

บทที่ 4

บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

หลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุอายุเป็นหลักการที่กฎหมายแรงงานของไทย สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 กำหนดไว้ในกฎหมายของตน ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าทุกประเทศที่ได้ศึกษาเห็นถึงความสำคัญของการคุ้มครองการไม่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์จากกรอบแนวคิดที่นำเสนอไว้ในบทที่ 2 ประกอบกับหลักกฎหมายของไทยที่ได้นำเสนอไว้ในบทที่ 3 จากการศึกษาพบว่า การคุ้มครองตามหลักสากลและกฎหมายต่างประเทศคือกฎหมายของสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกานั้นกฎหมายได้ให้ความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบและทุกขั้นตอนตั้งแต่การรับสมัครงาน การทำงาน การเลิกจ้าง และหลังจากสัญญาจ้างสิ้นสุดลง สำหรับกฎหมายไทยนั้นไม่ได้ให้ความคุ้มครองครอบคลุมในทุกขั้นตอน ดังจะได้วิเคราะห์ในแต่ละขั้นตอนของการคุ้มครองภายใต้กฎหมายไทยเทียบเคียงกับการคุ้มครองของต่างประเทศ หลังจากนั้นจะเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาข้อบกพร่องและการวางกฎเกณฑ์ที่จะมีความสำคัญต่อการคุ้มครองแรงงานสูงอายุที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงานต่อไป

1. คำจำกัดความของแรงงานสูงอายุ

จากการศึกษาพบว่าแรงงานสูงอายุกับผู้สูงอายุนั้นมิใช่เป็นคนกลุ่มเดียวกันเสียทีเดียว แม้ไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับผู้สูงอายุอีกหลายฉบับ แต่กฎหมายเหล่านั้นไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้โดยมีการใช้ถ้อยคำสื่อถึงความเป็นผู้สูงอายุไว้ เช่น คนชรา ผู้สูงอายุ คนสูงอายุ แรงงานสูงอายุอาจไม่ใช่ผู้สูงอายุก็ได้ ในการส่งเสริมการจ้างแรงงานสูงอายุของไทยมีการกล่าวถึงทั้งแรงงานสูงอายุและแรงงานผู้สูงอายุ อย่างไรก็ตามความหมายของผู้สูงอายุมิบัญญัติไว้ในตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้สูงอายุ” หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปี ส่วนแรงงานสูงอายุนั้นยังมิได้รับการบัญญัติคำนิยามไว้ในกฎหมายใด คนอายุ 40 ปียังไม่ใช่ผู้สูงอายุตามกฎหมายแต่ก็อาจได้รับผลกระทบจากการเป็นแรงงานสูงอายุได้ เช่น ประสบกับความยากลำบากในการหางาน หรือไม่ได้รับการเลื่อนตำแหน่ง หรืออาจไม่ได้ขึ้นเงินเดือน หรือมีความเสี่ยงต่อการถูกเลิกจ้างมากกว่าแรงงานหนุ่มสาว โดยที่พระราชบัญญัติผู้สูงอายุฯ มีวัตถุประสงค์ให้ความคุ้มครองและหลักประกันด้าน สิทธิแก่ผู้สูงอายุ ทั้งทางด้านสุขภาพ สังคม เศรษฐกิจ ตลอดจนสิทธิประโยชน์ด้านต่าง ๆ ในการเข้าถึงและการ ได้รับบริการสาธารณะเพราะเหตุความชราภาพเป็นสำคัญ แต่การคุ้มครองแรงงานสูงอายุนั้นมุ่งให้แรงงานสูงอายุได้ทำงานตามกำลังความสามารถ

ของแต่ละคน การคุ้มครองผู้สูงอายุกับการคุ้มครองแรงงานสูงอายุจึงมีความต่างกันหลายประการ การจะนำบทบัญญัติคำจำกัดความผู้สูงอายุในพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 มาใช้กับแรงงานสูงอายุจึงไม่เหมาะสม เพื่อความชัดเจนของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและการกำหนดนโยบายและการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดนิยามของแรงงานสูงอายุมีความสำคัญ

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาได้กำหนดอายุแรงงานสูงอายุไว้ที่ 40 ปีหรือสูงกว่า ส่วน ILO และสหภาพยุโรปแม้ไม่ได้กำหนดคำจำกัดความของอายุแรงงานสูงอายุไว้ เพราะเห็นว่าแต่ละประเทศควรกำหนดแรงงานสูงอายุเองตามความเหมาะสม คำจำกัดความของแรงงานสูงอายุจึงอาจแตกต่างกันไปตามบริบทของแต่ละประเทศ แม้ ILO เห็นว่าแรงงานสูงอายุเริ่มที่อายุ 50 ปีก็ตาม ประเทศไทยแม้จะมีความเห็นว่าแรงงานสูงอายุมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจมากขึ้นเรื่อยๆ แต่ยังไม่มีการนิยามความหมายของแรงงานสูงอายุไว้ กฎหมายคุ้มครองแรงงานของไทยมิได้กำหนดนิยามของแรงงานสูงอายุและอายุสำหรับการเกษียณอายุของลูกจ้าง การกำหนดนิยามของแรงงานสูงอายุจะช่วยให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นในความคุ้มครองและแนวทางการกำหนดนโยบายต่างๆ มิฉะนั้นแล้วอาจเกิดความเข้าใจได้ว่าแรงงานสูงอายุและแรงงานผู้สูงอายุเป็นเรื่องเดียวกัน แต่จะกำหนดแรงงานสูงอายุไว้ที่อายุเท่าใดนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องศึกษาโดยคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ให้รอบด้านเสียก่อน เช่น สภาพร่างกายของแรงงานไทย มุมมองของนายจ้าง จำนวนแรงงานทั้งระบบและในช่วงอายุต่างๆ ทั้งนี้เพื่อให้เหมาะสมกับบริบทของไทย จากการพิจารณาข้อมูลเบื้องต้นที่วิจัยนี้พบ เช่น มิติทางอาชีพของนายจ้างได้กำหนดเกณฑ์แรงงานสูงอายุ คือแรงงานที่มีอายุ 40-45 ปี รายงานในเชิงสถิติแรงงานสูงอายุเริ่มที่ 50 ปี และรายงานการวิจัยหลายฉบับที่ได้ศึกษาปัญหาแรงงานสูงอายุระบุว่าแรงงานเริ่มประสบปัญหาการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุเมื่ออายุ 40 ปี ในเบื้องต้นผู้เขียนจึงเห็นว่าคำจำกัดความของแรงงานสูงอายุของไทยที่เหมาะสมว่าควรได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานตามกฎหมายคือแรงงานที่มีอายุ 40 ปีและสูงกว่านั้น โดยเพิ่มคำจำกัดความไว้ในกฎหมายคุ้มครองแรงงาน

1.1 การเลือกปฏิบัติทางตรงและการเลือกปฏิบัติทางอ้อม

ILO ระบุว่า การเลือกปฏิบัติในการจ้างงานนั้นเกิดได้ทั้งทางตรง (direct discrimination) และทางอ้อม (indirect discrimination) กฎหมาย ADEA 1967 ของสหรัฐอเมริกาและ Directive 2000/78/EC ของสหภาพยุโรป ตลอดจนแนวคิดของในเรื่องกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติจำแนกความแตกต่างระหว่างการเลือกปฏิบัติโดยตรง (direct discrimination) และโดยอ้อม (indirect discrimination) ไว้อย่างชัดเจนเพื่อให้ครอบคลุมการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ การเลือกปฏิบัติโดยตรงนั้นเป็นเรื่องที่นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างคนใดคนหนึ่งอย่างโดยตรง เช่น นายจ้างปฏิเสธที่จะอนุญาตให้ลูกจ้างสูงอายุเข้าร่วมในหลักสูตรฝึกอบรมเพราะคิดว่า 'แก่เกินไป' แต่อนุญาตให้ลูกจ้างที่อายุน้อยกว่าสามารถเข้ารับการฝึกอบรมได้ ส่วนการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเป็นเรื่องของนโยบายหรือข้อบังคับของนายจ้างซึ่งใช้กับลูกจ้างทุกคน แต่ผลของนโยบายหรือข้อบังคับทำให้ลูกจ้างกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดถูกเลือกปฏิบัติ เช่น ก. อายุ 45 ปีและพบว่า

ตนไม่มีสิทธิได้รับการเลื่อนตำแหน่งเนื่องจากนายจ้างของ ก. มีนโยบายที่จะส่งเสริมเฉพาะพนักงานที่มีประสบการณ์ทำงานไม่เกิน 5 ปีเท่านั้น แม้ว่านโยบายนี้จะใช้กับลูกจ้างทุกคน แต่ผลของนโยบายนี้ก็ทำให้ ก. และลูกจ้างคนอื่นๆที่มีอายุมากกว่า เสียเปรียบในการที่จะเข้ารับการอบรมเพราะลูกจ้างเหล่านั้นเมื่อทำงานมานานก็มีความเป็นไปได้ว่าจะมีอายุมากกว่าลูกจ้างที่มีอายุน้อยกว่า ลูกจ้างที่มีอายุมากจึงมีโอกาสน้อยกว่าที่จะมีคุณสมบัติดังกล่าว จึงถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมต่อลูกจ้างที่มีอายุมากกว่า

สำหรับกฎหมายไทยนั้นมิได้มีการแบ่งแยกการเลือกปฏิบัติออกเป็นสองรูปแบบอย่างชัดเจนอย่างในกฎหมายต่างประเทศจึงมีปัญหาว่าการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายที่มีอยู่นั้นเพียงพอหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเรื่องนี้เป็นประเด็นเรื่องคำสั่งและนโยบาย ระเบียบ หรือข้อบังคับของนายจ้างซึ่งอยู่ภายใต้มาตรา 14/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และบทบัญญัตินี้สามารถคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุได้ในบางเรื่องโดยใช้การตีความ เช่น ในเรื่องค่าจ้างที่เป็นการเอาเปรียบลูกจ้างสูงอายุแต่ก็ยังไม่ครอบคลุมในบางเรื่อง เช่น ในเรื่องสิทธิประโยชน์ที่นายจ้างให้แก่ลูกจ้างนอกเหนือกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 3 ผู้เขียนจึงเห็นว่าเพื่อให้การคุ้มครองครอบคลุมอย่างเพียงพอ และเพื่อความชัดเจนไม่ต้องอาศัยการตีความควรบัญญัติถ้อยคำไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน โดยเพิ่มบทบัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองแรงงาน

2. การคุ้มครองในการสมัครงาน

ปัญหาแรงงานสูงอายุถูกปฏิเสธในการรับเข้าทำงานเป็นปัญหาสำคัญเป็นอันดับต้นๆ ของแรงงานสูงอายุ แรงงานสูงอายุถูกปฏิเสธการรับสมัครงานเพราะนายจ้างมีสิทธิเลือกผู้สมัครงานคนใดให้เข้าทำงานก็ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แรงงานสูงอายุจึงอาจไม่ได้รับการพิจารณาด้วยเหตุอายุแต่เพียงประการเดียวโดยที่นายจ้างไม่ได้พิจารณาจากคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งงาน เช่น นายจ้างมีทัศนคติในทางลบต่อแรงงานสูงอายุปฏิเสธผู้สมัครงานในตำแหน่งอาจารย์สอนกฎหมายเพราะเธออายุมากกว่า 40 ปีด้วยเหตุผลที่ว่าเธอคิดว่าเธออายุมากเกินไป แม้ว่าเธอจะมีประสบการณ์ในการทำงานที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งมานานและยังมีสุขภาพแข็งแรงและมีบุคลิกภาพที่ดี การที่แรงงานสูงอายุถูกปฏิเสธการจ้างงานเพราะเหตุอายุเป็นปัญหาสำคัญของแรงงานสูงอายุเพราะหางานยากเป็นผลจากการถูกกีดกันและตัดโอกาสจากทัศนคติในทางลบต่อแรงงานสูงอายุ ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วนายจ้างควรพิจารณาให้รอบด้านโดยให้ความสำคัญกับประสบการณ์การทำงาน ความรู้และความเชี่ยวชาญที่อาจเหมาะสมกับตำแหน่งโดยที่อายุไม่ได้เป็นเหตุให้ทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพน้อยลงแต่อย่างใดเมื่อเทียบกับแรงงานหนุ่มสาว

ผลของการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุต่อแรงงานสูงอายุในการจ้างงานส่งผลให้มีแรงงานสูงอายุจำนวนมากตกงานและไม่อาจหางานใหม่ได้โดยง่าย กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงานของสหรัฐอเมริกา (ADEA 1967) และกฎหมายของสหภาพยุโรป (EC/78/2000) จึงมี

บทบัญญัติห้ามนายจ้างหรือสำนักงานจัดหางานเลือกปฏิบัติในการจ้างงานโดยอาศัยเหตุแห่งอายุ ห้ามการกระทำที่มีผลเป็นการจำกัดขอบเขตอายุผู้สมัคร เช่น การระบุเจาะจงอายุผู้สมัคร รวมทั้งการโฆษณาที่มีเนื้อหาดังกล่าวอันมีผลทำให้แรงงานสูงอายุไม่อาจได้รับการพิจารณาโดยปราศจากข้ออ้างตามกฎหมายถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติทางอายุและฝ่าฝืนกฎหมายและผู้สมัครงานที่คิดว่าตนเองอาจได้รับความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติดังกล่าวอาจฟ้องเรียกค่าเสียหายได้โดยกฎหมายกำหนดกระบวนการในการดำเนินคดีไว้ กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงานของสหรัฐอเมริกา (ADEA 1967) และกฎหมายของสหภาพยุโรป (Directive 2000/78/EC) จึงคุ้มครองตั้งแต่ก่อนเป็นลูกจ้างโดยคุ้มครองผู้สมัครที่เป็นแรงงานสูงอายุด้วย

ในเรื่องการรับสมัครงานนี้กฎหมายแรงงานไทยไม่ได้ให้ความคุ้มครองไว้เพราะผู้สมัครงานเป็นเพียงบุคคลที่ได้แสดงเจตนาต่อผู้ประกอบการหรือผู้รับสมัครงานเพื่อที่จะทำสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น ยังไม่ได้ทำสัญญาจ้างแรงงานจึงไม่มีสถานภาพเป็นลูกจ้างที่จะได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ได้ห้ามการเลือกปฏิบัติในทางอายุไว้โดยตรง นอกจากนี้ไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุอย่างชัดแจ้งด้วย ผู้สมัครงานจึงไม่ได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุตามกฎหมายไทย นายจ้างจึงอาจปฏิเสธไม่จ้างงานเพราะเหตุอายุแต่เพียงประการเดียวได้ไม่ขัดกฎหมายแรงงาน

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 27 วรรค 3 รัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบัน (2560) ซึ่งรับรองหลักเสมอภาคมีพัฒนาการในการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติซึ่งครอบคลุมการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุไว้ และยังบัญญัติสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญในเรื่องความเสมอภาคนั้นมีผลผูกพันโดยตรงที่โดยมีต้องมีกฎหมายเฉพาะมารับรองสิทธิดังกล่าวไว้อย่างชัดแจ้ง การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักการไม่เลือกปฏิบัติใช้อ้างระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันได้ หากมีการฝ่าฝืนหลักการคุ้มครองผู้สมัครงานที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นมีความซับซ้อนตลอดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิเรียกร้องซึ่งต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ก็ยังไม่ได้บัญญัติ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเมื่อการส่งเสริมการจ้างแรงงานสูงอายุให้ได้ทำงานตามความสามารถโดยไม่ให้อายุเป็นอุปสรรคในการเข้าถึงงานเป็นนโยบายสำคัญของชาติ ประกอบกับปัจจุบันผู้สูงอายุมีสุขภาพแข็งแรงและอายุยืนมากขึ้นมีศักยภาพที่จะทำงานได้การไม่ให้ออกาสแรงงานสูงอายุได้ทำงานเป็นการสูญเสียแรงงานที่มีศักยภาพ และการที่แรงงานสูงอายุไม่มีงานทำส่งผลให้ขาดรายได้เกิดปัญหาในการดำรงชีพและเป็นภาระต่อสังคมอันจะทำให้เกิดปัญหาสังคมในที่สุด นอกจากนี้หลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักสากลห้ามการเลือกปฏิบัติซึ่งเป็นหลักที่ได้รับการรองรับไว้ในรัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับโดยเฉพาะอย่างยิ่งฉบับปัจจุบันได้เพิ่มความคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุไว้ดังกล่าวแล้ว เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุไว้ จึงควรให้ความคุ้มครองผู้สมัครงานจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการสมัครงาน โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติให้คุ้มครองผู้สมัครงานในกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ห้ามนายจ้างปฏิเสธผู้สมัครงาน

เพราะเหตุสูงอายุหากอายุไม่ใช่คุณสมบัติที่จำเป็นที่เกี่ยวข้องกับงานในตำแหน่งที่รับสมัครงาน และให้สิทธิผู้สมัครงานที่ได้รับความเสียหายจากการถูกปฏิเสธในการสมัครงานเพราะเหตุอายุเรียกค่าเสียหายได้ แต่ไม่มีสิทธิบังคับให้นายจ้างต้องรับผู้สมัครงานเข้าทำงาน

3. การคุ้มครองระหว่างการทำงาน

3.1 ค่าตอบแทนการทำงาน

ประเด็นเรื่องค่าตอบแทนการทำงานงานที่ได้รับผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุในการจ้างงานที่สำคัญ ได้แก่ แรงงานสูงอายุได้รับการประเมินการทำงานประจำปีต่ำกว่าหลักเกณฑ์ตามปกติของสถานที่ทำงานสำหรับระดับประสิทธิภาพในระดับเดียวกัน เพราะเหตุที่ถูกจ้างสูงอายุหรือถูกปฏิเสธการขึ้นเงินเดือนเพราะลูกจ้างที่มีอายุมากมักสูญเสียความคล่องตัวในการทำงาน อันเป็นผลจากทัศนคติในทางลบของนายจ้างต่อแรงงานสูงอายุ เมื่อนายจ้างเห็นว่าแรงงานสูงอายุนั้นมีโอกาสนิยามใหม่ยากทำให้ไม่กล้าลาออกหรือไม่ลาออกจึงเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องขึ้นเงินเดือนให้ การกระทำเช่นนี้เป็นการใช้อายุแต่เพียงอย่างเดียวเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาโดยไม่มีเหตุผลเหมาะสมอื่นตามที่กฎหมายกำหนดยกเว้นไว้ซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุและต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานของสหรัฐอเมริกา (ADEA 1967) และกฎหมายของสหภาพยุโรป (Directive 2000/78/EC) ซึ่งห้ามนายจ้างจ่ายค่าจ้างแก่ลูกจ้างแตกต่างกันเพราะเหตุอายุ

การกระทำดังกล่าวข้างต้นถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญไทย พุทธศักราช 2560 หรือไม่และการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุตามกฎหมายแรงงานของไทยหรือไม่ เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องคือพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งได้ให้ความสำคัญกับการจ่ายค่าจ้างที่เป็นธรรมระหว่างชายหญิงไว้ แต่กลับไม่ได้บัญญัติคุ้มครองเรื่องความเสมอภาคในการจ่ายค่าจ้างของแรงงานสูงอายุไว้ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาความคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุในเรื่องค่าจ้างได้โดยเฉพาะในเรื่องการกำหนดค่าจ้างและการขึ้นค่าจ้างประจำปี เพราะโดยหลักแล้วการกำหนดค่าจ้างกฎหมายแรงงานคุ้มครองเพียงค่าจ้างขั้นต่ำเท่านั้น และโดยหลักตามกฎหมายแรงงานแล้วนายจ้างไม่มีหน้าที่ต้องขึ้นค่าจ้างหรือปรับขึ้นเงินเดือนประจำปีให้ลูกจ้าง ดังนั้นหากไม่มีสัญญาจ้างแรงงานระบุว่านายจ้างต้องปรับขึ้นเงินเดือนประจำปีหรือไม่มีข้อบังคับของนายจ้างระบุให้ปรับขึ้นเงินเดือนแก่ลูกจ้าง การที่นายจ้างจึงมีอิสระที่จะกำหนดค่าจ้างได้ตามความเหมาะสมโดยไม่ต่ำกว่าอัตราค่าจ้างขั้นต่ำที่ประกาศใช้ และมีอิสระที่จะเลือกปรับเงินเดือนให้เฉพาะลูกจ้างที่อายุน้อยและไม่ปรับเงินเดือนให้กับลูกจ้างที่อายุมากกว่าโดยใช้อายุอย่างเดียวเป็นเกณฑ์นั้นเป็นอำนาจในทางบริหารของนายจ้าง

อย่างไรก็ดีในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่นายจ้างประเมินการทำงานแรงงานสูงอายุประจำปีต่ำกว่าหลักเกณฑ์ตามปกติของสถานที่ทำงานสำหรับระดับประสิทธิภาพในระดับเดียวกันทำให้ได้

ขึ้นค่าจ้างน้อยกว่า เพราะเหตุที่ลูกจ้างสูงอายุหรือกำหนดค่าตอบแทนการทำงานให้ลูกจ้างที่มีอายุน้อยกว่ามากกว่าลูกจ้างสูงอายุโดยใช้เกณฑ์อายุแต่เพียงประการเดียว เช่น หากนายจ้างมีระเบียบภายในกำหนดค่าจ้างสำหรับแรงงานสูงอายุต่ำกว่าแรงงานที่อายุน้อยกว่าในงานเดียวกันหรือให้ขึ้นเงินประจำปีให้ลูกจ้างตามผลงานแต่ยกเว้นไม่ขึ้นเงินเดือนให้แก่ลูกจ้างที่มีอายุ 45 ปีขึ้นไปเพราะเหตุสูงอายุโดยไม่มีเหตุผลอื่นใด ในขณะที่ลูกจ้างที่อายุน้อยกว่า 45 ปีได้รับการขึ้นเงินเดือนประจำปีตามระเบียบข้อบังคับของนายจ้าง ระเบียบนี้ย่อมถือเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุโดยไม่เป็นธรรมซึ่งต้องห้ามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 27 วรรค 3

สำหรับกฎหมายคุ้มครองแรงงานนั้นแม้ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองแรงงานสูงอายุไว้โดยตรงในเรื่องความเสมอภาคของค่าจ้าง แต่ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำของนายจ้างอยู่ในบังคับของมาตรา 14/1 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ซึ่งศาลปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองลูกจ้างที่สูงอายุที่ได้รับผลกระทบจากนโยบายที่ไม่เป็นธรรมของนายจ้างได้ หากเป็นการเอาเปรียบลูกจ้างเกินสมควรเพราะเมื่อลูกจ้างทำงานเท่ากันอย่างเดียวกันจึงควรได้รับการพิจารณาขึ้นเงินเดือนตามผลงานจะนำเอาเหตุอายุมาเพื่อปฏิบัติให้แตกต่างกันไปไม่ได้ และการที่จ่ายค่าจ้างให้ลูกจ้างสูงอายุน้อยกว่าเกณฑ์ปกติของค่าตอบแทนปกติสำหรับงานนั้นเป็นการเอาเปรียบลูกจ้างเกินสมควรเพราะนายจ้างได้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการจ่ายค่าจ้างที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกระทำของนายจ้างจึงขัด มาตรา 14/1 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งให้สิทธิลูกจ้างที่ได้รับผลกระทบนำคดีขึ้นสู่ศาลแรงงานและศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจปรับตามความเหมาะสมให้เป็นธรรมได้

จะเห็นได้การคุ้มครองตามกฎหมายไทยนั้นมีกรณีคุ้มครองแรงงานสูงอายุได้แต่ต้องอาศัยการตีความมาตรา 14/1 ดังนี้เพื่อให้การคุ้มครองมีความแน่นอนและเป็นไปในทางเดียวกันผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยเพิ่มบทบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุเพราะเหตุอายุในการกำหนดค่าจ้างในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และให้สิทธิลูกจ้างที่เป็นแรงงานสูงอายุที่ถูกเลือกปฏิบัติดังกล่าวเรียกค่าเสียหายจากนายจ้างได้

3.2 โอกาสในการพัฒนาตนเองหรือเลื่อนตำแหน่งงาน

การอบรมความรู้ความชำนาญใหม่ ๆ หรืออบรมความรู้ความชำนาญทั่ว ๆ ไป เช่น การใช้คอมพิวเตอร์ การใช้อินเทอร์เน็ต แก่แรงงานที่มีอายุสูงอายุเป็นเรื่องสำคัญในการพัฒนาศักยภาพของแรงงานสูงอายุให้สามารถทำงานในสภาพแวดล้อมของเทคโนโลยีใหม่ต่อไปได้ อีกทั้งยังอาจเป็นการเสริมทางเลือกให้ผู้สูงอายุสามารถเลือกอาชีพใหม่หลังจากงานเดิม แต่ในทางกลับกันการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุเพราะนายจ้างมีทัศนคติในทางลบต่อแรงงานสูงอายุอาจเป็นการสร้างอุปสรรคแก่แรงงานสูงอายุในการพัฒนาตนเอง เช่น นายจ้างอาจปฏิเสธไม่ให้ลูกจ้างที่มีอายุมากมีโอกาสในการเข้าอบรมต่างๆ ซึ่งเป็นประโยชน์แก่การทำงานเพราะเห็นว่าลูกจ้างมีอายุการทำงานเหลือน้อยเมื่อเทียบกับลูกจ้างที่อายุน้อยกว่า จึงให้ลูกจ้างที่อายุน้อยได้รับโอกาสในการพัฒนาตนเองมากกว่า ซึ่งผลเสียก็คือแรงงานสูงอายุจะใช้เวลา

ความสามารถที่พัฒนามาก่อนหน้านี้เท่านั้น โดยทั่วไปผลิตภาพแรงงานหลังจากนั้นจึงลดลง ลูกจ้างที่เป็นแรงงานสูงอายุไม่ได้พัฒนาตนเอง แม้ว่าจะยังทำงานได้ดีและยังมีความตั้งใจที่จะเพิ่มความรู้ความสามารถของตนต้องกลายเป็นแรงงานที่ด้อยคุณภาพไป การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุเป็นการตัดโอกาสแรงงานสูงอายุในการพัฒนาตนเอง จึงเป็นการบริหารจัดการแรงงานที่ไม่มีประสิทธิภาพนอกจากนี้ยังส่งผลทำให้โครงสร้างผลตอบแทนของแรงงานสูงอายุหลัง 50 ปีลดลงมาเรื่อย ๆ อีกด้วยซึ่งส่งผลกระทบต่อเนื่องไปยังการออมและความมั่นคงของแรงงานสูงอายุ จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า Directive 2000/78/EC ห้ามการกีดกันทางอายุนั้นในเรื่องการจ้างงานนั้นรวมถึงความก้าวหน้าในอาชีพและการฝึกอาชีพด้วย ส่วน ADEA 1967 ห้ามไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติในข้อกำหนดและเงื่อนไขของการจ้างงานซึ่งรวมถึงความก้าวหน้าในอาชีพการฝึกอบรมการจ้างงานด้วยเช่นกัน

ในเรื่องการพัฒนาตนเองหรือเลื่อนตำแหน่งงานนี้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของนายจ้างและลูกจ้างไม่ได้ให้ความคุ้มครองไว้ กล่าวคือ ไม่ได้บัญญัติไว้ว่านายจ้างมีหน้าที่เกี่ยวกับการฝึกและพัฒนาลูกจ้าง การพัฒนาและฝึกอบรมจึงเป็นดุลพินิจของนายจ้างที่จะดูเรื่องความเหมาะสมของลูกจ้าง อย่างไรก็ตามหากนายจ้างมีข้อบังคับภายในกำหนดว่าลูกจ้างที่มีสิทธิขอทุนหรือขอไปอบรมเพื่อพัฒนาตนเองได้ต้องมีอายุไม่เกิน 47 ปี ข้อบังคับนี้จะเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ หากพิจารณาจากมาตรา 27 วรรคสามของรัฐธรรมนูญปัจจุบันที่ห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุแล้วข้อบังคับดังกล่าวน่าจะเข้าข่ายเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้างสูงอายุ เพราะผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาของนายจ้างว่าใครเหมาะสมหรือไม่ควรอยู่บนพื้นฐานของความเหมาะสมหลายอย่าง เช่น ความถนัด การทุ่มเทให้กับงาน ความเกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่ การกำหนดเช่นนี้เป็นกำหนดอย่างกว้างๆโดยใช้อายุเป็นเกณฑ์แต่เพียงอย่างเดียว จึงเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ไม่ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองและยังไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติรับรองตามสิทธิของรัฐธรรมนูญไว้ เพื่อให้แรงงานสูงอายุได้รับโอกาสอย่างเสมอภาคเหมือนแรงงานอื่นและเพื่อให้การบังคับตามสิทธิของลูกจ้างจึงเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของแรงงานสูงอายุในกฎหมายแรงงานให้เป็นที่ไปตามรัฐธรรมนูญ ห้ามการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานซึ่งรวมถึงการพัฒนาตนเองหรือเลื่อนตำแหน่งงาน โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ทั้งนี้เพื่อให้แรงงานสูงอายุไม่หยุดพัฒนาฝีมือแรงงาน ทำให้ผลิตภาพแรงงานยังไม่ลดลงแม้สูงวัย และยังคงรักษาระดับของผลตอบแทนจากการทำงานอยู่ได้

3.3 การคุกคาม (harassment)

ในการทำงานแรงงานสูงอายุอาจต้องประสบกับการละเมิดทางอารมณ์และจิตใจ ได้แก่ การทำร้ายจิตใจ การทำให้รู้สึกต่ำต้อย เสียศักดิ์ศรี ลดค่า ทำให้ลูกจ้างเกิดความเสียใจ น้อยใจ ละอาย ด้วยการใช้อำนาจ คุกคาม คุกคาม ด่าทอหรือการกระทำอันไม่พึงปรารถนาเพราะเหตุอายุ เช่น การไม่ให้เข้าร่วม

กิจกรรมทางสังคมของนายจ้างหรือสถานที่ทำงาน การใช้ถ้อยคำที่แสดงการดูถูก เช่น เรียกลูกจ้างสูงอายุว่า “ย่น” หรือ “แก่” ซึ่งทำให้ลูกจ้างรู้สึกด้วยค่า เพื่อคุ้มครองแรงงานสูงอายุจากการกระทำเหล่านี้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุต่อแรงงานสูงอายุในด้านการจ้างงานทั้งของสหรัฐอเมริกา (ADEA 1967) และ สหภาพยุโรป (Directive 2000/78/EC) จึงได้บัญญัติให้การกระทำที่เป็นการละเมิดดูถูก ดูหมิ่น หรือการแสดงความคิดเห็นที่มีผลดังกล่าวรวมทั้งการกระทำใดๆ ที่เป็นการปฏิบัติทางลบต่อลูกจ้างด้วยเหตุอายุเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (harassment) เพราะเป็นการสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการทำงานของแรงงานสูงอายุ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองลูกจ้างที่เป็นแรงงานสูงอายุจากการกระทำดังกล่าว ซึ่งรวมถึงลูกจ้างที่ไม่ได้ถูกกระทำโดยตรงแต่ได้รับผลกระทบจากกระทำดังกล่าวด้วย สำหรับกฎหมายคุ้มครองแรงงานของไทยนั้นไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้ครอบคลุมในประเด็นนี้ด้วยเพราะแรงงานสูงอายุก็เป็นผู้มีความศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เสมอภาคเช่นเดียวกับแรงงานหนุ่มสาวห้ามการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยถือเป็นการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

3.4 การกลั่นแกล้งเพราะลูกจ้างใช้สิทธิตามกฎหมาย (victimization)

นายจ้างซึ่งถูกร้องเรียนว่ากระทำการเลือกปฏิบัติอาจไม่พอใจและใช้อำนาจบังคับบัญชาเพื่อกลั่นแกล้งที่ส่งผลกระทบต่อลูกจ้างเช่น หาทางจับผิด ไม่ขึ้นเงินเดือน ประเมินผลงานต่ำกว่ามาตรฐาน สั่งย้าย ลงโทษขั้นรุนแรง ถึงขั้นปลดออก ไล่ออก เพื่อตอบโต้ลูกจ้างที่ได้ทำการร้องเรียนนายจ้าง ซึ่งเป็นการใช้สิทธิตามที่กฎหมายกำหนดให้ทำได้ ในเรื่องนี้กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างแรงงานทั้งของสหรัฐอเมริกา (ADEA 1967) และ สหภาพยุโรป (Directive 2000/78/EC) ต่างมีบทบัญญัติห้ามนายจ้างกลั่นแกล้งหรือปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้างหรือบุคคลใดๆก็ตามเพราะได้ร้องเรียนหรือช่วยร้องเรียนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติหรือตั้งใจที่จะให้หลักฐานเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเพื่อคุ้มครองผู้ที่ร้องเรียนเรื่องการเลือกปฏิบัติทางอายุ (ไม่ว่าจะเป็นนายจ้างหรือต่อศาล) หรือผู้ช่วยเหลือการร้องเรียนของบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองจากการถูกเลือกปฏิบัติจากการได้รับผลร้ายเพราะการร้องเรียนหรือช่วยร้องเรียนดังกล่าว อันเป็นมาตรการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

สำหรับกฎหมายคุ้มครองแรงงานของไทยไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างจากการกลั่นแกล้งของนายจ้างจากการที่ลูกจ้างได้ร้องเรียนนายจ้างเป็นการทั่วไป แต่จะมีการคุ้มครองลูกจ้างผู้แทนลูกจ้าง กรรมการสหภาพ กรรมการสหพันธ์แรงงานโดยห้ามนายจ้างกระการอันไม่เป็นธรรมซึ่งอยู่ในมาตรา 121 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ซึ่งบัญญัติว่าห้ามนายจ้างเลิกจ้างหรือการกระทำใด ที่นายจ้างกระทำต่อลูกจ้าง ที่ทำหน้าที่เป็นผู้แทนลูกจ้าง กรรมการสหภาพ กรรมการสหพันธ์แรงงาน ที่ดำเนินการเรียกร้องนัดชุมนุม ยื่นข้อเรียกร้อง เจริญ ฟ้องร้อง เป็นพยาน ในคดีที่อาจส่งผลร้ายต่อนายจ้างได้ และคุ้มครองกรรมการลูกจ้างตาม มาตรา 52 ซึ่งห้ามมิให้นายจ้างเลิกจ้าง ลดค่าจ้างแต่มาตรานี้ไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่

ลูกจ้างทั่วไปกรรมการลูกจ้างได้รับความลงโทษ ขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ ของกรรมการลูกจ้าง หรือกระทำการใด ๆ อันอาจเป็นผลให้กรรมการลูกจ้างไม่สามารถทำงานอยู่ต่อไปได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลแรงงาน

อย่างไรก็ตามหากนายจ้างสั่งย้ายลูกจ้าง ลดตำแหน่งหรือลดเงินเดือนลูกจ้างเพราะต้องการกลั่นแกล้งคำสั่งนั้นจะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 20 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ซึ่งห้ามนายจ้างเปลี่ยนแปลงสภาพการจ้างที่ไม่เป็นคุณแก่ลูกจ้างโดยลูกจ้างไม่ยินยอม คำสั่งเช่นนั้นไม่มีผลบังคับ ลูกจ้างไม่ต้องปฏิบัติตามไม่ถือเป็นการขัดคำสั่งนายจ้าง เช่น นายจ้างออกระเบียบคำสั่งลดสิทธิประโยชน์ของลูกจ้างที่ควรจะได้รับซึ่งลูกจ้างนำคดีฟ้องต่อศาลได้ เช่น นายจ้างมีคำสั่งลดตำแหน่งลูกจ้างจากผู้ช่วยผู้จัดการและให้ไปทำงานเป็นพนักงานขาย ลดเงินเดือนการเปลี่ยนแปลงสภาพการจ้างที่เป็นโทษแก่ลูกจ้างเพราะลูกจ้างได้ร้องเรียนว่านายจ้างกระทำการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน โดยลูกจ้างไม่ได้ให้ความยินยอม ในกรณีเช่นนี้นายจ้างไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงสภาพการจ้างดังกล่าวได้ตามลำพังเพียงฝ่ายเดียว เนื่องจากมิใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพการจ้างที่เป็นคุณแก่ลูกจ้าง คำสั่งไม่มีผลบังคับลูกจ้างไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งและถือไม่ได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรมของนายจ้างในกรณีร้ายแรง หรือละทิ้งหน้าที่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7238 - 7239/2544)

นอกจากนี้บทบัญญัติมาตรา 14/1 ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 อาจตีความครอบคลุมการกระทำการกระทำที่เป็นการกลั่นแกล้งลูกจ้างได้ เช่น หากนายจ้างกลั่นแกล้งไม่มอบหมายงานให้ทำ ก็จะเป็นการกลั่นแกล้งลูกจ้าง เพราะการโยกย้ายตำแหน่งพนักงาน และหรือการไม่มอบหมายงานให้ลูกจ้างทำ เป็นอำนาจการบริหารที่นายจ้างทำได้จริงแต่ต้องเป็นการกระทำโดยสุจริต ไม่เป็นที่เสียหายแก่ลูกจ้าง และต้องไม่เป็นการกลั่นแกล้งด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5462/2555) มาตรา 14/1 นี้ศาลใช้ควบคุมการใช้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างให้ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม

จากที่กล่าวมาจะเห็นว่ากฎหมายไทยมีบทบัญญัติเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองลูกจ้างที่เป็นกรรมการลูกจ้าง กรรมการสหภาพ กรรมการสหพันธ์แรงงาน สวัสดิการที่ได้ใช้สิทธิตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์จากกลั่นแกล้งของนายจ้างไว้ แต่บทบัญญัติเฉพาะเพื่อคุ้มครองลูกจ้างที่เป็นแรงงานสูงอายุไม่ได้บัญญัติไว้จึงเป็นไปตามความคุ้มครองสำหรับลูกจ้างทั่วไปตามมาตรา 14/1 ซึ่งบัญญัติไว้เป็นกรอบกว้างๆ ซึ่งต้องใช้การตีความในการบังคับใช้ หรือหากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพการจ้างที่ไม่เป็นคุณแก่ลูกจ้างมาตรา 20 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ก็สามารถครอบคลุมไปถึงการกลั่นแกล้งแรงงานสูงอายุได้เช่นกัน

3.5 สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ

แรงงานสูงอายุอาจถูกปฏิเสธสิทธิประโยชน์และสวัสดิการ เช่น นายจ้างมีระบบสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่แตกต่างกัน สำหรับลูกจ้างอายุไม่เกิน 65 ปี ส่วนลูกจ้างอายุเกิน 65 ปี ถูกลดสิทธิสวัสดิการและสิทธิประโยชน์ลงหรืออาจตัดสวัสดิการ กรณีเช่นนี้เป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุซึ่ง

ฝ่าฝืนกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (ADEA 1967) และสหภาพยุโรป (Directive 2000/78/EC)

สำหรับประเทศไทย การจัดสวัสดิการอาจให้ลูกจ้างอาจแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ สวัสดิการที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของนายจ้างซึ่งกฎหมายกำหนดว่าในสถานที่ทำงานของลูกจ้าง กฎกระทรวงว่าด้วยการจัดสวัสดิการในสถานประกอบกิจการ พ.ศ. 2548 ให้นายจ้างต้องจัดให้มีน้ำสะอาด สำหรับดื่ม ห้องน้ำและห้องส้วม สิ่งจำเป็นในการปฐมพยาบาลและการรักษาพยาบาล และสวัสดิการที่ นายจ้างจัดให้เอง เช่น ค่ารักษาพยาบาล ประกันภัย ประกันสุขภาพ สำหรับสวัสดิการประเภทแรกลูกจ้าง ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานตามมาตรฐานแรงงานขั้นต่ำ ส่วนสวัสดิการประเภทที่ นายจ้างจัดให้เองถือว่าเป็นอำนาจบริหารของนายจ้างที่จะจัดให้หรือไม่ก็ได้เพราะกฎหมายไม่บังคับ ดังนั้น หากนายจ้างมีนโยบายที่ให้สวัสดิการและสิทธิประโยชน์กับลูกจ้างสูงอายุน้อยกว่าลูกจ้างหนุ่มสาวย่อมทำได้ ไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายแม้ว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุก็ตาม ในเรื่องสวัสดิการนี้แรงงาน สูงอายุจึงยังไม่ได้รับคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุตามกฎหมายปัจจุบัน ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อให้ เป็นไปตามเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญที่ห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุและเพื่อให้เป็นไปตาม มาตรฐานสากลจึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องนี้โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ แรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

4. การคุ้มครองในการเลิกจ้าง

กฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (ADEA 1967) และสหภาพยุโรป (Directive 2000/78/EC) ห้ามนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง ปลดลูกจ้างบนพื้นฐานของอายุ การกระทำหรือข้อตกลงโดยอาศัยเหตุดังกล่าวถือเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับ ข้อสำคัญคือว่าทั้ง ADEA 1967 และ Directive 2000/78/EC ไม่ได้ห้ามไล่หรือปลดแรงงานสูงอายุออกโดยสิ้นเชิง เพียงแต่ห้ามการ เลิกจ้างที่เป็นการเลือกปฏิบัติ ดังนั้นนายจ้างเลิกจ้างแรงงานสูงอายุได้หากมีเหตุผลที่สมเหตุสมผลและ ถูกต้องตามกฎหมายที่นอกเหนือจากอายุเช่น การทำงานที่ไม่ดี หรือเป็นความจำเป็นทางธุรกิจ หรือเป็นการ ลงโทษทางวินัย ซึ่งเหตุผลเหล่านี้นายจ้างใช้อ้างได้ว่าการเลิกจ้างนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติทาง อายุ นอกเหตุผลดังกล่าว ADEA 1967 ยังมีข้อยกเว้นให้นายจ้างอาจปลดลูกจ้างสูงอายุโดยไม่ถือเป็นการ เลือกปฏิบัติในกรณีที่ลูกจ้างมีอายุไม่ต่ำกว่า 65 ปีโดยไม่สมัครใจโดยต้องเป็นลูกจ้างในช่วงระยะเวลาสองปี ในตำแหน่งผู้บริหารที่หรือตำแหน่งนโยบายระดับสูง Directive 2000/78/EC กำหนดให้การเลิกจ้างที่เลือก ปฏิบัติลูกจ้างจะต้องกลับคืนสู่ตำแหน่งเดิมก่อนเลิกจ้างและนายจ้างจะต้องจ่ายค่าเสียหายตามระยะเวลา ของกระบวนการทางกฎหมายซึ่งได้แก่ค่าตอบแทนปกติที่พนักงานจะได้รับในช่วงเวลาดังกล่าว

สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา 49 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน จัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 การจ้างเลิกจ้างต้องมีเหตุจำเป็นและสมควรเพื่อไม่ให้นายจ้างเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม และจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาการเลิกจ้างเพราะเหตุสูงอายุแต่เพียงประการเดียวหรือมีเหตุหลายประการแต่พิจารณาเหตุอายุเป็นประการสำคัญด้วยนั้นเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม การที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างเนื่องจากกำลังกายเสื่อมถอยลงทำให้ผลผลิตที่ได้มาลดน้อยลงก็น่าจะถือได้ว่านายจ้างมีเหตุในการเลิกจ้างแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2576/2529 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3389/2529) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการคุ้มครองตามกฎหมายไทยถือว่าแรงงานสูงอายุได้รับการคุ้มครองอย่างเหมาะสมแม้ไม่มีการบัญญัติห้ามการเลิกจ้างเพราะเหตุสูงอายุไว้เป็นการเฉพาะ

5. การห้ามกำหนดอายุเกษียณแบบบังคับ

การกำหนดอายุเกษียณแบบบังคับถือเป็นการเลือกปฏิบัติและขัดกับหลักการให้โอกาสในการจ้างงานอย่างเสมอภาคเพราะการใช้อายุเพียงอย่างเดียวเป็นเครื่องบ่งชี้ความสามารถในการปฏิบัติงานถือเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ นอกจากนี้ผลกระทบของการเกษียณแบบบังคับทำให้เกิดค่าใช้จ่ายของรัฐบาลเพิ่มขึ้น เช่น เงินประกันสังคม และเศรษฐกิจจะได้รับผลกระทบจากการถอนตัวของแรงงานที่มีทักษะสูง ในทางกลับกันเมื่อสังคมมีประชากรที่อายุน้อยกว่าอย่างในสังคมสูงอายุในปัจจุบันแต่ละคนควรจะต้องรับผิดชอบทางการเงินสำหรับตนเอง

กฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (ADEA 1967) ห้ามกำหนดอายุเกษียณ แบบบังคับ ข้อบังคับหรือนโยบายของนายจ้างเกี่ยวกับการกำหนดเกษียณอายุแบบบังคับเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย อย่างไรก็ตามหากจะต้องการกำหนดอายุเกษียณนายจ้างก็ยังสามารถทำได้โดยพิสูจน์ให้เห็นว่าตำแหน่งนั้นเข้าข่ายยกเว้นที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น มีเหตุผลสมควรโดยสุจริต (BFOQ) หรือ เป็นการกำหนดให้มีการเกษียณตามข้อบังคับสำหรับลูกจ้างบางประเภท เช่น ผู้บริหาร เจ้าหน้าที่ดับเพลิง

สำหรับประเทศไทยโดยทั่วไปแล้วนายจ้างภาคเอกชนมีกระบอกอายุเกษียณในสัญญาจ้างงานหรือข้อบังคับภายในของตนตามที่เห็นสมควรสำหรับการดำเนินงานของตน เมื่อมีการเลิกจ้างตามอายุที่ตกลงกันหรือกำหนดไว้นายจ้างจะต้องจ่ายเงินชดเชยตามกฎหมายให้กับพนักงานซึ่งคำนวณตามระยะเวลาการให้บริการและอัตราที่กฎหมายกำหนด ผู้เขียนเห็นว่าการคุ้มครองเรื่องการเกษียณอายุตามกฎหมายไทยปัจจุบันเหมาะสมอยู่แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องนำมาตราการยกเลิกการกำหนดอายุเกษียณแบบบังคับมาใช้เหตุผลคือข้อดีสำหรับมาตรการห้ามกำหนดอายุเกษียณแบบบังคับทำให้ลูกจ้างมีโอกาสทำงานได้และเกษียณอายุตามสภาพร่างกายของแต่ละคนเพราะปัจจุบันลูกจ้างอายุ 60 ปียังมีความแข็งแรงและทำงานต่อไปได้ ทำให้แรงงานสูงอายุยังอยู่ในตลาดแรงงานต่อไปและยังช่วยให้แก่ปัญหาการว่างงานของแรงงาน

สูงอายุที่ต้องการทำงานได้เพราะแรงงานที่อายุมากหากต้องออกจากงานจะหางานใหม่ยาก อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การห้ามนายจ้างกำหนดอายุเกษียณโดยสิ้นเชิงอาจทำให้นายจ้างต้องพิสูจน์สมรรถภาพการทำงานของผู้จ้างแต่ละรายในกรณีผู้จ้างสูงอายุไม่สามารถทำงานต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพซึ่งการพิสูจน์ดังกล่าวจะเป็นภาระสำหรับนายจ้างอย่างมาก อีกประการหนึ่งการกำหนดอายุเกษียณที่แน่นอนไว้ยังมีข้อดีคือทำให้มีความแน่ชัดในการจัดการและวางแผนด้านทรัพยากรบุคคลของนายจ้าง และอาจพิจารณานำทางเลือกคือมาตรการการขยายอายุการทำงานเป็นรายบุคคลมาใช้ ส่วนการปรับอายุเกษียณที่เหมาะสมสำหรับบางสาขาอาชีพที่ผู้สูงอายุทำได้หรือต้องการประสบการณ์ความเชี่ยวชาญก็เป็นมาตรการที่ประเทศไทยเริ่มใช้แล้ว

6. การคุ้มครองหลังเลิกจ้าง

ตามกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (ADEA 1967) หลังจากที่ลูกจ้างพ้นสภาพความเป็นลูกจ้างแล้วเพราะสัญญาจ้างงานสิ้นสุดลง ลูกจ้างยังคงได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติบางประการของนายจ้างหลังสัญญาจ้างสิ้นสุดลง เช่น นายจ้างให้หนังสือรับรองการทำงานที่มีเนื้อหาเป็นทางลบแก่ลูกจ้างโดยที่ไม่เป็นความจริง หรือ ปฏิเสธที่จะให้หนังสือรับรองการทำงาน หรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องส่วนตัวของลูกจ้างซึ่งควรเก็บเป็นข้อมูลที่ไม่ควรเปิดเผย ในเรื่องนี้กฎหมายคุ้มครองแรงงานไม่ได้ให้ความคุ้มครองที่ครอบคลุมถึง แต่ลูกจ้างที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของนายจ้างดังกล่าวอาจใช้สิทธิฟ้องนายจ้างให้ทำหน้าที่ของนายจ้างที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ตามมาตรา 585 และ มาตรา 586 ซึ่งบัญญัติหน้าที่ของนายจ้างไว้ ดังนี้

มาตรา 585 เมื่อการจ้างแรงงานสุดสิ้นลงแล้ว ลูกจ้างชอบที่จะได้รับใบสำคัญแสดงว่าลูกจ้างนั้นได้ทำงานมานานเท่าไรและงานที่ทำนั้นเป็นงานอย่างไร

นอกจากนี้เมื่อสัญญาจ้างสิ้นสุดลงนายจ้างยังมีหน้าที่เกี่ยวกับค่าเดินทางของลูกจ้างด้วยตามมาตรา 586 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 586 ถ้าลูกจ้างเป็นผู้ซึ่งนายจ้างได้จ้างเอามาแต่ต่างถิ่นโดยนายจ้างออกเงินค่าเดินทางให้ไซ้ เมื่อการจ้างแรงงานสุดสิ้นลง และถ้ามิได้กำหนดกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาแล้ว ท่านว่านายจ้างจำต้องใช้เงินค่าเดินทางขากลับให้ แต่จะต้องเป็นดังต่อไปนี้ คือ

- (1) สัญญามีได้เลิกหรือระงับเพราะการกระทำหรือความผิดของลูกจ้าง และ
- (2) ลูกจ้างกลับไปยังถิ่นที่ได้จ้างเอามาภายในเวลาอันสมควร

จากบทบัญญัติข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าในการคุ้มครองหลังการเลิกจ้างกฎหมายไทยมีการคุ้มครองลูกจ้างที่พอเพียงแล้ว

7. ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะประกอบไปด้วยสองส่วนคือ การตีความบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่และการบัญญัติกฎหมายเพิ่ม

ผู้เขียนเห็นว่าแม้ไทยจะไม่มีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุต่อแรงงานสูงอายุในการจ้างแรงงาน ซึ่งมีข้อด้อยเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่มีกฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะอย่างกฎหมาย ADEA 1967 หรือ Directive 2000/78/EC ซึ่งเป็นกฎหมายบัญญัติห้ามกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อคุ้มครองแรงงานสูงอายุในการจ้างงานไว้เป็นการเฉพาะ คือกฎหมายแรงงานของไทยขาดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะ หรือพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงานต่อแรงงานสูงอายุ ทำให้สิทธิและหน้าที่ของลูกจ้างและนายจ้างขาดความชัดเจน อย่างไรก็ตามผลจากการวิเคราะห์โดยเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติที่มีอยู่สามารถคุ้มครองลูกจ้างซึ่งเป็นแรงงานสูงอายุจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุได้การใช้และการตีความโดยจะต้องยึดหลักความเสมอภาคโดยไม่เลือกปฏิบัติตามหลักการที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 แต่กระนั้นก็ตามยังมีหลายประเด็นที่กฎหมายแรงงานของไทยยังไม่ครอบคลุมในทุกด้านของการจ้างงานดังที่ ดัชนีเพื่อให้เกิดความชัดเจนและเพื่อความคุ้มครองอย่างครอบคลุมตามแนวคิดของ ILO และกฎหมายจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการจ้างงานของสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป อันได้แก่ ADEA 1967 และ Directive 2000/78/EC ตามที่ได้ศึกษามา ผู้เขียนจึงเสนอแนวทางเพื่อปรับปรุงการโดยการเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ

ดังที่กล่าวแล้วว่ากฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อคุ้มครองแรงงานสูงอายุในการจ้างงานไว้เป็นการเฉพาะ ผู้เขียนจึงขอเสนอเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ครอบคลุมตั้งแต่การจ้างงาน การทำงาน และการเลิกจ้างไว้ในหมวดทั่วไป ดังนี้

1) มาตรา 8/1 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

ห้ามนายจ้างเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการรับสมัคร การสรรหา การคัดเลือกเพื่อวัตถุประสงค์ในการฝึกงานหรือการจ้างงาน ซึ่งรวมถึงการโฆษณางาน การพิจารณาบุคคลผู้ได้รับการเสนอการจ้างงาน การกำหนดเงื่อนไขในการจ้าง การกำหนดตำแหน่งงาน การจัดประเภทตำแหน่งงาน หรือการยุบตำแหน่งงาน เว้นแต่จะกระทำเพื่อความจำเป็นทางอาชีพหรือเป็นความต้องการทางอาชีพอย่างแท้จริง และได้กระทำอย่างเหมาะสม หรือมีปัจจัยอื่นที่สมเหตุสมผลมากกว่าอายุ

ห้ามนายจ้างเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุในการกำหนดสภาพการจ้าง การเข้าถึงโอกาสเพื่อความก้าวหน้า การเลื่อนตำแหน่ง การโยกย้ายตำแหน่งหรือการฝึกอบรมหรือการให้สวัสดิการหรือสิทธิประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน การลดอัตราค่าจ้างหรือเลิกจ้างพนักงาน เว้นแต่จะกระทำเพื่อ

ความ จำเป็นทางอาชีพหรือเป็นความต้องการทางอาชีพอย่างแท้จริงและได้กระทำอย่างเหมาะสม
หรือมีปัจจัยอื่นที่สมเหตุผลมากกว่าอายุ

การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุรวมความถึงการคุกคามด้วยการใช้ถ้อยคำเกี่ยวกับอายุ
หรือการปฏิบัติที่เป็นการดูถูกเหยียดหยามหรือไม่พึงปรารถนาเพราะเหตุแห่งอายุ

2) มาตรา 14/1 วรรค 2 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ข้อกำหนดทั่วไป

สัญญาการจ้างงานระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง การปฏิบัติหรือเกณฑ์, กฎการทำงาน,
ระเบียบหรือคำสั่งของนายจ้างที่ใช้อย่างเท่าเทียมกันกับทุกเพศทุกวัย แต่ทำให้เสียเปรียบคนในกลุ่มอายุ
เสียเปรียบศาลจะมีอำนาจสั่งให้สัญญาจ้างงานการปฏิบัติหรือเกณฑ์กฎการทำงานระเบียบหรือคำสั่งที่
บังคับใช้ได้เฉพาะเท่าที่เป็นธรรมและสมเหตุผลเท่านั้น

3) มาตรา 49 วรรค 2 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงานของศาล
แรงงาน พ.ศ. 2522

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งจะใช้บังคับกับการเลิกจ้างงานด้วยเหตุอายุแต่เพียงประการเดียว
หรือด้วยเหตุอายุเป็นประการสำคัญ

