

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุก
ในการรับราชการ: ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ

พ.ต.ท.หญิง เปี่ยมสุข นาคทอง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2556

**Legal Problem Concerning the Restriction of the ex-convicts to Engage
in the Government Service : A Case Study of Civil Servants**

Pol.Lt.Col.Piamsuk Nakthong



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2013

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จได้ หากขาดบุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือและอนุเคราะห์ แก่ข้าพเจ้าเสมอมา ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ที่ได้ให้ชีวิตและโอกาสอันเป็นผลให้ การศึกษาระดับมหาวิทยาลัยของผู้เขียนสำเร็จลุล่วงในที่สุด

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณท่าน ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล เป็นอย่างสูงที่ได้ ใส่วะเวลาอันมีค่าเพื่อรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและได้ให้คำแนะนำ ข้อปรับปรุงการทำ วิทยานิพนธ์กระทั่งสำเร็จไปด้วยดี ขอกราบขอบพระคุณท่าน รองศาสตราจารย์ ดร.วิระ โลจายะ รองศาสตราจารย์ ดร.ประเสริฐ ตันศิริ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรรณกรรมกรสอบ วิทยานิพนธ์ทุกท่านที่ได้กรุณาให้ข้อเสนอแนะและคำชี้แนะการจัดทำวิทยานิพนธ์ ขอกราบ ขอบพระคุณอย่างยิ่งสำหรับผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่ให้โอกาสในการสัมภาษณ์ต่อวิทยานิพนธ์ให้มีความ สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น และขอกราบขอบพระคุณครูอาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชา ความรู้ให้แก่ผู้เขียน

ขอขอบคุณเป็นอย่างยิ่งสำหรับคุณณิชาภา ภูมินายก พี่สาวที่คอยห่วงใยให้กำลังใจและ ให้ความช่วยเหลือสนับสนุนการทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ขอขอบคุณนายจักรพงษ์ อยู่เย็น และนายจินกร แก้วศรี ที่ให้กำลังใจและความช่วยเหลือด้านต่างๆ อีกทั้งการสัมภาษณ์เป็น อย่างดี รวมถึงนายพสธร พันธุ์สุวรรณ และนายศิระ อังสัจจะพงษ์ ที่ช่วยเหลือประสานงานอำนวยความสะดวกในการสอบเป็นอย่างดี และเพื่อนปริญญาโทกฎหมายมหาชน ปี 2551 ทุกท่านที่ให้ กำลังใจและช่วยเหลือซึ่งกันและกันมาโดยตลอด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก่อประโยชน์อยู่บ้าง คุณความดีทั้งหลาย ผู้เขียนขอมอบแต่ผู้มี พระคุณทั้งหลายข้างต้น แต่หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

เปี่ยมสุข นาคทอง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๖
กิตติกรรมประกาศ	๗
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	5
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
2. แนวคิด ทฤษฎีที่ใช้ในการศึกษา	8
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ	9
2.1.1 ความหมาย ประเภทของสิทธิและผู้ทรงสิทธิ	10
2.1.2 หลักความเสมอภาค	15
2.1.3 เสรีภาพในการประกอบอาชีพ.....	30
2.1.4 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ	32
2.1.5 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน..	49
2.2 ทฤษฎีการกระทำความผิดอาญา การลงโทษ กฎหมาย 3 ยุค และการล้างมลทิน...	52
2.2.1 ทฤษฎีการกระทำความผิดอาญา.....	52
2.2.2 ทฤษฎีการลงโทษ.....	57
2.2.3 ทฤษฎีกฎหมาย 3 ยุค	69
2.2.4 ทฤษฎีการล้างมลทิน.....	76
3. กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการทำงาน	
และกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องรับโทษจำคุกในการรับราชการ	82
3.1 กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการทำงาน	82
3.1.1 ปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	82
3.1.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.....	83

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.1.3	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม 84
3.1.4	ปฏิญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของพลเมือง..... 85
3.1.5	กฎบัตรว่าด้วยสังคมยุโรป..... 85
3.1.6	อนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน 85
3.1.7	กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง..... 86
3.1.8	อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางการประกอบอาชีพการงาน .. 88
3.2	กฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องรับโทษจำคุกในการรับราชการ 89
3.2.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา..... 89
3.2.2	ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 103
3.2.3	ประเทศออสเตรเลีย 107
3.2.4	ประเทศไทย 114
4.	วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องรับโทษจำคุก ในการรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ และแนวทางแก้ไขปัญหา..... 117
4.1	ปัญหาความไม่ชัดเจนในการอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ ในการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง 117
4.2	ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน 122
4.3	ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ..... 126
4.4	ปัญหาความไม่เป็นเอกภาพของกฎหมายในเรื่องระดับของการจำกัดสิทธิในการ รับราชการหรือดำรงตำแหน่งในหน่วยงานของรัฐของบุคคลที่เคยต้องโทษจำคุก ตามคำพิพากษา 130
4.5	ปัญหาการไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางในการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณา ยกเว้นลักษณะต้องห้าม..... 134
4.6	วิเคราะห์ข้อยกเว้นการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา ในการรับราชการตามพระราชบัญญัติล้างมลทิน 138

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	144
5.1 บทสรุป	144
5.2 ข้อเสนอแนะ	146
บรรณานุกรม	150
ภาคผนวก	159
ประวัติผู้เขียน	223

DPU

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคียดโทษจำคุกในการรับราชการ : ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ
ชื่อผู้เขียน	พันตำรวจโทหญิง เปี่ยมสุข นาคทอง
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์
ปีการศึกษา	2555

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนไว้ในมาตรา 43 และบัญญัติข้อยกเว้นให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ กรณีที่เป็นการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขปโลก การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางการแข่งขัน ส่วนวิธีการในการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 กำหนดไว้

วิทยานิพนธ์นี้เป็นการศึกษาการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของผู้เคียดโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ซึ่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 ข. (7) กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามในการรับราชการ ว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการรับรองสิทธิเสรีภาพ การจำกัดสิทธิเสรีภาพ และหลักความเสมอภาคหรือไม่

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2536 มีความไม่ชัดเจนในการอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง ความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ความไม่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ความไม่เป็นเอกภาพของกฎหมายในเรื่องระดับของการจำกัดสิทธิในการรับราชการหรือดำรงตำแหน่งในหน่วยงานของรัฐของบุคคลที่เคียดต้องรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำ ความผิดทางอาญา การไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ.ในการพิจารณาข้อยกเว้นลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการ และปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการจำกัดสิทธิผู้เคียดต้องโทษจำคุกในการรับราชการตามพระราชบัญญัติล้างมลทิน

ข้อเสนอแนะ เพื่อให้มีความเป็นเอกภาพของกฎหมายจึงควรบัญญัติกฎหมายให้ไปในทำนองเดียวกันว่าห้ามมิให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ที่พ้นโทษมายังไม่ถึง 5 ปี เข้ารับราชการ โดยอาจบัญญัติเป็นกฎหมายกลางหรือแก้ไขพระราชบัญญัติต่างๆ ให้มีความสอดคล้องกัน หากมีปัญหาว่ายังไม่สามารถแก้ไขกฎหมายให้เป็นไปตามข้างต้นได้ในเวลาอันใกล้นี้ ซึ่งอาจเป็นปัญหาเกี่ยวกับทัศนคติของสังคมหรือหน่วยงานของรัฐ เห็นควรแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน โดยการกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการอนุญาตให้มีการยกเว้นลักษณะต้องห้ามเพื่อให้บุคคลดังกล่าวมีโอกาสในการเข้ารับราชการได้

Thesis Title	Legal Problem Concerning the Restriction of the ex-convicts to Engage in the Government Service : A Case Study of Civil Servants
Author	Pol.Lt.Col.Piamsuk Nakthong
Thesis Advisor	Professer Paisid Pipadkul,Ph.d.
Department	Pridi Banomyong Faculty of Law
Academic year	2555

ABSTRACT

With regards to the principle of rights and liberties in occupation, Section 43 of the Constitution of the Kingdom of Thailand, Buddhist Era (B.E.) 2550 (2007) states that ‘A person shall enjoy the liberties to engage in an enterprise or an occupation and to undertake fair and free competition. The restriction on such liberties shall not be imposed except by virtue of the law specifically enacted for maintaining the security and safety of the State or economy of the country, protecting the public in regard to public utilities, maintaining public order and good morals, regulating the engagement in an occupation, consumer protection, town and country planning, preserving natural resources or the environment, public welfare, preventing monopoly, or eliminating unfair competition.’ In addition, these restrictions must comply with Section 29 of the Constitution.

This dissertation is primarily concerned with Section 36B (7) of the Civil Service Act 2551 B.E. which prohibits the persons who have been imprisoned by final sentence of imprisonment for a criminal offence (ex-offenders) to engage in the government service. Moreover, this paper will give an account of ordinary civil servants. The objective of this research is to determine whether or not the prohibited employment law under Section 36B (7) of the Civil Service Act 2551 B.E. against the individual citizen’s basic rights and liberties to engage in occupation under the Constitution.

This research concludes that the Civil Service Act 2551 B.E. itself was unclear for enacting such the prohibited employment law (Section 36B (7)) under the constitutional restriction. It also was contrary to public order or good morals and principle of reasonable. There have not been the employment laws for ex-offenders in the government services. Moreover, the existing employment law did not verify exceptions of the law for considering the ex-offenders to work in government services. For example, there are practical problems of the Rehabilitation Act 2550 B.E.

The finding of this study suggests that, in order to unify law, it must be indicated that the persons who have been imprisoned by final sentence of imprisonment for a criminal offence cannot engage in the government services, with the exceptions of an offence committed negligently or a petty offence and the criminal offence has been spent over 5 years. Furthermore, the law must be reasonable, fair and impartial. However, this suggestion cannot be made easily due to the social attitude toward ex-offenders. Therefore, this dissertation has argued that the Civil Service Act 2551 B.E. must be modified to authorize the government services for considering the exception of recruitment of ex-offenders.

DRU

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศที่ปกครองโดยระบบนิติรัฐนั้น รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายอื่นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ วิธีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในเรื่องต่างๆ ของประชาชนจะกระทำโดยการรับรองสิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญจะระบุไว้ว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเรื่องนั้นๆ รัฐสามารถจะก้าวล่วงได้หรือไม่ มากน้อยเพียงใดและโดยวิธีการอย่างไร

เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองให้บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพรวมทั้งการแข่งขันได้อย่างเสรีและเป็นธรรม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ในมาตรา 43 ซึ่งการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน¹ ส่วนวิธีการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้น สามารถกระทำได้โดยวิธีการตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 บัญญัติไว้ คือ

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 , มาตรา 43.

การประกอบอาชีพนั้นถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่ง อันเป็นสิทธิตามธรรมชาติตั้งแต่เกิด เพื่อให้ทุกคนประกอบอาชีพและมีรายได้สำหรับการดำรงชีวิตและตอบสนองความจำเป็นในชีวิต ดังนั้น การรับราชการเป็นอาชีพอย่างหนึ่ง และการรับราชการจึงเป็นสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 43 ที่ให้ความคุ้มครอง ทั้งนี้ การดำรงชีวิตของบุคคลแต่ละบุคคลอาจมีกระทำความผิดในทางอาญาจนได้รับโทษโดยผลของคำพิพากษาให้จำคุกด้วยเหตุผลมากมาย ทั้งเนื่องจากความพลั้งเผลอ ไม่ได้ตั้งใจหรือไม่เจตนา ความอ่อนต่อโลกและถูกชักจูงไปในทางที่ผิด บันดาลโทษะ หรือเพราะเหตุจำเป็น ส่งผลให้ถูกต้องรับโทษจำคุกจำนวนมาก เห็นได้จากสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์นักโทษเด็ดขาดในปี พ.ศ.2555² ณ วันที่ 30 กันยายน 2555 มีจำนวนรวมทั้งสิ้น 168,997 คน โดยแยกตามลักษณะความผิดประเภทความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินจำนวน 15,106 คน พ.ร.บ.ยาเสพติด/สารระเหย จำนวน 71,180 คน ความผิดต่อร่างกาย จำนวน 4,542 คน และอื่นๆ ได้แก่ พ.ร.บ.ป่าไม้ การพนัน อาวุธปืน คนเข้าเมือง และลหุโทษ จำนวน 7,202 คน

อย่างไรก็ตามเมื่อผู้ต้องราชทัณฑ์ได้ผ่านการลงโทษและการฟื้นฟูตามกระบวนการของราชทัณฑ์แล้วยังคงต้องถูกจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการรับราชการ ดังปรากฏมีผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่าผู้ร้องเคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นเวลา 3 ปี 6 เดือน และพ้นโทษมาเป็นเวลามากกว่า 5 ปีแล้ว ปัจจุบันประกอบอาชีพสุจริตเป็นลูกจ้างขององค์การบริหารส่วนจังหวัด ผู้ร้องมีความประสงค์ที่จะสอบเข้ารับราชการในสังกัดรัฐสภา แต่เนื่องจากถูกจำกัดสิทธิในการรับราชการ แม้ว่าจะพ้นโทษมาก็ปีแล้วก็ตาม ประเด็นที่ผู้ร้องประสงค์ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบ คือ ขอความช่วยเหลือให้มีสิทธิในการสมัครสอบเข้ารับราชการ³

เมื่อพิจารณาจากบทกฎหมายหลายฉบับในปัจจุบันปรากฏว่ามีปัญหาการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในการเข้ารับราชการ โดยการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของบุคคลในการสมัครเข้ารับราชการ “เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ” อาทิ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 (7) หรือพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 26 หรือพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 ประกอบกับกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ.2547 ข้อ 2

² กรมราชทัณฑ์. (2555) สถิติผู้ต้องหาราชทัณฑ์. สืบค้นเมื่อ 30 ตุลาคม 2555

³ รายงานผลการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 43/2555

หรือพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ.2547 มาตรา 7 (7) หรือพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ.2554 มาตรา 37 (7) หรือพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2554 มาตรา 43 (5) และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ.2535 มาตรา 9 (7) เป็นต้น

กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนถือเป็นกฎหมายกลางในการบริหารงานบุคคลภาครัฐของประเทศไทยมานับตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน โดยกำหนดให้การรับราชการนั้นเป็นอาชีพ (Career) รวมทั้งฐานะของข้าราชการพลเรือนที่ได้เปลี่ยนแปลงจากเมื่อครั้งก่อนจะได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พุทธศักราช 2471 ที่ได้ถือว่าข้าราชการพลเรือน คือ “ข้าแผ่นดิน” มาเป็น “ลูกจ้าง” ของรัฐ⁴ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนได้พัฒนามานับตั้งแต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พุทธศักราช 2471 จวบจนถึงปี พ.ศ.2551 ยังคงแนวคิดในการกำหนดให้ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม “เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่ เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”⁵ โดย ก.พ. อาจพิจารณาขกเว้นให้เข้ารับราชการเป็นการเฉพาะราย หรือจะประกาศขกเว้นให้เป็นการทั่วไปก็ได้ และมติของ ก.พ. ในการพิจารณาขกเว้นดังกล่าวจะต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม และการลงมติให้กระทำโดยลับ⁶ ตามระเบียบที่ ก.พ. กำหนด⁷ แต่การปฏิบัติที่ผ่านมาการพิจารณาขกเว้นลักษณะต้องห้ามในกรณีนี้ที่ผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษนั้น ก.พ. ยังไม่เคยมีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขกเว้นลักษณะต้องห้ามในกรณีนี้ และไม่ปรากฏว่ามีการขกเว้นหรือรับบุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษให้สามารถเข้ารับราชการได้แต่อย่างใด

⁴สำนักงาน ก.พ. (2536). *พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวกับระบบข้าราชการพลเรือน : บันทึกประวัติการร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2471*. หน้า 221.

⁵พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551, มาตรา 36 วรรคหนึ่ง ข. (7).

⁶พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551, มาตรา 36 วรรคสอง.

⁷พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551, มาตรา 36 วรรคสาม.

เหตุผลของทางราชการที่กำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการดังกล่าว มักอ้างเสมอว่าลักษณะของงานที่เกี่ยวข้องงานราชการหรือเป็นตัวแทนของประชาชนเกี่ยวข้องกับความปลอดภัย ด้านความสงบเรียบร้อยของประชาชน และด้านการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน หรือต้องกำกับดูแลส่วนราชการหรือต้องทำหน้าที่นิติบัญญัติ หากรับบุคคลที่มีประวัติไม่ดี (มีประวัติอาชญากรรม) หรือบุคคลที่เคยต้องรับโทษจำคุกเข้าทำงานหรือเป็นตัวแทนของประชาชน อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน้าที่การงานที่ต้องรับผิดชอบได้ จึงไม่สมควรให้ผู้ที่เคยมีประวัติต่างพร้อยดังกล่าวเข้าทำงานในหน่วยงานราชการหรือตัวแทนของประชาชน⁸ ทั้งนี้กรณีดังกล่าวนั้นเป็นการคาดการณ์ล่วงหน้าว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นบุคคลที่เคยต้องโทษจำคุก และตีหน้าไว้ว่าเป็นคนจี้คุก เป็นคนไม่ดี ยิ่งในส่วนการเข้าทำงานของหน่วยงานภาคเอกชนแล้ว การรับบุคคลใดเข้าทำงาน นายจ้างจะเป็นผู้ออกกฏเกณฑ์ไว้ ซึ่งเป็นสิทธิโดยชอบของนายจ้างและไม่ผิดกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากไม่มีกฎหมายบังคับห้ามนายจ้างปฏิเสธการว่าจ้างผู้ที่เคยติดคุกติดตาราง ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าทัศนคติในแง่ลบที่มีต่อผู้ที่เคยต้องรับโทษจำคุก รวมถึงภาพของการหวาดระแวงการคุกคามยังคงมีปรากฏอยู่ไม่ว่าทั้งภาครัฐหรือภาคเอกชน กลุ่มผู้เคยต้องโทษจำคุกแม้จะได้ผ่านกระบวนการลงโทษลงทัณฑ์ตามแนวคิดทฤษฎีการลงโทษ รวมถึงการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้คืนคนดีสู่สังคมแล้ว แต่สังคมก็ยังคงไม่ได้ให้โอกาสในการกลับคืนสู่สังคมในการมีอาชีพเพื่อมีรายได้ในการดำรงชีวิตแต่อย่างใด

ถึงแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีการตรากฎหมายล้างมลทิน โดยมีเจตนารมณ์เพื่อล้างมลทินให้แก่ผู้ต้องโทษในกรณีความผิดต่าง ๆ ซึ่งได้พ้นโทษไปแล้ว โดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้น ๆ รวมถึงให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ถูกลงโทษทางวินัย และได้รับโทษหรือรับทัณฑ์ทั้งหมดหรือบางส่วนไปก่อนให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษหรือลงทัณฑ์ทางวินัย ซึ่งเป็นข้อยกเว้นการจำกัดสิทธิ ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา โดยเมื่อผู้เคยต้องโทษจำคุกมาแล้ว ได้รับการล้างมลทิน จะถือว่าไม่เป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 ข. (7) สามารถสมัครเข้ารับราชการได้ แต่อย่างไรก็ตามการปรับใช้กฎหมายล้างมลทินของ ก.พ. ที่ผ่านมานั้น ถือว่ากฎหมายล้างมลทินล้างเฉพาะโทษ แต่การกระทำหรือกรรมที่ได้เคยทำมาไม่ได้รับการล้างมลทินตามไปด้วย ดังนั้น มีจึงผลเพียงไม่เคยเป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกมาก่อนและไม่ขาดคุณสมบัติตามมาตรา 36 ข. (7) แต่การที่ผู้เคยต้องโทษจำคุกจะเข้ารับราชการได้หรือไม่ ยังคงต้องเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของ

⁸ กิตติบดี โขพล. (2544). ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พ้นโทษในการเข้าทำงาน. หน้า 134.

สังคม ตามมาตรา 36 ข. (4) ไม่สามารถเข้ารับราชการได้ จึงเปรียบเสมือนว่าบทบัญญัติห้ามผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในการเข้ารับราชการนี้เป็นบทห้ามเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้น

จากสภาพปัญหาดังกล่าวจึงจำเป็นต้องศึกษาว่าตามที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางในการบริหารงานบุคคลภาครัฐของประเทศไทยนั้น กำหนดให้ผู้เคยต้องโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ เป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามในการรับราชการทุกประเภทตำแหน่งและระดับ รวมถึงกำหนดฐานความผิดทางอาญาทุกฐานความผิด เว้นแต่การกระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษเท่านั้น เป็นการชอบด้วยแนวความคิดของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมทั้งสอดคล้องกับแนวความคิดการลงโทษผู้กระทำความผิดและการกีดกันคดีผู้สังคมหรือไม่ รวมถึงวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้เคยต้องโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เพื่อหาแนวทางแก้ไขต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน และการลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอาญา
2. เพื่อศึกษาถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกับสิทธิและเสรีภาพในการทำงาน และกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการประกอบอาชีพของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศออสเตรเลีย
3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ และแนวทางแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายที่มีบทบัญญัติเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญต่อไป

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนกำหนดให้ผู้เคยต้องโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ เป็นบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามในการสมัครเข้ารับ

ราชการ ซึ่งมีได้คำนึงถึงหลักสิทธิและเสรีภาพ และหลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้มาจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้บุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามในการรับราชการ และเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลเพื่อบรรจุเข้ารับราชการ จึงจำเป็นต้องให้มีการยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญนั้น เพื่อให้มีมาตรการทางกฎหมายคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการสอดคล้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาวิจัยนี้ได้กำหนดขอบเขตการศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ โดยศึกษาและวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบกับการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศออสเตรเลีย สาเหตุที่เน้นศึกษาเฉพาะการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญนั้น เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเป็นกฎหมายกลางที่ได้วางหลักการบริหารทรัพยากรบุคคล ซึ่งมีผลให้ส่วนราชการต่าง ๆ ส่วนได้กำหนดให้บุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกเป็นผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามในการรับราชการหรือการดำรงตำแหน่งต่าง ๆ และหากผู้ที่จะสมัครเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนหรือข้าราชการพลเรือนรายได้มีลักษณะต้องห้ามในการรับราชการดังกล่าว ก็ย่อมสามารถนำผลการวิจัยในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ไปใช้เพื่อประกอบการพิจารณาดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องต่อไป

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การศึกษาวิจัยครั้งนี้เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพทางเอกสาร (Documentary Research) มุ่งที่จะศึกษาวิเคราะห์จากเอกสารเป็นหลัก โดยศึกษาจากบทบัญญัติของกฎหมาย กฎ ระเบียบ ต่างๆ ประกอบกับหนังสือ บทความทางวิชาการ วารสารกฎหมาย วิทยานิพนธ์ ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ เอกสารวิจัยที่เกี่ยวข้องต่างๆ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ และรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกการรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาล รวมทั้งสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิของศาลปกครอง คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน นักสิทธิมนุษยชน กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรมราชทัณฑ์ และนักวิชาการ ซึ่งมีความรู้ในหลักแนวคิดทฤษฎีอย่างแท้จริง อันเป็น

ประโยชน์ในการศึกษาเรื่องนี้ โดยนำข้อมูลต่างๆมาวิเคราะห์ รวบรวมเป็นข้อมูล พร้อมทั้งศึกษาเปรียบเทียบ เพื่อหาข้อดี ข้อเสียของปัญหา ตลอดจนหาข้อสรุปเพื่อเป็นแนวทางแก้ไขต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษา

1. เพื่อให้ทราบถึงแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน และการลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอาญา

2. เพื่อให้ทราบถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกับสิทธิในการทำงานและกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคียดต้องโทษจำคุกในการประกอบอาชีพของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศออสเตรเลีย

3. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพของผู้เคียดต้องโทษจำคุกในการรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ และแนวทางแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้เคียดต้องโทษจำคุกในการรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ

4. เพื่อนำผลการวิจัยในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ไปใช้เป็นข้อมูลสนับสนุนในทางวิชาการในการพัฒนา ปรับปรุง และแก้ไขกฎหมายที่มีบทบัญญัติเป็นการจำกัดเสรีภาพในการรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญต่อไป

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีที่ใช้ในการศึกษา

ระบบนิติรัฐรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายอื่นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเรื่องต่างๆ ของประชาชนจะมีการรับรองสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนไว้ในมาตรา 43 และได้บัญญัติข้อยกเว้นให้สามารถตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาททรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน แต่ต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 29 โดยกำหนดให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องตราเป็นกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป ต้องจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นและต้องไม่กระทบสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้น

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มีข้อกำหนดการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการ จึงต้องมีการศึกษาว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมีการใช้อำนาจโดยต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ รวมถึงปฏิบัติต่อมนุษย์คนหนึ่งบนพื้นฐานแห่งคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในมนุษย์ทุกคน ดังนั้น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการประกอบอาชีพ ซึ่งได้มุ่งทำการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ หลักความเสมอภาค หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทฤษฎีการกระทำความผิดอาญาว่ามีแนวความคิด ที่มา และวิวัฒนาการความเป็นมาอย่างไร โดยอาจจำแนกศึกษาได้ดังนี้

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิของมนุษย์ในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากอำนาจรัฐมีที่มาจากหลักของสิทธิตามธรรมชาติที่ถือว่ามนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีความเท่าเทียมกัน มนุษย์จึงมีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าว ได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้และมีอาจมีผู้ใดเข้ามาล่วงละเมิดได้เช่นกัน หากมีการล่วงละเมิดก็อาจจะก่อให้เกิดอันตราย หรือกระทบกระเทือนและเสื่อมเสียต่อสภาพความเป็นมนุษย์ได้ และแนวความคิดในเรื่องสิทธิตามธรรมชาตินี้มีที่มาจากแนวความคิดในกฎหมายธรรมชาติ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อจำกัดอำนาจของ “รัฐ” หรือ “ผู้มีอำนาจปกครอง” จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้มีอำนาจปกครองให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ และถือว่ากฎหมายที่รัฐได้บัญญัติขึ้นมาจะมีสภาพบังคับก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ และไร้สภาพบังคับหากขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาตินี้⁹

ต่อมาจึงได้พัฒนาการกลายมาเป็นบทบัญญัติที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง โดยได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ ดังที่ปรากฏอยู่ในอารัมภบทหรือคำปรารภหรือมีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้เป็นหมวดหมู่หนึ่งในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ¹⁰ เพื่อรับรองว่าสิทธิและเสรีภาพของแต่ละบุคคลนั้นจะไม่สามารถถูกละเมิดได้ ไม่ว่าจะจากปัจเจกชนด้วยกันหรือแม้แต่จากองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ¹¹ เนื่องจากการใช้เสรีภาพอย่างไร้ขอบเขตจำกัดย่อมก่อให้เกิดสภาวะอนาธิปไตยเกิดขึ้นมาในรัฐและนำไปสู่การที่ไม่มีเสรีภาพเหลืออยู่เลย¹²

โดยการที่จะทำความเข้าใจเกี่ยวกับแนวความคิดของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จำเป็นที่จะต้องทราบถึงความหมายของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญประเภทของสิทธิ หลักความเสมอภาค และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁹ วีระ โสจาชะ ก (2532). *กฎหมายสิทธิมนุษยชน* (พิมพ์ครั้งที่ 10). หน้า 1-16.

¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก (2544). “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ”. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 9 (3). หน้า 27.

¹¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ข (2552). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 134.

¹² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ค (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ*. หน้า 31.

2.1.1 ความหมาย ประเภทของสิทธิ และผู้ทรงสิทธิ

2.1.1.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายไว้ว่า

“สิทธิ” หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองและป้องกันให้¹³

“เสรีภาพ” หมายถึง ประโยชน์ซึ่งบุคคลได้มาโดยปราศจากหน้าที่ในทางกฎหมายใด ๆ ต่อตนเอง เป็นสิ่งที่บุคคลอาจทำได้โดยจะไม่ถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมาย และเป็นประโยชน์ที่บุคคลจะกระทำการใด ๆ ได้ตามชอบใจโดยข้อยกเว้นเสรีภาพตามกฎหมายที่ปล่อยให้บุคคลใด ๆ กระทำการไปได้โดยลำพัง¹⁴

ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม ได้ให้ความหมายไว้ว่า¹⁵

“สิทธิ” หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

“เสรีภาพ” หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ

ศาสตราจารย์ศรีราชา เจริญพานิช ได้ให้ความหมายไว้ว่า¹⁶

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจของบุคคลที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้ว่าจะกระทำการใดได้อย่างอิสระรวมทั้งบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการใดให้แก่นตน และตนก็ย่อมจะต้องมีหน้าที่กระทำต่อบุคคลอื่นภายใต้สิทธิของบุคคลอื่นนั้นด้วย ทั้งนี้ เพื่อมิให้การใช้สิทธิของบุคคลแต่ละคนล่วงเกินสิทธิของบุคคลอื่น

“เสรีภาพ” หมายถึง ความสามารถของบุคคลในสถานการณ์นั้น ๆ ที่จะกระทำการใด ๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคมาขัดขวาง ทั้งนี้ การใช้เสรีภาพของบุคคลนั้นจะต้องไม่เป็นการละเมิดต่อเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วย

¹³ หยุด แสงอุทัย ก (2512). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 พร้อมด้วยคำแปลมาตราเป็นภาษาอังกฤษของทางราชการ. หน้า 41.

¹⁴ หยุด แสงอุทัย ข (2533). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 41.

¹⁵ วิษณุ เครืองาม. (2530). กฎหมายรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 640-641.

¹⁶ ศรีราชา เจริญพานิช. (2554). “หลักสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย: แนวความคิดและภาคปฏิบัติ.” วารสารจตุรนิติ, 1 (8). หน้า 4.

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ ได้ให้ความหมายไว้ว่า¹⁷

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตน

“เสรีภาพ” หมายถึง อำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำ และที่จะไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์จะกระทำ

รองศาสตราจารย์ ดร. โภคิน พลกุล ได้ให้ความหมายไว้ว่า¹⁸

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

“เสรีภาพ” หมายถึง สถานภาพของมนุษย์ที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของใครหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นอำนาจที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือที่จะไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

รองศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ได้ให้ความหมายไว้ว่า¹⁹

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน โดยกฎหมายที่รับรองสิทธิแก่บุคคลนั้นอาจเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ได้

“เสรีภาพ” หมายถึง สภาพการณ์หรือสภาวะของบุคคลที่มีอิสระในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยความประสงค์ของตนเองและไม่อยู่ภายใต้ความครอบงำหรือแทรกแซงของบุคคลอื่น กล่าวคือ เสรีภาพเป็นอิสระในการกำหนดตนเอง กฎหมายที่รับรองเสรีภาพอาจจะเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ได้เช่นเดียวกัน

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้ความหมายไว้ว่า²⁰

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่บุคคลมีไว้เพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง

“เสรีภาพ” หมายถึง อำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลหนึ่งบุคคลใด จึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด

¹⁷ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ ก (2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 23.

¹⁸ โภคิน พลกุล. (2539). *หลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 138-139.

¹⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ง (2554). “หลักสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย: แนวความคิดและภาคปฏิบัติ.” *วารสารจตุรนิติ*. 1(8). หน้า 44.

²⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ ก (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 49-51.

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรชัย เลื่อนฉวี ได้ให้ความหมายไว้ว่า²¹

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

“เสรีภาพ” หมายถึง สถานภาพของบุคคลที่ไม่ขึ้นอยู่กับบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือหมายถึงอำนาจที่จะกระทำการ โดยไม่อยู่ภายใต้การข่มขู่ของผู้ใด หรือหมายถึงอำนาจของบุคคลที่จะกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย

ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรนี้ จึงนิยมเรียกกันว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights and Liberties) หรือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights)²² หรือ “สิทธิขั้นมูลฐาน” (Fundamental Rights)²³ แล้วแต่กรณี ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองให้มีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชน โดยกำหนดให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลได้รับการคุ้มครอง และการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

2.1.1.2 ประเภทของสิทธิ

การพิจารณาถึงการแบ่งประเภทของสิทธินั้น อาจแบ่งแยกออกได้หลายลักษณะ แต่ในการศึกษาครั้งนี้ ได้จำแนกประเภทของสิทธิออกเป็น 2 ลักษณะได้แก่ สิทธิมหาชน และผู้ทรงสิทธิพอสรุปได้ดังนี้

1) สิทธิมหาชน

สิทธิมหาชน เป็นสิทธิที่เกิดจากกฎหมายมหาชน รวมทั้งเป็นสิทธิในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองของรัฐ โดยทั่วไปคือสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองที่มีต่อรัฐ ซึ่งการรับรองสิทธิที่เกิดจากกฎหมายมหาชนนั้นย่อมหมายความว่ารัฐโดยรัฐธรรมนูญก็ดี โดยกฎหมายก็ดียว่อมผูกพันตนเอง เพื่อคุ้มครองสิทธิของเอกชน ดังนั้น สิทธิตามกฎหมายมหาชน จึงเป็นสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางมหาชนจะต้องใช้อำนาจอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย สิทธิมหาชนจึงเป็นสิทธิของเอกชนที่มีต่อรัฐและหน่วยงานสาธารณะอื่น ๆ เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชนอื่น ๆ สิทธิดังกล่าวนี้ผูกพันรัฐและองค์กรที่มีอำนาจสาธารณะต่าง ๆ สิทธิมหาชน

²¹ พรชัย เลื่อนฉวี. (2546). *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 121-122.

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 14.

²³ ลิขิต ชีรเวคิน. สิทธิในการประกอบอาชีพ. สืบค้นเมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2555, จาก

หมายความถึงสิทธิในความสัมพันธ์ระหว่างองค์การทางมหาชน หรือหน่วยงานสาธารณะทั้งหลายด้วยกันเองด้วย ทั้งนี้ Goerg Jellinek เป็นผู้เสนอแนวความคิดของสิทธิมหาชน โดยได้จำแนกออกเป็น 3 ประเภท²⁴ ดังนี้

(1) Status negativus หมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญซึ่งพลเมือง มีสิทธิเรียกร้องให้รัฐและเจ้าพนักงานของรัฐละเว้นที่จะไม่ล่วงล้ำหรือกล้ากรายแดนเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิในความเชื่อหรือในการนับถือศาสนา สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในเคหสถาน สิทธิในการประกอบอาชีพ สิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่ เป็นต้น

(2) Status activus หมายถึง สิทธิที่ราษฎรมีต่อรัฐเพื่อดำเนินการบางอย่าง เช่น สิทธิสมัครเป็นผู้แทนราษฎร หรือเลือกตั้งผู้แทนราษฎร หรือสิทธิการเข้ารับราชการ ซึ่งเป็นสิทธิที่กฎหมายให้ไว้แก่ราษฎรในอันที่จะก่อตั้งชีวิตในทางการเมืองของรัฐ เช่น สิทธิในการเสนอร่างกฎหมาย สิทธิในการลงประชามติ เป็นต้น

(3) Status positivus หมายถึง สิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองสิทธิของบุคคล เช่น สิทธิที่จะเรียกร้องขอให้รัฐคุ้มครองตนจากการกระทำของรัฐต่างประเทศ สิทธิเรียกร้องให้รัฐจ่ายค่าดำรงชีพในช่วงเวลาว่างงาน สิทธิเรียกร้องให้จ่ายเงินเดือนหรือจ่ายบำเหน็จบำนาญ

2.1.1.3 ผู้ทรงสิทธิ

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิซึ่งได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งให้ความคุ้มครองนั้น อาจแบ่งได้ 2 ประเภท ดังนี้

1) สิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน หมายถึง สักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ หรือตามกฎหมาย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม²⁵ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่พึงมีโดยความเสมอภาคกัน เพื่อการดำรงชีวิตได้อย่างมีศักดิ์ศรี มีโอกาสเท่าเทียมกันในการเรียนรู้และพัฒนาศักยภาพของตนเองอย่างเต็มที่และสร้างสรรค์ ซึ่งตามความหมายดั้งเดิมของสิทธิมนุษยชนในประการที่สำคัญนั้น คือ การจำกัดอำนาจของ “รัฐ” หรือ “ผู้มีอำนาจปกครอง” เพื่อเป็นหลักประกันมิให้ “รัฐ” หรือ “ผู้ปกครอง” ใช้อำนาจเกินขอบเขต โดย “รัฐ” หรือ “ผู้มีอำนาจปกครอง” มีพันธะในการงดเว้น (L'obligation negative) กล่าวคือ “รัฐ” หรือ “ผู้มีอำนาจปกครอง” มีหน้าที่งดเว้นไม่ใช้อำนาจเกินขอบเขตเพื่อให้ประชาชนได้ใช้สิทธิและเสรีภาพของตนอย่างเต็มที่ โดยแนวความคิดดังกล่าวได้ถูกโต้แย้งจากนักวิชาการว่าไม่เป็นหลักประกันเพียงพอว่าประชาชนทุกคน

²⁴ สมยศ เชื้อไทย ก (2555) *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 8). หน้า 38-39.

²⁵ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

จะมีโอกาสใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้อย่างทัดเทียมกัน เพราะในการใช้สิทธิและเสรีภาพบางประการนั้นประชาชนต้องมีความพร้อมในทางวัตถุที่จำเป็นในการดำรงชีวิตเสียก่อน และหากประชาชนไม่มีความพร้อมดังกล่าว สิทธิและเสรีภาพที่มีการรับรองยืนยันว่าประชาชนมีอยู่ก็อาจเป็นเพียง “สิทธิในทางทฤษฎี” เท่านั้น²⁶

หากพิจารณาจากเรื่องสิทธิมนุษยชนในแง่ของแนวความคิดแล้ว สิทธิมนุษยชนย่อมหมายถึงสิทธิที่มีอยู่ในทุก ๆ คน อันเนื่องมาจากการที่เขาเป็นมนุษย์หรือบุคคล หรือหากจะกล่าวตามถ้อยคำในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ย่อมหมายถึงสิทธิอันได้มาจากความมีศักดิ์ศรีโดยกำเนิดของมนุษย์²⁷ จึงกล่าวได้ว่าสิทธิมนุษยชนก็คือสิทธิของมนุษย์นั่นเอง²⁸ โดยได้มีการยอมรับกันว่านอกจากประชาชนจะมี “สิทธิในการจำกัดอำนาจรัฐ” แล้ว ประชาชนยังมี “สิทธิเรียกร้องต่อรัฐ” ให้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อยังให้ประชาชนมีหลักประกันขั้นต่ำสุดที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสังคมด้วยความผาสุก เพื่อให้ประชาชนทุกคนได้มีโอกาสใช้สิทธิและเสรีภาพได้อย่างทัดเทียมกัน จึงทำให้ความหมายของสิทธิมนุษยชนครอบคลุมไปถึงสิทธิใหม่บางประการ เช่น สิทธิที่จะมีงานทำ สิทธิที่จะมีหลักประกันขั้นต่ำสุดที่จำเป็นในการดำรงชีวิต (เช่น สิทธิที่จะได้รับเงินค่าทดแทนเมื่อว่างงาน เป็นต้น) สิทธิที่จะมีที่พักอาศัยอันถูกสุขลักษณะ สิทธิที่จะมีการพักผ่อนหย่อนใจ สิทธิที่จะมีหลักประกันการเจ็บป่วย ชราภาพ ให้กำเนิดบุตร เป็นต้น เหล่านี้ล้วนเป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจและสังคม โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ประชาชนพลเมืองทุกคนมีหลักประกันขั้นต่ำสุดในทางวัตถุอันจำเป็นแก่การดำรงชีวิต ซึ่งจะทำให้ประชาชนพลเมืองได้มีโอกาสใช้สิทธิและเสรีภาพประการอื่นได้เต็มที่ อันเป็นพันธกรณีของรัฐที่จะต้องเข้ามารับภาระดำเนินการจัดการให้มีหลักประกันดังกล่าวแก่ประชาชนพลเมืองของรัฐ²⁹

ในปัจจุบันสิทธิมนุษยชน จึงได้แก่ สิทธิทั้งหลายซึ่งได้รับการยอมรับในประเทศที่มีอารยธรรมว่าเป็นสิทธิที่จำเป็นในการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีของมนุษย์ และในการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ และเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองป้องกันในทางกฎหมายเป็นพิเศษโดยมิได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ ด้วย สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์

²⁶ วีระ โสจายะ ก เล่มเดิม. หน้า 51.

²⁷ จริญญา โฆษณานันท์ ก (2528). “สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีของมนุษย์: บทวิจารณ์เชิงวิเคราะห์ แนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในโลกที่มีใช้ตะวันตก.” *วารสารกฎหมาย*, 2 (10). หน้า 73.

²⁸ สมชาย กษิติประดิษฐ์. (2554). *กฎหมายสิทธิมนุษยชน* (พิมพ์ครั้งที่ 17). หน้า 5.

²⁹ วีระ โสจายะ ก เล่มเดิม. หน้า 53

และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียวว่า เพราะเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ มนุษย์ทุกคนจึงมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีสังคมการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ” (State) เกิดขึ้น ไม่มีมนุษย์ผู้ใดสามารถละสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้โดยชอบ และไม่มี “ผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน” (Sovereignty) คนใดหรือคณะใดมีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้³⁰

2) สิทธิพลเมือง

สิทธิพลเมือง หมายถึง สิทธิและเสรีภาพที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลที่มีสัญชาติของรัฐ กล่าวคือ เป็นพลเมืองของรัฐในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองของรัฐหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในองค์กรของรัฐหรืออีกนัยหนึ่ง บรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองต่าง ๆ อันได้แก่ เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อบำเนิกราชการในทางการเมืองให้เป็นที่ไปตามเจตนารมณ์ตามวิถีทางการเมืองปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข สิทธิเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ เป็นต้น³¹ โดยเหตุผลของเรื่องแล้วสิทธิพลเมืองจะมีได้เฉพาะภายหลังเวลาที่เกิดรัฐขึ้นแล้ว และถือกันว่าสิทธิพลเมืองเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชน เนื่องจากว่าสิทธิพลเมืองเป็นวิธีการที่ราษฎรจะได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของตนได้³²

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า สิทธิมนุษยชนก็คือสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายที่ใช้กับมนุษย์ทุกคน ไม่จำกัดว่าจะเป็นบุคคลสัญชาติใด ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจน โดยใช้คำว่า “บุคคล”³³ จึงผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์และเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ โดยหลักทั่วไปแล้ว สิทธิประเภทนี้จึงมิได้เป็นการที่รัฐบัญญัติกฎหมายให้สิทธิแก่บุคคล หากแต่เป็นการที่กฎหมายของรัฐได้รับรองสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย ส่วนสิทธิพลเมืองเป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐนั้น ๆ เท่านั้น จึงจะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว³⁴

2.1.2 หลักความเสมอภาค

แนวความคิดทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคได้รับการรับรองอย่างชัดเจนโดยถือว่าบุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

³⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 44.

³¹ แหล่งเดิม.

³² อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (2554). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*. หน้า 89.

³³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ก (2551). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 475.

³⁴ อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 89

(Fairness) ซึ่งหมายถึง “หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” (Equality before the law) ที่เป็นการยอมรับสิทธิและเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักความเสมอภาคตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)³⁵ ซึ่งเป็นรากฐานของปรัชญาว่าด้วยปัจเจกชนนิยม (Individualism) ในยุคสมัยนั้น จนนำมาสู่การออกคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 ที่ได้วางหลักกฎหมายมหาชนที่ใช้มาจนถึงปัจจุบันนี้³⁶ รวมทั้งปรัชญาสาเกตว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และหลักการพื้นฐานเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญของนานาอารยประเทศ ซึ่งล้วนแต่เป็นผลพวงมาจากอิทธิพลและแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติ อีกทั้งกรณีได้ปรากฏหลายต่อหลายครั้งว่า ผู้พิพากษาแห่งศาลสหรัฐอเมริกาได้อ้างอิงหลักกฎหมายธรรมชาติมาเป็นเหตุผลในการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน³⁷ จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายธรรมชาติ คือ กฎหมายที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ โดยมนุษย์มิได้เป็นผู้สร้างขึ้นมา และเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับได้โดยไม่จำกัดกาลเวลาและสถานที่³⁸

Jean Jacques Israel ได้ให้คำนิยามของคำว่า “หลักความเสมอภาค” (Le principe d'égalité) คือ หลักการที่สัมพันธ์อย่างไม่อาจแยกได้จากหลักเสรีภาพ (Liberté) เพราะเป็นหนึ่งในสามของเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนอันประกอบด้วย เสรีภาพ (La liberté) เสมอภาค (L'égalité) และภราดรภาพ (La fraternité) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย³⁹ โดยเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญและมีความเป็นสากล ซึ่งราษฎรจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน โดยองค์กรผู้ใช้อำนาจของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค จึงเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตาม

³⁵ สมยศ เชื้อไทย ข (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. หน้า 138.

³⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก (2550). *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ* (พิมพ์ครั้งที่ 9). หน้า 70.

³⁷ จริฎ โฆษณานันท์ ข (2545). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 11).

³⁸ วีระ โลจายะ ข (2547). *กฎหมายมหาชน: สิทธิเสรีภาพของประชาชน หน่วยที่ 8-15*. (พิมพ์ครั้งที่ 33) หน้า 465.

³⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์ (มิถุนายน 2542). “หลักความเสมอภาค.” *วารสารนิติศาสตร์*, 2(30). หน้า 165.

ลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นอย่างเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภท ๆ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันออกไปที่เรียกว่า “การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน” (Different treatment) นั้น ไซ้ว่าจะกระทำได้เสมอไปในทุกกรณีก็หาไม่⁴⁰

หลักความเสมอภาคนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพที่มีความสำคัญมากที่สุดประการหนึ่งต่อมนุษย์ทุกคนจะดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี ในเบื้องต้นนี้อาจกล่าวถึงความสำคัญของหลักความเสมอภาคพอสรุปได้ดังนี้

1) หลักความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย⁴¹

แม้ว่ารัฐหนึ่งรัฐใดจะได้รับการรับรองไว้ทั้งสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิหรือเสรีภาพอื่นใดของบุคคลไว้ก็ตาม แต่หากบุคคลนั้นๆ ไม่อาจใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นได้เท่าเทียมกับผู้อื่น ต้องถูกปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นในสังคมหรือถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายแล้ว สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้นั้นย่อมไร้ความหมาย เพราะฉะนั้นสิทธิทุกสิทธิจึงต้องมีความเสมอภาค และต้องได้รับการยอมรับนับถือจากรัฐ ตลอดจนรัฐจะต้องคุ้มครองมิให้ผู้ใดมาล่วงละเมิดต่อหลักความเสมอภาคหรือสิทธิในความเสมอภาคได้

2) หลักความเสมอภาคถือเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะ อันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา คุณค่าของมนุษย์ดังกล่าวนี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้น ๆ ภายใต้อำนาจรับผิดชอบของตนเอง โดยถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่ามีอาจล่วงละเมิดได้

โดยสิ่งที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นสาระสำคัญนั้นมีอยู่ 2 ประการที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ ก็คือ

2.1 สิทธิในชีวิตและร่างกาย

เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติ สิทธิในชีวิตและร่างกายจึงไม่อาจจะถูกพรากไปจากบุคคลได้ แต่ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้ได้รับหลักประกันมากขึ้น โดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐไว้ สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นสิทธิ

⁴⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข เล่มเดิม. หน้า 95-96.

⁴¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 131-139.

ขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ จากการที่มนุษย์มีเจตจำนงโดยอิสระในอันจะสร้างสภาพแวดล้อมของตนเองหรือพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองนี้เองที่ทำให้มนุษย์แตกต่างจากสิ่งมีชีวิตอื่นๆ ดังนั้น เพื่อเป็นการเคารพในสิทธิในชีวิตและร่างกายของปัจเจกบุคคล บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพในขอบเขตปริมณฑลส่วนบุคคลของแต่ละคน และด้วยเหตุนี้สิทธิในชีวิตและร่างกายจึงเป็นรากฐานอันสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

2.2 สิทธิในความเสมอภาค

เป็นการแสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ในขณะที่สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นการแสดงถึงปริมณฑลส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล แต่ในขณะที่ “สิทธิในความเสมอภาค” เป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลต่อสังคม ดังนั้น ถึงแม้มนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนตามแต่หากขาดหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคแล้ว บุคคลนั้นอาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นๆ ในสังคม หรืออาจถูกเลือกปฏิบัติจากผู้ใช้อำนาจรัฐ ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้มนุษย์สามารถดำรงตนอยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรีอย่างแท้จริง นอกจากปัจเจกบุคคลจะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายแล้ว ปัจเจกบุคคลยังจะต้องมีหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคด้วย หลักความเสมอภาคจึงเป็นรากฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้ตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 1 (1) และศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของสาธารณรัฐเยอรมันยังได้เคยตีความเอาไว้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือได้ว่าเป็นคุณค่าสูงสุดอันไม่อาจล่วงละเมิดได้ และจะต้องได้รับการเคารพและคุ้มครองจากองค์กรใช้อำนาจทั้งปวง

3) หลักความเสมอภาคถือเป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ

ดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมายการใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง และมาตรา 30 รับรองหลักความเสมอภาคไว้ในรัฐธรรมนูญว่า บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาค ผู้ใช้อำนาจหรือผู้กระทำการแทนรัฐจึงต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคและจะต้องไม่กระทำการที่เป็นการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจอันขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคซึ่งได้รับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญ การต้องผูกพันตนของรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพที่กล่าวมาแล้วนั้น ทำ

ให้หลักความเสมอภาคนั้นสามารถนำไปใช้ตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลายได้ ไม่ว่าจะเป็น การกระทำของฝ่ายปกครอง การกระทำของนิติบัญญัติหรือการกระทำขององค์กรตุลาการ โดยหากว่าการกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐเหล่านั้นไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคแล้วย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจอย่างอำเอใจ ซึ่งขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญนั่นเอง

4) หลักความเสมอภาคถือเป็นหลักการที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญและกติการะหว่างประเทศ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า หลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์กับพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมของทวีปยุโรปอย่างมาก โดยเฉพาะการปรากฏให้เห็นเป็นลายลักษณ์อักษรของบทบัญญัติที่ยืนยันซึ่งหลักความเสมอภาคของปัจเจกชนต่อรัฐ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้ที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาของหลักความเสมอภาคอย่างยิ่ง ได้แก่ การปรากฏขึ้นของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง เมื่อปี ค.ศ.1789⁴² ภายหลังจากปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นมา ที่เป็นจุดเริ่มที่ทำให้หลักความเสมอภาคได้เบ่งบานให้เห็นปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะพิจารณาเป็นเบื้องต้นเสียก่อนว่าในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐในประเทศต่างๆ นั้น ได้กำหนดรับรองซึ่งหลักความเสมอภาคไว้อย่างไรบ้าง

การพิจารณาหลักความเสมอภาคนี้ ผู้เขียนได้ทำการจำแนกศึกษาเกี่ยวกับ ความหมายของหลักความเสมอภาค สถานะของหลักความเสมอภาค ประเภทของหลักความเสมอภาค ความผูกพันขององค์กรผู้ใช้อำนาจต่อหลักความเสมอภาค ความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญ และกรณีของการเลือกปฏิบัติที่ไม่ถือว่าขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งมีรายละเอียดที่จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

2.1.2.1 ความหมายของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคหรือที่เรียกว่าหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Equality before the law) หรืออีกนัยหนึ่งสิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกันนี้ กล่าวได้ว่ามีบัญญัติรับรองอยู่ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐ หลักความเสมอภาคดังกล่าวนี้หมายความว่าองค์การผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้เหมือนกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค⁴³

⁴² สมคิด เลิศไพฑูรย์. (มิถุนายน 2542) “หลักความเสมอภาค.” *วารสารนิติศาสตร์*, 30 (2). หน้า161-162 .

⁴³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (2538). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. หน้า 34-35.

หลักความเสมอภาคจึงมิได้หมายถึงความเท่าเทียมกันในทุกกรณี แต่สาระสำคัญก็คือ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ “ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญไม่เหมือนกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะเฉพาะของเรื่องนั้นๆ”⁴⁴ และหากจะมีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน หรือปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติ นั้น จะกระทำได้ต่อเมื่อเป็นเหตุผลอันสืบเนื่องมาจากธรรมชาติของเรื่องนั่นเอง หรือเป็นกรณีที่ต้องถือว่า การปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นมีเหตุผลอันหนักแน่นสมควรรับฟังได้ต่อการปฏิบัติเรื่องใดเรื่องหนึ่ง นอกจากนี้ การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นจะต้องมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในทางที่ชอบธรรม และจะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนด้วย นั่นคือการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยวิธีการที่เป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายและต้องเป็นวิธีที่มีความเหมาะสมและมีความจำเป็น⁴⁵ ดังนั้น หากปรากฏว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกันดังกล่าวนี้ ได้ตั้งอยู่บนเหตุผลอันสมควร กรณีจึงอาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค

การพิจารณาว่าในกรณีต่างๆ ได้มีการปฏิบัติอย่างสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคหรือไม่ จึงจำเป็นจะต้องมีการเปรียบเทียบกันว่ามี การปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งให้เหมือนหรือแตกต่างไปจากการปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งหรือไม่ และสิ่งที่จะนำมาเปรียบเทียบกันนั้นก็ต้องเป็นสาระสำคัญของเรื่องพอที่จะสามารถจะนำมาเปรียบเทียบกันได้ด้วย ส่วนอะไรที่จะถือว่าเป็นสิ่งที่มีสาระสำคัญที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันนั้นจะต้องอาศัยการพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป ตัวอย่างเช่น หากที่มีการกำหนดเอาไว้ว่าเฉพาะผู้ชายเท่านั้นที่จะสามารถสมัครเข้าศึกษาต่อในคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัย จ. ได้ ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของความเป็นหญิงหรือชายที่มีต่อการศึกษาในคณะนิติศาสตร์นั้นไม่อาจถือได้ว่ามีความแตกต่างกัน การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ว่าผู้ชายเท่านั้นสามารถศึกษาต่อในคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัย จ. ได้ จึงขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค เพราะการกำหนดคกกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียม โดยปราศจากเหตุผลอันรับฟังได้⁴⁶ หรือในกรณีที่รัฐได้ให้เงินช่วยเหลือหรือให้สวัสดิการเฉพาะแก่คนพิการเท่านั้นจะถือปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคหรือไม่ กรณีนี้ถึงแม้จะมีการปฏิบัติต่อบุคคล 2 กลุ่มอย่างไม่เท่าเทียมกัน แต่ไม่ถือว่าขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคก็เพราะ

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *โครงการเฉลิมพระเกียรติสารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่อง หลักความเสมอภาค*. หน้า 3.

⁴⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, เล่มเดิม. หน้า 158-160.

⁴⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, เล่มเดิม. หน้า 7-8.

เป็นการเลือกปฏิบัติที่ถือว่ามีเหตุผลอันรับฟังได้ เนื่องจากบุคคลทั้ง 2 กลุ่มนั้นมีสภาพร่างกายที่ต่างกัน⁴⁷ จากหลักการข้างต้นแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลให้มีความแตกต่างกันนั้นมิได้หมายความว่าขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคทุกกรณี แต่ต้องพิจารณาสาระสำคัญของเรื่องพอที่จะนำมาเปรียบเทียบกันได้ หากการเปรียบเทียบในสาระสำคัญดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกัน ต้องพิจารณาด้วยว่าการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันต่อกรณีนั้นถือว่ามีเหตุผลอันรับฟังได้หรือไม่นั่นเอง

2.1.2.2 สถานะของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่มีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่าจะต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน⁴⁸ ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปว่า ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของกฎหมายของประเทศทั้งระบบ บางหลักสืบสมมติฐานว่ามาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย หรืออีกนัยหนึ่งระบอบรัฐธรรมนูญนิยม บางหลักก็สืบสมมติฐานว่ามาจากตรรกทางนิติศาสตร์ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือเกิดสถานะไร้ข้อแม้ขึ้นในบ้านเมือง⁴⁹ หลักกฎหมายทั่วไปจึงมีความเป็นนามธรรมและยากที่จะกำหนดขอบเขตให้แน่นอนตายตัวและยังเป็นที่ถกเถียงกันได้ อย่างไรก็ตามก็ถือหลักกฎหมายทั่วไปนั้นถือเป็นหลักที่มีความสำคัญ เพราะถือเป็นหลักการที่ใช้ควบคุมหรือเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งหลายมิให้ใช้อำนาจกระทำการต่างๆ โดยอำเภอใจและยังถือเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับศาลเพื่อใช้ในการตัดสินคดี เพราะโดยทั่วไปมีกฎหมายอยู่ว่าศาลไม่อาจจะปฏิเสธไม่ตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายไม่ได้ ดังนั้นในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ ศาลจึงจำเป็นต้องสร้างหรือสกัดกฎหมายขึ้นมาใช้ โดยศาลจะใช้หลักกฎหมายทั่วไปเข้าไปอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ตลอดจนใช้หลักกฎหมายทั่วไปเป็นพื้นฐานในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร⁵⁰ นั่นเอง

หลักกฎหมายทั่วไปนั้นถือกันว่ามีสภาพบังคับแม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ แต่หลักกฎหมายทั่วไปก็ยังคงมีความสัมพันธ์กับกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ ในแง่กระบวนการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปนั้นศาลมิได้มีอิสระอย่างเต็มที่ การสร้างหลักกฎหมายของ

⁴⁷ แหล่งเดิม

⁴⁸ บุนผา อัครพิมาน. (2548). หลักกฎหมายทั่วไป. “ในรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ.” หน้า 10.

⁴⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข เล่มเดิม. หน้า 36.

⁵⁰ บุนผา อัครพิมาน. เล่มเดิม. หน้า 1.

ศาลจะต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลบางอย่างซึ่งอาจสกัดจากหลักที่ได้มาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ โดยอาจเกิดขึ้นจากการตีความด้วยทฤษฎีที่มีอยู่หรือจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง หรือการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายหลายๆ ฉบับ หรือจากกฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณี แล้วนำมาแปรสภาพเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยศาลในแง่เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป จึงมิใช่ผลจากอำเภอใจโดยความรู้สึส่วนตัวของศาล ศาลไม่อาจสร้างหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นของสังคมหรือมนทัศน์ของส่วนรวมได้ หลักกฎหมายทั่วไปจึงเป็นสิ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ในสังคม และความสัมพันธ์ของมนุษย์กับอำนาจรัฐ สภาพบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นๆ จึงต้องเกิดขึ้นจากหลักนั้นเอง มิได้อาศัยบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ กล่าวคือ มิใช่มีผลบังคับเพราะกฎหมายเขียนไว้ เพราะกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่เป็นเพียงที่มาโดยอ้อมของหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น เนื่องจากหากต้องอาศัยบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้จึงมีสภาพบังคับ หลักกฎหมายนั้นก็มิได้นำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่ถูกนำมาใช้ในฐานะของกฎหมายลายลักษณ์อักษร⁵¹

กล่าวได้ว่าหลักความเสมอภาคซึ่งถือกันว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับของรัฐธรรมนูญ จึงมีผลผูกพันการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ และศาลย่อมนำมาใช้ได้โดยไม่ต้องอ้างอิงบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรใดอีก อย่างไรก็ดี หลักความเสมอภาคนั้นก็ยังถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับและถูกนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้วด้วย⁵²

2.1.2.3 ประเภทของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาค เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ หลักความเสมอภาคทั่วไป และหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง ซึ่งจะได้พิจารณาตามลำดับ ดังนี้⁵³

1) หลักความเสมอภาคทั่วไป

หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคล โดยถือว่าหลักความเสมอนั้นเป็นพื้นฐานของหลักความยุติธรรม นอกจากนี้ยังถือเป็นหลักข้อห้ามเพื่อมิให้รัฐมีการใช้อำนาจตาม

⁵¹ บุญผา อัครพิมาน. เล่มเดิม. หน้า 1-8.

⁵² ภาคภูมิ โกกะอินทร์. (2549) *หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทย*. หน้า 20.

⁵³ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 131-139.

อำเภอใจ โดยสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อมิให้มีการปฏิบัติต่อสิ่งที่มี ความเหมือนกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันตามอำเภอใจ

หลักของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันมิได้เรียกร้องการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ มิได้หมายความว่าทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยมิได้คำนึงถึงข้อ แตกต่างใดๆ เช่น บุคคลทุกคนจะต้องเสียภาษีเท่ากันหมดโดยมิต้องคำนึงถึงรายได้ของบุคคลนั้น หรือว่าทุกๆ คนจะต้องได้รับสิทธิเรียกร้องสำหรับการสงเคราะห์อย่างเท่าเทียมกันโดยมิต้อง คำนึงถึงความจำเป็นของบุคคลนั้นๆ การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย จึงหมายถึงกรณีที่มี ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ดังนั้นเรื่องของหลักความเสมอภาคจึงต้องเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริง 2 ข้อเท็จจริง โดยนำข้อเท็จจริงทั้งสองนั้นมาเปรียบเทียบกัน แต่อย่างไรก็ตาม การเปรียบเทียบกัน ระหว่างข้อเท็จจริง 2 ข้อเท็จจริง หรือบุคคล 2 คน หรือกลุ่มบุคคล 2 กลุ่มนั้น จะต้องคำนึงว่าไม่มี ข้อเท็จจริงใดที่จะเหมือนทุกประการ ดังนั้นการเปรียบเทียบกันนั้นมีความหมายเพียงการ เปรียบเทียบในสาระสำคัญเท่านั้น

ซึ่งข้อพิจารณาในการปฏิบัติให้แตกต่างกันหรือปฏิบัติให้เท่าเทียมตามแนวปฏิบัติมี ข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันจะต้องมีผลมาจากอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย องค์การเดียวกัน

(2) การกำหนดกฎเกณฑ์ให้แตกต่างกันนั้นจะต้องพิจารณาจากกฎเกณฑ์โดยรวมใน เรื่องนั้นๆ ด้วย

(3) การปฏิบัติให้แตกต่างกันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน

(4) การปฏิบัติให้แตกต่างกันเนื่องจากระบบกฎหมายแตกต่างกัน

(5) การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากประเพณี วัฒนธรรม

(6) ความสอดคล้องกันของระบบกฎหมาย

2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคเฉพาะ เรื่องไว้ โดยมีเงื่อนไขและขอบเขตการใช้ที่แตกต่างไปจากหลักความเสมอภาคทั่วไป ซึ่งอาจจำแนก ได้ดังนี้

(1) ความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย (มาตรา 3 (2))

(2) ข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา เป็นต้น (มาตรา 3

(3))

(3) ความมีสถานะเท่าเทียมกันระหว่างเด็กที่เกิดนอกสมรสกับเด็กที่บิดามารดาได้สมรสกันตามกฎหมาย (มาตรา 6 (5))

(4) สิทธิอันเท่าเทียมกันต่อหน้าที่ในทางราชการ (มาตรา 12 (2))

(5) ข้อห้ามมิให้มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อบังคับใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ (มาตรา 19 (1))

(6) การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันต่อพรรคการเมือง (มาตรา 21)

(7) ความเสมอภาคของชาวเยอรมันในการรับราชการ (มาตรา 33 (1) ถึง (3))⁵⁴

(8) ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง (มาตรา 38 (1) และมาตรา 28 (1))

(9) ข้อห้ามมิให้มีการจัดตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งเป็นการเฉพาะ (มาตรา 101 (1))

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า โดยหลักทั่วไปแล้วหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องถือว่าเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าเป็น โฆษะเนื่องจากการละเมิดต่อหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในกรณีนี้ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องนำหลักความเสมอภาคทั่วไปมาพิจารณา แต่ถ้ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเนื้อหาของกฎหมายแล้วเกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักความเสมอภาคในเรื่องนั้นแล้ว กรณีไม่ขัดกับความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในเรื่องนั้น กรณีนี้จะไม่ย้อนกลับมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก⁵⁵

ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องไว้ โดยมีเงื่อนไขและขอบเขตการใช้ที่แตกต่างไปจากหลักความเสมอภาคทั่วไป ซึ่งอาจจำแนกได้ดังต่อไปนี้⁵⁶

⁵⁴ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2551). *กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี*. หน้า 24.

“มาตรา 33 ความเป็นพลเมืองที่เท่าเทียมกัน การประกอบอาชีพรับราชการ

(1) ชาวเยอรมันทุกคนในมลรัฐย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในทางการเมืองเหมือนกัน

(2) ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันในการดำรงตำแหน่งหน้าที่ราชการตามความสามารถ คุณสมบัติ และเป้าหมายในทางอาชีพของตน

(3) การได้รับสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง การมีสิทธิในการดำรงตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือสิทธิที่ได้รับในการรับราชการไม่ขึ้นอยู่กับความเกี่ยวข้องในศาสนา บุคคลย่อมไม่ถูกเอาเปรียบเพราะเหตุแห่งการนับถือหรือไม่นับถือนิกายของศาสนาใด หรือลัทธิทางปรัชญาใดเป็นการเฉพาะ...”

⁵⁵ บรรเจิด สิงคนดี. เล่มเดิม. หน้า 168

⁵⁶ อ้างแล้ว. หน้า 160-161.

- (1) ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม (มาตรา 39 และมาตรา 40)
 - (2) ความเสมอภาคในการเข้าทำงานในภาครัฐ
 - (3) ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง (มาตรา 99 มาตรา 101 และมาตรา 115)
 - (4) ความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ (มาตรา 73)
 - (5) ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ (มาตรา 49 และมาตรา 51)
- 3) หลักข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ

ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติเป็นหลักที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลไม่อาจจะได้รับการปฏิบัติอย่างได้เปรียบหรือเสียเปรียบอันเนื่องมาจากเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด และเผ่าพันธุ์ ความเชื่อความคิดในทางศาสนาหรือทางการเมือง หรือเพราะเหตุแห่งความพิการ⁵⁷ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองหลักข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติไว้ตามมาตรา 30 วรรค 3 ว่า

“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้”

ซึ่งสอดคล้องกับที่ระบุไว้ในข้อ 2 วรรคแรกแห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right) ที่ระบุว่า

“ข้อ 2 บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพประดาที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือทางอื่นใด ชาติ หรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด...”

โดยความหมายของการกำหนดคุณสมบัติที่ไม่อาจนำมาเป็นเหตุให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติข้างต้นเหล่านั้น หมายถึงการทำให้เกิดความแน่ใจขั้นต่ำสุดต่อการเลือกปฏิบัติว่าจะไม่มีการอาศัยเพียงแต่สิ่งที่กำหนดไว้นั้นมาเป็นเหตุในการเลือกปฏิบัติได้ ส่วนกรณีของความแตกต่างกันในลักษณะอื่นๆ นอกเหนือจากนี้ก็จะต้องไปพิจารณาที่ต้องไปพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไป⁵⁸

อย่างไรก็ตามการเลือกปฏิบัติอันทำให้เกิดความได้เปรียบหรือเสียเปรียบกันนั้นอาจเกิดจากการกระทำหรือละเว้นกระทำก็ได้ ตัวอย่างเช่น การสอบคัดเลือกเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาแห่งหนึ่ง ได้ให้คะแนนพิเศษแก่บุคคลที่เป็นบุตรของข้าราชการในสถาบันการศึกษาแห่งหนึ่งได้

⁵⁷ อ่างแล้ว. หน้า 171.

⁵⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 167.

ให้คะแนนเพิ่มพิเศษแก่บุคคลที่เป็นบุตรของข้าราชการในสถาบันการศึกษาแห่งนั้น กรณีนี้ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติในลักษณะที่เป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคล โดยอาศัยสถานะของบุคคล ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค แต่บางกรณีแล้วการปฏิบัติให้แตกต่างกันโดยอาศัยคุณสมบัติที่กำหนดไว้เหล่านั้น ก็อาจไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคได้หากถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีเหตุผลอันสมควร เช่น การใช้อายุมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิเลือกตั้งให้ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี ที่ถือว่าไม่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าสิทธิเลือกตั้งนั้นไม่อาจกำหนดให้กับคนทุกคนได้⁵⁹

2.1.2.4 ความผูกพันขององค์กรใช้อำนาจรัฐต่อหลักความเสมอภาค

การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องมีความผูกพันต่อหลักความเสมอภาค ทั้งนี้ อาจแบ่งความผูกพันขององค์กรใช้อำนาจรัฐต่อหลักความเสมอภาคได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1) ความผูกพันของฝ่ายนิติบัญญัติต่อหลักความเสมอภาค

หลักความผูกพันของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีต่อหลักความเสมอภาคได้ปรากฏเป็นรูปธรรมครั้งแรกในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอเมริกันครั้งที่ 1 (Amendment 1) ที่ได้กำหนดกรอบแห่งอำนาจของสภาองเกรสมิให้ตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทางด้านกรนับถือศาสนา เสรีภาพในการพูด และกิจการหนังสือพิมพ์ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ รวมทั้งสิทธิในการร้องทุกข์ โดยที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวซึ่งเป็นผลโดยตรงมาจากการเรียกร้องของนายโทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) โดยมีหลักฐานเป็นจดหมายของท่านที่มีไปถึงนายเจมส์ เมดิสัน (James Madison) เมื่อวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 1789 โดยในจดหมายดังกล่าว ท่านได้แสดงออกถึงความวิตกกังวลที่มีต่อการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ท่านจึงเรียกร้องให้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ สำหรับระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา จึงเป็นที่เข้าใจตรงกันมาแต่ต้นว่า สิทธิในความเสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานคือกรอบสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ และอยู่เหนืออำนาจในการก่อตั้งทั้งหลายของรัฐ (Constitutive powers)⁶⁰

⁵⁹ อ่างแล้ว .หน้า 16.

⁶⁰ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ข (2549). หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 142-143.

ส่วนกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการกำหนดกรอบให้ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ 5 ประการด้วยกัน⁶¹ คือ

- (1) กฎเกณฑ์ที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีความชัดเจน
- (2) ห้ามวางกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะคดีที่เป็นการเจาะจง
- (3) กฎเกณฑ์ที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีการอ้างอิงเลขมาตราของบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานที่ให้อำนาจ
- (4) กฎเกณฑ์จะต้องไม่กระทบสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน
- (5) หลักความพอสมควรแก่เหตุ

โดยสรุปก็คือ ในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจะต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคของกฎหมายและหลักความสอดคล้องกันของกฎหมายโดยพิจารณาจากระบบและกฎเกณฑ์โดยรวมของเรื่องนั้น หากจะมีการบัญญัติกฎหมายให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันเนื่องจากหลักเกณฑ์ใดก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีเหตุผลอันควรรับฟังได้ในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวด้วย⁶²

2) ความผูกพันของฝ่ายบริหารต่อหลักความเสมอภาค

การผูกพันของฝ่ายบริหารต่อหลักความเสมอภาคโดยทั่วไปหมายถึงรัฐบาลและฝ่ายปกครอง รวมทั้งผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการแทนหน่วยราชการ แต่หากแยกแยะตามรัฐธรรมนูญ อาจแยกย่อยออกได้เป็นรัฐบาล โดยความหมายตามเนื้อหา อำนาจเกี่ยวกับการต่างประเทศ การวางแผนรวมทั้งการป้องกันตนเองทางทหาร คำว่า อำนาจบริหารเป็นศัพท์ที่สะท้อนความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายราชการซึ่งเป็นฝ่ายอำนาจรัฐกับประชาชนที่มีมาช้านาน โดยที่ฝ่ายอำนาจรัฐเป็นฝ่ายเหนือกว่ามาโดยตลอด ในขณะที่ฝ่ายประชาชนเป็นฝ่ายที่รองรับอำนาจนั้น ๆ ซึ่งในปัจจุบันในเยอรมันหันมาใช้คำว่า “Eingriffsverwaltung” นั่นคือ ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจแทรกแซงเข้าไปในส่วนของความเป็นอยู่ของประชาชน และฝ่ายปกครองที่มีอำนาจแทรกแซงความเป็นอยู่ของประชาชนได้เหล่านี้ ล้วนถูกผูกมัดโดยสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสิ้น⁶³

การศึกษาคำนี้ จะได้อธิบายความสัมพันธ์พิเศษระหว่างฝ่ายอำนาจรัฐกับกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ในระบบข้าราชการมีการแบ่งย่อยพิจารณาแควดวงของข้าราชการออกเป็น 3 ส่วน

⁶¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ข เล่มเดิม. หน้า 148.

⁶² ภาคภูมิ โภคะอินทร์. เล่มเดิม. หน้า 36.

⁶³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ข เล่มเดิม. หน้า 151-152.

ได้แก่ ส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ ส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตัวข้าราชการนั้นกับส่วนราชการ และส่วนที่เป็นส่วนตัว ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁶⁴

(1) ส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่

ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่นั้น โดยหลักแล้ว ข้าราชการมิใช่ ผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐาน หากแต่เป็นผู้มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เพราะข้าราชการก็คือผู้ดำเนินการให้ภารกิจสาธารณะลุล่วงไป ข้าราชการมิใช่ผู้ที่อ้างสิทธิในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น หากแต่เป็นผู้เรียบเรียง จัดพิมพ์ และเผยแพร่จุดยืนของฝ่ายราชการ ข้าราชการจึงไม่ได้รับการคุ้มครองในส่วนของสิทธิเกี่ยวกับความลับทางการ โทรคมนาคม หากมีการใช้โทรศัพท์ติดต่อราชการ ข้าราชการไม่สามารถอ้างสิทธิในการชุมนุม เพื่อปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ในส่วนที่ตนรับผิดชอบได้ ทั้งยังไม่สามารถต่อรองเรียกร้องกับหน่วยราชการด้วยการทำหน้าที่เท่าที่จำเป็น หรือทำงานแบบถ่วงเวลาได้

(2) ส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตัวข้าราชการกับส่วนราชการ

ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตัวข้าราชการกับส่วนราชการนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วางแนวไว้ว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการโดยวินัยข้าราชการนั้น เป็นเงื่อนไขที่ขาดไม่ได้สำหรับการที่ฝ่ายปกครองจะทำหน้าที่ดูแลและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งแม้ข้าราชการจะมีสิทธิในการรวมกลุ่มกันเป็นสหภาพ แต่ก็ไม่สามารถหยุดงานประท้วงหรือกระทำการอย่างอื่นทำนองนั้นได้ นอกจากนี้แล้วยังถูกจำกัดในส่วนของเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น แต่อย่างไรก็ตามการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการก็อาจมีความแตกต่างกันไป

(3) ส่วนที่เป็นเรื่องส่วนตัว

แม้ตำแหน่งหน้าที่กับความเป็นส่วนตัวในบางกรณีก็ไม่อาจแยกออกจากกันได้ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาก็คือ ประโยชน์ของทางราชการและประโยชน์ของส่วนรวมจะต้องเป็นหลักเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้พิพากษาย่อมเป็นที่คาดหวังของประชาชนที่จะต้องเป็นผู้ที่ทรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง จึงต้องละเว้นการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางการเมือง ยิ่งกว่าข้าราชการฝ่ายอื่น ๆ นอกจากนี้แล้วข้าราชการและผู้พิพากษายังมีหน้าที่ต้องรักษาความลับของทางราชการ ตลอดอายุการรับราชการและมีความผูกพันต่อไปแม้จะออกจากราชการไปแล้ว และจะเปิดเผยความลับดังกล่าวต่อหน่วยราชการอื่นหรือแม้แต่ต่อศาลก็ไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาต้นสังกัด นอกจากนี้แล้ว ข้าราชการยังมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาไว้ ซึ่งรัฐธรรมนูญ และปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ตามที่ได้สาบานตนก่อนเข้ารับราชการอีกด้วย

⁶⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ข เล่มเดิม. หน้า 156-157.

3) ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อหลักความเสมอภาค

เนื่องจากสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ฝ่ายตุลาการจะต้องให้ความเคารพและรู้จักที่จะนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานมาใช้ด้วยตนเอง หากฝ่ายตุลาการไม่กระตือรือร้นในส่วนนี้ก็จะหวังให้สิทธิขั้นพื้นฐานเข้าไปมีผลในระบบกฎหมายอย่างแท้จริงคงจะเป็นไปได้ยาก ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการคุ้มครองสิทธิในการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาตัดสินของศาล ตามมาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน ได้มีส่วนช่วยเป็นอย่างมากให้ศาลต้องตื่นตัวในเรื่องนี้โดยอาศัยมาตราดังกล่าว ซึ่งประชาชนสามารถฟ้องหน่วยราชการเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของตนเป็นคดีต่อศาลได้ทุกเรื่อง ทั้งนี้ องค์กรตุลาการนั้นจะต้องมีความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพที่ได้มีการบัญญัติรับรองตามรัฐธรรมนูญใน 2 ลักษณะ ดังนี้⁶⁵

(1) องค์กรตุลาการไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่จะต้องทำหน้าที่ตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารหรือองค์กรฝ่ายปกครองว่าได้ดำเนินการอันเป็นการขัดต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่

(2) องค์กรตุลาการเองก็ต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพด้วย นั่นคือองค์กรตุลาการก็ต้องถูกผูกพันที่ไม่อาจจะดำเนินการอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพด้วย

ดังนั้น การละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของศาลหรือองค์กรตุลาการนั้น จึงอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีแรกและกรณีที่สอง โดยกรณีแรก ก็คือหากมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพในคดีที่ศาลพิจารณา แต่ศาลกลับพิจารณาว่าไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพ หรือกรณีที่สองซึ่งเป็นกรณีที่ศาลเองที่ใช้หรือตีความกฎหมายขัดกับสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

2.1.2.5 ความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญ

ความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญ หมายถึง การเสมอภาคในกฎหมายและเสมอภาคในการมีส่วนร่วมในการจัดการบ้านเมือง แต่หาได้หมายความว่าเสมอภาคในฐานะความเป็นอยู่ของบุคคลไม่ ทั้งนี้ ความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญ อาจจำแนกได้ 4 ประการ ดังนี้⁶⁶

1) ความเสมอภาคในกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลใดจะมีฐานะอันครุศักดิ์โดยกำเนิดก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นก็ดี ไม่ทำให้บุคคลนั้นเกิดเอกสิทธิ์อย่างใดเลย

⁶⁵ บุญศรี มีวงษ์ โฆษ ข เล่มเดิม. หน้า 158-159.

⁶⁶ มานิตย์ จุมปา. (2540). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540*. หน้า 32.

2) ความเสมอภาคในการยุติธรรม กล่าวคือ ศาลยุติธรรมมีอำนาจที่พิจารณาพิพากษา อรรถคดีของประชาชนได้ทั่วถึงกัน ผู้ใดจะร้องขอให้ตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาโดยเฉพาะแต่คดีของตนไม่ได้

3) ความเสมอภาคในการเข้ารับราชการ กล่าวคือ บุคคลทุกคนที่มีคุณสมบัติครบถ้วน ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนกำหนดไว้ มีความเสมอภาคที่จะสมัครเข้ารับราชการได้ โดยปกติจะมีการจัดสอบแข่งขัน ผู้ใดสอบได้คะแนนสูงเป็นที่หนึ่ง ผู้นั้นก็มีสิทธิจะได้รับบรรจุก่อน ถ้ามีตำแหน่งว่างจะบรรจุได้หลายคน ก็เอาผู้ที่ได้คะแนนรองลงมาเข้ารับราชการตามลำดับ

4) ความเสมอภาคในการรับแบ่งภาระของประเทศ

(1) ความเสมอภาคในการเสียภาษี พลเมืองทุกคนมีความเสมอภาคในการช่วยเหลือ การใช้จ่ายของประเทศตามฐานะของบุคคลนั้น ๆ ซึ่งอาจจะมากบ้าง น้อยบ้างตามจำนวนเงินรายได้ เป็นรายบุคคลไป

(2) ความเสมอภาคในการรับราชการทหาร ชายฉกรรจ์ทุกคนอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไป จะต้องเข้ารับราชการทหารประจำการ โดยทั่วหน้ามีหน้าที่กำหนดก็ปีกลี้แล้วแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร จะได้กำหนดไว้เป็นครั้งคราว เว้นแต่บุคคลทุพพลภาพ พิการ หรือพระภิกษุในพระพุทธศาสนาที่มี สมณศักดิ์ เป็นต้น จึงไม่ต้องเข้ารับราชการทหาร

2.1.3 เสรีภาพในการประกอบอาชีพ

สิทธิในมาตรฐานการดำรงชีวิต เป็นปัจจัยจำเป็นขั้นพื้นฐานในการมีชีวิตของมนุษย์ หากปราศจากสิทธิเหล่านี้ชีวิตของมนุษย์ก็ไม่อาจจะดำรงอยู่ได้ ซึ่งประกอบด้วย อาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การศึกษา สุขภาพ โดยแท้จริงแล้วสิทธิที่ได้รับมาตรฐานการดำรงชีวิตเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนสมควรได้รับจากรัฐและสังคมเพื่อสนองตอบความจำเป็นขั้นพื้นฐาน เพื่อให้ประชาชนทุกคนสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างสมคุณค่าความเป็นมนุษย์⁶⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการประกอบอาชีพถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งเพื่อให้การดำรงชีวิตนั้นอยู่รอดต่อไป อันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติของมนุษย์ตั้งแต่กำเนิด เนื่องจากมนุษย์เป็นสัตว์ประเภทหนึ่งที่ต้องการอาหารเพื่อการอยู่รอด ต้องดื่มน้ำ ต้องหายใจ และต้องมีชีวิตอยู่เพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากภัยที่เกิดจากมนุษย์ด้วยกัน หรือสัตว์ร้าย และจากโรคภัยไข้เจ็บ แต่สิทธิธรรมชาติในเบื้องต้นก็คือสิทธิที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งชีวิตเพื่อตอบสนองต่อความจำเป็นทางชีวภาพดังกล่าวมาเบื้องต้น หากการประกอบอาชีพเพื่อเลี้ยงชีวิตให้

⁶⁷ ศูนย์ศึกษาและพัฒนาสันติวิธี มหาวิทยาลัยมหิดล. (2549). รายงานการศึกษาสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ตามกรอบรัฐธรรมนูญในบริบทของสังคมไทย และมาตรฐานสากลระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน. หน้า 99.

อยู่รอดโดยสุจริตไม่สามารถกระทำได้แล้ว ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในการประกอบอาชีพอันถือเป็นสิทธิตามธรรมชาติ และเป็นสิทธิขั้นมูลฐานที่สำคัญของมนุษย์⁶⁸

อย่างไรก็ตามการเข้าถึงบริการสาธารณะก็เป็นสิทธิของบุคคล ในส่วนของการเข้ารับราชการในหน่วยงานต่างๆ ของรัฐก็เป็นสิทธิในการประกอบอาชีพ ทั้งนี้สิทธิในการประกอบอาชีพเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในการที่จะมีโอกาสในการหาเลี้ยงชีพของตนเอง สิทธิในการทำงานประกอบด้วย สิทธิของบุคคลที่จะได้รับการว่าจ้างทำงาน หมายถึงการได้รับโอกาสอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ และสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกลิดรอนจากการว่าจ้างโดยพลการ⁶⁹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการประกอบอาชีพไว้ มาตรา 30 ซึ่งกำหนดให้ “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ...การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคลจะกระทำมิได้ จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องความเสมอภาคเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดเพื่อคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความแตกต่างในด้านต่างๆ อย่างเท่าเทียมกับบุคคลอื่นๆ ในสังคม ทั้งนี้การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยรัฐธรรมนูญมาตรา 43 รับรองเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจำกัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน อย่างไรก็ตามในการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพนั้น สามารถทำได้เท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายมีลักษณะจำกัดสิทธิบุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาของศาลในการรับราชการ ซึ่งจะได้นำเสนอในส่วนที่เกี่ยวข้องปัญหาการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการต่อไป

⁶⁸ ลิจิต ธีรเวคิน, *สิทธิในการประกอบอาชีพ*, สืบค้นเมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2555, จาก

http://www.dhiravegin.com/detail.php?item_id=000431

⁶⁹ ศูนย์ศึกษาและพัฒนาสันติวิธี มหาวิทยาลัยมหิดล, เล่มเดิม, หน้า 49.

2.1.4 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

George Burdeau กล่าวว่า เสรีภาพถ้าไม่มีขอบเขตจำกัด สภาวะอนาธิปไตย (Anarchie) จะเกิดขึ้นดังเช่นเมื่อครั้งมนุษย์ยังอยู่ในสังคมป่าเถื่อน เพราะทุกคนจะใช้เสรีภาพอย่างเต็มที่และกระทบต่อชีวิต ทรัพย์สิน ร่างกายผู้อื่น จนทำให้ผู้แข็งแรงเท่านั้นที่อยู่ในสังคมได้ผู้อ่อนแอต้องตกเป็นทาส และถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพจนหมด การมีเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตจึงเป็นเหตุใหญ่ให้เกิดการใช้เสรีภาพ การเข้ามารวมกันเป็นสังคมยอมรับอำนาจการเมืองเหนือตนเป็นรูปแบบการปกครองต่าง ๆ ก็เพื่อให้อำนาจสูงสุดนั้นสูงเหนือทุกคน เป็นกรรมการคอยรักษากติกาไม่ให้ผู้เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตตรงแก่ผู้อ่อนแอกว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยรัฐจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นและมีอาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะเป็นการปกป้องคุ้มครองไม่ให้รัฐและผู้อื่นมาล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของเรา⁷⁰

Karl August Bettermann ได้อธิบายว่า การที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพบางเรื่องอยู่ภายใต้เงื้อมมือของกฎหมาย หรือมิได้กำหนดขอบเขตในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างชัดเจนก็ดี กรณีย่อมมิได้หมายความว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นไม่อาจจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ เพราะตามหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) แล้ว ไม่มีเสรีภาพใดที่ได้รับการรับรองโดยปราศจากขอบเขต เพราะสาระแห่งเสรีภาพก็คือพฤติกรรมระหว่างมนุษย์ด้วยกัน เนื่องจากขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพมีทั้งการจำกัดขอบเขตในลักษณะที่เป็นลายลักษณ์อักษรและในลักษณะที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างของขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพ เช่น สิทธิของบุคคลอื่น ศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อห้ามในการใช้สิทธิในทางไม่ชอบ ความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ หลักพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ และการดำรงอยู่ของรัฐ เป็นต้น⁷¹

โดยลักษณะของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่ปรากฏตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน อาจอยู่ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้⁷²

ประเภทแรก สิทธิและเสรีภาพบางประเภทอาจเป็นสิทธิบริบูรณ์ (Absolute rights) ซึ่งหมายความว่า เป็นสิทธิเด็ดขาดไม่อาจถูกจำกัดได้

ประเภทที่สอง สิทธิและเสรีภาพบางประเภทอาจเป็นสิทธิสัมพัทธ์ (Relative rights) หรือสิทธิมีเงื่อนไข (Qualified rights) ซึ่งหมายความว่ามิใช่สิทธิเด็ดขาด แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื้อมมือหรือข้อจำกัดบางประการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเป็นกรอบไว้

⁷⁰ เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์. (กันยายน – ธันวาคม 2544). “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ.”

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, 3(9). หน้า 29.

⁷¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 216.

⁷² บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. เล่มเดิม. หน้า 647-648.

ประเภทที่สาม สิทธิและเสรีภาพบางประเภทอาจเป็นสิทธิที่จำกัด (Restricted rights) ซึ่งหมายความว่า อาจถูกจำกัดได้เสมอและค่อนข้างง่ายมาก การจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้อาจทำได้โดยกฎหมาย และเป็นกฎหมายประเภทใดก็ได้

ซึ่งในการศึกษาถึงหลักการพื้นฐานในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญนี้ ได้ศึกษาถึงหลักในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย พอสรุปรายละเอียดได้ดังนี้

2.1.4.1 บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาจากแนวความคิดในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว จะพบว่าองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรอื่นที่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติ จะต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญ⁷³ ได้แก่ ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง รวมทั้งต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น และต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องกระทำเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้⁷⁴ ซึ่งจำแนกอธิบายได้ดังนี้

1) ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดหลักประกันความมั่นคงแห่งสิทธิและเสรีภาพไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้น จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะให้มีการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด กล่าวคือ จะต้องไม่ตราบทบัญญัติให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางด้านสถานะของบุคคล รวมทั้งฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม นอกเหนือจากคุณวุฒิ และความรู้ความสามารถ มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการหรือการดำรงตำแหน่ง ซึ่งอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนในสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ โดยกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง รวมทั้งต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย และให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 29.

⁷⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. เล่มเดิม. หน้า 506.

โดยการใช้อำนาจนิติบัญญัติมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะต้องมีการวางกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไปและต้องไม่ระบุตัวบุคคลเพราะถือว่ากฎหมายที่ตราออกมาจากตัวแทนของประชาชนนั้นต้องใช้บังคับกับประชาชนทุก ๆ คน⁷⁵ โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป อันเนื่องมาจากไม่ต้องการให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองเองในรูปของกฎหมาย⁷⁶ อันเป็นการล่วงล้ำเข้ามาในเขตแดนอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร และยังเป็น การคุ้มครองประชาชนไม่ให้รัฐใช้อำนาจตรากฎหมายโดยเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเป็นการเฉพาะขึ้น ซึ่งหากพิจารณากฎหมายที่มีผลทั่วไปย่อมเป็นหลักประกันสิทธิในความเสมอภาคและความเท่าเทียมในผลของกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เหมือนกัน การปฏิบัติที่เหมือนกันนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความยุติธรรม และเป็นการค้ำประกันความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และเนื่องจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีความผูกพันต่อหลักความเสมอภาคในการตราบทบัญญัติขึ้นมาให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

2) ต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จะต้องผ่านการยินยอมหรือการบัญญัติออกมาจากประชาชนอันเป็นไปตามหลักสัญญาประชาคม (Social contract) ของฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) ที่ตัวแทนของประชาชนในรัฐสภาตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แสดงให้เห็นว่าประชาชนได้ยินยอมให้ตัวแทนของตนตรากฎหมายดังกล่าวมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยฝ่ายบริหารจะออกกฎข้อบังคับใด ๆ มาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ เว้นแต่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราบทบัญญัติมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารตรากฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ด้วยเหตุดังกล่าวจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องผ่านการบัญญัติและรับรองโดยองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชน⁷⁷ ที่มาจากเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนเท่านั้น และเมื่อกฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนแล้ว กฎหมายเท่านั้นที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของแต่ละคนได้⁷⁸ ซึ่งการจำกัด

⁷⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 34.

⁷⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (มิถุนายน 2542), “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตรฐาน” ในการควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” *วารสารนิติศาสตร์*. 2(30). หน้า 191.

⁷⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 33.

⁷⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 70.

สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทำได้อีกแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากพิจารณาตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่าได้กำหนดให้กฎหมายที่จะมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนด และกฎหมายตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ นอกจากนี้แล้วไม่ใช่บทบัญญัติกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ ส่วนพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือระเบียบข้อบังคับทั้งหลาย หากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้อำนาจไว้ ย่อมไม่อาจที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลได้⁷⁹

การตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องอ้างหรือระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้ในกฎหมายฉบับนั้นด้วย ซึ่งเป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่อให้องค์กรนิติบัญญัติตระหนักเสมอว่ากำลังตรากฎหมายล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน เพื่อที่องค์กรนิติบัญญัติจะได้ตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพเฉพาะที่ตนต้องการจริง ๆ เท่านั้น และเพื่อเป็นเครื่องมือช่วยในการใช้และการตีความกฎหมายด้วยในการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะต้องระบุเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องและให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรานี้ไม่อาจใช้บังคับกับกฎหมายที่ล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งได้ตราขึ้นก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้แต่อย่างใด⁸⁰ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนในการตรวจสอบว่าองค์กรนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายดังกล่าวหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งหากไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์นี้แล้ว กฎหมายดังกล่าวย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับมิได้⁸¹

ทั้งนี้ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2542 เห็นชอบกับการกำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้⁸² และรัฐสภาได้พัฒนารูปแบบการร่างพระราชบัญญัติที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยกำหนดให้มีการระบุมাত্রาของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้ในคำปรารภของพระราชบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดแนวทางการตรากฎหมายโดยการอ้างบทอาศัยอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมาย ได้กระทำเฉพาะกฎหมายที่จะมี

⁷⁹ บุญศรี มีวงศ์โฆษ ก เล่มเดิม. หน้า 236.

⁸⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 193.

⁸¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 35.

⁸² หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0204/ว 25 ลงวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2542

การแก้ไขหรือกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่เท่านั้น⁸³

3) ต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นกรอบรับรองไว้นี้มีหลักการสำคัญอยู่ว่าจะจำกัดสิทธิมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ได้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ แต่ก็มีได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญจะมุ่งให้ความคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมบูรณ์ (Absolute) แต่ได้มุ่งคุ้มครองอย่างสัมพัทธ์ (Relative) มากกว่า ซึ่งการพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นจะมีผลทำให้สารัตถะของสิทธิได้รับความกระทบกระเทือนหรือไม่ จึงต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ซึ่งเมื่อได้ชี้แจงน้ำหนักของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนแล้ว จึงจะตอบได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งถึงแม้ว่าองค์การของรัฐจะตรากฎหมายอันมีผลกระทบกระเทือนแก่นของสิทธิก็ตาม แต่ถ้าการกระทบกระเทือนแก่นของสิทธินั้นยังสอดคล้องกับหลักความพอสมควรเหตุอยู่ และกฎหมายนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อประโยชน์ของส่วนรวม ย่อมไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติดังกล่าว และการตรากฎหมายในลักษณะใด จะถึงขนาดที่เรียกได้ว่ากระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ จะต้องพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพไป ไม่อาจให้คำนิยามเพื่อใช้กับสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทได้⁸⁴ อนึ่ง หากกฎหมายใด แม้ตามรูปแบบแล้วจะเป็นกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนก็ตาม แต่หากในความเป็นจริง เนื้อหากฎหมายที่ตราขึ้นนั้น กฎหมายใดเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพที่มีลักษณะเป็นการล่วงล้ำเข้าไปกระทบ “แก่น” (Core) หรือ “สารัตถะ” (Essence) ของสิทธิหรือเสรีภาพแล้ว กฎหมายนั้นย่อมมีผลเช่นเดียวกันกับกฎหมายที่ตัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง⁸⁵ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญอาจบัญญัติโดยชัดแจ้งยกเว้นมาตรการที่อาจถือได้ว่า

⁸³ มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย. รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ “เรื่อง กฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ.” หน้า 2.

⁸⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 190.

⁸⁵ กฤษณ์ วสินนท์ ก. (2547). “เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมในระบบกฎหมายไทย: การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม โดยฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.” *วารสารกฎหมาย*. 1(23). หน้า 72.

กระทบกระเทือนสารัตถะแห่งสิทธิให้เป็นมาตรการที่ใช้บังคับได้ เพื่อเป็นการตัดปัญหาการตีความ⁸⁶

2.1.4.2 หลักความพอสมควรแก่เหตุ⁸⁷

หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)⁸⁸ หรือหลักความสมควรแก่เหตุ (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)⁸⁹ หรือหลักความจำเป็นพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักสัดส่วนในการใช้อำนาจ (Verhältnismaessigkeit) ซึ่งเป็นหลักการของหนึ่งของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)⁹⁰ หรือหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ (Uebermassvebot) หรือหลักความได้สัดส่วน (Der Grundsatz der Verhältnismaessigkeit) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ (Uebermassvebot) ซึ่งเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตามหลักกฎหมายของเยอรมันนั้นถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง มิใช่เฉพาะแต่ในเยอรมัน แต่ยังรวมถึงออสเตรีย ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ และประเทศอื่น ๆ นอกจากนี้ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจากสหภาพยุโรปนั้น จะเห็นว่าเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักในทางกฎหมายที่สำคัญโดยมีลำดับชั้นในระดับรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักการที่มุ่งหมายประการสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ และเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁹¹

Klaus Stern ได้อธิบายว่า ภาระหน้าที่หลักของหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะการจำกัดการแทรกแซงของอำนาจเท่านั้น แต่หากตีความจากหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างถูกต้องแล้ว นอกจากจะเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจแล้ว ยังถือว่าเป็นเกณฑ์มาตรฐานที่เป็นสาระสำคัญในการควบคุมตรวจสอบ

⁸⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 191.

⁸⁷ วิษยานุวัฒน์ ใช้คำว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุในการอธิบายตลอดทั้งเล่ม โดยให้หมายความรวมไปถึงหลักความจำเป็นพอสมควรแก่เหตุ, หลักความสมควรแก่เหตุ, หลักความได้สัดส่วน, หลักสัดส่วนในการใช้อำนาจ, หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น, หลักพอสมควรแก่เหตุ, หลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ."

⁸⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 187.

⁸⁹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. หน้า 261.

⁹⁰ สมยศ เชื้อไทย ก เล่มเดิม. หน้า 42.

⁹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 268-269.

รัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว และมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำในการปกครองทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำในทางปกครองที่เป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพซึ่งศาลปกครองได้นำความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบของการกระทำในทางปกครองมาเป็นเวลายาวนานแล้ว⁹² เนื่องจากหลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในกฎหมายมหาชน อันมีที่มาจากหลักนิติรัฐที่ได้กำหนดให้การกระทำทุกอย่างขององค์กรของรัฐต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย⁹³

หลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อความยุติธรรมนั้น ได้มีการค้นพบว่ามีการบัญญัติเป็นกฎหมายมาตั้งแต่ในสมัยของกฎหมายโรมันแล้ว และต่อมาได้ค้นพบหลักดังกล่าวในกฎหมายอาญา แต่การยอมรับหลักความพอสมควรแก่เหตุที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเกิดขึ้นนับตั้งแต่ได้มีการนำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายของแผ่นดินแห่งรัฐปรัสเซีย (Allgemeines Landrecht Fuer die Preussischen Staaten) ตามมาตรา 10 วรรคสอง ของกฎหมายตำรวจ โดย C.G. Svarez เห็นว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นรากฐานของกฎหมายมหาชน ซึ่งมีสาระสำคัญว่ารัฐนั้นมีสิทธิที่จะจำกัดเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้เท่าที่เป็นความจำเป็นเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้เสรีภาพและความมั่นคงของทุกคนสามารถที่จะดำรงอยู่ได้ โดย Svarez เห็นว่าหลักการดังกล่าวเป็นการแสดงออกถึงความมีเหตุผลและเป็นส่วนหนึ่งของปรัชญาในยุคความรุ่งโรจน์ทางปัญญา การที่หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายตำรวจของปรัสเซีย นั้น ถือว่าเป็นเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดอำนาจในการแทรกแซงของตำรวจตามความเข้าใจในทางตำราและในคำพิพากษาของศาลในเวลาต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งของศาลปกครองปรัสเซียและของซัคเซิน (Sachsen) ถือกันว่าเป็นหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักห้ามกระทำเกินกว่าเหตุ ซึ่ง G.H. Von Berg เป็นบุคคลแรกที่ได้กล่าวอย่างชัดเจนถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุสำหรับการกระทำของตำรวจ ส่วน O.Mayer ซึ่งถือว่าเป็นบิดากฎหมายปกครองของเยอรมัน ได้เขียนถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุภายหลังจากที่ G.H. Von Berg ได้กล่าวไว้เกือบ 100 ปีต่อมา โดยได้กล่าวไว้ว่าการกระทำของตำรวจนั้นจะต้องมีพื้นฐานมาจากกฎหมายและต้องกระทำตามความจำเป็นและจะต้องมีความพอสมควรแก่เหตุ แต่หากไม่คำนึงถึงการกำหนดไว้ในลักษณะของกฎหมายบัญญัติปกครองแล้ว ถือว่าความคิดในเรื่องหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลานานแล้ว⁹⁴

⁹² อ้างแล้ว. หน้า 270.

⁹³ ดิเรก ควรสมาคม. (2553). *กฎหมายมหาชน: แนวประยุกต์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 125.

⁹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 271-272.

ในทางคำรำนั้นต่างยอมรับคุณค่าของหลักความพอสมควรแก่เหตุว่าอยู่ในระดับรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีบางความเห็นที่ปฏิเสธการยอมรับดังกล่าว การผลักดันที่สำคัญสำหรับการวางหลักดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเกิดจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญครั้งแรกนั้น เป็นความพยายามของศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรีย ซึ่งได้วินิจฉัยมาตรา 89 ของรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรียที่ได้บัญญัติให้มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรียได้เคยวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องตรวจสอบกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ในปี ค.ศ.1955 เป็นครั้งแรกที่มีความชัดเจนต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยมีหลักว่ากฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่ละเมิดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุเท่ากับเป็นการละเมิดต่อหลักนิติรัฐ แต่ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรียได้นำหลักนิติรัฐ (มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญของบาวาเรีย) มาประกอบการพิจารณากับหลักประกันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแล้วได้สรุปว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจละเมิดหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ และตั้งแต่นั้นมาการอ้างถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐก็ได้รับการยืนยันมาโดยตลอด⁹⁵

นอกจากนี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุยังมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง สาระสำคัญประการหนึ่งของการตรวจสอบความชอบของการใช้ดุลพินิจคือ ตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจนั้นขัดแย้งกับสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักทั่วไปของกฎหมายปกครองหรือไม่ ซึ่งหมายความรวมถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย ในกรณีนี้จะต้องพิจารณาถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นพิเศษ เช่น ในกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองใด โดยมีเงื่อนไขในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นว่า หากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ในกรณีนี้การจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเจ้าหน้าที่ยังต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ ด้วย เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตในการสร้างโรงงานซึ่งมีการสร้างเสร็จแล้ว แต่เงื่อนไขบางประการยังมีได้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด ในกรณีการจะเพิกถอนใบอนุญาตหรือไม่นั้น จะต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเพิกถอนว่า การเพิกถอนนั้นสอดคล้องกับความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ โดยตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมันถือได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญ แต่มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และมีสถานะเป็น หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป ซึ่งมีลำดับชั้นในระดับของรัฐธรรมนูญโดยมีที่มาจากหลักนิติรัฐ (Rechtstaatsprinzip) ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงมีผลใช้บังคับกับการกระทำของรัฐทุกประเภท โดยถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบ

⁹⁵ แหล่งเดิม .

ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน นอกเหนือจากนี้แล้วหลักความพอสมควรแก่เหตุยังมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่⁹⁶

ทั้งนี้ กฎหมายที่จะมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนอกจากจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว จะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งประกอบด้วย การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความเหมาะสม การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความจำเป็น และการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ⁹⁷ โดยสรุปรายละเอียดได้ดังต่อไปนี้

1) หลักประโยชน์สาธารณะ

การพิจารณาจากเหตุผลในการจำกัดสิทธิเพื่อประโยชน์สาธารณะ อาจจำแนกอธิบายได้ 3 กรณี ได้แก่ ความหมายของหลักประโยชน์สาธารณะ ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ และประเภทของประโยชน์สาธารณะ ดังต่อไปนี้

(1) ความหมายของหลักประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) เป็นนิติสมบัติ (Rechtsgut) หรือคุณธรรมทางกฎหมายของกฎหมายมหาชน คือ เป็นวัตถุประสงค์หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองป้องกัน เช่นเดียวกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายอาญาต้องการคุ้มครอง ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะคือประโยชน์ส่วนรวมของทุก ๆ คน ไม่ใช่ประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง (Private Interest) โดยเฉพาะเจาะจง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ความต้องการร่วมกันของคนในสังคมนั่นเอง⁹⁸ กล่าวคือ ความต้องการความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ความต้องการความกินดีอยู่ดีทั้งในทางกายภาพและทางจิตใจ ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินที่ดี ความกินดีอยู่ดีทั้งในทางกายภาพและทางจิตใจที่ดี ของราษฎรแต่ละคนจะมีได้ก็ต่อเมื่อประเทศมีความมั่นคงปลอดภัยจากการรุกรานของต่างชาติ มีความสงบเรียบร้อยภายใน มีความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และความเจริญรุ่งเรืองทางศิลปวิชาการด้านต่าง ๆ ดังนั้น ความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยภายใน ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และความเจริญรุ่งเรืองทางศิลปวิชาการด้านต่างๆ จึงเป็นประโยชน์สาธารณะ อนึ่ง พึงระลึกไว้เสมอว่าประโยชน์สาธารณะมิใช่ผลรวมของความปรารถนาและความต้องการของราษฎรแต่ละคนเสมอ

⁹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 280-284.

⁹⁷ บุญศรี มีวงศ์โฆษ. เล่มเดิม. หน้า 506.

⁹⁸ สมยศ เชื้อไทย ค เล่มเดิม. หน้า 35.

ไป ประสบการณ์แสดงให้เห็นอยู่เนือง ๆ ว่าประโยชน์บางประการของราษฎรบางครั้งก็เป็น ปฏิบัติกับประโยชน์สาธารณะ และราษฎรสามารถกระทำการที่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์ สาธารณะได้ ในทำนองเดียวกันเราจะต้องไม่เข้าใจว่าประโยชน์สาธารณะคือสิ่งเดียวกันกับนโยบาย การบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลคณะใดคณะหนึ่ง เนื่องจากรัฐบาลอาจจะมีความคิดเรื่อง ประโยชน์สาธารณะผิดไป โดยอาจกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินผิดพลาด และอาจนำ ราษฎรนำไปสู่ความวิบัติล่มจมก็ได้ ซึ่งการที่จะถือว่าความปรารถนาและการกระทำของรัฐบาลคือ การแสดงซึ่งผลประโยชน์สาธารณะทุกกรณีไป โดยไม่คำนึงถึงผลที่เกิดหรือเกิดขึ้นแก่สังคม นับว่า เป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง⁹⁹

ส่วนในพจนานุกรมศัพท์กฎหมายมหาชน (ฝรั่งเศส-ฝรั่งเศส) ของ Philippe Foillard ได้ ให้คำจำกัดความของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” (Intérêt général) ไว้ว่า ได้แก่ “ข้อพิพาทข้อแรก ของกิจกรรมของฝ่ายปกครอง” โดยได้อธิบายไว้ว่า หน้าที่หลักของฝ่ายปกครอง คือ การจัดทำ กิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” มิใช่เพื่อประโยชน์ของเอกชนรายหนึ่งรายใด กิจกรรมเหล่านี้เรียกว่า “บริการสาธารณะ” ประโยชน์สาธารณะจึงถือเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งของ กฎหมายปกครองและเป็นสิ่งที่น่าสนใจในการวางกรอบอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ กิจกรรมที่ได้ดำเนินการโดยเอกชนไม่สามารถจัดได้ว่าเป็น “บริการสาธารณะ” (Service public) หากมิได้จัดทำขึ้นเพื่อสาธารณชนทั่วไป เช่น งานก่อสร้างต่าง ๆ ไม่จัดว่าเป็นงานโยธาสาธารณะ หากมิได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อกิจกรรมใดเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะก็จะอยู่ภายใต้ การบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะพิเศษที่เป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง นั่นคือ อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการใช้นิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือบุคคลทั่วไป รวมทั้งอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หรือการเวนคืน เป็นต้น¹⁰⁰

(2) ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ ตามกฎหมายมหาชน มีลักษณะดังต่อไปนี้¹⁰¹

- ก) ประโยชน์สาธารณะ คือ การตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่มากกว่าที่ไม่ใช่ ผู้ดำเนินการนั้น ๆ เอง
- ข) ผู้ที่จะบอกว่าจะอะไรคือประโยชน์สาธารณะ โดยหลักก็คือรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนกับศาล

⁹⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ค เล่มเดิม, หน้า 15.

¹⁰⁰ นันทวัฒน์ บรรณานันท์ ก (2547). ความหมายของประโยชน์สาธารณะ. สืบค้นเมื่อ 25 สิงหาคม 2554, จาก <http://www.pub-law.net/Publaw/view.aspx?ID=461>

¹⁰¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ค (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (ที่มาและนิติวิธี). หน้า 334.

ค) เมื่อเป็นประโยชน์สาธารณะแล้วฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่ต้องตอบสนอง จะเลือกใช้ดุลพินิจว่าจะทำหรือไม่ทำก็ได้ ย่อมไม่ได้

ง) สำหรับขอบเขตของ “ประโยชน์สาธารณะ” นั้นกว้างมาก ซึ่งรัฐสภาจะกำหนดในกฎหมายต่าง ๆ

นอกจากนี้ อาจพิจารณาลักษณะของ “ประโยชน์สาธารณะ” ได้ดังนี้¹⁰²

ก) พิจารณาตามความหมายของ “ประโยชน์สาธารณะ” คือ การดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม มิใช่เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ดำเนินการนั่นเอง หรืออาจกล่าวได้ว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นความต้องการของบุคคลแต่ละคนที่ตรงกันและมีจำนวนมากจนเป็นคนหมู่มากหรือเป็นคนส่วนใหญ่ของสังคมจนความต้องการนั้น ถูกยกระดับให้เป็นประโยชน์สาธารณะ

ข) การพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่หรือเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ จำเป็นจะต้องมีองค์ประกอบหนึ่งเป็นผู้กำหนดว่าเรื่องใดเป็นประโยชน์สาธารณะ โดยทั่วไปถือได้ว่าแค่ รัฐสภา เนื่องจากเหตุผลว่ารัฐสภาเป็นศูนย์รวมของผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนทั่วประเทศ ด้วยเหตุนี้ จึงถือว่าเรื่องใดที่รัฐสภาพิจารณาแล้วย่อมถือเป็นความต้องการของประชาชนด้วย กล่าวคือ ผู้แทนของประชาชนได้แสดงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนในกรณีนั้น ๆ แล้ว ดังนั้น หากรัฐสภาได้ตรากฎหมายให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจดำเนินการในเรื่องใด เรื่องนั้นก็ถือเป็นการตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่หรือเป็นประโยชน์สาธารณะ นั่นเอง

ค) เป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคม โดยไม่อาจจะเลือกใช้ดุลพินิจว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการในเรื่องที่เป็นประโยชน์สาธารณะ และถ้าเป็นกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราออกมาให้อำนาจเพื่อดำเนินการแล้ว หากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการย่อมเป็นการอันมิชอบ และอาจจะต้องรับผิดชอบเรื่องค่าเสียหาย หากมีเอกชนได้รับความเสียหายจากการไม่ดำเนินการนั้น ลักษณะดังกล่าวเป็นความแตกต่างระหว่างอำนาจในกฎหมายมหาชนกับสิทธิในกฎหมายเอกชน กล่าวคือ สิทธิในกฎหมายเอกชนนั้นเจ้าของสิทธิอาจจะงดเว้นไม่ใช้สิทธิของตนก็ได้ แต่อำนาจในกฎหมายมหาชนไม่ใช้สิทธิ ด้วยเหตุนี้ในเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการฝ่ายปกครอง จึงไม่อาจจะอ้างได้ว่าเป็นสิทธิของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้อำนาจนั้น

¹⁰² ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2551). ลักษณะทางกฎหมายมหาชนของประโยชน์สาธารณะ. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 2555, จาก http://www.archanpoo.net/index.php?option=com_content&view=article&catid=2%3Answer&id=26%3Aquestion-8&Itemid=4

(3) ประเภทของประโยชน์สาธารณะ

การแยกประเภทของประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนนั้น จะแยกโดยไม่เพ่งเล็งถึงวัตถุประสงค์ว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์แก่มหาชนหรือไม่ แต่จะพิจารณาในแง่ของผู้รับประโยชน์ กล่าวคือ เป็นประโยชน์แก่บุคคลทั่วไปหรือเป็นประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ถ้าเป็นประโยชน์เฉพาะบุคคลที่กฎหมายรับรองไว้ก็กลายเป็นสิทธิทางมหาชน เพราะสิทธิก็คือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้นั่นเอง กล่าวคือ¹⁰³

ก) ประโยชน์มหาชนทั่วไป เป็นประโยชน์ทั่วไปแก่เอกชนทุกคน เช่น ประโยชน์จากการป้องกันประเทศโดยกำลังทหาร การรักษาความปลอดภัยภายในโดยตำรวจ หรือประโยชน์จากหลักการคุ้มครองโดยทางภาษี งานมหาชนหรือบริการสาธารณะที่เป็นประโยชน์ทั่วไปนี้อยู่ในลักษณะที่เป็นประโยชน์ทางอ้อม เช่น ประโยชน์จากการคุ้มครองโดยทางภาษี อาจเป็นผลดีแก่พ่อค้าหรือนักอุตสาหกรรมจำนวนมาก แต่ไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดได้รับประโยชน์ โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรงจากการคุ้มครองทางภาษี ประโยชน์ลักษณะทั่วไปนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิโดยตรงแก่เอกชน

ข) ประโยชน์มหาชนเฉพาะ เป็นประโยชน์ที่ตกได้แก่บุคคลเฉพาะเจาะจง ประโยชน์ชนิดนี้ คือ สิทธิทางมหาชนซึ่งมีลักษณะเป็นประโยชน์โดยตรงเฉพาะรายตัวบุคคลเป็นคน ๆ ไป เช่น ประโยชน์จากการจัดการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการย่อมตกอยู่แก่ผู้ศึกษาซึ่งศึกษาอยู่ในโรงเรียนของรัฐ การที่รัฐหรือฝ่ายปกครองก่อให้เกิดประโยชน์ตามความปรารถนาของบุคคลแต่ละคนเหล่านี้ คือ วิธีทางที่จะทำให้ความเป็นอยู่ของประชาชนมีความสะดวกสบาย และมีความเจริญก้าวหน้า จึงต้องนับว่าเป็นงานมหาชนที่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมด้วยในขณะเดียวกัน

ดังนั้น “ประโยชน์สาธารณะ” หรือ “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ล้วนเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับมาตั้งแต่สมัยโรมันจนนำไปสู่การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน ซึ่งกฎหมายเอกชนนั้นเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่กฎหมายมหาชนนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของส่วนรวม หรือผลประโยชน์ของสังคมประเทศชาติโดยรวม ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ผลประโยชน์ของส่วนรวมย่อมมาก่อนผลประโยชน์ส่วนบุคคลเสมอ และด้วยเหตุนี้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ดีหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ดี จึงเป็นเรื่องที่มีความชอบธรรมอย่างยิ่งที่ฝ่ายปกครองจะมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยเหตุผล “เพื่อผลประโยชน์สาธารณะ” หรือ “เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีได้หมายความว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจอาศัยเหตุผลดังกล่าวจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้โดยปราศจากขอบเขต เพราะถึงแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจในเรื่องดังกล่าว แต่การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องอยู่ภายในขอบเขต

¹⁰³ สมยศ เชื้อไทย ค เล่มเดิม. หน้า 37.

ของหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้¹⁰⁴ นอกจากนี้แล้ว การพิจารณาถึงเรื่องขอบเขตของประโยชน์สาธารณะยังจะต้องพิจารณาถึงยุคสมัยด้วย กล่าวคือ ในยุคหนึ่งกิจกรรมหนึ่งอาจไม่ถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ในอีกยุคสมัยหนึ่งกิจกรรมเดียวกันนั้นก็อาจกลับเป็นประโยชน์สาธารณะขึ้นมาได้ เนื่องจากบริบทและความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมนั้นเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยนั่นเอง

2) หลักความเหมาะสม

Pieroth และ Schlink ได้อธิบายในตำราที่มีชื่อ “Grundrechte-Staatsrecht II” ว่าหลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการอันใดอันหนึ่งนั้น ตามความหมายแต่เดิมที่ปรากฏในทางตำราและคำพิพากษานั้น ได้อธิบายไว้ว่ามาตรการที่เหมาะสม คือ มาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก ส่วนการอธิบายตามแนวใหม่ซึ่งได้อธิบายถึงวัตถุประสงค์-วิธีการ-ความสัมพันธ์ (Zweck-Mittel-Relation) นั้น Pieroth และ Schlink ได้อธิบายว่า ความเหมาะสม หมายความว่า สภาพการณ์ซึ่งรัฐได้ทำการแทรกแซงและภายในสภาพการณ์นั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงถือได้ว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม โดยศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่า ความเหมาะสมแต่เพียงบางส่วนนั้นก็เป็นการเพียงพอ ไม่จำเป็นต้องมีความเหมาะสมอย่างสมบูรณ์แต่ประการใด¹⁰⁵

หลักความเหมาะสม เป็นมาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้อง “เหมาะสม” ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ โดยมาตรการที่รัฐใช้จำกัดสิทธิหรือสิทธิของประชาชนกับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้น เมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งมีผลเป็นการล่วงละเมิดแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาว่ามาตรการต่าง ๆ ที่ได้รับการกำหนดขึ้นและตราไว้ในกฎหมายอยู่ในวิสัยที่จะทำให้ผลที่ตนต้องการบรรลุได้หรือไม่ กฎหมายใดก็ตามที่กำหนดมาตรการ ซึ่งเป็นที่ประจักษ์ชัดว่าไม่อาจบรรลุผลที่ต้องการได้อย่างแน่แท้ ย่อมถือว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสม จึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่ากฎหมายใดจะมีความเหมาะสมหรือไม่ จะต้องพึงระลึก

¹⁰⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 214-215.

¹⁰⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 274.

อยู่เสมอว่า องค์กรนิติบัญญัติมีดุลพินิจเฉพาะในการคำนวณหรือคาดคะเนพัฒนาการในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการกำกับดูแลหรือกำหนดทิศทางเศรษฐกิจของประเทศ กฎหมายที่จะถือได้ว่าขัดต่อหลักความเหมาะสมนั้น จะต้องปรากฏว่าองค์กรนิติบัญญัติใช้ดุลพินิจตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคาดคะเนพัฒนาการในอนาคตและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกฎหมายนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจน หากปรากฏแต่เพียงว่ากฎหมายนั้นใช้ไปแล้วไม่เหมาะสมในอันที่จะบรรลุผลที่ต้องการ ย่อมไม่เป็นเหตุที่จะพอฟังได้ว่า กฎหมายฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁰⁶

3) หลักความจำเป็น

หลักความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการล้วนแต่ชอบด้วยความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ แต่ที่ว่ามาตรการเหล่านี้มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ความคิดที่อยู่เบื้องหลังหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายตั้งแต่สองสิ่งขึ้นไปที่ต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งทีเลวร้ายน้อยที่สุด” ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม”¹⁰⁷

มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเปรียบเทียบมาตรการต่าง ๆ ที่จะบัญญัติลงไว้ในกฎหมายซึ่งเป็นมาตรการที่เหมาะสม ในอันที่จะดำเนินการให้เกิดผลได้ตามที่องค์กรนิติบัญญัติต้องการ กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาเป็นกฎหมาย หากองค์กรนิติบัญญัติเลือกมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาเป็นกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้แล้ว ย่อมถือว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความจำเป็น ซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁰⁸

4) หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ

หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบเป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและ/หรือแก่สังคม โดยส่วนรวมกับ

¹⁰⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 188.

¹⁰⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 89.

¹⁰⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 189.

ประโยชน์อันมหาศาลจะพึงได้รับจากมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ มาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจและ กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุดนั้น เมื่อนำมาใช้บังคับแล้วย่อม ก่อให้เกิดทั้งประโยชน์และโทษในขณะเดียวกัน ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับมาตรการนั้น ได้แก่ การรักษาหรือการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจประสงค์จะ ให้ ความคุ้มครองหรือจะให้เกิดขึ้น ส่วนโทษที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับมาตรการนั้น ได้แก่ ผลกระทบ ต่อสิทธิหรือเสรีภาพด้านต่าง ๆ ของราษฎรและ/หรือประโยชน์สาธารณะด้านอื่น ๆ หลักความ พอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบนี้เรียกร่องว่า มาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตาม กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ถ้า ก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้ว มาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้น องค์ประกอบข้อที่สามของหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้จึงบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องทำการชั่ง ผลิตและผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ตนตั้งใจจะออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร มาตรการใดก็ ตามที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชน น้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนและ/หรือแก่สังคม โดยส่วนรวม ฝ่ายปกครอง ต้องห้ามมิให้ออกมาใช้บังคับ ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุ วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจได้ และจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของ กฎหมายฉบับนั้น (ชอบด้วยหลักความจำเป็น) แล้วก็ตาม เมื่อบังคับตามหลักความพอสมควรแก่ เหตุตามความหมายอย่างแคบอย่างเคร่งครัดแล้ว ในกรณีที่มีมาตรการต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายฝ่ายปกครอง ออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรได้ทุกมาตรการก่อความเสียหายแก่ราษฎรและ/หรือสังคม โดยส่วนรวม มากกว่าประโยชน์ที่มหาชนพึงได้รับ ฝ่ายปกครองต้องละเว้นจากการกระทำอย่างใด ๆ เลย ที่เดียว¹⁰⁹

ในการพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะเป็นการ ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบหรือไม่นั้น อาจจำแนกพิจารณาได้ 3 ประการ ได้แก่ เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชน และ เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน

(1) เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น

Klaus Stern ได้อธิบายว่า การคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นถือว่าเป็นเหตุผลประการ สำคัญในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยการพิจารณาถึง “สิทธิของบุคคลอื่น” จำเป็นที่จะต้อง ย้อนกลับไปพิจารณามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติดั้งเดิม ตามทัศนะของจอห์น ล็อก (John Lock)

¹⁰⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 90-92.

เห็นว่า มนุษย์ตามสภาวะธรรมชาติดั้งเดิมนั้น เป็นสภาวะที่มนุษย์มีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ มนุษย์สามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองได้ภายในขอบเขตของกฎธรรมชาติ นอกจากนี้ใน สภาวะธรรมชาติ มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติ การที่มนุษย์มีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันนั้นก่อให้เกิดผลว่า ไม่ว่าบุคคลใดที่ไม่สามารถก่อให้เกิด ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ เพราะทุกคนต่างเป็นอิสระ และเท่าเทียมกัน ดังนั้น การละเมิดผลประโยชน์ของบุคคลอื่นก็ดี การทำให้เกิดความเสียหายแก่ บุคคลอื่นก็ดี หรือการทำให้เกิดความเสียหายเปรียบแก่บุคคลที่สามก็ดีกรณีดังกล่าวจึงเป็นการละเมิด สิทธิของบุคคลอื่น¹¹⁰

ต่อมาเมื่อมีรัฐเกิดขึ้น “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงได้รับการรับรองโดยกฎเกณฑ์ของรัฐ “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงมิได้อยู่ในสภาวะธรรมชาติอีกต่อไป หากแต่ได้ถูกกำหนดให้เป็นกฎหมาย ซึ่งออกโดยอำนาจรัฐ ดังนั้น “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงยังคงเป็นข้อจำกัดของเสรีภาพที่แฝงอยู่โดย ธรรมชาติในทางกฎหมาย (Rechtslogisch) แต่ได้เปลี่ยนจากธรรมชาติในสภาวะธรรมชาติ ดั้งเดิมมาเป็นธรรมชาติในทางกฎหมายของกฎหมายบัญญัติ (Rechtslogik des Gesetzes) ซึ่งการ กำหนดให้สิทธิแก่บุคคลอื่นในขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลหนึ่ง¹¹¹

เนื่องจากการใช้เสรีภาพของบุคคลหนึ่งอาจไปขัดกับการใช้เสรีภาพของอีกคนหนึ่ง รัฐ จึงต้องเข้ามาจัดระเบียบโดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพด้วยวิธีการต่างๆ¹¹² ซึ่งการจำกัดสิทธิของ บุคคลอาจเป็นความจำเป็นเพื่อความมุ่งหมายในการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่ เจื่อนใจดังกล่าวยังไม่ใช่เจื่อนใจที่เพียงพอในการทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของ ปัจเจกบุคคลนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายเพื่อให้บุคคลเป็นผู้ได้รับประโยชน์ได้ ในกรณี นี้เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้อำนาจในทางกฎหมาย (Rechtsmacht) แก่บุคคล เพื่อให้บุคคลนั้น สามารถบรรลุเป้าหมายในผลประโยชน์ที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองได้ แต่เฉพาะกรณีที่ ผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นประโยชน์แก่บุคคลที่สาม ในกรณีดังกล่าวได้ว่า เป็น “สิทธิของบุคคลอื่น” ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีความชอบธรรมในการจำกัดขอบเขตของสิทธิ และเสรีภาพ ถ้าหากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมิได้มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจก ชนก็ดี หรือในกรณีที่ผลประโยชน์นั้นเป็นเพียงผลสะท้อนจากกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

¹¹⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 205.

¹¹¹ แหล่งเดิม.

¹¹² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 30.

(Rechtsreflex) ก็ดี กรณีนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดความชอบธรรมต่อฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ¹¹³

โดยหลักแล้วสิทธิและเสรีภาพมิได้ก่อให้เกิดผลผูกพันต่อปัจเจกบุคคล หากแต่ก่อให้เกิดผลผูกพันเฉพาะต่อรัฐเท่านั้น แต่โดยแท้จริงแล้วหากรัฐที่ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลที่สาม โดยเหตุนี้รัฐจึงอาจทำการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลที่สามโดยรัฐธรรมนูญย่อมหมายความว่า ไม่ว่าบุคคลใดก็ไม่สามารถที่จะแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ เหตุผลอันชอบธรรมในการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพได้นั้น สามารถอ้างได้ว่าเพื่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น รัฐจึงมีสิทธิที่ใช้มาตรการไม่ว่าโดยทางบริหาร นิติบัญญัติ หรือตุลาการ เพื่อเยียวยาสิทธิของบุคคลที่สามจากการถูกละเมิด และรัฐต้องปฏิเสธการกระทำของบุคคลใดก็ตามที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น¹¹⁴

(2) เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชน

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคม ตามแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสนั้น ความมั่นคง ความสงบเรียบร้อย และการสาธารณสุขเป็นข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพอย่างเด็ดขาดที่รัฐสามารถใช้อ้างได้ว่า เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยของสังคม หากพบว่าการใช้เสรีภาพของผู้หนึ่งผู้ใดไปกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม¹¹⁵

(3) เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน

เนื่องจากศีลธรรม คือ ความประพฤติที่ดีงามทางกาย วาจา ความประพฤติที่ดีที่ชอบ ความสุจริตทางกาย วาจา และอาชีพ¹¹⁶ อันเป็นบรรทัดฐานหรือแนวทางความประพฤติที่สังคมให้ความสำคัญมาก โดยทุกคนจะต้องปฏิบัติตาม และศีลธรรมมีความสัมพันธ์กับคำสอนของศาสนา และอุดมการณ์ที่ยึดถือกันในสังคม ซึ่งหลายกรณีการละเมิดศีลธรรมถือเป็นการประพฤติผิดทางศาสนา และอาจถูกลงโทษอย่างรุนแรง¹¹⁷ นอกจากการดำรงอยู่ของสังคมจะต้องมีความสงบเรียบร้อยแล้ว สังคมยังต้องมีศีลธรรมอันดีในสังคมนั้นด้วย ซึ่งในทีนี้จะต้องเป็นศีลธรรมอันเกิดจาก

¹¹³ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 206.

¹¹⁴ อ้างแล้ว. หน้า 216-217.

¹¹⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 31.

¹¹⁶ พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต). (2554) *พจนานุกรมพุทธศาสตร์ ฉบับประมวลศัพท์* (พิมพ์ครั้งที่ 16). หน้า 392.

¹¹⁷ ราชบัณฑิตยสถาน ข (2524). *พจนานุกรมศัพท์สังคมวิทยาอังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน* หน้า 234-235.

ความรู้สึกร่วมกันของสมาชิกในสังคมนั้น โดยสังคมหนึ่ง ๆ จะต้องมีทั้งความดีและความเลวปนเปกันไป จริยธรรมและศีลธรรมจะเป็นเกณฑ์ที่ได้รับการเคารพและเป็นเกณฑ์ในการจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นๆ ที่อาจก่อให้เกิดผลร้ายแก่สังคมขึ้นได้ เช่น การที่กฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับจริยธรรมและศีลธรรมของสังคมในการเคารพต่อชีวิต ศักดิ์ศรี ทรัพย์สินของบุคคลอื่น การปฏิเสธแบ่งแยกทางเพศ สีผิว เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ถือว่าเป็นเกณฑ์ทางจริยธรรมและศีลธรรมที่เป็นตัวจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคล¹¹⁸

2.1.5 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

อาจกล่าวได้ว่า ความหมายของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้เป็นปัญหาอย่างสุดคณานับแก่เหล่านักนิติศาสตร์ทั้งหลายอย่างมาก เพราะความหมายว่าอะไรคือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นไม่มีบทนิยามหรือวิเคราะห์ศัพท์ของกฎหมายใดบัญญัติไว้เลย จึงมีผลให้เกิดความหมายไม่แน่นอน ซึ่งถือเป็นเรื่องสำคัญที่นักนิติศาสตร์ทั้งหลายจะต้องเข้าใจและสามารถหาข้อสรุปและความหมายข้อความเหล่านี้ให้ได้ความแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อความสะดวกในการใช้กฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมให้ได้มากที่สุด¹¹⁹ โดยสรุปสาระสำคัญหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนี้

ก) ความหมายของความสงบเรียบร้อยของประชาชน

เนื่องจากความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public order) คือ ภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคมโดยมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน และในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุข¹²⁰ โดยแนวความคิดเกี่ยวกับ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” มีที่มาจากกฎหมายโรมัน ต่อมาภายหลังกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (มาตรา 1131 และมาตรา 1133) และกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (มาตรา 90) ได้ถือตามแนวความคิดดังกล่าว แต่มีข้อน่าสังเกตว่าการยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ในชั้นแรกได้ยอมรับเฉพาะที่ใช้บังคับแก่หลักการเสรีภาพในการทำสัญญา โดยถือว่าเป็นข้อจำกัดอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่ต่อมาเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า แนวความคิดดังกล่าวได้กลายเป็นหลักสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนโดยทั่วไป เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้ยอมรับหลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งนอกจากจะใช้บังคับแก่นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอันมีผลทำให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ (มาตรา 113) แล้ว หลักดังกล่าวยังนำไปใช้บังคับกับเรื่องอื่น ๆ อีกหลายเรื่อง

¹¹⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 31-32.

¹¹⁹ ไชยยศ เหมาะรัชตะ. (2535). *กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม*. หน้า 173.

¹²⁰ ราชบัณฑิตยสถาน ก (2544). *พจนานุกรมกฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน*. หน้า 114.

สำหรับการให้คำจำกัดความของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” นั้น จึงเป็นเรื่องที่ยากที่จะให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่ถ้าจะกล่าววัตถุประสงค์ของถ้อยคำดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีที่มีผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม กล่าวโดยสรุป “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” จึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม¹²¹

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” เป็นเรื่องของความสงบสุขของประชาชน ซึ่งรวมกันอยู่ในประเทศชาติเป็นส่วนรวม การใดอันมีลักษณะขัดต่อประโยชน์สุขของประชาชนหรือประเทศชาติเป็นส่วนรวมแล้ว การนั้นย่อมขัดต่อผลประโยชน์ของประชาชน และเมื่อถึงการขัดต่อผลประโยชน์นั้นเป็นเรื่องผลประโยชน์อันสำคัญของการดำรงอยู่เพื่อความสงบเรียบร้อยและความสงบสุขในสังคมส่วนรวมแล้ว ย่อมได้ชื่อว่าการนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹²²

ข) เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชน

เนื่องจากมนุษย์มีอิสระที่จะกระทำการอันใดได้ตามความพอใจ แต่ถ้าหากปล่อยให้มนุษย์ใช้เสรีภาพนี้โดยไม่จำกัด ให้กระทำตามเสรีภาพของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อาจจะเป็นการรบกวนต่ออีกคนหนึ่งหรือต่อมหาชน ฉะนั้น เพื่อเป็นการป้องกันการรักษาความสงบเรียบร้อยของสิทธิแห่งมนุษย์ชนแล้ว จึงจำต้องถูกจำกัดโดยการกระทำของฝ่ายปกครอง การจำกัดสิทธิแห่งมนุษย์ชนจึงเป็นข้อยกเว้นจากหลักการเรื่องสิทธิแห่งมนุษย์ชน โดยการใช้อำนาจในเรื่องดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายในขอบเขต ดังนี้¹²³

(ก) การจำกัดเสรีภาพจะต้องมีกฎหมายอนุญาตไว้

(ข) การจำกัดเสรีภาพต้องเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความสงบเรียบร้อย กล่าวคือ การใช้อำนาจควรใช้ต่อภัยอันตรายอันเกิดขึ้นจริง และมีลักษณะที่จะก่อการไม่สงบเรียบร้อย แม้ว่าความไม่สงบเรียบร้อยจะเกิดขึ้นก็ดี แต่หมู่คณะจะทนการนี้ได้โดยไม่ต้องใช้อำนาจ หรือถ้าใช้อำนาจขึ้นแล้วจะเกิดผลร้ายยิ่งขึ้นกว่าการไม่ใช้อำนาจ ก็ควรงดเว้นการใช้อำนาจ ซึ่งต้องพิจารณา

¹²¹ อุทกษ มงคลนาวิน. (2518). “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” *บทบัญญัติ*. 32(1). หน้า 13-14.

¹²² ไชยศ เหมะรัชตะ. เล่มเดิม. หน้า 144.

¹²³ ประดิษฐ์มนูธรรม, หลวง (ปรีดี พนมยงค์). (ม.ป.ป.). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. หน้า 161-162.

ตามกรณีไป และการใช้อำนาจต้องพิจารณาให้พอดีกับภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้น และไม่ควรรุนแรงเกินไป

(ค) การใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยต้องกระทำต่อผู้ที่กระทำผิดจริงเท่านั้น มิใช่กระทำในลักษณะวิธีที่เรียกว่า “เหวี่ยงแห” โดยจับราษฎรมารวมกันหลาย ๆ คน แล้วเลือกหาผู้กระทำผิดในภายหลัง

(ง) การรักษาความสงบเรียบร้อยต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชน ฝ่ายปกครองจะเข้าข้องเกี่ยวในกิจการของเอกชนไม่ได้ หรือในกิจการภายในบ้านเรือนของเอกชน ก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน นอกจากกฎหมายจะอนุญาตไว้เป็นพิเศษ หรือการกระทำภายในบ้านเรือนเป็นผิดต่อกฎหมายอาญา

Karl August Bettermann ได้อธิบายว่า เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพประการหนึ่ง ซึ่งหมายความว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพจะต้องไม่ละเมิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยแท้จริงแล้ว “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ก็ถือว่าเป็นตัวกำหนดขอบเขตโดยรวมของกฎหมายภายในทั้งหลาย ตัวอย่างเช่น นิติกรรมที่ละเมิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมตกเป็นโมฆะ และความเสียหายอันเกิดจากการกระทำโดยเจตนาที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมก่อให้เกิดภาระในการชำระค่าเสียหายเพื่อการดังกล่าว ดังนั้น จึงไม่มีบุคคลใดที่จะอ้างสิทธิ และเสรีภาพเพื่อกระทำการอันเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน¹²⁴

โดยหลักทั่วไปแล้ว คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” มิได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกส่วนบุคคลของผู้พิพากษาหรือความรู้สึกของผู้ใช้กฎหมาย อีกทั้งมิได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเป็นพิเศษ ซึ่งตามทัศนะของ Duerig มีความเห็นว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” มิได้ขึ้นอยู่กับทัศนะความเห็นสอดคล้องกันของชาวโลก หรือมิได้ขึ้นอยู่กับทัศนะภายในขอบเขตของวัฒนธรรมตะวันตก หากแต่ขึ้นอยู่กับความสำนึกในทางศีลธรรมของประชาคมนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม ทัศนะในทางศีลธรรม โดยทั่วไปของประชาชนก็ยังมีความเห็นแตกต่างกันได้ ในกรณีนี้จึงอาจเป็นไปได้ที่จะใช้ทัศนะของกลุ่มบุคคลส่วนใหญ่เพื่อการพิจารณาในกรณีของการใช้สิทธิและเสรีภาพในกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการละเมิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่¹²⁵ ดังนั้น “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” จึงเป็นเรื่องของจริยธรรมตลอดจนธรรมเนียมประเพณี ความรู้สึกนึกคิดในแง่ทางด้านจิตใจของหมู่เหล่าประชาชนในสังคมเป็นส่วนรวม โดยการใดที่กระทำขึ้นเป็นการกระทำด้วยลักษณะที่จะทำให้ความรู้สึกนึกคิดของประชาชนในสังคมมีความรู้สึกไม่เห็นดีเห็นงามหรือไม่ยอมรับหรือเป็นที่น่าเกลียดในความรู้สึก

¹²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 217-218.

¹²⁵ แหล่งเดิม.

ทางจิตใจของประชาชนทั้งหลายเป็นส่วนรวมในสังคมนั้น ๆ ซึ่งอาจเป็นด้วยเหตุผลที่การนั้นขัดต่อจริยธรรม ศาสนา ธรรมเนียมประเพณีอันสำคัญเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม การนั้นย่อมถูกประชาชนในสังคมประณามว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน¹²⁶

จึงอาจสรุปได้ว่า แนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมักจะแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัย และแตกต่างกันไปบ้างในแต่ละประเทศ นอกจากนี้ยังอาจมีทั้งที่กฎหมายได้บัญญัติไว้โดยตรงและที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งการที่จะจำแนกหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวโดยทั่วไปว่า สิ่งใดขัดหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมไม่อาจกระทำได้โดยถูกต้อง ด้วยเหตุนี้ กฎหมายแพ่งของนานาประเทศ จึงได้กำหนดหลักการว่าด้วยความความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในลักษณะที่ยืดหยุ่นและมอบให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลพินิจว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่เป็นกรณี ๆ ไป¹²⁷

2.2 ทฤษฎีการกระทำความผิดอาญา การลงโทษ กฎหมาย 3 ยุค และการล้างมลทิน

2.2.1 ทฤษฎีการกระทำความผิดอาญา

กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายในอันที่จะบังคับให้บุคคลประพฤตินในสิ่งที่สังคมปรารถนา และป้องกันมิให้มีการประพฤตินในสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม และเนื่องจากบทบัญญัติในกฎหมายอาญามีลักษณะในทางลงโทษกรรมชั่วมิใช่บำเหน็จต่อกรรมดี ฉะนั้นกฎหมายอาญาจึงเน้นการป้องกันกรรมชั่วยิ่งกว่าสนับสนุนกรรมดี¹²⁸ เมื่อพิจารณากฎหมายอาญาในทัศนะทางสังคมแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ในการลงโทษอยู่หลายประการดังต่อไปนี้¹²⁹

- 1) คุ้มครองบุคคลในสังคมให้พ้นจากพฤติกรรมที่สังคมไม่พึงปรารถนา เช่น การประทุษร้ายต่อกันโดยเจตนาอย่างโหดร้ายทารุณ หรือโดยการใช้ความรุนแรงอื่นใด
- 2) คุ้มครองบุคคลในสังคมให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งได้กระทำโดยไม่เจตนาในกรณีต่างๆ เช่น การกระทำผิดกฎหมายจราจร การกระทำผิดโดยปล่อยมลภาวะ หรือโรคระบาดต่างๆ

¹²⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ. เล่มเดิม. หน้า 145.

¹²⁷ อุกฤษ มงคลนาวิน. เล่มเดิม. หน้า 15.

¹²⁸ วิสาร พันธนะ. (2531). *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). หน้า 357.

¹²⁹ ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2541). “การปฏิรูประบบการลงโทษแนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางด้านอาชญวิทยา”. *บทบัณทิตย์*. เล่ม 54 ตอน 4, หน้า 11-12.

3) คุ้มครองบุคคลผู้อ่อนแอไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทั้งในทางร่างกาย จิตใจ และทรัพย์สิน เช่น ผู้ที่เป็นเด็ก คนชรา คนป่วย หรือผู้ซึ่งมีปัญหาทั้งทางร่างกายและจิตใจ

4) คุ้มครองสถาบันทางสังคมให้มีความมั่นคง เช่น สถาบันครอบครัว สถาบันศาสนา สถาบันพระมหากษัตริย์

5) คุ้มครองนโยบายของรัฐ เช่น การศึกษาภาคบังคับ การเลือกตั้งผู้แทนราษฎร การเกณฑ์ทหาร

6) คุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลในสังคมให้พ้นจากการกระทำความผิดในทางอาญา เช่น ลักทรัพย์ ฉ้อโกง ยักยอก

7) คุ้มครองความมั่นคงของรัฐ เช่น การเป็นกบฏต่อรัฐ หรือการทำลายเศรษฐกิจของรัฐ

8) การป้องกันการกระทำที่ผิดปกติ หรือวิปริตผิดธรรมชาติ เช่น การใช้ยาเสพติด การค้าประเวณี การพนันขั้นต่อ

9) ป้องกันการกระทำที่ไม่สมควรต่างๆ เช่น การมีความสัมพันธ์ทางเพศ กอดจูบ หรือเปลือยกายในที่สาธารณะ

10) คุ้มครองไม่ให้เกิดการกระทำที่ยั่วยุ หรือพฤติกรรมที่จะนำไปสู่ความไม่สงบสุขในสังคม เช่น การดูหมิ่น หรือการหมิ่นประมาทบุคคลอื่น

11) คุ้มครองไม่ให้เกิดความไม่สะดวก หรือความไม่เป็นระเบียบขึ้นในสังคม เช่น การขาดวางหรือกีดขวางทางการจราจร

12) คุ้มครองการจัดหารายได้เข้ารัฐ หรือการจัดเก็บภาษีอากร

13) คุ้มครองการบังคับใช้กฎหมายของรัฐที่มีความสำคัญต่อการอำนวยความสะดวก เช่น ความผิดต่อเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม

ปรัชญาของกฎหมายอาญาที่มุ่งจะคุ้มครองป้องกันส่วนได้เสียต่างๆ ของสังคมให้พ้นจากการประทุษร้ายโดยถือเป็นเกณฑ์ความประพฤติในระดับหนึ่ง จึงเป็นมูลฐานของความผิดในกฎหมายอาญา โดยในเรื่องการแบ่งแยกประเภทความผิดอาญาเราอาจแบ่งประเภทของความผิดอาญาได้หลายอย่างแล้วแต่ทัศนนะและความมุ่งหมาย เช่น ในแง่ของโทษ อันตรายต่อสังคม การกระทำ เจตนา กระบวนพิจารณาและในแง่ของศีลธรรม เป็นต้น¹³⁰

¹³⁰วิสาร พันธนะ. เล่มเดิม. หน้า 347.

2.3.1.1 พิจารณาในแง่ของศีลธรรม

การแบ่งแยกนี้อาจแบ่งแยกตามความแตกต่างในแง่ของกฎหมาย¹³¹ โดยอาศัยแนวการจัดทางกฎหมาย คือ เน้นกฎหมายเป็นหลักเป็น โดยมุ่งพิจารณาถึง การกระทำความผิดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีงาม หรือขัดต่อกฎระเบียบข้อบังคับ โดยพิจารณาถึงผลกระทบของการกระทำนั้นๆ ว่ามีผลกระทบต่อกระเทือนต่อชีวิตมนุษย์โดยตรงหรือไม่ หรือมีผลขัดต่อหลักศีลธรรมซึ่งเป็นที่ยอมรับของคนโดยส่วนรวมหรือไม่¹³² การแบ่งแยกประเภทความผิดในแง่ของกฎหมาย แบ่งออกเป็น

1) ความผิดในตัวเอง (mala in se) คือความผิดที่คนทั่วไปเห็นชัดเจนว่าเป็นความผิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยปรากฏออกมาในรูปแบบของขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี ที่ประพฤติปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและเป็นเวลานาน และสิ่งที่ปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ นั้นได้รับการยอมรับกันในสังคมว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinio juris) ถ้าไม่ปฏิบัติเช่นนั้นก็รู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ผิดหรือนัยหนึ่งรู้สึกว่าเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น (opinion necessitates)¹³³ ปกติความผิดที่แสดงถึงความต่ำทรามทางศีลธรรม ถือเป็นความผิดในตัวเอง¹³⁴ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ลักทรัพย์ ทำร้ายร่างกาย หรือความผิดอื่นๆ ในประมวลกฎหมายอาญา¹³⁵ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ฐานทำร้ายร่างกาย¹³⁶ การฆ่าสัตว์ตัดชีวิต การทำร้ายผู้อื่น การลักทรัพย์หรือนื้อ โกงผู้อื่น ฯลฯ ซึ่งไม่ว่าจะอยู่ในสังคมใดๆ จะถือว่าเป็นความผิดในตัวเองแทบทั้งสิ้น เว้นเสียว่าจะเอาเหตุผลความจำเป็นอื่นมาอ้างเพื่อเป็นข้อยกเว้น เช่น การป้องกันตัวพอสมควรแก่เหตุ การสู้รบในสงคราม¹³⁷

2) ความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) คือความผิดที่เกิดจากการที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด โดยอาจมิได้เกี่ยวกับศีลธรรมเลย เพราะเมื่อสังคมเจริญขึ้น การติดต่อระหว่างคนในสังคมมีมากขึ้นและใกล้ชิดยิ่งขึ้น ชับซ้อนยิ่งขึ้น เครื่องมือเครื่องใช้ในการดำรงชีวิตก็มีมากขึ้น ทำให้มีข้อขัดแย้งในสังคมมากขึ้น กฎเกณฑ์ที่เป็นแต่ขนบธรรมเนียมประเพณีไม่เพียงพอจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาทันทีเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น ตัวอย่าง เช่น กฎจราจร หรือ ความผิดตาม พระราชบัญญัติการพนันฯ ซึ่งการเล่นการพนันบางอย่างในบางแห่งอาจถือเป็น

¹³¹ จิตติ ดิงศักดิ์. (2529). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 16.

¹³² โสภกา ซปีลมันน์. (2537). *อาชญากรรม: ปัญหาที่ควรแก้ไขในสังคมปัจจุบัน*. หน้า 8.

¹³³ ชำนาญ จันทร์เรือง. สิ่งที่เป็นความผิดในตัวเองกับสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด. สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2556, จาก http://thaienews.blogspot.com/2011/12/blog-post_4087.html

¹³⁴ วิสาร พันธุณะ. เล่มเดิม.

¹³⁵ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2538). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 55.

¹³⁶ วิสาร พันธุณะ. (2531). *กฎหมายอาญา 1 : ภาคทบัญญัติทั่วไป เล่ม 1 หน่วยที่ 1-17*. หน้า 350.

¹³⁷ ชำนาญ จันทร์เรือง. เล่มเดิม.

ความผิดเพราะสังคมนั้นเชื่อว่าการพนันเป็นบ่อเกิดของอาชญากรรม แต่บางแห่งถือเป็นเรื่องธรรมดาเพราะถือว่าคนเราโตแล้วย่อมมีความรับผิดชอบในชีวิตตัวเอง และในทำนองเดียวกันก็คือกฎหมายว่าด้วยการค้าประเวณี ซึ่งบางสังคมก็เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและบางแห่งถือว่าไม่ผิดกฎหมาย¹³⁸ ความผิดฐานค้ากำไรเกินควร¹³⁹ ความผิดฐานขับรถเร็วเกินควร การหลีกเลี่ยงภาษี การละเมิดกฎหมายแรงงาน เป็นต้น¹⁴⁰

กฎหมายที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดนี้เป็นกฎหมายที่ตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจง ไม่เกี่ยวกับศีลธรรมจรรยาหรือขนบธรรมเนียมประเพณี แต่เป็นเรื่องที่สังคมจะต้องกำหนดกฎหมายขึ้นมาทันทีทันใดเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้าบางอย่าง ไม่ใช่ว่าขับรถทางซ้ายเป็นคนดี ขับรถทางขวาเป็นคนไม่ดี ไม่ใช่เรื่องดีชั่วในตัวเอง แต่เป็นเรื่องผิดถูกเพราะกฎหมายกำหนดไว้ หากไม่ทำก็ถือว่าผิด¹⁴¹

2.3.1.2 พิจารณาตามความหนักเบาของโทษ ในทฤษฎีนี้ก็จะแบ่งความผิดอาญาออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความผิดลหุโทษ และความผิดสามัญ

1) ความผิดลหุโทษ ได้แก่ ความผิดซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁴² โดยตามประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดให้ความผิดลหุโทษมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้¹⁴³

- (1) มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 102)
- (2) แม้กระทำได้โดยไม่เจตนาก็เป็นความผิด (มาตรา 104)
- (3) ผู้ใดพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ไม่ต้องรับโทษ (มาตรา 105)
- (4) ผู้สนับสนุนในความผิดลหุโทษไม่ต้องรับโทษ (มาตรา 106)
- (5) ผู้ที่ถูกจำคุกในความผิดลหุโทษมาแล้วและไปกระทำความผิดอื่นขึ้นอีก ไม่ห้ามที่ศาลจะเปลี่ยนโทษจำคุกในคดีหลังเป็นกักขัง (มาตรา 23) ไม่ห้ามที่ศาลจะรอกการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ (มาตรา 56) และไม่ให้นำความผิดลหุโทษมาบวกกับโทษที่กำหนดไว้ก่อนหรือลงโทษไว้ก่อน (มาตรา 58)

¹³⁸ ชำนาญ จันทร์เรือง. เล่มเดิม.

¹³⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม.

¹⁴⁰ โสภกา ซปีลมันน์. เล่มเดิม.

¹⁴¹ ชำนาญ จันทร์เรือง. เล่มเดิม.

¹⁴² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 102

¹⁴³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2552). *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*. (พิมพ์ครั้งที่ 23). หน้า 621.

โดยประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติการกระทำความผิดลหุโทษไว้ในภาค 3 ความมุ่งหมายในการแบ่งแยกเช่นนี้ก็เพื่อประโยชน์แก่การดำเนินคดี กล่าวคือ ความผิดลหุโทษพนักงานสอบสวนมีอำนาจเปรียบเทียบได้ และเมื่อผู้ต้องหาชำระเงินตามที่เปรียบเทียบแล้ว คดีก็ระงับไปจะฟ้องผู้ต้องหาอีกไม่ได้ นอกจากนี้ก็จะควบคุมตัวผู้ต้องหาได้เพียงที่จะถามค่าให้การ ถามชื่อและที่อยู่เท่านั้น¹⁴⁴

2.3.1.3 พิจารณาตามลักษณะอันตรายต่อสังคม ในบทบัญญัติภาคความผิดของประมวลกฎหมายอาญาได้แบ่งความผิดตามลักษณะของอันตรายที่เกิดขึ้นแก่สังคมจากการกระทำความผิดนั้นๆ ซึ่งมีทั้งหมด 12 ประเภท หรือลักษณะคือ

- 1) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร
- 2) ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง
- 3) ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม
- 4) ความผิดเกี่ยวกับศาสนา
- 5) ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน
- 6) ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน
- 7) ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง
- 8) ความผิดเกี่ยวกับการค้า
- 9) ความผิดเกี่ยวกับเพศ
- 10) ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย
- 11) ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง
- 12) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

ความมุ่งหมายก็คือ เพื่อรวบรวมความผิดที่ก่อให้เกิดอันตรายในลักษณะเดียวกันต่อสังคมมารวมไว้ในแต่ละประเภท หนึ่ง โดยที่ความผิดอาญานั้นเป็นความผิดต่อรัฐหรือต่อส่วนรวม มิใช่ความผิดต่อส่วนตัว ฉะนั้น ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ถ้าจะเรียกให้ถูกต้องก็ควรจะเป็น “ความผิดต่อรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน” แต่นิยมเรียกสั้นๆ กัน ดังนั้นความผิดอื่นๆ ก็เช่นเดียวกัน

2.3.1.4 พิจารณาในแง่ของเจตนา¹⁴⁵

1) ความผิดที่กระทำโดยเจตนา ซึ่งเป็นความผิดทั่วไป และเป็นหลักทั่วไปของการที่บุคคลกระทำความผิด

¹⁴⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 37, 39, 87

¹⁴⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. เล่มเดิม. หน้า 30-33.

2) ความผิดที่กระทำโดยประมาท ได้แก่ การกระทำผิดโดยไม่เจตนา แต่เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง และผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแม้ว่าจะกระทำโดยประมาท

3) ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนา ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ โดยชัดเจนให้ต้องรับผิดชอบแม้กระทำโดยไม่มีเจตนา เช่น ความผิดลหุโทษ

4) ความผิดอันเกิดขึ้นเกินเลยไปจากเจตนาที่มี เป็นความผิดที่ผู้กระทำได้ทำโดยเจตนา แต่ผลที่เกิดขึ้นนอกเหนือไปจากเจตนา เช่น ผู้กระทำมีเจตนาแต่เพียงทำร้ายร่างกายแต่ผู้ถูกทำร้ายตาย เพราะการทำร้าย ผู้กระทำก็มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่มีเจตนา

2.2.2 ทฤษฎีการลงโทษ

โดยธรรมชาติของอาชญากรรม (The nature of crime) อาชญากรรมนั้นหมายถึงการกระทำของมนุษย์ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายอาญา (violates the criminal law) ซึ่งจะต้องมีองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ คือ การกระทำนั้นเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกนึกคิดและศีลธรรมอันดีของบุคคลส่วนรวม โดยผู้กระทำหรือมีความประพฤติด้วยเจตนาที่ชั่วร้ายในการกระทำนั้นเป็นสำคัญ¹⁴⁶ ทั้งนี้เมื่อมีการกระทำผิดจึงต้องมีการลงโทษผู้กระทำผิด ซึ่งการลงโทษเป็นการก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือการสูญเสียสิทธิแก่ผู้กระทำผิด ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสังคม และมีแบบในการลงโทษต่างๆกัน¹⁴⁷ โดยที่การลงโทษเป็นขั้นตอนท้ายสุดของกระบวนการยุติธรรม ซึ่งประเทศไทยปัจจุบันโทษตามกฎหมายอาญามี 5 ประการ ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน¹⁴⁸

โดยการที่จะทำความเข้าใจเกี่ยวกับทฤษฎีการลงโทษ จำเป็นต้องทราบถึงความหมายของการลงโทษ วิวัฒนาการของการลงโทษ วัตถุประสงค์ของการลงโทษ ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.2.1 ความหมายของการลงโทษ

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายไว้ว่า

“โทษ” หมายถึง ความไม่ดี ความชั่ว หรือผลแห่งความผิดที่ต้องรับ

“ลงโทษ” หมายถึง หาคความไม่ดี มีร้ายมาใส่

¹⁴⁶ ชาญคดี ก. สุริยะมณี และคณะ. (2530). “ปัญหาและความต้องการของนักโทษที่จะได้รับการปลดปล่อยในปี 2530” หน้า 2.

¹⁴⁷ สุพจน์ สุโรจน์. (2531). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 167.

¹⁴⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 18

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรรณภักดิ์ ได้ให้ความหมายไว้ว่า

“การลงโทษ” คือ การปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้ผู้ที่ได้รับการปฏิบัตินั้นต้องได้รับผลร้าย เนื่องมาจากการที่บุคคลผู้นั้นได้ฝ่าฝืนแนวปฏิบัติอันเป็นกติกาของสังคม โดยรัฐจะเป็นผู้ทำหน้าที่จัดการให้ผู้ที่กระทำผิดได้รับผลร้ายนั้นๆ

พจนานุกรมภาษาอังกฤษของเว็บสเตอร์ ได้ให้จำกัดความว่า¹⁴⁹

“การลงโทษ” หมายถึง การทำให้บุคคลได้รับความเจ็บปวด ความสูญเสียหรือความทุกข์ทรมานอย่างหนึ่ง และอีกอย่างหนึ่งหมายถึง การลงทัณฑ์อาชญากร หรือผู้กระทำความผิดสำหรับอาชญากรรมหรือความผิดที่ได้กระทำขึ้น

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 2 ได้กล่าวถึงการลงโทษไว้ว่า

ความผิดที่ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษนั้นจะต้องเป็นความผิดที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ และกฎหมายนั้นจะต้องกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้นด้วย ส่วนโทษที่จะลงนั้นจะเป็นโทษโดยอ้อมแล้วแต่ความผิดและพฤติกรรมการกระทำความผิด

ดังนั้น การลงโทษโดยทั่วไปจึงมีความหมายในทางลบ และเป็นเครื่องมือควบคุมสังคมอย่างหนึ่ง เพื่อให้บุคคลอยู่ในระเบียบ เพื่อรักษาสถานะเดิม เพื่อให้บุคคลประพฤติเป็นแบบเดียวกัน และต้องเป็นการแสดงอำนาจของสังคมหรือของรัฐเหนือบุคคลนั้น การลงโทษจะต้องก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือการสูญเสียสิทธิต่างๆ แก่ผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎข้อบังคับหรือกฎหมาย

2.2.2.2 ทฤษฎีการลงโทษ (Theories of Punishment)

Edwin Sutherland และ Donald Cressey กล่าวไว้ในหนังสืออาชญาวิทยาว่าทฤษฎีการลงโทษนั้น สามารถอธิบายได้ทั้งในแง่ของวัฒนธรรม แง่ของสังคมวิทยา และแง่ของจิตวิเคราะห์ ดังนี้¹⁵⁰

1) ในแง่ของวัฒนธรรม ได้แก่ ทฤษฎีความสอดคล้อง ทางด้านวัฒนธรรม วิธีการและความรุนแรงในการลงโทษจะขึ้นอยู่กับพัฒนาของวัฒนธรรมในช่วงเวลานั้นๆ ฉะนั้น เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปโดยให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีและความเสมอภาคส่วนบุคคล การพัฒนารูปแบบของการพิจารณาพิพากษาก็เกิดขึ้น เช่นเดียวกับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดเกิดขึ้นเมื่อสังคมให้ความสำคัญกับการรักษาฟื้นฟูคนไข้

ฉะนั้น ทฤษฎีนี้จึงเห็นว่าในปัจจุบันให้ความสำคัญกับเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น จึงถือว่าการจำคุกเป็นรูปแบบการลงโทษที่รุนแรง เพราะเป็นการตัดเสรีภาพของบุคคลนั้น

¹⁴⁹ สุพจน์ สุโรจน์. เล่มเดิม. หน้า 172.

¹⁵⁰ วัชรภรณ์ จิตรชุ่ม. (2545). การหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุก โดยงานคุมประพฤติ ศึกษาเฉพาะอัตราโทษการรอการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 7.

2) ในแง่ของสังคมวิทยา ได้แก่ ทฤษฎีโครงสร้างทางสังคม (Social Structure) เห็นว่าการลงโทษมีความเกี่ยวข้องกับลักษณะโครงสร้างทางสังคมของชุมชนนั้น เช่นในสังคมเดิมที่เน้นความสำคัญของแรงงาน การลงโทษจะไม่รุนแรงและต้องการนำแรงงานจากนักโทษไปใช้ หากสังคมนั้นมีแรงงานเพียงพอแล้วโทษจะรุนแรงมากขึ้น หรือถึงขั้นประหารชีวิต ทฤษฎีดังกล่าวยังอธิบายด้วยการลงโทษกับชนชั้นมีความสัมพันธ์กันในสังคมที่ไม่มีชนชั้นกลางค่อนข้างต่ำก็จะไม่มีการลงโทษที่รุนแรง

3) ในแง่ของทฤษฎีจิตวิเคราะห์ (Psychoanalytical Theory) ได้แก่ ทฤษฎีหลักการความผิดแก่ผู้อื่น (Scapegoat Theory) (ทฤษฎีแพะรับบาป) ซึ่ง Sigmund Freud อธิบายว่ามนุษย์มีพฤติกรรมก้าวร้าวและเห็นแก่ตัวเป็นปกตินิสัยการก่ออาชญากรรมเป็นพฤติกรรมอันเนื่องมาจากสัญชาตญาณก้าวร้าวดั้งเดิมของแต่ละคนนั่นเอง ดังนั้นการใช้กระบวนการใดๆ ลงโทษผู้กระทำความผิดย่อมเป็นการแสดงออกซึ่งภาวะจิตที่มุ่งประทุษร้ายอาชญากรรมอย่างรุนแรงและอย่างฉับพลัน เพื่อตอบสนองต่อความโกรธแค้น หรือก่อให้เกิดความพึงพอใจแก่สังคม เพราะฉะนั้น การลงโทษตามทฤษฎีนี้จึงมุ่งให้เกิดความเสียหายต่อผู้กระทำมากกว่าการแก้ไขพฤติกรรม¹⁵¹

2.2.2.3 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

ตามปรัชญาของการลงโทษเสนอว่า อาชญากร คือบุคคลอันตรายต่อสังคม การกระทำความผิดมีเจตนาละเมิดกฎหมาย ดังนั้นการลงโทษจึงเป็นเรื่องที่สมควรและจำเป็น เพื่อเป็นการป้องกันสังคมโดยวัตถุประสงค์การลงโทษเป็นการนำคิดทางปรัชญาการลงโทษมากำหนดเป็นวัตถุประสงค์การลงโทษ ดังนี้¹⁵²

1) การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน (Retribution)

ตามวัตถุประสงค์ข้อนี้การลงโทษจะเป็นไปเพื่อความยุติธรรม ผู้ใดกระทำความผิดก็จะต้องได้รับโทษเป็นการทดแทน หรือจะพูดอีกอย่างหนึ่งคือ การกระทำความผิดเป็นกรรมชั่ว เมื่อผู้ใดกระทำความผิดก็ต้องชดใช้กรรมของตน โดยการรับโทษ นักปรัชญาชาวเยอรมัน Immanuel Kant ได้ให้เหตุผลสนับสนุนความคิดตามทฤษฎีนี้ และยังมีความคิดว่า ถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เท่ากับสังคมยอมรับรองการกระทำของเขา และด้วยเหตุนี้ก็มีผลเสมือนว่าสังคมเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำความผิด และท่านได้กล่าวไว้ในหนังสือ Philosophy of Law ว่า “จะใช้การลงโทษเป็นเพียงเครื่องมือเพื่อให้เกิดประโยชน์อย่างอื่นไม่ได้ ไม่ว่าจะเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ลงโทษเองหรือแก่สังคมเป็นส่วนรวมก็ตาม การลงโทษในทุกกรณีจะต้องเนื่องมาจากเหตุว่าบุคคลที่ถูกลงโทษได้กระทำความผิดเท่านั้น

¹⁵¹ ประเสริฐ เมฆมณี. (2523). *หลักทฤษฎีวิทยา*. หน้า 71.

¹⁵² เฟลินใจ แต่เกษม และคณะ. (2553). รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาวิจัยเรื่องปัจจัยที่ส่งผลต่อความสำเร็จในการประกอบอาชีพของผู้พ้นโทษที่ได้รับใบรับรองความประพฤติจากกรมราชทัณฑ์. หน้า 8.

ทั้งนี้เพราะเป็นการไม่บังควรที่จะปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งเพียงเพื่อจะเป็นเครื่องมือให้บังเกิดผลแก่บุคคลอื่น ทุกคนมีสิทธิในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ในอันจะไม่ถูกปฏิบัติเช่นนั้น” ความผิดที่ได้กระทำและโทษที่ได้รับจะต้องเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมกัน

ปัญหาเมื่ออยู่ว่าทำไมสังคมต้องเข้าไปลงโทษผู้กระทำผิด การที่รัฐเข้ามารับหน้าที่ลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นการทดแทนก็เพื่อป้องกันมิให้มีการแก้แค้นกันเอง ทำให้สังคมวุ่นวายเพราะจะมีการแก้แค้นกันเองโดยไม่สิ้นสุด ซึ่งแสดงถึงความรู้ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในขณะเดียวกันก็เพื่อช่วยเหลือผู้ที่อ่อนแอกว่าให้ได้รับความเป็นธรรม โดยการลงโทษผู้กระทำผิดให้ได้รับผลร้ายที่สาสมและทดแทนกันอย่างยุติธรรม วัตถุประสงค์ในการลงโทษข้อนี้เป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ในทุกสังคม แม้ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ที่ปัจจุบันเริ่มที่จะลดความสำคัญลงเพราะสังคมมีเหตุผลหรือวัตถุประสงค์อื่นในการที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำผิดมากขึ้น ประกอบกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็มีจุดอ่อนหลายประการ คือ

(1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้พิจารณาถึงประโยชน์ในอนาคต คือไม่ได้พิจารณาถึงว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นอีก หรือไม่การลงโทษเพื่อการทดแทนมิได้ทำให้เกิดผลอะไรกลับคืนมาในเชิงความคิดในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมในอนาคต

(2) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงความเหมาะสมของโทษกับความผิดที่กระทำ ฉะนั้นเมื่อได้ลงโทษผู้กระทำตามอัตราโทษแล้ว ก็ต้องปล่อยตัวออกมาต่างๆ ที่ยังเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่ หรือเช่นกรณีการตัดมือผู้กระทำผิดฐานลักทรัพย์ สังคมจะไม่ได้อะไรจากการลงโทษดังกล่าวนอกจากคนพิการให้ที่สังคมจะต้องเป็นภาระเลี้ยงดูต่อไป

(3) เป็นการยากมากที่จะวัดขนาดความรุนแรงของโทษกับความผิดว่ามีความเท่าเทียมกันจริงหรือไม่ เพราะในสภาพความเป็นจริง สังคมยังไม่สามารถมีมาตรการใดๆ ที่จะลงโทษให้ได้ สัดส่วนกับความผิดอย่างแท้จริงได้ เช่น กรณีการลักทรัพย์ การจะลงโทษอย่างไรจึงจะสาสม หากจะใช้โทษจำคุกจะต้องจำคุกกี่ปีจึงจะทดแทนกันได้ เป็นเรื่องของความรู้สึกทั้งสิ้น ยังไม่มีมาตรฐานใดๆ ที่จะวัดได้ว่าทดแทนกันได้ ปัญหาจึงเกิดว่าผู้กระทำผิดถูกลงโทษอย่างยุติธรรมหรือผู้เสียหายได้รับการตอบแทนที่ยุติธรรมหรือไม่

ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้เองทำให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนลดความสำคัญลงในปัจจุบันแต่ก็ยังคงมีอยู่ ทั้งนี้เพราะยังสอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนทั่วไปในการที่จะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับการลงโทษเพื่อทดแทนให้สาสมกัน

2) การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (Deterrence)

มีหลักการว่า การลงโทษจะคำนึงถึงแต่เพียงผลของการลงโทษต่อตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้นไม่ได้ แต่ต้องคำนึงถึงผลต่อประชาชนทั่วไปด้วย วัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อประโยชน์ 2 ประการ คือ

(1) มีผลแก่ตัวผู้กระทำความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำอีก

(2) เป็นตัวอย่างให้กับคนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำผิดแล้วจะต้องได้รับโทษ เพื่อคนทั่วไปจะได้ทราบจะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นบ้าง ทำให้เกิดความยับยั้งชั่งใจไม่กล้ากระทำความผิดเช่นนั้นอีก

การข่มขู่ดังกล่าวทำให้เกิดความกลัวที่จะถูกลงโทษ จะทำให้หลายคนไม่กล้ากระทำความผิดแล้ว ยังมีผลทำให้คนทั่วไปคิดว่าการกระทำความผิดเป็นสิ่งที่พึงหลีกเลี่ยง

การที่จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขวัญและยับยั้งจะต้องทำให้การลงโทษนั้น เร็ว เจฟฟรีย์ กล่าวไว้ว่าจะต้องมีความแน่นอน รวดเร็ว เสมอภาค และโทษที่เหมาะสม มีลักษณะ 4 ประการ

(1) การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องทำให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสหลุดรอดจากการถูกจับกุมลงโทษไปได้ยาก ซึ่งจะมีผลในการข่มขวัญและยับยั้งให้คนทั่วไปและผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเสี่ยงกระทำผิดขึ้นอีก เพราะทำผิดแล้วต้องถูกจับก็ไม่คุ้มค่า

(2) การลงโทษจะต้องสามารถกระทำได้อย่างรวดเร็ว เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็วให้ “เห็นผลทันตา” จึงจะทำให้ผู้กระทำความผิดและคนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างว่าเมื่อกระทำผิดแล้วจะได้รับผลร้ายเช่นไร ในทางตรงกันข้าม หากมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้ว อีก 3 ปีต่อมาจึงสามารถจับกุมตัวผู้กระทำความผิดได้ หรืออีก 5 ปี ต่อมากว่าศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิด ก็จะทำให้คนทั่วไปลืมถึงเรื่องราวการกระทำผิดที่เกิดขึ้น และทำให้การลงโทษไม่มีผลในการข่มขวัญยับยั้งเพราะไม่เห็นผลทันตา ดังนั้น หากเป็นกรณีการกระทำผิดในคดีที่สะท้อนขวัญประชาชนหรือคดีที่ประชาชนให้ความสนใจ กระบวนการยุติธรรมโดยตำรวจ อัยการ ศาล อาจร่วมมือกันในการเร่งดำเนินคดีเพื่อให้ผู้ต้องหาได้รับการพิจารณาตัดสินโดยเร็ว ก็จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขวัญยับยั้งมากขึ้น

(3) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค โดยที่ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษเท่าเทียมกันไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะมีผลให้ผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่คิดจะทำผิด ไม่มีโอกาสแก้ตัว หรือหาทางหลีกเลี่ยง หรือหาข้อยกเว้นจากการถูกลงโทษถ้าทำผิด การลงโทษจึงจะมีผลในการข่มขวัญยับยั้ง หากเมื่อมีการ

กระทำผิดแล้วบางคนได้รับโทษ บางคนมีข้อยกเว้น ก็จะทำให้การลงโทษไม่ศักดิ์สิทธิ์ ทำให้ต่างหาช่องทางที่จะหลบหนีหรือหาข้อยกเว้นที่ไม่ต้องรับโทษทำให้มีความเกรงกลัวต่อโทษ

(4) การลงโทษจะต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและตัดเทียบกับความผิด หากบทลงโทษเบาเกินไปไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิด ก็จะทำให้ผู้กระทำผิดและคนทั่วไปไม่เกิดความเกรงกลัวและคุ้มค่าที่จะเลี่ยงกระทำผิด แต่หากบทลงโทษหนักเกินไปก็จะทำให้ผู้กระทำผิดพยายามปกปิดการกระทำผิดของตนเอง โดยการทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมากขึ้น เช่น หากใช้โทษประหารชีวิตกับการปล้นหรือข่มขืน จะกระตุ้นให้มีการปล้นแล้วฆ่าเจ้าทุกข์หรือข่มขืนแล้วฆ่าเพื่อปกปิดการกระทำผิดของตนเอง เพราะโทษเท่ากันในขณะที่เดียวกัน กระบวนการยุติธรรมจะต้องทำงานหนักมากขึ้นในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ เพราะยังมีโทษหนักยังต้องมีการพิสูจน์หรือมีพยานหลักฐานที่ชัดเจน ศาลจึงจะสั่งลงโทษ หากพยานหลักฐานหรือการฟ้องร้องดำเนินคดีไม่รัดกุมพอก็จะเป็นโอกาสให้ผู้กระทำผิดหลุดรอดจากการถูกลงโทษไปได้ ดังนั้นโทษจึงต้องมีความเหมาะสมและตัดเทียบกับการกระทำผิด จึงจะมีผลในการข่มขวัญยับยั้ง

3) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Rehabilitation)

การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขนั้นมีแนวคิดว่าการลงโทษตามทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขประสงค์เพียงเพื่อจะป้องกันไม่ให้นุคคลที่ได้กระทำผิดมาแล้ว กลับมากระทำผิดซ้ำอีก พยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำผิดมาแล้วเกิดความยับยั้ง ไม่กระทำผิดซ้ำขึ้นอีก ซึ่งทฤษฎีนี้เกิดขึ้นภายหลังทฤษฎีที่ 1 และ 2 ที่กล่าวมาแล้ว แนวคิดทฤษฎีนี้เห็นว่าการทำให้ผู้กระทำผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายด้วยการลงโทษ แต่เพียงอย่างเดียวไม่น่าจะทำให้คนประพฤติดุเดือดขึ้น หรือสำนึกในการกระทำที่ไม่ดีของตัวเอง ประกอบกับเห็นว่าการลงโทษเพื่อการข่มขู่ไม่มีผลเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้กระทำผิดที่ได้รับโทษแล้วกลับใจไม่กระทำผิดซ้ำอีกไม่เป็นที่ช่วยให้ผู้กระทำความผิดมีความสามารถที่จะกลับตัวเป็นคนดีได้เลย

4) การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสกระทำความผิดได้อีก (Incapacitation)

เป็นวัตถุประสงค์หรือแนวคิดที่ทำให้ผู้กระทำความผิดหมดโอกาสกระทำความผิด อาจได้แก่ การจำคุกผู้กระทำความผิดไว้ตลอดชีวิต จำคุกมีกำหนดระยะเวลา การประหารชีวิต เป็นต้น โดยประสงค์จะกำจัดผู้กระทำความผิดให้ออกไปจากสังคมอย่างถาวรหรือชั่วคราวก็ตาม อันเป็นการป้องกันให้คนในสังคมอยู่ได้อย่างปลอดภัย ไม่ต้องหวาดระแวงภัยจากบุคคลนั้นๆ อีกต่อไป¹⁵³

5) การนำกลับคืนสู่สังคม มีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นให้ผู้กระทำผิดที่อยู่ในเรือนจำเป็นเวลานาน สามารถกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้อีกครั้งหนึ่งเมื่อพ้นโทษ เพราะผู้กระทำผิดเมื่ออยู่ในเรือนจำนานๆ จะเกิดวัฒนธรรมของนักโทษ ทำให้เมื่อพ้นโทษ อดีตผู้กระทำผิดจะมีปัญหาในการ

¹⁵³ ธานี วรภัทร์. (2553). *กฎหมายว่าด้วย การบังคับโทษจำคุก*. หน้า 32-36.

ปรับตัวอย่างยิ่ง การนำกลับคืนสู่สังคมค่อนข้างยากลำบาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มผู้กระทำผิดที่ถูกกักขังเป็นเวลานานเพราะเขาได้ถูกตราหน้าหรือตีตราโดยสังคม และสถานที่ทำงานจะใช้มาตรการทางกฎหมายกีดกันไม่ให้โอกาสคนกลุ่มนี้กลับเข้าไปทำงานได้ โดยเฉพาะหน่วยงานที่เป็นภาครัฐ ตามระเบียบข้าราชการพลเรือน หรือข้าราชการตุลาการ ทำให้อดีดผู้กระทำผิดเกิดความรู้สึกแปลกแยกต่อครอบครัว เพื่อน และสังคม เขาจึงกลับมากระทำผิดซ้ำได้อีก

ซึ่งการนำกลับคืนสู่สังคม ราชทัณฑ์ได้จัดวิธีการประคับประคองผู้กระทำผิดในช่วงเวลาหนึ่งก่อนที่จะเป็นอิสระทางกฎหมาย เช่น พักการลงโทษ โดยมีเงื่อนไขในการควบคุมความประพฤติ (คล้ายกับการคุมประพฤติของศาล) เรียกอีกอย่างว่า conditional-release ถ้าฝ่าฝืนเงื่อนไขของการควบคุมความประพฤติจะต้องกลับมาขอใช้โทษจำคุกดังเดิม¹⁵⁴

2.2.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการพ้นโทษ

1) ความหมายของการพ้นโทษ

ผู้พ้นโทษ หมายความว่า เป็นนักโทษที่เด็ดขาดที่ได้รับการปล่อยตัวพ้นโทษตามหมายศาล หรือได้รับการปล่อยตัวพักการลงโทษ ลดโทษจำคุกและกลับไปใช้ชีวิตในสังคม¹⁵⁵

2) วัตถุประสงค์ของการปลดปล่อยให้พ้นโทษ¹⁵⁶

การเตรียมการปลดปล่อย (Pre-release) เป็นแนวทางการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดด้วยวิธีการแก้ไขฟื้นฟูจิตใจให้กลับตนเป็นพลเมืองดีและสามารถปรับสภาพชีวิตกลับคืนสู่ชีวิตปกติในสังคมภายนอกได้ ซึ่งมีที่มาจากแนวคิด 4 ประการ คือ

(1) ปรัชญาการลงโทษแก้แค้นเปลี่ยนเป็นการแก้ไข

สมัยโบราณการลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อตอบแทนแก่ผู้กระทำผิดให้สาสมกับความผิดที่ได้ทำไว้ การลงโทษลักษณะนี้เป็นการแก้แค้นต่อมาแนวความคิดนี้ได้พัฒนาเรื่อยมาพบว่า การลงโทษด้วยการแก้แค้นไม่สามารถป้องกันสังคมได้ ผู้กระทำผิดไม่สามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีได้ ตรงกันข้ามกลายเป็นคนที่มีพฤติกรรมและนิสัยเลวกว่าเดิม จึงเปลี่ยนวิธีการจำคุกแบบแก้แค้นมาเป็นวิธีการแก้ไขฟื้นฟูด้วยการปฏิบัติในรูปแบบต่างๆ แก่ผู้ต้องขังในเรือนจำ เช่น การฝึกอาชีพ การศึกษาวิชาสามัญและธรรมศึกษา และการสังคมสงเคราะห์ รวมทั้งการเตรียมการปลดปล่อยด้วย

(2) การป้องกันสังคมจากอาชญากรรม

ผู้พ้นโทษจำนวนไม่น้อยต้องหวนกลับไปกระทำผิดซ้ำอีก เพราะปรับตัวเข้ากับสังคมไม่ได้ ด้วยเหตุนี้จึงต้องเป็นการเตรียมการปลดปล่อยและมีหน่วยงานที่คอยให้ความช่วยเหลือ

¹⁵⁴ เพลินใจ แต่เกษม และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 8.

¹⁵⁵ แหล่งเดิม. หน้า 7.

¹⁵⁶ แหล่งเดิม. หน้า 14-16.

แก้ปัญหาให้กับผู้กระทำผิดหลังปล่อยตัวให้สามารถดำรงชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข แนวทางการแก้ไขนี้ กันเทอร์ ไคเซอร์ (Gunther Kaiser 1980: 64-65) มีความเห็นเกี่ยวกับการเตรียมการปลดปล่อยก่อนและหลังพ้นโทษว่า เป็นการป้องกันตรงประเด็นและสามารถป้องกันสังคมจากอาชญากรรมได้ โดยผู้กระทำผิดไม่หวนกลับไปกระทำผิดซ้ำ สังคมก็จะไม่ได้รับความเดือดร้อน

(3) การสงเคราะห์ช่วยเหลือผู้ต้องขัง

แนวคิดเกี่ยวกับการเตรียมการปลดปล่อยเกิดขึ้นเพื่อสงเคราะห์ช่วยเหลือผู้ต้องขัง โดยเปรียบผู้ต้องขังเป็นผู้ป่วย ระหว่างถูกคุมขังก็ต้องการเยียวยารักษาเพื่อให้ร่างกายและจิตใจฟื้นกลับคืนสู่สภาพปกติสามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างเป็นสุขเมื่อพ้นโทษ การให้ความสงเคราะห์ผู้ต้องขังเป็นสิ่งจำเป็นและเป็นเรื่องมนุษยธรรมด้วย ต้องตระเตรียมแผนการปลดปล่อยอย่างเป็นขั้นตอนให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินงานและผู้ต้องขังได้รับความพอใจด้วย

(4) กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง

จากข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง กับข้อเสนอแนะในเรื่องที่เกี่ยวข้องขององค์การสหประชาชาติ ข้อ 60 (2) ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้แน่ชัดว่า “ก่อนครบกำหนดโทษก็ใครที่จะให้ดำเนินการเป็นขั้นๆ ตามจำเป็น เพื่อให้เป็นที่มั่นใจว่าผู้ต้องขังมีความเคยชินกับการก้าวไปสู่การใช้ชีวิตในสังคมโดยลำดับ ความมุ่งมั่นนี้จะบรรลุผลก็อยู่ที่วิธีการก่อนปล่อยซึ่งจัดขึ้น ณ ทัณฑสถานนั้นๆ หรือการปล่อยระหว่างพิจารณา โดยให้การคุมประพฤติบางอย่างซึ่งไม่ใช่เป็นการมอบหมายให้เป็นภาระของตำรวจแต่จะต้องรวมถึงการสังคมสงเคราะห์ที่มีประสิทธิภาพด้วย” ด้วยเหตุนี้เรือนจำต้องปฏิบัติต่อผู้ต้องขังตามข้อกำหนดนี้ในเรื่องการเตรียมปลดปล่อยเป็นสำคัญ

2.2.2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการฟื้นฟูผู้ต้องขังของกรมราชทัณฑ์¹⁵⁷

กรมราชทัณฑ์มีภารกิจหลักในการควบคุมผู้ต้องขังมิให้หลบหนีตามคำสั่งของศาล โดยมีแนวทางการควบคุมผู้ต้องขังให้เป็นไปตามหลักทัณฑวิทยา และมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังตามแนวทางของสหประชาชาติ เริ่มตั้งแต่การรับตัวไปจนถึงกระบวนการอบรมแก้ไข และฟื้นฟูจิตใจเมื่อใกล้พ้นโทษ เนื่องจากผู้ต้องขังต้องใช้ชีวิตอยู่ในเรือนจำหรือทัณฑสถานเป็นเวลานาน ทำให้เกิดการเรียนรู้ กฎ ระเบียบ วินัยของเรือนจำและสามารถปรับตัวเข้ากับสภาพแวดล้อมในเรือนจำ ซึ่งเมื่อใกล้ได้รับการปล่อยตัวกลับสู่สังคมภายนอก จะไม่สามารถปรับตัวให้เข้ากับสภาพแวดล้อมภายนอกได้ เนื่องจากสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วทั้งในด้านเทคโนโลยี การศึกษา การประกอบอาชีพ และการดำเนินชีวิตประจำวัน ก่อให้เกิดการหวนมากระทำผิดซ้ำอีก

¹⁵⁷ เพลินใจ แต่เกษม และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 23-41.

เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาดังกล่าว กรมราชทัณฑ์จึงจัดให้มีการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยขึ้น โดยเห็นว่าผู้ต้องขังที่มีระยะเวลาต้องโทษต่อไปอีกไม่เกิน 6 เดือน ควรได้รับการปรับเปลี่ยนทัศนคติและฝึกทักษะในการดำรงชีวิต กระตุ้นแรงจูงใจหรือสร้างจิตใจให้เข้มแข็ง รวมทั้งสอนเทคนิคหรือแนวทางการหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่เสี่ยงต่อการกระทำผิดซ้ำ การแนะแนวทางการใช้ชีวิตในชุมชน การฝึกอาชีพอิสระ เพื่อให้สามารถปรับตนเป็นพลเมืองดีและไม่หวนกลับมากระทำผิดซ้ำอีก

ภารกิจด้านการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยนั้นมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้ผู้ต้องขังได้รับการปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไขและไม่มีเงื่อนไข ได้รับการเตรียมความพร้อมสามารถปรับตัวเข้ากับสังคมได้ภายหลังพ้นโทษ ให้ผู้ต้องขังได้รับการเสริมสร้างความรู้ พัฒนาทัศนคติ พัฒนาจิตใจและพัฒนาอาชีพเกิดแรงจูงใจในการปรับตนเป็นพลเมืองดี โดยสามารถหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่เสี่ยงต่อการกระทำผิดซ้ำ รวมถึงส่งเสริมบทบาทของครอบครัว ประชาชน ชุมชน องค์กรภาครัฐและภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการฟื้นฟูผู้ต้องขังก่อนปล่อยและหลังปล่อย อีกทั้งเพื่อให้ผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวได้รับการสงเคราะห์ตามสภาพปัญหาและความต้องการอย่างทั่วถึง

การดำเนินงานเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยจะดำเนินการ 2 รูปแบบ คือ

1. ผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยโดยมีเงื่อนไข (Conditioned Release) ได้แก่ ผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยก่อนครบกำหนดโทษตามคำพิพากษาของศาล โดยได้รับการพักการลงโทษ หรือได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกเพื่อคุมประพฤติ ผู้ต้องขังส่วนมากที่ได้รับการปล่อยจากเรือนจำและทัณฑสถานจะได้รับการปล่อยแบบมีเงื่อนไขโดยการคุมประพฤติในระหว่างที่ได้รับการพักการลงโทษ หรือได้รับการลดวันต้องโทษจำคุก จะต้องประพฤติปฏิบัติตามเงื่อนไขการคุมประพฤติ

1.1 การปล่อยโดยได้รับการพักการลงโทษ จะต้องเป็นนักโทษเด็ดขาดได้รับโทษจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของกำหนดโทษตามหมายศาลในขณะนั้น หรือไม่น้อยกว่า 10 ปี ในกรณีต้องโทษจำคุกตลอดชีวิต และต้องเป็นนักโทษเด็ดขาดในชั้นดี ดีมาก และชั้นเยี่ยม โดยจะได้รับการพิจารณาให้พักการลงโทษ 1 ใน 5 , 1 ใน 4 และ 1 ใน 3 ของกำหนดโทษตามลำดับ

1.2 การปล่อยโดยได้รับลดวันต้องโทษจำคุก เป็นการปล่อยตามชั้นของนักโทษเด็ดขาดซึ่งผู้ที่ได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกต้องได้รับโทษจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดมาแล้วไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือไม่น้อยกว่า 10 ปี ในกรณีต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตที่มีการเปลี่ยนโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลา และต้องเป็นนักโทษเด็ดขาดในชั้นดี ดีมาก และชั้นเยี่ยม โดยจะได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกเดือนละ 3, 4, 5 วันตามลำดับ ซึ่งวันลดโทษนี้จะสะสมไว้จนกระทั่งมีวันลดโทษจำคุกเท่ากับกำหนดโทษที่เหลือนักโทษเด็ดขาด ผู้นั้นก็จะได้รับการปล่อยตัวภายใต้เงื่อนไขการคุมประพฤติ ซึ่งมีคณะกรรมการพิจารณาลดวันต้องโทษจำคุกที่

ประกอบด้วยผู้แทนกรมราชทัณฑ์ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ สำนักงานอัยการสูงสุด กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ และจิตแพทย์จากกรมการแพทย์ พิจารณาโดยมติเสียงส่วนมาก

1.3 การปล่อยลดวันต้องโทษจำคุกเนื่องจากออกไปทำงานสาธารณะนอกเรือนจำ จะต้องเป็นนักโทษเด็ดขาดที่เหลือโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี และเป็นนักโทษเด็ดขาดตั้งแต่ชั้นกลาง ขึ้น ดี ชั้นดีมาก และชั้นเยี่ยม โดยนักโทษเด็ดขาดตั้งแต่ชั้นกลางจนถึงชั้นเยี่ยมนั้นต้องจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ใน 2, 1 ใน 3, 1 ใน 4 และ 1 ใน 5 ของการกำหนดโทษตามลำดับ ในกรณีที่มีพระราชทานอภัยโทษให้ถือกำหนดโทษตามหมายแจ้งโทษฉบับหลังสุดและต้องไม่มีโทษลักษณะความผิด ดังนี้ ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักรและภายนอกราชอาณาจักร และความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ นักโทษเด็ดขาดที่ออกไปทำงานสาธารณะ จะได้รับวันลดวันต้องโทษจำคุกไม่เกินจำนวนวันที่ออกไปทำงานสาธารณะ และวันลดโทษอันเกิดจากงานสาธารณะที่สะสมไว้รวมกับการลดวันต้องโทษจำคุกอันเกิดจากชั้นของนักโทษ ซึ่งได้เดือนละไม่เกิน 5 วัน เมื่อวันลดวันต้องโทษจำคุกที่สะสมรวมกันเท่ากับกำหนดโทษที่เหลือ ก็จะได้รับพิจารณาปล่อยตัวภายในเงื่อนไขการคุมประพฤติ จากคณะกรรมการพิจารณาลดวันต้องโทษจำคุกต่อไป

2. ผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยพ้นโทษ (Non-Conditioned Release) ได้แก่ ผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวเมื่อพ้นโทษตามกำหนดโทษ หรือได้รับพระราชทานอภัยโทษปล่อยตัว ซึ่งจะไม่ถูกกฎหมายบังคับให้ติดตามดูแลความประพฤติ

การเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยเป็นแผนงานที่จัดให้ผู้ต้องขังทุกรายที่จะได้รับการปล่อยโดยมีเงื่อนไขและปล่อยตามกำหนดโทษ ได้รับการปฏิบัติแก้ไขและฟื้นฟู โดยอบรมความรู้พัฒนาทัศนคติ ในการดำรงชีวิตและส่งเสริมการฝึกวิชาชีพพระยะสั้นให้มีความพร้อมและสามารถกลับเข้าสู่สังคม ป้องกันการหวนกลับมากระทำผิดซ้ำอีก

รูปแบบการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยในเรือนจำ/ทัณฑสถาน แบ่งเป็น 2 ระยะ คือ

ระยะที่ 1 ระยะตรวจสอบคุณสมบัติ ฝ่ายทัณฑสถานตรวจสอบ โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายทะเบียนดำเนินการคัดเลือกผู้ต้องขังมีกำหนดระยะเวลาเหลือโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน มีการจำแนกลักษณะผู้ต้องขังที่จะเข้าโครงการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อย โดยจัดทำประวัติผู้ต้องขังเป็นรายบุคคลเพื่อสอบถามถึงปัญหาความต้องการ การวางแผนการดำเนินชีวิตภายหลังพ้นโทษ พร้อมเสนอแนะความคิดเห็นของผู้สัมภาษณ์เพื่อนำไปวางแผนในการเตรียมความพร้อมต่อไป และประเมินภาวะทางจิตของผู้ต้องขังโดยให้นักจิตวิทยาเป็นผู้ดำเนินการประเมิน เพื่อเป็นข้อมูลเบื้องต้นในการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยให้แก่ผู้ต้องขัง

ระยะที่ 2 การแยกตัวผู้ต้องขังที่จะเข้าโครงการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยออกจากกิจกรรมของเรือนจำ (6 เดือนก่อนปล่อยตัวแบบมีเงื่อนไข คือ การปล่อยโดยได้รับการพักการลงโทษและลดวันต้องโทษจำคุก และไม่มีเงื่อนไข คือ การปล่อยตัวเมื่อพ้นโทษตามกำหนดโทษ) เรือนจำ/ทัณฑสถานจะดำเนินการแยกกลุ่มผู้ต้องขังที่เข้าร่วมโครงการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยออกจากกิจกรรมพื้นฐานของเรือนจำ โดยการจัดแดนสำหรับเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยเฉพาะ

การดำเนินการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยและกระบวนการฟื้นฟูเครือข่ายชุมชน ได้แก่ องค์กร หน่วยงาน บุคคลในท้องถิ่นที่เป็นทรัพยากรในชุมชนได้เข้ามาช่วยเหลือสนับสนุนการดำเนินการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อย โดยสนับสนุนวิทยากร บรรยายอบรมให้ความรู้และการจัดกิจกรรมให้แก่ผู้ต้องขัง การสนับสนุนงบประมาณและความช่วยเหลือต่างๆ ทั้งนี้การจัดอบรมตามหลักสูตรเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยสำหรับผู้ต้องขังทุกคน กำหนดให้เรือนจำ/ทัณฑสถานดำเนินการจัดอบรมหลักสูตร 30-100 ชั่วโมง โดยพิจารณาตามความเหมาะสมและประสิทธิผลของเป้าหมาย โดยต้องดำเนินการอบรมผู้ต้องขังให้ครบทั้ง 4 ด้าน คือ

ด้านที่ 1 การเสริมสร้างสมรรถภาพทางร่างกาย เพื่อให้ผู้ต้องขังได้มีความพร้อมทางด้านร่างกาย มีความแข็งแรง อดทน มีระเบียบวินัย เป็นการเตรียมพร้อมเพื่อเข้าสู่กิจกรรมอื่นประกอบด้วย การฝึกกระโดดแท่น การฝึกกระโดดวินัยประจำวัน เช่น วินัยในการรับประทานอาหาร การออกกำลังกายบริหาร การเล่นกีฬาและนันทนาการ

ด้านที่ 2 การพัฒนาด้านจิตใจ เพื่อปลูกฝังคุณธรรม จริยธรรม สร้างจิตสำนึกและความเข้มแข็งในด้านจิตใจ โดยมีวิทยากรจากกรมสุขภาพจิต สำนักงานสาธารณสุข องค์กรทางศาสนา กิจกรรมการพัฒนาด้านจิตใจ ได้แก่ ทักษะในการใช้ชีวิต ได้แก่ การเสริมสร้างความเข้มแข็งทางจิตใจ การเห็นคุณค่าในตนเอง ทักษะการปฏิเสธ ทักษะการตัดสินใจและแก้ปัญหา การอบรมทางศาสนาแบบเข้มข้น โดยเชิญวิทยากรที่เป็นผู้สอนศาสนาของแต่ละศาสนา และจัดอบรมตามความเหมาะสม เช่น ศาสนาพุทธ มีการฝึกวิปัสสนากรรมฐานและการอบรมด้านคุณธรรม จริยธรรม

ด้านที่ 3 การพัฒนาคุณภาพชีวิตและสิ่งเสริมความสัมพันธ์ในครอบครัว เพื่อเสริมสร้างและพัฒนาความรู้ ความเข้าใจ ตลอดจนสร้างเสริมความมั่นใจและความมุ่งมั่นในการปรับตนเป็นพลเมืองดีของสังคม โดยไม่หวนกลับมากระทำผิดซ้ำ ประกอบด้วยกิจกรรมต่างๆ ได้แก่ การอบรมให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายเบื้องต้นที่ใช้ในชีวิตประจำวันและเงื่อนไขในการคุมประพฤติ การให้ความรู้ในการใช้ชีวิตพอเพียงตามแนวพระราชดำริ การให้คำปรึกษาและแนะแนวทางการประกอบอาชีพ เช่น แนะนำแหล่งงาน การหางานทำ การสมัครงาน หน่วยงานที่ให้บริการทางสังคม รวมถึงการจัดกิจกรรมครอบครัวสัมพันธ์ เพื่อสร้างความสัมพันธ์ในครอบครัว แบ่งเป็นกิจกรรมเจ้าหน้าที่พบญาติ และให้ญาติพบผู้ต้องขังเพื่อพูดคุยและมีกิจกรรมร่วมกัน

ด้านที่ 4 การฝึกทักษะอาชีพอิสระเพื่อเสริมสร้างความรู้เกี่ยวกับอาชีพอิสระและอาชีพระยะสั้น ให้สามารถนำไปประกอบอาชีพภายหลังพ้นโทษ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความต้องการของผู้ต้องขังและตลาดแรงงานและความสมัครใจของผู้ต้องขัง โดยวิทยากรจากกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ สำนักงานพัฒนาสังคมและสวัสดิการจังหวัด กรมพัฒนาฝีมือแรงงาน กรมจัดหางาน สำนักงานจัดหางานจังหวัด เป็นผู้ฝึกทักษะอาชีพ รวมถึงช่องทางการลงทุนในการประกอบอาชีพ

สำหรับผู้ต้องขังที่มีปัญหา การเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยหากจำแนกลักษณะผู้ต้องขังและประเมินภาวะทางจิต ได้แก่ กลุ่มผู้ต้องขังที่มีปัญหา เช่น ผู้ต้องขังที่มีแนวโน้มกระทำผิดซ้ำ ผู้ต้องขังพิการ ผู้ต้องขังมีอาการป่วยทางจิตและทางกาย ผู้ต้องขังไม่มีญาติ ไม่มีที่พักอาศัย ให้ดำเนินการอบรมหลักสูตรจำนวน 30-100 ชั่วโมง ครบทั้ง 4 ด้าน เรียบร้อยก่อน จากนั้นเจ้าหน้าที่จัดกลุ่มผู้ต้องขังที่มีปัญหาเป็นการเฉพาะเพื่อดำเนินการอบรมเพิ่มเติม ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับปัญหาของผู้ต้องขังแต่ละกลุ่ม/บุคคล ได้แก่ ให้การศึกษาหลักสูตรเร่งรัด การให้คำปรึกษาแนะแนวและให้การบำบัดเฉพาะ รวมถึงการจัดการรายกรณี (Cass Management) โดยนักสังคมสงเคราะห์ นักจิตวิทยา หรือผู้จัดการรายกรณีร่วมกับผู้ต้องขังวางแผนการเตรียมความพร้อมก่อนกลับเข้าสู่สังคม ควบคู่ไปกับการจัดทำกลุ่มบำบัดให้แก่ผู้ต้องขัง เช่น กลุ่มจิตบำบัด กลุ่มให้คำปรึกษา การแสดงบทบาทสมมติ ทักษะชีวิต กลุ่มแนะแนว เป็นต้น รวมทั้งการติดต่อประสานงานเพื่อส่งต่อไปยังหน่วยงานที่ให้ความช่วยเหลือผู้ต้องขังภายหลังพ้นโทษ อีกทั้งประสานงานกับวิทยากรภายนอกที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะมาร่วมแก้ไขและวางแผนให้กับผู้ต้องขัง

ด้านการปรับตัวเข้าสู่ชุมชนโดยบำเพ็ญสาธารณประโยชน์ ผู้ต้องขังที่ผ่านการอบรมเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยออกไปบำเพ็ญสาธารณประโยชน์ภายนอกเรือนจำ/ทัณฑสถาน ได้แก่ การพัฒนาวัด โบสถ์ มัสยิด หรือหน่วยงานภาครัฐต่างๆ การให้ความช่วยเหลือแก่กลุ่มผู้ด้อยโอกาสในสังคม เช่น คนพิการ ผู้สูงอายุ เด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือมูลนิธิต่างๆ ฯลฯ เพื่อให้ผู้ต้องขังได้ปรับตัวเข้าสู่ชุมชน และมีส่วนร่วมในการช่วยเหลือสังคม เกิดความรู้สึกว่าตนเองมีคุณค่า มีศักยภาพ ส่งผลให้เกิดกำลังใจที่จะดำเนินชีวิตในสังคม ตลอดจนให้ชุมชนเกิดการยอมรับและพร้อมให้ออกาสผู้ต้องขังในการกลับเข้าสู่ชุมชนอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งในการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยพ้นโทษ

ในช่วงใกล้พ้นโทษ เรือนจำ/ทัณฑสถานมีการจัดงานวันนัดพบแรงงาน มีกิจกรรมดังนี้

1. จัดอบรมให้ความรู้แก่ผู้ต้องขังในเรื่องความรู้เกี่ยวกับบุคลิกภาพที่เหมาะสม ความรู้ที่จำเป็นเกี่ยวกับการสมัครงาน เช่น เอกสารที่จำเป็น การสัมภาษณ์งาน รวมถึงการอบรมให้ความรู้ในการประกอบธุรกิจ SMEs

2. เชิญหน่วยงานภายนอกเข้ามาเป็นวิทยากรให้ความรู้เกี่ยวกับการประกอบอาชีพอิสระ เช่น บริษัท ห้างร้าน หน่วยงานที่ให้สินเชื่อธุรกิจ เช่น ธนาคารออมสิน ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลาง และขนาดย่อม หรือหน่วยงานต่างๆ ในชุมชนเพื่อเข้ามาให้คำแนะนำ ปรึกษาในการขอรับสินเชื่อ เงินทุนในการประกอบอาชีพ

3. การจัดตลาดนัดแรงงาน โดยให้นายจ้างและผู้ประกอบการมาเปิดรับสมัครผู้ต้องขังที่ใกล้พ้นโทษมีความสนใจในสาขาอาชีพต่างๆ และมีคุณสมบัติเหมาะสมเพื่อออกไปประกอบอาชีพภายหลังพ้นโทษ

กระบวนการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยหรือการฟื้นฟูฟื้นฟูนั้น มีการประเมินผลความพร้อมก่อนปล่อย โดยการทำบัญชีตรวจสอบความพร้อม ประกอบด้วยข้อมูลด้านที่อยู่อาศัย ภายหลังพ้นโทษ ด้านการวางแผนการดำเนินชีวิต และแผนในการประกอบอาชีพภายหลังพ้นโทษ ด้านครอบครัวผู้ต้องขังเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของสมาชิกในครอบครัวและฐานะทางเศรษฐกิจของครอบครัว ด้านสภาพจิตใจของผู้ต้องขัง ด้านการยอมรับของชุมชนและสังคม ซึ่งหากตรวจสอบแล้ว ผู้ต้องขังมีความพร้อมผ่านตามบัญชีที่กำหนดก็ถือว่าผู้ต้องขังมีความพร้อมและสามารถที่จะออกไปอยู่ร่วมกับสังคมภายนอกได้ตามปกติ แต่หากมีปัญหาในบางข้อเจ้าหน้าที่และผู้ต้องขังต้องหาทางร่วมกันแก้ไขปัญหานั้นให้หมดไปก่อนที่จะได้รับการปล่อยตัว

ส่วนการติดตามหลังพ้นโทษ เจ้าหน้าที่เรือนจำ หรือผู้จัดการรายกรณี (Case Management) เป็นผู้ติดตามผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวพ้นโทษทั้งแบบพ้นโทษตามหมายศาลและแบบคุมประพฤติ โดยการให้คำปรึกษาแนะนำทางโทรศัพท์ หรือการเยี่ยมบ้าน ตลอดระยะเวลา 3 เดือนหรือมากกว่านั้นสำหรับในกรณีที่ผู้พ้นโทษมีปัญหาต้องการขอรับความช่วยเหลือในด้านต่างๆ เป็นจำนวนมาก และมีการประสานเครือข่ายชุมชน เครือข่ายราชทัณฑ์ตำบลเข้ามามีส่วนร่วมในการติดตาม สอดส่อง ดูแลและให้ความช่วยเหลือผู้ต้องขังหลังปล่อย

2.2.3 ทฤษฎีกฎหมาย 3 ยุค¹⁵⁸

วิวัฒนาการของกฎหมายสากลในการที่มนุษย์มาอยู่ร่วมกันจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม กฎเกณฑ์นี้เรียกว่า "กฎหมาย" ซึ่งมีความแตกต่างกันไปตามวิวัฒนาการของแต่ละสังคม การพิจารณาถึงวิวัฒนาการของกฎหมายจึงจำต้องกระทำควบคู่ไปกับการพิจารณาวิวัฒนาการของสังคม ศาสตราจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้สร้างทฤษฎีกฎหมายสามชั้น หรือกฎหมายสามยุคขึ้นเพื่ออธิบายวิวัฒนาการของกฎหมาย กฎหมายสามชั้นก็คือชั้นของการกำเนิดขึ้นของกฎหมายตามลำดับ และสรุปได้ว่าวิวัฒนาการของกฎหมายนั้นมี 3 ยุค และปรากฏกฎหมาย 3 รูปแบบ คือ กฎหมายประเพณี หรือ

¹⁵⁸ สมยศ เชื้อไทย. (2548). *นิติปรัชญาเบื้องต้น*. หน้า 159-164.

กฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht) กฎหมายของนักกฎหมาย (Juristenrecht) และกฎหมายเทคนิค (Technical Law)

1) การอุบัติขึ้นของแบบแผนความประพฤติของคนในสังคม

ประเด็นเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของกฎหมายนั้นมีปัญหาพื้นฐานว่ากฎหมายเกิดขึ้นโดยมนุษย์บัญญัติขึ้นหรือกำหนดขึ้นโดยเจตจำนง (Will) ของมนุษย์หรือเกิดขึ้นโดยการก่อตัวขึ้นเองในปัญหาที่ ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่ากฎหมายก่อตัวขึ้นเองในสังคมมนุษย์แล้ว ค่อยๆ คลี่คลาย วิวัฒนาการต่อมาจนถึงปัจจุบัน มิได้เกิดขึ้นเพราะการสร้างขึ้นโดยเจตจำนงของมนุษย์แต่อย่างใด

การพิจารณาปัญหาดังกล่าวทฤษฎีกฎหมายสามชั้นให้เหตุผลจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์และผลการศึกษาค้นคว้าทางวิชาการในปัจจุบัน ทั้งจากการศึกษาพฤติกรรมของสัตว์ (Ethology) การศึกษาวัฒนธรรมของมนุษย์ในชนเผ่าล่าสัตว์ทางวิชามานุษยวิทยา (Anthropology) โดยท่านปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ยกตัวอย่างการศึกษาเกี่ยวกับพฤติกรรมของปลาว่า ปลาบางชนิดที่อาศัยอยู่ในซอกหินมักจะแสดงอาการหวงถิ่นบริเวณซอกหินตรงนั้น ถ้ามีปลาอื่นเข้ามา ก็จะแสดงอาการหวงแค้นและขัดขวางป้องกันและผลที่สุดปลาดังนั้นก็มักจะเป็นฝ่ายแสดงอำนาจยิ่งใหญ่จนทำให้ผู้ล่อลวงล่าเขตแดนต้องยอมรับหรือยอมแพ้ และไม่กล้าล่อลวงเข้ามาในเขตนั้นอีก ที่เป็นเช่นนี้เพราะในสถานการณ์เช่นนั้นมันจะรู้สึกว่ามันเป็นเจ้าของถิ่นนั้น เมื่อมีผู้อื่นล่อลวงเข้ามาในถิ่นของตนก็จะรู้สึกว่ามันเองถูกรุกราน ซึ่งแสดงว่าในสถานการณ์เช่นนั้นปลาเจ้าถิ่นรู้สึกตัวว่ามีความชอบธรรมมากกว่าสัตว์อื่นๆ ที่จะครอบครองบริเวณนั้น จึงแสดงอำนาจในเขตแดนซึ่งเป็นถิ่นของตนออกมา เพื่อแสดงบริเวณอาณาเขตของมันว่ามีขอบเขตเพียงใด อาการทำนองนี้เป็นการแสดงถึงความเป็นเจ้าถิ่น หรือการหวงแค้นเขตแดนที่เรียกว่า “หลักบังคับทางดินแดน (Territorial Imperative)”

กฎเกณฑ์ความประพฤติที่เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงทำนองดังกล่าว ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น เห็นว่ามีอยู่ในหมู่สัตว์ทุกชนิดรวมทั้งในสังคมของมนุษย์ด้วย สิ่งที่เราเรียกว่า “หลักบังคับทางเขตแดน” นี้มีลักษณะทำนองเดียวกันกับการหวงแค้นทรัพย์สินที่อยู่ในความถือครองของมนุษย์นั่นเอง กฎเกณฑ์ที่เป็นข้อจำกัดขอบเขตความประพฤติเช่นนี้บังคับเป็นเครื่องมือป้องกันและตัดทอนการวิวาทต่อสู้หรือการรบกวาดต่อการแสวงหาอาหารไม่ให้เกิดขึ้นบ่อยจนเกินไปด้วย หลักการที่เป็นสิ่งที่ส่งเสริมการดำรงอยู่ของสังคมเช่นนี้ เมื่อครั้งหนึ่งได้ประพฤติปฏิบัติกันแล้วก็จะทำให้มีการปฏิบัติต่อไปอีกเรื่อยๆ จนทำให้กลายเป็นสิ่งที่ยอมรับโดยการปฏิบัติไปตามหลักธรรมดานี้อย่างสม่ำเสมอ เมื่อมีการปฏิบัติติดต่อกันเป็นระยะเวลาไม่นานก็จะทำให้กฎเกณฑ์นั้นปรากฏตัวเป็นรูปเป็นร่างชัดเจนขึ้นและได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่า เป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinion juris) และจำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น

มีปัญหาว่าในขณะที่กฎเกณฑ์ยังไม่ทันปรากฏตัวเป็นรูปเป็นร่างชัดเจน คือในขณะที่คนแต่ละคนอยู่ในระหว่างเริ่มปฏิบัติตามสิ่งที่ตนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องนั้น คนแต่ละคนใช้อะไรเป็นเครื่องวัด หรือเป็นแนวในการตัดสินใจว่าจะประพฤติปฏิบัติตามเช่นนั้น

ในปัญหานี้ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นอธิบายว่า การรู้ว่าในสถานการณ์ใดมนุษย์ควรปฏิบัติตัวอย่างไรนั้น เกิดจากความสามารถที่เป็นคุณสมบัติพิเศษของมนุษย์สองประการคือความสามารถในการจำแนกแยกแยะข้อเท็จจริง (Factual Reason) ประการหนึ่ง ซึ่งหมายถึงความสามารถในการจำได้หมายถึงถึงความแตกต่าง ความเหมือนหรือความคล้ายคลึงกันของสิ่งต่างๆ และอีกประการหนึ่ง คือความสามารถที่จะรู้ว่าอะไรผิดอะไรถูก อะไรควรและอะไรไม่ควร หรือที่เรียกว่าเหตุผลในทางศีลธรรม (Moral Reason)

เมื่อเกิดข้อขัดแย้งที่มนุษย์จะต้องวินิจฉัยตัดสิน มนุษย์ก็จะใช้ความสามารถนี้มองสถานการณ์ต่างๆ ประกอบกับความสัมพันธ์ของข้อเท็จจริงเหล่านั้นจะมีระบบระเบียบในตัวของมัน ระบบที่สถิตอยู่ในความสัมพันธ์ของข้อเท็จจริงที่ประกอบเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้นเรียกว่า “เหตุผลของเรื่อง” (Nature of things) ที่เมื่อมนุษย์ใช้ความสามารถรับรองทางศีลธรรม ซึ่งเป็นสิ่งที่มืออยู่ภายในจิตของมนุษย์ส่องพิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ของข้อเท็จจริงต่างๆ ที่มีอยู่ภายนอกก็จะมองเห็นเหตุผลของเรื่องในเรื่องนั้นๆ จากเหตุผลของเรื่องอันเป็นข้อเท็จจริงภายนอกที่บ่งชี้อยู่ในตัวว่าในสถานการณ์เช่นนั้นฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูกฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด ข้อวินิจฉัยนี้จะเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติจากการเชื่อมกันระหว่างเหตุผลทางศีลธรรมและเหตุผลของเรื่อง

การวินิจฉัยว่าอะไรถูกอะไรผิดนี้เมื่อได้รับการปฏิบัติตามติดต่อกันอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานก็จะผนึกแน่นอยู่ในความสำนึกของคนในหมู่ที่ปฏิบัติเช่นนั้น จนต่อมาต้องยอมรับว่าถูกโดยไม่ต้องมีการวินิจฉัยใดๆ เมื่อได้ปฏิบัติมานานๆ ในที่สุดก็กลายเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีและในบรรดาขนบธรรมเนียมประเพณีเหล่านี้จะมีขนบธรรมเนียมในส่วนที่สำคัญคือเกี่ยวข้องกับสิ่งที่คนหวงแหนอย่างถึงขนาด เช่น เรื่องทรัพย์สินสมบัติ ลูกเมีย หากใครไปล่วงเกินเข้าก็จะต้องถูกขัดขวางป้องกัน จนถึงกับมีการตอบโต้แก้แค้นจองเวรกัน ทำให้มีการปฏิบัติในเรื่องนั้นๆ อย่างระมัดระวังยิ่งกว่าเรื่องอื่นและค่อยๆ มีการพัฒนาวิธีบังคับการให้เป็นไปตามขนบธรรมเนียมประเพณีเหล่านี้ยิ่งขึ้นจนมีลักษณะเป็นกฎหมายประเพณี

จากกฎหมายประเพณีเหล่านี้วิวัฒนาการคลี่คลายไปสู่กฎหมายของนักกฎหมาย เนื่องจากเมื่อมนุษย์อยู่รวมกันในสังคม มนุษย์ย่อมรู้จักและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์บางอย่างเหล่านี้แล้ว ในเบื้องต้นนั้นมนุษย์ย่อมคล้อยตามกฎเกณฑ์เหล่านี้ด้วยความเข้าใจอย่างง่าย ๆ ว่าเป็นสิ่งที่ถูกและควรกระทำตาม โดยมีได้เข้าใจเหตุผลหรือความหมายที่แฝงอยู่โดยละเอียดลึกซึ้งแต่อย่างใด ต่อมามนุษย์จึงค่อยๆ เรียนรู้ถึงความหมายของมัน เมื่อมีข้อพิพาทโต้แย้ง มนุษย์ก็จะนำเอากฎเกณฑ์ที่มีอยู่

มาช่วยในการวินิจฉัยข้อพิพาทและขณะเดียวกันก็ค่อยๆ ปรับแต่งกฎเกณฑ์และวิธีบังคับตามกฎเกณฑ์เหล่านี้ให้ละเอียดและซับซ้อนยิ่งขึ้น ถึงตอนนี้กฎเกณฑ์เหล่านั้นก็จะคลี่คลายจากกฎเกณฑ์ที่จะสามารถเข้าถึงหรือเข้าใจได้โดยสามัญสำนึกตามเหตุผลธรรมดาสามัญ กลายเป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องใช้เหตุผลซับซ้อนมากขึ้น จึงจะสามารถเข้าใจหรือเข้าถึงได้ หากมีข้อพิพาทขัดแย้งในเรื่องเหล่านี้ขึ้นก็ต้องอาศัยผู้รู้มาช่วยคิดและไตร่ตรองจากกฎเกณฑ์และเหตุผลที่สะสมอยู่เพื่อแสวงหากฎเกณฑ์ที่ใช้ได้อย่างเหมาะสมยิ่งขึ้น

การวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทต่างๆ นั้น ผู้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยหรือผู้พิพากษามีได้คิดหลักวินิจฉัยขึ้นมาเอง แต่จะค้นหาลักษณะที่ถูกต้องมาวินิจฉัย ผู้พิพากษาที่ได้ชื่อว่าเป็นผู้เที่ยงธรรมนั้นมักจะตัดสินตามกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่มีอยู่ในคำพิพากษาเก่าๆ หรือเป็นเรื่องใหม่ไม่เคยเกิดขึ้นเลย ในกรณีหลังผู้พิพากษาจะทำหน้าที่ศึกษาค้นคว้าว่ากฎเกณฑ์สำหรับเรื่องใหม่นี้ควรจะเป็นอย่างไร โดยอาจเทียบได้จากกฎเกณฑ์ที่ใกล้เคียงกัน ปรับแต่งจากกฎเกณฑ์เดิมหรือใช้เหตุผลชักนำตามความเชื่อเกี่ยวกับความผิด-ถูกในเรื่องนั้นๆ มาเป็นเครื่องวินิจฉัยก็ตาม โดยนัยนี้ผู้พิพากษาจึงเป็นแต่เพียงผู้แสดงออกว่ากฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นมีอย่างไร ไม่ใช่เป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ลงไปตามอำเภอใจของตัวเองหรือตามใจชอบ

กระบวนการนิติบัญญัติจึงค่อยๆ ถูกพัฒนาขึ้นมากฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยกระบวนการนิติบัญญัตินี้เป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นโดยเจตจำนงของมนุษย์ตามความมุ่งหมายบางประการ เช่น กฎหมายจราจร ก็เพื่อความสะดวกและปลอดภัยในการเดินทาง กฎหมายป่าไม้ก็เพื่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติ และแหล่งต้นน้ำลำธาร ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเรียกกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเช่นนี้ว่ากฎหมายเทคนิค คือเป็นกฎหมายที่บัญญัติโดย “เหตุผลเทคนิค (Technical Law)”

วิวัฒนาการของกฎหมายทั้งสามยุคนี้ ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นมองว่า เป็นกระบวนการทางประวัติศาสตร์ที่ต่อเนื่องกันเป็นสายเดียว เปรียบเสมือนกระแสน้ำที่หารอยตะเข็บมิได้ ในยุคแรกตัวการใหญ่ คือ ชาวบ้าน ซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติต่อกันมาจนเป็นกฎหมายประเพณี จึงเรียกกันว่ากฎหมายชาวบ้าน ในยุคแรกชาวบ้านจึงเป็นผู้ทรงกฎหมาย กฎหมายประเภทนี้จึงไม่ต้องเรียนรู้ก็สามารถเข้าใจได้ เพราะเกิดมาจากจารีตประเพณีที่ถือปฏิบัติกันสืบมานั่นเอง ในยุคที่สองนักกฎหมายเป็นผู้ปรับแต่งหลักกฎหมายที่ชาวบ้านปฏิบัติกันสืบมา จึงเป็นสิ่งที่จะต้องเรียนจึงจะรู้ได้ ในยุคที่สามตัวการคือ นักนิติบัญญัติ ซึ่งบัญญัติกฎเกณฑ์ขึ้นโดยเหตุผลทางเทคนิคเพื่อความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง การทำความเข้าใจกฎหมายประเภทนี้

จากวิวัฒนาการกฎหมาย 3 ยุคดังกล่าว ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นจึงเห็นว่ากฎหมายนั้นมีความซับซ้อนหลายประการ เพราะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากเหตุผล ความสะดวกของสถานการณ์ก่อให้เกิดการปฏิบัติซ้ำๆ กฎหมายจึงหมายถึงจารีตประเพณี หมายถึงหลักกฎหมายที่นักกฎหมาย

ปรุงแต่งขึ้น และยังมีหมายรวมถึงกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยรัฐาธิปัตย์เพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะทางเทคนิค ดังนั้นกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้หลายทางและหลายรูปแบบ ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นจึงไม่เห็นด้วยกับทัศนะของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ที่เห็นว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐาธิปัตย์

ในเรื่องการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ ในวงการนิติศาสตร์ตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 จนกระทั่งปัจจุบันเน้นประเด็นโต้เถียงกันว่าจะต้องค้นหาความมุ่งหมายของผู้บัญญัติกฎหมายหรือความมุ่งหมายของตัวบทนั่นเอง การโต้เถียงปัญหานี้ยังไม่จบสิ้น ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่าทั้ง 2 ฝ่าย มีข้อบกพร่องร่วมกันอยู่ประการหนึ่ง คือคิดว่ากฎหมายเป็นเรื่องของเจตจำนง (will) ล้วนๆ จึงมีแต่จะค้นหาเจตจำนงหรือความมุ่งหมายของกฎหมายหรือของผู้บัญญัติกฎหมายอยู่ฝ่ายเดียว กฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหมดที่มีอยู่ในปัจจุบัน บทบัญญัติต่างๆ มีเนื้อหาที่มีแหล่งที่มาแตกต่างกันหลายกระแส มิใช่มาจากเจตจำนงของบุคคลเท่านั้น ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่าเนื้อหาของบทบัญญัติของกฎหมายจึงไม่ใช่สิ่งที่ประกอบเป็นเนื้อเดียวกัน (Homogenous) กฎหมายนั้นประกอบด้วยแหล่งที่มาเป็น 3 ชั้นซ้อนทับถมกันอยู่ เปรียบเสมือนเนื้อหมูสามชั้น ที่แม้จะเป็นเนื้อชั้นเดียวแต่ก็ประกอบด้วยเนื้อต่างประเภทตั้ง 3 ชั้น แม่ครัวที่ดีต้องใช้ความรู้ความชำนาญนำเนื้อแต่ละชั้นที่มีลักษณะแตกต่างกัน ไปปรุงอาหารตามความเหมาะสมและด้วยกรรมวิธีที่แตกต่างกันฉันใด เรื่องกฎหมายก็ฉันนั้น เมื่อพิเคราะห์ดูแล้วจะเห็นได้กฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหมดที่มีอยู่ในปัจจุบันมีเนื้อหาตามแหล่งที่มาอยู่ 3 ประเภท คือประกอบด้วย

(1) บทบัญญัติที่มาจากขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี หรือเรียกสั้นๆ ว่า “กฎหมายประเพณี” บทบัญญัติส่วนใหญ่ในเรื่องครอบครัว เป็นบทบัญญัติที่มาจากขนบธรรมเนียมและศีลธรรมที่มีอยู่ในสังคม การตีความบทนี้ไม่จำเป็นต้องไปค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย แต่จะต้องพิจารณาจากขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีของคนไทยเป็นสำคัญจึงจะตีความกฎหมายได้ถูกต้อง

(2) บทบัญญัติที่มาจากหลักกฎหมายหรือหลักนิติศาสตร์ เช่น เรื่องอายุความครอบครองปรปักษ์ การได้กรรมสิทธิ์โดยความสุจริต การปฏิเสธชำระหนี้เพราะอายุความก็ดี การอ้างสิทธิครอบครองปรปักษ์ก็ดี ไม่ใช่เหตุผลทางศีลธรรม เพราะผู้อ้างไม่สามารถกล่าวอ้างได้เต็มปากว่าการกระทำของตนนั้นถูกต้องในทางศีลธรรม การกระทำเหล่านั้นอาจถูกคนดีถูกเอาเสียด้วยซ้ำ แต่ก็เป็นที่ยอมรับว่ากฎหมายยอมรับเรื่องเหล่านี้ เราจึงอาจเลียนแบบนักกฎหมายโรมัน โดยกล่าวว่า อายุความก็ดี ครอบครองปรปักษ์ก็ดี มิใช่เป็นสถาบันทางศีลธรรม แต่เป็นสถาบันกฎหมาย (Legal institution) สถาบันกฎหมายเกิดขึ้นโดยเหตุผลทางนิติศาสตร์บางประการ เมื่อเริ่มต้นแล้วพัฒนาการไปเรื่อยๆ จนกลายเป็นสถาบันกฎหมายที่สลับซับซ้อน ถ้าพิจารณาเพียงความคิดทางศีลธรรมและขนบธรรมเนียมไม่สามารถทำความเข้าใจสถาบันกฎหมายเหล่านี้ได้เลย แต่ต้องทำ

ความเข้าใจสถาบันกฎหมายเหล่านั้น โดยศึกษาค้นคว้าหลักกฎหมาย (Rechtsdogmatik-Doctrine) และประวัติศาสตร์หลักกฎหมาย (Dogmengeschichte-Doctrinal history) เมื่อทำความเข้าใจภูมิหลังของบทบัญญัติประเภทนี้ดังที่กล่าวมาแล้ว จึงจะใช้และตีความบทบัญญัติเหล่านั้นได้ดี

(3) บทบัญญัติที่เกิดขึ้นจากเหตุผลทางเทคนิค บทบัญญัติประเภทนี้บางที่เราเรียกว่ากฎหมายเทคนิค เช่น กฎหมายจราจร การเดินทางทางซ้ายทางขวาไม่มีความถูกต้องในตัวของมันเอง ความถูกต้องเกิดขึ้นเนื่องจากการตั้งกฎเกณฑ์ เรียกว่าบทบัญญัติประเภทนี้ว่าเป็น Justice by Convention ไม่ใช่ Justice by nature ในทางกฎหมายอาญาจัดเป็นความผิดเพราะต้องห้าม (mala prohibita) ไม่ใช่ความผิดในตัวมันเอง (mala in se) กฎหมายที่บัญญัติขึ้นอยู่ทุกวันนี้ถูกบัญญัติด้วยเหตุพิเศษบางประการโดยเฉพาะทั้งนั้น จึงจัดอยู่ในประเภทกฎหมายเทคนิค (Technical Law) การใช้การตีความบทบัญญัติประเภทนี้จึงต้องค้นหาเหตุผลพิเศษ (เหตุผลทางเทคนิค) ที่เป็นต้นเหตุของกฎหมายนั้นๆ การค้นหาเหตุผลพิเศษเหล่านั้นก็คือ การค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายนั่นเอง ด้วยเหตุนี้เราจึงอาจกล่าวได้ว่าเฉพาะแต่กฎหมายเทคนิคเท่านั้นที่ผู้ใช้และผู้ตีความจะต้องการหาเจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย สำหรับกฎหมายประเภทอื่นๆ เราจะต้องค้นหาเหตุผลทางศีลธรรม เหตุผลของเรื่อง (Nature of things) และเหตุผลของสถาบันกฎหมาย แต่ละเรื่องที่เกี่ยวข้องด้วย

ปัจจุบันนับได้ว่าเป็นยุคของการนิติบัญญัติ แต่เนื่องจากเราเพิ่งจะเข้าสู่ยุคนี้เมื่อประมาณ 200-300 ปีที่ผ่านมาจึงทำให้มีความรู้ที่ถ่องแท้มาจากประสบการณ์ยังไม่เพียงพอทำให้วิชานิติบัญญัติเป็นวิชาที่ยังค่อยพัฒนา เพราะยังไม่รู้ว่ามิชอบเขตอย่างไร อะไรเป็นสิ่งที่บัญญัติได้และอะไรเป็นสิ่งที่บัญญัติไม่ได้ และยังไม่มีความสามารถอธิบายหลักการในเรื่องนี้ได้ คงมีแต่คำสอนที่ว่ากฎหมายคือ คำสั่งของรัฐอธิปัตย์ จึงก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ จนมีผู้กล่าวว่าการค้นพบการนิติบัญญัติเป็นการค้นพบที่น่ากลัวยิ่งกว่าการค้นพบไฟหรือดินปืนเสียอีก เพราะเท่ากับเป็นการมอบชะตากรรมของมนุษย์ให้กับมนุษย์ด้วยกันเอง ปัญหาที่ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่า การนิติบัญญัตินั้นมิชอบเขตจำกัดผู้มีอำนาจไม่สามารถที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นได้ตามอำเภอใจ เพราะทฤษฎีกฎหมายสามชั้นมองกฎหมายว่ามีเนื้อหายุ่ง 3 ชั้น คือ จารีตประเพณี หลักกฎหมาย และกฎหมายที่บัญญัติขึ้น ส่วนที่เป็นรากฐาน คือ กฎหมายที่มาจากขนบธรรมเนียมประเพณี ซึ่งเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญา

หลักในทางกฎหมายอาญาเรื่องลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฆ่าคนตาย ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่าล้วนมีรากฐานมาจากศีลธรรมทั้งสิ้น ก่อนมีประมวลกฎหมายก็มีเรื่องความผิดฐานลักทรัพย์และมีการลงโทษ ประมวลกฎหมายอาญาเป็นเพียงมารับรองสิ่งที่มันมีอยู่แล้ว กฎหมายประเภทนี้เราเรียกว่ากฎหมายที่มาจากจารีตประเพณี ซึ่งใกล้ชิดกับเรื่องศีลธรรมมาก

หลักในทางกฎหมายแพ่งก็เช่นกัน หลักใหญ่ในเรื่องครอบครัวที่ว่าบิดามารดาต้องเลี้ยงดูบุตรไม่ใช่เป็นเพราะมีประมวลกฎหมายแพ่งจึงมีหน้าที่นี้ แต่หลักนี้มีอยู่ก่อนหน้าแล้ว ในส่วนนี้กฎหมายนิติบัญญัติเพียงแต่รับรองของที่มันมีอยู่ให้ชัดเจนขึ้นเท่านั้น ไม่ได้ตั้งขึ้นมาใหม่ หลักเรื่องการเคารพทรัพย์สินของผู้อื่นทำให้มีหลักกฎหมายหรือหลักนิติศาสตร์ที่มาอธิบายให้เห็นว่าสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ส่วนควบอุปกรณ์ต่างๆ เป็นอย่างไร ซึ่งทำให้กฎหมายที่เป็นจารีตประเพณี (Volksrecht) ชัดเจนและละเอียดอ่อนขึ้น ดังนั้นกฎหมายเรื่องทรัพย์สินจึงประกอบด้วยส่วนที่มาจากขนบธรรมเนียมประเพณี และส่วนที่เป็นหลักกฎหมายของนักกฎหมายหรือหลักนิติศาสตร์เข้ามาปรุงแต่งด้วย ส่วนในเรื่องอายุความก็ดี การครอบครองปรปักษ์ก็ดี ก็มีอยู่แล้วในเรื่องหลักนิติศาสตร์

ส่วนฝ่ายผู้ร่างจะเลือกเอาคำหนดคดีก็เป็นเรื่องที่เป็นไปตามใจของผู้ร่างหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนนี้จึงนับว่าเป็นกฎหมายเทคนิค ฉะนั้นกฎหมายเรื่องทรัพย์สินจึงประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ส่วนด้วยกัน เรื่องหนึ่งและนิติกรรมสัญญา มีหลักพื้นฐานคือ คนต้องมีสัจจะ ซึ่งส่วนนี้มีอยู่แล้ว ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดขึ้น แต่ส่วนที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อไร คำเสนอ คำสนองเป็นอย่างไร จะตรงกันหรือไม่ การส่งคำเสนอมีผลเมื่อไร เหล่านี้เป็นรายละเอียดของกฎหมายเป็นเรื่องหลักกฎหมาย แต่ในส่วนที่ว่าสัญญาต้องทำตามแบบ ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือก็เป็นเรื่องที่กำหนดเอา เป็นกฎหมายเทคนิค ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติทำได้ ส่วนนี้ไม่มีทางที่จะอ้างเหตุผลอื่นนอกจากจำเอาว่ากฎหมายว่าไว้อย่างไร อยากรู้ก็ตามฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎหมายให้ชัดกับหลักกฎหมายที่เป็นจารีตประเพณีไม่ได้ เช่น จะบัญญัติว่าเป็นหนี้ไม่ต้องชำระเช่นนี้ทำไม่ได้

เมื่อมีการนิติบัญญัติก็มีการบัญญัติกฎหมายเทคนิคกฎหมายชนิดนี้ ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่าเป็นกฎหมายที่คนสร้างขึ้นมาจึงไม่มีพลังทางศีลธรรม หรือขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีหนุนหลัง ถ้าเป็นกฎหมายที่เกิดจากขนบธรรมเนียม เช่น การลักทรัพย์ของผู้อื่น การผิดสัญญา หรือการทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหาย เหล่านี้เป็นการทำผิดจารีตประเพณีศีลธรรม คนในสังคมก็จะชี้หน้าว่าชั่ว ฉะนั้นจึงมีพลังในทางศีลธรรมคอยบังคับให้คนต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ถึงแม้จะไม่มีตำรวจ ไม่มีศาล ก็มีการบังคับในเชิงสังคม แต่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นแท้ๆ อย่างเช่นกฎหมายจรรยา การขบถชายหรือขวาไม่ผิด หรือกฎหมายภาษี ถ้าหนีภาษีคนจะไม่ว่าชั่ว เพราะแต่เดิมไม่มีการเก็บภาษีจึงไม่มีขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีในเรื่องนี้กฎหมายเหล่านี้ไม่มีพลังศีลธรรมและจารีตประเพณีช่วย จึงต้องอาศัยอำนาจของรัฐล้วนๆ

กล่าวโดยสรุปได้ว่าทฤษฎีกฎหมายสามชั้นมองกฎหมายในลักษณะเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลง มิใช่ภาพนิ่ง จึงทำให้มองเห็นภาพรวมของกฎหมายตามสภาพที่เป็นจริง ตั้งแต่เริ่มต้นกำเนิดที่อุบัติขึ้นจากศีลธรรมขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีซึ่งมีลักษณะง่ายๆ ไม่ซับซ้อนที่เรียกว่า

Spontaneous order และค่อยๆ วิวัฒนาการคลี่คลายไปสู่กฎเกณฑ์ที่ซับซ้อนขึ้นเรื่อยๆ โดยการปรุงแต่งของมนุษย์และกำหนดขึ้นเองโดยผู้มีอำนาจ การพิเคราะห์ลักษณะวิวัฒนาการของกฎหมายเช่นนี้ เป็นการพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายจากหลักฐานทางมานุษยวิทยา (Anthropology) และทางประวัติศาสตร์อย่างกว้างๆ เพื่อทำความเข้าใจถึงต้นกำเนิดของกฎเกณฑ์ความประพฤติของคนในสังคมและความคลี่คลายขยายตัวของกฎเกณฑ์เหล่านั้นจนปรากฏเป็นลักษณะของระบบกฎหมายที่ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่ละเอียดอ่อนและสลับซับซ้อนในปัจจุบันนี้

การพิเคราะห์ในลักษณะดังกล่าวเป็นการกล่าวในลักษณะสรุปรวบรัดเรื่องราวที่ซับซ้อนให้เห็นลักษณะเด่นที่สำคัญสามขั้นตอน คือ กฎหมายชาวบ้าน กฎหมายของนักกฎหมาย และกฎหมายที่บัญญัติขึ้น แต่ละขั้นตอนหรือในแต่ละยุคมิใช่แยกกันได้อย่างเด็ดขาด เพราะเป็นกระแสน้ำแห่งประวัติศาสตร์ที่หารอยตะเข็บที่เชื่อมต่อกันได้เพราะตั้งแต่เริ่มแรกในสมัยโบราณมนุษย์ก็อาจเริ่มรู้จักบัญญัติกฎหมายแล้วก็ได้ ในขณะที่ยุคปัจจุบันซึ่งพันยุคกฎหมายประเพณีไปแล้ว ก็มีไม่ว่ากฎหมายประเพณีจะไม่มีปรากฏตัวอยู่เลย และเราก็ยังมีอาจหาคำตอบได้อย่างแน่ชัดว่ากฎหมายประเพณีมีองค์ประกอบอะไรบ้าง อย่างไรก็ตามทฤษฎีกฎหมายสามขั้นก็ช่วยเตือนนักกฎหมายทั้งหลายว่า อย่าพิจารณากฎหมายอย่างง่าย ๆ และกล่าวถึงกฎหมายในลักษณะภาพนิ่งที่ปรากฏตัวอยู่เพียงในยุคใดยุคหนึ่งเท่านั้น นอกจากนั้นการตีความกฎหมายที่ดีก็มีไม่ว่าจะพิจารณาแต่ตัวลายลักษณ์อักษรหรือในการบัญญัติกฎหมายที่ดี ก็มีไม่ว่าจะทำได้ตามอำเภอใจ เพราะกฎหมายเป็นระบบของกฎเกณฑ์ความประพฤติของมนุษย์ที่ละเอียดอ่อนและสลับซับซ้อน

2.2.4 ทฤษฎีการล้างมลทิน

2.2.4.1 แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการล้างมลทิน

การล้างมลทินเป็นวิธีการของรัฐสมัยใหม่ที่ใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ปรับปรุงผู้กระทำผิดประกอบการลงโทษผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้ว โดยการลบล้างการกระทำผิดและความผิดและโทษให้แก่บุคคลดังกล่าว เพื่อให้บุคคลดังกล่าวสามารถกลับคืนสังคมได้ เพราะการล้างมลทินจะมีผลทำให้ผู้กระทำผิดที่ได้รับการล้างมลทินได้รับสิทธิและความสามารถต่างๆ ที่ผู้กระทำผิดได้สูญเสียไป เนื่องจากการกระทำผิดและการลงโทษกลับคืนมา นอกจากนั้น การล้างมลทินยังมีผลทำให้ผู้กระทำผิดที่ได้รับการล้างมลทินเปรียบเสมือนบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อนและมีผลทำให้ทะเบียนประวัติอาชญากรของผู้กระทำผิดถูกลบล้างไป¹⁵⁹

¹⁵⁹ ศัญชาติ อุปนันชัย. (2551) การจำกัดสิทธิของผู้ที่เคยได้รับการล้างมลทินเนื่องจากกระทำผิดทางอาญา หรือวินัย. หน้า 18.

การล้างมลทินโดยการลบล้างการกระทำความผิดและโทษให้แก่ผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้วมีแนวความคิดมาจากหลักที่ว่าไม่เป็นการยุติธรรมที่ยังคงตัดสิทธิในฐานะพลเมืองแก่บุคคลที่ได้รับโทษชดใช้การกระทำของเขาแล้ว แต่ควรที่จะปฏิบัติต่อเขาเสมือนเขาเป็นผู้กระทำผิดที่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงแล้ว เพื่อให้เขาสามารถกลับมาเป็นสมาชิกใหม่ในสังคมนั้นได้ ดังนั้น เมื่อมีการรับโทษแล้ว เครื่องหมายหรือตราบัพที่เกิดจากการกระทำความผิดก็ควรจะถูกลบล้างไปด้วย¹⁶⁰ เนื่องจากโทษที่จะลงโทษแก่บุคคลใดต้องมีวันสิ้นสุดโดยแท้จริงไม่ควรให้ผลอันเนื่องจากการลงโทษคงเป็นตราบัพหรือรอยมลทินเป็นที่ทนทุกข์แก่เขาตลอดไป¹⁶¹ ดังนั้นการคงไว้ซึ่งตราบัพหรือรอยมลทินแห่งโทษอันเป็นสิ่งกีดกันทางจิตใจของผู้พ้นโทษจึงไม่เป็นการปลดปล่อยความทุกข์ของโทษอย่างแท้จริง

2.2.4.2 ความหมายของการล้างมลทิน¹⁶²

การล้างมลทินเป็นการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้วโดยการลบล้างการกระทำความผิดและโทษให้แก่บุคคลดังกล่าว ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า REHABILITATION แต่อย่างไรก็ตามคำว่า REHABILITATION มีความหมายอยู่สองความหมาย คือ

1. ความหมายที่หนึ่ง หมายถึงวิธีการในการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดโดยการฟื้นฟูผู้กระทำผิดในระหว่างที่ผู้กระทำผิดถูกคุมขังอยู่ โดยวิธีการฝึกอบรม ฝึกอาชีพ หรือการให้การศึกษแก่ผู้กระทำผิด ทั้งนี้เพื่อให้ผู้กระทำผิดเปลี่ยนใจไม่กลับไปกระทำความผิดอีกและสามารถกลับเข้ามาใช้ชีวิตอยู่ในสังคมร่วมกับผู้อื่นได้ภายหลังจากที่ผู้กระทำผิดได้พ้นโทษแล้ว

2. ความหมายที่สอง หมายถึงการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิด โดยการลบล้างการกระทำความผิดและโทษให้แก่ผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้ว ซึ่งมีผลเป็นการคืนสิทธิให้แก่บุคคลดังกล่าว เพื่อให้บุคคลดังกล่าวสามารถกลับคืนสังคม และสามารถกลับเข้ามาใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้ เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน

2.2.4.3 เจตนารมณ์ของการล้างมลทิน

การล้างมลทินเป็นวิธีการที่ใช้ในการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดสำหรับผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้ว โดยการลบล้างการกระทำความผิดและโทษ ซึ่งมีผลเป็นการคืนสิทธิให้แก่บุคคลดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากแนวความคิดของการลงโทษถือว่าบุคคลที่พ้นโทษเป็นผู้ที่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขจากรัฐแล้ว และรัฐเชื่อว่าเขากลับกลายเป็นคนดี จึงได้ปล่อยออกมาสู่สังคมภายนอก¹⁶³ จึงทำให้มี

¹⁶⁰ ศิริสา พูลสนอง. (2543) *การล้างมลทินในประเทศไทย*. หน้า 16.

¹⁶¹ ศิริสา พูลสนอง. อ้างแล้ว.

¹⁶² สัจชาติ อุปนันชัย. อ้างแล้ว

¹⁶³ ศิริสา พูลสนอง. เล่มเดิม. หน้า 16.

การนำวิธีการล้างมลทินมาใช้ในการนำการกระทำความผิดและพ้นโทษแล้วกลับคืนสู่สังคม โดยการล้างการกระทำผิดและโทษให้สามารถกลับเข้ามาใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้เช่นเดียวกับบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน ทั้งนี้ เพราะการล้างมลทินจะมีผลทำให้บุคคลนั้นเปรียบเสมือนบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน สิทธิ และความสามารถใดๆ ที่ผู้กระทำผิดได้สูญเสียไปอันเนื่องจากการกระทำผิดหรือการลงโทษผู้กระทำผิดก็จะได้รับกลับคืนมา และส่งผลดีต่อการกลับคืนสู่สังคมของผู้กระทำผิดที่ได้รับการล้างมลทิน

2.2.4.4 ประวัติความเป็นมาของการล้างมลทินในประเทศไทย

การล้างมลทินในประเทศไทยเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ.2475 โดยฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายล้างมลทินออกมาคืนสิทธิให้แก่คณะนายทหารที่ทำการคบคิดกันที่จะเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในปี ร.ศ.130 แต่เปลี่ยนแปลงไม่สำเร็จ และต่อมาถูกจับและถูกนำตัวมาลงโทษ แต่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยที่จะไม่เอาโทษแก่บุคคลดังกล่าว เนื่องจากพระองค์ทรงเห็นว่ากรรมกรพิพาทกลางโทษพวกเหล่านี้ชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมายทุกประการแล้ว แต่ว่าความผิดของพวกเหล่านี้มีข้อสำคัญที่จะกระทำร้ายต่อตัวเรา ไม่มีจิตรพยาบาทคาดร้ายแก่พวกนี้ เห็นควรที่จะลดหย่อนผ่อนโทษ โดยถ้อยคำซึ่งเป็นอำนาจของเจ้าแผ่นดินจะยกให้ได้¹⁶⁴

พระราชบัญญัติล้างมลทินผู้กระทำผิดทางการเมือง ร.ศ.130 พุทธศักราช 2475 ถือได้ว่าเป็นกฎหมายล้างมลทินฉบับแรกของไทยที่ตราขึ้นมาเพื่อที่จะล้างมลทินให้แก่ผู้กระทำผิดทางการเมืองที่ถูกวางโทษ โดยพระบรมราชวินิจฉัย ลงวันที่ 5 พฤษภาคม ร.ศ.131 เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าพวกนักโทษการเมืองครั้งปี ร.ศ.130 บัดนี้ แม้พ้นพระราชอาชญามาแล้วก็จริงแต่ตามกฎหมายของเรา พวกนี้ไม่ได้รับสิทธิสมบูรณ์ขึ้นชื่อว่าติดคุกต้องพระราชอาชญาไปแล้ว ด้วยเหตุที่ว่านักโทษที่กล่าวนี้เป็นนักโทษการเมือง คณะกรรมการราษฎรแลเห็นสมควรว่าจะได้รับพระราชทานยกเว้นโทษให้เกลี้ยงเกลาคือสิทธิที่เสียไปทางนั้นขอให้อยกเว้นเสีย¹⁶⁵ ซึ่งกฎหมายล้างมลทินของไทยถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการคืนสิทธิให้แก่ผู้กระทำผิดโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้ตรากฎหมายล้างมลทินออกมาล้างการกระทำผิดหรือโทษให้แก่ผู้กระทำผิดทั้งผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้วและผู้กระทำผิดที่กำลังรับโทษหรือรับทัณฑ์อยู่ทั้งนี้แล้วแต่ความประสงค์ของพระมหากษัตริย์หรือของรัฐในขณะนั้น เนื่องจากแนวความคิดในการคืนสิทธิให้แก่ผู้กระทำผิดตามกฎหมายล้างมลทินของไทยมาจากหลักการอภัยทานความผิดหรือโทษของพระมหากษัตริย์หรือ

¹⁶⁴ สัจชาติ อุปนันชัย. เล่มเดิม. หน้า 19.

¹⁶⁵ แหล่งเดิม. หน้า 20.

ของรัฐที่ให้แก่ผู้กระทำผิด¹⁶⁶ ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้ตรากฎหมายล้างมลทินออกมาตามความประสงค์ขององค์กรดังกล่าวในรูปของพระราชบัญญัติเฉพาะในช่วงโอกาสสำคัญหรือเหตุการณ์สำคัญของบ้านเมืองเท่านั้น ซึ่งนับตั้งแต่ปี พ.ศ.2475 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายล้างมลทินออกมาแล้วจำนวน 8 ฉบับ คือ

1. พระราชบัญญัติล้างมลทินผู้กระทำความผิดทางการเมือง ร.ศ.130 พุทธศักราช 2475
2. พระราชบัญญัติลบล้างมลทินให้แก่ผู้ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษในกรณีเกณฑ์แรงงานหรือทรัพย์สินในระหว่างมหาสงครามเอเชียบูรพา พ.ศ.2489
3. พระราชบัญญัติล้างมลทินในโอกาสครบ 25 พุทธศตวรรษ พ.ศ.2499
4. พระราชบัญญัติล้างมลทินในโอกาสครบ 25 พุทธศตวรรษ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2502
5. พระราชบัญญัติล้างมลทินในโอกาสสมโภชกรุงรัตนโกสินทร์ 200 ปี พ.ศ.2526
6. พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชทรงมีพระชนมพรรษา 60 พรรษา พ.ศ.2530
7. พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชครองสิริราชสมบัติครบ 50 ปี พ.ศ.2539
8. พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550

ผลของการล้างมลทินจากพระราชบัญญัติล้างมลทินก่อให้เกิดผลแก่ผู้กระทำผิดที่ได้รับการล้างมลทิน 2 ประการ ดังนี้

1. ทำให้ผู้กระทำผิดที่ได้รับการล้างมลทินเปรียบเสมือนบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน เพราะการล้างมลทินจะลบล้างการกระทำความผิดหรือโทษให้แก่ผู้กระทำผิด ซึ่งจากผลดังกล่าวทำให้ศาลไม่สามารถเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำผิดที่ได้รับการล้างมลทินได้ในกรณีที่บุคคลนั้นได้กลับมากระทำความผิดอีกภายหลังจากที่ได้รับการล้างมลทินแล้ว ทั้งนี้เพราะศาลถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดครั้งแรก
2. การล้างมลทินไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องสิทธิหรือประโยชน์ใดๆ แก่ผู้กระทำผิดที่ได้รับการล้างมลทิน ซึ่งสิทธิและประโยชน์ดังกล่าวหมายถึงสิทธิทางการเงิน ซึ่งได้แก่ สิทธิในการรับเบี้ยหวัด บำเหน็จ บำนาญ ทั้งนี้ เนื่องจากการล้างมลทินไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องใดๆ ที่เกิดขึ้นในอดีตก่อนที่จะได้รับการล้างมลทิน

¹⁶⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติล้างมลทินในโอกาสครบ 25 พุทธศตวรรษ พ.ศ.2499

ดังนั้น หลักการของการล้างมลทินในปัจจุบันจึงหมายความว่าถึงการล้างประวัติความผิด และล้างโทษเท่านั้น บทบัญญัติของพระราชบัญญัติล้างมลทินในปัจจุบันยังมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และผลแห่งการล้างมลทิน รวมถึงกำหนดขอบเขตของบุคคลที่มีสิทธิได้รับการล้างมลทินให้ชัดเจน

ทั้งนี้ จากการศึกษาเห็นว่า การล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินเป็นข้อยกเว้น การจำกัดสิทธิผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในการรับราชการนอกจากถูก จำกัดสิทธิตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ตามมาตรา 36 ข. (7) เนื่องจาก พระราชบัญญัติล้างมลทินให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ต้องโทษในกรณีความผิดต่าง ๆ โดยให้ถือว่า ผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้น ๆ ¹⁶⁷ และให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ถูกลงโทษทาง วินัยโดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษหรือลงทัณฑ์ทางวินัย¹⁶⁸ แต่อย่างไรก็ตามการล้างมลทินไม่ ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ได้รับการล้างมลทินในอันที่จะเรียกร้องสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น¹⁶⁹

ในทางปฏิบัติพระราชบัญญัติล้างมลทิน นั้นไม่ถือว่าบุคคลนั้นเคยถูกลงโทษมาก่อน แต่ มีอาจลบล้างว่าบุคคลนั้นไม่เคยประพฤติเสื่อมเสียหรือประพฤติที่ขาดคุณธรรม ดังนั้น การกำหนด ลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือน เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำ พิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญานั้น เมื่อได้รับการล้างมลทินก็จะไม่ถือว่า บุคคลนั้นเคยถูกลงโทษจำคุกมาก่อน แต่ก็ยังถือว่าบุคคลนั้นยังขาดคุณสมบัติอยู่ ตามลักษณะ ต้องห้ามเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคม ซึ่งศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยเป็นแนวทางเดียวกันมาโดยตลอดถือว่า มีผลเพียงให้ถือว่า ผู้ต้องโทษไม่เคยถูกลงโทษจำคุกเท่านั้น มิได้มีผลถึงกับให้ถือว่าความประพฤติหรือการกระทำอัน เป็นเหตุให้บุคคลผู้นั้นถูกลงโทษลบล้างไปด้วย¹⁷⁰ ศาลฎีกาเห็นว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณี ความผิดนั้นๆ ย่อมหมายความว่าผู้ต้องโทษไม่เคยถูกลงโทษเท่านั้น ส่วนความประพฤติหรือ การกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลนั้นต้องโทษหาได้ถูกลบล้างไปด้วยไม่ เพราะความประพฤติหรือการ

¹⁶⁷ พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มี พระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550 มาตรา 5

¹⁶⁸ พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550 มาตรา 6

¹⁶⁹ พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550 มาตรา 7

¹⁷⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 483/2543

กระทำที่เกิดขึ้นแล้วไม่อาจล้างมลทินให้หมดไปได้¹⁷¹ ผู้ที่ถูกลงโทษทางวินัยไม่เคยถูกลงโทษทางวินัยเท่านั้น ส่วนความประพฤติหรือการกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลนั้นถูกลงโทษทางวินัยหาได้ถูกลบล้างไปด้วยไม่ เพราะความประพฤติหรือการกระทำที่เกิดขึ้นแล้วไม่อาจล้างมลทินให้หมดไปได้¹⁷² กฎหมายถือว่าเป็นผู้ไม่เคยถูกลงโทษกรณีความผิดนั้น แต่การล้างมลทินดังกล่าวมีผลเฉพาะมลทินตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น พฤติกรรมการกระทำเป็นเจ้ามือหรือเจ้าสำนักเล่นการพนัน สลากกินรวบนั้น เป็นผู้เสื่อมเสียในทางศีลธรรม¹⁷³ ผลแห่งบทบัญญัติดังกล่าวจึงมีเพียงให้ลบล้างโทษทางวินัยเท่านั้น หาได้มีผลเป็นการลบล้างการกระทำผิดวินัยตามความเป็นจริงที่ได้กระทำไปหมดสิ้นไปด้วยไม่¹⁷⁴ มีผลเป็นเพียงการล้างโทษเพื่อไม่ให้มีมลทินติดตัวต่อไป แต่การกระทำหรือความประพฤติที่เป็นเหตุให้ผู้นั้นถูกลงโทษดังกล่าวมิได้ถูกลบล้างไปด้วย¹⁷⁵ โดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษหรือลงทัณฑ์ทางวินัยในกรณีนั้น ๆ ซึ่งเป็นการล้างเฉพาะโทษเท่านั้น ไม่รวมถึงการล้างการกระทำแต่อย่างใด¹⁷⁶

¹⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3295/2541

¹⁷² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 694/2539

¹⁷³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 657/2541

¹⁷⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.7/2546

¹⁷⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 634/2555

¹⁷⁶ สำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1011/159

บทที่ 3

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการทำงาน และกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้ไทยในการรับราชการ

3.1 กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการทำงาน

หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้องในการทำงาน (The rights relating to work) สามารถจำแนกออกได้ ดังต่อไปนี้ ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights : UDHR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR) ปฏิญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของบุคคล (The American Declaration of the Right and Duties of Man: ADRD) กฎบัตรว่าด้วยสังคมยุโรป (European Social Charter: ESC) อนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (American Convention on Human Right Additional Protocol: ACHRAP) และกฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (African Charter on Human and People's Rights: AfCHPR) และอนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ ค.ศ.1958 ซึ่งมีสาระสำคัญ สรุปได้ดังนี้

3.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)¹⁷⁷

ข้อ 23

1) ทุกคนมีสิทธิในการทำงาน ในการเลือกงาน โดยอิสระ ในเงื่อนไขอันยุติธรรมและเป็นประโยชน์แห่งการงานและเป็นการคุ้มครองจากการว่างงาน

2) ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างเท่าเทียมกันสำหรับงานที่เท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ

¹⁷⁷ ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล. (2523). “การจำกัดสิทธิเสรีภาพทางด้านแรงงาน.” *วารสารนิติศาสตร์*. 3 (11). หน้า 503-504.

3) ทุกคนที่ทำงานมีสิทธิที่จะได้รับเงินจ้างที่ยุติธรรมและเป็นประโยชน์ที่จะให้ประกันแก่ตนเองและครอบครัวแห่งตนซึ่งความเป็นอยู่อันคู่ควรแก่เกียรติศักดิ์ของมนุษย์ และถ้าจำเป็นก็จะต้องได้รับวิธีการคุ้มครองทางสังคมอื่น ๆ เพิ่มเติมด้วย

4) ทุกคนมีสิทธิที่จะจัดตั้ง และที่จะเข้าร่วมสหพันธกรรมกรเพื่อความคุ้มครองแห่งผลประโยชน์ของตน

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

การเข้าทำงานในหน่วยงานราชการหรือหน่วยงานของรัฐตามหลักการปกครองของระบอบประชาธิปไตย อันเป็นการเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริการสาธารณะของรัฐนั้น จะต้องอนุวัติสอดคล้องตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) โดยได้กำหนดให้ความคุ้มครองสิทธิพลเมืองที่จะมีส่วนร่วมในการบริการสาธารณะ และรับรองความเสมอภาคของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันไว้ในส่วนที่ 3 ข้อ 25 และข้อ 26 ดังนี้¹⁷⁸

ข้อ 25 พลเมืองทุกคนย่อมมีสิทธิและโอกาสโดยปราศจากความแตกต่างไว้ในข้อที่ 2 และโดยปราศจากข้อจำกัดอันไม่สมควร

(ก) ในการที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารรัฐกิจโดยตรง หรือผ่านทางผู้แทนซึ่งได้รับเลือกอย่างเสรี

(ข) ในการที่จะออกเสียงหรือได้รับเลือกตั้งในการเลือกตั้งอันแท้จริงตามวาระ ซึ่งมีการออกเสียงโดยทั่วไปและเสมอภาค และโดยการลงคะแนนลับ เพื่อประกันการแสดงเจตนาโดยเสรีของผู้เลือก

(ค) ในการที่จะเข้าถึงบริการสาธารณะในประเทศของตน ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งความเสมอภาค

ข้อ 26 บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในกรณีนี้กฎหมายจะต้องห้ามเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ

¹⁷⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ก (ม.ป.ป.). กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง. หน้า 56.

3.1.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR)

โดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) ได้กำหนดรับรองสิทธิในการทำงานไว้ในภาค 3 ข้อที่ 6 และข้อที่ 7 ดังนี้¹⁷⁹

ข้อ 6

1) รัฐบาลแห่งกติกานี้รับรองสิทธิในการทำงาน ซึ่งรวมทั้งสิทธิของทุกคนในโอกาสที่จะหาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือกหรือรับอย่างเสรี และจะดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมในการปกป้องสิทธินี้

2) ขั้นตอนซึ่งรัฐบาลแห่งกติกานี้จะต้องดำเนินเพื่อให้บรรลุในการทำให้สิทธินี้เป็นจริงอย่างบริบูรณ์ จะต้องรวมถึงการให้คำแนะนำทางเทคนิคและวิชาชีพและโครงการฝึกอบรม นโยบายและเทคนิคที่จะทำให้อุตสาหกรรมในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมอย่างสม่ำเสมอ และการจ้างงานอย่างบริบูรณ์และเป็นประโยชน์ภายใต้เงื่อนไขทั้งหลายที่เป็นการปกป้องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทางการเมืองและเศรษฐกิจของปัจเจกบุคคล

ข้อ 7 รัฐบาลแห่งกติกานี้รับรองสิทธิของทุกคนที่จะมีสภาพการทำงานที่ยุติธรรมและน่าพึงพอใจ ซึ่งประกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่อง

ก) ค่าตอบแทนขั้นต่ำที่ให้แก่ผู้ทำงานทั้งปวง ประกอบด้วย

(1) ค่าจ้างที่เป็นธรรมและค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันสำหรับงานที่มีคุณค่าเท่ากัน โดยปราศจากความแตกต่างในเรื่องใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งสตรีจะได้รับการประกันสภาพการทำงานที่ไม่ด้อยกว่าบุรุษ โดยได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกันสำหรับงานที่เท่าเทียมกัน

(2) ความเป็นอยู่ที่เหมาะสมสำหรับตนเองและครอบครัวตามบทบัญญัติแห่งกติกานี้

ข) สภาพการทำงานที่ปลอดภัยและถูกสุขลักษณะ

ค) โอกาสเท่าเทียมกันสำหรับทุกคนที่จะได้รับการส่งเสริมให้มีความก้าวหน้าในการทำงานในระดับที่สูงขึ้นตามที่เหมาะสม โดยไม่ขึ้นอยู่กับข้อพิจารณาใด นอกจากอายุ โสและ ความสามารถ

ง) การพักผ่อน เวลาว่าง และข้อจำกัดที่สมเหตุสมผลในเรื่องเวลาทำงาน และวันหยุด เป็นครั้งคราว โดยได้รับค่าตอบแทน ตลอดจนค่าตอบแทนสำหรับวันหยุดทางการด้วย

¹⁷⁹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ข (ม.ป.ป.). กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม. หน้า 28-30.

3.1.4 ปฏิญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของบุคคล (The American Declaration of the Right and Duties of Man: ADRD)

ข้อ 14

1) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการทำงานตามความถนัดของแต่ละบุคคลภายใต้เงื่อนไขของการจ้างงานที่เหมาะสม

2) บุคคลที่ทำงานย่อมมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนที่เหมาะสมตามความสามารถและทักษะอาชีพของแต่ละบุคคล เพื่อให้เกิดความมั่นคงในการดำรงชีพสำหรับตนเองและครอบครัว

ข้อ 15 บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะใช้เวลาว่างเพื่อการพักผ่อนและเพื่อประโยชน์ในทางร่างกาย จิตใจ และมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรม

3.1.5 กฎบัตรว่าด้วยสังคมยุโรป (European Social Charter : ESC)

ข้อ 1

1) ทุกคนที่ทำงานย่อมมีโอกาสที่จะได้รับรายได้จากการทำงานเพื่อการดำรงชีพ โดยปราศจากเงื่อนไข

2) ทุกคนที่ทำงานย่อมมีสิทธิในการทำงานตามเงื่อนไขของการจ้างงานที่เป็นธรรม

3) ทุกคนที่ทำงานย่อมมีสิทธิในการทำงานในสถานที่ที่ปลอดภัยและถูกสุขลักษณะ

4) ทุกคนที่ทำงานย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนการจ้างงานที่เป็นธรรมและเพียงพอสำหรับการดำรงชีพของตนเองและครอบครัว

3.1.6 อนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (American Convention on Human Right Additional Protocol: ACHRAP)

ข้อ 6 สิทธิในการทำงาน

1) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการทำงาน ซึ่งหมายความรวมถึงโอกาสที่จะได้รับการทำงานที่มั่นคงในระหว่างการทำงาน รวมทั้งมีสิทธิในโอกาสที่จะทำมาหาเลี้ยงชีพตามกฎหมายในงานซึ่งตนเลือกหรือรับรองอย่างเสรี

2) รัฐบาลจะต้องดำเนินการกำหนดมาตรการที่จะทำให้สิทธิในการทำงานเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพอย่างบริบูรณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความสำเร็จของการจ้างงาน รวมทั้งการให้คำแนะนำในทางเทคนิคและวิชาชีพ และโครงการฝึกอบรมโดยเฉพาะบุคคลผู้พิการ อีกทั้งรัฐบาลจะต้องดำเนินการและกำหนดแผนงานที่เสริมสร้างโอกาสให้สตรีได้มีโอกาสและมีสิทธิในการทำงานเช่นเดียวกัน

ข้อ 7 หลักความยุติธรรม เท่าเทียมกัน และเงื่อนไขของการจ้างงานที่เหมาะสม

รัฐภาคีตามอนุสัญญาฯนี้รับรองสิทธิในการทำงานดังกล่าวข้างต้น โดยถือเป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนจะต้องได้รับด้วยความเท่าเทียมกัน เป็นธรรม และเป็นไปตามเงื่อนไขซึ่งรัฐภาคีได้มีการยอมรับและรับรองโดยการตราเป็นกฎหมายภายในของตน ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับ

ก. การรับประกันผลตอบแทนขั้นต่ำเพื่อคนงานทุกคนให้เป็นไปอย่างเหมาะสม และรับรองสภาพความเป็นอยู่ที่เหมาะสมสำหรับตนและครอบครัว รวมทั้งให้ได้รับค่าจ้างและค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันสำหรับงานที่เท่าเทียมกัน โดยปราศจากเงื่อนไขใด

ข. สิทธิของบุคคลที่จะต้องทำงานตามวิชาชีพ โดยอุทิศเวลาเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการทำงานตามเป้าหมายที่กำหนด และสามารถเปลี่ยนแปลงการจ้างงานได้ตามที่กฎหมายกำหนดได้กำหนดไว้

ค. สิทธิของบุคคลที่จะได้รับการส่งเสริมให้มีความก้าวหน้าในการทำงานในระดับสูงขึ้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเหตุอื่นใด นอกจากเหตุผลในทางคุณวุฒิ ความสามารถ ความซื่อสัตย์ และความอาวุโส

ง. ความมั่นคงในการจ้างงานขึ้นอยู่กับลักษณะของแต่ละอุตสาหกรรม อาชีพ และเหตุผลในการแบ่งแยกลักษณะงานด้วยความเป็นธรรม ในกรณีที่มีการเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม ผู้ทำงานย่อมมีสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายหรือเรียกร้องสิทธิในการจ้างงานเดิมคืนหรือประโยชน์อื่นใดตามที่กฎหมายกำหนด

จ. สภาพการทำงานที่ปลอดภัยและสุขอนามัยในการทำงาน

ฉ. การกำหนดข้อห้ามการทำงานในสถานที่ที่ไม่มีแสงสว่างหรือไม่เป็นไปตามหลักอาชีวอนามัย หรือสถานที่อันตรายในการทำงานในกรณีทั่วไป และรวมทั้งอาชีพที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัย และศีลธรรม สำหรับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และกรณีเด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี จะต้องมีมาตรการระยะเวลาในการทำงานลงโดยไม่เป็นอุปสรรคต่อการศึกษาภาคบังคับ

ช. กฎเกณฑ์ในการจำกัดระยะเวลาในการทำงานให้เป็นไปอย่างเหมาะสมกับในแต่ละวัน และแต่ละสัปดาห์ ในกรณีที่เป็นการทำงานที่เป็นอันตราย เสี่ยงภัย ไม่เป็นไปตามหลักอาชีวอนามัย หรือเป็นการทำงานในสถานที่ที่ไม่มีแสงสว่าง จะต้องกำหนดระยะเวลาการทำงานให้สั้นลง

ซ. การพักผ่อน เวลาร่าง และวันหยุดที่ได้รับค่าตอบแทน ตลอดจนค่าตอบแทนในวันหยุดของทางการ

3.1.7 กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (African Charter on Human and People's Rights: AfCHPR)

มาตรา 1

1. เพื่อวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญาฯนี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติ” หมายความว่า ความรวมถึง

(ก) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงใดๆ ที่กระทำบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง การแบ่งแยกในชาติ สัญชาติ หรือพื้นฐานทางสังคม ซึ่งมีผลลบดังหรือทำความเสียหายต่อความเสมอภาคในโอกาส หรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพ

(ข) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงอื่นใดที่มีผลลบดังหรือทำความเสียหายแก่ความเสมอภาคในโอกาสหรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพนั้น ซึ่งรัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องสามารถพิจารณากำหนดได้ ทั้งนี้ ภายหลังจากการได้ปรึกษาหารือกับองค์กรผู้แทนของนายจ้างและของคณาภิณในกรณีที่มีองค์กรเช่นว่านี้ และกับคณะบุคคลอื่นๆ ที่เหมาะสม

2. การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงใดๆ เฉพาะในงานบางประเภท ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความต้องกรอย่างแท้จริงของงานนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

3. เพื่อวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญาี้ คำว่า “การจ้างงาน” และ “อาชีพ” หมายรวมถึงการเข้ารับการฝึกอาชีพ การทำงาน การประกอบอาชีพเฉพาะบางประเภท และข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ ของการจ้างงาน

มาตรา 2

รัฐสมาชิกแต่ละรัฐซึ่งอนุสัญญาี้ใช้บังคับ รับรองที่จะประกาศและดำเนินนโยบายแห่งชาติ โดยมีมุ่งหมายที่จะส่งเสริมความเสมอภาคของโอกาสและการปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติใดๆ เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ด้วยวิธีการที่เหมาะสมกับแนวปฏิบัติและสภาพการณ์ภายในประเทศ

มาตรา 3

รัฐสมาชิกแต่ละรัฐซึ่งอนุสัญญาี้ใช้บังคับ รับรองที่จะดำเนินการโดยคำนึงถึงวิธีการที่เหมาะสมกับแนวปฏิบัติและสภาพการณ์ภายในประเทศ ดังนี้

(ก) แสวงหาความร่วมมือจากองค์กรของนายจ้างและองค์กรของคณาภิณและคณะบุคคลอื่นๆ ที่เหมาะสมในการส่งเสริมการยอมรับและการปฏิบัติตามนโยบายนี้

(ข) ตรากฎหมายดังกล่าวและส่งเสริม โครงการทางการศึกษา เพื่อที่จะเป็นหลักประกันว่าจะได้รับการยอมรับและการปฏิบัติตามนโยบายนี้

(ค) ยกเลิกบทบัญญัติตามกฎหมายใดๆ และแก้ไขเปลี่ยนแปลงแนวปฏิบัติหรือคำสั่งทางการบริหารใดๆ ซึ่งขัดกับนโยบายนี้

(ง) ดำเนินนโยบายในเรื่องการจ้างงานภายใต้การควบคุมโดยตรงของหน่วยงานที่มีอำนาจในประเทศ

(จ) ประกันการปฏิบัติตามนโยบายในกิจกรรมเกี่ยวกับการแนะแนวอาชีพ การฝึกอบรม และการบริการจัดหางาน ภายใต้การอำนวยการของหน่วยงานที่มีอำนาจในประเทศนั้น

(ฉ) ระบุเรื่องที่ได้ดำเนินการแล้วตามนโยบายและผลที่ได้รับจากการดำเนินการดังกล่าวไว้ในรายงานประจำปีเกี่ยวกับการปฏิบัติตามอนุสัญญานี้

มาตรา 4

มาตรการใดๆ ที่ส่งผลกระทบต่อปัจเจกบุคคลผู้ซึ่งต้องสงสัยหรือเกี่ยวข้องในกิจกรรมที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของรัฐ ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยมีเงื่อนไขว่าปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้องผู้นั้นย่อมมีสิทธิที่จะอุทธรณ์ต่อหน่วยงานที่ทรงอำนาจซึ่งจัดตั้งขึ้นตามแนวปฏิบัติแห่งชาติ

3.1.8 อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ ค.ศ.1958

มาตรา 1

1. เพื่อวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติ” หมายความว่า

(ก) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงใดๆ ที่กระทำบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง การแบ่งแยกในชาติ สัญชาติ หรือพื้นฐานทางสังคม ซึ่งมีผลลบล้างหรือทำความเสียหายต่อความเสมอภาคใน โอกาส หรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพ

(ข) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงอื่นใดที่มีผลลบล้างหรือทำความเสียหายแก่ความเสมอภาคใน โอกาสหรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพนั้น ซึ่งรัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องสามารถพิจารณากำหนดได้ ทั้งนี้ ภายหลังจากการได้ปรึกษาหารือกับองค์กรผู้แทนของ นายจ้างและของแรงงานในกรณีที่มีองค์กรเช่นว่านี้ และกับคณะบุคคลอื่นๆ ที่เหมาะสม

2. การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงใดๆ เฉพาะในงานบางประเภท ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความต้องการอย่างแท้จริงของงานนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

3. เพื่อวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ คำว่า “การจ้างงาน” และ “อาชีพ” หมายความว่า รวมถึงการเข้ารับการศึกษา การทำงาน การประกอบอาชีพเฉพาะบางประเภท และข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ ของการจ้างงาน

มาตรา 2

รัฐสมาชิกแต่ละรัฐซึ่งอนุสัญญานี้ใช้บังคับ รับรองที่จะประกาศและดำเนินนโยบายแห่งชาติ โดยมุ่งหมายที่จะส่งเสริมความเสมอภาคของโอกาสและการปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติใดๆ เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ด้วยวิธีการที่เหมาะสมกับแนวปฏิบัติและสภาพการณ์ภายในประเทศ

มาตรา 3

รัฐสมาชิกแต่ละรัฐซึ่งอนุสัญญานี้ใช้บังคับ รับรองที่จะดำเนินการ โดยคำนึงถึงวิธีการที่เหมาะสมกับแนวปฏิบัติและสภาพการณ์ภายในประเทศ ดังนี้

(ก) แสวงหาความร่วมมือจากองค์การของนายจ้างและองค์การของแรงงานและคณะบุคคลอื่นๆ ที่เหมาะสมในการส่งเสริมการยอมรับและการปฏิบัติตามนโยบายนี้

(ข) ตรากฎหมายดังกล่าวและส่งเสริมโครงการทางการศึกษา เพื่อที่จะเป็นหลักประกันว่าจะได้รับการยอมรับและการปฏิบัติตามนโยบายนี้

(ค) ยกเลิกบทบัญญัติตามกฎหมายใดๆ และแก้ไขเปลี่ยนแปลงแนวปฏิบัติหรือคำสั่งทางการบริหารใดๆ ซึ่งขัดกับนโยบายนี้

(ง) ดำเนินนโยบายในเรื่องการจ้างงานภายใต้การควบคุมโดยตรงของหน่วยงานที่มีอำนาจในประเทศ

(จ) ประกันการปฏิบัติตามนโยบายในกิจกรรมเกี่ยวกับการแนะแนวอาชีพ การฝึกอบรม และการบริการจัดหางาน ภายใต้การอำนวยความสะดวกของหน่วยงานที่มีอำนาจในประเทศนั้น

(ฉ) ระบุเรื่องที่ได้ดำเนินการแล้วตามนโยบายและผลที่ได้รับจากการดำเนินการดังกล่าวไว้ในรายงานประจำปีเกี่ยวกับการปฏิบัติตามอนุสัญญานี้

3.2 กฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้พ้นโทษในการรับราชการ

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ระบบข้าราชการพลเรือนของอเมริกันที่ได้ชื่อว่ามีความเป็นธรรม และเป็นระเบียบนั้น ไซ้ว่าจะเป็นเช่นนี้มาแต่เริ่มแรกก็หาไม่ แต่ได้มีการแก้ไขจนเป็นแบบฉบับที่ดังามในปัจจุบัน¹⁸⁰ ซึ่งได้ปรากฏตามความในรัฐบัญญัติว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน ค.ศ. 1978 (Civil Service Reform Act of 1978) ที่ได้กำหนดให้การบริหารงานบุคคลภาครัฐจะต้องดำเนินการตามหลักการของระบบคุณธรรม (Merit system principles) โดยให้มีผลใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร (An executive agency) หน่วยงานบริหารงานบุคคลของสำนักงานศาลแห่งสหพันธรัฐ (The administrative office of the United States courts) และหน่วยงานของฝ่ายรัฐบาล (The Government Printing Office)¹⁸¹ ตั้งแต่การสรรหาบุคคล (Recruitment) เพื่อเข้าเป็นข้าราชการหรือการดำรง

¹⁸⁰ ม. ฤชพันธ์. (2510, ฉบับที่ 9 ปีที่ 12). “ประวัติระบบข้าราชการพลเรือนอเมริกัน.” *วารสารข้าราชการ*. หน้า 41.

¹⁸¹ Civil Service Reform Act of 1978, Section 2301 (a). สืบค้นเมื่อ 5 พฤศจิกายน 2555, จาก http://archive.opm.gov/biographyofanideal/PU_CSreform.htm

ตำแหน่ง การคัดเลือก (Selection) และการเลื่อนตำแหน่ง (Advancement) จะต้องดำเนินการโดยพิจารณาจากพื้นฐานของความสามารถ (The basis of relative ability) ความรู้ (Knowledge) และความเชี่ยวชาญ (Skill) ให้เป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม (Fair) รวมทั้งเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีคุณสมบัติและพื้นฐานความรู้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดมีสิทธิสมัครสอบคัดเลือกหรือเลื่อนตำแหน่งได้ด้วยความเสมอภาคในโอกาสโดยเท่าเทียมกัน (Equal of opportunity) ทั้งนี้ การกำหนดให้เจ้าหน้าที่และผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเข้ารับราชการ (All employees and applicants) จะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยความเป็นธรรมจากการดำเนินการบริหารงานบุคคลดังกล่าวโดยปราศจากเงื่อนไขหรือความเกี่ยวข้องทางการเมือง ซึ่งการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด เพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติ (Race) สีผิว (Color) ความเชื่อทางศาสนา (Religion) สัญชาติดั้งเดิม (National origin) เพศ (Sex) สถานภาพทางการสมรส (Marital status) อายุ (Age) สภาพความบกพร่องทางร่างกาย (Handicapping condition) จะกระทำมิได้ และรัฐจะต้องสนับสนุนและส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิของบุคคลและดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้บัญญัติรับรองไว้

นอกจากนี้ ยังได้มีบทบัญญัติของสหพันธรัฐให้ความคุ้มครองการจ้างงานบุคคลให้อยู่บนพื้นฐานความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน (Federal Employment Discrimination Laws) ซึ่งได้ปรากฏในบทบัญญัติลักษณะอื่นด้วย¹⁸² ได้แก่

1) รัฐบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาคกันในการจ่ายค่าตอบแทนการจ้างงาน ค.ศ. 1963 (Equal Pay Act of 1963) กำหนดให้การจ่ายค่าตอบแทนการจ้างงานเป็นไปด้วยความเสมอภาคและเท่าเทียมกันในการจ้างงาน โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติในเรื่องเพศสำหรับการจ่ายค่าตอบแทน แต่การจ่ายค่าจ้างจะต้องเป็นไปโดยคำนึงถึงทักษะ ความรู้และความสามารถของลูกจ้างผู้ปฏิบัติงานเป็นสำคัญ

2) รัฐบัญญัติว่าด้วยสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1964 (Civil Rights Act of 1964) และที่แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1991 เป็นบทบัญญัติที่คำนึงถึงความสำคัญและโอกาสในการจ้างงาน โดยกำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ชาติกำเนิด หรือเพศ จะกระทำไม่ได้

¹⁸² Employeeissues.com. Federal Employment Discrimination Laws. สืบค้นเมื่อ 1 พฤศจิกายน 2555, จาก http://employeeissues.com/discrimination_laws.htm

3) รัฐบัญญัติว่าด้วยการกีดกันเรื่องอายุในการจ้างงาน ค.ศ. 1967 (Age Discrimination in Employment Act of 1967) กำหนดห้ามมิให้กีดกันการจ้างงานใด ๆ กับบุคคลที่มีอายุ 40 ปี หรือมากกว่านั้น

4) รัฐบัญญัติว่าด้วยการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ ค.ศ. 1973 (Rehabilitation Act of 1973) และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมใน ค.ศ. 1998¹⁸³ เป็นบทกฎหมายที่กำหนดให้รัฐสนับสนุนให้มีการฟื้นฟูสมรรถภาพของคนพิการ ซึ่งกำหนดหลักประกันให้หน่วยงานของรัฐรับคนพิการที่ได้รับการฟื้นฟูสมรรถภาพแล้วสามารถเข้าทำงานได้ และกำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกและอุปกรณ์ที่จำเป็น เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ทั้งนี้ โดยเนื้อหาสาระของกฎหมายฉบับนี้ รัฐจะต้องดำเนินการให้คนพิการที่เข้าสู่ระบบการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการสามารถที่จะสามารถมีงานทำได้โดยเสมอภาคในโอกาส (Equal of opportunity)

5) รัฐบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติการจ้างงานของหญิงมีครรภ์ ค.ศ. 1978 (Pregnancy Discrimination Act of 1978) กำหนดห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติทางเพศบนพื้นฐานของการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร และเงื่อนไขอื่นที่เกี่ยวข้องกับทางการแพทย์

6) รัฐบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปและควบคุมการตรวจคนเข้าเมือง ค.ศ. 1986 (Immigration Reform and Control Act of 1986) กำหนดห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติการจ้างงานต่อแรงงานต่างด้าว โดยให้การปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวอยู่บนพื้นฐานเท่าเทียมกันกับพลเมืองของสหรัฐอเมริกา

7) รัฐบัญญัติเกี่ยวกับชนชาวอเมริกันที่มีความพิการ ค.ศ. 1990 (Americans with Disabilities Act of 1990) กำหนดห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในแง่ของการจ้างงานกับบุคคลเพราะเหตุแห่งความพิการ ซึ่งรัฐบัญญัตินี้ได้กำหนดให้นายจ้างจะต้องจัดให้มีสถานที่พักในสถานที่ทำงานอย่างเหมาะสมสำหรับบรรดาคนงานซึ่งเป็นบุคคลพิการด้วย

8) รัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของแรงงานผู้สูงอายุ ค.ศ. 1990 (Older Workers Benefit Protection Act of 1990) เป็นบทบัญญัติที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติว่าด้วยการกีดกันเรื่องอายุในการจ้างงาน ค.ศ. 1967 (Age Discrimination in Employment Act of 1967) เพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของผู้สูงอายุ

9) รัฐบัญญัติว่าด้วยชนชาวอเมริกันที่มีความพิการ ค.ศ. 1990 (Americans With Disabilities Act of 1990, As amended (ADA))¹⁸⁴ เป็นบทกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิคนพิการแบบ

¹⁸³ United States Access Board. The Rehabilitation Act Amendments of 1973, as amended. สืบค้นเมื่อ 30 ตุลาคม 2555, จาก <http://www.access-board.gov/enforcement/rehab-act-text/intro.htm#Purpose>

¹⁸⁴ United States Department of Justice. Americans With Disabilities Act of 1990, As amended. สืบค้นเมื่อ 1 พฤศจิกายน 2555, จาก <http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.pdf>

บูรณาการ กล่าวคือ มีเนื้อหาที่บัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติเนื่องจากความพิการทั้งทางด้านการเข้าถึง บริการสาธารณะ อาคาร สถานที่ เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ตลอดจนการจ้างงาน โดยในส่วนตัวด้วยการจ้างงาน กฎหมายนี้บัญญัติไว้ชัดเจนในลักษณะ 1 (Title I) มาตรา 102 A บัญญัติห้ามมิให้สถานประกอบการใดเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นเนื่องมาจากความพิการ เช่น ในกระบวนการสมัครงาน การว่าจ้าง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การให้ออกจากงาน การฝึกอบรม ตลอดจนสิทธิประโยชน์อื่นใด ที่เกี่ยวกับการจ้างงาน เป็นต้น นอกจากนี้ ยังกำหนดให้นายจ้างเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกที่เหมาะสม เพื่อช่วยให้คนพิการสามารถทำงานได้เท่าที่ไม่ก่อให้เกิดภาระต่อนายจ้างจนเกินไป

10) รัฐบัญญัติว่าด้วยการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติในความแตกต่างทางด้านชาติพันธุ์ ค.ศ. 2008 (Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008) กำหนดห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในความแตกต่างทางด้านชาติพันธุ์ ในการจ้างงานและการประกันสุขภาพ

3.2.1.2 ภาพรวมของกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคล¹⁸⁵

ประเด็นการเลือกปฏิบัติในการทำงานต่อบุคคลนั้นได้เกิดเป็นปัญหาขึ้นในสังคมของชาวอเมริกันเมื่อศึกษาจากประวัติศาสตร์จะพบว่ามีกรปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในการทำงานต่อลูกจ้างอยู่เป็นจำนวนมากไม่ว่าจะเป็นสาเหตุอันเนื่องมาจากเหตุผลทางทัศนคติส่วนตัว กล่าวคือ มีการเลือกกระทำต่อลูกจ้างอันเกิดจากความพึงพอใจของนายจ้างเองหรือการเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างทางเพศ เชื้อชาติ สีผิว อายุ ความเชื่อทางศาสนา หรือเหตุแห่งความพิการ เป็นต้น การเลือกปฏิบัติดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถือปฏิบัติกันในช่วงกว้างทั้งจากส่วนงานของภาครัฐและภาคเอกชน การเลือกปฏิบัติไม่ถือเป็นเรื่องที่ต้องห้ามตามกฎหมายแต่ประการใด แม้ว่าการกระทำดังกล่าวได้สร้างความไม่เป็นธรรมและเกิดปัญหาช่องว่างทางสังคมขึ้นในสังคม ซึ่งเป็นปัญหาที่บั่นทอนความมั่นคงและความสามัคคีของคนภายในประเทศเป็นอย่างยิ่ง จึงได้มีความพยายามสร้างมาตรการต่างๆ ขึ้นเพื่อนำมาใช้บรรเทาและแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในช่วงทศวรรษที่ 1960 สภาองเกรส (Congress) ได้เสนอให้มีการใช้มาตรการทางกฎหมายขึ้นโดยได้มีการผ่านกฎหมายเป็นจำนวนมากที่มีลักษณะของการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในเรื่องต่างๆ ประกอบด้วย

1) Title VII of the Civil Rights Act of 1964

หมวดที่ 7 ของพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติในการทำงานโดยอาศัยเหตุเพราะความแตกต่างทางเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือชาติพันธุ์

¹⁸⁵ กิตติบัตติ โยพล. (2544). ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พันโทษในการทำงาน. หน้า 60.

2) The Equal Pay Act 1963 (EPA)

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เพื่อต้องการสร้างหลักประกันและคุ้มครองเพศหญิงให้ได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกันจากการทำงานที่เหมือนกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติที่ต่างจากเพศชาย ตามหลัก “Equal Work Get Equal Pay”

3) The Age Discrimination in Employment Act 1967 (ADEA)

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เพื่อต้องการคุ้มครองผู้สูงอายุที่มีอายุตั้งแต่ 40 ปี ขึ้นไปไม่ให้ถูกเลือกปฏิบัติในการทำงาน

หลังจากช่วงทศวรรษที่ 1960 ได้มีการออกกฎหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรมและความเท่าเทียมกันในสังคมขึ้น เพื่อไม่ใช่ชาวอเมริกันส่วนหนึ่ง เช่น ผู้พิการ เป็นต้น ไม่ต้องถูกเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างที่ตนมีอยู่

4) The Americans with Disabilities Act 1990 (ADA) Title I

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เพื่อต้องการคุ้มครองผู้พิการไม่ให้ถูกเลือกปฏิบัติสำหรับการเข้าทำงานทั้งจากภาคเอกชน (Private Sector) และภาครัฐราชการท้องถิ่น (State and Local Government)

5) The Rehabilitation Act 1973

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เพื่อต้องการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อบรรดาผู้พิการสำหรับการทำงานในหน่วยงานของรัฐบาลกลาง (Federal Government)

6) The Civil Rights Act of 1991

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เพื่อต้องการให้ผู้ใดที่ถูกเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมสามารถเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งได้ ถ้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้นเกิดจากความจงใจ (Intention) ของนายจ้าง

จากกฎหมายทั้ง 6 ฉบับนี้จะเห็นได้ว่าเป็นความพยายามของทางสภาองเกรสที่จะขจัดความไม่เป็นธรรมในสังคม เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในสังคมตามหลักการ Equal Protection of Law รูปแบบของการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายสำหรับในการทำงานสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ภายใต้บทบัญญัติของ Title VII of the Civil Rights Act of 1964, ADA, ADEA ถ้ามีการกระทำที่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในกรณีต่อไปนี้ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ได้แก่ การว่าจ้างหรือการเลิกจ้าง การจ่ายเงินค่าชดเชย การโยกย้าย การโอนย้าย หรือการเลื่อนขั้น การลงประกาศโฆษณารับสมัครงาน การทดสอบ การฝึกอบรม การได้รับผลประโยชน์ ที่นอกเหนือจากเงินค่าจ้างที่ถูกจ้างได้รับจากนายจ้าง เช่น เงินประกันสุขภาพ ค่าทำงานในวันหยุด

การใช้เครื่องอำนวยความสะดวก สภาพการทำงานอื่นใดที่พึงจะได้รับ รวมถึงการก่อกวนอันเนื่องมาจากความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติ สีผิว ความเชื่อทางศาสนา เพศ ชาติพันธุ์ เหตุแห่งความพิการ หรืออายุ และการปฏิเสธโอกาสในการทำงานของบุคคลเนื่องจากสถานภาพทางการสมรส หรือเพราะเหตุมาจากเชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ ความพิการ เป็นต้น

จากการที่กล่าวมาข้างต้นคงจะพอมองเห็นได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีความพยายามลดช่องว่างในความเท่าเทียมกันของบุคคลให้มีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย โดยได้บัญญัติกฎหมายต่างๆ ขึ้นมาช่วยเหลือบุคคลที่อาจจะถูกเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในสังคม ผู้พิการก็เป็นผู้ที่ประสบปัญหาในการทำงาน เนื่องจากมีอุปสรรคสำหรับการทำงานอยู่เป็นจำนวนมากไม่น้อย (Barriers to Employment) ที่กีดกันผู้พิการไม่ให้มีโอกาสเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปต่างๆ ที่พวกเขาก็เป็นส่วนหนึ่งของสังคมเช่นเดียวกัน และการห้ามเลือกปฏิบัติในกฎหมายแต่ละรัฐของอเมริกามีเป็นบางรัฐที่บัญญัติให้ห้ามเลือกปฏิบัติแก่ผู้พิการโดยตรง เช่น รัฐฮาวาย รัฐนิวยอร์ก เป็นต้น แต่ในอีกหลายๆ รัฐมักจะไม่ระบุชี้แจงลงไป แต่จะใช้คำกว้างๆ ว่าห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุเพราะความแตกต่างจากสถานะอื่นๆ (Other Status) เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในคำว่า Status หมายความว่า ตำแหน่ง สถานภาพ ภาวะ สถานภาพทางสังคม และเมื่อนำมาวิเคราะห์หรือตีความโดยอิงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญและหลักสิทธิมนุษยชนที่มีเจตนาไม่ต้องการให้กลุ่มคนกลุ่มน้อยในสังคม (Minority) ได้รับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ฉะนั้นแล้วคำว่า Other Status จะต้องตีความให้มีความหมายครอบคลุมไปถึงบุคคลที่อยู่ในสถานภาพเป็นผู้พิการ (ผู้ที่เคยมีประวัติอาชญากรรม) ด้วย แม้จะไม่มีการระบุไว้เป็นที่ชัดเจนก็ตาม

3.2.1.2 กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการในการทำงาน¹⁸⁶

ตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์ Law of Correction หมวดที่กล่าวถึงสิทธิของนักโทษ ภายหลังจากปลดปล่อย (Right upon release) ได้มีการกล่าวถึงสิทธิต่างๆ แก่ผู้ได้รับการปลดปล่อยไว้หลายกรณีเช่น สิทธิที่จะออกเสียง (Voting) สิทธิในการทำงาน (Employment) สิทธิในการขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพต่างๆ (Licensing) เป็นต้น

ผู้ได้รับการปลดปล่อยซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่าผู้พิการได้มีการออกกฎหมายกำหนดเรื่องสิทธิในการทำงานโดยบัญญัติไว้ในส่วนที่ 2 ว่าด้วยการทำงานและการรับใบอนุญาตของผู้พิการ (Section 2: Employment and Licensing) เมื่อพิจารณาตามกฎหมายดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาถึงสิทธิในการทำงานของผู้พิการ ได้ดังต่อไปนี้

¹⁸⁶ กิตติบดี โยพล. เล่มเดิม. หน้า 64.

1) การเข้าทำงานในหน่วยงานราชการ (Public Employment)

แต่เดิมนั้นการทำงานในหน่วยงานราชการ ทั้งในส่วนของรัฐบาลกลาง และส่วนราชการของมลรัฐ การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการว่าจ้างเข้ามาทำงานในหน่วยงานราชการทั้งของส่วนกลางและมลรัฐ โดยการกำหนดถึงคุณสมบัติระบุคุณสมบัติห้ามจ้างผู้พ้นโทษเข้าทำงานในหน่วยงานราชการ การกำหนดถึงคุณสมบัติดังกล่าวได้ถูกปฏิบัติจนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติสืบมาโดยปราศจากเหตุผลรองรับถึงการกำหนดคุณสมบัติ เช่นนั้นสืบเนื่องกันมาเป็นเวลายาวนานและไม่เป็นการสัมพันธ์กับความปรารถนาของทางฝ่ายนิติบัญญัติที่มุ่งเน้นให้พลเมืองได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคกันแต่ประการใด

พอเวลาล่วงเข้าสู่ ปี ค.ศ.1970 กระบวนการคิดดังกล่าวก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงที่ส่งผลกระทบอันสำคัญยิ่งต่อกรณีดังกล่าวเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาในคดี *Mindel v. United Civil Service Comm'n*¹⁸⁷ ข้อเท็จจริงแห่งคดีนี้เป็นกรณีที่รัฐได้มีคำสั่งให้เสมียนไปรษณีย์นายหนึ่งออกจากงานอันเป็นผลเนื่องมาจากเขาได้อยู่กินกับผู้หญิงคนหนึ่งโดยไม่ได้แต่งงาน ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าคำสั่งให้ออกจากงานของรัฐดังกล่าวไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะไล่ให้ออกจากงานได้และคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำไปตามอำเภอใจ และมีลักษณะที่ไม่แน่นอน อีกทั้งยังเป็นการฝ่าฝืนต่อกระบวนการโดยชอบด้วยเหตุผล เป็นที่น่าสังเกตว่าผลของคำพิพากษาคดี *Mindel* แสดงให้เห็นว่าศาลได้สร้างหลักที่ว่า

“จะต้องไม่มีผู้ใดจะถูกปฏิเสธการจ้างงานของรัฐเพราะเหตุปัจจัยต่างๆ ที่ไม่เกี่ยวเนื่องหรือมีความสัมพันธ์กับหน้าที่ความรับผิดชอบ”

หลักดังกล่าว ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้โดยตรงกับข้อจำกัดสิทธิในการสมัครงานของผู้พ้นโทษ โดยในคดี *Butts V. Nichols*¹⁸⁸ เป็นกรณีที่ศาลได้กลับคำสั่งของรัฐไอโอวาถึงระเบียบว่าด้วยการรับสมัครบุคคลเข้าทำงานในตำแหน่งข้าราชการพลเรือนของรัฐไอโอวา ศาลให้เหตุผลว่าการกำหนดคุณสมบัติในการสมัครเข้าทำงานในตำแหน่งราชการนั้น ควรหลีกเลี่ยงให้มีการกำหนดถึงข้อจำกัดสิทธิแก่ประชาชนและควรตั้งเกณฑ์ให้น้อยที่สุด และที่สำคัญต้องตั้งอยู่บนหลักความมีเหตุมีผลอันรับฟังได้ การที่ระเบียบของรัฐออกมามีลักษณะห้ามการว่าจ้างแก่ผู้ที่เคยกระทำความผิดทั้งหมด โดยไม่พิจารณาถึงผลกระทบที่สำคัญของความสัมพันธ์ ระหว่างความผิดที่เขาเคยกระทำ

¹⁸⁷ สัจชาติ อุปันนชัย. (2551). *การจำกัดสิทธิของผู้เคยได้รับการล้างมลทิน เนื่องจากกระทำผิดทางอาญา หรือวินัย*. หน้า 168.

¹⁸⁸ สัจชาติ อุปันนชัย. เล่มเดิม. หน้า 168

กับคุณสมบัติในตำแหน่งหน้าที่การงานนั้น ถือได้ว่าระเบียบดังกล่าวฝ่าฝืนต่อหลักการคุ้มครองความเสมอภาคของบุคคลด้วย จึงได้มีคำพิพากษายกเลิกระเบียบดังกล่าวไปในที่สุด

2) การเข้าทำงานในหน่วยงานรัฐที่เป็นอิสระ (Non-Government)

การทำงานในองค์กรอิสระนั้นได้มีความพยายามเหมือนกับหน่วยงานราชการที่จะให้มีการยกเลิกแก้ไขข้อจำกัดสิทธิที่ไม่จำเป็นและไม่สมเหตุสมผลออกโดยเฉพาะในเรื่องของการขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ (Licensed-Occupations) ซึ่งจากการศึกษาพบว่าก่อนที่จะมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นในปี ค.ศ.1971 ในรัฐอิลลินอยมีข้อบังคับหรือระเบียบที่จำกัดสิทธิแก่ผู้พ้นโทษในการขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพมากกว่า 30 แขนงวิชาชีพด้วยกัน และศาลได้ยื่นยันและให้การรับรองถึงข้อจำกัดดังกล่าวว่าสามารถกระทำได้เป็นการชอบด้วยกฎหมายด้วย ในคดี Hawker ศาลสูงได้สนับสนุนระเบียบข้อบังคับของรัฐที่ห้ามผู้พ้นโทษประกอบวิชาชีพแพทย์ (Practice Medicine) ซึ่งคดีจำเลยได้โต้แย้งว่าข้อบัญญัติของรัฐเป็นการเพิ่มการลงโทษในการกระทำความผิดในอดีตและเป็นการลงโทษย้อนหลังแก่ผู้พ้นโทษ (Ex-Post Facto) ซึ่งถือได้ว่าเป็นการลิดรอนสิทธิของบุคคลอีกด้วย แต่ถึงกระนั้นก็ดีทางพิจารณาคดีของศาลก็ได้มีมติลงความเห็นไว้ว่าข้อบัญญัติดังกล่าวไม่ใช่เป็นการลงโทษสำหรับพฤติกรรมหรือการกระทำในอดีตแต่มีข้อน่าสังเกตในการตัดสินคดีนี้อีกประเด็นหนึ่ง กล่าวคือ ในทางพิจารณาของทางคณะผู้พิพากษาได้มีความเห็นที่แตกต่างจากมติดังกล่าวจากท่านผู้พิพากษาฮาร์แลนด์ (Justice Harlan) ได้ให้ความเห็นว่าข้อบัญญัติดังกล่าวมีความไม่สมเหตุสมผล เพราะเหตุผลที่ใช้จำกัดสิทธิแก่ผู้พ้นโทษไม่ได้เป็นการประเมินคุณค่าของบุคคลจากสถานภาพที่เขาเป็นอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งสร้างความไม่เป็นธรรมต่อโจทก์เป็นอย่างมาก ภายหลังเมื่อได้มีการเปลี่ยนแปลง ยกเลิกข้อจำกัดสิทธิแก่ผู้พ้นโทษในส่วนของหน่วยงานราชการก็ได้มีส่วนอย่างยิ่งในการส่งผลกระทบต่อขบวนการขยายวงกว้างมายังส่วนงานหน่วยงานที่เป็นองค์กรอิสระทั้งในการเข้าทำงานและการขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ อาทิ ในมลรัฐอิลลินอย ได้มีการยกเลิกข้อบัญญัติที่มีข้อจำกัดสิทธิต่อผู้พ้นโทษออกไปหรือมลรัฐฟลอริดา ได้มีการวางกฎเกณฑ์ใหม่สำหรับการที่จะตัดสิทธิแก่ผู้พ้นโทษโดยวางหลักความสัมพันธ์โดยตรง (Direct-Relation) สำหรับการออกใบอนุญาตให้แก่ผู้พ้นโทษเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา

3) การเข้าทำงานในหน่วยงานเอกชน (Private Sector)

เมื่อปี ค.ศ.1974 มลรัฐฮาวาย (Hawaii) ถือได้ว่าเป็นรัฐแห่งแรกที่ได้ทำการ ริเริ่มและบุกเบิกถึงการแก้ไขและเปลี่ยนแปลงการห้ามจำกัดสิทธิแก่ผู้พ้นโทษในการทำงานในหน่วยงานเอกชน (Prohibit Discrimination against Ex-Convicts IN Private Employment) โดยได้มีการออกกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พ้นโทษ ซึ่งนัยแห่งกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติให้การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พ้นโทษในการทำงานและประกอบอาชีพเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วย

กฎหมาย (Unlawful) กล่าวคือ ถ้านายจ้างเอกชนหรือสหภาพแรงงานปฏิเสธที่จะจ้างงานหรือปลดลูกจ้างของตนเอง เนื่องจากเหตุเพราะเขาได้เคยเป็นผู้ต้องโทษมาก่อนในอดีต หรือปฏิเสธสภาพการจ้างงานที่เป็นธรรม หรือการห้ามผู้พ้นโทษเข้าเป็นสมาชิกของสหภาพ กรณีดังกล่าวเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายฉบับที่กล่าวถึงนี้ได้กำหนดถึงพฤติกรรมของนายจ้างหรือสหภาพแรงงานในอันที่จะปฏิเสธการจ้างงาน หรือปลดออก หรือปฏิเสธสภาพการทำงานที่เป็นธรรมแก่ลูกจ้างโดยพฤติกรรมดังกล่าวเกิดขึ้น เนื่องจากความแตกต่างดังต่อไปนี้

- 1) ความแตกต่างทางเชื้อชาติ (race)
- 2) ความแตกต่างทางเพศ (sex)
- 3) ความแตกต่างเรื่องอายุ (age)
- 4) ความแตกต่างทางความเชื่อทางศาสนา (religion)
- 5) ความแตกต่างทางสีผิว หรือแหล่งกำเนิด (colour or ancestry)
- 6) ความแตกต่างเพราะเหตุสถิติการประกอบอาชญากรรม (arrest and court record)

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าภายใต้กฎหมายของมลรัฐฮาวาย (Hawaii Law) ได้บัญญัติให้นายจ้างเลือกปฏิบัติใดๆ ในการทำงานต่อผู้สมัครงาน หรือลูกจ้างโดยอาศัยเหตุในเรื่องเชื้อชาติ เพศ (ซึ่งหมายรวมถึงหญิงตั้งครรภ์หรือหญิงที่คลอดบุตร) ผู้มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ อายุ ความเชื่อทางศาสนา สีผิว บรรพบุรุษ (สังคมอันมีที่มาแต่เดิม) คนพิการ ผู้มีสถานภาพสมรส หรือประวัติอาชญากรรม

รูปแบบของการเลือกปฏิบัติในการทำงานที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ได้แก่ การปลดออกจากงาน การปฏิเสธการจ้างงาน การพิจารณาเลื่อนขั้น เลื่อนตำแหน่ง การจ่ายเงินค่าชดเชย เป็นต้น

3.2.1.3 chapter 378 of Hawaii Employment Practices Act

มีการบัญญัติกฎหมายชื่อ HRS Chapter 378 : Hawaii Employment Practices Act โดยที่ภาพรวมของพระราชบัญญัตินี้มีการให้คำนิยามไว้ในบทนิยามศัพท์เพิ่มเติมของคำว่าประวัติอาชญากรรมให้มีความหมายกว้างขวางเพิ่มขึ้น เช่น การถูกควบคุมตัวเพื่อสอบถาม การจับกุม การถูกควบคุมตัวหรือการถูกกักขัง การถูกกักตัวเพื่อสอบสวน ถูกฟ้องในคดีอาญา รวมถึงเป็นผู้ที่มีประวัติอาชญากรรมด้วยเป็นต้น¹⁸⁹

- 1) การเลือกปฏิบัติที่เป็นการล่วงละเมิดต่อกฎหมาย

ตามข้อ HRS Chapter 378-2-1 ได้บัญญัติถึงการเลือกปฏิบัติที่ถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful) จะต้องเป็นการเลือกปฏิบัติอันสืบเนื่องมาจากกรณีดังต่อไปนี้

¹⁸⁹ HRS Chapter 378. URL://www.capitol.hawaii.gov - /hrscurrent/Vol07_Ch0346-0398/

การเลือกปฏิบัติเนื่องมาจาก เชื้อชาติ เกี่ยวกับเพศ อายุ ศาสนา สีผิว ชาติพันธุ์ เหตุแห่งการพิการ สถานภาพการสมรส หรือสถิติ (ประวัติ) การประกอบอาชญากรรม

ในส่วนของการทำงานการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุดังกล่าวถือได้ว่าเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมิชอบเขตที่สามารถยกให้เห็นเป็นตัวอย่าง ดังนี้

1.1 สำหรับนายจ้างในทุกกรณีที่ปฏิเสธการว่าจ้างหรือการทำงานหรือทำให้เกิดอุปสรรค การกีดกันในการทำงาน หรือการเลือกปฏิบัติในสภาพและเงื่อนไข การรับผลประโยชน์ตอบแทน สิทธิประโยชน์ สำหรับการทำงาน¹⁹⁰

1.2 สำหรับการทำงานในหน่วยงานราชการที่กระทำใ้บุคคลอื่นต้องประสบกับความล้มเหลวหรือปฏิเสธที่เกี่ยวข้องกับการทำงานหรือการจำแนกหรือการเลือกปฏิบัติใดๆ ต่อบุคคล¹⁹¹

1.3 สำหรับนายจ้างหรือการทำงานในหน่วยงานราชการที่ได้กระทำการใดๆ ในลักษณะดังเช่น การโฆษณา พิมพ์ เผยแพร่ หรือใช้แบบฟอร์มการสมัครงาน เป็นต้น ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิ จำแนก หรือเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม¹⁹²

1.4 สำหรับองค์กรแรงงานใดๆ ที่กีดกันหรือขับออกบุคคลใดไม่ให้เข้าเป็นสมาชิกหรือเลือกปฏิบัติไม่ว่ากรณีใดๆ¹⁹³

ข้อมเป็นที่ประจักษ์ว่าการกระทำดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการกีดกันทางเชื้อชาติ สีผิว หรือสถิติการประกอบอาชญากรรม ฯลฯ เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค อันเป็นหลักการที่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้เป็นหลักในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน การออกกฎหมายดังกล่าวขึ้นมาก็เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายสูงสุดของประเทศ

2) ข้อยกเว้น

แต่อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่านายจ้างไม่สามารถเลือกที่จะรับจ้างลูกจ้างที่มีประวัติอาชญากรรมได้ทุกกรณีได้มีการวางหลักข้อยกเว้นที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับบรรดานายจ้างเอกชนหรือทางสหภาพแรงงานที่จะกระทำการดังกล่าวข้างต้นได้ กล่าวคือนายจ้างสามารถปฏิเสธหรือบอกเลิกการจ้างงานแก่บุคคลผู้พ้นโทษได้และไม่ถือว่าการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ถ้าเหตุแห่งการประกอบอาชญากรรมในอดีตของบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์และเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับตำแหน่งหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบ

¹⁹⁰ Hawaii Employment Practices Act 378-2-1 (A).

¹⁹¹ Hawaii Employment Practices Act 378-2-1 (B).

¹⁹² Hawaii Employment Practices Act 378-2-1 (C).

¹⁹³ Hawaii Employment Practices Act 378-2-1 (D).

3) หลักความสัมพันธ์ระหว่างความผิดกับหน้าที่ความรับผิดชอบ¹⁹⁴

ความสัมพันธ์ใดถือว่าเป็นความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับหน้าที่รับผิดชอบประการใดนั้น ได้มีการกำหนดมาตรฐานในการพิจารณาโดย The American Bar Association ซึ่งได้วางหลักความสัมพันธ์โดยตรงไว้ใน Draft Standard Relating to the Legal Status of Prisoners เพื่อให้บรรดาระัฐต่างๆ ได้ใช้เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ดังกล่าว ซึ่งสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

3.1 ข้อ (a) หมายความว่าด้วยเรื่องอุปสรรคในการจ้างงาน วางหลักการที่สำคัญไว้ว่า “ห้ามมีการกีดกันการจ้างงานแก่บุคคลใดเพียงเพราะว่าบุคคลนั้นได้เคยกระทำความผิดในทางอาญาแต่ครั้งอดีตและการกระทำความผิดดังกล่าวไม่ใช่สาระสำคัญที่เกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบต่อลักษณะงานนั้น”

สามารถแปลความได้ว่าห้ามนายจ้างกำหนดคุณสมบัติที่มีลักษณะเป็นการกีดกันหรือเลือกปฏิบัติในการจ้างงานต่อบุคคลที่เคยได้รับโทษจำคุกมาแล้ว แต่ถ้าความผิดที่เขาได้กระทำลงในอดีตและได้รับโทษแล้วนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสาระสำคัญของงานก็สามารถเลือกปฏิบัติต่อผู้เคยต้องโทษจำคุกได้

ปัจจัยที่ใช้ประกอบในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและลักษณะหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบมีปัจจัยที่ใช้ในการประเมินดังต่อไปนี้

(1) ประเมินจากความเป็นไปได้ตามลักษณะของงาน (หน้าที่) ที่ได้รับมอบหมายโดยพิจารณาว่ามีความเป็นไปได้มากน้อยเพียงใดที่จะทำให้เกิดโอกาสในการกระทำความผิดแบบเดิมเกิดขึ้นอีก

(2) ประเมินจากระยะเวลาที่ผ่านมาของการกระทำความผิดในครั้งก่อน

(3) ประเมินจากความประพฤติภายหลังถูกลงโทษ

(4) ประเมินจากโอกาสของการกระทำความผิดและแรงจูงใจที่จะให้เกิดการกระทำความผิดอีกครั้ง

3.2 ข้อ (b) การจ้างในหน่วยงานเอกชนและการขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ได้บัญญัติวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างงานแก่ผู้โทษในภาคเอกชนและการขอใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ กฎหมายได้วางมาตรฐานไว้ว่า “ห้ามภาคเอกชนกระทำการใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการกีดกันและสร้างมาตรการอื่นใดที่เป็นการกีดกันทำให้เป็นอุปสรรคต่อผู้เคยต้องโทษจำคุก โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรในขอบเขตแห่งการกระทำดังต่อไปนี้

¹⁹⁴ กิตติบดี ไยพุล. เล่มเดิม. หน้า 71.

- (1) ปฏิเสธการว่าจ้างงาน
- (2) ปลดออกจากงาน
- (3) ปฏิเสธสภาพการจ้างงานและเงื่อนไขการจ้างงานที่เป็นธรรมแก่ลูกจ้าง
- (4) ปฏิเสธการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานหรือการขอรับสวัสดิการอื่นใด
- (5) ปฏิเสธหรือยกเลิกใบประกอบวิชาชีพที่จำเป็นต้องสภาพการทำงานแก่ผู้เคย

ต้องโทษจำคุก

ทั้งนี้ ห้ามนายจ้างกระทำการตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 1-5 โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ประกอบการกระทำซึ่งในการพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของการกระทำนั้นขึ้นอยู่กับศาลซึ่งจะเป็นผู้วินิจฉัยในแต่ละกรณี โดยพิจารณาจากเหตุผลของทางฝ่ายนายจ้างและปัจจัยแวดล้อมหลายประการเป็นเครื่องประกอบในการพิจารณาพิพากษาคดี

3.2.1.4 กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้พ้นโทษในรัฐนิวยอร์ก¹⁹⁵

ในรัฐนิวยอร์ก (The New York State) มีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้เคยต้องโทษจำคุกมิให้ถูกเลือกปฏิบัติในการทำงานและถือปฏิบัติว่าถ้าผู้ใดกระทำการใดๆ ที่ขัดต่อกฎหมายถือว่าได้กระทำการที่ขัดต่อนโยบายแห่งรัฐอีกด้วย กล่าวคือ ได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลที่เคยมีประวัติอาชญากรรมไม่ให้ถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม (Unfairly) ในการทำงานและการขอใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ โดยได้มีการออกกฎหมาย 2 ฉบับ ที่มีลักษณะของการคุ้มครองผู้เคยต้องโทษจำคุก ได้แก่ Article 23-A of The Correction Law และ The Human Rights Law

1) Article 23-A of The Correction Law

สาระสำคัญของ Article 23-A of The Correction Law สามารถสรุปให้เห็นเป็นประเด็นต่างๆ ได้ 6 ประเด็นดังต่อไปนี้

(1) วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้บัญญัติมาเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้พ้นโทษตาม Article 23-A ซึ่งสาระสำคัญของหมวดนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการคุ้มครองผู้พ้นโทษไม่ให้ถูกปฏิเสธการจ้างงานหรือการได้รับใบประกอบวิชาชีพอย่างไม่เป็นธรรมจากนายจ้าง

(2) นายจ้างที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับแก่นายจ้างทั้งที่เป็นภาครัฐและภาคเอกชน ภาครัฐนั้นหมายถึง หน่วยงานองค์กรอิสระที่มีหน้าที่ออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ หน่วยงานราชการ

¹⁹⁵ กิตติบดี ไชยกุล. เล่มเดิม. หน้า 73.

(ยกเว้นหน่วยงานที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย) ภาคเอกชนที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายนี้ต้องเป็นภาคเอกชนที่มีลูกจ้าง หรือคนงานตั้งแต่ 10 คนขึ้นไป

(3) การเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

1. การปฏิเสธการว่าจ้างผู้พิการ
2. การปฏิเสธการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพให้แก่ผู้พิการ

ทั้งนี้การที่นายจ้างปฏิเสธดังกล่าวก็เพราะได้อาศัยเหตุจากประวัติอาชญากรรมที่เคยก่อในอดีตเป็นสิ่งพิจารณาถึงเรื่องดังกล่าว

(4) ข้อยกเว้นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

นายจ้างสามารถปฏิเสธที่จะว่าจ้างหรือปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตแก่ผู้พิการได้ ถ้าการกระทำความคิดที่เขาได้เคยกระทำในอดีตนั้นโดยธรรมชาติของลักษณะความคิด (Nature of Criminal Conduct) มีผลเกี่ยวข้องโดยตรงกับลักษณะหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบการว่าจ้างหรือลักษณะของงาน หรือการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพหรือนายจ้างหรือผู้ประกอบการสามารถพิสูจน์ได้ว่าการว่าจ้างผู้พิการเป็นการเสี่ยง (Unreasonable Risk) ต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน

(5) ปัจจัยที่ใช้การพิจารณาเรื่องผลเกี่ยวข้องโดยตรง

ก. นโยบายของรัฐในการสนับสนุนการทำงานและการขอรับใบประกอบอาชีพแก่ผู้พิการ

ข. ลักษณะเฉพาะของงานและความจำเป็นในตำแหน่งหน้าที่กับความผิดที่เคยก่อขึ้นว่ามีความเหมาะสมกันเพียงใด

ค. อายุของผู้พิการในเวลาที่เกิดความคิด

ง. การกระทำความคิดนั้นได้ผ่านมาเป็นระยะเวลาเท่าใด

จ. ความร้ายแรงของความคิดที่ได้กระทำลง

ฉ. หลักฐานที่แสดงถึงพฤติกรรมที่ได้รับการฟื้นฟูของผู้พิการในปัจจุบันซึ่งรวมไปถึงใบประกาศนียบัตรของ Relief from Disabilities หรือ Certificate of Good Conduct

ช. ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับความเหมาะสมของหน้าที่

นอกเหนือจากปัจจัยต่างๆ ดังที่กล่าวข้างต้นการพิจารณาเรื่องผลที่เกี่ยวข้องโดยตรงยังจะต้องคำนึงถึงเรื่องความปลอดภัยและสวัสดิภาพของประชาชนหรือสาธารณชนอีกด้วย ในส่วนของการพิจารณาถึงเรื่องความเสี่ยงในการรับผู้พิการเข้าทำงานนั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นเรื่องๆ ไปแต่กรณีนั้นในทางปฏิบัติศาลมักจะนำปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาเรื่องผลเกี่ยวข้องโดยตรงมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาถึงเรื่องความเสี่ยงนี้ด้วย

(6) ตัวอย่างคำวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พ้นโทษในการทำงาน¹⁹⁶

1) คดี Jose Luis Arrocha V. Board of Education of the city of New York กล่าวคือ ในปี ค.ศ.1996 โจทก์ได้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพการเป็นครูจากจำเลย เพื่อนำไปประกอบอาชีพสอนหนังสือในโรงเรียน ในการกรอกใบสมัครโจทก์ได้กรอกลงไปว่าเคยได้รับโทษจำคุกในปี ค.ศ.1987 ตอนที่เขาอายุ 36 ปี ในฐานะความผิดจำหน่ายโคเคน ซึ่งมีระวางโทษ 2 ถึง 6 ปี ในระวางได้รับโทษจำคุกโจทก์ได้เข้าโครงการบำบัดฟื้นฟูสภาพตามโครงการที่เรือนจำมีอยู่ และได้ถูกถอนใบประกอบวิชาชีพดังกล่าว ภายหลังพ้นโทษโจทก์ได้ยื่นสมัครเพื่อขอรับใบประกอบวิชาชีพแต่ถูกปฏิเสธ โดยเหตุผลที่ทางจำเลยได้ชี้แจงมีดังนี้

1. ความผิดที่กระทำมีความร้ายแรงตามธรรมชาติในตัวของมันเองและ

2. มีความเสี่ยงต่อความปลอดภัยและสวัสดิภาพต่อบรรดานักเรียนและคณะกรรมการ

ซึ่งทางโจทก์เองก็ได้โต้แย้งคำชี้แจงนี้ว่าเป็นการพิจารณาการกระทำความคิดที่ผ่านมาแล้วเป็นเวลาถึง 9 ปี ซึ่งเป็นเรื่องไร้เหตุผลและมีลักษณะที่ไม่แน่นอนอีกทั้งยังเป็นการขัดต่อกฎหมายข้อ 23-A (New York Correction Law) ที่บัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้พ้นโทษ ซึ่งทางศาลสูงเห็นพ้องด้วยกับโจทก์และได้มีคำสั่งให้จำเลยออกใบอนุญาตให้แก่โจทก์

2) คดี Grafer V. New York City Civil Service Commission

ข้อเท็จจริงคดีนี้โจทก์สมัครเข้าทำงานในหน่วยงาน The New York City Fire Department เมื่อหน่วยงานที่โจทก์สมัครได้พิจารณาถึงคุณสมบัติความเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่แล้วได้ปฏิเสธคำขอของโจทก์ เนื่องจากโจทก์เคยกระทำความผิดฐานมีปริมาณแอลกอฮอล์เกินปริมาณในขณะขับรถ (Drunk driving) ซึ่งถือได้ว่าถ้ารับโจทก์เข้าทำงานอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อทรัพย์สินและความปลอดภัยและสวัสดิภาพของสาธารณชนได้ เนื่องจากงานที่สมัคร คือเจ้าหน้าที่ดับเพลิงเป็นงานที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของประชาชนและต้องอาศัยความรับผิดชอบในหน้าที่เป็นอย่างยิ่ง คำสั่งดังกล่าวที่ปฏิเสธถือว่ารับฟังได้

3) คดี The New York State Racing and Wagering Board

ข้อเท็จจริงคดีนี้เป็นกรณีที่ The New York State Racing and Wagering Board ได้ปฏิเสธที่จะคืนสิทธิสำหรับใบอนุญาตเข้าแข่งขันให้แก่เจ้าของค่ายม้าแข่งรายหนึ่งเพราะเหตุที่เขาเคยได้รับโทษในความผิดฐานเป็นพยานเท็จ (Falsely Testifying) โดยปิดบังผู้อื่นที่เขาารู้ถึงว่าผู้นั้นจะ

¹⁹⁶ สัจชาติ อุปันนชัย. เล่มเดิม. หน้า 170.

ขัดขวางการแข่งขัน ในทางพิจารณาคดีทางคณะกรรมการเห็นว่าการปฏิเสธดังกล่าวเป็นเรื่องที่เหมาะสม เนื่องจากความผิดที่เขาได้กระทำลงไปในอดีตนั้นมีความเกี่ยวข้องโดยตรง

4) คดี Soto-Lopez V. New York City Civil Service Commission

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์ได้สมัครเข้าทำงานในตำแหน่งนักรักษาโรง (Caretaker) แต่ได้ถูกปฏิเสธไม่ว่าจ้างเนื่องจากพบว่าเขาเคยกระทำความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) ในทางพิจารณาคดีพบว่าตามกฎหมาย New York Correction Law: section 752 ห้ามปฏิเสธการจ้างงานโดยอาศัยเหตุเนื่องจากการกระทำความผิดในอดีต แต่ทั้งนี้สามารถปฏิเสธได้ถ้าการกระทำความผิดในอดีตนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงกับลักษณะของงาน เมื่อพิจารณาถึงหน้าที่ของงานที่โจทก์สมัครคือนักรักษาโรงที่มีหน้าที่ เช่น กวาดพื้น เช็ดถูพื้น เปลี่ยนหลอดไฟ และล้างหน้าต่าง ซึ่งไม่ได้มีความสัมพันธ์โดยตรงกับความผิดในครั้งก่อนแต่ประการใด และข้อยกเว้นประการต่อมาในเรื่องความเสี่ยงนั้น โดยพิจารณาตามปัจจัยต่างๆ ตาม section 753 ประกอบความเป็นไปได้ของความเสี่ยงพบว่าถึงแม้สามารถคาดหมายได้ถึงอันตรายที่จะเกิดแต่ก็เป็นการคาดหมายที่ไกลเกินกว่าจะต้องป้องกัน ดังนั้น การปฏิเสธไม่ว่าจ้างดังกล่าวจึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) สาระสำคัญของ The Human Rights Law

ส่วนของกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของรัฐนิวยอร์กได้มีข้อห้ามนายจ้างทั้งภาครัฐและเอกชนและหน่วยงานที่มีอำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบอาชีพปฏิเสธการว่าจ้างหรือการขอรับใบอนุญาตเนื่องจากเพราะบุคคลนั้นเคยถูกจับกุมที่ปรากฏในสถิติการจับกุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

3.2.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายเยอรมันมิได้แยกแยะระหว่างข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหารที่ถูกพิพากษาให้ต้องโทษจำคุก ในภาษาเยอรมัน คำว่าข้าราชการ Beamter มิได้เจาะจงว่าเป็นข้าราชการพลเรือนหรือข้าราชการทหาร

หากพิจารณาจากถ้อยคำในประมวลกฎหมายแพ่ง กฎหมายใช้คำว่า Beamter ซึ่งหมายถึง ข้าราชการพลเรือน¹⁹⁷ ข้าราชการที่ถูกศาลพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหนึ่งปี (หรือมากกว่านั้น) เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ย่อมสูญเสียสิทธิของการเป็นข้าราชการตามมาตรา 24 แห่งกฎหมายว่าด้วยสถานภาพข้าราชการ และมาตรา 41 กฎหมายข้าราชการแห่งสหพันธ์

¹⁹⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2555). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ: ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ*. หน้า 20.

ทั้งนี้รวมถึงในกรณีที่ถูกพิพากษาลงโทษให้รอลงอาญาไว้ก่อนด้วย และรวมถึงในกรณีที่ถูกพิพากษาถึงที่สุดว่าได้กระทำความผิดหลายกรรมหลายวาระด้วยกัน โดยเมื่อรวมโทษสำหรับความผิดเหล่านั้นเข้าด้วยกันแล้ว เป็นการลงโทษจำคุกรวมทั้งสิ้นอย่างน้อยหนึ่งปีขึ้นไป

สำหรับการกระทำความผิดทางอาญาบางอย่าง การถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกเพียงหกเดือน ก็นำไปสู่การสูญเสียสิทธิการเป็นข้าราชการเช่นกัน และนับตั้งแต่ปี พ.ศ.2552 เป็นต้นมา ได้รวมการกระทำความผิดฐานรับสินบนไว้ด้วย ที่สำคัญคือจะต้องมีคำพิพากษา (Urteil) ออกมา โดยการมีคำสั่งให้ลงโทษ (Strafbefehl) อย่างเดียวไม่ทำให้สูญเสียสิทธิข้าราชการ

มาตรา 24 แห่งกฎหมายว่าด้วยสถานภาพข้าราชการ และมาตรา 41 ของกฎหมายข้าราชการแห่งสหพันธ์ รวมทั้งคำพิพากษาของศาลปกครองมีนสเตอร์ (Verwaltungsgericht Münster) เมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2552 หมายเลขคดีที่ 20 K 1556/07.O โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

มาตรา 24 แห่งกฎหมายว่าด้วยสถานภาพข้าราชการ (§24 Beamtenstatusgesetz): การสูญเสียสิทธิข้าราชการ¹⁹⁸

1. เมื่อข้าราชการหญิงหรือข้าราชการชาย ถูกดำเนินคดีในคดีอาญาและถูกพิพากษาโดยศาลเยอรมัน

1.1 ให้ต้องโทษจำคุกอย่างน้อยหนึ่งปี เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อน หรือ

1.2 ถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกอย่างน้อยหกเดือน เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งตามกฎหมายถือเป็นความผิดฐานทรยศต่อความสงบสุข ฐานขัดขืนอำนาจปกครอง และเป็นอันตรายต่อนิติรัฐประชาธิปไตย ฐานเป็นกบฏต่อแผ่นดิน และเป็นอันตรายต่อความมั่นคงภายนอก หรือฐานรับสินบน ในกรณีที่การกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำความผิดซึ่งเกี่ยวข้องกับปฏิบัติหน้าที่ราชการในตำแหน่งหลักที่ตนดำรงอยู่ สถานภาพการเป็นข้าราชการของข้าราชการผู้นั้นย่อมสิ้นสุดลงเมื่อคำพิพากษาถึงที่สุดตามกฎหมาย

ทั้งนี้ รวมถึงในกรณีที่ถูกตัดสินว่าหมดความเหมาะสมในการที่จะดำรงตำแหน่งข้าราชการต่อไป หรือเมื่อข้าราชการหญิงหรือข้าราชการชายถูกตัดสินโดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญให้สูญเสียสิทธิพื้นฐานตามมาตรา 18 แห่งกฎหมายพื้นฐาน¹⁹⁹

2. ในกรณีที่คำพิพากษาซึ่งนำไปสู่การสูญเสียสิทธิข้าราชการถูกยกเลิก เนื่องจากมีการพิจารณาคดีใหม่ ให้ถือว่าสถานภาพการเป็นข้าราชการมิได้ขาดตอนไป

¹⁹⁸ มาตรา 24 แห่งกฎหมายว่าด้วยสถานภาพข้าราชการของกฎหมายข้าราชการแห่งสหพันธ์

¹⁹⁹ กฎหมายพื้นฐานคือกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรา 41 ของกฎหมายข้าราชการแห่งสหพันธ์ (§41 Bundesbeamtengesetz) : การสูญเสียสิทธิข้าราชการ²⁰⁰

1. เมื่อข้าราชการหญิงหรือข้าราชการชาย ถูกดำเนินคดีในคดีอาญาและถูกพิพากษาโดยศาลเยอรมัน

1.1 ให้ต้องโทษจำคุกอย่างน้อยหนึ่งปี เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อน หรือ

1.2 ถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกอย่างน้อยหกเดือน เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งตามกฎหมายถือเป็นความผิดฐานทรยศต่อความสงบสุข ฐานขัดขืนอำนาจปกครอง และเป็นอันตรายต่อนิรรัฐประชาธิปไตย ฐานเป็นกบฏต่อแผ่นดิน และเป็นอันตรายต่อความมั่นคงภายนอก หรือฐานรับสินบน ในกรณีที่การกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำความผิดซึ่งเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการในตำแหน่งหลักที่ตนดำรงอยู่ สถานภาพการเป็นข้าราชการของข้าราชการผู้นั้นย่อมสิ้นสุดลงเมื่อคำพิพากษาถึงที่สุดตามกฎหมาย

ทั้งนี้ รวมถึงในกรณีที่ถูกต้องคดีความเหมาะสมในการที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการต่อไป หรือเมื่อข้าราชการหญิงหรือข้าราชการชายถูกตัดสิน โดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญให้สูญเสียสิทธิพื้นฐานตามมาตรา 18 แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ

2. หลังจากสิ้นสุดสถานภาพการเป็นข้าราชการตามมาตรา 1 แล้วก็ย่อมไม่มีสิทธิที่จะได้รับเงินเดือนหรือบำเหน็จบำนาญ เว้นแต่กฎหมายจะได้ระบุไว้เป็นอย่างอื่น การใช้ชื่อตำแหน่งและยศที่ได้มาจากการดำรงตำแหน่งนั้น ย่อมมีอาจกระทำได้อีกต่อไป

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองมีนสเตอร์ (Verwaltungsgericht Münster) พิพากษาเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2552 หมายเลขคดีที่ 20 K 1556/07.O ประเด็นที่สำคัญของศาลในการพิจารณาคดีนี้ คือ กฎระเบียบที่ระบุอยู่ในกฎหมายข้าราชการแห่งมลรัฐชดต่อ “หลักการที่มีมาแต่เดิมของการเป็นข้าราชการโดยอาชีพ” หรือ “ไม่”²⁰¹ โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

จากการที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในมาตรา 51 อนุมาตรา 1 ข้อ 1 ของกฎหมายข้าราชการแห่งมลรัฐ (LBG NRW)²⁰² ว่าให้สถานภาพการเป็นข้าราชการสิ้นสุดลง เมื่อข้าราชการถูกพิพากษาให้ลงโทษจำคุกอย่างน้อยหนึ่งปี เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อน

²⁰⁰ มาตรา 41 แห่งกฎหมายว่าด้วยสถานภาพข้าราชการ ของกฎหมายข้าราชการแห่งสหพันธ์

²⁰¹ เนื่องจากประเทศเยอรมนีปกครองโดยระบบสหพันธ์ จึงมีทั้งกฎหมายของแต่ละมลรัฐและกฎหมายของสหพันธ์

²⁰² เป็นตัวย่อจากคำว่า กฎหมายข้าราชการแห่งมลรัฐนอร์ทไรน์ เวสต์ฟาเลีย

ดังนั้นข้อกรณีพิพาทจึงเป็นอันตกไป การลงโทษทางวินัยไม่อาจจะกระทำได้อีก เนื่องจากจำเลยได้สูญเสียตำแหน่งการเป็นข้าราชการของตนไปแล้วตามกฎหมาย

มาตรา 32 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นมาตรฐานการลงโทษที่นำมาใช้ในกรณีที่ได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อนเท่านั้น

ตรงข้ามกับความเห็นทางกฎหมายของจำเลย กฎระเบียบของมาตรา 51 อนุมาตรา 1 ของกฎหมายข้าราชการแห่งมลรัฐ (LBG NRW) มิได้ขัดต่อกฎหมายที่เหนือกว่า คือกฎหมายรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎระเบียบนี้มีได้แย้งกับ “หลักการที่มีมาแต่เดิมของการเป็นข้าราชการโดยอาชีพ” ซึ่งถูกระบุอยู่ในมาตรา 33 อนุมาตรา 5 แห่งกฎหมายพื้นฐาน ให้เป็นองค์ประกอบหนึ่งของระเบียบรัฐธรรมนูญแต่ประการใด เพราะเป็นไปไม่ได้ที่จะยอมรับว่า องค์ประกอบสำคัญของการเป็นข้าราชการอาชีพคือการที่เมื่อข้าราชการกระทำความผิดทางอาญาแล้วจะต้องถูกสอบสวนดำเนินคดีทางวินัยเป็นพิเศษ แยกไปต่างห่างจากคดีอาญา หลักการที่มีมาแต่เดิมของการเป็นข้าราชการโดยอาชีพมิได้มีไว้เพียงเพื่อรักษาผลประโยชน์ของข้าราชการแต่ละคนเท่านั้น แต่ยังมีไว้เพื่อคงไว้ซึ่งประโยชน์ของหมู่ข้าราชการโดยรวมด้วย และเพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งสถาบันข้าราชการโดยอาชีพ ซึ่งถือเป็นผลประโยชน์โดยทั่วไปของรัฐ จากกรณีที่มีผลประโยชน์ที่ต่างกันนี้ เมื่อผู้ออกกฎหมายกำหนดให้การกระทำความผิดทางอาญาอย่างหนักบางอย่าง จะต้องได้รับโทษที่มีผลต่อสิทธิการเป็นข้าราชการโดยตรง จึงมิได้หมายความว่า จะเป็นการแตะต้องลักษณะสำคัญของการเป็นข้าราชการอาชีพแต่อย่างใด ข้าราชการคนใดที่อยู่ในระหว่างที่อยู่ในสถานภาพการเป็นข้าราชการได้กระทำความผิดทางอาญาโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อน อันเป็นเหตุให้ต้องถูกศาลพิพากษาให้ต้องโทษจำคุกอย่างน้อยหนึ่งปี โดยกฎหมายแล้วย่อมต้องถือว่าข้าราชการคนนั้นขาดซึ่งศักดิ์ศรีที่จะดำรงตำแหน่งของตนต่อไป ดังนั้น การที่ข้าราชการในกรณีดังกล่าวถึงนี้ต้องสูญเสียตำแหน่งของตนไปโดยอำนาจแห่งกฎหมาย จึงไม่ถือว่าเป็นการขัดกับหลักการที่มีไว้เพื่อปกป้องการเป็นข้าราชการโดยอาชีพ

กรณีนี้ การที่จำเลยถูกพิพากษาให้ต้องโทษจำคุกต่ำกว่าหนึ่งปี สำหรับการกระทำความผิดฐานรับสินบนในแต่ละกรรม และโทษจำคุกของจำเลยสูงกว่าหนึ่งปีก็ต่อเมื่อได้นับโทษทั้งหมดรวมกันแล้วเท่านั้น จึงไม่ใช่ประเด็นการถูกพิพากษาให้ต้องโทษจำคุกอย่างน้อยหนึ่งปี เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองก่อน แม้จะต่างกรรมต่างวาระ แต่เมื่อนำโทษทั้งหมดมารวมกันแล้วสูงกว่าโทษจำคุกหนึ่งปี ก็ย่อมจะนำไปสู่การสิ้นสุดสถานภาพการเป็นข้าราชการเช่นกัน

นอกจากนั้น การที่ให้รอลงอาญาไว้ก่อนก็ไม่มีผลกระทบต่อการสูญเสียสถานภาพการเป็นข้าราชการแต่อย่างใด โดยที่ตัวบทกฎหมายได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าที่สำคัญคือความหนักของโทษ ไม่เกี่ยวกับว่าโทษนั้นจะรอลงอาญาไว้ก่อนหรือไม่²⁰³

3.2.3 ประเทศออสเตรเลีย

การเลือกปฏิบัติในการทำงานต่อบุคคลอันมีเหตุเพราะความแตกต่างในด้านต่างๆ ประเทศออสเตรเลียได้ให้ความสำคัญ โดยมีการออกกฎหมายขึ้นหลายฉบับเพื่อจัดปัญหาดังกล่าว ซึ่งสามารถแสดงให้เห็นถึงความสำคัญกฎหมายที่มีลักษณะห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลและบทบัญญัติคุ้มครองโอกาสที่เท่าเทียมกันของบุคคล โดยสรุปตามรายละเอียดต่อไปนี้

3.2.3.1 ภาพรวมกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคล

1) Northern Territory Anti-Discrimination Act 1992

1.1 รูปแบบ

ห้ามมีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเนื่องมาจากความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ลักษณะทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส การตั้งครรภ์ ความพิการ ความเชื่อทางศาสนา ประวัติ อาชญากรรม การเคลื่อนไหวของสหภาพแรงงาน ผู้ที่คบหาสมาคมกับบุคคลดังกล่าว เป็นต้น

1.2 ขอบเขต

- (1) การศึกษา
- (2) การทำงาน
- (3) การเข้าถึงที่อยู่อาศัย
- (4) การให้บริการด้านสินค้าและบริการ
- (5) หลักประกันสมาชิกในสโมสร

2) New South Wales Anti-Discrimination Act 1977

2.1 รูปแบบ

ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอันเนื่องมาจากความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ (รวมถึงสีผิว ชาติพันธุ์ ชนกลุ่มน้อย หรือสัญชาติดั้งเดิม) เพศ (รวมถึงการคุกคามทางเพศ) สถานภาพการสมรส ความพิการทางร่างกายและสมอง กลุ่มพวกกรักร่วมเพศ อายุ ผู้ที่มีรสนิยมทางเพศ

²⁰³ คำพิพากษานี้ได้กระทำก่อนมีการแก้ไขกฎหมายในปี พ.ศ.2552 ซึ่งได้ระบุให้การกระทำความผิดทางอาญาบางอย่าง หากถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกเพียงหกเดือน ก็นำไปสู่การสูญเสียสิทธิการเป็นข้าราชการ ทั้งนี้กฎหมายได้รวมการกระทำความผิดฐานรับสินไว้ด้วย

2.2 ขอบเขต

- (1) การทำงาน
- (2) การเข้าร่วมเป็นหุ้นส่วน
- (3) การรวมกลุ่มทางการค้า
- (4) คุณสมบัติในองค์กร
- (5) การทำงานในหน่วยงานราชการ
- (6) การศึกษา
- (7) การเข้าสู่สถานที่และระบบขนส่งมวลชน
- (8) การให้บริการด้านสินค้าและบริการ
- (9) ที่อยู่อาศัย
- (10) การเข้าร่วมเป็นสมาชิกสโมสร

3) Western Australia Equal Opportunity Act 1984

3.1 รูปแบบ

ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นเนื่องมาจากความแตกต่างในเรื่องเพศ สถานภาพการสมรส การตั้งครรภ์ เชื้อชาติ ความเชื่อทางศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ประวัติอาชญากรรม สถานภาพทางครอบครัว อายุ การคุกคามทางด้านเชื้อชาติ การคุกคามทางเพศ เป็นต้น

3.2 ขอบเขต

- (1) การทำงาน
- (2) การเข้าเป็นหุ้นส่วน
- (3) องค์กรทางการค้าหรือองค์กรทางวิชาชีพ
- (4) คุณสมบัติขององค์กร
- (5) การทำงานในหน่วยงานราชการ
- (6) การสมัครเข้าทำงานและลูกจ้างในหน่วยงานของคณะกรรมการ
- (7) ข้อความรายละเอียดในใบสมัครงาน

4) Queensland Anti-Discrimination Act 1991

4.1 รูปแบบ

ห้ามเลือกปฏิบัติใดๆ ต่อบุคคลอื่นเนื่องมาจากเพศ สถานภาพการสมรส การตั้งครรภ์ สถานภาพทางครอบครัว เชื้อชาติ อายุ ความพิการ ความเชื่อทางศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ผู้ที่มีรสนิยมทางเพศ การเคลื่อนไหวของสภาพแรงงาน การคุกคามทางเพศ ผู้ที่คบค้าสมาคมกับบุคคลดังกล่าว เป็นต้น

4.2 ขอบเขต

- (1) การทำงานหรือสถานะที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน
- (2) การศึกษา
- (3) สินค้าและบริการ
- (4) เงินบำเหน็จบำนาญและการได้รับหลักประกัน
- (5) ที่อยู่อาศัย
- (6) สมาชิกสโมสร
- (7) การบังคับใช้กฎหมายและระเบียบของรัฐ
- (8) การทำงานในหน่วยงานท้องถิ่น

ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับต่างมีลักษณะการห้ามเลือกปฏิบัติในเรื่องต่างๆ ที่มีต่อบุคคล โดยกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์กว้างๆ ไว้แล้วยังเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการสร้างหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของพลเมืองอีกด้วยและกฎหมายต่างๆ ที่บัญญัติถึงการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคล โดยมีบางฉบับได้ระบุไว้ชัดถึงห้ามเลือกปฏิบัติเพราะลักษณะต้องห้ามที่เป็นผู้เคยมีประวัติอาชญากรรมหรือผู้ที่เคยถูกจำคุก ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

3.2.3.2 Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986²⁰⁴

1) วัตถุประสงค์

ตามพระราชบัญญัตินี้ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นชุดหนึ่งชื่อว่า Human Rights and Equal Opportunity Commission โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ เพื่อให้ความคุ้มครองพลเมืองชาวออสเตรเลียทุกคนให้มีสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเสมอภาค โดยการทำงานของคณะกรรมการต้องยึดถือประโยชน์ส่วนใหญ่ของประชาชน

2) หน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการ

(1) ส่งเสริมความรู้ความเข้าใจ ให้การยอมรับและรักษาไว้ซึ่งความเสมอภาคสำหรับการทำงานในประเทศ

(2) แนะนำกฎหมายต่างๆ ต่อรัฐสภาเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชน และการสร้างความเสมอภาคเท่าเทียมกันในการทำงาน

²⁰⁴ Section 10 A of Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986.

(3) แนะนำและให้คำปรึกษาการปฏิบัติใดๆ ในความเห็นของคณะกรรมการ สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศและมีสาระสำคัญในการคุ้มครองความเสมอภาคในการทำงาน

3) ความหมายของการเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติภายใต้พระราชบัญญัตินี้ตาม Section 8 (6) มีหมายความว่า

(1) การแบ่งแยกทุกกรณี การกีดกัน หรือการเลือกที่จะกระทำบนพื้นฐานเรื่อง เชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง ชชาติพันธุ์ หรือสังคมอันมีมาแต่เดิม ซึ่งเป็นผลทำให้หลักความเสมอภาคในการทำงานและการประกอบอาชีพของบุคคลเป็นอันไร้ผลและถูกลดคุณค่าในหลักการดังกล่าว

(2) การแบ่งแยกทุกกรณี การกีดกัน หรือการเลือกที่จะปฏิบัติอื่นใดที่

1) เป็นการส่งผลให้ความเสมอภาคในโอกาสการทำงานและการประกอบอาชีพของบุคคลเป็นอันไร้ผลหรือเสื่อมค่าลง

2) ถูกประกาศขึ้นโดยระเบียบต่างๆ เพื่อให้เป็นไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมายนี้แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการแบ่งแยกใดๆ หรือการกีดกันหรือการเลือกที่จะปฏิบัติในกรณี

3) เพราะลักษณะเฉพาะของงานที่มีพื้นฐานมาจากลักษณะงานที่มีมาแต่เดิม

วัตถุประสงค์ตามบทนิยามศัพท์คำว่า การเลือกปฏิบัติตามระเบียบของคณะกรรมการ ได้มีการกำหนดให้มีการตีความคำนิยามคำว่า Discrimination ตามพระราชบัญญัตินี้ให้มีความหมายถึงการกระทำที่แตกต่างใดๆ การกีดกัน หรือการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานในเรื่องดังเช่น²⁰⁵

- (1) อายุ
- (2) ประวัติการแพทย์
- (3) ประวัติอาชญากรรม
- (4) สถานภาพการสมรส
- (5) สถานภาพทางครอบครัว
- (6) อาการป่วยทางสมอง
- (7) สัญชาติ
- (8) ความพิการทางกายภาพ
- (9) รสนิยมทางเพศ
- (10) การเคลื่อนไหวด้านสหภาพแรงงาน

²⁰⁵ Statutory Rules 1989 No.407 of Human Rights and Equal Opportunity Commission Regulations.

(11) ผู้ที่คบค้าสมาคมกับบุคคลข้างต้น

3.2.3.3 Northern Territory of Australia Anty-discrimination Act 1999²⁰⁶

1) วัตถุประสงค์

(1) เพื่อส่งเสริมให้เข้าใจและยอมรับในหลักการแห่งความเสมอภาคเท่าเทียมกันของบุคคลโดยไม่คำนึงถึงคุณลักษณะใดๆ

(2) เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอันเนื่องมาจากเหตุเพราะความแตกต่างของบุคคลหรือกลุ่มบุคคล

(3) เพื่อขจัดภัยอันตรายใดๆ อันเป็นภัยคุกคามทางเพศ

พระราชบัญญัตินี้ได้สนับสนุนให้พลเมืองทุกคนมีโอกาสแห่งความเท่าเทียมกัน โดยให้ความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดและการกระทำใดๆ เป็นภัยคุกคามทางเพศ อีกทั้งยังจะช่วยให้ผู้ที่กระทำอันเป็นการผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วย

2) ความหมายของการเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติตามความหมายของพระราชบัญญัตินี้ให้มีความหมายถึงกรณีดังต่อไปนี้²⁰⁷

(1) ความแตกต่างใดๆ การจำกัด การกีดกัน หรือการเลือกที่กระทำใดๆ อันมีพื้นฐานเป็นการก่อให้เกิดโอกาสแห่งความเสมอภาคของบุคคลถูกทำให้เสื่อมค่าลง

(2) ภัยคุกคามต่อคุณลักษณะใดๆ ตามที่กฎหมายนี้ได้ให้ความคุ้มครองไว้

3) ความหมายของผู้ที่มีประวัติอาชญากรรม

ตามพระราชบัญญัตินี้ได้ให้ความหมายของคำว่าผู้ที่มีประวัติอาชญากรรมให้หมายรวมถึง ผู้ที่มีสถิติบันทึกเกี่ยวกับการถูกจับกุม หรือผู้ที่ถูกดำเนินคดีอาญาซึ่งรวมไปถึงกรณีที่มีสถิติเกี่ยวกับเรื่อง เช่น ยกฟ้อง ถอนฟ้อง ถูกปล่อย อภัยโทษ เป็นต้น

4) รูปแบบ

ในหมวดที่ 3 (Part 3-Discrimination) Section 19 ได้บัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติใดๆ ต่อบุคคลเพราะเหตุเนื่องมาจากความแตกต่างในเรื่องต่างๆ ไว้หลายประการ ดังนี้

(1) เชื้อชาติ

(2) เพศ

²⁰⁶ As in force at 18 June 1999.

²⁰⁷ Section 20 (1) of Northern Territory of Australia Anti-discrimination Act 1966.

- (3) ลักษณะทางเพศ
- (4) อายุ
- (5) สถานภาพการสมรส
- (6) อายุ
- (7) การตั้งครรภ์
- (8) สถานภาพทางครอบครัว
- (9) ความพิการ
- (10) ประวัติทางอาชญากรรม
- (11) ผู้ที่คบค้าสมาคมกับบุคคลดังที่ได้กล่าวมา

5) ขอบเขต

ตามพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุต่างๆ ดังกล่าวมาแล้วในรูปแบบดังนี้²⁰⁸

- (1) ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในเรื่องการศึกษา
- (2) ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในเรื่องการทำงาน
- (3) ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในเรื่องสถานที่อยู่ที่พัก
- (4) ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในเรื่องสินค้า บริการและสิ่งอำนวยความสะดวก
- (5) ห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในเรื่องหลักประกันและเงินบำเหน็จบำนาญ

6) ความหมายของคำว่า “การทำงาน”

ตามพระราชบัญญัตินี้ได้ให้นิยามคำว่า การทำงาน ไว้หลายประการซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

- (1) ในความสัมพันธ์ของการทำงานให้รวมถึงงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ งานประจำ งานนอกเวลา งานที่มีลักษณะการทำงานไม่แน่นอน งานที่อาศัยระยะเวลาาน งานชั่วคราว
- (2) การทำงานภายใต้สัญญาเพื่องานบริการ
- (3) เงินตอบแทนทั้งปวงหรือในส่วนบนพื้นฐานที่ได้รับมอบหมาย
- (4) ภายใต้การแต่งตั้งตามกฎหมาย
- (5) ภายใต้หลักสูตรการแนะแนว หลักสูตรการอบรมในวันหยุด หรืออาชีพที่เกี่ยวข้องกับการฝึกอบรมใดๆ

²⁰⁸ Section 28 (Areas of Activities) of Northern Territory of Australia Anti-discrimination Act 1966.

7) การห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในการทำงาน

การห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในการทำงานเพราะเหตุแห่งความแตกต่างของบุคคลได้กล่าวไว้ในหมวดที่ 4 ตามส่วนที่ 3 : การทำงาน

มาตรา 31 กล่าวถึงเรื่องการเลือกปฏิบัติในส่วนของการทำงาน (Discrimination in Work Area)²⁰⁹

(1) บุคคลที่จะไม่เลือกปฏิบัติ

- 1) ในการตัดสินใจเสนองาน
- 2) ในเงื่อนไขและสภาพของการทำงานที่ถูกเสนอ
- 3) ปฏิเสธการจ้างงาน
- 4) ปฏิเสธที่จะอนุญาตให้ทำงานผ่านทางหลักสูตรให้การแนะแนว หลักสูตรการฝึกอาชีพ หรือหลักสูตรการฝึกอาชีพอื่นใด

5) ในการพัฒนาโอกาสหรือลำดับตามหลักสูตรต่างๆ

(2) ในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) การเปลี่ยนแปลงใดๆ ของเงื่อนไขและสภาพของการทำงาน
- 2) จะไม่ถูกปฏิเสธหรือจำกัดโอกาสในการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง โยกย้าย ฝึกงาน หรือประโยชน์อื่นใดที่ลูกจ้างจะได้รับ

3) ปลดคนงาน

4) การปฏิบัติต่อคนงานน้อยกว่าที่เขาควรจะได้รับ

(3) บุคคลจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อคนงานเนื่องมาจากความเชื่อหรือพฤติกรรมที่แตกต่างทางศาสนา โดยปฏิเสธไม่ให้คนงานปฏิบัติหน้าที่ทางศาสนาในเวลาทำงาน

8) ข้อยกเว้น

ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติวางหลักให้บุคคลสามารถเลือกปฏิบัติในการทำงานได้ กล่าวคือ ถ้าเหตุผลนั้นเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังต่อไปนี้²¹⁰

(1) ถ้ามีเหตุผลอันสมควรต่อเงื่อนไขและสภาพและคุณลักษณะของบุคคลนั้นมีลักษณะเป็นการจำกัดซึ่งความสามารถในการทำงาน

(2) ถ้าการเลือกปฏิบัติอยู่บนพื้นฐานของคุณสมบัติที่แท้จริงของการทำงานซึ่งบุคคลอื่นมีอยู่เต็มตามประสงค์แล้ว

²⁰⁹ Section 31 of Northern Territory of Australia Anti-discrimination Act 1966.

²¹⁰ Section 31 of Northern Territory of Australia Anti-discrimination Act 1966.

(3) ถ้าบุคคลนั้นไม่มีความสามารถอันเพียงพอตามความต้องการของงานที่ต้องอาศัยความชำนาญพิเศษ

(4) ถ้าการทำงานนั้นเป็นการทำงานภายในบ้านพักหรือที่อยู่อาศัยของผู้ว่าจ้าง เช่น งานบ้าน หรืองานรับเลี้ยงเด็กตามบ้าน เป็นต้น

3.2.4 ประเทศไทย

ระบบข้าราชการพลเรือนของไทยในปัจจุบันตั้งอยู่บนรากฐานของหลักคุณธรรม ซึ่งเป็นผลแห่งการปฏิรูปเมื่อ พ.ศ.2471 ก่อนนั้นกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ มีอิสระในการบริหารงานบุคคลในสังกัด โดยไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดมาตรฐานคุณสมบัติและไม่มี การควบคุมจากส่วนกลาง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของรัฐ จึงเป็นไปในรูปของระบบอุปถัมภ์ การถือพรรคถือพวก โดยมีผู้มีอำนาจชักจูงฝากฝังญาติพี่น้อง และพวกของตนให้เข้าดำรงตำแหน่งต่างๆ โดยไม่คำนึงถึงความรู้ความสามารถของบุคคลเหล่านั้น การจัดระบบข้าราชการพลเรือนใหม่กระทำโดยออกเป็นพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2471 เป็นฉบับแรก ซึ่งได้มีการกำหนดหลักการและเหตุผลในการวางระเบียบข้าราชการพลเรือนไว้อย่างชัดเจนว่า เพื่อสรรหาผู้มีความรู้และความสามารถเข้ารับราชการเป็นอาชีพ โดยมีการจัดระเบียบข้าราชการพลเรือนตามระบบคุณธรรมและเป็นระบบเดียวกันทั้งหมด ภายใต้การควบคุมจากองค์กรกลาง ให้ข้าราชการพลเรือนมีลักษณะเป็นข้าราชการประจำ โดยให้หลักประกันความมั่นคงในราชการ มีการเลือกสรรบุคคลเข้ารับราชการ โดยถือเกณฑ์ความรู้ความสามารถ และให้มีกรมการรักษาระบบระเบียบข้าราชการพลเรือนเป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคล

ทั้งนี้ กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน ได้มีการปรับปรุงแก้ไขมาตลอด ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2476 จนถึงปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตามในส่วนของการกำหนดลักษณะต้องห้ามของบุคคลในการสมัครเข้ารับราชการนั้น ก็ยังคงกำหนดลักษณะต้องห้ามของบุคคลผู้เคยต้องโทษโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในการเข้ารับราชการมาโดยตลอดเช่นกัน เพียงแต่เปลี่ยนลักษณะของข้อความเพียงบ้าง ได้แก่ “ผู้สมัครเข้าเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญต้องสอบแข่งขัน สอบคัดเลือก หรือคัดเลือก และต้องมีคุณสมบัติดังนี้...(10) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดที่เป็นลหุโทษ หรือความผิดที่มีกำหนดโทษชั้นลหุโทษ หรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท” “ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องมีคุณสมบัติทั่วไปดังต่อไปนี้...(10) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เพราะกระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ” กระทั่งถึงปัจจุบันพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 บัญญัติว่า

มาตรา 36 ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องมีคุณสมบัติทั่วไปและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

ข. ลักษณะต้องห้าม

(7) เป็นผู้เคยต้องรับ โทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนซึ่งมีลักษณะต้องห้าม ข. (4) (6) (7) (8) (9) (10) หรือ (11) ก.พ.อาจพิจารณาขเว้นให้เข้ารับราชการได้ แต่ถ้าเป็นกรณีมีลักษณะต้องห้ามตาม (8) (9) ผู้นั้นต้องออกจากงานหรือออกจากราชการไปเกินสองปีแล้ว และในกรณีมีลักษณะต้องห้ามตาม (10) ผู้นั้นต้องออกจากงานหรือหรือออกจากราชการไปเกินสามปีแล้ว และต้องมีไม่ใช่เป็นกรณีออกจากงานหรือออกจากราชการเพราะทุจริตต่อหน้าที่ มติของ ก.พ. ในการขเว้นดังกล่าวต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม การลงมติให้กระทำโดยลับ

การจำกัดสิทธิผู้เคยต้องรับ โทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในการรับราชการ นอกจากถูกจำกัดสิทธิตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ตามมาตรา 36 ข. (7) แล้ว ยังมีการถูกจำกัดสิทธิตามข้อขเว้นการจำกัดสิทธิในการล้างมลทินของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามพระราชบัญญัติล้างมลทิน เนื่องจากพระราชบัญญัติล้างมลทินให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ต้องโทษในกรณีความผิดต่าง ๆ โดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้น ๆ ²¹¹ และให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ถูกลงโทษทางวินัยโดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษหรือลงทัณฑ์ทางวินัย²¹² แต่อย่างไรก็ตามการล้างมลทินไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ได้รับการล้างมลทินในอันที่จะเรียกร้องสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น²¹³

ในทางปฏิบัติพระราชบัญญัติล้างมลทิน นั้นไม่ถือว่าบุคคลนั้นเคยถูกลงโทษมาก่อน แต่มีอาจลบล้างว่าบุคคลนั้นไม่เคยประพฤติเสื่อมเสียหรือประพฤติที่ขาดคุณธรรม ดังนั้น การกำหนดคุณลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือน เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญานั้น เมื่อได้รับการล้างมลทินก็จะไม่ถือว่าบุคคลนั้นเคยถูกลงโทษจำคุกมาก่อน แต่ก็ยังถือว่าบุคคลนั้นยังขาดคุณสมบัติอยู่ ตามลักษณะ

²¹¹พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550 มาตรา 5

²¹²พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550 มาตรา 6

²¹³พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550 มาตรา 7

ต้องห้ามเป็นผู้บงการหรือในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคม ซึ่งศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยเป็นแนวทางเดียวกันมาโดยตลอดถือว่า มีผลเพียงให้ถือว่าผู้ต้องโทษไม่เคยถูกลงโทษจำคุกเท่านั้น มิได้มีผลถึงกับให้ถือว่าความประพฤติหรือการกระทำอันเป็นเหตุให้บุคคลผู้นั้นถูกลงโทษลบล้างไปด้วย²¹⁴ ศาลฎีกาเห็นว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้นๆ ย่อมหมายความว่าผู้ต้องโทษไม่เคยถูกลงโทษเท่านั้น ส่วนความประพฤติหรือการกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลนั้นต้องโทษหาได้ถูกลงล้างไปด้วยไม่ เพราะความประพฤติหรือการกระทำที่เกิดขึ้นแล้วไม่อาจล้างมลทินให้หมดไปได้²¹⁵ ผู้ที่ถูกลงโทษทางวินัยไม่เคยถูกลงโทษทางวินัยเท่านั้น ส่วนความประพฤติหรือการกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลนั้นถูกลงโทษทางวินัยหาได้ถูกลงล้างไปด้วยไม่ เพราะความประพฤติหรือการกระทำที่เกิดขึ้นแล้วไม่อาจล้างมลทินให้หมดไปได้²¹⁶ กฎหมายถือว่าเป็นผู้ไม่เคยถูกลงโทษกรณีความผิดนั้น แต่การล้างมลทินดังกล่าวมีผลเฉพาะมลทินตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น พฤติกรรมการกระทำเป็นเจ้ามือหรือเจ้าสำนักเล่นการพนัน สลากกินรวบนั้น เป็นผู้เสื่อมเสียในทางศีลธรรม²¹⁷ ผลแห่งบทบัญญัติดังกล่าวจึงมีเพียงให้ลบล้างโทษทางวินัยเท่านั้น หาได้มีผลเป็นการลบล้างการกระทำผิดวินัยตามความเป็นจริงที่ได้กระทำให้หมดสิ้นไปด้วยไม่²¹⁸ มีผลเป็นเพียงการล้างโทษเพื่อไม่ให้มีมลทินติดตัวต่อไป แต่การกระทำหรือความประพฤติที่เป็นเหตุให้ผู้นั้นถูกลงโทษดังกล่าวมิได้ถูกลงล้างไปด้วย²¹⁹ โดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษหรือลงทัณฑ์ทางวินัยในกรณีนั้น ๆ ซึ่งเป็นการล้างเฉพาะโทษเท่านั้น ไม่รวมถึงการล้างการกระทำแต่อย่างใด²²⁰

²¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 483/2543

²¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3295/2541

²¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 694/2539

²¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 657/2541

²¹⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.7/2546

²¹⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 634/2555

²²⁰ สำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1011/159

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุก ในการรับราชการพลเรือนสามัญ และแนวทางแก้ไขปัญหา

เนื้อหาในบทนี้จะกล่าวถึงปัญหาของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ในการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญาในการรับราชการ ซึ่งจะเป็นการยกข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และวิเคราะห์ไปในคราวเดียวกัน โดยจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการทำงาน กฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาของต่างประเทศพร้อมทั้งหาแนวทางแก้ไขในมาตรการทางกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม

4.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่เป็น การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง

ประเทศที่ปกครองโดยระบบนิติรัฐนั้น รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กฎหมายอื่น จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ วิธีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเรื่องต่างๆ ของประชาชนจะกระทำโดยการรับรองสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญจะระบุไว้ว่าสิทธิ เสรีภาพของประชาชนในเรื่องนั้นๆ รัฐสามารถจะก้าวล่วงได้หรือไม่ มากน้อยเพียงใดและโดย วิธีการอย่างไร

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รับรองสิทธิและเสรีภาพในการ ประกอบอาชีพไว้ในมาตรา 43 ดังนี้

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดย เสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การ คุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษา

ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

ส่วนวิธีการในการจัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้น สามารถกระทำได้โดยวิธีการตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 บัญญัติไว้ คือ

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวของรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้เป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองแก่ประชาชน อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่ารัฐไม่สามารถจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนได้เลย รัฐธรรมนูญยังคงให้อำนาจรัฐในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนได้ โดยต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและวิธีการที่ระบุไว้ในมาตรา 29 คือต้องตราเป็นกฎหมายและต้องเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 อันเป็นเงื่อนไขพิเศษเท่านั้น วัตถุประสงค์เพื่อ

- 1) ประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ
- 2) การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขปลอดภัย
- 3) การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- 4) การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ
- 5) การคุ้มครองผู้บริโภค
- 6) การผังเมือง
- 7) การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน
- 8) ป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

นอกจากกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ข้อใดข้อหนึ่งที่กล่าวมาแล้วนี้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพยังต้องกระทำเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ อีกทั้งกฎหมายดังกล่าวต้องมีผลใช้

บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

การรับราชการเป็นอาชีพอย่างหนึ่งที่บุคคลที่เป็นข้าราชการประกอบกรงานนี้เพื่อให้มี รายได้สำหรับเป็นค่าใช้จ่ายในการดำรงชีพ สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในการที่จะเข้ารับราชการ จึงเป็นสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 43 ให้ความคุ้มครองด้วย

การที่บุคคลใดจะเข้ารับราชการนั้น ต้องปฏิบัติตามกระบวนการในการเลือกสรรบุคคล เข้ารับราชการ โดยการตรวจสอบคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้ามและการทดสอบความรู้ความสามารถ ซึ่งเราเรียกบุคคลที่ผ่านกระบวนการเลือกสรรและได้รับการบรรจุแต่งตั้งในตำแหน่งที่กฎหมาย กำหนดว่า “ข้าราชการ” ส่วนกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้ามของ บุคคลที่เป็นข้าราชการ และกระบวนการต่างๆ ในการบริหารงานบุคคล ตั้งแต่การเลือกสรรบุคคล เข้าไปรับราชการ การบรรจุแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่างๆ การลงโทษทางวินัย ตลอดจนการพ้นจาก ราชการนั้น เป็นไปตามกฎหมายของหน่วยงานนั้นๆ สำหรับมีกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้าราชการ พลเรือน ซึ่งเป็นข้าราชการกลุ่มใหญ่ที่สุดคือพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ซึ่งนอกจากใช้บังคับกับข้าราชการพลเรือนแล้ว ยังเป็นแม่แบบให้แก่กฎหมายที่ใช้ในการ บริหารงานบุคคลของข้าราชการกลุ่มอื่นๆ และรัฐวิสาหกิจ และเป็นกฎหมายกลางที่กฎหมายการ บริหารงานบุคคลของข้าราชการกลุ่มอื่นนำไปใช้ในกรณีที่มิได้บัญญัติกฎหมายในเรื่องนั้นไว้ โดยเฉพาะอีกด้วย

ส่วนที่เกี่ยวกับการรับบุคคลเข้าเป็นข้าราชการนั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ พลเรือน พ.ศ.2551 บัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา 36 ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะ ต้องห้าม ดังต่อไปนี้

ข. ลักษณะต้องห้าม

(7) เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิด ทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ผู้ที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดและ ลงโทษจำคุก ยกเว้นเป็นการกระทำโดยประมาทหรือเป็นความผิดลหุโทษ เป็นผู้ที่พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ห้ามมิให้ประกอบอาชีพรับราชการ พระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการพลเรือน จึงเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพรับราชการ ซึ่งเมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

ของบุคคลไว้ในมาตรา 29 และ 43 การตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 จึงต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวของรัฐธรรมนูญด้วย

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ในแง่รูปแบบแล้ว พบว่ามีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ด้วย โดยระบุไว้ได้ ชื่อกฎหมาย ต่อจากข้อความ “พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับระเบียบข้าราชการพลเรือน” ว่า “พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งมาตรา 29 ประกอบมาตรา 31 มาตรา 33 มาตรา 43 และมาตรา 64 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

ดังนั้น ในแง่ของรูปแบบแล้ว พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จึงเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 29 บัญญัติไว้ คือเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาในการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ตราขึ้น โดยองค์บัญญัติและระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย

สำหรับแง่ของเนื้อหานั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง หมายความว่าเนื้อหาสาระกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับทุกคนที่ประสงค์จะรับราชการ โดยไม่มีข้อยกเว้นให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน มาตรา 36 ข. (7) เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 43 ระบุไว้หรือไม่

รัฐธรรมนูญอนุญาตให้รัฐจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลได้หากเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ประการใดประการหนึ่งใน 8 ประการ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 43 คือ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้ระบุว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของบุคคลนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการข้อใดใน 8 ประการดังกล่าวข้างต้น โดยอ้างเพียงว่ารัฐธรรมนูญมาตรา 43 ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้เท่านั้น อีกทั้งวัตถุประสงค์แต่ละข้อใน 8 ข้อนั้น มีความแตกต่างกันมากจน

ไม่อาจเป็นไปได้ที่เรื่องใดเรื่องหนึ่งจะมีวัตถุประสงค์เพื่อทุกข้อร่วมกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่า การระบุ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายในกรณีนี้จึงขาดความชัดเจน ไม่ได้ให้ เหตุผลเพียงพอที่จะทำให้ผู้อ่านทราบได้ว่า กฎหมายฉบับนั้นมีวัตถุประสงค์อย่างไรในเรื่องที่ได้ จำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น มีความจำเป็นอย่างไรจึงต้องมีการจำกัดเสรีภาพตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังกล่าวนั้น และการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวนี้จะช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้น ได้อย่างไร หรือก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมส่วนรวมอย่างไร

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเนื้อหาของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) ว่าน่าจะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ข้อใดแล้ว เห็นว่า หากพิจารณาโดยตัดข้อที่ไม่ น่าจะมีความเกี่ยวข้องออกไปแล้ว จะพบว่าในบรรดาวัตถุประสงค์ของการจำกัดเสรีภาพการ ประกอบอาชีพหรืออีกนัยหนึ่งคือการจำกัดสิทธิในการรับราชการ 8 ข้อ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 นั้น มีข้อที่น่าเป็นวัตถุประสงค์หรือเหตุผลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวมากกว่าข้ออื่น คือการ จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน ทั้งนี้ เพราะวัตถุประสงค์ในข้ออื่นๆ คือ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การจัดระเบียบการประกอบ อาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพ ของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน นั้น ไม่น่าจะมีความ เกี่ยวข้องกับการห้ามไม่ให้ผู้ที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาของศาลประกอบอาชีพรับ ราชการ สำหรับข้อที่อาจมีความใกล้เคียงคือ เพื่อการจัดระเบียบในการประกอบอาชีพนั้น เห็นว่า กฎหมายที่จัดระเบียบในการประกอบอาชีพนั้น หมายถึง กฎหมายที่องค์กรวิชาชีพต่าง ๆ เช่น แพทย์ พยาบาล วิศวกร สถาปนิก ทนายความ เป็นต้น ใช้ในการควบคุมดูแลผู้ประกอบการวิชาชีพนั้นๆ ส่วนข้าราชการนั้น บางส่วนไม่ใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพใดๆ เป็นแต่เพียงผู้ประกอบการ เท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าวัตถุประสงค์ที่องค์กรนิติบัญญัติใช้เป็นเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) ซึ่งจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของ บุคคล คือ เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า การที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะองค์กรนิติบัญญัติตรา กฎหมายจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 43 โดยไม่ได้ระบุว่าเป็นกรณีตามวัตถุประสงค์เรื่องใดของมาตรา 43 นั้น เป็นการระบุที่ยังไม่มีความ ชัดเจน ซึ่งผู้เขียนได้อนุมานเองว่าน่าจะเป็นการอ้างว่ามีอำนาจจำกัดสิทธิเพราะเป็นการรักษาความ สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเป็นกรณีที่มีความใกล้เคียงที่สุดเมื่อเทียบกับ วัตถุประสงค์ข้ออื่นๆ และเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของ

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ที่ต้องการให้ระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย

4.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายถึง มาตรฐานทางศีลธรรมและจริยธรรมซึ่งนิยามกันอยู่ในสังคมหนึ่งๆ ไม่ว่าจะโดยการนับถือเป็นจารีตประเพณีจนมีแรงกดดันจากสังคม หรือโดยการบังคับใช้ผ่านกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นปทัสฐานหรือแนวที่สมาชิกในสังคมพึงปฏิบัติ

ศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความเหมาะสม ขึ้นอยู่กับว่าสังคมมองว่าอะไรคือความไม่เหมาะสม กรอบแห่งศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงมีความเปลี่ยนแปลงไปทุกยุคทุกสมัย บางทีก็เปิดกว้างขึ้น บางทีก็หดแคบลงมา

หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นหลักกฎหมายที่กำหนดข้อจำกัดในการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ เรื่องใดที่บังคับหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายก็ไม่อนุญาตให้กระทำเรื่องนั้น หากฝ่าฝืนกระทำให้การที่กระทำไปนั้นก็ เป็น โฆษะ หรือ ไม่มีผลบังคับ หลักดังกล่าวมีความหมายกว้างและเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมและกาลสมัย โดยหลักแล้วจึงเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจว่าเรื่องนั้นเป็นเรื่องขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและความเป็นธรรม

ในอดีตนั้นกฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำเป็นความผิดอาญา ซึ่งมีโทษจำคุกอาจมีไม่มากนัก โดยหลักแล้วได้แก่ประมวลกฎหมายอาญา แต่ในปัจจุบันมีการบัญญัติกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดให้การกระทำที่มีได้มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง เป็นความผิดที่มีโทษถึงจำคุก หรือที่เรียกว่า เป็นกฎหมายเทคนิค เนื่องจากความซับซ้อนของสังคมจึงทำให้จำเป็นต้องตรากฎหมายในลักษณะนี้ขึ้นมาเพื่อรักษาความเป็นระเบียบของสังคม เช่น ในปัจจุบันจึงมีกฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษจำคุก เป็นจำนวนมากและมีคนเป็นจำนวนมากที่กระทำความผิดที่มีโทษจำคุก

ในสภาพสังคมปัจจุบันที่มีความซับซ้อนมากขึ้น และมีกฎหมายบัญญัติการกระทำเป็นความผิดอาญามากขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม การที่สังคมมองว่าผู้ที่กระทำความผิดอาญาทุกกรณีเป็นผู้ที่มีจิตใจชั่วร้าย และไม่สมควรประกอบอาชีพใดๆ โดยมีกฎหมายขององค์กรวิชาชีพต่างๆ หลายฉบับที่ห้ามผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาประกอบอาชีพนั้นๆ ตลอดจนกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลต่างๆ ขององค์กรภาครัฐต่างๆ ก็ห้าม

ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษารับราชการ จึงทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่สามารถประกอบอาชีพที่เหมาะสมกับความรู้ ความสามารถได้

ในยุคที่การบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การกระทำที่ไม่ใช่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองให้เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติและมีโทษอาญายังมีไม่มากนัก สังคมอาจมองว่าการกระทำผิดที่มีโทษอาญาถึงจำคุกนั้นเป็นเรื่องร้ายแรง เพราะล้วนเป็นเรื่องที่เห็นได้ชัดเจนว่าผู้กระทำผิดมีความชั่วร้าย เช่น มาผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ลักทรัพย์ ปล้นทรัพย์ เป็นต้น ซึ่งกำหนดเป็นข้อห้ามไม่ให้บุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกนี้ห้ามประกอบอาชีพแทบทุกอาชีพที่มีกฎหมายควบคุม โดยอาจมองว่าเป็นเรื่องที่จำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบันที่การบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การกระทำที่ไม่ใช่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองให้เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ และมีโทษอาญามีอยู่เป็นจำนวนมากนั้น ควรต้องมีการพิจารณาทบทวนกันใหม่ว่า การที่บุคคลต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษานั้น เป็นกรณีที่มีความร้ายแรงจนถึงขั้นที่ควรจะจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ เช่น การรับราชการทุกกรณีหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัจจุบันเป็นที่ทราบกันดีว่าความผิดเกี่ยวกับการเสพยาเสพติด หรือการแบ่งการเสพในกลุ่มผู้เสพซึ่งกฎหมายจัดว่าเป็นการจำหน่ายนั้น (เป็นกรณีที่มีความแตกต่างจากการจำหน่ายเพื่อหวังเงินตอบแทน หรือที่เรียกว่าการขาย) ผู้กระทำความผิดอาจไม่ใช่ผู้ที่มีความชั่วร้าย โดยเพียงแต่เป็นผู้ที่อ่อนแอต่อโลกหรือมีสภาพจิตใจที่ไม่เข้มแข็งพอหรืออยู่ในสภาพแวดล้อมที่ส่งผลให้เป็นเช่นนั้นและในปัจจุบันสังคมเรามีผู้กระทำความผิดอาญาและต้องได้รับโทษจำคุกเป็นจำนวนไม่น้อย หากคนเหล่านี้ไม่สามารถประกอบอาชีพได้ แม้ผ่านการลงโทษและกระบวนการฟื้นฟูบำบัดแล้ว ก็จะเป็นภาระแก่สังคมและครอบครัวที่ต้องดูแลผู้ที่ไม่มีความทำงาน ซึ่งตามสถิติผู้ต้องหาราชทัณฑ์ทั่วประเทศ ณ วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2556 นั้นปรากฏว่า นักโทษเด็ดขาดนั้นเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดหรือสารระเหยสูงถึง ร้อยละ 62.16

โดยหลักแล้ว เมื่อสภาพสังคมมีความเปลี่ยนแปลงไป การวินิจฉัยว่าการกระทำอย่างไรเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย ย่อมต้องเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมด้วย การกระทำผิดบางอย่างแม้มีโทษถึงจำคุกแต่ก็เป็นไปเพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบของสังคมเท่านั้น ไม่ได้สะท้อนให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดมีสภาพจิตใจชั่วร้าย ถึงขนาดที่ควรจะจำกัดสิทธิการประกอบอาชีพ อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่ารัฐไม่ควรมีอำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพโดยอ้างเหตุผลในเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยได้เลย เพราะในบางกรณีแม้เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติซึ่งอาจมองได้ว่าไม่ได้เกิดจากการที่ผู้กระทำมีสภาพจิตใจที่ชั่วร้าย แต่การกระทำดังกล่าวก็ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อสังคมหรือก่อให้เกิดความเสียหายในวงกว้าง ผู้กระทำจึงควรได้รับการลงโทษหรือถูกจำกัดสิทธิเช่นกัน แต่การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยอ้างเหตุผล

ในเรื่องเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นต้องมีความชัดเจนว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นๆ ของบุคคลจะส่งผลดีต่อสังคมอย่างไร และต้องสอดคล้องกับสภาพสังคมในแต่ละยุคสมัยด้วย ดังนั้น ในยุคปัจจุบันนี้ การที่บุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาที่พ้นโทษมาเป็นระยะเวลาพอสมควรแล้วจะรับราชการอาจไม่ใช่เรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกต่อไป

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกามีพัฒนาการทางด้านความคิดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิผู้ที่มีประวัติอาชญากรรมไปในทิศทางที่พยายามจะไม่จำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพของบุคคลดังกล่าว โดยแต่เดิมนั้นกฎหมายห้ามมิให้มีการจ้างผู้ที่มีประวัติอาชญากรรมซึ่งพ้นโทษแล้วเข้าทำงานในหน่วยงานราชการทั้งในส่วนของรัฐบาลกลางและส่วนราชการของมลรัฐ ต่อมาจึงเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงโดยศาลได้สร้างหลักไว้ว่า จะต้องไม่มีผู้ใดถูกปฏิเสธการจ้างงานจากรัฐเพราะเหตุปัจจัยต่างๆ ที่ไม่เกี่ยวเนื่องหรือมีความสัมพันธ์กับหน้าที่ความรับผิดชอบ โดยศาลให้เหตุผลว่าการกำหนดคุณสมบัติในการสมัครเข้าทำงานราชการนั้น ควรหลีกเลี่ยงการกำหนดข้อจำกัดสิทธิของประชาชนให้มากที่สุด กฎเกณฑ์ในการจำกัดสิทธินั้นต้องมีเหตุผลอันรับฟังได้ การที่รัฐออกระเบียบกฎหมายห้ามรับผู้ที่เคยกระทำความผิดเข้าทำงานทั้งหมด โดยไม่พิจารณาถึงผลกระทบที่สำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เขาเคยกระทำกับคุณสมบัติในตำแหน่งหน้าที่การงานนั้น กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงฝ่าฝืนต่อหลักการคุ้มครองความเสมอภาคของบุคคลด้วย และได้พิพากษายกเลิกกฎหมายนั้น ส่งผลให้มลรัฐต่างๆ เช่น มลรัฐฮาวาย มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ได้มีการบัญญัติกฎหมายว่าห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้พ้นโทษ และอีกหลายมลรัฐแม้ไม่มีบัญญัติกฎหมายเช่นนั้นโดยตรง แต่ก็มีการบัญญัติว่าห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุเพราะความแตกต่างด้านสถานะอื่นๆ ซึ่งต้องตีความให้ความหมายครอบคลุมไปถึงสถานะของการเป็นผู้มีประวัติอาชญากรรม หรืออีกนัยหนึ่งการเป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาของศาลด้วย ส่วนมลรัฐอิลลินอย ซึ่งเดิมมีระเบียบที่จำกัดสิทธิในการขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพแก่ผู้ที่มีประวัติอาชญากรรม ก็ได้มีการยกเลิกระเบียบดังกล่าว มลรัฐฟลอริดาก็ได้มีการวางระเบียบสำหรับการตัดสิทธิผู้ที่มีประวัติอาชญากรรมในการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ โดยใช้หลักความสัมพันธ์โดยตรงเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา

นอกจากนี้ Law of Correction ยังได้บัญญัติรับรองสิทธิของผู้ที่พ้นโทษแล้วว่าบุคคลเหล่านี้มีสิทธิในการทำงาน สิทธิในการขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพต่างๆ

สำหรับในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน กฎหมายว่าด้วยสถานภาพข้าราชการและกฎหมายข้าราชการแห่งสหพันธ์บัญญัติให้ข้าราชการที่ถูกศาลพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก 1 ปีขึ้นไป ในความผิดที่ได้กระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนต้องสูญเสียสิทธิในการเป็นข้าราชการ โดยรวม

ถึงการรอลงอาญา และในกรณีที่เป็นกรณีก่อทำความผิดหลายกรรมให้นับรวมโทษทุกกรรมเข้าด้วยกัน

อย่างไรก็ตาม สำหรับความผิดฐานรับสินบน ทำลายความสงบสุข ชัดขึ้นอำนาจปกครองและเป็นอันตรายต่อนิติรัฐ เป็นกบฏต่อแผ่นดิน เป็นอันตรายต่อความมั่นคงภายนอก แม้ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกเพียง 6 เดือน ผู้กระทำความผิดก็สูญเสียสิทธิในการเป็นข้าราชการ

เมื่อศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดดังที่กล่าวมานี้ สถานภาพการเป็นข้าราชการของบุคคลนั้นย่อมสิ้นสุดลง

ส่วนประเทศออสเตรเลียได้มีกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะสาเหตุมีประวัติอาชญากร และได้มีการตั้งคณะกรรมการที่มีชื่อว่า Human Rights and Equal Opportunity Commission เพื่อคุ้มครองพลเมืองชาวออสเตรเลียให้มีสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเสมอภาคกัน และมีการวางหลักให้บุคคลสามารถเลือกปฏิบัติในการทำงานได้ ในกรณีบุคคลนั้นไม่มีความสามารถอันเพียงพอตามความต้องการของงานที่ต้องอาศัยความชำนาญ หรือลักษณะเงื่อนไข สภาพของบุคคลมีข้อจำกัดด้านความสามารถในการทำงานเท่านั้น

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลบางคนนั้นเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยผู้อื่น หรืออีกนัยหนึ่งเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือแม้แต่กรณีที่เป็นกรณีก่ออาชญากรรมตามมิใช่ระดับของวิชาชีพ บางอาชีพก็ต้องมีการจำกัดสิทธิบุคคลบางคนไม่ให้ประกอบอาชีพนั้น เช่น การห้ามไม่ให้ผู้ที่ไม่มีใบขับขี่รถยนต์สาธารณะขับรถสาธารณะ การกำหนดให้การขายยาต้องได้รับอนุญาตจึงจะเปิดร้านขายยาได้ เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้ผู้อื่นที่เกี่ยวข้องได้รับความปลอดภัยในการรับบริการในเรื่องนั้น ซึ่งการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพต่างๆ นั้นควรมีความแตกต่างกันไปตามความเหมาะสมในแต่ละอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพในการรับราชการของบุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษานั้นก็เช่นกัน ควรต้องพิจารณาถึงประเภทตำแหน่งความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบหรือลักษณะงานของตำแหน่งนั้น ระยะเวลาที่ผ่านมา หลังจากพ้นโทษและการกระทำผิดซ้ำ หากพิจารณาเช่นนี้ ผู้เคยต้องโทษจำคุกอาจไม่ถูกจำกัดสิทธิในการรับราชการในทุกตำแหน่ง โดยอาจถูกปฏิเสธไม่ให้เข้ารับราชการในบางตำแหน่งเท่านั้น จึงจะนับว่ามีความเหมาะสมและเป็นกรณีก่ออาชญากรรมที่จำเป็น พอสมควรแก่เหตุและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนกำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้บุคคลที่เคยต้องรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาเข้ารับราชการโดยเด็ดขาด ยกเว้นไว้เฉพาะกรณีที่เป็นกรณีก่อ

โดยประมาทหรือลหุโทษเท่านั้น โดยไม่มีการพิจารณาถึงประเภทตำแหน่งและความสัมพันธ์ระหว่างความคิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบหรือลักษณะงานของตำแหน่งนั้น ระยะเวลาที่ผ่านมา หลังจากพ้นโทษและการกระทำผิดซ้ำจึงเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่เกินกว่าความจำเป็นเพราะการห้ามรับราชการในตำแหน่งที่มีความสัมพันธ์กับความผิดที่กระทำก็เป็นการเพียงพอที่จะป้องกันไม่ให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษามีโอกาสกระทำความผิดได้แล้ว

4.3 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 บัญญัติรับรองไว้ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 วรรคหนึ่ง ข. (7) เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่กระทำเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้หรือไม่

การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้น มีความหมายว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งประกอบด้วย หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

การที่จะพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของบุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 วรรคหนึ่ง ข. (7) เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่กระทำเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้หรือไม่นั้น จำเป็นต้องทราบถึงวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิเสรีภาพเสียก่อน

ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วว่า การที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ห้ามมิให้บุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษารับราชการนั้น น่าจะมีวัตถุประสงค์หรือเหตุผลเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 43 อนุญาตให้รัฐใช้เป็นเหตุผลในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ ดังนั้น ในการพิจารณาว่ามาตรการหรือวิธีการในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนี้เป็นการกระทำเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้หรือไม่ ก็จะต้องพิจารณาตามวัตถุประสงค์หรือเหตุผลเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนี้

1. การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของบุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 วรรคหนึ่ง ข. (7) เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่สอดคล้องหรือเป็นไปตามหลักความเหมาะสมหรือไม่

หลักความเหมาะสม หมายถึง มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ เมื่อพิจารณาว่า การที่กฎหมายกำหนดว่าการเคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเป็นลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่จะรับราชการเป็นข้าราชการพลเรือน ซึ่งมีผลเป็นการห้ามไม่ให้บุคคลที่มีลักษณะดังกล่าวรับราชการ เป็นมาตรการที่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า อาชีพรับราชการนั้นมีความแตกต่างจากอาชีพอื่นในประการที่เป็นการปฏิบัติงานในนามของรัฐและใช้อำนาจรัฐ ซึ่งโดยหลักแล้วรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่นในนโยบาย คำสั่ง หรือการกระทำการต่างๆ ของรัฐ ดังนั้น ข้าราชการจึงต้องเป็นบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือ มีความประพฤติดีงาม นอกเหนือไปจากการเป็นผู้มีความรู้ ความสามารถเพียงพอที่จะปฏิบัติงานให้บังเกิดผลดีแก่ทางราชการ การเป็นผู้ที่ประพฤติตนอยู่ในทำนองคลองธรรม ไม่กระทำการที่เป็นการเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของข้าราชการนั้น จะก่อให้เกิดผลดีโดยทำให้ประชาชนมีความเชื่อมั่นต่อทางราชการ ดังนั้น มาตรการที่ไม่นำบุคคลที่มีประวัติต่างพร้อยโดยเคยกระทำความผิดอาญาจนศาลมีคำพิพากษาจำคุกมารับราชการนั้น จึงเป็นมาตรการที่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้และสอดคล้องหรือเป็นไปตามหลักความเหมาะสม

2. การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของบุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 วรรคหนึ่ง ข. (7) เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่สอดคล้องหรือเป็นไปตามหลักความจำเป็นหรือไม่

หลักความจำเป็น หมายถึง มาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้ และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด ดังที่ได้วิเคราะห์แล้วว่า มาตรการที่ไม่นำบุคคลที่มีประวัติต่างพร้อยโดยเคยกระทำความผิดอาญาจนศาลมีคำพิพากษาจำคุกมารับราชการนั้น จึงเป็นมาตรการที่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้และสอดคล้องหรือเป็นไปตามหลักความเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณาต่อไปว่า แม้มาตรการนั้นจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ก็ตาม แต่มาตรการนั้นเป็นวิธีการที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยห้ามไม่ให้ผู้ที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษารับราชการ ซึ่งเป็นการลงโทษทางสังคมอย่างหนึ่ง นอกเหนือไปจากการลงโทษทางอาญานั้น ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างกว้างขวาง ทั้งในแง่ของจำนวนคนที่ถูกกระทบสิทธิ เพราะในปัจจุบันมีกฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำต่างๆ เป็นความผิดอาญามี

อยู่เป็นจำนวนมากตามความซับซ้อนของสังคม จึงมีคนจำนวนไม่น้อยที่เกิดความผิดพลาดพลั้งเผลอในการดำเนินชีวิตทั้งที่รู้เท่าทันและรู้ไม่เท่าถึงการณัจจนต้องได้รับโทษทางอาญา และในแง่ของระยะเวลาในการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ยาวนานจนไม่มีระยะเวลาสิ้นสุด หรืออาจกล่าวได้ว่าในกรณีนี้เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพไปจนตลอดชีวิต ในความเป็นจริงนั้น หลายคนกระทำความผิดในขณะที่ยังอยู่ในช่วงของการเป็นเยาวชน แม้ต่อมาเมื่อเติบโตขึ้นเป็นผู้ใหญ่ได้กลับตัวกลับใจไม่กลับไปทำผิดพลาดอีก ก็ยังต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไปตลอดชีวิต ทั้งที่รัฐสามารถใช้มาตรการที่มีระยะเวลาสิ้นสุดเพื่อให้ได้ประโยชน์ทั้งการคุ้มครองสังคมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้เคยต้องรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาได้ โดยการกำหนดระยะเวลาในการจำกัดสิทธิให้สั้นลง เช่น จำกัดสิทธิเป็นเวลา 5 ปี นับแต่พ้นโทษ เป็นต้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ามาตรการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 วรรคหนึ่ง ข. (7) เป็นการจำกัดสิทธิที่มีลักษณะเป็นการตัดสิทธิบุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาจนไม่มีโอกาสได้ใช้สิทธินั้นเลย มาตรการดังกล่าวจึงไม่ใช่มาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด และเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่สอดคล้องหรือไม่เป็นไปตามหลักความจำเป็น

3. การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของบุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 วรรคหนึ่ง ข. (7) เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่สอดคล้องหรือไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐาน เมื่อพิจารณาว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบคือเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษากับผลประโยชน์ที่สังคมได้รับนั้นมีความสมดุลกันหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาต้องถูกจำกัดเสรีภาพให้ไม่สามารถประกอบอาชีพรับราชการได้เลยตลอดชีวิตนั้น เป็นผลกระทบที่เป็นรูปธรรมและเป็นเวลายาวนานไม่มีวันสิ้นสุด ในขณะที่ประโยชน์ที่สังคมได้รับคือความเชื่อมั่นในบุคลากรที่อยู่ในระบบราชการนั้นเป็นเพียงผลประโยชน์ในลักษณะที่เป็นนามธรรม เพราะไม่เป็นที่แน่นอนว่า ผู้ที่ไม่เคยต้องโทษจำคุกจะปฏิบัติงานโดยคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนอย่างเต็มที่หรือประพฤติดนให้เหมาะสมกับการเป็นข้าราชการได้ดีกว่าผู้ที่มีประวัติเคยต้องโทษ อีกทั้งยังมีมาตรการอื่นที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการดูแลให้บุคลากรที่อยู่ในระบบราชการต้องปฏิบัติงานโดยคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนหรือประพฤติดนให้เหมาะสมกับการเป็นข้าราชการอยู่แล้ว เช่น ระบบการบังคับบัญชา การดำเนินการทางวินัย เป็นต้น

เรื่องนี้กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ให้ความเห็นว่า ทำอย่างไรให้คนที่เคยต้องโทษจำคุกกลับมารับราชการได้ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ถ้าตราบโดสังคมไม่ให้อภัยในเชิงอาชญาวิทยา การส่งเสริมคุ้มครองปกป้องสิทธิมนุษยชน เห็นว่าเป็นหลักการพื้นฐานต้องให้โอกาสบุคคลทุกคนที่เกิดมาเป็นมนุษย์สามารถมีชีวิตอยู่รอดปลอดภัยในสังคมที่ดองให้อภัยกัน ถ้าหากบุคคลเหล่านี้เป็นคนไม่ดี เข้าไปอยู่ในหน่วยงานต่างๆ กระทบความผิดก็สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างเคร่งครัด ซึ่งบุคคลเหล่านี้จะไม่เป็นภาระสังคมต่อไป ไม่ควรคาดเดาว่าบุคคลเหล่านี้เป็นคนไม่ดีฝังตัวไปตลอดชีวิต²²¹ ทั้งนี้ผู้เคยต้องโทษจำคุกในทางความเป็นจริงเห็นว่ามีผลไม่ใช่แต่เพียงการลงโทษในทางอาญาเท่านั้น แต่ยังมีผลในทางสังคมด้วยเช่นกัน แต่ทว่ามีความคิดใหม่ที่แสดงให้เห็นว่าการที่บุคคลถูกลงโทษทางอาญาไปแล้ว การมาลงโทษทางสังคมเขาซ้ำอีก จะเป็นการลงโทษทางซ้ำสอง ซึ่งในปัจจุบันแนวคิดของกฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ให้ผู้ต้องโทษนั้นหลบจำและสำนึกผิด โดยสมมติฐานว่าระดับการลงโทษระดับใดระดับหนึ่งน่าจะเพียงพอแก่การกลับตัวเป็นคนดี²²² ปัจจุบันทฤษฎีการลงโทษมีการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดให้เข็ดหลาบสำนึกผิด ดังนั้น เมื่อมีการแก้ไขฟื้นฟูแล้ว ผู้ได้รับการฟื้นฟูต้องกลับมาสู่เป็นพลเมืองปกติ หากมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในด้านต่างๆ ของบุคคลดังกล่าว ภายหลังจากการฟื้นฟูโทษอาจไม่มีความเป็นธรรม²²³ สังคมควรเปิดโอกาสยอมรับการกลับเข้าสู่สังคมของคนที่ได้รับการชดใช้โทษแล้ว²²⁴

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า เมื่อชั่งน้ำหนักแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ม.36 วรรคหนึ่ง ข. (7) เป็นมาตรการที่สิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานไม่สมดุลกัน โดยประโยชน์สาธารณะที่สังคมได้รับจากมาตรการนี้มีน้ำหนักน้อยกว่าเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องโทษจำคุกซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่ถูกระทบ มาตรการนี้จึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่สอดคล้องหรือไม่เป็นไปตามหลักความความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

²²¹ ไพบุลย์ วราหะไพฑูรย์. กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. สัมภาษณ์ 18 มีนาคม 2556

²²² ศ.ดร.อุดม รัฐอมฤต. อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. สัมภาษณ์ 28 มีนาคม 2556

²²³ รศ.ดร.อุทัย อาทิวา. อัยการผู้เชี่ยวชาญ ปฏิบัติราชการแทนอัยการพิเศษ ฝ่ายคุ้มครองสิทธิประชาชน สำนักงานอัยการสูงสุด. สัมภาษณ์วันที่ 29 มีนาคม 2556

²²⁴ นัทธี จิตสว่าง. ผู้ตรวจราชการกระทรวงยุติธรรม. สัมภาษณ์ 27 มีนาคม 2556

4.4 ปัญหาความไม่เป็นเอกภาพของกฎหมายในเรื่องระดับของการจำกัดสิทธิในการรับราชการหรือดำรงตำแหน่งในหน่วยงานของรัฐของบุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา

จากการศึกษาพบว่า การจำกัดสิทธิในการรับราชการหรือการดำรงตำแหน่งของบุคคล เพราะเหตุที่เป็นบุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา ยกเว้นความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ ปรากฏในกฎหมายต่างๆ ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง จำกัดสิทธิในการรับราชการโดยเด็ดขาด ไม่เปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจ ยกเว้นลักษณะต้องห้ามเพื่อให้บุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเข้ารับราชการ ได้แก่ ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา²²⁵ ข้าราชการการเมือง²²⁶ ข้าราชการทหาร²²⁷ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิในการรับราชการหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่ไม่เป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือโดยไม่มีความจำเป็นและเป็นการปิดโอกาสในการรับราชการอย่างสิ้นเชิง

กลุ่มที่สอง จำกัดสิทธิในการรับราชการโดยมีข้อยกเว้น ได้แก่ ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการรัฐสภา²²⁸ ข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร²²⁹ ข้าราชการตำรวจ²³⁰ ข้าราชการฝ่ายอัยการ²³¹ ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม²³² ในกลุ่มนี้ กฎหมายกำหนดให้การเคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเป็นลักษณะต้องห้ามในการที่จะเข้ารับราชการ แต่สามารถขอยกเว้นลักษณะต้องห้ามได้ โดยให้เป็นดุลพินิจขององค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการประเภทนั้นๆ คือ คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) คณะกรรมการข้าราชการรัฐสภา (ก.ร.) คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) คณะกรรมการอัยการ (ก.อ.) เป็นต้น

กลุ่มที่สาม จำกัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ได้แก่ รัฐมนตรี²³³ สมาชิกวุฒิสภา²³⁴ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร²³⁵ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ²³⁶ กรรมการป้องกัน

²²⁵ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ.2547

²²⁶ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ.2535

²²⁷ ระเบียบกระทรวงกลาโหม ว่าด้วย การบรรจุ การโอน และการบรรจุกลับเข้ารับราชการ พ.ศ.2529

²²⁸ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ.2554

²²⁹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2554

²³⁰ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547

²³¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2553

²³² พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543

²³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 174 (4)

²³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 115 (8)

²³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 102 (5)

²³⁶ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2542

และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ²³⁷ กรรมการการเลือกตั้ง²³⁸ รัฐธรรมนูญกำหนดข้อห้ามบุคคลที่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกและพ้นโทษมายังไม่ถึงห้าปี มิให้สมัครหรือได้รับการเสนอชื่อ

การที่กฎหมายต่างๆ เหล่านี้ บัญญัติในเรื่องสิทธิในการรับราชการหรือการดำรงตำแหน่งของบุคคลที่เคยต้องรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาไว้แตกต่างกันนั้น ทำให้เกิดความลักลั่นไม่เป็นเอกภาพ และไม่สามารถอธิบายได้ว่า การจำกัดสิทธิของบุคคลเหล่านี้ในการรับราชการควรจำกัดมากน้อยเพียงใด

หากจะพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาแล้ว พบว่า รัฐธรรมนูญจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกที่ยังพ้นโทษมายังไม่ถึง 5 ปี เมื่อนับถึงวันเลือกตั้ง มิให้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมัครรับการเลือกตั้งหรือเข้ารับการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภา มิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งเป็นการจำกัดเสรีภาพที่มีกรอบระยะเวลาที่ชัดเจนและไม่ใช่เป็นการจำกัดสิทธิที่มีลักษณะเป็นการตัดสิทธิบุคคลที่เคยต้องรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาจนไม่มีโอกาสได้ใช้สิทธินั้นเลย อันเป็นการจำกัดสิทธิที่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธินั้น

จากสภาพการณ์ที่กฎหมายที่จำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในการรับราชการหรือการดำรงตำแหน่งในหน่วยงานของรัฐมีความแตกต่างลักลั่นกันนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากจำกัดสิทธิบุคคลในการรับราชการหรือการดำรงตำแหน่งในหน่วยงานของรัฐนั้นให้เหมือนกันทุกองค์กร โดยใช้เกณฑ์ระยะเวลาหลังจากพ้นโทษตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ จะทำให้กฎหมายมีความเป็นเอกภาพและสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค ซึ่งในเรื่องนี้กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีความเห็นว่าควรกำหนดตามแนวทางองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยต้องเทียบเคียงให้เท่าเทียมกัน อาจเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดคุณสมบัติมาตรฐานกลางและทุกองค์กรนำไปใช้เป็นเกณฑ์ และแต่ละองค์กรไม่กำหนด เพราะมีกฎหมายกลาง โดยต้องเสนอแนะเชิงนโยบายต่อคณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและกำหนดกฎหมายกลางที่กำหนดข้อยกเว้นคุณลักษณะต้องห้ามผู้พ้นโทษในการรับราชการ โดยมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนและมีความเป็นธรรม โดยการกำหนดข้อยกเว้นอาจมีการกำหนดกรอบระยะเวลาให้กับผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุก²³⁹

²³⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

²³⁸ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ.2550

²³⁹ ไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์, กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สัมภาษณ์ 18 มีนาคม 2556

ส่วนการที่องค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการประเภทใดเห็นว่า ลักษณะงานบางอย่างมีความจำเป็นต้องกำหนดลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่จะปฏิบัติงานนั้นให้มีมาตรฐานสูงหรือแตกต่างจากงานอื่น ก็อาจกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความเหมาะสมของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพนั้นๆ หรือปฏิบัติงานนั้น โดยเฉพาะ โดยเกณฑ์การพิจารณาออกไปอนุญาตประกอบวิชาชีพก็ต้องมีความสัมพันธ์กับลักษณะงานด้วย เมื่อมีการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับแต่ละวิชาชีพหรือลักษณะงานตามที่กล่าวมานี้แล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะไม่ให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาที่พ้นโทษมาระยะเวลาหนึ่งแล้วเข้ารับราชการทุกกรณีโดยไม่คำนึงถึงลักษณะของความผิดที่กระทำว่ามีความสัมพันธ์หรือเป็นปฏิปักษ์ต่อการประกอบการทำงานนั้นหรือไม่ ดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

ตัวอย่างของการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว ได้แก่ แนวทางในการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการมาตรฐานวิชาชีพในการพิจารณาลักษณะต้องห้ามกรณีเป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือศีลธรรมอันดีของผู้ขอขึ้นทะเบียนรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพและผู้ขอต่ออายุใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ซึ่งคณะกรรมการมาตรฐานวิชาชีพได้วางแนวทางในการใช้ดุลพินิจเพื่อพิจารณาลักษณะต้องห้าม กรณีเป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือศีลธรรมอันดีตามพระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา โดยกำหนดพฤติกรรมการที่มีลักษณะต้องห้ามไว้ ดังนี้

1. พฤติกรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการประกอบวิชาชีพทางการศึกษา ตัวอย่างเช่น

(1) ประพฤติผิดทางชู้สาว เช่น

- (ก) มีความสัมพันธ์ทางชู้สาวระหว่างครูกับนักเรียน
- (ข) มีความประพฤติผิดทางชู้สาวกับคู่สมรสของผู้อื่น
- (ค) มีความสัมพันธ์ฉันท์ชู้สาวถึงขั้นได้เสียกันแล้วไม่ยอมรับผิดชอบ

(2) ความประพฤติเกี่ยวกับการเสพสุราหรือยาเสพติด เช่น

- (ก) เสพสุราในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่
- (ข) เมาสุราแล้ว กระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือภาพพจน์

ในการที่จะประกอบวิชาชีพ

- (ค) เสพหรือมียาเสพติดให้โทษไว้ในครอบครอง

(3) ความประพฤติเกี่ยวกับการพนัน จนศาลพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกโดยไม่รอลงอาญา

(4) มีความประพฤติเกี่ยวกับการทุจริตต่อหน้าที่ เช่น ทุจริตต่อหน้าที่ในองค์กรหรือหน่วยงานที่เคยปฏิบัติหน้าที่จนถูกออกจากราชการ

2. พฤติกรรมที่เป็นภัยอย่างร้ายแรงต่อสังคมหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย ตัวอย่างเช่น

- (1) ความประพฤติเกี่ยวกับความผิดทางเพศ เช่น

(ก) ข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

(ข) กระทำอนาจาร

(ค) มีประวัติเกี่ยวกับคดีค้าประเวณี

(2) มียาเสพติดให้โทษไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย หรือมีประวัติในการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคดียาเสพติดให้โทษตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ

(3) ให้การสนับสนุนเกี่ยวกับการลักลอบนำคนต่างด้าวเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

(4) หลอกหลวง เรียก รับเงิน หรือประโยชน์อื่นใด เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์ โดยมีขอบ

(5) ปลอมลายมือชื่อ หรือปลอมแปลงเอกสาร ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย

3. พฤติกรรมที่แสดงให้เห็นว่าเป็นการโหดร้ายทารุณต่อร่างกายหรือจิตใจ ตัวอย่าง เช่น

(1) ทำร้ายร่างกายหรือจิตใจอย่างรุนแรงต่อบุพการี คู่สมรส บุตร หรือผู้อุปการะเลี้ยงดู หรือผู้อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดู

(2) ลงโทษเด็กด้วยความรุนแรง ประจาน หรือมีลักษณะวิถถาร อันเป็นการทารุณต่อ ร่างกายหรือจิตใจ

การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่า มีการคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่าง ลักษณะการกระทำความผิดหรือความประพฤตินั้นกับลักษณะของงานที่บุคคลจะต้องปฏิบัติว่ามีความสัมพันธ์กันหรือไม่ และจะใช้ดุลพินิจไม่รับบุคคลนั้นเข้าทำงานเฉพาะในกรณีที่บุคคลนั้นมีความประพฤตินั้นไม่เหมาะสมกับลักษณะงานที่จะทำ

อาจสรุปได้ว่า ในปัจจุบันการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในการรับราชการหรือดำรงตำแหน่งในหน่วยงานของรัฐ มีความลักลั่น ไม่เป็นเอกภาพ จึงควรมีการปรับปรุงแก้ไขให้เป็นแนวทางเดียวกัน โดยยึดแนวทางตามรัฐธรรมนูญที่ใช้เกณฑ์ระยะเวลาหลังจากพ้นโทษ โดยจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในการรับราชการหรือดำรงตำแหน่งในหน่วยงานของรัฐเป็นเวลา 5 ปี หลังจากพ้นโทษ ซึ่งหากมีการแก้ไขกฎหมายให้บัญญัติไว้ในลักษณะดังกล่าวแล้ว จะทำให้เมื่อพ้นระยะเวลา 5 ปี นับแต่พ้นโทษ ผู้ที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาก็จะไม่ต้องถูกจำกัดสิทธิในการรับราชการด้วยเหตุที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา แต่จะถูกพิจารณาว่ามีความเหมาะสมกับวิชาชีพหรืองานนั้นหรือไม่โดยองค์กรวิชาชีพหรือหน่วยงานนั้นๆ โดยพิจารณาจากความเหมาะสมที่จะประกอบวิชาชีพหรือทำงานนั้นๆ โดยไม่อิงอยู่กับการเคยเป็นผู้ต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา อันเป็นการจำกัดสิทธิโดยไม่พิจารณาถึงปัจจัยอื่น เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับลักษณะงานในอาชีพนั้นๆ ทั้งนี้เพราะการกระทำผิดบางอย่างอาจไม่มีความสัมพันธ์กับลักษณะงานนั้นเลย

4.5 ปัญหาการไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางในการใช้ดุลพินิจของ ก.พ.ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้าม

แม้ว่าผู้เขียนจะเสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติระเบียบราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จากการจำกัดสิทธิในการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาจากที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาในการจำกัดสิทธิเป็นการกำหนดระยะเวลาในการจำกัดสิทธิแทน แต่หากข้อเสนอนี้ไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากผู้ที่เกี่ยวข้อง ด้วยเหตุที่สังคมยังมีอคติต่อผู้เคยต้องโทษจำคุก ผู้เขียนก็มีแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวอีกแนวทางหนึ่ง เพื่อให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกมีโอกาสในการรับราชการ ซึ่งแนวทางนี้จะไม่ใช่การให้โอกาสผู้เคยต้องโทษจำคุกทุกคนเมื่อพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ดังเช่นข้อเสนอก่อนหน้านี้ แต่เป็นการขอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติระเบียบราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ให้มีการกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ.ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้าม

ด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติระเบียบราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 วรรคหนึ่ง ได้จำกัดสิทธิในการรับราชการของบุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา ซึ่งองค์กรผู้ตรากฎหมายเองก็คงจะตระหนักดีว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จึงได้พยายามที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็น โดยการเปิดโอกาสไว้ในมาตรา 36 วรรคสอง ให้บุคคลดังกล่าวเข้ารับราชการได้หากได้รับการยกเว้นคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้าม ดังนี้

มาตรา 36 วรรคสอง

ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนซึ่งมีลักษณะต้องห้ามตาม ข. (4) (6) (7) (8) (9) (10) หรือ (11) ก.พ. อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้ แต่ถ้าเป็นกรณีมีลักษณะต้องห้ามตาม (8) หรือ (9) ผู้นั้นต้องออกจากงานหรือออกจากราชการไปเกินสองปีแล้ว และในกรณีมีลักษณะต้องห้ามตาม (10) ผู้นั้นต้องออกจากงานหรือออกจากราชการไปเกินสามปีแล้ว และต้องมีใช้เป็นกรณีออกจากงานหรือออกจากราชการเพราะเหตุจิตต่อหน้าที่ มติของ ก.พ. ในการยกเว้นดังกล่าวต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุมการลงมติให้กระทำโดยลับ

จากบทบัญญัติ มาตรา 36 วรรคสอง บุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา (7) ก็เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุก สามารถเข้ารับราชการได้ หากได้รับการพิจารณาจาก ก.พ. ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าว พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ให้ ก.พ. เป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าบุคคลใดควรได้รับการยกเว้นคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามอันจะทำให้บุคคลนั้นมีสิทธิในการรับราชการ โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดกรอบในการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้แต่อย่างใด

ก.พ. ได้ออกระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการขอยกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2552 มีสาระสำคัญ คือ กรณีที่บุคคลที่จะขอยกเว้นยังไม่มีสถานะเป็นข้าราชการ การขอยกเว้นลักษณะต้องห้าม เพื่อสอบเข้ารับราชการ ให้ยื่นคำขอต่อเลขาธิการ ก.พ.

ส่วนกรณีที่สูงขึ้นเคยเป็นข้าราชการแล้วออกจากราชการไป ภายหลังจากจะขอกลับเข้ารับราชการใหม่ แต่มีลักษณะต้องห้าม การขอยกเว้นลักษณะต้องห้ามในการรับราชการ ให้ยื่นต่อหัวหน้าส่วนราชการที่จะเข้ารับราชการ และให้หัวหน้าส่วนราชการที่ได้รับคำขอยกเว้นลักษณะต้องห้ามในการรับราชการนั้น พิจารณาคำขอ หากประสงค์จะให้ผู้นั้นเข้ารับราชการ ให้ส่งเรื่องให้เลขาธิการ ก.พ. ดำเนินการพิจารณา ทั้งสองกรณี หาก ก.พ. พิจารณาแล้วมีมติไม่ยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้ การขอใหม่จะกระทำได้อีกเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่ ก.พ. มีมติ

ในทางปฏิบัติปรากฏว่า ก.พ. ยังไม่เคยมีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามในกรณีเป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และยังไม่เคยมีผู้ขอรับการยกเว้น ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้าม กรณีต้องโทษจำคุกเป็นการเขียนหลักเกณฑ์ให้ครบถ้วน แต่ไม่มีหนทางปฏิบัติแต่อย่างใด²⁴⁰ ทั้งที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งเคยใช้บังคับเป็นเวลานานพอสมควรก็มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันนี้

การที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกรอบในการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามในกรณีการเป็นบุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา จึงไม่มีเครื่องมือในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. และไม่มีหลักประกันว่าบุคคลที่ขอยกเว้นลักษณะต้องห้ามจะมีโอกาสเข้ารับราชการได้ในกรณีใดบ้าง อีกทั้ง ก.พ. เองก็ไม่วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามในกรณีนี้ว่าจะคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง ทำให้บุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาไม่กล้าที่จะยื่นคำขอยกเว้นลักษณะต้องห้ามเพื่อขอเข้ารับราชการ สภาพการณ์ดังกล่าวนี้ส่งผลให้บุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาไม่มีโอกาสรับราชการเลยแม้ว่าจะได้รับการลงโทษจนครบถ้วนแล้วมาเป็นเวลานานเท่าใดและไม่ได้กระทำผิดอีกเลย และทำให้มาตรา 36 วรรคสอง ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ส่งผลให้การจำกัดสิทธิตามมาตรา 36 วรรคหนึ่ง ก. (7) เป็นการจำกัดสิทธิที่ไม่เป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ เพราะแม้จะมีข้อยกเว้นให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาอาจเข้ารับราชการได้ แต่ผลจากการบังคับใช้กฎหมายกลับไม่เคยมีการยกเว้นเลย จึงเปรียบเสมือนว่าบทบัญญัติห้ามผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในการเข้ารับราชการนี้เป็นบทห้ามเด็ดขาดโดยไม่มีข้อยกเว้น

ปัญหาที่กล่าวมานี้ปรากฏให้เห็นไม่เฉพาะแต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เท่านั้น แม้ในกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของหน่วยราชการอื่นก็มีปัญหาทำนองนี้เช่นกัน ดังที่ปรากฏว่ามีผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่า ผู้ร้องเคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นเวลา 3 ปี 6 เดือน และพ้นโทษ

²⁴⁰ อุดล จันทรศักดิ์. รองอธิบดีศาลปกครองพิษณุโลก. สัมภาษณ์วันที่ 6 เมษายน 2556

มาเป็นเวลามากกว่า 5 ปีแล้ว ปัจจุบันประกอบอาชีพสุจริตเป็นลูกจ้างขององค์การบริหารส่วนจังหวัดชลบุรี ผู้ร้องมีความประสงค์ที่จะสอบเข้ารับราชการในสังกัดรัฐสภา แต่เนื่องจากถูกจำกัดสิทธิในการรับราชการจึงโทรศัพท์สอบถามไปยังรัฐสภาและได้รับการชี้แจงจากเจ้าหน้าที่ว่าผู้ร้องไม่มีสิทธิสอบหรือถึงแม้สอบได้คะแนนเต็มก็ไม่มีทางได้รับราชการ²⁴¹ ทั้งที่ กรณีดังกล่าวนี้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ.2554²⁴² ก็บัญญัติทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 วรรคหนึ่ง ข. (7) ในทางปฏิบัติก็เช่นเดียวกัน คือ ก.ร. ก็ยังไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาเว้นลักษณะต้องห้ามดังกล่าวไว้ และยังไม่เคยได้รับคำร้องขอให้ยกเว้นลักษณะต้องห้ามดังกล่าว

สภาพการณ์ดังกล่าวนี้ เกิดจากการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางในการใช้ดุลพินิจขององค์กรที่มีอำนาจพิจารณาถอนลักษณะต้องห้ามดังกล่าว และองค์กรดังกล่าวก็หลีกเลี่ยงการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ทำให้ผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามไม่กล้ายื่นคำร้องขอให้พิจารณาถอนลักษณะต้องห้ามให้ ตลอดจนการไม่มีหลักเกณฑ์เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องมีทัศนคติหรือความเข้าใจไปว่าลักษณะต้องห้ามในเรื่องการเคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษานั้น เป็นลักษณะต้องห้ามที่ไม่อาจยกเว้นลักษณะต้องห้ามดังกล่าวได้ เพราะจากประสบการณ์ในการทำงานของตนไม่เคยเห็นว่ามีผู้ใดได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามข้อนี้ ในการให้ข้อมูลแก่ผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิจึงเป็นการให้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง ส่งผลให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษานั้น ไม่ได้ยื่นคำร้องขอให้พิจารณาถอนลักษณะต้องห้าม ซึ่งผู้เขียนเห็นต่อไปว่าการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาจะทำให้ผู้มีลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการได้ทราบว่าการพิจารณาคำขอยกเว้นลักษณะต้องห้ามนั้น องค์กรผู้พิจารณาคำนี้ถึงปัจจัยใดบ้าง และตนจะมีโอกาสได้รับการพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามหรือไม่ อีกทั้ง ทำให้ทราบแนวทางว่าจะต้องปฏิบัติตนอย่างไรจึงจะมีโอกาสได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามและพยายามทำให้ตนมีโอกาสเช่นนั้น เช่น หากหลักเกณฑ์กำหนดว่าเป็นผู้พ้นโทษมาแล้วไม่ต่ำกว่า 5 ปี ไม่มีการกระทำความผิดซ้ำ และเป็นผู้บำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคม โดยได้รับการรับรองจากหน่วยงานของรัฐ ก็จะทำให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามพิพากษาไม่กระทำความผิดซ้ำและมีความพยายามบำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคมเพื่อรอเวลาที่จะมีโอกาสประกอบอาชีพที่ตนต้องการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าทำให้โอกาสผู้เคยกระทำความผิดที่มีความสำนึกผิดและสามารถกลับตัวเป็นคนดีได้ในการประกอบอาชีพตามที่เขาต้องการนั้น จะเป็นประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

²⁴¹ รายงานผลการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 43/2555

²⁴² พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 37 ข. (7) เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

สำหรับกรอบแนวทางหรือหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. หรือองค์กรที่ใช้อำนาจพิจารณาขกเว้นลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่จะเข้ารับราชการควรเป็นอย่างไรนั้น เห็นว่ามีประเด็นที่ควรพิจารณา ดังนี้

1) ระยะเวลาหลังจากพ้นโทษ

โดยที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้บุคคลซึ่งเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกโดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึงห้าปี เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมัครรับการเลือกตั้งหรือเข้ารับการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภา ไม่ให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และกรรมการการเลือกตั้ง สมาชิกวุฒิสภา ดังนั้น จึงควรนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลในภาครัฐฉบับอื่นๆ เพื่อให้มีความชัดเจน เป็นเอกภาพ ไม่เป็นการจำกัดสิทธิที่เกินกว่าความจำเป็นจนมีลักษณะเป็นการตัดไม่ให้มีโอกาสได้ใช้สิทธินั้นเลย และสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค ซึ่งทั้งนี้ต้องไม่มีการกระทำผิดซ้ำ การที่ผู้เคยต้องรับโทษจำคุกตามคำพิพากษา ไม่ได้กระทำความผิดซ้ำอีก เป็นการแสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นมีได้เป็นผู้กระทำผิดติดนิสัย และเป็นเหตุผลว่าบุคคลนั้นไม่ใช่เป็นผู้ที่ขาดความเหมาะสมที่จะเข้ารับราชการ

2) ลักษณะความผิดที่กระทำ

การพิจารณาถึงลักษณะความผิดที่กระทำ อาจพิจารณาได้ในแง่ที่ว่าความผิดที่กระทำนั้นเป็นความผิดที่ผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้ายหรือควรได้รับการติเตียนในทางศีลธรรมหรือไม่ หรือเป็นความผิดที่ผู้กระทำมิได้จิตใจชั่วร้ายหรือควรได้รับการติเตียนในทางศีลธรรม แต่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ ซึ่งกรณีที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินี้จะต้องพิจารณาประกอบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคมประกอบด้วย

3) อัตราโทษที่ศาลกำหนด

อัตราโทษที่ศาลกำหนดเป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงความร้ายแรงของความผิดที่กระทำ จึงควรเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการพิจารณาว่าบุคคลนั้นควรได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามหรือไม่

4) ความสัมพันธ์ระหว่างลักษณะการกระทำความผิดและลักษณะงานที่จะทำ

การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างลักษณะความผิดที่ผู้เคยต้องรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาได้กระทำกับความเหมาะสมของหน้าที่ของตำแหน่งงานที่จะทำนั้น นับว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เพราะหากไม่มีความสัมพันธ์กันเลยหรือมีความสัมพันธ์กันเพียงเล็กน้อย ก็ควรจะได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้าม

5) การผ่านกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูและบำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคม

การผ่านกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูและการบำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคมจะเป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นสามารถอยู่ร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้เป็นอย่างดี โดยอาจกำหนดให้มีการรับรองจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องว่าผู้นั้นได้ผ่านกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูและบำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคมแล้ว

6) อายุขณะกระทำความผิด

อายุในขณะที่กระทำความผิดเป็นปัจจัยหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณาประกอบการตัดสินใจว่าจะยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้แก่ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาหรือไม่ โดยผู้กระทำความผิดในขณะที่อายุน้อยย่อมมีความเหมาะสมที่จะได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้าม เพราะถือว่าเป็นการกระทำความผิดในขณะที่ยังอ่อนวุฒิภาวะและยังไม่รู้จักความผิดชอบชั่วดี

ดังนั้น ควรบัญญัติหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจไว้ในกฎหมาย โดยกำหนดให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกเพราะกฎหมายห้าม หรือกฎหมายเทคนิค ซึ่งถือว่าไม่ได้มีความชั่วร้าย ควรมีสิทธิในการรับราชการ โดยให้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างลักษณะการกระทำความผิดและลักษณะงานที่จะทำ

4.6 วิเคราะห์ข้อยกเว้นการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในการรับราชการตามพระราชบัญญัติล้างมลทิน

การล้างมลทินเป็นวิธีการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิด โดยการคืนสิทธิให้แก่ผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้ว โดยการลบล้างการกระทำความผิดและโทษให้แก่บุคคลดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากการลบมลทินหรือตราบาปซึ่งเกิดจากการกระทำความผิดหรือการลงโทษจะยังคงติดตัวผู้กระทำผิดอยู่ทั้งที่ผู้กระทำผิดก็ได้พ้นโทษไปแล้ว ซึ่งเป็นความถูกต้องชอบธรรมที่ผู้กระทำผิดซึ่งได้รับโทษแล้วจะได้รับการปลดเปลื้องมลทินหรือตราบาปใดๆ ที่เกิดจากการกระทำความผิดหรือการลงโทษทั้งปวง ทั้งนี้เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้วสามารถกลับคืนสังคม สามารถกลับเข้ามาใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน นอกจากนั้นการล้างมลทินยังมีผลทำให้ผู้กระทำผิดได้รับการล้างมลทินเปรียบเสมือนบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน และมีผลทำให้ทะเบียนประวัติอาชญากรของผู้กระทำความผิดถูกลบล้างไป

แนวคิดการล้างมลทินของประเทศไทย มีที่มาจาก การให้อภัยทานความผิดหรือโทษของพระมหากษัตริย์หรือของรัฐ ที่ออกกฎหมายล้างมลทินในช่วงโอกาสสำคัญ ซึ่งที่ผ่านมามีประเทศไทยมีการออกกฎหมายล้างมลทินในช่วงโอกาสที่สำคัญ มาแล้ว จำนวน 8 ฉบับ โดยฝ่ายนิติบัญญัติ

เป็นผู้ตรากฎหมายล้างมลทินออกมาเพื่อล้างการกระทำความผิดหรือโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด ทั้งผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้วและผู้กระทำความผิดที่กำลังรับโทษอยู่

การล้างมลทินของไทยมีผลใช้บังคับผู้กระทำความผิดทุกคน โดยไม่คำนึงว่าผู้กระทำความผิดคนนั้นจะเป็นผู้กระทำความผิดที่พ้นจากโทษแล้วหรือยัง หรือเป็นผู้กระทำความผิดที่สามารถแก้ไขปรับปรุงตัวเองได้หรือไม่ ดังเช่น พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550 กำหนดให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ต้องโทษในกรณีความผิดต่างๆ ซึ่งได้กระทำก่อนหรือในวันที่ 5 ธันวาคม 2550 และได้พ้นโทษไปแล้วก่อนหรือในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และกำหนดให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ถูกลงโทษทางวินัยในกรณีซึ่งได้กระทำก่อนหรือในวันที่ 5 ธันวาคม 2550 และได้รับโทษหรือรับทัณฑ์ทั้งหมดหรือบางส่วนไปก่อนหรือในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ หรือพระราชบัญญัติล้างมลทินแต่ละฉบับที่ออกมา ผลของการล้างมลทินนั้นทำให้ผู้กระทำความผิดที่ได้รับการล้างมลทินเปรียบเสมือนบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิด หรือเคยต้องโทษมาก่อน และมีผลทำให้ทะเบียนประวัติอาชญากรของผู้กระทำความผิดถูกลบล้างไปด้วย

จากการศึกษาเห็นว่ากฎหมายล้างมลทินของไทยไม่มีกระบวนการในการแยกแยะและกลั่นกรองผู้กระทำความผิดที่สมควรจะได้รับการล้างมลทินอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดได้สำนึกในความผิด และมีการแก้ไข โดยไม่มีการกระทำความผิดซ้ำ ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดคดีนี้ซึ่งเป็นคนที่ไม่สมควรได้รับการล้างมลทินก็ได้รับการล้างมลทินด้วย ซึ่งผลดังกล่าวทำให้กฎหมายล้างมลทินของไทยไม่สามารถนำมาใช้ในการนำผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมได้ ซึ่งต่างจากกฎหมายล้างมลทินของต่างประเทศกำหนดกฎเกณฑ์และวิธีการแยกแยะผู้กระทำความผิดที่สมควรจะได้รับการล้างมลทินไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ กฎหมายดังกล่าวจะกำหนดให้เฉพาะผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้วที่สามารถแก้ไขปรับปรุงตัวเองได้เท่านั้นที่ได้รับการล้างมลทิน โดยการใช้ระยะเวลาเป็นเครื่องมือในการพิสูจน์การแก้ไขปรับปรุงตัวของผู้กระทำความผิด ถ้าผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้วไม่ได้หวนกลับไปกระทำความผิดอีกภายในช่วงระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ก็ถือว่าผู้กระทำความผิดคนนั้นเป็นผู้กระทำความผิดที่สามารถแก้ไขปรับปรุงตัวได้แล้ว จึงสมควรได้รับการล้างมลทิน

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 ข. (7) กำหนดลักษณะต้องห้ามของบุคคลในการสมัครเข้ารับราชการ เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เมื่อบุคคลเหล่านี้กระทำความผิดกระทั่งถูกต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาล และหากได้รับการล้างมลทิน ก็เปรียบเสมือนไม่เคยต้องโทษจำคุกมาก่อน ผลก็คือไม่เป็นบุคคลที่ต้องโทษจำคุกมาก่อน ก็จะไม่เป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามในการสมัครเข้ารับราชการ

เสมือนเป็นข้อยกเว้นของลักษณะต้องห้ามของบุคคลในการเข้ารับราชการ แต่อย่างไรก็ตามผลของการใช้พระราชบัญญัติล้างมลทินที่ผ่านมาของศาลฎีกา ศาลปกครอง หรือคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนเอง ได้วินิจฉัยเป็นแนวทางเดียวกันมาตลอด โดยถือว่าผู้ที่มีได้เคยถูกลงโทษหรือลงทัณฑ์ในกรณีนั้น ๆ ย่อมหมายความว่าผู้ที่ถูกลงโทษทางวินัยไม่เคยถูกลงโทษทางวินัยเท่านั้น ส่วนความประพฤติหรือการกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลนั้นถูกลงโทษทางวินัยหาได้ถูกลบล้างไปด้วยไม่ เพราะความประพฤติหรือการกระทำที่เกิดขึ้นแล้ว ไม่อาจล้างมลทินให้หมดไปได้ ดังเช่น กรณีที่ดินมีคำสั่งลงโทษโจทก์ทางวินัยให้ปลดออกจากราชการฐานไม่ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ ปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบ เพื่อให้ตนเองได้ประโยชน์ที่มิควรได้เป็นการทุจริตต่อหน้าที่ และรายงานเท็จต่อผู้บังคับบัญชา พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช ทรงมีพระชนมพรรษา 60 พรรษา พ.ศ. 2530 มาตรา 5 ตอนท้ายที่ระบุว่าโดยให้ถือว่าผู้ที่มีได้เคยถูกลงโทษหรือลงทัณฑ์ทางวินัยในกรณีนั้น ๆ ย่อมหมายความว่าผู้ที่ถูกลงโทษทางวินัยไม่เคยถูกลงโทษทางวินัยเท่านั้น ส่วนความประพฤติหรือการกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลนั้นถูกลงโทษทางวินัยหาได้ถูกลบล้างไปด้วยไม่ เพราะความประพฤติหรือการกระทำที่เกิดขึ้นแล้ว ไม่อาจล้างมลทินให้หมดไปได้ ดังนั้น การกระทำหรือความประพฤติของโจทก์ที่ไม่ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่หรืออื่น ๆ ไม่ได้รับการล้างมลทินและเป็นการกระทำที่เป็นเหตุให้ขาดคุณสมบัติตามพระราชบัญญัติข้าราชการวังวัดเอกชน พ.ศ. 2535 มาตรา 19 (7) ที่ว่าไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสีย²⁴³

ส่วนความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาก็เช่นกัน วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550 มีผลเป็นเพียงการล้างโทษเพื่อไม่ให้มีมลทินติดตัวต่อไป แต่การกระทำหรือความประพฤติที่เป็นเหตุให้ผู้นั้นถูกลงโทษดังกล่าวมิได้ถูกลบล้างไปด้วย²⁴⁴

แม้กระทั่งความเห็นของศาลปกครอง กรณีคณะกรรมการเนติบัณฑิตยศึกษามีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา เนื่องจากเคยถูกลงโทษทางวินัยฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงมาก่อน เป็นกรณีที่สอดคล้องกับข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภาฯ ข้อ 10 ข้อ 12 และข้อ 27 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภาฯ ที่ต้องการรับบุคคลที่มีคุณธรรม มีความประพฤติเรียบร้อย และไม่ใช่นักบุรุษที่ควรรังเกียจแก่สังคมกรณีจึงเป็นการกระทำโดยชอบ และไม่อาจนำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ มาพิจารณาให้เป็นคุณแก่ผู้ฟ้องคดีได้ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงการให้ลบล้างโทษทางวินัยที่ผู้ฟ้อง

²⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 694/2539

²⁴⁴ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 634/2555

คดีเคยได้รับเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการลบล้างการกระทำผิดวินัยตามความเป็นจริงที่ได้กระทำขึ้นให้หมดสิ้นไปแต่อย่างใด²⁴⁵ การที่ผู้ฟ้องคดีได้รับล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550 มีผลเป็นเพียงการล้างโทษทางวินัยที่ผู้กระทำผิดได้รับเท่านั้น หากได้มีการลบล้างพฤติกรรมการกระทำ ความผิดอันเป็นสาเหตุที่ทำให้ถูกลงโทษไปด้วยไม่²⁴⁶

อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิของบุคคลโดยการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการรับราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มิได้กำหนดลักษณะต้องห้ามเฉพาะบุคคลผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญาเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีกำหนดลักษณะต้องห้ามในลักษณะอื่นที่เป็นการจำกัดสิทธิในการรับราชการ ได้แก่ เป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคม²⁴⁷ หรือเป็นผู้เคยถูกลงโทษให้ออก ปลดออก หรือไล่ออกจากรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ²⁴⁸ หรือเป็นผู้เคยถูกลงโทษให้ออก หรือปลดออก เพราะกระทำความผิดวินัยตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายอื่น²⁴⁹ หรือเป็นผู้เคยถูกลงโทษไล่ออก เพราะกระทำความผิดวินัยตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายอื่น²⁵⁰ และเป็นผู้เคยกระทำการทุจริตในการสอบเข้ารับราชการหรือเข้าปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ²⁵¹

แม้ว่าการได้รับการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฉบับต่างๆ แล้ว ผลของการล้างมลทินกรณีเป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน มาตรา 36 ข. (7) กรณีดังกล่าวจะถือว่าไม่เคยถูกลงโทษจำคุกมาก่อน และไม่ตกเป็นผู้ขาดคุณสมบัติตามมาตรา 36 ข. (7) ดังนั้น จึงสามารถสมัครเข้ารับราชการได้ อย่างไรก็ตาม การที่ผู้นั้นจะเข้ารับราชการได้หรือไม่นั้นก็ยังคงต้องไปคิดที่การพิจารณาตามมาตรา 36 (4) เป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคมหรือไม่

ซึ่งที่ผ่านมา ก.พ. เองก็ยังคงยึดถือตามแนวทางเดียวกันกับศาลฎีกา ศาลปกครอง ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยมีความเห็นว่าการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษหรือลงทัณฑ์ทางวินัยในกรณีนั้นๆ ดังนั้น ผู้ได้รับการล้าง

²⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 72/2546

²⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.116/2554

²⁴⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 ข. (4)

²⁴⁸ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 ข. (8)

²⁴⁹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 ข. (9)

²⁵⁰ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 ข. (10)

²⁵¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 ข. (11)

มลทินอันเป็นเป็นผลให้ไม่เป็นผู้ขาดคุณสมบัติและมีสิทธิที่จะขอกลับเข้ารับราชการได้ ส่วนการที่ส่วนราชการจะพิจารณารับกลับเข้ารับราชการหรือไม่นั้น เป็นอำนาจของผู้มีอำนาจสั่งบรรจุที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ.กำหนด²⁵² และกรณีถูกลงโทษให้ออกจากราชการ โดยอยู่ในเกณฑ์ได้รับการล้างมลทิน ถือว่ามีได้เคยถูกลงโทษให้ออกจากราชการมาก่อน กรณีนี้จึงไม่ต้องขอยกเว้นคุณสมบัติแต่อย่างใด²⁵³ อีกทั้งยังได้กำหนดหลักการของพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550 (ในส่วนที่เกี่ยวกับวินัยและการออกจากราชการ) เรื่องการขอสมัครสอบแข่งขันเข้ารับราชการหรือขอบรรจุกลับเข้ารับราชการของข้าราชการพลเรือนผู้ที่ได้รับการล้างมลทิน : ข้าราชการพลเรือนที่ถูกสั่งให้ออกถูกลงโทษปลดออกหรือไล่ออกจากราชการและได้รับการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ พ.ศ.2550 ยืนยันหลักเกณฑ์การรับสมัครเข้ารับราชการในกรณีที่ได้รับการล้างมลทินแล้ว โดยกำหนดว่าผลของกฎหมายถือเพียงว่าผู้นั้นไม่เคยได้รับโทษทางวินัยหรือถูกสั่งให้ออกจากราชการเท่านั้น ซึ่งหมายถึงกฎหมายนี้ล้างเฉพาะโทษ แต่การกระทำที่ได้เคยทำมาไม่ได้รับการล้างมลทินตามไปด้วย ดังนั้น จึงไม่ถือว่าผู้นั้นขาดคุณสมบัติทั่วไปตามมาตรา 30 (7) แต่อย่างไรก็ดีผู้มีอำนาจสั่งบรรจุอาจนำพฤติกรรมการที่เคยกระทำผิดวินัยมาวินิจฉัยว่าขาดคุณสมบัติตามมาตรา 30 (4) ที่บัญญัติว่า “ไม่เป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคม” ได้ เช่นข้าราชการที่ถูกลงโทษฐานประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง กรณีข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่น แม้จะได้รับการล้างมลทิน แต่อาจพิจารณาได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคมได้

ในเรื่องนี้นายอตุล จันทรศักดิ์ รองอธิบดีศาลปกครองพิษณุโลก²⁵⁴ มีความเห็นว่าบุคคลที่ต้องโทษจำคุกไม่ได้บกพร่องในศีลธรรมทั้งหมด ซึ่งเหตุของการกระทำผิดนั้นมีความผิดนั้นมีความหลากหลายหากพิจารณาในแง่ของกฎหมายต่างๆ บุคคลดังกล่าวได้รับการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทิน ต้องถือว่าบุคคลเหล่านั้นต้องมีสิทธิอันเสมอด้วยบุคคลที่ไม่เคยถูกลงโทษทางวินัย หรือต้องโทษทางอาญา ซึ่งจะตรงกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติล้างมลทินอย่างแท้จริง

โดยสรุปจะเห็นได้ว่าแนวความคิดการล้างมลทินทำให้เกิดผลดีต่อตัวผู้กระทำผิดที่ได้รับการล้างมลทิน ประเทศต่างๆ จึงได้นำแนวความคิดของการล้างมลทินมาใช้แก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดหลังจากที่ผู้กระทำผิดได้พ้นจากโทษแล้ว โดยการลบล้างการกระทำความผิด

²⁵² หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0709.2/2636 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน 2539

²⁵³ หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0709.2/2642 ลงวันที่ 9 ธันวาคม 2539

²⁵⁴ อตุล จันทรศักดิ์. รองอธิบดีศาลปกครองพิษณุโลก, สัมภาษณ์วันที่ 6 เมษายน 2556

และโทษให้แก่บุคคลดังกล่าว ประเทศไทยมีแนวคิดในการล้างมลทินให้แก่ผู้กระทำผิดโดยมาจากหลักการอภัยทานความผิดหรือโทษของพระมหากษัตริย์ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล้างมลทินออกมาในรูปพระราชบัญญัติเป็นครั้งคราว เฉพาะในช่วงโอกาสสำคัญ โดยที่ผ่านมาการออกกฎหมายล้างมลทินให้แก่ผู้ที่เคยต้องโทษจำคุกและต้องโทษทางวินัยเพื่อให้บุคคลเหล่านี้ได้มีสิทธิสมบูรณ์เช่นเดียวกับบุคคลทั้งหลายซึ่งไม่เคยรับโทษ แต่ในทางปฏิบัติพระราชบัญญัติล้างมลทินยังมีปัญหาการวินิจฉัยและการนำไปใช้การสมัครเข้ารับราชการกรณีเป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาของศาลและได้รับการล้างมลทินแล้ว ซึ่งไม่มีผลในการยกเว้นการจำกัดสิทธิได้ เนื่องจากคำพิพากษาฎีกา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการกฤษฎีกา รวมถึง ก.พ. วินิจฉัยเป็นแนวทางเดียวกันมาตลอดว่าถึงแม้จะมีการออกกฎหมายล้างมลทิน แต่ก็ยังเป็นกฎหมายล้างโทษมิใช่ล้างการกระทำหรือพฤติกรรมกระทำความผิดหรือความประพฤติ ผู้กระทำจึงมีความประพฤติชั่วอยู่ หรือยังเป็นบุคคลที่มีความประพฤติในทางเสื่อมเสียศีลธรรม ซึ่งผู้มีอำนาจในการพิจารณาตามกฎหมาย อาจนำพฤติกรรมที่เคยกระทำความผิดวินัยมาวินิจฉัยว่าขาดคุณสมบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 30 (4) ที่บัญญัติว่า “ไม่เป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคม” ได้ ซึ่งข้อยกเว้นการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาในการรับราชการตามพระราชบัญญัติล้างมลทินไม่สามารถนำไปใช้ในทางปฏิบัติ ดังนั้นเพื่อให้การล้างมลทินเป็นการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิด อีกทั้งการคืนสิทธิให้แก่ผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้ว โดยการลบล้างการกระทำความผิดและโทษแก่บุคคลตรงตามเจตนารมณ์การล้างมลทิน ควรนำหลักเกณฑ์การล้างมลทินในแนวทางของนานาประเทศมาปรับใช้ให้เหมาะสม โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่จะได้รับการล้างมลทินต้องสามารถปรับปรุงตัวเองได้แล้ว อาจใช้หลักเกณฑ์การกระทำความผิดซ้ำภายในระยะเวลาที่กำหนด การผ่านมาตรฐานฟื้นฟูสุขภาพ ทั้งนี้กำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องและปรับปรุงตัวได้แล้ว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำนึกผิด กลับตัวเป็นคนดีแล้วเท่านั้นที่จะได้รับการล้างมลทินด้วยความชอบธรรม ทั้งนี้เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้วสามารถกลับคืนสังคม สามารถกลับเข้ามาใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน โดยให้การล้างมลทินมีผลทำให้ผู้กระทำผิดได้รับการล้างมลทินเปรียบเสมือนบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน และมีผลทำให้ทะเบียนประวัติอาชญากรของผู้กระทำความผิดถูกลบล้างไป

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนไว้ในมาตรา 43 และได้บัญญัติข้อยกเว้นให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ ในกรณีที่เป็นการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางการแข่งขัน

การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สามารถกระทำได้โดยวิธีการตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 บัญญัติไว้ คือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

ประเทศไทยมีการคุ้มครองเสรีภาพการประกอบอาชีพไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้เป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองแก่ประชาชน และการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขและวิธีการที่ระบุไว้ในมาตรา 29 คือต้องตราเป็นกฎหมายและต้องเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ตามที่ระบุในรัฐธรรมนูญ มาตรา 43

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 วรรคหนึ่ง ข. (7) บัญญัติว่าผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม (7) เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ เป็นกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการรับราชการ จึงต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ จึงได้ศึกษาปัญหาการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการ ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ ผลการศึกษาพบประเด็นปัญหาความไม่ชัดเจนในการอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง ความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ความไม่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ความไม่เป็นเอกภาพของกฎหมายในเรื่องระดับของการจำกัดสิทธิในการรับราชการ หรือดำรงตำแหน่งในหน่วยงานของรัฐของบุคคลที่เคยมียกโทษจำคุก การไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางในการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณาขกเว้นลักษณะต้องห้าม และการปรับใช้ข้อยกเว้นการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในการรับราชการตามพระราชบัญญัติล่างมติน

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 วรรคหนึ่ง ได้จำกัดสิทธิในการรับราชการของบุคคลที่เคยมียกโทษจำคุกตามคำพิพากษา ซึ่งองค์กรผู้ตรากฎหมายคงตระหนักดีว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จึงพยายามจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็น โดยการเปิดโอกาสไว้ในมาตรา 36 วรรคสอง ให้บุคคลดังกล่าวเข้ารับราชการได้หากได้รับการยกเว้นคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้าม ตามมาตรา 36 วรรคสอง ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนซึ่งมีลักษณะต้องห้ามตาม ข. (7) ก.พ. อาจพิจารณาขกเว้นให้เข้ารับราชการได้ มติของ ก.พ. ในการยกเว้นดังกล่าว ต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุมการลงมติให้กระทำโดยลับ

จากบทบัญญัติ มาตรา 36 วรรคสอง บุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา (7) ถือเป็นผู้เคยต้องโทษจำคุก สามารถเข้ารับราชการได้ หากได้รับการพิจารณาขกเว้นจาก ก.พ. ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าว พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ให้ ก.พ.เป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าบุคคลใดควรได้รับการยกเว้นคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามอันจะทำให้บุคคลนั้นมีสิทธิในการรับราชการ โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดกรอบในการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. มีเพียงระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการขกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2552 มีสาระสำคัญกำหนดให้บุคคลที่จะขกเว้นยังไม่มีสถานะเป็นข้าราชการ การขกเว้นลักษณะต้องห้าม เพื่อสอบเข้ารับราชการให้ยื่นคำขอต่อเลขาธิการ ก.พ.

อนึ่ง ในทางปฏิบัติปรากฏว่า ก.พ. ยังไม่เคยมีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขกเว้นลักษณะต้องห้ามในกรณีเป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และยังไม่เคยมีการยกเว้นลักษณะต้องห้าม จึงไม่มีเครื่องมือในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. และไม่มีหลักประกันว่าบุคคลที่ขกเว้นลักษณะต้องห้ามจะมีโอกาสเข้ารับราชการได้ในกรณีใดบ้าง อีกทั้ง ก.พ. เองก็ไม่วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขกเว้นลักษณะต้องห้ามในกรณีนี้ว่าจะคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง ทำให้บุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาไม่กล้ายื่นคำขกเว้นลักษณะต้องห้ามเพื่อขอเข้ารับราชการ ส่งผลให้บุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาไม่มีโอกาสรับราชการเลย แม้ว่าจะได้รับการลงโทษจนครบถ้วนแล้วมาเป็นเวลานานเท่าใด และไม่ได้กระทำความผิดอีกเลย และทำให้มาตรา 36 วรรคสอง ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งส่งผลให้การจำกัดสิทธิตามมาตรา 36 วรรคหนึ่ง ก. (7) เป็นการจำกัดสิทธิที่ไม่เป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ เพราะแม้จะมีขกเว้นให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกอาจเข้ารับราชการได้ แต่ผลจากการบังคับใช้กฎหมายกลับไม่เคยมีการขกเว้นเลย จึงเปรียบเสมือนว่าบทบัญญัติห้ามผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในการเข้ารับราชการนี้เป็นบทห้ามเด็ดขาดโดยไม่มีขกเว้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีต่างๆ ตลอดจนขอบเขตการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ซึ่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 ข. (7) เป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำ ความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ แต่ทั้งนี้การบัญญัติกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกจะต้องสอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักสิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาค และสิทธิและเสรีภาพ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุอันไม่เป็นธรรม และนำไปสู่การแก้ไขกฎหมายให้เกิดความทันสมัยก้าวหน้าเทียบเท่ามาตรฐานอารยประเทศ โดยผู้เขียนขอเสนอแนะดังต่อไปนี้

5.2.1 ควรบัญญัติกฎหมายให้เข้าไปในทำนองเดียวกันว่าห้ามมิให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ที่พ้นโทษมาไม่ถึง 5 ปี เข้ารับราชการ โดยอาจบัญญัติเป็นกฎหมายกลางหรือแก้ไขพระราชบัญญัติต่างๆ ให้มีความสอดคล้องกัน

ส่วนของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 จากเดิมที่กำหนดคุณลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนว่า “เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญาเว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ” โดยแก้ไขเป็น ดังนี้

มาตรา 36 ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องมีคุณสมบัติทั่วไป และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

ข. ลักษณะต้องห้าม

(7) เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญา โดยได้พ้นโทษมาไม่ถึงห้าปีในวันสมัครเข้ารับราชการ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนซึ่งมีลักษณะต้องห้ามตาม ข. (4) (6) (8) (9) (10) หรือ (11) ก.พ. อาจพิจารณาขเว้นให้เข้ารับราชการได้ แต่ถ้าเป็นกรณีมีลักษณะต้องห้ามตาม (8) หรือ (9) ผู้นั้นต้องออกจากงานหรือออกจากราชการไปเกินสองปีแล้ว และในกรณีมีลักษณะต้องห้ามตาม (10) ผู้นั้นต้องออกจากงานหรือออกจากราชการไปเกินสามปีแล้ว และต้องมีใช่เป็นกรณีออกจากงาน หรือออกจากราชการเพราะทุจริตต่อหน้าที่ มติของ ก.พ. ในการขกเว้นดังกล่าวต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม การลงมติให้กระทำโดยลับ

ส่วนการที่องค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการประเภทใดเห็นว่า ลักษณะงานบางอย่างมีความจำเป็นต้องกำหนดลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่จะปฏิบัติงานนั้นให้มีมาตรฐานสูงหรือแตกต่างจากงานอื่น ให้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความเหมาะสมของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพนั้นๆ หรือปฏิบัติงานนั้นๆ โดยเฉพาะ โดยเกณฑ์ในการพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพต้องมีความสัมพันธ์กับลักษณะงาน

5.2.2 หากมีปัญหายังไม่สามารถแก้ไขกฎหมายให้เข้าไปตามข้างต้นได้ในเวลาอันใกล้นี้ ซึ่งอาจเป็นปัญหาเกี่ยวกับทัศนคติของสังคมหรือหน่วยงานของรัฐ เห็นควรแก้ไขปัญหา พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 โดยการกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการอนุญาตให้มีการขกเว้นลักษณะต้องห้ามเพื่อให้บุคคลดังกล่าวมีโอกาสในการเข้ารับราชการได้ ดังนี้

1) ระยะเวลาหลังจากพ้นโทษ

โดยที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้บุคคลซึ่งเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกโดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึงห้าปี เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมัครรับการเลือกตั้งหรือเข้ารับการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภา ไม่ให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และกรรมการการเลือกตั้ง สมาชิกวุฒิสภา ดังนั้น จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ว่าผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญา โดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึงห้าปีในวันสมัครเข้ารับราชการ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

เพื่อให้มีความชัดเจน เป็นเอกภาพ ไม่เป็นการจำกัดสิทธิที่เกินกว่าความจำเป็นจนมีลักษณะเป็นการตัดไม่ให้มีโอกาสได้ใช้สิทธินั้นเลย และสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค ซึ่งทั้งนี้ต้องไม่มีการกระทำผิดซ้ำ การที่ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาไม่ได้กระทำความผิดซ้ำอีก เป็นการแสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นมิได้เป็นผู้กระทำความผิดคดีนี้ และเป็นเหตุผลว่าบุคคลนั้นไม่ใช่เป็นผู้ที่ขาดความเหมาะสมที่จะเข้ารับราชการ

2) ลักษณะความผิดที่กระทำ

การพิจารณาถึงลักษณะความผิดที่กระทำ อาจพิจารณาได้ในแง่ของ ความผิดที่กระทำนั้นเป็นความผิดที่ผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้ายหรือควรได้รับการติเตียนในทางศีลธรรมหรือไม่ หรือเป็นความผิดที่ผู้กระทำมิได้จิตใจชั่วร้ายหรือควรได้รับการติเตียนในทางศีลธรรม แต่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ ซึ่งกรณีที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินี้ อาจต้องพิจารณาประกอบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคมประกอบด้วย

3) อัตราโทษที่ศาลกำหนด

อัตราโทษที่ศาลกำหนดเป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงความร้ายแรงของความผิดที่กระทำ จึงควรเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการพิจารณาว่าบุคคลนั้นควรได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามหรือไม่

4) ความสัมพันธ์ระหว่างลักษณะการกระทำความผิดและลักษณะงานที่จะทำ

การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างลักษณะความผิดที่ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาได้กระทำกับความเหมาะสมของหน้าที่ของตำแหน่งงานที่จะทำนั้น นับว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยพิจารณาว่าหากไม่มีความสัมพันธ์กันเลยหรือมีความสัมพันธ์กันเพียงเล็กน้อย ก็ควรจะได้รับยกเว้นลักษณะต้องห้าม

5) การผ่านกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูและบำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคม

การผ่านกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูและการบำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคมจะเป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นสามารถอยู่ร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้เป็นอย่างดี โดยอาจกำหนดให้มีการรับรองจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องว่าผู้นั้นได้ผ่านกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูและบำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคมแล้ว

6) อายุขณะกระทำความผิด

อายุขณะกระทำความผิดเป็นปัจจัยหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณาประกอบ การตัดสินใจว่าจะยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้แก่ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาหรือไม่ โดยผู้กระทำความผิดในขณะที่ยังอ่อนวัยย่อมมีความเหมาะสมที่จะได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้าม เพราะถือว่าเป็นการกระทำความผิดในขณะที่ยังอ่อนวุฒิภาวะและยังไม่รู้จักความผิดชอบชั่วดี

5.2.3 กรณีข้อยกเว้นการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในการรับราชการตามพระราชบัญญัติล้างมลทินในฉบับต่างๆ เห็นควรมีการแนวทางการล้างมลทินของนานาประเทศมาปรับใช้ให้เหมาะสม โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่จะได้รับการล้างมลทินต้องสามารถปรับปรุงตัวเองได้แล้ว อาจใช้หลักเกณฑ์การกระทำความผิดซ้ำภายในระยะเวลาที่กำหนด และต้องผ่านมาตรการฟื้นฟูเยียวยาจากหน่วยงานที่รับผิดชอบ โดยกำหนดให้ผู้ที่แก้ไขและปรับปรุงตัวได้แล้วเท่านั้นที่ได้รับการล้างมลทิน เพื่อให้ผู้กระทำความผิดนั้นสำนึกผิด กลับตัวเป็นคนดี พร้อมกลับคืนสู่สังคมตรงตามเจตนารมณ์ โดยการคืนสิทธิให้แก่ผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้ว และลบล้างการกระทำความผิดและโทษให้แก่บุคคลดังกล่าว ทั้งนี้ เป็นการลบมลทินหรือตราบาปซึ่งเกิดจากการกระทำความผิดหรือการลงโทษจะยังคงติดตัวผู้กระทำผิดอยู่ทั้งที่ผู้กระทำผิดก็ได้พ้นโทษไปแล้ว ซึ่งเป็นความถูกต้องชอบธรรมที่ผู้กระทำผิดซึ่งได้รับโทษแล้วจะได้รับการปลดเปลื้องมลทินหรือตราบาปใดๆ ที่เกิดจากการกระทำความผิดหรือการลงโทษทั้งปวง ทั้งนี้เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้วสามารถกลับคืนสาสังคม สามารถกลับเข้ามาใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน โดยให้การล้างมลทินมีผลทำให้ผู้กระทำผิดได้รับการล้างมลทินเปรียบเสมือนบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน และมีผลทำให้ทะเบียนประวัติอาชญากรของผู้กระทำความผิดถูกลบล้างไป

5.2.4 รัฐควรกำหนดนโยบายปรับทัศนคติแก่บุคคลในสังคมให้เห็นคุณค่าของผู้เคยต้องโทษ จำคุกว่าบุคคลดังกล่าวมีความรู้ความสามารถในการพัฒนาสังคมและประเทศชาติได้เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป เพื่อให้สังคมเปิดโอกาสให้บุคคลดังกล่าวได้เข้ามามีส่วนร่วมในการพัฒนาประเทศ

DU
P
U

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2552). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินดีง.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2538). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 4).
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2545). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จิตติ ดิงศภัทย์. (2521) *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1* (พิมพ์ครั้งที่ 6)
(กรุงเทพฯ : แสงทองการพิมพ์.
- _____. (2529). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9). สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2540). *กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 3).
กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์. (2552). *ประมวลกฎหมายอาญานับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ:
วิญญูชน.
- ธานี วรภัทร์. (2553). *กฎหมายว่าด้วย การบังคับโทษจำคุก*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*
(พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *โครงการเฉลิมพระเกียรติสารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร
ไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ : องค์การคำคุณสภา
- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ (2550). *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของ
กฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- _____. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2551). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2549). *หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- ประดิษฐ์ มนุชธรรม, หลวง (ปรีดี พนมยงค์). (ม.ป.ป.). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. (ม.ป.ท.).
- ประเสริฐ เมฆมณี. (2523). *หลักทฤษฎีวิทยา*. กรุงเทพฯ : บพิธการพิมพ์.
- ผองจิตต์ อธิคมนันท์. (2536). *สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- พรชัย เลื่อนฉวี. (2546). *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- โกคิน พลกุล. (2539). *หลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- มานิตย์ จุมปา. (2543). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2555). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ: ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2538). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ:ธรรมสาร.
- วิษณุ เครืองาม (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- วิสาร พันธนะ. (2531). *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1 สาขาวิชานิติศาสตร์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- วีระ โลจายะ. (2547). *กฎหมายมหาชน: สิทธิเสรีภาพของประชาชน หน่วยที่ 8-15* (พิมพ์ครั้งที่ 33). นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- _____. (2532). *กฎหมายสิทธิมนุษยชน* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์.
- ดิเรก ควรสมาคม. (2553). *กฎหมายมหาชน: แนวประยุกต์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน
- สมยศ เชื้อไทย. (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ : เรือนแก้วการพิมพ์.
- _____. (2548). *นิติปรัชญาเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- _____. (2555). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สำนักงาน ก.พ. (2551). *ประมวลกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน พุทธศักราช 2471 – 2551*. กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงาน ก.พ.

- สำนักงาน ก.พ. (2536). พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวกับระบบข้าราชการพลเรือน : บันทึกประวัติศาสตร์ร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2471. กรุงเทพฯ: ประชาชน.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2552). กฎหมายไทย: เล่ม 9 บุคลากรภาครัฐ. กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์ 50.
- สุพจน์ สุโรจน์. (2531). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- โสภณ ซปีดมันน์. (2537). อาชญากรรม: ปัญหาที่ควรแก้ไขในสังคมปัจจุบัน. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช.
- โสรัจ สุจริตกุล. (2514). การบริหารงานบุคคลในประเทศไทย: ประชาธิปไตยกับระบบข้าราชการพลเรือน (พิมพ์ครั้งที่ 2) (อมร รักษาสัตย์ และโสรัจ สุจริตกุล บรรณาธิการ). พระนคร: สำนักพิมพ์ทำเนียบนายกรัฐมนตรี.
- หยุด แสงอุทัย. (2512). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 พร้อมด้วยคำแปลมาตราเป็นภาษาอังกฤษของทางราชการ. พระนคร: นำเชิยการพิมพ์.
- _____. (2533). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ: ประกายพริก.
- อุดม รัฐอมฤต, นพนธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (2544). การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

บทความ

- กฤษณ์ วสินนท์. (2547). “เสรีภาพในการการค้าและอุตสาหกรรมในระบบกฎหมายไทย: การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.” วารสารกฎหมาย, 23(1).
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2544, กันยายน - ธันวาคม). “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, 3(9).
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2554). “หลักสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย: แนวความคิดและภาคปฏิบัติ.” จุลนิติ, 8(1).

- จรัญ โฆษณานันท์. (2528). “สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีของมนุษย์: บทวิจารณ์เชิงวิเคราะห์แนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในโลกที่มีไข่วันตก.” *วารสารกฎหมาย*, 10 (2).
- ชาญคณิต ก.สุริยะมณี, จวน ไชยสุพรรณ, นก กาญจนกันติ และ ประจัน มณีนิล (2530). “ปัญหาและความต้องการของนักโทษที่จะได้รับการปลดปล่อยในปี 2530”
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (ตุลาคม 2546 – มีนาคม 2547). “ความเสมอภาคในการสมัครสอบเพื่อเข้ารับราชการ.” *วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน*, 2 (2).
- บุปผา อัครพิมาน. (2548). “หลักกฎหมายทั่วไป.” *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 5 (1).
- ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2541). การปฏิรูประบบการลงโทษแนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา. *บทบัณฑิตย*, เล่ม 54 ตอน 4.
- ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล (2523). “การจำกัดสิทธิเสรีภาพทางด้านแรงงาน.” *วารสารนิติศาสตร์*, 11 (3).
- ฤทัย หงส์ศิริ. (2543, กันยายน - ธันวาคม). “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและมาตรการของรัฐที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม.” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 2 (6).
- ม. ฤชพันธ์ (2510, กันยายน). “ประวัติระบบข้าราชการพลเรือนอเมริกัน.” *วารสารข้าราชการ*. 11 (9).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2542, มิถุนายน) “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร” ในการควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” *วารสารนิติศาสตร์*, 30 (2).
- ศรียาชา เจริญพาณิชย์. (2554). “หลักสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย: แนวความคิดและภาคปฏิบัติ.” *จุดนิติ*. 8 (1).
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2542, มิถุนายน). “หลักความเสมอภาค.” *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 30, ฉบับที่ 2.
- สุขุมนัยประดิษฐ์, (หลวง). (2501,กรกฎาคม). “สาระสำคัญของระบบ Merit System.” *วารสารข้าราชการ*, 3 (7).
- อุกฤษ มงคลนาวิน. (2518). “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” *บทบัณฑิตย*. เล่มที่ 32 ตอนที่ 1.

วิทยานิพนธ์

- กิตติบดี ไยพูล. (2544). ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พ้นโทษในการเข้าทำงาน (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

- ภาคภูมิ โโกกะอินทร์. (2549). *หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ศิรสา พูลสนอง. (2543) *การล้างมลทินในประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วัชรารักษ์ จิตรชุ่ม. (2545). การหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกโดยงานคุมประพฤติ ศึกษาเฉพาะอัตรา โทษการรอการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา. (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- สัญญาชาติ อุปนันชัย. (2551). *การจำกัดสิทธิของผู้เคยได้รับการล้างมลทินเนื่องจากกระทำผิดอาญา หรือวินัย* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง.

เอกสารอื่น ๆ

- กฤษณ์ วสินนท์. (2551). *หลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ*. เอกสารประกอบการเรียนการสอนวิชากฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (ม.ป.ป.). *กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม*. กรุงเทพฯ: เอ็ส. เอ็ม. เซอร์คิทเพรส.
- พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต). (2554). *พจนานุกรมพุทธศาสตร์ ฉบับประมวลศัพท์* (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: สหธรรมิก.
- เพลินใจ แต่เกษม และคณะ. (2553) รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิจัยเรื่อง *ปัจจัยที่ส่งผลต่อความสำเร็จในการประกอบอาชีพของผู้พ้นโทษที่ได้รับใบรับรองความประพฤติจากรมราชทัณฑ์* กลุ่มงานพัฒนาระบบการพัฒนาพฤตินิสัย สำนักวิจัยและพัฒนาาระบบงานราชการ กรมราชทัณฑ์.
- มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย. *กฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ*. รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ไพโรจน์ พลเพชร และ ฌฐกร ศรีแก้ว. (2549) รายงานการศึกษา *สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามกรอบรัฐธรรมนูญในบริบทของสังคมไทยและมาตรฐานสากลระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน เสนอ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ*. เสนอต่อ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ศูนย์ศึกษาและพัฒนาสันติวิธี มหาวิทยาลัยมหิดล.

ราชบัณฑิตยสถาน. (2544). *พจนานุกรมกฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน* (พิมพ์ครั้งที่ 3).

กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน.

_____. (2524). *พจนานุกรมศัพท์สังคมวิทยาอังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน*.

กรุงเทพฯ: รุ่งศิลป์การพิมพ์.

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, สำนักกฎหมาย. (2550). *เอกสารประกอบการพิจารณา*

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล พ.ศ...

(โดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ). บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

ในคราวประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 34/2550 เป็นพิเศษ

วันพุธที่ 11 กรกฎาคม 2550.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2551). *กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี*.

กรุงเทพฯ: พี. เพรส.

กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้อง

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 657/2541

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 634/2555

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 7/2546

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.116/2554

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 694/2539

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 483/2543

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3295/2541

รายงานผลการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 43/2555

ประมวลกฎหมายอาญา

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543

พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ.2547

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ.2554

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2554

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ.2535

พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2542
 พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช
 มีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550
 หนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ น. 826/2482 ลงวันที่ 2 พฤษภาคม 2482
 หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0709.2/2636 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน 2539
 หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0709.2/2642 ลงวันที่ 9 ธันวาคม 2539
 หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1011/159 ลงวันที่ 11 ธันวาคม 2551

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

กรมราชทัณฑ์. (2555). สถิติผู้ต้องหาราชทัณฑ์. สืบค้นเมื่อ 30 ตุลาคม 2555, จาก
<http://www.correct.go.th/correct2009/>
 ชำนาญ จันทร์เรือง. สิ่งที่เป็นความผิดในตัวเองกับสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด. สืบค้นเมื่อ
 20 มีนาคม 2556, จาก http://thaienews.blogspot.com/2011/12/blog-post_4087.html
 นันทวัฒน์ บรมานันท์. ความหมายของประโยชน์สาธารณะ. สืบค้นเมื่อ 25 สิงหาคม 2554, จาก
<http://www.pub-law.net/Publaw/view.aspx?ID=461>
 ภูริชญา วัฒนรุ่ง. ลักษณะทางกฎหมายมหาชนของประโยชน์สาธารณะ.
 สืบค้นเมื่อ 25 สิงหาคม 2554, จาก
http://www.archanpoo.net/index.php?option=com_content&view=article&catid=2%3Aanswer&id=26%3Aquestion-8&Itemid=4
 ลิจิต ธีรเวคิน. สิทธิในการประกอบอาชีพ. สืบค้นเมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2555, จาก
http://www.dhiravegin.com/detail.php?item_id=000431
 สำนักงาน ก.พ. หลักการของพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550 (ในส่วนที่เกี่ยวกับวินัยและการออกจากราชการ. สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2556, จาก
http://www.ocsc.go.th/ocsc/th/index.php?option=com_content&view=article&id=2835&catid=70

LAW

Civil Service Reform Act of 1978 (U.S.A.)

ELECTRONIC SOURCES

Employeeissues.com. *Federal Employment Discrimination Laws*. Retrieved November 1, 2012,
from http://employeeissues.com/discrimination_laws.htm

Civil Service Reform Act of 1978, Section 2301 (a). Retrieved November 5, 2012,
from http://archive.opm.gov/biographyofanideal/PU_CSreform.htm

HRS Chapter 378. from http://www.capitol.hawaii.gov/~hrscurrent/Vol07_Ch0346-0398/
Section 10 A of Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986.

from <http://www.humanrights.gov.au/our-work/aboriginal-and-torres-strait-islander-social-justice>

United States Access Board. The Rehabilitation Act Amendments of 1973, as amended.,

from <http://www.access-board.gov/enforcement/rehab-act-text/intro.htm#Purpose>

United States Department of Justice. Americans With Disabilities Act of 1990, As amended. from
<http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.pdf>

Human Rights and Equal Opportunity Commission Regulations 1989

from <http://www.comlaw.gov.au/Series/F1997B01736>

Draft

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

แบบสัมภาษณ์ เรื่องปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิ
ของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการ :
ศึกษานิเทศก์ข้าราชการพลเรือนสามัญ

แบบสัมภาษณ์ความคิดเห็นเกี่ยวกับวิทยานิพนธ์
เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของเคยศองโทษจำคุก
ในการรับราชการ : ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ

1. ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) ได้บัญญัติให้ผู้ที่
จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเพราะ
กระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่ เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ จึงส่งผลให้ผู้เคย
ต้องโทษจำคุกไม่สามารถเข้ารับราชการได้ ท่านเห็นด้วยกับการที่กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพผู้เคย
ต้องโทษจำคุกในการรับราชการดังกล่าวนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด
.....
.....
.....
2. ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา (ยกเว้น เป็นการกระทำโดยประมาท
หรือลหุโทษ) ที่ได้รับโทษตามกระบวนการยุติธรรมครบถ้วนแล้ว สามารถกลับตัวเป็นคนดี โดย
หากได้รับราชการจะสามารถปฏิบัติตามระเบียบวินัยราชการได้ในระดับที่ไม่แตกต่างจาก
ข้าราชการที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญาดังกล่าว
.....
.....
.....
3. การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษามาตามข้อ 1 นั้น
พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 วรรคสอง ให้คณะกรรมการ
ข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) พิจารณายกเว้นให้ผู้นั้นเข้ารับราชการได้ แต่พระราชบัญญัติระเบียบ
ข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ว่า ควรมี
แนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณายกเว้นอย่างไร หากจะมีการกำหนดกรอบแนวทางการใช้
ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ท่านคิดว่าควร
กำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้าม โดยกำหนดให้
ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง
.....
.....
.....

4. ท่านเห็นด้วยหรือไม่ หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณายกเว้นลักษณะ ต้องห้ามตามข้อ 1 โดยให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัย ดังนี้

4.1 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่เป็นความผิดมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือเป็นความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) โดยมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้น ผู้กระทำไม่มีสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายเหมือนความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง กรณีที่ต้องโทษจำคุกเพราะการกระทำความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ จึงควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

.....
.....
.....

4.2 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามเพื่อให้สามารถรับราชการได้ ให้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด โดยหากไม่มีความสัมพันธ์กันหรือมีความสัมพันธ์กันน้อยมาก ก็ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

.....
.....
.....

4.3 ระยะเวลาที่ผ่านมาหลังการพ้นโทษ และการกระทำผิดซ้ำ โดยหากพ้นโทษจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี และไม่มีกระทำความผิดซ้ำอีกในระยะเวลาดังกล่าว ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

.....
.....
.....

ภาคผนวก ข

บทสัมภาษณ์ เรื่องปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิ
ของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการ :
ศึกษานิพนธ์ข้าราชการพลเรือนสามัญ

นายไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์

ตำแหน่ง กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

สัมภาษณ์วันที่ 18 มีนาคม 2556

คำถามที่ 1 ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) ได้บัญญัติให้ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่ใช่ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่ เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ จึงส่งผลให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกไม่สามารถเข้ารับราชการได้ ท่านเห็นด้วยกับการที่กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการดังกล่าวนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด

คำตอบ นายไม่เห็นด้วย ในฐานะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้พิจารณาในกรอบของการจำกัดสิทธิเสรีภาพ หากการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินความจำเป็น และกระทบในสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพกระทำไม่ได้ ตามรัฐธรรมนูญ ปกฤษฎาสาทุก กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งต้องให้ออกาสผู้ที่ต้องโทษจำคุกมาแล้ว และสามารถกลับตัวเป็นคนดี ได้มีโอกาสดูกลับตัวกลับใจ เพื่อรับใช้สังคม ประชาชน ประเทศชาติ เพราะฉะนั้นข้อจำกัดของข้อกฎหมายดังกล่าวไม่ควรปิดกั้นไม่ว่ากรณีใด

กรณีการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในการรับราชการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้รับคำร้องเรียนกรณีบุคคลจะสมัครสอบเข้ารับราชการรัฐสภา โดยผู้ร้องโทรศัพท์ไปสอบถามการสมัครเข้ารับราชการ เจ้าหน้าที่ของรัฐสภาแจ้งว่ากรณีเป็นผู้ต้องโทษจำคุก หากสอบได้ก็ไม่สามารถรับราชการได้ เนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ.2551 กำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครรับราชการ เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งข้อเท็จจริงลักษณะต้องห้ามดังกล่าวตามมาตรา 37 วรรคสอง ก.ร. อาจพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามโดยผู้ร้องยื่นคำร้องขอยกเว้นลักษณะต้องห้าม แต่เจ้าหน้าที่ไม่ได้แจ้งให้ผู้ร้องทราบถึงการขอยกเว้นลักษณะต้องห้าม ผู้ร้องจึงไม่ได้ไปสมัครสอบ และร้องเรียนไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งได้รับมอบหมาย จึงศึกษาระบบกฎหมายของการสรรหาคณะกรเข้าปออยู่ในองค์กรต่างๆ และจัดกลุ่มการจำกัดสิทธิการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกได้ 3 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 การกำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เป็นลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ โดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้นลักษณะต้องห้าม แม้ว่าจะพ้นโทษภายในระยะเวลาใด ไม่สามารถเข้ารับราชการได้ ได้แก่ ข้าราชการทหาร ข้าราชการการเมือง ข้าราชการในอุดมศึกษาของรัฐที่ในระดับอาจารย์มหาวิทยาลัย

กลุ่มที่ 2 กลุ่มองค์กรที่ใช้พระราชบัญญัติ ระเบียบ หรือกฎหมายที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นลักษณะต้องห้ามในการรับราชการ แต่มีข้อยกเว้นให้หน่วยงานสามารถกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะหรือใช้ดุลพินิจในการรับสมัครบุคคลผู้มีลักษณะต้องห้ามเข้ารับราชการได้ ได้แก่ ข้าราชการรัฐสภา ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการอัยการ ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ซึ่งกำหนดข้อยกเว้น โดยข้อยกเว้นลักษณะต้องห้ามต่อคณะกรรมการองค์กรกลางการบริหารงานบุคคล

กลุ่มที่ 3 กลุ่มองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกลุ่มองค์กรที่มีการกำหนดระยะเวลาในการพ้นโทษเป็นคุณสมบัติที่สามารถเข้าดำรงตำแหน่งได้ เช่น กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี ซึ่งมีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ตามรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำหนดลักษณะต้องห้ามการเข้ารับราชการตามพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ หรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือกรรมการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เห็นได้ว่าการบัญญัติแตกต่างกัน ได้มีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อคณะรัฐมนตรีและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยกลุ่มองค์กรที่ใช้พระราชบัญญัติหรือระเบียบที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการโดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นนั้น ควรมีการพิจารณาทบทวนปรับปรุงและแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายแต่ละฉบับให้สอดคล้องกับมิติด้านสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ พันธกรณีระหว่างประเทศที่ให้การคุ้มครองและรับรองไว้ ไม่เป็นการจำกัดสิทธิของผู้เคยได้รับโทษจำคุกในการสมัครสอบเข้ารับราชการ โดยการกำหนดข้อยกเว้นต้องมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนและมีความเป็นธรรม รวมทั้งควรมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการประกอบอาชีพ โดยอาจกำหนดกรอบระยะเวลาให้ผู้ที่เคยต้องโทษจำคุกในการสมัครสอบเข้ารับราชการเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกสามารถใช้สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการและสามารถกลับตนเป็นคนดีเพื่อทำประโยชน์ให้แก่สังคมและประเทศชาติต่อไป ทั้งนี้ การพิจารณาดังกล่าวควรมีการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายและระเบียบเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเป็นมาตรฐานเดียวกัน

แต่บางหน่วยงานได้แก่ ข้าราชการทหาร และสำนักงานเลขาธิการคุรุสภา ตอบยืนยันว่ายังคงต้องการผู้ที่มีคุณธรรม จริยธรรมที่แตกต่างจากข้าราชการอื่น และเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแล้ว ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณา

เปรียบเทียบระหว่างข้าราชการตุลาการ ข้าราชการอัยการ ควรต้องการผู้มีจริยธรรมในการตัดสินใจ ความสูงกว่าข้าราชการทหารหรือไม่ แต่ข้าราชการตุลาการ ข้าราชการอัยการ ยังมีการกำหนด ข้อยกเว้นคุณสมบัติต้องห้ามได้ ซึ่งที่สนะส่วนตัวควรต้องมองภาพรวม หากข้าราชการทหารจะไม่มีข้อยกเว้นคุณสมบัติต้องห้าม ควรต้องแยกให้เห็นชัดเจนว่าไม่ยกเว้นในตำแหน่งใด ถ้าเป็น ข้าราชการตุลาการทั่วไป ควรกำหนดข้อยกเว้นลักษณะต้องห้ามได้ อย่าเหมารวมทั้งกระทรวง โดยไม่มีข้อยกเว้นลักษณะต้องห้าม

คำถามที่ 2 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา (ยกเว้น เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ) ที่ได้รับโทษตามกระบวนการยุติธรรมครบถ้วนแล้ว สามารถกลับตัวเป็นคนดี โดยหากได้รับราชการจะสามารถปฏิบัติตามระเบียบวินัยราชการได้ในระดับที่ไม่แตกต่างจากข้าราชการที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญาดังกล่าว

คำอธิบาย มิตินี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ถ้าตราบโศกสงคมไม่ให้อภัย ในที่สนะ อาชญาวิทยาหรือการส่งเสริมคุ้มครองปกป้องสิทธิมนุษยชน เห็นว่าเป็นหลักการพื้นฐานต้องให้ โอกาสบุคคลทุกคนที่เกิดมาเป็นมนุษย์ให้สามารถมีชีวิตอยู่รอดปลอดภัยในสังคม อย่าคาดเดา ล่วงหน้าว่าเขาเป็นคนไม่ดี ฝังตัวไปตลอดชีวิต หากบุคคลดังกล่าวเป็นคนไม่ดี เมื่ออยู่ในสังกัดของ หน่วยงานต่างๆ และกระทำความผิด สามารถบังคับใช้กฎหมายกับผู้กระทำความผิดได้อย่างเต็มที่ ตรงจุดนี้เป็นจุดที่ต้องแยกให้ชัดเจนในหลักการต่างๆ ให้ได้สัดส่วน ซึ่งบุคคลเหล่านี้จะไม่เป็น ภาระต่อสังคมต่อไป การจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องในการพิจารณาด้านสิทธิพื้นฐาน ของมนุษย์

คำถามที่ 3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำ พิพากษาตามข้อ 1 นั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 วรรคสอง ให้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) พิจารณายกเว้นให้ผู้นั้นเข้ารับราชการได้ แต่ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจ ของ ก.พ. ไว้ว่า ควรมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณายกเว้นอย่างไร หากจะมีการกำหนดกรอบ แนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ท่าน คิดว่าควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้าม โดย กำหนดให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง

คำอธิบาย นอกจากลักษณะเรื่องผู้ต้องโทษ ควรพิจารณาในเรื่องในระยะเวลาที่ผ่านมาต้อง ไม่กระทำความผิดซ้ำ ไม่ประพฤติบกพร่องทางศีลธรรม ซึ่งหน่วยงานที่ใช้ดุลพินิจต้องพิจารณาต้องใช้ ความระมัดระวัง ไม่ใช้ดุลพินิจในเชิงปิดกั้นตายตัวตลอดไป ต้องมีการฟ้องถ่าย ในลักษณะการให้ โอกาส อีกทั้งการใช้ดุลพินิจต้องอยู่ในกรอบของหลักนิติธรรมและสามารถตรวจสอบได้โดย

องค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ ทั้งนี้หากบุคคลดังกล่าวกระทำความผิดหน่วยงานสามารถบังคับใช้กฎหมายลงโทษทัณฑ์ได้อย่างเคร่งครัด

คำถามที่ 4 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณาขเว้นลักษณะ ต้องห้ามตามข้อ 1 โดยให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัย ดังนี้

4.1 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่เป็นความผิดมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือเป็นความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) โดยมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้น ผู้กระทำไม่มีสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายเหมือนความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง กรณีที่ต้องโทษจำคุกเพราะการกระทำความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ จึงควรพิจารณาให้ได้รับการขเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย ความผิดในตัวเองหรือความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้นไม่ได้มีจิตใจที่ชั่วร้ายตลอดเวลา และมีโอกาสเป็นคนดีและกลับคืนสู่สังคมได้ ส่วนของ ก.พ. พิจารณาแล้วเสมือนหนึ่งว่ากฎหมายที่เปิดโอกาสมีข้อยกเว้นลักษณะต้องห้าม แต่ยังคงสงสัยว่าในชั้นการรับสมัครคนที่พ้นโทษมากถ้าไปสมัครหรือไม่ ตรงนี้คิดว่าต้องช่วยกันเตือนสติสังคมว่านโยบายของรัฐในฐานะที่กำกับหน่วยงานต่างๆ ต้องแสดงจุดยืนให้ชัดเจนว่าให้โอกาสบุคคลที่พ้นโทษกลับสู่เป็นคนดี เป็นตัวนำไม่ควรใช้แนวทางการใช้ดุลพินิจตัดสิน ยกตัวอย่างเช่น ภาครัฐกำหนดนโยบายบุคคลที่เป็นโรคเอดส์ให้กลับเข้ามาทำงาน ไม่รังเกียจ หากภาครัฐเป็นตัวอย่าง ภาคเอกชนก็จะเดินตาม ถ้าตราบใดภาครัฐไม่ออกนโยบายและนำ ภาคเอกชนไม่มีทางเดินตาม เพราะฉะนั้นต้องเป็นข้อเสนอแนะเชิงสร้างสรรค์ โดยภาครัฐควรกำหนดนโยบายสำหรับคนพ้นโทษ ไม่พิจารณาเรื่องเหตุการใช้ดุลพินิจมาเป็นหลัก ควรต้องให้โอกาสเสมอ ไม่ว่าจะมีความผิดในตัวเองหรือความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ ซึ่งหากความผิดลักษณะอุกฉกรรจ์บุคคลดังกล่าวก็ไม่ได้อยู่ในสังคม ยังคงต้องถูกจำคุกอยู่ แต่บุคคลที่ออกมา หมายถึงว่าการที่ต้องโทษทำให้เขาเจ็บหลายหรือไม่ และกลับตัวเป็นคนดี ถ้ายึดตรงนี้เป็นหลัก ไม่ว่าจะดุลพินิจหรืออะไรไม่ใช่สาระสำคัญ

4.2 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรได้รับการขเว้นลักษณะต้องห้าม เพื่อให้สามารถรับราชการได้ ให้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด โดยหากไม่มีความสัมพันธ์กันหรือมีความสัมพันธ์กันน้อยมาก ก็ควรพิจารณาให้ได้รับการขเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย กรณีข้าราชการทหารนั้นปิดกั้นทุกกรณีก็ไม่ถูกต้อง เนื่องจากไม่ได้ใช้คุณธรรมจริยธรรมอย่างสูงเกินกว่าศาล ทำอย่างไรมิติที่ให้ความเท่าเทียม อย่าเลือกปฏิบัติจนเกิดความแตกต่างฟ้ากับดิน เช่น ข้าราชการทหารต้องไม่มีความต่างพร้อย แต่ผู้พิพากษาหรืออัยการมีต่างพร้อยได้ ซึ่งการใช้อำนาจก็มีความแตกต่างกัน เมื่อแตกต่างต้องพิจารณาว่าการกำหนดไม่ให้แตกต่างกับหน่วยงานอื่นมีอะไรบ้าง เช่น เจ้าหน้าที่การเงินต้องไม่ทุจริต ถ้าการกำหนดครอบเป็น ผู้เคยต้องโทษเพราะทุจริตประพฤติมิชอบมาก่อนแล้วเอากฎหมายที่กำหนดความผิดมาเป็นข้อห้าม เห็นว่าหน่วยงานก็มีดุลพินิจตามสมควรว่าบุคคลเหล่านี้เคยกระทำในเรื่องเหล่านี้มาแล้ว ศาลลงโทษจะรับอีกหรือไม่

4.3 ระยะเวลาที่ผ่านมาหลังการพ้นโทษ และการกระทำผิดซ้ำ โดยหากพ้นโทษจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี และไม่มีการกระทำผิดซ้ำอีกในระยะเวลาดังกล่าว ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย การกำหนดข้อยกเว้นหลักเกณฑ์สามปี หรือห้าปี ควรต้องกำหนดให้ชัดเจน เมื่อมีความชัดเจนด้วยบทบัญญัติ ดุลพินิจจะหายไป ห้ามใช้ดุลพินิจเรื่องนี้ คือใช้กฎหมายเขียนเหมือนองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา บัญญัติกฎหมายให้ชัดเจน ผู้สมัครจะมีความชัดเจนว่ายังไม่ครบตามเกณฑ์ที่กำหนด ก็จะไม่ไปสมัคร หากไปสมัครต้องพิจารณาโดยดุลพินิจอยู่ดี ควรมีเหมือนมีองค์กรอื่นโดยต้องเทียบเคียงให้เท่าเทียมกัน โดยมีกฎหมายกลางแบบรัฐวิสาหกิจที่มีคุณสมบัติมาตรฐานกลางในการกำหนดข้อยกเว้น คุณลักษณะต้องห้ามผู้พ้นโทษในการรับราชการ โดยมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนและมีความเป็นธรรม มีการกำหนดกรอบระยะเวลาที่ผ่านมาหลังการพ้นโทษ และบังคับใช้ทุกหน่วยงาน เสมือนเป็นคุณสมบัติมาตรฐานข้าราชการ เป็นศูนย์กลางให้องค์กรนำไปใช้

นายนิธิ จิตสว่าง

ตำแหน่ง ผู้ตรวจราชการกระทรวงยุติธรรม

สัมภาษณ์วันที่ 27 มีนาคม 2556

คำถามที่ 1 ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) ได้บัญญัติให้ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่ เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ จึงส่งผลให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกไม่สามารถเข้ารับราชการได้ ท่านเห็นด้วยกับการที่กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการดังกล่าวนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด

คำอธิบาย ไม่เห็นด้วย ควรจะเปิดกว้างเพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้สังคมได้ยอมรับการกลับเข้าสู่สังคมของคนที่ได้รับโทษแล้ว แต่การพิจารณาว่าจะรับกลับมาหรือไม่ นั้น ควรเป็นดุลพินิจของทางหน่วยงาน ซึ่งอาจจะนำประเด็นเกี่ยวกับประวัติไปพิจารณาประกอบ เช่น คะแนนสัมฤทธิ์ หรือเป็นเกณฑ์พิจารณาอื่นๆ เพื่อที่จะทำให้คนเหล่านี้ไม่ได้รับการคัดเลือกก็อาจทำได้ หมายถึงกฎหมายไม่ต้องตัดสิทธิตั้งแต่แรก ควรเปิดโอกาสให้เข้ามาได้ แต่จะได้รับการเลือกหรือไม่อยู่ในดุลพินิจภายหลัง หากสัมฤทธิ์เข้ามาแล้ว เขาอาจทำผิดด้วยความจำเป็น ตอนนี้ได้กลับตัวแล้ว ได้ทำประโยชน์อะไรแล้ว ปล่อยให้เขามีโอกาสมาชี้แจงแสดงผล ถ้าหากเคยต้องโทษจำคุกมาแล้ว เขายังเหมือนเดิมก็ไม่รับเขา แต่กฎหมายตัดสิทธิตั้งแต่แรก ดังนั้นควรเปิดโอกาสและคัดเลือก

คำถามที่ 2 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา (ยกเว้น เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ) ที่ได้รับโทษตามกระบวนการยุติธรรมครบถ้วนแล้ว สามารถกลับตัวเป็นคนดี โดยหากได้รับราชการจะสามารถปฏิบัติตามระเบียบวินัยราชการได้ในระดับที่ไม่แตกต่างจากข้าราชการที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญาดังกล่าว

คำอธิบาย เป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน การที่คนเคยต้องโทษจำคุกแล้วจะสามารถปฏิบัติได้ตามกฎระเบียบของทางราชการ ได้ดีกว่าหรือน้อยกว่า เป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน เพราะขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่นๆ ประกอบด้วย ไม่ใช่ปัจจัยเรื่องมีประวัติอย่างเดียว การมีประวัติอย่างเดียวไม่ได้หมายความว่าต้องมีปัญหาต่อที่นี้ เขาอาจไม่มีปัญหาก็ได้ เพราะฉะนั้นไม่แน่นอน ปัจจัยตัวนี้ ไม่ใช่ปัจจัยชี้ขาดของการที่คนจะมีปัญหาทางวินัยหรือไม่ ขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่นประกอบ

คำถามที่ 3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษามาข้อ 1 นั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 วรรคสอง ให้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) พิจารณาก่อนให้ผู้นั้นเข้ารับราชการได้ แต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจ

ของ ก.พ. ไว้ว่า ควรมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณากรณีอย่างไร หากจะมีการกำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ท่านคิดว่าควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณากรณีลักษณะต้องห้าม โดยกำหนดให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง

คำอธิบาย ควรเป็นเรื่องของหน่วยงานไม่ควรเป็นเรื่องของ ก.พ. แล้วแต่หน่วยงานควรพิจารณา ไม่ใช่เรื่องที่ ก.พ. ควรพิจารณา

คำถามที่ 4 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณากรณีลักษณะต้องห้ามตามข้อ 1 โดยให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัย ดังนี้

4.1 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่เป็นความผิดมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือเป็นความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) โดยมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้น ผู้กระทำไม่มีสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายเหมือนความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง กรณีที่ต้องโทษจำคุกเพราะการกระทำความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ จึงควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย เห็นด้วย ไม่ควรจำกัดข้อนี้ เพราะเป็นความผิดที่ไม่มีสันดานเป็นผู้ร้าย

4.2 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามเพื่อให้สามารถรับราชการได้ ให้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด โดยหากไม่มีความสัมพันธ์กันหรือมีความสัมพันธ์กันน้อยมาก ก็ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย เห็นด้วย ถ้าหากจะพิจารณา หรือจะมีกฎหมายห้าม จะเปิดรับ ก็ควรพิจารณาในประเด็นนี้ เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบด้วย

คำถามที่ 4 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณากรณีลักษณะต้องห้ามตามข้อ 1 โดยให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัย ดังนี้

4.3 ระยะเวลาที่ผ่านมาหลังการพ้นโทษ และการกระทำผิดซ้ำ โดยหากพ้นโทษจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี และไม่มีการกระทำผิดซ้ำอีกในระยะเวลาดังกล่าว ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย เห็นด้วย

นายโสภณ ชิตธรรมพุกษ์

ตำแหน่ง รองอธิบดีกรมราชทัณฑ์ ฝ่ายวิชาการ

สัมภาษณ์วันที่ 28 มีนาคม 2556

คำถามที่ 1 ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) ได้บัญญัติให้ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่ เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ จึงส่งผลให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกไม่สามารถเข้ารับราชการได้ ท่านเห็นด้วยกับการที่กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการดังกล่าวนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด

คำตอบ ไม่เห็นด้วย ควรจะมีการพิจารณาว่าผู้ใดกระทำความผิดทางอาญาลักษณะใด และอย่างไร หากกระทำความผิดอาญาในลักษณะชั่วช้าโดยสันดาน หรือการกระทำที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสังคม หรือคนส่วนใหญ่ของประเทศไม่สมควรอย่างยิ่งที่จะให้สมัครเข้ารับราชการ แต่การกระทำผิดทางอาญาที่มีลักษณะรู้เท่าไม่ถึงการณ์ก็ควรให้สามารถสมัครเข้ารับราชการได้

ดังนั้น การที่จำกัดมิให้ผู้ที่เคยถูกลงโทษจำคุกเพราะกระทำผิดอาญา ไม่สามารถรับราชการได้นั้น ควรมีการพิจารณาถึงพฤติกรรมของการกระทำผิดว่ามีลักษณะใด ผู้กระทำผิดอาญาเป็นผู้มีเจตนาในการกระทำผิดหรือไม่ หากมีเจตนาในการกระทำผิดก็ไม่สมควรให้สมัครเข้ารับราชการ แต่ถ้าไม่มีเจตนาที่ควรที่จะพิจารณาให้สามารถสมัครเข้ารับราชการได้ โดยมีกรณี (7) ดังกล่าวให้มีความครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

คำถามที่ 2 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา (ยกเว้น เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ) ที่ได้รับโทษตามกระบวนการยุติธรรมครบถ้วนแล้ว สามารถกลับตัวเป็นคนดี โดยหากได้รับราชการจะสามารถปฏิบัติตามระเบียบวินัยราชการได้ในระดับที่ไม่แตกต่างจากข้าราชการที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญาดังกล่าว

คำตอบ เห็นด้วย เนื่องจากผู้กระทำผิดอาญาไม่ได้เป็นคนชั่วโดยสันดานเสมอไป แต่อาจกระทำผิดเพราะไม่ได้ตั้งใจหรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ดังนั้น ผู้กระทำผิดดังกล่าวไม่จำเป็นต้องกลับตัวเป็นคนดี เนื่องจากเป็นคนดีอยู่แล้ว ดังนั้น หากเป็นผู้มีความรู้ความสามารถสอบผ่านเข้ารับราชการตามที่ส่วนราชการกำหนด ก็ต้องมีความสามารถรับราชการได้ในระดับที่ไม่แตกต่างกับข้าราชการที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญา

คำถามที่ 3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษามาข้อ 1 นั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 วรรคสอง ให้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) พิจารณาก่อนให้ผู้นั้นเข้ารับราชการได้ แต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจ

ของ ก.พ. ไว้ว่า ควรมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณากรณีอย่างไร หากจะมีการกำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ท่านคิดว่าควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณากรณีลักษณะต้องห้าม โดยกำหนดให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง

คำอธิบาย ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนสามัญ พ.ศ.2551 ระบุว่าผู้ที่ จะเข้ารับราชการต้องไม่เป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคม ซึ่งต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไปว่าพฤติการณ์นั้นจะถือว่าเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีหรือไม่ อย่างไรก็ตาม แม้จะขาดคุณสมบัติ ก.พ. ก็อาจยกเว้นให้เข้ารับราชการก็ได้ โดยผู้ที่ประสงค์ขอให้ยกเว้นคุณสมบัติต้องยื่นคำร้องขอต่อเลขาธิการ ก.พ. หรือหัวหน้าส่วนราชการที่จะสมัครเข้ารับราชการ ซึ่งเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีกรอบในการพิจารณาชัดเจนที่ส่วนราชการสามารถนำไปปฏิบัติได้ ทำให้เกิดความยุ่งยากในการตีความตามระเบียบดังกล่าว ซึ่งควรที่จะต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เนื่องจากความผิดอาญาต้องเป็นกฎหมายส่วนบัญญัติ จะนำกฎหมายส่วนปฏิบัติหรือกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อลงโทษบุคคลไม่ได้

ดังนั้น ก.พ. ควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจในการพิจารณากรณีลักษณะต้องห้ามในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนสามัญ พ.ศ.2551 โดยอาจพิจารณาถึงปัจจัยดังนี้

1. พิจารณาถึงพฤติกรรมในการกระทำผิดว่าการกระทำผิดทางอาญานั้นๆ มีเจตนาหรือไม่
2. พิจารณาว่าการกระทำผิดนั้น ส่งผลกระทบต่อสาธารณชนหรือไม่
3. พิจารณาการกระทำผิดนั้น เป็นไปโดยสันดานหรือชั่วร้ายหรือไม่

คำถามที่ 4 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณากรณีลักษณะต้องห้ามตามข้อ 1 โดยให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัย ดังนี้

4.1 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่เป็นความผิดมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือเป็นความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) โดยมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้น ผู้กระทำไม่มีสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายเหมือนความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง กรณีที่ต้องโทษจำคุกเพราะการทำความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ จึงควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย เห็นด้วยเพราะความผิดในตัวเอง (mala in se) เป็นการกระทำที่เป็นความผิดในตัวของมันเอง ไม่ว่าจะกระทำลงในสถานที่ใด ยุคสมัยใด เวลาใด และโดยผู้กระทำผู้ใดก็ตาม มักจะเป็นการกระทำที่เป็นข้อห้ามในทางศาสนา หรือทางศีลธรรมหรือเป็นสิ่งที่ไม่พึงปฏิบัติในทางจารีตประเพณีอยู่ด้วย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ลักทรัพย์ หรือหมิ่นประมาท เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ไม่ใช่ว่าผู้กระทำผิดจะเป็นผู้ร้ายโดยสันดาน หรือเป็นคนชั่วร้ายแต่กำเนิด เนื่องจากการฆ่าผู้อื่นอาจจะเกิดจากแรงกดดันที่เกิดจากการขู่ข่มของเหยื่อ (victim) จึงควรพิจารณาว่าผู้กระทำผิดเป็นผู้ร้ายโดยสันดานหรือชั่วร้ายแต่กำเนิดหรือไม่ และผู้กระทำผิดได้รับความยุติธรรมหรือไม่ ที่ไม่มีสิทธิในการสมัครเข้ารับราชการทั้งๆที่ผู้กระทำผิดไม่ได้มีเจตนาในการกระทำความผิดดังกล่าว ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 ข. (7)

ความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) เป็นการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด ซึ่งอาจจะแตกต่างกันออกไปตามเงื่อนไขต่างๆ กล่าวคือ การกระทำหนึ่งอาจเป็นความผิดในประเทศหนึ่งหรือช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่อาจไม่เป็นความผิดในอีกประเทศหรือในระยะเวลาอื่น ความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) มักจะเป็นความผิดที่ไม่ผิดต่อกฎเกณฑ์อื่นของสังคม แต่รัฐกำหนดเอาว่าเป็นความผิดอาญา เพื่อประโยชน์ของรัฐเอง เช่น รัฐออกกฎหมายกำหนดราคาสูงสุดที่บุคคลจะขายทรัพย์สินของเขาได้ เป็นต้น และเอาโทษทางอาญาแก่ผู้ที่ขายของเกินราคาสูงสุดที่รัฐกำหนดไว้ นั่น ซึ่งการขายของนี้ความจริงไม่ผิดศีลธรรม หรือมีข้อห้ามทางศาสนา หรือจารีตประเพณี นอกจากนี้ ยังมีความผิดในลักษณะนี้อีกมากมาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในการขายซีดีเถื่อน เป็นต้น

ดังนั้น ทั้งสองกรณีไม่ว่าจะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) จึงไม่ใช่ประเด็นสำคัญ แต่ประเด็นสำคัญอยู่ที่การกระทำผิดนั้นเป็นไปโดยสันดาน หรือส่งผลกระทบต่อสาธารณชนหรือไม่ ดังนั้น ก.พ. ควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าลักษณะต้องห้าม โดยคำนึงพฤติกรรมการกระทำผิดตามข้อ 3 เป็นองค์ประกอบในการพิจารณาด้วย

4.2 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้าม เพื่อให้สามารถรับราชการได้ ให้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด โดยหากไม่มีความสัมพันธ์กันหรือมีความสัมพันธ์กันน้อยมาก ก็ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย กรมราชทัณฑ์ส่งเสริมให้ผู้ต้องโทษศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษา เพื่อให้มีความรู้ และผู้ต้องขังนิยมเรียนกฎหมาย เห็นว่าควรพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันด้วย หากเปิดให้มีการศึกษาต่อในระดับต่างๆ แต่ไม่สามารถทำงานก็ไม่มีผลลัพท์

4.3 ระยะเวลาที่ผ่านมาหลังการฟื้นฟู และการกระทำผิดซ้ำ โดยหากฟื้นฟูจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี และไม่มีการกระทำผิดซ้ำอีกในระยะเวลาดังกล่าว ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย เห็นด้วยว่าควรมีระยะเวลาในการให้โอกาส ซึ่งนักการเมืองยังกำหนดระยะเวลาหลังการฟื้นฟูไว้ 5 ปี ซึ่งการกำหนด 3 ปี ยังน้อยไป ประกอบกับผู้ต้องขังฟื้นฟูไปไม่เกิน 5 ปี แล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำ จะถูกปรับระดับชั้นเป็นชั้นเลว โดยปกตินักโทษเข้ามาใหม่ถูกจัดระดับให้อยู่ในชั้นกลาง หากว่าผู้ต้องขังรายนี้กระทำความผิดซ้ำภายในระยะเวลา 5 ปี จะปรับระดับชั้นเป็นชั้นเลว ซึ่งมีความสอดคล้องกัน

ศ.ดร.อุดม รัฐอมฤต

ตำแหน่ง อาจารย์ประจำมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สัมภาษณ์วันที่ 28 มีนาคม 2556

คำถามที่ 1 ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) ได้บัญญัติให้ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่ใช่ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่ เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ จึงส่งผลให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกไม่สามารถเข้ารับราชการได้ ท่านเห็นด้วยกับการที่กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการดังกล่าวนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด

คำอธิบาย บุคคลที่ถูกต้องโทษจำคุกนั้นเห็นได้ว่ามีผลทั้งการลงโทษทางอาญา และมีผลทางสังคม ซึ่งแนวความคิดสมัยใหม่อีกแนวทางหนึ่งเห็นว่าการถูกลงโทษทางอาญาไปแล้ว และลงโทษทางสังคมซ้ำอีก ถือเป็น การลงโทษซ้ำสอง ปัจจุบันแนวคิดของกฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ให้บุคคลต้องโทษจำคุกหลายจำและสำนึกผิด โดยมีสมมติฐานว่าระดับการในระดับใดระดับหนึ่งเพียงพอแก่การให้บุคคลดังกล่าวกลับตัวเป็นคนดี แล้วสังคมยังไม่ให้โอกาสเขาหรือซึ่งในความเห็นส่วนตัวเห็นด้วยว่าควรให้โอกาสบุคคลดังกล่าว และตราบไต่ที่กฎหมายอาญาไม่มีข้อบัญญัติว่าการลงโทษให้มีผลรวมถึงการตัดสิทธิการประกอบอาชีพแล้ว กรณีกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนตัดสิทธิเพิ่ม ถือเป็น เรื่องที่ไม่สอดคล้องกันแนวคิดของกฎหมายอาญาสมัยใหม่ ซึ่งพยายามเปิดโอกาสให้คนกลับคืนสู่สังคมมากขึ้น

อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าจำกัดสิทธิไม่ได้ แต่คงไม่ได้หมายความว่าจำกัดการประกอบอาชีพตลอดชีวิต เพียงแต่ควรบัญญัติไว้ในกฎหมายโดยเฉพาะในกฎหมายอาญา ว่าการต้องโทษให้มีผลในเชิงของการจะไปประกอบอาชีพอย่างไร เพียงใด แต่อย่างไรก็ตามในทางอาญามีกฎหมายนิรโทษกรรมหรือล้างมลทิน ซึ่งเจตนารมณ์ดังกล่าวนี้มีความชัดเจนว่าการกระทำความผิดอาญาสามารถลบล้างได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร

สำหรับข้อสงวนไม่รับคนกระทำความผิดมาก่อนนั้นได้หรือไม่ ควรต้องพิจารณาแต่ละตำแหน่ง ตัวอย่างเช่น ผู้ทำหน้าที่การเงิน หรือทำหน้าที่ปราบปรามคนทุจริต ไม่ควรเป็นคนที่กระทำความผิดฐานทุจริต โดยอาจจะกำหนดคุณสมบัติเป็นพิเศษเฉพาะบางเรื่อง เช่น กรณีเป็นเรื่องของความไว้วางใจ ซึ่งการทำหน้าที่ของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบางเรื่องต้องการความไว้วางใจจากสังคมมาก ซึ่งแนวความคิดในอดีตอาจเป็นในลักษณะเช่นนี้ จึงกำหนดลักษณะการจำกัดสิทธิ แต่ปัจจุบันการทำหน้าที่ในกลไกของรัฐมีมากมาย อาจมีการจำกัดได้ แต่ต้องกำหนดให้ชัดเจน รวมทั้งสังคมต้องให้โอกาส และไม่ถือโทษว่าเป็นคนชั่วตลอดไป

โดยสรุปคำตอบ คือไม่เห็นด้วยกรณีการจำกัดทั่วไป แต่เห็นว่าควรกำหนดเฉพาะตำแหน่ง โดยการกำหนดคุณสมบัติเป็นพิเศษ ตัวอย่างเช่น ตำแหน่งอาจารย์ กำหนดคุณสมบัติเป็นผู้จบ การศึกษาเกียรตินิยม

คำถามที่ 2 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา (ยกเว้น เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ) ที่ได้รับโทษตามกระบวนการยุติธรรมครบถ้วนแล้ว สามารถกลับ ตัวเป็นคนดี โดยหากได้รับราชการจะสามารถปฏิบัติตามระเบียบวินัยราชการได้ในระดับที่ไม่ แตกต่างจากข้าราชการที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญาดังกล่าว

คำอธิบาย เห็นด้วย เนื่องจากการกระทำความผิดอาญามีหลายสาเหตุมาก ไม่ใช่ความคิด ว่าเขาเกิดมาเพื่อจะเป็นโจร โดยทั่วไปคนเรามีที่มาของการกระทำ มีเหตุ มีผล และมีโอกาสกระทำ ความผิดอาญาได้

คำถามที่ 3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกตาม คำพิพากษามาข้อ 1 นั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 วรรค สอง ให้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) พิจารณายกเว้นให้ผู้นั้นเข้ารับราชการได้ แต่ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจ ของ ก.พ. ไว้ว่า ควรมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณายกเว้นอย่างไร หากจะมีการกำหนดกรอบ แนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ท่าน คิดว่าควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้าม โดย กำหนดให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง

คำอธิบาย เห็นว่าขึ้นอยู่กับระดับตำแหน่งที่มีความสำคัญ หรือต้องการระดับความ ไว้วางใจ ควรต้องกำหนดเป็นคุณสมบัติพิเศษ เช่น หน้าที่ที่ต้องการความไว้วางใจ หมายถึง เรื่องที่ เกี่ยวข้องกับเงินทอง หรือเกี่ยวข้องกับความสำเร็จ อำนาจตรวจสอบ กรณีนี้มีความจำเป็นที่ ต้องการผู้ที่มีคุณสมบัติดังกล่าว ยกตัวอย่างการเป็นครูอาจารย์ต้องการผู้ที่ต้องเป็นแบบอย่างใน สังคมก็สามารถกำหนดได้ ซึ่งนักการเมืองก็ยังมีข้อยกเว้น ซึ่งทัศนส่วนตัวเห็นว่าต้องมี กำหนดเวลาไม่ใช่ถูกจำกัดไปตลอดชีวิต

คำถามที่ 4 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการ พิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามตามข้อ 1 โดยให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัย ดังนี้

4.1 กรณีที่ความผิดที่ผู้นั้นต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่เป็นความผิดมี ลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือเป็นความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) โดยมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้น ผู้กระทำไม่มีสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายเหมือนความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง กรณีที่ต้องโทษจำคุกเพราะ การกระทำความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ จึงควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะ ต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย ความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติบางเรื่อง เช่น กรณีตัดไม้ทำลายป่า ขับรถเร็วเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด เป็นเรื่องพิจารณายาก หากบุคคลหนึ่งความคิดเปลี่ยนแปลงไป เหมือนกับในยุคสมัยก่อนมีความรู้สึกที่ว่าเพราะว่าชาวบ้านทั่วไปไม่ทำกัน ถือว่าเป็นผิดในตัวเอง พอบอกว่าชาวบ้านไม่ทำกัน ซึ่งมีหลายเรื่องที่ยังคงเห็นอยู่แล้วว่าเป็นการเบียดเบียนสังคม ที่ผ่านมามีไม่รู้สึกอย่างนั้น ยกตัวอย่างกรณีหนีภาษี เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ หรือความผิดในตัวเอง กรณีดังกล่าวน่ารังเกียจหรือไม่ ในช่วงเวลาหนึ่งคนทุกคนก็บอกว่าทุกคนก็หนีภาษีทั้งนั้น ดังนั้นกรณีความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติหรือความผิดในตัวเองไม่มีความชัดเจน เช่น กรณีลักทรัพย์เป็นผิดในตัวเองแน่นอน พิจารณาหากมีโอกาสก็หยิบมา กรณีเช่นนี้มีระดับความร้ายแรงเพียงไร ดังนั้น ควรกำหนดจากระดับความร้ายแรงของการทำความผิด และโทษ เช่น โทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปี หรือ 5 ปีขึ้นไป ถ้าเห็นว่าเป็นเรื่องกรณีละเมิดกติกาสังคมและเป็นเรื่องสำคัญ

4.2 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามเพื่อให้สามารถรับราชการได้ ให้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด โดยหากไม่มีความสัมพันธ์กันหรือมีความสัมพันธ์กันน้อยมาก ก็ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย ถ้าแยกความผิดในตัวเอง ควรพิจารณาจากการกระทบความน่าเชื่อถือในการทำหน้าที่นั้นดังกล่าว เช่น ทำให้คนตายโดยประมาท กับการเป็นแพทย์ แสดงถึงความไม่รับผิดชอบ และอาจเห็นคนเป็นเพียงผักปลา หรือการกระทำความผิดอาญาบางกรณีเป็นเรื่องจิต หากเราไปตีเรื่องรับโทษ หากพิจารณาให้ลึกซึ้ง จะเห็นว่าคนทำผิดอาญาอาจเกิดจากทัศนคติส่วนตัว แต่ว่าตรงนี้ก็เหมือนเป็นบุคลิกภาพ ซึ่งอาชีพมีหลากหลาย การรับราชการมีอาชีพหลายประเภท บุคคลทั่วไปไม่จำเป็นต้องรับราชการทั้งหมด เพราะฉะนั้นคนที่มารับราชการ ทางราชการต้องคัดสรร หากมีบุคลิกภาพที่ทำผิดเพราะไม่มีความยั้งคิด ประมาท ไม่ใช่เพราะเป็นการกระทำผิดที่ศาลตัดสินอย่างเดียว แต่เนื่องจากคุณสมบัติพื้นฐาน

4.3 ระยะเวลาที่ผ่านมาหลังการพ้นโทษ และการกระทำผิดซ้ำ โดยหากพ้นโทษจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี และไม่มีกระทำความผิดซ้ำอีกในระยะเวลาดังกล่าว ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย ถ้าพิจารณาเรื่องเงื่อนไขและโทษกับบุคลิกภาพให้ชัดเจน แยกได้ 3 ปี ก็มีความเหมาะสม แม้หากผ่านการลงโทษมาแล้ว 3 ปี แต่ทดสอบบุคลิกภาพไม่ผ่าน ต้องไม่ผ่านการคัดเลือกเพราะเหตุนี้ ไม่ใช่กรณีไม่ผ่านเพราะต้องโทษจำคุกมา ซึ่งต้องผ่านการลงโทษและผ่านบุคลิกภาพ ไม่ใช่พิจารณาเพียงว่าสอบข้อเขียนผ่าน หรือพ้นจากการลงโทษจำคุกมา 3 ปีแล้วรับเลย

รศ.ดร.อุทัย อาทิเวช

ตำแหน่ง อัยการผู้เชี่ยวชาญ ปฏิบัติราชการแทนอัยการพิเศษ ฝ่ายคุ้มครองสิทธิประชาชน
สำนักงานอัยการสูงสุด

สัมภาษณ์วันที่ 29 มีนาคม 2556

คำถามที่ 1 ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) บัญญัติให้ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่ เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ จึงส่งผลให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกไม่สามารถเข้ารับราชการได้ ท่านเห็นด้วยกับการที่กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการดังกล่าวนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด

คำตอบ ไม่เห็นด้วย เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ก่อนที่จะพ้นโทษ ได้ผ่านกระบวนการของราชทัณฑ์มาแล้ว รวมทั้งมีการจัดระดับนักโทษที่ทำความดี เป็นชั้นดี ดีเยี่ยม คนเหล่านี้ถ้ามีประวัติหรือได้รับพระราชทานอภัยโทษ ควรนำมาพิจารณาด้วย ซึ่งทฤษฎีการลงโทษปัจจุบัน มีการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด เมื่อมีการแก้ไขฟื้นฟูแล้ว ผู้ได้รับการฟื้นฟูต้องกลับคืนสู่ความเป็นพลเมืองปกติ แต่จะเห็นได้ว่ากฎหมายยังลงโทษในลักษณะการกีดกันสิทธิ ซึ่งปัจจุบันหากพิจารณาการตัดสิทธิพลเมืองภายหลังจากการพ้นโทษอาจไม่มีความเป็นธรรม เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกกติการะหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ ซึ่งการตัดสิทธิพลเมืองควรมีขอบเขตที่ชัดเจนว่าระหว่างการรับโทษ หรืออาจจะพ้นโทษระยะหนึ่ง มีการรายงานตัว คุมประพฤติ เพื่อดูความประพฤติ

หากพิจารณาเรื่องสิทธิอาจเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเช่นกัน เพราะขณะนั้นเป็นพลเมืองปกติและบริสุทธิ์ อาจมีหลักเกณฑ์เรื่องการกระทำความผิดซ้ำ หมายถึงเขากระทำความผิดอาญา แต่หากหลังจากนั้นเขาไม่เคยกระทำความผิดอาญาอีกตลอดชีวิตเลย ก็อาจเป็นเพราะกระทำความผิดครั้งแรก แล้วพลาดพลั้งไป อาจไม่จำเป็นต้องประมาท เพราะบันดาลโทษ ศาลก็ลงโทษด้วย บันดาลโทษก็ไม่ได้รับยกเว้น เหล่านี้เห็นด้วยในระดับที่ว่าถ้าจะมีช่วงระยะเวลาหลังจากพ้นโทษ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่กรณีที่พ้นโทษแล้วควรมีสติขี้เลย แต่ให้พิจารณาจากการกระทำผิดซ้ำหรือความประพฤติ แต่หากเปรียบเทียบกับนักการเมือง กรณีนักการเมืองกระทำความผิด ไม่ถูกห้ามตลอดชีวิต ซึ่งมีการกระทำความผิดเช่นเดียวกัน ทำไมยอมให้กลับเข้ามา อีกทั้งเป็นตัวแทนของประชาชนด้วย แล้วทำไมการรับราชการทั่วไปบุคคลเหล่านี้จึงถูกตัดสิทธิทั้งหมด

คำถามที่ 2 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา (ยกเว้น เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ) ที่ได้รับโทษตามกระบวนการยุติธรรมครบถ้วนแล้ว สามารถกลับตัวเป็นคนดี โดยหากได้รับราชการจะสามารถปฏิบัติตามระเบียบวินัยราชการได้ในระดับที่ไม่แตกต่างจากข้าราชการที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญาดังกล่าว

คำอธิบาย เห็นด้วย เขาก็เป็นคน คำตอบรวมอยู่แล้วในข้อ 1

คำถามที่ 3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาตามข้อ 1 นั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 วรรคสอง ให้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) พิจารณากเว้นให้ผู้นั้นเข้ารับราชการได้ แต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ว่า ควรมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณากเว้นอย่างไร หากจะมีการกำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ท่านคิดว่าควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของ ก.พ.ในการพิจารณากเว้นลักษณะต้องห้าม โดยกำหนดให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง

คำอธิบาย ไม่ควรจำกัดสิทธิ ถ้าจะกำหนดแบบเพื่อว่าเขาได้กลับตัวเป็นพลเมืองดีจริงหรือไม่ อาจใช้หลัก 2 ปี สำหรับคนที่ออกจากราชการมาพิจารณาเขาได้ แต่จริงๆ บุคคลดังกล่าวพ้นโทษมาแล้ว คำว่าพ้นโทษก็คือพ้นโทษ ความผิดควรมีระยะเวลาสิ้นสุด

ยกตัวอย่างเปรียบเทียบกับคดีขาดอายุความ คำว่าคดีขาดอายุความคือไม่สามารถดำเนินคดีกับบุคคลเหล่านี้ได้ หรือผู้ต้องหาหลบหนี กลุ่มนี้จะไม่มีคำพิพากษาแต่มีพยานหลักฐาน เท่ากับว่าคนคนนี้ไม่ถูกลงโทษเลย ซึ่งกฎหมายก็ไปห้ามหรือจำกัดสิทธิเขาไม่ได้ แล้วทำไมคนที่ถูกจำคุกซึ่งบางทีก็ต้องยอมรับว่าถูกกระบวนการตัดสินพิพากษาไปแล้ว ทำไมไม่ไปตัดสิทธิเขาอีก หรือกรณีหลบหนีเพื่อให้ขาดอายุความ อย่าง ปปช. หรือดิงเรื่องไว้ ไม่ดำเนินคดีทำไมคนเหล่านี้ยังไม่ถูกต้องห้ามตามนี้ ทั้งๆ ที่คนพวกนี้น่าจะถูกต้องห้ามมากกว่าคนนักโทษที่รับโทษไปแล้วอีก แต่เนื่องจากอายุความเป็นกฎแห่งการลืม ซึ่งเป็นการหลบหนีด้วยซ้ำ ไม่กล้าเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมหรือรัฐไม่สามารถนำตัวมาได้แล้วกรณี ผลคือไม่ได้รับการลงโทษเลย แต่กรณีนี้ได้รับการลงโทษแล้ว ยังจะมาลงโทษในชีวิตภายหลังจากพ้นโทษอีก มองว่าไม่เป็นธรรม ถ้าพิจารณาในมิตินี้ไม่ควรจำกัดสิทธิ

โครงการที่กรมราชทัณฑ์ส่งเสริมให้ผู้ต้องขังศึกษาต่อจะไม่มีความสอดคล้องกับกระบวนการพยายามทำคนเป็นคนดี คือนคนดีสู่สังคม เมื่อมีการปรับปรุงตัวเป็นคนดี เรียบจบ แต่ภายหลังจบการศึกษาไม่รับเข้าทำงาน อย่างนี้รัฐควรเป็นตัวอย่างให้กับภาคเอกชน ภาคเอกชนอาจจะรับ แต่เขาอาจจะทำตัวเหมือนรัฐ คือก็กลัวคนเหล่านี้ รัฐควรเป็นตัวอย่างนำว่าคนเหล่านี้

พ้นโทษแล้ว รัฐไม่เอาตรงนี้มาเป็นข้อจำกัดเขา ถ้าประมวลแล้วมีความคิดเห็นว่าเป็นสิทธิของเขา เหมือนเป็นทฤษฎีตีตราของอาชญาวิทยา ถึงอย่างไรก็เป็นคนจี๋ถูกไปตลอดชีวิต สังคมอาจจะอยู่ได้ แต่บุคคลเหล่านี้จะมีชีวิตอยู่ในสังคมอย่างไร หากเขาอยู่ในสังคมไม่ได้ ก็มีโอกาสก่อความเดือดร้อนให้กับสังคมอีกซึ่งเมื่อบุคคลเหล่านี้พ้นโทษแล้ว ยังตามลงโทษเขาในการดำเนินชีวิตอีก การลงโทษควรจะสิ้นสุด เนื่องจาก หากผ่านการสอบได้ แล้วคนที่เข้าไปโดยไม่ใช่เป็นคนต้องโทษจำคุกก็ไม่มี ความแน่นอนว่าจะดีกว่าคนต้องโทษจำคุก ไม่อยากให้นักคิดครั้งหนึ่งต้องมาจับชีวิตทั้งชีวิตในแง่ของการดำเนินชีวิต ในแง่ของความผิดและโทษควรจะจบไปพร้อมกัน

คำถามที่ 4 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณาขบวนลักษณะต้องห้ามตามข้อ 1 โดยให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัย ดังนี้

4.1 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่เป็นความผิดมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือเป็นความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) โดยมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้น ผู้กระทำไม่มีสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายเหมือนความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง กรณีที่ต้องโทษจำคุกเพราะการกระทำความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ จึงควรพิจารณาให้ได้รับการขบวนลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย เป็นการยากที่จะแยกว่าอะไรเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือ ความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) ซึ่งเป็นนิยามทางวิชาการ ความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ การนำของเข้าในราชอาณาจักร โดยไม่ผ่านวิธีศุลกากรหรือแจ้งไม่ตรง เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติหรือเป็นความผิดในตัวเอง อาจบอกว่าเป็นความผิดในตัวเอง แล้วลักษณะของการปิดบังความจริง เหมือนกับฉ้อโกง คือปกปิดความจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ ฉ้อโกงเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) แล้วคนที่ไม่แจ้งวิธีศุลกากรแบบไม่จริง เป็นกฎหมายบัญญัติ หรือความผิดในตัวเอง กรณีประเภทมีความชัดเจนเพราะขาดเจตนา แต่เส้นแบ่งระหว่างความผิดในตัวเอง และความผิดเพราะกฎหมายห้าม ไม่มีกฎหมายบัญญัติ ค่อนข้างยาก แต่ความผิดในตัวเองอาจจะไม่ชัดเจนเท่ากับไปฆ่าคนหรือทำร้ายร่างกาย ซึ่งเป็นเชิงวิชาการเท่านั้น เช่น ปั่นหุ้นเป็นเทคนิคทางกฎหมายห้าม การไม่แจ้ง ไม่บอกล่วงหน้า ความผิดเพราะกฎหมายห้าม แต่วัตถุประสงค์คือคล้ายกับฉ้อโกง แต่ความเสียหายมีมากกว่าฉ้อโกงธรรมดา

ความคิดเห็นคือ เป็นกรณีทางวิชาการไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าอะไรเป็นความผิดในตัวเองหรือกฎหมายบัญญัติ ดังนั้น ควรพิจารณาให้โอกาสจะเป็นช่องทางที่ดีกว่า เช่นบันดลโทษสมควรให้หรือการกระทำความผิดที่มีความเสียหายร้ายแรงกระทบวงกว้าง หรือมีเจตนาที่เป็นอาชญากร ไม่ควรให้ ซึ่งการพิจารณากลับกรองโดยคณะกรรมการกักกันกรองต้องอยู่บนพื้นฐานหลักธรรมาภิบาล

4.2 กรณีที่ความผิดที่ผู้ยื่นข้อโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้าม เพื่อให้สามารถรับราชการได้ ให้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด โดยหากไม่มีความสัมพันธ์กันหรือมีความสัมพันธ์กันน้อยมาก ก็ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย คำตอบจะรวมอยู่ในข้อ 4.2

4.3 ระยะเวลาที่ผ่านมาหลังการพ้นโทษ และการกระทำผิดซ้ำ โดยหากพ้นโทษจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี และไม่มีกระทำความผิดซ้ำอีกในระยะเวลาดังกล่าว ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย ควรจะเร็ว เช่นการทำผิดในวงราชการอยู่ที่ 2 ปี อาจทำมานานแล้วก็ได้ แต่ให้เขารับ คนเหล่านี้มีกระบวนการก่อนที่เขาจะพ้นโทษมีกระบวนการคัดกรอง ความเป็นนักโทษ ดี ดีเยี่ยม เขาผ่านกระบวนการฟื้นฟูของราชทัณฑ์ที่จะคืนคนดีสู่สังคมแล้ว ทำคนเหล่านี้ให้เป็นคนดีสู่สังคม มีการคุมประพฤติ ไม่ควรจะใช้เวลานานหลังจากนี้อีก ถ้าเรายอมรับปล่อยเขาพอเขาพ้นโทษ ถ้าการพ้นโทษเราสามารถบอกได้ว่าการพ้นโทษ เป็นการพ้นโทษจริงๆ ไม่ใช่การลงโทษในความเป็นอยู่สังคมอีก ซึ่งไม่เป็นธรรม

ถ้าเราคิดว่าประนีประนอม โครงสร้างที่มีอยู่ที่เป็นการใช้เชิงคุ้มครองสังคม หรือป้องกันสังคม จากความไม่แน่ใจเราว่าเขาจะดีจริงหรือไม่ แต่ว่ากฎหมายปัจจุบันเราแน่ใจเลยว่าเราไม่ดี เพราะฉะนั้นควรกำหนดเวลาก็ให้น้อยที่สุด คือโดยหลักการไม่ควรตัดสิทธิ์อีก ซึ่งถ้ามีการตัดสิทธิมากเพียงไหน ก็แสดงว่าในระบบกระบวนการที่ปฏิบัติต่อเขาในฐานะผู้กระทำความผิดไร้ผล ไม่มี ความน่าเชื่อถือ เพราะออกมาแล้ว สังคมก็ยังไม่ให้โอกาส ในทางตรงข้ามรัฐลงทุนไปในกระบวนการนี้เท่าไร ท้ายที่สุดก็บอกว่าไม่เอา จำกัดสิทธิในการรับราชการการประกอบอาชีพ หากเป็นเช่นนี้เราจะมีการลงทุนเพื่อเหตุผลใด ควรต้องมีความสอดคล้องกันทั้งระบบ ส่วนจะมีกระบวนการคัดเลือกคนอีกทีหนึ่ง อาจเป็นเรื่องความเหมาะสม หรือลักษณะของงาน แต่ความคิดเห็นส่วนตัวโดยแท้จริงไม่ต้องการให้มีกระบวนการดังกล่าว ควรตัดทิ้งไปเลย แต่คงยาก แต่ในระดับที่เบาหน้อยคือกำหนดเวลาไว้ และให้มั่นใจว่าเขาได้กลับตัวเป็นคนดีสามารถอยู่ในสังคม กระบวนการก่อนรับเข้าไปในองค์กรหรือในวงราชการ ถ้าอย่างนี้ 2 ปี ไม่ได้กระทำความผิดซ้ำ ก็พอแล้ว เอาเหตุจริงๆ ก็ให้น้อยที่สุดเท่าที่จะน้อยได้ 2 ปีก็อาจอิงกับกลับเข้ารับราชการใหม่

พลตำรวจโท ดร.ประวุฒิ ถาวรศิริ

ตำแหน่ง ผู้บัญชาการสำนักงานเทคโนโลยีและการสื่อสาร

สัมภาษณ์วันที่ 1 เมษายน 2556

คำถามที่ 1 ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) ได้บัญญัติให้ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่ เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ จึงส่งผลให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกไม่สามารถเข้ารับราชการได้ ท่านเห็นด้วยกับการที่กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการดังกล่าวนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด

คำอธิบาย กรณีการจำกัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกเกี่ยวข้องกับทฤษฎีอาชญาวิทยา ทฤษฎีดีตรา ซึ่งคนกระทำความผิดจะถูกสังคมนับถือ ไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ ทฤษฎีดีตราเป็นเรื่องความเสียหายต่อคนที่เคยต้องโทษ โดยกระทำความผิดเพราะพลังเผด็จหรือพลาดไป แล้วไม่ได้รับโอกาสกลับมาเป็นคนดีในสังคมได้ มีความเห็นที่ไม่เห็นด้วยกับส่วนราชการอื่น แต่กรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองควรยังต้องห้าม เนื่องจากเป็นผู้ดูแลความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นผู้ให้ความเป็นธรรม รักษาความสงบเรียบร้อย ควรเป็นผู้ที่ใสสะอาด หากผู้เคยต้องโทษจำคุกรับราชการจะเกิดการกินแหนงแคลงใจว่าเป็นบุคคลที่เคยกระทำความผิด

คำถามที่ 2 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา (ยกเว้น เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ) ที่ได้รับโทษตามกระบวนการยุติธรรมครบถ้วนแล้ว สามารถกลับตัวเป็นคนดี โดยหากได้รับราชการจะสามารถปฏิบัติตามระเบียบวินัยราชการได้ในระดับที่ไม่แตกต่างจากข้าราชการที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญาดังกล่าว

คำอธิบาย ระบบการฟื้นฟูของราชทัณฑ์ยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร กรมราชทัณฑ์ต้องควบคุมคนจำนวนมาก พื้นที่ไม่เพียงพอ ทั้งระยะเวลาจำกัดในการเสริมสร้างฟื้นฟูให้คนเป็นคนดี ซึ่งเป็นกระบวนการให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดกลับตัวเป็นคนดี มีความต้องการจะกลับมาเป็นคนดีของสังคม มีชีวิตอยู่ในสังคมได้ โดยความร่วมมือทั้งสองฝ่าย

คำถามที่ 3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษามาข้อ 1 นั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 วรรคสอง ให้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) พิจารณายกเว้นให้ผู้นั้นเข้ารับราชการได้ แต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ว่า ควรมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณายกเว้นอย่างไร หากจะมีการกำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ท่านคิดว่าควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้าม โดยกำหนดให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง

คำอธิบาย ควรมีวิธีการแยกการทำงานไม่ให้เกี่ยวข้องกับประชาชน เช่น เป็นนักเขียนโปรแกรมและ ไม่ได้เกี่ยวกับความผิดกับงานที่เขาทำ ซึ่งไม่น่าจะมีผลกระทบต่อการทำงานที่ทำ

คำถามที่ 4 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณาขเว้นลักษณะต้องห้ามตามข้อ 1 โดยให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัย ดังนี้

4.1 กรณีที่ความผิดที่ผู้ันต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่เป็นความผิดมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือเป็นความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) โดยมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้น ผู้กระทำไม่มีสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายเหมือนความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง กรณีที่ต้องโทษจำคุกเพราะการทำความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ จึงควรพิจารณาให้ได้รับการขเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย ความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) กลุ่มหนีภาษี เล่นการพนัน หากทำงานเกี่ยวกับการเงินไม่มีความเหมาะสม ควรพิจารณาจากความผิดที่ทำให้ไม่ได้กระทบกับการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งคุณลักษณะหน้าที่เป็นหลัก เมื่อไม่กระทบกับการปฏิบัติหน้าที่

4.2 กรณีที่ความผิดที่ผู้ันต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรได้รับการขเว้นลักษณะต้องห้ามเพื่อให้สามารถรับราชการได้ ให้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด โดยหากไม่มีความสัมพันธ์กันหรือมีความสัมพันธ์กันน้อยมาก ก็ควรพิจารณาให้ได้รับการขเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย การพิจารณาแยกตามกรณีคำถามอาจไม่เป็นธรรม ไม่ควรเด็ดขาดแบบนั้น ควรใช้สาเหตุการทำความผิด และวิเคราะห์งานที่ทำกระทบหรือไม่ ซึ่งความผิดในตัวเองไม่เลวร้ายเสมอไป เช่น ความผิดในตัวเองระดับเบา เช่น กรณีชอบใช้ความรุนแรง กรณีอายุ ้วยร้อนใจร้อนรุนแรง โต้ขึ้น ้วยวุฒิอาจเปลี่ยนไป กรณีใจร้อน อารมณ์ฉุนเฉียว รุนแรง ควรให้ทำงานคนเดียว ไม่ต้องยุ่งเกี่ยวใคร กรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินก็ไม่ให้ยุ่งเกี่ยวกับเงิน ต้องพิจารณาเป็นรายๆ

4.3 ระยะเวลาที่ผ่านมาหลังการพ้นโทษ และการกระทำผิดซ้ำ โดยหากพ้นโทษจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี และไม่มีกรกระทำผิดซ้ำอีกในระยะเวลาดังกล่าว ควรพิจารณาให้ได้รับการขเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย ควรมีระยะเวลาการพ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี ซึ่งเป็นไปตามแนวทางของ ส.ส. ส.ว. และพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด

พลตำรวจตรี ดร.ปิยะ อุทาโย

ตำแหน่ง รองผู้บัญชาการสำนักงานกำลังพล

สัมภาษณ์วันที่ 1 เมษายน 2556

คำถามที่ 1 ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) ได้บัญญัติให้ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่ใช่ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่ เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ จึงส่งผลให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกไม่สามารถเข้ารับราชการได้ ท่านเห็นด้วยกับการที่กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการดังกล่าวนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด

คำตอบ ไม่เห็นด้วย ตามแนวคิดทฤษฎีทางอาชญาวิทยาการกระทำดังกล่าว สอดคล้องกับทฤษฎีติดตรา (labeling theory) ซึ่งตีตราว่าผู้กระทำความผิดนี้เป็นคนเลว ยากที่จะกลับเป็นคนดี และไม่เป็นที่ยอมรับของสังคม ซึ่งปัจจุบันแนวคิดนี้ถูกลดความสำคัญลงไปด้วยเหตุผลหลายๆ อย่าง ไม่ว่าจะเป็นแนวคิดด้านการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้กระทำผิด หรือแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งรัฐบาลไทยก็เช่นเดียวกันที่สนับสนุนในด้านการฟื้นฟูผู้กระทำผิด เช่น การคิดว่าผู้เสพยาเสพติดนั้นเป็นผู้ป่วยตาม พรบ. ฟื้นฟูฯ ตระหนักเป็นอย่างดีว่าการให้โอกาสหรือการ rehabilitation นั้นเป็นเรื่องสำคัญ ดังนั้นการที่ราชการหรือรัฐเองต้องมีระเบียบที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ที่เคยกระทำความผิดมาก่อน ถึงแม้จะจำกัดเฉพาะต้องโทษจำคุกก็ตามก็ยังถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักแนวคิดและทฤษฎีทางด้านอาชญาวิทยา คือเหมือนเป็นลักษณะเพียงเปลี่ยนแปลงขั้นตอนที่ 1 ให้ดีขึ้น แต่ไม่เปลี่ยนขั้นที่ 2, 3, 4 จนถึงขั้นสุดท้าย

คำถามที่ 2 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา (ยกเว้น เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ) ที่ได้รับโทษตามกระบวนการยุติธรรมครบถ้วนแล้ว สามารถกลับตัวเป็นคนดี โดยหากได้รับราชการจะสามารถปฏิบัติตามระเบียบวินัยราชการได้ในระดับที่ไม่แตกต่างจากข้าราชการที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญาดังกล่าว

คำตอบ เห็นด้วย แต่เราต้องอย่าลืมว่าคนที่เคยต้องโทษจำคุก หรือกระทำความผิดมาในหลายกรณีมันไม่ได้เกิดจากความประสงค์ในเรื่องของผลประโยชน์หรือการประทุษร้ายต่อเหยื่อเพียงอย่างเดียว ยังมีปัจจัยอีกหลายอย่างที่เป็นปัจจัยเสี่ยง หรือสิ่งจูงใจให้กระทำความผิดเช่น ความโกรธ ความหึงหวง การบันดาลโทสะ หรือปัจจัยอื่นๆ ซึ่งทำให้พวกเขาเหล่านั้นขาดสติยังคิดไป การจะไปสรุปว่าผู้ต้องโทษจำคุกทั้งหมดนั้นไม่สามารถกลับตัวเป็นคนดีหรือไม่สามารถปฏิบัติตามระเบียบได้ คงจะไม่ถูกต้องเท่าใดนัก มิฉะนั้นก็ไม่ต่างอะไรกับการตีตรา เขาอีกครั้งหนึ่ง

คำถามที่ 3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาตามข้อ 1 นั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 วรรคสอง ให้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) พิจารณากเว้นให้ผู้นั้นเข้ารับราชการได้ แต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ว่า ควรมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณากเว้นอย่างไร หากจะมีการกำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ท่านคิดว่าควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณากเว้นลักษณะต้องห้าม โดยกำหนดให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง

คำอธิบาย บางทีการไปกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจไปให้แก่คณะกรรมการพิจารณา อาจไม่ใช่เรื่องที่ถูกต้องนักเพราะกลายเป็นว่ามาตรการเหล่านั้นจะเป็นตัวกำหนดให้เขาค้นเข้ามารับราชการได้ ซึ่งแน่นอนว่าแต่ละคนแต่ละความคิดมีความเห็นต่างกัน มีแนวทางพิจารณาที่แตกต่างกัน รวมถึงดุลพินิจที่แตกต่างกัน ดังนั้น การกำหนดให้มีการคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ จึงเป็นเรื่องสำคัญยิ่งกว่าการกำหนดแนวทางการคณะกรรมการของ ก.พ. ควรจะคำนึงถึงสาเหตุที่แท้จริงในการกระทำผิด ประวัติการกระทำผิด (ก่อนที่จะเกิดเหตุครั้งนั้น) เหตุผลความจำเป็น ผลประโยชน์ต่อองค์กร หรือผลกระทบในเชิงเสียหาย เป็นต้น

คำถามที่ 4 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณากเว้นลักษณะต้องห้ามตามข้อ 1 โดยให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัย ดังนี้

4.1 กรณีที่ความผิดที่ผู้นั้นต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่เป็นความผิดมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือเป็นความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) โดยมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้น ผู้กระทำไม่มีสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายเหมือนความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง กรณีที่ต้องโทษจำคุกเพราะการทำความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ จึงควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย ไม่เห็นด้วย บางกรณีการจะไปสรุปว่าการทำความผิดในลักษณะความผิดในตัวเอง (mala in se) นั้นเป็นเรื่องเลวร้าย เสียทีเดียวยังคงไม่ถูกต้อง แม้แต่ในกฎหมายอาญายังกำหนดเอาไว้ในเรื่องของการป้องกัน บันดาลโทษสะ เช่น การฆ่าคู่กับภรรยาขณะมีเพศสัมพันธ์กัน ถือเป็นการป้องกันตามกฎหมายในเรื่องเกียรติยศชื่อเสียง การฆ่าคนเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือไม่ คำตอบคือใช่ ดังนั้นจึงควรนำปัจจัยอื่นมาพิจารณาด้วย

4.2 กรณีที่ความผิดที่ผู้ยื่นข้อโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้าม เพื่อให้สามารถรับราชการได้ ให้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด โดยหากไม่มีความสัมพันธ์กันหรือมีความสัมพันธ์กันน้อยมาก ก็ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย เห็นด้วย แต่ไม่ทั้งหมด การคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิด หน้าที่ความรับผิดชอบ ก็เป็นเรื่องที่สำคัญ เพราะอาจพิจารณาได้ว่าบุคคลนั้นอาศัยหน้าที่ความรับผิดชอบเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ก็ถือว่าเป็นความเสี่ยง หากรับบุคคลนั้นเข้าทำงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเป็นข้าราชการ อย่างไรก็ตาม จำต้องคุ้งจัยในด้านอื่นประกอบด้วย

4.3 ระยะเวลาที่ผ่านมาหลังการพ้นโทษ และการกระทำผิดซ้ำ โดยหากพ้นโทษจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี และไม่มีการกระทำผิดซ้ำอีกในระยะเวลาดังกล่าว ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย เห็นด้วย เนื่องจากการตรวจสอบพฤติกรรมของผู้กระทำผิดหลังพ้นโทษไปในทางอ้อม รวมถึงเป็นการยืนยันว่าเขาเหล่านั้นห่างไกลกับสิ่งที่เขาเคยทำมาในระดับที่อาจเชื่อได้ว่าเขาจะไม่ยุ่งเกี่ยวกับการกระทำผิดซ้ำอีกครั้ง อย่างไรก็ตามหากเป็นไปได้ ควรมีมาตรการหรือข้อกำหนดในการตรวจสอบ

นายอดุล จันทรศักดิ์

ตำแหน่ง รองอธิบดีศาลปกครองพิษณุโลก

สัมภาษณ์วันที่ 6 เมษายน 2556

คำถามที่ 1 ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) ได้บัญญัติให้ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่ เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ จึงส่งผลให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกไม่สามารถเข้ารับราชการได้ ท่านเห็นด้วยกับการที่กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการดังกล่าวนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด

คำอธิบาย แนวคิดของการบัญญัติพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน การจำกัดสิทธิเป็นเรื่องที่ทางราชการมีทางเลือกที่คัดสรรบุคคลโดยกำหนดเงื่อนไขที่จะใช้ในการคัดเลือกคนเข้ารับราชการ ย้อนไปศึกษาตั้งแต่ระเบียบข้าราชการพลเรือนฉบับแรก พ.ศ.2471 ดูพระราชปรารภของล้นเกล้ารัชกาลที่ 7 ทรงมีพระราชประสงค์วางระเบียบราชการไว้ให้เป็นหลักประการแรก คือเลือกเฟ้นคนมีความรู้ความสามารถเข้ารับราชการ 2.ให้คนที่มีความรู้ความสามารถที่จะเข้ารับราชการได้ สามารถรับราชการแล้วก็ได้รับการดูแลเจริญเติบโตก้าวหน้าด้วยความรู้ความสามารถ 3.การให้คนที่รับราชการสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้การรับราชการแต่เพียงอย่างเดียว 4.คือวินัยอันพึงรักษาเป็นนิตยกาล

หลักการดังกล่าวเป็นเหตุที่ต้องจำกัดในเรื่องของความประพฤติของคนที่เข้ารับราชการว่าต้องเป็นคนที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญา ซึ่งเป็นที่มาของแนวคิดเชิงจำกัด แต่จากพระราชปรารภเห็นได้ว่าเมื่อก่อนเข้ารับราชการ จะมีการตรวจสอบประวัติ พิมพ์ลายนิ้วมือ เพื่อตรวจสอบประวัติมาจากหลักการที่กล่าวข้างต้น ซึ่งการจำกัดสิทธิดังกล่าวมีจุดประสงค์ต้องการให้อยู่ในกรอบนี้ อีกทั้งราชการเองเชื่อว่ามีสิทธิเลือกคนที่เข้ารับราชการต้องเป็นคนที่ขาวสะอาด

เห็นด้วยกับการจำกัดสิทธิบางประการ แต่ต้องเป็นไปตามตัวบทกฎหมาย เช่น ถ้ามีกฎหมายล้างมลทินออกมาแล้วต้องบังคับใช้ตามหลักการดังกล่าว เพราะฉะนั้นทุกอย่างที่จำกัดเป็นไปตามอำนาจตามกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ รัฐธรรมนูญกำหนดว่าการจำกัดสิทธิบุคคลนั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายกำหนด กฎหมายต้องให้อำนาจในการจำกัดสิทธิพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนก็เช่นกัน ยกตัวอย่างว่าเขาถูกลงโทษจำคุก ก็ถูกจำกัดสิทธิต้องไม่เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา ถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ

แต่อย่างไรก็ตามมีเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องคือกฎหมายล้างมลทิน ซึ่งเริ่มมาตั้งแต่พระราชบัญญัติล้างมลทินในโอกาสครบ 25 พุทธศตวรรษ พ.ศ.2502 พระราชบัญญัติล้างมลทินในโอกาสสมโภชกรุงรัตนโกสินทร์ 200 ปี พ.ศ.2526 พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช ทรงมีพระชนมพรรษา 60 พรรษา พ.ศ.2530 พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช ทรงครองสิริราชสมบัติ ครบ 50 ปี พ.ศ.2539 และพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ.2550 บุคคลใดได้รับล้างมลทินต้องมีสิทธิ แต่กระบวนการตีความของกฤษฎีกา หรือ ก.พ. วินิจฉัยตีความว่าล้างแต่โทษไม่ล้างการกระทำ ซึ่งความเห็นส่วนตัวแล้วไม่เห็นด้วยว่าจะถือว่าเรียกว่าล้างมลทินได้อย่างไร ล้างก็ต้องล้างหมด ล้างก็คือให้ คำว่าล้างมลทินต้องไปดูเจตนารมณ์ท้าย พ.ร.บ.ล้างมลทิน กำหนดให้บุคคลเหล่านี้ได้มีสิทธิอันเสมอด้วยบุคคลซึ่งไม่เคยถูกลงโทษ เพราะฉะนั้นจึงเห็นด้วยกับการจำกัดสิทธิ เนื่องจากทางราชการมีทางเลือกในการคัดเลือก จึงออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิการเลือกคนเข้ารับราชการต้องการคนขาวสะอาด แต่หากคนเหล่านี้ถ้าได้รับการล้างมลทินก็ถือว่าขาวสะอาด

แบ่งเป็น 2 ช่วง โดยการที่ออกกฎหมายจำกัดสิทธิไปตามรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจออกได้ถามว่าเห็นด้วยหรือไม่ เห็นด้วย แต่หากคนต้องโทษและได้รับการล้างมลทินแล้ว ก็ถือว่าขาวสะอาด แต่ ก.พ. หรือกฤษฎีกาไม่เคยตีความอย่างนั้น

คนต้องโทษจำคุกไม่ได้บ่งพร่องในศีลธรรม มีสาเหตุมากมายที่ทำให้คนต้องโทษจำคุก หากพิจารณาในแง่ของกฎหมาย ข้อกฎหมายถ้าได้รับการล้างมลทินแล้วต้องถือเขาต้องมีสิทธิอันเสมอด้วยบุคคลที่ไม่เคยถูกลงโทษทางวินัย หรือต้องโทษทางอาญา ซึ่ง ก.พ. ก็ไม่ได้เห็นด้วย เขาบอกว่าล้างแต่โทษไม่ล้างการกระทำ ซึ่งความเห็นส่วนตัวกฎหมายไม่ได้เชื่อว่ากฎหมายล้างแต่โทษ หรือล้างการกระทำผิด กฎหมายบอกว่ากฎหมายล้างมลทิน ต้องไม่มีมลทิน เพราะฉะนั้นมีกฎหมายล้างมลทินออกมาแล้ว คนเหล่านี้เขาถือว่าเขาอยู่ในเกณฑ์ได้รับการล้างมลทินที่ต้องมีสิทธิอันเสมอด้วยบุคคลที่ไม่เคยถูกลงโทษหรือไม่เคยต้องโทษจำคุก

โดยสรุปแล้วเห็นด้วยกับการจำกัดสิทธิ ราชการมีทางเลือก เขาสามารถสร้างเงื่อนไขได้ตามที่รัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้ จึงมีการจำกัดบุคคลต้องโทษจำคุกให้ขาดคุณสมบัติ แต่สามารถขอยกเว้นคุณสมบัติได้ แต่เป็นไปได้ยาก ซึ่งที่ผ่านมาจากกรณีผู้ให้สัมภาษณ์เคยรับราชการที่ ก.พ. มา มากกว่า 30 กว่าปี ไม่เคยเห็นใครได้รับการยกเว้น มีคนขอยกเว้นมากมาย แต่มติการขอยกเว้นนั้นต้องได้รับมติเป็นเอกฉันท์ ซึ่งอย่างไรก็ไม่ได้

สรุปว่ามีความเห็นว่าเห็นด้วยด้วยการจำกัดบางข้อ แต่ที่สละคดีต่อผู้ต้องโทษจำคุกด้านการจำกัดสิทธิเพราะเห็นว่าบกพร่องทางศีลธรรม แต่เห็นว่าเขาได้รับการล้างมลทินก็ต้องยอมรับกฎหมายล้างมลทิน บุคคลที่ทำผิดก่อนนั้น คนทำผิดก็ได้รับการล้างมลทิน แต่มีคนกลุ่มหนึ่งยังไม่ได้รับการล้างมลทิน แต่อย่างไรกฎหมายล้างมลทินก็มีการบัญญัติบ่อย พอถึงเวลาหนึ่งก็เป็นผู้มีสิทธิ

คำถามที่ 2 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา (ยกเว้น เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ) ที่ได้รับโทษตามกระบวนการยุติธรรมครบถ้วนแล้ว สามารถกลับตัวเป็นคนดี โดยหากได้รับราชการจะสามารถปฏิบัติตามระเบียบวินัยราชการได้ในระดับที่ไม่แตกต่างจากข้าราชการที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญาดังกล่าว

คำอธิบาย เห็นด้วย จึงบอกว่าหากได้รับการล้างมลทิน เราควรมาพูดคุยกันด้วยข้อกฎหมาย การได้รับการล้างมลทิน เขาต้องเข้ารับราชการได้

กฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิ มันออกโดยอำนาจของรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 การจำกัดสิทธิบุคคลจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่มีกฎหมายให้อำนาจออกมา จึงได้พูดใน 4 ข้อนี้กับพระราชปรารภของสั่นเกล้ารัชกาลที่ 7 ที่เป็นแนวคิดของราชการที่ต้องการคนขาวสะอาด เขามีทางเลือก เมื่อเขามีทางเลือกก็ถือว่าเขาถือว่าเขาเลือกด้วยอำนาจทางกฎหมายของเขา เขากันบุคคลออกไป

คำถามที่ 3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษามาข้อ 1 นั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 วรรคสอง ให้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) พิจารณาก่อนให้ผู้นั้นเข้ารับราชการได้ แต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ว่า ควรมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณาก่อนอย่างไร หากจะมีการกำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ท่านคิดว่าควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณาก่อนลักษณะต้องห้าม โดยกำหนดให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง

คำอธิบาย กรณีต้องโทษจำคุกไม่มีเลย เนื่องจากการต้องโทษจำคุกเป็นกรณีขาดคุณสมบัติ แต่คนถูกไล่ออกฐานทุจริต ต้องเข้าไปขอยกเว้นคุณสมบัติ ซึ่งมติต้องเป็นเอกฉันท์ ตั้งแต่ตั้ง ก.พ. มา 80 ปี ก็ไม่เคยยกเว้นให้ใคร

กรณีต้องโทษจำคุกเป็นการเขียนให้ครบถ้วน แต่ไม่มีหนทางปฏิบัติ ไม่มีกรอบในการใช้ดุลพินิจ ตั้งแต่ระดับเจ้าหน้าที่การบำบัดนทีกเสอน ก.พ. ก็มีความเห็นว่าเท่าที่ผ่านมา ก.พ. ไม่เคยยกเว้นให้ ก็เห็นสมควรไม่ให้เว้นให้รายนี้เหมือนกัน

กรณีกรอบแนวคิดของ ก.พ. เห็นว่าจะเป็นเรื่องที่เป็นไปได้คือเมื่อเขาได้รับการล้างมลทินแล้ว ต้องปฏิบัติต่อสิทธิของเขา ให้เขามีสิทธิเสมอคนที่ไม่เคยถูกลงโทษ เอาแค่นี้ กระบวนการยุติธรรมก็รูกืบแล้ว เพราะฉะนั้น ควรระบุว่าเมื่อคนเหล่านี้ควรได้รับสิทธิในกรณีที่มีการกฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น กฎหมายล้างมลทิน มีความเป็นไปได้มากกว่า แต่อย่างไรก็ตามเป็นเรื่องยากมากสำหรับการปรับความคิดของกระบวนการนิติศาสตร์ของนิติบัญญัติของประเทศไทยที่จะให้การยอมรับคนเหล่านี้ว่าเป็นคนเหมือนกัน ที่จะต้องมีสิทธิอันเสมอด้วย หากกล่าวถึงสิทธิอันเสมอด้วยสามารถนำกฎหมายล้างมลทินมาปรับใช้ได้

คำถามที่ 4 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามตามข้อ 1 โดยให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัย ดังนี้

4.1 กรณีที่ความผิดที่ผู้นั้นต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่เป็นความผิดมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือเป็นความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) โดยมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้น ผู้กระทำไม่มีสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายเหมือนความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง กรณีที่ต้องโทษจำคุกเพราะการกระทำความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ จึงควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย เห็นด้วย แต่เป็นไปได้ยาก ควรใช้กฎหมายล้างมลทิน โดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายล้างมลทินแล้ว เป็นการให้โอกาสบุคคลเหล่านี้จะมีสิทธิอันเสมอด้วยบุคคลที่ไม่เคยถูกลงโทษ และกลายเป็นพระราชกุศลแก่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว แต่มีการพิจารณาเลeway อย่างไรก็ดีโทษ ไม่ได้ล้างการกระทำความผิด ซึ่งไม่ได้เกิดผลอะไร

ควรเสนอเรื่องล้างมลทิน ให้คนต้องโทษ หรือถูกลงโทษทางวินัย มีสิทธิทันทีตามตัวบทกฎหมาย โดยไม่ต้องไปขอใคร ไปตรวจประวัติอาชญากรพบว่าทำผิด ล้างมลทินแล้ว ก็มีสิทธิ แต่ใช้เป็นข้อเสนอได้ มีทางออกที่ไม่ต้องไปแก้กฎหมายทั้งระบบ ให้ตีความกฎหมายล้างมลทินตามเจตนารมณ์ที่แท้จริง

4.2 กรณีที่ความผิดที่ผู้นั้นต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้าม เพื่อให้สามารถรับราชการได้ ให้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด โดยหากไม่มีความสัมพันธ์กันหรือมีความสัมพันธ์กันน้อยมาก ก็ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย ก.พ. ไม่มีกรอบแนวทางการใช้ดุลยพินิจเลย คนถูกจับเล่นการพนัน ก่อนสมัครเข้ารับราชการ สรุปว่าชีวิตนี้ไม่สามารถรับราชการเลย เป็นการตัดรอนมาก ซึ่งในทัศนะส่วนตัวแล้วไม่เห็นด้วย ควรนำกฎหมายล้างมลทินมาปรับใช้ หากไปรื้อกฎหมายทั้งระบบเป็นเรื่องที่ยาก ซึ่งไม่มีอะไรเอื้อต่อความคิดเลย แม้ว่าความคิดจะดีก็ตาม

4.3 ระยะเวลาที่ผ่านมาหลังการพ้นโทษ และการกระทำผิดซ้ำ โดยหากพ้นโทษจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี และไม่มีกระทำความผิดซ้ำอีกในระยะเวลาดังกล่าว ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย

แนวคิดที่ทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ เป็นประโยชน์สำหรับคนที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา ซึ่งจะมีสิทธิที่จะมีชีวิตเหมือนคนอื่น แต่ด้วยความที่ไม่มีฐานกฎหมายทางไหนรองรับไม่ว่ากฤษฎีกา และ ก.พ. ซึ่งเป็นบันไดขั้นต้น และมาไม่ถึงศาลปกครอง หากมาถึงศาลปกครองก็ออกมีกฎหมาย ศาลปกครองก็ตัดสินตามกฎหมายที่มีอยู่ ควรแก้จากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ส.ส. ที่จะเสนอแนวคิดเรื่องดังกล่าวว่าคนเหล่านี้ควรมีสิทธิได้โดยเงื่อนไขกฎหมายล้างมลทิน

นายมนตรี กาญจนะจิตร

ตำแหน่ง เลขานุการ ก.พ.

สัมภาษณ์วันที่ 17 เมษายน 2556

คำถามที่ 1 ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) ได้บัญญัติให้ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องไม่เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่ เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ จึงส่งผลให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกไม่สามารถเข้ารับราชการได้ ท่านเห็นด้วยกับการที่กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการดังกล่าวนี้หรือไม่ เพราะเหตุใด

คำอธิบาย เห็นด้วย การสรรหาบุคคลเข้ารับราชการเบื้องต้นคงต้องอาศัยความประพฤติส่วนตัวที่ไม่มีมลทินหรือมีหมองก่อน เพื่อให้ได้คนดีและคนเก่งเข้ามารับราชการ อย่างไรก็ตาม พ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 36 วรรคสอง ก็ให้โอกาสผู้เคยต้องโทษจำคุกในการยกเว้นลักษณะดังกล่าวได้อยู่แล้ว จึงมิใช่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการอย่างเด็ดขาด

คำถามที่ 2 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า ผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา (ยกเว้น เป็นการกระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ) ที่ได้รับโทษตามกระบวนการยุติธรรมครบถ้วนแล้ว สามารถกลับตัวเป็นคนดี โดยหากได้รับราชการจะสามารถปฏิบัติตามระเบียบวินัยราชการได้ในระดับที่ไม่แตกต่างจากข้าราชการที่ไม่เคยต้องโทษทางอาญาดังกล่าว

คำอธิบาย เห็นด้วย เพราะบางคดีการกระทำผิดอาญาที่มีลักษณะไม่กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรง เช่น ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตาม ป.อ.มาตรา 68 แต่เกินสมควรแก่เหตุ อันเกิดจากการที่คนจำคุกประทุษร้าย เป็นต้น ซึ่งการถูกลงโทษในคดีความผิดเหล่านี้ อาจไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการแต่อย่างใด

คำถามที่ 3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการรับราชการของผู้เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษามาข้อ 1 นั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 วรรคสอง ให้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) พิจารณายกเว้นให้ผู้นั้นเข้ารับราชการได้ แต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ว่า ควรมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณายกเว้นอย่างไร หากจะมีการกำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ท่านคิดว่าควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของ ก.พ.ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้าม โดยกำหนดให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้าง

คำอธิบาย หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจในการรับบุคคลเคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษานั้น ควรเป็นแนวทางเดียวกับที่ ก.พ.เคยวางแนวทางการพิจารณากรณีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 36 (4) การเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคม กล่าวคือ

1) พิจารณาว่าพฤติกรรมที่เคยถูกศาลพิพากษานั้นจะทำให้เสียเกียรติต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการที่จะรับราชการนั้นหรือไม่

2) พฤติกรรมที่ผ่านมานั้นเป็นที่รังเกียจของสังคมหรือวิญญูชน โดยทั่วไปหรือไม่

คำถามที่ 4 ท่านเห็นด้วยหรือไม่ หากจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของ ก.พ. ในการพิจารณาเกณฑ์ลักษณะต้องห้ามตามข้อ 1 โดยให้ ก.พ. ต้องคำนึงถึงปัจจัย ดังนี้

4.1 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่เป็นความผิดมีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือเป็นความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) โดยมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้น ผู้กระทำไม่มีสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายเหมือนความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง กรณีที่ต้องโทษจำคุกเพราะการกระทำความผิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ จึงควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย เห็นด้วย ความผิดเพราะกฎหมายบัญญัตินั้นกฎหมายไม่ต้องการเจตนาตาม ป.อ.มาตรา 59 เป็นกฎหมายเทคนิค เช่น พ.ร.บ.จราจร จึงไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าผู้ต้องหาเจตนาชั่วร้ายหรือมาจากพฤตินิสัยโดยแท้ของผู้กระทำ

4.2 กรณีที่ความผิดที่ผู้ต้องหาต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษา เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามเพื่อให้สามารถรับราชการได้ ให้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับหน้าที่ความรับผิดชอบว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด โดยหากไม่มีความสัมพันธ์กันหรือมีความสัมพันธ์กันน้อยมาก ก็ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย เห็นด้วย แม้ผู้ต้องหาศาลพิพากษาให้จำคุกนั้น แต่ความผิดนั้นอาจจะไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อหน้าที่ความรับผิดชอบที่อยู่ในตำแหน่งหน้าที่ราชการก็ได้

4.3 ระยะเวลาที่ผ่านมาหลังการพ้นโทษ และการกระทำผิดซ้ำ โดยหากพ้นโทษจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี และไม่มีการกระทำผิดซ้ำอีกในระยะเวลาดังกล่าว ควรพิจารณาให้ได้รับการยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้สามารถรับราชการได้

คำอธิบาย ไม่เห็นด้วย ต้องมาพิจารณาอีกชั้นหนึ่งว่า การกระทำเป็นเหตุให้ศาลพิพากษาถึงจำคุกนั้น ถือว่าเป็นความบกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจในสังคมตามมาตรา 36 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ด้วยหรือไม่ ดังแนวทางการพิจารณาที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 3 ด้วย

ภาคผนวก ค

ระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการขอยกเว้นให้เข้ารับราชการ
กรณีมีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2552



ที่ นร ๑๐๑๑/ว ๖

สำนักงาน ก.พ.

ถนนพญาโลก กทม. ๑๐๓๐๐

๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๓

เรื่อง ระเบียบ ก.พ.ว่าด้วยการขอยกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้าม
เป็นข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๒

เรียน (เวียนกระทรวง กรม และจังหวัด)

สิ่งที่ส่งมาด้วย ระเบียบ ก.พ.ว่าด้วยการขอยกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้าม
เป็นข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๒

ด้วย ก.พ.ได้ออกระเบียบ ก.พ.ว่าด้วยการขอยกเว้นให้เข้ารับราชการกรณี
มีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๒ และได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา
เล่ม ๑๒๗ ตอนพิเศษ ๑๔ ง วันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๕๓ แล้ว รายละเอียดปรากฏ
ตามสิ่งที่ส่งมาด้วย

จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบและถือปฏิบัติต่อไป ทั้งนี้ ได้แจ้งให้กรมและจังหวัด
ทราบด้วยแล้ว

ขอแสดงความนับถือ

(นางเบญจวรรณ สร้างนิทร)

เลขาธิการ ก.พ.

สำนักมาตรฐานวินัย

โทร. ๐ ๒๕๔๗ ๑๖๓๑

โทรสาร ๐ ๒๕๔๗ ๑๖๓๐

สำเนาถูกต้อง

(นางเสาวภา แผ่สุวรรณ)

นิติกรชำนาญการพิเศษ

ระเบียบ ก.พ.

ว่าด้วยการขอยกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน

พ.ศ. ๒๕๕๒

โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการขอยกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๘ (๕) และมาตรา ๓๖ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ก.พ. จึงออกระเบียบไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ระเบียบนี้เรียกว่า “ระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการขอยกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๒”

ข้อ ๒ ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ ๓ ผู้ซึ่งจะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๓๖ วรรคหนึ่ง ข. (๔) (๖) (๗) (๘) (๙) (๑๐) หรือ (๑๑) และเป็นกรณีที่ ก.พ. อาจพิจารณาขอยกเว้นให้เข้ารับราชการได้ตามมาตรา ๓๖ วรรคสอง ถ้าประสงค์จะขอให้ ก.พ. พิจารณาขอยกเว้นเพื่อเข้ารับราชการ ให้ยื่นคำขอตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดไว้ใน ระเบียบนี้

ข้อ ๔ ให้ผู้มีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือนที่ประสงค์จะเข้ารับราชการยื่นคำขอตามแบบที่สำนักงาน ก.พ. กำหนด พร้อมทั้งเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้อง

ข้อ ๕ คำขอตามข้อ ๔ ให้ยื่นดังนี้

(๑) ในกรณีที่ประสงค์จะสอบแข่งขันตามมาตรา ๕๔ หรือเข้ารับการคัดเลือกตามมาตรา ๕๕ ให้ยื่นคำขอต่อเลขาธิการ ก.พ.

(๒) ในกรณีที่ประสงค์จะเข้ารับราชการตามมาตรา ๕๖ หรือกลับเข้ารับราชการตามมาตรา ๖๓ วรรคสี่ หรือสมัครเข้ารับราชการตามมาตรา ๖๕ วรรคหนึ่ง ให้ยื่นต่อหัวหน้าส่วนราชการที่จะเข้ารับราชการ

ให้ส่วนราชการที่ได้รับคำขอตาม (๒) พิจารณาคำขอดังกล่าว โดยหากไม่ประสงค์จะให้ผู้นั้นเข้ารับราชการ ให้แจ้งให้ผู้นั้นและสำนักงาน ก.พ. ทราบ แต่ถ้าประสงค์จะให้ผู้นั้นเข้ารับราชการ ให้ส่งคำขอ และเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องพร้อมทั้งเหตุผล และความจำเป็นที่จะให้ผู้นั้นเข้ารับราชการ ให้เลขาธิการ ก.พ. เพื่อดำเนินการต่อไป

หน้า ๒

เล่ม ๑๒๗ ตอนพิเศษ ๑๔ ง

ราชกิจจานุเบกษา

๒๗ มกราคม ๒๕๕๓

ข้อ ๖ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของ ก.พ. ตามระเบียบนี้ ให้สำนักงาน ก.พ. ดำเนินการตรวจสอบเพื่อให้ทราบรายละเอียดเกี่ยวกับประวัติส่วนตัว ประวัติการรับราชการ หรือ การทำงาน การประกอบคุณงามความดี ความผิด หรือ ความเสื่อมเสีย และความประพฤติของผู้นั้น โดยให้ตรวจสอบจากผู้บังคับบัญชา หรือ หัวหน้างาน และผู้มีเกียรติซึ่งอยู่ใกล้ชิดอันควรเชื่อถือได้ ในการนี้สำนักงาน ก.พ. จะให้ส่วนราชการที่เห็นสมควรเป็นผู้ดำเนินการแล้วแจ้งให้ทราบก็ได้

ข้อ ๗ ในกรณีที่ ก.พ. มีมติไม่ยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้ผู้ใด ผู้นั้นจะขอให้ ก.พ. พิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามดังกล่าวได้อีกได้ต่อเมื่อพ้นกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีนับแต่วันที่ ก.พ. มีมติ

ข้อ ๘ ให้เลขาธิการ ก.พ. รักษาการตามระเบียบนี้

ประกาศ ณ วันที่ ๑๔ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๒

อภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ

นายกรัฐมนตรี

ประธาน ก.พ.

แบบ ยว.๒

คำรับรองความประพฤติ

เขียนที่.....

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

ข้าพเจ้า.....อยู่บ้านเลขที่.....

ถนน.....ตรอก/ซอย.....ตำบล/แขวง.....

อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....โทรศัพท์.....

อาชีพ.....ตำแหน่ง.....สถานที่ทำงาน.....

.....โทรศัพท์.....โทรสาร.....

อีเมล (E-mail).....เกี่ยวข้องกับ.....

โดยเป็น.....และได้รู้จักกันมาเป็นเวลา.....ปี ขอรับรองว่า

หลังจากที่.....ตกเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามตาม

มาตรา ๓๖ ข (.....) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ แล้ว

ได้ประกอบอาชีพ (ทำอะไร ที่ใด ตั้งแต่เมื่อใดถึงเมื่อใด).....

และ.....มีความประพฤติ.....

หลังจากตกเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามแล้ว.....ได้ประกอบ

คุณงามความดี คือ.....

(ลงชื่อ).....ผู้รับรอง

(.....)

หมายเหตุ ผู้รับรองควรเป็นผู้บังคับบัญชาเดิม นายจ้าง หรือ ผู้มีเกียรติอันควรเชื่อถือได้

แบบ ยว.๑

คำขอยกเว้นเข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้าม

เขียนที่.....

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.

เรื่อง ขอยกเว้นเข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้าม

เรียน(๑)

ข้าพเจ้า..... ประสงค์จะขอให้ ก.พ.พิจารณา
ยกเว้นในกรณีที่มีลักษณะต้องห้ามเพื่อ.....

โดยมีรายละเอียด ดังนี้

๑. ข้าพเจ้าเกิดเมื่อวันที่.....เดือน.....พ.ศ..... ปัจจุบันมีวุฒิ

๒. ข้าพเจ้าเป็นผู้มีลักษณะต้องห้าม ตามมาตรา ๓๖ ข (.....) แห่งพระราชบัญญัติ
ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ตั้งแต่วันที่.....เดือน.....พ.ศ.
โดยมีกรณี คือ.....๓. ก่อนตกเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ข้าพเจ้าเคยประกอบอาชีพ (ทำอะไร
ที่ใด ตั้งแต่เมื่อใดถึงเมื่อใด ให้ระบุโดยละเอียดทุกแห่ง)

เลิกประกอบอาชีพดังกล่าวเพราะ.....

๔. ก่อนตกเป็นผู้มีลักษณะต้องห้าม ข้าพเจ้าได้ประกอบคุณงามความดี คือ

.....

ได้ทำความผิดหรือความเสื่อมเสีย คือ.....

.....

๕. หลังจากตกเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามแล้ว ข้าพเจ้าได้ประกอบอาชีพ (ทำอะไร
 ที่ใด ตั้งแต่เมื่อใดถึงเมื่อใด มีตำแหน่งหน้าที่การงานอย่างไร ให้ระบุโดยละเอียดทุกแห่งจนถึงปัจจุบัน)

.....

๖. หลังจากตกเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามแล้ว ข้าพเจ้าได้ประกอบคุณงามความดี คือ

.....

ได้ทำความผิดหรือความเสื่อมเสีย คือ.....

.....

๗. ข้าพเจ้ามีผู้รับรองความประพฤติสำหรับระยะเวลาหลังจากที่ได้ตกเป็น
 ผู้มีลักษณะต้องห้ามแล้ว (อย่างน้อย ๒ คน) คือ.....

.....

๘. ข้าพเจ้าได้ยื่นเอกสารเพื่อประกอบการพิจารณา คือ

(๑) ภาพถ่ายหลักฐานแสดงวุฒิ คือ.....

.....

(๒) สำเนาเอกสารแสดงการตกเป็นผู้ขาดคุณสมบัติ คือ.....

.....

(๓) ประวัติการทำงานโดยมีหนังสือรับรองของผู้บังคับบัญชาหรือนายจ้างว่าทำงานในหน้าที่อย่างไร ผลของงานในหน้าที่เป็นอย่างไร และออกจากการนั้นเพราะเหตุใด (ถ้าเคยทำงานหลายแห่งให้ส่งประวัติและหนังสือรับรองของผู้บังคับบัญชาหรือนายจ้างทุกแห่ง)

(๔) หนังสือรับรองความประพฤติของผู้รับรองตาม ๓

(๕)

.....

๕. ติดต่อกับข้าพเจ้าได้ที่.....

.....

..... โทรศัพท์..... โทรสาร.....

อีเมล (E-mail).....

จึงเรียนมาเพื่อโปรดพิจารณาดำเนินการต่อไปด้วย

ขอแสดงความนับถือ

(ลงชื่อ)

(.....)

หมายเหตุ

- (๑) กรณียื่นคำขอต่อสำนักงาน ก.พ. ก็ให้เรียนเลขาธิการ ก.พ. ถ้ายื่นคำขอต่อหัวหน้าส่วนราชการที่จะสมัครเข้ารับราชการ ก็ให้เรียนหัวหน้าส่วนราชการนั้น
- (๒) ให้ระบุความประสงค์ว่าจะขอเข้ารับการบรรจุโดยการคัดเลือก หรือจะสมัครกลับเข้ารับราชการในตำแหน่งใด ส่วนราชการใด หรือจะสมัครสอบแข่งขันเข้ารับราชการในตำแหน่งใด

ภาคผนวก ง

รายงานผลการพิจารณาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ที่ 43/2555 ลงวันที่ 31 มกราคม พ.ศ.2555

ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

กสม. ๗

รายงานผลการพิจารณา

คำร้องที่ขอให้เสนอแนะนโยบาย

หรือข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย



คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

วันที่ ๓๑ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๕

รายงานผลการพิจารณาที่ ๔๓ / ๒๕๕๕

เรื่อง สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ กรณีผู้ที่เคยรับโทษให้จำคุกถูกจำกัดสิทธิในการเข้ารับราชการ

ผู้ร้อง

ผู้ถูกร้อง คณะกรรมการข้าราชการรัฐสภา (ก.ร.)

๑. ความเป็นมา

ผู้ร้องได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เมื่อวันที่ ๕ เมษายน ๒๕๕๐ ตามคำร้องที่ ๑๘๔/๒๕๕๐ ว่า เมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๑ ผู้ร้องเคยถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับ ยาเสพติด และศาลพิพากษาให้ผู้ร้องได้รับโทษจำคุก ๓ ปี ๖ เดือน ปัจจุบันผู้ร้องพ้นโทษมาเป็นเวลากว่า ๕ ปีแล้ว และประกอบอาชีพสุจริต ขณะนี้เป็นลูกจ้างขององค์การบริหารส่วนจังหวัดชลบุรี ผู้ร้องมีความต้องการที่จะสอบเข้ารับราชการเป็นอย่างมาก แต่เนื่องจากเคยต้องโทษจำคุกมาก่อนจึงถูกจำกัดสิทธิในเรื่องดังกล่าว ขณะนี้ผู้ร้องต้องการสมัครสอบเข้ารับราชการสังกัดรัฐสภา แต่เมื่อโทรศัพท์สอบถามไปยังรัฐสภา ได้รับแจ้งว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธิสอบและหากสอบได้คะแนนเต็มก็ไม่มีทางได้เข้ารับราชการ

ประเด็นที่ผู้ร้องประสงค์ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบ คือ ขอความช่วยเหลือให้มีสิทธิในการสมัครสอบเข้ารับราชการ

๒. การพิจารณาคำร้องเรียน

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้มอบหมายให้คณะอนุกรรมการด้านกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม และการสูญหายของบุคคล ดำเนินการตรวจสอบ ต่อมาได้มีคำสั่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ ๕/๒๕๕๔ ลงวันที่ ๑๐ มกราคม ๒๕๕๔ มอบหมายให้คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมพิจารณาดำเนินการต่อไป

ประเด็นการตรวจสอบ

การกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการของรัฐสภา ตามมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ กระทบต่อสิทธิของผู้ร้องหรือไม่ อย่างไร

/ ๓. การดำเนินการ...

๓. การดำเนินการตรวจสอบ

คณะอนุกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ได้ดำเนินการพิจารณาตรวจสอบ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๗ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ และระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. ๒๕๔๕ โดยคณะอนุกรรมการฯ ได้รับฟังข้อเท็จจริงจากสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน และเอกสารที่เกี่ยวข้อง สรุปได้ดังนี้

๓.๑ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ สผ ๐๐๐๒/๘๖๘๖ ลงวันที่ ๒๕ สิงหาคม ๒๕๕๔ สรุปได้ดังนี้

๑) ตามกรณีร้องเรียน ผู้ร้องเคยได้รับโทษจำคุกเกี่ยวกับคดียาเสพติดเป็นเวลา ๓ ปี ๖ เดือน และพ้นโทษมาแล้ว ผู้ร้องจึงมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๓๗ ข. (๗) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ตามมาตรา ๓๗ วรรคสอง ก.ร. อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้ ซึ่งผู้ร้องสามารถยื่นคำร้องเพื่อขอให้ ก.ร. พิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการตามมาตรา ๓๗ ได้

๒) ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ก.ร.ยังไม่เคยได้รับคำขอให้พิจารณายกเว้นคุณสมบัติในลักษณะดังกล่าว และ ก.ร.ยังมีได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาไว้

๓) กรณีที่ผู้สมัครเข้ารับการแข่งขันเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญที่ได้รับการอภัยโทษ หรือได้รับการล้างมลทินในวาระพิเศษ ซึ่งถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้น ๆ หากเป็นผู้มีคุณสมบัติทั่วไปและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๓๗ การพิจารณาเพื่อให้เข้ารับราชการเป็นไปตามหลักสูตรวิธีดำเนินการเกี่ยวกับการสอบแข่งขัน เกณฑ์การตัดสิน การขึ้นบัญชีและการยกเลิกบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ ซึ่งในการพิจารณาความเหมาะสมกับตำแหน่ง ให้มีการพิจารณาประวัติส่วนตัว ประวัติการทำงาน รวมถึงจริยธรรมและคุณธรรมเพื่อประกอบการพิจารณาด้วย

๓.๒ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (สำนักงาน ก.พ.) ได้มีหนังสือ ที่ นร ๑๐๑๑/๔๒๐ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ สรุปได้ดังนี้

๑) การปฏิบัติที่ผ่านมาในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามในกรณีที่ เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกนั้น ก.พ. ยังไม่เคยมีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามในกรณีนี้ แต่ได้เคยวางแนวทางในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามกรณีเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคม ตามมาตรา ๓๐ ข. (๗) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๓๕ (บัญญัติทำนองเดียวกันกับมาตรา ๓๖ ข. (๔) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑) ว่า จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ในการกระทำเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยคำนึงถึงความรังเกียจของสังคมเป็นแนวทางพิจารณาว่า สังคมรู้สึกรังเกียจต่อการกระทำนั้นหรือไม่ เพียงใด

๒) กรณีที่ผู้สมัครมีลักษณะต้องห้ามได้รับการอภัยโทษ หรือรับการล้างมลทินในวาระพิเศษ เฉพาะกรณีผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และต่อมาได้รับการล้างมลทิน ซึ่งปัจจุบันได้แก่พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา ๘๐ พรรษา พ.ศ. ๒๕๕๐ นั้น โดยที่มาตรา ๔ แห่ง

-๓-

พระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติว่า “ให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ต้องโทษในกรณีความผิดต่าง ๆ ซึ่งได้กระทำก่อนหรือในวันที่ ๕ ธันวาคม ๒๕๕๐ และได้พ้นโทษไปแล้วก่อนหรือในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ โดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้น ๆ” ดังนั้น หากกรณีที่ผู้มีลักษณะต้องห้ามเข้าเงื่อนไขที่จะได้รับการล้างมลทินตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ก็ย่อมถือว่าผู้นั้นไม่มีลักษณะต้องห้ามในกรณีเป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดเพราะกระทำความผิดอาญา ตามมาตรา ๓๖ ข. (๗) อย่างไรก็ตาม กรณีอาจเข้าข่ายเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามในกรณีเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคม ตามมาตรา ๓๖ ข. (๔) ได้ เนื่องจากการล้างมลทินตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กุญหมายล้างแต่เฉพาะโทษเท่านั้นหาได้ล้างพฤติการณ์การกระทำผิดนั้นด้วยไม่ ซึ่งในการพิจารณาแยกเว้นลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ก.พ. ได้ใช้แนวทางการพิจารณาตามที่กล่าวไปแล้วตามข้อหาหรือที่ ๑ ข้างต้น

อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวเป็นกรณีของผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการ รัฐสภาสามัญ จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ โดยเฉพาะต่อไป

๓.๓ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ ระเบียบ และกฎ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้กรณีตามคำร้องได้มีการพิจารณาในมิติที่กว้างขึ้น โดยได้มีการศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ พระราชบัญญัติ กฎ และระเบียบที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ สรุปได้ดังนี้

๑) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

มาตรา ๑๐๒ บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

(๕) เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกโดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึงห้าปีในวันเลือกตั้ง เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

มาตรา ๑๑๕ บุคคลผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้ เป็นผู้ที่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งหรือได้รับการเสนอชื่อเพื่อเข้ารับราชการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภา

(๘) เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา ๑๐๒ (๑) (๒) (๓) (๔) (๕) (๖) (๗) (๘) (๙) (๑๐) (๑๑) (๑๒) (๑๓) หรือ (๑๔)

มาตรา ๑๗๔ รัฐมนตรีต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(๔) ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๑๐๒ (๑) (๒) (๓) (๔) (๕) (๖) (๗) (๘) (๙) (๑๐) (๑๑) (๑๒) (๑๓) หรือ (๑๔)

มาตรา ๒๐๕ ผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๒๐๔ (๓) และ (๔) ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(๔) ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๑๐๐ หรือมาตรา ๑๐๒ (๑) (๒) (๔) (๕) (๖) (๗) (๑๓) หรือ (๑๔)

มาตรา ๒๓๐ กรรมการการเลือกตั้งต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(๓) มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๒๐๕ (๑) (๔) (๕) และ (๖)

-๔-

มาตรา ๒๔๒ วรรคสี่ คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ตรวจการแผ่นดินให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน

มาตรา ๒๔๖ วรรคสอง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติต้องเป็นผู้ซึ่งมีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์และมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๒๐๕ โดยเคยเป็นรัฐมนตรี กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางบริหารในหน่วยราชการที่มีอำนาจบริหารเทียบเท่าอธิบดี หรือดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์ ผู้แทนองค์การพัฒนาเอกชน หรือผู้ประกอบการวิชาชีพที่มีองค์กรวิชาชีพตามกฎหมายมาเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบปี ซึ่งองค์การพัฒนาเอกชนหรือองค์กรวิชาชีพนั้นให้การรับรองและเสนอชื่อเข้าสู่กระบวนการสรรหา

มาตรา ๒๕๒ วรรคหก คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม และการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน

มาตรา ๒๕๖ วรรคสาม คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม การถอดถอน และการกำหนดค่าตอบแทนกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

๒) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒

มาตรา ๘ ผู้ตรวจการแผ่นดินต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(๑๐) ไม่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้คดีนั้นจะยังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอกการลงโทษ เว้นแต่เป็นกรณีที่เคยไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอกการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท

๓) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒

มาตรา ๗ ผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(๑๐) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

๔) พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๖ ประธานกรรมการและกรรมการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(๙) ไม่เป็นบุคคลที่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไป โดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึงห้าปีในวันได้รับการเสนอชื่อ เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท

๕) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔

มาตรา ๓๗ ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญต้องมีคุณสมบัติทั่วไปและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

ข. ลักษณะต้องห้าม

(๗) เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

-๕-

ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญซึ่งมีลักษณะต้องห้ามตาม ข. (๕) (๖) (๗) (๘) (๙) (๑๐) หรือ (๑๑) ก.ร. อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้ ... มติของ ก.ร. ในการยกเว้นดังกล่าวต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม การลงมติให้กระทำโดยลับ

ข้อยกเว้นตามวรรคสอง ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ร. กำหนด
ในกรณีตามวรรคสอง ก.ร. จะยกเว้นให้เป็นการเฉพาะราย หรือจะประกาศยกเว้นให้เป็นการทั่วไปก็ได้

๖) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑

มาตรา ๓๖ ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือน ต้องมีคุณสมบัติทั่วไป และไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(๗) เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนซึ่งมีลักษณะต้องห้ามตาม ข. (๕) (๖) (๗) (๘) (๙) (๑๐) หรือ (๑๑) ก.พ. อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้

การขอยกเว้นตามวรรคสอง ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.พ. กำหนด
ในกรณีตามวรรคสอง ก.พ. จะยกเว้นให้เป็นการเฉพาะราย หรือจะประกาศยกเว้นให้เป็นการทั่วไปก็ได้

ระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการขอยกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๒

โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการขอยกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน

ข้อ ๓ ผู้ซึ่งจะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๓๖ วรรคหนึ่ง ข. (๕) (๖) (๗) (๘) (๙) (๑๐) หรือ (๑๑) และเป็นกรณีที่ ก.พ. อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้ตามมาตรา ๓๖ วรรคสอง ถ้าประสงค์จะขอให้ ก.พ. พิจารณายกเว้นเพื่อเข้ารับราชการ ให้ยื่นคำขอตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้

ข้อ ๗ ในกรณีที่ ก.พ. มีมติไม่ยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้ผู้ใด ผู้นั้นจะขอให้ ก.พ. พิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามดังกล่าวได้อีกได้ต่อเมื่อพ้นกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี นับแต่วันที่ ก.พ. มีมติ

๗) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๕๔

มาตรา ๔๓ ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการกรุงเทพมหานครต้องมีคุณสมบัติทั่วไปและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

ข. ลักษณะต้องห้าม

(๕) เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

/ ผู้ที่จะ...

-๖-

ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการกรุงเทพมหานครซึ่งมีลักษณะต้องห้ามตาม ข. (๓) (๔) (๕) (๖) (๗) หรือ (๘) ก.ก.อาจพิจารณาเว้นให้เข้ารับราชการได้ ... มติของ ก.ก.ในการยกเว้นดังกล่าวต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม การลงมติให้กระทำโดยลับ

การขอยกเว้นตามวรรคสอง ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ก. กำหนด
ในกรณีตามวรรคสอง ก.ก. จะยกเว้นให้เป็นการเฉพาะราย หรือจะประกาศยกเว้นให้เป็นการทั่วไปก็ได้

๘) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗

มาตรา ๗ ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาต้องมีคุณสมบัติทั่วไปและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(ข) ลักษณะต้องห้าม

(๗) เคยถูกจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ

๙) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๙ ผู้ซึ่งจะได้รับแต่งตั้งเป็นข้าราชการการเมืองตำแหน่งอื่นนอกจากตำแหน่งรัฐมนตรี ต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

(๗) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ

๑๐) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการทหาร พ.ศ. ๒๕๒๑

มาตรา ๑๑ การแต่งตั้ง การเลื่อนหรือลดตำแหน่ง การย้าย การโอน การเลื่อนชั้นเงินเดือน และการออกจากราชการของข้าราชการทหาร ให้เป็นไปตามกฎหมาย ข้อบังคับ คำสั่ง และระเบียบแบบแผนของกระทรวงกลาโหม

ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับแก่นักเรียนในสังกัดกระทรวงกลาโหมด้วยโดยอนุโลม

การเลื่อนชั้นเงินเดือนของทหารกองประจำการให้เป็นไปตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด

ระเบียบกระทรวงกลาโหม ว่าด้วยการบรรจุ การโอน และการบรรจุกลับเข้ารับราชการ พ.ศ. ๒๕๒๙

ข้อ ๕ บุคคลที่สมัครเข้ารับราชการเป็นข้าราชการทหาร ต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

๕.๘ ไม่เป็นผู้ที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาของศาลในคดีอาญา ยกเว้นความผิดฐานประมาท หรือลหุโทษ

๑๑) พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๗

มาตรา ๔๘ ผู้ที่จะได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(๖) มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร.

-๓-

กฎ ก.ตร.ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการ
ตำรวจ พ.ศ. ๒๕๔๗

ข้อ ๒ การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ ผู้ที่จะได้รับการ
บรรจุนอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ตามมาตรา ๔๘ (๑) ถึง (๕) แล้ว จะต้อง
มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามมาตรา ๔๘ (๖) ดังต่อไปนี้

(๔) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้น
แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ผู้ที่ขาดคุณสมบัติตามข้อ ๒ (๒) หรือข้อ ๒ (๔) ก.ตร.อาจพิจารณา
ยกเว้นให้เข้ารับราชการได้

๑๒) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓

มาตรา ๔๙ ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัคร
เข้ารับการคัดเลือกพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ต้องมี
คุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

ข. ลักษณะต้องห้าม

(๕) เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่
เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือก
ผู้สมัครทดสอบความรู้หรือผู้สมัครเข้ารับคัดเลือกพิเศษ ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.อ. กำหนด

มาตรา ๙๑ ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการอัยการต้องมีคุณสมบัติ
ทั่วไปและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

ข. ลักษณะต้องห้าม

(๗) เป็นบุคคลเคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก
เพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่โทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการอัยการซึ่งมีลักษณะต้องห้ามตาม ข.
(๔) (๖) (๗) (๘) (๙) (๑๐) หรือ (๑๑) ก.อ. อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้...

มติของ ก.อ. ในการยกเว้นดังกล่าว ต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ใน
ห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม การลงมติให้กระทำโดยลับ

การขอยกเว้นตามวรรคสอง ก.อ. จะยกเว้นให้เป็นการเฉพาะรายหรือ
จะประกาศยกเว้นให้เป็นการทั่วไปก็ได้

ระเบียบคณะกรรมการอัยการว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของข้าราชการ
อัยการสำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. ๒๕๕๓

ข้อ ๓ ภายใต้บังคับมาตรา ๘ มาตรา ๑๐๑ และมาตรา ๑๐๒ แห่ง
พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ การบริหารงานบุคคลสำหรับข้าราชการอัยการ
สำนักงานอัยการสูงสุดในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบข้าราชการอัยการ การกำหนดคุณสมบัติและมาตรฐาน
กำหนดตำแหน่ง การขอยกเว้นลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการอัยการ การสรรหา
การบรรจุ การแต่งตั้ง การทดลองปฏิบัติหน้าที่ราชการ การให้ผู้ทดลองปฏิบัติหน้าที่ราชการออกจากราชการ

/ การสั่งให้...

การสั่งให้ผู้ขาดคุณสมบัติทั่วไปหรือมีลักษณะต้องห้ามออกจากราชการ การโยกย้าย การโอน การเลื่อนตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่ง การสั่งให้ประจำส่วนราชการ การรับเงินเดือน การเลื่อนเงินเดือน การออกจากราชการ การสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน การบรรจุกลับ การคุ้มครองระบบคุณธรรม การเยียวยาแก้ไขหรือดำเนินการตามคำพิพากษาของศาลปกครอง และการจัดระบบการแก้ไขและการรักษาทะเบียนประวัติและควบคุมการเกษียณอายุให้นำกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน พระราชกฤษฎีกา กฎ ก.พ. ระเบียบ ข้อบังคับ ซึ่งออกตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ คำว่า “ก.พ.” “ก.ค.พ.” “อ.ก.พ.กระทรวง” และ “อ.ก.พ.กรม” ให้หมายถึง “สำนักงานอัยการสูงสุด” และคำว่า “รัฐมนตรีเจ้าสังกัด” “ปลัดกระทรวง” “อธิบดี” ให้หมายถึง “อัยการสูงสุด”

๑๓) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓

มาตรา ๒๖ ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(๙) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ต. กำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา ๕๒ ผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเป็นดะโต๊ะยุติธรรม ต้องเป็นมุสลิมและมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(๑) มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๒๖ (๑) (๕) (๖) (๗) (๘) (๙) และ (๑๐)

หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดะโต๊ะยุติธรรมให้กำหนดโดยระเบียบ ก.ต.

๔. รัฐธรรมนูญ พันธกรณี และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๔.๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

มาตรา ๓๐ พรรคสี มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

มาตรา ๓๑ บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายหรือกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

มาตรา ๔๓ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบ

การประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางการแข่งขัน

๔.๒ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ภาค ๓ ข้อ ๖

๑) รัฐภาคีแห่งกติกานี้ รับรองสิทธิในการทำงาน ซึ่งรวมทั้งสิทธิของทุกคนในโอกาสที่จะหาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือกหรือรับอย่างเสรี และจะดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมในการปกป้องสิทธินี้

๒) ขั้นตอนซึ่งรัฐภาคีแห่งกติกานี้จะต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุในการทำให้สิทธินี้เป็นจริงอย่างบริบูรณ์ จะต้องรวมถึงการให้คำแนะนำทางเทคนิคและวิชาชีพและโครงการฝึกอบรม นโยบายและเทคนิคที่จะทำให้บรรลุผลในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อย่างสม่ำเสมอ และการจ้างงานอย่างบริบูรณ์และเป็นประโยชน์ภายใต้เงื่อนไขทั้งหลายที่เป็นการปกป้องเสรีภาพขั้นพื้นฐานทางการเมืองและทางเศรษฐกิจของปัจเจกบุคคล

๕. ความเห็นคณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

๕.๑ ความเห็นคณะกรรมการฯ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ วรรคสี่ วางหลักไว้ว่า มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา ๓๑ กรณีที่บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายหรือกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม ซึ่งในการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามเป็นการกำหนดเงื่อนไขในเรื่องของสมรรถภาพของบุคคลที่จะเข้ารับราชการที่แต่ละองค์กรสามารถกำหนดได้ตามความเหมาะสม และต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และพันธกรณีระหว่างประเทศ

ในเรื่องของการประกอบอาชีพ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๔๓ วางหลักไว้ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ซึ่งการจำกัดเสรีภาพจะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางการแข่งขัน ซึ่งสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ภาค ๓ ข้อ ๖ ที่วางหลักไว้ว่า รัฐต้องรับรองสิทธิในการทำงาน ซึ่งรวมทั้งสิทธิของทุกคนในโอกาสที่จะหาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือกหรือรับอย่างเสรี และจะดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสม โดยรวมถึงการให้คำแนะนำทางเทคนิคและวิชาชีพและโครงการฝึกอบรม นโยบายและเทคนิคที่จะทำให้บรรลุผลในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อย่างสม่ำเสมอ และการจ้างงานอย่างบริบูรณ์และเป็นประโยชน์ภายใต้เงื่อนไขทั้งหลายที่เป็นการปกป้องเสรีภาพขั้นพื้นฐานทางการเมืองและทางเศรษฐกิจของปัจเจกบุคคล

คณะอนุกรรมการฯ พิจารณาข้อเท็จจริงจากคำร้องและคำชี้แจงของผู้ร้อง ผู้ถูกร้อง และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องประกอบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว มีความเห็นตามประเด็นการตรวจสอบ ดังนี้

การกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการของรัฐบาล ตามมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ กระทบต่อสิทธิของผู้ร้องหรือไม่ อย่างไร

คณะอนุกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ว่า มาตรา ๓๗ ข. (๗) จะกำหนดคุณสมบัติผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญว่า จะต้องไม่เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ แต่มาตรา ๓๗ วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ ได้บัญญัติข้อยกเว้นเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้มีลักษณะต้องห้ามตามข้อ ข. (๗) ได้รับการพิจารณายกเว้นคุณสมบัติต้องห้ามดังกล่าวได้ ฉะนั้น ในกรณีของผู้ร้องแม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ร้องเคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ซึ่งเป็นลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๓๗ ข้อ ข. (๗) แต่ผู้ร้องยังอาจได้รับการพิจารณาให้เข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาได้ ตามความในมาตรา ๓๗ วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ กล่าวคือ คณะกรรมการข้าราชการรัฐสภา (ก.ร.) อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้ โดยต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ร. กำหนด และ ก.ร. จะยกเว้นเป็นการเฉพาะรายหรือจะประกาศยกเว้นเป็นการทั่วไปก็ได้ คณะอนุกรรมการฯ จึงเห็นว่า ผู้ร้องยังไม่ถูกกระทบสิทธิในเรื่องการไม่สามารถเข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภา เพราะเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ตามมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔

อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ร้องโทรศัพท์สอบถามไปยังรัฐสภา และได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่ว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธิสอบและหากสอบได้คะแนนเต็มก็ไม่มีทางได้เข้ารับราชการ ซึ่งการให้คำตอบในลักษณะดังกล่าว ทำให้ผู้ร้องเสียสิทธิในการสมัครสอบเข้ารับราชการ เจ้าหน้าที่ควรมีการแนะนำหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับข้อยกเว้นตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ เพื่อให้ผู้ร้องทราบถึงสิทธิของตน และเป็นข้อมูลให้กับผู้ร้องเพื่อประกอบการพิจารณาในการสมัครเข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญ

ดังนั้น กรณีของผู้ร้อง หากผู้ร้องมีความต้องการที่จะสอบเข้ารับราชการเพื่อเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญ ผู้ร้องสามารถยื่นเรื่องเพื่อขอให้คณะกรรมการข้าราชการรัฐสภา (ก.ร.) พิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้ โดยยื่นคำขอตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่ ก.ร. กำหนดไว้ในระเบียบฯ คณะอนุกรรมการฯ จึงเห็นควรแจ้งผู้ร้องให้ทราบสิทธิและแนวทางการดำเนินการในเรื่องดังกล่าว

อนึ่ง จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำหนดลักษณะต้องห้ามการเข้ารับราชการ ตามพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ หรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือกรรมการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เห็นว่า สามารถจำแนกหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้เป็น ๓ กลุ่ม ดังนี้

๑) กลุ่มองค์กรที่ใช้พระราชบัญญัติหรือระเบียบที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เป็นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ โดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้นลักษณะต้องห้ามได้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ ระเบียบกระทรวงกลาโหม ว่าด้วยการบรรจุ การโอน และการบรรจุกลับเข้ารับราชการ พ.ศ. ๒๕๒๙ เป็นต้น ซึ่งกลุ่มองค์กรที่ใช้พระราชบัญญัติ

หรือระเบียบที่ไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นฯ ให้กับผู้ที่เข้ารับการซึ่งเป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ดังกล่าว มีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามกรณีที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ แต่ไม่มีการระบุข้อยกเว้นให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้นลักษณะต้องห้ามเกี่ยวกับกรณีที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ จึงทำให้ไม่มีลักษณะของการยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นการปิดโอกาสของผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในการสมัครเข้ารับราชการ

๒) กลุ่มองค์กรที่ใช้พระราชบัญญัติ ระเบียบ หรือกฎ ที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เป็นลักษณะต้องห้ามในการรับราชการ แต่มีข้อยกเว้นให้หน่วยงานสามารถกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะหรือใช้ดุลพินิจในการรับสมัครบุคคลผู้มีลักษณะต้องห้ามเข้ารับราชการได้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๕๔ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๗ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ เป็นต้น ซึ่งกลุ่มองค์กรที่ใช้พระราชบัญญัติที่มีการกำหนดยกเว้นไว้ สรุปได้ดังนี้

๒.๑) ข้าราชการรัฐสภา ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม โดยเป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หากผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ก.ร.อาจพิจารณาขกเว้นให้เข้ารับราชการได้ ซึ่งต้องเป็นไปตามมติของ ก.ร. และในการยกเว้นดังกล่าวต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม การลงมติให้กระทำโดยลับ โดยเป็นไปตามระเบียบที่ ก.ร. กำหนด ซึ่งจะยกเว้นให้เป็นการเฉพาะราย หรือจะประกาศยกเว้นให้เป็นการทั่วไปก็ได้

ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ก.ร.ยังไม่เคยได้รับคำขอให้พิจารณาขกเว้นคุณสมบัติในลักษณะดังกล่าว และ ก.ร.ยังมีได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาไว้ ส่วนกรณีที่มีผู้สมัครเข้ารับการแข่งขันเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญที่ได้รับการยกโทษ หรือได้รับการล้างมลทินในวาระพิเศษ ซึ่งถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้น ๆ หากเป็นผู้มีคุณสมบัติทั่วไปและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๓๗ ในการพิจารณาให้เป็นไปตามหลักสูตวิธีดำเนินการเกี่ยวกับการสอบแข่งขัน เกณฑ์การตัดสิน การขึ้นบัญชีและการยกเลิกบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ ซึ่งในการพิจารณาความเหมาะสมกับตำแหน่งจะมีการพิจารณาประวัติส่วนตัว ประวัติการทำงาน รวมถึงจริยธรรมและคุณธรรมด้วย

๒.๒) ข้าราชการพลเรือน ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม โดยเป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หากผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ก.พ.อาจพิจารณาขกเว้นให้เข้ารับราชการได้ ซึ่งจะยกเว้นให้เป็นการเฉพาะราย หรือจะประกาศยกเว้นให้เป็นการทั่วไปก็ได้ ตามระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการขกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๒ ในกรณีนี้

ก.พ. มีมติไม่ยกเว้นลักษณะต้องห้ามให้ผู้ใด ผู้นั้นจะขอให้ ก.พ.พิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามดังกล่าวนั้น อีกได้ต่อเมื่อพ้นกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีนับแต่วันที่ ก.พ.มีมติ

ในการปฏิบัติที่ผ่านมา การพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามในกรณีที่เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกนั้น ก.พ.ยังไม่เคยมีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามในกรณีนี้ แต่เคยมีการวางแนวทางในการพิจารณายกเว้นลักษณะต้องห้ามกรณีเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคม ตามมาตรา ๓๐ ข. (๗) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ในการกระทำเป็นเรื่อง ๆ และคำนึงถึงความรังเกียจของสังคมเป็นแนวทางในการพิจารณา ส่วนกรณีที่ผู้มีลักษณะต้องห้ามได้รับการอภัยโทษ หรือรับการล้างมลทินในวาระพิเศษ เฉพาะกรณีผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และต่อมาได้รับการล้างมลทินนั้น กรณีที่ผู้มีลักษณะต้องห้ามเข้าเงื่อนไขที่จะได้รับการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ก็ย่อมถือว่าผู้ไม่มีลักษณะต้องห้ามในกรณีเป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดเพราะกระทำความผิดอาญาตามมาตรา ๓๖ ข. (๗) อย่างไรก็ตามกรณีอาจเข้าข่ายเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามในกรณีเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคมตามมาตรา ๓๖ ข. (๔) ได้ เนื่องจากการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติดังกล่าวนั้น กฎหมายล้างแต่เฉพาะโทษเท่านั้นหาได้ล้างพฤติการณ์การกระทำผิดนั้นด้วยไม่

๒.๓) ข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานครต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม โดยเป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หากผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานครมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ก.ก.อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้ ซึ่งต้องเป็นไปตามมติของ ก.ก. และในการยกเว้นดังกล่าวต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม การลงมติให้กระทำโดยลับ โดยเป็นไปตามระเบียบที่ ก.ก.กำหนด ซึ่งจะยกเว้นให้เป็นการเฉพาะราย หรือจะประกาศยกเว้นให้เป็นการทั่วไปก็ได้

๒.๔) ข้าราชการตำรวจ ผู้ที่จะได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. ๒๕๔๗ โดยไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หากผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ก.ตร.อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้

๒.๕) ข้าราชการฝ่ายอัยการ ผู้ที่จะได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการฝ่ายอัยการ โดยผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการศึกษาพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม โดยเป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการศึกษาพิเศษ ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.อ.กำหนด สำหรับในกรณีของผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตุลาการ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม โดยเป็นบุคคลเคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่โทษสำหรับ

ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หากผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตุลาการมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ก.อ.อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้ ซึ่งต้องเป็นไปตามมติของ ก.อ. และในการยกเว้นดังกล่าวต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม การลงมติให้กระทำโดยลับ ซึ่งจะยกเว้นให้เป็นการเฉพาะรายหรือจะประกาศยกเว้นให้เป็นการทั่วไปก็ได้ โดยเป็นไปตามระเบียบคณะกรรมการอัยการว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการสำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. ๒๕๕๓

๒.๖) ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการศึกษาเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ผู้ช่วยผู้พิพากษา ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม โดยไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการศึกษาเพื่อคัดเลือกพิเศษ ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ต.กำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา สำหรับในกรณีของผู้สมัครเข้ารับการศึกษาเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเป็นคณะตุลาการต้องเป็นมุสลิมและมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งคณะตุลาการที่กำหนดโดยระเบียบ ก.ต.

กลุ่มองค์กรที่ใช้พระราชบัญญัติที่มีการกำหนดยกเว้นดังกล่าวข้างต้น จะมีการระบุข้อยกเว้นเกี่ยวกับกรณีของผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งมีการพิจารณายกเว้นให้เป็นการเฉพาะรายหรือมีการประกาศยกเว้นให้เป็นการทั่วไป โดยเป็นไปตามระเบียบปฏิบัติและเป็นไปตามมติของคณะกรรมการ จึงเป็นการให้โอกาสกับผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในการสมัครเข้ารับราชการ

๓) กลุ่มองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และกลุ่มองค์กรที่มีการกำหนดระยะเวลาในการพ้นโทษเป็นคุณสมบัติที่สามารถเข้าดำรงตำแหน่งได้ เช่น กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี เป็นต้น ซึ่งมีการกำหนดข้อห้ามบุคคลมิให้สมัครหรือได้รับการเสนอชื่อ ในกรณีที่บุคคลนั้นเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก และได้พ้นโทษมาแล้วยังไม่ถึงห้าปี เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งกลุ่มองค์กรที่มีการกำหนดระยะเวลาพ้นโทษที่ชัดเจนดังกล่าว ได้ระบุข้อยกเว้นเกี่ยวกับกรณีของผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ จึงเป็นการให้โอกาสกับผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดในการเข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าวได้

ส่วนผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๘ บัญญัติว่า “ผู้ตรวจการแผ่นดินต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้ (๑๐) ไม่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้คดีนั้นจะยังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษ เว้นแต่เป็นกรณีที่คดียังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท” และกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๗ บัญญัติว่า “ผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้ (๑๐) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ” ซึ่งทั้ง ๒ องค์กร มีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม

เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับกลุ่มองค์กรที่ใช้พระราชบัญญัติที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เป็นลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการโดยไม่มีกำหนดช้อยกเว้นฯ

๕.๒ ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จึงมีมติให้มีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อคณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยกลุ่มองค์กรที่ใช้พระราชบัญญัติหรือระเบียบที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการโดยไม่มีกำหนดช้อยกเว้นฯ เช่น ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ข้าราชการการเมือง ข้าราชการทหาร เป็นต้น นั้น ควรมีการพิจารณาทบทวนปรับปรุงและแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายแต่ละฉบับให้สอดคล้องกับมิติด้านสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และพันธกรณีระหว่างประเทศ ที่ให้การคุ้มครองและรับรองไว้ โดยไม่เป็นการจำกัดสิทธิของผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในการสมัครสอบเข้ารับราชการ โดยในการกำหนดช้อยกเว้นต้องมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนและมีความเป็นธรรม รวมทั้งควรมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการประกอบอาชีพด้วย โดยในการกำหนดช้อยกเว้นอาจมีการกำหนดกรอบระยะเวลาให้กับผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในการสมัครสอบเข้ารับราชการ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกให้สามารถใช้สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการและสามารถกลับตนเป็นคนดีเพื่อทำประโยชน์ให้แก่สังคมและประเทศชาติต่อไป ทั้งนี้ ในการพิจารณาดำเนินการดังกล่าว ควรที่จะได้มีการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายและระเบียบในเรื่องนี้สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทอื่น ตลอดจนพนักงานรัฐวิสาหกิจด้วย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเป็นมาตรฐานเดียวกัน

๖. ความเห็นและมติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในคราวประชุม ครั้งที่ ๑/๒๕๕๕ เมื่อวันที่ ๔ มกราคม ๒๕๕๕ พิจารณาแล้วมีมติเห็นชอบด้วยกับความเห็นและข้อเสนอแนะเชิงนโยบายของคณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม โดยให้มีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาดำเนินการตามข้อเสนอแนะเชิงนโยบายข้างต้น และมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติขอทราบและติดตามผลการดำเนินการเพื่อประเมินผลต่อไป



(ศาสตราจารย์อมรา พงศาพิชญ์)

ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ



(นายแทจริง ศิริพานิช)

กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ



(นายนิรันดร พิทักษ์วัชรระ)

กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

- ๑๕ -

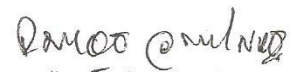
กสม. ๗

รายงานผลการพิจารณาที่/๒๕๕๕

วันที่ ๒๑ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๕



(นายปริญญา ศิริสารการ)
กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ



(นายพิบูลย์ วราหะไพฑูรย์)
กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

พลตำรวจเอก



(วันชัย ศรีนวลนัด)
กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ



(นางวิสา เบ็ญจมนโน)
กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คำร้องที่ ๑๘๔/๒๕๕๐ สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ กรณีผู้ที่เคยรับโทษให้จำคุก ถูกจำกัดสิทธิในการเข้ารับราชการ (กสม. ๗ รายงานผลการพิจารณาคำร้องที่ขอให้เสนอแนะนโยบาย หรือข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย ที่ ๔๓/๒๕๕๕)

๑. ความเป็นมา

ผู้ร้องได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เมื่อวันที่ ๕ เมษายน ๒๕๕๐ ตามคำร้องที่ ๑๘๔/๒๕๕๐ ว่า เมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๑ ผู้ร้องเคยถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับยาเสพติด และศาลพิพากษาให้ผู้ร้องได้รับโทษจำคุก ๓ ปี ๖ เดือน ปัจจุบันผู้ร้องพ้นโทษมาเป็นเวลากว่า ๕ ปีแล้ว และประกอบอาชีพสุจริต ขณะนี้เป็นลูกจ้างขององค์การบริหารส่วนจังหวัดชลบุรี ผู้ร้องมีความต้องการที่จะสอบเข้ารับราชการเป็นอย่างมาก แต่เนื่องจากเคยต้องโทษจำคุกมาก่อนจึงถูกจำกัดสิทธิในเรื่องดังกล่าว ขณะนี้ผู้ร้องต้องการสมัครสอบเข้ารับราชการสังกัดรัฐสภา แต่เมื่อโทรศัพท์สอบถามไปยังรัฐสภา ได้รับแจ้งว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธิสอบ และหากสอบได้คะแนนเต็มก็ไม่มีทางได้เข้ารับราชการ

๒. ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

คณะกรรมการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ได้รับฟังข้อเท็จจริงจากคำร้องและคำชี้แจงของผู้ร้อง ผู้ถูกร้อง และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องประกอบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว โดยมีมติให้ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อคณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยกลุ่มองค์กรที่ใช้พระราชบัญญัติหรือระเบียบที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการโดยไม่มีกำหนดช้อยกเว้นฯ เช่น ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ข้าราชการการเมือง ข้าราชการทหาร เป็นต้น นั้น ควรมีการพิจารณาทบทวนปรับปรุงและแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายแต่ละฉบับ ให้สอดคล้องกับมิติด้านสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และพันธกรณีระหว่างประเทศ ที่ให้การคุ้มครองและรับรองไว้ โดยไม่เป็นการจำกัดสิทธิของผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในการสมัครสอบเข้ารับราชการ โดยในการกำหนดช้อยกเว้นต้องมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนและมีความเป็นธรรม รวมทั้งควรมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการประกอบอาชีพด้วย โดยในการกำหนดช้อยกเว้นอาจมีการกำหนดกรอบระยะเวลาให้กับผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ในการสมัครสอบเข้ารับราชการ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกให้สามารถใช้สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการและสามารถกลับตนเป็นคนดีเพื่อทำประโยชน์ให้แก่สังคมและประเทศชาติต่อไป ทั้งนี้ ในการพิจารณาดำเนินการดังกล่าว ควรที่จะได้มีการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายและระเบียบในเรื่องนี้สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทอื่น ตลอดจนพนักงานรัฐวิสาหกิจด้วย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเป็นมาตรฐานเดียวกัน

๓. ผลการดำเนินการจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๕๐๕/๙๐๓๔ ลงวันที่ ๑๑ มีนาคม ๒๕๕๕ แจ้งว่า คณะรัฐมนตรีได้ประชุมปรึกษา เมื่อวันที่ ๑๐ เมษายน ๒๕๕๕ ลงมติรับทราบ ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำข้อเสนอแนะฯ ดังกล่าว และความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไปประกอบการพิจารณาดำเนินการตามความจำเป็นและเหมาะสมต่อไป

โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้มีหนังสือถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สรุไปได้ดังนี้

๑) กระทรวงกลาโหม ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กท ๐๒๐๐/๓๗๒ ลงวันที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๕๕ แจ้งว่า กระทรวงกลาโหมพิจารณาแล้วเห็นชอบด้วยกับการทบทวนปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายแต่ฉบับให้สอดคล้องกับมิติด้านสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และพันธกรณีระหว่างประเทศที่ให้การคุ้มครองและรับรองไว้

๒) สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ สผ ๐๐๐๒/๓๗๕๗ ลงวันที่ ๑๒ มีนาคม ๒๕๕๕ แจ้งว่า การกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ ไม่กระทบสิทธิต่อผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เนื่องจากมาตรา ๓๗ วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ ก.ร. อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้ ซึ่งต้องเป็นไปตามมติ ก.ร. และต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม โดยเป็นไปตามระเบียบที่ ก.ร. กำหนด ประกอบกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้จัดให้ข้าราชการรัฐสภาเป็นกลุ่มองค์กรที่ใช้กฎหมายหรือระเบียบที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ แต่มีข้อยกเว้นให้หน่วยงานสามารถกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะ หรือใช้ดุลพินิจในการรับสมัครบุคคลผู้มีลักษณะต้องห้ามเข้ารับราชการได้ ดังนั้น จึงเห็นว่ายังไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทบทวนปรับปรุงและแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการรัฐสภาสามัญในขณะนี้

๓) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๑/๐๓๗๙ ลงวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๕๕ แจ้งว่า ในส่วนข้อเสนอแนะที่ให้มีการปรับปรุงกฎหมายที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการโดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้น เพื่อให้สอดคล้องกับมิติด้านสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญและพันธกรณีระหว่างประเทศให้การคุ้มครองและรับรองไว้ นั้น ได้ตรวจสอบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นที่ว่า การกำหนดลักษณะต้องห้ามบุคคลที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่แล้ว ไม่ปรากฏว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ ๔๔/๒๕๕๕ เกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ ตามมาตรา ๓๓ (๑๑) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการอัยการ พ.ศ. ๒๕๒๑ ซึ่งเมื่อเทียบเคียงคำวินิจฉัยดังกล่าวกับการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการกรณีนี้แล้ว เห็นว่า การกำหนดลักษณะต้องห้ามของบุคคลในการเข้ารับราชการตามกฎหมายต่าง ๆ ย่อมต้องเป็นไปตามความจำเป็นและเหมาะสมของข้าราชการประเภทนั้น ๆ อันเป็นลักษณะตามข้อยกเว้นตามมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอันมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวเป็นการกำหนดโดยพระราชบัญญัติซึ่งรัฐสภาได้พิจารณากลั่นกรองความเหมาะสมแล้ว

๔) สำนักงาน ก.พ. ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ นร ๑๐๑๑/๗๔ ลงวันที่ ๘ มีนาคม ๒๕๕๕ แจ้งว่า ในส่วนของข้าราชการพลเรือนสามัญ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้บัญญัติให้การเป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษเป็นลักษณะต้องห้ามประการหนึ่งของการเข้ารับราชการ ตามมาตรา ๓๖ ข. (๗) แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ก.พ. อาจพิจารณา

ยกเว้นให้เข้ารับราชการได้ โดยหากผู้นั้นประสงค์จะขอยกเว้นลักษณะต้องห้ามดังกล่าวต้องยื่นคำร้องขอตามระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการขอยกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๒ และมติของ ก.พ. ในการยกเว้นดังกล่าวต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสี่ในห้าของจำนวนกรรมการที่มาประชุม การลงมติให้กระทำโดยลับ ซึ่งสำนักงาน ก.พ. เห็นว่าข้อบัญญัติดังกล่าวเหมาะสมแล้ว เพราะการบัญญัติขอยกเว้นดังกล่าวก็เพื่อเป็นการเปิดโอกาสแก่ผู้มีลักษณะต้องห้ามที่ได้กลับตนประพฤติเป็นคนดีสามารถที่จะเข้ารับราชการได้ โดยการพิจารณาเป็นไปอย่างเข้มงวด

๓.๒ สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ ศธ ๐๕๐๙.๖ (๒.๑๐)/๕๘๙๓ ลงวันที่ ๑๗ เมษายน ๒๕๕๕ แจ้งว่า ตามบทบัญญัติมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กำหนดว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” วรรคสอง กำหนดว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน” ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ มาตรา ๗ กำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาต้องมีคุณสมบัติทั่วไป และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้ (๗) “เคยถูกจำคุกโดยคำพิพากษาให้ถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ” จึงสามารถกระทำได้ เนื่องจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยกฎหมาย บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (เทียบเคียงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๔๔/๒๕๔๒ วันที่ ๓ สิงหาคม ๒๕๔๒) เพราะการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวยังไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพอื่น ๆ ที่ไม่ใช่เป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาได้ อีกทั้งมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ ก็ไม่ได้มุ่งบังคับใช้กับบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะเจาะจง หากแต่ใช้บังคับแก่บุคคลทุกคนที่มีลักษณะดังกล่าวเป็นการทั่วไป ตามมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่เสนอแนะให้มีการปรับปรุงหรือแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนี้ ก็เป็นสิ่งที่น่าพิจารณา แต่ในการแก้ไขข้อต้องห้ามการเข้ารับราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษาเห็นควรนำเสนอที่ประชุมคณะกรรมการเกี่ยวกับกฎหมายและระเบียบราชการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นในประเด็นดังกล่าวต่อไป

๓.๓ สำนักงานปลัดกระทรวงกลาโหม ได้มีหนังสือ ที่ กท ๐๒๐๑/๓๒๙๗ ลงวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๕๕ แจ้งว่า เนื่องจากภารกิจของกระทรวงกลาโหมเป็นภารกิจที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ ตามที่พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พุทธศักราช ๒๕๕๑ มาตรา ๙ บัญญัติว่า ราชการของกระทรวงกลาโหมให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ แบบแผน ประกาศ และคำสั่งของกระทรวงกลาโหม และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการทหาร พุทธศักราช ๒๕๒๑ มาตรา ๑๑ บัญญัติว่า การแต่งตั้ง การเลื่อนหรือลดตำแหน่ง การย้าย การโอน การเลื่อนขั้นเงินเดือน และการออกจากราชการของข้าราชการทหาร ให้เป็นไป

ตามกฎหมาย ข้อบังคับ คำสั่งและระเบียบแบบแผนของกระทรวงกลาโหม ดังนั้น ในการบรรจุบุคคลเข้ารับราชการ เป็นข้าราชการทหารจำเป็นจะต้องระบุคุณสมบัติการคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการเป็นพิเศษแตกต่างจากอาชีพอื่น ทั้งนี้ มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ (มาตรา ๓๑)

๓.๔ สำนักนายกรัฐมนตรี ได้มีหนังสือ ที่ นร ๐๑๐๕.๐๑/๘๐๐๕๑ ลงวันที่ ๔ มกราคม ๒๕๕๖ แจ้งว่า หน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้รายงานผลการพิจารณาดำเนินการตามข้อเสนอแนะเชิงนโยบายของคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนแห่งชาติมาเพื่อทราบแล้ว สรุปได้ดังนี้

๑. ข้าราชการพลเรือน

สำนักงาน ก.พ. แจ้งว่า กรณีผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือน ซึ่งมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ก.พ. อาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการ ขอยกเว้นให้เข้ารับราชการกรณีมีลักษณะต้องห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๒ ดังนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับ กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิผู้เคยได้รับโทษจำคุก เพราะยัง เปิดโอกาสให้ ก.พ. สามารถพิจารณาการขอยกเว้นคุณสมบัติในการเข้ารับราชการได้

๒. ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

กระทรวงศึกษาธิการ โดยสำนักงานเลขาธิการคุรุสภาแจ้งว่า ตามกฎหมาย สภาครูและบุคลากรทางการศึกษาได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพทางการศึกษาซึ่งรวมถึงผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี ผู้ที่เคยต้องโทษจำคุกในคดีที่คุรุสภาเห็นว่าอาจนำมาซึ่ง ความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ และคณะกรรมการมาตรฐานวิชาชีพได้กำหนดกรอบการพิจารณาไว้อย่าง ชัดเจนในกรณียาเสพติด เนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพครู ผู้บริหารการศึกษา และศึกษานิเทศก์ นั้น จะต้อง เป็นผู้มีคุณธรรม จริยธรรม และประพฤติตนตามจรรยาบรรณของวิชาชีพ เหมาะสมกับการเป็นวิชาชีพชั้นสูง และเป็นผู้มีบทบาทสำคัญต่อการจัดการศึกษาของชาติ ดังนั้น การพิจารณาจึงเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

๓. ข้าราชการทหาร

กระทรวงกลาโหมแจ้งว่า การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการทหาร จำเป็นต้องระบุคุณสมบัติการคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการเป็นพิเศษแตกต่างจากอาชีพอื่น ซึ่งมีความสอดคล้อง กับบทบัญญัติของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๑

๔. ข้าราชการตำรวจ

สำนักงานตำรวจแห่งชาติแจ้งว่า ตามกฎหมายตำรวจแห่งชาติและกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. ๒๕๔๗ ได้บัญญัติให้อำนาจ ก.ตร. สามารถพิจารณายกเว้นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามดังกล่าวให้เข้ารับราชการตำรวจได้เป็นรายกรณีอยู่แล้ว

๕. ข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น

กระทรวงมหาดไทยแจ้งว่า กรณีคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามดังกล่าวได้มี ประกาศคณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น เรื่อง กำหนดมาตรฐานกลางการบริหารงาน บุคคลส่วนท้องถิ่น และประกาศคณะกรรมการกลางข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น เรื่อง มาตรฐานทั่วไป เกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามเบื้องต้นสำหรับข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น กำหนดให้ คณะกรรมการข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละแห่งอาจพิจารณายกเว้นให้เข้ารับราชการได้ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักการที่สำนักงาน ก.พ. กำหนด

๖. ข้าราชการกรุงเทพมหานคร

กรุงเทพมหานครแจ้งว่า ตามกฎหมายระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร กำหนดให้คณะกรรมการข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร (ก.ก.) อาจพิจารณา ยกเว้นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามดังกล่าวให้เข้ารับราชการได้ โดยจะยกเว้นให้เป็นกรณีเฉพาะราย หรือประกาศยกเว้นให้เป็นการทั่วไปก็ได้

๗. พนักงานราชการ

สำนักงาน ก.พ. แจ้งว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. ๒๕๔๗ มิได้กำหนดเรื่องการพิจารณาขอยกเว้นคุณสมบัติไว้แต่อย่างใด จึงขอรับข้อสังเกตของประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในเรื่องนี้ไปประกอบการพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องต่อไป

๘. พนักงานรัฐวิสาหกิจ

กระทรวงการคลังแจ้งว่า ตามกฎหมายคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ กำหนดให้บุคคลที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ไม่ว่าจะได้รับโทษจริงหรือไม่ แต่ได้พ้นโทษหรือระยะเวลาการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษแล้วแต่กรณีเกินห้าปีสามารถเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจได้ ซึ่งมีความสอดคล้องกับข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแล้ว อย่างไรก็ตาม กระบวนการคล้อยอยู่ระหว่างพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานฯ และได้พิจารณาข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติประกอบด้วยแล้ว

สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้นำกราบเรียนนายรัฐมนตรีเพื่อโปรดทราบ ผลการพิจารณาดำเนินการตามข้อเสนอแนะเชิงนโยบายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ของส่วนราชการ/หน่วยงานต่าง ๆ ดังกล่าวแล้ว (รายละเอียดปรากฏตามเอกสารประกอบการประชุม)

จึงเสนอที่ประชุมเพื่อโปรดทราบ

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

พ.ต.ท.หญิง เปี่ยมสุข นาคทอง

ประวัติการศึกษา

ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

ปริญญาโท รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรัตนบัณฑิต

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

สารวัตร ฝ่ายสโมสรรและสันตนาการ กองสวัสดิการ

สำนักงานกำลังพล สำนักงานตำรวจแห่งชาติ