

บทที่ 2

แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานเพราะเหตุอายุในต่างประเทศ

ผลการศึกษารวบรวมเอกสารและผลวิจัยต่างๆ พบว่าแนวคิดของสิทธิของแรงงานสูงอายุ ที่ได้รับความคุ้มครองมีที่มาจากหลักการในการคุ้มครองสิทธิคนทำงาน และ หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ โดยหลักการทั่วไปนี้มีอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ตามปณิธานสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งสหประชาชาติได้รับรองเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ซึ่งได้ยืนยันหลักการสิทธิมนุษยชนว่าเป็นหลักสากลว่าเป็นสิทธิของทุกคนรวมถึงแรงงานด้วย คนทำงานทุกคนจึงต้องได้รับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

ในด้านที่เกี่ยวกับผู้สูงอายุโดยตรงนั้นสหประชาชาติได้จัดการประชุมเกี่ยวกับผู้สูงอายุเป็นครั้งแรกของโลก ที่กรุงเวียนนาในปี 1982 และได้เริ่มวางหลักการเกี่ยวกับผู้สูงอายุไว้ในหลักการของสหประชาชาติสำหรับผู้สูงอายุปี 1991¹³ ซึ่งรวมข้อพิจารณาสิทธิมนุษยชนสำหรับผู้สูงอายุในสังคมไว้ หลักการนี้นำไปสู่ปฏิญญามาตริตปี 2002¹⁴ ซึ่งเป็นข้อเสนอแนะที่เป็นหลักการสำหรับการอำนาจการโดยรัฐบาลของแต่ละประเทศให้นำไปปฏิบัติ ข้อเสนอแนะตามปฏิญญามาตริตนี้รวมถึงคำแนะนำที่ว่าผู้สูงอายุควรได้รับอนุญาตให้ทำงานที่สามารถสร้างรายได้ต่อไปได้นานเท่าที่พวกเขาต้องการและมีความสามารถที่จะทำเช่นนั้นอยู่ อีกทั้งเสนอว่าปัญหาและอุปสรรคที่เกี่ยวข้องกับอายุควรจะถูกขจัดไปเสียด้วยการส่งเสริมการจ้างงานสูงอายุและการป้องกันข้อเสียเปรียบที่แรงงานสูงอายุจะต้องเผชิญในการจ้างงาน ความสำคัญของปฏิญญานี้ก็คือมีเนื้อความที่กล่าวถึงการกีดกันแรงงานสูงอายุอย่างชัดเจน และผูกมัดให้รัฐที่เข้าร่วมเป็นภาคีอำนาจการขจัดการกีดกันแรงงานสูงอายุในทุกรูปแบบ

องค์กรหลักที่กำหนดมาตรฐานสากลที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับแรงงานคือ องค์กรแรงงานระหว่างประเทศหรือ ILO การศึกษาพบว่า มีหลักมาตรฐานสากลที่องค์กรแรงงานระหว่างประเทศได้บัญญัติขึ้นที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของกฎหมายด้านการเลือกปฏิบัติแรงงานสูงอายุในเรื่องการจ้างงานอยู่ 2 ฉบับ ฉบับแรกและเป็นฉบับที่สำคัญคือ คืออนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ (การจ้างงานและอาชีพ) ค.ศ. 1958 (ฉบับที่ 111)¹⁵ อีกฉบับหนึ่ง ซึ่งมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติด้านอายุโดยตรงคือ ข้อเสนอแนะองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ทำงานสูงอายุ

¹³ The United Nations principles for Older Persons 1991

¹⁴ The Madrid International Plan of Action on Aging 2002

¹⁵ ILO Convention on Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111)

ค.ศ. 1980 (ฉบับที่ 162)¹⁶ ได้ให้ข้อเสนอเชิงนโยบายที่มีรายละเอียดที่สามารถประเทศต่าง ๆ นำมาใช้ในการพัฒนานโยบายแห่งชาติและการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้อง แม้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้กำหนดคำจำกัดความของ "แรงงานสูงอายุ" ไว้ โดยให้ขึ้นอยู่กับประเทศสมาชิกที่จะกำหนดเอง ความสำคัญของอนุสัญญาฉบับนี้คือ การเรียกร้องให้ประเทศสมาชิกอำนาจการเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมกันของโอกาสของผู้สูงอายุและการปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุ ตลอดจนการใช้มาตรการเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ และยังเสนอในรายละเอียดยิ่งขึ้น โดยเสนอว่าการป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุควรรวมถึง การลาศึกษา การจ่ายเงินประกันสังคมและสวัสดิการ และความปลอดภัยและอาชีวอนามัย การกำหนดมาตรการที่อาจมีความจำเป็นในการปรับปรุงสภาพการทำงานและสภาพแวดล้อมใน ทุกขั้นตอนของชีวิตการทำงาน อีกทั้งมาตรการพิเศษเพื่อให้สามารถใช้แรงงานที่สูงอายุที่ยังคงอยู่ในการจ้างงานภายใต้เงื่อนไขที่น่าพอใจซึ่งรวมถึงการลดเวลาในการทำงานสำหรับคนทำงานที่มีอายุ มาตรการเพื่อให้แน่ใจได้ว่าการเกษียณอายุเป็นไปด้วยความสมัครใจ และทำให้อายุสำหรับการเกษียณอายุมีความยืดหยุ่น คำแนะนำของ ILO นี้ "ไม่ได้ชี้ให้เห็นว่าแรงงานสูงอายุไม่ควรทำงานต่อไป แต่เน้นความสำคัญของการเลือกปฏิบัติด้านอายุที่สามารถส่งผลกระทบต่อความสามารถในการทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพของแรงงานสูงอายุ

ประเทศพัฒนาหลายประเทศ ถือว่าระบบความมั่นคงทางสังคมเป็นเรื่องสำคัญอันรัฐพึงต้องดูแลประชาชนในรัฐของตน ประเทศที่น่าสนใจคือสหรัฐอเมริกา และกลุ่มสหภาพยุโรปเพราะเป็นประเทศแรกๆที่ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการแก้ไขการกีดกันแรงงานสูงอายุโดยมีการบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติเพื่อคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุไว้โดยเฉพาะจึงการพัฒนากฎหมายและมีประสบการณ์ยาวนานในการบังคับใช้กฎหมายนานกว่าประเทศอื่น โดยสหรัฐอเมริกามี the Age Discrimination in Employment Act 1967 ส่วนสหภาพยุโรปได้ประกาศใช้ Directive 2000/78/ EC (Employment Equality Framework Directive)

1. แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติด้านอายุในตลาดแรงงาน

การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องของอายุเป็นเรื่องสำคัญมากและเป็นปัญหาใหญ่สำหรับตลาดแรงงาน จะเห็นได้จากการที่การคุ้มครองการเลือกปฏิบัติด้านอายุในตลาดแรงงานเป็นรูปแบบของการส่งเสริมการจ้างงานแรงงานสูงอายุ ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งในกฎหมายคุ้มครองแรงงานสูงอายุ¹⁷ ในการศึกษาการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติด้านอายุในตลาดแรงงานกล่าวถึงประเด็นหลักที่มีการอภิปรายและถกเถียงกัน

¹⁶ ILO Older Workers Recommendation, 1980 (No. 162)

¹⁷ มาตรการที่เกี่ยวกับแรงงานสูงอายุถูกจัดแบ่งเป็นสามแนวทาง คือ การห้ามเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุ การส่งเสริมสวัสดิภาพและสวัสดิการของแรงงานสูงอายุ และการส่งเสริมการจ้างงานสูงอายุ ดู Cavico and Mujtaba, 2012: 7-8 การวิจัยนี้จะเน้นศึกษาเฉพาะการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุ

มากโดยเป็นประเด็นสำคัญที่ต้องทำความเข้าใจก่อนที่จะศึกษาในประเด็นอื่น ๆ ก็คือ ลักษณะและขอบเขตของการเลือกปฏิบัติด้านอายุ ทฤษฎีที่ใช้ในการอธิบายมีหลายทฤษฎีด้วยกัน ทฤษฎี neo-classical economics ซึ่งเป็นทฤษฎีสำคัญทฤษฎีหนึ่งมองว่าการเลือกปฏิบัติด้านอายุในตลาดแรงงานนั้นเป็นเพียงผลของความแตกต่างของความสามารถในการเพิ่มผลผลิต¹⁸ แต่ในบริบทของกฎหมายนั้นมุ่มมองที่แตกต่างออกไป ทั้งกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระบบกฎหมายของแต่ละประเทศมองการเลือกปฏิบัติด้านอายุว่าเป็นเรื่องของความไม่เสมอภาคซึ่งครอบคลุมสามด้านคือความไม่เสมอภาคตามที่กฎหมายบัญญัติ ความไม่เสมอภาคในการปฏิบัติ และความไม่เสมอภาคอันเป็นผลมาจากนโยบาย การปฏิบัติ กฎระเบียบ และรวมถึงการกระจายผลประโยชน์ทางสังคมที่ไม่เป็นธรรม หรือที่เรียกกันว่าความเสมอภาคในเชิงเนื้อหา โดยทั่วไปความเสมอภาคทั้งสามนี้เสริมซึ่งกันและกัน¹⁹ มุ่มมองดังกล่าวในบริบทของกฎหมายอยู่พื้นฐานของแนวคิดด้านสิทธิและความยุติธรรมด้านการแบ่งสรรผลประโยชน์ (Rights and Distributive Justice Perspectives) ซึ่งพัฒนาและได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีความยุติธรรมของจอห์น รอร์ลส นักปรัชญาการเมืองชาวอเมริกันที่มองความยุติธรรมว่าเป็นการปฏิบัติต่อกันอย่างเป็นธรรม เขาเห็นว่าสังคมที่มีความยุติธรรมนั้น กฎหมายและสถาบันต่างๆ ไม่ควรให้ประโยชน์กับคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งบนต้นทุนของคนกลุ่มอื่นๆ บนฐานธรรมชาติและฐานสังคมที่มีความแตกต่างกันตามแนวคิดของรอร์ลสความไม่เท่าเทียมนั้นจะเป็นธรรมได้ต่อเมื่อคนที่ด้อยโอกาสที่สุดในสังคมได้รับประโยชน์มากที่สุด ในสังคม ความไม่เท่าเทียมทางเศรษฐกิจและสังคมจะถือว่าเป็นความยุติธรรมก็ต่อเมื่อความไม่เท่าเทียมนั้นได้ช่วยส่งเสริมให้คนที่ด้อยโอกาสที่สุด-คนที่ยากจนที่สุดได้มีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดี รอร์ลสเน้นว่าความไม่เท่าเทียมกันทางสังคมเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาไม่ว่าจะอยู่ในชนชั้นใดและควรได้รับตรวจสอบมากกว่าเพิกเฉย²⁰ ในระยะแรกนักวิชาการแนวคิดนี้ชี้ให้เห็นว่าสภาพของแรงงานสูงอายุเป็นเรื่องที่ควรได้รับความสนใจเป็นพิเศษเพราะแทบจะไม่มีใครกล่าวถึงหรือแสดงความคิดเห็นในบรรดาผู้บริหารเลย จึงมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะแก้ไขความไม่สมดุลนี้²¹ ในระยะต่อมานักวิชาการแนวคิดนี้มีความเห็นว่าการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุเป็นการแบ่งสรรผลประโยชน์ที่ไม่ยุติธรรม เพราะประโยชน์ ความเสี่ยงและภาระของงานใดงานหนึ่งควรจะมีการกระจายอย่างเสมอภาคแทนที่จะให้ผู้สูงอายุแบกรับไว้ทั้งหมด²²

¹⁸ Geoffrey Wood, Adrian Wilkinson and Mark Harcourt, 'Age discrimination and working life: Perspectives and contestations - a review of the contemporary literature', *International Journal of Management Reviews* (2008).

¹⁹ เฟ็งอ้าง

²⁰ Rawls (1984)

²¹ Branine and Glover, *Ageism in Work and Employment*, (1997), 237.

²² O'Boyle, E., 'Salary compression and inversion in the university workplace.' *International Journal of Social Economics* 2001, 962

ความเห็นดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากผลการวิจัยเกี่ยวกับสถานะของแรงงานสูงอายุในตลาดแรงงานซึ่งชี้ว่า ในตลาดแรงงานที่มีการแข่งขันสูง แรงงานที่มีอายุมากกว่าได้รับการพิจารณาว่าเป็นกลุ่มที่มีความเปราะบางที่สุดในตลาดแรงงาน แรงงานกลุ่มนี้ได้รับความทุกข์ทรมานจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุของพวกเขา ทั้งนี้เพราะสาเหตุหลายประการ สาเหตุประการสำคัญประการหนึ่งคือมุมมองของนายจ้างซึ่งแรงงานที่มีอายุมากกว่าจะถูกพิจารณาว่ามีต้นทุนสูงกว่าแรงงานที่อายุน้อยกว่าเนื่องจากค่าตอบแทนการทำงานที่สูง สิทธิตามหลักอาวุโส สวัสดิการการจ้างงานและค่าใช้จ่ายภาษีทางสังคมโดยนายจ้าง นายจ้างยังมองว่าแรงงานที่มีอายุมากมีประสิทธิผลน้อยลงเนื่องจากทักษะทางกายภาพที่อาจไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่ทันสมัย ดังนั้นแรงงานเหล่านี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่มีการฝึกอบรมหรือทักษะที่จำกัดมักเป็นเป้าหมายอันดับแรกเมื่อองค์กรต้องการลดจำนวนพนักงานและแรงงานสูงอายุมักจะมีปัญหาในการหางานใหม่²³

การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในตลาดแรงงานอาจอยู่ในรูปแบบของการปฏิเสธที่จะจ้างหรือเลื่อนตำแหน่งแรงงานที่มีอายุมากกว่าหรือบังคับให้เกษียณอายุเมื่อถึงอายุที่กำหนดโดยไม่คำนึงถึงความสามารถในการทำงานของลูกจ้าง²⁴ หรือการเลือกปฏิบัติโดยใช้อายุเป็นเกณฑ์หยาบๆในการตัดสินใจทางบุคคลกร²⁵ ส่วนคำจำกัดความจากมุมมองจากประสบการณ์จริงของแรงงานสูงอายุการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในสถานที่ทำงานคือ การไม่ได้รับอนุญาตให้ทำสิ่งที่พวกเขามีความสามารถหรือเต็มใจที่จะทำเพียงเพราะอายุของพวกเขา²⁶ ในมุมมองทางสิทธิมนุษยชนเห็นว่าการเลือกปฏิบัติทางอายุหมายถึงการปฏิบัติที่ไม่พึงประสงค์ต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเนื่องจากเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับอายุซึ่งไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงความสมเหตุสมผล การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุมีผลเป็นการสร้างข้อจำกัดเทียมสำหรับทุกคน หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการสร้างอุปสรรคแอบแฝงที่จำกัดประสิทธิภาพของแรงงานสูงอายุและทำให้นายจ้างไม่พิจารณาหรือจ้างแรงงานสูงอายุ ผลในทางลบของการเลือกปฏิบัติด้านอายุที่เห็นได้ชัดเจน คือการที่แรงงานสูงอายุประสบอุปสรรคในด้านการสรรหา การจ้างงาน การฝึกอบรม สภาพการทำงานและการพัฒนาอาชีพ²⁷

²³ เฟ็งอ้าง

²⁴ E Palmore, *Ageism: Negative and positive* (2nd ed.). New York: Springer 1999 หน้า 119 อ้างใน Liat Ayalon, Clemens Tesch-Römer (ed.) *Contemporary Perspectives on Ageism* Springer 2018 <https://www.springer.com/gp/book/9783319738192> หน้า 92

²⁵ เฟ็งอ้าง

²⁶ Carmichael et al. (2011) (p. 122) อ้างใน Liat Ayalon, Clemens Tesch-Römer (ed.) *Contemporary Perspectives on Ageism* Springer 2018, หน้า 92

²⁷ Australian Human Rights Commission, *Age Discrimination – exposing the hidden barrier for mature age workers* (2010) <https://www.humanrights.gov.au/our-work/age-discrimination/publications/age-discrimination-exposing-hidden-barrier-mature-age>. (เข้าถึงเมื่อ 19 มกราคม 2562)

สำหรับคำจำกัดความของแรงงานสูงอายุนั้นแตกต่างกันอย่างมากระหว่างภาคธุรกิจเศรษฐกิจและประเภทของผู้ประกอบการรวมถึงบริบททางวัฒนธรรมและองค์กรท้องถิ่น มีหลักฐานมากมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อคนงานและผู้หางานที่อายุ 30 ปี หรือ 40 ปี²⁸ ในอาชีพบางประเภท เช่นโปรแกรมเมอร์ พนักงานบริการลูกค้า นักการตลาดออนไลน์) และธุรกิจบางสาขา (เช่น การต้อนรับ เทคโนโลยีใหม่ๆ ความบันเทิง สื่อสังคมออนไลน์และ สตาร์ทอัพ เทคโนโลยี) อายุ 27 ปีก็ถือว่าอยู่ในวัยกลางคนแล้ว ส่วนในวงการโฆษณาและไอที แรงงานที่มีอายุแค่ 40 ปีก็อาจได้รับการพิจารณาว่าแก่เกินไป การที่อายุของผู้ถูกเลือกปฏิบัติไม่อาจจะบ่งชี้ได้แน่ชัดและไม่สม่ำเสมอนี้ทำให้การต่อสู้กับการเลือกปฏิบัติเป็นเรื่องยาก²⁹ การกีดกันทางอายุยังเป็นเรื่องที่จะเลียดอ่อนบ่อยครั้งที่คนงานวัยทำงานท้อแท้จากการติดตามงานและบอกว่าไม่มีตำแหน่งงานว่างที่เหมาะสมหรือว่าพวกเขา “เกินเกณฑ์”

การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุส่งผลให้อัตราการว่างงานของแรงงานสูงอายุเพิ่มขึ้นและความยากลำบากให้แก่แรงงานสูงอายุในการกลับเข้าสู่ตลาดแรงงานอีกครั้ง การโดดเดี่ยวทางสังคมต่อแรงงานสูงอายุอาจเป็นผลกระทบอีกประการหนึ่งจากการไม่ใช้งานทางเศรษฐกิจในหมู่ผู้สูงอายุซึ่งส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของครอบครัวและชุมชนท้องถิ่น และยังเป็นภัยคุกคามต่อสุขภาพของแรงงานสูงอายุอีกทั้งสร้างภาระเพิ่มเติมให้กับรัฐสวัสดิการ ในระยะสิบปีที่ผ่านมาการเพิ่มจำนวนประชากรผู้สูงอายุในประเทศตะวันตกหลายประเทศทำให้เกิดความกังวลเกี่ยวกับปัญหาการขาดแคลนแรงงานในอนาคตและปัญหาเกี่ยวกับการหางบประมาณเพื่อจ่ายเงินบำนาญ การตอบสนองนโยบายของประเทศเหล่านี้มีร่วมกันอย่างหนึ่งคือการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของแรงงานสูงอายุในตลาดแรงงาน โดยการเพิ่มอายุผู้มีสิทธิรับเงินบำนาญหรือปรับปรุงฐานะของแรงงานสูงอายุในตลาดแรงงาน แนวทางแก้ปัญหายังรวมถึงการปรับปรุงการเข้าถึงการฝึกอบรม การให้ความรู้แก่นายจ้าง การเพิ่มความยืดหยุ่นในการทำงาน และการออกกฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงานเพื่อคุ้มครองแรงงานสูงอายุ

การเลือกปฏิบัติมีความหมายและขอบเขตแตกต่างกันในหลายบริบท ตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ยังอาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติตามนัยของกฎหมายสิทธิมนุษยชน การเลือกปฏิบัติตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจะต้องมีพฤติกรรมบางอย่างซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน และต้องเป็นการเลือกปฏิบัติ” ซึ่งมีลักษณะที่สัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” หรือเหตุที่กฎหมายระบุคุ้มครองไว้ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติสีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม

²⁸ Pirjo Nikander ‘Old’ versus “little girl” a discursive approach to age categorization and morality’, *Journal of Aging Studies* 14(4):335-358 December 2000

²⁹ C Duncan and W Loretto, ‘Never the Right Age? Gender and Age-Based Discrimination in Employment’, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-0432.2004.00222.x>. (2004: 97) (เข้าถึงเมื่อ 19 มกราคม 2562)

กำเนิด หรือ สถานะอื่น”³⁰ การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัตินั้นอาจเกิดขึ้นในมิติต่าง ๆ ของบุคคลในการดำรงชีวิต เช่น การทำงาน การศึกษา การจ้างงาน บริการภาครัฐ การประกอบธุรกิจ การประกอบวิชาชีพ การเป็นสมาชิกองค์กร สินค้าและบริการในภาคเอกชน การประชุมสัมมนา กิจกรรมสาธารณะ เป็นต้น

2. แนวคิดพหุพลังตามหลักการขององค์การอนามัยโลก (Active Aging)

ในยุคสังคมสูงอายุนโยบายการพัฒนาสังคมที่สำคัญประการหนึ่งคือการสนับสนุนการมีส่วนร่วมของแรงงานสูงอายุในตลาดแรงงานและจัดอุปสรรคของแรงงานสูงอายุในการมีส่วนร่วมในตลาดแรงงาน จากการทบทวนวรรณกรรมพบว่าแนวคิดหลักที่เป็นพื้นฐานของการพัฒนานี้คือ Active Aging หรือที่เรียกว่าแนวคิดพหุพลังซึ่งเป็นแนวคิดที่พัฒนามาจากทฤษฎีหลักทางจิตวิทยาสังคมที่คณะกรรมการการยุโรป และองค์การอนามัยโลก และการบริหารงานบุคคล นำมาใช้ตั้งแต่ทศวรรษที่ 1990 เพื่อรับมือกับความท้าทายด้านประชากรศาสตร์ที่มีจำนวนผู้สูงอายุเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ จนเข้าสู่สังคมสูงอายุโดยนานาประเทศนำ Active Ageing มาปรับใช้ให้เข้ากับบริบทของตนเองมาเป็นเวลาพอสมควรแล้ว³¹ โดยเริ่มตั้งแต่ภายหลังที่แนวคิด Active Ageing ถูกยกขึ้นเป็นครั้งแรกในการประชุมสุดยอดผู้นำประเทศ G8 ที่เมืองเดนเวอร์ในเดือนมิถุนายน 1997 หลักการสำคัญของแนวคิดนี้เน้นให้เห็นว่าผู้สูงอายุเป็นพลังของสังคม ไม่ใช่ภาระของสังคมที่ต้องพึ่งพิง หรือเป็นผู้รับที่มีแต่จะใช้ทรัพยากรของโลกและต้องมีผู้ดูแล แต่ผู้สูงอายุสามารถอยู่ในสังคมอย่างมีศักดิ์ศรีได้ โดยเห็นว่าเป็นอยู่ที่ดีของผู้สูงอายุขึ้นอยู่กับวิถีชีวิตอย่างกระฉับกระเฉงในช่วงบั้นปลายของชีวิต นอกจากนี้ยังรวมถึงการมีส่วนร่วมและการมีปฏิสัมพันธ์ทางสังคมของผู้สูงอายุด้วย

แนวคิด Active Ageing กระตุ้นให้เห็นความสำคัญของการส่งเสริมให้ผู้สูงอายุมีกิจกรรมที่ยาวนานขึ้น ผลักดันให้ขยายอายุเกษียณและการปฏิบัติงานที่ปรับให้เข้ากับอายุของพนักงาน การที่ Active Ageing ครอบคลุมทั้งด้านการดำรงชีวิตและการทำงานของแรงงานสูงอายุ Active Ageing จึงได้รับการยอมรับจากหลายฝ่ายว่าเป็นแนวโน้มด้านนโยบายในปัจจุบันที่สามารถจัดการกับความท้าทายทางด้านประชากรศาสตร์ได้ทั้งระบบความมั่นคงทางสังคม ทางสุขภาพและตลาดแรงงาน

³⁰ คณาธิป ทองวีรวงศ์ และคณะ กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติสำนักงาน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรุงเทพฯ 2560

³¹ สหภาพยุโรปโดยเฉพาะ เยอรมนี ฝรั่งเศส อิตาลีดู European Commission, Europe 2020 – A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, (COM 2020 final สหรัฐอเมริกาได้นำแนวคิดนี้มาใช้ก่อนยุโรปโดยเริ่มตั้งแต่ทศวรรษ 1960 ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ <<http://www.epa.gov/aging/agenda/index.htm#2>>.

2010); สำนักงานสถิติแห่งชาติ ดัชนีพหุพลังผู้สูงอายุไทย 2560 สำนักงานสถิติแห่งชาติ กรุงเทพฯ

<http://www.nso.go.th/sites/2014en/Survey/social/domographic/Active%20Ageing/Active%20Ageing%20Index.pdf>

องค์การสหประชาชาติรับแนวคิด Active Ageing ไปปรับใช้กับสังคมสูงอายุในการประกาศใช้แผนมาตรฐานในการประชุมสมัชชาโลกเรื่องผู้สูงอายุในปี 2002 และการปรับแก้ปฏิญญาทางการเมืองว่าด้วยแผนปฏิบัติการผู้สูงอายุ (political declaration - the International Plan of Action on Ageing) ซึ่งเป็นแนวทางพื้นฐานสำหรับการกำหนดนโยบาย Active Ageing

การนำ Active Ageing ไปปรับใช้นั้นพบว่าในแต่ละประเทศก็ยังคงมีความแตกต่างกันทั้งในระดับขนาดและความเข้มข้น แต่โดยทั่วไปแล้วก็คืออำนาจตามนโยบาย 2 แนวทาง ได้แก่ 1) เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการผลิตของแรงงานที่มีอายุมาก หรือ 2) เพื่อกระตุ้นผู้สูงอายุเพื่อเพิ่มการมีส่วนร่วมในสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม จิตวิญญาณและชีวิตทางทางการเมือง

แนวทางแรกนั้นปรับใช้แผน"ประชากร 3Ps" ของ OECD - ซึ่งเสริมสร้างผลผลิตและการมีส่วนร่วมของผู้สูงอายุ มุ่งเน้นไปที่ระยะเวลาระหว่างการจ้างงานและการเกษียณอายุและแรงงานสัมพันธ์และนโยบายเงินบำนาญที่เกี่ยวกับการเกษียณอายุก่อนเกษียณ ดังนั้นความหมายของ Active Aging ตามแนวทางนี้จำกัดขอบเขตโดยมุ่งเน้นในช่วงเวลาสั้น ๆ ในชีวิตของคนทำงาน แนวทางการส่งเสริมความสามารถในการผลิตของไออีซีที่อยู่บนพื้นฐานของตลาดแรงงานที่มีความยืดหยุ่นและรูปแบบใหม่ of งาน เช่นงาน part-time การปฏิรูประบบบำนาญจำนวน โดยเฉพาอย่างยิ่งการเข้าถึงการเกษียณอายุอายุก่อนวัยเกษียณ การเปลี่ยนทัศนคติและการปฏิบัติของนายจ้าง การปรับปรุงการจ้างงานโดยการเรียนรู้ตลอดชีวิตและการฝึกอบรม และการลดอุปสรรคในการจ้างงานสำหรับผู้สูงอายุ ซึ่งหนึ่งในอุปสรรคหลัก ๆ นั้นรวมถึงเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุด้วย

ส่วนแนวทางที่สองนั้น WHO ได้นำมาใช้ในแนวทางการกระตุ้นการมีชีวิตที่ยืนยาว ในปี 2540 ซึ่งเป็นแนวทางที่เห็นว่าแรงงานสูงอายุไม่ควรถูกมองเหมารวมว่าเป็นกลุ่มที่เหมือนกันหมด (stereotype) แต่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายในความต้องการความสามารถและมุมมองของพวกเขา สังคมมีทัศนคติในทางลบต่อแรงงานสูงอายุว่ามีประสิทธิภาพในการทำงานด้อยกว่าแรงงานหนุ่มสาว และถูกมองว่ามีลักษณะที่ไม่พึงปรารถนาบางอย่าง รวมทั้งสุขภาพที่ไม่ดี ทัศนคติที่ไม่ยืดหยุ่น ต่อต้านการเปลี่ยนแปลงและความสามารถในการฝึกอบรมต่ำ ไม่สนใจที่จะใช้โอกาสในการยกระดับทักษะในชีวิตรวมทั้งมีความสามารถในการเรียนต่ำเมื่อเทียบกับแรงงานที่อายุน้อยกว่ามีระยะเวลาการทำงานที่เหลือน้อยกว่า มีค่าใช้จ่ายมากขึ้น และต้องพึ่งพาคนอื่นมากขึ้น³² โดย WHO เสนองานวิจัยหลายชิ้นนี้ชี้ให้เห็นว่าทัศนคติเหล่านี้เป็นการเหมารวม (stereotype) และไม่ถูกต้องเสมอไปเพราะปัจจุบันอายุขัยของของมนุษย์มีแนวโน้มสูงขึ้นและสุขภาพดีขึ้นเนื่องจากยาและเทคโนโลยีสมัยใหม่ ทัศนคตินี้จึงอาจถูกต้องสำหรับแรงงานสูงอายุบางคนแต่อาจไม่ถูกต้องสำหรับแรงงานสูงอายุคนอื่น ๆ กล่าวคือบางคนอาจสามารถทำงานบางอย่างที่คนอื่นอาจทำไม่ได้

³² Richard A. Posthuma, Michael C. Campion, 'Age stereotypes in the workplace: Common stereotypes', 2009 <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0149206308318617>. (เข้าถึงเมื่อ 14 มกราคม 2561)

นโยบายนี้มุ่งเน้นการสนับสนุนบุคคลตลอดช่วงชีวิต โดยใช้ด้านมาตรการสุขภาพในเชิงป้องกันเป็นหลัก เพื่อให้บุคคลเป็นเวลานานที่สุดมีส่วนร่วมในทุกด้านของชีวิตซึ่งรวมถึงชีวิตการทำงานด้วย แนวทางการสนับสนุนตลอดชีวิตของ WHO นี้เน้นการมีส่วนร่วม สุขภาพ และความมั่นคง แม้ว่าแนวทางนี้จะไม่ได้ปรับใช้อย่างชัดเจนต่อการจ้างงานแรงงานสูงอายุ แต่ WHO ยอมรับแผนและนโยบายตลาดแรงงานที่เปิดโอกาสให้ผู้สูงอายุสามารถมีส่วนร่วมในตลาดแรงงานได้ ซึ่งก็หมายความว่าทางเลือกปฏิบัติในเรื่องอายุจะต้องถูกขจัดออกไป

นักนิเทศศาสตร์เห็นว่าสองแนวทางข้างต้นแม้จะแตกต่างกันในเชิงขอบเขตแต่มีลักษณะร่วมกันอย่างหนึ่งคือทั้งสองแนวทางสนับสนุนกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติ และกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นส่วนสำคัญของนโยบาย Active Ageing นักวิชาการด้านนโยบายสังคมเห็นว่านโยบายใด ๆ ที่ต้องการรวมแรงงานสูงอายุเข้าสู่สังคมและตลาดแรงงานสามารถจะประสบความสำเร็จก็ต่อเมื่อแรงงานสูงอายุสามารถเข้าถึงสังคมและการจ้างงานได้จริง แต่การกีดกันทางอายุยังคงเป็นหนึ่งในอุปสรรคที่ใหญ่ที่สุดของพวกเขาในการเข้าสู่แรงงานและมีส่วนรวมอย่างเต็มที่ในสังคมและอุปสรรคนี้ต้องถูกขจัดออกไป

ความเห็นทางวิชาการเหล่านี้เป็นการแสดงความเชื่อมโยงระหว่างแนวคิด Active Aging กับความพยายามจัดการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุเพราะเหตุอายุตามหลักความเสมอภาคโดย Active Ageing เป็นแนวคิดพื้นฐานสนับสนุนกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุต่อแรงงานสูงอายุ ในส่วนต่อไปจะกล่าวถึงการอำนาจการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุในระดับสากลโดยองค์กรแรงงานระหว่างประเทศ

3. แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานสูงอายุจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุขององค์กรแรงงานระหว่างประเทศ หรือ ILO (International Labor Organisation)

หลักการของ ILO ที่เกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัตินี้ปรากฏอยู่ตั้งแต่ในข้อบังคับของ ILO โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของเจตนารมณ์ตั้งแต่เริ่มก่อตั้งที่จะคุ้มครองความเป็นธรรมและสิทธิแรงงาน ดังจะเห็นได้จากคำประกาศของ Philadelphia ปี 1944 ที่ยืนยันไว้ว่า “มนุษย์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ ลัทธิ ศาสนา หรือเพศ ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทั้งสภาพร่างกายและพัฒนาการทางจิตใจ โดยอิสระ และมีศักดิ์ศรีที่มั่นคงทางเศรษฐกิจและโอกาสที่เท่าเทียมกัน”³³

ในการคุ้มครองแรงงานนอกเหนือจากการให้ความมั่นคงแก่ลูกจ้างแล้วการจัดการเลือกปฏิบัติเป็นเป็นเรื่องที่ ILO ให้ความสำคัญสูงสุดเสมอ การจัดการเลือกปฏิบัติของ ILO นั้นอยู่บนหลักการปฏิบัติด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักการทั่วไปที่ ILO เห็นว่าแทรกซึมอยู่ในระบบ

³³ The Declaration of Philadelphia 1994.

กฎหมายประกันสังคมของบรรดาชาติสมาชิก ดังจะเห็นได้จากข้อความเห็นของ ILO ที่ได้แสดงไว้ธรรมนูญของ ILO ตั้งแต่ปี 1919³⁴

แม้ว่าการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุจะเกิดขึ้นมานานแล้วในชาติสมาชิก แต่ในระยะแรกนั้นความสนใจของ ILO นั้นมุ่งไปที่สวัสดิการและความมั่นคงของแรงงานและความต้องการในเรื่องการฝึกอบรมเพื่อช่วยเหลือแรงงานจากการสูญเสียงานเพราะการนำระบบอัตโนมัติมาใช้มากกว่าที่จะสนใจเรื่องการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุ³⁵ ทั้งนี้เพราะ ILO มีมุมมองที่ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าแรงงานสูงอายุมีสិทธิและการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกับแรงงานอื่นในตลาดแรงงาน และเผชิญกับสภาพการทำงานอย่างเดียวกันกับแรงงานอื่น ๆ ในตลาดแรงงานที่ได้รับค่าจ้าง ความสนใจของ ILO ต่อการคุ้มครองแรงงานสูงอายุจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุสูงอายุนั้นเริ่มในช่วงปลายศตวรรษที่ 1970 ทั้งนี้เพราะ ILO ได้ตัดสินใจที่จะรับรู้ว่าเป็นประเภทของแรงงานที่ต้องการความคุ้มครองเป็นพิเศษ นโยบายคุ้มครองแรงงานสูงอายุด้านการเลือกปฏิบัตินี้เป็นผลจากการที่มีจำนวนแรงงานสูงอายุถูกเลิกจ้างมากขึ้น แรงงานสูงอายุประสบปัญหาในการหางานและการทำงาน การเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุทวีความรุนแรงมากขึ้นในช่วงเวลาที่ผ่านมามีผลกระทบทั้งในช่วงปลายทศวรรษ 1970 ประกอบกับจำนวนผู้สูงอายุเป็นสัดส่วนที่มากขึ้นต่อประชากรในหลายๆประเทศทั่วโลกนำไปสู่ความกังวลต่อนโยบายทางสังคมว่ามีความเท่าเทียมกันในทุกส่วนของสังคมหรือไม่ ดังนั้น ILO เห็นว่าเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งที่กฎหมายและนโยบายตั้งแต่ระดับประเทศถึงระดับที่ทำงานจะต้องคำนึงถึงสภาพสังคมและเศรษฐกิจตามความเป็นจริงที่แรงงานสูงอายุเผชิญอยู่ หลักการของสิทธิและความเท่าเทียมจึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้แน่ใจว่าแรงงานสูงอายุมีสภาพการทำงานที่เหมาะสมซึ่งคำนึงถึงความต้องการเฉพาะของแรงงานอายุ

การรับรู้ว่าเป็นแรงงานสูงอายุเป็นแรงงานที่ต้องการความคุ้มครองเป็นพิเศษนำไปสู่การกำหนดให้การคุ้มครองแรงงานสูงอายุเป็นวาระในการประชุมแรงงานระหว่างประเทศ ในปี 1979 ในหัวข้อ “แรงงานสูงอายุ การทำงานและการเกษียณอายุ” หลังจากการประชุมดังกล่าว ILO ได้มีข้อคำแนะนำเกี่ยวกับนโยบายการจ้างงาน (Supplementary Provisions No.169) ในปี 1984 เชิญชวนประเทศสมาชิกให้ตอบสนองต่อความต้องการของแรงงานสูงอายุที่มักจะประสบความยากลำบากในการหางานที่ยั่งยืน

ความพยายามของ ILO มีความชัดเจนยิ่งขึ้นด้วยแผนปฏิบัติการระหว่างประเทศว่ามาดริดว่าด้วยเรื่องผู้สูงอายุ 1982 ซึ่งนำมาใช้ในการประชุมสมัชชาโลกครั้งแรกที่กรุงเวียนนาในปี 2525 และ

³⁴ ILO Constitution 1919

³⁵ แม้ ILO โสสนใจต่อสวัสดิการของแรงงานสูงอายุนานแล้วโดยเริ่มตั้งแต่ทศวรรษ 1930 แต่แรกเริ่มนั้น ILO โหม่งสร้าง ความมั่นคงแก่แรงงานทุพพลภาพและแรงงานสูงอายุไม่ได้สนใจการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุ ในทศวรรษ 1960 ความสนใจขององค์การแรงงานระหว่างประเทศเน้นไปที่ความต้องการพิเศษของแรงงานสูงอายุเกี่ยวกับการฝึกอบรมและการจัดหางานให้แรงงานสูงอายุ และในตอนต้นของทศวรรษ 1970 ILO เสนอแนวทางรองรับผลกระทบทางสังคมต่อแรงงานสูงอายุอันเป็นผลจากการนำระบบอัตโนมัติมาใช้แทนแรงงานมนุษย์และการพัฒนาทางเทคโนโลยีอื่น ๆ ที่มีต่อแรงงานสูงอายุซึ่ง ILO เน้นถึงความพยายามเป็นพิเศษที่ควรทำเพื่อปกป้องงานของแรงงานสูงอายุ

หลักการของสหประชาชาติสำหรับผู้สูงอายุปี 1991 ซึ่งได้นำข้อพิจารณาด้านสิทธิมนุษยชนสำหรับผู้สูงอายุ มาบรรจุไว้เป็นจำนวนมาก หลักการเหล่านี้เป็นรากฐานสำหรับแผนปฏิบัติการระหว่างประเทศของมาดริด เมื่อปี 2002 ต่อมา ILO ได้ออกปฏิญญาเกี่ยวกับหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในที่ทำงาน 1998 ในการประชุมแรงงานสากลในปี 2541 ปฏิญญาดังกล่าวยืนยันหลักการรัฐธรรมนูญในการจัดการเลือกปฏิบัติ เกี่ยวกับการจ้างงานและอาชีพเพื่อยืนยันถึงแนวทางสากลในการจัดการเลือกปฏิบัติในการทำงานโดยการ ส่งเสริมการโอกาสและการปฏิบัติอย่างเสมอภาค

สำหรับแผนปฏิบัติการระหว่างประเทศของมาดริดเมื่อปี 2002 เป็นแผนที่ได้รับรองโดย รัฐบาลจาก 159 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทย แผนนี้ระบุวัตถุประสงค์ 35 ข้อและคำแนะนำโดยละเอียด 239 ข้อเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติโดยรัฐบาลแห่งชาติซึ่งรวมถึงคำแนะนำที่ผู้สูงอายุได้รับอนุญาตให้ ทำงานสร้างรายได้ต่อไปตราบเท่าที่พวกเขาต้องการและสามารถทำเช่นนั้นได้ นอกจากนี้ยังเสริมว่าอุปสรรค ที่เกี่ยวข้องกับอายุควรถูกกำจัดออกโดยผ่านการส่งเสริมและการสรรหาแรงงานสูงอายุและป้องกันไม่ให้เกิด การเสียเปรียบของผู้สูงอายุในการจ้างงาน สิ่งที่สำคัญอย่างยิ่งของแผนมาดริดว่าด้วยการชราภาพนั้นคือ ความชัดเจนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางอายุโดยให้ผู้เข้าร่วมประชุมพยายามกำจัดเลือกปฏิบัติทางอายุ ทุกรูปแบบ แม้แผนปฏิบัติการระหว่างประเทศของมาดริดไม่มีข้อผูกมัดทางกฎหมายต่อประเทศสมาชิกแต่นับเป็นกลไกระดับนานาชาติที่สำคัญในการพัฒนาและส่งเสริมสิทธิและเป็นพื้นฐานนำไปสู่อนุสัญญา สหประชาชาติว่าด้วยเรื่องสิทธิผู้สูงอายุในอนาคต

3.1 อนุสัญญาและข้อเสนอของ ILO ในการจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงานสูงอายุ

ILO เห็นว่าการส่งเสริมการจ้างงานสำหรับผู้สูงอายุสามารถทำได้หลายวิธี แต่ความจำเป็นอันดับแรกคือกรอบกฎหมายที่เหมาะสม บทบัญญัติทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ แรงงานสูงอายุและปัญหาสังคมของผู้สูงอายุถูกรวบรวมในอนุสัญญาและข้อเสนอของ ILO มาตรฐานสากล ฉบับแรกและที่สำคัญที่กล่าวถึงการเลือกปฏิบัติโดยทั่วไปคืออนุสัญญา ILO ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ (การจ้างงานและอาชีพ) 1958 (ฉบับที่ 111) เพื่อกำจัดการจ้างงานใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในการออกกฎหมายเกี่ยวกับเพศเชื้อชาติสีผิวศาสนาความคิดเห็นทางการเมืองการสัปดาห์ชาติและกำเนิดทางสังคม ในปัจจุบันอนุสัญญาดังกล่าวได้ให้สัตยาบันโดยประเทศสมาชิก 169 ประเทศซึ่งรวมถึงไทย³⁶ ข้อ 1 (1) (a) ของอนุสัญญาฉบับที่ 111 กำหนดให้รัฐสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่ให้สัตยาบันในการ กำจัดการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานและการประกอบอาชีพเนื่องจากเพศเชื้อชาติสีผิวศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองการเมืองระดับชาติและสังคม ที่มา อย่างไรก็ตามอายุไม่รวมอยู่ในหมวดหมู่นี้ อย่างไรก็ตาม ข้อ 5 ของอนุสัญญานี้อาจอนุญาตให้มีมาตรการพิเศษหรือความช่วยเหลือที่จะอำนวยความสะดวก

³⁶ ไทยได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2560

ในหลากหลายประเภทรวมถึงอายุ องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้สนับสนุนให้ประเทศต่าง ๆ ในการให้ความเห็นที่กว้างขวางโดยเสนอแนะว่าประเทศสมาชิกให้ความสำคัญต่อการเลือกปฏิบัติต่อทุกคนที่ต้องการ

เอกสารของ ILO อธิบายว่า “เลือกปฏิบัติ” หมายความว่า ความความรวมถึง การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงใดๆ ที่กระทำบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ หรือพื้นฐานทางสังคม ซึ่งมีผลลบหรือทำความเสียหายต่อความเสมอภาคในโอกาสหรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพ อาจพิจารณากำหนดได้โดยประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้อง ภายหลังจากการปรึกษาหารือกับองค์การผู้แทนของนายจ้างและของแรงงาน ในกรณีที่มีองค์การเช่นว่านี้ และกับคณะบุคคลที่เหมาะสมอื่น ๆ³⁷

มาตรฐานของ ILO ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุต่อแรงงานสูงอายุโดยตรง คือข้อเสนอสำหรับแรงงานอายุ ปี 1980 ที่มีชื่อเต็มว่า the Older Workers Recommendation, 1980 (No. 162) หรือเรียกย่อว่าข้อเสนอฉบับที่ 162 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นคุ้มครองแรงงานที่พบอุปสรรคในการทำงานและการประกอบอาชีพอันเนื่องมาจากเหตุสูงอายุซึ่งมีสาระสำคัญในการส่งเสริมการจ้างแรงงานสูงอายุและการไม่เลือกปฏิบัติ และการส่งเสริมความเสมอภาคในการทำงานและห้ามเลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงาน เพราะเหตุสูงอายุ โดยผู้สูงอายุควรได้รับโอกาสและการปฏิบัติเช่นเดียวกับแรงงานอื่น ๆ³⁸

ข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศไม่เหมือนกับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ข้อเสนอไม่จำเป็นต้องได้รับการให้สัตยาบันจากประเทศสมาชิกและไม่สร้างภาระผูกพันที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย ข้อเสนอให้คำแนะนำด้านนโยบายอย่างละเอียดที่สามารถนำมาใช้ในการพัฒนานโยบายและกฎหมายระดับชาติ การที่ข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 162 ไม่ได้นิยาม “แรงงานสูงอายุ” ไว้ก็เพื่อให้รัฐสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศมีอิสระที่จะบัญญัติให้เหมาะสมกับบริบท (วรรค 2) ข้อเสนอฉบับนี้เรียกร้องให้ประเทศสมาชิกส่งเสริมความเสมอภาคของโอกาสและการปฏิบัติ รวมทั้งมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและการประกอบอาชีพ (วรรค 3) นอกจากนี้ยังกำหนดประเภทการเลือกปฏิบัติเพิ่มเติมที่ควรป้องกันรวมถึงการลาเพื่อการศึกษาที่นายจ้างต้องจ่ายเงินประกันสังคมและสวัสดิการสวัสดิการและมาตรการด้านความปลอดภัยและอาชีวอนามัย (วรรค 5) ข้อเสนอยังกำหนดว่าอาจจำเป็นต้องใช้มาตรการเพื่อปรับปรุงสภาพการทำงานและสภาพแวดล้อมในชีวิตการทำงาน ทุกขั้นตอนรวมถึงมาตรการพิเศษเพื่อให้แรงงานสูงอายุสามารถทำงานต่อไปได้ภายใต้เงื่อนไขที่น่าพอใจ (วรรค 11) เงื่อนไขดังกล่าวรวมถึงการปรับงานและเนื้อหาให้กับพนักงาน [วรรค 13 (c)] การลดเวลาทำงานอย่าง

³⁷ ILO Convention No. 111 as any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, color, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin (among other characteristics), "which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity and treatment in employment or occupation".

³⁸ International Labor Organization Recommendation No.162 Chapter 1 Paragraph 2, Chapter 2 Paragraph 3

ค่อยเป็นค่อยไปสำหรับคนงานสูงอายุที่ร้องขอ [วรรค 14 (b)] มาตรการเพื่อให้มั่นใจว่าการเกษียณอายุนั้นเป็นไปโดยความสมัครใจ [วรรค 21 (a)] และทำให้อายุของผู้ที่มีคุณสมบัติสำหรับการเกษียณอายุมีความยืดหยุ่น [วรรค 21 (b)] ข้อเสนอไม่ได้เสนอว่าคนงานที่มีอายุมากกว่าไม่ควรทำงานต่อ แต่เน้นถึงความสำคัญของการจัดการแรงงาน

3.2 องค์ประกอบของกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างแรงงานสูงอายุ (Age Discrimination Legislation) ตามแนวของ ILO

รายงานฉบับใหม่ของ ILO ชี้ให้เห็นว่าความสำคัญของการบัญญัติกฎหมายในคุ้มครองแรงงานสูงอายุจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ โดยให้เหตุผลสองประการ คือ เป็นมาตรการสำคัญอย่างหนึ่งที่ต้องดำเนินการไปพร้อมๆ กับมาตรการจูงใจซึ่งไม่เพียงพอ และการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุนั้นมีลักษณะต่างจากการเลือกปฏิบัติอย่างอื่นเพราะยากแก่การพิสูจน์และใช้เวลานานหากแรงงานสูงอายุต้องนำคดีสู่ศาล³⁹ การตระหนักถึงการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุกำลังเพิ่มขึ้นและหลายประเทศซึ่งรายงานระบุว่าอย่างน้อย 40 ประเทศในขณะนี้มีการออกกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติทางอายุต่อแรงงานสูงอายุ กฎหมายและนโยบายในระดับประเทศและระดับองค์กรสามารถมีบทบาทสำคัญในการเอาชนะการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับแรงงานสูงอายุ โดยออสเตรเลียระบุว่าพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติเป็นเครื่องมือหลักสำหรับส่งเสริมความเท่าเทียมกันทางอายุของชาติ⁴⁰

แม้ว่าจะมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุมากขึ้น แต่มีการวิจัยเพียงเล็กน้อยเกี่ยวกับกฎหมายนี้ จากการตรวจสอบกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติด้านอายุในการจ้างงานที่มีอยู่ในกว่า 40 ประเทศ ILO ได้เสนอคำแนะนำองค์ประกอบหลักของกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติด้านอายุในการจ้างงานว่า การคุ้มครองการจ้างงานและการเลิกจ้างเป็นประเด็นสำคัญของกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงาน ซึ่งจะต้องครอบคลุมถึงมิติห้าประการในการจ้างแรงงานสูงอายุ ดังนี้⁴¹

หนึ่ง ในการจ้างงานการมีข้อกำหนดที่จำกัดหรือขีดขวางการจ้างแรงงานสูงอายุถือเป็นการเลือกปฏิบัติ

³⁹ N.S. Ghosheh Jr., Sangheon Lee, Deirdre McCann, 'Conditions of Work and Employment Programme', ILO, 2006, http://www.ilo.int/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_15.pdf หน้า 39 (เข้าถึงเมื่อ 18 มกราคม 2561)

⁴⁰ Australian Human Rights Commission, *Age discrimination – exposing the hidden barrier for mature age workers* 2010 p. 6, <https://www.humanrights.gov.au/our-work/age-discrimination/publications/age-discrimination-exposing-hidden-barrier-mature-age> (เข้าถึงเมื่อ 18 มกราคม 2561)

⁴¹ ILO, *Age discrimination and older workers: Theory and legislation in comparative context*, Conditions of Work and Employment series No. 20, 2008, 26 et seq.

สอง การคุ้มครองการจ้างงานต้องไม่เพียงแต่จะคุ้มครองแรงงานสูงอายุไม่ให้ถูกเลิกจ้าง เพราะเหตุอายุเพียงอย่างเดียว แต่การคุ้มครองต้องขยายไปรวมถึงกระทำที่เป็นขัดขวางการพัฒนาทักษะ และโอกาสในการทำงานด้วย

สาม ควรมีการออกกฎหมายส่งเสริมให้องค์กรพัฒนาสถานที่ทำงานหรือนโยบายขององค์กรที่แก้ไขการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุก่อนเพื่อเป็นการป้องกันมากกว่าการแก้ไขภายหลัง ดังที่มีผู้แสดงความเห็นจำนวนหนึ่งตั้งข้อสังเกตไว้ว่าเพียงการตรากฎหมายเท่านั้นไม่ได้แปลว่าการปฏิบัติในการจ้างงานจะเปลี่ยนไปได้เอง

สี่ กำหนดผู้ที่สามารถเข้าถึงกฎหมายการเลือกปฏิบัติด้านอายุ ซึ่ง ILO ได้ให้ข้อสังเกตว่าโดยทั่วไปแล้วทั้งข้อมูลของหน่วยงานทางสถิติและกระทรวงประกันสังคมในประเทศต่างๆได้ให้คำจำกัดความตามประเภทของบุคคลมากกว่าที่จะกำหนดคำนิยามว่า “แรงงานสูงอายุ” คืออะไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของประกันสังคมนั้นอายุที่มีสิทธิได้บำนาญนั้นมักเป็นตัวกำหนดว่าอายุการทำงานจะสิ้นสุดลงตามกฎหมายเมื่อใด อย่างไรก็ตามกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุจะเป็นประโยชน์อย่างแท้จริงจะต้องมีคำจำกัดความที่กว้างขวาง การสร้างข้อจำกัดไว้สำหรับอายุในช่วงเวลาก่อนเกษียณคือการละเลยความสำคัญที่แท้จริงของกฎหมาย

ห้า กฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติด้านอายุ ควรครอบคลุมการปฏิบัติหลายประการเพื่อกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบของฝ่ายต่างๆในสถานที่ทำงานอย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งควรกล่าวถึงการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยตรงและโดยอ้อม การล่วงละเมิดการตกเป็นเหยื่อและคำสั่งที่เป็นการเลือกปฏิบัติ ใครต้องรับผิดชอบเมื่อมีการฝ่าฝืน (เช่น นายจ้างเพื่อนร่วมงานลูกจ้าง ฯลฯ) ผู้ได้รับความคุ้มครอง (เช่น นอกเหนือจากระดับอายุ กฎหมายควรระบุประเภทของแรงงานที่ได้รับความคุ้มครองเช่นผู้รับเหมา ฯลฯ) การคุ้มครองการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมหรือการเลิกจ้างเพราะเหตุอายุ เหตุผลทางธุรกิจหรือการอำนาจบริหารงานที่ให้นายจ้างสามารถเลือกปฏิบัติเพราะเหตุได้ในบางสถานการณ์ ภาระการพิสูจน์ในกรณีการฟ้องร้องในคดีการเลือกปฏิบัติอายุ การเยียวยาและการลงโทษที่เกิดขึ้นหากมีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุอย่างผิดกฎหมาย และการจัดตั้งหน่วยงานที่มีหน้าที่เฉพาะที่มีความเชี่ยวชาญในรัฐบาลสามารถให้ข้อมูลความช่วยเหลือหรือวินิจฉัยในกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ

ILO ระบุว่าในการบัญญัติกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงานจะต้องตระหนักถึงความเป็นไปได้ที่จะมีข้อยกเว้นที่สมเหตุสมผลในรูปแบบของ "คุณสมบัติสำคัญต่อการประกอบอาชีพโดยแท้หรือ "genuine or bona fide occupational qualification " กล่าวคือเป็นกรณีที่มีสถานการณ์ที่ทำให้นายจ้างต้องตัดสินใจเลือกลูกจ้างคนอื่นที่ไม่ใช่ลูกจ้างที่มีอายุมากกว่าในการเลื่อนขั้นกรณีเช่นนี้อาจเกิดจากหน้าที่ความรับผิดชอบและประเภทของงานที่อาจเชื่อมโยงกับสมรรถภาพทางกายที่เฉพาะเจาะจง นอกจากนี้ยังมีเหตุผลทางธุรกิจที่จำเป็นของนายจ้างอีกด้วย เช่น มาตรการสำหรับรักษาและ

จงใจลูกจ้างที่อายุน้อยกว่า กฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมต้องอนุญาตให้นายจ้างมีข้อยกเว้นซึ่งรวมถึงเหตุดังกล่าวข้างต้น

4. กฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติด้านอายุในการจ้างงานของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกา นับว่าเป็นประเทศแรกๆ ที่ให้ความสำคัญเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติด้านอายุเกี่ยวกับการจ้างงาน โดยได้มีการออกกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติด้านอายุในการจ้างงานในระดับสหพันธรัฐ (Age Discrimination in Employment Act of 1967 หรือที่เรียกว่า ADEA) ในปี 1967 มีการจัดทำโครงการบริการจ้างงานผู้อาวุโสในชุมชน (SCSEP) โดยการช่วยเหลือผู้มีรายได้น้อยที่มีอายุ 55 ปีขึ้นไป ให้เข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร มีกฎหมายการลงทุนพัฒนาแรงงานด้อยโอกาส (WIA) ครอบคลุมแรงงานสูงอายุ ให้ความช่วยเหลือด้านการจัดหางาน การให้เงินสนับสนุนฝึกอบรม และการเตรียมความพร้อมเข้าสู่ตลาดแรงงาน มีมาตรการให้ความช่วยเหลือแรงงานที่ตกงาน รวมทั้งมาตรการเสริมสำหรับแรงงานสูงอายุที่สูญเสียงาน อันเนื่องมาจากการแย่งตลาดของสินค้านำเข้า หรือเกิดจากการที่ผู้ประกอบการย้ายฐานการผลิตไปต่างประเทศ (TAA) เป็นต้น สหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่คุ้มครองการจ้างงานของลูกจ้างหลายฉบับ โดยส่วนใหญ่ให้ความคุ้มครองแรงงานในเรื่องสิทธิและความเสมอภาคในการทำงานโดยห้ามนายจ้างเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างบนพื้นฐานของเชื้อชาติ ศาสนา ชาตินิกาย ศาสนิกาย และสีผิว แต่สำหรับการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุสูงอายุนั้นสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายฉบับหนึ่งซึ่งให้การคุ้มครองแรงงานสูงอายุเป็นการเฉพาะคือพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางอายุในการจ้างงาน 1967 หรือ Age Discrimination in Employment Act of 1967 หรือที่เรียกว่า ADEA 1967⁴² ซึ่งประกาศใช้ในปี 2510 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุให้มีโอกาสเท่าเทียมกันในการแสวงหาและดำรงไว้ซึ่งการจ้างงานและเพื่อแก้ปัญหาการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในสถานที่ทำงาน⁴³

4.1 แนวคิดและความเป็นมาของกฎหมาย

สหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่คุ้มครองลูกจ้างหลายฉบับที่คุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับความไม่เสมอภาคในการปฏิบัติต่อลูกจ้างมายาวนาน เริ่มตั้งแต่ ตั้งแต่ทศวรรษ 1920 โดยกฎหมายมาตรฐานแรงงานของสหรัฐอเมริกา The Fair Labor Standards Act of 1938 29 U.S.C. § 203 ได้ประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1938 โดยกำหนดห้ามจ่ายค่าจ้างต่ำกว่าอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ The Civil Rights Act of 1964 หรือ Equal Employment Opportunities Act of 1972 เพื่อลดการเลือกปฏิบัติโดยนายจ้างต่อลูกจ้างชายและหญิงในเรื่องค่าแรง ต่อมาสมัชชาองครสภาของสหรัฐได้ประกาศใช้ Title VII of the Civil Rights Act (Title VII) ในปี

⁴² ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่ากฎหมาย ADEA 1967

⁴³ J Rothenberg, D Gardner, 'protecting older workers: The failure of the Age Discrimination in Employment Act of 1967'. Journal of sociology and social welfare 38(1):9-30 • March 2011.

1964 ห้ามนายจ้างเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างบนพื้นฐานเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือ สัญชาติ แม้กฎหมาย Title VII of the Civil Rights Act of 1964 จะบัญญัติโดยมีวัตถุประสงค์หลักคือการจัดการเลือกปฏิบัติงานในการจ้างงานและมีเนื้อหาด้านแรงงานอย่างรอบด้านและเป็นระบบ อย่างไรก็ตามก็ยังมีกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุโดยตรง จนกระทั่งปี 1967 รัฐสภาได้ออกพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางอายุในการจ้างงาน Age Discrimination in Employment Act of 1967 เป็นกฎหมายหลักในระดับสหพันธรัฐที่ให้ความคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุโดยตรง

แรงผลักดันสำคัญที่ส่งผลให้รัฐสภาพิจารณาการบัญญัติกฎหมาย ADEA นี้เกิดจากปัจจัยสำคัญประการหนึ่งคือกระแสความต้องการของสังคมอเมริกันที่กำลังสนใจอย่างมากต่อความยุติธรรมทางสังคมและความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย กระแสความสนใจของสังคมในช่วงนี้ก่อให้เกิดความคาดหวังจากสังคมว่าฝ่ายรัฐบาล และสภาองเกรส และศาลจะอำนาจการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ (ฉบับแก้ไขที่ 14) มาตรา 1 ซึ่งมีเนื้อหารับรองความเสมอภาคของพลเมือง

ส่วนแรงกระตุ้นสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม สหรัฐอเมริกาประสบกับการเริ่มต้นของแรงงานที่เข้มงวดตลาดในปี 1998 เป็น boomers ทารกเริ่มออกจากตลาดแรงงานในเวลานั้นมีรายงานการวิจัยหลายชิ้นรวมถึงของกระทรวงแรงงานสหรัฐชี้ให้เห็นว่าการกีดกันแรงงานสูงอายุในตลาดแรงงานเป็นสิ่งที่ปฏิบัติกันทั่วไป ทศนคติที่ไม่รับพิจารณาผู้สูงวัยเข้าทำงานนี้เป็นปัญหาสำคัญที่ส่งผลกระทบมากขึ้นเรื่อยๆต่อผู้สูงอายุอเมริกันในยุคนั้น ในขณะที่สภาพสังคมมีผู้สูงอายุกำลังตกงานเป็นจำนวนมาก แรงงานสูงอายุเผชิญกับการไม่มีงานทำเป็นระยะเวลานานเพราะหลังจากที่ออกจากงานแล้วไม่สามารถหางานใหม่ได้ หางานใหม่ยากมาก⁴⁴ หลักฐานการวิจัยที่นำเสนอต่อคณะกรรมการวุฒิสภาเกี่ยวกับแรงงานและสวัสดิการสาธารณสุขในปี 2510 ได้เปิดเผยว่าผู้สมัครอายุเกิน 55 ปีถูกปฏิเสธการรับสมัครงานจากครึ่งหนึ่งของการเปิดรับสมัครงานทั้งหมดในภาคเอกชน ส่วนผู้สมัครอายุเกิน 45 คนถูกปฏิเสธการรับสมัครงานจากหนึ่งในสี่ของงานเหล่านี้และผู้สมัครอายุ 65 ขึ้นไปถูกปฏิเสธโดยสิ้นเชิง รายงานวิจัยยังชี้ให้เห็นด้วยว่าผู้สมัครที่มีอายุมากจะได้รับการปฏิบัติด้วยการถูกดูหมิ่น⁴⁵

มีข้อเท็จจริงที่แสดงว่าผู้สมัครงานที่มีอายุมากได้รับการสัมภาษณ์ที่ใช้เวลาน้อยกว่าได้รับคะแนนต่ำกว่าจากนายจ้างและได้รับข้อเสนองานน้อยกว่าผู้สมัครที่มีอายุน้อยกว่า⁴⁶ เช่น ระหว่างปี ค.ศ. 1955 ถึง ค.ศ. 1956 สำนักงานความมั่นคงการจ้างแรงงาน กระทรวงแรงงาน ของสหรัฐอเมริกา ร่วมกับมหาวิทยาลัยห้าสถาบันได้ศึกษาวิจัยกลุ่มตัวอย่างจากตลาดแรงงานในเมืองอุตสาหกรรมหลัก (ดีทรอยท์ ลอสแอนเจลิส ไมอามี มินิอาโพลิส เซนต์พอล มินเนโซตา ฟิลาเดเฟีย ซีแอตเติล และวูสเตอร์) พบว่าอัตรา

⁴⁴ เฟ็งอ้าง

⁴⁵ เฟ็งอ้าง

⁴⁶ M Bendick, L.E. Brown, & K. Wall, 'No foot in the door: an experimental study of employment discrimination against older workers'. *Journal of Aging & Society Policy*. February 1999 10(4): 5-23.

การว่างงานที่สูงในแรงงานที่มีอายุ 45 ปีขึ้นไป และร้อยละ 10 เป็นแรงงานอายุ 65 ปีขึ้นไป โดยการวิจัยนี้ยังมีข้อมูลที่แสดงให้เห็นถึงผู้สูงอายุประสบปัญหาในการเข้าถึงงานมากกว่าหนุ่มสาว การเลือกปฏิบัติในการจ้างงานนี้เห็นได้ทั่วไปเช่นการที่นายหน้าจัดหางานไม่ประวัติของผู้สมัครทุกรายที่มีอายุ 40 ปีขึ้นไป โดยไม่ต้องมีการประเมินความสามารถที่แท้จริงของคนที่จะทำงานนี้ นอกจากนี้ในการปลดพนักงานก็มักจะได้ยินคำว่า “deadwood” ซึ่งเป็นคำซึ่งนายจ้างมักใช้เรียกลูกจ้างที่เป็นผู้จัดในระดับกลางที่มีอายุมากและเป็นเป้าหมายที่จะถูกเลิกจ้างเพราะเหตุเป็นแรงงานที่ไม่มีผลงานและเกินความจำเป็นผู้ที่ทำงานในตำแหน่ง “หนุ่ม” มักมีแนวโน้มที่จะได้รับการว่าจ้างแรงงานที่อายุน้อยกว่า นอกจากนี้แนวปฏิบัติที่ในตลาดแรงงานที่ละทิ้งแรงงานที่มีอายุมากกว่าและส่งเสริมคนทำงานที่อายุน้อยกว่าซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่นิยมอย่างแพร่หลายในช่วงเวลานั้นทำให้ภาคธุรกิจเอกชนและอุตสาหกรรมในสหรัฐอเมริกาในช่วงทศวรรษที่ 1940 นิยมโครงการเกษียณอายุก่อนกำหนดและแผนบำเหน็จบำนาญ ส่งผลให้เกิดปัญหาจำนวนแรงงานสูงอายุว่างงานสูงขึ้นเรื่อยๆ⁴⁷ ส่วนเรื่องความก้าวหน้าในอาชีพนั้น การวิจัยพบว่าแรงงานสูงอายุต้องเผชิญกับยากลำบากในการขึ้นสู่ตำแหน่งที่สูงขึ้น⁴⁸ ในความเป็นจริงแล้วแรงงานสูงอายุได้รับการประเมินจากผู้บริหารที่ต่ำกว่าในการเลื่อนตำแหน่ง⁴⁹

ในช่วงปี 1970-1990 นโยบายทางสังคมคือลดจำนวนแรงงานสูงอายุจากตลาดแรงงานเพื่อลดการว่างงานของแรงงานหนุ่มสาว เช่นนโยบาย early retire เป็นสิทธิที่จะทำงาน the right to work ตัวอย่างนโยบายรัฐบาลในหลายๆในทศวรรษที่ 1980 นโยบายได้เปลี่ยนไปสู่ยุคที่มีประสิทธิผลซึ่งหมายถึงแนวทางการจ้างงานในชีวิตจริงที่ผู้สูงอายุมีคุณค่าและสามารถมีส่วนช่วยให้พนักงานแม้อายุเกษียณปกติ นโยบายใหม่ ๆ เกิดจากแรงงานสูงอายุที่ต้องการการมีส่วนร่วมในแรงงานมากขึ้นและโดยนักการเมืองที่เผชิญหน้ากับประชากรสูงอายุและการเจริญเติบโตคำร์รักษาพยาบาลเป็นครั้งแรก ในที่สุดสภาคองเกรสได้ผ่านพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางอายุในการจ้างงาน 1967 (Age Discrimination in Employment Act of 1967 หรือ ADEA 1967)

การที่ ADEA 1967 ได้ถูกตราขึ้นนั้นเป็นส่วนหนึ่งของความพยายามอย่างต่อเนื่องของรัฐบาลในการจัดการเลือกปฏิบัติในสถานที่ทำงาน และสะท้อนให้เห็นถึงการลงโทษทางสังคมของการมี

⁴⁷ Monica Ferrell, “Tracing the conception and the meaning of the Age Discrimination in Employment Act where are we with mandatory 1985 The Journal of Sociology & Social Welfare: Vol. 12: Iss. 2, Article 7, available at: <http://scholarworks.wmich.edu/jssw/vol12/iss2/7> p. 327

⁴⁸ Goldberg, Pinelopi, Koujianou, and Nina Pavcnik. 2007. ‘Distributional Effects of Globalization in Developing Countries.’ *Journal of Economic Literature*, 45 (1): 39-82, 2007 <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jel.45.1.39> เข้าถึงเมื่อ 19 มกราคม 2561

⁴⁹ Shore et al., ‘Work attitudes and decisions as a function of manager and employee age’ *Journal of Applied Psychology*, 88(3):529-37 July 2003

อคติในการตัดสินใจจ้างงาน⁵⁰ อย่างไรก็ตาม ADEA นั้นเป็นเพียงแต่ส่วนหนึ่งของโครงการตามกฎหมายที่กว้างเพื่อคุ้มครองแรงงานทั่วประเทศ ในการผ่าน ADEA สภาคองเกรสตระหนักว่าการเลือกปฏิบัติทางอายุนั้นเกิดจากสาเหตุหลักมาจากสมมติฐานที่ไม่มีมูลความจริงที่ว่าอายุส่งผลกระทบต่อความสามารถในการทำงาน และได้สรุปปัญหาและผลกระทบของการเลือกปฏิบัติด้านอายุต่อแรงงานสูงอายุไว้ 4 ข้อ ดังนี้

- 1) แรงงานสูงอายุพบว่าเสียเปรียบด้านโอกาสในความพยายามที่จะรักษางานไว้และโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่จะได้งานคืนเมื่อออกจากงาน
- 2) การกำหนดขีดจำกัดด้านอายุตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงถึงศักยภาพในการปฏิบัติงานได้กลายเป็นเรื่องที่ปฏิบัติกันทั่วไปและการปฏิบัติที่บางอย่างอาจทำให้แรงงานสูงอายุเสียเปรียบ
- 3) อุบัติการณ์ของการว่างงานโดยเฉพาะอย่างยิ่งการว่างงานระยะยาวที่มีการเสื่อมทักษะและขวัญกำลังใจในการทำงานและการยอมรับของนายจ้างเป็นสัดส่วนที่สูงมากในหมู่แรงงานสูงอายุเมื่อเทียบกับแรงงานหนุ่มสาวและปัญหาการจ้างงานของแรงงานสูงอายुर้ายแรง
- 4) การเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจในการจ้างงานเนื่องจากอายุเป็นอุปสรรคต่อเศรษฐกิจและการพาณิชย์

เพื่อป้องกันและหยุดยั้งการเลือกปฏิบัติโดยพลการเช่นนี้ ADEA กำหนดให้นายจ้างพิจารณาความสามารถของแต่ละบุคคลแทนที่จะตั้งสมมติฐานจากอายุในการตัดสินใจจ้างงาน ADEA เป็นส่วนสำคัญในความพยายามของรัฐสภาในทศวรรษที่ 1960 นอกเหนือจาก the Equal Pay Act of 1963 และ the Civil Rights Act of 1964 เพื่อโอกาสเท่าเทียมกันในการทำงาน โดยการทำลายอุปสรรคต่อโอกาสและสร้างรากฐานของความเสมอภาคและเป็นธรรม เป็นที่เชื่อกันว่าการจัดการเลือกปฏิบัติด้านอายุในการจ้างงานจะช่วยลดการว่างงานในระยะยาวของแรงงานสูงอายุซึ่งนำไปสู่การลดความยากจนในหมู่ผู้สูงอายุได้ แถลงการณ์ของรัฐสภาระบุวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ไว้ 3 ประการดังนี้

“ส่งเสริมการจ้างงานของผู้สูงอายุตามความสามารถของพวกเขาไม่ใช่อายุ ห้ามการเลือกปฏิบัติในเรื่องอายุในการจ้างงาน และ ช่วยนายจ้างและคนงานหาทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากผลกระทบของอายุที่มีต่อการจ้างงาน”⁵¹

4.2 ความหมายของแรงงานสูงอายุและขอบเขตความคุ้มครอง

กฎหมาย ADEA 1967 บังคับใช้เฉพาะในด้านการจ้างงาน โดยกำหนดบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองรวมถึงผู้ที่อยู่ในบังคับของกฎหมายไว้⁵² บุคคลที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ ADEA 1967 ต้องเป็น

⁵⁰ U.S. Department of Labor, The Older American Worker: Age Discrimination in Employment, Report of the Secretary of Labor Under Section 715 of the Civil Rights Act of 1964 (1965) (“Wirtz Report”), reprinted in EEOC Legislative History of the Age Discrimination in Employment Act (1981).

⁵¹ US Equal Opportunity Commission, The Age Discrimination in Employment Act of 1967, <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/adea.cfm>. (เข้าถึงเมื่อ 28 มกราคม 2562)

⁵² 623 ADEA

ลูกจ้างที่มีอายุตั้งแต่ 40 ปีขึ้นไป⁵³ แต่เดิมกฎหมาย ADEA ค้ำครองพนักงานระหว่าง 40 ถึง 65 เท่านั้นซึ่งขยายจากเดิม 60 ปี และต่อมาเพิ่มเป็น 70 และในที่สุดยกเลิกอายุสูงสุด อาจกล่าวได้ว่า แรงงานสูงอายุตามกฎหมาย ADEA 1967 คือแรงงานที่มีอายุ 40 ปีขึ้นไป แรงงานที่มีอายุต่ำกว่า 40 ปี จึงไม่ได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุตามกฎหมาย ADEA 1967 ดังนั้นหากนายจ้างกระทำการที่เป็นคุณแก่แรงงานสูงอายุเพราะเหตุอายุ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีผลกระทบในทางลบต่อลูกจ้างอายุน้อยกว่า 40 ปีก็ไม่ถือว่าฝ่าฝืนกฎหมายนี้ เช่น หากนายจ้างมีคำสั่งว่าเลื่อนตำแหน่งให้ลูกจ้างที่มีอายุ 40 ปีขึ้นไปเท่านั้น หรือ นายจ้างมีนโยบายให้สวัสดิการทางสุขภาพเฉพาะแก่ลูกจ้างที่มีอายุ 50 ปีขึ้นไป ไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ADEA 1967⁵⁴

คำว่า “ ลูกจ้าง ” ตาม ADEA 1967 หมายถึงบุคคลที่จ้างโดยนายจ้างทั้งในภาคเอกชนและภาครัฐยกเว้นผู้ที่ได้รับการเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองจึงต้องเป็นลูกจ้าง อย่างไรก็ตามการที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ห้ามการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดหรือเงื่อนไขของการจ้างงานความคุ้มครองจึงขยายไปถึงทั้งผู้สมัครงานและอดีตพนักงานที่ถูกเลิกจ้างด้วย⁵⁵

แรงสูงอายุตามกฎหมาย ADEA 1967 หมายถึงแรงงานที่มีอายุ 40 ปีขึ้นไป⁵⁶ แรงงานที่มีอายุต่ำกว่า 40 ปีจึงไม่ได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ เช่น หากนายจ้างมีคำสั่งว่าจะไม่เลื่อนตำแหน่งลูกจ้างที่มีอายุต่ำกว่า 35 ปี ไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ADEA 1967

ส่วน “ นายจ้าง ” ที่อยู่ในบังคับของกฎหมาย ADEA 1967 ได้แก่ องค์กรไม่ว่าเอกชนหรือรัฐบาลที่มีลูกจ้าง 20 คนหรือมากกว่า⁵⁷ และรวมถึงสำนักจัดหางาน และองค์กรทางแรงงานด้วย

4.3 การเลือกปฏิบัติทางตรงและการเลือกปฏิบัติทางอ้อม

การเลือกปฏิบัติทางตรงคือการเลือกปฏิบัติโดยเจตนาต่อแรงงานสูงอายุหรือการปฏิบัติที่ทำให้แรงงานสูงอายุเสียเปรียบนั้นมีสาเหตุโดยตรงจากอายุของลูกจ้างนั้น ส่วนการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (disparate impact) เกิดขึ้นในกรณีที่นโยบายหรือการปฏิบัติของนายจ้างที่ดูเหมือนว่าไม่ได้มีเจตนาที่จะเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุแต่กลับก่อให้เกิดผลกระทบทางลบอย่างมากหรือไม่ได้สัดส่วนต่อแรงงานสูงอายุ ในระยะแรกนั้นกฎหมาย ADEA 1967 ของสหรัฐอเมริกาห้ามการเลือกปฏิบัติโดยตรงเท่านั้น (disparate treatment) ต่อมาจึงห้ามการเลือกปฏิบัติทางอ้อมด้วย (disparate impact)⁵⁸ โดยศาลสูงของ

⁵³ 631(a) ADEA

⁵⁴ *General Dynamics Land Sys. Inc. v. Cline*, 540 U.S. 581 (2004).

⁵⁵ Jody Feder, *The Age Discrimination in Employment Act (ADEA): A Legal Overview*, Congressional Research Service 7-5700 www.crs.gov RL34652.

⁵⁶ 631(a) ADEA

⁵⁷ 630(b) ADEA

⁵⁸ คดีแรกซึ่งเป็นบรรทัดฐานของการปฏิบัติทางอ้อมคือ *Griggs v. Duke Power* (1971)

สหรัฐอเมริกายอมรับว่าหลักการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมให้นำมาใช้กับคดีเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุต่อแรงงานสูงอายุตามกฎหมาย ADEA 1967 ได้ในการตัดสินคดี *Smith v. City of Jackson*⁵⁹ คดีนี้ศาลอนุญาโตให้ลูกจ้างฟ้องร้องคดีเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุได้แม้ว่าลูกจ้างจะไม่มีหลักฐานว่านายจ้างมีเจตนาเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างบนพื้นฐานของอายุ คำตัดสินของศาลสูงในคดีนี้เป็นการขยายความคุ้มครองจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้ กฎหมาย ADEA 1967 ของสหรัฐจึงห้ามทั้งการเลือกปฏิบัติทางตรงและการเลือกปฏิบัติทางอ้อมซึ่งการพิจารณาองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติทั้งสองประเภทนี้มีความแตกต่างกัน

ศาลสูงได้อธิบายความแตกต่างที่สำคัญระหว่างการเลือกปฏิบัติสองประเภทนี้ไว้ว่าการพิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมมีความแตกต่างจากการเลือกปฏิบัติโดยตรงในส่วนสำคัญคือการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมไม่ต้องพิจารณาว่านายจ้างมีเจตนาที่จะเลือกปฏิบัติหรือไม่ซึ่งเจตนานี้เป็นองค์ประกอบสำคัญของการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั้นพิจารณาจากผลกระทบของนโยบายหรือการปฏิบัติของนายจ้างว่าส่งผลให้เกิดข้อเสียเปรียบกับแรงงานสูงอายุอย่างมากและหากไม่อาจอ้างเหตุความจำเป็นทางธุรกิจที่ชอบธรรมและสมเหตุสมผลสำหรับนโยบายหรือการปฏิบัติเช่นนั้นได้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม⁶⁰ ในการฟ้องร้องคดีการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั้นลูกจ้างที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติของนายจ้างสามารถนำคดีสู่ศาลได้โดยมีภาระการพิสูจน์ตามกฎหมายที่ลดลงโดยพิสูจน์แต่เพียงว่าการปฏิบัติในการที่จ้างของนายจ้างที่ดูน่าจะเป็นกลางแต่ส่งผลกระทบต่อลูกจ้างอย่างมากหรือเกินสมควร⁶¹

4.4 การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ

กฎหมาย ADEA 1967 ได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อประกันการเข้าถึงการจ้างงานอย่างเป็นธรรมและเพื่อหลีกเลี่ยงการเลิกจ้างหรือการว่างงานโดยมิชอบ กฎหมายได้บัญญัติให้การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 623 ห้ามนายจ้างไล่ออกหรือปฏิเสธที่จะจ้างพนักงานด้วยเหตุอายุ การจัดพิมพ์หรือการโฆษณาใดๆเกี่ยวกับการจ้างงานที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิ การเลือกปฏิบัติใดๆด้วยเหตุแห่งอายุถือเป็นกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย⁶²

ก่อนการประกาศใช้ ADEA 1967 การเลือกปฏิบัติในการจ้างงานตามที่ปรากฏในโฆษณารับสมัครงานเคยเป็นปัญหาใหญ่ แต่ปัจจุบันข้อกำหนดในโฆษณาเช่น "อายุ 25 ถึง 35," "หนุ่มสาว" "นักศึกษาวิทยาลัย," "ผู้สำเร็จการศึกษาระดับวิทยาลัยเมื่อเร็ว ๆ นี้" "เด็กชาย" "เด็กผู้หญิง" หรือคำหรือวลีที่

⁵⁹ *Smith v. City of Jackson* 544 U.S. 228 (2005)

⁶⁰ *Smith v. City of Jackson*, 544 U.S. 228 (2005)

⁶¹ Frank J. Cavico, Bahaudin G. Mujtaba, 'Discrimination and the aging American workforce: legal analysis and management strategies', *Journal of Legal Issues and Cases in Business*. 5-1-2012

file:///C:/Users/USER/Downloads/CodeWordsandCovertEmploymentDiscrimination-Cavico-Mujtaba-Samuel-IJOL-Vol5-2016.pdf. (เข้าถึงเมื่อ 22 กุมภาพันธ์ 2562)

⁶² 4 (e) prescribes the use of all advertising "indicating any preference, limitation, specification, or discrimination

คล้ายกันถือว่าเป็นการฝ่าฝืน ADEA 1967 เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตามแม้การโฆษณารับสมัครงานที่มีข้อความกำหนดเกี่ยวกับอายุจะเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย ADEA 1967 แต่การสอบถามข้อมูลของผู้สมัครก่อนการจ้างงานในระหว่างขั้นตอนการสมัคร เช่น นายจ้างถามเกี่ยวกับอายุหรือวันเดือนปีเกิดของผู้สมัครยังไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย ADEA 1967 เพราะกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติห้ามนายจ้างสอบถามอายุหรือวันเดือนปีเกิดของผู้สมัคร แต่คำถามเช่นนั้นอาจทำให้ผู้สมัครไม่กล้าสมัครหรืออาจเป็นการสอบถามที่ต้องการเลือกปฏิบัติด้านอายุ การตั้งคำถามเช่นนั้นอาจถูกตรวจสอบอย่างใกล้ชิด ดังนั้นการถามอายุหรือวันเดือนปีเกิดของผู้สมัครต้องเป็นคำถามที่มีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่เป็นการแบ่งแยกผู้สมัครอย่างไม่เหมาะสม⁶³

กฎหมาย ADEA 1967 ห้ามการจำกัด ใด ๆ การแยกหรือการจำแนกประเภทของคนงาน ซึ่งอาจกีดกันเขาจากการส่งเสริมในการจ้างงานหรือส่งผลกระทบต่อทางลบนอกจากนี้ผู้ปฏิบัติงานจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับค่าตอบแทนและเงื่อนไขสถานะของเขาในฐานะพนักงานโดยใช้อายุเป็นเกณฑ์

ในเรื่องค่าจ้าง การฝึกอบรม สวัสดิการและสิทธิประโยชน์นอกจากนี้คนงานจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยคำนึงถึงอายุที่เกี่ยวข้องกับค่าตอบแทนและการฝึกอบรมและสวัสดิการและสิทธิประโยชน์ ADEA 1967 ห้ามนายจ้างตั้งข้อกำหนดเงื่อนไขหรือสิทธิประโยชน์ในการจ้างงาน ซึ่งอาจรวมถึงห้ามนายจ้างจำกัด แบ่งแยก หรือจัดประเภทลูกจ้างด้วยวิธีการใด ๆ ซึ่งเป็นการลดสิทธิหรือเจตนาลดสิทธิของลูกจ้างหรือบุคคลใดที่จะทำงาน หรือจำกัดโอกาสทางอาชีพ ซึ่งกระทบต่อสถานะของ ลูกจ้างหรือผู้สมัครเนื่องจากเหตุแห่งอายุ⁶⁴ และห้ามนายจ้างลดค่าจ้างของลูกจ้าง เงินเดือน การฝึกอบรม อายุสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการจ้างงานเนื่องจากเหตุแห่งอายุ จากการศึกษาพบว่า การเลือกปฏิบัติเรื่องค่าจ้างต่อแรงงานสูงอายุนั้นมีความซับซ้อนกว่าการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในเรื่องอื่นๆ นายจ้างเลือกปฏิบัติด้านอายุต่อแรงงานสูงอายุในเรื่องค่าจ้างได้สองวิธี วิธีแรกในบางกรณีเมื่อลูกจ้างมีเงินเดือนสูงขึ้นหากนายจ้างเห็นว่า "สูงเกินไป" นายจ้างจะแทนที่แรงงานสูงอายุด้วยลูกจ้างที่ราคาถูกกว่าซึ่งส่วนใหญ่เป็นแรงงานที่อายุน้อยกว่า อีกวิธีหนึ่งคือนายจ้างอาจจะปรับขึ้นเงินเดือนสำหรับแรงงานสูงอายุและจ้างผู้ที่มีประสบการณ์น้อยกว่า เช่น คนหนุ่มสาวโดยให้เหตุผลว่าแรงงานสูงอายุมีความคล่องตัวในการทำงานน้อยลง ทั้งนี้เป็นเพราะโดยทั่วไปแล้วแรงงานสูงอายุมีค่าใช้จ่ายสูงเกินไปและแรงงานที่อายุน้อยกว่าสามารถทดแทนแรงงานสูงอายุได้ด้วยค่าใช้จ่ายที่น้อยลง นอกจากนี้ยังพบว่าแรงงานสูงอายุมักถูกปลดออกจากรางานเพียงไม่กี่วันก่อนที่พวกเขาจะได้รับสิทธิจะได้รับบำนาญ

กฎหมาย ADEA 1967 ยังมีบทบัญญัติให้การกระทำของนายจ้างเพื่อตอบโต้ลูกจ้างที่ต่อต้านการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุหรือเพื่อทำการร้องเรียนเรื่องการเลือกปฏิบัติอายุใด ๆ หรือให้การเป็นพยานหรือเข้าร่วมลักษณะใด ๆ ในการสอบสวนการอำนาจการหรือการอำนาจการทางกฎหมายตามเป็น

⁶³ เฟ็งอ้าง

⁶⁴ 29 U.S.C. 623(a) (2). 213 29 U.S.C. 623(a) (3) ADEA

การกระทำที่ผิดกฎหมาย เช่น ในคดี *Gomez-Perez v. Potter* (2008)⁶⁵ ศาลสูงยังอนุญาตให้ลูกจ้างซึ่งถูกนายจ้างตอบโต้เนื่องจากใช้สิทธิตามกฎหมายต่อการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อตนเองตามกฎหมาย ADEA 1967 ฟ้องนายจ้างเพื่อเรียกค่าเสียหายอีกด้วย ตัวอย่างที่ลูกจ้างสามารถเรียกค่าเสียหายเพราะถูกนายจ้างตอบโต้ดังกล่าว ได้แก่ ลูกจ้างดำเนินการตามกฎหมายต่อนายจ้างเพราะถูกเลือกปฏิบัติและรอผลการพิจารณาการสมัครงานแห่งอื่น ในระหว่างรอผลแห่งคดีนั้นนายจ้างปฏิเสธที่จะให้หนังสือรับรองการทำงาน ด้วยเกรงว่าถ้อยคำของตนในหนังสือรับรองการทำงานจะส่งผลกระทบต่อการใช้การเพื่อต่อสู้อคติของตน กรณีเช่นนี้ลูกจ้างสามารถเรียกค่าเสียหายจากนายจ้างได้

กฎหมาย ADEA 1967 ยังห้ามการกระทำการคุกคาม (harassment) ซึ่งเป็นการล่วงละเมิดในลักษณะกลั่นแกล้งถูกคุกคามหรือข่มขู่รังแกด้านอายุซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างหนึ่งตามกฎหมาย ADEA 1967 การ harassment เป็นการเลือกปฏิบัติที่มีผลกระทบอย่างมาก เพราะการกระทำดังกล่าวส่งผลให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกเสียใจ ถูกคุกคาม อับอาย หรือเจ็บปวด เช่น พนักงานที่ไม่ได้อยู่ในการบริหารจัดการจะมีการถูกเตือนซ้ำ ๆ ว่าอายุของพวกเขาเพิ่มขึ้นและพวกเขาได้รับค่าจ้างมากเกินไป หรือการที่หัวหน้างานแสดงความเกลียดชังและพูดถึงความเสื่อมเสียเกี่ยวกับแรงงานสูงอายุโดยระบุว่าพวกเขาใช้เวลามากเกินไปในการทำงาน ในคดีหนึ่งทนายความกล่าวว่าแรงงานสูงอายุซึ่งเป็นลูกความของเขาถูกย้ายโต๊ะทำงานเข้าไปในโถงทางเดินโดยนายจ้างของแรงงานสูงอายุนั้นมีเจตนาให้แรงงานสูงอายุนั้นมีความรู้สึกอับอายขายหน้าลูกค้า⁶⁶ หรือการที่หัวหน้างานกล่าวว่าบริษัทควรเกษียณพนักงานที่มีอายุเกิน 40 ปีทุกคนเพื่อจะได้นำเลือดใหม่เข้ามาทำงาน

ในเรื่องการเลิกจ้างนั้น ADEA 1967 ห้ามนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างบนพื้นฐานของอายุ และยังมีบทบัญญัติห้ามกำหนดอายุเกษียณในทุกอาชีพเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เพราะมีความเห็นว่าประสิทธิภาพการทำงานมิได้ขึ้นกับอายุเสมอไป เช่น อาจมีลูกจ้างอายุ 75 ปีที่ทำงานมีประสิทธิภาพสูงกว่าลูกจ้างอายุ 35 ปีก็ได้ อายุไม่ควรเป็นปัจจัยกำหนดตัดสินว่านายจ้างควรจ้างหรือเลิกจ้าง การเกษียณอายุแบบบังคับเป็นกฎเกณฑ์ที่ล้าสมัยซึ่งบังคับให้คนส่วนใหญ่เกษียณอายุที่อายุ 60 ปีควรถูกยกเลิก เหตุผลทางเศรษฐกิจและค่านิยมที่เรียกร้องให้ยกเลิกกฎเกณฑ์นี้โดยพลการ ลูกจ้างควรมีอิสระที่จะเลือกที่จะทำงานต่อหรือไม่ทำ จึงไม่ควรให้พวกเขาออกจากตำแหน่งโดยการกำหนดบังคับอายุเกษียณแบบบังคับ (mandatory retirement) ยกเว้นอาชีพที่ต้องคำนึงถึงเรื่องความปลอดภัยสาธารณะ เช่น อาชีพนักบิน พนักงานดับเพลิง แม้ว่าจะมีข้อสนับสนุนว่าการกำหนดอายุเกษียณเป็นเรื่องจำเป็นในการสร้างความเป็นระเบียบและสร้างความชัดเจนแน่นอนในการตัดสินใจเลิกจ้างที่เป็นภาวะวิสัย และทำให้แรงงานสูงอายุไม่ต้องเสี่ยงกับการที่จะถูกนายจ้างบอกว่าจึงช่วยลดภาระของแรงงานสูงอายุที่จะไม่ต้องถูกนายจ้างบอกว่าเขาไม่มีความสามารถหรือแก่เกินไป

⁶⁵ *Gomez-Perez v. Potter*, 553 U.S. 474 (2008)

⁶⁶ 29 U.S.C. § 623(a)(2) ADEA

การเกษียณอายุก่อนกำหนดเป็นเรื่องสำคัญมากเรื่องหนึ่งในการบังคับใช้กฎหมาย ADEA 1967 ส่วนใหญ่โครงการเกษียณก่อนกำหนดนั้นไม่ใช่การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอายุ ลูกจ้างที่อายุ 55 ปีที่ได้ทำงานมานานระยะเวลาหนึ่งมักได้รับการเสนอเงินโบนัสจำนวนมากพอสมควรจ้างนายจ้างเพื่อให้ลาออกไปเองซึ่งนายจ้างมักใช้วิธีการนี้เพื่อไม่ต้องเลิกจ้างลูกจ้างเป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตามก็ยังมีตัวอย่างที่โครงการเกษียณอายุก่อนกำหนดมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติตัวอย่างเช่นการตัดสินใจของศาลแขวงสหรัฐล่าสุด แผนการเกษียณอายุก่อนกำหนดของโครสเลอร์ คอร์ปอเรชั่นคือการเลือกปฏิบัติเพราะในความเห็นของศาลคนงานถูกบังคับให้ยอมรับข้อเสนอของ บริษัทภายใต้การคุกคามของการเลิกจ้าง บางครั้งการเลือกปฏิบัติไม่ได้มีความชัดเจน เช่นเมื่อนายจ้างหลอกลวงหรือ พุดเกินจริงเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในระยะยาวของผู้เกษียณอายุก่อนกำหนดตัว⁶⁷

ตัวอย่างของโครงการเกษียณก่อนกำหนดที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น นายจ้างตัดสินใจว่าจะต้องลดจำนวนพนักงานลง 10% ฝ่ายทรัพยากรมนุษย์จะตรวจสอบประวัติของพนักงานทุกคนและระบุตัวลูกจ้างทุกคนที่อายุ 60 ปีขึ้นไป ลูกจ้างเหล่านี้ทุกคนถูกเรียกให้เข้าร่วมประชุมกับฝ่ายบริหารและได้รับการแจ้งว่าพวกเขา กำลังจะเข้าใกล้วัยเกษียณและควรรับสิทธิประโยชน์เกษียณอายุก่อนกำหนดเพื่อลูกจ้างวัยหนุ่มสาวกว่าพวกเขาจะได้ทำงานต่อไป พร้อมเตือนว่าหากไม่ทำเช่นนั้นตำแหน่งของพวกเขาอาจถูกเลือกให้ยุบทิ้งซึ่งในกรณีนี้พวกเขาจะได้รับแค่ค่าชดเชยและสูญเสียโอกาสที่จะได้รับสิทธิประโยชน์เกษียณอายุก่อนกำหนด ภายใต้สถานการณ์เหล่านี้ลูกจ้างสูงอายุบางคนรู้สึกถูกบังคับให้ยอมรับข้อเสนอแม้ว่าข้อเท็จจริงที่ว่าพวกเขาวางแผนจะทำงานต่อไปก็ตาม

4.5 ข้อยกเว้น

กฎหมาย ADEA 1967 บัญญัติข้อยกเว้นตามกฎหมายสำหรับนายจ้างเมื่อถูกฟ้องร้องว่ากระทำการเลือกปฏิบัติได้ไว้ ข้อยกเว้นที่สำคัญ 2 กรณี คือการเลือกปฏิบัติได้เมื่ออายุนั้นเป็นคุณสมบัติสำคัญในการทำงานนั้น (bona fide occupational qualification หรือ BFOQ)⁶⁸และ "ปัจจัยอื่นที่เหมาะสมกว่าอายุ" (ที่รู้จักกันทั่วไปว่า RFOA)

กรณีแรกกฎหมาย ADEA 1967 อนุญาตให้มีการเลือกปฏิบัติได้เมื่ออายุนั้นเป็นคุณสมบัติสำคัญในการทำงานนั้น (bona fide occupational qualification หรือ BFOQ)⁶⁹ การที่นายจ้างเลือกจ้างลูกจ้างที่อายุน้อยกว่าถือว่าชอบด้วยกฎหมาย หากว่าการจ้างคนที่อายุมากกว่าอาจเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานตามตำแหน่งหน้าที่ให้ประสบความสำเร็จนายจ้างไม่จำเป็นต้องจ้างแรงงานที่อายุสูง ในกรณีเช่นนี้นายจ้างจำเป็นต้องจ้างแรงงานที่อายุน้อยกว่า มีงานหลายประเภทที่ต้องการแรงงานทาง

⁶⁷ Stephen R. McConnell, 'Age Discrimination in Employment', U.S. House of Representatives, Select Committee on Aging Chapter 7 (pp. 159-196) in Parnes, (ed.) Policy Issues in Work and Retirement Herbert S., MI: W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 1983

⁶⁸ 29 U.S.C. 623(f) ADEA

⁶⁹ 29 U.S.C. 623(f) ADEA

กายภาพอย่างเข้มข้น แรงงานสูงอายุไม่เหมาะสมที่จะทำงานประเภทนี้ได้ ในกรณีเช่นนี้อายุเป็นคุณสมบัติสำคัญในการทำงานอันเป็นข้อต่อสู้ของนายจ้าง กฎหมาย ADEA 1967 อนุญาตให้มีการเลือกปฏิบัติได้ ในคดีที่ฟ้องร้องนายจ้างเกี่ยวกับการเกษียณอายุแบบบังคับในงานที่เกี่ยวกับความปลอดภัยสาธารณะ นายจ้างซึ่งเป็นจำเลยจะยกข้อต่อสู้ว่าข้อจำกัดเรื่องอายุว่าอายุเป็นคุณสมบัติสำคัญในการทำงาน เช่น นักบิน หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจ นายจ้างที่อ้างว่าความปลอดภัยสาธารณะเป็นเหตุผลที่ทำให้อายุเป็นปัจจัยในการตัดสินใจจ้างงานจะต้องพิสูจน์ได้ว่ามีการจำกัดบุคคลเหล่านั้นที่อยู่ในกลุ่มอายุที่ได้รับการคุ้มครองนั้นจริงแล้ว มีผลต่อเป้าหมายด้านความปลอดภัยสาธารณะที่ระบุไว้ และไม่มีทางเลือกอื่นเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของความปลอดภัยสาธารณะที่มีผลกระทบต่อทางเลือกปฏิบัติน้อยกว่า ใน *Tamiami Trail Tours, Inc. v. Cotton*⁷⁰ กรณีเกี่ยวข้องกับคนขับรถประจำทางระหว่างเมืองศาลเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของคนจำนวนมากอย่างต่อเนื่องศาลจึงตัดสินว่าการจำกัดอายุการจ้างงานไม่เกินสี่สิบปีเป็นอายุนั้นเป็นคุณสมบัติสำคัญในการทำงานจึงไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ในคดี *Beck v. Borough of Manheim*⁷¹ อดีตเจ้าหน้าที่ตำรวจฟ้องเขตเลือกตั้งของรัฐเพนซิลเวเนียแมนไฮม์ภายใต้กฎหมาย ADEA 1967 ว่าระเบียบที่บังคับให้เขาเกษียณเมื่ออายุหกสิบปีเป็นการเลือกปฏิบัติด้านอายุ ศาลแขวงรักษากฎหมายเท่าที่จำเป็นเพื่อให้แน่ใจว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่ในสภาพร่างกายที่เพียงพอเพื่อปกป้องความปลอดภัยและสวัสดิภาพของประชาชนและทรัพย์สิน ศาลตั้งข้อสังเกตว่าสภาพร่างกายของตำรวจในกรณีนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาจาก "ความยากลำบากในการจัดการให้ความคุ้มครองอีกทั้งกองกำลังขนาดเล็กทำให้การสำรองกำลังเจ้าหน้าที่เพื่อตอบสนองต่อสถานการณ์ฉุกเฉินไม่เพียงพอ ดังนั้นอาจมีผลกระทบร้ายแรงกับเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานได้หากเจ้าหน้าที่ไม่อยู่ในสภาพร่างกายที่สามารถปฏิบัติงานได้"

ข้อยกเว้นกรณีที่สองกฎหมาย ADEA 1967 มาตรา 4 (f) (1) นายจ้างอาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบต่อการเลือกปฏิบัติที่มีผลกระทบต่อบุคคลในกลุ่มอายุที่ได้รับการคุ้มครอง (คือลูกจ้างอายุ 40 ปีขึ้นไป) โดยแสดงให้เห็นว่านายจ้างตัดสินใจบนพื้นฐานของ "ปัจจัยอื่นที่เหมาะสมกว่าอายุ" (ที่รู้จักกันทั่วไปว่า Reasonable Factors Other than Age หรือ RFOA) ในคดี *Smith v. City of Jackson, Mississippi*⁷² สภามืองเริ่มใช้แผนการจ่ายค่าจ้างสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งมีการแบ่งประเภทค่าจ้างที่ต่างกันตามตำแหน่ง ระยะเวลาในการทำงาน อัตราเงินเดือนปัจจุบัน และเพื่อเป็นการรักษาเจ้าหน้าที่ตำรวจที่อยู่ในวัยหนุ่มสาว ผู้บังคับบัญชาจึงเสนอให้เงินเดือนเจ้าหน้าที่หนุ่มสาวสูงกว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจที่แก่กว่า เป็นผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจ 30 คนที่มีอายุมากกว่า 40 ปีได้ยื่นฟ้องร้องคดีภายใต้กฎหมาย ADEA 1967 โดยอ้างว่าทั้งสองฝ่ายได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (การเลือกปฏิบัติโดยเจตนา) โดยสภาเมืองได้ต่อสู้ว่าการฟ้องร้องโดยอ้างว่านโยบายของนายจ้างก่อให้เกิดผลเป็นการเลือกปฏิบัตินั้นไม่ถูกต้องเนื่องจากกฎหมาย ADEA 1967

⁷⁰ *Tamiami Trail Tours, Inc. v. Cotton*, 463 So. 2d 1126 (1985)

⁷¹ *Beck v. Borough of Manheim*, 505 F. Supp. 923 (E.D. Pa. 1981).

⁷² *Smith v. City of Jackson*, 544 U.S. 228 (2005)

อนุญาตให้มีการกระทำที่แตกต่างเพราะ "ปัจจัยอื่นที่เหมาะสมอื่นนอกเหนือจากอายุ" ปัจจัยที่สมเหตุสมผลอื่น ๆ นอกเหนือจากอายุในคดีนี้คือการบรรลุให้ได้ตามเป้าหมายของเมืองในการรักษาเจ้าหน้าที่ตำรวจในวัยหนุ่มสาวไว้

กล่าวโดยสรุปสาระสำคัญของกฎหมาย ADEA 1967 ของสหรัฐอเมริกาเป็นการคุ้มครองแรงงานสูงอายุจากการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจของนายจ้าง โดยคุ้มครองตั้งแต่การสมัครงาน การทำงาน การเลิกจ้าง และมีการคุ้มครองนายจ้างเพื่อไม่ให้ธุรกิจเสียหายโดยบัญญัติข้อยกเว้นเป็นข้อแก้ตัวของนายจ้างที่ให้การกระทำไม่ถึงเป็นการเลือกปฏิบัติหากเข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนด

4.6 การเยียวยาและกลไกการบังคับตามกฎหมาย

กฎหมาย ADEA 1967 กำหนดให้มีคณะกรรมการเพื่อความเท่าเทียมกันทางโอกาสในการจ้างงาน (the Equal Employment Opportunity Commission) มีอำนาจหน้าที่รับและแก้ปัญหาคำร้องทุกข์ของผู้สมัครหรือลูกจ้างที่ได้รับการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงาน โดยมีอำนาจสอบสวน และเรียกเอกสารที่จำเป็นหรือที่เห็นสมควรเพื่อดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด เมื่อคณะกรรมการได้รับข้อกล่าวหาจากผู้ได้รับความเสียหายแล้วมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อกล่าวหาไปยังผู้เกี่ยวข้องทุกคนที่ถูกระบุชื่อในข้อกล่าวหา⁷³ และดำเนินการตามกระบวนการเพื่อขจัดการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยวิธีการประนีประนอม การประชุมร่วมกัน⁷³ ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้อง การดำเนินคดีในทางแพ่ง บุคคลผู้ได้รับความเสียหายตามกฎหมายนี้สามารถเรียกเงินค่าเสียหายได้ กรณีการเรียกค่าเสียหายในการถูกเลือกปฏิบัติทางอายุในกรณีนายจ้างที่มีเจตนาจงใจฝ่าฝืน ค่าเสียหายที่เรียกได้นอกจากการเรียกคืนค่าจ้าง และผลประโยชน์ที่ลูกจ้างควรจะได้รับแล้วยังสามารถเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมแบบทวีคูณได้ด้วย ค่าเสียหายแบบทวีคูณนี้ไม่สามารถเรียกได้หากเป็นกรณีที่นายจ้างมิได้จงใจหรือเจตนาที่จะกระทำการที่เป็นการเลือกปฏิบัติทางอายุลูกจ้างที่ถูกเลือกปฏิบัติ

ในกรณีที่คณะกรรมการเพื่อความเท่าเทียมทางโอกาสในการจ้างงานไม่สามารถแก้ไขปัญหาให้ได้ตามคำร้องทุกข์ ลูกจ้างหรือบุคคลที่ได้รับการเลือก ปฏิบัติทางอายุมีสิทธิที่จะร้องทุกข์ด้วยตัวเองโดยยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ศาลมีอำนาจที่เยียวยาทางกฎหมายหรือบรรเทาให้เกิดความเป็นธรรมด้วยวิธีการที่เหมาะสมเพื่อให้สัมฤทธิ์ผลได้ซึ่งรวมถึงการบังคับให้นายจ้างจ้างงานลูกจ้างโดยไม่มีกำหนดเวลาหรือให้รับกลับเข้าทำงานต่อ หรือให้ชดใช้ค่าเสียหาย หรือค่าจ้างที่ค้างชำระแก่ลูกจ้างด้วย

5. กฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติด้านอายุในการจ้างงานของสหภาพยุโรป

⁷³ 626 (d) (2) ADEA

5.1 แนวคิดและความเป็นมาของกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติด้านอายุในการจ้างงานของสหภาพยุโรป

การลดจำนวนประชากรและผลกระทบของสังคมสูงอายุกลายเป็นประเด็นสำคัญมากของสหภาพยุโรปในช่วงทศวรรษ 1990 เอกสารสำคัญชิ้นแรกของคณะกรรมการสิทธิการยุโรปในเรื่องนี้คือ Towards a Europe for All Ages ได้กล่าวถึงความท้าทายของการเข้าสู่วัยชราของประชากรและสรุปได้ว่าการเปลี่ยนแปลงทางประชากร จะกดดันให้ยุโรปคิดใหม่และเปลี่ยนแนวทางปฏิบัติ⁷⁴ และสถาบันแห่งสหภาพยุโรปเริ่มมีนโยบายเกี่ยวกับสังคมสูงอายุเริ่มในช่วงทศวรรษ 1980s และ 1990s ในการแก้ปัญหาการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ ความมุ่งมั่นของสหภาพยุโรปต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติได้รับการยืนยันเมื่อมีการประกาศกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรปว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติ (EU Charter on Fundamental Rights 2000) ในเดือนธันวาคม 2543 มาตรา 25 ของกฎบัตรฉบับนี้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้สหภาพยุโรปเคารพสิทธิของผู้สูงอายุที่จะดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีและมีเป็นอิสระและมีส่วนร่วมในชีวิตทางสังคมและวัฒนธรรม มาตรา 34/1 กล่าวถึงความคุ้มครองด้านการประกันสังคมและความช่วยเหลือทางสังคมในกรณีของผู้สูงอายุ มาตรา 21 ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติด้านอายุ

ความสนใจของคณะกรรมการสิทธิการยุโรปตรวจสอบปัญหาการเลือกปฏิบัติทางอายุนั้นเป็นผลสำคัญอย่างมากจากความจำเป็นทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งสำคัญ ประชากรสูงอายุเป็นแนวโน้มทางประชากรที่ท้าทายความยั่งยืนทางเศรษฐกิจ ในแง่ของการจ้างงาน เงินบำนาญ และระบบการดูแลสุขภาพ ประชากรของผู้สูงอายุเพิ่มมากขึ้นเมื่อเทียบกับประชากร “วัยทำงาน” การเพิ่มขึ้นนี้สร้างความกดดันระบบบำนาญและระบบการเงินสาธารณะอื่น ๆ นอกจากนี้ยังมีความกดดันทางการเงินเพิ่มเติมสำหรับการดูแลสุขภาพและการดูแลสุขภาพซึ่งเกิดจากผู้สูงอายุที่อ่อนแอเกินไปที่จะทำงาน มุมมองของสหภาพยุโรปในเรื่องการพัฒนาเศรษฐกิจช่วงปี 2010-2060 จากรายงาน Aging 2012 และรายละเอียดการประมาณการค่าใช้จ่ายที่ครอบคลุมเงินบำนาญการดูแลสุขภาพการดูแลระยะยาวการโอนการศึกษาและการว่างงานสำหรับประเทศสมาชิกทั้งหมด แสดงถึงสัดส่วนของผู้สูงอายุผู้ที่มีอายุ 65 ปีขึ้นไปว่าภายในปี 2060 จะเป็นตัวแทนของประชากรที่มีขนาดใหญ่ขึ้น (เพิ่มขึ้นจาก 17% เป็น 30%) จำนวนผู้ที่มีอายุ 80 ปีขึ้นไปจะเข้าใกล้จำนวน 0-14 ปี (เพิ่มขึ้นจาก 5% เป็น 12%) ส่วนกลุ่มคนที่มีอายุระหว่าง 15-64 ปีจะมีขนาดเล็กลงอย่างมาก (ลดลงจาก 67% เป็น 56% สัดส่วนของคนหนุ่มสาว (0-14) จะยังคงค่อนข้างคงที่ ซึ่งจะส่งผลให้อัตราการพึ่งพาทางเศรษฐกิจเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าจากจากคนวัยทำงานสี่คนสำหรับผู้สูงอายุมากกว่า 65 ปีขึ้นไปเป็นเพียงสองคนเท่านั้น อายุขัยเฉลี่ยเพิ่มขึ้นอัตราการเจริญพันธุ์ลดลงถึงขนาดต่ำกว่าระดับการเกิดทดแทนและประชากรที่ใช้งานทางเศรษฐกิจกำลังเข้าสู่วัยชรา ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงอัตราการเพิ่มขึ้นของผู้ที่ต้องพึ่งเงินบำนาญ ทำให้มีความกังวลต่อความเป็นไปได้ของแผนการจ่ายบำนาญท่ามกลางสภาวะการเปลี่ยนแปลงเชิง

⁷⁴ European Commission http://ec.europa.eu/employment_social/social_situation/docs/com221_en.pdf.
Wednesday, 20 February, 2019 (เข้าถึงเมื่อ 1 มีนาคม 2562)

ประชากรเช่นนี้⁷⁵ แนวโน้มการเกษียณอายุก่อนกำหนด ทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงเนื่องจากการเพิ่มขึ้นของแรงงานสูงอายุในอีกทางหนึ่งและมีการลาออกของแรงงานสูงอายุจำนวนมากก่อนหน้านี้ ผู้สูงอายุที่มีความกระตือรือร้นจึงเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับสังคมที่ยั่งยืน แต่แรงงานสูงอายุกลับประสบปัญหายากลำบากในการเข้าสู่ตลาดแรงงาน

ความท้าทายทางด้านประชากรศาสตร์ในอนาคตของสหภาพยุโรปตามที่ได้กล่าวข้างต้น ทำให้การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุกลายเป็นประเด็นที่ละเอียดอ่อนมากขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการจ้างงาน แม้การเลือกปฏิบัติด้านอายุจะเป็นสิ่งที่ปฏิบัติทั่วไปในสหภาพยุโรป แต่เป็นที่ยอมรับกันว่าการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นผลมาจากการเหมารวมและทัศนคติในทางลบมากกว่าจะพิจารณาจากความสามารถและคุณสมบัติของบุคคลมักเป็นสาเหตุที่ทำให้บุคคลเข้าไม่ถึงโอกาสในการทำงาน และยังเป็นอุปสรรคขัดขวางไม่ให้กลุ่มอายุบางกลุ่มมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในตลาดแรงงานซึ่งขัดกับหลักการของสนธิสัญญาลิสบอน คณะกรรมาธิการจึงหวังที่จะเพิ่มอัตราการจ้างงานของแรงงานที่มีความสามารถที่อายุเกิน 50 ปีในยุโรปโดยจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ

ความเสมอภาคซึ่งกำหนดให้บุคคลในสถานการณ์เดียวกันได้รับการปฏิบัติในวิธีการเดียวกันเป็นค่านิยมพื้นฐานของสหภาพยุโรป ดังเห็นได้จากการห้ามเลือกปฏิบัติทางเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายก่อตั้งสหภาพยุโรป มาตรา 19 ของสนธิสัญญาลิสบอน หรือ (TFEU, Lisbon Treaty หรือ มาตรา 13 of the 1998 EC Treaty) บัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้เป็นหลักการทั่วไป และภายใต้มาตรา 10 (TFEU) สหภาพยุโรปจะต้องต่อสู้กับการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบไม่ว่าเป็นเพราะเพศเชื้อชาติหรือชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ศาสนาหรือความเชื่อ ความพิการ อายุ หรือรสนิยมทางเพศในการกำหนดและการนำนโยบายและกิจกรรมไปปฏิบัติ ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปตัดสินไว้ว่าหลักการปฏิบัติอย่างเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานและเป็นส่วนหนึ่งของการก่อตั้งสหภาพยุโรป⁷⁶

ในเรื่องการจ้างงานนั้นสหภาพยุโรปมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติหลายฉบับ เช่น Access to Employment and Working Conditions Directive 76/207/EEC บังคับใช้หลักการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันสำหรับชายและหญิงในเรื่องการเข้าถึงการจ้างงานการฝึกอบรมและส่งเสริมอาชีพและสภาพการทำงาน แต่ข้อบังคับเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานด้านอายุฉบับที่สำคัญในปัจจุบันคือ Directive 2000/78/EC Framework Employment Equality Directive of 27 November 2000 หรือข้อบังคับทั่วไปเพื่อให้เกิดการปฏิบัติอย่างเสมอภาคในการทำงาน ซึ่งมักเรียกสั้นๆว่า Directive 2000/78/EC (Employment Equality Framework Directive)

⁷⁵ E. Özdemir, T. Ward, M. Fuchs, S. Ilincă, O. Lelkes, R. Rodrigues, E. Zolyomi, 'Employment of older workers' Research Note no. 5/2015 February - 2016 <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15685&langId=en>. (เข้าถึงเมื่อ 22 กุมภาพันธ์ 62)

⁷⁶ Case C-381/99 *Brunnhöfer v. Bank Der Österreichischen Postsparkasse Ag*

ก่อนหน้านั้นสหภาพยุโรปมุ่งเน้นไปที่การเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเพศ อย่างไรก็ตาม ในความพยายามที่จะสร้างหลักการไม่เลือกปฏิบัติให้เป็นหลักการสำคัญภายในสหภาพยุโรป ในปี 2000 สหภาพยุโรปได้ขยายการคุ้มครองความเสมอภาคทั้งในทางกว้างและทางลึก⁷⁷ ดังจะเห็นได้จากการขยายความคุ้มครองเพิ่มเติมในเรื่องการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของศาสนาหรือความเชื่อ ความพิการ หรือรสนิยมทางเพศรวมทั้งอายุภายใต้ Directive 2000/78/EC เพราะการเลือกปฏิบัติในเรื่องเหล่านี้อาจบั่นทอนความสำเร็จของวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองทางสังคมและอัตราการจ้างงานในระดับสูง การยกระดับมาตรฐานการครองชีพและคุณภาพชีวิต มาตรฐานภาพและความเป็นปึกแผ่นทางเศรษฐกิจและสังคมและการเคลื่อนย้ายโดยเสรีของบุคคล (free movement)⁷⁸ Directive 2000/78/EC ได้รับการรับรองในปี 2000 โดยขยายความคุ้มครองเพิ่มเติมจากที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาโรม (Treaty of Rome 1957) ซึ่งให้ความคุ้มครองเพียง 2 ด้าน คือ เพศ และสัญชาติ ของข้อบังคับฉบับนี้เน้นความสำคัญของการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงานและผลกระทบในทางลบต่อสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลและวัตถุประสงค์ทางสังคมที่สำคัญ ในคำปรารภของ Directive 2000/78/EC กล่าวถึงสิทธิของบุคคลทุกคนที่จะมีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายและได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติว่าเป็นสิทธิสากลที่ได้รับการรับรองโดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน the Universal Declaration of Human Rights ซึ่งเป็นเอกสารหลักด้านสิทธิมนุษยชนฉบับแรก ซึ่งที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติให้การรับรอง อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ Directive 2000/78/EC นี้วางกรอบทั่วไปสำหรับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในการจ้างงานและอาชีพ สำหรับสมาชิกใช้เป็นแนวทางสร้างความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน โดยครอบคลุมกรณีการเลือกปฏิบัติในด้านอายุเป็นหนึ่งในเหตุของการปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาค ประเทศสมาชิกต้องออกกฎหมายภายในของตนให้มีความสอดคล้องกับ Directive 2000/78/EC ภายในปี ธันวาคม 2549

ทั้งนี้รายงานของสหภาพยุโรประบุว่า การจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุที่ไม่เป็นธรรมในการจ้างงานนั้นต้องใช้เครื่องมือทางนโยบายที่หลากหลายซึ่งรวมถึง การศึกษา การอบรมและการส่งเสริมการปฏิบัติที่ดี รายงานอ้างผลการวิจัยระบุว่า ก้าวสำคัญที่เป็นพื้นฐานว่ากลยุทธ์เพื่อความเสมอภาคทางอายุที่มีประสิทธิภาพคือการบัญญัติกฎหมายที่ห้ามการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมในการจ้างงานไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดและจัดให้มีการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพต่อผู้ที่ถูกการเลือกปฏิบัติดังกล่าว⁷⁹ กฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติจะต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่ากรณีใดที่อายุใช้สร้างความแตกต่างระหว่างบุคคลหรือกลุ่มบุคคลได้อย่างถูกกฎหมายและกรณีใดฝ่าฝืนกฎหมาย Recitals 8 และ 25

⁷⁷ ในปี 2000 นอกจาก Directive 2000/78/EC Framework Employment Equality Directive of 7 November 2000 (EED) แล้วสหภาพยุโรปไปมีมติออกข้อบังคับอีกหนึ่งฉบับคือ the Race equality Directive 2000/43 EC

⁷⁸ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 (11)

⁷⁹ Z. Hornstein (ed.) *Outlawing Age Discrimination: Foreign Lessons*, UK Choices York: Joseph Rowntree Foundation, July 2001

วางแนวทางการจ้างงานของสหภาพยุโรปซึ่งให้ความสำคัญกับการสนับสนุนแรงงานสูงอายุเพื่อเพิ่มการมีส่วนร่วมในตลาดแรงงานของแรงงานกลุ่มนี้ Directive 2000/78/EC จึงเป็นตราสารทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลยุทธ์ความเสมอภาคทางอายุที่สำคัญฉบับหนึ่งของสหภาพยุโรป⁸⁰

Directive 2000/78/EC กำหนดหน้าที่ให้กับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปให้ความคุ้มครองต่อการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานอาชีพและการฝึกอาชีพบนพื้นฐานของอายุ ข้อบังคับฉบับนี้ได้รับการตอบสนองอย่างดีจากบรรดาประเทศสมาชิก เพราะเป็นโอกาสที่จะช่วยเสริมความคุ้มครองจากอคติความไม่เท่าเทียมกันและการไม่เคารพสิทธิมนุษยชนในขณะเดียวกันก็มีส่วนพัฒนาองค์ประกอบสำคัญของกลยุทธ์การจ้างงานของสหภาพยุโรป ซึ่งมีกรู๊จกันดีในชื่อ 'ยุทธศาสตร์ลิสบอน' ฉบับปรับปรุง) ซึ่งมุ่งเน้นไปที่การเข้าถึงการจ้างงานสำหรับผู้สูงอายุโดยเฉพาะ ประเทศสมาชิกจำนวนมากได้ใช้ Directive 2000/78/EC ในกฎหมายภายในของตนอย่างไม่ปรากฏว่าต้องมีการพิจารณามากนัก ปัจจุบันประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปทั้ง 28 ประเทศมีกฎหมายที่ห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ

Directive 2000/78/EC มีวัตถุประสงค์เพื่อประกันความเสมอภาคในการจ้างงานเป็นกรอบกฎหมายซึ่งเป็นมาตรฐานที่ให้ความคุ้มครองขั้นต่ำ ประเทศสมาชิกมีสิทธิที่จะให้มาตรการการป้องกันเพิ่ม ซึ่งหมายถึงในกรณีที่มาตราการเพื่อการคุ้มครองสิทธิของแรงงานสูงอายุในประเทศสมาชิกที่มีอยู่แล้วสูงกว่า การอำนาจการตาม Directive 2000/78/EC จะต้องไม่ทำให้ระดับการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติที่ประเทศสมาชิกมีอยู่แล้วต่ำลงไปกว่าเดิม มาตรา 16 (b) ของ Directive 2000/78/EC กำหนดโดยชัดแจ้งให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มั่นใจว่า ข้อกำหนดใด ๆ ที่ขัดต่อหลักการของการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันซึ่งรวมอยู่ในสัญญาหรือข้อตกลงร่วมที่เกิดจากการเจรจาต่อรองไม่มีผลบังคับหรืออาจเป็นหรือเป็นโมฆะ และได้รับการแก้ไข บทบัญญัติกฎหมายของประเทศสมาชิกหรือคำพิพากษาบรรทัดฐานที่ขัดต่อ Directive 2000/78/EC ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปได้เคยตัดสินไว้ว่าจะไม่มีผลบังคับใช้⁸¹

5.2 ขอบเขตการบังคับใช้

Directive 2000/78/EC ห้ามการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานบนพื้นฐานของศาสนาหรือความเชื่อ ความพิการ อายุ หรือ รสนิยมทางเพศ มาตรา 2 ห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งทางตรงและทางอ้อม และกำหนดคำนิยามการล่วงละเมิดซึ่งมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ มาตรา 4-6 บัญญัติข้อยกเว้นสำหรับหลักการของการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน บทบัญญัติหลักอื่น ๆ รวมถึงการผลักภาระการพิสูจน์และการห้ามการตกเป็นเหยื่อ

⁸⁰ Colm O'Connell, Age discrimination and European Law, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D.3. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005.

⁸¹ C-555/07 *Kücükdeveci* [2010] OJ C 63, p. 4, paras. 53 et seq.

Directive 2000/78/EC ไม่ได้กำหนดไว้ในกรอบคำจำกัดความแรงงานสูงอายุและไม่ได้กำหนดกรอบอายุไว้ แต่มาตรา 3 กล่าวถึง บุคคลทุกคนทั้งในภาคเอกชนและภาครัฐ ดังนั้นจึงชัดเจนว่า ข้อบังคับฉบับนี้คุ้มครองทุกกลุ่มอายุทั้งแรงงานที่อายุน้อยกว่าและแรงงานสูงอายุ และไม่ประสงค์ที่จะทำให้ขอบเขตการคุ้มครองแคบเฉพาะกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง จึงไม่มีประเด็นว่าใครบ้างคือบุคคลที่อยู่ในความคุ้มครองของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม Directive 2000/78/EC เปิดช่องให้รัฐสมาชิกอาจกำหนดกฎหมายภายในประเทศให้ไม่ใช้กับกองทัพ Directive 2000/78/EC ครอบคลุมเงื่อนไขในการเข้าถึงการจ้างงาน การทำงานด้วยตนเองหรืออาชีพรวมถึงเกณฑ์การคัดเลือกและเงื่อนไขการรับสมัครและการส่งเสริมการฝึกอบรมวิชาชีพขั้นสูงและการฝึกอบรมใหม่รวมทั้งประสบการณ์ในการทำงานจริง การจ้างงานและสภาพการทำงานรวมถึงการเลิกจ้างและการจ่ายเงิน การมีส่วนร่วมในองค์การนายจ้างหรือลูกจ้าง และองค์กรวิชาชีพ

5.3 การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ

การกระทำที่ต้องห้ามเพราะถือเป็นการเลือกปฏิบัติถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติการเลือกปฏิบัติไว้ 4 ประเภทและให้คำจำกัดความไว้ด้วย ได้แก่ การเลือกปฏิบัติทางตรง การเลือกปฏิบัติทางอ้อม การล่วงละเมิด (harassment) และ คำสั่งที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ

ตามมาตรา 2 (2) ของ Directive 2000/78/EC การเลือกปฏิบัติทางตรง เกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งได้รับการปฏิบัติด้อยกว่าอีกคนหนึ่งซึ่งได้รับการปฏิบัติหรือจะได้รับในสถานการณ์เดียวกัน และหากการปฏิบัติที่แตกต่างเช่นนั้นมีความเชื่อมโยงโดยตรงกับอายุ เช่น อายุเป็นปัจจัยตัดสินในการเข้าถึงการจ้างงาน การเลิกจ้าง หรือ เงื่อนไขการจ้างงาน การปฏิบัติที่แตกต่างนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง ตัวอย่าง เช่น พนักงานถูกมองข้ามการเลื่อนตำแหน่งเพราะเขาอายุ 61 ปีและนายจ้างคิดว่าเขาจะเกษียณในไม่ช้า หรือ นายจ้างปฏิเสธผู้สมัครงานเพราะเธออายุมากกว่า 50 ปีและเขาคิดว่าเธอจะไม่แสดงภาพลักษณ์ที่เยาว์วัยที่เขาต้องการสำหรับธุรกิจ

การเลือกปฏิบัติทางอ้อม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 (2) (b) (i) ของ Directive 2000/78/EC เป็นกรณีที่เกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติที่ดูเหมือนว่าเป็นกลางแต่ส่งผลให้บุคคลซึ่งมีนับถือศาสนา หรือมีความเชื่อหรือมีความพิการบางประการ มีรสนิยมทางเพศอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออยู่ในช่วงอายุช่วงใดช่วงหนึ่งต้องเสียเปรียบเมื่อเทียบกับบุคคลอื่น ๆ เว้นแต่ว่าบทบัญญัติเกณฑ์หรือการปฏิบัตินั้นมีวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม โดยมีวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามกฎหมายและวิธีการบรรลุเป้าหมายนั้นมีความเหมาะสม ตัวอย่าง เช่น นายจ้างเลือกเลิกจ้างบนพื้นฐานของ 'เข้าที่หลังออกก่อน' เกณฑ์นี้จะทำให้คนหนุ่มสาวที่มีแนวโน้มที่จะเข้าทำงานเมื่อไม่นานมานี้เสียเปรียบ หรือนายจ้างกำหนดคุณสมบัติให้ผู้สมัครงานมีประสบการณ์ไม่เกินสิบปี ข้อกำหนดนี้จะทำให้แรงงานสูงอายุเสียเปรียบและถูกเลือกปฏิบัติทางอ้อม

คดีสำคัญที่เป็นตัวอย่างการเลือกปฏิบัติทางอ้อมคือ *Perry v Garda Commissioner*⁸² ในคดีนี้ลูกจ้างร้องเรียนว่านโยบายการเกษียณอายุก่อนกำหนดให้สิทธิประโยชน์แก่ลูกจ้างซึ่งอายุน้อยกว่า

⁸² *Perry v Garda Commissioner* DEC-2001-029

60 ปีมากกว่า จึงเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้ร้องอ้างว่าตนมีอายุ 64 ปีและค่าชดเชยที่จ่ายให้เธอน้อยกว่าที่จ่ายให้ลูกจ้างอีกคนหนึ่งซึ่งอายุ 59 ปีอย่างมาก คณะกรรมการความเสมอภาคในเรื่องค่าจ้างวินิจฉัยว่ากรณีเช่นนี้ถือเป็นผู้ร้องได้รับการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ

ส่วนการล่วงละเมิด (harassment) เกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำที่ไม่พึงประสงค์เกี่ยวข้องกับศาสนาหรือความเชื่อ ความพิการ หรืออายุโดยเฉพาะหรือ รสนิยมทางเพศเกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หรือผลที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีของบุคคล หรือก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมที่น่ากลัว เป็นศัตรู น่าอับอาย ขมขู่ ลดคุณค่า อับยศ แนวคิดของการล่วงละเมิดอาจถูกกำหนดไว้ตามกฎหมายและการปฏิบัติของประเทศสมาชิก ตัวอย่าง เช่น นายจ้างไม่ได้เชิญลูกจ้างและสามีของลูกจ้างเข้าร่วมกิจกรรมทางสังคมที่จัดให้พนักงานเพราะสามีของเธอแก่กว่าเธอมากและจะไม่เหมาะสมกับพนักงานคนอื่น ๆ

มาตรา 3 (1) ของ Directive 2000/78/EC ห้ามการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและการฝึกอาชีพโดยครอบคลุมตั้งแต่เงื่อนไขสำหรับการเข้าถึงการจ้างงาน และการประกอบอาชีพรวมถึงเกณฑ์การคัดเลือกและเงื่อนไขในการสรรหา การเลื่อนตำแหน่ง การเข้าถึงการแนะแนวอาชีพการฝึกอบรมสายอาชีพ การฝึกอบรมสายอาชีพขั้นสูง และการอบรมใหม่รวมถึงประสบการณ์การทำงานจริงสภาพการจ้างงานและสภาพการทำงานรวมถึงการเลิกจ้างและการจ่ายค่าสมาชิก และการมีส่วนร่วมในองค์กรของคนงานหรือนายจ้างหรือองค์กรใด ๆ ที่สมาชิกอำนาจธุรกิจโดยเฉพาะ รวมถึงผลประโยชน์ที่กำหนดโดยองค์กรดังกล่าว ตัวอย่าง เช่น ลูกจ้างไม่ถูกเลือกสำหรับหลักสูตรฝึกอบรมในที่ทำงานเนื่องจากพวกเขาอยู่ใกล้กับวัยเกษียณถือเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ หรือ การที่นายจ้างตัดสินใจประโยชน์ของลูกจ้างที่อายุเกิน 65 ปี เพราะต้องการลดค่าใช้จ่ายก็ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ เช่น ในคดี *Chatham-Kent (Municipality) v. O.N.A. (O'Brien) (Re)*⁸³ ซึ่งเกี่ยวกับพนักงานชายอายุ 69 ปีซึ่งถูกเลิกจ้างแม้จะมีการทำงานยอดเยี่ยม ลูกจ้างไม่เคยได้รับการบอกกล่าวเรื่องการเลิกจ้างมาก่อนเลยจนกระทั่งได้รับหนังสือเลิกจ้าง เหตุผลที่อ้างในหนังสือเลิกจ้างคือตำแหน่งของเขาไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป อย่างไรก็ตามไม่มีการประกาศยกเลิกตำแหน่งของเขาและนายจ้างได้จ้างคนหนุ่มกว่ามาทำงานแทนในตำแหน่งของเขาด้วย จากข้อเท็จจริงดังกล่าวศาลตัดสินว่าการกระทำของนายจ้างเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ

มาตรา 11 ของ Directive 2000/78/EC กำหนดให้ประเทศสมาชิกกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นเพื่อปกป้องพนักงานจากการถูกไล่ออกหรือการปฏิบัติที่ไม่พึงประสงค์อื่น ๆ โดยนายจ้างเพื่อตอบโต้ต่อการร้องเรียนต่อการอำนาจการหรือกระบวนการทางกฎหมายใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการให้มีการปฏิบัติที่เสมอภาค

คดีที่สำคัญที่เป็นบรรทัดฐานในเรื่องการคุ้มครองลูกจ้างจากการถูกตอบโต้เพราะการใช้สิทธิตามกฎหมายหลังจากการถูกเลิกจ้างคือคดีระหว่าง *Coote V. Granada Hospitality Ltd.*⁸⁴ คดีนี้

⁸³ *Chatham-Kent (Municipality) v. O.N.A. (O'Brien) (Re)* In Chatham-Kent C.H.R.R. D/5700 (Can. Trib.)

⁸⁴ *Coote V. Granada Hospitality Ltd*, ECJ 22 SEP 1998

นายจ้างปฏิเสธที่จะให้หนังสือรับรองการทำงานแก่ลูกจ้างซึ่งได้ฟ้องคดีออกจากบริษัทหลังจากทำการเรียกร้องการเพราะเหตุเลือกปฏิบัติ ศาลให้เหตุผลว่ามาตรการที่ให้พนักงานสามารถฟ้องร้องอำนาจคดีทางกฎหมายกับอดีตนายจ้างที่ปฏิเสธที่จะให้หนังสือรับรองการทำงานแก่ลูกจ้างเป็นสิ่งจำเป็นหากการที่นายจ้างปฏิเสธดังกล่าวเป็นการตอบโต้การอำนาจคดีตามกฎหมายโดยลูกจ้างต่อนายจ้างโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้ปฏิบัติตามหลักของการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน หากปราศจากเสียซึ่งการคุ้มครองการเยียวยาทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ ความกลัวต่อการโต้ตอบโดยนายจ้างอาจทำให้ลูกจ้างซึ่งต้องรับเคราะห์จากการเลือกปฏิบัติไม่กล้านำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ผลก็คือเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อคุ้มครองหลักความเสมอภาคไม่ได้รับการบังคับใช้ในความเป็นจริง

5.4 ข้อยกเว้น

แม้ว่า Directive 2000/78/EC ห้ามการเลือกปฏิบัติไว้หลายกรณี แต่ก็มีข้อยกเว้นโดยบัญญัติว่าการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเสมอไป ข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติที่สำคัญเป็นไปตามมาตรา ได้แก่ การปฏิบัติที่แตกต่างในกรณีอายุเป็นความจำเป็นของอาชีพอย่างแท้จริงตามมาตรา 4 และเหตุผลเฉพาะสำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างเพราะเหตุอายุตามมาตรา 6

มาตรา 4 (1) เป็นข้อยกเว้นของการปฏิบัติที่แตกต่างด้านอายุในกรณีที่อายุเป็นความจำเป็นของอาชีพอย่างแท้จริง เป็นเรื่องที่เป็นเหตุจำเป็นหรือจำเป็นหรือจำเป็นและข้อตัดสินของการปฏิบัติงานได้อย่างเหมาะสมในตำแหน่งที่ต้องการ จากถ้อยคำของมาตรานี้จะเห็นว่าอันที่จริงแล้วการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นไม่ได้เป็นเพราะอายุที่การปฏิบัติที่แตกต่างจะขึ้นอยู่กับลักษณะที่เกี่ยวข้องกับอายุ อายุเป็นตัวแทนสำหรับคุณลักษณะอื่นที่เป็นความจำเป็นอย่างแท้จริง เช่น สมรรถภาพทางกายในกรณีที่ คดีที่สำคัญในคดีนี้คือ *Wolf vs. Stadt Frankfurt am Main*⁸⁵ ซึ่งมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกำหนดอายุสูงสุดสำหรับการรับสมัครงาน ในตำแหน่งพนักงานดับเพลิงไว้ที่อายุ 30 ปี ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (ECJ) เห็นว่าสมรรถภาพทางกายเป็นคุณสมบัติที่จำเป็นของอาชีพซึ่งมีความเชื่อมโยงกับอายุ ในกรณีที่การเลือกปฏิบัติอาจจำเป็นเพราะการประเมินบุคคลของบุคคลนั้นไม่สามารถทำได้หรือเป็นไปได้เลย

ส่วนมาตรา 6 (1) เป็นข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุโดยเฉพาะ เพราะการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุแตกต่างจากการเลือกปฏิบัติในรูปแบบอื่นเช่นเพศและเชื้อชาติเนื่องจากการเลือกปฏิบัติทางอายุอาจส่งผลกระทบต่อแรงงานทุกคนกลุ่มอายุ มาตรานี้อนุญาตให้ประเทศสมาชิกจัดให้มีการปฏิบัติแตกต่างบนพื้นฐานของอายุซึ่งไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ หากกรณีที่มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าวมีความเป็นภาวะวิสัยและสมเหตุสมผล และเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและหากวิธีการที่จะทำให้บรรลุเป้าหมายนั้นเหมาะสมและจำเป็น โดยพิจารณาถึงบริบทของกฎหมายภายในของชาติสมาชิก วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายในความหมายของมาตรา 6 ได้แก่ นโยบายการจ้างงานที่ชอบด้วยกฎหมาย วัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับตลาดแรงงานและการฝึกงานอาชีพ การส่งเสริมการเข้าร่วมฝึกอบรม และ

⁸⁵ C-229/08 *Wolf vs. Stadt Frankfurt am Main*, OJ C63, 13 March 2010

การให้ความคุ้มครองกลุ่มอายุ วัตถุประสงค์เหล่านี้อยู่บนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะในบริบทของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิก คดีตัวอย่างของข้อยกเว้นในการเลือกปฏิบัติที่มีความเป็นภาวะวิสัยและสมเหตุสมผลคือคดี *Schmidt & Senne*⁸⁶ ซึ่งข้อเท็จจริงคือการทดสอบความเหมาะสมของผู้ที่จะมารับบทเป็นคู่รักชายหนุ่ม มาตรา 6 (1) วรรคแรกบัญญัติว่าวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายว่ารวมถึงการกำหนดเงื่อนไขขั้นต่ำสำหรับการเข้าถึงการจ้างงานหรือการฝึกอบรมทางอาชีพ ตลอดจนการเลิกจ้าง การจ่ายค่าจ้าง เพื่อส่งเสริมการจ้างงาน การฝึกอบรมทางอาชีพหรือเพื่อสร้างความคุ้มครองแก่แรงงาน

5.5 การกำหนดอายุเกษียณแบบบังคับ (mandatory retirement)

ประเด็นสำคัญในเรื่องเกี่ยวข้องกับอายุของ Directive 2000/78/EC คือ การเกษียณอายุ ซึ่งโดยหลักการคือการบังคับให้ลูกจ้างออกจากงานเมื่อถึงอายุระดับหนึ่งซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติทางอายุ โดยตรงอย่างหนึ่งซึ่งต้องมีเหตุผลสนับสนุนที่เป็นภาวะวิสัย กฎหมายสหภาพยุโรปไม่ห้ามการกำหนดอายุเกษียณบังคับ นอกจากนี้ ECJ ยังเน้นย้ำในคดี *Palacios de la Villa*⁸⁷ และ *Age Concern England*⁸⁸ ว่า ประเทศสมาชิกสามารถใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจเลือกวัยเกษียณที่แบบบังคับได้โดยไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ หากว่ากำหนดอายุเกษียณแบบบังคับนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและหากวิธีการที่จะทำให้บรรลุเป้าหมายนั้นเหมาะสมและจำเป็น โดยพิจารณาถึงได้บริบทของกฎหมายภายในของชาติสมาชิก ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 (1)

ตัวอย่างคดีสำคัญที่เกี่ยวกับการเกษียณอายุแบบบังคับคือ *Prigge and Others v Deutsche Lufthansa*⁸⁹ ซึ่งศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปตัดสินไว้ในปี 2011 ซึ่งมีประเด็นที่ศาลพิจารณาคือ ข้อตกลงการเกษียณอายุแบบบังคับเป็นไปตาม Directive 2000/78/EC หรือไม่ ศาลตัดสินว่าการเกษียณอายุแบบบังคับในคดีนี้ไม่เข้าข้อยกเว้นในมาตรา 2 (5) ซึ่งเป็นกรณีความปลอดภัยสาธารณะ แต่ศาลเห็นว่าการสามารถทางกายภาพในฐานะนักบินของสายการบินอาจตกอยู่ภายใต้ความหมายของข้อ 4 (1) ของ Directive 2000/78/EC ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของการห้ามเลือกปฏิบัติทางอายุกรณีความจำเป็นในการประกอบอาชีพและความสามารถทางกายภาพอาจลดลงไปเมื่ออายุมากขึ้น ซึ่งเป็นเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของสายการบินดังนั้นจึงชอบด้วยกฎหมายภายใต้ 4 (1) กระนั้นก็ตามความจำเป็นทางอาชีพที่กำหนดโดยผู้ประกอบการไม่ได้สัดส่วน เพราะทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายนานาชาติอนุญาตให้นักบินปฏิบัติหน้าที่ในงานอาชีพได้จนอายุ 65 ปีภายใต้เงื่อนไขบางประการแต่ผู้ประกอบการในคดีนี้กำหนดอายุเกษียณบังคับสำหรับลูกจ้างนักบินของสายการบินไว้ที่ 60 ปี ในที่สุดศาลจึงตัดสินว่าความปลอดภัยด้าน

⁸⁶ *Schmidt & Senne* (2002),

⁸⁷Case C-411/05, *Palacios de la Villa*, [2007] ECR I-8531.

⁸⁸Case C-388/07, *Age Concern*, [2009] ECR I-000

⁸⁹ C-447/09 *Prigge and Others v Deutsche Lufthansa*

การบินไม่ใช่วัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับนโยบายการจ้างงาน ตลาดแรงงานและการฝึกอบรมที่สอดคล้องกฎหมายตามมาตรา 6

5.6 การลงโทษกรณีฝ่าฝืน

การลงโทษในกรณีการฝ่าฝืนหลักการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันนั้น Directive 2000/78/EC ได้บัญญัติให้เป็นเรื่องของชาติสมาชิกที่จะกำหนดบทลงโทษเอง แต่การลงโทษนั้นต้อง มีประสิทธิผลได้สัดส่วนและน่ายำเกรง

6. กรอบแนวคิดสำหรับการวิเคราะห์การเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุตามกฎหมายไทย

ดังที่ระบุไว้ในการศึกษาี้จำนวนประเทศที่นำกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุไปใช้ในกฎหมายแรงงานของตนมีเพิ่มขึ้นแสดงถึงแนวโน้มว่ากฎหมายนี้จะมีการพัฒนาต่อไปเพื่อรับรองสิทธิและความรับผิดชอบของนายจ้างและแรงงานสูงอายุ แม้ว่ากฎหมายย่อมจะต้องพัฒนาให้เหมาะกับบริบทของแต่ละประเทศ แต่การศึกษามาตรฐานสากลเช่นอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 111 และข้อแนะนำฉบับที่ 162 ตลอดจนมาตรการทางกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ADEA 1967 และสหภาพยุโรป Directive 2000/78/EC ที่ห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงานต่างมีหลักการสำคัญร่วมกันคือ ห้ามนายจ้างตัดสินใจเกี่ยวกับการจ้างงานบนพื้นฐานของอายุตามอำเภอใจโดยไม่สนใจพิจารณาความสามารถของพนักงานในการทำงานในตำแหน่งที่กำหนด จากการศึกษามาตรฐานสากลเช่นอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 111 และข้อแนะนำฉบับที่ 162 ของ ILO และ ADEA 1967 ของสหรัฐอเมริกา และ Directive 2000/78 ของสหภาพยุโรปซึ่งให้ความคุ้มครองทุกขั้นตอนของการจ้างงานจึงได้กรอบสำหรับการวิเคราะห์การคุ้มครองการเลือกปฏิบัติด้านอายุในประเทศไทยดังนี้

1. การคุ้มครองในช่วงเวลาทำสัญญาจ้างแรงงาน
2. การคุ้มครองในขณะที่เป็นลูกจ้าง
3. การคุ้มครองการเลิกจ้าง
4. การคุ้มครองภายหลังสัญญาจ้างแรงงานสิ้นสุดลง