไปตามกฎหมาย อาจเกี่ยวข้องกับการละเมิด สิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญอันอยู่ในขอบเขตอำนาจตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า กรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าเกิด “การเลือกปฏิบัติ” แต่เมื่อพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วเป็นกรณีการปฏิบัติในลักษณะเป็นกลาง (Neutral) ที่มีผลกับทุกคน หรือเป็นกรณีการปฏิบัติแตกต่างกันซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน จึงไม่อาจจัดว่าเป็น “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) แต่กระนั้นก็ตาม ยังอาจอยู่ในขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ หากเป็น *การกระทบ “สิทธิมนุษยชน”* ในแง่อื่นๆ ของผู้ร้อง “ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือ ตามกฎหมายไทย หรือ ตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”^๔ เช่น การปฏิบัติที่ต่างกันอันกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา สิทธิเสรีภาพทางการศึกษา ศักดิ์ศรีของมนุษย์ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในการสื่อสาร สิทธิในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น

๕.๑.๑.๓ “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทของกฎหมายปกครอง

จากที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ ๔ พบว่าการเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายปกครองอาจประกอบด้วย การเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่า “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามนัยกฎหมายสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ เนื่องจากการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายปกครองอยู่บนพื้นฐานหลักการที่แตกต่างกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังกล่าวมาแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ หรือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามอำเภอใจ แม้ว่าจะไม่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่ศาลปกครองก็ตัดสินว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ผู้วิจัยจึงจำแนกการเลือกปฏิบัติในขอบเขตกฎหมายปกครองเป็นอีกกลุ่มหนึ่งต่างหากและอาจสรุปได้ดังนี้

คดีที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืนซึ่งผู้ฟ้องคดีอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากบุคคลที่อยู่ในสถานะเหมือนกันหรือที่ดินที่อยู่ในสภาพเหมือนกัน แต่ได้รับค่าทดแทนที่แตกต่างกัน โดยศาลนำหลักความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญมาปรับใช้และตัดสินว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมหรือหลัก

⁴ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 , มาตรา 3

ความเสมอภาคดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติในกรณีนี้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน (*คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๒/๒๕๕๑*) เช่นเดียวกับกรณีคำสั่งทางปกครองกำหนดเงื่อนไขในการได้รับบริการจากภาครัฐโดยส่งผลเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างผู้ขอใช้บริการ ด้วยเหตุแห่งการเป็นผู้เช่าหรือผู้มีสิทธิครอบครองที่ดิน ซึ่งเหตุดังกล่าวนี้มิได้จัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังเช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ แต่ศาลปกครองก็ตัดสินว่า กรณีเช่นนี้จะมีการกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ได้ (*คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๕๗/๒๕๕๙*) หรือคดีที่เกี่ยวกับ มติของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะรัฐมนตรี) ถือว่าเป็นการออกกฎอันเป็นการลดสิทธิหรือจำกัดสิทธิตามสัญญาของผู้ฟ้องคดี ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการที่ให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เช่าทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานกับรัฐตามนัยมาตรา 335 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญาฯ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (*คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๖/๒๕๕๖*) สำหรับกรณีเหตุ “คุณวุฒิเกียรตินิยม” ของบุคคลนั้น ศาลปกครองเห็นว่า “การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาถือเป็นเหตุพิเศษที่จะให้ได้รับสิทธิคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันนั้น เห็นว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” (*คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๗๙/๒๕๕๐*) เช่นเดียวกับ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๕๘/๒๕๕๐) ซึ่งศาลปกครองตัดสินว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุเกียรตินิยมนั้นเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” หรือในกรณีลูกจ้างได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพียงเพราะเหตุแห่งช่วงเวลาที่ถูกจ้างแต่ละกลุ่มสมัครเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ศาลปกครองเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ (*คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๔๘/๒๕๕๙*) ซึ่งกรณีนี้ การเลือกปฏิบัติเกิดจากเหตุอื่นที่มีใช้เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ

จะเห็นได้ว่า คดีปกครองนั้นเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มีการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน หรือเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เช่น การที่ผู้ฟ้องคดีผ่านเกณฑ์ประเมิน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีเหตุผลอันควร ศาลตัดสินว่า “เป็นการเลือกปฏิบัติและใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (*คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๙๙/๒๕๕๑*) หรือในคดีที่มีประเด็นว่าการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการเลือกปฏิบัตินั้น ศาลปกครองเคยตัดสินว่า “ไม่มีเหตุผลอันควรและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน” (*คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๕๔/๒๕๕๗*) โดยคดีนี้แม้มีการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างข้อเท็จจริงสองกรณีที่เหมือนกัน แต่ไม่มีประเด็นเกี่ยวกับ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด สำหรับบางคนก็พบว่า ไม่ได้มีการเปรียบเทียบระหว่างผู้ฟ้องคดีกับบุคคลอื่นที่มีลักษณะ “เหมือนกัน” แต่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ศาลพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติรวมกันกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (*คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๕/๒๕๕๗*)

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า **การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม** ในบริบทของคดีปกครอง (มาตรา ๙ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒) 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

จากการสรุปความหมายและขอบเขตของการเลือกปฏิบัติ ในหัวข้อ ๕.๑.๑.๑ -๕.๑.๑.๓ จะทำให้สามารถจำแนกความแตกต่างของ “การเลือกปฏิบัติ” ในบริบทต่างๆ ดังนี้

(๑) กรณีที่อยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

(๒) กรณีที่ไม่อยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่อาจอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายอื่นในความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายนั้น เช่น “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายปกครอง

(๓) กรณีที่เป็นการกล่าวอ้างว่าเกิดการเลือกปฏิบัติในความหมายกว้างซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนและไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายปกครองด้วย เช่น การอ้างว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกันหรืออ้างว่ามีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกัน

(๔) กรณีที่มีความทับซ้อนระหว่างการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่นๆ

จากการจำแนกดังกล่าว ทำให้สามารถแยกกรณี (๒) และ (๓) ออกจากขอบเขตการคุ้มครองในฐานะ “การเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เนื่องจากไม่อยู่ในขอบเขตความหมายและองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งหากจะมีประเด็นว่าควรมีการปรับปรุงพัฒนากฎเกณฑ์อย่างไรเพื่อคุ้มครองกรณีเหล่านั้นก็จะต้องทำการศึกษาในกรอบกฎหมายอื่นต่อไป สำหรับกรณีที่ (๔) แม้ว่าอาจไม่อยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติแต่ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เนื่องจากเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนอื่น

สำหรับกรณีที่ (๑) นั้นอยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่มีกฎหมายครอบคลุมแล้ว อย่างไรก็ตามกรณีที่น่าสนใจนี้มุ่งประสงค์จะชี้ให้เห็นถึงปัญหาการครอบคลุมของกฎหมาย

ก็คือ 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 จากนั้นจะสรุปวิเคราะห์ขอบเขตกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันว่าครอบคลุมการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนเพียงใดในหัวข้อ ๕.๑.๒.๒ หลังจากนั้นจะสรุปรูปแบบกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในหัวข้อ ๕.๑.๒.๓ เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อไป

๕.๑.๒.๑ สรุปวิเคราะห์เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติในขอบเขตของการวิจัยนี้เป็นการพิจารณาในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดังนั้น องค์ประกอบสำคัญที่ทำให้การปฏิบัติอันแตกต่าง (Distinction หรือ Differentiation) ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) คือการปฏิบัติอันแตกต่างกันต้องสืบเนื่องหรือเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Discrimination Grounds) ซึ่งเหตุดังกล่าวมีการระบุไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ จากการศึกษาวเคราะห์กฎหมายดังกล่าวเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย อาจจำแนกสรุปได้ ๔ กรณีดังนี้

(๑) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยกำหนดในลักษณะที่กว้างกว่าหรือเพิ่มเติมจากกฎหมายระหว่างประเทศระบุไว้ เช่น “การศึกษาอบรม” “สถานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม” อย่างไรก็ตามอาจพิจารณาได้ว่าเหตุดังกล่าวอาจจัดอยู่ในความหมายของ “สถานะอื่น” ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้สำหรับกรณี “สภาพทางกายหรือสุขภาพ” นั้นมีความหมายแตกต่างจาก “ความพิการ” โดยอาจรวมถึงสภาพทางกายต่างๆ เช่น น้ำหนัก ความสูง หรือการเจ็บป่วยเป็นโรคบางอย่างซึ่งไม่จัดอยู่ในความหมายของ “ความพิการ” ได้ด้วย หรือในกรณีเหตุ “วัยรุ่น” (บุคคลอายุเกินสิบปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงยี่สิบปีบริบูรณ์) ไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่ปัจจุบันไทยมีกฎหมายเฉพาะวางหลัก “ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุดังกล่าว (พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙)” จึงอาจจัดว่าเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามในอีกมุมมองหนึ่งอาจจัดอยู่ในเหตุ “อายุ”

(๒) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญของไทยมีการใช้ถ้อยคำในลักษณะที่แคบกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ให้การคุ้มครองเหตุเกี่ยวกับ “ความคิดเห็นทางการเมือง” ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศครอบคลุม “ความคิดเห็นอื่นใด” ด้วย ซึ่งมีขอบเขตกว้างกว่าการเมือง เช่น ความคิดเห็นในประเด็นต่างๆ ของสังคม สำหรับการระบุถ้อยคำ “ความเชื่อทางศาสนา” ตามรัฐธรรมนูญนั้นทำให้ขอบเขตของเหตุนี้มีลักษณะจำกัดลง โดยความเชื่อที่จะได้รับการคุ้มครองต้องเกี่ยวข้องกับ “ศาสนา” อันนำไปสู่ประเด็นปัญหาว่า ความเชื่อที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา รวมทั้ง ศาสนาที่มีใช้ศาสนากระแสหลัก จะจัดอยู่ในเหตุที่ได้รับความคุ้มครองนี้หรือไม่ ในขณะที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ความเชื่ออื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา อาจได้รับการคุ้มครองภายใต้ความหมายของ “ความคิดเห็นอื่นใด” นอกจากนี้กฎหมายบางประเทศระบุความเชื่ออื่น แยกจาก ศาสนา เช่น กฎหมายสวีเดนระบุ “ศาสนาหรือความเชื่ออื่นๆ (Religion or other Belief)” นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า จากร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น (๒๕๕๙) กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้เพียง “เหตุแห่งความแตกต่างระหว่างบุคคล เพศ ความพิการ หรือเหตุอื่นใด” ซึ่งเป็นการระบุเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ในขอบเขตที่จำกัดกว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายของหลายประเทศ ทำให้เกิดปัญหาต้องตีความว่า เหตุอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ระบุไว้ แต่เป็นเหตุตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือเป็นเหตุสำคัญที่ควรได้รับการคุ้มครองตามที่ปรากฏในกฎหมายต่างประเทศนั้น สามารถจัดอยู่ใน “เหตุอื่นใด” ได้หรือไม่

(๓) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณีกฎหมายต่างประเทศได้ขยายความจากเหตุดั้งเดิมที่ระบุไว้ โดยมีการแจกแจงรายละเอียดเพื่อความครอบคลุมและชัดเจน เช่น กรณีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เพศ” นั้น ในหลายประเทศระบุจำแนกละเอียดออกเป็นหลายกรณี เช่น “รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ” ด้วย ในขณะที่ประเทศไทยมีการบัญญัติไว้เพียง “เพศ” แต่กฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ ระบุเหตุแห่ง “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ครอบคลุม “การแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” นอกจากนี้ในบางเหตุที่กฎหมายต่างประเทศระบุไว้ชัดเจน เช่น การติดเชื้อเอชไอวี ดังเห็นได้จากกฎหมายระดับมลรัฐหลายมลรัฐในออสเตรเลีย แต่ในกรณีของไทยมิได้ระบุไว้โดยเฉพาะ ซึ่งอาจจะต้องตีความของถ้อยคำเกี่ยวกับเหตุ “สุขภาพ” ที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

(๔) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุมิได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่กฎหมายต่างประเทศบางประเทศกำหนดครอบคลุมขึ้นมา เพื่อเป็นการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในปัจจุบันที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะทางสังคม เช่น ประวัติการต้องโทษทางอาญา การให้นมบุตรจากอกแม่ การตั้งครรภ์ กรณีเหล่านี้มีความสำคัญและกระทบสิทธิของบุคคลในมิติต่างๆ เช่น การจ้างแรงงาน การดำเนินชีวิตในสถานที่สาธารณะ เป็นต้น ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว ในแง่หนึ่งอาจพิจารณาว่าสามารถตีความอยู่ในเหตุที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีการให้นมบุตร หรือ กรณีการตั้งครรภ์ อาจตีความอยู่ในเหตุแห่ง “เพศ” สำหรับกรณีประวัติอาชญากรรมอาจตีความอยู่ใน “สถานะของบุคคล”

แต่ในอีกแง่หนึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาความชัดเจนของการตีความในกรณีที่กฎหมายหลายประเทศได้ระบุเหตุดังกล่าวไว้โดยเฉพาะในกฎหมาย

จากผลการศึกษาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าว จะเห็นได้ถึงขอบเขตการครอบคลุมของกฎหมายไทยปัจจุบันดังจะได้สรุปในหัวข้อต่อไป

๕.๑.๒.๒ สรุปขอบเขตและการครอบคลุมของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายของไทยในบทที่ ๔ อาจสรุปภายใต้การพิจารณาสองปัจจัยหลักคือ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Ground of Discrimination) และ มิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination) ได้ว่า ปัจจุบันไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะอันมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ และ มิติของการเลือกปฏิบัติต่างๆ โดยกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะที่มีขอบเขตจำกัดในเชิงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ และ/หรือ มิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น ครอบคลุมเฉพาะบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เหตุแห่งเพศ เหตุแห่งอายุ หรือครอบคลุมเฉพาะบางมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น มิติด้านแรงงาน มิติด้านการศึกษา เป็นต้น ดังอาจสรุปจำแนกได้ตามตารางต่อไปนี้

กฎหมาย	เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุม	มิติของการเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุม	ข้อจำกัด
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ (มาตรา ๓๐)	ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ	ไม่จำกัดมิติ	ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติที่แตกต่างในภาคเอกชน (การกล่าวอ้างระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน)
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ (มาตรา ๓๐)	ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทาง	ไม่จำกัดมิติ	ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติที่แตกต่างในภาคเอกชน (การกล่าวอ้างระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน)

	ศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ		
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ (มาตรา ๙)	“การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทกฎหมายปกครอง อาจครอบคลุมกรณีที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน	“การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ในบริบทกฎหมายปกครอง มุ่งเน้นมิติการปฏิบัติที่เกิดจากภาครัฐ เช่น การออกกฎ คำสั่งทางปกครอง	ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติที่เกิดระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๒ (มาตรา ๒๒)	“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” จำกัดเฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกรณี “อายุ” (เด็ก)	ไม่จำกัดมิติ	ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ นอกจากอายุ (เด็ก)
พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐ (มาตรา ๗)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา และวัฒนธรรม การศึกษา อบรม ความคิดเห็นทางการเมือง การเกิดหรือสถานะอื่นของเด็กและเยาวชน บิดามารดา หรือผู้ปกครอง	การจดทะเบียนรับรอง การเกิด การพัฒนา การยอมรับ การคุ้มครองและโอกาสในการมีส่วนร่วมตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัตินี้	เฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติแห่งการเลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้
พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ (มาตรา ๑๕)	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ต่อคนพิการ (ครอบคลุมเฉพาะเหตุแห่งความพิการ)	มีขอบเขตด้านมิติที่กว้างทั้งการปฏิบัติในภาครัฐและเอกชน (การกำหนดนโยบาย กฎระเบียบ มาตรการ	ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ นอกจากความ

		โครงการ หรือวิธีปฏิบัติ ของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือ บุคคลใด)	พิการ
พระราชบัญญัติการจัด การศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๑ (มาตรา ๘)	เฉพาะเหตุแห่งการเลือก ปฏิบัติกรณีความพิการ	เฉพาะมติการศึกษา	ไม่ครอบคลุมการ ปฏิบัติที่แตกต่าง กรณีอื่น นอกจาก เหตุแห่งความ พิการ และ มิติด้าน การศึกษา
พระราชบัญญัติคุ้มครอง แรงงานพ.ศ. ๒๕๔๑ (มาตรา ๑๑/๑)	ลูกจ้าง (ลูกจ้างรับเหมา ค่าแรงที่ทำงานในลักษณะ เดียวกันกับลูกจ้างตาม สัญญาจ้างโดยตรง)	จ้างแรงงาน (เฉพาะ กรณีสิทธิประโยชน์ และสวัสดิการ)	เฉพาะในเหตุและ มิตที่กำหนด
พระราชบัญญัติคุ้มครอง แรงงานพ.ศ. ๒๕๔๑ (มาตรา ๘๙)	ลูกจ้าง (ไม่จำกัดเหตุแห่ง การเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะ)	จ้างแรงงาน (เฉพาะ กรณีค่าจ้าง)	เฉพาะในเหตุและ มิตที่กำหนด
พระราชบัญญัติคุ้มครอง แรงงานพ.ศ. ๒๕๔๑ (มาตรา ๑๕)	ลูกจ้าง (เฉพาะเหตุแห่ง เพศ โดยไม่จำกัด เพศ)	จ้างแรงงาน	เฉพาะในเหตุและ มิตที่กำหนด
พระราชบัญญัติคุ้มครอง แรงงานพ.ศ. ๒๕๔๑ (มาตรา ๑๖)	ลูกจ้าง (เฉพาะเหตุแห่ง เพศ โดยไม่จำกัดเพศ)	กระทำการล่วงเกิน คุกคามหรือก่อความ เดือดร้อนรำคาญทาง เพศต่อลูกจ้าง (Harassment)	ไม่ครอบคลุมการ คุกคามทางเพศ ระหว่างลูกจ้าง ด้วยกัน และกรณี สภาพแวดล้อมใน

			การทำงานอันมีลักษณะคุกคาม (Hostile Working Environment)
พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. ๒๕๔๖	เหตุแห่ง “อายุ” (ไม่กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติ แต่กำหนดมาตรการ “ส่งเสริม” ผู้สูงอายุ ซึ่งอาจเทียบได้กับ “Affirmative Action”)	สิทธิได้รับการคุ้มครอง การส่งเสริม และการสนับสนุนในมิติด้านต่างๆ ตามมาตรา ๑๑ ซึ่งมีขอบเขตมิติที่กว้าง เช่น การบริการ สาธารณสุข การศึกษา การประกอบอาชีพ ฯลฯ	เฉพาะในเหตุและมิติที่กำหนด
พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙	“วัยรุ่น” (เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติด้าน “อายุ”)	สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง สิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารและ ความรู้ ได้รับการบริการอนามัยการเจริญพันธุ์ ได้รับการรักษาความลับและ ความเป็นส่วนตัว ได้รับการจัดสวัสดิการสังคม รวมทั้งการได้รับสิทธิอื่นใดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้	เฉพาะในเหตุและมิติที่กำหนด
พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศ (เฉพาะเหตุแห่งเพศ โดยไม่จำกัดเพศ	ไม่จำกัดมิติ	เฉพาะในเหตุและมิติที่กำหนด

จากตารางสรุปดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ยังไม่ครอบคลุมกรณีต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายต่างประเทศให้การคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเลือกปฏิบัติในมิติและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ นอกขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าว อันสรุปได้ดังนี้

-การเลือกปฏิบัติในภาครัฐกับภาคเอกชน ผลการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ชี้ให้เห็นว่า หลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของหลายประเทศจะมีผลบังคับในเชิงแนวตั้ง (Vertical Application) กล่าวคือใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างภาครัฐกับเอกชน ซึ่งเอกชนอาจยกสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญขึ้นยันต่อรัฐหากมีการกระทำของหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจสามารถนำมาบังคับใช้ในเชิงแนวนอน (Horizontal Application) ในการควบคุมภาคเอกชนที่กระทำการเลือกปฏิบัติต่อเอกชนด้วยกันได้ สำหรับกรณีของไทยนั้น รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้มีผลในเชิงแนวนอน โดยหลักแล้วเอกชนจึงไม่อาจยกหลักการตามรัฐธรรมนูญขึ้นอ้างยันเอกชนด้วยกันได้ แต่หลักการตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางอ้อมต่อเอกชนที่ถูกเลือกปฏิบัติจากเอกชนด้วยกันโดยรัฐต้องตรากฎหมายเพื่อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน

ดังนั้น ในแง่นี้ ปัญหาการครอบคลุมทางกฎหมายในกรณีการเลือกปฏิบัติอาจจำแนกได้สองกรณี

กรณีแรก การเลือกปฏิบัติจากภาครัฐ เช่น กฎเกณฑ์ ภาระเบียด หรือการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากองค์กรของรัฐ การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ กรณีเหล่านี้หากไม่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน อาจต้องพิจารณาตามกรอบกฎหมายอื่น เช่นกฎหมายปกครอง

กรณีที่สอง การเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน เช่น การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้าง หรือการเลือกปฏิบัติในบริบทอื่น เช่น การปฏิเสธการให้บริการหรือการจำหน่ายสินค้า การจำกัดสิทธิในการเข้าถึงบริการหรือสถานที่ของภาคเอกชนต่างๆ หากเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้วก็จะจัดอยู่ในขอบเขตของการเลือกปฏิบัติได้ จากผลการวิจัยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเช่น แอฟริกาใต้แล้วพบว่า รัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนดังเช่นรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ ซึ่งกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติออกเป็นสองกรณี ได้แก่ การเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐ ซึ่งห้ามรัฐกระทำการเลือกปฏิบัติต่อประชาชน และ การเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้รัฐตรากฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติที่กระทำโดยภาคเอกชน สำหรับรัฐธรรมนูญของไทยนั้นเป็นการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติทั่วไปซึ่งตีความตามหลักการของรัฐธรรมนูญแล้วจะครอบคลุมเฉพาะการอ้างยันต่อรัฐเท่านั้น แต่ทั้งนี้โดยนัยของหลักการตามรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐก็มีหน้าที่ตรากฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติที่เกิดจากภาคเอกชนด้วย ซึ่งเป็นไปในทางเดียวกับรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ เพียงแต่รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้กำหนดลงไปในตัวบทอย่างชัดเจนว่าให้รัฐมีหน้าที่ในการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติและห้ามการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชน

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากกฎหมายไทยที่มีอยู่ปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า มีปัญหากรณี การเลือกปฏิบัติในภาคเอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการซื้อสินค้า บริการ ซึ่งมีการปฏิเสธสินค้าหรือการให้บริการด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายเฉพาะดังกล่าวในตารางข้างต้นไม่ครอบคลุมถึง เช่น การปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าหรือไม่ให้บริการบุคคลด้วยเหตุเชื้อชาติ ศาสนา หรือกรณีเหตุแห่ง “ความคิดเห็นอื่นหรือความเชื่อ” เช่นจากกรณีตุ๊กตาลูกเทพ เป็นต้น หรือจากการสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลว่า “ร้านนวดบางแห่งไม่ให้บริการแก่คนไทย ให้บริการเฉพาะนักท่องเที่ยวจีน /เกาหลี เท่านั้น” “ร้านอาหารบางแห่งเปิดให้บริการเฉพาะทัวร์จีนเท่านั้น ลูกค้าคนไทยไม่ต้อนรับ” “บริการขนส่ง รถแท็กซี่ ปฏิเสธไม่รับผู้โดยสารคนไทย โดยให้บริการเฉพาะชาวต่างชาติ” “รถสามล้อ ปฏิเสธไม่รับผู้โดยสารคนไทย” กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เชื้อชาติ หรือ สัญชาติ” ในมิติของการให้บริการ ซึ่งไม่มีกฎหมาย

คุ้มครองเป็นการเฉพาะ⁵ เนื่องจากไม่มีกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติซึ่งจะมาปรับใช้สำหรับมิติ เช่นนี้ นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างกรณีการให้บริการศึกษาภาคเอกชน หรือการจ้างแรงงาน ที่มีผู้ให้ข้อมูลจากการสัมภาษณ์เห็นว่า กฎระเบียบของสถานศึกษาภาคเอกชนกำหนดให้นักเรียนไปปฏิบัติธรรมของศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือ นโยบายของบริษัทกำหนดให้ พนักงานไปปฏิบัติธรรมของศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ดังนี้ แม้ว่ามิมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุศาสนา แต่ก็ไม่สามารถยกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ขึ้นยันกับภาคเอกชนได้

-เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณี แม้อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แต่อาจมีปัญหากรณี การเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในภาคเอกชน เช่น สภาพร่างกาย ตัวอย่างเช่น การที่ภาคเอกชนนำเอาคุณสมบัติ ด้านสภาพร่างกายมาเป็นเงื่อนไขการรับบุคคลเข้าทำงาน และสภาพทางกายนั้นมีได้เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติ อันจำเป็นของงานนั้นๆ (เทียบเคียงกับกรณีคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเรื่องปานบน ไบหนักำงานด้านดนตรี, *รายงานผลพิจารณาที่ ๑๙๔/๒๕๕๗*) หรือในกรณีเหตุเกี่ยวกับ สุขภาพ เช่น การนำเอาเหตุความเจ็บป่วยของบุคคลมาเป็นเงื่อนไขในการจ้างแรงงานในภาคเอกชน ทั้งนี้เนื่องจาก หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญไม่อาจยกขึ้นอ้างยันระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน แต่ยังไม่มีความหมายเฉพาะที่ครอบคลุมกรณีลักษณะนี้ที่เกิดขึ้นในภาคเอกชน

-การปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในมิติการจ้างแรงงานซึ่งเกิดขึ้นในช่วงก่อน ความสัมพันธ์ในฐานะนายจ้าง ลูกจ้าง เช่น การโฆษณาประกาศรับสมัครงานที่มีลักษณะกีดกันบุคคลด้วย เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นอกจากเพศ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ การปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวในบริบท การบริหารทรัพยากรมนุษย์นั้น นอกจากเกี่ยวข้องกับการกระทำของนายจ้างแล้วยังรวมถึงการกระทำของผู้ ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องเช่น ธุรกิจจัดหางาน เป็นต้น หรือในกรณีข้อมูลจากการรับฟังความคิดเห็น ผู้ให้ ข้อมูลเห็นว่า “การที่ใบสมัครงานกำหนดให้ต้องระบุ ศาสนา เชื้อชาติ สัญชาติ จะส่งผลให้เกิดการ คัดเลือกโดยมีอคติเกี่ยวกับศาสนา เชื้อชาติ แทนที่จะคำนึงถึงความสามารถที่เกี่ยวกับงานนั้น” กรณีนี้ กฎหมายไทยมิได้กำหนดห้ามการถามข้อมูลอื่นเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในขั้นตอนการรับสมัคร หรือการคัดเลือกพนักงาน ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายบางประเทศที่กำหนดควบคุมการเลือกปฏิบัติในขั้นตอน นี้ จะเห็นได้ว่า กรณีเหล่านี้ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมถึง

-กรณีการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ (Hate Speech) ดังเช่นกรณีข้อเท็จจริงจากผู้ให้สัมภาษณ์ สทนากลุ่ม เช่น มัคคุเทศก์ชาวไทย ผู้ให้ข้อมูล เห็นว่า “รู้สึกไม่ ดีต่อมัคคุเทศก์ชาวจีน มาแย่งงาน หรือ ผู้ประกอบการค้าปลีกรายย่อยเห็นว่า ชาวเวียดนามเข้ามาแย่ง อาชีพขายสินค้า กรณีทัศนคติเหล่านี้นำไปสู่การกล่าววาจาอันเป็นการคุกคาม (Harassment) ด้วยเหตุแห่ง เชื้อชาติได้ แต่ทั้งนี้ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับพฤติกรรมดังกล่าว

⁵ แต่ในบางภาคธุรกิจอาจมีกฎหมายเฉพาะเช่นการรับผู้โดยสารของแท็กซี่ แต่ก็ไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตาม ความหมายของสิทธิมนุษยชน

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

-การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ในกรณีที่ไม่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน เช่น ในมติดการศึกษา ดังจะเห็นได้จาก กรณีตามคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ที่มีการอ้างว่าถูกคุกคามทางเพศในโรงเรียน เป็นต้น ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมเป็นการเฉพาะ

-การคุกคาม (Harassment) ในบริบทอื่นนอกจากการจ้างแรงงาน และในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเหตุอื่นนอกจากการคุกคามทางเพศ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ความพิการ ฯลฯ ยังไม่มีกฎหมายครอบคลุมเป็นการเฉพาะ เช่น คำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ผู้ร้องอ้างว่า “ครูประจำชั้นที่โรงเรียนฯ กล่าวหาว่า นางสาวเอ เป็นโรคขาดผู้ชายไม่ได้ ต้องนำไปบำบัด มีสื่อรุมโจมตีเพราะเป็นผู้พิการ” (คำร้องที่ ๔๗๖/๒๕๕๖) เป็นต้น หรือจากกรณีการสัมภาษณ์ที่ผู้ให้ข้อมูลถูกล้อเลียนเกี่ยวกับสภาพร่างกายจากเพื่อนร่วมงาน โดยการล้อเลียนเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้ชีวิต การรับประทานอาหาร เปรียบเทียบร่างกาย (รูปร่างอ้วน) กับสัตว์ชนิดต่างๆ ส่งตัวการ์ตูนสติ๊กเกอร์รูปสัตว์อ้วนรูปแบบต่างๆ มาล้อเลียนในสื่อสังคมออนไลน์ที่ใช้ในการทำงาน กรณีเช่นนี้มีลักษณะเป็นการคุกคาม (Harassment) แต่ไม่เกี่ยวข้องกับเหตุทางเพศ และไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่จะครอบคลุมถึง

-เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณียังอาจไม่ครอบคลุมดังที่ได้สรุปไว้แล้วในหัวข้อ ๕.๑.๒.๑ เช่น “ความคิดเห็นอื่นใด” ที่กว้างกว่าความคิดเห็นทางการเมือง และ “ความเชื่อ” ที่กว้างและไม่ผูกพันกับ “ศาสนา” หรือในบางเหตุยังต้องมีการตีความ เช่น ผู้ติดเชื้อเอชไอวี สำหรับเหตุ “การตั้งครรภ์” อาจจัดอยู่ในเหตุแห่ง “เพศ” ได้ แต่ยังมีปัญหาในแง่กฎหมายที่เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติในมิตินี้ โดยอาจมีกฎหมายบางฉบับที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน แต่ยังไม่ครอบคลุมมิติอื่น เช่น การให้บริการต่างๆ ของภาคเอกชน นอกจากนี้กรณี “ตาบอดสี” ก็ยังไม่มีผลชัดเจนว่าจะจัดอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติชนิดใดหรือไม่ เช่นเดียวกับ “การให้นมบุตรจากอกแม่” ซึ่งบางประเทศกำหนดไว้เป็นเหตุโดยเฉพาะนั้น ตามกฎหมายไทยยังไม่มีผลชัดเจนว่าจะครอบคลุมถึงหรือไม่ เป็นต้น

- เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่าง กฎหมายต่างประเทศกำหนดไว้โดยเฉพาะแต่สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกำหนดเฉพาะเช่น ประวัติการกระทำความผิดทางอาญา เป็นต้น ซึ่งแม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่พบว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามเหตุนี้อาจยังเป็นที่ถกเถียงและมีประเด็นเกี่ยวกับหลักคุณสมบัติความจำเป็นสำหรับงานนั้นด้วย

หากตั้งต้นพิจารณาจากเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่างที่งานวิจัยนี้นำมาศึกษา จะทำให้เชื่อมโยงถึงปัญหาในภาพรวมของกฎหมายสิทธิมนุษยชนด้านการห้ามเลือกปฏิบัติของไทย ตัวอย่างเช่น ผลการศึกษาปัญหาของการนำ “ประวัติอาชญากรรม” มาเป็นเหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลในมิติของการจ้างแรงงานนั้น สะท้อนถึงปัญหาทางกฎหมายในภาพรวมดังนี้

-ประเทศไทยมีกฎหมายครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุ เช่น เพศ เด็ก ความพิการ แต่ขาดกฎหมายที่ครอบคลุม เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่าง เช่น ประวัติอาชญากรรม

-ประเทศไทยมีกฎหมายครอบคลุมการเลือกปฏิบัติบางมิติ เช่น แรงงาน การศึกษา ฯลฯ แต่ยังขาดกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมบางมิติ เช่น การนำประวัติอาชญากรรมมาปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในชั้นความสัมพันธ์ก่อนสัญญาจ้างแรงงาน

-แม้รัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมามีหลักห้ามเลือกปฏิบัติ แต่สำหรับกรณีการกล่าวอ้างระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันนั้น ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะครอบคลุมอย่างเหมาะสม กล่าวคือ ประเทศไทยยังขาดกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติในมิติของภาคเอกชนโดยเฉพาะการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันที่ครอบคลุมมิติและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ ดังเช่น กรณีการเลือกปฏิบัติในขั้นตอนการรับสมัครงานด้วยเหตุแห่งประวัติอาชญากรรม เป็นต้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องยังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน เนื่องจากขาดกฎหมายกลางที่จะใช้กับกรณีที่นอกเหนือจากขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าว อันจะนำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อไป

๕.๑.๓ รูปแบบการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ (Model of Discrimination Laws)

จากการศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายต่างประเทศ พบว่ามีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันในการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ ผู้วิจัยจึงได้ทำการจำแนกตัวแบบ (Model) ของการกำหนดกฎหมาย โดยพิจารณาจากปัจจัยสำคัญสองประการ ได้แก่ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Grounds of Discrimination) และ มิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination) ซึ่งอาจจำแนกได้ ๓ รูปแบบหลักดังนี้

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

รูปแบบที่ ๒ บัญญัติกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ แต่ละฉบับครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะบางเหตุ และครอบคลุม มิติของการเลือกปฏิบัติเฉพาะบางมิติ สำหรับในรูปแบบนี้ ยังอาจจำแนกพิจารณาได้ ๓ กรณีย่อย ได้แก่

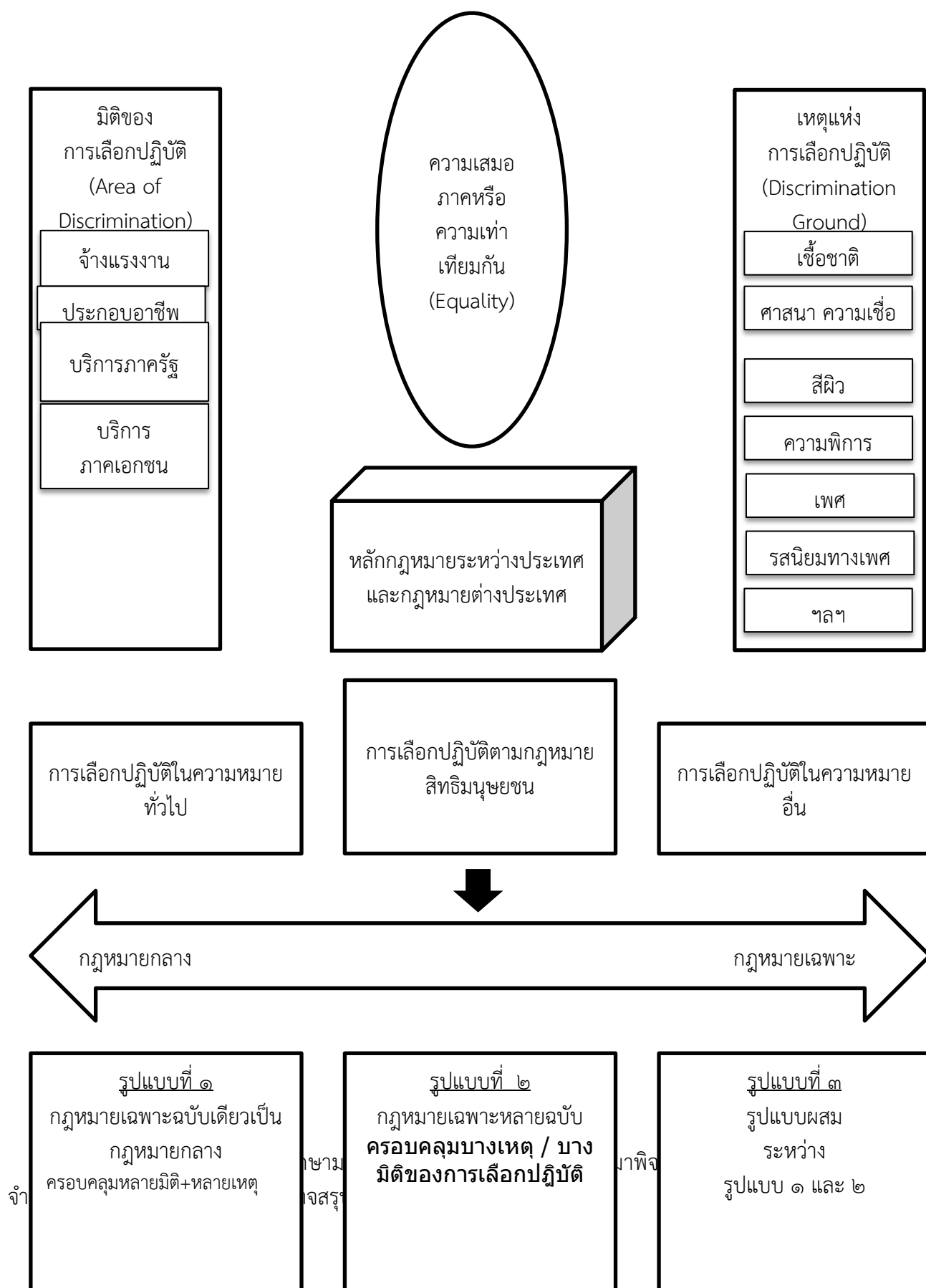
กรณีแรก กฎหมายที่คุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุเดียว และ ครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติเพียงมิติเดียว เช่น กฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการในการศึกษา กฎหมายลักษณะนี้จะครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะเหตุด้านความพิการ และ ครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติเฉพาะมิติทางการศึกษา

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 และ ครอบคลุมมิติของการเลือกปฏิบัติหลายมิติ อย่างไรก็ตาม นอกจากกฎหมายกลางนี้แล้ว ยังมีกฎหมายฉบับอื่นๆที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติในบางมิติ หรือบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จากการศึกษาพบว่า การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติในประเทศ มักจะใช้รูปแบบที่ ๓

อาจสรุปจำแนกรูปแบบการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติดังแผนภาพต่อไปนี้



ออสเตรเลีย : ในกรณีของออสเตรเลีย พบว่า สำหรับในระดับสหพันธรัฐนั้น เครือรัฐออสเตรเลียมีกฎหมายเฉพาะ เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย ได้แก่ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission Act ๑๙๘๖) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางอายุ (Age Discrimination Act ๒๐๐๔) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางความพิการ (Disability Discrimination Act ๑๙๙๒) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Racial Discrimination Act ๑๙๗๕) พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศ (Sex Discrimination Act ๑๙๘๔) สำหรับกฎหมายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนั้น มีใช้เพียงจัดตั้งคณะกรรมการเท่านั้น แต่มีการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมมิติและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติกรณีต่างๆเป็นการทั่วไป อันมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติหลายเหตุและมิติการเลือกปฏิบัติหลายมิติ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายเฉพาะสำหรับการเลือกปฏิบัติในบางมิติและบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเพิ่มเติมเข้ามาสำหรับ มิติหรือเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่เห็นว่าจำเป็นต้องมีหลักการเฉพาะเพิ่มเติมในรายละเอียด ดังนั้น จึงอาจจัดอยู่ในกลุ่มของรูปแบบที่สาม

สหรัฐอเมริกา : ในสหรัฐอเมริกา นั้น กฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Right Act) จัดว่าเป็นกฎหมายระดับรัฐบาลกลางที่สำคัญอันเกี่ยวข้องกับการวางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่ครอบคลุมเหตุและมิติของการเลือกปฏิบัติต่างๆ เช่น

ห้ามการเลือกปฏิบัติโดยนายจ้างทั้งภาครัฐและเอกชนที่มีลูกจ้าง ๑๕ คนขึ้นไป

ห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ชาติดำเนิน โดยภาคเอกชนและภาครัฐ ในมิติที่เกี่ยวกับการเข้าถึงหรือเข้าใช้บริการสถานที่พักหรือการบริการ เช่น โรงแรม ร้านอาหาร โรงภาพยนตร์

ห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ชาติดำเนิน เพศ โดยสถาบันการศึกษาที่ได้รับการอุดหนุนจากภาครัฐรวมทั้งองค์กรสาธารณะอื่นที่ได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลกลาง

ห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ชาติดำเนิน ในมิติที่เกี่ยวกับ “โปรแกรมหรือกิจกรรมใดๆ (Program or activity) ซึ่งได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลกลาง

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายเฉพาะ ที่มีขอบเขตครอบคลุมเฉพาะเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการ และมีขอบเขตเฉพาะบางมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น กฎหมายคนพิการอเมริกัน ห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการในมิติของการจ้างแรงงาน และการเข้าถึงสถานที่ให้บริการสาธารณะ กฎหมายการศึกษาสำหรับผู้พิการ มีขอบเขตครอบคลุมสถาบันการศึกษาภาครัฐในการเข้าถึงการศึกษาของผู้พิการ

จะเห็นได้ว่า กฎหมายสิทธิพลเมืองของสหรัฐอเมริกานั้น มีกฎหมายฉบับหลักที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในเหตุต่างๆ และในมิติต่างๆ อันเป็นลักษณะที่เปรียบเทียบกับกฎหมายกลางตามรูปแบบที่หนึ่ง อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกามีได้มีกฎหมายดังกล่าวเพียงฉบับเดียว ยังคงมีกฎหมายเฉพาะอีกหลายฉบับที่ครอบคลุมเฉพาะบางมิติของการเลือกปฏิบัติและบางเหตุของการเลือกปฏิบัติ จึงสามารถจัดอยู่ในกลุ่มรูปแบบที่สาม

แคนาดา : สำหรับแคนาดานั้น พบว่า มีกฎหมายฉบับหลักที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่างๆและในมิติต่างๆ กล่าวคือ กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canadian Human Right Act) ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้าและบริการ กฎหมายนี้มีขอบเขต

ครอบคลุมการดำเนินการของภาครัฐและเอกชน รวมทั้งบุคคลที่ได้รับสินค้าและบริการจากภาคอุตสาหกรรมใดๆ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้อาจจัดอยู่ในรูปแบบแรก

แอฟริกาใต้ : กฎหมายแอฟริกาใต้มีรูปแบบการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในภาคเอกชนโดยจำแนกมิติของการจ้างงานออกจากมิติอื่นๆ กล่าวคือ

-กรณีประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติของการจ้างแรงงาน จะอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในการจ้างแรงงาน (Employment Equality Act, ๑๙๙๘) ซึ่งมีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในสถานที่ทำงาน

-กรณีประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติอื่นๆ อยู่ภายใต้กฎหมายการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, ๒๐๐๐) ซึ่งครอบคลุมการปฏิบัติต่อบุคคลในมิติต่างๆ ของสังคม เว้นแต่กรณีที่อยู่ภายใต้กฎหมาย ความเท่าเทียมกันในการจ้างแรงงาน

จะเห็นได้ว่า กฎหมายการส่งเสริมความเท่าเทียมกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ของแอฟริกาใต้มีลักษณะเทียบได้กับการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบแรก อย่างไรก็ตาม มีกฎหมายเฉพาะเพิ่มเติมเข้ามาในมิติการจ้างแรงงาน จึงอาจจัดอยู่ในกลุ่มที่สาม

อินเดีย: กฎหมายอินเดีย มีรูปแบบการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในลักษณะกระจัดกระจาย ตามเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ เช่น กฎหมายคนพิการ (Person with Disability Act) ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากองค์กรของรัฐในมิติการศึกษา การจ้างงานภาครัฐที่เกี่ยวกับคนพิการ กฎหมายสิทธิประโยชน์ของแม่ (Maternity Benefits Act) มีหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในมิติการจ้างแรงงาน กฎหมายค่าตอบแทนการทำงานที่เท่าเทียมกัน (Equal Remuneration Act) ครอบคลุมประเด็นค่าตอบแทนการทำงานในภาคส่วนต่างๆ ทั้งรัฐและเอกชน จะเห็นได้ว่าประเทศอินเดียมีแนวทางการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบที่สอง

สวีเดน : ในกรณีของประเทศสวีเดนนั้น พบว่า เดิมหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติของประเทศสวีเดน ถูกบัญญัติรับรองไว้ในลักษณะกระจัดกระจายตามกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ ซึ่งแต่ละฉบับครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุและบางมิติของการเลือกปฏิบัติ เช่น “กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติในชีวิตการทำงานด้วยเหตุแห่งความพิการ” มีขอบเขตเฉพาะมิติของการจ้างแรงงานและครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะเหตุแห่งความพิการ เป็นต้น รูปแบบการบัญญัติกฎหมายลักษณะนี้ อาจเปรียบเทียบกับประเทศไทยในปัจจุบันซึ่งมีหลักการเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ อย่างไรก็ตามหลังจากกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติฉบับใหม่ ปี ๒๐๐๙ (Discrimination Act) มีผลใช้บังคับ ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงระบบและรูปแบบการคุ้มครองความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติในประเทศสวีเดน โดยกฎหมายใหม่นี้มีลักษณะเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่ครอบคลุมมิติต่างๆ และเหตุต่างๆ ของการเลือกปฏิบัติ อันเป็นลักษณะของกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติโดยรวมของประเทศ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้อาจจัดอยู่ในรูปแบบแรก

ฟินแลนด์ : สำหรับประเทศฟินแลนด์ นั้น มีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Act (๑๓๒๕/๒๐๑๔) แต่ก็ไม่ได้เป็นเพียงกฎหมายฉบับเดียว เนื่องจากยังมีกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ เช่น

- กฎหมายความเท่าเทียมระหว่างหญิงและชาย กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ และส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ Act on Equality between Women and Men (๖๐๙/๑๙๘๖)

- กฎหมายอาญา กำหนดความผิดสำหรับการเลือกปฏิบัติในกรณีเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ที่มีลักษณะการขู่เข็ญ (Extortionate Work Discrimination) การยุยงปลุกปั่นด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ (Ethnic Agitation) Criminal Code (๓๙/๑๘๘๙)

- กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กำหนดห้ามการโฆษณาที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสม (Inappropriate Marketing) ซึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเช่น เชื้อชาติ

ทั้งนี้ กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายกลางกับกฎหมายเฉพาะทั้ง ๓ ฉบับดังกล่าวข้างต้นไว้ โดยการเลือกปฏิบัติที่อยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายเฉพาะ ก็ให้ไปใช้กฎหมายเหล่านั้น สำหรับกรณีการเลือกปฏิบัติอื่นๆที่ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะก็จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัตินี้

จะเห็นได้ว่า กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติของฟินแลนด์มีลักษณะเป็นกฎหมายกลางที่ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ ในมิติของการเลือกปฏิบัติต่างๆ แต่ในขณะเดียวกัน ก็ยังมีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติเกี่ยวข้องกับ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุ หรือ มิติของการเลือกปฏิบัติบางด้าน โดยกฎหมายเหล่านี้ใช้ควบคู่กันไป กล่าวคือ หากเป็นกรณีเลือกปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะ กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายกลางก็กำหนดให้นำกฎหมายเฉพาะไปปรับใช้

ไทย : ในกรณีของประเทศไทย หากพิจารณากฎหมายไทยฉบับต่างๆ ตามที่สรุปในหัวข้อ ๕.๑.๔ เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศดังที่ได้ศึกษามาแล้วพบว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติอันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางเหตุและเกี่ยวข้องกับมิติของการเลือกปฏิบัติบางด้าน แต่ยังไม่มีความหมายกลางที่ครอบคลุมอย่างกว้างถึงเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและมิติของการเลือกปฏิบัติทั้งหมดในภาพรวมดังเช่นในกรณีประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฟินแลนด์ ประเทศสวีเดน ประเทศแคนาดา ออสเตรเลีย ดังนั้นในกรณีของประเทศไทยจึงอาจจัดอยู่รูปแบบที่สอง ซึ่งนำไปสู่ปัญหาสำคัญที่ว่า กฎหมายเฉพาะต่างๆ ดังกล่าวนั้นยังไม่ครอบคลุมถึงการเลือกปฏิบัติและการกระทำที่ละเมิดต่อหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน เช่น กรณีการคุกคาม (Harassment) ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ นอกจากเหตุแห่งเพศ การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานที่เกิดขึ้นระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง และกรณีสภาพแวดล้อมการทำงานในลักษณะคุกคาม (Hostile Working Environment) การปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในลักษณะเป็นที่พึงพอใจน้อยกว่าในที่สาธารณะหรือการปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในลักษณะด้อยกว่า การปฏิเสธการให้บริการหรือจำหน่ายสินค้าด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) เป็นต้น ทำให้ยังมีการเลือกปฏิบัติหลายกรณีที่ถูกกฎหมายไทยยังไม่ครอบคลุมถึง เนื่องจากไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเฉพาะที่มีอยู่ และไม่มีกฎหมายกลางที่มีขอบเขตกว้างมารองรับ

๕.๒ ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากผลการวิจัยชี้ให้เห็นประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทั้งในภาพรวมและในกรณีเฉพาะหลายประเด็น ผู้วิจัยจึงได้จำแนกข้อเสนอแนะเป็นสองระดับคือ ข้อเสนอแนะโดยภาพรวม ข้อเสนอแนะที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ข้อเสนอแนะเฉพาะประเด็นของการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งข้อเสนอแนะในการต่อยอดการวิจัยต่อไป

๕.๒.๑ ข้อเสนอแนะในภาพรวม

จากปัญหาขอบเขตกฎหมายไทยที่มีผลบังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งผลการวิจัยภายใต้กรอบแนวคิดของการเลือกปฏิบัติในขอบเขตกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น พบว่ายังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในหลายกรณี ดังที่ได้สรุปให้เห็นในหัวข้อ ๕.๑ จึงนำมาสู่ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ด้วยการเสนอให้มีการบัญญัติ *กฎหมายกลางที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ* ด้วยเหตุต่างๆ ตามที่รับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายไทย กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทาง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ รวมทั้งครอบคลุมเหตุอื่นที่มีความจำเป็นในสังคมปัจจุบัน

สำหรับรูปแบบของกฎหมายกลางของประเทศไทยนั้น จากผลการวิจัยที่ได้ศึกษาระบบโครงสร้างกฎหมายของต่างประเทศในการห้ามเลือกปฏิบัติและได้จำแนกเป็น ๓ รูปแบบนั้น พบว่า ประเทศไทยจัดอยู่ในรูปแบบที่สอง กล่าวคือมีกฎหมายเฉพาะบางฉบับที่ครอบคลุมบางมิติหรือบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ จึงทำให้ไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในประเด็นที่อยู่นอกขอบเขตกฎหมายเหล่านั้น ด้วยเหตุนี้ จึงมีข้อเสนอสองแนวทางคือ

แนวทางแรก เสนอให้ไทยปรับโครงสร้างกฎหมายโดยยกเลิกกฎหมายเฉพาะฉบับต่างๆ ที่มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยรวมหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเข้ามาอยู่ในกฎหมายกลางอันเป็นกฎหมายหลักฉบับเดียว ซึ่งเป็นแนวทางของสวีเดนในการปรับปรุงกฎหมายเลือกปฏิบัติ โดยแนวทางนี้จะทำให้ไทยปรับเปลี่ยนจากรูปแบบที่สองไปเป็นรูปแบบแรก

แนวทางที่สอง เสนอให้ไทยปรับโครงสร้างกฎหมายไปอยู่ในรูปแบบที่สาม กล่าวคือ เพิ่มเติมกฎหมายกลาง โดยที่ยังคงกฎหมายเฉพาะฉบับต่างๆ ไว้ ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายกลางสามารถครอบคลุมการเลือกปฏิบัติอื่นๆ ที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมายเฉพาะดังกล่าวนั่นเอง

๕.๒.๒ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าหลักของรัฐธรรมนูญจะรับรองถึงความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติ แต่ก็ยังคงมีปัญหาถึงความชัดเจนในการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันและปัญหาอื่นๆ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะสามประการดังนี้

(๑) การบัญญัติหลักการเลือกปฏิบัติภาครัฐและภาคเอกชน

ผู้วิจัยมีข้อเสนอให้ปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญในส่วนของการเลือกปฏิบัติโดย วางหลักรับรองความเท่าเทียมกันและห้ามเลือกปฏิบัติทั่วไป โดยแยกการเลือกปฏิบัติออกเป็นการกระทำของรัฐ และ เอกชน

ในส่วนภาครัฐนั้น เสนอให้มีหลักการว่า “รัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคล ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ เพศ การตั้งครรรภ์ สถานะความเป็นมารดา ชาตินิกาย ศาสนา รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และถิ่นกำเนิด...”

ในส่วนของภาคเอกชนนั้น เสนอให้มีหลักการว่า “บุคคลจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ ในการนี้รัฐต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว”

(๒) การบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

ในส่วนของหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ นั้น มีข้อเสนอว่า “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ปรากฏอยู่ในข้อเท็จจริง สภาพคำร้อง และคำพิพากษา หลายกรณี แต่มิได้มีการนำหลักนี้มาอธิบายไว้อย่างชัดเจน กฎหมายเฉพาะบางฉบับสะท้อนหลักการนี้ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่มุ่งเน้นที่ผลกระทบ (Effect) ซึ่งทำให้คนพิการเสียสิทธิประโยชน์ อันเป็นแนวคิดของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะสองแนวทางดังนี้

แนวทางแรก แก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมให้ชัดเจน โดยอาจจำแนกออกจากการเลือกปฏิบัติโดยตรง ดังเช่นกรณีแอฟริกาใต้

แนวทางที่สอง เสนอให้องค์กรที่เกี่ยวข้องเช่น ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ นำหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมาอธิบายประกอบการพิจารณากรณีที่มีสภาพข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

(๓) กำหนดถ้อยคำเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติ”

การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (Differential Treatment) เป็นคำที่มีลักษณะเป็นกลาง (Neutral) กล่าวคือ อาจเป็นการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย หรือ อาจเป็นการกระทำที่ไม่เข้าองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายก็ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายประเทศต่างๆ มีรูปแบบที่แตกต่างกันไปในการใช้ถ้อยคำเพื่อจำแนก การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันต้องห้ามตามกฎหมาย และ การปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย ทั้งนี้ ผลการวิจัย (หัวข้อ 4.3.6 วิเคราะห์รูปแบบและโครงสร้างการกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ) ชี้ให้เห็นว่าการจำแนกความแตกต่างระหว่าง “การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันต้องห้ามตามกฎหมาย” และ “การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย” ดังที่ปรากฏตามกฎหมายของประเทศต่างๆ นั้นอาจจำแนกได้ ๔ รูปแบบ สำหรับกฎหมายไทย ผู้วิจัยมีข้อเสนอให้กำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันอันต้องห้ามตามกฎหมายว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) และกำหนดเรียกการปฏิบัติที่แตกต่างกันแต่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายกำหนด หรือ ไม่เข้าองค์ประกอบเงื่อนไขของการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายว่า “การกระทำที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ” โดยเสนอว่าไม่จำต้องนำองค์ประกอบ “เป็นธรรม” (Fair) หรือ “ไม่เป็นธรรม” (Unfair) มาใช้ในการจำแนกระหว่างการปฏิบัติทั้งสองอย่างดังกล่าว ทั้งนี้เพราะคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) แสดงนัยถึงความหมายในทางลบอยู่ในตัวเอง นอกจากนี้ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับก็ได้ใช้องค์ประกอบ “เป็นธรรม” มาขยายคำว่าเลือกปฏิบัติแต่อย่างไร

(๔) การบัญญัติหลักการเกี่ยวกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ ในประเด็นของ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย พบว่ายังมีปัญหาการระบุเหตุต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ จึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

-เพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการให้ครอบคลุมและสอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติให้ครอบคลุม “ความคิดเห็นอื่นใด” นอกเหนือจาก “ความคิดเห็นทางการเมือง” รวมทั้งกำหนดเหตุครอบคลุม “ความเชื่ออื่น” นอกจากความเชื่อทาง “ศาสนา”

- เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่าง ไม่ได้มีการระบุไว้ชัดแจ้งตามรัฐธรรมนูญ เช่น ประวัติอาชญากรรม กรณีเช่นนี้ แม้ว่าในแง่หนึ่ง หากพิจารณากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า เหตุดังกล่าวมิได้ปรากฏอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม แต่ในอีกแง่หนึ่งนั้น อาจพิจารณาได้ว่า เหตุดังกล่าวมีความสำคัญและการนำเหตุดังกล่าวมาปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น ส่งผลกระทบต่อสิทธิพื้นฐานของบุคคลในด้านต่างๆ เช่นการประกอบอาชีพ การใช้บริการต่างๆ ดังนั้นก็ควรมีการคุ้มครองความเท่าเทียมกันของบุคคลที่อยู่ในกลุ่มนี้ด้วย ดังนั้นจึงมีข้อเสนอแนะสองแนวทางดังนี้

แนวทางแรก ไม่กำหนดหรือระบุเหตุเหล่านี้เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย แต่ใช้วิธีการตีความให้อยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ตีความประวัติอาชญากรรมว่าอยู่ในเหตุ “สถานะของบุคคล” เป็นต้น

แนวทางที่สอง เพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการในรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ตามแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประวัติอาชญากรรม รวมทั้งอาจจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายลำดับรองเป็นการเฉพาะสำหรับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุนี้ เช่น แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองแรงงานโดยการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าว

๕.๒.๓ ข้อเสนอแนะเฉพาะประเด็นการเลือกปฏิบัติ

นอกจากข้อเสนอแนะในภาพรวมเกี่ยวกับการมีกฎหมายกลางสำหรับการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ และที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ แล้ว ในประเด็นเฉพาะของการเลือกปฏิบัติต่างๆ ดังวิเคราะห์ในบทที่ ๔ มีหลายประเด็นที่มีข้อเสนอแนะโดยเฉพาะในบริบทของสถานการณ์และข้อเท็จจริงประเด็นนั้นๆ

(๑) กรณีการเลือกปฏิบัติในมิติของสินค้า บริการ ในภาคเอกชน

เสริมสร้างความรู้ความเข้าใจให้กับผู้ประกอบการให้บริการ ผู้ประกอบการจำหน่ายสินค้า ให้เห็นความสำคัญถึงการให้บริการอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่เลือกปฏิบัติ เปลี่ยนแปลงทัศนคติทางลบที่มีต่อบุคคลที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

(๒) กรณีประวัติอาชญากรรมที่นำมาใช้ในบริบทของการจ้างงาน

มีข้อเสนอให้กำหนด “ประวัติอาชญากรรม” เป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติประการหนึ่งโดยเฉพาะในมิติของการจ้างแรงงานและการประกอบอาชีพ โดยอาจกำหนดเหตุดังกล่าวไว้ในกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายกลาง ซึ่งมีขอบเขตใช้กับหน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชนดังเช่นกฎหมายออสเตรเลีย อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและสอดคล้องกับลักษณะงาน จึงควรกำหนดข้อยกเว้นให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างได้หาก ประวัติอาชญากรรมนั้น เกี่ยวข้องกับ “คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของงาน” (Inherent Requirement Exception) ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

สำหรับในกรอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น จากตัวอย่างคำร้องและการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดังที่วิเคราะห์มาแล้ว พบว่า แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้มีการนำหลักการต่างๆ มาประกอบการพิจารณา เช่น การจำแนกกลุ่มกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติการทำงานภาครัฐเป็น ๓ กลุ่ม เป็นต้น ซึ่งสามารถคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติได้ระดับหนึ่ง แต่แนววินิจฉัยดังกล่าวมุ่งเน้น “สิทธิในการประกอบอาชีพ” มากกว่าการวินิจฉัยตาม

หลักกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ อีกทั้งยังไม่พบว่ามีกรณีนำหลัก “คุณสมบัติอันจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับงาน” มาเป็นปัจจัยประกอบการพิจารณา จึงเสนอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณานำหลักการดังกล่าวมาประกอบการตรวจสอบการเลือกปฏิบัติในบริบทการจ้างแรงงาน ซึ่งหลักนี้อาจนำไปใช้ในกรณีการเลือกปฏิบัติในบริบทการจ้างแรงงานด้วยเหตุอื่นๆ ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ อีกด้วย

(๓) กรณี การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้ว พบว่า การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังซึ่งเกี่ยวเนื่องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยในกฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดคุ้มครอง กลุ่มผู้ได้รับผลกระทบจากการสื่อสารดังกล่าวซึ่งเป็นบุคคลอันจัดอยู่ในกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ความเชื่อ รสนิยมทางเพศ สำหรับการกำหนดหลักการเกี่ยวกับ “Hate Speech” ในกฎหมายของไทยนั้น จากการศึกษา กฎหมายไทยปัจจุบัน ทั้งในส่วนของกฎหมายอาญา กฎหมายเฉพาะช่องทางการสื่อสารเช่นการสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์ พบว่าไม่ได้กำหนดหลักกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับ “Hate Speech” โดยคำนึงถึงองค์ประกอบด้าน “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” แม้ว่า บางกรณีของ “Hate Speech” อาจปรับใช้กฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท หรือ ความผิดตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้ แต่ก็ไม่ครอบคลุมการกระทำลักษณะดังกล่าวทั้งหมด ทั้งนี้เนื่องจาก องค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาที่ไม่ครอบคลุมถึง “Hate Speech” นั้นสะท้อนถึงหลักการและแนวคิดการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” ซึ่งมีความแตกต่างจากหลักแนวคิดและหลักการของกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท กล่าวคือ แนวคิดการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech” นั้น มีความสัมพันธ์สืบเนื่องมาจากหลักของการคุ้มครอง “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหลักการและแนวคิดแตกต่างจากการกำหนดความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญาซึ่งมุ่งเน้นการคุ้มครองชื่อเสียงปัจเจกบุคคล สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางคอมพิวเตอร์ก็ได้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจาก “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” จากปัญหาดังกล่าว จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อไปนี้

-กำหนดกฎหมายเฉพาะในกรณีของ “Hate Speech” ให้มีความครอบคลุมและสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยอาจมีสองแนวทางดังนี้

-บัญญัติฐานความผิดใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา ตามแนวทางของกฎหมายอาญาแคนาดา เป็นต้น

-บัญญัติกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ และบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับ “Hate Speech” ไว้ในกฎหมายกลางนี้

-ในระหว่างที่ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะดังกล่าว มีข้อเสนอว่า การสื่อสารที่แสดงความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ เช่น รสนิยมทางเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ จัดอยู่ในการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่จะตรวจสอบและเสนอมาตรการแก้ไขได้ อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่า แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะทำการตรวจสอบพบว่าการกระทำนั้นเป็นการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ก็เป็นการยากที่จะกำหนดมาตรการแก้ไขโดยระบุให้ปฏิบัติตาม “กฎหมาย” ในเรื่องใด เพราะยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” โดยเฉพาะ แต่กระนั้นก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอาจเสนอแนะให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกระทำการด้วยความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนของผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate Speech”

ผู้วิจัยยังมีข้อเสนอแนะว่า ในการกำหนดกฎหมายในส่วนของ Hate Speech นั้นควรพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพในการสื่อสาร กับ การคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งหากพิจารณากฎหมายต่างประเทศแล้ว ผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่า กฎหมายสหรัฐอเมริกาจะให้น้ำหนักไปในทางการคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารมากกว่า ในขณะที่ ออสเตรเลีย ยุโรป แคนาดา ให้น้ำหนักไปในทางคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติ โดยมีการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” ไว้เฉพาะ นอกจากนี้ควรพิจารณานำปัจจัยอื่นๆมาประกอบเช่น การแสดงการสื่อสารความเกลียดชังออกมาได้ อาจเป็นช่องทางที่บุคคลผู้มีความเกลียดชังได้ปลดปล่อยหรือระบายความคับแค้นใจออกมา ซึ่งอาจลดโอกาสการกระทำรุนแรงต่อไป

ในระดับระหว่างประเทศ มีข้อเสนอแนะให้ไทย ถอนข้อสงวนข้อ ๔ ของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination-CERD) อนุสัญญานี้ มีผลบังคับใช้กับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๖ แต่มีการตั้งข้อสงวนในข้อ ๔ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังในแง่ของเชื้อชาติ ทั้งนี้เนื่องจากความสำคัญและความจำเป็นในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังในด้านเชื้อชาติ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญานี้มีส่วนเกี่ยวข้องกับ “Hate Speech” เฉพาะบางมิติ กล่าวคือ ในด้านของเชื้อชาติเท่านั้น ในการตรากฎหมายเกี่ยวกับ “Hate Speech” ยังต้องคำนึงถึงเหตุอื่นๆนอกจากเชื้อชาติด้วย

(๔) กรณีการคุกคาม (Harassment)

การกระทำอันเป็นการคุกคาม (Harassment) ต่อบุคคลอื่นในที่สาธารณะ อันเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” จัดอยู่ในลักษณะของ “การได้รับการปฏิบัติที่ทำให้เกิดความพึงพอใจน้อยกว่าในการปฏิบัติต่อคนอื่นในที่สาธารณะ” ซึ่งอยู่ในขอบเขตกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วย แต่ในปัจจุบันไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับการกระทำดังกล่าว ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอดังต่อไปนี้

-กำหนดกฎหมายเฉพาะในกรณีของ “Hate Speech” ให้มีความครอบคลุมและสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยอาจมีสองแนวทางดังนี้

แนวทางแรก บัญญัติฐานความผิดใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา ตามแนวทางของกฎหมายอาญาแคนาดา เป็นต้น

แนวทางที่สอง บัญญัติกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติอันเป็นกฎหมายกลางที่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ และบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับ “Harassment” ไว้ในกฎหมายกลางนี้

-ในระหว่างที่ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะดังกล่าว มีข้อเสนอว่า การกระทำอันมีลักษณะเป็นการคุกคาม (Harassment) ต่อบุคคลอื่นในที่สาธารณะ จัดได้ว่าเป็น “การได้รับการปฏิบัติที่ทำให้เกิดความพึงพอใจน้อยกว่าในการปฏิบัติต่อคนอื่นในที่สาธารณะ” ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ จึงอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่จะตรวจสอบและเสนอมาตรการแก้ไขได้ อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่า แม้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะทำการตรวจสอบพบว่าการกระทำนั้นเป็นการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่ก็เป็นการยากที่จะกำหนดมาตรการแก้ไขโดยระบุให้ปฏิบัติตาม “กฎหมาย” ในเรื่องใด เพราะยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ “การคุกคาม” โดยเฉพาะ

ในส่วนของการคุกคามในสถานที่ทำงานนั้น ตามกฎหมายไทยปัจจุบันมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องและนำมาปรับใช้ได้คือกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ดังนั้น เมื่อมีกรณีการคุกคามในสถานที่ทำงาน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอาจมีข้อเสนอแนะให้หน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ดำเนินการออกประกาศ เกี่ยวกับการคุกคามในสถานที่ทำงาน เช่นตามกฎหมายมาเลเซีย

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายแรงงานพบว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฉบับแก้ไขปี ๒๕๕๑ ซึ่งจำกัดการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (Ground of Discrimination) บางเหตุเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เหตุแห่งเพศ กล่าวคือครอบคลุมเฉพาะการล่วงเกิน คุกคาม ก่อความเดือดร้อนรำคาญ ทางเพศ เท่านั้น และ จำกัดการคุกคามเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับบางมิติของการเลือกปฏิบัติ (Area of Discrimination) นั่นคือ มิติการจ้างแรงงาน โดยยังไม่ครอบคลุมการคุกคามด้วยเหตุอื่น เช่น

-การคุกคามในสถานที่ทำงานด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ

-การคุกคามด้วยเหตุแห่งเพศในสถานที่ทำงานซึ่งไม่ได้เกิดจากการกระทำของนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาโดยตรง แต่เกิดจากลูกจ้างด้วยกันเอง หรือ ลูกค้า หรือสภาพแวดล้อมของการทำงานอันเป็นการคุกคาม (Hostile Working Environment)

ในกรณีเช่นนี้มีข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายสองแนวทางดังนี้

แนวทางแรก แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ให้ครอบคลุม การคุกคามทางเพศในลักษณะ สภาพแวดล้อมของการทำงานอันเป็นการคุกคาม (Hostile working environment) รวมทั้งเพิ่มเติมการคุกคามด้วยเหตุอื่น ๆ นอกจากที่เกี่ยวกับเพศ ในมิติการจ้างแรงงาน

แนวทางที่สอง บัญญัติกฎหมายใหม่เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติอันมีลักษณะเป็นกฎหมายกลาง ครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ ในมิติต่างๆ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า การคุกคามไม่จำกัดเฉพาะในมิติการจ้างแรงงานเท่านั้น ดังนั้น การแก้ไขกฎหมายในส่วนกฎหมายคุ้มครองแรงงานจึงยังไม่ครอบคลุมการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่นๆ และในมิติอื่นๆ เช่น การคุกคามในที่ทำงานด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา หรือ การคุกคามในที่สาธารณะด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา จึงเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายกลางเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งครอบคลุมมิติและเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กว้างกว่ากฎหมายแรงงานที่จำกัดเฉพาะเหตุด้านเพศและในมิติการจ้างแรงงานเท่านั้น ทั้งนี้โดยพิจารณาตัวแบบจากกฎหมายต่างประเทศเช่นออสเตรเลีย แคนาดา เป็นต้น

(๕) กรณีสิทธิปฏิเสธการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุมโนสำนึก

ผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่า มโนสำนึก (Conscience) หรือ มโนธรรม มีได้จำกัดเฉพาะ “ศาสนา”ใดศาสนาหนึ่ง เนื่องจาก มโนธรรม คือการพิจารณาความถูกต้องของบุคคลนั้นๆ 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 ความเชื่อ ที่แตกต่างหลากหลาย อันเป็นการเคารพสิทธิในความเชื่อเหล่านั้น

๓. หากมีการกำหนด ทางเลือกอื่นในการ “รับใช้ชาติ” (National Alternative Service) ก็ควรต้องไม่มีลักษณะการเลือกปฏิบัติ เช่น ระยะเวลาในการรับใช้ชาติรูปแบบอื่น จะต้องไม่มากกว่า การรับใช้ชาติในรูปแบบของการเกณฑ์ทหาร ดังเช่นคดีที่ตัดสินตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ศึกษาในงานวิจัยนี้

จึงมีข้อเสนอแนะให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเกณฑ์ทหารพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ เหล่านี้ด้วย

(๖) กรณีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะ

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่าง ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองเฉพาะในปัจจุบัน เช่น ประวัติอาชญากรรมดังที่ได้เสนอแนะไปแล้ว ผู้ติดเชื้อเอชไอวี การให้นมบุตรจากอกแม่ กรณีเหตุเหล่านี้ นั้น แม้ว่าในแง่หนึ่ง หากพิจารณากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า เหตุดังกล่าวมิได้ปรากฏอยู่ในเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม แต่ในอีกแง่หนึ่งนั้น อาจพิจารณาได้ว่า เหตุดังกล่าวมีความสำคัญและการนำเหตุดังกล่าวมาปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิพื้นฐานของบุคคลในมิติต่างๆ ของการดำรงชีวิต ดังนั้นจึงควรมีการคุ้มครองความเท่าเทียมกันของบุคคลที่อยู่ในกลุ่มหรือเกี่ยวข้องกับเหตุเหล่านี้ด้วย จึงมีข้อเสนอให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางอย่างเหล่านี้ไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายเฉพาะต่อไป

๕.๒.๔ ข้อเสนอในการต่อยอดการวิจัย

-จากผลการวิจัยชี้ให้เห็นถึงสภาพปัญหาของกฎหมายไทยปัจจุบันซึ่งยังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการบัญญัติกฎหมายกลาง อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของงานวิจัยนี้ยังไม่ครอบคลุมถึงการนำเสนอร่างกฎหมายกลางดังกล่าวในรายละเอียด จึงควรมีการศึกษาวิเคราะห์จัดทำร่างกฎหมายกลางเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเพื่อดำเนินการรับฟังความคิดเห็นและเข้าสู่กระบวนการเสนอกฎหมายตามลำดับต่อไป

-ขอบเขตและความหมายของการเลือกปฏิบัติ อาจพิจารณาได้หลายมิติ สำหรับในมุมมองทางกฎหมายแล้ว ก็อาจพิจารณาได้ในหลายบริบท ทั้งในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่า ในบริบทของกฎหมายปกครองนั้น มีบทบัญญัติที่ระบุถึงการเลือกปฏิบัติไว้โดยเฉพาะ โดยในหลายคดีของศาลปกครองนั้น พบว่ามีประเด็นอ้างถึงการเลือกปฏิบัติ แต่การเลือกปฏิบัติในบริบทของกฎหมายปกครองนี้มีลักษณะสำคัญบางประการที่แตกต่างจากการเลือกปฏิบัติตามนัยของกฎหมายสิทธิมนุษยชน จึงเสนอให้มีการต่อยอดการวิจัยในบริบทของกฎหมายปกครอง ในประเด็นขอบเขตความหมายของการเลือกปฏิบัติ เพื่อเปรียบเทียบและจำแนกความแตกต่างกับความหมายและขอบเขตของการเลือกปฏิบัติในบริบทกฎหมายสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณากฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องต่อไป

-เนื่องจากการวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการศึกษาภาพรวมของปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันหรือหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติในประเทศไทย โดยมีได้มุ่งศึกษาเฉพาะกรณีปัญหากรณีใดกรณีหนึ่ง ดังนั้น ในส่วนที่สองของงานวิจัยนี้จึงเป็นเพียงการหยิบยกประเด็นปัญหาต่างๆ

ที่เกิดขึ้นจากการสำรวจ ศึกษา และการเก็บข้อมูลโดยการสัมภาษณ์ จัดกลุ่มสนทนา รับฟังความคิดเห็น มาวิเคราะห์ภายใต้กรอบแนวคิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน เพื่อสะท้อนให้เห็นปัญหาในภาพรวมว่าภายใต้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น การคุ้มครองความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติเพียงพอและครอบคลุมแล้วหรือไม่ เพียงใด ซึ่งผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่ายังมีหลายกรณีที่กฎหมายปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึง จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการมีกฎหมายกลางดังกล่าว ดังนั้น ในส่วนของการต่อยอดการวิจัย จึงเสนอให้มีการศึกษาประเด็นเฉพาะกรณีศึกษาเป็นรายกรณีในเชิงลึกต่อไป

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ.
(2550). *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550*. กรุงเทพมหานคร: สำนัก
กรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2558). *สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพการณืผู้ที่เคยรับโทษ
จำคุกถูกจำกัดสิทธิในการเข้ารับราชการ. หนังสือชุด สิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่
ไม่เป็นธรรม*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2552, มิถุนายน). ศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด
เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กับ กฎหมายอาญฐานหมิ่นประมาท ในกรณีการหมิ่นประมาท
ทางอินเทอร์เน็ต. *วารสารบทบัญญัติ*, 65(2).
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2557). *เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายสิทธิส่วนบุคคลและข้อมูลส่วนบุคคล*.
กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น.
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2558). *กฎหมายเกี่ยวกับการท่องเที่ยว*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (19 กุมภาพันธ์ 2559). *ปรากฏการณ์ “ตุ๊กตาลูกเทพ”: ในมุมมอง “สิทธิส่วนบุคคล”
และ “Online hate speech”*. Retrieved from เครือข่ายพลเมืองเน็ต มูลนิธิเพื่ออินเทอร์เน็ต
และวัฒนธรรมพลเมือง: <https://thainetizen.org/2016/02/supernatural-dolls>
- คปภ.ผนัก2สมาคมฯอย่าศึก‘เกย์-เอไอเอ’ยืนยันซื้อประกันได้. (2007). 848 (24-11-2007 ถึง 27-11-
2007). Retrieved from
http://www.siamturakij.com/home/news/display_news.php?news_id=9068
- แถลงการณ์เครือข่ายผู้ติดเชื้อ ถูกรร.ปฏิเสธ ชี้ละเมิดสิทธิ รณรงค์บอยคอต. (2 สิงหาคม 2557). *สำนักข่าว
Hfocus เจาะลึกระบบสุขภาพ*. Retrieved from
<https://www.hfocus.org/content/2014/08/7802>
- นัยนา เกิดวิชัย และ คณะ. (2558). *รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องโครงการศึกษาวิจัยปัญหาการเลือก
ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมของบุคคลผู้ที่มีอาการตาบอดสี*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการ
สิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

บรรเจิด สิงคะเนติ. (2558). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*.

กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

พิรธรอง งามสูตร. (2558). *ประทุษวาทา กับ โลกออนไลน์*. กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ.

ไพโรจน์ พรเพชร และ คณะ. (2547). *รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ ชุดโครงการวิจัย การติดตามและ*

ประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ เรื่องสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพมหานคร.

รัชดา อารณศิลป์ (ผู้แปล). (2546). สิทธิของผู้ป่วยทางจิต หลักการว่าด้วยการคุ้มครองผู้ป่วยทางจิตและการปรับปรุงการดูแลสุขภาพจิต. ใน อัจฉรา ฉายากุล (บรรณาธิการ), *แนวทางปฏิบัติและมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เอกสารลำดับที่ 5*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

(2540). *รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 3 (สมัยสามัญ ครั้งที่ 2)*.

วิชญ์ เครื่องงาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 3)*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (มิถุนายน 2543). หลักความเสมอภาค. *วารสารนิติศาสตร์*, 30(2).

สัมภาษณ์ คณาธิป ทองรวีวงศ์. (6 พฤษภาคม 2559). ข้าแหละ พ.ร.บ.คอมฯ ใหม่ ยังคงน่ากลัวเหมือนเดิม บล็อก “เพื่อความสงบเรียบร้อย-ศีลธรรม”. 36(1864). Retrieved from มติชนออนไลน์:

<http://www.matichon.co.th/news/130357>

อัจฉรา ฉายากุล และ คณะ. (2558). *ประมวลรายงานผลการพิจารณาเพื่อเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย และกฎของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ* (1 (มีนาคม 2554 - 31 ธันวาคม 2557) / คณะอนุกรรมการด้านเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย และกฎ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน). กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

ภาษาต่างประเทศ

Alberta Human Rights Commission. (2010). *Human Rights In Alberta, Plain language information*.

Arneson, R. J. (2008, Fall). Equality of Opportunity. *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), 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*. Princeton University Press.
- Busacchi, V. (2015). *The Recognition Principle : A Philosophical Perspective between Psychology, Sociology and Politics*. 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.
- 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 : Hate 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., & de Haan, A. (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), 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, & L. Gardner, *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, May 23). 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). General Comment 18. Non-discrimination (Thirty-seventh session. 1989.
- 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
- INFAC 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. October 2002. Retrieved from http://www.galexia.com/public/research/articles/research_articles-art22.html#fn357
- Judge finds Ahenakew not guilty in 2nd hate trial. (2009, February 23). CBC News.

- Kapur, R. (2007). Challenging the Liberal Subject : Law and Gender Justice in South Asia. In M. Mukhopadhyay, & N. Singh (Eds.), *Gender Justice, Citizenship and Development*. New Delhi: Zubaan: An Imprint of Kali for Women.
- 2 Kentucky men face first-of-their-kind federal hate-crime charges. (2012, March 15). Lexington Herald-Leader.
- Knechtel, 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).
- 2 Men Plead Guilty In Swastika Branding Case. (2011, August 11). The Huffington Post.
- Ministry of Human Resources, Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace, 1999.
- 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).

- North Carolina sued over transgender bathroom law. (2016). CBS News. Retrieved from <http://www.cbsnews.com/news/north-carolina-sued-over-transgender-bathroom-law>
- 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 at 551, 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), 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.
- (1997). The British Columbia Human Rights Tribunal. 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), 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.

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-](http://www.chrt-tcdp.gc.ca/search/view_html.asp?doid=252&lg=_e&isruling=0)

[tcdp.gc.ca/search/view_html.asp?doid=252&lg=_e&isruling=0](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).

ECtHR, D.H. and Others v. the Czech Republic [GC] (No. 57325/00), 13 November 2007.

ECtHR, Nachova and Others v. Bulgaria [GC] (Nos. 43577/98 and 43579/98), 6 July 2005.

ECtHR, Opuz v. Turkey (No. 33401/02), 9 June 2009.

- ECtHR, 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. CCPR/C/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

จากบทที่ 3 หัวข้อ 3.4 กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันและการห้ามเลือกปฏิบัติ

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีหลักการดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560

มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

ข้อสังเกต จากรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 อย่างไรก็ตาม มีการกำหนดเหตุใหม่เพิ่มขึ้นคือ “เหตุอื่นใด” ซึ่งไม่ชัดเจนว่าจะครอบคลุมเหตุใดบ้าง โดยอาจมีความเป็นไปได้สองกรณีคือ (1) ติความสอดคล้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นเหตุที่นอกเหนือจากเหตุซึ่งมาตรา 27 วรรคสามระบุไว้ แต่เป็นเหตุที่มีการเกาะเกี่ยวหรืออ้างอิงกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือ (2) เป็นเหตุอื่นที่กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

จากหัวข้อ 4.15 การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

ในส่วนของหัวข้อย่อย “4.15.11 วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย” นั้นเป็นการวิเคราะห์ข้อมูลก่อน พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๐ มีผลใช้บังคับ ดังนั้น ในส่วนนี้จะได้นำเสนอการวิเคราะห์เพิ่มเติม ในลักษณะของบทความขนาดสั้นดังนี้

แนวทางการพัฒนากฎหมายไทยให้สอดคล้องกับ ข้อ 4 ของ CERD: กรณี “Hate speech”¹

หากพิจารณา “HATE SPEECH” จากกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์รวมทั้งกฎหมายไทยฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องกับ “HATE SPEECH” ในปัจจุบันนั้น อยู่บนแนวคิดที่แตกต่างจากหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน ตัวอย่างเช่น อนุสัญญา CERD ที่วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับ “HATE SPEECH” ไว้ในข้อ 4 กล่าวคือ พันธกรณีของรัฐในการวางกฎเกณฑ์ห้ามการ “โฆษณาชวนเชื่อหรือเผยแพร่แนวคิดที่สร้างความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ” และไทยได้ตั้งข้อสงวนไว้ ต่อมาในปี 2559 คณะรัฐมนตรีมีมติให้ถอนข้อสงวนดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้ไทยต้องพิจารณาว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่สอดคล้องกับข้อ 4 ของอนุสัญญาหรือไม่ โดยมติคณะรัฐมนตรี มีการกล่าวว่า “....ให้กระทรวงยุติธรรมรับความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศและสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจแห่งชาติเกี่ยวกับความพร้อมของประเทศไทยต่อการถอนข้อสงวนข้อบทที่ ๔ ของอนุสัญญา CERD ซึ่งประเทศไทยสามารถถอนข้อสงวนดังกล่าวได้โดยไม่ต้องออกกฎหมายใหม่ โดยได้อ้างอิงถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นั้น โดยที่กฎหมายเหล่านั้นยังไม่ได้กำหนดฐานความผิดเฉพาะตามข้อบทที่ ๔ ของอนุสัญญา CERD อีกทั้งบทลงโทษระบุเพียงกว้าง ๆ ไม่ระบุโทษที่ชัดเจนตามความผิดที่ปรากฏในอนุสัญญา CERD แต่เป็นการระบุโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการให้ร้ายและสร้างความเกลียดชัง จึงต้องอาศัยการตีความกฎหมายเหล่านั้นเป็นรายการกรณีว่า รวมถึงการกระทำที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติหรือไม่...”²

¹ บทความนี้สรุปสาระสำคัญมาจาก “คนอาธิป ทองวีวงศ์, “แนวทางการพัฒนากฎหมายไทยให้สอดคล้องกับ ข้อ 4 ของ CERD: กรณี Hate speech”, เอกสารประกอบการนำเสนอในการประชุมเชิงปฏิบัติการเพื่อพิจารณาการดำเนินงานภายหลังการถอนข้อสงวนของประเทศไทย ข้อ ๔ ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ , กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ , กระทรวงยุติธรรม 21 มีนาคม 2560”

² มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 7 มิถุนายน 2559 https://cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99319738

จะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและมีอยู่แล้ว มิได้มีหลักการที่เกี่ยวข้องโดยตรง เช่น

-ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 116 ซึ่งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและหลักการที่แตกต่างจากอนุสัญญา CERD ข้อ 4 กล่าวคือ

(1) มาตรา 116 อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาหมวดเกี่ยวกับความมั่นคง ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับ “HATE SPEECH” อยู่ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือ กฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ

(2) มาตรา 116 มิได้กำหนด เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ไว้ กล่าวคือ การกระตุนหรือยุยงนั้น กว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ อีกทั้งอาจมองว่า กว้างเกินไปจนอาจกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วย

สำหรับ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น มีการแก้ไขความผิดเกี่ยวกับเนื้อหาตามมาตรา 14 ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ดังนี้

มาตรา 14 ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) โดยทุจริต หรือโดยหลอกลวง นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง (๑) มิได้กระทำต่อประชาชน แต่เป็นการกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ผู้กระทำ ผู้เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้เป็นความผิดอันยอมความได้

สำหรับข้อมูลเนื้อหาที่มีลักษณะ “HATE SPEECH” นั้น จะต้องพิจารณาตามลักษณะข้อเท็จจริง ซึ่งในบางกรณีจะไม่เข้าข่ายความผิด พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เช่น

-มาตรา 14 (1) : “โดยทุจริต หรือโดยหลอกลวง นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา” หากข้อมูลคอมพิวเตอร์อันมีลักษณะ “HATE SPEECH” นั้นเป็นการใส่ความผู้อื่นที่ระบุตัวผู้ถูกใส่ความได้ว่าเป็นใคร กล่าวคือ เมื่อบุคคลที่สามอ่านข้อมูลนั้นเข้าใจว่าบุคคลในข้อมูลหมายถึงผู้ที่ถูกใส่ความ ก็จะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา และไม่เป็นความผิดตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาตรา 14 (1)

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี “Hate speech” นั้นอาจเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (1) ได้ เช่น การเผยแพร่ข้อมูลแสดงความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ของบุคคลซึ่งมีจำนวนมากและไม่สามารถระบุตัวได้ว่าเป็นใคร ในเมื่อไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท ดังนั้น โดยหลักแล้ว การกระทำเช่นนี้ยังคงอยู่ภายใต้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาตรา 14 (1) แต่ทั้งนี้ต้องเข้าองค์ประกอบอื่นด้วย กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่า นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลเท็จ บิดเบือนหรือไม่ และการกระทำดังกล่าวจะทำให้ประชาชนเสียหายอย่างไร สำหรับองค์ประกอบในส่วนเจตนาพิเศษที่ว่า “โดยทุจริต” นั้นอาจทำให้ มาตรา 14 (1) ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับ Hate speech เนื่องจากโดยลักษณะทั่วไปของการกระทำ Hate speech นั้น มิได้มุ่งหวังผลประโยชน์โดยมิชอบ แต่ยังคงอาจเข้าองค์ประกอบ “โดยหลอกลวง” ซึ่งมีความหมายกว้าง ตัวอย่าง ก โพสต์ข้อมูลคอมพิวเตอร์มีเนื้อหาอันเป็นเท็จทำให้เกิดความเกลียดชังผู้นับถือศาสนาหนึ่ง โดยมีได้มุ่งเจาะจงถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะ กรณีนี้อาจเข้าองค์ประกอบมาตรา 14 (1) แต่ต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำนั้น “โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน” หรือไม่

ดังนั้น เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเนื้อหาแล้ว ไม่อาจสรุปเป็นการทั่วไปได้ว่า “HATE SPEECH” อยู่ภายใต้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ หรือไม่อยู่ ภายใต้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เนื่องจาก จะต้องขึ้นอยู่กับลักษณะข้อเท็จจริงของ “HATE SPEECH” เป็นกรณีไป ลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัตินี้มิได้มุ่งหมายเพื่อให้บังคับกับกรณี “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 ในหลายประเทศ จึงกำหนดหลักการดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนและมีความเชื่อมโยงกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า แม้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ อาจนำมาปรับใช้กับกรณี “HATE SPEECH” ทางระบบคอมพิวเตอร์ ในบางกรณี แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมและอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและหลักการที่แตกต่างจากอนุสัญญา CERD ข้อ 4 กล่าวคือ

(1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเนื้อหา โดยรวมแล้วมุ่งเน้นเนื้อหาที่เกี่ยวกับการข่มขู่หลอกลวงทางคอมพิวเตอร์และเนื้อหาที่เกี่ยวกับความมั่นคง ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับ “HATE SPEECH” อยู่ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือ กฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ

(2) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ มิได้มีการนำเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมาเป็นองค์ประกอบความผิดเนื่องจากอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่แตกต่างกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน

(3) การสื่อสารแสดงความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติที่ไม่เข้าองค์ประกอบมาตรา 14 หรือ 16 ก็ไม่สามารถปรับใช้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้

(4) การโฆษณาชวนเชื่อหรือการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังด้านเชื้อชาติที่อยู่ในรูปของกิจกรรมหรือการกระทำอื่น ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ข้อมูลทางระบบคอมพิวเตอร์ ก็ไม่สามารถปรับใช้ พรบคอม

ดังนั้น จึงเห็นว่า กฎหมายไทยที่มีอยู่ มิได้ตอบสนองหรือสอดคล้องโดยตรงกับหลักการตามอนุสัญญาที่ไทยมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น CERD การนำกฎหมายที่มีอยู่เช่น

กฎหมายอาญามาตรา 116 และ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาปรับใช้กับการโฆษณาชวนเชื่อหรือเผยแพร่แนวคิดที่สร้างความเกลียดชังด้านเชื้อชาติตามอนุสัญญา CERD นั้นแม้ว่าอาจปรับใช้ได้โดย “การตีความและปรับใช้เป็นรายกรณี” แต่ก็เป็น การตีความและปรับใช้จากกฎหมายที่มีได้ร่างขึ้นเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนดังกล่าวเป็นการเฉพาะ และทำให้ไม่ครอบคลุมกับขอบเขตของกฎหมายสิทธิมนุษยชน จึงเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate speech” เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญา CERD โดยอยู่ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ข้อสังเกต พันธกรณีของไทยในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาตินี้ จัดเป็นเพียงส่วนย่อยของ “HATE SPEECH” เนื่องจากอนุสัญญา CERD มีขอบเขตในเรื่องของ “เชื้อชาติ” ซึ่งรวมถึง “สีผิว เชื้อสาย ชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด” (ข้อ 1 , CERD) ดังนั้นจึงไม่ครอบคลุมถึง “HATE SPEECH” ที่สืบเนื่องจากเหตุอื่น เช่น เพศ อายุ ศาสนา ความคิดเห็นที่แตกต่างกัน ในประเด็นต่างๆ ทางสังคม การเมือง ฯลฯ โดย “HATE SPEECH” ที่เกี่ยวกับเหตุอื่นจะต้องพิจารณากฎหมายสิทธิมนุษยชนฉบับอื่นด้วย