

ความผิดฐานเลือกปฏิบัติ OFFENCE OF DISCRIMINATION

ชนกานต์ สังกะแก้ว *

Chanakan Sangsekeaw

บทคัดย่อ

การเลือกปฏิบัติโดยมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดจากเหตุความแตกต่างด้านเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายเป็นการกระทำที่ลิดรอนสิทธิและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์เป็นการกระทำที่ลดคุณค่าความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องผิดกฎหมายและสมควรได้รับการลงโทษ เมื่อศึกษากฎหมายของประเทศไทยในส่วนการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ พบว่ากฎหมายของไทยไม่ครอบคลุมเพียงพอในยับยั้งการกระทำการเลือกปฏิบัติ และยังไม่คุ้มครองกรณีการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากภาคเอกชนทำให้ยังคงปรากฏการเลือกปฏิบัติให้เห็นในสังคมไทยการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาจึงอาจเป็นทางเลือกสุดท้ายในการช่วยยับยั้งมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น บทความฉบับนี้จึงได้ศึกษาแนวทางการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติของกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำเสนอแนวทางในการกำหนดบทบัญญัติและมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการนำมาใช้บังคับกับการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติของประเทศไทย โดยปรับใช้ให้เหมาะสมเข้ากับบริบทและสถานการณ์การเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้น เพื่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุมปัญหาการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในสังคมไทยได้

คำสำคัญ

ความผิดฐานเลือกปฏิบัติ, เลือกปฏิบัติ, มูลเหตุจูงใจ, ความแตกต่างทางเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง

* นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : chon30811@gmail.com

Graduate student of Master of Laws Program in Criminal Law, Faculty of Law, Thammasat University. Email address : chon30811@gmail.com

ABSTRACT

Discrimination against any person because of differences of ones nationality, religion or sex is a wrongful action and needed to be punished by law. It is not only depriving human rights, but also devaluing of human dignity. Unfortunately Thai legislations relating to the protection from discrimination still lack clear and effective enforcement, and are not comprehensive enough to suppress crime provided that it does not prohibit such crime committed by non-State sectors. Due to such ineffective and incomprehensive legislations, Thailand has been subjected to chronicle problems emanated from discrimination. 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 journal is to study the concept and 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

บทนำ

ในปัจจุบันพบปัญหาการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เช่น กรณีที่แพทย์หญิง ของโรงพยาบาลจังหวัดลำปางปฏิเสธการรักษาพยาบาลคนไข้สีแดง เพราะเหตุความคิดเห็นทางการเมืองที่ต่างกัน กรณีการปฏิเสธไม่รับคนในเขตพื้นที่สามจังหวัดชายแดนใต้เข้าทำงานเพราะความแตกต่างทางถิ่นกำเนิด กรณีการปฏิเสธไม่รับหญิงผู้นับถือศาสนาอิสลามเข้าทำงานที่สนามบินหรือการปฏิเสธไม่รับนักศึกษาผู้นับถือศาสนาอิสลามเข้าศึกษาคณะพยาบาลโดยอ้างเหตุว่าการสวมญีฮาบเป็นอุปสรรคต่อการเรียนอันเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความเชื่อทางศาสนา หรือกรณีผู้รักษาความปลอดภัยหน้าสถานบันเทิงปฏิเสธไม่ให้สาวประเภทสองเข้าใช้บริการสถานบันเทิงตามกฎหมายของสถานบันเทิงที่ห้ามกะเทยเข้าใช้บริการและปัญหาล่าสุดปัญหาการเลือกรับสมัครงานของธนาคารไทยพาณิชย์ที่เลือกรับสมัครเฉพาะนักศึกษาที่จบจาก 14 สถาบันเท่านั้น ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุเรื่องการศึกษา สถานะของบุคคล จากกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นสร้างผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกเลือกปฏิบัติ อันเป็นการลดคุณค่าในความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นลง และส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกันกับผู้ถูกเลือกปฏิบัติ หากปล่อยให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นต่อเนื่องเรื่อยมาจนทุกคนเคยชินและเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิด ยิ่งจะส่งผลให้บุคคลมองเห็นคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นน้อยลงเพราะผู้อื่นแตกต่างจากตน โดยดูถูก มือคด รังเกียจ ทำให้ผู้เสียหายได้รับสิทธิน้อยลงหรือไม่ได้รับสิทธิอันตนพึงได้รับตามกฎหมาย สังคมขาดหลักความเสมอภาคเท่าเทียมอันเป็นหลักในการดำรงอยู่เพื่อให้สังคมสงบสุข ดังนั้น การเลือกปฏิบัติจึงเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นการกระทำที่สมควรประณาม และถูกลงโทษ เมื่อได้ศึกษาถึงกฎหมายไทยที่บัญญัติเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 พบว่ากฎหมายที่กำหนดไว้ใช้มาตรการบังคับทางแพ่งและทางปกครองซึ่งไม่เพียงพอในการหยุดหรือยับยั้งการกระทำ การเลือกปฏิบัติอันเกิดจากภาคเอกชน ทำให้ยังคงเกิดปัญหาการกระทำการเลือกปฏิบัติขึ้นเรื่อยมาและอาจจะเกิดปัญหาจากการเลือกปฏิบัติที่สะสมเป็นเวลานานจนอาจส่งผลกระทบต่อสังคมในวงกว้างได้ การกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญาและใช้มาตรการทางอาญาลงโทษจึงเป็นทางเลือกสุดท้ายในการช่วยยับยั้งและข่มขู่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติและคุ้มครองบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

1. นิยามการเลือกปฏิบัติและเหตุผลการกำหนดให้การกระทำเลือกปฏิบัติเป็นความผิดอาญา

การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หมายถึง “การกระทำใด ๆ โดยการกีดกัน แบ่งแยก จำกัด หรือการปฏิบัติใด ๆ ต่อบุคคล หรือกลุ่มคนโดยไม่เท่าเทียมกันและไร้เหตุผล¹ อันเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันในสถานการณ์เดียวกัน อันทำให้บุคคลได้รับสิทธิน้อยกว่าสิทธิที่ตนพึงได้ โดยมีมูลเหตุ จูงใจ (Motive)² เนื่องจากเหตุความแตกต่างทางถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม และความคิดเห็นทางการเมือง”

เมื่อศึกษาหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดความผิดทางอาญา มีผู้สรุปไว้ 4 ประการ³ ดังนี้

1. การกระทำต้องเป็นการกระทำที่น่าตำหนิและขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน

2. การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายต่อผู้อื่นหรือสังคม การกระทำที่จะถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาต้องเป็นภัยอันตรายที่คนในสังคมเห็นว่าเป็น อันตรายต่อประโยชน์ความมั่นคง อันตรายต่อสวัสดิภาพของส่วนรวมหรืออันตรายต่อประโยชน์ของรัฐ

3. การกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาจะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายกับสังคมมากกว่าการกระทำที่เป็นความผิด และการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาจะไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

4. เป็นทางเลือกสุดท้าย (ultima ratio) เนื่องจากไม่มีมาตรการอื่นใดที่เหมาะสมแล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญา

จากการวิเคราะห์หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาพบว่า การกระทำเลือกปฏิบัติเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ และขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นการกระทำที่ก่ออันตรายต่อผู้อื่นหรือสังคม เป็นการกระทำที่คนส่วนใหญ่ไม่ให้อภัย หากกำหนดให้เลือกปฏิบัตินั้นเป็นความผิดอาญาจะไม่ก่อให้เกิดผลร้าย

¹ Henry Campbell, Black, Black's Law Dictionary, Nine Edition, (U.S.A : WEST, Thomson Reuter, 2009), p.534.

² “มูลเหตุจูงใจ หมายถึง เหตุผลของการกระทำ หรือ เหตุผลที่ผลักดันให้กระทำความผิด” อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.128.

³ ฌักทรี สรอสต์, “ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา : ศึกษากรณีกฎหมายแข่งขันทางการค้า,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 20-21.

กับสังคมมากกว่าการกระทำที่เป็นความผิด และถ้ากำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดอาญาจะเป็นการออกกฎหมายเพื่อข่มขู่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่น สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดและคุ้มครองป้องกันผู้อื่นจากการถูกเลือกปฏิบัติ อีกทั้งการกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญานั้นเป็นวิธีทางสุดท้ายที่จะใช้บังคับใช้มาตรการทางอาญาในการแก้ปัญหาการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้น เนื่องจากมาตรการอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่า เช่น มาตรการทางแพ่ง มาตรการทางปกครอง ไม่เพียงพอในการคุ้มครองสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง อันสามารถแก้ไขและลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างครอบคลุมและมีประสิทธิภาพได้ ดังนั้น การบัญญัติความผิดอาญาฐานเลือกปฏิบัติมีเหตุผลและความจำเป็นตรงตามหลักเกณฑ์การบัญญัติความผิดทางอาญาทุกประการ

2. กฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติ

เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติของไทยผู้เขียนจึงได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศที่กำหนดให้การเลือกปฏิบัติเป็นความผิดทางอาญา ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศวันดา โดยสรุปแนวทางการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติได้ดังนี้

2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประมวลกฎหมายอาญา French Penal Code มาตรา 225-1 - 225-4 โดยกำหนดฐานความผิด Discrimination ในประเภทความผิด Offences against the dignity of persons โดยกำหนดบทนิยามเลือกปฏิบัติไว้ใน มาตรา 225-1 ว่า “การเลือกปฏิบัติ คือ การแบ่งแยกใด ๆ โดยปรับใช้ระหว่างบุคคลธรรมดา (นิติบุคคล) โดยเหตุในเรื่องชาติกำเนิด เพศ สถานะทางครอบครัวรูปลักษณ์ทางกายภาพ นามสกุล สภาพของสุขภาพ ความพิการ ลักษณะทางพันธุกรรม ศีลธรรมทางเพศ หรือรสนิยมทางเพศ อายุ ความคิดเห็นทางการเมือง การเคลื่อนไหวอย่างเป็นสหภาพ หรือความเป็นสมาชิกหรือไม่เป็นสมาชิก ไม่ว่าจะโดยแท้จริงหรือโดยเชื่อว่าจะจะเป็นสมาชิกของกลุ่มชาติพันธุ์ ชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนา”⁴

ในส่วนของลักษณะการเลือกปฏิบัติถูกบัญญัติในมาตรา 225-2⁵ ว่า “การเลือกปฏิบัติตามนิยามตามมาตรา 225-1 ที่ได้กระทำต่อบุคคลธรรมดา หรือ นิติบุคคล ต้องรับโทษจำคุก 3 ปีและปรับ 45,000 ยูโร ในลักษณะ (1) การปฏิเสธที่จะจัดหาให้ซึ่งสินค้าหรือบริการ (2) การขัดขวางการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยปกติ (3) การปฏิเสธที่จะจ้าง, ลงโทษ (sanction), หรือเลิกจ้างบุคคล (4) เข้าควบคุมการผลิตสินค้า

⁴ French Penal Code Article 225-1

⁵ French Penal Code Article 225-2

หรือบริการให้เข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่อ้างถึงในมาตรา 225-1 (5) เข้าควบคุมการเสนอการจ้างงาน หรือ ปรับใช้หลักสูตรหรือช่วงเวลาฝึกฝนให้เข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่อ้างถึงในมาตรา 225-1 (6) การปฏิเสธที่จะรับบุคคลเข้าสู่หลักสูตร ตาม 2° ของมาตรา L.412.8 แห่งประมวลกฎหมายประกันสังคม⁶”

อีกทั้งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ได้บัญญัติเหตุยกเว้นความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 225-3 ว่า “เหตุยกเว้นความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ได้แก่ (1) การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของสุขภาพมุ่งต่อการปกป้องหรือการคุ้มครองความเสี่ยงต่อความตาย ความสมบูรณ์ทางกายภาพของบุคคล ความเสี่ยงต่อการไม่อาจทำงานได้ หรือ ความไม่สมประกอบ (2) การปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือเลิกจ้างอันมีเหตุมาจากการไร้ความสามารถซึ่งเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์ เช่น เหตุแห่งสภาพของสุขภาพ หรือ ความพิการ (3) การเลือกปฏิบัติในการรับบุคคลเข้าทำงาน อันเนื่องมาจากเพศ เมื่อข้อเท็จจริงเรื่องความเป็นชายหรือหญิงเป็นปัจจัยกำหนดการจ้างงาน หรือ กิจกรรมที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือ กฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยบริการสาธารณะ”⁷

นอกจากนี้กฎหมายประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษความผิดฐานเลือกปฏิบัติกรณีกระทำการเลือกปฏิบัติในที่สาธารณะปรากฏตามมาตรา 225-2 วรรคสอง และกำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลที่กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจนตามมาตรา 225-4 อีกด้วย

2.2 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประมวลกฎหมายอาญา Swiss Criminal Code มาตรา 261^{bis} โดยกำหนดฐานความผิด Racial Discrimination ในประเภทความผิด Felonies and Misdemeanors Against Public Order โดยความผิดฐานเลือกปฏิบัติตามมาตรา 261^{bis} วรรคสาม บัญญัติว่า “ผู้ใดเลือกปฏิบัติเป็นการสาธารณะหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลด้วยเหตุพื้นฐานของเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือศาสนา ด้วยคำพูด ข้อเขียน รูปภาพ ท่าทาง การข่มขู่ หรือการกระทำอื่นใด ในลักษณะที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในทางที่ก่อให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือการกระทำผิดอาญาต่อผู้อื่น อันเป็นการขัดมนุชยธรรมลดคุณค่าอย่างร้ายแรง”⁸ และมาตรา 261^{bis} วรรคสี่ บัญญัติว่า “ผู้ใดปฏิเสธการให้บริการ รับบริการโดยบริการนั้นเป็นการให้บริการแก่สาธารณะ ต่อบุคคล หรือ กลุ่มบุคคล

⁶ มาตรา L.412.8 แห่งประมวลกฎหมายประกันสังคมผู้ทำงานจะได้รับประโยชน์กรณีเกิดอุบัติเหตุระหว่างฝึกงานแม้ไม่มีประกันสังคม

⁷ French Penal Code Article 225-3

⁸ Swiss Criminal Code Art. 261^{bis}

เนื่องจากเหตุด้านเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือศาสนาของเขา ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือโทษปรับ (ไม่เกิน 10,000 ฟรังก์)

2.3 ประเทศสเปน

ประเทศสเปนได้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประมวลกฎหมายอาญา Spain Criminal Code มาตรา 22(4) ,314, 511 และ 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

โดยประมวลกฎหมายอาญาสเปนมาตรา 22 (4) กำหนดให้ “การกระทำความผิดด้วยเหตุผลการเหยียดเชื้อชาติ การต่อต้านชาวยิว การกระทำใด ๆ ในลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติจากเหตุเรื่องอุดมการณ์ ศาสนา ความเชื่อ การสังกัดกลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือ กำเนิดทางสัญชาติ เพศสภาพ รสนิยมทางเพศ สถานการณ์ทางครอบครัว ความเจ็บป่วย หรือ ความพิการ เป็นการกระทำที่ถือเป็นสถานการณ์รุนแรง”⁹

ลักษณะการเลือกปฏิบัติที่เป็นความผิดปรากฏใน มาตรา 314 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการเลือกปฏิบัติอย่างร้ายแรงในการจ้างงานของเอกชนหรือรัฐต่อบุคคลโดยเหตุเรื่องอุดมการณ์ ศาสนา ความเชื่อ การสังกัดกลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือ กำเนิดทางสัญชาติ เพศสภาพ รสนิยมทางเพศ สถานการณ์ทางครอบครัว ความเจ็บป่วย หรือ ความพิการ หรือ โดยเหตุที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้แทนทางกฎหมายหรือผู้แทนสหภาพแรงงานของลูกจ้าง หรือ โดยเหตุเรื่องความสัมพันธ์กับลูกจ้างคนอื่นในบริษัทในบริษัท หรือ โดยเหตุที่ใช้ภาษาราชการใดภาษาราชการหนึ่งของสเปน และผู้ใดไม่เยียวยายบุคคลผู้นั้นให้กลับสู่สภาพความเสมอภาคตามกฎหมายหลังจากมีข้อเรียกร้องหรือการลงโทษทางปกครอง ต้องระวางโทษ ...”¹⁰ และมาตรา 511 บัญญัติว่า “กรณีเอกชนผู้มีหน้าที่ให้บริการสาธารณะสมาคม มูลนิธิ สโมสร หรือ บริษัท ปฏิเสธการให้บริการแก่บุคคลอื่นที่มีสิทธิใช้บริการนั้นโดยเหตุเรื่องอุดมการณ์ ศาสนา หรือ ความเชื่อ การสังกัดกลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ ต้นกำเนิดทางสัญชาติ เพศสภาพ รสนิยมทางเพศ สถานการณ์ทางครอบครัว ความเจ็บป่วย หรือ ความพิการ ต้องระวางโทษโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสองปี และปรับตั้งแต่สิบสองเดือนถึงยี่สิบสี่เดือน และการห้ามเข้าทำงานราชการ และเป็นตำแหน่งราชการตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปี”¹¹

⁹ Spain Criminal Code Article 22(4)

¹⁰ Spain Criminal Code Article 314

¹¹ Spain Criminal Code Article 511

อีกทั้งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 511 วรรคท้าย ได้บัญญัติเหตุเพิ่มโทษกรณีผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติเป็นข้าราชการ โดยกำหนดอัตราโทษ จำคุก 1- 2 ปี และปรับ 18-28 เดือนและห้ามเข้าทำงานราชการ และเป็นตำแหน่งราชการตั้งแต่ 2- 4 ปี และกำหนดโทษพิเศษในมาตรา 512 “กรณีผู้ปฏิบัติการในทางวิชาชีพหรือกิจกรรมทางธุรกิจ ปฏิเสธ การให้บริการผู้อื่นในหน้าที่การงานของเขาเพราะเหตุเรื่องอุดมการณ์ ศาสนา ความเชื่อ การสังกัดกลุ่มชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือ กำเนิดทางสัญชาติ เพศสภาพ รสนิยมทางเพศ สถานการณ์ทางครอบครัว ความเจ็บป่วย หรือ ความพิการต้องระวางโทษพิเศษ โดยถูกกีดกันจากการใช้สิทธิทางวิชาชีพ การค้า การธุรกิจหรือพาณิชย์เป็นระยะเวลา 1-4 ปี”¹²

2.4 ประเทศเนเธอร์แลนด์

ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในประมวลกฎหมายอาญา Criminal Code มาตรา 90 quarter มาตรา 137d โดยกำหนดฐานความผิด Discriminatory expressions ในประเภทความผิด Serious Offences against Public Order โดยประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์มาตรา 90 quarter ได้กำหนดนิยามของคำว่าเลือกปฏิบัติ ว่า “การเลือกปฏิบัติ หรือ การต่อต้านโดยแบ่งแยก หมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน การจำกัด หรือการให้สิทธิพิเศษ โดยมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่เป็นโมฆะ หรือลดสิทธิที่ได้รับรองไว้ ลดความเท่าเทียมการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมืองหรือเศรษฐกิจในเรื่องทางสังคมหรือวัฒนธรรมหรือเหตุพื้นฐานอื่น ๆ ทางสังคม”¹³ และกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 137d “บุคคลใดกระทำการโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยภาพยั่วให้เกิดการเกลียดชังหรือกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือใช้ความรุนแรงต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของพวกเขา เนื่องจากเชื้อชาติศาสนา หรือความเชื่อทางเพศ หรือรกร่วมเพศ หรือความพิการทางร่างกายจิตใจ หรือทางปัญญา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับในประเภทที่สาม (ปรับสูงสุดไม่เกิน 4,500 ยูโร)”¹⁴ อีกทั้งได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณี “ถ้าความผิดได้กระทำโดยบุคคลที่ประกอบอาชีพหรือบุคคลที่กระทำโดยเป็นนัยหรือกระทำโดยบุคคลตั้งแต่ 2 คน ขึ้นไปหรือมากกว่าร่วมมือกันกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือโทษปรับในประเภทที่ 4 (ปรับสูงสุดไม่เกิน 11,250 ยูโร)

¹² Spain Criminal Code Article 512

¹³ Criminal Code (Wetboek van Strafrecht) Section 90 quarter

¹⁴ Criminal Code (Wetboek van Strafrecht) Section 137d

2.5 ประเทศวันดา

ประเทศวันดาได้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติในพระราชบัญญัติป้องกันปราบปราม และการลงโทษอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติและการแบ่งแยก (LAW NO 47/2001 ON PREVENTION, SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF DISCRIMINATION AND SECTARIANISM) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษบุคคลผู้มีความผิดฐานอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติและความเชื่อเรื่องการแบ่งแยก ปรากฏความผิดฐานเลือกปฏิบัติในมาตรา 1 มาตรา 3 มาตรา 5 และมาตรา 6 โดยกำหนดนิยามคำว่าเลือกปฏิบัติไว้ใน มาตรา 1 ว่า “การเลือกปฏิบัติ หมายถึง คำพูด การเขียน การกระทำใด ๆ บนพื้นฐาน เชื้อชาติ ต้นกำเนิดประเทศ สีผิว ลักษณะทางกายภาพ เพศ ภาษา ศาสนา หรือ แนวคิด อันมีวัตถุประสงค์ในการรีดลอนสิทธิ¹⁵ ของบุคคล หรือ กลุ่มบุคคลไปจากสิทธิที่เขาพึงมีจากกฎหมายประเทศวันดาและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศวันดาเข้าร่วมเป็นภาคี”¹⁶ และกำหนดลักษณะความผิดฐานเลือกปฏิบัติใน มาตรา 3 ว่า “อาชญากรรมการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น เมื่อผู้ใดใช้คำพูดใด ๆ เขียนคำสั่งใด ๆ หรือกระทำการใด ๆ บนพื้นฐาน เชื้อชาติ ต้นกำเนิดประเทศ สีผิว ลักษณะทางกายภาพ เพศ ภาษา ศาสนา หรือ แนวคิดอันมีวัตถุประสงค์ที่ปฏิเสธสิทธิมนุษยชนของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับการปฏิเสธสิทธิที่เขาพึงได้รับจากกฎหมายประเทศวันดาและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศวันดาเข้าร่วมเป็นภาคี” อีกทั้งมาตรา 5 กำหนดโทษสำหรับความผิดฐานเลือกปฏิบัติ เหตุเพิ่มโทษกรณีเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการเลือกปฏิบัติ และมาตรา 6 กำหนดโทษกรณีนิติบุคคลกระทำการเลือกปฏิบัติด้วย

บทวิเคราะห์

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศทั้งประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศวันดา พบว่านิยามการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายแต่ละประเทศกำหนดมีลักษณะดังนี้ การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การกระทำใด ๆ อันมีลักษณะจำกัดสิทธิ แบ่งแยก กีดกันการใช้สิทธิ ปฏิเสธการได้รับสิทธิของผู้อื่นโดยเหตุบนพื้นฐานความแตกต่างทั้งในเรื่อง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา เพศ ความคิดเห็นที่แตกต่างของผู้นั้น อันทำให้ผู้นั้นไม่ได้รับสิทธิตามกฎหมายที่เขาพึงได้รับ

¹⁵ มาตรา 1 (3) พระราชบัญญัติป้องกัน ปราบปราม และการลงโทษอาชญากรรมการเลือกปฏิบัติและการแบ่งแยก บัญญัติว่า “การลิดรอนสิทธิของบุคคลใดไม่ว่าหญิงหรือชาย หมายถึง การปฏิเสธสิทธิที่เขาพึงได้รับกฎหมายประเทศวันดาและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศวันดาเข้าร่วมเป็นภาคี”

¹⁶ LAW NO 47/2001 ON PREVENTION, SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF DISCRIMINATION AND SECTARIANISM Article 1

ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกของความผิด อันได้แก่ ผู้กระทำความผิด การกระทำความผิด พบว่าในส่วนของ “ผู้กระทำความผิด” กฎหมายทั้งห้าประเทศได้บัญญัติลักษณะผู้กระทำความผิดที่เป็น “บุคคลธรรมดา” ไว้ทุกประเทศ โดยประเทศสเปนและประเทศวันดาได้มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษกรณีบุคคลธรรมดาที่มีฐานะพิเศษเป็นเจ้าพนักงาน เจ้าหน้าที่รัฐ ข้าราชการ เป็นผู้กระทำความผิด และประเทศฝรั่งเศส ประเทศสเปน และประเทศวันดา ได้บัญญัติกำหนดให้ “นิติบุคคล” เป็นผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติด้วยโดยกำหนดบทลงโทษของนิติบุคคลไว้อย่างชัดเจน

องค์ประกอบภายในความผิดฐานเลือกปฏิบัติ อันได้แก่ เจตนาธรรมดาในการกระทำความผิด คือ ผู้กระทำจะต้องรู้สำนึกในการกระทำ และผู้กระทำจะต้องกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด โดยมีเจตนาประสงค์ต่อผลในการก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ และองค์ประกอบภายในที่สำคัญอีกส่วน คือ เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจงใจในการกระทำความผิด โดยมูลเหตุจงใจในความผิดฐานเลือกปฏิบัติต้องเกิดจากความแตกต่างของลักษณะพื้นฐานผู้เสียหายกับผู้กระทำผิดจนทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้น โดยลักษณะพื้นฐานของผู้เสียหายที่กฎหมายแต่ละประเทศให้ความสำคัญค่อนข้างแตกต่างกันขึ้นอยู่กับบริบท ประวัติศาสตร์ วัฒนธรรมและสังคมของประเทศนั้น ๆ โดยลักษณะผู้เสียหายที่ทุกประเทศให้ความสำคัญมีลักษณะทั่วไป ได้แก่ ลักษณะเกี่ยวกับเชื้อชาติ ลักษณะเกี่ยวกับเพศ ลักษณะเกี่ยวกับความบกพร่องทางกาย ความพิการ อายุ และลักษณะเกี่ยวกับศาสนา นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และประเทศวันดา ได้บัญญัติให้ความสำคัญคุ้มครองลักษณะอื่น ๆ ด้วย เช่น ความคิดเห็นทางการเมือง ภาษา เป็นต้น

สำหรับองค์ประกอบภายนอกในส่วนของการกระทำความผิด นั้น ต้องพิจารณาการนิยามการเลือกปฏิบัติ และลักษณะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด ซึ่งบทกฎหมายของทั้งห้าประเทศนั้นนิยามว่าการเลือกปฏิบัติ หมายถึง การกระทำใด ๆ ในลักษณะแบ่งแยก กีดกัน จำกัด การได้รับสิทธิของบุคคลอื่นอันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองจากกฎหมาย ตามอนุสัญญาหรือกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ จากเหตุพื้นฐานความแตกต่างของลักษณะของผู้ถูกเลือกปฏิบัติกับตน ซึ่งจากแนวทางการกำหนดลักษณะการกระทำการเลือกปฏิบัติที่เป็นความผิดทางอาญาของแต่ละประเทศที่กล่าวมาข้างต้น จะพบว่ากฎหมายต่างประเทศมุ่งเน้นให้ความสำคัญคุ้มครองป้องกันการเลือกปฏิบัติไว้ 2 ลักษณะ คือ 1. การเลือกปฏิบัติ โดยเป็นการปฏิเสธการได้รับสิทธิอันบุคคลนั้นพึงได้รับในบริการสาธารณะจากทางภาครัฐและเอกชน และ 2. การเลือกปฏิบัติโดยการปฏิเสธเกี่ยวกับสิทธิในการจ้างงาน การทำงาน

นอกจากนี้ในส่วนการบัญญัติเหตุยกเว้นความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศเดียวที่กำหนดเหตุยกเว้นความผิดฐานเลือกปฏิบัติตามมาตรา 225-3 และในส่วนการกำหนดเหตุเพิ่มโทษความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ประเทศฝรั่งเศสได้

กำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีกระทำการเลือกปฏิบัติในที่สาธารณะ ประเทศสเปน ประเทศรวันดา กำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐหรือข้าราชการ และประเทศเนเธอร์แลนด์กำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำๆ เป็นนิสัยหรือกระทำความผิดตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป

บทสรุปข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย ทั้งประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศรวันดา เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติของไทยนั้น ผู้เขียนเห็นควรเสนอให้บัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติเป็นความผิดฐานใหม่ขึ้นในประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรง ผู้เขียนเห็นควรกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติโดยอ้างอิงรูปแบบการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติจากประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส เพราะประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้กำหนดบทบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติ ทั้งบทนิยามความหมายของการเลือกปฏิบัติโดยกำหนดให้ ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิด กำหนดลักษณะการเลือกปฏิบัติและเหตุยกเว้นความผิดฐานเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจน อีกทั้งยังได้นำแนวคิดในเรื่องการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติและเหตุเพิ่มโทษของประเทศสเปน และประเทศรวันดา มาพิจารณาประกอบเพื่อนำมาใช้ในการกำหนดความผิดฐานเลือกปฏิบัติของไทยให้เหมาะสมและสอดคล้องกับประเทศไทยจากการวิเคราะห์กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย ผู้เขียนเห็นควรกำหนดแนวทางการบัญญัติความผิดฐานเลือกปฏิบัติไว้ ดังนี้

1. สำหรับองค์ประกอบภายนอกในส่วน “ผู้กระทำความผิด” เนื่องจากประเทศไทยยังมีช่องว่างของการกำหนดคุ้มครองการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากเอกชน ดังนั้น เพื่อการคุ้มครองถูกเลือกปฏิบัติจึงเห็นควรกำหนดให้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลรับความผิดฐานเลือกปฏิบัติตามแนวทางบทบัญญัติกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสเปน และประเทศรวันดา

2. องค์ประกอบภายนอกในส่วน “ลักษณะการกระทำ” ที่มีความผิดต้องเป็นการกระทำการเลือกปฏิบัติ คือ การกระทำใด ๆ โดยการแบ่งแยก หรือกีดกัน แบ่งแยก โดยเหตุความแตกต่างทางลักษณะพื้นฐานของผู้ถูกกระทำ และเป็นการกระทำที่ส่งผลให้ผู้ถูกกระทำไม่ได้รับสิทธิอันเขาพึง ได้ตามกฎหมาย โดยต้องเป็นการเลือกปฏิบัติในลักษณะการปฏิเสธการให้บริการจากภาครัฐและเอกชน และการเลือกปฏิบัติกรณีปฏิเสธการจ้างงาน ลงโทษการทำงาน หรือเลิกจ้างเพราะเหตุแห่ง ความแตกต่างอันเป็นเหตุลักษณะพื้นฐานของบุคคล ตามแนวทางบทบัญญัติกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศรวันดา

3. องค์ประกอบภายในหรือเจตนาในการกระทำความผิด เห็นควรกำหนดมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดหรือเหตุที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ เป็นเจตนาพิเศษซึ่งเหตุที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติพิจารณาจากการมีอคติ เกลียดชังต่อลักษณะของผู้เสียหายที่มีความแตกต่าง โดยผู้เขียนเห็นควรกำหนดเหตุความแตกต่างทางถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง อันเป็นเหตุลักษณะพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองไว้เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติอย่างครอบคลุมและสอดคล้องกับบริบทสภาพสังคมและสถานการณ์ที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในประเทศไทย

4. เหตุเพิ่มโทษ ผู้เขียนเห็นควรกำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีการเลือกปฏิบัติอันเกิดจากการกระทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่เอกชนที่ให้บริการสาธารณะ โดยเพิ่มโทษเป็น 2 เท่า ตามแนวทางการบัญญัติของกฎหมายประเทศ สเปน และประเทศสวีเดน

5. เหตุยกเว้นความผิด ผู้เขียนเห็นควรบัญญัติเหตุยกเว้นความผิดไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส

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

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

(1) การปฏิเสธการให้บริการจากภาครัฐและเอกชนในการให้บริการสาธารณะ

(2) ปฏิเสธการจ้างงาน ลงโทษการทำงาน หรือเลิกจ้าง

บุคคลธรรมดาผู้กระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติต้องระวางโทษ...

กรณีผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่เอกชนที่ให้บริการสาธารณะต้องระวางโทษ...”

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

รับสิทธิอันเขาพึงได้ตามกฎหมาย นิติบุคคลนั้นมีความผิดฐานเลือกปฏิบัติ หากได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) การปฏิเสธการให้บริการจากภาครัฐและเอกชน ในการให้บริการสาธารณะ

(2) ปฏิเสธการจ้างงาน ลงโทษการทำงาน หรือเลิกจ้าง

นิติบุคคลกระทำความผิดฐานเลือกปฏิบัติต้องระวางโทษ...

“มาตรา 333/3 ผู้ใดเลือกปฏิบัติในลักษณะ

(1) การเลือกปฏิบัติโดยเหตุแห่งสภาพของสุขภาพมุ่งต่อการป้องกันหรือการคุ้มครองความเสี่ยงต่อความตาย ความสมบูรณ์ทางกายภาพของบุคคล ความเสี่ยงต่อการไม่อาจทำงานได้ หรือ ความไม่สมประกอบ

(2) การปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือเลิกจ้างอันมีเหตุมาจากการไร้ความสามารถซึ่งเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์ เช่น เหตุแห่งสภาพของสุขภาพ หรือ ความพิการ

(3) การเลือกปฏิบัติในการรับบุคคลเข้าทำงานอันเนื่องมาจากเพศ เมื่อข้อเท็จจริงเรื่องความเป็นชายหรือหญิงเป็นปัจจัยกำหนดการจ้างงาน หรือ กิจกรรมที่เป็นความเชื่อวาทญาณเฉพาะด้าน หรือ กฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยบริการสาธารณะ ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานเลือกปฏิบัติ”

บรรณานุกรม

หนังสือ

ปกป้อง ศรีสนิท . กฎหมายอาญาชั้นสูง . กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

สารนิพนธ์

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

BOOK

Henry Campbell . Black . Black's Law Dictionary. Nine Edition. U.S.A : WEST Thomson Reuter, 2009.