

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 เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมีภาระบุไว้ 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” ซึ่งอาจจำแนกออกเป็น **รูปแบบการบัญญัติกฎหมาย 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 ซึ่งมักเป็นกรณีการนำข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกับกันว่ามี การปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวต่างต่างกัน อย่างไรก็ตามหากพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนแล้วจะเห็นได้ว่า ในหลายกรณีตามคำร้องนั้น การปฏิบัติต่างต่างกันดังกล่าว **ไม่มีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ”** ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรืออาจพิจารณาว่าเป็นการอ้างเหตุที่ **กว้างกว่า**กฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือเป็นกรณีของกฎเกณฑ์

หรือการปฏิบัติที่เป็นกลาง (Neutral) ซึ่งมีผลเป็นการปฏิบัติหรือบังคับกับทุกคนเหมือนกัน ซึ่งอาจสรุปจำแนกได้ 4 กรณีย่อยดังนี้

(1) กรณีที่อาจคาบเกี่ยวระหว่างการเลือกปฏิบัติกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เช่น กรณีการนำร่างของผู้เสียชีวิตด้วยโรคเอดส์มาจัดแสดง การค้นตัวบุคคลโดยภาคเอกชน ในธุรกิจหรือการจ้างแรงงาน

(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” หรือจากการสัมภาษณ์มีผู้ให้ข้อมูลว่า “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

- เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางกรณีอาจไม่ครอบคลุมดังที่ได้สรุปไว้แล้วข้างต้น 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 อย่างไรก็ตามเหตุนี้อาจยังเป็นที่ถกเถียงและมีประเด็นเกี่ยวกับหลักคุณสมบัติความจำเป็นสำหรับงานนั้นด้วย

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 กล่าวคือมีกฎหมายเฉพาะฉบับที่ครอบคลุมบางมิติหรือบางเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ 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 การตั้งครรรค์ 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 การให้นมบุตรจากอกแม่ 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