



ความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

โดย

นางสาวชนกานต์ สั่งสีแก้ว

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

โดย

นางสาวชนกานต์ สั่งสีแก้ว



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

OFFENCE OF DISCRIMINATION

BY

MISS CHANAKAN SANGSEKEAW



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

CRIMINAL LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2016

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาว ชนกานต์ สังสีแก้ว

เรื่อง

ความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 18 สิงหาคม พ.ศ. 2560

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(อาจารย์ ดร.อุทัย อาทิวะ)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี)

คณบดี

(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความผิดฐานเลือกปฏิบัติ
ชื่อผู้เขียน	นางสาวชนกานต์ สังสีแก้ว
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายอาญา
	นิติศาสตร์
	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์.ดร.ปกป้อง ศรีสนิท
ปีการศึกษา	2559

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันพบสถานการณ์การเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทยที่มีลักษณะเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรง เช่น การปฏิเสธการรักษาพยาบาลของแพทย์หญิงจังหวัดลำปางเนื่องจากคนไข้มีความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่างกับตน การปฏิเสธไม่รับสมัครงานเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยเพราะผู้สมัครเป็นบุคคลที่มีภูมิลำเนาจากสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ กรณีมหาวิทยาลัยนเรศวรปฏิเสธไม่รับนักศึกษามุสลิมเข้ารับการศึกษาคณะพยาบาลศาสตร์ โดยอ้างว่าการคลุมฮิญาบของนักศึกษาเป็นอุปสรรคต่อการศึกษาคณะพยาบาลศาสตร์ กรณีธนาคารไทยพาณิชย์รับสมัครพนักงานโดยรับเฉพาะนักศึกษาที่สำเร็จการศึกษาจาก 14 สถาบันที่ธนาคารกำหนดเท่านั้น เป็นต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการทำลายซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นการกระทำซึ่งมีมูลเหตุจูงใจจากการมีอคติต่อความแตกต่างระหว่างผู้กระทำกับผู้เสียหายในเหตุความแตกต่างทางถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม และความคิดเห็นทางการเมือง โดยเป็นการกระทำในลักษณะการปฏิเสธไม่ให้บริการทางสาธารณะอันเป็นสิทธิที่ผู้เสียหายพึงได้รับตามกฎหมายที่บัญญัติรับรองไว้ เช่น สิทธิในการรักษาพยาบาล การได้รับการศึกษา การได้รับบริการสาธารณะโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติ เป็นต้น หรือเป็นการกระทำในลักษณะการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานเพราะเหตุผู้เสียหายมีความแตกต่างจากตนหรือกลุ่มของตน ซึ่งปัญหาการเลือกปฏิบัติดังกล่าวเป็นปัญหาที่ควรตระหนักถึงความสำคัญเห็นควรกำหนดให้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและสมควรได้รับการลงโทษ เพื่อคุ้มครองป้องกันผู้เสียหายจากการเลือกปฏิบัติอย่างจริงจัง

จากการศึกษาวิจัยพบว่า มีกฎหมายต่างประเทศได้กำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ และกำหนดบทลงโทษทางอาญาอย่างชัดเจน เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสเปน

ประเทศสวีเดนและแลนด์ ประเทศวันดา เป็นต้น และเมื่อศึกษากฎหมายของประเทศไทยในส่วนการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 พบว่ากฎหมายดังกล่าวไม่มีสภาพบังคับที่ครอบคลุมเพียงพอในการหยุดหรือยับยั้งการกระทำความผิด ขาดการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพและยังไม่คุ้มครองกรณีการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากการกระทำโดยภาคเอกชน ทำให้ยังคงปรากฏการเลือกปฏิบัติให้เห็นในสังคมไทยบ่อยครั้งและหากปล่อยให้มีการเลือกปฏิบัติที่สะสมเป็นเวลานานขึ้นอาจจะเกิดปัญหาจนส่งผลกระทบต่อสังคมในวงกว้างได้ เช่น ปัญหาการเกิดอาชญากรรมจากความเกลียดชัง (hate crime) หรืออาจเกิดปัญหาการประท้วงรุนแรงอันส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ และปัญหาการเลือกปฏิบัติยังก่อให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์ของรัฐ เพราะการเลือกปฏิบัติเป็นการทำลายซึ่งหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักในการดำรงอยู่ของสังคมส่งผลให้สังคมขาดไว้ซึ่งความเสมอภาคและความยุติธรรม การกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาอาจเป็นทางเลือกสุดท้ายในการช่วยยับยั้งมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้ศึกษาแนวทางการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติของกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำเสนอแนวทางในการกำหนดบทบัญญัติและมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการนำมาใช้บังคับกับการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศไทย โดยปรับใช้ให้เหมาะสมเข้ากับบริบทและสถานการณ์การเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้น เพื่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุมปัญหาการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในสังคมไทยได้

คำสำคัญ : ความผิดฐานเลือกปฏิบัติ, เลือกปฏิบัติ, มูลเหตุจูงใจ, ความแตกต่างทางเชื้อชาติ, ศาสนา เพศ ,ความคิดเห็นทางการเมือง

Thesis Title	OFFENCE OF DISCRIMINATION
Author	MISS CHANAKAN SANGSEKEAW
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law LAW Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Pokpong Srisanit, Ph.D.
Academic Years	2016

ABSTRACT

In recent years, discrimination practices have increasingly been employed in Thailand which would constitute serious violation of human dignity. For example a doctor in Lampang province, denied providing a medical treatment to the patient on the basis of his different political opinion, besides there is a case of refusing to employ a security guard on the ground of his origin which is from the three southern border provinces in Thailand. Additionally Naresuan University rejected the admission of a Muslim student to the faculty of medicine reasoning that wearing hijab would obstruct student from enjoying full activities of the faculty. Moreover the Siam Commercial Bank provided a restricted requirement for the new employees that they must be graduated from the given 14 institutions. Considering those previous examples, it could be said that those acts definitely give rise to violation of human dignity because of bias of the different between perpetrators and victims on the basis of origin race language age disability physical integrity or health personal status social status religion belief and political opinion. Since a right to medical treatment and service, right to education and right to equal access to public service are prescribed by law, hence denial of providing medical treatment and service to patient, rejecting the student admission and discrimination in employment on basis of those reasons are the conducts that go against the law. This severe problem of

discrimination need to be urgently solved because discrimination is ultimately resulting in degrading and deprivation of human dignity and rights guaranteed by law.

The findings reflect that there are several States in the international society already ensured that all acts of discrimination are offenses under their criminal law and made such offenses punishable by appropriate penalties such as France Spain Switzerland and Rwanda etc. Unfortunately Thai legislations relating to the protection from discrimination, such as Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560, Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 and Gender Equality Act, B.E. 2558, still lack clear and effective enforcement, and are not comprehensive enough to suppress crime by not prohibiting such crime committed by private sectors. Due to such ineffective and incomprehensive legislations, Thailand has been subjected to chronicle problems emanated from discrimination such as problems of hate crime and a severe strike which affects the national security and interests as a whole. This would subsequently amount to demolish the principle of equality and justice. Therefore, the only way out to the problems for Thailand is to criminalize the acts of discrimination and made such offenses punishable by appropriate penalties.

Accordingly, the purpose of the thesis is to study the approach of criminalization of the discrimination acts and punishment in foreign legislations in order to propose the most appropriate approach for Thailand to prescribe provisions specifically governing the acts of discrimination and establish a mechanism to ensure the effective enforcement.

Keywords: Offence of Discrimination, Discriminate against on ground of race, religion, sex and political opinion

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี เนื่องด้วยความกรุณาของรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ที่ท่านได้ให้ความอนุเคราะห์รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษาตลอดจนชี้แนะแนวทางในการศึกษาค้นคว้า และให้คำแนะนำอันมีค่ายิ่งต่อผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เป็นอย่างสูงที่ท่านได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนอาจารย์ ดร.อุทัย อาทิเวช และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้ให้คำแนะนำอันมีคุณค่ายิ่งในการปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอขอบพระคุณกรรมการทุกท่านด้วยจิตคารวะ ไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้มีพระคุณสูงสุดในชีวิต คือ นายวัชรินทร์ สังสีแก้ว และ นางกานต์ พิชชา นุชวงศ์ บิดามารดา ที่ได้ให้คำแนะนำ ให้ความรักและกำลังใจสนับสนุนในการจัดทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วง อีกทั้งผู้เขียนขอขอบคุณ พี่ ๆ เพื่อน ๆ ที่น่ารักทุกคน โดยเฉพาะจันทิพย์ ช่วยแปลบทความภาษาอังกฤษ ขอขอบคุณพิมพ์ ลัดดา ป็อก แหวน กริช ศาสตร์ ใบตอง พี่บัว ที่ช่วยข้าพเจ้าในการเรียบเรียงและแปลบทความภาษาอังกฤษ คอยรับฟังปัญหาและให้กำลังใจและคอยสนับสนุนช่วยเหลือมาโดยตลอด และขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ที่ศึกษาปริญญาโทสาขาอาญารุ่น 57 ทุกคนโดยเฉพาะมุก น้องปลั้ม น้องนนท์ น้องเบส พี่มุก พี่วรัท ที่คอยให้คำแนะนำทุก ๆ อย่างในการจัดทำวิทยานิพนธ์ และขอขอบคุณพี่ ๆ สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) สำนัก กส.ทุกท่านที่ให้คำแนะนำให้กำลังใจและให้ความช่วยเหลือในการศึกษาค้นคว้าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่บรรณารักษ์ห้องสมุด ฝ่ายบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ที่ให้คำแนะนำในการหาข้อมูลในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้

ทั้งนี้ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ที่จัดทำขึ้นนี้จะประโยชน์แก่ผู้สนใจศึกษา หากมีความบกพร่องหรือข้อผิดพลาดประการใดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้และขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

“เราทุกคนเลือกเกิดไม่ได้ แต่เราเลือกได้ว่าจะไม่กระทำการเลือกปฏิบัติต่อผู้อื่นได้”

ชนกานต์ สังสีแก้ว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
สารบัญตาราง	(10)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	3
1.4 วิธีการศึกษา	3
1.5 ขอบเขตของการศึกษา	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	4
บทที่ 2 แนวความคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและแนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญา	5
2.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค	5
2.1.1 ความสำคัญของหลักความเสมอภาค	6
2.1.2 ความหมายของหลักความเสมอภาค	7
2.1.3 ทฤษฎีความเสมอภาค	9
2.1.4 ประเภทของความเสมอภาค	11
2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ	13
2.2.1 ความหมายของการเลือกปฏิบัติ	14
2.2.2 เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและรูปแบบการเลือกปฏิบัติ	18
2.2.2.1 ลักษณะของผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง	19
2.2.2.2 รูปแบบการเลือกปฏิบัติ	23
2.2.3 ลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ	27

2.2.4 ความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติกับเสรีภาพในการแสดงเจตนา	31
2.3 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดความผิดทางอาญา	33
2.3.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดตามกฎหมายอาญาของกฎหมายเยอรมัน	34
2.3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาของ Herbert L Packer	35
2.3.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาของ Nigel Walker	36
2.3.4 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาตามหลัก Harm principle	37
2.4 มาตรการกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ	40
2.4.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right)	40
2.4.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)	42
2.4.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม	43
2.4.4 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention on Human Right 1950 : ECHR)	44
2.4.5 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ (Convention on Elimination of all Forms Racial Discrimination : CERD)	47
2.4.6 อนุสัญญาขององค์กรแรงงานระหว่างประเทศ (ILO convention) อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ (การจ้างงานและอาชีพ)	51
2.4.7 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ และพิธีสารเลือกรับ (CEDREW)	52
2.5 หลักกฎหมายที่ศึกษาเพิ่มเติมเพื่อใช้ประกอบในการวิเคราะห์การกำหนดความผิด ฐานเลือกปฏิบัติ	54
2.5.1 มูลเหตุจูงใจและเจตนาพิเศษ	55
2.5.2 ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล	57
บทที่ 3 กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ	61
3.1 กฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ	61
3.1.1 ประเทศฝรั่งเศส	62
3.1.2 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์	68
3.1.3 ประเทศสเปน	71
3.1.4 ประเทศเนเธอร์แลนด์	76

3.15 ประเทศวันดา	80
3.2 กฎหมายต่างประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติแต่ไม่มีการกำหนด ความผิดฐานเลือกปฏิบัติ	84
3.2.1 ประเทศอังกฤษ	85
3.2.2 ประเทศออสเตรเลีย	93
3.3 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบการคุ้มครองการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติของประเทศที่มี กฎหมายกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญากับประเทศที่ไม่มีกฎหมาย กำหนดให้การเลือกปฏิบัติความผิดทางอาญา	95
บทที่ 4 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทยและแนวทางการบัญญัติ ความผิดฐานการเลือกปฏิบัติของประเทศไทย	98
4.1 ปัญหาสถานการณ์การเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทยและ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ	99
4.1.1 ปัญหาสถานการณ์การเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทย	99
4.1.2 กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ	106
4.1.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560	107
4.1.2.2 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2542	109
4.1.2.3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550	111
4.1.2.4 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558	113
4.1.2.5 ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล...	115
4.1.3 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประเทศไทย	117
4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศเรื่องการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ	122
4.2.1 การนิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติ	124
4.2.2 ลักษณะผู้กระทำความผิดในความผิดฐานเลือกปฏิบัติ	127
4.2.3 ลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง	129
4.2.4 ลักษณะการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดทางอาญา	133
4.2.5 เหตุยกเว้นความผิดและเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานเลือกปฏิบัติ	139

4.3 แนวทางในการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศไทย	141
4.3.1 แนวทางการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญา	141
4.3.2 แนวทางในการเยียวยาผู้เสียหายที่เหมาะสมกับประเทศไทย	144
4.3.3 ข้อดีข้อเสียจากการบัญญัติความรับผิดทางอาญาด้านเลือกปฏิบัติ	144
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	146
5.1 บทสรุป	146
5.2 ข้อเสนอแนะ	149
บรรณานุกรม	152
ภาคผนวก	159
ประวัติผู้เขียน	170

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
1	สรุปกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ
2	เปรียบเทียบลักษณะผู้กระทำความผิด
3	เปรียบเทียบลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง
4	เปรียบเทียบลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดฐานเลือกปฏิบัติ



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญ

มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระและมีความเสมอภาคในสิทธิทั้งหลายอันทุกคนพึงมีสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ จากเหตุแห่งความแตกต่างอันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งการกระทำดังกล่าวขัดต่อหลักความเสมอภาค และหลักสิทธิมนุษยชน อันเป็นหลักสำคัญที่มนุษย์ทุกคนพึงได้รับ

การเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำใด ๆ หรือไม่กระทำใด ๆ อันเป็นการแบ่งแยกกีดกัน จำกัดสิทธิ ทำให้บุคคลด้อยสิทธิกว่าผู้อื่นอันเนื่องมาจากเหตุผลความแตกต่างทางเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ เพศ ศาสนา ฯลฯ ปัจจุบันพบการเลือกปฏิบัติทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชนในลักษณะต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการจ้างงาน การให้บริการสาธารณะ การปฏิเสธไม่รับเข้าศึกษา เป็นต้น ซึ่งปัญหาการเลือกปฏิบัตินั้นนำไปสู่ปัญหาความไม่เสมอภาค ประชาชนรู้สึกว่าคุณไม่ได้รับความยุติธรรมเท่าเทียมตามสิทธิของตน และอาจนำมาซึ่งการสร้างปัญหาความขัดแย้ง การแบ่งแยกของคนในสังคม สังคมขาดความเป็นหนึ่งเดียว ไม่มีความสงบเรียบร้อย จนอาจนำไปสู่ปัญหาอาชญากรรมจากความเกลียดชังได้ นานาอารยประเทศจึงให้ความสำคัญและสร้างกลไกทางกฎหมายเพื่อเป็นกรอบในการคุ้มครองให้ทุกคนได้รับการปฏิบัติที่เสมอภาคและเท่าเทียมกันตามสิทธิที่เขาสั่งได้รับตามที่กฎหมายรับรอง โดยหลักการคุ้มครองมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติปรากฏผ่านกฎกติกาและอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (ECHR) เป็นต้น นอกจากนี้ประเทศที่ได้ให้ความสำคัญกับเรื่องการเลือกปฏิบัติและความเท่าเทียมกันได้บัญญัติกฎหมายกำหนดคุ้มครองมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นในประเทศของตน โดยกำหนดกฎหมายที่มีมาตรการในคุ้มครองที่แตกต่างกันไปทั้งมาตรการทางอาญา มาตรการทางแพ่ง หรือมาตรการอื่นใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวีเดน ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศวันดา ได้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติและนำมาตราทางอาญามาใช้บังคับเพื่อคุ้มครองบุคคลจากการกระทำในลักษณะเลือกปฏิบัติ แสดงให้เห็นว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการกระทำที่ร้ายแรงไม่ควรเกิดขึ้นกับบุคคลทุกคน กฎหมายต่างประเทศจึงได้กำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา

สำหรับสถานการณ์ในสังคมไทยในปัจจุบัน พบการเลือกปฏิบัติหรือสุมเสี่ยงต่อการเลือกปฏิบัติอย่างต่อเนื่องในหลายลักษณะ เช่น การรับทำงาน การเข้ารับศึกษา การได้รับบริการสาธารณสุข การรับบริการสาธารณะต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น กรณีแพทย์หญิงปฏิเสธรักษาพยาบาลคนไข้เนื่องจากมีแนวคิดทางการเมืองที่แตกต่างกับตน การปฏิเสธการรับสมัครงานของสายการบินเนื่องจากนับถือศาสนาอิสลามและการแต่งกายฮิญาบทำงาน การปฏิเสธการรับเข้าทำงานเนื่องจากเป็นบุคคลที่มีภูมิลำเนาในเขตพื้นที่สามจังหวัดชายแดนภาคใต้ คนพิการที่ได้รับการปฏิเสธการให้บริการจากสายการบิน สาวประเภทสองถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าบริการสถานบันเทิง และกรณีล่าสุดธนาคารไทยพาณิชย์รับสมัครบุคคลเข้าทำงานโดยจำกัดเฉพาะนักศึกษาที่สำเร็จการศึกษาจาก 14 สถาบันเท่านั้น เป็นต้น การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการทำลายซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเป็นปัญหาที่ควรตระหนักถึงความสำคัญเพื่อคุ้มครองป้องกันผู้เสียหายจากการเลือกปฏิบัติอย่างจริงจัง การเลือกปฏิบัติถือเป็นการลิดรอนสิทธิและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องผิดกฎหมายและสมควรได้รับการลงโทษ เมื่อประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่กำหนดสภาพบังคับชัดเจนและไม่มียกเว้นโทษกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายดังกล่าว ทำให้ยังคงปรากฏการเลือกปฏิบัติขึ้นในสังคมไทย

ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวได้บัญญัติรับรองคุ้มครองการเลือกปฏิบัติไว้ ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นประเทศภาคีจึงมีหน้าที่ต้องบัญญัติกฎหมายรับรองคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ โดยประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายที่คุ้มครองเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” หรือในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายที่ถูกเลือกปฏิบัติเฉพาะกรณีเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการเลือกปฏิบัติเท่านั้น จะเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองดังกล่าวยังไม่ได้กำหนดกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันคุ้มครองผู้เสียหายที่ถูกเลือกปฏิบัติอย่างเพียงพอ ดังนั้น เพื่อคุ้มครองป้องกันผู้เสียหายมิให้ถูกเลือกปฏิบัติ ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือละเมิดสิทธิใด ๆ อันตนพึงได้รับตามกฎหมาย ป้องกันการเลือกปฏิบัติทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชนเพื่อให้ทุกคนได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมกัน และมีบทบัญญัติกฎหมายบทลงโทษกรณีเลือกปฏิบัติที่ชัดเจน

จึงเห็นควรกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา เพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติอันเป็นการลงโทษในเชิงสัญลักษณ์ที่แสดงให้เห็นถึงการตอบโต้การกระทำการเลือกปฏิบัติที่สังคมเห็นว่าเป็นผลร้ายต่อผู้อื่น เป็นเครื่องมือในการช่วยลดการเกิดการกระทำการเลือกปฏิบัติและคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกเลือกปฏิบัติและป้องกันมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นในสังคมไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ความหมาย ลักษณะ การเลือกปฏิบัติอันเป็นความผิดทางอาญาและตามบริบทกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงเหตุและความจำเป็นในการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

1.2.3 เพื่อศึกษาแนวคิด หลักเกณฑ์ มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศในการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาในประเทศไทย

1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

ในประเทศไทยนั้นยังไม่ปรากฏบทกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำการเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาไว้โดยเฉพาะส่งผลให้ขาดสภาพบังคับและบทลงโทษที่ชัดเจนและทำให้ยังคงเกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นเพราะเหตุความแตกต่างทางถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง ทำให้ผู้นั้นไม่ได้รับสิทธิอันเขาพึงได้ตามกฎหมาย ดังนั้นเพื่อให้มีบทกฎหมายที่บัญญัติหลักประกันในการคุ้มครองป้องกันบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชน จึงเห็นควรกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาในประเทศไทย

1.4 วิธีการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) ซึ่งผู้เขียนได้ใช้วิธีการศึกษาโดยรวบรวมข้อมูลจากแหล่งความรู้ต่างๆ อันได้แก่ หนังสือและบทความที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ศึกษาทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ วารสาร และเว็บไซต์ที่ใช้สืบค้นคำพิพากษาฎีกาของศาลยุติธรรม ตลอดจนข้อมูลที่ได้จากการค้นคว้าทางอินเทอร์เน็ตต่าง ๆ เพื่อนำข้อมูลมาวิเคราะห์ประมวลเรียบเรียงให้ได้ข้อสรุป และเรียบเรียงเป็นผลงานทางวิชาการต่อไป

1.5 ขอบเขตของการศึกษา

ในการศึกษาเพื่อเรียบเรียงเป็นวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนได้กำหนดขอบเขตของการศึกษาโดยมีประเด็นที่มุ่งเน้น ดังนี้

1.5.1 แนวคิดหลักการและความหมายของการเลือกปฏิบัติในมุมมองกฎหมายอาญา

1.5.2 ลักษณะของการกระทำการเลือกปฏิบัติที่เป็นความผิดทางอาญารวมถึงมาตรการในการลงโทษกับผู้กระทำความผิด

1.5.3 แนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายและบทลงโทษทางกฎหมาย การเลือกปฏิบัติของต่างประเทศ และแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเกี่ยวกับความผิดฐานการเลือกปฏิบัติ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิด ความหมาย ลักษณะ การเลือกปฏิบัติอันเป็นความผิดทางอาญาและตามบริบทกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

1.6.2 ทำให้ทราบถึงเหตุและความจำเป็นในการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

1.6.3 ทำให้ทราบถึงแนวคิด หลักเกณฑ์ มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศในการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาของประเทศไทย

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและแนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญา

เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติอันควรกำหนดเป็นความผิดทางอาญานั้น ผู้เขียนจึงได้ศึกษาทั้งเรื่องแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค ซึ่งเป่าหมายสำคัญในการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาก็เพื่อป้องกันมิให้เกิดการการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเพื่อสร้างความเสมอภาค อีกทั้งผู้เขียนได้ศึกษาถึงบทนิยาม ความหมายของการเลือกปฏิบัติ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ การกระทำการเลือกปฏิบัติอันควรกำหนดให้เป็นความผิด และศึกษาแนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญา เพื่อนำมาวิเคราะห์ว่าการเลือกปฏิบัตินั้นควรบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาตามลำดับ ดังนี้

2.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

มนุษย์ทุกคนล้วนมีความแตกต่างกันโดยธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นเพศ อายุ เชื้อชาติ ศาสนา สีผิว จึงไม่อาจอ้างเหตุความแตกต่างกระทำการอันก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคได้ มนุษย์ทุกคนต้องได้รับความเสมอภาคในฐานะที่เป็นมนุษย์และตามที่กฎหมายรัฐกำหนด โดยทุกคนจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเป็นธรรม มีอาจถูกเลือกปฏิบัติได้ คุณธรรมทางกฎหมายของหลักการเลือกปฏิบัติหรือเป่าหมายสำคัญของการเลือกปฏิบัติ คือ หลักความเสมอภาค กล่าวคือ การใช้กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ ทั้งการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติหรือกำหนดให้มีการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นธรรมล้วนเป็นไปเพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาคแก่บุคคล ดังนั้น ผู้เขียนจึงศึกษาแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค เพื่อทำความเข้าใจต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองของความผิดฐานเลือกปฏิบัติมากขึ้น

หลักความเสมอภาค เป็นหลักพื้นฐานมาจากสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นคุณค่าที่สืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ ดิตตัวมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิที่ทุกคนพึงได้รับอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึง เชื้อชาติ ศาสนา เพศ อายุ หรือคุณสมบัติอื่น ๆ ผู้ใดมีอาจพรากหรือกระทำละเมิดในสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ หลักความเสมอภาคเป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ รัฐจะกระทำการใด ๆ อันกระทบต่อสิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่ได้ หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรัฐจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกัน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกัน

หรือการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค จึงเห็นว่าหลักความเสมอภาคเป็นหลักคุ้มครองบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ เพื่อให้เข้าใจหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักสำคัญที่สอดคล้องกับเรื่องการเลือกปฏิบัติ ผู้เขียนจึงได้ศึกษาแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคไว้ ตามลำดับดังนี้

2.1.1 ความสำคัญของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคมีที่มาจากแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural law) ผนวกกับแนวความคิดปัจเจกชนนิยมมีลักษณะค่อนข้างเป็นนามธรรม ที่ถือว่าหลักความเสมอภาคเป็นสิ่งที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ยังคงมีผลใช้บังคับได้ หลักความเสมอภาคเป็นสิ่งที่รัฐหรือบุคคลไม่อาจปฏิเสธได้ ต่อมาสำนักกฎหมายบ้านเมือง (School of Positive law) ได้นำหลักความเสมอภาคบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เรื่องหลักความเสมอภาคเป็นรูปธรรม มีสภาพบังคับและรับรองโดยกฎหมาย¹

หลักความเสมอภาคเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน² โดยหลักความเสมอภาคถูกยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพที่มีความสำคัญมากต่อมนุษย์ในการดำรงอยู่ในสังคมได้อย่างมีศักดิ์ศรี บุคคลต้องได้รับการเคารพและคุ้มครองจากรัฐและปัจเจกชนผู้อื่นมิให้มีผู้ใดมาละเมิดต่อหลักความเสมอภาคหรือสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลได้ หลักเสมอภาคจึงเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นรากฐานสำคัญของระบอบประชาธิปไตย³ เป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ และเป็นหลักที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ และอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ ประกอบกับการใช้กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเป็นไปเพื่อพยายามลดความไม่เสมอภาค การศึกษาหลักความเสมอภาคจึงมีความสำคัญเพื่อใช้เป็น

¹ ศุภย์ศึกษาคติปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ, “หลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม,” สำนักงานคตปกครอง, น.20.

² บุปผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป,” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2548), น.10.

³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 30, น.165 (มิถุนายน 2543).

กรอบในการตรวจสอบการใช้กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องหรือไม่และทำให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนอย่างมีประสิทธิภาพเท่าเทียมกัน ความเสมอภาคจึงเป็นพื้นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง อันทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เกิดการเลือกปฏิบัติต่อกัน (Non-discrimination)

2.1.2 ความหมายของความเสมอภาค

อริสโตเติล กล่าวถึง ความยุติธรรมในรูปแบบของความเสมอภาค โดยพฤติกรรมที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่คล้ายคลึงกัน พฤติกรรมที่ต่างกันควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันออกไปและมีการใช้กฎเกณฑ์ที่ไม่ลำเอียง⁴ หลักความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานของความยุติธรรม มีการยึดหยุ่นในการตีความและการบังคับใช้ จึงไม่ปรากฏการให้ความหมายไว้โดยตรง อย่างไรก็ตาม นักวิชาการหลายท่านได้สรุปหลักความเสมอภาคไว้ ดังนี้

หลักความเสมอภาคตามความหมายของหลักสิทธิมนุษยชน หมายถึงความเท่าเทียมกันของมนุษย์ทุกคนในการได้รับสิทธิพื้นฐานตามหลักสิทธิมนุษยชน โดยผ่านการปฏิบัติระหว่างมนุษย์ด้วยกันด้วยความเคารพต่อสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁵

หลักความเสมอภาคตามหลักกฎหมาย หมายถึง หลักการพื้นฐานของความยุติธรรมที่กำหนดให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกันกับเรื่องนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกัน⁶

หลักความเสมอภาคตามระบอบประชาธิปไตย หมายถึง การที่ประชาชนทุกคนในประเทศมีความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในเรื่องสิ่งจำเป็นขั้นพื้นฐานต่อการอยู่รอดและการพัฒนาตัวเองตามหลักสิทธิมนุษยชน คือ ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย การนับถือศาสนา การศึกษาและการรับรู้ข่าวสาร การเข้าถึงบริการสาธารณะและสวัสดิการทางสังคม การประกอบอาชีพ การมีส่วนร่วมทางการเมือง และการได้รับคุ้มครองตามกฎหมาย⁷

⁴ โสภณ รัตนกร, “ความยุติธรรม,” บทบัญญัติ, เล่มที่ 25, ตอน 2, น.375—383 (2511).

⁵ ศรัณยู หมั่นทรัพย์, “ความเสมอภาค,” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2559 ,จาก http://ppd.kpi.ac.th/index.php?name=content&main_id=12&page_id=44

⁶ เพิ่งอ้าง.

⁷ เพิ่งอ้าง.

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ สรุปหลักเกณฑ์หลักความเสมอภาคไว้ว่า “การปฏิบัติเพื่อให้เกิดความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ”⁸

ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ให้ความหมายของความเสมอภาคไว้ว่า “หลักความเสมอภาคเป็นหลักการทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ทั้งนี้ การปฏิบัติตามหลักความเสมอนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้”⁹

RENE CHAPUS ให้ความหมายของหลักความเสมอภาค คือ “หลักที่ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน”¹⁰

จากการศึกษาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า หลักความเสมอภาค หมายถึง การที่บุคคลที่อยู่ในสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงเดียวกันควรได้รับการปฏิบัติในหลักเกณฑ์เดียวกัน โดยมีความเท่าเทียมกันในสิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลนั้นพึงได้รับตามหลักสิทธิมนุษยชนและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อย่างไรก็ตาม หลักเสมอภาคมิได้หมายความว่าความเท่าเทียมกันทุกกรณี ในกรณีที่ปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันแต่มีวัตถุประสงค์และเหตุผลที่เหมาะสม การเลือกปฏิบัติดังกล่าวจึงไม่ขัดกับหลักเสมอภาค แต่เมื่อพิจารณาถึงสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคที่จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญอย่างเท่าเทียมกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญไม่เหมือนกันให้แตกต่างกันไปแล้วนั้น การเลือกปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมอาจก่อให้เกิดความเสมอภาคได้ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป อันเป็นข้อยกเว้นกรณีไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักเสมอภาค, ในหนังสือโครงการเฉลิมพระเกียรติสารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภา 2543), น.3.

⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “หลักความเสมอภาค,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2559, จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=657>

¹⁰ Rene CHAPUS. Droit , “Adminstratif General,” อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 30, น.166 (มิถุนายน 2543).

2.1.3 ทฤษฎีหลักความเสมอภาค

เพื่อให้เกิดความเข้าใจในหลักความเสมอภาค จึงต้องศึกษาทฤษฎีของความเสมอภาค ซึ่งแบ่งเป็น 2 ทฤษฎี¹¹ คือ ความเสมอภาคตามรูปแบบ (Formal Equality) และความเสมอภาคตามเนื้อหา (Substantive Equality) โดยความเสมอภาคตามรูปแบบนั้น โดยเน้นที่การไม่นำสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ไม่เกี่ยวข้องกันมาพิจารณากรณีการปฏิบัติเพื่อให้เกิดความเท่าเทียม อาทิ เพศ หรือ เชื้อชาติ ส่วนความเสมอภาคตามเนื้อหาจะเป็นการเพิ่มสิทธิพิเศษเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมทางโอกาสและผล

1. ความเสมอภาคตามรูปแบบ¹²

ความเสมอภาคตามรูปแบบเป็นหลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เท่าเทียมโดยมีแนวคิดพื้นฐานอยู่บนหลักที่ว่า “like should be alike” คือ “สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน” จึงเป็นเน้นการลบล้างการกระทำที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยความเสมอภาคตามรูปแบบต้องพิจารณา 4 ประการ

ประการแรก บุคคลที่มีความเหมือนกันอย่างเกี่ยวพันตามแนวคิดพื้นฐาน “สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน” จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่า อย่างไรจึงถือว่าบุคคลสองคนมีความเหมือนกันและมีความแตกต่างกันในส่วนที่ไม่ถือว่าเป็นความแตกต่าง

ประการที่สอง ความเสมอภาคตามรูปแบบเป็นหลักความสัมพันธ์ หากปรากฏข้อเท็จจริงกรณีบุคคลสองคนมีสภาวะการณ์เหมือนกันสถานะเดียวกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าการปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเป็นไปในเชิงบวกหรือเชิงลบ

ประการต่อมา ตามหลักสิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ทำให้เกิดตัวเปรียบเทียบโดยที่ตัวเปรียบเทียบต้องเป็นบุคคลที่มีสภาวะการณ์หรือสถานะเดียวกันกับผู้กล่าวอ้าง โดยปัญหาที่เกิดขึ้นคือไม่สามารถหาตัวเปรียบเทียบได้ในบางกรณี ทำให้ไม่สามารถตัดสินได้ว่าผู้กล่าวอ้างนั้นไม่ได้รับความเสมอภาคอย่างไร ซึ่งโดยปกติจะเอาหลักเกณฑ์ทั่วไปมาเป็นตัวเปรียบเทียบ และปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ เกณฑ์ทั่วไปนั้นเหมาะสมจริงหรือไม่

¹¹ Sandra Fredman, Discrimination Law, (New York : Oxford University Press 2002), p7.

¹² ปาริฉัตร รัตนากาญจน์ , “การล่วงเกิน คุณคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน : รูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.17-18.

ประการสุดท้าย การต้องการเพียงความเหมือนกันในการปฏิบัติเพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาคโดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสมในการปฏิบัติอย่างแตกต่างต่อบุคคลที่มีความแตกต่างกัน

จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีดังกล่าวได้นำเอาความแตกต่าง (เพศ ภาษา ศาสนา สภาพทางกายภาพ) ออกก่อน จึงจะนำมาพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างดังกล่าว ซึ่งในความเป็นจริง ความแตกต่างเหล่านั้น เป็นสิ่งที่ส่งผลถึงพฤติกรรมของแต่ละบุคคลด้วย หากไม่คำนึงถึงความแตกต่าง ก็ไม่สามารถพิจารณาถึงความเหมือนที่แท้จริงของบุคคลได้ ซึ่งทฤษฎีนี้เพียงทฤษฎีเดียวมีข้อเสียและมีช่องว่างอันจะทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำหรือเกิดความไม่เป็นธรรม ดังนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาทฤษฎีอื่น ๆ เพื่อให้เกิดสมดุลในการสร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้น

2) ความเสมอภาคตามเนื้อหา¹³ แบ่งเป็นสองทฤษฎีย่อย คือ

2.1) ความเสมอภาคในผล (Equality of Result)

เป็นทฤษฎีที่เน้นผลลัพธ์ที่เกิดขึ้น โดยผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นนั้นควรมีความเสมอภาคหรือผลลัพธ์ที่เท่าเทียมกัน โดยมุมมองความเสมอภาคของทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบจะถือว่ามีความเสมอภาคเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อบุคคลมีสถานะหรือสถานการณ์ที่เหมือนกันได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน แต่ความเสมอภาคในผลจะถือว่ามีความเสมอภาคเกิดขึ้นเมื่อผลลัพธ์ที่ออกมามีความเท่าเทียมกัน ความสำคัญของความเสมอภาคในผลอยู่ที่การมีผลลัพธ์ที่เสมอภาคกัน การใช้หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) จึงเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่ง เพื่อใช้พิจารณาหลักความเสมอภาคในผล กล่าวคือ การได้มาซึ่งหลักความเสมอภาคในผล บางครั้งต้องมีการกำหนดพื้นที่สำหรับบุคคลที่เสียเปรียบซึ่งเรียกว่า การกำหนดโควตา และการกำหนดโควตานี้จำเป็นต้องได้สัดส่วนกับความมุ่งประสงค์ที่แท้จริงด้วย ดังนั้น จึงเกิดความจำเป็นประการหนึ่งคือ เกิดการแทรกแซงจากภาครัฐเพื่อที่จะให้ได้ผลลัพธ์ที่ออกมามีความเสมอภาคกัน

2.2) ความเสมอภาคในโอกาส (Equality of opportunity)¹⁴

เป็นทฤษฎีที่อยู่ระหว่างความเสมอภาคตามรูปแบบกับความเสมอภาคในผล โดยมีมุมมองการปฏิบัติว่ากรณีเป็นการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันจะไม่เกิดขึ้น หากว่ามีจุดเริ่มต้นที่ต่างกันและการให้ผลประโยชน์ที่จะเกิดแก่ปัจเจกชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกันถือเป็นเรื่องที่ไม่มากเกินไป โดยผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่ปัจเจกชนแต่ละคนควรอยู่บนพื้นฐานของความสามารถหรือคุณภาพของแต่ละบุคคล แต่ทุกคนควรมีโอกาสในการเริ่มต้นที่เท่ากันการสร้างความเสมอภาคในโอกาสจึงต้อง

¹³ เฟิงอ้วง, น.18.

¹⁴ เฟิงอ้วง.

มีการจัดอุปสรรคเรื่องความแตกต่างของแต่ละบุคคล เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา สภาพทางกาย เป็นต้น แต่ไม่ถึงขนาดเป็นการรับประกันว่าบุคคลทุกคนจะได้รับผลลัพธ์ที่เท่ากัน ทั้งนี้ต้องพิจารณาถึงความสามารถและคุณภาพของแต่ละบุคคล สิ่งสำคัญของทฤษฎีนี้ คือ การสร้างโอกาสให้ทุกคนสามารถมีจุดเริ่มต้นที่เท่าเทียมกันโดยมีมาตรการจัดอุปสรรคตามอำเภอใจเพื่อความก้าวหน้า เช่น การจัดอุปสรรคด้านเพศ ศาสนา เชื้อชาติ ความพิการ ฯลฯ อันจะนำมาอ้างเพื่อทำการอันก่อให้เกิดความไม่เสมอภาค โดยสิ่งที่สามารถอ้างได้ คือ ความสามารถ พรสวรรค์ คุณภาพ โดยรัฐต้องมีการอำนวยความสะดวกด้านสวัสดิการ มีการแบ่งสรรทรัพยากรให้ถูกต้อง เช่น การให้การศึกษาอย่างเท่าเทียม การฝึกอบรมวิชาชีพอย่างเพียงพอ เพื่อไม่เกิดกรณีบุคคลมีความสามารถเหมือนกันมีคุณภาพเหมือนกันแต่ขาดโอกาสเนื่องจากการศึกษา โดยความเสมอภาคด้านโอกาส คือ ให้บุคคลที่ประสบความสำเร็จตามความสามารถของตนเอง โดยพรสวรรค์หรือความสามารถเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากตนเอง ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความควบคุม โดยรัฐจะต้องส่งเสริมเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันทางโอกาสในการประสบความสำเร็จด้วยตนเอง แม้ในบางครั้งผลลัพธ์ที่ตามมาอาจไม่เสมอภาคกัน

จะเห็นได้ว่า จากการศึกษาทั้งทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบ ความเสมอภาคตามผล และความเสมอภาคในโอกาสนั้น ล้วนพิจารณาหลักความเสมอภาคที่แตกต่างกันไป โดยทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบนั้นจะพิจารณาตามสภาวะการณ์ว่าจะปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสภาวะการณ์เหมือนกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันจึงจะเกิดความเสมอภาค ทฤษฎีความเสมอภาคตามผลเน้นพิจารณาที่ผลลัพธ์ที่เท่าเทียมกันหรือไม่ และทฤษฎีความเสมอภาคด้านโอกาสพิจารณาว่าได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกันหรือไม่ เมื่อพิจารณาตามหลักทฤษฎีทั้งสามทฤษฎี จะพบว่าหลักความเสมอนั้นไม่ควรจะจำกัดในทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งโดยเฉพาะ แต่ควรพิจารณาทั้งสามทฤษฎีตามแต่ละสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นกรณีไป

2.1.4 ประเภทของหลักความเสมอภาค

โดยทั่วไปแล้ว อาจจำแนกประเภทของหลักความเสมอภาค¹⁵ ได้เป็น 2 ประการ ดังนี้

1) หลักความเสมอภาคทั่วไป

หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นหลักการที่มีได้เรียกร้องให้มีการปฏิบัติเหมือนกันทุกกรณี แต่เรียกร้องให้มีการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมและจะต้องปฏิบัติ

¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน 2558), น.161-163.

ต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น โดยตัวอย่างของหลักความเสมอภาคทั่วไปปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมในมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ที่กำหนดว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน”

ความเสมอภาคทางกฎหมาย หมายความว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายเดียวกัน และหมายความรวมถึงกระบวนการทางกฎหมายที่มีผลต่อประชาชน ตั้งแต่การออกกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการพิจารณาคดีต้องเป็นไปอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันทุกคน ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียม ดังนั้น หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายจึงเป็น หลักความเสมอภาคทั่วไปที่บุคคลอาจเรียกร้องได้จากรัฐเพื่อให้ปฏิบัติต่อตนเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างเท่าเทียม

ความเสมอภาคทางสังคม หมายถึง ความเท่าเทียมกันทางสังคมของสมาชิกทุกคนในสังคม และการไม่เลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างทางอัตลักษณ์ของบุคคล เช่น ถิ่นกำเนิด ชาติพันธุ์ ภาษา สีผิว เพศ ศาสนา ฯลฯ

2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง¹⁶

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง หมายถึง กฎหมายได้บัญญัติถึงความเสมอภาคในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจแบ่งหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องออกได้ ดังนี้

ก. ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม กรณีที่ต้องใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล บุคคลทุกคนที่ถูกโต้แย้งสิทธิสามารถที่จะนำคดีเข้าสู่การพิจารณาในศาลที่มีเขตอำนาจได้อย่างเท่าเทียมกัน และได้รับการพิจารณาตามกระบวนการพิจารณาอย่างเดียวกัน

ข. ความเสมอภาคในการเข้าทำงานในภาครัฐ บุคคลทุกคนย่อมมีความเสมอภาคที่จะสมัครเข้ารับราชการได้โดยทั่วไปตามกระบวนการคัดเลือกที่จะดำเนินการให้สอบแข่งขันเพื่อพิจารณาตามความรู้ความสามารถ

ค. ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง พิจารณาทั้งกรณีของบุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้งและผู้มีสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง หากบุคคลมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อมมีสิทธิเลือกตั้งและสิทธิในการลงสมัครเลือกตั้งอย่างเท่าเทียมกัน

¹⁶ เฟื่องอ้าง, น.161-163.

ง. ความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ ได้แก่ ความเสมอภาคในการชำระภาษี ความเสมอภาคในการรับราชการทหาร เว้นแต่เป็นบุคคลที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหาร

จ. ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ เช่น บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอภาคในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปี หรือ บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อผู้ใช้บริการของบริการสาธารณะ

2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ

จากแนวความคิดเรื่องหลักความเสมอภาคที่บุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน ควรได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญไม่เหมือนกันให้แตกต่างกันไป หากมีการกระทำต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันในลักษณะเลือกปฏิบัติต่อเพราะเหตุความแตกต่างใด ๆ จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ดังนั้นเพื่อทำความเข้าใจเรื่อง การเลือกปฏิบัติให้มากขึ้นนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาทั้งการกำหนดความหมายของคำว่า เลือกปฏิบัติ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ลักษณะรูปแบบของการเลือกปฏิบัติ โดยศึกษาพอสังเขป ดังนี้

คำว่า “เลือกปฏิบัติ” (Discrimination) พิจารณาได้ 2 มุมมอง¹⁷ ได้แก่

1. การเลือกปฏิบัติเป็นเพียงคำกล่าวทั่วไป โดยมุมมองทั่วไปเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน เป็นการเลือกกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ โดยผู้กระทำมีสิทธิในการเลือกกระทำ เช่น การเลือกซื้อของจากร้านค้า A เพราะไม่ชอบ ร้าน B การเลือกทำงานกับนาย A เพราะเป็นคนขยัน โดยการเลือกปฏิบัติดังกล่าวไม่มีมูลเหตุมาจากความมีอคติในลักษณะอัตลักษณ์ที่แตกต่างของผู้เสียหายกับผู้กระทำแต่อย่างใด

2. การเลือกปฏิบัติให้ความหมายในเชิงลบในกรณีเมื่อกล่าวถึงการเลือกปฏิบัติเนื่องจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา เพศ หรือเหตุอื่นใดที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคขึ้น ถือว่าเป็นมุมมองเชิงกฎหมาย โดยผลของการเลือกปฏิบัติมีสองประการ ประการแรกคือ การเลือก

¹⁷ ฉัตรชัย สลักคำ, “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี : ศึกษากรณีห้ามสตรีเข้าไปในพื้นที่ชั้นในของพระพุทธศาสนา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.12.

ปฏิบัติเพราะเหตุความแตกต่างอันไม่เป็นธรรมย่อมก่อให้เกิดความไม่เสมอภาค ประการที่สอง การเลือกปฏิบัติก่อให้เกิดความเสมอภาคได้ หากเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อลดความเหลื่อมล้ำที่มีอยู่ในสังคมเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อแก้ไขความไม่เสมอภาคเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม เป็นกรณีที่รัฐกำหนดมาตรการใด ๆ เพื่อให้บุคคลที่ต้องการได้รับความช่วยเหลือพิเศษ เช่น เด็ก ผู้สูงอายุ ผู้พิการ ได้รับสิทธิเสรีภาพของพวกเขาเหล่านั้นอย่างเต็มที่เช่นเดียวกับบุคคลที่มีความพร้อมตามปกติ แม้จะเป็นการเพิ่มมาตรการเพื่อให้คนบางกลุ่มเท่านั้นที่ได้รับประโยชน์ แต่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากในสังคมทุกสังคม บุคคลย่อมมีความไม่เท่าเทียมกันโดยธรรมชาติโดยเหตุปัจจัย เช่น สภาพทางกาย สิ่งแวดล้อมใด ๆ การที่รัฐจะจัดให้บุคคลเหล่านี้ได้มีความเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นจึงมีความจำเป็นต้องมีมาตรการพิเศษอื่นใดเพื่อให้พวกเขาเข้าถึงสิทธิและเสรีภาพของตนเองอย่างเต็มที่ โดยการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาค แต่เป็นกรณีกระทำขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวม หรือมุ่งจัดความเหลื่อมล้ำความแตกต่างที่ดำรงอยู่¹⁸

การเลือกปฏิบัติที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ผู้เขียนได้ศึกษาการเลือกปฏิบัติในมุมมองทางกฎหมายในความหมายเชิงลบ กล่าวคือ ศึกษาเฉพาะการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาค โดยเป็นการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากการมีอคติเกลียดชังต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะแตกต่างจากตน เช่น เชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เพศ ฯลฯ เท่านั้น

2.2.1 ความหมายของการเลือกปฏิบัติ

การให้ความหมายของการเลือกปฏิบัตินั้นแสดงให้เห็นถึงขอบเขตและองค์ประกอบของการกระทำ ซึ่งการให้ความหมายของการเลือกปฏิบัตินั้น มีบทนิยามในกฎหมายระหว่างประเทศ และนักวิชาการหลายท่านได้นิยามไว้ โดยผู้เขียนศึกษาได้ ดังนี้

ความหมายจากความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในกติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางการเมือง โดยคณะกรรมการเห็นว่า “การเลือกปฏิบัติ” หมายถึง การปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากการเลือกเพศ สีผิว เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความเห็นในเรื่องอื่น ๆ เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือ สังคม ฐานะ ถิ่นกำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดผล

¹⁸ เพิ่งอ้าง.

กระทบหรือทำให้สูญเสียไปหรือทำให้การยอมรับเสื่อมเสียไป ต่อการอุปโภคสิทธิหรือการใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนพื้นฐานความเสมอภาคและสิทธิเสรีภาพทั้งหมด¹⁹

ความหมายของการเลือกปฏิบัติ ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965 ให้ความหมายคำว่า “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” หมายถึง การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว ชาติพันธุ์ หรือชาติกำเนิด ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลทำให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่น ๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล²⁰

ความหมายของการเลือกปฏิบัติ ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ได้ให้ความหมายคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” หมายถึง การแบ่งแยก กีดกัน หรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งมีผลหรือมุ่งความประสงค์ที่จะทำลาย ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงซึ่งการยอมรับ การอุปโภค การใช้สิทธิสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรส บนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมือง หรือด้านอื่น ๆ²¹

Black’s law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า เลือกปฏิบัติ (Discrimination) หมายถึง การปฏิบัติใด ๆ ต่อบุคคล หรือกลุ่มคนโดยไม่เท่าเทียมกันและไร้เหตุผล หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติเนื่องจาก เชื้อชาติ อายุ สัญชาติ หรือศาสนา หรือการปฏิบัติที่แตกต่างเรื่องความชอบความไม่ชอบที่ปราศจากเหตุผลที่สามารถรับฟังได้²²

¹⁹ กุลพล พลวัน, “การเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ,” วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เล่ม 2, น.14-15, (ตุลาคม 2546-มีนาคม 2547).

²⁰ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 ข้อบทที่ 1 (1)

²¹ ฉัตรชัย สลักคำ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.11.

²² Henry Campbell, Black, Black’s Law Dictionary, Nine Edition, (U.S.A : WEST,Thomson Reuter,2009),p.534.

Neil Thomson นักวิชาการผู้เชี่ยวชาญด้าน Anti Discriminatory Practice²³

ได้นิยามคำว่า การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การกระทำที่ทำให้เกิดความแตกต่างอย่างใดก็ตามของความยุติธรรมของปัจเจกชนหรือกลุ่มชน รวมถึงพฤติกรรมที่มีอคติ (Prejudicial Behavior) ที่ต่อต้านผลประโยชน์ของกลุ่มคนซึ่งไร้อำนาจ ภายใต้โครงสร้างของสังคมนั้น ๆ เช่น กลุ่มผู้หญิง กลุ่มผู้สูงอายุ คนพิการ และกลุ่มผู้ใช้แรงงานโดยทั่วไปในสังคม โดยการเลือกปฏิบัติยังหมายถึง การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) โดยความแตกต่างถูกนำไปใช้เป็นพื้นฐานของการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม โดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลได้รับความเสียหายอันเจ็บปวด เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในด้านเพศภาวะ เชื้อชาติ อัตลักษณ์ทางชาติพันธุ์ อัตลักษณ์ทางเพศ และอื่น ๆ ยิ่งไปกว่านั้น การเลือกปฏิบัติยังเป็นฐานความผิดของการกดขี่ (Oppression) ซึ่งเกิดขึ้นในกระบวนการจำแนกคนบางกลุ่มว่าแตกต่างและพวกเขาได้รับการปฏิบัติแบบดูแคลน (Degrading treatment) เหมือนไม่ใช่มนุษย์

การเลือกปฏิบัติ หมายความว่า การกีดกันหรือการให้สิทธิพิเศษอันเนื่องมาจากความแตกต่าง เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง การแบ่งแยกเชื้อชาติ หรือสังคม อันนำมาซึ่งความเสื่อมเสียต่อความเสมอภาคในโอกาส²⁴

สรุป ความหมายทั่วไปของการเลือกปฏิบัติตามความเห็นของผู้เขียน การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หมายถึง การกระทำหรือไม่กระทำใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพราะเหตุความแตกต่างจากเชื้อชาติ ศาสนา เพศ สีผิว ศาสนา ฯลฯ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดผลกระทบต่อการใช้สิทธิของบุคคลนั้นในสิทธิที่เขาพึงได้รับตามกฎหมายแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

1. การเลือกปฏิบัติ เป็น การกระทำที่เป็นการแบ่งแยก จำกัด กีดกัน ต่อบุคคลอื่น
2. การเลือกปฏิบัติ เกิดขึ้นจากเหตุความแตกต่างระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำ โดยเหตุความแตกต่างเป็นเหตุพื้นฐานเช่น เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา เพศ หรือลักษณะอื่นใด
3. ผลการเลือกปฏิบัติทำให้ผู้ถูกกระทำด้อยสิทธิ ไม่ได้รับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายกำหนด

²³ Neil Thomson, Anti Discriminatory Practice, (London, Palgrave Macmillan, 2006)

²⁴ สุธีรัตน์ ทองทิพย์ , “สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของแรงงานตามมาตรฐานสากล,” วารสารแรงงานสัมพันธ์ ,ฉบับที่ 39, น.25-26,(ธันวาคม 2541).

นอกจากความหมายของคำว่า เลือกปฏิบัติแล้ว ผู้เขียนได้ศึกษาความหมายของคำว่า อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate crime) ถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate speech) การเหยียดเชื้อชาติ และการเหยียดสีผิว เนื่องจากมีความเกี่ยวพันกัน เพื่อเป็นการ กำหนดขอบเขตความผิดฐานเลือกปฏิบัติให้ชัดเจนว่าครอบคลุมแค่ไหนเพียงใด ผู้เขียนศึกษาได้ ตามลำดับดังนี้

อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate crime) หมายถึง การกระทำความผิด อาญา ต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล โดยที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยมีแรงจูงใจหรือแรงกระตุ้นมา จากการมีอคติหรือความเกลียดชังต่อพื้นฐานอัตลักษณ์ของบุคคล หรือ กลุ่มบุคคล เช่น ความแตกต่าง ทางเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เพศ เป็นต้น²⁵ กล่าวคือ ต้องมีการกระทำความผิดทางอาญาทั่วไปโดยเป็น ความผิดพื้นฐาน เช่น การฆ่าผู้อื่น การทำร้ายร่างกาย การทำให้เสียทรัพย์ โดยการกระทำความผิด อาญาพื้นฐานดังกล่าวเกิดจากแรงจูงใจจากอคติของผู้กระทำที่เกิดจากความเกลียดชังต่อลักษณะบาง ประการต่อผู้กระทำ หรือเป้าหมายในการกระทำเกิดขึ้นเพราะเหตุที่ผู้กระทำอยู่ในกลุ่มเดียว หรือมี ลักษณะที่ผู้กระทำมีอคติเกลียดชังต่อบุคคลหรือกลุ่มคนที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง²⁶ ซึ่ง เมื่อเปรียบเทียบกับกระทำการเลือกปฏิบัติที่เป็นความผิดอาญา การเลือกปฏิบัติไม่เป็นการกระทำ ที่เป็นความผิดอาญาพื้นฐาน แต่การเลือกปฏิบัติเกิดจากการมีแรงจูงใจหรือมูลเหตุจูงใจจากการมีอคติ เกลียดชังในลักษณะผู้ถูกกระทำที่แตกต่างกับผู้กระทำ เช่น เรื่องเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ เช่นเดียวกัน โดยการเลือกปฏิบัติถือเป็นสาเหตุหนึ่งที่เกิดอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังได้ หากผู้ถูกเลือกปฏิบัติถูกกระทำเป็นระยะเวลานานแล้ว อาจก่ออาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง เพื่อล้างแค้นหรือโต้ตอบสิ่งที่ตนถูกกระทำได้

การแสดงถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate speech)²⁷ หมายถึง กฎหมาย กำหนดให้ถ้อยคำหรือข้อความบางประเภทเป็นความผิด เนื่องจากเนื้อหาของถ้อยคำหรือข้อความ หรือการแสดงออกได้กระตุ้นหรือยุยงให้เกิดความเกลียดชังหรือดูหมิ่นบุคคลบางกลุ่ม ยั่วยุปลุกปั่นให้

²⁵ Steven E Barkan and George J. Bryjak, Fundamentals of Criminal Justice (Boston, MA: Pearson, 2004), p.80.

²⁶ OSCE/ODIHR, HATE CRIME LAW A Practical Guide, (Poland : The OSCE Office for Democratic Institution and Human Rights (ODIHR), 2009), p.16.

²⁷ Henry Campbell, Black's Law Dictionary, Nine Edition, (U.S.A : WEST, Thomson Reuter, 2009), p.1529.

เกิดความรุนแรง โดยใช้คำพูดโจมตีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เพศ ฯลฯ²⁸ โดยตัวอย่าง Hate speech ที่สำคัญ ได้แก่ กรณี ฮิตเลอร์ ใช้ Hate speech ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อชาวยิวจนเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ถือเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่าง การเลือกปฏิบัติกับการใช้ถ้อยคำที่ก่อให้เกิดการเกลียดชัง นั้น จะเห็นได้ว่าการใช้ถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง โดยคำพูดหรือการกระทำใด ๆ กระทำต่อบุคคล เพื่อให้ผู้อื่นเกลียดชังต่อกลุ่มบุคคลที่มีความแตกต่างจากตน เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา กล่าวคือเป็นการใช้คำพูดเพื่อให้ผู้อื่นเกลียดชังบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้น ๆ ก่อให้เกิดความรุนแรง เกิดการต่อต้านและการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ส่วนการเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำโดยการเลือกปฏิบัติ จำแนกกีดกัน สิทธิของผู้อื่นที่เขาพึงได้รับเนื่องจากผู้กระทำความผิด เกลียดชังต่อผู้เสียหายเพราะเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ เป็นการกระทำเนื่องจากตัวผู้กระทำความผิดต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่แตกต่างจากตน ไม่ได้ก่อให้เกิดผู้อื่นเกลียดชังต่อบุคคลที่แตกต่างจากตนโดยตรง

การเหยียดเชื้อชาติ/การเหยียดผิว (Racism) หมายถึง การมีอคติ กระทำการต่อต้าน เป็นปฏิกิริยาต่อผู้อื่นที่แตกต่างจากตนโดยมีความเชื่อว่าตนดีกว่า²⁹ เกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ เช่น การล้อเลียนหรือการวิจารณ์ที่ก่อให้เกิดความเจ็บใจ การใช้คำหยาบแทนชื่อ หรือการละเมิดด้วยวาจา รวมถึงการกีดกันแกล้งหรือการข่มขู่ หรือคำวิจารณ์ในสื่อหรืออินเทอร์เน็ตที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือในกรณีที่ร้ายแรงที่สุด การเหยียดเชื้อชาติสามารถเป็นสาเหตุของการทำร้ายร่างกายและความรุนแรงได้³⁰ ซึ่งมีลักษณะเป็นเรื่องการแสดงถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate speech) อย่างไรก็ตาม การเหยียดเชื้อชาติ การเหยียดสีผิว อาจเป็นการกระทำในลักษณะกีดกันคนบางกลุ่มจากการได้รับบริการหรือกีดกันสิทธิด้านการจ้างงาน การศึกษา กีฬา และกิจกรรม

²⁸ เกรวินทร์ นิธิประภาวัฒน์, “การกำหนดความผิดอาญา : ศึกษากรณีการแสดงถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2556) , น.65.

²⁹ English Oxford living Dictionaries, “Definition of racism in English” Accessed June 15,2017,from <https://en.oxforddictionaries.com/definition/racism>

³⁰ สำนักเลขาธิการยุทธศาสตร์ต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติแห่งชาติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย, “ยุทธศาสตร์ต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติ”, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2560 , จาก <https://itstopswithme.humanrights.gov.au/sites/default/files/strategy/thai.pdf>

ทางสังคม ในระดับสถาบัน จากนโยบายหรือแนวปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความเสียเปรียบของคนบางกลุ่ม ซึ่งมีลักษณะเป็นเรื่องการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)

ดังนั้น จากการศึกษาข้างต้นผู้เขียนสรุปได้ว่า การเหยียดเชื้อชาติและสีผิว (Racism) เป็นส่วนหนึ่งของเรื่องการใช้ถ้อยคำเพื่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate speech) และการเลือกปฏิบัติ (Discrimination และการใช้ถ้อยคำเพื่อให้เกิดความเกลียดชังและการเลือกปฏิบัติ) เป็นหนึ่งในสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate crime)

2.2.2 เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและรูปแบบการเลือกปฏิบัติ

เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หมายถึง เหตุหรือมูลเหตุจูงใจ แรงกระตุ้นของผู้ที่กระทำการเลือกปฏิบัติว่าจะนำเหตุใดมาเป็นเกณฑ์ในการปฏิบัติที่ต่างกันในฐานะการณเดียวกัน เหตุที่นำมาเป็นเกณฑ์มีหลายลักษณะ โดยพิจารณาเหตุดังกล่าวได้จากลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้การคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ ดังนี้

2.2.2.1 ลักษณะของผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

กฎหมายแต่ละประเทศได้กำหนดลักษณะให้ความคุ้มครองแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับลักษณะพื้นฐาน ประวัติศาสตร์ และความจำเป็นของแต่ละประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศได้กำหนดลักษณะพื้นฐานที่กฎหมายให้การคุ้มครองไว้โดยมีหลักในการพิจารณาที่คำนึงถึงความเหมาะสม 3 หลัก ดังนี้³¹

ก. ลักษณะพื้นฐานที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลง เป็นสิ่งบ่งชี้ที่ปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดเจน อันบุคคลสามารถรู้สึกได้ถึงความเป็นตัวตนของตนเอง สิ่งอันเป็นพื้นฐานไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ติดตัวมาตั้งแต่เกิด เช่น สีผิว เป็นลักษณะที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ การที่บุคคลมีผิวสีดำนี้อาจสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะทางเชื้อชาติ หรือ เผ่าพันธุ์ของบุคคลนั้นได้

ข. บริบทสังคมและประวัติศาสตร์ การศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นภายในสังคมประวัติศาสตร์ที่เกิดขึ้นเรื่องของการเลือกปฏิบัติในแต่ละประเทศ รวมถึง เหตุการณ์ปัจจุบันที่เป็นประเด็นสำคัญที่เกิดขึ้นนั้น เป็นสิ่งที่ใช้ในการพิจารณากำหนดว่ากฎหมายจะให้ความคุ้มครองในลักษณะใดบ้าง

³¹ OSCE Office for Democratic Institution and Human Rights (ODIHR), Hate crime Laws : A Practical Guide, pp.38-40 อ้างถึงใน กชกร วิทยากัย บุนนาค, “การกำหนดความรับผิดชอบอาญาสำหรับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.31-34.

ค. การก่อให้เกิดผลทางปฏิบัติ การบัญญัติกฎหมายนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติควรคำนึงถึง การที่เจ้าหน้าที่ที่บังคับใช้กฎหมายจะสามารถนำไปใช้ได้จริงในทางปฏิบัติด้วยและใช้กฎหมายได้อย่างเหมาะสม

1) ลักษณะโดยทั่วไปที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง³²

การกำหนดลักษณะต่าง ๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย มีความเหมือนหรือแตกต่างกันไปตามบริบทของแต่ละประเทศ โดยลักษณะทั่วไปที่ประเทศต่างๆ ให้การคุ้มครอง³³ ได้แก่

1. เชื้อชาติ (RACE) หมายถึง ประเภทส่วนใหญ่ของมวลมนุษยซึ่งจำแนกลักษณะทางกายภาพ หรือการร่วมเผ่าพันธุ์เดียวกัน หรือมีลักษณะร่วมทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ ภาษา เป็นต้น เป็นลักษณะทางชีวภาพของบุคคลที่เห็นได้จากรูปพรรณสัณฐาน เช่น สีผิว เส้นผม โดยการแบ่งเชื้อชาติแบ่งออกได้เป็น 5 กลุ่มใหญ่ คือ นิกรอยด์ มองโกลอยด์ คอเคซอยด์ ออสตาลอยด์ และพอลินีเซีย

2. เผ่าพันธุ์ หรือ ชาติพันธุ์ (Nation origin/Ethnic origin/Ethnicity) ความหมายโดยทั่วไปหมายถึง การมีวัฒนธรรมขนบธรรมเนียมประเพณีร่วมกัน มีภาษาพูดเดียวกัน และเชื่อว่าสืบเชื้อสายมาจากบรรพบุรุษกลุ่มเดียวกัน สืบทอดมาจากบรรพบุรุษที่มีลักษณะทางชีวภาพและรูปพรรณเหมือนกัน เชื้อชาติเหมือนกัน โดยผู้ที่อยู่กลุ่มชาติพันธุ์เดียวกันจะมีความรู้สึกผูกพันทางวัฒนธรรมในเวลาเดียวกันซึ่งช่วยส่งเสริมอัตลักษณ์ของบุคคลและชาติพันธุ์ ก่อให้เกิดความรู้สึกเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

ศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนด นิยามลักษณะเฉพาะกลุ่มบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองจากการล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ กลุ่มคนชาติ (national group) หมายถึง กลุ่มบุคคลที่รับรู้ที่จะมีข้อผูกพันทางกฎหมายร่วมกันภายใต้ความเป็นพลเมืองเดียวกันและผูกพันแบบต่างตอบแทนกันด้วยสิทธิและหน้าที่ โดยข้อแตกต่างเรื่องคนชาติแยกได้ชัดเจนที่สุด เนื่องจากแยกออกชัดจาก

³² เฟ็งอ้วง.

³³ กชกร วิทยากัย บุนนาค, “การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.31-34.

พยานหลักฐานเอกสาร แสดงออกผ่านผ่านความคึกกันของรัฐที่บุคคลมีสัญชาติ³⁴ กลุ่มชาติพันธุ์ (ethnical group) หมายถึง กลุ่มซึ่งบุคคลมีการใช้ภาษาหรือวัฒนธรรมร่วมกัน เป็นความแตกต่างที่แยกยากที่สุด เพราะจุดเชื่อมโยงความเป็นชาติพันธุ์ คือ ภาษาและวัฒนธรรม

3. กลุ่มเผ่าพันธุ์ (racial group) หมายถึง คุณสมบัติทางกายภาพทางสายโลหิตซึ่งมักถูกแยกแยะโดยเขตภูมิศาสตร์ โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยทางภาษา วัฒนธรรม สัญชาติ หรือ ศาสนา³⁵

4. สัญชาติ (Nationality) หมายถึง ความเป็นพลเมืองของประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือการเป็นประชาชนของประเทศใดประเทศหนึ่งตามกฎหมายโดยที่ลักษณะทางชีวภาพวัฒนธรรมแตกต่างกันได้ เช่น ผู้ที่อพยพมาจากที่อื่นเพื่อตั้งถิ่นฐานสามารถโอนสัญชาติมาได้ หรือผู้ที่เปลี่ยนสัญชาติคือเปลี่ยนฐานะจากการเป็นประชาชนของประเทศหนึ่งมาเป็นของประชาชนอีกประเทศหนึ่ง อันเป็นความผูกพันทางกฎหมายระหว่างบุคคลกับประเทศนั้น ๆ โดยไม่จำต้องบ่งชี้ถึงเผ่าพันธุ์หรือชาติพันธุ์ของบุคคล³⁶

5. ศาสนา (Religion) หมายถึง ลัทธิความเชื่อของมนุษย์ที่หลักพร้อมทั้งลัทธิพิธี ที่กระทำตามความเห็นหรือตามคำสั่งสอนในความเชื่อถือนั้น ๆ หรือหมายถึงความเชื่อและการเคารพในอำนาจการควบคุมเหนือมนุษย์ และอาจมีการกำหนดให้คำนิยามไว้โดยเฉพาะ เช่น ให้หมายความถึงมุมมองความเชื่อเกี่ยวกับศาสนาทั้งหมด พิธีปฏิบัติ รวมทั้งการขาดความเชื่อหรือการไม่นับถือศาสนาด้วย³⁷

2). ลักษณะบางประการที่หลายประเทศให้ความคุ้มครอง³⁸

1. เพศ (Gender) หมายถึง รูปที่แสดงให้รู้ว่าเป็นหญิงหรือชาย เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขทางสังคมและวัฒนธรรม โดยเป็นบทบาทโครงสร้างทางสังคมพฤติกรรม กิจกรรม และคุณลักษณะที่สังคมกำหนดพิจารณาให้เหมาะสมกับผู้หญิงหรือผู้ชาย จึงอาจมีการกำหนดความหมายของคำว่าเพศให้รวมทั้งเพศในทางชีววิทยาและเอกลักษณ์ทางเพศหรือการแสดงออกทางเพศของบุคคล ซึ่งหมายถึง

³⁴ คดี Akayesu ICTR Trial Chamber, I 2/9/1998 paragraph 512, อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนธิ, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, (ปทุมธานี : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.57.

³⁵ เฟิ่งอว้าง

³⁶ กชกร วิทยากัย บุนนาค, อว้างแล้วเชิงอรรถที่ 37, น.32.

³⁷ เฟิ่งอว้าง.

³⁸ เฟิ่งอว้าง.

ความรู้สึกของบุคคลที่มีต่อตนเองว่าเป็นชายหรือหญิง และรูปลักษณะภายนอกหรือพฤติกรรมที่แสดงออกมาต่อบุคคลภายนอกกว่าเป็นชายหรือหญิง โดยไม่จำเป็นต้องเหมือนกับเพศที่ถือกำเนิด เช่น ผู้ชายที่รู้สึกว่าเป็นผู้หญิง มีการแต่งกายแบบผู้หญิง พูดน้ำเสียงเป็นผู้หญิง

2. ความโน้มเอียงทางเพศ (Sexual Orientation) ความหมายโดยทั่วไปหมายถึง รสนิยมทางเพศ การมีความรู้สึกดึงดูดในทางเพศต่อเพศตรงข้าม เพศเดียวกัน หรือ ทั้งสองเพศ อาจมีการกำหนดให้คำนิยามไว้โดยเฉพาะหมายถึง การตอบสนองทางเพศหรือความพึงพอใจทางเพศต่อเพศตรงข้าม ความพึงพอใจในเพศเดียวกันหรือรักร่วมเพศ แบบความพึงพอใจต่อทั้งเพศหญิงและเพศชาย

3. การไร้ความสามารถ ความพิการ (Disability) ความหมายโดยทั่วไปหมายถึง ความบกพร่องทางจิตใจหรือร่างกาย (Mental or physical disability) เป็นสภาวะทางจิตใจหรือร่างกายที่จำกัดการเคลื่อนไหว ความรู้สึกสัมผัสรับรู้ หรือ การประกอบกิจกรรมของบุคคล ความบกพร่องหรือความพิการ

4. อายุ หมายถึง เวลาที่ดำรงชีวิตอยู่ เวลาชั่วชีวิต ช่วงเวลานับตั้งแต่เกิดจนถึงเวลาที่กล่าวถึง หรือระยะเวลาที่กำหนด อาจมีการกำหนดนิยามไว้เฉพาะกรณีให้หมายถึงอายุเท่าใด เช่น 60 ปี

อย่างไรก็ดี มีลักษณะบางอย่างที่ควรกำหนดให้ความคุ้มครองที่สะท้อนถึงการคุ้มครองในลักษณะที่แตกต่างตามประวัติศาสตร์ ความเป็นมา สภาพสังคม เศรษฐกิจของแต่ละประเทศ เช่น การคุ้มครองกลุ่มชนชั้น ความมั่งคั่ง สถานะทางสังคม สภาพการสมรส ลักษณะภายนอกของบุคคล ความเกี่ยวของทางการเมือง หรือแนวคิดทางการเมือง เป็นต้น ซึ่งการพิจารณาว่าควรคุ้มครองบุคคลลักษณะใดบ้างขึ้นอยู่กับเหตุผลความจำเป็นของแต่ละประเทศ ซึ่งสำนักงานสถาบันประชาธิปไตยและสิทธิมนุษยชน (OSCE Office for Democratic Institutions and Human Right : ODIHR) ได้เสนอแนวทางในการกำหนดลักษณะบุคคลที่ควรคุ้มครองนั้น ไม่ควรกำหนดลักษณะให้กว้างคลุมเครือจนเกิดปัญหาการสับสนและไม่มีความแน่นอนชัดเจนในการบังคับใช้ โดยลักษณะที่พึงกำหนดควรเป็นลักษณะพื้นฐานที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้หรือลักษณะใดที่สอดคล้องกับบริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ สภาพเศรษฐกิจของประเทศนั้น โดยคำนึงถึงความเหมาะสม ครอบคลุมและก่อผลในการบังคับใช้ได้จริง³⁹

³⁹ Osce Office for Democratic Institutions and Human Right, Hate Crime Laws A Practical Guide , pp 45-46 อ้างใน กชกร วิทยากัย บุณนาค, “การกำหนดความรับผิดชอบ

2.2.2.2 รูปแบบของการเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติมี 2 รูปแบบ⁴⁰ คือ การเลือกปฏิบัติทางตรง และการเลือกปฏิบัติทางอ้อม

1. การเลือกปฏิบัติโดยทางตรง

การเลือกปฏิบัติโดยทางตรง มีแนวคิดของทฤษฎีความเสมอภาคตามรูปแบบที่เน้นการปฏิบัติที่ด้อยกว่า การเลือกปฏิบัติทางตรงเกิดขึ้นเมื่อบุคคลถูกปฏิบัติแตกต่างโดยปราศจากการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสมหรือไม่เป็นไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมายหรือไม่ได้สัดส่วนที่เหมาะสมของวิธีการจ้างกับจุดหมาย⁴¹

การเลือกปฏิบัติทางตรงเกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าอีกบุคคลหนึ่งในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้บนพื้นฐานที่กำหนด⁴²

การเลือกปฏิบัติทางตรง (Direct discrimination) เกิดขึ้น เมื่อปัจเจกชนได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่โปรดปรานน้อยกว่า (Less favorably) เมื่อเทียบกับสถานการณ์เดียวกันหรือใกล้เคียงกัน โดย Marzia⁴³ ระบุว่า การเลือกปฏิบัติทางตรงมีพัฒนาการมาจากรูปแบบการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้น เนื่องจาก อคติทางเชื้อชาติและอายุ ซึ่งทำให้ปัจเจกชนได้รับการปฏิบัติโดยมาตรฐานที่แตกต่างกัน รวมถึงรูปแบบ “การกระทำเชิงบวก” ที่ปรากฏในรูปแบบของการรับและคัดเลือกบุคคล เข้าทำงานโดยระบุคุณสมบัติเฉพาะหรือข้อห้ามสำหรับคนบางกลุ่มในการสมัครโดยอ้างเหตุผลเรื่องอายุและเงื่อนไขอื่นๆ

ทางอาญาสำหรับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.31-34.

⁴⁰ O.De Schutter1, The Prohibition of Discrimination under European Human Right Law , Sandra Fredman, Discrimination Law, อ้างใน อธิป จันทรโรจน์, “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการกับกฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.64.

⁴¹ เพิ่งอ้าง.

⁴² Directive 2000/78/EC, Directive 2004/43/EC

⁴³ Marzia Barbera (2000), “Definitions of Key Concepts: Direct Discrimination Indirect Discrimination Harassment,” The EC Anti-Discrimination Directives 2000/43 & 2000/78 in Practice, p17.

การเลือกปฏิบัติโดยตรง ปรากฏใน Article 2 (2) of Racial Equality Directive กฎหมายของสหภาพยุโรปเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่ปัจเจกชนได้รับการปฏิบัติในลักษณะเสียเปรียบ อีกทั้งยังได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกับบุคคลอื่นหรือกลุ่มอื่น ๆ ในสถานการณ์เดียวกัน โดยคุณลักษณะเฉพาะที่จัดเป็นพื้นฐานอันควรได้รับการปกป้อง (Protected Ground) ได้แก่ เพศ สภาพ พหุผลภาพ อายุ เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ชาติกำเนิด รวมถึงศาสนา หรือ ความเชื่อ⁴⁴

ตัวอย่างการเลือกปฏิบัติโดยตรง

1. นาย ก ร่างกายพิการต้องนั่งรถเข็น ต้องใช้บริการสายการบินระหว่างประเทศ แต่ถูกพนักงานปฏิเสธไม่ให้เข้ารับบริการ เนื่องจากไม่ได้จัดเตรียมที่นั่งไว้สำหรับผู้พิการ
2. นาง ข ตั้งครรภ์ ถูกปฏิเสธจากอาจารย์ในการสนับสนุนให้ศึกษาต่อในระดับที่สูงขึ้นเพราะเหตุตั้งครรภ์

ปัจจัยสำคัญของการเลือกปฏิบัติโดยตรง คือ ตัวเปรียบเทียบ (Comparator) เพื่อเปรียบเทียบสถานการณ์กับผู้กล่าวอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติจากกรณีเกิดการปฏิบัติที่ด้อยกว่า ผู้ถูกกล่าวอ้างหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาหาตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสม ตาม Directive 2000/78/EC, Directive 2004/43/EC ศาลได้กำหนดลักษณะของตัวเปรียบเทียบไว้ระหว่างสถานการณ์ผู้กล่าวอ้างกับสถานการณ์ของบุคคลที่ไม่จำเป็นต้องเหมือนกันทุกประการ แต่ถ้าพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติต่อผู้ที่ด้อยกว่าบุคคลอื่นในสถานการณ์ที่ใกล้เคียงกัน ต่างกันเพียงเหตุพื้นฐานหรือเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น ศาสนาพุทธ-ศาสนาอิสลาม เพศชาย-เพศหญิง เป็นต้น⁴⁵

2. การเลือกปฏิบัติทางอ้อม⁴⁶

แนวคิดการเลือกปฏิบัติทางอ้อม สอดคล้องกับทฤษฎีความเสมอภาคทางโอกาส ซึ่งมีแนวคิดพื้นฐาน เพื่อให้บุคคลมีโอกาสที่เท่าเทียมซึ่งบางครั้งการมีโอกาสที่เท่าเทียมกัน ไม่ได้เกิดจากการมีบทบาทปฏิบัติที่เป็นกลาง ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติมีจุดมุ่งหมายเพื่อ

⁴⁴ European Union Agency for Fundamental Right (2012), Handbook on European non-discrimination law, European Union agency for Fundamental right, อ้างใน อธิป จันทรโรจน์, “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการกับกฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต นิติศาสตรมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.67-69.

⁴⁵ เพิ่งอ้าง.

⁴⁶ เพิ่งอ้าง.

ก่อให้เกิดความเสมอภาค ไม่สามารถเกิดขึ้นได้โดยวิธีการใช้หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันเท่านั้น การใช้หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติอย่างเดียวกันก็อาจทำให้เกิดความไม่เสมอภาคได้

การเลือกปฏิบัติทางอ้อม นั้น ตาม Directive 2000/78/EC ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน ดังนี้⁴⁷

การเลือกปฏิบัติทางอ้อมจะเกิดขึ้นเมื่อปรากฏข้อกำหนด หลักเกณฑ์ หรือ แนวปฏิบัติที่มีความเป็นกลาง ได้ทำให้บุคคลซึ่งมีศาสนา หรือความเชื่อ พิกัด อายุ หรือความเปี่ยงเบนทางเพศ เกิดความเสียเปรียบเมื่อเทียบกับบุคคลอื่น

การเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) เกิดจากการออกกฎหมายหรือ นโยบายใดๆ ที่ตั้งใจจะบังคับใช้ ต่อทุกคนในองค์กรอย่างเท่าเทียม แต่ในทางปฏิบัติแล้วกลับทำให้ บุคคลบางกลุ่มเสียประโยชน์หรือเสียเปรียบ และความได้เปรียบและเสียเปรียบนั้นสัมพันธ์กับเงื่อนไข พื้นฐานที่มีร่วมกันของกลุ่มนั้น ๆ เช่น กลุ่มเชื้อชาติเดียวกัน (Racial Group) กล่าวคือ กลุ่มบุคคลบางกลุ่มได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียม เพราะเขาไม่สามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้ เนื่องมาจาก ข้อจำกัดและเงื่อนไขบางประการ เช่น กรณีองค์กรมีนโยบายให้พนักงานทุกคนสวมหมวกขณะทำงาน แต่กลุ่มพนักงานที่นับถือศาสนาซิกข์ไม่สามารถสวมหมวกรูปแบบอื่นได้ เป็นต้น⁴⁸

⁴⁷ Directive 2000/78/EC (b) indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, or a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons unless:

(i) that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, or

(ii) as regards persons with a particular disability, the employer or any person or organisation to whom this Directive applies, is obliged, under national legislation, to take appropriate measures in line with the principles contained in Article 5 in order to eliminate disadvantages entailed by such provision, criterion or practice

⁴⁸ Declan O'Dempsey (2006) , “Definition of key Nation : Direct and indirect Discrimination, Harassment,” p4, Accessed October 15, 2016, from http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02_Key_concepts/2006_ODempsey_EN.pdf

อีกทั้ง การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม ยังหมายถึง การได้รับการปฏิบัติแบบเดียวกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การปฏิบัติ หรือ กระทำ ยังผลให้ผู้ที่มิมีลักษณะต่างกันเกิดความรู้สึกไม่เหมือนกัน ใน Article 2 (2) of Racial Equality Directive อธิบายว่า การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเกิดขึ้นในข้อกำหนดที่เป็นกลางโดยที่รูปแบบข้อปฏิบัตินั้นถูกนำมาบังคับใช้กับบุคคลที่มีเชื้อชาติและชาติกำเนิดที่แตกต่างกัน ส่งผลให้บุคคลนั้นได้รับความเสียเปรียบ โดยข้อปฏิบัติที่เป็นกลางอาจสร้าง ผลการกระทำที่ไม่สมดุลเชิงลบ แก่กลุ่มนั้น ๆ กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมพิจารณาที่ผลแตกต่างมากกว่าการกระทำที่แตกต่าง

ตัวอย่างการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม⁴⁹

กรณีการสัมภาษณ์งาน แต่การนัดสัมภาษณ์งานกำหนดไว้เป็นชั้น 3 ในตึกไม่มีลิฟต์ ส่งผลให้บุคคลซึ่งพิการต้องไต่บันไดขึ้นไม่สามารถสัมภาษณ์งานได้ เป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อม

การพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมหรือไม่ พิจารณาจากกฎเกณฑ์หลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติในเรื่องนั้น ๆ ความเป็นกลาง ไม่สร้างเงื่อนไขในการปฏิบัติอย่างแตกต่างไว้ การเลือกปฏิบัติทางอ้อมเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในผลกระทบ หรือผลลัพธ์ที่ออกมาทำให้เกิดความไม่เสมอภาค ส่งผลกระทบไม่ได้สัดส่วนต่อกับบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น ความพิการ เพศที่สาม ชนกลุ่มน้อย โดยสามารถพิจารณาองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมีดังนี้⁵⁰

1. มีข้อกำหนด หลักเกณฑ์ จารีตปฏิบัติ
2. ความเป็นกลาง
3. ส่งผลในทางเสียเปรียบอย่างเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลที่มีสถานะอันเสียเปรียบ
4. ข้อกำหนด หลักเกณฑ์ แนวปฏิบัติได้รับการพิสูจน์ภาวะวิสัยตามวัตถุประสงค์

แห่งกฎหมายและวิธีการแห่งกฎหมายและวิธีการที่ใช้นั้นเป็นวิธีการที่เหมาะสม และมีความจำเป็น

ความแตกต่างการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

⁴⁹ ปาริฉัตร รัตนกาญจน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น.45.

⁵⁰ Michel Mine, “EU Anti-Discrimination Law: Definition of key concepts,” อ้างถึงใน อธิป จันทรโรจน์, “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการกับกฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.68.

การเลือกปฏิบัติทางตรงเกิดขึ้นในกรณีที่บุคคลหนึ่งได้รับการปฏิบัติด้อยกว่าอีกคนหนึ่งเมื่ออยู่ในสถานการณ์หรืออยู่บนพื้นฐานที่มีลักษณะเดียวกัน เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความพิการ เพศ อายุ เป็นต้น ส่วนการเลือกปฏิบัติทางอ้อมเกิดขึ้นในกรณีที่มีการจัดหา บรรทัดฐาน หรือการปฏิบัติที่เป็นกลาง แต่บุคคลหนึ่งที่มีเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความพิการ อายุ เสียประโยชน์จากสิ่งนั้นเมื่อเทียบกับบุคคลอื่น

หลักการเลือกปฏิบัติทางตรงที่เข้าใจง่ายที่สุด คือ การกระทำที่เป็นปฏิบัติโดยเจตนาที่มีประเด็นเรื่องเชื้อชาติเป็นแรงจูงใจ ยกตัวอย่างเช่น กรณีนายจ้างชาวเบลเยียมปฏิเสธการจ้างงานพนักงานที่ไม่ใช่ชาวเบลเยียม เนื่องจากลูกค้าไม่สะดวกใจในการรับบริการจากพนักงานที่ไม่ใช่คนเบลเยียม ส่วนการเลือกปฏิบัติทางอ้อมไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่เรื่องเจตนาเลือกปฏิบัติ หากมีบุคคลใดเสียประโยชน์จากการปฏิบัติเฉพาะคน นโยบายอันมีลักษณะก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวจะเข้าข่ายการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมทันที

ผู้เขียนเห็นว่าหากการเลือกปฏิบัติโดยตรงและการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเกิดขึ้นโดยเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเห็นควรกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาทั้งสองรูปแบบ

2.2.3 ลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ

การพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัตินั้นขัดต่อกฎหมายหรือหลักความเสมอภาคหรือไม่จะต้องพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งพิจารณาได้ ดังนี้

ก. ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

Mr.Daniele LOCHAK⁵¹ ได้แบ่งโครงสร้างพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไว้ 3 ปัจจัย ได้แก่

- 1.ต้องมีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ถูกปฏิบัติอย่างแตกต่างหรือถูกใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างในการแบ่งแยก
2. ต้องมีการกระทำที่ต่างต่างนั้นเกิดขึ้น
3. ความต่างต่างนั้นต้องมีเหตุผลที่ดีและสามารถยอมรับได้และมีความเหมาะสมหรือไม่เหมาะสมกับจุดมุ่งหมาย

⁵¹ Professor at the University of Amiens อ้างถึงใน อธิป จันทรโรจน์, “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการกับกฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.57.

นอกจากนี้ Li WeiWei⁵² ได้ให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติโดยการแยกองค์ประกอบดังนี้

1. มีการปฏิบัติที่แตกต่าง
2. มีผลแน่นอน
3. อยู่บนพื้นฐานที่ห้ามอย่างแน่นอน

องค์ประกอบที่ศาลหรือนักวิชาการใช้ในการอธิบายคำว่า การเลือกปฏิบัติ ถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ควรจะต้องถือว่าเป็นสิ่งที่ควรจะเป็นกฎหมาย (lex ferenda) ได้ โดยต้องนำมาพิจารณาประกอบในการตัดสินทุกครั้งที่มีการอ้างการเลือกปฏิบัติ ดังนี้⁵³

1. การเลือกปฏิบัติที่แตกต่าง

ในภาษาอังกฤษมักอธิบาย โดยคำว่า Difference of treatment ในส่วนถ้อยคำที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ได้กล่าวมาการใช้ถ้อยคำในลักษณะ Distinction Exclusion Restriction Preference เป็นต้น ซึ่งแต่ละคำล้วนสื่อถึงความหมายถึง การปฏิบัติที่แตกต่างทั้งนั้น โดยการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการนำไปสู่การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมได้ แต่การปฏิบัติที่แตกต่างเพียงอย่างเดียวนั้นยังไม่เพียงพอที่จะวินิจฉัยว่า การกระทำนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ จึงต้องพิจารณาในองค์ประกอบอื่น ๆ ประกอบด้วย

2. สถานการณ์ที่มีการเลือกปฏิบัติ

สถานการณ์เป็นสิ่งที่จำเป็นที่จะช่วยในการพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือไม่ กล่าวคือ หากการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกิดขึ้นในกรณีที่สถานการณ์มีสาระสำคัญเหมือนกันย่อมถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ในทางตรงกันข้าม หากมีการเลือกปฏิบัติที่เหมือนกันในสถานการณ์ที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันก็ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามการปฏิบัติที่แตกต่างในบางกรณี ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีสถานการณ์ที่แตกต่างกันจริงหรือไม่ หากการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นเกิดจากการตัดสินจากคุณค่าพื้นฐานในตัวบุคคลซึ่งติดตัวมาแต่กำเนิด ได้แก่ เหตุทางเชื้อชาติ และสีผิว ก็ถือเป็นการเลือกปฏิบัติแล้ว

⁵² Li Wei Wei, www.humamrights.uio.no/forskning/publ/rn2004/0304.pdf อ้างถึงใน อธิป จันทรโรจน์, “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการกับกฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.57.

⁵³ เพิ่งอ้าง .

3. การพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม

เป็นเงื่อนไขที่สำคัญของการพิจารณาว่ามีการเลือกปฏิบัติหรือไม่ กล่าวคือ หากการเลือกปฏิบัติมีการพิสูจน์ภาวะวิสัยและพิสูจน์ความเหมาะสมของการกระทำแล้ว ไม่ถือว่าเป็น การเลือกปฏิบัติจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบนอกการพิจารณาว่ามีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ มี 3 ประการดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติการพิจารณาองค์ประกอบ การเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมไว้อย่างชัดเจน แต่ทั้งสามองค์ประกอบได้ถูกนำมาวินิจฉัยโดยศาลสิทธิมนุษยชน ยุโรปอยู่เสมอ

อีกทั้งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นมูลฐาน (ECHR) ข้อ 14 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาองค์ประกอบการกระทำการเลือกปฏิบัติ ซึ่งศาลใช้ในการ วินิจฉัยไว้ดังนี้⁵⁴

1. มีการปฏิบัติที่แตกต่างหรือไม่ โดยพิจารณา สถานการณ์สามารถ เปรียบเทียบกันได้จริงหรือไม่ เพราะการเลือกปฏิบัติหมายถึงการปฏิบัติต่อบุคคลอย่างแตกต่างกัน ในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน
2. การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นกระทบต่อการใช้สิทธิตามอนุสัญญาหรือไม่ การอ้างการเลือกปฏิบัติจะต้องไม่อยู่นอกขอบเขตของสิทธิที่ปรากฏในอนุสัญญา เช่น หากมีการเลือก ปฏิบัติต่อสิทธิในการได้สัญชาติ ก็ไม่สามารถอ้างการเลือกปฏิบัติได้เพราะสิทธิในการได้สัญชาติไม่ได้ ถูกกำหนดไว้ในอนุสัญญา
3. การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปตามจุดมุ่งหมายของกฎหมายหรือไม่
4. ความได้สัดส่วนในวิธีการจำกัดจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมาย
5. วิธีการที่อนุญาตให้รัฐสมาชิกตัดสิน (margin of appreciation) เนื่องจาก สถานการณ์นั้นเป็นสถานการณ์เฉพาะภายในรัฐของตน เพื่อให้บรรลุถึงมาตรฐานของอนุสัญญาแห่ง ยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เช่น การกำหนดมาตรการทางภาษี หรือ นโยบายที่อยู่อาศัย ย่อมเป็นเรื่อง ภายในของรัฐนั้น ๆ โดยองค์กรศาลไม่สามารถทราบถึงสถานการณ์เฉพาะกรณีได้จึงไม่ก้าวล่วงไป ตัดสินในประเด็นนั้นๆ

⁵⁴ Luke Clement, Nuala Mole and Alan Simmons, European Human Rights taking a case under the Convention, Second edition, (London : Butler & Tanner Ltd. 1999), pp. 215-218.

จะเห็นว่าเมื่อได้ศึกษาการกำหนดลักษณะการเลือกปฏิบัติดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับการพิจารณาว่าหากกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาคงกำหนดลักษณะการเลือกปฏิบัติแบบใดเป็นความผิดนั้น ลักษณะแบบใดไม่ควรกำหนดเป็นความผิด ผู้เขียนสรุปได้ดังนี้

1. การกระทำที่ครบองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันในสาระสำคัญเดียวกันต่อบุคคลหนึ่ง โดยอ้างเหตุจูงใจในการเลือกปฏิบัติจากเหตุแห่งความแตกต่างทางเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ฯลฯ ทำให้บุคคลนั้นไม่ได้รับสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดหรือได้รับสิทธิอันน้อยลง เห็นควรกำหนดให้การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเป็นความผิดทางอาญา

2. การกระทำที่ครบองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติชัดเจน แต่เข้าข้อยกเว้นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันในสาระสำคัญเดียวกันต่อบุคคลหนึ่งโดยการเลือกปฏิบัติเกิดจากเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ แต่เกิดจากจุดมุ่งหมายของกฎหมายรัฐที่ออกมาบังคับใช้ภายในรัฐ เป็นสถานการณ์เฉพาะกรณีของแต่ละรัฐที่จะให้สิทธิแก่ประชาชน เช่น การให้สัญชาติ การเก็บภาษี เป็นการเลือกปฏิบัติที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงภายในรัฐ ค้ำครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ค้ำครองประโยชน์สาธารณะและรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กรณีดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ควรกำหนดเป็นความผิดทางอาญา

ข. ลักษณะของการกำหนดเหตุของการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมาย

ลักษณะของการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ 3 ลักษณะ⁵⁵ คือ

1. การกำหนดแบบ open textured กล่าวคือ ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องต้นตามกฎหมาย โดยไม่มีการกำหนดเหตุพื้นฐานใด ๆ ไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งลักษณะนี้จะอาศัยคำวินิจฉัยของศาลเป็นเครื่องมือในการกำหนดเหตุพื้นฐาน

2. การกำหนดแบบระบุเหตุทั้งหมดที่ไม่สามารถนำมาเลือกปฏิบัติได้ไว้ในบทบัญญัติ ลักษณะนี้จะไม่พึงพาการวินิจฉัยของศาลเลย กล่าวคือ ศาลไม่สามารถจะวินิจฉัยให้นำเหตุอื่นที่ไม่ได้ระบุไว้ในกฎหมายมาอ้างการเลือกปฏิบัติได้ แต่เหตุพื้นฐานที่ระบุไว้สามารถเพิ่มขึ้นหรือลดลงได้โดยวิธีการทางนิติบัญญัติเท่านั้น ซึ่งการกำหนดลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายของสหภาพยุโรป

⁵⁵ Sandra Fredman, *Supra note 11*, p.67.

3. การกำหนดแบบระบุเหตุพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไว้แต่ไม่ทั้งหมด ข้อสังเกตประการแรกของการกำหนดแบบนี้คือ ในบทบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัตินั้นจะกำหนดเหตุพื้นฐานแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ และจะกำหนดสถานะอื่น ๆ ไว้ตอนท้าย ประการที่สองจะไม่มีกำหนดมาตรฐานหรือเงื่อนไขในการประเมินว่าอะไรทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมแต่จะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลในการใช้ดุลพินิจ โดยศาลสามารถขยายหรือเพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติได้ด้วย

โดยเมื่อพิจารณาลักษณะการกำหนดเหตุการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมของไทยปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 27 ได้กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ 13 เหตุ ได้แก่ ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดทางการเมือง หรือเหตุอื่นใด โดยเปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการนำเอาเหตุที่ไม่ได้กำหนดไว้มาปรับใช้กรณีที่อาจเกิดในอนาคต อย่างไรก็ตามการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติโดยจะต้องเกิดจากมูลเหตุแห่งความแตกต่างของผู้เสียหายลักษณะใดบ้างนั้น ผู้เขียนจะศึกษาเปรียบเทียบกับกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติของต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดกรอบลักษณะของผู้เสียหายในบทถัดไป

2.2.4 ความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติกับเสรีภาพในการแสดงเจตนา

กล่าวโดยทั่วไปแล้วบุคคลทุกคนมีเจตจำนงคืออิสระและมีเสรีในการแสดงเจตนา (Free will) ในการกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ โดยบุคคลจะเลือกกระทำในสิ่งที่ตนได้รับประโยชน์และพอใจ บุคคลจึงสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพโดยอิสระ แต่อย่างไรก็ดีเมื่อบุคคลอยู่ร่วมกันในสังคม การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยอิสระเกินไปจึงต้องมีการควบคุมเพื่อมิให้ใช้สิทธิเสรีภาพไปกระทบผู้อื่น บุคคลจึงต้องสละซึ่งสิทธิและเสรีภาพบางอย่างเพื่อสร้างเจตจำนงร่วมกัน (General will) เพื่อที่จะสร้างกฎเกณฑ์และบรรทัดฐานทางสังคมขึ้นเพื่อประโยชน์ของคนในสังคม ซึ่งอาจปรากฏผ่านกฎหมายเพื่อบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองและรับรองทำให้เกิดความเสมอภาคในสังคมขึ้น ดังนั้นบุคคลจึงสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนโดยอิสระภายใต้กรอบกฎหมายที่สังคมกำหนดขึ้น อันเป็นหลักสำคัญในการดำรงอยู่ของสังคมเพื่อมิให้เกิดความวุ่นวายและป้องกันมิให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพไปละเมิดบุคคลอื่น หากบุคคลใช้สิทธิเสรีภาพของตนจนเกินขอบเขตไปกระทบสิทธิบุคคลอื่น อาจทำให้สังคมเกิดปัญหาความขัดแย้งความไม่สงบสุขตามมา สังคมจึงต้องจำกัดกรอบการใช้สิทธิเสรีภาพของคนในสังคมขึ้น

การเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำของบุคคลหนึ่งกระทำต่อบุคคลหนึ่งโดยใช้สิทธิและเสรีภาพของตน แต่การกระทำของบุคคลนั้นมีลักษณะเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือปฏิบัติที่แตกต่างกับบุคคลอื่นในสถานการณ์ที่เหมือนกัน อันเนื่องมาจากเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ ส่งผลให้บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติได้รับผลกระทบจากสิทธิตามกฎหมายที่บุคคลนั้นพึงได้รับการเลือกปฏิบัติจึงเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิของบุคคลอื่นเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายในเรื่องหลักความเสมอภาคของคนในสังคมและเห็นควรกำหนดให้เป็นความผิด เพื่อจำกัดการกระทำหรือป้องกันมิให้เลือกปฏิบัติต่อผู้อื่น

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 25 ที่บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มิได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” ประกอบกับมาตรา 26 บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” โดยเงื่อนไขการจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยหลักจะกระทำมิได้ ทำได้โดยอาศัยกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมีผลทั่วไปโดยต้องระบุมาตราที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายโดยการจำกัดสิทธิจะไปกระทบสาระสำคัญของการใช้สิทธิมิได้ และระบุเหตุผลจำเป็นและไม่เป็นการจำกัดสิทธิเกินสมควรแก่เหตุกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล

จะเห็นได้ว่า หากกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาขึ้นจะเป็นการตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นมิให้กระทำการใด ๆ ซึ่งโดยหลักจะตรากฎหมายมาจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากการเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นจึงเป็นข้อยกเว้นในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้โดยมีเหตุผลในการคุ้มครองมิให้บุคคลใช้สิทธิเสรีภาพของตนไปละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่น การตรากฎหมายกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาจึงไม่ขัดต่อหลักสิทธิเสรีภาพที่รองรับไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งยังเป็นกฎหมายที่ช่วย

สนับสนุนคุ้มครองป้องปรามมิให้เกิดการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นอีกด้วย

2.3 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดความรับผิดทางอาญา

การศึกษาเรื่องความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ผู้เขียนได้ศึกษาหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดความผิดอาญาเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการวิเคราะห์ว่าควรกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ อย่างไร โดยศึกษาได้ ดังนี้

กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือสำคัญในการรักษาความสงบเรียบร้อย และคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม และมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ประชาชนมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ดังนั้นเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น รัฐจึงมีอำนาจโดยชอบธรรมในการบังคับใช้กฎหมายอาญาโดยตรง แต่ขณะเดียวกันการบังคับใช้กฎหมายอาญานั้นมีโทษที่รุนแรงอันมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายอาญาจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์และข้อจำกัดในการบัญญัติกฎหมายของรัฐ ในขอบเขตที่ชัดเจนตามสมควร มิฉะนั้นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกระทบกระเทือนได้โดยง่าย⁵⁶

หลักในการพิจารณาว่าการกระทำใดที่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญานั้นควรมีหลักเกณฑ์ที่เหมาะสม คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและโทษ โดยต้องบัญญัติให้มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการบัญญัติกฎหมายที่มีความผิดทางอาญามากเกินความจำเป็น หรือ อาญาเฟ้อ (Over Criminalization)⁵⁷ อันทำให้กฎหมายไร้ความศักดิ์สิทธิ์ เป็นภาระในการพิจารณาคดีของศาลเกินความจำเป็นอันเป็นการสร้างปัญหากระบวนการยุติธรรมอันล่าช้า⁵⁸ ทั้งยังก่อให้เกิดช่องทางแก่เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติดมิชอบแสวงหา

⁵⁶ ปาริชาติ มั่นสกุล, “การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมตีค่าเงินบาท,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.12.

⁵⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง, 2551), น.2.

⁵⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาขั้นสูง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.33.

ผลประโยชน์จากช่องว่างทางกฎหมายเหล่านั้นอีกด้วย⁵⁹ ในปัจจุบันการบัญญัติความผิดอาญาในกฎหมายไทย ยังไม่มีแนวคิดและหลักการที่ชัดเจน ทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง จากปัญหาที่เกิดขึ้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องหาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์หรือขอบเขตในการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นให้ชัดเจน⁶⁰ อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการหลายท่านได้เสนอความเห็นถึงหลักการที่ใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดความผิดทางอาญา โดยมีแนวคิดที่สำคัญ ดังนี้

2.3.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดตามกฎหมายอาญาของกฎหมายเยอรมัน⁶¹

หลักในการกำหนดความผิดกฎหมายอาญาของเยอรมัน เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองนิติสมบัติ (Rechtsgüter) สิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมาย การพิจารณาว่าการกระทำใดสมควรที่จะถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ นั้น Prof.Dr.h.c.mult.Claus Roxin นักกฎหมายชาวเยอรมันได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญาไว้ว่า เป็นเรื่องการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในวิธีทางสุดท้าย (Subsidiärer Rechtsgüterschutz) ซึ่งหมายความว่า การให้ความคุ้มครองโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นสิ่งที่เข้ามาช่วยเสริม กฎหมายอาญาจึงอยู่ในฐานะ วิธีทางสุดท้าย (ultima ratio)⁶² โดยจะใช้บังคับใช้มาตรการทางอาญาก็ต่อเมื่อวิธีการอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่า เช่น มาตรการทางแพ่ง มาตรการทางปกครอง ไม่เพียงพอในการคุ้มครองสิ่งที่ยกกฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง เนื่องจากมาตรการทางอาญามีมาตรฐานทางกฎหมายของรัฐที่ล่งล้ำเข้าไปในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มีผลรุนแรงที่สุด ดังนั้น กฎหมายอาญาจะถูกนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อวิธีการอื่น ๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่าใช้ไม่ได้ผลแล้ว หลักวิธีทางสุดท้ายจึงเป็นหลักที่วาง

⁵⁹ ณรงค์ ใจหาญ, “การกำหนดความผิดอาญาในกฎหมายไทย : ปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข”, ในการประชุมสัมมนาเพื่อพัฒนาระบบบังคับการบังคับใช้กฎหมาย , จัดโดย จัดทำโดย สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2548: น.2.

⁶⁰ เพิ่งอ้าง.

⁶¹ Roxin, Strafrecht : Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, 1997, อ้างถึงในสุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ “การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน,” ข่าวเนติบัณฑิตยสภา, ปีที่ 18, ฉบับที่ 192, น.11-12.

⁶² เพิ่งอ้าง.

แนวทางอาญาโยบายมากกว่าข้อบัญญัติบังคับ ซึ่งเปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดความผิดอาญาเพื่อให้มีความเหมาะสมและบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาได้

2.3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดของ Herbert L Packer

Herbert L Packer มีความเห็นว่า โทษทางอาญาเป็นโทษที่ต้นทุนสูงในการบังคับโทษทางอาญา ทั้งเรื่องงบประมาณ บุคลากร ระยะเวลาการบังคับใช้ โทษทางอาญาจึงควรใช้กับความผิดที่ร้ายแรงเท่านั้น การลงโทษควรใช้บังคับเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดและเพื่อป้องกันอาชญากรรม⁶³

Packer เห็นว่า การที่รัฐออกกฎหมายเพื่อลงโทษนั้น การลงโทษไม่สมควรใช้กับการกระทำที่ไม่อาจถูกตำหนิ ไม่สมควรลงโทษบุคคลด้วยเหตุผลทางศีลธรรมเท่านั้น เพราะเป็นเรื่องที่คลุมเครือในการกำหนดว่าสิ่งใดผิดศีลธรรม เนื่องจากไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าการลงโทษทางอาญาจะทำให้บุคคลมีศีลธรรมที่ดีขึ้นหรือเลวลง การที่รัฐใช้กฎหมายอาญาเฉพาะเรื่องศีลธรรมแต่ไม่ใช่ความเสียหายต่อสังคมส่วนรวมย่อมเกิดผลกระทบตามมา ถ้าหากการออกกฎหมายมาแล้วพบว่าไม่สามารถใช้บังคับได้จริงในทางปฏิบัติ ย่อมส่งผลให้ประชาชนขาดความเคารพและขาดการปฏิบัติตามกฎหมายมากขึ้น⁶⁴

Herbert L Packer⁶⁵ เสนอหลักในการพิจารณาการกระทำที่ควรเป็นความผิดอาญาเอาไว้ 6 ประการ อันเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง คือ

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม มีลักษณะที่น่ากลัวหวาดหวั่นและประชาชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
2. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ
3. เมื่อการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา การปราบปรามการกระทำนั้น จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

⁶³ สกล นิสารัตน์, “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตรมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.34.

⁶⁴ เพิ่งอ้าง, น.34-36.

⁶⁵ Herbert L. Packer, The Limit of Criminal law , (California : Stanford University Press,1968),p.296.

4. หากเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาค และเท่าเทียมกัน

5. การใช้กระบวนยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าว จะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถ ทั้งคุณภาพและปริมาณ

6. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นแล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

หากพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ ทั้ง 6 ประการของ Herbert L Packer ล้วนครอบคลุมการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรง เช่น การฆ่าคนตาย หรือ การชิงทรัพย์ แต่สำหรับการกระทำที่ผิดศีลธรรม (Moral offences) เช่น การทำชู้ การพนัน อาจไม่ผ่านหลักเกณฑ์ดังทุกข้อที่กล่าวไปและยังคงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นประกอบกันในบัญญัติให้เป็นความผิด

2.3.3 หลักเกณฑ์การบัญญัติความผิดอาญาของ Nigel Walker ⁶⁶

Nigel Walker ได้กล่าวถึงหลักในการจำกัดขอบเขตของกฎหมายอาญาไว้ดังนี้

1. รัฐไม่ควรบัญญัติข้อห้ามในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับการแก้แค้นด้วยการลงโทษเพียงอย่างเดียว หลักนี้มาจากแนวความคิดของซีชาร์ เบคคาเรีย ในเรื่องอรรถประโยชน์แห่งการลงโทษที่ว่า “การป้องกันอาชญากรรมดีกว่าการปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งเป็นเป้าหมายสูงสุดแห่งกฎหมายนิติบัญญัติที่ดี”

2. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายถ้าการกระทำนั้น ๆ ไม่มีความชั่วร้ายก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำนั้น

3. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญา ในกรณีที่รัฐสามารถใช้มาตรการอื่นในการควบคุมอาชญากรรมแทนการลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพในการลดจำนวนการกระทำ และก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญา

4. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญา หากผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้าย ซึ่งเกิดจากความผิด ซึ่งหมายถึงการลงโทษจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ เป็นหลักในการชั่งน้ำหนักระหว่างผลร้ายจากการกระทำความผิดและผลร้ายจากการลงโทษ โดยกฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติห้ามการกระทำที่จะก่อผลพลอยได้อันเป็นผลร้ายมากกว่าพฤติกรรมที่กฎหมายอาญาต้องการจะจำกัด

⁶⁶ Nigel Walker, Punishment danger and stigma: the Morality of criminal Justice, (New York Basic Books 1980), pp.4-23.

5. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อใช้เป็นวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ตนเอง ซึ่ง John Stuart Mill เป็นผู้เสนอความเห็นว่า รัฐไม่ควรออกบัญญัติกฎหมายออกมามีผลต่อเสรีภาพของประชาชนหรือจำกัดสิทธิใด ๆ ของประชาชน ถ้าการกระทำนั้นมิได้เกิดจากการใช้กำลังและเป็นอันตรายต่อผู้อื่น

6. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างจริงจังจากสาธารณชน หลักการนี้ต้องวัดจากมติมหาชนและความรู้สึกทางศีลธรรมของประชาชน เนื่องจากการกระทำบางที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเพื่อควบคุมความประพฤติของคนในสังคม เช่น กฎหมายจราจร หรือความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala Prohibita) ผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับการประณามจากสังคมอย่างเห็นได้ชัด และบางฐานความผิดมักจะได้รับการต่อต้านและการบังคับใช้กฎหมายการกระทำได้ยาก

7. รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมาย ซึ่งหากกฎหมายบังคับใช้ไม่ได้ประชาชนจะขาดความเคารพกฎหมาย กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ แต่เนื่องจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเพียงข้อสมมติฐานซึ่งอาจใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญา และไม่ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่เด็ดขาดและสมบูรณ์ในการพิจารณาตัดสินบรรทัดฐานของสังคมและการบัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากในแต่ละสังคมมีปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมอื่น ๆ แตกต่างกันไป การบัญญัติกฎหมายอาญาจึงต้องนำปัจจัยเหล่านี้มาพิจารณาประกอบด้วยเสมอ

2.3.4 หลักการกำหนดขอบเขตกฎหมายอาญาตามหลัก Harm principle⁶⁷

หลักภัยอันตราย (Harm Principle) เป็นหลักที่กำหนดโดย John Stuart Mill เป็นหลักการสำคัญในการที่รัฐจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นการกระทำที่มีความผิดทางอาญาจะต้องคำนึงถึงเสรีภาพของมนุษย์เป็นหลัก โดย “รัฐมีความชอบธรรมที่จะจำกัดห้ามการกระทำของบุคคลที่ก่อภัยหรือก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่จำเป็นแก่ผู้อื่น” กล่าวคือ การออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพของบุคคลก็ต่อเมื่อการกระทำของบุคคลนั้นเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น⁶⁸ อย่างไรก็ตามการใช้หลัก

⁶⁷ วิภาพร เนติจิโรติ, “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นกฎหมายอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548), น.38.

⁶⁸ J.S.Mill, Utilitarianism On Liberty, Representative Government, (London : Dent&Dutton, 1977), pp.72-73.

Harm principal อย่างเดียวไม่เพียงพอในการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญา จึงมีนักปรัชญาทางสังคมนำหลักการอื่นมาใช้พิจารณาประกอบกับการใช้หลัก Harm principal ด้วย ดังนี้

(ก.) Joel Feinberg กำหนดหลักการกระทำผิด (Offence principle)⁶⁹ ขึ้นเพิ่มเติมประกอบการใช้หลัก Harm principle โดยกำหนดให้การกระทำที่แม้ว่าจะไม่เป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น แต่หากทำให้เกิดการล่วงเกิน (offence) ต่อความรู้สึกของคนทั่วไป เป็นการกระทำโดยมีเหตุผลทางภาวะวิสัย (objective) ว่าเป็นการกระทำที่สังคมเห็นว่าเป็นการกระทำที่เป็นผลร้ายต่อสังคม (harm to society) ซึ่งผลร้ายอาจเป็นผลร้ายต่อความสงบเรียบร้อย ผลร้ายต่อความมั่นคง เศรษฐกิจของสังคมและผลร้ายต่อศีลธรรมอันดี (good moral)⁷⁰ เป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายต่อสังคม ศีลธรรม ควรกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาด้วย โดยหลัก Offence principle ถูกนำมาใช้ในการปราบปรามการกระทำลามก การขายสื่อลามกอนาจาร กิจกรรมที่เป็นความผิดต่อศาสนา เชื้อชาติ เป็นต้น⁷¹ อย่างไรก็ตามก็มีการยอมรับหลัก Offence principle โดยไม่มีเงื่อนไขอาจนำไปสู่การแทรกแซงเสรีภาพอย่างกว้างขวาง Joel Feinberg จึงเสนอเงื่อนไขในการจำกัดขอบเขตของหลัก Offence principle ไว้ 2 ประการ คือ

ประการแรก ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความรู้สึกล่วงเกินแก่คนโดยทั่วไปหรือไม่ คือ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ทำให้คนที่พบเห็นเกือบทุกคนรู้สึกถูกล่วงเกิน

ประการที่สอง ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่คนทั่วไปสามารถหลีกเลี่ยงได้มากเพียงใด หากเป็นสิ่งที่ผู้หนึ่งไม่ต้องการประสบ

(ข.) หลักปีศาจธรรม Legal Paternalism⁷² หลักการนี้สนับสนุนให้ใช้กฎหมายห้ามมิให้บุคคลกระทำการในสิ่งที่รัฐเห็นว่าจะจะเป็นภัยแก่ตัวเขา หรือ บังคับให้บุคคลกระทำในสิ่งที่จะเป็นผลดีกับตัวเขา เช่น การออกกฎหมายห้ามดื่มสุรา ห้ามสูบบุหรี่ โดยอาจเป็นผลดีกับการควบคุม

⁶⁹ Joel Feinberg, Harm to others the moral limited to criminal law , (1984,Oxford university press) p.13

⁷⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณวามผิตฐาน “หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ”: เอกลักษณะประชาธิปไตยไทยในกระแสประชาธิปไตยโลก” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2560, จาก http://kpi.ac.th/media/pdf/M10_35.pdf.

⁷¹ Joel Feinberg, *supra note*, p.13.

⁷² วิภาพร เนติจิโรชิตี ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67.

กฎหมายต่อเด็ก แต่หากเป็นผู้ใหญ่อาจเป็นการหลักที่รัฐใช้อำนาจแทรกแซงเสรีภาพมากเกินไป รัฐจึงจำเป็นต้องแทรกแซงเฉพาะสิ่งที่เป็นภัยร้ายแรงเท่านั้น

(ค.) Welfare Principle หลักการนี้ใช้กฎหมายในการจำกัดเสรีภาพของบุคคลเพื่อสร้างประโยชน์แก่สังคมโดยรวม เช่น รัฐออกกฎหมายบังคับให้ประชาชนเสียภาษี เพื่อสนับสนุนบริการสาธารณะ การจัดประกันสังคม อันเป็นประโยชน์เพื่อส่วนร่วม⁷³

(ง.) Legal Moralism หลักการนี้เป็นการใช้กฎหมายเพื่อบังคับให้บุคคลอยู่ในกรอบหรือมาตรฐานทางศีลธรรมที่สังคมยึดถืออยู่ กล่าวคือ รัฐสามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามอยู่ภายในกรอบและมาตรฐานทางศีลธรรมที่สังคมยึดถืออยู่ เช่น การมีเพศสัมพันธ์กับญาติ การค้าประเวณี การทารุณสัตว์ การเหยียบย่ำธงชาติสัญลักษณ์อันควรค่าแก่การเคารพ และการกระทำแก่ศพ เป็นต้น โดย Lord Patrick Devlin เห็นว่า วัตถุประสงค์ที่เหมาะสมของกฎหมายอาญาคือป้องกันผลร้ายซึ่งไม่เพียงแต่ป้องกันผลร้ายต่อปัจเจกชนเท่านั้น แต่ต้องป้องกันผลร้ายที่เกิดกับสังคมด้วย กฎหมายและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด ควรใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือส่งเสริมศีลธรรมในสังคม หากปล่อยให้มีการกระทำอันผิดศีลธรรมในสังคมโดยไม่ถือว่าเป็นความผิด ก็จะมีผลกัดกร่อนสังคมให้พังทลายในที่สุด⁷⁴ โดยศีลธรรมที่ยึดถือร่วมกันเป็นเงื่อนไขจำเป็นในการดำรงอยู่ของสังคม แม้ศีลธรรมจะเป็นสิ่งที่อาจมองไม่เห็นแต่หากถูกทำลายไป การดำรงของสังคมอาจจะอ่อนแอไปด้วย ประกอบกับการกระทำที่ผิดศีลธรรมถึงขั้นรุนแรงและสังคมไม่อาจผ่อนปรนหรือรังเกียจในการกระทำนั้น สังคมจึงมีสิทธิในการปกป้องศีลธรรมที่ตนยึดไว้โดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการปกป้องศีลธรรมของตนเอง

จากหลักเกณฑ์ที่กล่าวไว้ทั้งหมดก่อนหน้านี้ มีผู้สรุปหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายอาญาได้ 4 ประการ⁷⁵ ดังนี้

1. การกระทำต้องเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ และขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยพิจารณาว่าการกระทำฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมายหรือไม่

⁷³ Joel Feinberg, *supra* note, p.13.

⁷⁴ Patrick Devlin, *The Enforcement of Moral*, (London: Oxford University Press 1972), pp.13-14.

⁷⁵ ญภัทร สรอัทธ์, “ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา : ศึกษากรณีกฎหมายแข่งขันทางการค้า,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.20-21.

ประกอบกับผู้กระทำได้รู้ถึงสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองและยังมีเจตนาประสงค์ต่อสิ่งนั้นหรือไม่ อีกทั้งต้องเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อส่วนรวม หรือกระทบต่อเอกชนแต่ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นด้วย

2. การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายต่อผู้อื่นหรือสังคม การกระทำที่จะถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาต้องเป็นภัยอันตรายที่คนในสังคมเห็นว่าเป็นอันตรายต่อความผาสุก อันตรายต่อประโยชน์ความมั่นคง อันตรายต่อสวัสดิภาพของส่วนรวมหรืออันตรายต่อประโยชน์ของรัฐ และการกระทำที่กำหนดเป็นความผิดทางอาญาต้องเป็นการกระทำที่คนส่วนใหญ่ไม่ให้อภัยกับการกระทำนั้น ๆ

3. การกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาจะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายกับสังคมมากกว่าการกระทำที่เป็นความผิด และการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาจะไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษในการป้องกันสังคมจากการช่มชู้ด้วยโทษ การลงโทษ เพื่อลดการกระทำที่ไม่พึงปรารถนา ส่งเสริมการกระทำที่พึงปรารถนาของสังคม

4. เป็นทางเลือกสุดท้ายเนื่องจากไม่มีมาตรการอื่นใดที่เหมาะสมแล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญา ซึ่งการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาต้องพิจารณามาตรการอื่นว่าสามารถนำไปใช้ควบคุมการกระทำได้ดีกว่าการลงโทษทางอาญาหรือไม่

2.4 มาตรการกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ

กฎหมายเรื่องการเลือกปฏิบัติเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับได้กำหนดเรื่องสิทธิมนุษยชนไว้ โดยหลักการเลือกปฏิบัตินั้นได้ปรากฏทั้งในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ เป็นต้น ประกอบกับประเทศไทยได้เป็นประเทศสมาชิกภาคีที่มีพันธกรณีต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาที่ประเทศได้ให้สัตยาบันไว้ ผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติเพื่อเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายเรื่องความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ดังนี้

2.4.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นข้อตกลงขององค์กรสหประชาชาติที่ได้กำหนดขึ้น เพื่อให้ประเทศสมาชิกได้ใช้เป็นแนวทางในการคุ้มครองดูแลสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองประเทศของตน ซึ่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้วางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะเป็นพื้นฐาน

สำหรับการพัฒนากฎหมายภายในประเทศของประเทศต่างๆ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในประเทศตน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right) เป็นจุดกำเนิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยการสนับสนุนการให้ความเคารพสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานโดยไม่มีการแบ่งแยกเชื้อชาติ เพศ ภาษา ศาสนา สีผิว ฐานะ ชนชาติกำเนิด ซึ่งหลักการต่อต้านเลือกปฏิบัติถูกบัญญัติไว้ใน ข้อบทที่ 2 และข้อบทที่ 7 ดังนี้

ข้อบทที่ 2 “บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ โดยไม่มีการแบ่งแยกในความแตกต่าง เช่น เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นเรื่องอื่น ๆ สังคม ชนชาติกำเนิด ทรัพย์สิน ถิ่นกำเนิดหรือสถานะอื่น ๆ”⁷⁶

ข้อบทที่ 7 “ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและ มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจาก การเลือกปฏิบัติใด ๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการยุ้งให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว”⁷⁷

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right) เป็นพื้นฐานสำคัญในการขับเคลื่อนทางสิทธิมนุษยชนและจัดการเลือกปฏิบัติในกลุ่มคนต่าง ๆ ทั้งนี้ การขับเคลื่อนประเด็นด้านสิทธิและความเท่าเทียมกันขององค์สหประชาชาติจะกระทำผ่านองค์กร หรือ หน่วยงานที่เป็นภาคีเครือข่ายต่างๆ โดยอนุสัญญานี้กลายเป็นพื้นฐานของหลายประเทศในการนำไปปรับใช้เป็นแนวทางในการจัดการเลือกปฏิบัติในแต่ละกลุ่มคนด้วย⁷⁸

⁷⁶ Article 2: Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

⁷⁷ Article 7 : All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.

⁷⁸ อนรรฆ พิทักษ์ธานิน มณฑการต์ ฉิมมานี และปณณพริย เจียวิริยบุญญา, “การเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ เด็ก ผู้หญิง และผู้สูงอายุ,” สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข(สวรส.), 2556.

2.4.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) เป็นกติการะหว่างประเทศที่สนองต่อบทบัญญัติของปฏิญญาสากลให้มโนลบังคับใช้ได้ โดยทำให้รัฐมีพันธกิจที่จะต้องดำเนินการตามกติกาดังกล่าวโดยแต่ละรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องเคารพและรับประกันสิทธิที่กำหนดไว้ในกติกาดังกล่าว โดยรัฐภาคีจะต้องประกันให้มีกระบวนการยุติธรรมที่เหมาะสมและปกครองโดยหลักนิติธรรมต่อบุคคลที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ระบุไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้แก่ สิทธิในการกำหนดเจตจำนง สิทธิในการมีชีวิตอยู่ เสรีภาพและความมั่นคง เสรีภาพในการเคลื่อนย้ายถิ่นที่อยู่ รวมทั้งเสรีภาพในการเลือกที่พำนักอาศัย เดินทางออกนอกประเทศ สิทธิในความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิในการรวมตัว สมาคม เสรีภาพจากการทรมาร และการกระทำ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ย่ำยีศักดิ์ศรี เสรีภาพจากการเป็นทาส แรงงานบังคับ การจับกุมหรือกักขังตามอำเภอใจ สิทธิในการได้รับการไต่สวนอย่างเป็นธรรมโดยทันที และสิทธิในความเป็นส่วนตัว⁷⁹

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนในข้อบทที่ 2 (1) และ 26 ดังนี้

ข้อบทที่ 2 (1) “รัฐภาคีจะต้องเคารพและรับประกันแก่บรรดาบุคคลทั้งปวงภายในอาณาเขตของตน และภายในเขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่ยอมรับแล้วในกติกาฉบับนี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าเหตุใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นเรื่องอื่น ๆ หรือสังคมอันเป็นถิ่นกำเนิด ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ”⁸⁰

⁷⁹ อัจฉรา ฉายากุล, “ข้อมูลพื้นฐาน กลไกสิทธิมนุษยชนในระบบสหประชาชาติ” , 2546, สำนักคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, น.6.

⁸⁰ Article 2 (1) : Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any

ข้อบทที่ 26 “บุคคลย่อมเสมอภาคกันเบื้องหน้ากฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นเรื่องอื่น ๆ ชาติ หรือสังคมอันเป็นถิ่นกำเนิด ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ” ⁸¹

2.4.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมมีสาระสำคัญว่า รัฐต้องไม่ละเมิดสิทธิขั้นต่ำที่ระบุไว้ในกติกา และส่งเสริมสิทธิดังกล่าวอย่างค่อยเป็นค่อยไปเท่าที่ทรัพยากรของประเทศมีอยู่สิทธิที่กติกากล่าวถึง ได้แก่ สิทธิเกี่ยวกับการทำงานในสภาพที่ดีและเป็นธรรม การคุ้มครองทางด้านสังคม เช่น การมีมาตรฐานในการดำรงชีพที่เพียงพอ รวมถึง เสื้อผ้า อาหาร ที่พักอาศัย การประกันมาตรฐานด้านสุขภาพกายและจิตใจให้ได้สูงสุดเท่าที่จะดำเนินการได้ สิทธิในการศึกษา และสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากเสรีภาพทางวัฒนธรรมและความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์⁸²

สาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมใน ส่วนที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ได้บัญญัติไว้ในข้อ 2 (2)⁸³ ดังนี้

kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

⁸¹ 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.

⁸² อัจฉรา ฉายากุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 69*.

⁸³ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) 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

“รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้จะใช้ ได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น”

2.4.4 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นมูลฐาน (European Convention on Human Right 1950 : ECHR)

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นเครื่องมือที่ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด โดยมีองค์กรศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเป็นองค์กรหลักที่ช่วยในการวินิจฉัยหรือสร้างหลักเกณฑ์ให้แก่รัฐสมาชิกในการใช้บทบัญญัติต่าง ๆ โดยอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประกอบไปด้วยพิธีสารทั้งสิ้น 14 ฉบับ โดยบทสำคัญเรื่องการเลือกปฏิบัติได้บัญญัติไว้ใน ข้อ 14 ของอนุสัญญา และในพิธีสารฉบับที่ 12 ได้กำหนดถึงหลักการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะอีกด้วย

อนุสัญญาข้อบทที่ 14 ได้กำหนดหลักทั่วไปในการห้ามการเลือกปฏิบัติไว้ดังนี้

“สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับมาโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเหตุใด ๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติ หรือสังคม กำเนิด การรวมตัวกันของชนกลุ่มน้อยในชาติ ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”⁸⁴

โดยอนุสัญญาข้อ 14 ใช้อ้างการเลือกปฏิบัติก็ต่อเมื่อมีการละเมิดสิทธิอื่น ๆ ตามอนุสัญญารวมไปถึงพิธีสารที่คุ้มครองไว้ด้วย โดยมีหลักเกณฑ์การพิจารณาการกระทำการเลือกปฏิบัติที่ครบองค์ประกอบตามข้อ 14 ซึ่งศาลใช้ในการวินิจฉัยไว้ดังนี้⁸⁵

discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”

⁸⁴ 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., Accessed November 13 ,2016,http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

⁸⁵ Luke Clement, Nuala Mole and Alan Simmons, European Human Rights taking a case under the Convention, Second edition, (London : Butler & Tanner

1. มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันหรือไม่ โดยพิจารณาจากสถานการณ์สามารถเปรียบเทียบกันได้จริงหรือไม่ เพราะการเลือกปฏิบัติหมายถึงการปฏิบัติต่อบุคคลอย่างแตกต่างกันในสถานการณ์ที่ต่างกัน

2. การปฏิบัติที่ต่างกันนั้นกระทบต่อการใช้สิทธิตามอนุสัญญาหรือไม่ การอ้างการเลือกปฏิบัติจะต้องไม่อยู่นอกขอบเขตของสิทธิที่ปรากฏในอนุสัญญา เช่น หากมีการเลือกปฏิบัติต่อสิทธิในการได้สัญชาติ ก็ไม่สามารถอ้างการเลือกปฏิบัติได้เพราะสิทธิในการได้สัญชาติไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในอนุสัญญา

3. การปฏิบัติที่ต่างกันนั้นเป็นไปตามเจตจำนงของกฎหมายหรือไม่

4. ความได้สัดส่วนในวิธีการจำกัดเจตจำนงแห่งกฎหมาย

5. พิจารณาทฤษฎีมาร์จินออฟแอปพลิเคชัน (margin of appreciation) วิธีการที่อนุญาตให้รัฐสมาชิกตัดสินเนื่องจากสถานการณ์นั้นเป็นสถานการณ์เฉพาะภายในรัฐของตน เพื่อให้บรรลุถึงมาตรฐานของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เช่น การกำหนดมาตรการทางภาษี หรือ นโยบายที่อยู่อาศัย ย่อมเป็นเรื่องภายในของรัฐนั้น ๆ โดยองค์กรศาลไม่สามารถทราบถึงสถานการณ์เฉพาะกรณีได้

นอกจากอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้อ 14 ที่กล่าวเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติแล้ว พิธีสารฉบับที่ 12 ได้กำหนดเรื่องว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในข้อ 1 ไว้ด้วย ดังนี้

“ข้อ 1 การห้ามทั่วไปของการเลือกปฏิบัติ

1.) การใช้สิทธิตามกฎหมายจะต้องได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานใด ๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นเรื่องอื่น ๆ ชาติหรือสังคมกำเนิด การรวมตัวกันกับชนกลุ่มน้อย ฐานะ ต้นกำเนิด หรือ สถานะอื่น

2.) บุคคลจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่า บนพื้นฐานใด ๆ ดังที่กล่าวไว้แล้วในวรรคแรก”⁸⁶

Ltd.1999), pp.215-218 อ้างในอริป จันทรโรจน์, “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการกับกฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.48-49.

⁸⁶ Article 1 – General prohibition of discrimination

จากบทบัญญัติดังกล่าวในข้อ 1 ของพิธีสารจะให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติ โดยสร้างมาตรการให้รัฐต้องทำให้เกิดความเท่าเทียมในการให้บริการแก่เอกชน ดังกรณีต่อไปนี้

1. การใช้สิทธิที่ได้รับอนุญาตเป็นพิเศษภายใต้กฎหมายภายในของรัฐ
2. การใช้สิทธิซึ่งอนุมานได้ว่าเป็นสาระณะประโยชน์จากกฎหมายภายในของรัฐซึ่งรัฐนั้นๆ จะต้องสร้างให้กับแก่ประชาชน

3. การถูกเลือกปฏิบัติจากการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

4. การถูกเลือกปฏิบัติจากการกระทำ งดเว้นการกระทำใด ๆ จากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องมีมาตรการเชิงบวก (Positive obligation) เพื่อป้องกันหรือเยียวยาความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติ แต่หากมองในระดับของเอกชนด้วยกันเองในกรณีเกี่ยวกับการเข้าถึงประโยชน์สาธารณะ บทบัญญัติดังกล่าวถือว่าได้สร้างมาตรฐานให้รัฐต้องทำให้เกิดความเท่าเทียมในการให้บริการแก่เอกชนโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ข้อเสนอแนะของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหภาพยุโรปมาตรา 15⁸⁷ ของ Directive 2000/43/EC และ 17 of Directive 2000/78/EC กำหนดให้ ประเทศสมาชิกออกระเบียบการลงโทษคดีการละเมิดกรณีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุทางเชื้อชาติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายระดับชาติตามที่ Directives ระบุและออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อบังคับใช้การลงโทษนั้น

1. The enjoyment of any right set forth by law 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.

2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

⁸⁷Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Article (15) The appreciation of the facts from which it may be inferred that there has been direct or indirect discrimination is a matter for national judicial or other competent bodies, in accordance with rules of national law or practice. Such rules may provide in particular for indirect discrimination to be established by any means including on the basis of statistical evidence.

เหล่านั้น โดยการลงโทษซึ่งประกอบด้วยการจำคุกหรือการปรับให้แก่ผู้เสียหายนั้นจะต้องมีประสิทธิภาพ มีความเหมาะสม และมีลักษณะการห้ามปราม

นอกจากนี้ The Council Framework Decision 2008/913 / JHA ของวันที่ 28 พฤศจิกายน 2008⁸⁸ ได้กำหนดเรื่องการใช้กฎหมายอาญาในการต่อสู้กับรูปแบบและการแสดงออก เรื่องการเหยียดเชื้อชาติและการกลั่นแกล้งคนต่างชาติดังนั้นให้ประเทศสมาชิกกำหนดบทลงโทษอาญาต่อการ กระทำผิดเรื่องการเหยียดเชื้อชาติและการกลั่นแกล้งคนต่างชาติดังนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ เหมาะสม และมี ลักษณะการห้ามปราม การยั่วยุในสาธารณะให้เกิดการละเมิดหรือความเกลียดชังต่อเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ชาติกำเนิด ประเทศกำเนิด หรือ กำเนิดทางชาติพันธุ์จะต้องรับโทษอาญาสูงสุดจำคุก 1-3 ปี มาตรา 3⁸⁹ และในมาตรา 4 กำหนดไว้ว่าแรงจูงใจเรื่องการเหยียดเชื้อชาติและการกลั่นแกล้งต่างชาติดัง นั้นพิจารณาเป็นเหตุเพิ่มโทษ หรือจะถูกนำมาพิจารณาประกอบการกำหนดโทษ

2.4.5 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วย การจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of all Forms Racial Discrimination - CERD)

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วย การจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบมี วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติโดยประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีใน

⁸⁸ Framework Decision on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law his Framework Decision provides for the approximation of laws and regulations of EU countries on offences involving certain manifestations of racism and xenophobia. Certain serious manifestations of racism and xenophobia must constitute an offence in all EU countries and be punishable by effective, proportionate and dissuasive penalties.

⁸⁹ Criminal penalties

1. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the conduct referred to in Articles 1 and 2 is punishable by effective, proportionate and dissuasive criminal penalties.

2. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the conduct referred to in Article 1 is punishable by criminal penalties of a maximum of at least between 1 and 3 years of imprisonment

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ โดยการภาคยานุวัติ โดยอนุสัญญามีผลใช้บังคับกับประเทศไทยวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2546 ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่ว่าจะออกบทกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิ โดยอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบได้บัญญัติคุ้มครองหลักการห้ามการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติเอาไว้ใน ข้อบทที่ 1 ข้อบทที่ 2 ข้อบทที่ 4 และ ข้อบทที่ 5 ดังนี้

ข้อบทที่ 1(1)

“ในอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” หมายถึง การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย ชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์ กำเนิด ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลทำให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่น ๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล”⁹⁰

“ข้อบทที่ 2

1. รัฐภาคีประณามการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติและจะจัดให้มีนโยบายที่จะจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุก รูปแบบ และส่งเสริมความเข้าใจระหว่างทุกเชื้อชาติโดยวิธีการที่เหมาะสมและไม่รีรอและเพื่อการนี้

(ก) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะไม่กระทำ การใด ๆ ที่จะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล กลุ่มบุคคล หรือ สถาบัน และจะประกันว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐทุกคน และสถาบันของรัฐทุกแห่งทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น จะปฏิบัติตามพันธกรณี

(ข) รัฐภาคีจะไม่อุปถัมภ์ช่วยเหลือ หรือสนับสนุนการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติโดยบุคคลหรือองค์กรใด

(ค) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะดำเนินมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อทบทวนนโยบายของรัฐบาล ทั้งในกรอบแห่งชาติและระดับท้องถิ่น และแก้ไขเพิกถอนหรือยกเลิกกฎหมายหรือกฎระเบียบใด ๆ ที่มีผลก่อให้เกิด หรือแพร่ขยายการเลือกปฏิบัติในที่ใดก็ตาม

⁹⁰ สารสำคัญ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุก รูปแบบ (CERD) , Article 1 : Convention on the Elimination of all Forms Racial Discrimination, สืบค้นเมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน 2559, จาก http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_HR/2557/CERD.pdf

(ง) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะห้ามและยกเลิกการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติโดยบุคคล กลุ่ม หรือองค์กรโดยวิธีการอันเหมาะสม ซึ่งรวมทั้งการออกกฎหมายที่ใช้ตามความจำเป็นของสถานการณ์

(จ) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะสนับสนุนการดำเนินงานขององค์กรที่มุ่งประสานหลายเชื้อชาติเข้าด้วยกันและการดำเนินการเคลื่อนไหว และการกระทำใด ๆ ในอันที่จะขจัดอุปสรรคขวางกั้นทางเชื้อชาติตามความเหมาะสมและจะไม่สนับสนุนการกระทำใด ๆ อัน มีแนวโน้มที่จะเสริมสร้างความเข้มแข็งให้กับการแบ่งแยกทางเชื้อชาติ

2. เมื่อสถานการณ์เหมาะสม และโดยคำนึงถึงด้านสังคม เศรษฐกิจวัฒนธรรม และอื่น ๆ รัฐภาคีจะจัดให้มี มาตรการพิเศษและเป็นรูปธรรมเพื่อประกันให้มีการพัฒนาอย่างพอเพียง และให้การคุ้มครองแก่กลุ่มชนหรือบุคคลบางเชื้อชาติโดยมีเจตนารมณ์ที่จะประกันให้บุคคลเหล่านั้น มีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างสมบูรณ์และอย่างเสมอภาค ทั้งนี้มาตรการเหล่านี้จะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกสิทธิที่ไม่เท่าเทียมกันสำหรับกลุ่มชนต่างเชื้อชาติอย่างต่อเนื่องภายหลังจากที่ได้บรรลุวัตถุประสงค์นั้นแล้ว”⁹¹

“ข้อบทที่ 4

รัฐภาคีประณามการโฆษณาชวนเชื่อทั้งมวลและองค์กรทั้งปวงที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดหรือ ทฤษฎีของความเหนือกว่าของชนชาติหนึ่งชาติใดหรือของกลุ่มบุคคลตามสีผิวหรือ เผ่าพันธุ์กำเนิดหรือที่พยายามให้เหตุผลรองรับหรือส่งเสริมความเกลียดชังระหว่างเชื้อชาติหรือการเลือกปฏิบัติในรูปแบบใดก็ตาม และตกลงที่จะจัดให้มีมาตรการในทางบวกในทันทีที่จะจัดการ กระตุ้นหรือการกระทำที่เลือกปฏิบัติและเพื่อ

การนี้จะดำเนินการต่างๆ โดยคำนึงถึงหลักการที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและสิทธิต่างๆ ที่ได้รับระบุในข้อ 5 ของอนุสัญญาซึ่งรวมถึง

(ก) จะประกาศให้การเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติการช่วยกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติและการกระทำรุนแรงหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำรุนแรงนั้นต่อชนเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใดหรือกลุ่มบุคคลที่มีสีผิวอื่นหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดอื่นตลอดจนการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนทางการเงินต่อกิจกรรมชาตินิยมเป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

⁹¹ Article 2: Convention on the Elimination of all Forms Racial Discrimination-CERD.

(ข) จะประกาศให้องค์กรกิจกรรมจัดตั้งและกิจกรรมโฆษณาชวนเชื่ออื่นๆ ทั้งปวงที่ส่งเสริมและกระตุ้นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติเป็นสิ่งผิดกฎหมายและต้องห้ามและให้การเข้าร่วมในองค์กรหรือกิจกรรม เหล่านั้นเป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

(ค) จะไม่อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือขององค์กรของรัฐทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ส่งเสริมหรือกระตุ้นให้มีการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ”⁹²

โดยหน้าที่ของรัฐภาคีในการห้ามและจัดการเลือกปฏิบัติ ตามข้อบทที่ 5⁹³ ในการประกันสิทธิของทุกคนให้มีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย โดยไม่จำแนกเชื้อชาติ สีผิว หรือชาติพันธุ์ กำหนดโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้สิทธิดังต่อไปนี้

1) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้ศาลและองค์กรอื่น ๆ ทั้งปวงในกระบวนการยุติธรรม

2) สิทธิที่บุคคลจะได้รับสวัสดิการและการคุ้มครองโดยรัฐให้รอดพ้นจากความรุนแรงหรือการทำร้ายร่างกาย ไม่ว่าจะโดยการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐหรือโดยกลุ่มบุคคลหรือสถาบันใดก็ตาม

3) สิทธิทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่จะเข้าร่วมในการเลือกตั้งการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและการสมัครรับเลือกตั้ง โดยอยู่บนพื้นฐานของการใช้สิทธิอย่างทั่วถึงและเสมอภาคกัน การเข้าร่วมในรัฐบาล และเข้าร่วมในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะในทุกระดับและความเสมอภาคในการเข้าถึงบริการสาธารณะ

4) สิทธิพลเมืองอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการมีเสรีภาพการโยกย้ายและในการพำนักอาศัยภายในเขตแดนของรัฐ สิทธิในการเดินทางออกจากประเทศหนึ่งประเทศใดรวมทั้งประเทศของตนเองและในอันที่จะกลับคืนมายังประเทศของตน สิทธิในการครองสัญชาติ สิทธิในการสมรส การเลือกคู่สมรส สิทธิในการครอบครองทรัพย์สินทั้งโดยส่วนตัวและร่วมกับบุคคลอื่น สิทธิในการได้รับมรดก สิทธิในการมีเสรีภาพทางความคิด และศาสนา สิทธิในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก สิทธิในการชุมนุมอย่างสงบและการรวมกลุ่ม

5) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการมีงานทำ ในการเลือกงานอย่างเสรี ในการมีสภาพการทำงานที่เหมาะสมและน่าพอใจ ได้รับการคุ้มครองจากการตกงาน ได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมจากงานที่ทำระดับเดียวกัน สิทธิในการจัดตั้งเข้าร่วมสหภาพแรงงาน

⁹² Article 4: Convention on the Elimination of all Forms Racial Discrimination - CERD.

⁹³ Article 5: Convention on the Elimination of all Forms Racial Discrimination - CERD.

สิทธิในการมีที่อยู่อาศัย สิทธิได้รับการบริการสาธารณสุข การดูแลทางการแพทย์ การประกันสังคม และการบริการทางสังคม สิทธิในการได้รับการศึกษาและการฝึกอบรม สิทธิในการเข้าร่วมกิจกรรมทางวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน และสิทธิในการเข้าถึงสถานที่หรือบริการใด ๆ ที่มีไว้สำหรับสาธารณชน เช่น การเดินทางขนส่ง โรงแรม ร้านอาหาร ร้านกาแฟ โรงละคร และสวนสาธารณะ เป็นต้น

2.4.6 อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO convention) อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ

เนื่องจากเกิดปัญหาการจ้างงานที่ไม่ยุติธรรมและมีการกดขี่ข่มเหงมากขึ้น จึงมีการก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ขึ้นเป็นองค์กรชำนาญพิเศษของสหประชาชาติ โดยการจัดตั้งได้กำหนดมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ต่อมาได้มีการบัญญัติอนุสัญญาอนุสัญญา (ฉบับที่ 111) ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการทำงานและการประกอบอาชีพ มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ.1990 มี โดยมีสาระสำคัญดังนี้⁹⁴

1. นิยามการเลือกปฏิบัติ ตามอนุสัญญาได้กำหนดไว้ว่า “การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน หรือ การเลือกกระทำใด ๆ บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง การสังกัดกันหรือการถดถอยทางชาติหรือชาติกำเนิดทางสังคม สัญชาติ หรือสถานภาพทางสังคม”⁹⁵ นิยามนี้มีสสร้างความสะดวกในโอกาสการทำงานหรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงานหรืออาชีพ ซึ่งขอบเขตและความหมายอย่างไรเพียงใดนั้น ให้กำหนดโดยประเทศสมาชิก ทั้งนี้ภายหลังปรึกษากับตัวแทนนายจ้างและองค์กรลูกจ้างแล้ว

2. การแบ่งแยก การกีดกัน หรือกีดกันใด ๆ ที่มีสาเหตุมาจากงานที่มีลักษณะเฉพาะ หรือลักษณะที่ทำให้สับสนกันมา ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ

3. การจ้างงานและการประกอบอาชีพ หมายความว่ารวมถึงการฝึกงานและอาชีพ กระบวนการเข้าสู่งานโดยเฉพาะเงื่อนไขหรือสภาพการจ้างด้วย

⁹⁴ ธนิต สุวรรณเมนะ, “การเลือกปฏิบัติในการจ้างงานภาคเอกชน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2551) ,น.40-42.

⁹⁵ Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) Article 1

4. รัฐภาคีตกลงจะดำเนินการให้สอดคล้องกับความมุ่งหมายของอนุสัญญานี้ โดยประกาศและดำเนินเป็นนโยบายแห่งชาติ

5. ตามข้อ 3 กำหนดว่าแต่ละรัฐจะต้องมีวิธีการที่เหมาะสมกับสภาพของรัฐและแนวทางปฏิบัติเพื่อให้องค์กรนายจ้างและลูกจ้างรวมถึงองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้อง ให้ความร่วมมือในการสนับสนุน ยอมรับและปฏิบัติตามนโยบายที่กำหนดขึ้น

6. แต่ละรัฐจะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อการสนับสนุนการศึกษาซึ่งถือว่าการประกันและปฏิบัติตามนโยบายนี้อีกทางหนึ่ง

7. แต่ละรัฐจะต้องยกเลิกบทบัญญัติใดๆ และแก้ไขวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งไม่สอดคล้องกับนโยบายนี้

8. หน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะต้องควบคุมดูแลให้นโยบายเกี่ยวกับการทำงานลุล่วงไปได้

9. เพื่อที่จะมั่นใจได้ว่าการปฏิบัติตามนโยบายนี้ ต้องจัดให้มีการให้คำแนะนำการประกอบอาชีพ การฝึกอบรมอาชีพ ภายใต้การควบคุมดูแลขององค์กรที่มีอำนาจหน้าที่

10. มาตรการพิเศษในการป้องกันหรือสนับสนุนใด ๆ ที่จัดให้มีขึ้นตามสัญญาหรือข้อเสนอแนะอื่น ๆ ขององค์กรแรงงานระหว่างประเทศไม่ถือว่าการเลือกปฏิบัติ

11. มาตรการใด ๆ เพื่อคุ้มครองหรือให้ความช่วยเหลือเป็นการเฉพาะขึ้นตามของบุคคลที่มีเหตุผลเป็นการพิเศษทางด้านเพศ อายุ เหตุแห่งความพิการ ความรับผิดชอบครอบครัว หรือสถานภาพทางสังคมหรือครอบครัว ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้หลังจากที่ได้มีการปรึกษากับองค์กรที่เป็นตัวแทนของนายจ้างและลูกจ้างแล้ว

2.4.7 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบและพิธีสารเลือกรับ (CEDREW)⁹⁶

ประเทศไทยได้เข้าภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบและพิธีสารเลือกรับฉบับนี้โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2528 ซึ่งวัตถุประสงค์

⁹⁶ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/CEDAW.php>

หลักของอนุสัญญาฉบับนี้ คือ การจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ รวมทั้งการประกันว่าสตรีและบุรุษมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติและดูแลจากรัฐอย่างเสมอภาคกัน

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ประกอบด้วยวรรคอารัมภบท และบทบัญญัติ 30 ข้อ ซึ่งแบ่งเป็น 5 ส่วน ดังนี้

ตอนที่ 1 (ข้อ 1 – 6) กล่าวถึงคำจำกัดความของคำว่าเลือกปฏิบัติต่อสตรี พันธกรณีของรัฐภาคี มาตรการที่รัฐภาคีต้องดำเนินการเพื่อสนับสนุนความก้าวหน้าของสตรี มาตรการเร่งด่วนชั่วคราวเพื่อสร้างความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีอย่างแท้จริง ซึ่งจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศ การปรับรูปแบบทางสังคมและวัฒนธรรมเพื่อให้เอื้อต่อการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีและการปราบปรามการลักลอบค้าและแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากสตรี

ตอนที่ 2 (ข้อ 7 – 9) กล่าวถึงความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีในด้านการเมืองและการดำรงชีวิต ทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ เช่น สิทธิในการเลือกตั้ง การสนับสนุนให้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญความเท่าเทียมกันในกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ และการศึกษา

ตอนที่ 3 (ข้อ 10 – 14) กล่าวถึงการที่สตรีจะได้รับการดูแลทางเศรษฐกิจ โดยได้รับความเท่าเทียมกันในด้านสิทธิและโอกาสที่จะได้รับการจ้างงานและสิทธิด้านแรงงาน รวมถึงการป้องกันความรุนแรงต่อสตรีในสถานที่ทำงาน ความเท่าเทียมกันในการเข้าถึงบริการด้านสุขภาพ โดยเฉพาะสตรีมีครรภ์และหลังคลอดบุตร การที่รัฐภาคีจะประกันความเป็นอิสระของสตรีด้านการเงิน ความมั่นคงด้านสังคม และการให้ความสำคัญแก่สตรีในชนบททั้งในด้านแรงงานและความเป็นอยู่

ตอนที่ 4 (ข้อ 15 – 16) กล่าวถึงความเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีในด้านกฎหมาย โดยเฉพาะในด้านกฎหมายแพ่ง และกฎหมายครอบครัว ซึ่งเป็นการประกันความเท่าเทียมกันในชีวิตส่วนบุคคล

ตอนที่ 5 (ข้อ 17 – 22) กล่าวถึงการจัดตั้งคณะกรรมการการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ พันธกรณีในการจัดทำรายงานของรัฐภาคีการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ และการมีส่วนร่วมของทบวงชำนาญพิเศษที่เกี่ยวข้อง

ตอนที่ 6 (ข้อ 23 – 30) กล่าวถึงการมิให้ตีความข้อบทของอนุสัญญาที่จะขัดต่อกฎหมายภายในที่ดำเนินการมากกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาและกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ การนำพันธกรณีไปปฏิบัติในระดับประเทศการเปิดให้ลงนามและกระบวนการเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา การแก้ไขอนุสัญญา เงื่อนไขการมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา การตั้งข้อสงวน การขัดแย้งในการตีความระหว่างรัฐภาคี

จากที่ได้ศึกษาอนุสัญญาทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในเรื่องการเลือกปฏิบัติพิจารณาแล้วเห็นว่าการบัญญัติรับรองมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อผู้อื่นโดยเหตุต่าง ๆ ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่

อนุสัญญาแต่ละฉบับมุ่งคุ้มครองเหตุใดเป็นหลักเนื่องจาก เหตุทั้งหลายล้วนเป็นเหตุที่มีความสำคัญ และเป็นปัญหาที่ต้องอาศัยความร่วมมือของประเทศที่เป็นภาคีออกกฎหมายขึ้นมารับรอง บังคับตามแนวทางที่อนุสัญญาได้กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลอื่นมิให้ถูกระทำฐานเลือกปฏิบัติ ถูกกีดกันในสิทธิอันเป็นสิทธิที่เขาพึงได้ตามที่กฎหมายรับรอง อย่างไรก็ตามอนุสัญญาก็เป็นเพียงกรอบในการกำหนดบทบัญญัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญาที่แต่ละประเทศได้เข้าเป็นภาคีเท่านั้น โดยประเทศจะกำหนดบทบัญญัติที่คุ้มครองการเลือกปฏิบัติกำหนดกรณีละเมิดการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยมีสภาพบังคับหรือมีบทลงโทษอย่างไรนั้น ขึ้นอยู่กับนโยบายการคุ้มครองของประเทศดังกล่าว

สำหรับการศึกษาการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัตินั้นสอดคล้องกับข้อบทที่ 4 ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ที่รัฐจะต้องออกกฎหมายกำหนดให้การกระทำในลักษณะที่กระตุ้น ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ สีผิว จากองค์กรใด จากหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐเป็นความผิดกฎหมาย ซึ่งเดิมที่ประเทศไทยได้ตั้งข้อสงวนในข้อบทที่ 4 ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบเอาไว้ แต่เมื่อวันที่ 7 มิถุนายน 2559 ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีของประเทศไทยมีมติเห็นชอบเรื่อง การถอนข้อสงวนข้อบทที่ 4 ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ⁹⁷ ทำให้ประเทศไทยต้องมีแนวทางในการส่งเสริมหรือมาตรการป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติขึ้นเพื่อให้สอดคล้องตามเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ และการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติขึ้นน่าจะเป็นมาตรการทางเลือกหนึ่งที่ป้องกันมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติได้บ้างไม่มากนัก

2.5 หลักกฎหมายที่ศึกษาเพิ่มเติมเพื่อใช้ประกอบในการวิเคราะห์การกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

เนื่องจากการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา การศึกษาถึงมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ก็เพื่อเข้าใจเหตุแห่งการกระทำความผิดอันเป็นองค์ประกอบภายในที่สำคัญในการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ และการศึกษาเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลเพื่อเข้าใจถึง กรณีนิติบุคคลกระทำการเลือกปฏิบัติจะต้องพิจารณาการกระทำ

⁹⁷ สุริยันต์ ทองหนูเอียด, “คอลัมน์ : ชานชาลาประชาชน: รัฐไทยกับการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2560, จาก <http://www.ryt9.com/s/tpd/2450702>

และกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลอย่างไร อันทำให้การศึกษาวិเคราะห์การกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติมีความสมบูรณ์คุ้มครองการเลือกปฏิบัติอันเกิดจากทั้งภาครัฐและภาคเอกชนได้

2.5.1 มูลเหตุจูงใจและเจตนาพิเศษ

เนื่องจากลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ถือเป็นมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด (Motive) ฐานเลือกปฏิบัติ ผู้เขียนจึงได้ศึกษาเรื่องแนวคิดมูลเหตุจูงใจโดยสังเขปดังนี้

มูลเหตุจูงใจ หมายถึง เหตุผลของการกระทำ หรือ เหตุผลที่ผลักดันให้กระทำความผิด⁹⁸ หรือ แรงผลักดันภายในตัวบุคคลที่ส่งผลให้บุคคลมีพฤติกรรมมีทิศทางไปสู่เป้าประสงค์⁹⁹ มูลเหตุจูงใจเป็นเหตุผลส่วนตัวหรือวัตถุประสงค์ในท้ายที่สุดของผู้กระทำความผิด (ulterior goal) เช่น ความรัก การเกลียดชัง ความเกลียด ความกลัว ความแค้น เป็นต้น มูลเหตุจูงใจมีใจเจตนาแต่เป็นจุดมุ่งหมายที่ซ่อนไว้หลังเจตนาที่กระทำ กล่าวคือ มูลเหตุจูงใจคือสาระสำคัญด้านจิตใจที่ก่อให้เกิดการกระทำความผิด¹⁰⁰ มูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดถือว่ามีสำคัญในการก่อให้เกิดการกระทำความผิดนั้น ๆ ขึ้น

เมื่อศึกษาแนวความคิดเรื่องมูลเหตุจูงใจของกฎหมายอาญาต่างประเทศ ของประเทศฝรั่งเศสและประเทศ Common law สรุปได้ว่าโดยทั่วไปกฎหมายอาญาฝรั่งเศสไม่สนใจมูลเหตุจูงใจของการกระทำตาม “หลักการไม่สนใจมูลเหตุจูงใจ”¹⁰¹ กล่าวคือ ผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยมีเจตนาธรรมดาก็เป็นความผิดแล้วไม่ว่าจะกระทำด้วยสาเหตุใดก็ตาม อย่างไรก็ตามมูลเหตุจูงใจอาจนำมาเป็นเหตุลดโทษหรือเพิ่มโทษในบางกรณี และที่สำคัญเมื่อความผิดใดต้องการมูลเหตุจูงใจเป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิด จึงเรียกองค์ประกอบที่เป็นมูลเหตุจูงใจว่า

⁹⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559), น.128.

⁹⁹ จตุพร จันบุรี, “มูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดกับดุลพินิจในการกำหนดโทษในคดีอาญา” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2560, จาก http://elib.coj.go.th/Ebook/data/judge_report/2553-65.pdf

¹⁰⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.75.

¹⁰¹ Jean pradel Droit penal General op.cit, p.442 อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559), น.130.

“เจตนาพิเศษ” ซึ่งเจตนาพิเศษมีความหมาย 2 ลักษณะ ลักษณะหนึ่ง คือ องค์ประกอบภายใน ลักษณะหนึ่งที่กำหนดในฐานความผิดที่มีใช้เป็นเจตนารรรมดา แต่เป็นเจตนาพิเศษที่กำหนดชัดแจ้งในกฎหมายซึ่งองค์ประกอบของการกระทำความผิดที่จำต้องมี และลักษณะที่สอง เจตนาพิเศษ คือ เจตนาเฉพาะเพื่อแยกแยะการกระทำที่เป็นข้อเท็จจริงแบบเดียวกันแต่อาจปรับเข้ากับข้อกฎหมายได้หลายทาง¹⁰²

ในส่วนกฎหมาย common law ถือหลักเช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส แม้ความผิดส่วนใหญ่ต้องการเจตนาในฐานที่เป็นองค์ประกอบภายใน (Mens Rea) ไม่ต้องการมูลเหตุจูงใจ แต่มูลเหตุจูงใจก็มีความจำเป็นในคดีอาญาอยู่ 2 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง ในเชิงพยานหลักฐาน มูลเหตุจูงใจเป็นประโยชน์ในการพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิด หากโจทก์สามารถพิสูจน์เห็นถึงมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำความผิดได้ ทำให้มีน้ำหนักในการพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง เพราะเหตุว่าคนทั่วไปมักไม่ทำการถ้าไม่มีมูลเหตุจูงใจ ประการที่สอง มูลเหตุจูงใจในการกำหนดโทษ เมื่อกฎหมายให้ดุลพินิจศาลในการกำหนดโทษอาญา หากผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ดี ศาลจะลงโทษสถานเบา หรือแม้แต่ในกรณีที่กฎหมายไม่ให้ดุลพินิจศาลในการกำหนดโทษ มูลเหตุจูงใจก็มีผลในการให้ออกาสในการพักการลงโทษและปล่อยตัวจำเลยจากเรือนจำก่อนที่จะกำหนดในคำพิพากษา

โดยปกติการพิจารณากรณีบุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาของไทยต่อเมื่อได้กระทำความผิด องค์ประกอบความผิดทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน โดยการพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในเฉพาะเรื่องเจตนาเป็นสำคัญโดยมีต้องคำนึงว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดด้วยสาเหตุหรือมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดหรือไม่ แต่บางกรณีกฎหมายได้บัญญัติให้มูลเหตุจูงใจเป็นองค์ประกอบความผิด ทำให้ความผิดอาญาบางฐานจึงต้องพิจารณามูลเหตุจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย¹⁰³ โดยมูลเหตุจูงใจที่เป็นองค์ประกอบความผิดดังกล่าว เรียกว่า เจตนาพิเศษ (Specific intent) ซึ่งปรากฏในกฎหมายโดยใช้คำว่า “เพื่อ” “คำว่า “โดย” เช่น ในความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 กระทำจะต้องมีการกระทำความผิดโดยมีเจตนาพิเศษ มูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด “โดยทุจริต” หมายถึงการกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น เมื่อพิจารณาถึงสถานะทาง

¹⁰² ปกป้อง ศรีสนิท, เพิ่งอ้าง, น.131.

¹⁰³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2544, น.44.

กฎหมายของมูลเหตุจูงใจในกฎหมายอาญา มีฐานะเป็นองค์ประกอบภายในประเภทหนึ่งนอกจากเจตนาของผู้กระทำความผิด หากกฎหมายใดบัญญัติให้มูลเหตุจูงใจเป็นองค์ประกอบภายในที่สำคัญ การพิจารณาว่าผู้กระทำมีความผิดทางอาญาดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาพิเศษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ด้วย¹⁰⁴

เมื่อพิจารณาความผิดฐานเลือกปฏิบัติมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด หรือมูลเหตุจูงใจที่นำไปสู่การกระทำความผิด เกิดจากการมีอคติ มีความเกลียดชังต่อเหตุความแตกต่างระหว่างผู้กระทำกับผู้เสียหายโดยเหตุแตกต่างจากลักษณะของผู้เสียหาย เช่น เหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ ส่งผลกระทบต่อผู้เสียหาย ชุมชน และสังคมโดยรวม มูลเหตุจูงใจจากการมีอคติต่อบุคคลที่มีลักษณะแตกต่างจากตนจึงถือเป็นองค์ประกอบภายในที่สำคัญของความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ทำให้มูลเหตุจูงใจเป็นเจตนาพิเศษที่ผู้กระทำการเลือกปฏิบัติจะต้องรู้ถึงการกระทำของตนว่ากระทำการเลือกปฏิบัติโดยเหตุแตกต่างของผู้เสียหายกับตนในเหตุเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ ซึ่งลักษณะผู้เสียหายที่แตกต่างอันกฎหมายให้ความคุ้มครองลักษณะใดบ้างนั้นผู้เขียนจะวิเคราะห์ไว้ในบทที่ 4 เพื่อนำไปใช้เป็นแนวทางในการกำหนดในส่วนเจตนาพิเศษของความผิดฐานเลือกปฏิบัติต่อไป

2.5.2 ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล

เนื่องด้วยการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาและได้กำหนดให้นิติบุคคลต้องรับผิดด้วย ผู้เขียนจึงได้ศึกษาเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล และโทษของนิติบุคคลเพื่อใช้ประกอบในการวิเคราะห์กำหนดให้นิติบุคคลต้องรับผิดในความผิดฐานเลือกปฏิบัติ โดยในการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลของประเทศไทยนั้นยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแน่นอน อีกทั้งสภาพบังคับทางกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันนั้น มีข้อจำกัดในการลงโทษทางอาญากับนิติบุคคลไม่อาจป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดของนิติบุคคลได้ จึงต้องศึกษาว่ากรณีใดบ้างที่นิติบุคคลต้องรับผิดและได้รับโทษทางอาญาอย่างไร ดังนั้น เพื่อความเข้าใจในเรื่องความรับผิดของนิติบุคคลจึงศึกษาแนวทางการลงโทษทางอาญาของนิติบุคคลประเทศฝรั่งเศสเนื่องจากใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศไทย เพื่อนำมา

¹⁰⁴ ฤทัยรัตน์ ปทุมานนท์, “การควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองของกฎหมายไทย” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.8.

ปรับใช้เป็นแนวทางในการกำหนดความผิดทางอาญาของนิติบุคคลของประเทศไทยโดยได้ศึกษาไว้ดังนี้

ความรับผิดนิติบุคคลประเทศฝรั่งเศส¹⁰⁵ ได้บัญญัติหลักทั่วไปในเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลอย่างชัดเจนไว้อย่างชัดเจนและกำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลโดยเฉพาะ ปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลไว้ในประมวลกฎหมายอาญาโดยบัญญัติเป็นหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญาและกำหนดโทษของนิติบุคคลไว้โดยตรงและกำหนดความรับผิดของผู้แทนนิติบุคคลไว้ชัดเจนในความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1992

หลักการการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล

ประเทศฝรั่งเศสใช้นิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายอาญาเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลโดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลไว้อย่างชัดเจนโดยปรากฏผ่านประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1992 มาตรา 121-2 บัญญัติหลักทั่วไปให้นิติบุคคลต้องรับผิดทางอาญายกเว้นรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน นอกจากนี้องค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นและสหการก็ต้องรับผิดชอบเฉพาะความผิดที่เกิดจากการดำเนินกิจกรรมที่เกิดจากอำนาจหน้าที่ของตนเท่านั้น ดังนั้น นิติบุคคลที่จะต้องมีความรับผิดทางอาญาจึงได้แก่ นิติบุคคลตามกฎหมายแพ่ง เช่น บริษัท สมาคม สหภาพแรงงาน มูลนิธิ และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

สำหรับเงื่อนไขในความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล ตามมาตรา 121-2 ได้กำหนดเงื่อนไขที่นิติบุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อมีกฎหมายหรือข้อบังคับกำหนดให้นิติบุคคลต้องรับผิดชอบในความผิดนั้น หากการกระทำนั้นได้กระทำโดยองค์กร หรือผู้แทนของนิติบุคคลที่ทำไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลนั้น ๆ หากเข้าหลักเกณฑ์ความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 121-2 ถึงมาตรา 121-7 นิติบุคคลจะต้องรับผิดทางอาญา หรือในบางกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญานั้น เช่น ความผิดฐานผลิตยาเสพติด ตามมาตรา 222-35 ความผิดฐานฉ้อโกง ตามมาตรา 313-1 ประกอบมาตรา 313-9 ความผิดฐานยักยอก มาตรา 321-1 ประกอบมาตรา 321-12 เป็นต้น

¹⁰⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล: ศึกษาเพื่อหาข้อเสนอทางนิติวิธีสำหรับประเทศไทยโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 38 ฉบับที่ 1, น. 71-105, (มีนาคม 2552).

โทษทางอาญาของนิติบุคคล¹⁰⁶ ตามประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสได้กำหนดโทษที่เหมาะสมแก่สภาพนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะ โดยโทษนั้นจะเป็นผลร้ายแก่การดำเนินกิจการหรือการดำรงอยู่ของนิติบุคคล ซึ่งการลงโทษเช่นนี้ย่อมเหมาะสมกว่าการลงโทษที่เหมาะสมกว่าการลงโทษที่กำหนดไว้สำหรับนิติบุคคลธรรมดา

สำหรับโทษทางอาญาของนิติบุคคลที่กำหนดโดยเฉพาะและแตกต่างหากจากบุคคลธรรมดา ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้กำหนดไว้ดังนี้

ก. โทษขั้นอุกฤษโทษ (Crime) และมัยโทษ (Delit) สำหรับนิติบุคคล

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-37 ได้กำหนดโทษขั้นอุกฤษโทษ และมัยโทษ ไว้สำหรับนิติบุคคลไว้ดังนี้ คือ โทษปรับ และโทษที่กำหนดไว้เป็นพิเศษสำหรับนิติบุคคลโดยมีรายละเอียดดังนี้

1. โทษปรับ โดยมาตรา 131-38 กำหนดไว้ว่าอัตราโทษปรับสูงสุดกำหนดไว้สำหรับบุคคลธรรมดา เมื่อใช้บังคับกับนิติบุคคลให้เพิ่มเป็น 5 เท่า

2. โทษที่กำหนดไว้เป็นพิเศษสำหรับนิติบุคคล ซึ่งบัญญัติให้ศาลสามารถลงโทษนิติบุคคลที่กระทำความผิดโดยกำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลโดยเทียบจากระวางโทษที่ลงแก่บุคคลธรรมดา และลักษณะที่กำหนดไว้ในมาตรา 131-39 รายละเอียดดังนี้

(1) การยุบกิจการ (Dissolution) ศาลอาจใช้โทษโดยการยุบกิจการนิติบุคคลหากนิติบุคคลนั้น ได้กระทำความผิดซึ่งระวางโทษถึงจำคุกสำหรับนิติบุคคลธรรมดาสูงกว่า 5 ปี และการกระทำนั้นเป็นความผิดวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งนิติบุคคล โทษยุบกิจการนิติบุคคลนั้นเทียบเท่ากับโทษประหารชีวิตบุคคลธรรมดาเป็นโทษที่หนักที่สุด

(2) การห้ามประกอบกิจการ ศาลอาจใช้โทษโดยการห้ามนิติบุคคลประกอบกิจการโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา หรือมีกำหนดระยะเวลาได้ไม่เกิน 5 ปี ได้

(3) การถูกควบคุมกิจการ ศาลอาจใช้โทษการควบคุมกิจการนิติบุคคล โดยไม่มีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาล

(4.) การปิดกิจการ ศาลอาจใช้โทษโดยการปิดกิจการนิติบุคคลโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา หรือมีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี สำหรับสำนักงานสาขาของนิติบุคคลที่ได้กระทำความผิด

¹⁰⁶ อุทัย อาทิวา, “โทษในกฎหมายอาญาฝรั่งเศส”, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2559, จาก http://www.humanrights.go.th/files/penalty_criminal_law_in_France.pdf

(5) การห้ามประมูลงานจากราชการ ศาลอาจใช้โทษโดยการห้ามนิติบุคคลเข้าประมูลงานจากทางราชการโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาหรือกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี

(6) การห้ามมิให้ระดมทุนจากประชาชน ศาลอาจใช้โทษโดยการห้ามมิให้นิติบุคคลระดมทุนจากประชาชนโดยไม่มีกำหนดหรือมีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี

(7) การห้ามส่งจ่ายเช็ค หรือการใช้บัตรเครดิต โดยมีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี เว้นแต่เป็นการส่งจ่ายเช็คเพื่อเบิกเงินสด

(8) การริบทรัพย์ ศาลอาจใช้โทษโดยการริบทรัพย์ที่นิติบุคคลใช้หรือกระทำความผิด หรือที่ได้มาจากการกระทำความผิด

(9) การประกาศหรือแจกจ่ายคำพิพากษาที่ลงโทษ ศาลอาจใช้โทษโดยการประกาศหรือแจกจ่ายคำพิพากษาที่ลงโทษทางหน้าหนังสือพิมพ์ หรือวิธีการอื่นใดทางวิทยุโทรทัศน์

อย่างไรก็ตาม โทษตามข้อ 1 และ ข้อ 3 ห้ามมิให้บังคับแก่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนซึ่งอาจมีความรับผิดชอบทางอาญา รวมทั้งพรรคหรือกลุ่มการเมืองหรือสหภาพแรงงาน และโทษข้อ 1. มิให้ใช้บังคับแก่องค์กรและตัวแทนของบุคลากร

โทษสำหรับนิติบุคคลในความผิดลหุโทษ มาตรา 130-40 กำหนดไว้ 2 ประการ ได้แก่

(1) โทษปรับ ซึ่งต้องเพิ่มอัตราสูงสุดเป็นห้าเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับบุคคลธรรมดา มาตรา 131-41

(2) โทษที่กำหนดไว้เป็นพิเศษสำหรับนิติบุคคล กำหนดไว้ในมาตรา 131-42 ซึ่งได้แก่การลงโทษกรณีกระทำความผิดลหุโทษชั้น ที่ 5 โดยเป็นการลงโทษเสริมโดยมีรายละเอียดดังนี้

ก. การห้ามออกเช็คมีกำหนดไม่เกิน 1 ปี เว้นแต่การออกเช็คเพื่อเบิกเงินสด หรือการให้ใช้บัตรเครดิต

ข. การริบทรัพย์ที่ใช้หรือจะใช้กระทำความผิดหรือได้มาจากการกระทำความผิด
ในกรณีที่ศาลจะลงโทษเสริม กำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลงโทษเสริมเพียงประการเดียวได้

จะเห็นได้ว่านิติบุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติความรับผิดชอบไว้อย่างชัดเจนและกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจน โดยโทษนิติบุคคลที่ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมีการแบ่งประเภทและกำหนดโทษจัดลำดับชัดเจนเพื่อใช้ให้เหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดโดยให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษภายใต้กรอบกฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อความเป็นธรรมจึงเป็นตัวอย่างสำหรับประเทศไทยในการกำหนดโทษทางอาญาของนิติบุคคลต่อไป

บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ

การกระทำการเลือกปฏิบัติ เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรง โดยในหลายประเทศทั่วโลกที่ตระหนักและเห็นถึงความสำคัญของหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันของมนุษย์ จึงบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อรั้งคับคุ้มครองหลักความเสมอภาค และกำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติโดยอ้างเหตุพื้นฐานอันเป็นเหตุแตกต่างที่ติดตัวมากับมนุษย์ เช่น เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ เพศ หรือเหตุอันเป็นสิทธิพื้นฐานตามคุณค่าของความเป็นมนุษย์อันบุคคลนั้นพึงได้รับ เช่น การมีสิทธินับถือศาสนา ความเชื่อ การมีรสนิยมทางเพศ เป็นต้น ซึ่งการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดในประเทศไทยนั้นต้องศึกษาแนวทางการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติจากกฎหมายต่างประเทศ โดยผู้เขียนได้เลือกศึกษากฎหมายต่างประเทศที่ได้มีการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นประเทศในแถบทวีปยุโรปซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่ให้ความร่วมมือในเรื่องการกำหนดแนวทางเรื่องสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองห้ามเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจน และศึกษาประเทศที่มีพระราชบัญญัติที่กำหนดบทลงโทษกรณีกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนอันได้แก่ ประเทศรวันดา ซึ่งเป็นประเทศที่เคยเกิดเหตุการณ์ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่รุนแรงซึ่งมีสาเหตุจากการเลือกปฏิบัติ อีกทั้งผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติของประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลียเพิ่มเติมเพื่อเป็นตัวอย่างศึกษากรณีประเทศที่ไม่ได้กำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาโดยสังเขปดังนี้

3.1 กฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

สำหรับกฎหมายต่างประเทศที่เห็นว่าการกระทำการเลือกปฏิบัติเป็นความผิดที่ร้ายแรง ละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยกำหนดเป็นฐานความผิดกรณีมีการเลือกปฏิบัติโดยกำหนดชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญา เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน และประเทศเนเธอร์แลนด์ แต่บางประเทศก็กำหนดพระราชบัญญัติออกมาเพื่อคุ้มครองห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยกำหนดโทษทางอาญา เช่น ประเทศรวันดา ผู้เขียนจึงศึกษากฎหมายต่างประเทศที่ได้กำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาเพื่อเป็นแนวทางในการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประเทศไทย ดังนี้

3.1.1 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิมนุษยชนและความเสมอภาค แหล่งที่มาของกฎหมายเลือกปฏิบัติมีที่มาจากหลาย ทั้งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นมูลฐาน ECHR และรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส และปรากฏในกฎหมายอาญา กฎหมายแรงงานของประเทศฝรั่งเศส โดยศึกษาได้ ดังนี้

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับปัจจุบัน ลงวันที่ 4 ตุลาคม 1958 บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 1 ว่า “ฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐที่แบ่งแยกมิได้ เป็นของประชาชน เป็นประชาธิปไตย และเป็นของสังคมสาธารณรัฐรับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชนโดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิดเชื้อชาติหรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อของทุกนิกาย”¹⁰⁷

ประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้มีการกำหนดความผิดทางอาญฐานการเลือกปฏิบัติเอาไว้ประมวลกฎหมายอาญา (French Penal code) โดยกำหนดฐานความผิด Discrimination ในมาตรา 225-1 - 225-4 ในบทที่ 5 ความผิดที่กระทำต่อเกียรติ ศักดิ์ศรีของบุคคล (OFFENCES AGAINST THE DIGNITY OF PERSONS) ดังนี้

¹⁰⁷ Constitution of France 4 October 1958 , Accessed November 16, 2016, from <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/constitution/constitution-of-4-october-1958.25742.html>

มาตรา 225-1¹⁰⁸ นิยามคำว่า เลือกปฏิบัติ

“การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การแบ่งแยกใด ๆ ซึ่งปรับใช้ระหว่างบุคคลธรรมดา โดยเหตุในเรื่องชาติกำเนิด เพศ สถานะทางครอบครัว รูปลักษณ์ทางกายภาพ นามสกุล สภาพของสุขภาพ ความพิการ ลักษณะทางพันธุกรรม ศีลธรรมทางเพศ หรือ รสนิยมทางเพศ อายุ ความคิดเห็นทางการเมือง การเคลื่อนไหวอย่างเป็นสหภาพ หรือความเป็นสมาชิก หรือไม่เป็นสมาชิก ไม่ว่าจะโดยแท้จริง หรือโดยเชื่อว่าจะเป็นอย่างกลุ่มชาติพันธุ์ ชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนา

การเลือกปฏิบัติยัง หมายถึง การแบ่งแยกใด ๆ ซึ่งปรับใช้ระหว่างนิติบุคคล โดยเหตุในเรื่องชาติกำเนิด เพศ สถานะทางครอบครัว รูปลักษณ์ทางกายภาพ นามสกุล สภาพของสุขภาพ ความพิการ ลักษณะทางพันธุกรรม ศีลธรรมทางเพศหรือ รสนิยมทางเพศ อายุ ความคิดเห็นทางการเมือง การเคลื่อนไหวอย่างเป็นสหภาพ หรือความเป็นสมาชิก หรือไม่เป็นสมาชิก หรือ โดยแท้จริง หรือโดยเชื่อว่าจะเป็นอย่าง กลุ่มชาติพันธุ์ ชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนาของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของนิติบุคคลดังกล่าว”

¹⁰⁸ French Penal Code Article 225-1 : Discrimination comprises any distinction between individuals because of their origin, gender, marital status, pregnancy, physical appearance, their name, their state of health, disability, genetic characteristics, morals, sexual orientation, age, political opinions, union activities, membership or non-membership, real or supposed, of an ethnic group, nation, race or religion.

Discrimination also comprises any distinction applied between legal persons by reason of origin, sex, marital status, physical appearance, family name, health status, disability, genetic characteristics, morals, sexual orientation, age, political opinions, union activities, membership or non-membership, real or supposed, to an ethnic group, nation, race or religion members or some members of these legal persons.

มาตรา 225-2¹⁰⁹ ลักษณะการกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

“การเลือกปฏิบัติตามนิตินิยมตามมาตรา 225-1 ที่ได้กระทำต่อบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ต้องรับโทษจำคุก 3 ปีและปรับ 45000 ยูโร ในกรณีที่ประกอบด้วย

1. การปฏิเสธที่จะจัดหาให้ซึ่งสินค้าหรือบริการ
2. การขัดขวางการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยปกติ
3. การปฏิเสธที่จะจ้าง, ลงโทษ (sanction), หรือเลิกจ้างบุคคล
4. เข้าควบคุมการผลิตสินค้าหรือบริการให้เข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่อ้างถึงใน

มาตรา 225-1

5. เข้าควบคุมการเสนอการจ้างงาน หรือ ปรับใช้หลักสูตรหรือช่วงเวลาฝึกฝนให้เข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่อ้างถึงในมาตรา 225-1

6. การปฏิเสธที่จะรับบุคคลเข้าสู่หลักสูตร ตาม 2° ของมาตรา L.412.8 แห่งประมวลกฎหมายประกันสังคม (ผู้ฝึกงานจะได้รับประโยชน์กรณีเกิดอุบัติเหตุระหว่างฝึกงานแม้ไม่มีประกันสังคม)

¹⁰⁹ French Penal Code Article 225-2 : Discrimination defined in article 225-1, committed against a natural or legal person, is punishable by three years imprisonment and a 45,000 euro fine when it is:

- 1 of refusing the provision of a good or service;
- 2 of obstructing the normal exercise of any economic activity;
- 3 To refuse to hire, punish or dismiss a person;
- 4 of subjecting the supply of goods or services to a condition based on one of the elements referred to in Article 225-1;
- 5 of subjecting an offer of employment, internship demand or job training period to a condition based on one of the elements referred to in Article 225-1;
- 6 of refusing to accept a person at one of the courses referred to under 2° of Article L. 412-8 of the Code of Social Security.

Where the discriminatory refusal under 1 is committed in a place open to the public or for deny access, the penalties are increased to five years' imprisonment and 75,000 euros fine.

เมื่อการปฏิเสธที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่อ้างถึงตาม 1° ได้กระทำลงในที่สาธารณะ หรือ เพื่อปิดกั้นมิให้เข้าถึงสถานที่ดังกล่าว โทษจะเพิ่มขึ้นเป็นจำคุก 5 ปี และปรับ 75000 ยูโร”

มาตรา 225-3¹¹⁰ ซ้อยกเว้นไม่ถือเป็นการกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

“บทบัญญัติในมาตราก่อนมิให้ใช้บังคับกับ

1. การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของสุขภาพนั้น หากประกอบด้วยการปฏิบัติการณ์ที่มุ่งต่อการป้องกันหรือการคุ้มครองความเสี่ยงต่อความตาย ความสมบูรณ์ทางกายภาพของบุคคล ความเสี่ยงต่อการไม่อาจทำงานได้ หรือความไม่สมประกอบ อย่างไรก็ตามก็ดีหากเป็นเหตุในเรื่องของการทดสอบทางพันธุกรรมในลักษณะที่เป็นการทำนายซึ่งเกี่ยวข้องกับอาการป่วยซึ่งยังไม่เริ่มต้น หรือความโน้มเอียงรับโรคทางพันธุกรรม (genetic predisposition) ซึ่งนำไปสู่อาการป่วย การเลือกปฏิบัติเช่นนั้นจะต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตราก่อน

¹¹⁰French Penal Code Article 225-3 : The provisions of the preceding Article shall not apply:

1. For discrimination based on health status, when they consist of transactions relating to the prevention and life cover, risks affecting the physical integrity of the person or risks of incapacity work or disability. However, this discrimination is punished by the penalties provided in the preceding article when it is based on the consideration of predictive genetic testing reference for a disease that is not yet declared or a genetic predisposition to a disease;

2. For discrimination based on health status or disability, when they consist of a refusal to hire or dismissal based on incapacity is medically certified as part of Title IV of Book II of the Labour Code, either within the framework of laws on statutory provisions relating to public service;

3. To based discrimination in hiring, sex where membership of one sex or the other is in accordance with the Labour Code or the laws containing statutory provisions relating to public service, determining condition of the course of employment or professional activity.

2. การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของสุขภาพ หรือ ความพิการ หากมีการปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือเลิกจ้างอันมีเหตุมาจากการไร้ความสามารถซึ่งเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์ อันเนื่องมาจากบทบัญญัติในหมวด 4 แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน หรือ กฎหมายที่กำหนด กฎเกณฑ์ว่าด้วยบริการสาธารณะ

3. การเลือกปฏิบัติในการรับบุคคลเข้าทำงานอันเนื่องมาจากเพศ เมื่อข้อเท็จจริงเรื่อง ความเป็นชายหรือหญิงเป็นปัจจัยกำหนดการจ้างงาน หรือ กิจกรรมที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแรงงาน หรือ กฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วย บริการสาธารณะ”

มาตรา 225-4¹¹¹

นิติบุคคลอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาจากความผิดอาญาที่ได้นิยามในมาตรา 225-2 ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 121-1 โทษที่เกิดแก่นิติบุคคลคือ

1. ปรับ โดยมีเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 131-38¹¹²
2. โทษซึ่งได้ไล่เรียงตาม 2, 3, 4, 5, 8 และ 9 แห่งมาตรา 131-39¹¹³

¹¹¹ French Penal Code Article 225-4 : Legal persons may incur criminal liability, as provided by Article 121-2 of the offenses defined in Article 225-2. The penalties incurred by legal persons are:

- 1 a fine, in the manner prescribed by article 131-38;
- 2 the penalties enumerated under 2, 3, 4, 5, 8 and 9 of article 131-39.

The prohibition mentioned in 2 of article 131-39 applies to the activity in the exercise or on the occasion of the exercise of which the offense was committed.

¹¹² มาตรา 131-38 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส บัญญัติว่า โทษปรับนิติบุคคล กำหนดให้มีอัตราโทษปรับสูงสุดกำหนดไว้สำหรับบุคคลธรรมดา เมื่อใช้บังคับกับนิติบุคคลให้เพิ่มเป็น 5 เท่า

¹¹³ มาตรา 131-39 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส บัญญัติว่าโทษที่ลงแก่บุคคล ธรรมดาและลักษณะที่กำหนดไว้ในมาตรา 131-39 รายละเอียดดังนี้

2. การห้ามประกอบกิจการ ศาลอาจใช้โทษโดยการห้ามนิติบุคคลประกอบกิจการโดย ไม่มีกำหนดระยะเวลา หรือมีกำหนดระยะเวลาได้ไม่เกิน 5 ปี ได้

ข้อห้ามตาม 2 แห่งมาตรา 131-39 จะนำมาใช้กับกิจกรรมที่มีการใช้ดังกล่าว หรือในโอกาสที่มีการใช้กรณีความผิดได้กระทำลง

ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติประเทศฝรั่งเศส

1. กรณีเจ้าของโรงแรมปฏิเสธการให้บริการเช่าห้องพักจากคู่สามีภรรยา โดยภรรยาเป็นคนฝรั่งเศสแต่สามีเป็นคนฝรั่งเศสผิวดำที่มีเชื้อสายแอฟริกา โดยศาลตัดสินให้เจ้าของโรงแรมมีความผิดฐานเลือกปฏิบัติกรณีปฏิเสธการให้บริการสินค้าหรือบริการโดยถูกกลั่นโหม่งปรับ¹¹⁴

2. ผู้จัดการบริษัททัวร์ปฏิเสธการขายตั๋วเครื่องบินที่ลดราคาในเส้นทางการบินแอฟริกันกับคนผิวดำ โดยศาลตัดสินให้มีความผิดฐานเลือกปฏิบัติกรณีปฏิเสธการให้บริการอันเนื่องมาจากเหตุพื้นฐานการเป็นสมาชิกกลุ่มชาติพันธุ์หรือเชื้อชาติ¹¹⁵

3. การปฏิเสธให้เช่าแฟลตกับชาวเซเนกัลประเทศในทวีปแอฟริกา โดยศาลได้นิยามคำว่าสินค้าและบริการ หมายถึง ทุกสิ่ง โดยผู้มีสิทธิได้รับบริการสินค้าหรือได้รับบริการจะจ่ายเป็นเงินหรือผลประโยชน์ใดๆ¹¹⁶

4. การปฏิเสธไม่เสิร์ฟเบียร์แก่ชาวอาหรับ 2 คน ซึ่งไม่เมาและไม่เป็นเหตุแห่งการรบกวนในที่สาธารณะ¹¹⁷

3. การถูกควบคุมกิจการ ศาลอาจใช้โทษการควบคุมกิจการนิติบุคคล โดยไม่มีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาล

4. การปิดกิจการ ศาลอาจใช้โทษโดยการปิดกิจการนิติบุคคลโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาหรือมีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี สำหรับสำนักงานสาขาของนิติบุคคลที่ได้กระทำความผิด

5. การห้ามประมูลงานจากราชการ ศาลอาจใช้โทษโดยการห้ามนิติบุคคลเข้าประมูลงานจากราชการโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาหรือกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี

8. การริบทรัพย์ ศาลอาจใช้โทษโดยการริบทรัพย์ที่นิติบุคคลใช้หรือกระทำความผิดหรือที่ได้มาจากการกระทำความผิด

9. การประกาศหรือแจกจ่ายคำพิพากษาที่ลงโทษ ศาลอาจใช้โทษโดยการประกาศหรือแจกจ่ายคำพิพากษาที่ลงโทษทางหน้าหนังสือพิมพ์ หรือวิธีการอื่นใดทางวิทยุโทรทัศน์

¹¹⁴ Douai, 25 June 1974, Dolloz 1975, 492.

¹¹⁵ Paris, 18 December 1996, Doc Juris-data N 023839.

¹¹⁶ Paris, 12 November 1974, Dalloz 1975, 471, note Foulon-Piganiol.

5.ภายหลังการสิ้นสุดการทดลองของพนักงานที่ถึงแม้จะมีการรับรองการทำงานเป็นที่พอใจแต่เนื่องจากพนักงานมีสัญชาติโมร็อกโก แต่บริษัทปฏิเสธไม่รับพนักงานคนนั้นการบรรจุเข้าเป็นพนักงานประจำ¹¹⁸

3.1.2 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

รัฐธรรมนูญของสวิตเซอร์แลนด์ได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองเรื่องการเลือกปฏิบัติไว้ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 8¹¹⁹ ที่บัญญัติว่า

“(1) ทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย

(2) ไม่มีผู้ใดถูกเลือกปฏิบัติ เพราะเหตุพื้นฐานจากเชื้อชาติ เพศ ภาษา สถานะทางสังคม ศาสนา ความเชื่อทางการเมือง ลักษณะทางกายภาพ ลักษณะความพิการ

(3) ชาย หญิง มีสิทธิเท่าเทียมกัน กฎหมายรองรับหลักความเสมอภาคทั้งในกฎหมายและทางปฏิบัติ โดยเฉพาะครอบครัว การศึกษา สถานที่ทำงาน และชายหญิงมีสิทธิได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกัน

(4) กฎหมายจะต้องจัดความไม่เท่าเทียมเพราะเหตุที่บุคคลพิการ

รัฐบาลประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้จัดร่างกฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความต่าง ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้ประกาศใช้กฎหมายเพื่อแก้ปัญหาการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความต่างภายในสังคม โดยกฎหมายเหล่านี้ได้อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ในเรื่องการต่อต้านการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความต่าง, ความเสมอภาคระหว่างเพศชายและหญิง และ บุคคลผู้ทุพพลภาพ โดยเนื้อความในส่วนนี้มีการกล่าวถึงในกฎหมายแพ่งและอาญา และติดตามผลของการใช้กฎหมายโดยองค์กรภาครัฐ¹²⁰

¹¹⁷ Tribunal correctionnel, Strabouge, 21 November 1974 , D1975, p492.

¹¹⁸ Criminal Division of the Court of Cassation, 14 October 1986, Bull.Crim.N28, Gazette du Palais 1987,1,Summary , p.193.

¹¹⁹ Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 Article 8

¹²⁰ Anti-Discrimination Law in Switzerland; Legal Memorandum (2013), Accessed 6 October, 2016, from <http://www.legislationline.org/topics/country/48/topic/84>.

การคุ้มครองทางกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มีทั้งให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา ในส่วนของกฎหมายแพ่งได้มีการมุ่งเน้นกำจัดคำพูดด้วยความเกลียดชังการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความต่างโดยภาครัฐในส่วนของการบริการการปกป้องภายใต้กฎหมายแพ่งทำให้เป็นที่แน่นอนว่าความเสมอภาคสามารถเข้าถึงในการจ้างงานและโอกาสอื่นสำหรับกลุ่มคนที่มีความต้องการพิเศษ การคุ้มครองทางแพ่งโดยกฎหมายถูกบังคับใช้ผ่านองค์กรของรัฐเพื่อการสอดส่องดูแลและส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายของรัฐ

ส่วนการคุ้มครองทางกฎหมายอาญา ได้กำหนดความผิดทางอาญาสำหรับการป้องกันการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความต่างในเรื่องของการพูดจาด้วยความเกลียดชังก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติและการปฏิเสธการให้บริการโดยภาครัฐและการเข้าถึงบริการสาธารณะ

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประมวลกฎหมายอาญา Swiss Criminal Code มาตรา 261^{bis} โดยกำหนดฐานความผิด Racial Discrimination ในประเภทความผิด Felonies and Misdemeanors Against Public Order ดังนี้

มาตรา 261¹²¹ บัญญัติว่า บุคคลส่งเสริม ยุยงต่อต่อสาธารณะให้เกิดเกลียด หรือเลือกปฏิบัติต่อคนหรือกลุ่มบุคคลโดยเหตุจากพื้นฐานทางเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา

บุคคลใดเผยแพร่ต่อสาธารณะในเรื่องแนวคิดอันมุ่งลดคุณค่า หรือหมิ่นประมาทต่อสมาชิกโดยเหตุทางเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือ ศาสนา อันมีวัตถุประสงค์ส่งเสริม จัดทำ โดยโฆษณาชวนเชื่อให้มีส่วนร่วมกระทำการ

ผู้ใดเลือกปฏิบัติเป็นการสาธารณะหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลด้วยเหตุพื้นฐานของเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือศาสนา ด้วยคำพูด ข้อเขียน รูปภาพ ท่าทาง การข่มขู่ หรือการกระทำอื่นใด ในลักษณะที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในทางที่ก่อให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือการกระทำผิดอาญาต่อผู้อื่น อันเป็นการขัดมนุษยธรรมลดคุณค่าอย่างร้ายแรง

ผู้ใดปฏิเสธการให้บริการ รับบริการโดยบริการนั้นเป็นการให้บริการแก่สาธารณะต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเนื่องจากเหตุด้านเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือศาสนาของเขา

¹²¹ Swiss Criminal Code Art. 261^{bis}: Any person who publicly incites hatred or discrimination against a person or a group of persons on the grounds of their race, ethnic origin or religion, any person who publicly disseminates ideologies that have as their object the systematic denigration or defamation of the members of a race, ethnic group or religion, any person who with the same objective organises, encourages or participates in propaganda campaigns,

any person who publicly denigrates or discriminates against another or a group of persons on the grounds of their race, ethnic origin or religion in a manner that violates human dignity, whether verbally, in writing or pictorially, by using gestures, through acts of aggression or by other means, or any person who on any of these grounds denies, trivialises or seeks justification for genocide or other crimes against humanity,

any person who refuses to provide a service to another on the grounds of that person's race, ethnic origin or religion when that service is intended to be provided to the general public, is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.

ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือโทษปรับ (ไม่เกิน 10,000 ฟรังก์)¹²²

กฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความต่างต่อคนหรือกลุ่มคนเหล่านั้นในเรื่องของเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด ศาสนา

ทั้งยังกำหนดห้ามการปฏิบัติบุคคล “การบริการต่อสาธารณะ” เนื่องจาก เชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด ศาสนา ซึ่งถือเป็นการทำให้เสียไปซึ่งการบริการโดยเจตนาจากภาครัฐ การปกป้องนี้ได้มีการบังคับใช้ส่วนใหญ่ในทางการบริการเชิงพาณิชย์ เช่น ร้านอาหาร และร้านขายของ ฯลฯ

3.1.3 ประเทศสเปน

รัฐธรรมนูญของประเทศสเปน มาตรา 14¹²³ ได้บัญญัติรับรองคุ้มครองประชาชนชาวสเปนให้มีความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายและไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากเหตุพื้นฐานจากชาติกำเนิด เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความคิดเห็น หรือ สถานะอื่นใด หรือ เงื่อนไขทางสังคม หรือ สถานการณ์ทางสังคม

กฎหมายกำหนดสิทธิและเสรีภาพของชาวต่างชาติของสเปน มาตรา 23¹²⁴ ได้ นิยามการเลือกปฏิบัติว่า การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การกระทำใด ๆ ไม่ว่าโดยตรงหรืออ้อม การยกเว้นหรือการจำกัด การให้สิทธิพิเศษโดยพิจารณาบนพื้นฐาน เชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ศาสนา ความเชื่อหรือการปฏิบัติ โดยการกระทำดังกล่าวมีจุดประสงค์ในการทำลาย

¹²² Swiss Criminal Code Art 106: Unless the law provides otherwise, the maximum amount of a fine is 10,000 francs.

¹²³ Constitution of Spain, 1978 Article 14

¹²⁴ Art. 23.1 of the Organic Law on the rights and freedoms of aliens in Spain provides the following definition: “discrimination is any act which, directly or indirectly, implies a distinction, exclusion, restriction or preference with regard to an alien based on race, colour, descent, national or ethnic origin, or religious convictions and practices, and which has the aim or the effect of destroying or restricting the recognition or exercise, in conditions of equality, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social or cultural sphere” , http://www.pedz.uni-mannheim.de/daten/edz-b/ebr/02/ART13_Spain-en.pdf

การจำกัดการใช้สิทธิในเงื่อนไขความเสมอภาค สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในทางการเมือง เศรษฐกิจสังคมวัฒนธรรม

พระราชบัญญัติการบริการสังคมและความเสมอภาคที่ออกโดยกระทรวงสาธารณสุข นิยามการเลือกปฏิบัติไว้ว่า การเลือกปฏิบัติ หมายถึง ทัศนคติ การกระทำ หรือพฤติกรรมใด ๆ อันส่งผลให้มีความแตกต่างและได้รับการรักษาที่น้อยกว่าผู้อื่นจากบุคคล กลุ่ม องค์กรใด ๆ หรือ มากกว่าหนึ่งบนพื้นฐานลักษณะของผู้นั้น¹²⁵

ประเทศสเปนได้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประมวลกฎหมายอาญา Spain Criminal Code มาตรา 22(4) ,314, 511และ 512 โดยกำหนดฐานความผิด Racial and ethnic discrimination in the public service /Discrimination by public officials /Discrimination perpetrated by service providers ในประเภทความผิด On the felonies committed when exercising the fundamental right and public liberties guaranteed by the constitution ดังนี้

มาตรา 22 (4)¹²⁶

การกระทำความผิดด้วยเหตุผลการเหยียดเชื้อชาติ การต่อต้านชาวยิว การกระทำใด ๆ ในลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติจากเหตุเรื่องอุดมการณ์ ศาสนา ความเชื่อ การสังกัด กลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือ กำเนิดทางสัญชาติ เพศสภาพ รสนิยมทางเพศ สถานการณ์ทางครอบครัวความเจ็บป่วย หรือ ความพิการ เป็นการกระทำที่ถือเป็นสถานการณ์รุนแรง

¹²⁵ MAPPING AND PROFILING DISCRIMINATION IN SPAIN, Accessed 6 October, 2016, http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/noDiscriminacion/documentos/Perfiles_discriminacion_EN_v.d.pdf

¹²⁶ Spain Criminal Code Article 22(4) Committing the offence for racist or anti-Semitic reasons, or another kind of discrimination related to ideology, religion or belief of the victim, ethnicity, race or nation to which he belongs, his gender, sexual orientation or identity, illness suffered or disability.

มาตรา 314¹²⁷

ผู้ใดกระทำการเลือกปฏิบัติอย่างร้ายแรงในการจ้างงานของเอกชนหรือรัฐต่อบุคคลโดยเหตุเรื่องอุดมการณ์ ศาสนา ความเชื่อ การสังกัดกลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือ กำเนิดทางสัญชาติ เพศสภาพ รสนิยมทางเพศ สถานการณ์ทางครอบครัวความเจ็บป่วย หรือ ความพิการ หรือ โดยเหตุที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้แทนทางกฎหมายหรือผู้แทนสหภาพแรงงานของลูกจ้าง หรือ โดยเหตุเรื่องความสัมพันธ์กับลูกจ้างคนอื่นในบริษัทในบริษัท หรือ โดยเหตุที่ใช้ภาษาราชการใดภาษาราชการหนึ่งของสเปน และผู้ใดไม่เยียวยาบุคคลผู้นั้นให้กลับสู่สภาพความเสมอภาคตามกฎหมายหลังจากมีข้อเรียกร้องหรือการลงโทษทางปกครอง โดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ความเสียหายที่เป็นตัวเงินที่เกิดขึ้นจากการกระทำเช่นว่า ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่สิบสองเดือนถึงยี่สิบสี่เดือน(ประเทศสเปนใช้ระบบการปรับรายวันโดยบุคคลธรรมดามีโทษปรับ 2-400 ยูโรต่อวัน ส่วนกรณีนิติบุคคลมีโทษปรับ 30-50,000 ยูโร)¹²⁸

¹²⁷ Spain Criminal Code Article 314 Those who commit a serious discrimination in public or private employment, against any person due to his ideology, religion or belief, belonging to an ethic group, race or nation, gender, sexual preference, family situation, illness or handicap, due to appointment as the legal or Trade Union representative of the workers, due to relationship to other workers at the company, or due to use of any of the official languages of the Spanish State, and who do not reinstate him to the situation of equality before the law after an administrative demand or punishment, compensating the financial damage arising therefrom, shall be punished with a sentence of imprisonment of six months to two years or a fine from twelve to twenty- four months.

¹²⁸ Spain Criminal Code Article Article 50

2. Punishment by fine shall be imposed, except if the Law states otherwise, by the day-fine system.

3. The minimum length shall be ten days and the maximum two years. Fine penalties against legal persons shall have a maximum length of five years.

4. The daily quota shall be a minimum of two and a maximum of four hundred euros, except in the case of fines imposed on legal persons, in which the

มาตรา 511¹²⁹

1. โทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสองปีและปรับตั้งแต่สิบสองเดือนถึงยี่สิบสี่เดือน และการห้ามเข้าทำงานราชการ และเป็นตำแหน่งราชการตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปี เป็นโทษที่จะลงแก่บุคคลเอกชนผู้มีหน้าที่ให้บริการสาธารณะซึ่งปฏิเสธการให้บริการแก่บุคคลอื่นที่มีสิทธิใช้บริการนั้นโดยเหตุเรื่องอุดมการณ์ ศาสนา หรือความเชื่อ การสังกัดกลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ ต้นกำเนิดทางสัญชาติ เพศสภาพ รสนิยมทางเพศ สถานการณ์ทางครอบครัว ความเจ็บป่วย หรือ ความพิการ

2. บทลงโทษอย่างเดียวกันนี้ย่อมใช้บังคับเมื่อกระทำต่อสมาคม มูลนิธิ สโมสร หรือ บริษัท หรือต่อสมาชิกขององค์กรดังกล่าว โดยเหตุเรื่องอุดมการณ์ ศาสนา หรือความเชื่อ การสังกัด

daily quota shall have a minimum of 30 and a maximum of 5,000 euros. For the purposes of calculation, when the term is set by months or years, it shall be construed that months are of thirty days and years of three hundred and sixty days.

¹²⁹Spain Criminal Code Article 511

1. A sentence of imprisonment of six months to two years and a fine of twelve to twenty- four months and special barring from public employment and office for a term from one to three years shall be incurred by private individuals in charge of a public service who refuse a person a service to which he is entitled due to his ideology, religion or belief, belonging to an ethnic group or race, national origin, gender, sexual preference, family situation, illness or handicap.

2. The same penalties shall be applicable when the acts are committed against an association, foundation, society or corporation, or against its members due to their ideology, religion or belief, belonging all or some of its members to an ethnic group or race, national origin, gender, sexual preference, family situation, illness or handicap.

3. Civil servants who commit any of the acts foreseen in this Article shall incur the same penalties in the upper half and that of special barring from public employment and office for a term of two to four years. , Accessed 28 October, 2016, from https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/legal_research/national_legal_measures/Spain/Spain_SR.pdf

กลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ กำเนิดทางสัญชาติ เพศสภาพ รสนิยมทางเพศ สถานการณ์ทางครอบครัว ความเจ็บป่วย หรือ ความพิการ

3. ข้าราชการผู้ใดกระทำการที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ต้องรับโทษอย่างเดียวกันในอัตราโทษ จำคุก 1- 2 ปี และปรับ 18-28 เดือนและห้ามเข้าทำงานราชการ และเป็นตำแหน่งราชการตั้งแต่สองปีถึงสี่ปี

มาตรา 512¹³⁰

ผู้ใดในทางวิชาชีพของเขาหรือกิจกรรมทางธุรกิจ ปฏิเสธการให้บริการผู้อื่นในหน้าที่การงานของเขาเพราะเหตุเรื่องอุดมการณ์ ศาสนา ความเชื่อ การสังกัดกลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือ กำเนิดทางสัญชาติ เพศสภาพ รสนิยมทางเพศ สถานการณ์ทางครอบครัว ความเจ็บป่วย หรือ ความพิการ ของเขา ต้องระวางโทษพิเศษ โดยถูกกีดกันจากการใช้สิทธิทางวิชาชีพ การค้า การธุรกิจหรือ พานิชย์เป็นระยะเวลา 1-4 ปี

¹³⁰ Spain Criminal Code Article 512

Those who, in the exercise of their professional or business activities, were to deny a person a service to which he is entitled due to his ideology, religion or belief, his belonging to an ethnic group, race or nation, his gender, sexual preference, family situation, illness or handicap, shall incur the punishment of special barring from exercise of profession, trade, industry or commerce, for a term of one to four years.

3.1.4 ประเทศเนเธอร์แลนด์

ทุกคนในประเทศเนเธอร์แลนด์มีสิทธิเท่าเทียมกัน ทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติในลักษณะเดียวกันและการเลือกปฏิบัติเป็นสิ่งต้องห้าม โดยได้ถูกรับรองไว้ในมาตรา 1¹³¹ รัฐธรรมนูญประเทศเนเธอร์แลนด์ ว่า “ทุกคนในประเทศเนเธอร์แลนด์จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในสถานการณ์ที่เท่าเทียมกัน เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของ ศาสนา ความเชื่อ ความคิดเห็นทางการเมือง เชื้อชาติหรือเพศ หรือเหตุอื่นใด นั้นไม่ได้รับอนุญาตให้กระทำ”

สำหรับความหมายของคำว่า เลือกปฏิบัตินั้น ได้ปรากฏในพระราชบัญญัติการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม General Equal Treatment Act (March 2, 1994) ซึ่งได้นิยามการเลือกปฏิบัติสรุปได้ ดังนี้

"การเลือกปฏิบัติโดยตรง¹³² หมายถึง การเลือกปฏิบัติระหว่างบุคคลบนพื้นฐานของ ศาสนา ความเชื่อ ความคิดเห็นทางการเมือง เชื้อชาติ เพศ สัญชาติ เพศ หรือ รกร่วมเพศ หรือสถานะทางเพศ

ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประมวลกฎหมายอาญา Criminal Code มาตรา 90 quarter มาตรา 137d โดยกำหนดฐานความผิด Discriminatory expressions ในประเภทความผิด Serious Offences against Public Order ดังนี้

มาตรา 90 quater¹³³ ในประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ได้ กำหนดความหมายของคำว่าเลือกปฏิบัติ ว่า “การเลือกปฏิบัติ หรือ การต่อต้านโดยแบ่งแยก หมายถึง การแบ่งแยก

¹³¹ The Constitution of the Kingdom of the Netherlands 2008. : Article 1 All persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race or sex or on any other grounds whatsoever shall not be permitted. , Accessed November 9, 2016, <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>

¹³² Defines “direct” vs. “indirect” discrimination, The Netherlands: Gender discrimination in the field of employment, Accessed November 9, 2016, from http://adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2015/01/dutch_government_2007.pdf.

¹³³ Criminal Code (Wetboek van Strafrecht) Section 90 quater: “Discrimination” or “to discriminate against” shall be understood to mean any

การกีดกัน การจำกัด หรือการให้สิทธิพิเศษ โดยมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่เป็นโมฆะ หรือลดสิทธิที่ได้รับรองไว้ ความเท่าเทียมการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมืองหรือเศรษฐกิจในเรื่องทางสังคมหรือวัฒนธรรมหรือเหตุพื้นฐานอื่น ๆ ทางสังคม”

มาตรา 137d¹³⁴

1. บุคคลใดกระทำการโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร หรือโดยภาพยั่วให้เกิดการเกลียดชังหรือกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือใช้ความรุนแรงต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของพวกเขา เนื่องจากเชื้อชาติศาสนา หรือความเชื่อทางเพศ หรือรกร่วมเพศ หรือความพิการทางร่างกายจิตใจ หรือทางปัญญา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับในประเภทที่สาม¹³⁵ (ปรับสูงสุดไม่เกิน 4,500 ยูโร หรือประมาณ 172,000 บาท)

distinction, exclusion, restriction or preference 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 field of politics or economics, in social or cultural matters or any other area of social life. , Accessed November 9, 2016, http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht_ENG_PV.pdf

¹³⁴ Criminal Code Section 137d

1. Any person who publicly, either verbally or in writing or through images, incites hatred of or discrimination against persons or violence against their person or property because of their race, religion or beliefs, their sex, their hetero- or homosexual orientation or their physical, mental or intellectual disability, shall be liable to a term of imprisonment not exceeding one year or a fine of the third category.

2. If the offence is committed by a person who makes a profession or habit of it or by two or more persons in concert, a term of imprisonment not exceeding two years or a fine of the fourth category shall be imposed

¹³⁵ Criminal Code Section 23 There are six categories:

- a. the first category, € 225;
- b. the second category, € 2,250;

2. ถ้าความผิดได้กระทำโดยบุคคลที่ประกอบอาชีพหรือบุคคลที่กระทำโดยเป็นนิสัยหรือกระทำโดยบุคคลตั้งแต่ 2 ขึ้นไปหรือมากกว่าร่วมมือกันกระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือโทษปรับในประเภทที่ 4¹³⁶ (ปรับสูงสุดไม่เกิน 11,250 ยูโรหรือประมาณ 430,000 บาท)

มาตรา 137 g¹³⁷

1. บุคคลผู้ใช้อำนาจทางการเมือง อาชีพ ธุรกิจ โดยจงใจเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุทางเชื้อชาติต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือโทษปรับในประเภทที่ 3 (ปรับสูงสุดไม่เกิน 4,500 ยูโร หรือประมาณ 172,000บาท)

2. หากความผิดได้กระทำโดยบุคคลที่กระทำโดยเป็นนิสัยหรือกระทำโดยบุคคลตั้งแต่ 2 ขึ้นไปหรือมากกว่าร่วมมือกันกระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือโทษปรับในประเภทที่ 4 (ปรับสูงสุดไม่เกิน 11,250 ยูโรหรือประมาณ 430,000 บาท)

-
- c. the third category, € 4,500;
 - d. the fourth category, € 11,250;
 - e. the fifth category, € 45,000;
 - f. the sixth category, € 450,000.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Criminal Code Section 137g

1. Any person who, in the exercise of his office, profession or business, intentionally discriminates against persons because of their race shall be liable to a term of imprisonment not exceeding six months or a fine of the third category.

2. If the offence is committed by a person who makes a habit of it or by two or more persons in concert, a term of imprisonment not exceeding one year or a fine of the fourth category shall be imposed.

มาตรา 429 quater¹³⁸

1. ผู้ใดมีหน้าที่ปลดพนักงานในของสำนักงาน ผู้ปฏิบัติงานในทางวิชาชีพหรือในการดำเนินธุรกิจกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล เพราะเหตุทาง เชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ เพศ ไม่ว่ารกร่วมเพศหรือต่างเพศต้องระวางโทษกักขังไม่เกิน 2 เดือนหรือโทษปรับในประเภทที่ 3 (ปรับสูงสุดไม่เกิน 4,500ยูโร หรือประมาณ 172,000บาท)

2. ผู้ใดมีหน้าที่ปลดคนในของสำนักงาน ผู้ปฏิบัติงานในทางวิชาชีพหรือในการดำเนินธุรกิจ, ดำเนินการหรือละเว้นจากการดำเนินการโดยไม่มีเหตุอันสมควร ในการกระทำใด ๆ อันมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบต่อบุคคลทุกพลไม่ว่าพิการทางกาย ใจหรือทางปัญญา โดยกระทำให้เป็นโมฆะ ทำให้เสียไปซึ่งการใช้สิทธิมนุษยชนและการมีเสรีภาพขั้นพื้นฐานในบริบททางการเมืองหรือเศรษฐกิจในแง่ทางสังคมหรือวัฒนธรรมหรือในแง่การใช้ชีวิตในสังคมอื่น ๆ ต้อง ระวางโทษเดียวกันตาม 1. คือต้องระวางโทษกักขังไม่เกิน 2 เดือนหรือโทษปรับในประเภทที่ 3 (ปรับสูงสุดไม่เกิน 4,500 ยูโร หรือประมาณ 172,000บาท)

¹³⁸ Criminal Code Section 429quater

1. Any person who, in the discharge of his office, practice of a profession or in conducting a business discriminates against persons on the grounds of their race, their religion, their beliefs, their sex or their hetero- or homosexual orientation, shall be liable to a term of detention not exceeding two months or a fine of the third category.

2. Any person who, in the discharge of his office, practice of a profession or in conducting a business, undertakes or refrains from undertaking, for no reasonable grounds, certain acts which can have the purpose or effect in regard of persons with a physical, mental or intellectual disability of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the field of politics or economics, in social or cultural matters or any other area of social life, shall be liable to the same punishment.

3.1.5 ประเทศรวันดา

ประเทศรวันดาได้บัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดเรื่องการเลือกปฏิบัติและการแบ่งแยก Rwanda: Law on Offences of Discrimination and Sectarism (LAW N° 47/2001 OF 18/12/2001) ซึ่งจัดทำโดยศาลฎีกาสูงสุด และศาลรัฐธรรมนูญ โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาประเทศรวันดา โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 11 ธันวาคม 2001 สภานิติบัญญัติแห่งชาติรวันดาได้ประชุมและเสนอให้มีกฎหมายหลักพื้นฐานที่แก้ไขและเพิ่มเติม โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ มาตรา 16 มาตรา 69 และมาตรา 97 และข้อตกลงเกี่ยวกับหลักนิติธรรม เมื่อพิจารณาว่าประชาชนทุกคนเสมอภาค ไม่มีการเลือกปฏิบัติอันเป็นการต่อต้านบุคคลอื่น เพราะเหตุพื้นฐานทางเชื้อชาติ สีผิว รูปร่างทางกาย ถิ่นกำเนิด เพศ ความคิดเห็นใด ๆ และศาสนาจากประวัติศาสตร์ของประเทศรวันดา ที่ผู้นำทางการเมืองใช้การเลือกปฏิบัติในการละเมิดกระทำความผิดต่อผู้อื่น รัฐบาลแห่งชาติในปี 1994 มีการปกครองโดยระบอบการเลือกปฏิบัติและการแพร่หลายเรื่องแบ่งแยกบุคคลอย่างชัดเจนโดยไม่มีผู้ใดได้รับการลงโทษจากการเลือกปฏิบัติและการทำให้แพร่หลายซึ่งการแบ่งแยก จนมีการกระทำการฆาตกรรมล้างเผ่าพันธุ์และการสังหารหมู่เกิดขึ้นในปี 1994 และได้ตระหนักถึงความแตกต่างของบุคคลจากสภาพทางกาย ความคิดเห็น ไม่ควรที่จะเป็นเหตุในการแบ่งแยกคนเป็นอีกกลุ่มหนึ่งแต่ควรจะมีส่วนในการเติมเต็มซึ่งกันและกันจึงความจำเป็นในการตรากฎหมายเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดในการเพิ่มความขัดแย้งหรือทำให้แพร่หลายซึ่งแนวคิดการแบ่งแยก

พระราชบัญญัติป้องกัน ปรามปราม และการลงโทษอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติและการแบ่งแยก (LAW NO 47/2001 ON PREVENTION, SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF DISCRIMINATION AND SECTARIANISM)

บทที่ 1 การนิยาม

มาตรา 1¹³⁹ ภายใต้พระราชบัญญัตินี้

¹³⁹ LAW NO 47/2001 ON PREVENTION, SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF DISCRIMINATION AND SECTARIANISM Article: 1

According to this law :

1 Discrimination is any speech, writing, or actions based on ethnicity, region or country of origin, the colour of the skin, physical features, sex, language, religion or ideas aimed

1. การเลือกปฏิบัติ หมายถึง คำพูด การเขียน การกระทำใด ๆ บนพื้นฐาน เชื้อชาติ ตันกำเนิดประเทศ สีผิว ลักษณะทางกายภาพ เพศ ภาษา ศาสนา หรือ แนวคิด อันมีวัตถุประสงค์ในการริดลอนสิทธิของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลไปจากสิทธิที่เขาพึงมีจากกฎหมายประเทศรวันดาและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศรวันดาเข้าร่วมเป็นภาคี

2. ความเชื่อเรื่องการแบ่งแยก หมายถึง การใช้คำพูดใด ๆ การเขียน หรือการกระทำใด ๆ อันเป็นการริดลอนการใช้สิทธิ มีลักษณะคล้ายการพูดเพื่อสร้างความขัดแย้งระหว่างบุคคล หรือเป็นสาเหตุในการก่อให้เกิดจลาจลบนพื้นฐานจากการเลือกปฏิบัติตามที่กล่าวไว้ใน 1

3. การริดลอนสิทธิของบุคคลใดไม่ว่าหญิงหรือชาย หมายถึง การปฏิเสธสิทธิที่เขาพึงได้รับกฎหมายประเทศรวันดาและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศรวันดาเข้าร่วมเป็นภาคี

มาตรา 2¹⁴⁰

กฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษบุคคลผู้มีความผิดฐานอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติและความเชื่อเรื่องการแบ่งแยก

at depriving a person or group of persons of their rights as provided by Rwandan law and by International Conventions to which Rwanda is party

2 Sectarianism means the use of any speech, written statement or action that divides people, that is likely to spark conflicts among people, or that causes an uprising which might degenerate into strife among people based on discrimination mentioned in article one I*;

3 Deprivation of a person of his/her rights is the denial of rights provided by Rwanda Law and by International Conventions to which Rwanda is party. , Accessed 12 December, 2016, from <http://www.refworld.org/docid/4ac5c4302.html>

¹⁴⁰ Article: 2 This law aims at punishing any person guilty of the crime of discrimination and sectarianism

มาตรา 3¹⁴¹

อาชญากรรมการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นเมื่อ ผู้ใด (the author) ใช้คำพูดใด ๆ เขียนคำสั่งใด ๆ หรือกระทำการใด ๆ บนพื้นฐาน เชื้อชาติ ต้นกำเนิดประเทศ สีผิว ลักษณะทางกายภาพ เพศ ภาษา ศาสนา หรือ แนวคิด อันมีวัตถุประสงค์ที่ปฏิเสธสิทธิมนุษยชนของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับการปฏิเสธสิทธิที่เขาพึงได้รับกฎหมายประเทศวันดาและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศวันดาเข้าร่วมเป็นภาคี

อาชญากรรมความเชื่อเรื่องการแบ่งแยกเกิดขึ้นเมื่อ ผู้ใด (the author) ใช้คำพูดใด ๆ เขียนคำสั่งใด ๆ หรือกระทำการใด ๆ อันเป็นสาเหตุในการสร้างความขัดแย้งอันเป็นเหตุในการก่อจลาจลทำให้เสื่อมลงท่ามกลางประชาชน

¹⁴¹ Article: 3 The crime of discrimination occurs when the author makes use of any speech, written statement or action based on ethnicity, region or country of origin, colour of the skin, physical features, sex, language, religion or ideas with the aim of denying one or a group of persons their human rights provided by Rwandan law and International Conventions to which Rwanda is party.

The crime of sectarianism occurs when the author makes use of any speech, written statement or action that causes conflict that causes an uprising that may degenerate into strife among people.

มาตรา 5¹⁴²

ผู้ใดมีความผิดฐานอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติหรือความเชื่อเรื่องการแบ่งแยกตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของกฎหมายนี้ ต้องระวางโทษจำคุก 3 เดือนถึง 2 ปี และมีโทษปรับ 50,000 ถึง 300,000 รูวันดาฟรังซ์ (ประมาณ 2000-13,000 บาท) หรือลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่ง

ถ้าผู้กระทำความผิดความผิดฐานอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติหรือความเชื่อเรื่องการแบ่งแยกเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ หรือเคยเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ เจ้าหน้าที่เกี่ยวกับพรรคการเมือง เจ้าหน้าที่เอกชน รวมถึง เจ้าหน้าที่องค์กรไม่แสวงหากำไร NGO ต้องระวางโทษจำคุก 1 ปีถึง 5 ปี และมีโทษปรับ 500,000 ถึง 2,000,000 รูวันดาฟรังซ์ (ประมาณ 20000-85,000 บาท) หรือลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่ง

¹⁴² Article: 5 Any person guilty of the crime of discrimination or sectarianism mentioned in article 3 of this law, is sentenced to between three months and two years of imprisonment and fined between fifty thousand (50,000) to three hundred thousand (300,000) Rwandan Francs or only one of these sanctions.

When the offender of the crime of discrimination or sectarianism is a government official, a former government official, a political party official, an official in the private sector, or an official in non-governmental organisation, he/she is sentenced to between one year and five years of imprisonment and fined between five hundred thousand (500,000) to two million (2,000,000) Rwandan Francs or one of those two sanctions.

มาตรา 6¹⁴³

สมาคมหรือพรรคการเมืองใด ๆ หรือ องค์กรไม่แสวงหาผลกำไร ถูกพบว่ากระทำความผิดเรื่อง การเลือกปฏิบัติจะถูกลงโทษให้ปิดทำการชั่วคราวตั้งแต่ 6 เดือนถึง 1 ปี และถูกปรับ 5,000,000 ถึง 10,000,000 รวันดาฟรังก์

ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของผลกระทบของประชาชนตามพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติศาลอาจลงโทษสองอย่างหรือตัดสินให้ยุติเพิกถอนสมาคม พรรคการเมือง องค์กรไม่แสวงหากำไร

3.2 กฎหมายต่างประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติแต่ไม่มีการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

สำหรับประเทศหลายประเทศที่ให้ความสำคัญกับหลักความเสมอภาคและคุ้มครองมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้บัญญัติกฎหมายมาคุ้มครองเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยปรากฏผ่านพระราชบัญญัติของแต่ละประเทศนั้น ซึ่งแม้ไม่ได้กำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา หรือใช้มาตรการทางอาญาในการแก้ปัญหาเรื่องห้ามการเลือกปฏิบัติก็ตาม แต่ก็ได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองโดยกำหนดมาตรการทางแพ่ง หรือมาตรการทางปกครองในการคุ้มครองในเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติและเยียวยาผู้เสียหาย ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติประเทศอังกฤษและกฎหมายประเทศออสเตรเลียโดยสังเขป ดังนี้

¹⁴³ Article 6: Any association, political party, or non-profit making organisation found guilty of offences of discrimination is penalised with a suspension of between six months and one year and fin between 5.000.000 and 10.000.000 Rwandan Francs.

Depending on the seriousness of the consequences of that act of discrimination on the population, the court may double the penalty, or decide to dissolve the concerned association, political party or non-profit making organisation, according to the law governing the dissolution of associations, political parties and non-profit making organisations.

3.2.1 ประเทศอังกฤษ

แต่เดิมประเทศอังกฤษมีกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุทางเพศ (The Sex Discrimination Act 1975) มีกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุทางเชื้อชาติ (The Race Relations Act 1976) และมีกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการ (The Disability Discrimination Act 1995) โดยกฎหมายแต่ละฉบับคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในเรื่องลักษณะการจ้างงาน การให้การศึกษา การให้บริการหรือสินค้า โดยเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความต่างตามที่พระราชบัญญัติแต่ละฉบับกำหนด ต่อมาในปี ค.ศ. 2010 ประเทศอังกฤษออกพระราชบัญญัติความเสมอภาค Equality Act 2010 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมกฎหมายที่กำหนดมาตรการในการคุ้มครองและจัดการเลือกปฏิบัติและสร้างความเท่าเทียมบนพื้นฐานของความหลากหลายของประชาชนรวมไว้ในฉบับเดียวกัน และพยายามแก้ไขปรับเปลี่ยนมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้คุ้มครองได้มากขึ้น เพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติและก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชนบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกันปราศจากการเลือกปฏิบัติโดยภาครัฐและเอกชนมีหน้าที่กำหนดแนวทางและพิจารณาหามาตรการให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติฉบับนี้ เพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติในส่วนการให้บริการสาธารณะ การจ้างแรงงาน การศึกษาและสมาคม¹⁴⁴

พระราชบัญญัติความเสมอภาค Equality Act 2010 ได้คุ้มครองทั้งรูปแบบการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อมบนเหตุพื้นฐานที่พระราชบัญญัติได้กำหนดลักษณะของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองในมาตรา 4¹⁴⁵ ได้แก่ อายุ ความพิการทางกายหรือจิตใจ การแปลงเพศ การสมรส การตั้งครรภ์ เชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ เพศ และรสนิยมทางเพศ และปรากฏการคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติในรูปแบบของการปฏิบัติโดยตรงปรากฏในมาตรา 13 และการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมโดยปรากฏในมาตรา 19 ตามลำดับดังนี้

¹⁴⁴ ปีติเทพ อยู่ยี่นยง, “ความเสมอภาคในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐบาลไทยภายใต้กฎหมาย Equality act 2010 ของอังกฤษ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2560, จาก <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=1725>

¹⁴⁵ Equality Act 2010 Section 4, “The protected characteristics The following characteristics are protected characteristics— age; disability; gender reassignment; marriage and civil partnership; pregnancy and maternity; race; religion or belief; sex; sexual orientation.”

มาตรา 13¹⁴⁶ การเลือกปฏิบัติโดยตรง หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นที่เป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองโดยปฏิบัติต่อยกกว่า หรือจะปฏิบัติต่อยกกว่า

มาตรา 19¹⁴⁷ การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม หมายถึง

(1) บุคคลหนึ่ง (ก) เลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่น(ข) โดยใช้ข้อกำหนด มาตรการ หรือการปฏิบัติ ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามที่กฎหมายคุ้มครอง (ข)

(2) ความมุ่งหมายของข้อกำหนด มาตรการหรือการเลือกปฏิบัติ

(a) ก ใช้ข้อกำหนด มาตรการ หรือการปฏิบัติต่อบุคคลซึ่ง ข มิได้มีลักษณะเช่นเดียวกับบุคคลเหล่านั้น

¹⁴⁶ Equality Act 2010 Section 13 Direct discrimination (1) A person (A) discriminates against another (B) if, because of a protected characteristic, A treats B less favourably than A treats or would treat others.

¹⁴⁷ Equality Act 2010 Section 19 Indirect discrimination

(1) A person (A) discriminates against another (B) if A applies to B a provision, criterion or practice which is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B's.

(2) For the purposes of subsection (1), a provision, criterion or practice is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B's if—

(a) A applies, or would apply, it to persons with whom B does not share the characteristic,

(b) it puts, or would put, persons with whom B shares the characteristic at a particular disadvantage when compared with persons with whom B does not share it,

(c) it puts, or would put, B at that disadvantage, and

(d) A cannot show it to be a proportionate means of achieving a legitimate aim.

(b) ข้อกำหนด มาตรการ หรือการปฏิบัติ ทำให้บุคคลที่มีคุณลักษณะเช่นเดียวกับ ข เสียเปรียบเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลที่ ข มิได้มีลักษณะเดียวกัน

(c) ข้อกำหนดมาตรการ การเลือกปฏิบัติทำให้ ข เสียเปรียบ

(d) ก ไม่สามารถแสดงว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นมาตรการที่เหมาะสมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

โดยขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายใช้บังคับครอบคลุมถึงการเลือกปฏิบัติในทางจ้างงาน การศึกษา การขายสินค้าและให้บริการ โดยมีมาตรการบังคับทางแพ่งและระงับข้อพิพาทกันในศาลแพ่งและศาลแรงงาน ตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 9 ของ Equality act 2010¹⁴⁸

อย่างไรก็ดีแม้ประเทศอังกฤษจะไม่ได้บัญญัติให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา แต่ก็ได้บัญญัติกฎหมายที่คุ้มครองเรื่องการเหยียดเชื้อชาติและศาสนาไว้ ดังนี้

1) Crime and Disorder Act 1998 (amended by Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 and Part 11 of Schedule 9 Protection of Freedoms Act 2012)

กฎหมาย Crime and Disorder Act 1998¹⁴⁹ เป็นกฎหมายที่กำหนดขอบเขตของฐานความผิดเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการเหยียดผิวและการใช้ความรุนแรงอันเนื่องมาจากการเหยียดผิวและเชื้อชาติ นอกจากนี้ กฎหมายฉบับดังกล่าวได้ถูกแก้ไขโดย กฎหมายอาชญากรรมการก่อการร้ายและความมั่นคง โดยมีข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น

มาตรา 29(1) (a) และมาตรา 29 (1) (b)¹⁵⁰ ที่กำหนดให้ การทำร้ายร่างกายร้ายแรง การทำร้ายร่างกายบาดเจ็บสาหัส โดยเหตุเกิดจากการเหยียดเชื้อชาติ ศาสนา มีความผิดหากตัดสินโดยศาล Magistrate court (ศาลมาจิสเตรท คือ ศาลชั้นต้น ตัดสินคดีอาญาประเภทเล็ก ๆ น้อย ๆ

¹⁴⁸ พรพนธนิภา เอียดช่วย , “การเลือกปฏิบัติทางเพศต่อพนักงานสอบสวนหญิงในเขตพื้นที่ภูธรภาค 5”, (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2556), น.154-157.

¹⁴⁹ Crime and Disorder Act 1998, Accessed June 30 ,2017, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/section/32>.

¹⁵⁰ Crime and Disorder Act 1998, Section 29 Racially or religiously aggravated assaults.

โดยไม่ใช้คณะลูกขุน)¹⁵¹ ต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือน และหากตัดสินโดยศาล Crown Court (ศาลสูงที่พิจารณาคดีอาญาที่เกี่ยวกับความมั่นคง หรือคดีอาญาที่มีลักษณะร้ายแรง พิจารณาคดีโดยใช้คณะลูกขุน โดยผู้พิพากษาจะทำการพิจารณาคดีร่วมกับคณะลูกขุน แต่หากเป็นกรณีที่มีการอุทธรณ์คำพิพากษาจากศาลมาจิสเตรท จะใช้เฉพาะผู้พิพากษาเท่านั้นในการพิจารณา)¹⁵² ต้องระวางโทษจำคุก 7 ปี หรือโทษปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หากเป็นการทำร้ายร่างกายธรรมดาจากการเหยียดเชื้อชาติ ศาสนา ตามมาตรา 29 (1) (C) มีความผิดหากตัดสินโดยศาล Magistrates' court ต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือน และหากตัดสินโดยศาล Crown Court ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี หรือโทษปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 30¹⁵³ การทำให้เสียทรัพย์ ทำให้เสียหายอย่างร้ายแรงเพราะเหตุเหยียดเชื้อชาติ ศาสนา เป็นความผิด โดยความผิดดังกล่าวหากตัดสินโดยศาล Magistrate Court ต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือน และหากตัดสินโดยศาล Crown Court ต้องระวางโทษจำคุก 14 ปีหรือโทษปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 31¹⁵⁴ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง มาตรา 31(1)(a) กรณีสร้างความหวาดกลัวและยั่วให้เหยียดเชื้อชาติหรือกลัวศาสนา มาตรา 31(1)(b) กรณีข่มขู่โดยจงใจ คุกคามในการเหยียดเชื้อชาติ ศาสนา โดยความผิดดังกล่าวหากตัดสินโดยศาล Magistrate court ต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือน และหากตัดสินโดยศาล Crown court ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปีหรือโทษปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁵¹ นิพนธ์ ใจสำราญและคณะ, “ระบบศาลสหราชอาณาจักร : ที่มาและระบบโครงสร้างของระบบกฎหมายแรงงานสหราชอาณาจักร”, วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม, ปีที่ 3 ฉบับที่ 3, น.143-146, (2554).

¹⁵² เพิ่งอ้าง, น.145.

¹⁵³ Crime and Disorder Act 1998, Section 30 Racially or religiously aggravated criminal damage.

¹⁵⁴ Crime and Disorder Act 1998, Section 31 Racially or religiously aggravated public order offences.

มาตรา 32¹⁵⁵ ความผิดการคุกคาม การเฝ้าติดตาม จากการเหยียดเชื้อชาติและศาสนา โดยความผิดดังกล่าวหากตัดสินโดยศาล Magistrate Court ต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือน และหากตัดสินโดยศาล Crown Court ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปีหรือโทษปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หากเป็นการคุกคาม การเฝ้าติดตามอย่างร้ายแรงมากจากการเหยียดเชื้อชาติและศาสนา มาตรา 32(1)(b) หากตัดสินโดยศาล Crown Court ต้องระวางโทษจำคุก 7 ปี หรือโทษปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

2) Public Order Act 1986 กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการควบคุมการเหยียดผิว จากพฤติกรรมการยั่วยุให้เกลียดชังทางเชื้อชาติหรือสีผิว (incitement to racial hatred) ที่กำหนดให้ผู้กระทำการอันเป็นการยั่วยุให้ผู้อื่นถูกเกลียดชังทางเชื้อชาติหรือกระทำการเหยียดผิว โดยการคุกคาม การใช้คำพูดที่ไม่เหมาะสม และการดูหมิ่น (threatening, abusive or insulting) โดยเจตนาก่อให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ทั้งนี้ กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกบัญญัติขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมพฤติกรรมการยั่วยุให้เกลียดชังทางเชื้อชาติหรือเหยียดผิวโดยทั่วไป อันอาจทำให้ผู้ที่ถูกกระทำได้รับความเกลียดชังจากสังคมหรือถูกเลือกปฏิบัติจากบุคคลทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ไม่รวมการเหยียดหยามทางศาสนาที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ อันเป็นการเฉพาะ¹⁵⁶

โดย Public Order Act 1986¹⁵⁷ มีตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติ ศาสนา ดังนี้

กรณีความผิดเกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติ เกลียดชังทางเชื้อชาติ

มาตรา 18¹⁵⁸ การกระทำที่ใช้คำหรือพฤติกรรมที่ขู่เข็ญ คุกคาม คุกคามหรือแสดงเนื้อหาที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีเจตนากระตุ้นความเกลียดชังทางเชื้อชาติ

¹⁵⁵ Crime and Disorder Act 1998, Section 32 Racially or religiously aggravated harassment etc.

¹⁵⁶ ปิติเทพ อยู่ยืนยง, “มาตรการทางกฎหมายกึ่งาเพื่อควบคุมการเหยียดผิวในการแข่งขันกีฬาฟุตบอลของประเทศอังกฤษ” สืบค้นวันที่ 31 มิถุนายน 2560, จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1693>

¹⁵⁷ Public Order Act 1986, Accessed June 30 ,2017, Section17-29 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64>

¹⁵⁸ Public Order Act 1986, Section18

มาตรา 19¹⁵⁹ การเผยแพร่แจกจ่ายเนื้อหาที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งข่มขู่ คุกคาม โดยเจตนากระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ

มาตรา 20¹⁶⁰ การแสดงที่มีลักษณะเปิดเผยต่อหน้าสาธารณะ โดยลักษณะเป็นพฤติกรรมที่ขู่เข็ญ คุกคาม คุกคาม มีเจตนากระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ

มาตรา 21¹⁶¹ การเผยแพร่ การจำหน่าย การแสดง การละเล่น ที่บันทึกภาพหรือเสียงอันมีลักษณะข่มขู่ คุกคาม ก่อให้เกิดการกระตุ้นความเกลียดชังทางเชื้อชาติ

มาตรา 22¹⁶² การออกอากาศรายการในกิจการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ที่มีลักษณะขู่เข็ญ คุกคาม เจตนากระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ

มาตรา 23¹⁶³ การครอบครองวัสดุใด ๆ ที่ข่มขู่ เพื่อเผยแพร่โดยเจตนากระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ

มาตรา 27¹⁶⁴ กำหนดขั้นตอนการลงโทษ ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 18 – 23 หากความผิดตัดสินโดยศาล Magistrate Court ต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือน โทษปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากตัดสินโดยศาล Crown Court ต้องระวางโทษจำคุก 7 ปีหรือโทษปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

กรณีความผิดเกี่ยวกับการเกลียดชังทางศาสนาและความเกลียดชังความหลากหลายทางเพศ

มาตรา 29B¹⁶⁵ การใช้คำหรือพฤติกรรม การแสดงเนื้อหาที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อก่อความเกลียดชังทางศาสนา หรือความเกลียดชังความหลากหลายทางเพศ

มาตรา 29C¹⁶⁶ การเผยแพร่หรือแจกจ่ายเนื้อหาที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อก่อความเกลียดชังทางศาสนาหรือความเกลียดชังความหลากหลายทางเพศ

¹⁵⁹ Public Order Act 1986, Section19

¹⁶⁰ Public Order Act 1986, Section20

¹⁶¹ Public Order Act 1986, Section21

¹⁶² Public Order Act 1986, Section22

¹⁶³ Public Order Act 1986, Section23

¹⁶⁴ Public Order Act 1986, Section27

¹⁶⁵ Public Order Act 1986, Section29B

¹⁶⁶ Public Order Act 1986, Section29C

มาตรา 29D¹⁶⁷ การแสดงต่อสาธารณะโดยเจตนากระตุ้นความเกลียดชังทางศาสนาหรือความเกลียดชังความหลากหลายทางเพศ

มาตรา 29E¹⁶⁸ การจำหน่าย แจกจ่าย แผ่นบันทึกการแสดง การละเล่น เพื่อปลุกเร้าความเกลียดชังทางศาสนาหรือความเกลียดชังความหลากหลายทางเพศ

มาตรา 29F¹⁶⁹ การออกอากาศรายการในกิจการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นความเกลียดชังทางศาสนาหรือความเกลียดชังความหลากหลายทางเพศ

มาตรา 29G¹⁷⁰ การครอบครองวัสดุอื่นใดที่ยั่วยุ เพื่อกระตุ้นความเกลียดชังทางศาสนาหรือความเกลียดชังความหลากหลายทางเพศ

มาตรา 29L¹⁷¹ กำหนดขั้นตอนการลงโทษผู้กระทำความผิดตามมาตรา 29B – 29G หากความผิดตัดสินโดยศาล Magistrate court ต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือน โทษปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากตัดสินโดยศาล Crown Court ต้องระวางโทษจำคุก 7 ปีหรือโทษปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

3) กฎหมาย Football Offences Act 1991

มาตรา 3¹⁷² ของ Football Offences Act 1991 ได้กำหนดความผิดฐานการเหยียดผิวในการแข่งขันกีฬาฟุตบอลไว้เป็นการเฉพาะ (Racist chants at football matches) โดยกำหนด

¹⁶⁷ Public Order Act 1986, Section 29D

¹⁶⁸ Public Order Act 1986, Section 29E

¹⁶⁹ Public Order Act 1986, Section 29F

¹⁷⁰ Public Order Act 1986, Section 29G

¹⁷¹ Public Order Act 1986, Section 29L

¹⁷² Football Offences Act 1991, Section 3

Indecent or racist chanting

(1) It is an offence to engage or take part in chanting of an indecent or racist nature at a designated football match.

(2) For this purpose—

(a) “chanting” means the repeated uttering of any words or sounds (whether alone or in concert with one more others); and

มาตรการทางกฎหมายเฉพาะเพื่อป้องกันการเหยียดผิวภายในการแข่งขันกีฬาฟุตบอลในระดับต่างๆ เช่น พรีเมียร์ลีก เป็นต้น โดยการกระทำความผิดดังกล่าวอาจเป็นการกระทำความผิดโดยมีผู้กระทำความผิดเพียงคนเดียวหรือมีตัวการร่วมกันในการกระทำความผิดนั้น ทั้งนี้ ความผิดตามกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติความผิดฐานเหยียดผิวในการแข่งขันกีฬาฟุตบอลต้องมีการกระทำ เช่น การเหยียดสีผิว (colour) เหยียดเชื้อชาติ (race) เหยียดสัญชาติ (nationality) รวมไปถึงเหยียดฐานะความเป็นพลเมือง (citizenship) และ ต้นกำเนิดหรือที่มา (national origin) เป็นต้น ซึ่งโดยมากความผิดฐานนี้ ผู้ที่ถูกดูเหยียดผิวมักเป็นคนผิวดำและชนกลุ่มน้อยที่อาศัยอยู่ในประเทศอังกฤษ¹⁷³

มาตรา 4¹⁷⁴ กฎหมาย Football Offences Act 1991 ได้กำหนดโทษของผู้กระทำความผิดฐานนี้ไว้ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดฐานเหยียดผิวในการแข่งขันกีฬาฟุตบอลต้องถูกตัดสิทธิ์ในการเข้าชมหรือเข้าร่วมการแข่งขันกีฬาฟุตบอลทั้งในประเทศและต่างประเทศ (banned from attending football matches both in this country and abroad) โดยการออกคำสั่งห้ามเพื่อควบคุมผู้ชมกีฬาฟุตบอลที่มีพฤติกรรมเหยียดผิว (Banning Order) เพื่อควบคุมผู้ชมกีฬาฟุตบอลที่มีพฤติกรรมเหยียดผิว เช่น การออกคำสั่งยึดหนังสือเดินทางของผู้ชมกีฬาฟุตบอลที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการเหยียดผิวในกีฬาฟุตบอล (banning orders to surrender their passports) เป็นต้น และมาตรา 5¹⁷⁵ กฎหมาย Football Offences Act 1991 ได้กำหนดโทษสำหรับ ผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ต้องระวางโทษปรับไม่เกินระดับที่กำหนดไว้ในระดับ 3

(b) “of a racist nature” means consisting of or including matter which is threatening, abusive or insulting to a person by reason of his colour, race, nationality (including citizenship) or ethnic or national origins.

¹⁷³ ปิติเทพ อยู่เย็นยง, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 141*.

¹⁷⁴ Football Offences Act 1991, Section 4, Going onto the playing area. It is an offence for a person at a designated football match to go onto the playing area, or any area adjacent to the playing area to which spectators are not generally admitted, without lawful authority or lawful excuse (which shall be for him to prove).

¹⁷⁵ Football Offences Act 1991, Section 5(2), A person guilty of an offence under this Act is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 3 on the standard scale.

จะเห็นว่าแม้ประเทศอังกฤษจะไม่ได้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้ชัดเจน แต่อย่างไรก็ดีประเทศอังกฤษได้บัญญัติกฎหมายลงโทษกรณีการกระทำความผิดอาญาพื้นฐานโดยมีเหตุจากความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ศาสนา เพศ เป็นความผิดลักษณะอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate Crime) หรือกฎหมายกำหนดให้การกระทำในลักษณะเป็นใช้คำพูด ถ้อยคำเหยียดหยาม กระตุ้น ช่มชู้ ถูกก่อกำเนิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ศาสนา และความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นการกระทำก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) โดยกำหนดเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเป็นการกระทำความผิดที่อาจนำไปสู่การก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามมา การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวก็เพื่อป้องกันมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติ โดยการกระทำในลักษณะใช้คำพูด การช่มชู้ ก่อให้เกิดการเกลียดชังทางเชื้อชาติ ศาสนา ความหลากหลายทางเพศ ทั้งนี้กฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายทั้งเรื่อง อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate Crime) และการกระทำก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) เช่นกัน

3.2.2 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียมีการออกมาตรการเกี่ยวกับการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติซึ่งออกมาเป็นกฎหมายรัฐบาลกลางที่ใช้บังคับทั่วประเทศ (FEDERAL LAW) ออกมาหลายฉบับ ดังนี้¹⁷⁶

ก. RACIAL DISCRIMINATION ACT 1975 โดยกฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองประชาชนในเรื่องการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุของเชื้อชาติ สีผิว รวมทั้งกลุ่มชนเผ่าด้วย โดยจะคุ้มครองในด้านการเข้าถึงสินค้าและบริการ ที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ต่าง ๆ

ข. SEX DISCRIMINATION ACT 1984 กฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองประชาชนในเรื่องการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุทางเพศ หมายรวมถึง สถานภาพการสมรส การตั้งครรภ์ด้วย โดยจะคุ้มครองในการเข้าถึงสินค้าและบริการต่าง ๆ รวมถึงอสังหาริมทรัพย์และที่อยู่อาศัย และการจ้างแรงงาน

ค. AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION ACT 1986 กฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองประชาชนเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยทั่วไป รวมถึงการเลือกปฏิบัติในการจ้าง

¹⁷⁶ Australia's anti-discrimination law, Accessed March 30, 2017, from <https://www.ag.gov.au/RightsAndProtections/HumanRights/Pages/Australias-Anti-Discrimination-Law.aspx>

แรงงานจากเหตุพื้นฐานทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง อายุ ประวัติ อาชญากรรม สถานภาพทางสมรส ความพิการ สัญชาติ และรสนิยมทางเพศ

ง. Disability Discrimination Act 1992 กฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองผู้พิการหรือมีความบกพร่องในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นทางร่างกาย ทางสติปัญญา ทางการเรียนรู้ เป็นต้น รวมถึงประชาชนผู้ติดเชื้อเอดส์ด้วย

จ. Age Discrimination Act 2004 (Cth) กฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองทั้งเด็กและผู้สูงอายุในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านการจ้างแรงงาน ด้านการศึกษา ด้านการบริการต่าง ๆ ด้านการเช่าหรือการซื้อที่อยู่อาศัย ด้านการเข้าถึงข้อมูลต่างๆ เป็นต้น

นอกจากกฎหมายของรัฐบาลกลางประเทศออสเตรเลีย ซึ่งมีผลบังคับใช้โดยทั่วไปทั้งประเทศแล้ว มลรัฐต่าง ๆ ได้มีการออกกฎหมายว่าด้วยการต่อต้านการเลือกปฏิบัติเพื่อใช้บังคับในมลรัฐนั้น ๆ ด้วย ได้แก่¹⁷⁷

ก. Australian Capital Territory – Discrimination Act 1991

ข. New South Wales – Anti-Discrimination Act 1977

ค. Northern Territory – Anti-Discrimination Act 1996

ง. Queensland – Anti-Discrimination Act 1991

จ. South Australia – Equal Opportunity Act 1984

ฉ. Tasmania – Anti-Discrimination Act 1998

ช. Victoria – Equal Opportunity Act 2010

ซ. Western Australia – Equal Opportunity Act 1984.

โดยกฎหมายส่วนกลางและกฎหมายที่ออกโดยมลรัฐอาจมีความซ้อนทับกัน หรือมีช่องว่างในการบังคับใช้ซึ่งจะต้องพิจารณาประกอบกันไปตามแต่กฎหมายที่มลรัฐนั้น ๆ บัญญัติคุ้มครองโดยอยู่ภายใต้กฎหมายกลาง การร้องเรียนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่ผิดกฎหมายสามารถยื่นต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลียและหน่วยงานรัฐและเขตปกครองที่เกี่ยวข้อง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลียมีอำนาจตามกฎหมายในการสอบสวนและ

¹⁷⁷ A quick guide to Australian discrimination laws , Accessed March 30, 2017, from <https://www.humanrights.gov.au/employers/good-practice-good-business-factsheets/quick-guide-australian-discrimination-laws>

ประนีประนอมข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่ผิดกฎหมายโดยใช้มาตรการทางปกครองและมาตรการทางแพ่งภายใต้กฎหมายการต่อต้านการเลือกปฏิบัติของออสเตรเลีย

อย่างไรก็ดี กฎหมายส่วนมลรัฐแม้ไม่ได้บัญญัติให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดอย่างชัดเจนโดยตรง แต่ก็ได้บัญญัติให้การกล่าวร้าย การพุดปลุกกระดมกระตุ้นให้เกิดการเหยียดเชื้อชาติซึ่งเป็นความผิดลักษณะการกระทำก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) อันเป็นกฎหมายป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติทางเลือกหนึ่ง เช่น

มาตรา 20 D ¹⁷⁸ ของพระราชบัญญัติต่อต้านการเลือกปฏิบัติ มลรัฐ New South Wales (ANTI-DISCRIMINATION ACT 1977) ได้บัญญัติ ความผิดฐานการปลุกกระดมก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อเชื้อชาติ (Offence of serious racial vilification) การข่มขู่ คุกคามต่อบุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น การยั่วยุให้ผู้อื่นทำร้ายร่างกาย เกลียดชังต่อผู้ที่มีเชื้อชาติต่างจากตน ต้องระวางโทษปรับ 50 หน่วย หรือจำคุก 6 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 19 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการเลือกปฏิบัติ หรือมลรัฐ Tasmania (Anti-Discrimination Act 1998) ¹⁷⁹ ได้บัญญัติห้ามผู้ใดกระทำการใด ๆ อันเป็นการยุยงก่อให้เกิดความเกลียดชัง หรือแสดงออกถึงความเหยียดหยามต่อผู้อื่น เพราะเหตุทางเชื้อชาติ ความพิการ รสนิยมทางเพศ ศาสนา โดยมีคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาและลงโทษผู้กระทำความผิด เป็นต้น

3.3 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบการคุ้มครองการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติของประเทศที่มีกฎหมายกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา กับประเทศที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้การเลือกปฏิบัติความผิดทางอาญา

จากที่ได้ศึกษากฎหมายประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ ล้วนเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil law และประเทศวันดา ใช้ระบบ

¹⁷⁸ New South Wales Consolidated Acts ANTI-DISCRIMINATION ACT 1977 - SECT 20D Offence of serious racial vilification, Accessed July 3, 2017, from http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/aa1977204/s20d.html

¹⁷⁹ Tasmanian Consolidated Acts ANTI-DISCRIMINATION ACT 1998 - SECT 19 Inciting hatred, Accessed July 3, 2017, from http://www.austlii.edu.au/au/legis/tas/consol_act/aa1998204/s19.html

กฎหมายโรมานอ เยอรมันนิค ซึ่งทั้งสองระบบนั้นบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรในระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งมีได้ตัดสินตามแนวคำพิพากษา ใช้กฎหมายอ้างอิงจากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลัก ได้กำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาและมีมาตรการการลงโทษทางอาญาที่ชัดเจนโดยกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติที่กำหนดโทษทางอาญา โดยระบุลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ และลักษณะผู้เสียหายอันเป็นมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดไว้ และมีบทลงโทษทางอาญาที่ชัดเจน อันเป็นการแสดงถึงการสะท้อนถึงสังคมว่าสังคมให้คุณค่าของความเท่าเทียมกันโดยเห็นว่าการเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำที่สังคมเห็นว่าควรถูกดำเนิน ประณาม ควรมีการลงโทษจึงออกกฎหมายมาลงโทษเชิงสัญลักษณ์ในการตอบโต้การกระทำที่สังคมเห็นว่าเป็นผลร้ายต่อผู้อื่นและเป็นเครื่องมือในการช่วยลดการเกิดการกระทำความผิดลง และอาจเป็นบทกฎหมายที่มาลดช่องว่างทางกฎหมายในการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติที่ไม่มีเพียงพอจึงได้กำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้โดยเฉพาะ

ส่วนประเทศที่ไม่มีกฎหมายกำหนดมาตรการลงโทษทางอาญากรณีมีการเลือกปฏิบัติไว้โดยตรง ผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ที่ใช้ระบบกฎหมาย common law ซึ่งกฎหมายที่บังคับใช้อ้างอิงจากคำพิพากษาศาลเป็นหลัก การกำหนดพระราชบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้น การกำหนดให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติปรากฏผ่านพระราชบัญญัติหลายฉบับ และกำหนดลักษณะผู้เสียหายที่คุ้มครอง เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ อายุ ความพิการ ไว้ และกำหนดลักษณะการเลือกปฏิบัติที่เป็นความผิดอย่างชัดเจน เช่น การปฏิเสธการให้บริการในที่สาธารณะ เพราะเหตุความแตกต่าง การเลิกจ้างงานเพราะเหตุความแตกต่างเช่นกัน เพียงต่างกันที่มาตรการลงโทษที่เพียงพอในการคุ้มครองหรือห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นโดยใช้มาตรการทางแพ่ง ทางปกครอง ซึ่งอาจเป็นเพราะการใช้ระบบศาลคณะลูกขุนซึ่งสามารถกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับการกระทำการเลือกปฏิบัติเป็นการเฉพาะกรณีได้ หรือมีการกำหนดความผิดในลักษณะใช้คำพูด ปลุกปั่น ยุยง ให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งเป็นความผิดลักษณะ การกระทำก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ซึ่งแม้ไม่ได้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้โดยตรง แต่ก็เป็นการบัญญัติกฎหมายป้องกันการถูกเลือกปฏิบัติทางหนึ่ง และเมื่อเทียบกับประเทศไทยซึ่งใช้ระบบ civil law เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ จึงเห็นกำหนดบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติก็ในประมวลหรือพระราชบัญญัติเช่นเดียวกับทั้งห้าประเทศ และเนื่องจากประเทศไทยที่บัญญัติกฎหมายคุ้มครองเรื่องการเลือกปฏิบัติขึ้นหลายฉบับ แต่การบังคับใช้ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอน กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ไม่เพียงในการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ และไม่ได้ห้ามการเลือกปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร และหากได้กำหนดให้การ

เลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาใช้มาตรการทางอาญาน่าจะป้องปรามการกระทำการเลือกปฏิบัติ
ได้ดีกว่าการใช้มาตรการทางแพ่งและมาตรการทางปกครอง



บทที่ 4

บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทย และแนวทางการบัญญัติความผิดฐานการเลือกปฏิบัติของประเทศไทย

การเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เป็นการลดคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลงและทำให้มนุษย์ไม่มีความเสมอภาคอันเป็นสิทธิที่ทุกคนควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน กฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ (CERD) อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (ECHR) และกฎหมายภายในของต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศวันดา ได้บัญญัติรับรองการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุพื้นฐานทางเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา ภาษา อายุ เพศ หรือสถานะอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายอาญา พระราชบัญญัติต่าง ๆ เพื่อเป็นการคุ้มครองป้องกันมิให้ประชาชนถูกระทำการเลือกปฏิบัติ ขณะที่ประเทศไทยเกิดสถานการณ์การเลือกปฏิบัติเพิ่มมากขึ้น เนื่องมาจากความขัดแย้งทางความคิดเห็นทางการเมือง ที่ถูกบ่มเพาะปลูกฝังการแบ่งแยกมาเป็นระยะเวลาหนึ่งจากการผลิตซ้ำทางความคิดทางการเมือง มุมมองของคนไทยที่มีอคติต่อคนในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ที่ถูกนำเสนอข่าวเรื่องเหตุการณ์ความไม่สงบจนทำให้มองแบบภาพเหมารวมว่าคนในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้เป็นปัญหาด้านความไม่สงบเรียบร้อยของไทยโดยมองว่าผู้นับถือศาสนาอิสลามอาจเป็นภัยต่อความมั่นคง และมีมุมมองต่อเพศที่สาม เพศหญิง เด็ก ผู้สูงอายุ คนพิการ ยังคงมีการเลือกปฏิบัติอยู่ เพราะยังมีทัศนคติเดิม ๆ ที่ถูกปลูกฝังมาช้านาน จึงเกิดการเลือกปฏิบัติกีดกันการใช้สิทธิของพวกเขาเหล่านั้น แม้จะมีกฎหมายบัญญัติขึ้นมาเพื่อส่งเสริมคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นต่อกลุ่มบุคคลดังกล่าว แต่ยังไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างชัดเจนและมีประสิทธิภาพในกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น อีกทั้งยังไม่มีบทลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติ ทำให้ยังคงมีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นในประเทศไทย

การเลือกปฏิบัติถือเป็นการลดทอนสิทธิและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ เป็นการลดคุณค่าของมนุษย์คนหนึ่งลง ถือเป็นเรื่องผิดกฎหมายและสมควรได้รับการลงโทษ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการวิเคราะห์ความเป็นไปได้และวิธีการที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดทางอาญาฐานการเลือกปฏิบัติ ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาปัญหาการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทยและกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ เพื่อให้เห็นช่องว่างของการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับ

การเลือกปฏิบัติ และศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการบัญญัติ กำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประเทศไทย โดยศึกษาตามลำดับดังนี้

4.1 ปัญหาสถานการณ์การเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทยและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ

4.1.1 ปัญหาสถานการณ์การเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

สถานการณ์การเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทยในปัจจุบันนั้น เกิดขึ้นบ่อยครั้ง และอาจเกิดการเลือกปฏิบัติเพิ่มขึ้นในอีกหลายกรณี การศึกษาถึงตัวอย่างของการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทยก็เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำการเลือกปฏิบัติที่ส่งผลกระทบต่อสังคมไทยในวงกว้าง ซึ่งควรต้องเร่งแก้ไขและหาทางป้องกันมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติในอนาคตต่อไป ผู้เขียนจึงได้ศึกษาตัวอย่างการกระทำในลักษณะเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยสังเขปดังต่อไปนี้

(ก.) ตัวอย่างการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งชาติพันธุ์ เชื้อชาติ

ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสัญญารัฐด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965 มานานรวม 45 ปี แต่ยังไม่ปรากฏว่าผู้ที่ถูกกระทำการเลือกปฏิบัติมากที่สุด คือ กลุ่มเชื้อชาติมลายูชาวมุสลิม โดยมีสาเหตุอันเนื่องมาจากสถานการณ์ความมั่นคงของสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ ทำให้ประชาชนชาวมุสลิมในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ถูกมองแบบเหมารวมว่าเป็นผู้ก่อการร้าย กลายเป็นผู้ที่ถูกกระทำการเลือกปฏิบัติจากความกลัวและหวาดระแวงเพราะเป็นคนในพื้นที่ และถูกตั้งข้อสงสัยในทุกครั้งที่เกิดเหตุการณ์ความไม่สงบ ซึ่งการกระทำที่แสดงออกถึงการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุทางเชื้อชาติที่ชัดเจนที่สุด คือ “กรณีคนปัตตานีถูกเลือกปฏิบัติโดยถูกปฏิเสธการจ้างงาน เนื่องจากบริษัทมีนโยบายไม่รับสมัครคนในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ โดยเมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2559 นายสมยศ ชูติมากุล อายุ 46 ปี ชาวจังหวัดปัตตานี ได้เปิดเผยกับผู้สื่อข่าวว่า ตนเองพร้อมด้วยภรรยาและบุตรได้อพยพจากจังหวัดปัตตานี หลังจากกิจการร้านอาหารตามสั่งไปไม่รอดเพราะลูกค้าลดลงมากด้วยสาเหตุความไม่สงบ และเกี่ยวกับเรือประมงที่ลดลงเพราะไม่สามารถปฏิบัติตามกฎหมายกำหนด จึงทำให้คนลดน้อยลงจนทำให้กิจการไปไม่รอด จึงได้อพยพมาที่บ้านภรรยา ในตลาดเพ ตำบลเพ อำเภอเมือง จังหวัดระยอง อพยพมาเพียง 15 วัน โดยภรรยาก็เริ่มเปิดร้านขายอาหารตามสั่งในตลาดเพ ตนเองอยากจะช่วยหารายได้เพิ่มเพราะร้านยังมีลูกค้าไม่มาก จึงได้ไปสมัครงานเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัย (รปภ.) ของบริษัทแห่งหนึ่งในจังหวัดระยอง ตามที่หลานภรรยาแนะนำ ต่อมาเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม ที่ผ่านมา ตนเองจึงได้เดินทางไปสมัครงานที่บริษัทดังกล่าวโดยหลานพาไป พอไปถึงตนเองจึงขึ้นไปพร้อมด้วยหลักฐานเอกสารสมัครงาน พอเข้าไปพบว่า

กำลังมีการอบรมพนักงาน รปภ.อยู่ภายในห้องดังกล่าว มีพนักงานประมาณ 15 คน นั่งอบรมอยู่ โดยมีชายรูปร่างสูงใหญ่คล้ายทหารพอเห็นตนเข้าไปก็ถามว่ามาสมัครงานใช่ไหมและบ้านอยู่จังหวัดไหน พอตนเองตอบว่าจังหวัดปัตตานี ชายคนดังกล่าวก็พูดเสียงดังว่านโยบายบริษัทไม่รับคนในเขตพื้นที่สามจังหวัดชายแดนภาคใต้ โดยทุกคนในห้องหันมามองตนเองกันหมด รู้สึกว่าหน้าชาทั้งเสียความรู้สึกและอับอายมาก จะถามเพราะอะไร แต่ก็ถึงกับพูดไม่ออก แทบจะกลืนน้ำตาไม่อยู่ เหมือนกับไม่ใช่คนไทย และถูกแบ่งชั้นในสังคม ก่อนจะรับเอกสารคืนแล้วรีบลงมาจากห้องนั้น รีบกลับบ้านทันที และเฝ้าแต่ถามตัวเองว่าเราเป็นคนที่มีสามจังหวัดชายแดนใต้ผิดตรงไหน ทำไมต้องรังเกียจและกีดกันการทำงานด้วย ทั้ง ๆ ที่หนีร้อนมาพึ่งเย็น แต่กลับถูกตัดสินว่าคนสามจังหวัดชายแดนใต้เป็นต้นเหตุของความรุนแรง ซึ่งความเป็นจริงแล้วคนในสามจังหวัดชายแดนใต้ต่างก็อยากจะให้เกิดความสงบเหมือนเมื่อก่อน จะได้ทำมาหากินกันอย่างร่มเย็น จึงอยากฝากให้สังคมเข้าใจ อย่าเหมารวม นายสมยศ กล่าวต่ออีกว่า อยากขอความเห็นใจให้กับคนในสามจังหวัดได้ด้วย เพราะทุกคนต่างต้องการให้ความสงบกลับมา เพื่อจะได้ไม่ต้องย้ายถิ่นฐานไปหาถิ่นอื่น สำหรับประชาชนหาเช้ากินค่ำไม่มีใครรู้เห็นกับการก่อเหตุเลย จึงอยากให้สังคมเข้าใจ”¹⁸⁰ จากข้อเท็จจริงดังกล่าวถือเป็นการกระทำที่ไม่ควรเกิดอย่างยิ่ง

(ข.) ตัวอย่างการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการ

เนื่องจากคนในสังคมมองว่าคนพิการเป็นภาระทางสังคม จึงเกิดการเลือกปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมแก่คนพิการจำนวนมาก เช่น กรณีคนพิการที่ได้รับการปฏิเสธการให้บริการจากสายการบิน¹⁸¹ “ โดยเหตุการณ์เกิดเมื่อวันที่ 17 มกราคม 2560 ได้แสดงความเห็นถึงสายการบินนกแอร์หลังจากที่เธอและสามีที่ป่วยเป็นอัมพาตโดยสิ้นเชิง ใช้บริการในเส้นทางเชียงใหม่ - ดอนเมือง แต่ปรากฏว่าเครื่องบินไม่ได้จอดเทียบอาคาร โดยพนักงานได้ช่วยกันยกสามีลงจากเครื่องบิน ผู้โดยสารจึงแนะนำให้อำนวยความสะดวกโดยวีลแชร์ แต่ทางลูกเรือได้ตอบกลับว่า ทางเราต้องขออนุญาตแจ้งให้ทราบว่า

¹⁸⁰ ข่าวสดออนไลน์ , “หนุ่มปัตตานีท้อ ลุยสมัครงานแต่กลับถูกปฏิเสธ...เพราะเป็นคนในเขตพื้นที่สามจังหวัดชายแดนใต้ ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2559, จาก https://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=1472291113

¹⁸¹ มติชนออนไลน์, “งานเข้านกแอร์อีก ผู้โดยสารร้อง คนพิการลำบาก-ไม่ได้รับช่วยเหลือด้านการเดินทาง ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2560, จาก <http://www.matichon.co.th/news/239582>

ทางนกอแอร์มีนโยบายไม่รับผู้โดยสารที่เดินไม่ได้เพราะทางเราไม่มีอุปกรณ์ช่วยเหลือ อย่างไรก็ตามก็ดี ตัวผู้ป่วยไม่ต้องการให้อุ้มลงจากเครื่องบินเพียงขอนารวลิแชนท์ที่โหลดมาใช้เท่านั้นเพราะอาจเกิดอุบัติเหตุจากการเคลื่อนย้ายผิดวิธี โดยสุดท้ายทางสายการบินนกอแอร์ได้มีประกาศข้อกำหนดถึงผู้โดยสารที่ขอความช่วยเหลือพิเศษ 2 ระดับ คือ 1. ผู้โดยสารที่สามารถเดินทางเข้าเครื่องบินด้วยตนเองได้สามารถเดินทางคนเดียวได้ หากจำเป็นต้องใช้รถเข็นเพื่อความสะดวก บริษัทฯ จะจัดเตรียมให้และจะส่งให้เดินเข้าเครื่องบินด้วยตนเอง แต่ต้องแจ้งบริษัทล่วงหน้าอย่างน้อย 48 ชั่วโมง 2. ผู้โดยสารที่ไม่สามารถเดินทางลำพังได้ ต้องมีผู้ร่วมเดินทางตลอดการขึ้นลงเครื่องบิน มิฉะนั้นบริษัทฯ ขอสงวนสิทธิ์ที่จะปฏิเสธให้ผู้โดยสารที่ต้องการความช่วยเหลือพิเศษขึ้นเครื่อง โดยบริษัทฯ ยินดีคืนเงิน”¹⁸² หรือกรณีบางวิชาชีพได้ใช้ข้ออ้างเฉพาะและคุณสมบัติพิเศษในการกีดกันคนพิการที่มีความสามารถออกจากการทำงาน เช่น ตำแหน่งตุลาการแต่เดิมคนพิการไม่ได้รับสิทธิสมัครเข้าสอบคัดเลือก¹⁸³ หรือการรับสมัครสอบคัดเลือกเข้าบรรจุรับราชการในตำแหน่งอัยการที่จำกัดสิทธิคนพิการ อย่างไรก็ตาม ได้มีการฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทำให้คนพิการได้รับสิทธิในการสมัครเข้าทำงาน และได้มีการฟ้องร้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งไม่รับคนพิการสมัครสอบอัยการแล้ว

(ค.) ตัวอย่างการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ

ทัศนคติดั้งเดิมของคนไทยที่มีมุมมองว่าชายเป็นใหญ่ เป็นผู้นำ ทำให้การให้คุณค่าของเพศชายและหญิงแตกต่างกัน จึงพบการกระทำการเลือกปฏิบัติกับเพศหญิงมากกว่า โดยเพศหญิงได้รับการกีดกันในการประกอบอาชีพบางอาชีพ หรือการเป็นผู้บริหารองค์กรทั้งภาคเอกชนและภาครัฐ¹⁸⁴ หรือกรณีนายจ้างบีบให้ลูกจ้างหญิงลาออกเพราะเหตุตั้งครรภ์ แม้จะมีกฎหมายคุ้มครองห้ามนายจ้างเลิกจ้างเพราะเหตุหญิงตั้งครรภ์ แต่นายจ้างจะมีวิธีอื่น ๆ บีบบังคับให้ลูกจ้างลาออกได้¹⁸⁵

¹⁸² ไทยรัฐ ออนไลน์, “สาวโสดนกอแอร์ไม่ต้อนรับคนพิการ ‘พาที’ ผู้บริหารลุยตอบเองจนเกิดดราม่า,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2560, จาก <http://www.thairath.co.th/content/839658>

¹⁸³ เติลินวิธ, “นายพิการ เฮ ศาล รัฐธรรมนูญ ชี้ ห้ามนำความพิการมาเป็นเหตุไม่รับสมัครเข้าเป็นข้าราชการตุลาการ ระบุ ม.26(10) ,” อ้างถึงใน การเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ เด็ก ผู้หญิง และผู้สูงอายุ ,สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, 2556, น.48.

¹⁸⁴ อนรรฆ พิทักษ์ธานิน มณฑการต์ ฉิมมานี และปณณทรีย์ เจียวิริยบุญญา, “การเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ เด็ก ผู้หญิง และผู้สูงอายุ,” สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข(สวรส.), 2556.

¹⁸⁵ แนวหน้าออนไลน์, “ตั้งท้องแล้วให้ออก มุมมองสิทธิแรงงาน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://www.naewna.com/scoop/130801>

สำหรับกรณีผู้มีความหลากหลายทางเพศ หรือเพศทางเลือก มักถูกรังแกและพบการเลือกปฏิบัติในสถานศึกษาจำนวนมาก มักไม่ได้รับสิทธิในการรับรองสถานะของบุคคลข้ามเพศ หรือมักไม่ค่อยได้รับโอกาสในการประกอบอาชีพ และการรับรองสถานะคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ¹⁸⁶ หรือพบการเลือกปฏิบัติอันต่อสาวประเภทสองที่ถูกปฏิเสธในการเข้าใช้บริการสถานบันเทิง ชื่อ ONXY แอวาร์ซีเอ โดยพนักงานรักษาความปลอดภัยอ้างเหตุว่าเป็นสาวประเภทสอง¹⁸⁷ หรือสถานบันเทิงบางแห่งมีนโยบายห้ามสาวประเภทสองใช้บริการ¹⁸⁸ หรือกรณีผู้ได้ทุนโรงแรมโนโวเทลห้ามสาวประเภทสองเข้าใช้บริการเด็ดขาด¹⁸⁹ หรือกรณีการพบการเลือกปฏิบัติในตลาดแรงงานตลอดวงจรของการทำงาน ตั้งแต่การฝึกอบรมเพื่อการทำงาน การเข้าถึงการจ้างงาน การปฏิเสธการรับเข้าทำงาน การถูกเลิกจ้าง และการไม่ได้รับโอกาสฝึกอบรมหรือเลื่อนตำแหน่ง ไปจนถึงการเข้าถึงการประกันสังคม ด้วยเหตุเพียงเพราะวิถีทางเพศที่แตกต่างความเป็นจริง และเมื่อประสบปัญหาถูกเลือกปฏิบัติ ถูกคุกคาม หรือถูกข่มเหงรังแก ผู้ถูกเลือกปฏิบัติยังขาดช่องทางในการคุ้มครองป้องกัน แก้ปัญหา และเยียวยาถึงผลเสียที่เกิดขึ้นอย่างชัดเจน¹⁹⁰ และขาดมาตรการในการป้องปรามมิให้เกิดการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีการบังคับใช้ที่แน่นอน

¹⁸⁶ สำนักข่าว ประชาธรรม, “ข้อเสนอแนะจากภาคประชาสังคมในกระบวนการทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนของประเทศไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน 2559, จาก http://www.prachatham.com/collaboration_detail.php?id=39

¹⁸⁷ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ “คนข้ามเพศร้อง กสม. ถูกห้ามเข้าสถานบันเทิงย่านอาร์ซีเอ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2560, จาก <http://www.nhrc.or.th/News/Humanrights-News>

¹⁸⁸ ผู้จัดการออนไลน์, “รวมชื่อค้าน! แบนกะเทยเข้าผับย่านดังละเมิดสิทธิมนุษยชน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2560, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9580000016108>

¹⁸⁹ ข่าวทันกระแส ทีนิวส์ออนไลน์ “ตุ๊ดไวย โนวเทล กีดกันทางเพศ กระเทยห้ามเข้า,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2560, จาก <http://tnews.teenee.com/etc/12469.html>

¹⁹⁰ บุษกร สุริยสาร, “อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย, โครงการส่งเสริมความหลากหลายและความเท่าเทียมในโลกของการทำงาน”, สำนักแรงงานระหว่างประเทศประจำประเทศไทย กัมพูชา และสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, 2557.

(ง.) ตัวอย่างการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอื่น ๆ

กรณีเหตุอื่น ๆ นั้น ขึ้นอยู่กับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของประเทศนั้น ๆ สำหรับประเทศไทยมีปัญหาเรื่องสถานะการเมือง มีการแบ่งพรรคแบ่งพวกแบ่งฝ่ายแบ่งสี ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ปฏิเสธการให้บริการต่าง ๆ เช่น การปฏิเสธการไม่รักษาคนไข้ที่สวมเสื้อสีแดงของแพทย์หญิงที่โรงพยาบาลอำเภองาว จังหวัดลำปาง โดยคนไข้ชื่อนางสศิริส ถูกแพทย์หญิงต่อว่าเนื่องจากใส่เสื้อสีแดงเพื่อตรวจรักษา และแพทย์หญิงรายนี้กล่าวทำนองว่า ใส่เสื้อแดงมาทำไม เกลียดนักไอ้ทักษิณมันโกง ก่อนที่แพทย์หญิงรายนี้จะเขียนคำสั่งให้แพทย์รายอื่นว่า “ทำใจตรวจคนใส่เสื้อทักษิณไม่ได้” เป็นการปฏิเสธการให้บริการเพราะเหตุความคิดเห็นทางการเมืองต่างกัน ซึ่งส่งผลให้เกิดการประท้วงถือป้ายข้อความแสดงความไม่พอใจที่แพทย์หญิงไม่ยอมตรวจรักษา เช่น “คนจนคนรวยสิทธิเท่ากัน” “ทำไมจึงแบ่งพรรคแบ่งพวก” “เราต้องการมาตรฐานเดียวกัน” “ไม่รักษาลาออกไป” “เอาหมาไปเอาหมอมานา” อันกระทบต่อความสงบสุขของสังคม¹⁹¹ หรือคณะแพทย์จากโรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ได้งดตรวจและรักษาเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ได้รับบาดเจ็บจากเหตุการณ์ปะทะกับกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย ซึ่งเป็นหนึ่งในมาตรการทางสังคมที่เพื่อต้องการสะท้อนให้เห็นว่าแพทย์และพยาบาลไม่เห็นด้วยกับการกระทำที่รุนแรงเกินเหตุของผู้บริหารประเทศและเจ้าหน้าที่ตำรวจ การกระทำดังกล่าวในเหตุการณ์วันที่ 7 ตุลาคม 2551 ถือเป็นกรณีการปฏิเสธไม่รักษาดำรวจเพราะเหตุความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่างกัน¹⁹²

การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุศาสนา เช่น กรณีกลุ่มมุสลิมสามจังหวัดชายแดนภาคใต้จำนวน 11 คน ถูกบริษัทซึ่งเป็นบริษัทที่เข้าไปรับงานให้บริการรถเข็นผู้ป่วยวีลแชร์ให้กับบริษัทสายการบินแห่งหนึ่งปฏิเสธรับเข้าทำงาน โดยพวกตนได้เซ็นสัญญาจะทำงานกับบริษัทดังกล่าวเป็นเวลา 3 ปี แต่พอถึงกลางเดือนมิถุนายนทางบริษัทโทรศัพท์ติดต่อให้เข้าไปรับอุปกรณ์เพื่อเตรียมทำงาน แต่เมื่อไปถึงกลับมีการแจ้งว่า บริษัทไม่รับพวกตนเข้าทำงาน เมื่อสอบถามเหตุผลก็บอกว่า

¹⁹¹ ประชาไท ออนไลน์ , “ประชาชนลำปางประท้วงแพทย์ไม่ยอมรักษา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://prachatai.com/journal/2009/08/25466>

¹⁹² ผู้จัดการออนไลน์, “แพทย์จุฬาฯ-สถาบันจิตเวชศาสตร์เจ้าพระยาไม่รับรักษา “ตำรวจ” แต่งเครื่องแบบ,” สืบค้นเมื่อ 20 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://www.manager.co.th/QOL/ViewNews.aspx?NewsID=9510000119642>

คุณสมบัติไม่ผ่าน โดยไม่อ้างเหตุผลที่ชัดเจน¹⁹³ หรือกรณีมหาวิทยาลัยนเรศวรปฏิเสธไม่รับนักศึกษามุสลิมเข้ารับการศึกษานในหลักสูตรพยาบาลศาสตรบัณฑิต คณะพยาบาลศาสตร์ โดยอ้างว่าคลุมเครือของนักศึกษาเป็นอุปสรรคต่อการศึกษาศาสตร์บัณฑิต¹⁹⁴ และกรณีการไม่รับหญิงเข้าทำงานเนื่องจากคลุมเครือในสถานที่ทำงาน¹⁹⁵ จะเห็นได้ว่าเหตุผลดังกล่าวเป็นการไม่เคารพสิทธิในการนับถือศาสนาอิสลามของชาวมุสลิมในประเทศไทยและลดคุณค่าในการเป็นมนุษย์ลง

การเลือกปฏิบัติเนื่องจากสุขภาพร่างกาย กรณีผู้ติดเชื้อ HIV ยังคงมีการตีตราและการเลือกปฏิบัติกับผู้ติดเชื้อ HIV¹⁹⁶ ในกรณีการปฏิเสธการให้บริการสาธารณสุข การปฏิเสธการจ้างงาน การเลือกปฏิบัติในการประกอบอาชีพ เช่น การบังคับให้มีการตรวจเชื้อ HIV ของผู้สมัครงาน การเลิกจ้างเพราะเหตุที่เป็นผู้อยู่ร่วมกับผู้ติดเชื้อ HIV

การเลือกปฏิบัติจากคุณสมบัติการศึกษา จากกรณีธนาคารไทยพาณิชย์ประกาศรับสมัครงาน ฝ่ายที่ปรึกษาทางการเงินฝึกหัด (Financial Advisor Trainee) โดยระบุรับเฉพาะบุคคลที่มีวุฒิการศึกษาระดับปริญญาตรีที่จบการศึกษาจาก 14 สถาบันการศึกษาที่ระบุไว้เท่านั้น ซึ่งเป็นการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะบุคคลในการเข้าทำงาน อันเป็นการปิดกั้นโอกาส จนเกิดเป็นการสร้างความไม่ยุติธรรม และมีการโต้ตอบการเลือกปฏิบัติดังกล่าวโดยการปฏิเสธไม่ใช้บริการของธนาคารแห่งนั้น อันอาจเกิดผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจได้ เป็นข้อขัดแย้งและส่งผลกระทบต่อวงกว้างในเรื่องการเลือก

¹⁹³ ผู้จัดการออนไลน์, “กลุ่มมุสลิม 3 จว.ได้ ร้อง กสม.สอบบริษัทปฏิเสธการจ้าง เชื้อถูกมองเกี่ยวข้องกับความเสี่ยง,” สืบค้นเมื่อ 20 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://www.manager.co.th/qol/ViewNews.aspx?NewsID=9590000072882>

¹⁹⁴ กองบรรณาธิการเดอะพับบลิคโพสต์ออนไลน์, “แฉ! ม.นเรศวร ปฏิเสธรับนักศึกษามุสลิมเข้าเรียนพยาบาล เหตุคลุมเครือ อ้างเป็นอุปสรรค สำนักจุฬาราชมนตรีทำหนังสือด่วนถึงรมต.ศึกษาแล้ว,” สืบค้นเมื่อ 17 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://www.publicpostonline.net/3536>

¹⁹⁵ สฤณี อาชวานันทกุล, “ความเหลื่อมล้ำฉบับพกพา คณะกรรมการสมัชชาปฏิรูปสำนักงานปฏิรูป 2554,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2559, จาก <http://www.fringier.org/stuff/book/ความเหลื่อมล้ำฉบับพกพา>

¹⁹⁶ สถาบันวิจัยสังคม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, “รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิจัยเรื่องการเลือกปฏิบัติในการประกอบอาชีพของผู้ติดเชื้อเอชไอวี,” 2556.

ปฏิบัติจากคุณสมบัติการศึกษา หรือกรณีองค์กรบางแห่งไม่ยอมรับนักศึกษาที่จบมาจากเขตพื้นที่สาม จังหวัดชายแดนภาคใต้เข้าทำงาน อันเป็นการอ้างเหตุจากความเป็นคนอื่นมิใช่พวกของตน¹⁹⁷

จากการที่ได้ศึกษาตัวอย่างการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทยพบว่า ปัญหาการเลือกปฏิบัติของสังคมไทยในปัจจุบันแบ่งการเลือกปฏิบัติได้ 3 ประเด็น กล่าวคือ

(1.) การเลือกปฏิบัติในการเข้าถึงบริการสาธารณะและบริการสังคม เนื่องจากการไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนบางกลุ่มในการเข้าถึงบริการสาธารณสุข เช่น การมีอคติทำให้มีการปฏิเสธการให้บริการทางการแพทย์แก่บุคคล เพราะเหตุเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ภาษา อายุ ความพิการ ความคิดเห็นทางการเมือง เป็นต้น แต่ปัญหาที่เป็นประเด็นสำคัญที่สุด คือ กรณีการปฏิเสธการรักษาพยาบาลของแพทย์หญิงในโรงพยาบาลแห่งหนึ่งอันเนื่องมาจากมีความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่างกัน จนเกิดการประท้วงและสร้างความไม่สงบในจังหวัดนั้น และกลายเป็นกระแสวิพากษ์วิจารณ์อันอาจเป็นตัวอย่างในการเลือกปฏิบัติโดยการปฏิเสธการรักษาของแพทย์ผู้อื่น ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติในการเข้าถึงบริการสาธารณสุขอันเป็นสิทธิที่บุคคลนั้นพึงได้รับตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง แต่ถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากสาเหตุเรื่องความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่างกัน อคติ และความเกลียดชังต่อผู้อื่นที่ไม่ใช่ฝ่ายตน หรือกรณีการปฏิเสธให้บริการผู้พิการของสายการบินโดยไม่จัดสิ่งอำนวยความสะดวกที่เป็นสาธารณะแก่คนพิการ ทำให้คนพิการไม่สามารถเดินทางได้โดยสะดวกเหมือนผู้อื่น ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยการปฏิเสธการให้บริการเพราะเหตุที่ผู้นั้นเป็นคนพิการ หรือกรณีการห้ามสาวประเภทสองเข้าใช้บริการสถานบันเทิงโดยอ้างนโยบายการห้ามเข้าอย่างชัดเจน ซึ่งเป็นการกระทำที่เป็นการไม่ให้เกียรติในคุณค่าที่บุคคลนั้นเป็นมนุษย์ด้วยกัน และลดคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลง

(2.) การเลือกปฏิบัติในกรณีการจ้างงานและการประกอบอาชีพ เช่น การไม่รับเข้าทำงาน การเลิกจ้างงาน ซึ่งพบการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุทางด้านศาสนา เชื้อชาติ เพศ การศึกษา เช่น การปฏิเสธไม่รับเข้าทำงานในสนามบินเพราะนับถือศาสนาอิสลามโดยไม่อ้างเหตุผล การประกาศรับสมัครงานเฉพาะบุคคลที่จบการศึกษาจาก 14 สถาบันการศึกษาที่ระบุไว้ ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมในการกำหนดมาตรการโดยการกีดกันการให้โอกาสผู้อื่นเนื่องจากเหตุการณ์ความแตกต่างใน

¹⁹⁷ โอเคนเนชันออนไลน์, “ทำไมคนไทยยิ่งเรียน-ยิ่งโง่ ก็เพียงเพราะ..ความเป็นอื่น (The Otherness),” สืบค้นเมื่อ 17 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://oknation.nationtv.tv/blog/print.php?id=960450>

การศึกษาสถานะของบุคคล การปฏิเสธไม่จ้างงานเนื่องจากเป็นบุคคลในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ เป็นต้น

(3.) การเลือกปฏิบัติในการปฏิเสธการให้การศึกษาและการฝึกอบรม การปฏิเสธไม่รับ นักศึกษามุสลิมเข้าศึกษาในหลักสูตรพยาบาลศาสตร์โดยอ้างเหตุผลว่าการคลุมผ้าฮิญาบเป็นอุปสรรค ต่อการศึกษา เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าลักษณะการกระทำการเลือกปฏิบัติที่ปรากฏขึ้นในทั้ง 3 รูปแบบ ล้วนแล้วแต่เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นและอาจจะเกิดขึ้นอีกในอนาคต และส่งผลกระทบต่อสังคมในวงกว้าง ในการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ในตัวของคนคนนั้นลง ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันในสังคม จึงเห็นควรที่จะกำหนดมาตรการหรือกฎหมายเพื่อป้องปรามมิให้การกระทำดังกล่าวเกิดขึ้น อย่างเป็นไรก็ดี ประเทศไทยมีกฎหมายบัญญัติรับรองคุ้มครองเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติหลายฉบับ แต่ยังพบช่องว่างในการบังคับใช้และบทลงโทษอันเป็นมาตรการที่จะป้องปรามมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

4.1.2 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ

สำหรับกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัตินั้นมีหลายฉบับ ปรากฏทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 โดยกฎหมายแต่ละฉบับให้ความคุ้มครองครอบคลุมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติในลักษณะใดบ้าง มีบทลงโทษการกระทำการเลือกปฏิบัติอย่างไร และเพียงพอต่อการป้องกันมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ผู้เขียนได้ศึกษา กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติไว้ ดังนี้

4.1.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ บัญญัติไว้เพื่อรับรองคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนและหลักความเสมอภาค โดยเฉพาะเรื่องการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหลักความเสมอภาคตามมาตรา 4¹⁹⁸ และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้บัญญัติไว้ในมาตรา 27 ดังนี้

มาตรา 27 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

สำหรับคำว่า เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หมายถึง การเลือกปฏิบัติที่ปราศจากเหตุผล หรือไร้เหตุผล หากเป็นเหตุผลที่ยอมรับได้โดยทั่วไปนั้น ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรม โดยนายแก้วสรร อติโพธิ กล่าวว่า การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมนั้น ต้องพิจารณาจาก 2 ปัจจัยประกอบกัน คือ การปฏิบัติที่แตกต่าง และเป็นการกระทำที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม หากบุคคลได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างเพราะเหตุ เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ศาสนา แต่หากมีลักษณะเป็นธรรม มีเหตุผลที่คนทั่วไปยอมรับได้ เช่น กรณีกองทัพไทยไม่รับผู้หญิงเป็นทหารเรือ

¹⁹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ม.4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”

เหตุทางกายภาพ แม้จะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างแต่ไม่ได้มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม¹⁹⁹

โดยศาลรัฐธรรมนูญ ได้อธิบายคำว่า การเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรม หมายถึง การเลือกปฏิบัติที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคแก่บุคคล หากเป็นการเลือกปฏิบัติแต่เป็นมาตรการเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาค ทำให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม²⁰⁰

กรณีการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย สุขภาพ สถานะ ฐานะทางเศรษฐกิจสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษา และความคิดเห็นทางการเมืองที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมมีเงื่อนไข ดังนี้²⁰¹

ก) การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีนั้นมีความมุ่งหมายที่ชอบธรรม กล่าวคือ มีความมุ่งหมายเพื่อรักษาหรือก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ

ข) การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบในทางปฏิบัติ

ค) การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม

ตัวอย่างการเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีกฎหมายบัญญัติให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลบางประเภทแตกต่างจากบุคคลทั่วไป เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการเลือกปฏิบัติมีเหตุผลควรค่าแก่การรับฟัง เป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมาย และสังคมยอมรับ เช่น

- บุคคลอายุ เกิน 60 ปี ที่มีรายได้ไม่เพียงพอ มีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ
- ผู้พิการหรือทุพพลภาพมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลือจากรัฐ

จะเห็นว่าประเทศไทยได้กำหนดมาตรการที่ส่งเสริมความเสมอภาค รับรองคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 มาตรา 27 ซึ่งมาตรการทางกฎหมายเพื่อ

¹⁹⁹ รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 3, สมัยสามัญ ครั้งที่ 2 (2540), น.165-166.

²⁰⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2545, 48/2545, 10/2549

²⁰¹ ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ, “หลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม,” สำนักงานคดีปกครอง, น.19.

ขจัดการเลือกปฏิบัติ โดยองค์กรของรัฐจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความเหมือนกันในสาระสำคัญหรือข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญหรือข้อเท็จจริงแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน ดังนั้น หากมีการเลือกปฏิบัติจากข้อแตกต่างด้านเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฐานะ การศึกษา ฯลฯ ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองเรื่องการเลือกปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมและถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเอาไว้ ก็เพียงคุ้มครองมิให้องค์กรของรัฐ หน่วยงานรัฐ “ออกกฎหมาย” หรือ “กระทำการใด ๆ” ที่เป็นการเลือกปฏิบัติไม่ธรรมเท่านั้น²⁰² จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญพบว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดสภาพบังคับกรณีละเมิดสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 27 และไม่ได้บัญญัติรับรองถึงกรณีการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันแต่อย่างใด จึงเกิดช่องว่างทางกฎหมายเรื่องการบังคับใช้ในเรื่องการบังคับตามสิทธิและขาดสภาพบังคับทางกฎหมายที่ชัดเจน

4.1.2.2 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติคุ้มครองกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไว้ ดังนี้

มาตรา 9 “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่อง ดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

เมื่อพิจารณา การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นเหตุในการฟ้องคดี เป็นหลักที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) หรือความเท่าเทียมกันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้ ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิกถอนการกระทำหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงาน

²⁰² รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 3, สมัยสามัญ ครั้งที่ 2 (2540), น.230-231.

ของรัฐ หากการเลือกปฏิบัติจนเกิดความเสียหายเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ได้ตามมาตรา 9 (1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

หากมีการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ศาล องค์กร หรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง อาจมีคำสั่งให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว หรือไม่นำผลของคำสั่งหรือกฎระเบียบที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงในคดี โดยวินิจฉัยว่าคำสั่งหรือกฎที่ออกมาเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครอง ไม่มีผลไปสู่บุคคลภายนอกและอาจมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่ถูกเลือกปฏิบัติที่ได้รับความเสียหาย²⁰³

กรณีตัวอย่างคำพิพากษาที่วินิจฉัยว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.41/2552 ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งรองปลัดเทศบาลรักษาการในตำแหน่งปลัดตำบลพลี ผู้ฟ้องคดีได้ขอเลื่อนตำแหน่งเป็นปลัดเทศบาล แต่คณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดจันทบุรี (ผู้ถูกฟ้อง) ได้มีมติไม่เห็นชอบด้วยกฎหมายและให้ผู้ฟ้องคดีต้องจัดทำวิสัยทัศน์เพื่อประกอบการพิจารณาให้ความเห็นชอบในการเข้าสู่ตำแหน่งปลัดเทศบาล ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีให้ผู้ยื่นคำร้องขอรายชื่ออื่นซึ่งดำรงตำแหน่งลักษณะเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีหลังผู้ฟ้องคดี โดยมีได้ให้บุคคลดังกล่าวจัดทำวิสัยทัศน์ประกอบการพิจารณาแต่อย่างใด กรณีจึงเห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันให้แตกต่างกันในสาระสำคัญอันเป็นการเลือกปฏิบัติ อีกทั้งข้อเท็จจริงยังปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติงานในฐานะปลัดเทศบาลตั้งแต่ดำรงตำแหน่งนักบริหารเทศบาล 5 มาโดยตลอด จนกระทั่งปัจจุบัน และผู้ดำรงตำแหน่งปลัดเทศบาลและรองปลัดเทศบาลที่ดำรงตำแหน่งในสายงานนักบริหารเทศบาลในระดับ 6 เช่นเดียวกัน สามารถโอนเปลี่ยนกันได้ เห็นว่าทั้งสองตำแหน่งต้องการความรู้ไม่ต่างกันมาก การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมขัดต่อหลักความเสมอภาค

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 การที่คณะกรรมการอัยการไม่รับสมัครสอบบุคคลที่มีรูปกายพิการเพื่อสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยมีได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของอัยการได้อย่างไร มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการใน

²⁰³ ฤทัย หงส์ศิริ, “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและมาตรการของรัฐที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม”, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, 2543.

ตำแหน่งอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญไทย

คำพิพากษาศาลปกครองที่ อ.158/2550 การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยม โดยถือว่าเป็นวุฒิที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดให้ใช้วิธีการคัดเลือกแทนการสอบแข่งขัน จึงเป็นการให้สิทธิเหนือกว่าหรือดีกว่าผู้ที่ได้รับปริญญาตรีในสาขาเดียวกันแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยม ทั้ง ๆ ที่ได้รับวุฒิอย่างเดียวกัน ซึ่งมีศักดิ์และสิทธิที่สถาบันการศึกษารับรองเช่นเดียวกัน มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ

คำพิพากษาศาลปกครองที่ อ.379/2550 การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยม ทุกสาขาถือเป็นเหตุพิเศษที่จะได้รับคัดเลือกแทนการสอบการแข่งขัน เห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรม

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติรับรองคุ้มครองการเฉพาะเลือกปฏิบัติที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐไว้แต่อย่างใดก็ตาม ไม่ได้มีการบัญญัติครอบคลุมไปถึงกรณีที่เกิดการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากเอกชน ทำให้ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองกรณีเอกชนเป็นผู้กระทำการเลือกปฏิบัติ

4.1.2.3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นในสังคมไทยพบว่าคนพิการจำนวนมากเข้าไม่ถึงสิทธิและถูกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือถูกจำกัดสิทธิหรือการกระทำที่มีลักษณะกีดกันไม่ให้คนพิการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้จากสิทธิต่าง ๆ ที่พึงได้รับในสังคม ทั้งนี้ อาจเป็นการกระทำโดยเจตนาและไม่เจตนาในบริการด้านการแพทย์ การศึกษา การมีงานทำ การเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การใช้สิ่งอำนวยความสะดวกหรือบริการต่าง ๆ อันเป็นสาระณะตลอดจนอุปสรรคต่าง ๆ ที่ขัดขวางไม่ให้คนพิการเข้าไปมีส่วนร่วมในสังคมได้อย่างคนทั่วไป²⁰⁴

ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 จึงถูกตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดแนวทางและปรับปรุงวิธีการในการส่งเสริมและพัฒนา

²⁰⁴ วริยะ นามศิริพงษ์พันธุ์ “สิทธิ ประโยชน์และสวัสดิการซึ่ง พ.ร.บ. ส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ.2550,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2559 ,จาก <http://newsite.wiriyu-ufp.org/wp-content/uploads/2016/09/008.doc>

คุณภาพชีวิตให้กับคนพิการในทุกระดับ ให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น และกำหนดแนวทางคุ้มครองคนพิการมิให้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม รวมทั้งกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้คนพิการมีสิทธิได้รับสิทธิในสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะ ตลอดจนสวัสดิการและความช่วยเหลือจากรัฐ เพื่อให้คนพิการสามารถใช้ชีวิตประจำวันและเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคมได้อย่างคนทั่วไป เพื่อให้คนพิการมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น โดยเฉพาะมาตรา 15²⁰⁵ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดห้ามหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน บุคคลใด กำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติ ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ โดยมาตรา 16 ได้กำหนดสิทธิคนพิการที่ได้รับหรือจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการตามมาตรา 15 มีสิทธิร้องขอต่อคณะกรรมการให้มีคำสั่งเพิกถอนการกระทำหรือห้ามมิให้กระทำการนั้นได้ คำสั่งของคณะกรรมการให้เป็นที่สุดและยังคงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดต่อศาลได้ โดยในการฟ้องคดีดังกล่าวนี้ คนพิการหรือผู้ดูแลคนพิการอาจขอให้องค์กรด้านคนพิการที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ร้องขอหรือฟ้องคดีแทนได้ และในการฟ้องคดีดังกล่าวยังได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียม ไม่ว่าคนพิการเป็นผู้ฟ้องเองหรือองค์กรด้านคนพิการที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ฟ้องแทน ตามมาตรา 16 วรรคสอง

อย่างไรก็ดี แม้จะมีกฎหมายคุ้มครองคนพิการจากการเลือกปฏิบัติและมีการเยียวยา แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการถูกเลือกปฏิบัติ แต่ก็ยังไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายที่ชัดเจนในการป้องปรามลงโทษมิให้กระทำการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการแต่อย่างใด

²⁰⁵ พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ มาตรการ โครงการหรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชนหรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการจะกระทำมิได้

การกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึงการกระทำหรืองดเว้นการกระทำที่แม้จะมีได้มุ่งหมายให้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการโดยตรง แต่ผลของการกระทำนั้นทำให้คนพิการต้องเสียสิทธิประโยชน์ที่ควรจะได้รับเพราะเหตุแห่งความพิการด้วย

การเลือกปฏิบัติที่มีเหตุผลทางวิชาการ จารีตประเพณี หรือประโยชน์สาธารณะสนับสนุน ให้กระทำได้ตามความจำเป็นและสมควรแก่กรณี ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคหนึ่ง และวรรคสอง แต่ผู้กระทำการนั้นจะต้องจัดให้มีมาตรการช่วยเหลือเยียวยาหรือรักษาซึ่งสิทธิหรือประโยชน์ แก่คนพิการตามความจำเป็นเท่าที่จะกระทำได้”

4.1.2.4 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ เนื่องจากความเสมอภาคระหว่างหญิงชายและการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ รวมถึงบัญญัติให้มีมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อีกทั้งประเทศไทยยังเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิงในทุกรูปแบบ (Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW) ซึ่งประเทศไทยมีพันธกิจในการสร้างมาตรการและกฎหมายต่าง ๆ เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบต่อผู้หญิงและเป็นพันธกรณีของรัฐภาคีที่จะให้หลักประกันว่าอนุสัญญานี้จะสามารถปฏิบัติได้อย่างเต็มที่ในระบบนิติบัญญัติของรัฐภาคี จึงได้ตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้นเพื่อบูรณาการมิติเพศสภาพในการดำเนินนโยบายของประเทศเพื่อให้มีการส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศในทุกบริบทของสังคมทั้งในครอบครัว ชุมชน และสังคม โดยให้มีการกำหนดนโยบาย มาตรการ กลไก แผนปฏิบัติงาน และประสานการดำเนินงาน เพื่อส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศอย่างแท้จริง ตลอดจนการคุ้มครองและป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศในด้านต่าง ๆ รวมถึงการช่วยเหลือคุ้มครองและบรรเทาทุกข์แก่ผู้เสียหายจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติในภาครัฐ ภาคเอกชน และในทุกระดับ²⁰⁶

พระราชบัญญัตินี้ได้มีการประกาศบังคับใช้โดยมีการบัญญัติคุ้มครองรับรองเฉพาะกรณีเกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ โดยได้มีการบัญญัติคุ้มครองดังนี้

มาตรา 3 ได้นิยามเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไว้ดังนี้

“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด”

²⁰⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ “เวทีสาธารณะ เรื่อง “พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2559 , จาก <http://www.nhrc.or.th/News/Information-News>

โดยกรณีที่มีการร้องเรียนไปยังคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเพื่อพิจารณาตามมาตรา 18²⁰⁷ และมาตรา 20 (1) คณะกรรมการ วลพ. วินิจฉัยว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ให้มีอำนาจออกคำสั่งดังต่อไปนี้ ให้หน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ และมาตรา 34 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการ วลพ. ตามมาตรา 20 (1) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จะเห็นได้ว่าหากมีการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเกิดขึ้น อาจถูกลงโทษทางอาญาทั้งโทษปรับและโทษจำคุกได้ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ขึ้น เพื่อรับรองและคุ้มครองการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แต่ก็บัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายเฉพาะลักษณะเพศ ไม่ได้บัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายในลักษณะอื่นด้วย ไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหายที่มีความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา ชชาติพันธุ์ ความพิการ อายุ เป็นต้น

²⁰⁷ มาตรา 18 บุคคลใดเห็นว่าตนได้รับหรือจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และมีใจเป็นเหตุที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว ให้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ. เพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศหรือไม่ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ วลพ. ให้เป็นที่ยุติทั้งนี้ หลักเกณฑ์และวิธีการในการยื่นคำร้อง การพิจารณา และการวินิจฉัยให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ สทพ.

การร้องขอตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นการตัดสิทธิผู้ร้องในอันที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดต่อศาลที่มีเขตอำนาจ โดยให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินให้แก่บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศได้ และหากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลจะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้แก่บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่เกินสี่เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงด้วยก็ได้

4.1.2.5 ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล

พ.ศ.

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล พ.ศ.²⁰⁸
 ร่างขึ้นเพื่อต้องการให้มีกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เนื่องจาก
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะ
 เหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางร่างกายหรือ
 สุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือ
 ความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว
 ยังมีการเลือกปฏิบัติในลักษณะต่าง ๆ อยู่ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น โดยมีการคุ้มครองผู้
 ถูกเลือกปฏิบัติไว้ ดังนี้

มาตรา 3 ได้นิยามคำว่า การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไว้ดังนี้

“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” หมายความว่า การกระทำการ งดเว้นกระทำการ
 หรือการกำหนดแผนปฏิบัติการ ที่แม้จะมีได้มุ่งหมายให้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยตรง แต่ผล
 ของการกระทำนั้นทำให้ต้องเสียสิทธิประโยชน์ที่ควรจะได้รับ หรือมีผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์
 อันชอบด้วยกฎหมายของบุคคลใดในลักษณะที่แตกต่างไปจากผู้อื่น รวมถึงการปฏิเสธไม่ให้ความ
 ช่วยเหลือต่อบุคคลตามเหตุอันสมควรทั้งที่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้ เพราะเหตุที่บุคคลนั้นมีความ
 แตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของ
 บุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง
 อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การเลือกปฏิบัติให้หมายความรวมถึงการก่อกวน การ
 คุกคาม หรือการชักนำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ

โดยมาตรา 4 ได้บัญญัติการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลไว้ แต่ยังไม่
 ระบุชัดเจนว่า การกระทำลักษณะใดเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม รวมทั้งได้มีการกำหนด
 ข้อยกเว้นกรณีไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในกรณีที่มีการกำหนดมาตรการที่กำหนด
 ขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น

²⁰⁸ มูลนิธิพัฒนาคนพิการไทย “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็น
 ธรรมต่อบุคคล พ.ศ.,” สืบค้นเมื่อ 19 ธันวาคม 2559, จาก [http://www.tddf.or.th/laws/
 detail.php?contentid=0148&postid=0002194¤tpage=4](http://www.tddf.or.th/laws/detail.php?contentid=0148&postid=0002194¤tpage=4)

เมื่อผู้เสียหายได้ร้องเรียนไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือคณะกรรมการตามกฎหมายนั้นๆ เพื่อให้วินิจฉัยหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 5 แล้ว ผู้เสียหายจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมของหน่วยงานเอกชนหรือบุคคลใด ยังมีสิทธิเสนอคดีต่อศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจเพื่อขอความคุ้มครองตามมาตรา 7 การอุทธรณ์คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลดังกล่าวให้ยื่นอุทธรณ์โดยตรงต่อศาลฎีกา อีกทั้งผู้เสียหายจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ยังมีสิทธิเสนอคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 6 ของร่าง พ.ร.บ. นี้ อีกด้วย

อย่างไรก็ดี แม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายคุ้มครองเรื่องการเลือกปฏิบัติอันเป็นหลักประกันสิทธิที่แสดงให้เห็นถึงการจัดการเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจนในกฎหมายไทยหลายฉบับ แต่ก็ยังพบการกระทำในเรื่องการเลือกปฏิบัติอยู่ตลอดเวลา ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายที่กำหนดไว้ไม่มีสภาพบังคับที่ชัดเจนแน่นอน เห็นได้จากกฎหมายไทยที่กล่าวมาข้างต้นเกี่ยวเนื่องกับการจัดการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ การจัดการเลือกปฏิบัติทางเพศ ซึ่งมีทิศทางเดียวกันกับข้อตกลงองค์การสหประชาชาติ องค์การระหว่างประเทศ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ อนุสัญญาการจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิงในทุกรูปแบบ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการกับจัดการเลือกปฏิบัติดังกล่าว ยังไม่ปรากฏบทกฎหมายห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติและมีบทลงโทษการกระทำที่เป็นเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจน แต่เน้นเพียงส่งเสริมคุณภาพชีวิต ส่งเสริมสิทธิ และจัดความรุนแรงต่อบุคคล กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการเลือกปฏิบัติยังไม่สามารถบรรลุผลเท่าที่ควร เนื่องจากปัญหาการบังคับการใช้กฎหมายจิตสำนึกด้านสิทธิและการจัดการเลือกปฏิบัติของสังคมและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องขาดความรู้ความเข้าใจในการใช้กฎหมายที่เพียงพอ และขาดบทบังคับที่มีประสิทธิภาพ จึงยังคงเกิดการกระทำการเลือกปฏิบัติเรื่อยมา อีกทั้งการเลือกปฏิบัติที่สะสมมาเป็นระยะเวลานานอาจก่อให้เกิดปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อสังคมในวงกว้างได้ การกำหนดมาตรการทางอาญาโดยมีบทลงโทษเพื่อห้ามปรามการกระทำการเลือกปฏิบัติ อันเป็นกฎหมายเชิงสัญลักษณ์เพื่อแสดงให้เห็นว่าการกระทำการเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำที่น่ารังเกียจ ควรถูกสังคมประณามตำหนิ และควรลงโทษแก่ผู้กระทำการเลือกปฏิบัติ อาจเป็นทางเลือกหนึ่งในการช่วยยับยั้งการกระทำการเลือกปฏิบัติได้ ผู้เขียนจึงได้ศึกษาการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติในหัวข้อถัดไป

4.1.3 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประเทศไทย

ไทย

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์คุ้มครองคนในสังคมให้อยู่ร่วมกันอย่างสงบเรียบร้อย ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หากการกระทำใด ๆ ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ก่อเกิดความเสียหายแก่สิทธิของผู้อื่น จึงเห็นควรที่จะต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้เพื่อควบคุมการกระทำนั้น ๆ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์ว่าการเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือไม่ กระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่นหรือไม่ และรัฐสามารถกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาเพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ เพียงใด ประกอบกับกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับที่รุนแรง มีโทษทางอาญาที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อควบคุมไม่ให้รัฐออกบทบัญญัติเกินขอบเขต การกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติที่ต้องรับโทษทางอาญาจึงต้องพิจารณาเหตุผลและความจำเป็นตามหลักเกณฑ์ว่าควรกำหนดให้การเลือกปฏิบัติบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ผู้เขียนจึงได้ศึกษาหลักเกณฑ์การกำหนดกฎหมายอาญาของนักวิชาการต่าง ๆ โดยสรุปและวิเคราะห์ได้ ดังนี้

1. การกระทำต้องเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ และขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน อีกทั้งต้องเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อส่วนรวม หรือกระทบต่อเอกชนแต่ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นด้วย

2. การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายต่อผู้อื่นหรือสังคม อันตรายต่อประโยชน์ความมั่นคง เป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของส่วนรวม หรือเป็นอันตรายต่อประโยชน์ของรัฐ เป็นการกระทำที่คนส่วนใหญ่ไม่ให้อภัยกับการกระทำนั้น ๆ

3. การกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาจะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายกับสังคมมากกว่าการกระทำที่เป็นความผิด และการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาจะไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เช่น การลงโทษข่มขู่เพื่อป้องกันสังคม การลงโทษเพื่อลดการกระทำที่ไม่พึงปรารถนา

4. เป็นทางเลือกสุดท้ายเนื่องจากไม่มีมาตรการอื่นใดที่เหมาะสมแล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญา ซึ่งการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาต้องพิจารณามาตรการอื่นด้วยว่าสามารถนำไปใช้ควบคุมการกระทำได้ดีกว่าการลงโทษทางอาญาหรือไม่

ผู้เขียนได้วิเคราะห์ว่าควรกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การกระทำที่ควรป็นความผิดทางอาญา คือ การกระทำนั้นจะต้องเป็น การกระทำที่น่าตำหนิ และขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี กระทบกระเทือนสังคม และ ประชาชนไม่อาจให้อภัยในการกระทำนั้น

เมื่อพิจารณาว่าการกระทำใดบ้างเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ ต้องพิจารณาว่าการกระทำ นั้นฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญหรือไม่ และในขณะนั้นผู้กระทำรู้ถึงสิ่งที่กฎหมายมุ่งให้ความ ค้ำครองและมีเจตจำนงประสงค์จะทำสิ่งนั้นหรือไม่ โดยคุณธรรมทางกฎหมาย คือ สิ่งที่ยกกฎหมายให้ ความคุ้มครอง เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ และกรรมสิทธิ์ ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายอาญาพัฒนาขึ้นมาโดยนักกฎหมายเยอรมันเรียกว่า *Rechtsgut*²⁰⁹ โดยศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้กล่าวไว้ว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่ สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่เป็สภาพในความคิดหรือเป็นสิ่งที่เป็ นนามธรรม กล่าวโดยเฉพาะเป็นสิ่งที่เป็ประโยชน์ (interesse หรือ interest) หรือเป็นสิ่งที่เป็ น “คุณค่า” (Wert หรือ value) ในการที่จะให้การอยู่ร่วมกัน ซึ่งมนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิด ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันของผู้อื่น”²¹⁰ ฉะนั้นจึงสรุปได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมาย คือ ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่ยกกฎหมายคุ้มครองให้เป็นคุณธรรมที่สำคัญและจำเป็นสำหรั บการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ ดังนั้น เมื่อพิจารณาการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติขึ้นจึงต้อง พิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครอง ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของหลักการเลือก ปฏิบัติ คือ หลักความเสมอภาคของบุคคล โดยหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันนั้นเป็หลักสำคัญใน เรื่องสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็หลักสำคัญที่มนุษย์ทุกคนพึงได้รับความคุ้มครอง เป็สิทธิที่ติดตัวมาแต่กำเนิดไม่มีผู้ใดจะล่วงละเมิดได้ มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและต้องไม่ละเมิดหรือ ลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นในการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า คุณธรรมทาง กฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองในความผิดฐานเลือกปฏิบัติ คือ หลักความเสมอภาค (Principle of Equality) หากมีการกระทำการเลือกปฏิบัติโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติข้อห้ามใด ๆ และการ กระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคขึ้น การเลือกปฏิบัติเช่นนี้จึงเป็การกระทำที่น่าตำหนิ

²⁰⁹ คณิต ฒ นคร, “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” วารสารอัยการ ,น.55,(2523).

²¹⁰ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,2559),น.44.

สำหรับกรณีการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นการกระทำที่ไม่เกี่ยวกับเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ แต่เกี่ยวข้องและกระทบต่อส่วนร่วม หรือเป็นเรื่องของเอกชนแต่กระทบต่อบุคคลอื่นด้วย การกระทำการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุพื้นฐานทางเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว ความพิการ เพศ อายุ หรือความคิดเห็นทางการเมือง ฯลฯ แม้กระทำต่อบุคคลใด บุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตาม ผลจากการเลือกปฏิบัติกระทบต่อส่วนรวม ส่งผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะหรือประเภทอันคล้ายคลึงกับผู้ถูกเลือกปฏิบัติในลักษณะเหมารวม ส่งผลกระทบต่อประชาชนคนอื่น ๆ คนในสังคมถูกล่วงเกินจนรู้สึกว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมในแง่หลักความเสมอภาค เป็นการกระทำที่เป็นผลร้ายต่อผู้อื่น ตามหลัก Offence peinciple²¹¹ ที่แม้การกระทำจะไม่เป็นภัยที่ร้ายแรงแต่สังคมเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นผลร้ายต่อศีลธรรมอันดี หลักมาตรฐานการดำรงอยู่ของสังคม คือ หลักความเสมอภาค และสิทธิมนุษยชน คุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่ทุกคนต้องเคารพต่อกัน อันเป็นไปตามหลัก Legal Moralism อันเป็นมาตรฐานทางศีลธรรมที่สังคมยึดถืออยู่ การเลือกปฏิบัติแม้ไม่ได้มีลักษณะที่น่ากลัวน่าหวาดหวั่นแต่ประชาชนส่วนมากเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีอาจให้อภัยได้ เนื่องจากมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรง การกระทำการเลือกปฏิบัติจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้น การเลือกปฏิบัติจึงเป็นการกระทำที่น่าตำหนิและขัดต่อความสงบเรียบร้อย

ประการที่สอง การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญา การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่น และเป็นการกระทำที่เป็นภัยอันตรายต่อสังคมเป็นอันตรายต่อประโยชน์ของรัฐ

เมื่อพิจารณาถึงการเลือกปฏิบัติ กับกรณีการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่น ซึ่งโดยหลักแล้วรัฐมีความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อกำหนดห้ามการกระทำของบุคคลที่ก่ออันตรายต่อผู้อื่น ซึ่งแม้การกระทำบางอย่างไม่เป็นภัยอันตรายโดยตรงชัดเจนอันมีความผิดในตัวเอง เช่น การฆ่า การทำร้าย แต่หากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ล่วงเกินความรู้สึกของคนในสังคม กระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคม เป็นการกระทำผิดต่อศีลธรรมอันดี หรือมาตรฐานที่สังคมยึดถืออยู่ เห็นควรที่รัฐจะออกกฎหมายมาเพื่อเป็นเครื่องมือในการแสดงถึงการปกป้องคุ้มครอง

²¹¹ Joel Feinberg, Harm to others the moral limited to criminal law , ,(1984,Oxford university press) p.13.

จากอันตรายที่อาจจะเกิดต่อคนในสังคม และหากบุคคลใดได้ถูกเลือกปฏิบัติจากบุคคลอื่นเพราะเหตุพื้นฐานของบุคคลนั้น ทั้ง ๆ ที่บุคคลนั้นมีสิทธิ หรือควรจะได้รับสิทธิในอันที่ตนพึงจะได้ การกระทำเลือกปฏิบัติดังกล่าวจึงเป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์ของบุคคลนั้น ๆ นอกจากการเลือกปฏิบัติจะก่อให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์ของบุคคล ทำให้บุคคลถูกละเมิดสิทธิและลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ลงแล้ว การเลือกปฏิบัติยังก่อให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์ของรัฐด้วย เพราะรัฐมีหน้าที่จะต้องทำให้สังคมเกิดความเสมอภาคขึ้น โดยหลักความเสมอภาคเป็นศีลธรรมในการดำรงอยู่ของสังคม หากสังคมรู้สึกว่าไม่มีความเสมอภาคเท่าเทียม สังคมอาจไม่เกิดความไม่สงบสุข ประชาชนไม่เชื่อมั่นในการบริหารงานของรัฐ สังคมเกิดความเหลื่อมล้ำ รู้สึกถึงความไม่เป็นธรรม และไม่เกิดความยุติธรรม ด้วยเหตุดังกล่าว การเลือกปฏิบัติจึงเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์ของบุคคลและประโยชน์ของรัฐ

หลักเกณฑ์ประการที่สาม การกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา ไม่ก่อให้เกิดผลร้ายกับสังคมมากกว่าการกระทำที่เป็นความผิด กล่าวคือ ต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างผลร้ายที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติ กับผลร้ายที่เกิดจากการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ โดยผลร้ายที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติ นั้น จะกระทบต่อหลักความเสมอภาค สิทธิมนุษยชนที่พึงมีของแต่ละบุคคล ส่วนผลร้ายที่เกิดจากการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติจะเป็นการบัญญัติเพื่อปกป้องและคุ้มครองผู้ถูกระทำการเลือกปฏิบัติและเป็นการขจัดไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น จึงไม่มีผลร้ายจากการห้ามการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด เพราะการปล่อยให้มีการเลือกปฏิบัติมีแต่จะส่งผลร้ายต่อผู้ถูกระทำและสังคม อีกทั้งการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญานั้นไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เพราะหากกำหนดบทลงโทษความผิดฐานเลือกปฏิบัติจะเป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่และป้องกันบุคคลมิให้ถูกเลือกปฏิบัติและลดการเลือกปฏิบัติอันการกระทำที่ไม่พึงปรารถนาลง ทั้งนี้หากกำหนดการเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาจึงเป็นการกำหนดความผิดเชิงสัญลักษณ์ (symbolic effect)²¹² แสดงออกถึงการประณามการกระทำการเลือกปฏิบัติว่าสังคมไม่ยอมรับ เป็นแสดงออกว่าสังคมตระหนักและให้ความสำคัญให้คุณค่าต่อความเท่าเทียมกันของมนุษย์ และปกป้องบุคคลมิให้ตกเป็นผู้ถูกเลือกปฏิบัติ การกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาจึงเป็นการออกกฎหมายเพื่อข่มขู่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล

²¹² Gerstenfield, Hate Crime : Causes, Control and Controversies, pp 26-27 อ้างถึงใน กชกร วิชาภัย บุนนาค, “การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.63-64.

อันเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดและคุ้มครองป้องกันผู้อื่นจากการถูกเลือกปฏิบัติ ดังนั้น การกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาจึงไม่ก่อให้เกิดผลร้ายกับสังคมมากกว่าการปล่อยให้มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น และกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญานั้นจะไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาแต่อย่างใด

หลักเกณฑ์ประการที่สี่ เมื่อกฎหมายที่มีอยู่ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ และไม่สามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสม ไม่มีทางเลือกอื่นใดที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ดีเท่ากับการกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาจึงทางเลือกสุดท้าย (ultima ratio)²¹³

เมื่อพิจารณาถึงบทลงโทษอื่นนอกเหนือจากโทษทางอาญา ได้แก่ โทษทางแพ่ง โทษทางปกครอง การจ่ายค่าชดเชยเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย ซึ่งอาจไม่ได้ป้องปรามมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นอีกและไม่ได้คุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด หรือการบังคับใช้ค่าเสียหายทางแพ่งที่มีผลการบังคับเฉพาะตัวบุคคลที่เกี่ยวข้อง แต่การบัญญัติโทษทางอาญามีผลในลักษณะการข่มขู่และใช้บังคับได้กับทุกคน อีกทั้งการดำเนินคดีทางอาญาเอื้อประโยชน์ต่อโจทก์ในแง่การเข้าถึงพยานหลักฐานและมีภาระค่าใช้จ่ายที่ต่ำกว่ามาก และกฎหมายอาญามีหลักให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยบริสุทธิ์ ในขณะที่อำนาจในทางแพ่งตีความการเลือกปฏิบัติในความหมายที่กว้างกว่า และผลจากการพิสูจน์ไปยังฝ่ายจำเลยอีกด้วย ทั้งนี้ กระบวนการทางแพ่งมีข้อจำกัดด้านการเงินและความเสี่ยงในการเข้าถึงข้อมูลซึ่งเป็นพยานหลักฐาน เพราะส่วนใหญ่พยานหลักฐานจะอยู่ที่ตัวผู้กระทำความผิด การดำเนินการทางอาญานั้นสามารถใช้อำนาจรัฐเรียกพยานหลักฐานจากผู้กระทำความผิดได้ ประกอบกับหากมีการบัญญัติให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายจากการกระทำความผิดได้ด้วยการกำหนดความผิดฐานการเลือกปฏิบัตินี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองป้องกันการกระทำความผิดจากการเลือกปฏิบัติและเยียวยาผู้เสียหายไปพร้อม ๆ กัน ดังนั้น การกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาจึงเป็นวิธีทางสุดท้าย (ultima ratio) ที่จะบังคับใช้มาตรการทางอาญา เนื่องจากมาตรการอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่า เช่น มาตรการทางแพ่ง มาตรการทางปกครอง ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการคุ้มครองสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองอันสามารถแก้ไขและลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างครอบคลุมและมีประสิทธิภาพ

²¹³ Roxin, Strafrecht : Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, 1997, อ้างถึงใน สุรสิทธิ แสงวีโรจนพัฒน์ “การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน,” ข่าวเนติบัณฑิตยสภา, ปีที่ 18, ฉบับที่ 192, น.11-12.

ด้วยเหตุที่ได้วิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดทางอาญาในเรื่องการเลือกปฏิบัติข้างต้น จะเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำที่น่าตำหนิและขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก่อให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์ของรัฐ ซึ่งการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาสามารถแก้ไขปัญหาลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่ามาตรการหรือบทลงโทษด้านอื่น ๆ และจะไม่ก่อผลร้ายกับสังคมมากกว่าผลร้ายที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติ จึงสรุปได้ว่า การบัญญัติความผิดอาญาฐานเลือกปฏิบัติมีเหตุผลและความจำเป็นตรงตามหลักเกณฑ์การบัญญัติความผิดทางอาญาทุกประการ

4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศเรื่องการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

การกำหนดความผิดฐานการเลือกปฏิบัตินั้นจะต้องบัญญัติองค์ประกอบของการกระทำความผิดไว้ให้ชัดเจน ได้แก่ องค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน โดยองค์ประกอบภายนอกของความผิดนั้นจะต้องประกอบไปด้วย 1. ผู้กระทำ 2. การกระทำ 3. วัตถุแห่งการกระทำ องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา และเจตนาพิเศษอันเป็นมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด อีกทั้งจะต้องกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย ซึ่งในการกำหนดความผิดอาญาฐานเลือกปฏิบัติ นั้น จะต้องนิยามความหมายของคำว่าเลือกปฏิบัติให้ชัดเจน และกำหนดข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้ด้วย โดยผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในหัวข้อ “นิยามความหมายเลือกปฏิบัติ” และ “ลักษณะการกระทำความผิด” อันเป็นองค์ประกอบภายนอกที่สำคัญ จากนิยามของกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย ที่ได้นิยามไว้เพื่อป้องกันการตีความกฎหมายอันเป็นลักษณะต้องห้ามของกฎหมายอาญา และในส่วนองค์ประกอบความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ผู้เขียนได้ศึกษา “ผู้กระทำผิด” และ “ลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง” อันเป็นมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาจากการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติของกฎหมายประเทศฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ สเปน และรวันดา เพื่อเป็นแนวทางในการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศในบทที่ 3 ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ สเปน และวันดา ได้มีการบัญญัติให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา ผู้เขียนสรุปได้ดังนี้

ประเทศ/ ประเด็น	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	วันดา
ชื่อกฎหมาย	French Penal Code	Swiss Criminal Code	Spain Criminal Code	Criminal Code (Wetboek van Strafrecht)	Law no 47/2001 on prevention, Suppression and punishment of the crime of discrimination and sectarianism
มาตรา	Art. 225-1 - 225-4	Art.261 ^{bis}	Article 22 (4) Article 314 Article 511 Article 512	Section 90quater Section 137d Section 137g Section 429quater	Article 1, 2, 3, 5, 6
ฐานความผิด	Discrimination	Racial Discrimination	-Racial and ethnic discrimination in the public service -Racial and ethnic discrimination by public officials	-Discriminatory expressions -Discrimination in the exercise of an office, a profession or trade	Discrimination
ประเภทความผิด	Offences against the dignity of persons	Felonies and Misdemeanours against Public Order	On the felonies committed when exercising the fundamental right and public liberties guaranteed by the constitution	-Serious Offences against Public Order -Minor Offences related to Public Order	Punishment for offences of discrimination and sectarianism

ตารางที่ 1 สรุปกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

4.2.1 การนิยามความหมายการเลือกปฏิบัติ

การกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำความผิดทางอาญานั้น การนิยามคำว่า “เลือกปฏิบัติ” เป็นองค์ประกอบภายนอกที่สำคัญในการพิจารณาความผิดฐานเลือกปฏิบัติในส่วนการกระทำความผิด เนื่องจากบัญญัติกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน การนิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติจึงต้องมีความชัดเจน เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปทราบและเข้าใจในความหมายที่แน่นอน ว่าการเลือกปฏิบัติหมายถึงการกระทำแบบใดและมีลักษณะอย่างไรบ้างที่ควรกำหนดเป็นความผิดทางอาญา ผู้เขียนจึงได้ศึกษาความหมายและบทนิยามของการกระทำ “การเลือกปฏิบัติ” จากอนุสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศวันดา เพื่อเป็นแนวทางในการบัญญัติองค์ประกอบภายนอกความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ในส่วน “การกระทำการเลือกปฏิบัติ” โดยผู้เขียนได้ศึกษานิยามการเลือกปฏิบัติไว้ ดังนี้

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ ในข้อบทที่ 1 (1) ได้นิยามคำว่า “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” หมายถึง “การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย ชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลทำให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่น ๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล”²¹⁴

อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO convention) อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ ได้นิยามคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” หมายถึง “การแบ่งแยก การกีดกัน หรือ การเลือกกระทำใด ๆ บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง การสังกัดกันหรือการถดถอยทางชาติหรือชาติกำเนิดทางสังคม สัญชาติ หรือสถานภาพทางสังคม”²¹⁵

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ และพิธีสารเลือกรับ ได้นิยามคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ในข้อ 1 ว่า “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี หมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้

²¹⁴ Convention on the Elimination of all Forms Racial Discrimination - CERD : Article 1

²¹⁵ Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) : Article 1

เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภคหรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรส บนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรี ของสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้าน การเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมของพลเมือง หรือด้านอื่น ๆ ...”²¹⁶

ประเทศฝรั่งเศส ได้นิยามความหมายของเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 225-1 บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การแบ่งแยกใด ๆ โดยกระทำระหว่างบุคคลธรรมดา โดยเหตุในเรื่องชาติ กำเนิด เพศ สถานะทางครอบครัว รูปลักษณ์ทางกายภาพ นามสกุล สภาพของสุขภาพ ความพิการ ลักษณะทางพันธุกรรม ศีลธรรมทางเพศ หรือรสนิยมทางเพศ อายุ ความคิดเห็นทางการเมือง การ เคลื่อนไหวอย่างเป็นสหภาพ หรือความเป็นสมาชิก หรือไม่เป็นสมาชิก ไม่ว่าจะโดยแท้จริง หรือโดย เชื่อว่าน่าจะเป็น ของกลุ่มชาติพันธุ์ ชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนา”

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ไม่ได้นิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้ชัดเจน แต่อาจอ้างอิงจากความหมายตามรัฐธรรมนูญของประเทศสวิตเซอร์แลนด์และอนุสัญญาต่าง ๆ ที่ประเทศ สวิตเซอร์แลนด์เข้าร่วมเป็นภาคี

ประเทศสเปน ปรากฏนิยามคำว่าเลือกปฏิบัติ ในมาตรา 23 ของกฎหมายกำหนด สิทธิและเสรีภาพของชาวต่างชาติของสเปน โดยนิยามการเลือกปฏิบัติว่า “การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การกระทำใด ๆ ไม่ว่าจะโดยตรงหรืออ้อม การยกเว้นหรือการจำกัด การให้สิทธิพิเศษโดยพิจารณาบน พื้นฐาน เชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ศาสนา ความเชื่อหรือการปฏิบัติใด ๆ โดยการ กระทำดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการทำลาย การจำกัด การใช้สิทธิในเงื่อนไขความเสมอภาค สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในทางการเมืองเศรษฐกิจสังคมวัฒนธรรม” และยังปรากฏนิยาม การเลือกปฏิบัติในพระราชบัญญัติการบริการสังคมและความเสมอภาคที่กำหนด โดยกระทรวงสาธารณสุข โดยนิยามว่า “การเลือกปฏิบัติ หมายถึง ทัศนคติ การกระทำ หรือ พฤติกรรมใด ๆ อันส่งผลให้มีความแตกต่าง และได้รับการรักษาที่น้อยกว่าผู้อื่นจากบุคคล กลุ่มองค์กรใด ๆ หรือมากกว่าหนึ่งบนพื้นฐานลักษณะของผู้นั้น”

ประเทศเนเธอร์แลนด์ ปรากฏนิยามคำว่าเลือกปฏิบัติในมาตรา 90 ของประมวล กฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ ดังนี้ “การเลือกปฏิบัติ หรือการต่อต้านโดยแบ่งแยก หมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน การจำกัด หรือการให้สิทธิพิเศษ โดยมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่เป็น

²¹⁶ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women : Article 1

โมฆะ หรือลดสิทธิที่ได้รับรอง การใช้สิทธิอย่างเท่าเทียม ทั้งการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการเมืองหรือเศรษฐกิจทางสังคมหรือวัฒนธรรมหรือเหตุพื้นฐานอื่น ๆ ทางสังคม”

ประเทศวันดา ปรากฏนิยามความหมายคำว่าเลือกปฏิบัติในมาตรา 1 และ มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติป้องกัน ปรามปราม และการลงโทษอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติและการแบ่งแยก (LAW NO 47/2001 ON PREVENTION, SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF DISCRIMINATION AND SECTARIANISM) ในมาตรา 1 ที่บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติ หมายถึง คำพูด การเขียน การกระทำใด ๆ บนพื้นฐาน เชื้อชาติ ต้นกำเนิดประเทศ สีผิว ลักษณะทางกายภาพ เพศ ภาษา ศาสนา หรือแนวคิด อันมีวัตถุประสงค์ในการลิดรอนสิทธิของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลไปจากสิทธิที่เขาพึงมีจากกฎหมายประเทศวันดาและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศวันดาเข้าร่วมเป็นภาคี” และมาตรา 3 บัญญัติว่า “การลิดรอนสิทธิของบุคคลใดไม่ว่าหญิงหรือชาย หมายถึง การปฏิเสธสิทธิที่เขาพึงได้รับกฎหมายประเทศวันดาและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศวันดาเข้าร่วมเป็นภาคี” ดังนั้น การเลือกปฏิบัติ จึงหมายถึง คำพูด การเขียน การกระทำใด ๆ บนพื้นฐานเชื้อชาติ ต้นกำเนิดประเทศ สีผิว ลักษณะทางกายภาพ เพศ ภาษา ศาสนา หรือ แนวคิด อันเป็นการปฏิเสธสิทธิที่เขาพึงได้รับกฎหมายประเทศวันดาและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศวันดาเข้าร่วมเป็นภาคี

สำหรับการนิยามคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ของประเทศไทย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้ให้ความหมายไว้ว่า การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียงซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ ผิว เชื้อชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่น ๆ สัญชาติ หรือที่มาในสังคม ความยากดมีเงิน สถานะของแหล่งกำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบหรือทำให้สูญเสียไปหรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป การใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพทั้งหมด และปรากฏคำนิยามความหมายของเลือกปฏิบัติ ในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ในมาตรา 3 ที่บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ซึ่งนิยามการเลือกปฏิบัติดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมที่เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ เช่น การเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา ความพิการ เป็นต้น

จากที่ได้ศึกษาการนิยามความหมายของอนุสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายแต่ละประเทศที่ได้กล่าวมาข้างต้น ล้วนนิยามว่า การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การกระทำใด ๆ อันมีลักษณะจำกัดสิทธิ แบ่งแยก กีดกัน การใช้สิทธิ ปฏิเสธการได้รับสิทธิของผู้อื่นโดยเหตุบนพื้นฐานความแตกต่างทั้งในเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา เพศ ความคิดเห็นที่แตกต่างของผู้นั้น อันทำให้ผู้นั้นไม่ได้รับสิทธิตามกฎหมายที่เขาพึงได้รับ ผู้เขียนเห็นว่า ควรนิยามคำว่า การเลือกปฏิบัติให้ชัดเจนโดยอ้างอิงจากบทนิยามของประเทศฝรั่งเศสประกอบกับบทนิยามของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 โดยเพิ่มเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง เช่น ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง เพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะผู้เสียหายที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 27 เรื่องการความคุ้มครองการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เพื่อป้องกันการตีความและขยายความ ดังนี้

“การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ปฏิเสธสิทธิใด ๆ อันบุคคลนั้นพึงได้รับตามกฎหมาย โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุความแตกต่างพื้นฐานทาง ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง”

4.2.2 ลักษณะผู้กระทำความผิดในความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

องค์ประกอบภายนอกในความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ส่วนแรก ได้แก่ “ผู้กระทำความผิด” ซึ่งบุคคลที่ต้องรับผิดทางอาญาแบ่งออกเป็น บุคคลธรรมดา และนิติบุคคล โดยนิติบุคคลจะต้องรับผิดตามกฎหมายก็ต่อเมื่อผู้แทนนิติบุคคลกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแน่นอน เมื่อพิจารณาการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติของกฎหมายต่างประเทศแล้ว พบว่ามีการกำหนดผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติแตกต่างกัน ดังนี้

ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดผู้กระทำความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-1 บัญญัติว่า การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การแบ่งแยกใด ๆ โดยบังคับใช้กับบุคคลธรรมดา ตามมาตรา 225-1 วรรคหนึ่ง และบังคับใช้กับนิติบุคคลตามมาตรา 225-1 วรรคสอง กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประเทศฝรั่งเศสนั้น กฎหมายบัญญัติผู้กระทำความผิดทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลไว้โดยชัดเจน

ส่วนประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้กำหนดลักษณะผู้กระทำความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 261 โดยใช้คำว่า “ผู้ใด” เมื่อไม่ปรากฏการบัญญัติความผิดสำหรับนิติบุคคล และเมื่อ

พิจารณาโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานเลือกปฏิบัติที่มีแต่เพียงโทษจำคุกซึ่งไม่สามารถบังคับใช้กับนิติบุคคลได้ ดังนั้น ลักษณะผู้กระทำความผิดของประเทศสวิตเซอร์แลนด์จึงมีเพียงบุคคลธรรมดาเท่านั้น

สำหรับประเทศสเปนได้กำหนดผู้กระทำความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 314 และ มาตรา 512 โดยบัญญัติคำว่า “ผู้ใด” กระทำการเลือกปฏิบัติ ... ซึ่งผู้ใดนั้นหมายถึงบุคคลธรรมดา และมาตรา 511 วรรคสอง บัญญัติให้ สมาคม มูลนิธิ สโมสร หรือบริษัท ต้องรับผิดชอบการกระทำการเลือกปฏิบัติด้วย ดังนั้น ลักษณะผู้กระทำความผิดของประเทศสเปนจึงมีทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตามที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งประเทศสเปนได้กำหนดลักษณะผู้กระทำความผิดโดยเฉพาะในมาตรา 511 วรรคสาม และมาตรา 512 กรณีเป็นข้าราชการ ผู้ประกอบวิชาชีพ และผู้ดำเนินการทางธุรกิจเป็นผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษทำให้ผู้กระทำความผิดที่มีฐานะพิเศษได้รับโทษเพิ่มขึ้นและได้รับโทษพิเศษอีกด้วย

ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้กำหนดผู้กระทำความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137g และมาตรา 429 quater โดยบัญญัติ คำว่า “บุคคลผู้ใช้อำนาจทางการงาน อาชีพ ธุรกิจ โดยจงใจเลือกปฏิบัติต่อ...” และ “บุคคลใดใช้อำนาจหรือหน้าที่ตนกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ผู้ปฏิบัติงานในทางวิชาชีพหรือในการดำเนินธุรกิจ กระทำการเลือกปฏิบัติ....” ซึ่งคำว่า บุคคลใด หมายความว่าเฉพาะบุคคลธรรมดาและเมื่อไม่ปรากฏการบัญญัติความผิดของนิติบุคคล ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงลักษณะโทษที่กำหนดในความผิดฐานเลือกปฏิบัตินั้นมีเฉพาะโทษกักขังซึ่งไม่สามารถบังคับใช้กับนิติบุคคลได้ ดังนั้นลักษณะผู้กระทำความผิดของเนเธอร์แลนด์จึงมีเพียงบุคคลธรรมดาเช่นเดียวกับประเทศสวิตเซอร์แลนด์

สำหรับประเทศวันดาได้กำหนดลักษณะผู้กระทำความผิดไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันปราบปราม และการลงโทษอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติและการแบ่งแยก ไว้ในมาตรา 5 และมาตรา 6 โดยบัญญัติคำว่า ผู้ใด (บุคคลธรรมดา) เจ้าหน้าที่รัฐ เจ้าหน้าที่เอกชน รวมถึงบัญญัติสมาคมหรือพรรคการเมืองใด ๆ หรือองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร (นิติบุคคล) ถ้าได้กระทำความผิดฐานอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติต้องระวางโทษ... ดังนั้น กฎหมายประเทศวันดาจึงกำหนดลักษณะผู้กระทำความผิดไว้ทั้งบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลบางประเภทตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่นเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศสและสเปน

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้ง 5 ประเทศ ข้างต้น จะพบว่าในส่วนของ การกำหนดลักษณะของผู้กระทำความผิด ทุกประเทศได้บัญญัติลักษณะของผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดาไว้ทั้งหมด โดยประเทศสเปนและประเทศวันดาได้บัญญัติลักษณะบุคคลธรรมดาที่มีฐานะพิเศษที่เป็นเจ้าพนักงาน เจ้าหน้าที่รัฐ ข้าราชการ ถ้าหากได้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติต้อง

ได้รับโทษเพิ่มขึ้นหรือได้รับโทษพิเศษ ส่วนประเทศที่บัญญัติให้นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจน ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสเปน และประเทศรวันดา ซึ่งผู้เขียนสรุปเป็นตารางเปรียบเทียบลักษณะผู้กระทำความผิดได้ดังนี้

ประเทศ/ ประเด็น	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	รวันดา
ผู้กระทำความผิด	บุคคล ธรรมดา และ นิติบุคคล	บุคคลธรรมดา	บุคคลธรรมดา และ นิติบุคคล	บุคคลธรรมดา	บุคคลธรรมดา และนิติบุคคล
เหตุเพิ่มโทษ	-	-	บุคคลธรรมดาที่มีฐานะพิเศษที่เป็นเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐข้าราชการ	-	บุคคลธรรมดาที่มีฐานะพิเศษที่เป็นเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐข้าราชการ

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบลักษณะผู้กระทำความผิด

สำหรับการกำหนดลักษณะผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนเห็นควรกำหนดลักษณะผู้กระทำความผิดต่อบุคคลธรรมดาที่กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติ และกำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีบุคคลที่มีฐานะพิเศษกระทำความผิด เช่น เจ้าพนักงาน เจ้าหน้าที่รัฐ เช่นเดียวกับประเทศสเปนและประเทศรวันดา และกำหนดให้นิติบุคคลรับผิดชอบในการกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ประเทศสเปน และประเทศรวันดา ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองป้องกันการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติบุคคลภาคเอกชนซึ่งยังเป็นช่องว่างทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา เพื่อจะได้เป็นการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อคุ้มครองทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน

4.2.3 ลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

สำหรับองค์ประกอบภายนอกในส่วนวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ ได้แก่ สิ่งที่ถูกกระทำมุ่งหมายกระทำต่อ ซึ่งในความผิดฐานเลือกปฏิบัตินั้น ได้แก่ “ผู้อื่น” ซึ่งผู้ถูกเลือกปฏิบัติอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดผู้เสียหายไว้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ส่วนประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศรวันดา

กำหนดผู้เสียหายไว้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น และองค์ประกอบภายในที่สำคัญของการกระทำ ความผิดฐานเลือกปฏิบัติ คือ “เจตนาพิเศษ หรือมูลเหตุจูงใจที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ” ซึ่งมูลเหตุจูงใจในความผิดฐานเลือกปฏิบัตินั้น แรงจูงใจหรือแรงกระตุ้นในการเลือกปฏิบัติเกิดจากความแตกต่างของลักษณะพื้นฐานของผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย ซึ่งเหตุแห่งความแตกต่างต้องพิจารณาจากลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ผู้เขียนจึงได้ศึกษาว่าลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองแต่ละประเทศให้ความคุ้มครองมีลักษณะใดบ้าง โดยศึกษาได้ดังนี้

สำหรับลักษณะผู้เสียหายนั้นกฎหมายแต่ละประเทศได้กำหนดลักษณะให้ความคุ้มครองแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับลักษณะพื้นฐาน ประวัติศาสตร์ และความจำเป็นของแต่ละประเทศ จากการวิเคราะห์ปรากฏลักษณะได้ดังนี้

ประเทศฝรั่งเศส ปรากฏลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ตามมาตรา 225-1 ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า ผู้เสียหาย คือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลด้วย โดยมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายที่มีลักษณะพื้นฐานอันเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ได้แก่ 1. ชาติดำเนิน 2. เพศ 3. สถานะทางครอบครัว 4. รูปลักษณ์ทางกายภาพ 5. นามสกุล 6. สภาพของสุขภาพ ความพิการ 7. ลักษณะทางพันธุกรรม 8. ศีลธรรมทางเพศ หรือรสนิยมทางเพศ 9. อายุ 10. ความคิดเห็นทางการเมือง ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะผู้เสียหายที่มุ่งคุ้มครองที่มีลักษณะพื้นฐานอันเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ได้แก่

1. ลักษณะเกี่ยวกับชาติดำเนิน ชาตินัพันธ์ เชื้อชาติ
2. ลักษณะเกี่ยวกับศาสนา
3. ลักษณะเกี่ยวกับเพศ ศีลธรรมทางเพศ หรือ รสนิยมทางเพศ
4. ลักษณะเกี่ยวกับความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ สภาพของสุขภาพ ความพิการ ลักษณะทางพันธุกรรม รูปลักษณ์ทางกายภาพ อายุ

5. ลักษณะอื่น ๆ สถานะทางครอบครัว นามสกุล ความคิดเห็นทางการเมือง

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ รัฐธรรมนูญของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 8 ได้บัญญัติคุ้มครองลักษณะผู้เสียหายที่เป็นบุคคลธรรมดาเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติจากเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา เพศ อายุ ภาษา ฐานะทางสังคม วิถีชีวิต คติความเชื่อ และความเชื่อทางการเมือง หรือเนื่องด้วยความทุพพลภาพของจิตใจหรือร่างกาย และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 261 ยังบัญญัติลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง โดยผู้เสียหายที่มีลักษณะพื้นฐานอันเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ได้แก่ 1. เชื้อชาติ 2. ชาติดำเนิน 3. ศาสนา เมื่อพิจารณาลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแบ่งออกเป็นกลุ่มได้ ดังนี้

1. ลักษณะเกี่ยวกับชาติดำเนิน ชาตินัพันธ์ เชื้อชาติ

2. ลักษณะเกี่ยวกับศาสนา
3. ลักษณะเกี่ยวกับเพศ
4. ลักษณะเกี่ยวกับความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ อายุ
5. ลักษณะอื่น ๆ ภาษา ฐานะทางสังคม วิถีชีวิต คติความเชื่อ และความเชื่อทาง

การเมือง

ประเทศสเปน ปรากฏเหตุลักษณะที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดความผิดเรื่องการเลือกปฏิบัติ ในมาตรา 22 มาตรา 314 มาตรา 511 และมาตรา 512 โดยกำหนดลักษณะผู้เสียหายที่ให้ความคุ้มครองไว้ ได้แก่

1. ลักษณะเกี่ยวกับเหตุเรื่องอุดมการณ์ ศาสนา ความเชื่อ
2. ลักษณะเกี่ยวกับการสังกัดกลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือ กำเนิดทางสัญชาติ
3. ลักษณะเกี่ยวกับเพศสภาพ รสนิยมทางเพศ
4. ลักษณะเกี่ยวกับความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ ความเจ็บป่วย หรือ ความพิการ
5. ลักษณะอื่น ๆ เกี่ยวกับสถานการณ์ทางครอบครัว

ประเทศเนเธอร์แลนด์ปรากฏเหตุลักษณะที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดความผิดเรื่องการเลือกปฏิบัติ ในมาตรา 137d มาตรา 137 g และมาตรา 429 quater โดยกำหนดลักษณะที่ให้ความคุ้มครองไว้ 3 ลักษณะ ดังนี้

1. ลักษณะเกี่ยวกับทางเชื้อชาติ
2. ลักษณะเกี่ยวกับศาสนา ความเชื่อ
3. ลักษณะเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่ารกร่วมเพศหรือต่างเพศ

ประเทศรวันดา ปรากฏเหตุลักษณะที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันปราบปราม และการลงโทษอาชญากรรม การเลือกปฏิบัติและการแบ่งแยกตามมาตรา 1 โดยได้กำหนดลักษณะพื้นฐานผู้ที่ได้รับความคุ้มครองจากเหตุทางเชื้อชาติ ต้นกำเนิด สีผิว ลักษณะทางกายภาพ เพศ ภาษา ศาสนา หรือ แนวคิด ซึ่งพิจารณาลักษณะที่ให้ความคุ้มครองไว้ ดังนี้

1. ลักษณะเกี่ยวกับเชื้อชาติ ต้นกำเนิด สีผิว
2. ลักษณะเกี่ยวกับศาสนา ความเชื่อ
3. ลักษณะเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่ารกร่วมเพศหรือต่างเพศ
4. ลักษณะเกี่ยวกับความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ ลักษณะทางกายภาพ
5. ลักษณะอื่น ๆ ภาษา แนวคิด

สำหรับประเทศไทย ลักษณะพื้นฐานที่กฎหมายให้ความคุ้มครองในเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้นปรากฏผ่าน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 27 และปรากฏลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครองในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 โดยจำแนกลักษณะได้ ดังนี้

1. ลักษณะเกี่ยวกับเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด
2. ลักษณะเกี่ยวกับศาสนา ความเชื่อ
3. ลักษณะเกี่ยวกับเพศ การแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด
4. ลักษณะเกี่ยวกับความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ ลักษณะทางกายภาพ อายุ ความพิการ สภาพ

ทางกายหรือสุขภาพ

5. ลักษณะอื่น ๆ ภาษา สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง

จากบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศวันดา สามารถสรุปเปรียบเทียบให้เห็นอย่างชัดเจนถึงลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายกำหนดให้ความคุ้มครองได้ ดังนี้

ประเทศ/ ประเด็น	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	วันดา
ลักษณะ ผู้เสียหายที่ กฎหมายให้ ความคุ้มครอง	1. ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ 2. ศาสนา 3. เพศ ศีลธรรมทาง เพศ หรือ รสนิยม ทางเพศ 4. ความบกพร่อง ทางกายหรือจิตใจ สภาพของสุขภาพ ความพิการ พันธุกรรม รูปแบบทาง กายภาพ อายุ 5. ลักษณะอื่น ๆ สถานะทาง ครอบครัว นามสกุล ความ คิดเห็นทางการเมือง	1. ชาติกำเนิด ชาติ พันธุ์ เชื้อชาติ 2. ศาสนา 3. เพศ 4. ความบกพร่อง ทางกายหรือจิตใจ อายุ 5. ลักษณะอื่น ๆ ภาษา ฐานะทาง สังคม วิถีชีวิต คติ ความเชื่อ และ ความเชื่อทาง การเมือง	1. อุดมการณ์ ศาสนา ความเชื่อ 2. การสังกัดกลุ่ม ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือ กำเนิดทางสัญชาติ 3. เพศสภาพ รสนิยมทางเพศ 4. ความบกพร่อง ทางกายหรือจิตใจ ความเจ็บป่วย หรือ ความพิการ 5. ลักษณะอื่น ๆ เกี่ยวกับ สถานการณ์ทาง ครอบครัว	1. ลักษณะเกี่ยวกับ ทางเชื้อชาติ 2. ลักษณะเกี่ยวกับ ศาสนา ความเชื่อ 3. ลักษณะเกี่ยวกับ เพศ ไม่ว่าจะร่วมเพศ หรือต่างเพศ	1. เชื้อชาติ ต้น กำเนิด สีผิว 2. ศาสนา ความเชื่อ 3. เพศ ไม่ว่าจะร่วม เพศหรือต่างเพศ 4. ความบกพร่อง ทางกายหรือจิตใจ ลักษณะทาง กายภาพ 5. ลักษณะอื่น ๆ ภาษา แนวคิด

ตารางที่ 3 เปรียบเทียบลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

เมื่อพิจารณาถึงการกำหนดลักษณะพื้นฐานซึ่งแต่ละประเทศบัญญัติลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้การคุ้มครองไว้ จะพบว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันไปตามบริบทของแต่ละประเทศ โดยลักษณะทั่วไปที่ประเทศต่าง ๆ ให้การคุ้มครอง ได้แก่ เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา เพศ ความพิการ ส่วนลักษณะอื่น ๆ ของผู้เสียหาย ได้แก่ ความคิดเห็นทางการเมือง ภาษา การศึกษา สถานะครอบครัว โดยลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติของแต่ละประเทศนั้น ขึ้นอยู่กับจุดมุ่งหมายว่าต้องการคุ้มครองผู้เสียหายลักษณะใด ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับประวัติศาสตร์ทางสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศนั้น ๆ ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลที่ล้วนมีความหลากหลายในสังคมไทย เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงควรบัญญัติเหตุพื้นฐานอันเป็นลักษณะผู้เสียหายให้ครอบคลุมทั้งหมดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เพื่อเป็นการรองรับกฎหมายอย่างครอบคลุมและบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4.2.4 ลักษณะการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดทางอาญา

“ลักษณะการกระทำ” ที่มีความผิดฐานเลือกปฏิบัติ เป็นองค์ประกอบภายนอก ในส่วน “การกระทำ” ที่สำคัญ การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดความผิดฐานเลือกปฏิบัติต้องมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน จากการศึกษาการกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ ล้วนแต่กำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา ส่วนประเทศวันดาได้กำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นอาชญากรรมและมีบทลงโทษทางอาญา โดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติป้องกัน ปราบปราม และการลงโทษอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติและการแบ่งแยก ซึ่งกฎหมายแต่ละประเทศได้กำหนด “ลักษณะการกระทำ” ใดที่เป็นการกระทำอันเป็นความผิดฐานเลือกและต้องรับโทษนั้น พิจารณาได้ดังนี้

ประเทศฝรั่งเศส ได้บัญญัติลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นความผิดไว้ในมาตรา 225-2 โดยมาตรา 225-1 ได้บัญญัติการเลือกปฏิบัติต้องเป็นการแบ่งแยกเพราะเหตุเรื่องชาติกำเนิด เพศ สถานะทางครอบครัว ... และมาตรา 225-2 บัญญัติว่าต้องเป็นการกระทำการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 225-1 คือ มีการกระทำในลักษณะแบ่งแยกและมีการกระทำในลักษณะ (1.) การปฏิเสธที่จะจัดหาให้ซึ่งสินค้าหรือบริการ (2.) การขัดขวางการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยปกติ (3.) การปฏิเสธที่จะจ้าง, ลงโทษ (sanction), หรือเลิกจ้างบุคคล (4.) เข้าควบคุมการผลิตสินค้าหรือบริการ (5.) เข้าควบคุมการเสนอการจ้างงาน หรือปรับใช้หลักสูตรหรือช่วงเวลาฝึกฝน (6.) การปฏิเสธที่จะรับบุคคลเข้าสู่หลักสูตร ตามข้อ 2 ของมาตรา L.412.8 แห่งประมวลกฎหมายประกันสังคม (ผู้ฝึกงานจะได้รับประโยชน์กรณีเกิดอุบัติเหตุระหว่างฝึกงานแม้ไม่มีประกันสังคม)

โดยมาตรา 225-2 ยังได้กำหนดการกระทำที่เป็นเหตุเพิ่มโทษด้วย ถ้าหากเป็นการกระทำในลักษณะ 6 ข้อที่กล่าวมาข้างต้น โดยได้กระทำในสถานที่สาธารณะหรือปิดกั้นมิให้เข้าสถานที่สาธารณะ

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบภายนอกที่สำคัญในส่วน “การกระทำความผิด” ในความผิดฐานเลือกปฏิบัติของของประเทศฝรั่งเศสแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1. กระทำการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำการเลือกปฏิบัติโดยมีการกระทำในลักษณะที่เป็น การแบ่งแยกใด ๆ โดยเหตุลักษณะพื้นฐานของบุคคลที่กฎหมายคุ้มครอง
2. การเลือกปฏิบัติต้องมีลักษณะเป็นการปฏิเสธจัดหาให้ซึ่งสินค้าหรือบริการ ขัดขวางการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยปกติ หรือการปฏิเสธเกี่ยวกับการจ้างงาน ทั้งการฝึกงาน

สำหรับประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้บัญญัติลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 261 วรรคสาม บัญญัติว่า “ผู้ใดเลือกปฏิบัติเป็นการสาธารณะหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลด้วยเหตุพื้นฐานของเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือศาสนา ด้วยคำพูด ข้อเขียน รูปภาพ ท่าทาง การข่มขู่ หรือการกระทำอื่นใด ในลักษณะที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในทางที่ก่อให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือการกระทำผิดอาญาต่อผู้อื่น อันเป็นการขัดมนุษยธรรมลดคุณค่าอย่างร้ายแรง” และมาตรา 261 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ผู้ใดปฏิเสธการให้บริการ รับบริการ โดยบริการนั้นเป็นการให้บริการแก่สาธารณะ ต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล เนื่องจากเหตุด้านเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือศาสนาของเขา ต้องระวางโทษ ...”

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบภายนอกที่สำคัญ ในส่วน “การกระทำความผิด” ในความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ แบ่งได้เป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

1. เป็นการกระทำการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุพื้นฐานของบุคคล (การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือก การระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิ) การกระทำการเลือกปฏิบัติต่อสาธารณะ
2. เป็นการเลือกปฏิบัติ ด้วยคำพูด ข้อเขียน รูปภาพ ท่าทาง การข่มขู่ หรือการกระทำอื่นใด
 - 2.1 ในลักษณะที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในทางที่ก่อให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
 - 2.2 การกระทำผิดอาญาต่อผู้อื่นอันเป็นการขัดมนุษยธรรมลดคุณค่าอย่างร้ายแรง
3. เป็นการกระทำในลักษณะปฏิเสธการให้บริการ รับบริการ โดยบริการนั้นเป็นการให้บริการแก่สาธารณะต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล

สำหรับกฎหมายประเทศสเปนได้บัญญัติลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยมาตรา 314 กรณีการเลือกปฏิบัติอย่างร้ายแรงในการจ้างงานของเอกชนหรือรัฐต่อบุคคล มาตรา 511 กรณีเอกชน สมาคม มูลนิธิ สโมสร หรือบริษัท หรือต่อสมาชิกขององค์กร และข้าราชการ ผู้มีหน้าที่ให้บริการสาธารณะปฏิเสธการให้บริการแก่บุคคลอื่นที่มีสิทธิใช้บริการ และมาตรา 512 กรณีผู้มีวิชาชีพธุรกิจหรือกิจกรรมทางธุรกิจ กระทำการปฏิเสธการให้บริการผู้อื่นในหน้าที่การงาน

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบภายนอกที่สำคัญ ในส่วน “การกระทำความผิด” ในความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศสเปน แบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1. ต้องมีการกระทำการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานลักษณะของผู้นั้น (การกระทำใด ๆ ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม การยกเว้น การจำกัด การให้สิทธิพิเศษ หรือ ทัศนคติ การกระทำ หรือพฤติกรรมใด ๆ อันส่งผลให้มีความแตกต่างและได้รับการรักษาที่น้อยกว่าผู้อื่นจากบุคคล กลุ่ม องค์กรใด ๆ)

2. การเลือกปฏิบัตินั้นได้กระทำในลักษณะ

2.1 ในการจ้างงาน

2.2 ปฏิเสธการให้บริการสาธารณะ

2.3 ปฏิเสธการให้บริการทางธุรกิจ

ส่วนประเทศเนเธอร์แลนด์บัญญัติลักษณะการกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 d กรณีบุคคลใดกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือใช้ความรุนแรงต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของพวกเขา เนื่องจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อทางเพศ หรือรกร่วมเพศ หรือความพิการทางร่างกายจิตใจ ต้องระวางโทษ ... และในวรรคสองของมาตรา 137 d ได้บัญญัติเหตุเพิ่มโทษกรณีความผิดได้กระทำโดยบุคคลที่ประกอบอาชีพ หรือบุคคลที่กระทำโดยเป็นนิตย หรือกระทำโดยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปหรือมากกว่าร่วมมือกันกระทำการเลือกปฏิบัติ และมาตรา 137 g ได้บัญญัติความผิดกรณีการเลือกปฏิบัติของผู้ใช้อำนาจทางการทำงาน อาชีพธุรกิจ ที่ได้กระทำการเลือกปฏิบัติโดยจงใจต่อบุคคลอื่นเพราะเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อทางเพศ หรือรกร่วมเพศ หรือความพิการทางร่างกายจิตใจ หรือทางปัญญา และมาตรา 429 quater ได้บัญญัติความผิดของผู้มีหน้าที่ปลดพนักงานในของสำนักงาน ผู้ปฏิบัติงานในทางวิชาชีพหรือในการดำเนินธุรกิจกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นเพราะเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติศาสนา หรือความเชื่อทางเพศ หรือรกร่วมเพศ หรือความพิการทางร่างกายจิตใจ หรือทางปัญญา

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบภายนอกที่สำคัญ ในส่วน “การกระทำความผิด” ในความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศเนเธอร์แลนด์ แบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1. มีการกระทำการเลือกปฏิบัติ (การแบ่งแยก การกีดกัน การจำกัด หรือการให้สิทธิพิเศษ โดยมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่เป็นโมฆะ หรือลดสิทธิที่ได้รับรอง การใช้สิทธิอย่างเท่าเทียม) เพราะเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อทางเพศ หรือรกร่วมเพศ หรือความพิการทางร่างกายจิตใจ
2. เป็นการเลือกปฏิบัติจากการใช้อำนาจทางการทำงาน อาชีพ ปฏิบัติงานในทางวิชาชีพ หรือในการดำเนินธุรกิจ

สำหรับประเทศวันดาได้บัญญัติลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติในมาตรา 3 โดยกำหนดให้ “การเลือกปฏิบัติเป็นอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติ โดยกำหนดการกระทำที่มีลักษณะการกระทำโดย ใช้คำพูดใด ๆ เขียนคำสั่งใด ๆ หรือกระทำการใด ๆ บนพื้นฐาน ... โดยการกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ปฏิเสธสิทธิมนุษยชนของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เขาพึงได้รับตามกฎหมายประเทศวันดาและกฎหมายอนุสัญญาที่ประเทศวันดาเป็นสมาชิก”

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบภายนอกที่สำคัญ ในส่วน “การกระทำความผิด” ในความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศวันดา คือ ต้องเป็นการกระทำการเลือกปฏิบัติ (คำพูด การเขียน การกระทำใด ๆ โดยการกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ปฏิเสธสิทธิมนุษยชนของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เขาพึงได้รับตามกฎหมายประเทศวันดาและกฎหมายอนุสัญญาที่ประเทศวันดาเป็นสมาชิก)

จากบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศวันดา สามารถสรุปเปรียบเทียบลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดทางอาญา ได้ดังนี้

ประเด็น/ ประเทศ	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	วันดา
ลักษณะการ กระทำของ ความผิดฐานเลือก ปฏิบัติ	มาตรา 225-2 บัญญัติว่าต้องเป็นการ กระทำการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 225-1 คือมีการกระทำในลักษณะ แบ่งแยกเพราะเหตุเรื่องชาติกำเนิด เพศ สถานะทางครอบครัว ... และมี การกระทำในลักษณะ 1. การปฏิเสธที่จะจัดหาให้ซึ่งสินค้า หรือบริการ 2. การขัดขวางการดำเนินกิจกรรมทาง เศรษฐกิจโดยปกติ 3. การปฏิเสธที่จะจ้าง, ลงโทษ (sanction), หรือเลิกจ้างบุคคล 4. เข้าควบคุมการผลิตสินค้าหรือ บริการ 5. เข้าควบคุมการเสนอการจ้างงาน หรือปรับใช้หลักสูตร หรือช่วงเวลา ฝึกฝน 6. การปฏิเสธที่จะรับบุคคลเข้าสู่ หลักสูตร ตาม 2 ของมาตรา L.412.8 แห่งประมวลกฎหมายประกันสังคม	ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 261 วรรคสาม บัญญัติว่า “ผู้ใดเลือก ปฏิบัติเป็นการสาธารณะหรือเลือก ปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลด้วย เหตุพื้นฐานของเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือศาสนา ด้วยคำพูด ข้อเขียน รูปภาพ ท่าทาง การข่มขู่ หรือการ กระทำอื่นใด ในลักษณะที่เป็นการ ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในทางที่ก่อให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือการกระทำผิดอาญาต่อผู้อื่น อัน เป็นการขัดมนุษยธรรมลดคุณค่า อย่างร้ายแรง” และมาตรา 261 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ผู้ใดปฏิเสธการ ให้บริการ รับบริการโดยบริการนั้น เป็นการให้บริการแก่สาธารณะ ต่อ บุคคลหรือกลุ่มบุคคลเนื่องจากเหตุ ด้านเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือศาสนา ของเขา ต้องระวางโทษ ...	ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 314 กรณีการเลือกปฏิบัติ อย่างร้ายแรงในการจ้างงานของ เอกชนหรือรัฐต่อบุคคล มาตรา 511 กรณีเอกชน สมาคม มูลนิธิ สโมสร หรือบริษัท หรือต่อ สมาชิกขององค์กร และข้าราชการ ผู้มีหน้าที่ให้บริการสาธารณะ ปฏิเสธการให้บริการแก่บุคคลอื่นที่ มีสิทธิใช้บริการ มาตรา 512 กรณีผู้มีวิชาชีพธุรกิจ หรือกิจกรรมทางธุรกิจ การกระทำ การปฏิเสธการให้บริการผู้อื่นใน หน้าที่การงาน	ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 d กรณีบุคคลใดกระทำการเลือก ปฏิบัติต่อบุคคลหรือใช้ความรุนแรง ต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของพวกเขา เนื่องจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อทางเพศ หรือ รกร่วมเพศ หรือความพิการทาง ร่างกายจิตใจ ต้องระวางโทษ ... มาตรา 137 g ได้บัญญัติความผิด กรณีการเลือกปฏิบัติของผู้ใช้อำนาจ ทางการงาน อาชีพ ธุรกิจ ที่ได้ กระทำการเลือกปฏิบัติโดยจงใจต่อ บุคคลอื่นเพราะเหตุ ... และมาตรา 429 quater ได้บัญญัติ ความผิดผู้มีหน้าที่ปลดพนักงานใน ของสำนักงาน ผู้ปฏิบัติงานในทาง วิชาชีพหรือในการดำเนินธุรกิจ กระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่น เพราะเหตุ ...	ประเทศวันดาได้บัญญัติลักษณะการ กระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติใน มาตรา 3 โดยกำหนดให้ “การเลือก ปฏิบัติเป็นอาชญากรรมการเลือก ปฏิบัติ โดยกำหนดการกระทำที่มี ลักษณะการกระทำโดย ใช้คำพูดใด ๆ เขียนคำสั่งใด ๆ หรือกระทำการใด ๆ บนพื้นฐาน ... โดยการกระทำนั้น มีวัตถุประสงค์ที่ปฏิเสธสิทธิมนุษยชน ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เขาพึง ได้รับตามกฎหมายประเทศวันดา และกฎหมายอนุสัญญาที่ประเทศ วันดาเป็นสมาชิก”

ตารางที่ 4 เปรียบเทียบลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

สำหรับประเทศไทยนั้นปรากฏลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติไว้แบบกว้าง ๆ ตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ในกรณีการเลือกปฏิบัติที่เป็นการกระทำในลักษณะแบ่งแยก กีดกัน จำกัดสิทธิทั้งทางตรงและทางอ้อมโดยปราศจากความชอบธรรมเพราะเหตุแห่งเพศไว้ ซึ่งยังไม่ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติจากเหตุพื้นฐานอื่น ๆ ที่กฎหมายรัฐธรรมนูญมุ่งให้ความคุ้มครอง และไม่ได้บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาด้วย

จากที่ได้ศึกษาการนิยามความหมายของแต่ละประเทศดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การกระทำใด ๆ อันมีลักษณะจำกัดสิทธิ แบ่งแยก กีดกัน การใช้สิทธิ ปฏิเสธการได้รับสิทธิของบุคคลอื่นโดยเหตุพื้นฐานความแตกต่างของบุคคล และลักษณะการกระทำที่บัญญัติเป็นความผิดทางอาญารฐานเลือกปฏิบัติของแต่ละประเทศมีลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการปฏิเสธการได้รับสิทธิ การได้รับบริการใด ๆ อันผู้ถูกปฏิเสธมีสิทธิได้รับโดยชอบธรรมตามกฎหมาย และเมื่อวิเคราะห์จากแนวทางการกำหนดลักษณะการกระทำที่เลือกปฏิบัติที่เป็นความผิดทางอาญาของแต่ละประเทศที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศเหล่านี้มุ่งเน้นให้ความคุ้มครอง ป้องกันการเลือกปฏิบัติไว้ 2 ลักษณะ คือ 1. การเลือกปฏิบัติในลักษณะการกระทำใด ๆ ต่อบุคคลอื่น โดยเป็นการปฏิเสธการได้รับสิทธิอันบุคคลนั้นพึงได้รับ ไม่ว่าจะเป็นการได้รับการบริการสาธารณะจากทางภาครัฐหรือเอกชน 2. การเลือกปฏิบัติโดยการปฏิเสธ เกี่ยวกับสิทธิในการจ้างงาน การทำงาน การฝึกงาน

สำหรับการกำหนดลักษณะให้การกระทำใดเป็นการกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติที่มีโทษทางอาญาในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดบทบัญญัติให้ชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญา และกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีความผิด โดยอ้างอิงจากทั้งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายสวีเดนแลนด์ ประมวลกฎหมายอาญาสเปน ประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ และพระราชบัญญัติป้องกัน ปราบปราม และการลงโทษอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติและการแบ่งแยกของประเทศวันดา โดยกำหนดให้ การกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการปฏิเสธ กีดกัน การได้รับสิทธิของผู้อื่นซึ่งเป็นสิทธิที่ผู้นั้นพึงได้รับตามกฎหมายเพราะเหตุความแตกต่างที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง กรณีการปฏิเสธการให้บริการสาธารณะจากภาครัฐ และเอกชน ปฏิเสธการจ้างงาน การเลิกจ้างงาน ตามสิทธิที่กฎหมายรองรับ เป็นลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญา

4.2.5 เหตุยกเว้นความผิดและเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

สำหรับเหตุยกเว้นความผิดฐานเลือกปฏิบัติของกฎหมายต่างประเทศที่ผู้เขียนได้ศึกษานั้น พบว่ามีเพียงประเทศฝรั่งเศสประเทศเดียวที่บัญญัติเหตุยกเว้นการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานเลือกปฏิบัติ โดยประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 225-3 ได้บัญญัติข้อยกเว้นกรณีไม่ถือเป็นความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้ ได้แก่ 1. การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของสุขภาพมุ่งต่อการปกป้องหรือการคุ้มครองความเสี่ยงต่อความตาย ความสมบูรณ์ทางกายภาพของบุคคล ความเสี่ยงต่อการไม่อาจทำงานได้ หรือความไม่สมประกอบ 2. การปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือเลิกจ้างอันมีเหตุมาจากการไร้ความสามารถซึ่งเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์ เช่น เหตุแห่งสภาพของสุขภาพ หรือความพิการ 3. การเลือกปฏิบัติในการรับบุคคลเข้าทำงานอันเนื่องมาจากเพศ เมื่อข้อเท็จจริงเรื่องความเป็นชายหรือหญิงเป็นปัจจัยกำหนดการจ้างงาน หรือกิจกรรมที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยบริการสาธารณะ

ในส่วนของการศึกษาบทบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติของกฎหมายประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศวันดา พบว่าแต่ละประเทศมีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ดังนี้

กฎหมายประเทศฝรั่งเศส บัญญัติเหตุเพิ่มโทษความผิดฐานเลือกปฏิบัติกรณีเป็นการเลือกปฏิบัติที่ได้กระทำการปฏิเสธในการจัดหาให้ซึ่งสินค้าหรือการให้บริการในที่สาธารณะ หรือเพื่อปิดกั้นมิให้เข้าถึงสถานที่สาธารณะ โดยเพิ่มโทษจำคุกขึ้นเป็น 5 ปี จากเดิมอัตราโทษจำคุกสำหรับผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้ที่กำหนด 3 ปี และเพิ่มโทษปรับขึ้นเป็น 75,000 ยูโร จากเดิมอัตราโทษปรับสำหรับผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้ 45,000 ยูโร

นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศสยังกำหนดโทษสำหรับกรณีนิติบุคคลกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติ โดยกฎหมายกำหนดให้มีโทษปรับเพิ่มขึ้น 5 เท่าจากบทกฎหมายกำหนดโทษสำหรับบุคคลธรรมดา และกำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลตามมาตรา 131-39 ซึ่งได้แก่ การห้ามประกอบกิจการโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาหรือมีกำหนดระยะเวลาได้ไม่เกิน 5 ปี การถูกควบคุมกิจการโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาหรือไม่เกิน 5 ปี การปิดกิจการของนิติบุคคลโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาหรือมีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี การห้ามประมูลงานจากราชการโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาหรือกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี การริบทรัพย์ที่นิติบุคคลใช้กระทำความผิดหรือที่ได้มาจากการกระทำความผิด และการประกาศหรือแจกจ่ายคำพิพากษาที่ลงโทษทางหน้าหนังสือพิมพ์หรือวิธีการอื่นใดทางวิทยุโทรทัศน์ ซึ่งศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการตัดสินลงโทษนิติบุคคลผู้กระทำความผิด

กฎหมายประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ไม่ได้บัญญัติเหตุเพิ่มโทษความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

กฎหมายประเทศสเปนได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีข้าราชการผู้มีหน้าที่ให้บริการสาธารณะปฏิเสธการให้บริการแก่บุคคลอื่นที่มีสิทธิใช้บริการ ต้องระวางโทษจำคุก 1 - 2 ปี จากเดิมหากบุคคลธรรมดากระทำความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 2 ปี และกำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีผู้กระทำความผิดเป็นข้าราชการ ต้องระวางปรับ 18 - 28 เดือน จากเดิมต้องระวางปรับตั้งแต่ 12 - 24 เดือน (ประเทศสเปนใช้ระบบการปรับรายวันโดยบุคคลธรรมดา มีโทษปรับ 2 - 400 ยูโรต่อวัน ส่วนกรณีนิติบุคคลมีโทษปรับ 30 - 50,000 ยูโรต่อวัน)

อีกทั้งประเทศสเปนได้กำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติกรณีสมาคม มูลนิธิ สโมสร หรือบริษัท หรือต่อสมาชิกขององค์กรกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติตามมาตรา 511 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษปรับปรับตั้งแต่ 12 - 24 เดือน

นอกจากนี้ประเทศสเปนได้กำหนดโทษการห้ามรับเข้าทำงานราชการ และเป็นตำแหน่งราชการ ตั้งแต่ 1 - 3 ปี ลงแก่บุคคลเอกชนผู้มีหน้าที่ให้บริการสาธารณะซึ่งปฏิเสธการให้บริการแก่บุคคลอื่นที่มีสิทธิใช้บริการนั้น และกรณีข้าราชการผู้ใดกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติมีโทษห้ามเข้าทำงานราชการ และเป็นตำแหน่งราชการ ตั้งแต่ 2 - 4 ปี อีกทั้งยังมีกฎหมายกำหนดโทษพิเศษกรณีผู้กระทำความผิดในทางวิชาชีพของเขาหรือกิจกรรมทางธุรกิจปฏิเสธการให้บริการผู้อื่นในหน้าที่การงานของเขาเพราะเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ อาจถูกกีดกันจากการใช้สิทธิทางวิชาชีพ การค้า การธุรกิจหรือพาณิชย์ เป็นระยะเวลา 1 - 4 ปี

กฎหมายประเทศเนเธอร์แลนด์ ได้บัญญัติเหตุเพิ่มโทษ กรณีบุคคลผู้ใช้อำนาจทางการงาน อาชีพ ธุรกิจ โดยจงใจเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุทางเชื้อชาติ ได้การกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติ โดยบุคคลที่กระทำโดยเป็นนิตยหรือกระทำโดยบุคคลตั้งแต่ 2 ขึ้นไปหรือมากกว่าร่วมมือกันกระทำ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี จากเดิมหากกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน และบัญญัติเหตุเพิ่มโทษปรับในกรณีการกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติได้กระทำโดยบุคคลที่กระทำโดยเป็นนิตยหรือกระทำโดยบุคคลตั้งแต่ 2 ขึ้นไปหรือมากกว่าร่วมมือกันกระทำ ต้องระวางโทษปรับในประเภทที่ 4 จากเดิมต้องระวางโทษปรับในประเภทที่ 3

กฎหมายประเทศรวันดา ได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษถ้าผู้กระทำความผิดความผิดฐานอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ หรือเคยเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ เจ้าหน้าที่เกี่ยวกับพรรคการเมือง เจ้าหน้าที่เอกชน รวมถึงเจ้าหน้าที่องค์กรไม่แสวงหาผลกำไร (NGOs) ต้องระวางโทษจำคุก 1 - 5 ปี จากเดิมหากบุคคลธรรมดากระทำเลือกปฏิบัติต้องระวางโทษจำคุก 3 เดือน ถึง 2 ปี และต้องระวางโทษปรับ 500,000 - 2,000,000 รวันดาฟรังซ์ (ประมาณ 20,000 - 85,000 บาท) จากเดิมหากบุคคลธรรมดากระทำเลือกปฏิบัติต้องระวางโทษปรับ 50,000 - 300,000 รวันดาฟรังซ์ (ประมาณ 2,000 - 13,000 บาท)

นอกจากนี้ประเทศวันดาได้กำหนดโทษกรณีสมาคมหรือพรรคการเมืองใด ๆ หรือองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร (NGOs) กระทำความผิดเรื่องการเลือกปฏิบัติจะถูกปรับ 5,000,000 - 10,000,000 ฟรังก์ และกำหนดโทษสำหรับสมาคมหรือพรรคการเมืองใด ๆ หรือองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร (NGOs) ถูกพบว่ากระทำความผิดเรื่องการเลือกปฏิบัติจะถูกลงโทษให้ปิดทำการชั่วคราวตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 1 ปี

4.3 แนวทางในการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศไทย

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ ทั้งประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศวันดา และกฎหมายไทย พบว่าปัญหาการเลือกปฏิบัติเป็นปัญหาสำคัญที่ทุกประเทศให้ความสำคัญและให้การบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ในกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันของสิทธิมนุษยชนและหลักความเสมอภาค โดยการคุ้มครองเรื่องการเลือกปฏิบัติมีการกำหนดไว้ทั้งในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา การกระทำการเลือกปฏิบัติถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิพื้นฐานที่บุคคลพึงได้รับตามที่กฎหมายกำหนด หากเกิดการกระทำการเลือกปฏิบัติขึ้นต่อผู้ใด และหากปล่อยให้มีการบ่มเพาะสะสม ปลุกฝังความคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติจนเป็นบรรทัดฐานของคนในสังคม ประชาชนเห็นว่าการเลือกปฏิบัติเป็นเรื่องปกติ จนเกิดเป็นความเคยชินของสังคม และหากปล่อยให้ผู้ถูกกระทำต้องจำยอมรับผลกระทบจากการเลือกปฏิบัตินั้น ยิ่งจะเป็นอันตรายต่อสังคม และจะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของคนในสังคมในภายภาคหน้า ความผิดฐานเลือกปฏิบัติจึงเป็นการกระทำความผิดที่กระทบต่อสังคมส่วนรวม โดยรัฐจะต้องบัญญัติกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา เพื่อให้การคุ้มครองป้องกันในเรื่องดังกล่าวนี้ มีประสิทธิภาพ มีผลบังคับที่ชัดเจนแน่นอน ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอให้มีการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประเทศไทย

4.3.1 แนวทางการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญา

จากการศึกษาการบัญญัติความทางอาญฐานการเลือกปฏิบัติของประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศวันดา จะพบได้ว่าความผิดฐานเลือกปฏิบัติของแต่ละประเทศได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติ แต่ละประเทศได้กำหนดตัวผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติแตกต่างกันไป โดยจากการศึกษากฎหมายภายในของต่างประเทศ อันได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายอาญาสเปน และพระราชบัญญัติประเทศวันดา ได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติมีได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล โดยกำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลจากการกระทำ

ความผิดฐานเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจน ส่วนประเทศสวีทเซอร์แลนด์ และประเทศเนเธอร์แลนด์ไม่ปรากฏการบัญญัติให้นิติบุคคลต้องรับผิดชอบใดๆ ผู้เขียนเห็นว่า หากต้องการบังคับใช้กฎหมายเรื่องการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติอย่างครอบคลุม ควรกำหนดให้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลภาคเอกชนต้องมีความรับผิดชอบการกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ประเทศสเปน และประเทศวันดา และจะต้องกำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลในการทำผิดฐานเลือกปฏิบัติให้ชัดเจน ซึ่งกฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติการกำหนดโทษนิติบุคคลไว้ชัดเจน จึงต้องศึกษาแนวทางการกำหนดบทลงโทษนิติบุคคลของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสเปน และประเทศวันดามาเทียบเคียง เช่น การกำหนดโทษปรับที่สูงกว่าบุคคลธรรมดา โทษห้ามประกอบกิจการ ห้ามระดมทุนจากประชาชน พักให้บริการชั่วคราว หรือประกาศคำพิพากษาที่ลงโทษทางหนังสือพิมพ์ หรือวิธีการอื่นใดทางวิทยุโทรทัศน์ เป็นต้น เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดบทลงโทษกรณีนิติบุคคลกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประเทศไทย

สำหรับลักษณะผู้เสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครองอันเป็นมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดนั้น กฎหมายแต่ละประเทศได้บัญญัติลักษณะการให้ความคุ้มครองแตกต่างกันตามประวัติศาสตร์วัฒนธรรมและอุดมการณ์ในการคุ้มครองผู้เสียหายของแต่ละประเทศ โดยส่วนใหญ่พบว่ากฎหมายบัญญัติลักษณะผู้เสียหายโดยมุ่งคุ้มครองในเหตุพื้นฐาน เช่น เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ความพิการ เพศ อายุ ศาสนา ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่แสดงออกมาจากผู้เสียหายซึ่งปรากฏเห็นชัดเป็นการทั่วไป สังเกตได้โดยง่ายจากลักษณะทางกายภาพ การแต่งกาย ส่วนเรื่องการคุ้มครองจากเหตุรสนิยมทางเพศ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่ออื่น ๆ การศึกษา สถานะทางสังคม สัญชาติ ภาษา ฐานะทางเศรษฐกิจ อันเป็นลักษณะภายใน แม้ไม่ปรากฏชัดและพบเห็นภายนอกแต่เพื่อคุ้มครองมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติอย่างครอบคลุม หลายประเทศจึงได้กำหนดลักษณะพื้นฐานผู้เสียหายเอาไว้กว้างขวาง เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศวันดา บางประเทศกำหนดลักษณะพื้นฐานไว้แคบแต่ล้วนแล้วแต่เป็นลักษณะพื้นฐานที่สำคัญ เช่น ประเทศสวีทเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยควรกำหนดลักษณะพื้นฐานของผู้เสียหายไว้แบบกว้างเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นการบังคับใช้กฎหมายให้ครอบคลุมและคุ้มครองลักษณะตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนด โดยเหตุลักษณะของผู้เสียหายที่ควรกำหนดคุ้มครอง ควรกำหนดเป็นดังนี้ “ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง” เพื่อป้องกันการตีความขยายความและคุ้มครองบุคคลห้ามการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด

สำหรับการบัญญัติว่าการกระทำใดบ้างที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดฐานเลือกปฏิบัติจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้ง 5 ประเทศ ล้วนกำหนดให้การกระทำที่มีลักษณะการกระทำใด ๆ ต่อบุคคลอื่น อันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน โดยเป็นการปฏิเสธการได้รับสิทธิอันบุคคลนั้นพึงได้รับตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการได้รับการบริการไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณะจากทางภาครัฐและเอกชน สิทธิที่จะไม่ถูกปฏิเสธการจ้างงานโดยไม่ถูกแบ่งแยก กีดกัน เพราะเหตุลักษณะพื้นฐานที่กฎหมายแต่ละประเทศให้ความคุ้มครอง เมื่อวิเคราะห์กับสถานการณ์ปัญหาการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทยที่มักจะเกิดปัญหาการเลือกปฏิบัติเนื่องจากถูกปฏิเสธสิทธิต่าง ๆ อันบุคคลนั้นพึงได้รับ เช่น สิทธิในการได้รับการบริการสาธารณะ สิทธิเกี่ยวกับการจ้างงาน เป็นต้น ผู้เขียนเห็นควรกำหนดการกระทำการเลือกปฏิบัติที่เป็นความผิดทางอาญาไว้ดังนี้ การเลือกปฏิบัติ คือ การกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการจำแนก ปฏิเสธ กีดกัน การได้รับสิทธิของผู้อื่นซึ่งเป็นสิทธิที่ผู้นั้นพึงได้รับตามกฎหมาย เพราะเหตุที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง โดยลักษณะเลือกปฏิบัติที่เป็นความผิดทางอาญาได้แก่

1. การปฏิเสธการให้บริการจากภาครัฐและเอกชน
2. ปฏิเสธการจ้างงาน ลงโทษการทำงาน หรือเลิกจ้าง

โดยการกระทำทั้งสองลักษณะเกิดจากผู้กระทำมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดโดยเหตุมีอคติต่อความแตกต่างของผู้กระทำกับผู้เสียหาย โดยแตกต่างทางถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง

ส่วนกรณีข้อยกเว้นที่ไม่ถือเป็นความผิดฐานเลือกปฏิบัติมีเฉพาะประเทศฝรั่งเศสที่กำหนดไว้ในมาตรา 225-3 กรณีการเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของสุขภาพ มุ่งต่อการปกป้องหรือการคุ้มครองความเสี่ยงต่อความตาย ความสมบูรณ์ทางกายภาพของบุคคล ความเสี่ยงต่อการไม่อาจทำงานได้ หรือความไม่สมประกอบ การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของสุขภาพ หรือความพิการ หากมีการปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือเลิกจ้าง การเลือกปฏิบัติในการรับบุคคลเข้าทำงานอันเนื่องมาจากเพศ เพศต่อปัจจัยในกำหนดการจ้างงาน หรือกิจกรรมที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะ ซึ่งผู้เขียนเห็นควรนำข้อยกเว้นดังกล่าวมาปรับใช้ในการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศไทยด้วยเป็นแนวทางที่ควรนำมากำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประเทศไทย เพื่อมิให้มีการจำกัดสิทธิการเลือกปฏิบัติกับจุดประสงค์ของลักษณะงาน หรือเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้นั้น หรือคุ้มครองสาธารณะประโยชน์ หรือเป็นประเพณีที่ยึดถือเป็นเวลานานจนเป็นแนวปฏิบัติที่สังคมยอมรับ

4.3.2 แนวทางในการเยียวยาผู้เสียหายที่เหมาะสมกับประเทศไทย

แนวทางการเยียวยาแก่ผู้เสียหายที่ถูกกระทำการเลือกปฏิบัติ เมื่อมีการลงโทษผู้กระทำ ความผิดจากเลือกปฏิบัติแล้ว การเยียวยาผู้เสียหายจากการถูกระทำฐานเลือกปฏิบัติก็มีความสำคัญ เป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากผู้เสียหายถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนและถูกลดคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลง จึงควรมีการชดเชยเยียวยาผู้เสียหายจากการกระทำความผิดเป็นค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุที่ได้รับ อันตรายต่อจิตใจและเสรีภาพในการใช้สิทธิ โดยผู้เสียหายต้องยื่นคำร้องขอเรียกค่าสินไหมทดแทน ตามมาตรา 44/ 1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “ในคดีที่พนักงานอัยการ เป็นโจทก์ ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกายชื่อเสียงหรือได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สิน อันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของจำเลย ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้ บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้” โดยให้ศาลเป็นผู้กำหนดสินไหมทดแทนชดเชยความเสียหายให้ และเพื่อเป็นแบบอย่างแก่ผู้เสียหายที่ไม่ได้รับความเสมอภาคและความยุติธรรมในสิทธิที่ ตนควรจะได้รับ

4.3.3 ข้อดีข้อเสียจากการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาฐานเลือกปฏิบัติ

มนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะมีแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เพศ สมรรถภาพทางร่างกาย ความคิดเห็น ก็ล้วนแล้วแต่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมีสิทธิมนุษยชนที่ควรได้รับการคุ้มครอง อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน โดยกฎหมายระหว่างประเทศทั้งปวงสัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้น พื้นฐาน และรัฐธรรมนูญของอารยประเทศได้บัญญัติรับรองให้ปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันอย่างเสมอภาค และเท่าเทียม ปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ หลายประเทศที่ให้ความสำคัญกับเรื่องสิทธิมนุษยชน การคุ้มครองสิทธิของประชาชน ก็ได้บัญญัติกฎหมายมาคุ้มครองไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติ โดยการ กำหนดความผิดและโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา เช่น ประเทศฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น

ในปัจจุบันสังคมไทยพบการเลือกปฏิบัติทั้งจากภาครัฐและเอกชนในลักษณะต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการจ้างงาน การให้การศึกษา การให้บริการสาธารณะ การได้รับบริการสาธารณสุข การให้ที่พักอาศัย เป็นต้น ซึ่งปัญหาการเลือกปฏิบัติก็นำไปสู่ปัญหาความไม่เท่าเทียมกันในสังคม ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรให้ความสำคัญกับเรื่องการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเพื่อเป็น หลักประกันสิทธิของประชาชน โดยการบัญญัติให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา มีข้อดี ดังต่อไปนี้

1. เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นเพราะเหตุพื้นฐานทางเชื้อชาติ ศาสนา เพศ อายุ ฯลฯ ทำให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองเรื่องสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และได้รับความเสมอภาคอย่างเท่าเทียมกัน ให้ประชาชนตระหนักถึงคุณค่าในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และป้องกันผู้อื่นมิให้ถูกเลือกปฏิบัติ

2. เพื่อเป็นการบัญญัติกฎหมายให้รองรับกับอนุสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นรัฐภาคีไว้ ทำให้ประเทศไทยมีกฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองประชาชนตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

3. เพื่อให้มีกฎหมายที่เป็นการลงโทษเชิงสัญลักษณ์อันเป็นการแสดงออกว่าสังคมไทยไม่ยอมรับพฤติกรรมกระทำการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างที่เกิดขึ้น และเห็นว่าการเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำที่สมควรถูกลงโทษ นำดำเนิน และควรถูกประณาม

ข้อเสียในการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัตินั้น มีดังต่อไปนี้

1. อาจเกิดปัญหาการพิสูจน์ถึงมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดที่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุความแตกต่าง จากการรังเกียจ มีอคติ ต่อผู้ถูกกระทำ ซึ่งเป็นเรื่องของเจตนาภายในที่พิสูจน์ได้ยาก อาจต้องนำเรื่องการพิสูจน์หลักฐานการเลือกปฏิบัติจากทางสถิติการปฏิบัติเพราะเหตุความแตกต่างเข้ามาช่วยเพิ่มเติมน้ำหนักพยานหลักฐาน

2. อาจเป็นการกำหนดบทกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนในการเลือกปฏิบัติมากขึ้น การกำหนดขอบเขตและข้อยกเว้นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติจึงมีส่วนสำคัญ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การเลือกปฏิบัติ หมายถึง “การกระทำใด ๆ อันเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันในสถานการณ์เดียวกัน โดยการกีดกัน แบ่งแยก จำกัด อันทำให้บุคคลได้รับสิทธิน้อยกว่าสิทธิที่ตนพึงได้ โดยมีมูลเหตุจูงใจเนื่องจากเหตุความแตกต่างทางถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม และความคิดเห็นทางการเมือง”

การเลือกปฏิบัติจึงเป็นการกระทำที่ไม่เคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นการกระทำที่ลดคุณค่าในความเป็นมนุษย์ของผู้หนึ่งลง ทำให้บุคคลไม่ได้รับสิทธิเท่าเทียมกันในสิทธิที่ตนพึงได้รับ การเลือกปฏิบัติจึงเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ และขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งประชาชนส่วนมากเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีอาจให้อภัยได้ เนื่องจากมีการละเมิดสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักความเสมอภาค อันเป็นการกระทำที่ล่วงเกินความรู้สึกของคนในสังคม นอกจากการเลือกปฏิบัติจะก่อให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์ของบุคคลทำให้บุคคลถูกละเมิดสิทธิและลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ลงแล้ว การเลือกปฏิบัติยังก่อให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์ของรัฐด้วย เพราะการเลือกปฏิบัติที่เพิ่มมากยิ่งขึ้น จะทำให้คนในสังคมรู้สึกถึงความไม่เสมอภาคเท่าเทียม เกิดความเหลื่อมล้ำ และขาดความเป็นธรรมในสังคม

กฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ทั้งมาตรการทางแพ่ง มาตรการทางปกครอง ไม่เพียงพอต่อการยับยั้งและแก้ไขปัญหาจากการกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติได้ การกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาจึงเป็นวิธีทางสุดท้าย (ultima ratio) เพราะไม่มีทางเลือกอื่นใดที่จะแก้ไขการกระทำดังกล่าวได้ดีเท่ากับการกำหนดความผิดทางอาญา ประกอบกับการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาจะไม่ก่อผลร้ายกับสังคมมากกว่าผลร้ายที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติ โดยการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญานั้นเป็นการออกกฎหมายเพื่อข่มขู่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่น มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดและคุ้มครองป้องกันผู้อื่นจากการถูกเลือกปฏิบัติ อันเป็นการแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงมีเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดให้การกระทำ “การเลือกปฏิบัติ” เป็นความผิดทางอาญา

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายของประเทศที่กำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา

ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศ
รวันดา สามารถสรุปแนวทางการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติได้ ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบภายนอกของความผิด อันได้แก่ ผู้กระทำความผิด การกระทำความผิด
และผู้ถูกกระทำความผิดนั้น พบว่าในส่วนของ “ผู้กระทำความผิด” กฎหมายทั้งห้าประเทศ
ได้บัญญัติลักษณะผู้กระทำความผิดที่เป็น “บุคคลธรรมดา” ไว้ทุกประเทศ โดยประเทศสเปนและ
ประเทศรวันดาได้มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษของบุคคลธรรมดาที่กระทำความผิดไว้ด้วย ในกรณีที่เป็น
บุคคลที่มีฐานะพิเศษ เป็นเจ้าพนักงาน เจ้าหน้าที่รัฐ ข้าราชการ เป็นผู้กระทำความผิด
และประเทศฝรั่งเศส ประเทศสเปน และประเทศรวันดา ได้บัญญัติกำหนดให้ “นิติบุคคล”
เป็นผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติด้วย และกำหนดบทลงโทษของนิติบุคคลนั้นไว้อย่างชัดเจน

องค์ประกอบภายนอกในส่วนของ “การกระทำความผิด” นั้น ต้องพิจารณาการนิยาม
การเลือกปฏิบัติ และลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด
ซึ่งบทกฎหมายของทั้งห้าประเทศนั้นนิยามว่า การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การกระทำใด ๆ ในลักษณะ
แบ่งแยก กีดกัน จำกัด การได้รับสิทธิของบุคคลอื่นอันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองจากกฎหมาย
ตามอนุสัญญาหรือกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ จากเหตุพื้นฐานความแตกต่างของลักษณะ
ของผู้ถูกเลือกปฏิบัติกับตน ซึ่งจากแนวทางการกำหนดลักษณะการทำการเลือกปฏิบัติที่เป็น
ความผิดทางอาญาของแต่ละประเทศที่กล่าวมาข้างต้น จะพบว่ากฎหมายต่างประเทศมุ่งเน้น
ให้ความคุ้มครองป้องกันการเลือกปฏิบัติไว้ 2 ลักษณะ คือ 1. การเลือกปฏิบัติ โดยเป็นการปฏิเสธการ
ได้รับสิทธิอันบุคคลนั้นพึงได้รับในบริการสาธารณะจากทางภาครัฐและเอกชน และ
2. การเลือกปฏิบัติโดยการปฏิเสธเกี่ยวกับสิทธิในการจ้างงาน การทำงาน

องค์ประกอบภายนอกในส่วนของ “ผู้ถูกกระทำความผิด หรือผู้เสียหาย” นั้น
พบว่าประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดให้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเป็นผู้เสียหายในความผิด
ฐานเลือกปฏิบัติ ในขณะที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศ
รวันดา กำหนดให้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้นเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานเลือกปฏิบัติได้

องค์ประกอบภายในความผิดฐานเลือกปฏิบัติ อันได้แก่ เจตนาธรรมดาในการกระทำ
ความผิด คือ ผู้กระทำจะต้องรู้สำนึกในการกระทำ และผู้กระทำจะต้องกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็น
องค์ประกอบความผิด โดยมีเจตนาประสงค์ต่อผลในการก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ และองค์ประกอบ
ภายในที่สำคัญอีกส่วน คือ เจตนาพิเศษ หรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด โดยมูลเหตุจูงใจใน
ความผิดฐานเลือกปฏิบัติต้องเกิดจากความแตกต่างของลักษณะพื้นฐานผู้เสียหายกับผู้กระทำผิด
จนทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้น โดยลักษณะพื้นฐานของผู้เสียหายที่กฎหมายแต่ละประเทศให้ความ
คุ้มครองนั้นแตกต่างกันขึ้นอยู่กับบริบท ประวัติศาสตร์ วัฒนธรรมและสังคมของประเทศนั้น ๆ

ลักษณะผู้เสียหายที่ทุกประเทศให้ความคุ้มครองมีลักษณะทั่วไป ได้แก่ ลักษณะเกี่ยวกับเชื้อชาติ ลักษณะเกี่ยวกับเพศ ลักษณะเกี่ยวกับความบกพร่องทางกาย ความพิการ อายุ และลักษณะเกี่ยวกับศาสนา นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และประเทศวันดา ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองลักษณะอื่น ๆ ด้วย เช่น ความคิดเห็นทางการเมือง ภาษา เป็นต้น

ในส่วนของเหตุยกเว้นความผิด จากการศึกษาบทกฎหมายจากทั้งห้าประเทศ พบว่ามีเพียงประเทศฝรั่งเศสประเทศเดียวที่ได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติไว้ในกรณีการเลือกปฏิบัติดังต่อไปนี้ คือ 1. การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของสุขภาพมุ่งต่อการปกป้องหรือการคุ้มครองความเสี่ยงต่อความตาย ความสมบูรณ์ทางกายภาพของบุคคล ความเสี่ยงต่อการไม่อาจทำงานได้ หรือความไม่สมประกอบ 2. การปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือเลิกจ้างอันมีเหตุมาจากการไร้ความสามารถซึ่งเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์ เช่น เหตุแห่งสภาพของสุขภาพ หรือ ความพิการ 3. การเลือกปฏิบัติในการรับบุคคลเข้าทำงานอันเนื่องมาจากเพศ เมื่อข้อเท็จจริงเรื่องความเป็นชายหรือหญิงเป็นปัจจัยกำหนดการจ้างงาน หรือกิจกรรมที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือกฎหมายที่กำหนดกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะ

นอกจากนี้ ในส่วนของการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษ ประเทศสเปนและประเทศวันดา ได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีบุคคลที่มีฐานะพิเศษกระทำความผิด เช่น เจ้าพนักงาน เจ้าหน้าที่รัฐ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมือง เจ้าหน้าที่เอกชน รวมถึงเจ้าหน้าที่องค์กรไม่แสวงหากำไร (NGOs) ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสกำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีกระทำการเลือกปฏิบัติในที่สาธารณะ และประเทศเนเธอร์แลนด์กำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีบุคคลผู้ใช้อำนาจทางการทำงาน อาชีพ ธุรกิจ โดยจงใจเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุทางเชื้อชาติได้การกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติโดยบุคคลที่กระทำโดยเป็นนิสัยทำซ้ำ ๆ หรือกระทำโดยบุคคลตั้งแต่ 2 ขึ้นไปหรือมากกว่าร่วมมือกันกระทำ จะต้องได้รับโทษเพิ่มขึ้น

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศที่กำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดตามกฎหมายเหล่านี้แล้ว เห็นควรนำบทกฎหมายเหล่านี้มาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณากำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมกับบริบทของสังคม และสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยในปัจจุบัน เพื่อให้บทกฎหมายในเรื่องการเลือกปฏิบัตินี้เป็นบทกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ สามารถใช้บังคับเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติได้อย่างแท้จริง

5.2 ข้อเสนอแนะ

การบัญญัติกฎหมายความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศไทย ควรบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาโดยอ้างอิงรูปแบบการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติจากประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากประมวลกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดบทบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติที่ชัดเจน ทั้งบทนิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติโดยกำหนดให้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิด กำหนดลักษณะการเลือกปฏิบัติ และเหตุยกเว้นความผิดฐานเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจน และควรนำแนวคิดเรื่องการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติและเหตุเพิ่มโทษของประเทศสวีเดน ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศวันดา มาพิจารณาประกอบการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติของไทย ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทของสังคมและสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

ผู้เขียนเห็นควรเสนอให้มีการบัญญัติ “ความผิดฐานเลือกปฏิบัติ” ขึ้นเป็นความผิดฐานใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรง หากบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาจะเป็นการรับรองและยกระดับระบบกฎหมายไทยที่ให้ความสำคัญและคำนึงถึงเรื่องการให้ความคุ้มครองบุคคลมิให้ถูกเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นในประเทศไทยและสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเห็นควรกำหนดไว้ดังนี้ คือ

1. สำหรับองค์ประกอบภายนอก ในส่วน “ผู้กระทำความผิด” เนื่องจากประเทศไทยยังมีช่องว่างการกำหนดคุ้มครองการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากเอกชน ดังนั้น เพื่อการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติเป็นสำคัญ จึงควรกำหนดให้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลมีความรับผิดชอบเลือกปฏิบัติ ตามแนวทางการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสเปน และประเทศวันดา

2. องค์ประกอบภายนอก ในส่วน “ลักษณะการกระทำความผิด” โดยลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดนั้นต้องเป็นการกระทำ การเลือกปฏิบัติ คือ การกระทำใด ๆ โดยการแบ่งแยก กีดกัน แบ่งแยก โดยเหตุความแตกต่างทางลักษณะพื้นฐานของผู้ถูกระทำ และการกระทำส่งผลให้ผู้ถูกระทำไม่ได้รับสิทธิอันเขาพึงได้ตามกฎหมาย โดยต้องเป็นการเลือกปฏิบัติในลักษณะกรณีการปฏิเสธการให้บริการจากภาครัฐและเอกชน และการเลือกปฏิบัติกรณีปฏิเสธการจ้างงาน ลงโทษการทำงาน หรือเลิกจ้างเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง ตามแนวทางการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวีเดน ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศวันดา

3. องค์ประกอบภายในหรือเจตนาในการกระทำความผิด เห็นควรกำหนด มูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดหรือเหตุที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ เป็นเจตนาพิเศษ โดยเหตุที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติพิจารณาจากการมีอคติ เกลียดชังต่อลักษณะของผู้เสียหายที่มีความแตกต่าง โดยเห็นควรกำหนดเหตุความแตกต่างทางถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง อันเป็นเหตุลักษณะพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองไว้เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติอย่างครอบคลุมและสอดคล้องกับบริบทของสังคม และสถานการณ์ที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในประเทศไทย

4. เหตุเพิ่มโทษ ผู้เขียนเห็นควรกำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีการเลือกปฏิบัติในกรณีที่เป็นการกระทำโดยทำเจ้าหน้าที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่เอกชนที่ให้บริการสาธารณะ โดยเพิ่มอัตราโทษเป็น 2 เท่าตามแนวทางการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศสเปน และรวันดา

5. เหตุยกเว้นความผิด ผู้เขียนเห็นควรบัญญัติเหตุยกเว้นความผิดไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส ได้แก่ 1. การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของสุขภาพมุ่งต่อการปกป้องหรือการคุ้มครองความเสี่ยงต่อความตาย ความสมบูรณ์ทางกายภาพของบุคคล ความเสี่ยงต่อการไม่อาจทำงานได้ หรือความไม่สมประกอบ 2. การปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือเลิกจ้างอันมีเหตุมาจากการไร้ความสามารถซึ่งเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์ เช่น เหตุแห่งสภาพของสุขภาพ หรือความพิการ 3. การเลือกปฏิบัติในการรับบุคคลเข้าทำงานอันเนื่องมาจากเพศ เมื่อข้อเท็จจริงเรื่องความเป็นชายหรือหญิงเป็นปัจจัยกำหนดการจ้างงาน หรือกิจกรรมที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยบริการสาธารณะ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนี้โดยการเพิ่มลักษณะขึ้นใหม่ คือ “ลักษณะ 11/1 ความผิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” และเพิ่มบทบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติมาตรา 333/1 – 333/3 ซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้

“มาตรา 333/1 ผู้ใดกระทำการเลือกปฏิบัติ แสดงออกถึงการกีดกัน แบ่งแยก จำกัดสิทธิ โดยเหตุความแตกต่างทางถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง ทำให้ผู้อื่นไม่ได้รับสิทธิอันเขาพึงได้ตามกฎหมาย ผู้นั้นมีความผิดฐานเลือกปฏิบัติ หากได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) การปฏิเสธการให้บริการจากภาครัฐและเอกชนในการให้บริการสาธารณะ

(2) ปฏิเสธการจ้างงาน ลงโทษการทำงาน หรือเลิกจ้าง

บุคคลธรรมดาผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติต้องระหว่างโทษ...

กรณีผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่เอกชนที่ให้บริการสาธารณะต้องระหว่างโทษ...”

“ม.333/2 ถ้านิติบุคคลในทางเอกชนกระทำการเลือกปฏิบัติ แสดงออกถึงการกีดกัน แบ่งแยก จำกัดสิทธิ โดยเหตุความแตกต่างทางถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง ทำให้ผู้อื่นไม่ได้รับสิทธิอันเขาพึงได้ตามกฎหมาย นิติบุคคลนั้นมีความผิดฐานเลือกปฏิบัติ หากได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) การปฏิเสธการให้บริการจากภาครัฐและเอกชน ในการให้บริการสาธารณะ

(2) ปฏิเสธการจ้างงาน ลงโทษการทำงาน หรือเลิกจ้าง

นิติบุคคลกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติต้องระหว่างโทษ...”

“มาตรา 333/3 ผู้ใดเลือกปฏิบัติในลักษณะ

(1) การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของสุขภาพมุ่งต่อการปิดป้องหรือการคุ้มครองความเสี่ยงต่อความตาย ความสมบูรณ์ทางกายภาพของบุคคล ความเสี่ยงต่อการไม่อาจทำงานได้ หรือความไม่สมประกอบ

(2) การปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือเลิกจ้างอันมีเหตุมาจากการไร้ความสามารถซึ่งเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์ เช่น เหตุแห่งสภาพของสุขภาพ หรือ ความพิการ

(3) การเลือกปฏิบัติในการรับบุคคลเข้าทำงานอันเนื่องมาจากเพศ เมื่อข้อเท็จจริงเรื่องความเป็นชายหรือหญิงเป็นปัจจัยกำหนดการจ้างงาน หรือ กิจกรรมที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือ กฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยบริการสาธารณะ

ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานเลือกปฏิบัติ”

บรรณานุกรม

หนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง, 2551.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.

กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน 2558

_____. หลักเสมอภาค. ในหนังสือโครงการเฉลิมพระเกียรติสารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 . กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภา, 2543.

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาขั้นสูง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

_____. คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ. ปทุมธานี : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

แสวง บุญเฉลิมवास , หลักกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.

วิทยานิพนธ์

กชกร วิชยาภัย บุนนาค. “การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.

กิตติบดี ไยพลู. “ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย : กรณีการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมต่อผู้พันโทษในการเข้าทำงาน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2544.

ฉัตรชัย สลักคำ. “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี : ศึกษากรณีห้ามสตรีเข้าไปในพื้นที่ชั้นในของพระพุทธศาสนา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ณภัทร สรอัทธ์. “ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา : ศึกษากรณีกฎหมายแข่งขันทางการค้า.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

ธนิต สุวรรณเมนะ. “การเลือกปฏิบัติในการจ้างงานภาคเอกชน.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ*, 2551.

ปาริฉัตร รัตนากาญจน์. “การล่วงเกิน คุณคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน : รูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2551.

ปาริชาติ มั่นสกุล. “การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมตีค่าเงินบาท.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2546.

พรรณนิภา เอียดช่วย. “การเลือกปฏิบัติทางเพศต่อพนักงานสอบสวนหญิงในเขตพื้นที่ภูธรภาค 5.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่*, 2556.

ฤทัยรัตน์ ปทุมมานนท์. “การควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองของกฎหมายไทย.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2552.

วิภาพร เนติจิโรติ. “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นกฎหมายอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต*, 2548.

สกล นิสารัตน์. “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2545.

อชิป จันทรโรจน์. “การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการกับกฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย.” *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2549.

บทความวารสาร

กุลพล พลวัน. “การเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ.” *วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา*. เล่ม 2. (ตุลาคม 2546-มีนาคม 2547) : 14-15.

คณิต ณ นคร. “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” *วารสารอัยการ*. (2523) : 55.

สุธีรัตน์ ทองทิพย์. “สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของแรงงานตามมาตรฐานสากล.” *วารสารแรงงานสัมพันธ์*. ฉบับที่ 39. (ธันวาคม 2541) : 25-26

บุบผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป,” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาควิชาการปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2548 :10.

ฤทัย หงส์ศิริ. “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและมาตรการของรัฐที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ (2543).

สมคิด เลิศไพฑูรย์. “หลักความเสมอภาค.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 30. (มิถุนายน 2543) : 165-166

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. “ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล : ศึกษาเพื่อหาข้อเสนอทางนิติวิธีสำหรับประเทศไทยโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่38.(มีนาคม 2552) :71-105.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. “การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน.” ข่าวเนติบัณฑิตยสภา. ปีที่ 18.ฉบับที่ 192 : 11-12.

โสภณ รัตนการ. “ความยุติธรรม,” บทบัญญัติ. เล่มที่ 25. ตอน 2.(2511) : 375—383

เอกสารอื่น ๆ

ณรงค์ ใจหาญ. “การกำหนดความผิดอาญาในกฎหมายไทย : ปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข”, ในการประชุมสัมมนาเพื่อพัฒนาระบบบังคับการบังคับใช้กฎหมาย .จัดโดย จัดทำโดย สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2548.

บุษกร สุริยสาร . “อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย,โครงการส่งเสริมความหลากหลายและความเท่าเทียมในโลกของการทำงาน”. สำนักแรงงานระหว่างประเทศประจำประเทศไทย กัมพูชา และสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, 2557.

รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 3, สมัยสามัญ ครั้งที่ 2, 2540.

ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ. “หลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม.” สำนักงานคดีปกครอง.

สถาบันวิจัยสังคม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. “รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิจัยเรื่อง การเลือกปฏิบัติในการประกอบอาชีพของผู้ติดเชื้อเอชไอวี.” 2556.

อนรรฆ พิทักษ์ธานิน มณฑการต์ ฉิมมานี และปณณทรีย์ เจียวิริยบุญญา. “การเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ เด็ก ผู้หญิง และผู้สูงอายุ.” สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข(สวรส.), 2556.

อัจฉรา ฉายากุล. “ข้อมูลพื้นฐาน กลไกสิทธิมนุษยชนในระบบสหประชาชาติ.” สำนักคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. 2546.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กองบรรณาธิการเดอะพับบลิคโพสต์ออนไลน์. “แฉ! ม.นเรศวร ปฏิเสธรับนักศึกษามุสลิมเข้าเรียนพยาบาล เหตุคลุมอียาบ อ้างเป็นอุปสรรค สำนักจุฬาราชมนตรีทำหนังสือด่วนถึงรมต.ศึกษาแล้ว.” <http://www.publicpostonline.net/3536> , 11 กรกฎาคม 2558.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “หลักความเสมอภาค.”

<http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=657>, 3 มกราคม 2558.

ข่าวทันกระแส ทีนิวส์ออนไลน์. “ตุ๊ดโวย โนโวเทล กีดกันทางเพศ กระเทยห้ามเข้า.”, <http://tnews.teenee.com/etc/12469>, 27 มิถุนายน 2550.

ข่าวสดออนไลน์. “หนุ่มปัตตานีท้อ ลุยสมัครงานแต่กลับถูกปฏิเสธ...เพราะเป็นคน 3 จังหวัดชายแดนใต้.” https://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=1472291113, 27 สิงหาคม 2559.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. “เวทีสาธารณะ เรื่อง “พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ.” <http://www.nhrc.or.th/News/Information-News>, 7 กันยายน 2558.

ไทยรัฐ ออนไลน์. “สาวโพสต์นกแอร์ไม่ต้อนรับคนพิการ 'พาที' ผู้บริหารลุยตอบเองจนเกิดดราม่า.” <http://www.thairath.co.th/content/839658> , 19 มกราคม 2560.

บรรศักดิ์ อูวรรณ. “ความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ”: เอกลักษณ์ประชาธิปไตยไทยในกระแสประชาธิปไตยโลก.” http://kpi.ac.th/media/pdf/M10_35.pdf.

ประชาไท ออนไลน์. “ประชาชนลำปางประท้วงแพทย์ไม่ยอมรับรักษา.”

<http://prachatai.com/journal/2009/08/25466>, 15 สิงหาคม 2552.

ปิติเทพ อยู่ยืนยง. “ความเสมอภาคในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐภายใต้กฎหมาย Equality Act 2010 ของ อังกฤษ.” <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=1725> , 20 พฤษภาคม 2555.

_____. “มาตรการทางกฎหมายกีฬาเพื่อควบคุมการเหยียดผิวในการแข่งขันกีฬาฟุตบอลของประเทศอังกฤษ.” <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1693> , 26 กุมภาพันธ์ 2555.

ผู้จัดการออนไลน์. “กลุ่มมุสลิม 3 จังหวัด.ได้ ร้อง กสม.สอบบริษัทปฏิเสธการจ้าง เชื้อถ่มมูกเกี่ยวข้อกับความมั่นคง.” <http://www.manager.co.th/qol/ViewNews.aspx?NewsID=9590000072882>, 22 กรกฎาคม 2559.

ผู้จัดการออนไลน์. “แพทย์จุฬาฯ-สถาบันจิตเวชศาสตร์เจ้าพระยาไม่รับรักษา “ตำรวจ” แต่งเครื่องแบบ.”

<http://www.manager.co.th/QOL/ViewNews.aspx?NewsID=9510000119642>,

8 ตุลาคม 2551.

มติชนออนไลน์. “งานเข้านกแอร์อีก ผู้โดยสารร้อง คนพิการลำบาก-ไม่ได้รับช่วยเหลือด้านการเดินทาง.” <http://www.matichon.co.th/news/239582>, 6 สิงหาคม 2559.

มูลนิธิพัฒนาคนพิการไทย. “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล พ.ศ.”

<http://www.tddf.or.th/laws/detail.php?contentid=0148&postid=0002194¤tpage=4>

วิริยะ นามศิริพงษ์พันธุ์. “สิทธิ ประโยชน์และสวัสดิการซึ่ง พ.ร.บ. ส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ.2550.” <http://newsite.wirya-ufp.org/wp-content/uploads/2016/09/008.doc>

สฤณี อาชวานันทกุล. “ความเหลื่อมล้ำแบบพวกา คณะกรรมการสมัชชาปฏิรูป สำนักงานปฏิรูป 2554.”, <http://www.fringer.org/stuff/book/ความเหลื่อมล้ำแบบพวกา>

สำนักข่าว ประชาธรรม. “ข้อเสนอแนะจากภาคประชาสังคมในกระบวนการทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนของประเทศไทย.” http://www.prachatham.com/collaboration_detail.php?id=39, 16 มีนาคม 2559.

สุริยันต์ ทองหนูเอียด. “คอลัมน์ : ชานชาลาประชาชน: รัฐไทยกับการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ.” <http://www.ryt9.com/s/tpd/2450702>, 26 มิถุนายน 2559.

อุทัย อาทิวา. “โทษในกฎหมายอาญาฝรั่งเศส.

http://www.humanrights.ago.go.th/files/penalty_criminal_law_in_France.pdf

Electronic media

CCMA Info Sheet. “DISCRIMINATION - JAN 2002 DISCRIMINATION” <http://www.safrmh.org.za/documents/human-rights-violations/CCMA%20DISCRIMINATION%20INFO%20SHEET.pdf>

O’Dempsey Declan. “Definition of key Nation (2006), Direct and indirect

Discrimination, Harassment, p4 http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02_Key_concepts/2006_ODempsey_EN.pdf

Equality and Human right commission . “What is the Equality Act?”

<https://www.equalityhumanrights.com/en/equality-act-2010/what-equality-act>

Sandra Fredman. “Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India European Commission Directorate-General for Justice.” http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/comparative_study_ad_equality_laws_of_us_canada_sa_india_en.pdf P.6

The Department of Justice and Constitutional Development. “What is the meaning of unfair discrimination ?”

http://www.justice.gov.za/EQCact/eqc_faq.html#sthash.EUZcYlPB.dpuf

Books

Herbert L. Packer. The Limit of Criminal law . California : Standford University Press,1968.

J.S.Mill.Utitarianism On Liberty,Representative Government .London : Dent&Dutton,1977.

Joel Feinberg. Harm to others the moral limited to criminal law . London : Oxford University Press ,1984.

Luke Clement. Nuala Mole and Alan Simmons, European Human Rights taking a case under The Convention. Second edition. London : Butler & Tanner Ltd,1999.

Neil Thomson. Anti Discriminatart Practice .London : Palgrave Macmillan, 2006.

Nigel Walker. Punishment danger and stigma: the Morality of criminal Justice. New York Basic Books ,1980.

Patrick Devlin. The Enforcement of Moral . London: Oxford University Press , 1972.

Sandra Fredman. Discrimination Law . New York : Oxford University Press , 2002.

เอกสารอื่น ๆ

ประมวลกฎหมายอาญา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 3 (สมัยสามัญ ครั้งที่ 2)”, 2540 : 165-166.

สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม “เอกสารประกอบการ สัมมนาเพื่อพัฒนาระบบบังคับ
การบังคับใช้กฎหมาย เรื่อง การกำหนดความผิดอาญาในกฎหมายไทยปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข” :
สำนักกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2548,
อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966
French Penal Code
Swiss Criminal Code
Constitution of Spain
Spain Criminal Code
Criminal Code (Wetboek van Strafrecht)
Law no 47/2001 on prevention, suppression and punishment of the crime of
discrimination and sectarianism
Douai, 25 June 1974, Dolloz 1975, 492
Paris, 12 November 1974, Dalloz 1975, 471, note Foulon-Piganiol.
Tribunal correctionnel, Strabouge, 21 November 1974, D 1975, p. 492
Criminal Division of the Court of Cassation, 14 October 1986, Bull. Crim. N287, Gazette du
Palais 1987, 1, Summary p. 193
Paris, 18 December 1996, Doc Juris-data N 023839
Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999

ภาคผนวก



ตารางเปรียบเทียบแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติของกฎหมายต่างประเทศ

	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	รวันดา
ชื่อ กฎหมาย	French Penal Code	Swiss Criminal Code	Spain Criminal Code	Criminal Code (Wetboek van Strafrecht)	Law no 47/2001 on prevention, suppression and punishment of the crime of discrimination and sectarianism
มาตรา	Article 225-1 - 225-4	Article 261 ^{bis}	Article 22(4) Article 314 Article 511 Article 512	Section 90quater Section 137d Section 137g Section 429quater	Article 1,2,3,5,6
ฐาน ความผิด	Discrimination	Racial discrimination	-Racial and ethnic discrimination in the public service -Racial and ethnic discrimination by public officials /Discrimination perpetrated by service providers	-Discriminatory expressions -Discrimination in the exercise of an office, a profession or trade	Discrimination

	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	รวันดา
ประเภท ความผิด	Offences against the dignity of persons	Felonies and Misdemeanours against Public Order	-On felonies against the right of worker -On the felonies committed when exercising the fundamental right and public liberties guaranteed by the constitution	-Serious Offences against Public Order -Minor Offences related to Public Order	Punishment for offences of discrimination and sectarianism

เปรียบเทียบนิยาม ความหมายคำว่า เลือกปฏิบัติ

	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	รวันดา
บทนิยาม	มาตรา 225-1 “การเลือกปฏิบัติ คือการแบ่งแยกใด ๆ โดยกระทำระหว่างบุคคลธรรมดา โดยเหตุในเรื่องชาติกำเนิด เพศ สถานะทางครอบครัวรูปลักษณ์ทางกายภาพ นามสกุล สภาพของสุขภาพ ความพิการ ลักษณะทางพันธุกรรม ศีลธรรมทางเพศ หรือรสนิยมทางเพศ อายุ ความคิดเห็นทางการเมือง การเคลื่อนไหวอย่างเปิดเผย หรือความเป็นสมาชิกหรือไม่เป็นสมาชิก ไม่ว่าจะโดยแท้จริง หรือโดยเชื่อว่าน่าจะเป็นของกลุ่มชาติพันธุ์ ชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนา”	อ้างอิงนิยามการเลือกปฏิบัติจากความหมายตามรัฐธรรมนูญ ของ ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และอนุสัญญาต่าง ๆ ที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์เข้าร่วมเป็นภาคี	ปรากฏนิยามคำว่า การเลือกปฏิบัติ ในมาตรา 23 ของกฎหมายกำหนดสิทธิและเสรีภาพของชาวต่างชาติของสเปน และพระราชบัญญัติการบริการสังคมและความเสมอภาคที่กำหนดโดยกระทรวงสาธารณสุข โดยนิยามว่า “การเลือกปฏิบัติ หมายถึง ทัศนคติ การกระทำ หรือพฤติกรรมใด ๆ อันส่งผลให้มีความแตกต่างและได้รับการรักษาที่น้อยกว่าผู้อื่นจากบุคคล กลุ่ม องค์กรใด ๆ หรือมากกว่าหนึ่งบนพื้นฐานลักษณะของผู้นั้น”	มาตรา 90 ของประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ “การเลือกปฏิบัติ หรือ การต่อต้านโดยแบ่งแยก หมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน การจำกัด หรือการให้สิทธิพิเศษ โดยมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่เป็นโมฆะ หรือลดสิทธิที่ได้รับรอง การใช้สิทธิอย่างเท่าเทียม ทั้งการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมืองหรือเศรษฐกิจทางสังคมหรือวัฒนธรรมหรือเหตุพื้นฐานอื่นๆทางสังคม”	มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันปราบปราม และการลงโทษอาชญากรรม การเลือกปฏิบัติและการแบ่งแยกที่บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติ หมายถึง คำพูด การเขียน การกระทำใด ๆ บนพื้นฐาน เชื้อชาติ ต้นกำเนิดประเทศ สีผิว ลักษณะทางกายภาพ เพศ ภาษา ศาสนา หรือแนวคิด อันมีวัตถุประสงค์ในการริดลอนสิทธิของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลไปจากสิทธิที่เขาพึงมีจากกฎหมายประเทศรวันดาและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศรวันดาเข้าร่วมเป็นภาคี”

เปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานเลือกปฏิบัติของกฎหมายต่างประเทศ

ประเด็น	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	วันดา
ผู้กระทำ	บุคคลธรรมดา และ นิติบุคคล	บุคคลธรรมดา	บุคคลธรรมดาและ นิติบุคคล	บุคคลธรรมดา	บุคคลธรรมดา และนิติบุคคล
ลักษณะการกระทำ	มาตรา 225-2 บัญญัติว่าต้องเป็นการกระทำการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 225-1 คือมีการกระทำในลักษณะแบ่งแยกเพราะเหตุเรื่องชาติกำเนิด เพศ สถานะทางครอบครัว ... และมีการกระทำในลักษณะ 1. การปฏิเสธที่จะจัดหาให้ซึ่งสินค้าหรือบริการ 2. การขัดขวางการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยปกติ	ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 261 วรรคสาม บัญญัติว่า “ผู้ใดเลือกปฏิบัติเป็นการสาธารณะหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลด้วยเหตุพื้นฐานของเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือศาสนา ด้วยคำพูด ข้อเขียน รูปภาพ ท่าทาง การข่มขู่ หรือการกระทำอื่นใด ในลักษณะที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในทางที่ก่อให้เกิดการฆ่าล้าง	ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 314 กรณีการเลือกปฏิบัติอย่างร้ายแรงในการจ้างงานของเอกชนหรือรัฐต่อบุคคล มาตรา 511 กรณีเอกชนสมาคม มูลนิธิ สโมสร หรือบริษัท หรือต่อสมาชิกขององค์กร และข้าราชการ ผู้มีหน้าที่ให้บริการสาธารณะ ปฏิเสธการให้บริการแก่บุคคลอื่นที่มีสิทธิใช้บริการ มาตรา 512 กรณีผู้มีวิชาชีพ ธุรกิจหรือกิจกรรมทางธุรกิจ	ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137d กรณีบุคคลใดกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือใช้ความรุนแรงต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของพวกเขา เนื่องจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อทางเพศ หรือรกร่วมร่างกายจิตใจ ต้องระวางโทษ...	ประเทศวันดาได้บัญญัติลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติในมาตรา 3 โดยกำหนดให้ “การเลือกปฏิบัติเป็นอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติโดยกำหนดการกระทำที่มีลักษณะการกระทำโดยใช้คำพูดใด ๆ เขียนคำสั่งใด ๆ หรือกระทำการใด ๆ บนพื้นฐาน... โดยการกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ปฏิเสธสิทธิมนุษยชนของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เขาพึงได้รับตามกฎหมายประเทศวันดาและ

ประเด็น	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	รวันดา
	3. การปฏิเสธที่จะจ้าง, ลงโทษ (sanction), หรือเลิกจ้างบุคคล 4. เข้าควบคุมการผลิตสินค้าหรือบริการ 5. เข้าควบคุมการเสนอการจ้างงาน หรือ ปรับใช้หลักสูตรหรือช่วงเวลาฝึกฝน 6. การปฏิเสธที่จะรับบุคคลเข้าสู่หลักสูตร ตาม 2° ของมาตรา L.412.8 แห่งประมวลกฎหมายประกันสังคม	เผ่าพันธุ์ หรือการกระทำผิดอาญาต่อผู้อื่น อันเป็นการขัดมนุษยธรรมลดคุณค่าอย่างร้ายแรง” และมาตรา 261 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ผู้ใดปฏิเสธการให้บริการ รับบริการ โดยบริการนั้นเป็นการให้บริการแก่สาธารณะ ต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล เนื่องจากเหตุด้านเชื้อชาติชาติพันธุ์ หรือศาสนาของเขา ต้องระวางโทษ ...”	การกระทำการปฏิเสธการให้บริการผู้อื่นในหน้าที่การงาน	มาตรา 137g ได้บัญญัติความผิดกรณีการเลือกปฏิบัติของผู้ใช้อำนาจทางการงานอาชีพ ธุรกิจ ที่ได้กระทำการเลือกปฏิบัติโดยจงใจต่อบุคคลอื่นเพราะเหตุ... และมาตรา 429 quater ได้บัญญัติความผิดผู้มีหน้าที่ปลดพนักงานในของสำนักงานผู้ปฏิบัติงานในทางวิชาชีพ หรือในการดำเนินธุรกิจ กระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นเพราะเหตุ...	กฎหมายอนุสัญญาที่ประเทศรวันดาเป็นสมาชิก”

ประเด็น	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	วันดา
ลักษณะ ผู้ถูกกระทำที่ กฎหมายให้ ความคุ้มครอง (มูลเหตุจูงใจ)	1. ลักษณะเกี่ยวกับชาติกำเนิด ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ 2. ลักษณะเกี่ยวกับศาสนา 3. ลักษณะเกี่ยวกับเพศ ศีลธรรม ทางเพศ หรือ รสนิยมทางเพศ 4. ลักษณะเกี่ยวกับความ บกพร่องทางกายหรือจิตใจ สภาพของสุขภาพ ความพิการ ลักษณะทางพันธุกรรม รูปลักษณะทางกายภาพ อายุ 5. ลักษณะอื่นๆ สถานะทาง ครอบครัว นามสกุล ความ คิดเห็นทางการเมือง	1. ลักษณะเกี่ยวกับชาติ กำเนิด ชาติพันธุ์ เชื้อ ชาติ 2. ลักษณะเกี่ยวกับศาสนา 3. ลักษณะเกี่ยวกับเพศ 4. ลักษณะเกี่ยวกับความ บกพร่องทางกาย หรือจิตใจ อายุ 5. ลักษณะอื่นๆ ภาษา ฐานะทางสังคม วิถีชีวิต คติความเชื่อ และความ เชื่อทางการเมือง	1. ลักษณะเกี่ยวกับเหตุเรื่อง อดมการณ์ ศาสนา ความเชื่อ 2. ลักษณะเกี่ยวกับการ สังกัดกลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือ กำเนิด ทางสัญชาติ 3. ลักษณะเกี่ยวกับเพศ สภาพ รสนิยมทางเพศ 4. ลักษณะเกี่ยวกับ บกพร่องทางกายหรือ จิตใจ ความเจ็บป่วย หรือ ความพิการ 5. ลักษณะอื่นๆ เกี่ยวกับ สถานการณ์ทาง ครอบครัว	1. ลักษณะเกี่ยวกับเชื้อชาติ 2. ลักษณะเกี่ยวกับศาสนา ความเชื่อ 3. ลักษณะเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่ารักร่วมเพศหรือ ต่างเพศ 4. ลักษณะเกี่ยวกับบกพร่อง ทางกายหรือจิตใจ ลักษณะ ทางกายภาพ 5. ลักษณะอื่นๆ ภาษา แนวคิด	1. ลักษณะเกี่ยวกับเชื้อชาติ ต้นกำเนิด สีผิว 2. ลักษณะเกี่ยวกับศาสนา ความเชื่อ 3. ลักษณะเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่า รักร่วมเพศหรือต่างเพศ 4. ลักษณะเกี่ยวกับบกพร่อง ทางกายหรือจิตใจ ลักษณะ ทางกายภาพ 5. ลักษณะอื่นๆ ภาษา แนวคิด

ประเด็น	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	รวันดา
เหตุยกเว้น ความผิด	1. การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของสุขภาพมุ่งต่อการปกป้องหรือการคุ้มครองความเสี่ยงต่อความตาย ความสมบูรณ์ทางกายภาพของบุคคล ความเสี่ยงต่อการไม่อาจทำงานได้ หรือความไม่สมประกอบ 2. การปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือเลิกจ้าง อันมีเหตุมาจากการไร้ความสามารถซึ่งเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์ เช่น เหตุแห่งสภาพของสุขภาพ หรือ ความพิการ 3. การเลือกปฏิบัติในการรับบุคคลเข้าทำงานอันเนื่องมาจากเพศ เมื่อข้อเท็จจริงเรื่องความเป็นชายหรือหญิงเป็นปัจจัยกำหนดการจ้างงาน หรือ กิจกรรมที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือ กฎหมายที่กำหนด กฎเกณฑ์ว่าด้วยบริการสาธารณะ	-	-	-	-

ประเด็น	ฝรั่งเศส	สวิตเซอร์แลนด์	สเปน	เนเธอร์แลนด์	วันดา
เหตุเพิ่มโทษ	กรณีเป็นการเลือกปฏิบัติที่ได้ กระทำการปฏิเสธในการจัดหา ให้ซึ่งสินค้าหรือการให้บริการใน ที่สาธารณะ	-	กรณีข้าราชการผู้มีหน้าที่ทำ บริการสาธารณะซึ่งปฏิเสธ การให้บริการแก่บุคคลอื่นที่ มีสิทธิใช้บริการ	กรณีบุคคลผู้ใช้อำนาจทางการ งาน อาชีพ ธุรกิจ โดยจงใจ เลือกปฏิบัติ การกระทำ ความผิดฐานเลือกปฏิบัติโดย กระทำโดยเป็นนัย ทำ ความผิดซ้ำ ๆ หรือกระทำการ เลือกโดยบุคคลตั้งแต่ 2 ขึ้นไป หรือมากกว่าร่วมมือกันกระทำ	ผู้กระทำความผิดความผิดฐาน อาชญากรรมเลือกปฏิบัติ เป็นเจ้าหน้าที่รัฐ หรือเคยเป็น เจ้าหน้าที่รัฐ เจ้าหน้าที่ เกี่ยวกับพรรคการเมือง เจ้าหน้าที่เอกชน รวมถึง เจ้าหน้าที่ NGO

ข้อเสนอแนะทางการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประเทศไทย

ประมวล กฎหมายอาญา	ผู้กระทำ	การกระทำ	มูลเหตุจูงใจ	เหตุยกเว้นความผิด ม.333/3	เหตุเพิ่มโทษ
มาตรา 333/1 ความผิดฐาน เลือกปฏิบัติ	บุคคล ธรรมดา	กระทำการใดๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติ แสดงออกถึงการกีดกัน แบ่งแยก จำกัดสิทธิ ทำให้ผู้อื่นไม่ได้รับสิทธิอันเขาพึงได้ตาม กฎหมายและกระทำการดังต่อไปนี้ (1) การปฏิเสธการให้บริการจากภาครัฐและ เอกชนในการให้บริการสาธารณะ (2) ปฏิเสธการจ้างงาน ลงโทษการทำงาน หรือ เลิกจ้าง	โดยเหตุความแตกต่าง ทางถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความ พิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของ บุคคล ฐานะทาง เศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความ คิดเห็นทางการเมือง ระหว่างผู้กระทำกับ ผู้ถูกกระทำ	(1) การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของ สุขภาพมุ่งต่อการปกป้องหรือการคุ้มครองความ เสี่ยงต่อความตาย ความสมบูรณ์ทางกายภาพ ของบุคคล ความเสี่ยงต่อการไม่อาจทำงานได้ หรือความไม่สมประกอบ (2) การปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือเลิกจ้างอันมีเหตุ มาจากการไร้ความสามารถซึ่งเป็นที่ยอมรับทาง การแพทย์ เช่น เหตุแห่งสภาพของสุขภาพ หรือ ความพิการ (3) การเลือกปฏิบัติในการรับบุคคลเข้าทำงาน อันเนื่องมาจากเพศ เมื่อข้อเท็จจริงเรื่องความ เป็นชายหรือหญิงเป็นปัจจัยกำหนดการจ้างงาน หรือ กิจกรรมที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือ กฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยบริการ สาธารณะ	กรณีผู้กระทำ ความผิดเป็น เจ้าหน้าที่รัฐ หรือเจ้าหน้าที่ เอกชนที่ ให้บริการ สาธารณะ

ประมวล กฎหมายอาญา	ผู้กระทำ	การกระทำ	มูลเหตุจูงใจ	เหตุยกเว้นความผิด ม.333/3	เหตุเพิ่มโทษ
มาตรา 333/2 ความผิดฐาน เลือกปฏิบัติ	นิติบุคคล ในทาง เอกชน	กระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ แสดงออกถึง การกีดกัน แบ่งแยก จำกัดสิทธิ ทำให้ผู้อื่นไม่ได้ รับสิทธิอันเขาพึงได้ตามกฎหมายและกระทำ การดังต่อไปนี้ (1) การปฏิเสธการให้บริการจากภาครัฐและ เอกชนในการให้บริการสาธารณะ (2) ปฏิเสธการจ้างงาน ลงโทษการทำงาน หรือเลิกจ้าง	โดยเหตุความแตกต่าง ทางถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความ พิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของ บุ ค ค ล ฐ า น ะ ท า ง เศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความ คิดเห็นทางการเมือง ระหว่างผู้กระทำกับ ผู้ถูกระทำ	(1) การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของ สุขภาพมุ่งต่อการป้องกันหรือการคุ้มครองความ เสี่ยงต่อความตาย ความสมบูรณ์ทางกายภาพ ของบุคคล ความเสี่ยงต่อการไม่อาจทำงานได้ หรือความไม่สมประกอบ (2) การปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือเลิกจ้างอันมีเหตุ มาจากการไร้ความสามารถซึ่งเป็นที่ยอมรับทาง การแพทย์ เช่น เหตุแห่งสภาพของสุขภาพ หรือ ความพิการ (3) การเลือกปฏิบัติในการรับบุคคลเข้าทำงาน อันเนื่องมาจากเพศ เมื่อข้อเท็จจริงเรื่องความ เป็นชายหรือหญิงเป็นปัจจัยกำหนดการจ้างงาน หรือ กิจกรรมที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือ กฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยบริการ สาธารณะ	-

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	น.ส.ชนกานต์ ส้างส์แก้ว
วันเดือนปีเกิด	7 มกราคม 2534
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2555 : นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ตำแหน่ง	ปีการศึกษา 2556 : เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 66 พนักงานปฏิบัติการระดับกลาง สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.)

