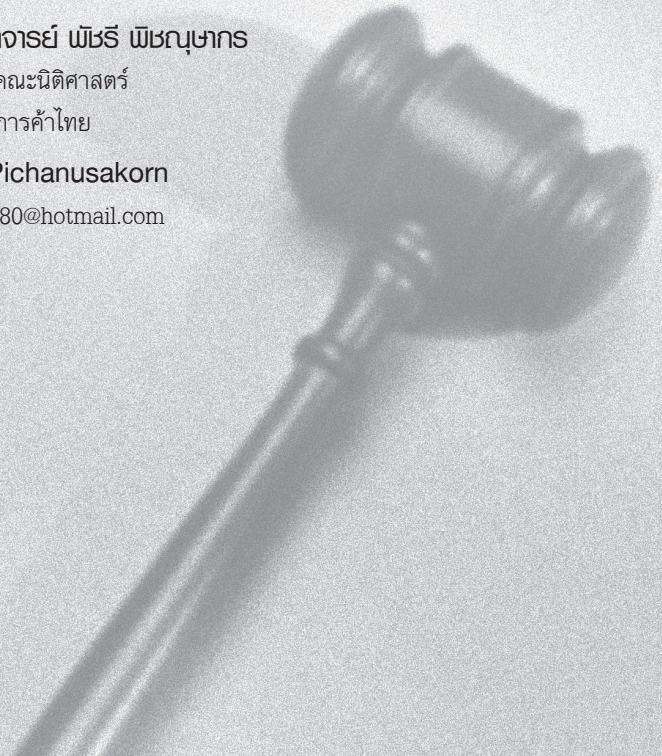


ความคุ้มครองทางกฎหมายเกี่ยวกับ
การเลือกปฏิบัติในการจ้างงานของประเทศ
สหรัฐอเมริกาสำหรับลูกจ้างที่มีความ
หลากหลายทางเพศ: ข้อเสนอแนะสำหรับ
ประเทศไทย

U.S. Employment Discrimination
Protection for LGBT Workers:
Recommendations for Thailand

- ผู้ช่วยศาสตราจารย์ พัชรีย์ พิษณุเขาก
- อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์
- มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
- Patcharee Pichanusakorn
- E-mail: pat21280@hotmail.com



บทคัดย่อ

การถูกเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของการเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นประเด็นที่องค์การระหว่างประเทศหลายสถาบันให้ความสำคัญเพิ่มมากขึ้น จากการศึกษาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศพบว่า ในตลาดแรงงาน ลูกจ้างที่มีความหลากหลายทางเพศมักประสบกับการถูกเลือกปฏิบัติในการทำงาน ในทุกวงจรของการจ้างงาน ไม่ว่าจะเป็นการรับสมัครเข้าทำงาน การเลื่อนตำแหน่ง การเข้าถึงสวัสดิการ ตลอดจนการเลิกจ้างเพียงเพราะมีความแตกต่างด้านรสนิยมทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ ประเทศสหรัฐอเมริกามีกลไกในการให้ความคุ้มครองแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมิให้ถูกเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน ถึงแม้ว่ายังไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางให้ความคุ้มครองแก่กลุ่มบุคคลเหล่านี้โดยตรง แต่ก็อาศัยการตีความพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิพลเมืองโดยคณะกรรมการเพื่อความเสมอภาคในการจ้างงานของรัฐและศาลของรัฐบาลกลางเพื่อให้ความคุ้มครอง นอกจากนี้ในบางมลรัฐยังมีกฎหมายในระดับมลรัฐและระดับท้องถิ่นให้ความคุ้มครองโดยตรง สำหรับประเทศไทย ลูกจ้างทุกกลุ่มสามารถอาศัยความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ได้แม้จะมีได้ให้ความคุ้มครองด้านการจ้างงานโดยตรง แต่การเลือกปฏิบัติระหว่างเพศทุกชนิด ล้วนเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ นอกจากนี้ยังมีกลไกร้องเรียนและช่องทางเยียวยาให้แก่ผู้เสียหายอย่างเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการส่งเสริมให้กลุ่มบุคคลเหล่านี้ได้รับความคุ้มครองในการทำงานอย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น ควรมีการปรับปรุงคำนิยามเพื่อให้ครอบคลุมกับบุคคลทุกกลุ่ม รวมถึงกำหนดลักษณะการกระทำความผิดให้ชัดเจน ตลอดจนควรมีการออกแนวปฏิบัติที่ดีในการจ้างงานให้แก่องค์กรภาครัฐและเอกชนเพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำที่ จะมีความผิดตามกฎหมาย และท้ายสุดควรมีการผลักดันแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานให้สอดคล้องกัน ดังรายละเอียดในบทความนี้

คำสำคัญ: การเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ รสนิยมทางเพศ วิธีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ

Abstract

Discrimination on the ground of being LGBT (Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender) persons has been increasingly recognized by International organizations. Based on the Study of International Labour Organization, LGBT workers often encounter employment discrimination on the basis of their sexual orientation or gender identity throughout the employment cycle, namely hiring, promotion, access to benefits, and termination. In the United States, there are several legal mechanisms to protect LGBT workers from employment discrimination although federal law has not expressly prohibited such employment discrimination. These employees may seek protection from the federal Equal Employment Opportunity Commission's interpretation of Title VII of the Civil Rights Act and the rulings of federal courts. In addition, many states have their own LGBT legislation at the State or local level.

As for Thailand, all employees may seek protection under Gender Equality Act B.E. 2558. Although the act does not discretely specify in the context of employment, this act prohibits any acts involving sexual discrimination. This act also allows for petition process and has a concrete procedure to compensate those affected by any related wrongfully acts. In an attempt to elevate the protection against sexual inequality for LGBT group, the definition of different subgroups within the group and types for violation should be redefined for comprehensiveness. Both government and private entities should also have an employment related guideline in order to avoid any acts which may violate the law. Finally, an amendment of Labour Protection Act B.E. 2541 in consistency with Gender Equality Act B.E. 2558 should be initiated as detailed in this article.

Keywords: Employment Discrimination, LGBT, Sexual Orientation, Gender Identity

บทนำ

การกีดกันหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBT)¹ ที่มีอยู่ในสังคมปัจจุบันพบในหลายรูปแบบและมีความรุนแรงที่แตกต่างกันไป และในหลายกรณีกระทบต่อการดำรงชีวิตอย่าง ปกติสุข เช่น การถูกรังแกในสังคม การล่วงละเมิดสิทธิ หรือปัญหาการเข้าถึงสิทธิประโยชน์บางประการที่ คนกลุ่มดังกล่าวยังไม่ได้รับการยอมรับ บางประเทศถือว่าการเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือการปฏิบัติตนที่แตกต่างจากเพศกำเนิดของตนเป็นความผิดทางกฎหมายและมีโทษทางอาญา² ทั้งนี้ เลือกปฏิบัติในสังคมอาจเป็นผลจากทัศนคติหรืออคติ (Sexual Prejudice) แต่เดิมที่วางกรอบความคิดให้เพศของบุคคลมีเพียงเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น³ ดังนั้น การแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดของตนเองจึงไม่ได้รับการยอมรับในสังคม

ในตลาดแรงงาน กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอาจต้องเผชิญกับการปฏิบัติอย่าง

ไม่เท่าเทียมในการจ้างงานตลอดทั้งวงจรของการทำงาน⁴ ตั้งแต่กระบวนการรับสมัครงาน การอบรมฝึกงาน การได้รับการพิจารณาเลื่อนขั้นตำแหน่งงาน ตลอดจนการถูกเลิกจ้างด้วยเหตุวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) และอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของประเทศไทย พบว่ากลุ่ม LGBT ในประเทศไทยถูกเลือกปฏิบัติในทุกขั้นตอนของการทำงาน เช่น การจ้างงาน โอกาสการก้าวหน้าในที่ทำงาน การเข้าถึงสิทธิประโยชน์จากการจ้างงานและสวัสดิการ รวมถึง การเข้าถึงโอกาสการจ้างงานอันจำกัด ถูกกีดกันออกจากงานในระบบ การยอมรับความหลากหลายทางเพศอย่างจำกัดในที่ทำงาน สภาพแวดล้อมการทำงานที่ไม่เป็นมิตร การคุกคามทางเพศในที่ทำงาน⁵ เป็นต้น

หรือในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลสหรัฐอเมริกาได้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในการที่ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกามีคำสั่งในการบริหารประเทศที่ห้ามกองทัพสหรัฐอเมริการับกลุ่มบุคคล

¹ LGBT กลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ คือ กลุ่มคนที่เป็นเลสเบี้ยน เกย์ รักร่วมเพศ และคนข้ามเพศ ดูเพิ่มเติมได้ที่ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (Online) <https://www.unfe.org/definitions/> accessed 12 January 2018

² United Nation News, “UN Rights Office ‘Deeply Concerned’ over arrests of LGBT people in Azerbaijan, Egypt and Indonesia”. (13 October 2017). (Online), <https://news.un.org/en/story/2017/10/568492-un-rights-office-deeply-concerned-over-arrests-lgbt-people-azerbaijan-egypt-and> (accessed 12 January 2018).

³ Ontario Human Rights Commission 2014, “Policy on Preventing Discrimination because of Gender Identity and Gender Expression” at 8. (Online) <http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/Policy%20on%20preventing%20discrimination%20because%20of%20gender%20identity%20and%20gender%20expression.pdf> (accessed 12 January 2018).

⁴ ILO, Discrimination at Work on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity: Results of the ILO’s PRIDE Project, (Geneva: International Labour Organization, 2015), p. 1.

⁵ บุษกร สุริยสาร, องค์การแรงงานระหว่างประเทศประจำประเทศไทย กัมพูชาและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ: องค์การแรงงานระหว่างประเทศ, 2557), หน้า. XVII-XX.

ที่มีความหลากหลายทางเพศเข้าทำงาน การกระทำของประธานาธิบดีดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาว่าคำสั่งของประธานาธิบดีนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญของประเทศและถือเป็นการกีดกันหรือเลือกปฏิบัติต่อกลุ่ม LGBT หรือไม่⁶

การเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงเป็นปัญหาสำคัญในระดับโลกที่องค์กรระหว่างประเทศหลายหน่วยงานพยายามผลักดันให้ประเทศต่างๆ ให้ความความร่วมมือในการจัดการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่ม LGBT และถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับในระดับโลก เช่น การยอมรับสิทธิของกลุ่ม LGBT ภายใต้องค์การสหประชาชาติ⁷ หรือการให้ความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญา ฉบับที่ 111 ปี ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย การให้ความคุ้มครองทางกฎหมายด้านการจ้างงานเพื่อต่อต้านการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่ม LGBT เพิ่งได้รับการผลักดันให้เห็นเป็นรูปธรรมได้ไม่นานนัก ดังจะเห็นได้จากการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 และการให้สัตยาบันของรัฐบาลไทยในปี พ.ศ. 2560 แก่สนธิสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ โดยจะมีผลบังคับในเดือนมิถุนายนปี พ.ศ. 2561 ดังนั้น การตระหนักถึงความคุ้มครองทางกฎหมายในสังคมปัจจุบันอาจ

ยังไม่เพียงพอ หรือยังไม่มีแนวทางหรือแนวปฏิบัติที่ตีมาปรับใช้

เพื่อเป็นการส่งเสริมให้กลุ่ม LGBT ในประเทศไทยได้รับประโยชน์จากความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม และมีแนวปฏิบัติที่อาจนำมาใช้เป็นประโยชน์ได้ในองค์กรภาครัฐหรือภาคธุรกิจ บทความฉบับนี้ ผู้เขียนจึงมุ่งเน้นกล่าวถึงกลไกการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในมิติของการจ้างงาน เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการให้ความคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหลายฉบับโดยเฉพาะกฎหมายในระดับมลรัฐ ตลอดจนมีกลไกของหน่วยงานด้านการคุ้มครองสิทธิเพื่อต่อต้านการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานโดยตรง ดังจะได้อธิบายต่อไป อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เข้าใจกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตลอดจนเข้าใจขอบเขตความคุ้มครองทางกฎหมายได้ดียิ่งขึ้น ในเบื้องต้นจึงจำเป็นต้องเข้าใจความหมายหรือคำศัพท์ที่ถูกนำมาใช้เป็นประจำ หรือถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายต่างประเทศดังต่อไปนี้

คำศัพท์เฉพาะทางที่เกี่ยวข้องในบทความนี้

กลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBT) คือ กลุ่มคนที่เป็นเลสเบี้ยน เกย์ รักร่วมเพศ และ

⁶ Case No. 1:17-cv-01597 *Doe1 v. Trump* (2017) (Online) <https://www.glad.org/wp-content/uploads/2017/10/Amicus-NCTE.pdf> (accessed 12 January 2018).

⁷ United Nations Human Rights, LGBT Resolutions, (Online), <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTUNResolutions.aspx> (accessed 12 January 2018).

คนข้ามเพศ⁸

คนข้ามเพศ (Transgender) คือ ผู้ที่รู้สึกพึงพอใจกับเพศภาวะหรืออัตลักษณ์ทางเพศที่ตรงข้ามกับเพศกำเนิดของตน⁹

วิถีทางเพศ (Sexual Orientation) คือ ความสามารถของบุคคลเกี่ยวกับแรงดึงดูดอันลึกลับด้านอารมณ์ เสน่ห์ ด้านเพศและความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลซึ่งมีเพศภาวะที่แตกต่างกัน หรือเหมือนกัน หรือมีมากกว่าหนึ่งเพศภาวะ¹⁰

อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) คือ ความรู้สึกลึกลับภายในของบุคคลเกี่ยวกับเพศภาวะซึ่งอาจจะสอดคล้องหรือตรงข้ามกับเพศโดยกำเนิดของตน รวมถึงความรู้สึกทางสรีระ (ซึ่งหากสามารถเลือกได้ อาจเกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขลักษณะและการทำงานทางกายภาพด้วยวิธีการทางการแพทย์ การผ่าตัดหรือวิธีอื่นใด) รวมทั้งการแสดงออกทางเพศภาวะ เช่น การแต่งกาย การพูดจา และกิริยาอื่น ๆ¹¹

จากคำนิยามศัพท์ดังกล่าว จะเห็นว่า วิถีทางเพศหรือรสนิยมทางเพศกับอัตลักษณ์ทางเพศนั้น มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ วิถีทางเพศหรือรสนิยมทางเพศ คือ ความรู้สึกอารมณ์เสนาห์ต่อบุคคลอื่นซึ่งอาจจะเป็นเพศเดียวกันหรือแตกต่างกับตนก็ได้ เช่น อาจชอบเพศตรงข้าม (Heterosexual) เพศเดียวกัน (homosexual) สนใจทั้งเพศตรงข้ามและเพศเดียวกัน (Bisexual) สนใจคนข้ามเพศด้วย

กัน (pansexual) เป็นต้น แต่อัตลักษณ์ทางเพศจะมีความหมายในลักษณะที่เป็นการตัดสินใจและรับรู้ด้วยตนเองว่าตนเป็นเพศใด เป็นความรู้สึกภายในของตนที่มีต่อตัวเอง เป็นต้น

ดังนั้น ขอยกตัวอย่างเช่น บุคคลหนึ่งมีเพศกำเนิดเป็นเพศชาย แต่รับรู้ด้วยตนเองและระบุเพศของตนมาตลอดว่าเป็นหญิง บุคคลนี้จึงมีอัตลักษณ์เป็นหญิง และหากบุคคลนั้นมีความรู้สึกไม่พึงพอใจต่ออวัยวะหรือเพศกำเนิดของตน บุคคลนี้จึงถือว่าเป็นหนึ่งในกลุ่มคนข้ามเพศ ส่วนรสนิยมทางเพศหรือความรู้สึกในทางเสนาห์ทางเพศต่อบุคคลอื่น อาจจะมีต่อผู้ชาย ผู้หญิง หรือทั้งสองเพศ หรือไม่สามารถกำหนดได้ ก็เป็นได้เช่นกัน ด้วยเหตุดังกล่าวกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงหมายรวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศที่หลากหลายด้วย

กลไกความคุ้มครองทางกฎหมายในประเทศไทยสำหรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในมิติการจ้างงาน

กฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law)

ในปัจจุบัน ประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางที่ให้ความคุ้มครองด้านการจ้างงานแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลาย

⁸ ในบทความนี้ จะใช้ LGBT หมายความรวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศที่หลากหลายด้วย.

⁹ บุษกร สุริยสาร, องค์การแรงงานระหว่างประเทศประจำประเทศไทย กัมพูชาและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย, หน้า 19.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹¹ เรื่องเดียวกัน.

หลายทางเพศโดยตรง หากแต่อาศัยการตีความพระราชบัญญัติสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1964 (The Civil Rights Act 1964) ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางที่มีความสำคัญและเป็นหลักเกี่ยวกับการควบคุมโอกาสการจ้างงานอย่างเท่าเทียมกันของสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้คดีหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องจะอาศัยการตีความของหน่วยงาน เช่น ศาลรัฐบาลกลาง¹² และคณะกรรมการเพื่อความเสมอภาคในการทำงาน (Equal Employment Opportunity Commission; EEOC) เพื่อให้ครอบคลุมกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

เนื้อหาขอขเขตการให้ความคุ้มครองของพระราชบัญญัติสิทธิพลเมืองที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการจ้างงานโดยจะต้องไม่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุของความแตกต่างปรากฏอยู่ใน Title VII ซึ่งกำหนดให้การกระทำใดๆ ที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างด้วยเหตุเพราะความแตกต่างด้านเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ชนชาติกำเนิด หรือด้านเพศเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เนื้อหาหลายลักษณะอักษรของกฎหมาย คำว่า “เพศ” (Sex) ไม่ได้มีการให้คำนิยามไว้อย่างชัดเจนว่าหมายความรวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วยหรือไม่¹³

ทั้งนี้ ตามแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ EEOC ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐบาลกลาง (Federal

agency) ที่มีหน้าที่โดยตรงในการบังคับใช้กฎหมายระดับรัฐบาลกลางหลายฉบับที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานเพราะเหตุของความแตกต่างทั้งหลายตามที่กฎหมายกำหนด จึงได้มีการตีความการเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างของเพศ (Sex discrimination) ภายใต้ Title VII ของพระราชบัญญัติสิทธิพลเมืองโดยให้ความคุ้มครองรวมไปถึงกลุ่มบุคคลดังกล่าว กล่าวคือ อัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศ¹⁴ อย่างไรก็ตาม การตีความของคณะกรรมการ EEOC ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย แต่ถือเป็นการกระตุ้นให้ได้ตระหนักและเคารพถึงสิทธิของกลุ่มบุคคลดังกล่าวเท่าที่คณะกรรมการฯจะส่งเสริมได้¹⁵ เพราะท้ายสุดหากข้อพิพาทไม่สามารถระงับลงได้ ก็จะต้องอาศัยการพิจารณาตัดสินไปในชั้นศาล

สำหรับขอขเขตความคุ้มครองภายใต้กฎหมายฉบับนี้ กำหนดให้นายจ้างที่ทำธุรกิจ ในอุตสาหกรรมเชิงพาณิชย์ที่มีการจ้างลูกจ้างตั้งแต่ 15 คนขึ้นไปหรือมากกว่าจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ทั้งนี้รวมไปถึงสำนักงานจัดหางาน (Employment agency) องค์กรด้านแรงงาน (Labor Organization) สำหรับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากจะหมายความถึงการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมแล้ว เช่น การปฏิเสธการจ้างงาน การเลิกจ้าง การเลือกปฏิบัติที่มีผลต่อ

¹² เช่น คดี *Glenn v. Brumby* in the Eleventh Circuit in Atlanta (2011).

¹³ โปรดดู Section 701 (k) of Title VII of the Civil Rights Act 1964.

¹⁴ EEOC, “What you should know about EEOC and the Enforcement Protections for LGBT Workers” (Online), https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/wysk/enforcement_protections_lgbt_workers.cfm (accessed 12 February 2018).

¹⁵ Lauren Sanders, “Effects of EEOC Recognition of Title VII as Prohibiting Discrimination Based on Transgender Identity”, *Duke Journal of Gender Law&Policy* (2016), Vol. 23, 268.

ค่าตอบแทน ข้อกำหนดหรือเงื่อนไขการจ้างงาน ประเภทงาน การเลื่อนขั้น การฝึกอบรม การให้สิทธิพิเศษ หรือ การจำกัด การแบ่งประเภทลูกจ้างในรูปแบบต่าง ๆ ที่ทำให้ลูกจ้างนั้นเสียหรืออาจจะเสียโอกาสในการจ้างงาน เป็นต้น¹⁶ ยังรวมไปถึงกรณีการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างเพราะลูกจ้างนั้นใช้สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับการถูกเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงาน หรือ เพราะลูกจ้างนั้นได้ยื่นฟ้องคดี หรือ เข้าร่วมกระบวนการสืบสวนหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในคดีที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานด้วย นอกจากนี้ นโยบายของนายจ้างในการจ้างงานซึ่งในบางกรณี แม้ใช้เป็นการทั่วไปแต่อาจมีผลกระทบเชิงลบแก่ลูกจ้างและอาจถือเป็นการเลือกปฏิบัติได้ หากนโยบายนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับงานโดยตรง (Job-related) หรือจำเป็นในทางธุรกิจ (Business necessity)

จากที่ได้กล่าวไว้ตอนต้น การตีความพระราชบัญญัติสิทธิพลเมืองนอกจากจะเป็นการตีความโดยคณะกรรมการ EEOC แล้ว กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังได้รับประโยชน์จากการตีความของศาลรัฐบาลกลางหลายฉบับ

ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องของศาลรัฐบาลกลาง

ในคดี *EEOC v. Scott Medical Health Center*¹⁷ ในปี ค.ศ. 2017 คณะกรรมการ EEOC ดำเนินการฟ้องคดีแทนผู้เสียหาย Massaro ซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัท Scott Medical Health Center โดยผู้เสียหายกล่าวหาว่าหัวหน้างาน (Supervisor)

ได้พูดจาคุกคามในลักษณะที่ต่อต้านเกี่ยวกับบรรณนิยมทางเพศซึ่งเป็นชายรักชาย (Anti-gay slurs) ของเขา และเมื่อผู้เสียหายได้ร้องเรียนการกระทำของหัวหน้างานโดยตรงต่อผู้บริหารระดับสูงซึ่งเป็นเจ้าของบริษัท ผู้บริหารกลับบอกกล่าวแก่ผู้เสียหายว่า หัวหน้างานเพียงแค่ทำหน้าที่ของเค้า และหลังจากการร้องเรียนดังกล่าว การคุกคามก็ยังคงมีอยู่ ทำให้สุดท้ายผู้เสียหายได้รับความกดดันจากการสร้างบรรยากาศอันไม่เป็นมิตร (Hostile environment) และต้องลาออกจากราชการในที่สุด ผลจากการกระทำดังกล่าว ผู้เสียหายกลายเป็นคนที่มีความเครียดจนมีผลกระทบต่อสุขภาพทั้งร่างกายและจิตใจจนต้องเข้าปรึกษาเกี่ยวกับความซึมเศร้าและพบแพทย์เพื่อทานยา ดังนั้นในคดีนี้ศาลจึงตัดสินว่าผู้เสียหายได้รับผลกระทบต่อจิตใจอย่างมากจากการคุกคามทางเพศ (Sex harassment) ที่ร้ายแรงของหัวหน้างานจนทำให้ต้องลาออกจากราชการ (Constructive discharge) และการกระทำของผู้บริหารในระดับสูงที่ปฏิบัติต่อผู้เสียหายโดยไม่ใส่ใจเมื่อได้รับการร้องเรียนกลับให้ถ้อยคำที่มีลักษณะสนับสนุนการกระทำของผู้คุกคาม (Ratified the harasser's conduct) ศาลจึงพิจารณาว่าเป็นการส่งเสริมต่อการละเมิดกฎหมายและปล่อยให้หัวหน้างานสร้างบรรยากาศที่คุกคามหรือไม่เป็นมิตรในที่ทำงาน ทั้งที่ผู้บริหารมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น ศาลรัฐบาลกลางในคดีนี้จึงได้ตัดสินให้นายจ้างรับผิดชอบค่าใช้จ่ายย้อนหลัง (Back pay) ค่าเสียหายอันเป็นการทดแทน

¹⁶ Section 703-704 of Title VII of the Civil Rights Act of 1964.

¹⁷ EEOC v. Scott Medical Health Center No. CV 16-225, 2017 WL 5493975, at *1 (W.D. Pa. Nov. 16, 2017).

(Compensatory damages) และค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive damages) แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติเพราะรสนิยมทางเพศ

คดี *Price Waterhouse v. Hopkins*¹⁸ คดีนี้เป็นคดีที่เป็นบรรทัดฐานสำคัญที่ศาลสูงสุดสหรัฐได้ตัดสินว่าการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานโดยใช้คตินิยมหรือทัศนคติทางเพศ (Sex stereotyping) ซึ่งเป็นความเชื่อตามแบบแผน หรือการคาดหวังของตนว่าผู้หญิงควรมีลักษณะอย่างไร แต่งกายหรือมีกิริยาอย่างไร ถือเป็น การเลือกปฏิบัติทางเพศ (Sexual discrimination) ตาม Title VII ของพระราชบัญญัติสิทธิพลเมือง ในคดีนี้ โจทก์ Hopkins เป็นลูกจ้างในตำแหน่งผู้จัดการระดับอาวุโสของบริษัท Price Waterhouse และอยู่ในกระบวนการพิจารณาเพื่อได้รับการเลื่อนตำแหน่งเป็นหุ้นส่วน (Partner) ของบริษัทเนื่องจากมีคุณสมบัติเพียงพอ แต่เนื่องจากหุ้นส่วนของบริษัทคนอื่นๆ แสดงออกว่า โจทก์ไม่ได้แสดงกิริยาทำทางเป็นหญิงแบบที่ควรจะเป็น นอกจากนี้โจทก์ยังได้รับคำแนะนำด้วยว่า หากต้องการได้รับการเลื่อนตำแหน่งเป็นหุ้นส่วน โจทก์ควรจะต้องแต่งกายให้เป็นผู้หญิงมากขึ้น ทั้งนี้ นายจ้างยังไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า หากไม่มีประเด็นเรื่องการเลือกปฏิบัติ ผลการพิจารณาของบริษัทยังคงเป็นเช่นเดิม ดังนั้น การที่นายจ้างใช้อคติใน

เรื่องของเพศ เช่น ผู้หญิงไม่ควรจะมีกิริยารุนแรงหรือควรจะเป็นหรือไม่เป็นอย่างใด มาเป็นส่วนหนึ่งในการตัดสินใจในการเลื่อนตำแหน่งจึงเป็นตัวอย่างหนึ่งของการเลือกปฏิบัติทางเพศ จากข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลสูงจึงตัดสินว่า นายจ้างไม่ควรที่จะนำประเด็นเกี่ยวกับเพศมาเป็นส่วนหนึ่งในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงาน¹⁹

ดังนั้น คดี Price Waterhouse ศาลได้วางหลักการสำคัญสำหรับการให้ความคุ้มครองแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกากลางส่วนใหญ่ในคดีต่อๆ มา²⁰ โจทก์ จะสามารถอ้างสิทธิตาม Title VII ได้หากพิสูจน์ได้ว่า ตนถูกเลือกปฏิบัติเพราะไม่ได้มีลักษณะเป็นไปตาม แบบแผนทัศนคติทางเพศดั้งเดิม (Traditional gender roles) ของนายจ้างหรือนายจ้างใช้ความคาดหวังดังกล่าวในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานต่อลูกจ้าง เช่น

คดี *Mickens v. General Electric Co*²¹ ศาลในคดีนี้ตัดสินว่าการที่นายจ้างเพิกเฉยต่อการเลือกปฏิบัติและการถูกคุกคามในที่ทำงานและในที่สุดได้ไล่โจทก์ออกจากงานเพราะโจทก์นั้นเป็นบุคคลข้ามเพศซึ่งไม่เป็นไปตามแบบแผนทัศนคติทางเพศ (Gender-nonconforming behavior) ที่ว่าบุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นหญิงควรที่จะมีลักษณะและการแสดงออกอย่างไร การเลือกปฏิบัติเพราะ

¹⁸ Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

¹⁹ “An employer may not take gender into account in making an employment decision.” Price Waterhouse, 490 U.S., 244.

²⁰ William N. Eskridge, jr, “Title VII’s Statutory History and the Sex Discrimination Argument for LGBT Workplace Protections”, The Yale Law Journal 2016, Vol. 23, 370.

²¹ Mickens v. General Electric Co, 2016 WL 7015665, at *3 (W.D. Ky. Nov. 29, 2016).

เหตุดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม คำตัดสินของคณะกรรมการ EEOC ก็มีได้มีผลผูกพันกับนายจ้างในภาคเอกชนทุกราย หรือมีผลต่อคำพิพากษาของศาลรัฐบาลกลาง ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี สำหรับความคุ้มครองในระดับมลรัฐนั้นมีความแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ดังจะได้กล่าวต่อไป

กฎหมายในระดับมลรัฐ (State law)

ในปัจจุบัน การให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายด้านเพศมีความแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ โดยสามารถแบ่งระดับการให้ความคุ้มครองได้ 3 กลุ่ม²² คือ

1. กลุ่มมลรัฐที่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานเพราะความแตกต่างด้านรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เช่น รัฐแคลิฟอร์เนีย รัฐออริกอน รัฐโคโลราโด รัฐนิวยอร์ก เป็นต้น

ตัวอย่าง รัฐแคลิฟอร์เนีย มีกฎหมาย Fair Employment and Housing Act (FEHA) ให้ความคุ้มครองด้านการจ้างงานมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยให้ความคุ้มครองครอบคลุมทั้งความแตกต่างด้านรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ²³ ทั้งนี้ในประเด็นเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศกฎหมายให้ความคุ้มครอง ไม่เพียงแต่เฉพาะกรณีที่ลูกจ้างนั้นเป็นกลุ่มรักร่วมเพศเท่านั้น แม้กระทั่งลูกจ้างถูกเลือกปฏิบัติเพราะรักเพศตรงกันข้ามก็

ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน

สำหรับความคุ้มครองในส่วนของอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเป็นกลุ่มบุคคลข้ามเพศ ในปี ค.ศ. 2017 หน่วยงาน Fair Employment and Housing Council (FEHC) ได้ออกกฎระเบียบใหม่คือ Fair Employment & Housing Council Regulations Regarding Transgender Identity and Expression เพื่อให้คำนิยามของกฎหมายมีความครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

เช่น การแก้ไขคำว่า “กำลังข้ามเพศ” (Transitioning) ให้มีความหมายที่ชัดเจนมากขึ้นคือ เป็นกระบวนการที่บุคคลข้ามเพศเข้าสู่อารมณ์เริ่มต้นใช้ชีวิตตามเพศที่ตนประสงค์จะเป็น โดยรวมถึงการเปลี่ยนแปลงชื่อหรือคำนำหน้า การใช้สิ่งอำนวยความสะดวก (Facilities) การเข้าร่วมกิจกรรมของนายจ้างเช่น การแข่งกีฬาในองค์กร การเข้าสู่กระบวนการรับฮอร์โมนบำบัด (Hormone therapy) หรือกระบวนการทางการแพทย์อื่นๆ ดังนั้น ในกรณีที่นายจ้างต้องตัดสินหรือพิจารณาเกี่ยวกับการจ้างงาน การเลื่อนตำแหน่ง หรือที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน นายจ้างจึงห้ามเลือกปฏิบัติเพราะลูกจ้างกำลังเข้าสู่อารมณ์ข้ามเพศ หรือได้เข้าสู่อารมณ์ข้ามเพศแล้ว

นอกจากนี้ กฎระเบียบใหม่นี้ยังห้ามนายจ้างเรียกเอาเอกสารหรือขอให้ลูกจ้างกระทำการใดๆ เพื่อพิสูจน์เกี่ยวกับเพศ อัตลักษณ์ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศเป็นเงื่อนไขในการจ้าง

²² University of Wisconsin System, Non-Discrimination Laws, (Online) <https://www.wisconsin.edu/lgbtq-resources/employment-non-discrimination-laws/> (accessed 22 February 2018).

²³ Cal. Code § 12940.

งาน และนายจ้างจะต้องให้เกียรติลูกจ้างในการจ้างลูกจ้างนั้นได้ระบุตัวตนทางเพศของเค้า รวมถึงห้ามนายจ้างกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับการแต่งกายที่ไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศ (Gender expression) ของลูกจ้าง

สำหรับการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกในการทำงาน เช่น ห้องน้ำ ห้องแต่งกาย (Locker rooms) กฎระเบียบใหม่ นายจ้างจะต้องอนุญาตให้ลูกจ้างสามารถใช้สิ่งอำนวยความสะดวกเหล่านี้ตามเพศอันพึงประสงค์ของตนโดยไม่ต้องพิจารณาว่าตรงกับเพศโดยกำเนิดของตนหรือไม่ นอกจากนี้ หากนายจ้าง มีสิ่งอำนวยความสะดวกที่ใช้ร่วมกันระหว่างลูกจ้าง นายจ้างจะต้องติดสัญลักษณ์ที่ระบุถึงความเป็นกลางทางเพศ (Gender-neutral signage) เช่น “Restroom”, “Unisex” หรือ “Gender Neutral” เป็นต้น

2. กลุ่มมลรัฐที่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานเฉพาะความแตกต่างด้านรสนิยมทางเพศ แต่ไม่รวมถึงอัตลักษณ์ทางเพศ แต่อาจอาศัยความคุ้มครองจากกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางให้ความคุ้มครอง เช่น รัฐนิวแฮมป์เชียร์ รัฐวิสคอนซิน เป็นต้น

ตัวอย่าง กฎหมายรัฐ Wisconsin ที่ให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานเพราะความแตกต่างด้านเพศโดยให้ความคุ้มครองถึงรสนิยมทางเพศเท่านั้น คือ Wisconsin Fair Employment Act ทั้งนี้ กฎหมายฉบับนี้ให้คำนิยามคำว่า “รสนิยมทางเพศ” คือ การมีความพึงใจทางเพศต่อเพศ ตรงกันข้าม (Heterosexuality) หรือ

ต่อเพศเดียวกัน (Homosexuality) หรือต่อทั้งสองเพศ (Bisexuality) หรือเคยมีประวัติหรือถูกระบุว่ามีความพึงใจทางเพศดังกล่าว อย่างไรก็ตามกฎหมายมิได้ให้ความคุ้มครองถึง อัตลักษณ์ทางเพศ²⁴

ดังนั้น ในที่กรณีมีการคุกคามทางเพศในที่ทำงานเพราะลูกจ้างนั้นมีรสนิยมรักร่วมเพศและนายจ้างเพิกเฉยไม่ดำเนินการแก้ไข นายจ้างจะมีความผิดตามกฎหมาย แต่หากลูกจ้างนั้นถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุที่ลูกจ้างนั้นมีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิดของตน เช่น ลูกจ้างเพศชาย แต่แสดงออกว่าตนเป็นเพศหญิง หรือเป็นบุคคลข้ามเพศ การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุดังกล่าวยังสามารถกระทำได้ไม่ผิดกฎหมายฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม แม้ลูกจ้างจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายมลรัฐเพราะ อัตลักษณ์ทางเพศแต่ลูกจ้างยังอาจอาศัยความคุ้มครองจากพระราชบัญญัติสิทธิพลเมืองซึ่งเป็นกฎหมายรัฐบาลกลางได้

3. กลุ่มมลรัฐที่ยังไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานเพราะเพราะความแตกต่างด้านรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เช่น รัฐเท็กซัส รัฐแอริโซนา รัฐฟลอริดา เป็นต้น แต่ทั้งนี้ อาจอาศัยความคุ้มครองจากกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางให้ความคุ้มครองได้

ตัวอย่าง รัฐฟลอริดา ไม่มีกฎหมายในระดับมลรัฐให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานโดยตรงต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไม่ว่าจะเพราะรสนิยมทางเพศหรือ

²⁴ Chapter 111.36 of Wisconsin Fair Employment Act.

อัตลักษณ์ทางเพศ ทั้งนี้ กฎหมายที่ห้ามการเลือกปฏิบัติในระดับมลรัฐของฟลอริดา คือ the Florida Civil Rights Act ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานเพียงเพราะเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ การตั้งครุฑ์ชาติกำเนิด อายุ ความพิการ และสถานภาพสมรสเท่านั้น โดยไม่ครอบคลุมถึงรสนิยมทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายในระดับมลรัฐยังไม่ให้ความคุ้มครอง แต่ลูกจ้างในรัฐฟลอริดาอาจได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายในระดับท้องถิ่นได้ กล่าวคือ ในปัจจุบัน มีกฎหมายท้องถิ่นในระดับเทศมณฑล (County) ถึง 11 มณฑล จากทั้งหมด 67 มณฑล และ นครเมือง (City) ทั้งหมด 25 เมืองที่มีข้อบัญญัติท้องถิ่น (County ordinances) ให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานในภาคเอกชนเพราะความแตกต่างด้านรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ²⁵ เช่น เมืองเคย์เวล, ไมอามี, ออแลนโด เป็นต้น

โดยสรุป จะเห็นได้ว่า การให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถแบ่งประเภทการให้ความคุ้มครองได้ คือ คุ้มครองทั้งประเด็นรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ หรือให้ความคุ้มครองเฉพาะรสนิยมทางเพศ แต่ไม่ให้ความคุ้มครองในประเด็นอัตลักษณ์ทางเพศ

นอกจากนี้ ยังแบ่งระดับการให้ความคุ้มครองออกเป็น 3 ระดับ กล่าวคือ ลูกจ้างในภาคเอกชน

จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง คือ พระราชบัญญัติสิทธิพลเมือง โดยอาศัยการตีความของศาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเนื่องจากยังไม่มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองโดยตรง ทั้งนี้ การให้ความคุ้มครองของกฎหมายฉบับนี้จะเป็นการทั่วไปโดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายในระดับมลรัฐให้ความคุ้มครองอยู่หรือไม่ ส่วนความคุ้มครองจากกฎหมายในระดับมลรัฐนั้นยังมีทั้งรัฐที่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองในประเด็นดังกล่าวเลยและรัฐที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะบางประเด็นและให้ความคุ้มครองอย่างครอบคลุมทุกกลุ่ม ท้ายสุดหากแม้กฎหมายในระดับมลรัฐยังไม่ได้ให้ความคุ้มครอง ลูกจ้างอาจอาศัยความคุ้มครองจากกฎหมายในระดับท้องถิ่นได้ดังที่กล่าวมาแล้ว

ความคุ้มครองทางกฎหมายในประเทศไทย สำหรับลูกจ้างที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

สำหรับประเทศไทย ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานโดยตรงที่ให้ความคุ้มครองแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือเพราะเหตุความแตกต่างด้านรสนิยมทางเพศหรือ อัตลักษณ์ทางเพศ อย่างไรก็ตาม มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องและเป็นพื้นฐานที่สำคัญในการพัฒนายกระดับให้ความคุ้มครองแก่กลุ่มบุคคลดังกล่าวต่อไปได้ในอนาคต ดังนี้

²⁵ Movement Advancement Project, “Equality maps”, (2018), (Online) http://www.lgbtmap.org/equality_maps/profile_state/FL (accessed 1 March 2018).

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันตามที่ปรากฏเนื้อความในมาตรา 27 โดยวางหลักให้บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และมีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ในวรรคสอง รัฐธรรมนูญกำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ตลอดจนการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าเพราะความแตกต่างด้านถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำไม่ได้

ทั้งนี้ แม้มาตรา 27 จะกำหนดห้ามเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างด้านเพศไว้ แต่ก็ไม่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะให้รวมถึงความแตกต่างด้านรสนิยมทางเพศหรือวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ไว้ ดังนั้น ความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ จึงยังไม่ได้ให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยตรง

2. พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 (ฉบับแก้ไข 2560)

กฎหมายฉบับนี้เพียงแต่กำหนดห้ามมิให้นายจ้างเลือกปฏิบัติในการจ้างงานต่อลูกจ้างเพศชายและหญิง กล่าวคือ นายจ้างจะต้องปฏิบัติต่อลูกจ้างเพศชายและหญิงให้เท่าเทียมกัน ตาม

มาตรา 15 ดังนั้น กฎหมายจึงยังไม่ได้ให้ความคุ้มครองไปถึงกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศ นอกจากนี้ ในมาตรา 16 กฎหมายกำหนดห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ลูกจ้างหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศแก่ลูกจ้าง ดังนั้น ลูกจ้างชายก็อาจถูกคุกคามทางเพศได้ แต่อย่างไรก็ตาม การคุกคามทางเพศดังกล่าวจะขยายความไปถึงลูกจ้างที่มีความหลากหลายทางเพศหรือไม่ ยังไม่มีความชัดเจนในส่วนนี้

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้กระทั่งกฎหมายหลักที่ให้ความคุ้มครองด้านการจ้างงานโดยตรงซึ่งบังคับเป็นการทั่วไป บทบัญญัติในส่วนของการห้ามเลือกปฏิบัติยังมีรายละเอียดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองที่น้อยมากเมื่อเทียบกับกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติในต่างประเทศ และการให้ความคุ้มครองยังจำกัดอยู่เพียงเพศหญิงและชายเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม มีประกาศของกระทรวงแรงงานว่าด้วยมาตรฐานแรงงานไทยความรับผิดชอบ ทางสังคมของธุรกิจไทย มรท.๘๐๐๑ - ๒๕๕๓ ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 2553 เพื่อให้สถานประกอบการทุกประเภททุกขนาด นำไปปฏิบัติตามแรงงานในสถานประกอบการของตนด้วยความสมัครใจ โดยมีการกำหนดแนวทางเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติปรากฏในข้อ 5.6 ที่กำหนดให้สถานประกอบการจะต้องไม่กระทำหรือสนับสนุนให้มีการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน เช่น การจ่ายค่าจ้าง ค่าตอบแทน สวัสดิการ การพิจารณาการเลื่อนขั้น การได้รับการพิจารณาฝึกอบรม หรือการเลิกจ้างและอื่นๆ อันเนื่องมาจากความแตกต่างในเรื่องสัญชาติ เชื้อชาติ ภาษา อายุ เพศ สถานภาพสมรส ศาสนา ทศนคติส่วนตัวในเรื่องเพศ เป็นต้น

3. พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดคำนิยาม การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศให้หมายความรวมถึงเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกทางเพศที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด ปรากฏในมาตรา 3²⁶ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติฉบับแรกที่ขยายความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทั้งนี้การให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติภายใต้กฎหมายฉบับนี้ปรากฏอยู่ 2 ลักษณะคือ

3.1 ห้ามกำหนดนโยบายหรือแนวปฏิบัติที่เป็นการเลือกปฏิบัติ²⁷

กฎหมายกำหนดห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดกำหนดนโยบาย กฎระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการหรือวิธีปฏิบัติในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ จะเห็นได้ว่า ข้อห้ามในมาตรานี้มีลักษณะเป็นการห้ามเลือกปฏิบัติในระดับนโยบายขององค์กรซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติจากแนวปฏิบัติภายในองค์กรหรือที่เรียกว่า Systemic discrimination

3.2 ห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ²⁸

กฎหมายไม่ได้กำหนดรายละเอียดว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศมีรายละเอียดหรือลักษณะอย่างไร แต่ให้สิทธิแก่บุคคลใดก็ตาม หากเห็นว่าตนได้รับความเสียหายหรือจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และไม่ได้เป็นเรื่องที่ฟ้องคดีอยู่ในศาล บุคคลนั้นสามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (คณะกรรมการ วลพ.) เพื่อให้ได้รับการเยียวยาและมีสิทธิได้รับค่าชดเชยจากกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว นอกจากนี้ ยังสามารถฟ้องคดีละเมิดเพื่อเรียกค่าเสียหายต่อศาลได้โดยกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจศาลในการพิจารณาให้ได้รับค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน รวมตลอดถึงค่าเสียหายในเชิงลงโทษด้วยหากการกระทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายฉบับนี้จะไม่ได้กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานโดยตรงแต่ก็ให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึง เพราะเป็นกฎหมายที่ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติทุกประเภทเพราะความแตกต่างทางเพศ และเป็น การห้ามเลือกปฏิบัติที่ห้ามทั้งภาครัฐและเอกชน จึงถือว่าเป็นการให้ความคุ้มครองที่ค่อนข้างครอบคลุม

²⁶ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด.

²⁷ มาตรา 17.

²⁸ มาตรา 18.

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษากฎหมายที่ให้ความคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ผู้เขียนพบว่าแม้กฎหมายของประเทศไทยจะยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานโดยตรงและยังไม่มีหน่วยงานที่ดูแลด้านการจ้างงานอย่างเท่าเทียมเช่น คณะกรรมการ EEOC ของสหรัฐอเมริกา แต่ลูกจ้างในประเทศไทยที่ถูกเลือกปฏิบัติเพราะเป็นกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถอาศัยความคุ้มครองจากพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศได้โดย กฎหมายฉบับนี้มีกลไกร้องเรียนและช่องทางเยียวยาอย่างเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตและข้อเสนอแนะดังนี้

1. ควรเพิ่มคำนิยามในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมทางเพศให้มีความชัดเจนมากขึ้น กล่าวคือกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างทางเพศชาย หญิง หรือเพราะการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด แม้คำว่า “การแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” เพียงพอที่จะให้ความคุ้มครอง แก่กลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่กฎหมายก็ได้ให้ความหมายในระดับรายละเอียดว่าการแสดงออก ที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดมีขอบเขตความหมายเพียงใดบ้าง เช่น ลูกจ้างเพศชายรับรู้ว่าตนชอบแต่งกายเป็นหญิง กรณีนี้มีความชัดเจนว่ามีการแสดงออกทางเพศที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด แต่หากลูกจ้างชายนั้นมีการแสดงออกเป็นชายแต่มีรสนิยมทางเพศคือ ชอบเพศเดียวกันหรือพึงพอใจได้ทั้งสองเพศ คำนิยามที่กฎหมายให้ไว้จะหมายรวมถึงกรณีนี้

หรือไม่ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและครอบคลุมกับบุคคลทุกกลุ่มมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนเสนอว่าควรเพิ่มหรือขยายความให้รวมถึงความแตกต่างด้านรสนิยมทางเพศหรือวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศด้วยซึ่งจะสอดคล้องกับหลักการสากล เช่น หลักการยกยอกายกาดาร์ มากขึ้น ทั้งนี้ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ให้ความคุ้มครองโดยพิจารณาถึงความแตกต่างด้านรสนิยมทางเพศหรือวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศด้วยเช่นกัน

2. สมควรปรับปรุงพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 15 ให้ครอบคลุมลูกจ้างกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศด้วยเพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติความเท่าเทียมทางเพศและหลักการสากล เนื่องจากในปัจจุบันพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานกำหนดให้นายจ้างต้องปฏิบัติต่อลูกจ้างเพศชายและหญิงให้เท่าเทียมกันเท่านั้น และควรมีการแก้ไขมาตรา 16 ให้ชัดเจนมากขึ้นโดยระบุให้การคุกคามทางเพศลูกจ้างรวมถึงลูกจ้างในกลุ่มดังกล่าวด้วย ตลอดจนสร้างกลไกรับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานเพราะเหตุต่างๆ ดังเช่น จัดตั้งคณะกรรมการที่กำกับดูแลและรับเรื่องร้องเรียนเช่นเดียวกับคณะกรรมการ EEOC ของสหรัฐอเมริกาเพื่อให้สิทธิของลูกจ้างในประเทศไทยได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรม

3. หน่วยงานภาครัฐ เช่น กระทรวงแรงงาน กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์โดยกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว ควรจัดทำแนวปฏิบัติที่ชัดเจนและเผยแพร่ให้แก่หน่วยงานในภาครัฐหรือองค์กรเอกชนว่าควรปฏิบัติต่อบุคคลในองค์กรอย่างไร มิให้ผิดกฎหมาย

ความคุ้มครองทางกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานของประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับลูกจ้างที่มีความหลากหลายทางเพศ: ข้อเสนอแนะสำหรับประเทศไทย

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมทางเพศ ดังเช่น คณะกรรมการ EEOC ได้ออกแนวปฏิบัติที่ดีให้แก่ องค์การภาครัฐหรือองค์กรเอกชนที่เป็นรูปธรรม หรือกฎระเบียบของมลรัฐแคลิฟอร์เนียที่กำหนด ให้สถานประกอบการจะต้องปฏิบัติตามหรือจัด ให้มีการรับรองสิทธิของลูกจ้างอย่างชัดเจน เช่น กำหนดให้มีการอบรมหัวหน้างานและลูกจ้างถึงสิทธิ ของลูกจ้างในประเด็นดังกล่าว การแสดงออกและการ สื่อสารที่เหมาะสมต่อลูกจ้าง ข้อกำหนดเกี่ยวกับการ แต่งกายของพนักงานในองค์กร ข้อกำหนด เกี่ยวกับการใช้สิ่งอำนวยความสะดวก เป็นต้น

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าในปัจจุบัน กระทรวง แรงงานจะได้มีประกาศว่าด้วยมาตรฐานแรงงาน ไทยความรับผิดชอบทางสังคมของธุรกิจไทยเพื่อให้ สถานประกอบการสามารถนำไปใช้ตามความ สัมครใจ แต่ในส่วนการห้ามเลือกปฏิบัติด้านการ จ้างงานเพราะความแตกต่างทางเพศหรือทัศนคติ ส่วนตัวในเรื่องเพศยังมีลักษณะเป็นการทั่วไปไม่เป็น รูปธรรมเพียงพอที่องค์กรเอกชนจะนำไปปฏิบัติตาม ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า หากได้มีการออกแนวปฏิบัติที่ ดีเผยแพร่แก่องค์กรเอกชนหรือสถานประกอบการ ที่ชัดเจนจะช่วยเสริมความคุ้มครองให้แก่กลุ่มบุคคล ที่มีความหลากหลายทางเพศมากยิ่งขึ้น

บรรณานุกรม

บุษกร สุริยสาร. *อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: องค์การแรงงานระหว่างประเทศ, 2557.

ประกาศของกระทรวงแรงงานว่าด้วยมาตรฐานแรงงานไทยความรับผิดชอบทางสังคมของธุรกิจไทย มรท.๘๐๐๑ – ๒๕๕๓ ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 2553.

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 (ฉบับแก้ไข 2560).

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

Esckridge, William N. “Title VII’s Statutory History and the Sex Discrimination Argument for LGBT Workplace Protections.” *The Yale Law Journal* 127, no. 2 (2017): 322-404.

Fair Employment & Housing Council Regulations Regarding Transgender Identity and Expression

Fair Employment and Housing Act (FEHA).

Halet, Elizabeth. “What Does the Foxx Say? An Analysis on the Potential Impact of the Eeoc’s Official Position That Discrimination on the Basis of Sexual Orientation Is Itself a Form of Sex Discrimination.” *Indiana Journal of Law and Social Equality* 5, no. 2 (2017): 370-90.

International Labour Office. *Discrimination at Work on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity: Results of the Ilo’s Pride Project*. Geneva: International Labour Organization, 2015.

Ontario Human Rights Commission. *Policy on Preventing Discrimination Because of Gender Identity and Gender*

- Expression*. Ontario: Ontario Human Rights Commission, 2014.
- Sanders, Lauren. “Effects of Eeoc Recognition of Title Vii as Prohibiting Discrimination Based on Transgender Identity.” *Duke Journal of Gender Law & Policy* 23 (2017): 263-281.
- The Civil Rights Act 1964.
- The Florida Civil Rights Act.
- Wisconsin Fair Employment Act.