

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีที่ใช้ในการศึกษา

ระบบนิติรัฐรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายอื่นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเรื่องต่างๆ ของประชาชนจะมีการรับรองสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนไว้ในมาตรา 43 และได้บัญญัติข้อยกเว้นให้สามารถตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม 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 ซึ่งได้มุ่งทำการศึกษานำความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ 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

ต่อมาจึงได้พัฒนาการกลายมาเป็นบทบัญญัติที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองโดยได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ ดังที่ปรากฏอยู่ในอารัมภบทหรือคำปรารภหรือมีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้เป็นหมวดหมู่หนึ่งในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ¹⁰ เพื่อรับรองว่าสิทธิและเสรีภาพของแต่ละบุคคลนั้นจะไม่สามารถถูกละเมิดได้ ไม่ว่าจากปัจเจกชนด้วยกันหรือแม้แต่จากองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ¹¹ เนื่องจากการใช้เสรีภาพอย่างไร้ขอบเขตจำกัดย่อมก่อให้เกิดสภาวะอนาธิปไตยเกิดขึ้นมาในรัฐและนำไปสู่การที่ไม่มีเสรีภาพเหลืออยู่เลย¹²

โดยการที่จะทำความเข้าใจเกี่ยวกับแนวความคิดของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จำเป็นที่จะต้องทราบถึงความหมายของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญประเภทของสิทธิ หลักความเสมอภาค และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁹ วีระ โลจายะ 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 เพื่อให้มีการใช้สิทธิของบุคคลแต่ละคนล่วงเกินสิทธิของบุคคลอื่น

“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.” วารสารจุลนิติ, 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 อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนโดยกฎหมายที่รับรองสิทธิแก่บุคคลนั้นอาจเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ได้

“เสรีภาพ” หมายถึง สภาพการณ์หรือสภาวะของบุคคลที่มีอิสระในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยความประสงค์ของตนเองและไม่อยู่ภายใต้ความครอบงำหรือแทรกแซงของบุคคลอื่น กล่าวคือ เสรีภาพเป็นอิสระในการกำหนดตนเอง กฎหมายที่รับรองเสรีภาพอาจจะเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ได้เช่นเดียวกัน

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้ความหมายไว้ว่า²⁰

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่บุคคลมีไว้เพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง

“เสรีภาพ” หมายถึง อำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และปราศจากการแทรกแซง หรือครอบงำจากบุคคลหนึ่งบุคคลใด 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.” *วารสารจุฬานิติ*. 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 หรือหมายถึงอำนาจที่จะกระทำการโดยไม่อยู่ภายใต้การข่มขู่ของผู้ใด หรือหมายถึงอำนาจของบุคคลที่จะกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย

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

2.1.1.2 ประเภทของสิทธิ

การพิจารณาถึงการแบ่งประเภทของสิทธินั้น อาจแบ่งแยกออกได้หลายลักษณะ แต่ในการศึกษาครั้งนี้ ได้จำแนกประเภทของสิทธิออกเป็น 2 ลักษณะได้แก่ สิทธิมหาชน และผู้ทรงสิทธิพอสรุปได้ดังนี้

1) สิทธิมหาชน

สิทธิมหาชน เป็นสิทธิที่เกิดจากกฎหมายมหาชน รวมทั้งเป็นสิทธิในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองของรัฐ โดยทั่วไปคือสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองที่มีต่อรัฐ ซึ่งการรับรองสิทธิที่เกิดจากกฎหมายมหาชนนั้นย่อมหมายความว่ารัฐโดยรัฐธรรมนูญก็ดี โดยกฎหมายก็ดีย่อมผูกพันตนเอง 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

หมายความว่าสิทธิในความสัมพันธ์ระหว่างองค์การทางมหาชน หรือหน่วยงานสาธารณะทั้งหลาย ด้วยกันเองด้วย ทั้งนี้ Goerg Jellinek เป็นผู้เสนอแนวความคิดของสิทธิมหาชน โดยได้จำแนกออกเป็น 3 ประเภท²⁴ ดังนี้

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

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

(3) Status positivus หมายถึง สิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองสิทธิของบุคคล เช่น สิทธิที่จะเรียกร้องขอให้รัฐคุ้มครองตนจากการกระทำของรัฐต่างประเทศ สิทธิเรียกร้องให้รัฐจ่ายค่าจ้างชีพในระหว่างว่างงาน สิทธิเรียกร้องให้จ่ายเงินเดือนหรือจ่ายบำเหน็จบำนาญ

2.1.1.3 ผู้ทรงสิทธิ

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิซึ่งได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หรือบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งให้ความคุ้มครองนั้น อาจแบ่งได้ 2 ประเภท ดังนี้

1) สิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน หมายถึง ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ 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 หรือหากจะกล่าวตามถ้อยคำในปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ย่อมหมายถึงสิทธิอันได้มาจากความมีศักดิ์ศรีโดยกำเนิดของมนุษย์²⁷ จึงกล่าวได้ว่าสิทธิมนุษยชนก็คือสิทธิของมนุษย์นั่นเอง²⁸ โดยได้มีการยอมรับกันว่านอกจากประชาชนจะมี “สิทธิในการจำกัดอำนาจรัฐ” แล้ว ประชาชนยังมี “สิทธิเรียกร้องต่อรัฐ” ให้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อยังให้ประชาชนมีหลักประกันขั้นต่ำสุดที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสังคมด้วยความผาสุก เพื่อให้ประชาชนทุกคนได้มีโอกาสใช้สิทธิและเสรีภาพได้อย่างทัดเทียมกัน จึงทำให้ความหมายของสิทธิมนุษยชนครอบคลุมไปถึงสิทธิใหม่บางประการ เช่น สิทธิที่จะมีงานทำ สิทธิที่จะมีหลักประกันขั้นต่ำสุดที่จำเป็นในการดำรงชีวิต (เช่น สิทธิที่จะได้รับเงินค่าทดแทนเมื่อว่างงาน เป็นต้น) สิทธิที่จะมีที่พักอาศัยอันถูกสุขลักษณะ สิทธิที่จะมีการพักผ่อนหย่อนใจ สิทธิที่จะมีหลักประกันการเจ็บป่วย ฆราภาพ ให้กำเนิดบุตร เป็นต้น เหล่านี้ล้วนเป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจและสังคม โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ประชาชนพลเมืองทุกคนมีหลักประกันขั้นต่ำสุดในทางวัตถุอันจำเป็นแก่การดำรงชีวิต ซึ่งจะทำให้ประชาชนพลเมืองได้มีโอกาสใช้สิทธิและเสรีภาพประการอื่นได้เต็มที่ อันเป็นพันธกรณีของรัฐที่จะต้องเข้ารับการระดมทุนเพื่อการจัดการให้มีหลักประกันดังกล่าวแก่ประชาชนพลเมืองของรัฐ²⁹

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

²⁶ วีระ โลจายะ ก เล่มเดิม. หน้า 51.

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

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

²⁹ วีระ โลจายะ 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 เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจการในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข สิทธิเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ เป็นต้น³¹ โดยเหตุผลของเรื่องแล้วสิทธิพลเมืองจะมีได้เฉพาะภายหลังเวลาที่เกิดรัฐขึ้นแล้ว และถือกันว่าสิทธิพลเมืองเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชน เนื่องจากว่าสิทธิพลเมืองเป็นวิธีการที่ราษฎรจะได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของตนได้³²

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า สิทธิมนุษยชนก็คือสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายที่ใช้กับมนุษย์ทุกคน ไม่จำกัดว่าจะเป็นบุคคลสัญชาติใด ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนโดยใช้คำว่า “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 รวมทั้งปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน และหลักการพื้นฐานเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญของนานาอารยประเทศ ซึ่งล้วนแต่เป็นผลพวงมาจากอิทธิพลและแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติ อีกทั้งกรณีได้ปรากฏหลายต่อหลายครั้งว่า ผู้พิพากษาแห่งศาลสหรัฐอเมริกาได้อ้างอิงหลักกฎหมายธรรมชาติมาเป็นเหตุผลในการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน³⁷ จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายธรรมชาติ คือ กฎหมายที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ โดยมนุษย์มิได้เป็นผู้สร้างขึ้นมา และเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับได้โดยไม่จำกัดกาลเวลาและสถานที่³⁸

Jean Jacques Israel ได้ให้คำนิยามของคำว่า “หลักความเสมอภาค” (Le principe d'égalité) คือ หลักการที่สัมพันธ์อย่าง ไม่อาจแยกได้จากหลักเสรีภาพ (Liberté) เพราะเป็นหนึ่งในสามของเสรีภาพพื้นฐานของประชชนอันประกอบด้วย 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 เฉพาะแต่ละบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นอย่างเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภท ๆ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันออกไปที่เรียกว่า “การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน” (Different treatment) นั้น ไซ่ว่าจะกระทำได้เสมอไปในทุกกรณีก็หาไม่⁴⁰

หลักความเสมอภาคนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพที่มีความสำคัญมากที่สุดประการหนึ่งต่อมนุษย์ทุกคนจะดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี ในเบื้องต้นนี้อาจกล่าวถึงความสำคัญของหลักความเสมอภาคพอสรุปได้ดังนี้

1) หลักความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย⁴¹

แม้ว่ารัฐหนึ่งรัฐใดจะได้รับรองไว้ทั้งสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิหรือเสรีภาพอื่นใดของบุคคลไว้ก็ตาม แต่หากบุคคลนั้นๆ ไม่อาจใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นได้เท่าเทียมกับผู้อื่น ต้องถูกปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นในสังคมหรือถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลายแล้ว สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้นั้นย่อมไร้ความหมาย เพราะฉะนั้นสิทธิทุกสิทธิจึงต้องมีความเสมอภาค และต้องได้รับการยอมรับนับถือจากรัฐ ตลอดจนรัฐจะต้องคุ้มครองมิให้ผู้ใดมาล่วงละเมิดต่อหลักความเสมอภาคหรือสิทธิในความเสมอภาคได้

2) หลักความเสมอภาคถือเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะ อันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา คุณค่าของมนุษย์ดังกล่าวนี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้น ๆ ภายใต้อำนาจรับผิดชอบของตนเอง โดยถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่อาจล่วงละเมิดได้

โดยสิ่งที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นสาระสำคัญนั้นมีอยู่ 2 ประการที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ ก็คือ

2.1 สิทธิในชีวิตและร่างกาย

เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสถานะธรรมชาติ สิทธิในชีวิตและร่างกายจึงไม่อาจจะถูกพรากไปจากบุคคลได้ แต่ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้ได้รับหลักประกันมากขึ้นโดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐไว้ 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 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาค ผู้ใช้อำนาจหรือผู้กระทำการแทนรัฐจึงต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคและจะต้องไม่กระทำการที่เป็นการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจอันขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคซึ่งได้รับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญ การต้องผูกพันตนของรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพที่กล่าวมาแล้วนั้น ทำ

ให้หลักความเสมอภาคนั้นสามารถนำไปใช้ตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลายได้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง การกระทำของนิติบัญญัติหรือการกระทำขององค์กรตุลาการ โดยหากว่าการกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐเหล่านั้นไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคแล้วย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ ซึ่งขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญนั่นเอง

4) หลักความเสมอภาคถือเป็นหลักการที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญและกติการะหว่างประเทศ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า หลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์กับพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมของทวีปยุโรปอย่างมาก โดยเฉพาะการปรากฏให้เห็นเป็นลายลักษณ์อักษรของบทบัญญัติที่ยืนยันซึ่งหลักความเสมอภาคของปัจเจกชนต่อรัฐ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้ว่ามีความสำคัญต่อการพัฒนาของหลักความเสมอภาคอย่างยิ่ง ได้แก่ การปรากฏขึ้นของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง เมื่อปี ค.ศ.1789⁴² ภายหลังการปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นมา ที่เป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้หลักความเสมอภาคได้เบ่งบานให้เห็นปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ 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 ข (2538). หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. หน้า 34-35.

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

การพิจารณาว่าในกรณีนั้นๆ ได้มีการปฏิบัติอย่างสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคหรือไม่ จึงจำเป็นจะต้องมีการเปรียบเทียบกันว่าการปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งให้เหมือนหรือแตกต่างไปจากการปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งหรือไม่ และสิ่งที่จะนำมาเปรียบเทียบกันนั้นจะต้องเป็นสาระสำคัญของเรื่องพอที่จะสามารถจะนำมาเปรียบเทียบกันได้ด้วย ส่วนอะไรที่จะถือว่าเป็นสิ่งที่มีสาระสำคัญที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันนั้นจะต้องอาศัยการพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป ตัวอย่างเช่น หากที่มีการกำหนดเอาไว้ว่าเฉพาะผู้ชายเท่านั้นที่จะสามารถสมัครเข้าศึกษาต่อในคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัย จ. ได้ ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของความเป็นหญิงหรือชายที่มีต่อการศึกษาในคณะนิติศาสตร์นั้นไม่อาจถือได้ว่ามีความแตกต่างกัน การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ว่าผู้ชายเท่านั้นสามารถศึกษาต่อในคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัย จ. ได้ จึงขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค เพราะการกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียม โดยปราศจากเหตุผลอันรับฟังได้⁴⁶ หรือในกรณีที่รัฐได้ให้เงินช่วยเหลือหรือให้สวัสดิการเฉพาะแก่คนพิการเท่านั้นจะถือปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคหรือไม่ กรณีนี้ถึงแม้จะมีการปฏิบัติต่อบุคคล 2 กลุ่มอย่างไม่เท่าเทียมกัน แต่ไม่ถือว่าขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคก็เพราะ

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

⁴⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, เล่มเดิม. หน้า 158-160.

⁴⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, เล่มเดิม. หน้า 7-8.

เป็นการเลือกปฏิบัติที่ถือว่ามิใช่เหตุผลอันรับฟังได้ เนื่องจากบุคคลทั้ง 2 กลุ่มนั้นมีสภาพร่างกายที่ต่างกัน⁴⁷ จากหลักการข้างต้นแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลให้มีความแตกต่างกันนั้นมิได้หมายความว่าขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคทุกกรณี แต่ต้องพิจารณาสาระสำคัญของเรื่องพอที่จะนำมาเปรียบเทียบกันได้ หากการเปรียบเทียบในสาระสำคัญดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกัน ต้องพิจารณาด้วยว่าการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันต่อกรณีนั้นถือว่ามิใช่เหตุผลอันรับฟังได้หรือไม่นั่นเอง

2.1.2.2 สถานะของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่มีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน⁴⁸ ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปว่า ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของกฎหมายของประเทศทั้งระบบ บางหลักสืบสมมติฐานว่ามาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย หรืออีกนัยหนึ่งระบอบรัฐธรรมนูญนิยม บางหลักก็สืบสมมติฐานว่ามาจากตรรกทางนิติศาสตร์ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือเกิดสถานะไร้ข้อแม้ขึ้นในบ้านเมือง⁴⁹ หลักกฎหมายทั่วไปจึงมีความเป็นนามธรรมและยากที่จะกำหนดขอบเขตให้แน่นอนตายตัวและยังเป็นที่ถกเถียงกันได้ อย่างไรก็ตามก็ดีหลักกฎหมายทั่วไปนั้นถือเป็นหลักที่มีความสำคัญ เพราะถือเป็นหลักการที่ใช้ควบคุมหรือเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งหลายมิให้ใช้อำนาจกระทำการต่างๆ โดยอำเภอใจและยังถือเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับศาลเพื่อใช้ในการตัดสินคดี เพราะโดยทั่วไปมีหลักกฎหมายอยู่ว่าศาลไม่อาจจะปฏิเสธไม่ตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายไม่ได้ ดังนั้นในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ ศาลจึงจำเป็นต้องสร้างหรือสกัดกฎหมายขึ้นมาใช้ โดยศาลจะใช้หลักกฎหมายทั่วไปเข้าไปอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ตลอดจนใช้หลักกฎหมายทั่วไปเป็นพื้นฐานในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร⁵⁰ นั่นเอง

หลักกฎหมายทั่วไปนั้นถือกันว่ามีสภาพบังคับแม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ แต่หลักกฎหมายทั่วไปก็มีความสัมพันธ์กับกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ ในแง่กระบวนการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปนั้นศาลมิได้มีอิสระอย่างเต็มที่ การสร้างหลักกฎหมายของ

⁴⁷ แห่เล้งเดิม

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

⁴⁹ วรพจน์ วิสฤตพิชญ์ ข เล่มเดิม. หน้า 36.

⁵⁰ บุนผา อัครพิมาน. เล่มเดิม. หน้า 1.

ศาลจะต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลบางอย่างซึ่งอาจสกัดจากหลักที่ได้มาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ โดยอาจเกิดขึ้นจากการตีความด้วยกฎหมายที่มีอยู่หรือจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง หรือการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายหลายๆ ฉบับ หรือจากกฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณี แล้วนำมาแปรสภาพเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยศาลในแง่เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป จึงมิใช่ผลจากอำเภอใจโดยความรู้สึกล้วนของศาล ศาลไม่อาจสร้างหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นของสังคมหรือมโนสำนึกของส่วนรวมได้ หลักกฎหมายทั่วไปจึงเป็นสิ่งที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ในสังคม และความสัมพันธ์ของมนุษย์กับอำนาจรัฐ สภาพบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นๆ จึงต้องเกิดขึ้นจากหลักนั้นเอง มิได้อาศัยบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ กล่าวคือ มิใช่มีผลบังคับเพราะกฎหมายเขียนไว้ เพราะกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่เป็นเพียงที่มาโดยอ้อมของหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น เนื่องจากหากต้องอาศัยบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้จึงมีสภาพบังคับ หลักกฎหมายนั้นก็มีได้ถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป 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 โกเกอินทร์. (2549) *หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทย*. หน้า 20.

⁵³ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 131-139.

อำเภอใจ โดยสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อให้มีการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีความเหมือนกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันตามอำเภอใจ

หลักของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันมิได้เรียกร้องการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ มิได้หมายความว่าทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยมิได้คำนึงถึงข้อแตกต่างใดๆ เช่น บุคคลทุกคนจะต้องเสียภาษีเท่ากันหมดโดยมิต้องคำนึงถึงรายได้ของบุคคลนั้น หรือว่าทุกๆ คนจะต้องได้รับสิทธิเรียกร้องสำหรับการสงเคราะห์อย่างเท่าเทียมกันโดยมิต้องคำนึงถึงความจำเป็นของบุคคลนั้นๆ การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย จึงหมายถึงกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ดังนั้นเรื่องของหลักความเสมอภาคจึงต้องเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริง 2 ข้อเท็จจริง โดยนำข้อเท็จจริงทั้งสองนั้นมาเปรียบเทียบกัน แต่อย่างไรก็ตาม การเปรียบเทียบกันระหว่างข้อเท็จจริง 2 ข้อเท็จจริง หรือบุคคล 2 คน หรือกลุ่มบุคคล 2 กลุ่มนั้น จะต้องคำนึงว่าไม่มีข้อเท็จจริงใดที่จะเหมือนทุกประการ ดังนั้นการเปรียบเทียบกันนั้นมีความหมายเพียงการเปรียบเทียบในสาระสำคัญเท่านั้น

ซึ่งข้อพิจารณาในการปฏิบัติให้แตกต่างกันหรือปฏิบัติให้เท่าเทียมตามแนวปฏิบัติมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันจะต้องมีผลมาจากอำนาจในการบัญญัติกฎหมายองค์กรเดียวกัน

(2) การกำหนดกฎเกณฑ์ให้แตกต่างกันนั้นจะต้องพิจารณาจากกฎเกณฑ์โดยรวมในเรื่องนั้นๆ ด้วย

(3) การปฏิบัติให้แตกต่างอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน

(4) การปฏิบัติให้แตกต่างกันเนื่องจากระบบกฎหมายแตกต่างกัน

(5) การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากประเพณี วัฒนธรรม

(6) ความสอดคล้องกันของระบบกฎหมาย

2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องไว้ โดยมีเงื่อนไขและขอบเขตการใช้ที่แตกต่างไปจากหลักความเสมอภาคทั่วไป ซึ่งอาจจำแนกได้ดังนี้

(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 ถ้ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นโมฆะเนื่องจากการละเมิดต่อหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในกรณีนี้ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องนำหลักความเสมอภาคทั่วไปมาพิจารณา 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 หรือสิทธิที่ได้รับในการรับราชการไม่ขึ้นอยู่กับความเชื่อของศาสนา บุคคลย่อมไม่ถูกเอาเปรียบเพราะเหตุแห่งการนับถือหรือไม่นับถือศาสนาใด หรือลัทธิทางปรัชญาใดเป็นการเฉพาะ...”

⁵⁵ บรรเจิด สิงคนติ. 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) ที่ระบุไว้ว่า

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

โดยความหมายของการกำหนดคุณสมบัติที่ไม่อาจนำมาเป็นเหตุให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติข้างต้นเหล่านั้น หมายถึงการทำให้เกิดความแน่ใจขึ้นต่ำสุดต่อการเลือกปฏิบัติว่าจะไม่มีการอาศัยเพียงแต่สิ่งที่กำหนดไว้นั้นมาเป็นเหตุในการเลือกปฏิบัติได้ ส่วนกรณีของความแตกต่างกันในลักษณะอื่นๆ นอกเหนือจากนี้ก็จะต้องไปพิจารณาที่ต้องไปพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไป⁵⁸

อย่างไรก็ตามการเลือกปฏิบัติอันทำให้เกิดความได้เปรียบหรือเสียเปรียบกันนั้นอาจเกิดจากการกระทำหรือละเว้นกระทำก็ได้ ตัวอย่างเช่น การสอบคัดเลือกเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาแห่งหนึ่งได้ให้คะแนนพิเศษแก่บุคคลที่เป็นบุตรของข้าราชการในสถาบันการศึกษาแห่งหนึ่งได้

⁵⁷ อ้างแล้ว, หน้า 171.

⁵⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, เล่มเดิม, หน้า 167.

ให้คะแนนพิเศษแก่บุคคลที่เป็นบุตรของข้าราชการในสถาบันการศึกษาแห่งนั้น กรณีนี้ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติในลักษณะที่เป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลโดยอาศัยสถานะของบุคคล ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค แต่บางกรณีแล้วการปฏิบัติให้แตกต่างกันโดยอาศัยคุณสมบัติที่กำหนดไว้เหล่านั้น ก็อาจไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคได้หากถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีเหตุผลอันสมควร เช่น การใช้อายุมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิเลือกตั้งให้ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี ที่ถือว่าไม่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าสิทธิเลือกตั้งนั้นไม่อาจกำหนดให้กับคนทุกคนได้⁵⁹

2.1.2.4 ความผูกพันขององค์กรใช้อำนาจอธิปไตยต่อหลักความเสมอภาค

การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องมีความผูกพันต่อหลักความเสมอภาค ทั้งนี้ อาจแบ่งความผูกพันขององค์กรใช้อำนาจอธิปไตยต่อหลักความเสมอภาคได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1) ความผูกพันของฝ่ายนิติบัญญัติต่อหลักความเสมอภาค

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

⁵⁹ อ้างแล้ว. หน้า 16.

⁶⁰ บุญศรี มีวงศ์โสม 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 ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีเหตุผลอันควรรับฟังได้ในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวด้วย⁶²

2) ความผูกพันของฝ่ายบริหารต่อหลักความเสมอภาค

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

การศึกษาคำนี้ จะได้อธิบายความสัมพันธ์พิเศษระหว่างฝ่ายอำนาจรัฐกับกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ในระบบข้าราชการมีการแบ่งย่อยพิจารณาแวดวงของข้าราชการออกเป็น 3 ส่วน

⁶¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ข เล่มเดิม. หน้า 148.

⁶² ภาคภูมิ โกกะอินทร์. 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 ข้าราชการจึงไม่ได้รับการคุ้มครองในส่วนของสิทธิเกี่ยวกับความลับทางการโทรคมนาคม หากมีการใช้โทรศัพท์ติดต่อราชการ ข้าราชการไม่สามารถอ้างสิทธิในการชุมนุม เพื่อปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ในส่วนที่ตนรับผิดชอบได้ ทั้งยังไม่สามารถต่อรองเรียกร้องกับหน่วยราชการด้วยการทำหน้าที่เท่าที่จำเป็น หรือทำงานแบบถ่วงเวลาได้

(2) ส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตัวข้าราชการกับส่วนราชการ

ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตัวข้าราชการกับส่วนราชการนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วางแนวไว้ว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการโดยวินัยข้าราชการนั้น เป็นเงื่อนไขที่ขาดไม่ได้สำหรับการที่ฝ่ายปกครองจะทำหน้าที่ดูแลและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งแม้ข้าราชการจะมีสิทธิในการรวมกลุ่มกันเป็นสหภาพ แต่ก็ไม่สามารถหยุดงานประท้วงหรือกระทำการอย่างอื่นทำนองนั้นได้ นอกจากนี้แล้วยังถูกจำกัดในส่วนของเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น แต่อย่างไรก็ตามการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการก็อาจมีความแตกต่างกันไป

(3) ส่วนที่เป็นเรื่องส่วนตัว

แม้ตำแหน่งหน้าที่กับความเป็นส่วนตัวในบางกรณีก็ไม่อาจแยกออกจากกันได้ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาก็คือ ประโยชน์ของทางราชการและประโยชน์ของส่วนรวมจะต้องเป็นหลักเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้พิพากษาย่อมเป็นที่คาดหวังของประชาชนที่จะต้องเป็นผู้ที่ทรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง จึงต้องละเว้นการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางการเมือง ยิ่งกว่าข้าราชการฝ่ายอื่น ๆ นอกจากนี้แล้วข้าราชการและผู้พิพากษายังมีหน้าที่ต้องรักษาความลับของทางราชการตลอดอายุการรับราชการและมีความผูกพันต่อไปแม้จะออกจากราชการไปแล้ว และจะเปิดเผยความลับดังกล่าวต่อหน่วยราชการอื่นหรือแม้แต่ต่อศาลก็ไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาต้นสังกัด นอกจากนี้แล้ว ข้าราชการยังมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาไว้ ซึ่งรัฐธรรมนูญ และปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ตามที่ได้สาบานตนก่อนเข้ารับราชการอีกด้วย

⁶⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ข เล่มเดิม. หน้า 156-157.

3) ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อหลักความเสมอภาค

เนื่องจากสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ฝ่ายตุลาการจะต้องให้ความเคารพและรู้จักที่จะนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานมาใช้ด้วยตนเอง หากฝ่ายตุลาการไม่กระตือรือร้นในส่วนนี้ก็จะหวังให้สิทธิขั้นพื้นฐานเข้าไปมีผลในระบบกฎหมายอย่างแท้จริงคงจะเป็นไปได้ยาก ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการคุ้มครองสิทธิในการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาล ตามมาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน ได้มีส่วนช่วยเป็นอย่างมากให้ศาลต้องตื่นตัวในเรื่องนี้โดยอาศัยมาตราดังกล่าว ซึ่งประชาชนสามารถฟ้องหน่วยราชการเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของตนเป็นคดีต่อศาลได้ทุกเรื่อง ทั้งนี้ องค์การตุลาการนั้นจะต้องมีความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพที่ได้มีการบัญญัติรับรองตามรัฐธรรมนูญใน 2 ลักษณะ ดังนี้⁶⁵

(1) องค์การตุลาการไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่จะต้องทำหน้าที่ตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารหรือองค์กรฝ่ายปกครองว่าได้ดำเนินการอันเป็นการขัดต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่

(2) องค์การตุลาการเองก็ต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพด้วย นั่นคือองค์การตุลาการก็ต้องถูกผูกพันที่ไม่อาจจะดำเนินการอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพด้วย

ดังนั้น การละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของศาลหรือองค์การตุลาการนั้น จึงอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีแรกและกรณีที่สอง โดยกรณีแรก ก็คือหากมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพในคดีที่ศาลพิจารณา แต่ศาลกลับพิจารณาว่าไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพ หรือกรณีที่สองซึ่งเป็นกรณีที่ศาลเองที่ใช้หรือตีความกฎหมายขัดกับสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

2.1.2.5 ความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญ

ความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญ หมายถึง การเสมอภาคในกฎหมายและเสมอภาคในการมีส่วนร่วมในการจัดการบ้านเมือง แต่หาได้หมายความว่าเสมอภาคในฐานะความเป็นอยู่ของบุคคลไม่ ทั้งนี้ ความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญ อาจจำแนกได้ 4 ประการ ดังนี้⁶⁶

1) ความเสมอภาคในกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลใดจะมีฐานะอันดรศักดิ์โดยกำเนิดก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นก็ดี ไม่ทำให้บุคคลนั้นเกิดเอกสิทธิ์อย่างใดเลย

⁶⁵ บุญศรี มีวงศ์โสม 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 มีความเสมอภาคที่จะสมัครเข้ารับ ราชการได้ โดยปกติจะมีการจัดสอบแข่งขัน ผู้ใดสอบได้คะแนนสูงเป็นที่หนึ่ง ผู้นั้นก็มีสิทธิจะ ได้รับการบรรจุก่อน ถ้ามีตำแหน่งว่างจะบรรจุได้หลายคน ก็เอาผู้ที่ได้คะแนนรองลงมาเข้ารับ ราชการตามลำดับ

4) ความเสมอภาคในการรับแบ่งภาระของประเทศ

(1) ความเสมอภาคในการเสียภาษี พลเมืองทุกคนมีความเสมอภาคในการช่วยเหลือ การใช้จ่ายของประเทศตามฐานะของบุคคลนั้น ๆ ซึ่งอาจจะมากบ้าง น้อยบ้างตามจำนวนเงินรายได้ เป็นรายบุคคลไป

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

2.1.3 เสรีภาพในการประกอบอาชีพ

สิทธิในมาตรฐานการดำรงชีวิต เป็นปัจจัยจำเป็นขั้นพื้นฐานในการมีชีวิตของมนุษย์ หากปราศจากสิทธิเหล่านี้ชีวิตของมนุษย์ก็ไม่อาจจะดำรงอยู่ได้ ซึ่งประกอบด้วย อาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การศึกษา สุขภาพ โดยแท้จริงแล้วสิทธิที่ได้รับมาตรฐานการดำรงชีวิตเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ ประชาชนทุกคนสมควรได้รับจากรัฐและสังคมเพื่อสนองตอบความจำเป็นขั้นพื้นฐาน เพื่อให้ ประชาชนทุกคนสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างสมคุณค่าความเป็นมนุษย์⁶⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิใน การประกอบอาชีพถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งเพื่อให้การดำรงชีวิตนั้นอยู่รอดต่อไป อันเป็นสิทธิโดย ธรรมชาติของมนุษย์ตั้งแต่กำเนิด เนื่องจากมนุษย์เป็นสัตว์ประเภทหนึ่งที่ต้องการอาหารเพื่อการอยู่ รอด ต้องดื่มน้ำ ต้องหายใจ และต้องมีชีวิตอยู่เพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากภัยที่เกิดจากมนุษย์ด้วยกัน หรือ สัตว์ร้าย และจากโรคภัยไข้เจ็บ แต่สิทธิธรรมชาติในเบื้องต้นก็คือสิทธิที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งชีวิตเพื่อ ตอบสนองต่อความจำเป็นทางชีวภาพดังกล่าวมาเบื้องต้น 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 หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน อย่างไรก็ตามในการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพนั้น สามารถทำได้เท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายมีลักษณะจำกัดสิทธิบุคคลที่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาของศาลในการรับราชการ ซึ่งจะได้นำเสนอในส่วนที่เกี่ยวข้องปัญหาการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการต่อไป

⁶⁸ ลิขิต 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 เป็นกรรมการคอยรักษากติกาไม่ให้ผู้เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตรังแกผู้อ่อนแอกว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยรัฐจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นและมีอาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะเป็นการปกป้องคุ้มครองไม่ให้รัฐและผู้อื่นมาล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของเรา⁷⁰

Karl August Bettermann ได้อธิบายว่า การที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพบางเรื่องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย 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 แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือข้อจำกัดบางประการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเป็นกรอบไว้

⁷⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (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 รวมทั้งต้องระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น และต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องกระทำเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้⁷⁴ ซึ่งจำแนกอธิบายได้ดังนี้

1) ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

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

⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 29.

⁷⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, เล่มเดิม, หน้า 506.

โดยการใช้อำนาจนิติบัญญัติมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะต้องมีการวางกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไปและต้องไม่ระบุตัวบุคคลเพราะถือว่ากฎหมายที่ตราออกมาจากตัวแทนของประชาชนนั้นต้องใช้บังคับกับประชาชนทุก ๆ คน⁷⁵ โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป อันเนื่องมาจากไม่ต้องการให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองเองในรูปของกฎหมาย⁷⁶ อันเป็นการล่วงล้ำเข้ามาในเขตแดนอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร และยังเป็นการคุ้มครองประชาชนไม่ให้รัฐใช้อำนาจตรากฎหมายโดยเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเป็นการเฉพาะขึ้น ซึ่งหากพิจารณากฎหมายที่มีผลทั่วไปย่อมเป็นหลักประกันสิทธิในความเสมอภาคและความเท่าเทียมในผลของกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เหมือนกัน การปฏิบัติที่เหมือนกันนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความยุติธรรม และเป็นการตอกย้ำความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 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 และกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ นอกจากนี้แล้วไม่ให้บทบัญญัติกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ 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 มีวงศ์อุโฆษ ก เล่มเดิม. หน้า 236.

⁸⁰ วรเจตน์ ภาคิรัตน์. 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 กล่าวอีกนัยหนึ่งถึงแม้ว่าองค์กรของรัฐจะตรากฎหมายอันมีผลกระทบกระเทือนแก่นของสิทธิก็ตาม แต่ถ้าการกระทบกระเทือนแก่นของสิทธินั้นยังสอดคล้องกับหลักความพอสมควรเหตุอยู่ และกฎหมายนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อประโยชน์ของส่วนรวม ย่อมไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติดังกล่าว และการตรากฎหมายในลักษณะใด จะถึงขนาดที่เรียกว่ากระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ 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 และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 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 (Uebermassverbot) หรือหลักความได้สัดส่วน (Der Grundsatz der Verhältnismaessigkeit) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ (Uebermassverbot) 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 ได้มีการค้นพบว่าการบัญญัติเป็นกฎหมายมาตั้งแต่ในสมัยของกฎหมายโรมันแล้ว และต่อมาได้ค้นพบหลักดังกล่าวในกฎหมายอาญา แต่การยอมรับหลักความพอสมควรแก่เหตุที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเกิดขึ้นนับตั้งแต่ได้มีการนำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายของแผ่นดินแห่งรัฐปรัสเซีย (Allgemeines Landrecht Fuer die Preussischen Staaten) ตามมาตรา 10 วรรคสอง ของกฎหมายตำรวจ โดย C.G. Svarez เห็นว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นรากฐานของกฎหมายมหาชน ซึ่งมีความสำคัญว่ารัฐนั้นมีสิทธิที่จะจำกัดเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้เท่าที่เป็นความจำเป็นเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้เสรีภาพและความมั่นคงของทุกคนสามารถที่จะดำรงอยู่ได้ โดย Svarez เห็นว่าหลักการดังกล่าวเป็นการแสดงออกถึงความมีเหตุผลและเป็นส่วนหนึ่งของปรัชญาในยุคความรุ่งโรจน์ทางปัญญา การที่หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายตำรวจของปรัสเซียนั้น ถือว่าเป็นเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดอำนาจในการแทรกแซงของตำรวจตามความเข้าใจในทางตำรวจและในคำพิพากษาของศาลในเวลาต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งของศาลปกครองปรัสเซียและของซัคเซิน (Sachsen) ถือกันว่าเป็นหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักห้ามกระทำเกินกว่าเหตุ ซึ่ง G.H. Von Berg เป็นบุคคลแรกที่ได้กล่าวอย่างชัดเจนถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุสำหรับการกระทำของตำรวจ ส่วน O.Mayer ซึ่งถือว่าเป็นบิดากฎหมายปกครองของเยอรมันได้เขียนถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุภายหลังจากที่ 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 เป็นครั้งแรกที่มีความชัดเจนต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยมีหลักว่ากฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่ละเมิดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุเท่ากับเป็นการละเมิดต่อหลักนิติรัฐ แม้ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรียได้นำหลักนิติรัฐ (มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญของบาวาเรีย) มาประกอบการพิจารณากับหลักประกันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแล้วได้สรุปว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจละเมิดหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ และตั้งแต่นั้นมาการอ้างถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐก็ได้รับการยืนยันมาโดยตลอด⁹⁵

นอกจากนี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุยังมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง สาระสำคัญประการหนึ่งของการตรวจสอบความชอบของการใช้ดุลพินิจคือ ตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจนั้นขัดแย้งกับสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักทั่วไปของกฎหมายปกครองหรือไม่ ซึ่งหมายความว่ารวมถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย ในกรณีนี้จะต้องพิจารณาถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นพิเศษ เช่น ในกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองใด โดยมีเงื่อนไขในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นว่า หากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ในกรณีนี้การจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเจ้าหน้าที่ยังต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ ด้วย เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตในการสร้างโรงงานซึ่งมีการสร้างเสร็จแล้ว แต่เงื่อนไขบางประการยังมิได้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด ในกรณีการจะเพิกถอนใบอนุญาตหรือไม่นั้น จะต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเพิกถอนว่า การเพิกถอนนั้นสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ โดยตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมันถือได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญ แต่มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และมีสถานะเป็น หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป ซึ่งมีลำดับชั้นในระดับของรัฐธรรมนูญโดยมีที่มาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงมีผลใช้บังคับกับการกระทำของรัฐทุกประเภท โดยถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบ

⁹⁵ แห่่งเดิม .

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 เป็นวัตถุหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองป้องกัน 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 และความเจริญรุ่งเรืองทางศิลปวิทยาการด้านต่าง ๆ ดังนั้น ความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยภายใน ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และความเจริญรุ่งเรืองทางศิลปวิทยาการด้านต่างๆ 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 ว่าประโยชน์บางประการของราษฎรบางครั้งก็เป็นปฏิปักษ์กับประโยชน์สาธารณะ และราษฎรสามารถกระทำการที่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์สาธารณะได้ ในทำนองเดียวกันเราจะต้องไม่เข้าใจว่าประโยชน์สาธารณะคือสิ่งเดียวกันกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลคณะใดคณะหนึ่ง เนื่องจากรัฐบาลอาจจะมีความคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะผิดไป โดยอาจกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินผิดพลาด และอาจนำรัฐนาพาไปสู่ความวิบัติล่มจมก็ได้ ซึ่งการที่จะถือว่าความปรารถนาและการกระทำของรัฐบาลคือการแสดงซึ่งผลประโยชน์สาธารณะทุกกรณีไป โดยไม่คำนึงถึงผลที่เกิดหรือเกิดขึ้นแก่สังคม นับว่าเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง⁹⁹

ส่วนในพจนานุกรมศัพท์กฎหมายมหาชน (ฝรั่งเศส-ฝรั่งเศส) ของ Philippe Foillard ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” (Intérêt général) ไว้ว่า ได้แก่ “ข้อพิพาทข้อแรกของกิจกรรมของฝ่ายปกครอง” โดยได้อธิบายไว้ว่า หน้าที่หลักของฝ่ายปกครอง คือ การจัดทำกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” มิใช่เพื่อประโยชน์ของเอกชนรายหนึ่งรายใด กิจกรรมเหล่านี้เรียกว่า “บริการสาธารณะ” ประโยชน์สาธารณะจึงถือเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งของกฎหมายปกครองและเป็นสิ่งที่น่าสนใจในการวางกรอบอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง กล่าวคือกิจกรรมที่ได้ดำเนินการโดยเอกชนไม่สามารถจัดได้ว่าเป็น “บริการสาธารณะ” (Service public) หากมิได้จัดทำขึ้นเพื่อสาธารณชนทั่วไป เช่น งานก่อสร้างต่าง ๆ ไม่จัดว่าเป็นงานโยธาสาธารณะ หากมิได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อกิจกรรมใดเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะก็จะอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะพิเศษที่เป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง นั่นคืออำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการใช้นิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือบุคคลทั่วไป รวมทั้งอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หรือการเวนคืน เป็นต้น¹⁰⁰

(2) ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ ตามกฎหมายมหาชน มีลักษณะดังต่อไปนี้¹⁰¹

ก) ประโยชน์สาธารณะ คือ การตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ที่ไม่ใช่ผู้ดำเนินการนั้น ๆ เอง

ข) ผู้ที่จะบอกว่าอะไรคือประโยชน์สาธารณะ 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) เมื่อเป็นประโยชน์สาธารณะแล้วฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องตอบสนอง จะเลือกใช้ดุลพินิจว่าจะทำหรือไม่ทำก็ได้ ย่อมไม่ได้

ง) สำหรับขอบเขตของ “ประโยชน์สาธารณะ” นั้นกว้างมาก ซึ่งรัฐสภาจะกำหนดในกฎหมายต่าง ๆ

นอกจากนี้ อาจพิจารณาลักษณะของ “ประโยชน์สาธารณะ” ได้ดังนี้¹⁰²

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

ข) การพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่หรือเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ จำเป็นจะต้องมีองค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นผู้กำหนดว่าเรื่องใดเป็นประโยชน์สาธารณะ โดยทั่วไปถือว่าได้แก่ รัฐสภา เนื่องมาจากเหตุผลว่ารัฐสภาเป็นศูนย์รวมของผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนทั่วประเทศ ด้วยเหตุนี้ จึงถือว่าเรื่องใดที่รัฐสภาพิจารณาแล้วย่อมถือเป็นความต้องการของประชาชนด้วย กล่าวคือ ผู้แทนของประชาชนได้แสดงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนในกรณีนั้น ๆ แล้ว ดังนั้น หากรัฐสภาได้ตรากฎหมายให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจดำเนินการในเรื่องใด เรื่องนั้นก็มีความต้องการของคนส่วนใหญ่หรือเป็นประโยชน์สาธารณะ นั่นเอง

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

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

(3) ประเภทของประโยชน์สาธารณะ

การแยกประเภทของประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนนั้น จะแยกโดยไม่เพ่งเล็งถึงวัตถุประสงค์ว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์แก่มหาชนหรือไม่ แต่จะพิจารณาในแง่ของผู้รับประโยชน์ กล่าวคือ เป็นประโยชน์แก่บุคคลทั่วไปหรือเป็นประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ถ้าเป็นประโยชน์เฉพาะบุคคลที่กฎหมายรับรองไว้ก็กลายเป็นสิทธิทางมหาชน เพราะสิทธิก็คือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แน่นอน 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 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่าความเหมาะสมแต่เพียงบางส่วนนั้นก็เป็นการเพียงพอ ไม่จำเป็นต้องมีความเหมาะสมอย่างสมบูรณ์แต่ประการใด¹⁰⁵

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

¹⁰⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, เล่มเดิม, หน้า 214-215.

¹⁰⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, เล่มเดิม, หน้า 274.

อยู่เสมอว่า องค์กฤษฎีกามีดุลพินิจเฉพาะในการคำนวณหรือคาดคะเนพัฒนาการในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการกำกับดูแลหรือกำหนดทิศทางเศรษฐกิจของประเทศ กฎหมายที่จะถือได้ว่าขัดต่อหลักความเหมาะสมนั้น จะต้องปรากฏว่าองค์กฤษฎีกาใช้ดุลพินิจตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคาดคะเนพัฒนาการในอนาคตและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกฎหมายนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจน หากปรากฏแต่เพียงว่ากฎหมายนั้นใช้ไปแล้วไม่เหมาะสมในอันที่จะบรรลุผลที่ต้องการ ย่อมไม่เป็นเหตุที่จะพอฟังได้ว่า กฎหมายฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁰⁶

3) หลักความจำเป็น

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

มาตรการที่องค์กฤษฎีกาตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเปรียบเทียบมาตรการต่าง ๆ ที่จะบัญญัติลงไว้ในกฎหมายซึ่งเป็นมาตรการที่เหมาะสม ในอันที่จะดำเนินการให้เกิดผลได้ตามที่องค์กฤษฎีกาต้องการ กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ องค์กฤษฎีกาจะต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากองค์กฤษฎีกาเลือกมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้แล้ว ย่อมถือว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความจำเป็น ซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁰⁸

4) หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ

หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบเป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและ/หรือแก่สังคมโดยส่วนรวมกับ

¹⁰⁶ วรเจตน์ ภาคิรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 188.

¹⁰⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 89.

¹⁰⁸ วรเจตน์ ภาคิรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 189.

ประโยชน์อันมหาศาลจะพึงได้รับจากมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ มาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจและ กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุดนั้น เมื่อนำมาใช้บังคับแล้วย่อม ก่อให้เกิดทั้งประโยชน์และโทษในขณะเดียวกัน ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับมาตรการนั้น ได้แก่ การรักษาหรือการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจประสงค์จะ ให้ ความคุ้มครองหรือจะให้เกิดขึ้น ส่วนโทษที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับมาตรการนั้น ได้แก่ ผลกระทบ ต่อสิทธิหรือเสรีภาพด้านต่าง ๆ ของราษฎรและ/หรือประโยชน์สาธารณะด้านอื่น ๆ หลักความ พอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบนี้เรียกร้องว่า มาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตาม กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ถ้า ก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้ว มาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้น องค์ประกอบข้อที่สามของหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้จึงบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องทำการชั่ง ผลิตและผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ตนตั้งใจจะออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร มาตรการใดก็ ตามที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชน น้อยกว่าไม่คุ้มกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนและ/หรือแก่สังคมโดยรวม ฝ่ายปกครอง ต้องห้ามมิให้ออกมาใช้บังคับ ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุ วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจได้ และจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของ กฎหมายฉบับนั้น (ชอบด้วยหลักความจำเป็น) แล้วก็ตาม เมื่อบังคับตามหลักความพอสมควรแก่ เหตุตามความหมายอย่างแคบอย่างเคร่งครัดแล้ว ในกรณีที่มาตรการต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายฝ่ายปกครอง ออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรได้ทุกมาตรการก่อความเสียหายแก่ราษฎรและ/หรือสังคมโดยรวม มากกว่าประโยชน์ที่มหาชนพึงได้รับ ฝ่ายปกครองต้องละเว้นจากการกระทำการอย่างใด ๆ เลย ที่เดียว¹⁰⁹

ในการพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะเป็นการ จัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบหรือไม่นั้น 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 วิสชุดพิชญ์, เล่มเดิม, หน้า 90-92.

เห็นว่า มนุษย์ตามสภาวะธรรมชาติดั้งเดิมนั้น เป็นสภาวะที่มนุษย์มีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ มนุษย์สามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองได้ภายในขอบเขตของกฎหมายธรรมชาติ นอกจากนี้ในสภาวะธรรมชาติ มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติ การที่มนุษย์มีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันนั้นก่อให้เกิดผลว่า ไม่ว่าบุคคลใดที่ไม่สามารถก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ เพราะทุกคนต่างเป็นอิสระและเท่าเทียมกัน ดังนั้น การละเมิดผลประโยชน์ของบุคคลอื่นก็ดี การทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็ดี หรือการทำให้เกิดความเสียหายเปรียบแก่บุคคลที่สามก็ดีกรณีดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น¹¹⁰

ต่อมาเมื่อมีรัฐเกิดขึ้น “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงได้รับการรับรองโดยกฎหมายของรัฐ “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงมิได้อยู่ในสภาวะธรรมชาติอีกต่อไป หากแต่ได้ถูกกำหนดให้เป็นกฎหมายซึ่งออกโดยอำนาจรัฐ ดังนั้น “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงยังคงเป็นข้อจำกัดของเสรีภาพที่แฝงอยู่โดยตรรกะในทางกฎหมาย (Rechtslogisch) แต่ได้เปลี่ยนจากตรรกะในทางกฎหมายในสภาวะธรรมชาติดั้งเดิมมาเป็นตรรกะในทางกฎหมายของกฎหมายบัญญัติ (Rechtslogik des Gesetzes) ซึ่งการกำหนดให้สิทธิแก่บุคคลอื่นในขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลหนึ่ง¹¹¹

เนื่องจากการใช้เสรีภาพของบุคคลหนึ่งอาจไปขัดกับการใช้เสรีภาพของอีกคนหนึ่ง รัฐจึงต้องเข้ามาจัดระเบียบโดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพด้วยวิธีการต่างๆ¹¹² ซึ่งการจำกัดสิทธิของบุคคลอาจเป็นความจำเป็นเพื่อความมุ่งหมายในการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่เงื่อนไขดังกล่าวยังไม่ใช่เงื่อนไขที่เพียงพอในการทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายเพื่อให้บุคคลเป็นผู้ได้รับประโยชน์ได้ ในกรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้อำนาจในทางกฎหมาย (Rechtsmacht) แก่บุคคล เพื่อให้บุคคลนั้นสามารถบรรลุเป้าหมายในผลประโยชน์ที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองได้ แต่เฉพาะกรณีที่ผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นประโยชน์แก่บุคคลที่สาม ในกรณีจึงกล่าวได้ว่าเป็น “สิทธิของบุคคลอื่น” ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีความชอบธรรมในการจำกัดขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ ถ้าหากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมิได้มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชนก็ดี หรือในกรณีที่ผลประโยชน์นั้นเป็นเพียงผลสะท้อนจากกฎหมาย

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 ซึ่งในที่นี่จะต้องเป็นศีลธรรมอันเกิดจาก

¹¹³ บรรเจิด สิงคะเนติ, เล่มเดิม, หน้า 206.

¹¹⁴ อ้างแล้ว, หน้า 216-217.

¹¹⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เล่มเดิม, หน้า 31.

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

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

ความรู้สึกร่วมกันของสมาชิกในสังคมนั้น โดยสังคมหนึ่ง ๆ จะต้องมีทั้งความดีและความเลวปนกันไป จริยธรรมและศีลธรรมจะเป็นเกณฑ์ที่ได้รับการเคารพและเป็นเกณฑ์ในการจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นๆ ที่อาจก่อให้เกิดผลร้ายแก่สังคมขึ้นได้ เช่น การที่กฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับจริยธรรมและศีลธรรมของสังคมในการเคารพต่อชีวิต ศักดิ์ศรี ทรัพย์สินของบุคคลอื่น การปฏิเสธแบ่งแยกทางเพศ สัตว์ เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ถือว่าเป็นเกณฑ์ทางจริยธรรมและศีลธรรมที่เป็นตัวจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคล¹¹⁸

2.1.5 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

อาจกล่าวได้ว่า ความหมายของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้เป็นปัญหาอย่างสุดคณานับแก่เหล่านักนิติศาสตร์ทั้งหลายอย่างมาก เพราะความหมายว่าอะไรคือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นไม่มีบทนิยามหรือวิเคราะห์ศัพท์ของกฎหมายใดบัญญัติไว้เลย จึงมีผลให้เกิดความหมายไม่แน่นอน ซึ่งถือเป็นเรื่องสำคัญที่นักนิติศาสตร์ทั้งหลายจะต้องเข้าใจและสามารถหาข้อสรุปและความหมายข้อความเหล่านี้ให้ได้ความแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อความสะดวกในการใช้กฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมให้ได้มากที่สุด¹¹⁹ โดยสรุปสาระสำคัญของหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน 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 เหมะรัชตะ. (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 เพื่อเป็นการป้องกันการรักษาความสงบเรียบร้อยของสิทธิแห่งมนุษยชนแล้ว จึงจำต้องถูกจำกัดโดยการกระทำของฝ่ายปกครอง การจำกัดสิทธิแห่งมนุษยชนจึงเป็นข้อยกเว้นจากหลักการเรื่องสิทธิแห่งมนุษยชน โดยการใช้อำนาจในเรื่องดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายในขอบเขต ดังนี้¹²³

(ก) การจำกัดเสรีภาพจะต้องมีกฎหมายอนุญาตไว้

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

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

¹²² ไชยยศ หเมธวัชร. 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” มิได้ขึ้น อยู่กับความรู้สึกส่วนบุคคลของผู้พิพากษาหรือความรู้สึกของผู้ใช้กฎหมาย อีกทั้งมิได้ขึ้น อยู่กับความรู้สึกของกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเป็นพิเศษ ซึ่งตามทัศนะของ Duerig มีความเห็นว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” มิได้ขึ้น อยู่กับทัศนะความเห็นสอดคล้องกันของชาวโลก หรือมิได้ขึ้น อยู่กับทัศนะภายในขอบเขตของวัฒนธรรมตะวันตก หากแต่ขึ้น อยู่กับความสัมพันธ์ในทางศีลธรรมของประชาคมนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม ทัศนะในทางศีลธรรมโดยทั่วไปของประชาชนก็ยังมี ความเห็นแตกต่างกันได้ 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

กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายในอันที่จะบังคับให้บุคคลประพฤตินสิ่งที่ยังสังคมปรารถนา และป้องกันมิให้มีการประพฤตินสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม และเนื่องจากบทบัญญัติในกฎหมายอาญามีลักษณะในทางลงโทษกรรมชั่วมิใช่บำเพ็ญดีต่อกรรมดี ฉะนั้นกฎหมายอาญาจึงเน้นการป้องกันกรรมชั่วยิ่งกว่าสนับสนุนกรรมดี¹²⁸ เมื่อพิจารณากฎหมายอาญาในทัศนะทางสังคมแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ในการลงโทษอยู่หลายประการดังต่อไปนี้¹²⁹

- 1) คุ้มครองบุคคลในสังคมให้พ้นจากพฤติกรรมที่สังคมไม่พึงปรารถนา เช่น การประทุษร้ายต่อกันโดยเจตนาอย่างโหดร้ายทารุณ หรือโดยการใช้ความรุนแรงอื่นใด
- 2) คุ้มครองบุคคลในสังคมให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งได้กระทำโดยไม่เจตนาในกรณีต่างๆ เช่น การกระทำความผิดกฎหมายจราจร การกระทำความผิดโดยปล่อยมลภาวะ หรือโรคระบาดต่างๆ

¹²⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ. เล่มเดิม. หน้า 145.

¹²⁷ อุกฤษ มงคลนาวิน. เล่มเดิม. หน้า 15.

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

¹²⁹ ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2541). “การปฏิรูประบบการลงโทษแนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางด้านอาชญาวិทยา”. *บทบัญญัติ*. 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 นื้อโกง ยักยอก

7) คุ้มครองความมั่นคงของรัฐ เช่น การเป็นกบฏต่อรัฐ หรือการทำลายเศรษฐกิจของรัฐ

8) การป้องกันการกระทำที่ผิดปกติ หรือวิปริตผิดธรรมชาติ เช่น การใช้ยาเสพติด การค้าประเวณี การพนันขั้นต่อ

9) ป้องกันการกระทำที่ไม่สมควรต่างๆ เช่น การมีความสัมพันธ์ทางเพศ กอดจูบ หรือเปลือยกายในที่สาธารณะ

10) คุ้มครองไม่ให้เกิดการกระทำที่ชั่วร้าย หรือพฤติกรรมที่จะนำไปสู่ความไม่สงบสุขในสังคม เช่น การดูหมิ่น หรือการหมิ่นประมาทบุคคลอื่น

11) คุ้มครองไม่ให้เกิดความไม่สะดวก หรือความไม่เป็นระเบียบขึ้นในสังคม เช่น การขัดขวางหรือกีดขวางทางการจราจร

12) คุ้มครองการจัดหารายได้เข้ารัฐ หรือการจัดเก็บภาษีอากร

13) คุ้มครองการบังคับใช้กฎหมายของรัฐที่มีความสำคัญต่อการอำนวยความสะดวก เช่น ความผิดต่อเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม

ปรัชญาของกฎหมายอาญาที่มุ่งจะคุ้มครองป้องกันส่วนได้เสียต่างๆ ของสังคมให้พ้นจากการประทุษร้ายโดยถือเป็นเกณฑ์ความประพฤติในระดับหนึ่ง จึงเป็นมูลฐานของความผิดในกฎหมายอาญา โดยในเรื่องการแบ่งแยกประเภทความผิดอาญาเราอาจแบ่งประเภทของความผิดอาญาได้หลายอย่างแล้วแต่ทัศนะและความมุ่งหมาย เช่น ในแง่ของโทษ อันตรายต่อสังคม การกระทำ เจตนา กระบวนพิจารณาและในแง่ของศีลธรรม เป็นต้น¹³⁰

¹³⁰ วิจารณ์ พานิช. เล่มเดิม. หน้า 347.

2.3.1.1 พิจารณาในแง่ของศีลธรรม

การแบ่งแยกนี้อาจแบ่งแยกตามความแตกต่างในแง่ของกฎหมาย¹³¹ โดยอาศัยแนวการจัดทางกฎหมาย คือ เน้นกฎหมายเป็นหลักเป็นโดยมุ่งพิจารณาถึง การกระทำความผิดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีงาม หรือขัดต่อกฎระเบียบข้อบังคับ โดยพิจารณาถึงผลกระทบของการกระทำนั้นๆ ว่ามีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิตมนุษย์โดยตรงหรือไม่ หรือมีผลขัดต่อหลักศีลธรรมซึ่งเป็นที่ยอมรับของคนโดยส่วนรวมหรือไม่¹³² การแบ่งแยกประเภทความผิดในแง่ของกฎหมาย แบ่งออกเป็น

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

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

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

¹³² โสภ ชาติมันน์. (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 : ภาคทบทวนคดีทั่วไป เล่ม 1 หน่วยที่ 1-17. หน้า 350.

¹³⁷ ชำนาญ จันทร์เรือง. เล่มเดิม.

ความผิดเพราะสังคมนั้นเชื่อว่าการพนันเป็นบ่อเกิดของอาชญากรรม แต่บางแห่งถือเป็นเรื่องธรรมดาเพราะถือว่าคนเราโตแล้วย่อมมีความรับผิดชอบในชีวิตตัวเอง และในทำนองเดียวกันก็คือกฎหมายว่าด้วยการค้าประเวณี ซึ่งบางสังคมก็เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและบางแห่งถือว่าไม่ผิดกฎหมาย¹³⁸ ความผิดฐานค้ากำไรเกินควร¹³⁹ ความผิดฐานขับรถเร็วเกินควร การหลีกเลียงภาษี การละเมิดกฎหมายแรงงาน เป็นต้น¹⁴⁰

กฎเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดนี้เป็นกฎเกณฑ์ที่ตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจง ไม่เกี่ยวกับศีลธรรมจรรยาหรือขนบธรรมเนียมประเพณี แต่เป็นเรื่องที่สังคมจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาทันทีทันใดเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้าบางอย่าง ไม่ใช่ว่าขับรถทางซ้ายเป็นคนดี ขับรถทางขวาเป็นคนไม่ดี ไม่ใช่เรื่องดีชั่วในตัวเอง แต่เป็นเรื่องผิดถูกเพราะกฎหมายกำหนดไว้ หากไม่ทำก็ถือว่าผิด¹⁴¹

2.3.1.2 พิจารณาตามความหนักเบาของโทษ ในทฤษฎีนี้ก็จะแบ่งความผิดอาญาออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความผิดลหุโทษ และความผิดสามัญ

1) ความผิดลหุโทษ ได้แก่ ความผิดซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁴² โดยตามประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดให้ความผิดลหุโทษมีลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้¹⁴³

(1) มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 102)

(2) แม้กระทำความผิดโดยไม่เจตนาก็เป็นความผิด (มาตรา 104)

(3) ผู้ใดพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ไม่ต้องรับโทษ (มาตรา 105)

(4) ผู้สนับสนุนในความผิดลหุโทษไม่ต้องรับโทษ (มาตรา 106)

(5) ผู้ที่ถูกจำคุกในความผิดลหุโทษมาแล้วและไปกระทำความผิดอื่นขึ้นอีก ไม่ห้ามที่ศาลจะเปลี่ยนโทษจำคุกในคดีหลังเป็นกักขัง (มาตรา 23) ไม่ห้ามที่ศาลจะรื้อการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ (มาตรา 56) และไม่ให้นำความผิดลหุโทษมาบวกกับโทษที่กำหนดไว้ก่อนหรือลงโทษไว้ก่อน (มาตรา 58)

¹³⁸ ชำนาญ จันทรเรือง. เล่มเดิม.

¹³⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม.

¹⁴⁰ โสภ ชาติมันน์. เล่มเดิม.

¹⁴¹ ชำนาญ จันทรเรือง. เล่มเดิม.

¹⁴² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 102

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

โดยประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติการกระทำความผิดหลายโทษไว้ในภาค 3 ความมุ่งหมายในการแบ่งแยกเช่นนี้ก็เพื่อประโยชน์แก่การดำเนินคดี กล่าวคือ ความผิดหลายโทษพ้องกันสอบสวนมีอำนาจเปรียบเทียบได้ และเมื่อผู้ต้องหาชำระเงินตามที่เปรียบเทียบแล้ว คดีก็จะจับไปจะฟ้องผู้ต้องหาอีกไม่ได้ นอกจากนี้ก็จะควบคุมตัวผู้ต้องหาได้เพียงที่จะถามคำให้การ 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 มินะกนิษฐ. 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 การกระทำนั้นเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อน เสียหาย กระทบกระเทือนต่อความรู้สึกนึกคิดและศีลธรรมอันดีของบุคคลส่วนรวม โดยผู้กระทำหรือมีความประพฤติดด้วยเจตนาที่ชั่วร้ายในการกระทำนั้นเป็นสำคัญ¹⁴⁶ ทั้งนี้เมื่อมีการกระทำผิดจึงต้องมีการลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งการลงโทษเป็นการก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือการสูญเสียสิทธิแก่ผู้กระทำความผิด ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสังคม และมีแบบในการลงโทษต่างๆ กัน¹⁴⁷ 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 วรรณนารถ ได้ให้ความหมายไว้ว่า

“การลงโทษ” คือ การปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้ผู้ที่ได้รับการปฏิบัตินั้นต้องได้รับผลร้าย เนื่องมาจากการที่บุคคลผู้นั้นได้ฝ่าฝืนแนวปฏิบัติอันเป็นกติกาของสังคม โดยรัฐจะเป็นผู้ทำหน้าที่จัดการให้ผู้กระทำผิดได้รับผลร้ายนั้นๆ

พจนานุกรมภาษาอังกฤษของเว็บสเตอร์ ได้ให้จำกัดความว่า¹⁴⁹

“การลงโทษ” หมายถึง การทำให้บุคคลได้รับความเจ็บปวด ความสูญเสียหรือความทุกข์ทรมานอย่างหนึ่ง และอีกอย่างหนึ่งหมายถึง การลงทัณฑ์อาชญากร หรือผู้กระทำความผิดสำหรับอาชญากรรมหรือความผิดที่ได้กระทำขึ้น

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 2 ได้กล่าวถึงการลงโทษไว้ว่า

ความผิดที่ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษนั้นจะต้องเป็นความผิดที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ และกฎหมายนั้นจะต้องกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้นด้วย ส่วนโทษที่จะลงนั้นจะเป็นโทษใดย่อมแล้วแต่ความผิดและพฤติกรรมการกระทำความผิด

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 จิตรชุม. (2545). การหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกโดยงานคุมประพฤติ ศึกษาเฉพาะอัตราโทษการรอการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 7.

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

3) ในแง่ของทฤษฎีจิตวิเคราะห์ (Psychoanalytical Theory) ได้แก่ ทฤษฎีหลักการความผิดแก่ผู้อื่น (Scapegoat Theory) (ทฤษฎีแพะรับบาป) ซึ่ง Sigmund Freud อธิบายว่ามนุษย์มีพฤติกรรมก้าวร้าวและเห็นแก่ตัวเป็นปกตินิสัยการก่ออาชญากรรมเป็นพฤติกรรมอันเนื่องมาจากสัญชาตญาณก้าวร้าวดังเดิมของแต่ละคนนั่นเอง ดังนั้นการใช้กระบวนการใดๆ ลงโทษผู้กระทำความผิดย่อมเป็นการแสดงออกซึ่งภาระจิตที่มุ่งประทุษร้ายอาชญากรรมอย่างรุนแรงและอย่างฉับพลัน เพื่อตอบสนองต่อความโกรธแค้น หรือก่อให้เกิดความพึงพอใจแก่สังคม เพราะฉะนั้น การลงโทษตามทฤษฎีนี้จึงมุ่งให้เกิดความเสียหายต่อผู้กระทำความผิดมากกว่าการแก้ไขพฤติกรรม¹⁵¹

2.2.2.3 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

ตามปรัชญาของการลงโทษเสนอว่า อาชญากร คือบุคคลอันตรายต่อสังคม การกระทำผิดมีเจตนาละเมิดกฎหมาย ดังนั้นการลงโทษจึงเป็นเรื่องที่สมควรและจำเป็น เพื่อเป็นการป้องกันสังคม โดยวัตถุประสงค์การลงโทษเป็นการนำคิดทางปรัชญาการลงโทษมากำหนดเป็นวัตถุประสงค์การลงโทษ 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 เมฆมน. (2523). *หลักทฤษฎีวิทยา*. หน้า 71.

¹⁵² เฟลิโนใจ เต้เกษม และคณะ. (2553). รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาวิจัยเรื่องปัจจัยที่ส่งผลต่อความสำเร็จในการประกอบอาชีพของผู้พ้นโทษที่ได้รับใบรับรองความประพฤติจากกรมราชทัณฑ์. หน้า 8.

ทั้งนี้เพราะเป็นการไม่บังควรที่จะปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งเพียงเพื่อจะเป็นเครื่องมือให้บังเกิดผลแก่บุคคลอื่น ทุกคนมีสิทธิในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ในอันจะไม่ถูกปฏิบัติเช่นนั้น” ความผิดที่ได้กระทำและโทษที่ได้รับจะต้องเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมกัน

ปัญหามีอยู่ว่าทำไมสังคมต้องเข้าไปลงโทษผู้กระทำผิด การที่รัฐเข้ามารับหน้าที่ลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นการทดแทนก็เพื่อป้องกันมิให้มีการแก้แค้นกันเอง ทำให้สังคมวุ่นวายเพราะจะมีการแก้แค้นกันเองโดยไม่สิ้นสุด ซึ่งแสดงถึงความรู้ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในขณะเดียวกันก็เพื่อช่วยเหลือผู้ที่อ่อนแอกว่าให้ได้รับความเป็นธรรม โดยการลงโทษผู้กระทำผิดให้ได้รับผลร้ายที่สาสมและทดแทนกันอย่างยุติธรรม วัตถุประสงค์ในการลงโทษข้อนี้เป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ในทุกสังคม แม้ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ที่ปัจจุบันเริ่มที่จะลดความสำคัญลงเพราะสังคมมีเหตุผลหรือวัตถุประสงค์อื่นในการที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำผิดมากขึ้น ประกอบกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็มีจุดอ่อนหลายประการ คือ

(1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้พิจารณาถึงประโยชน์ในอนาคต คือไม่ได้พิจารณาถึงว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในการป้องกันมิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นอีก หรือไม่การลงโทษเพื่อการทดแทนมิได้ทำให้เกิดผลอะไรกลับคืนมาในเชิงความคิดในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมในอนาคต

(2) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงความเหมาะสมของโทษกับความผิดที่กระทำ ฉะนั้นเมื่อได้ลงโทษผู้กระทำตามอัตราโทษแล้ว ก็ต้องปล่อยตัวออกมาทั้งๆ 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) เป็นตัวอย่างให้กับคนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษ เพื่อคนทั่วไปจะได้ทราบจะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นบ้าง ทำให้เกิดความยับยั้งชั่งใจไม่กล้ากระทำความผิดเช่นนั้นอีก

การข่มขู่ดังกล่าวทำให้เกิดความกลัวที่จะถูกลงโทษ จะทำให้หลายคนไม่กล้ากระทำความผิดแล้ว ยังมีผลทำให้คนทั่วไปคิดว่าการกระทำความผิดเป็นสิ่งที่พึงหลีกเลี่ยง

การที่จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขวัญและยับยั้งจะต้องทำให้การลงโทษนั้น เร็ว เจ็บพอรีๆ กล่าวไว้ว่าจะต้องมีความแน่นอน รวดเร็ว เสมอภาค และโทษที่เหมาะสม มีลักษณะ 4 ประการ

(1) การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องทำให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสหลุดรอดจากการถูกจับกุมลงโทษไปได้ยาก ซึ่งจะมีผลในการข่มขวัญและยับยั้งให้คนทั่วไปและผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเสี่ยงกระทำความผิดขึ้นอีก เพราะทำผิดแล้วต้องถูกจับก็ไม่คุ้มค่า

(2) การลงโทษจะต้องสามารถกระทำได้อย่างรวดเร็ว เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็วให้ “เห็นผลทันตา” จึงจะทำให้ผู้กระทำความผิดและคนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะได้รับผลร้ายเช่นไร ในทางตรงกันข้าม หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว อีก 3 ปีต่อมาจึงสามารถจับกุมตัวผู้กระทำความผิดได้ หรืออีก 5 ปี ต่อมาศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิด ก็จะทำให้คนทั่วไปลืมถึงเรื่องราวการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น และทำให้การลงโทษไม่มีผลในการข่มขวัญยับยั้งเพราะไม่เห็นผลทันตา ดังนั้น หากเป็นกรณีการกระทำความผิดในคดีที่สะท้อนขวัญประชาชนหรือคดีที่ประชาชนให้ความสนใจ กระบวนการยุติธรรมโดยตำรวจ อัยการ ศาล อาจร่วมมือกันในการเร่งดำเนินคดีเพื่อให้ผู้ต้องหาได้รับการพิจารณาตัดสินโดยเร็ว ก็จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขวัญยับยั้งมากขึ้น

(3) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค โดยที่ผู้ที่กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษเท่าเทียมกันไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะมีผลให้ผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่คิดจะทำผิดไม่มีโอกาสแก้ตัว หรือหาทางหลีกเลี่ยง หรือหาข้อยกเว้นจากการถูกลงโทษถ้าทำผิด การลงโทษจึงจะมีผลในการข่มขวัญยับยั้ง หากเมื่อมีการ

กระทำผิดแล้วบางคนได้รับโทษ บางคนมีข้อยกเว้น ก็จะทำให้การลงโทษไม่ศักดิ์สิทธิ์ ทำให้ต่างหาช่องทางที่จะหลบหนีหรือหาข้อยกเว้นที่ไม่ต้องรับโทษทำให้มีความเกรงกลัวต่อโทษ

(4) การลงโทษจะต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและตัดเทียมกับความผิด หากบทลงโทษเบาเกินไปไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิด ก็จะทำให้ผู้กระทำผิดและคนทั่วไปไม่เกิดความเกรงกลัวและคุ้มค่าที่จะเสี่ยงกระทำผิด แต่หากบทลงโทษหนักเกินไปก็จะทำให้ผู้กระทำผิดพยายามปกปิดการกระทำผิดของตนเอง โดยการทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมากขึ้น เช่น หากใช้โทษประหารชีวิตกับการปล้นหรือข่มขืน จะกระตุ้นให้มีการปล้นแล้วฆ่าเจ้าทุกข์หรือข่มขืนแล้วฆ่าเพื่อปกปิดการกระทำผิดของตนเอง เพราะโทษเท่ากันในขณะที่เดียวกัน กระบวนการยุติธรรมจะต้องทำงานหนักมากขึ้นในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ เพราะยังมีโทษหนักยังต้องมีการพิสูจน์หรือมีพยานหลักฐานที่ชัดเจน ศาลจึงจะสั่งลงโทษ หากพยานหลักฐานหรือการฟ้องร้องดำเนินคดีไม่รัดกุมพอ ก็จะเป็นโอกาสให้ผู้กระทำผิดหลุดรอดจากการถูกลงโทษไปได้ ดังนั้นโทษจึงต้องมีความเหมาะสมและตัดเทียมกับการกระทำผิด จึงจะมีผลในการข่มขวัญยับยั้ง

3) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Rehabilitation)

การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขนั้นมีแนวคิดว่าการลงโทษตามทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขประสงค์เพียงเพื่อจะป้องกันไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำผิดมาแล้ว กลับมากระทำผิดซ้ำอีก พยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำผิดมาแล้วเกิดความยับยั้งไม่กระทำผิดซ้ำขึ้นอีก ซึ่งทฤษฎีนี้เกิดขึ้นภายหลังทฤษฎีที่ 1 และ 2 ที่กล่าวมาแล้ว แนวคิดทฤษฎีนี้เห็นว่าการทำให้ผู้กระทำผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายด้วยการลงโทษ แต่เพียงอย่างเดียวไม่น่าจะทำให้คนประพฤติดีขึ้น 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 การนำกลับคืนสู่สังคมก่อนข้างยากลำบาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มผู้กระทำผิดที่ถูกกักขังเป็นเวลานานเพราะเขาได้ถูกตราหน้าหรือตีตราโดยสังคม และสถานที่ทำงานจะใช้มาตรการทางกฎหมายกีดกันไม่ให้โอกาสคนกลุ่มนี้กลับเข้าไปทำงานได้ โดยเฉพาะหน่วยงานที่เป็นภาครัฐ ตามระเบียบข้าราชการพลเรือน หรือข้าราชการตุลาการ ทำให้อดีตผู้กระทำผิดเกิดความรู้สึกแปลกแยกต่อครอบครัว เพื่อน และสังคม เขาจึงกลับมากระทำผิดซ้ำได้อีก

ซึ่งการนำกลับคืนสู่สังคม ราชทัณฑ์ได้จัดวิธีการประคับประคองผู้กระทำผิดในช่วงเวลาหนึ่งก่อนที่จะเป็นอิสระทางกฎหมาย เช่น พักการลงโทษ โดยมีเงื่อนไขในการควบคุมความประพฤติ (คล้ายกับการคุมประพฤติของศาล) เรียกอีกอย่างว่า conditional-release ถ้าฝ่าฝืนเงื่อนไขของการควบคุมความประพฤติจะต้องกลับมาขังใช้โทษจำคุกดังเดิม¹⁵⁴

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

แนวคิดเกี่ยวกับการเตรียมการปลดปล่อยเกิดขึ้นเพื่อสงเคราะห์ช่วยเหลือผู้ต้องขังโดยเปรียบผู้ต้องขังเป็นผู้ป่วย ระหว่างถูกคุมขังก็ต้องการเยียวยารักษาเพื่อให้ร่างกายและจิตใจฟื้นกลับคืนสู่สภาพปกติสามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างเป็นสุขเมื่อพ้นโทษ การให้ความสงเคราะห์ผู้ต้องขังเป็นสิ่งจำเป็นและเป็นเรื่องมนุษยธรรมด้วย ต้องตระเตรียมแผนการปลดปล่อยอย่างเป็นขั้นตอนให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินงานและผู้ต้องขังได้รับความพอใจด้วย

(4) กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง

จากข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง กับข้อเสนอแนะในเรื่องที่เกี่ยวข้องขององค์การสหประชาชาติ ข้อ 60 (2) ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้แน่ชัดว่า “ก่อนครบกำหนดโทษก็ใคร่ที่จะให้ดำเนินการเป็นขั้นๆ ตามจำเป็น เพื่อให้เป็นที่มั่นใจว่าผู้ต้องขังมีความเคยชินกับการก้าวไปสู่การใช้ชีวิตในสังคมโดยลำดับ ความมุ่งหวังนี้จะบรรลุผลก็อยู่ที่วิธีการก่อนปล่อยซึ่งจัดขึ้น ณ ทัณฑสถานนั้นๆ หรือการปล่อยระหว่างพิจารณา โดยให้การคุมประพฤติบางอย่างซึ่งไม่ใช่เป็นการมอบหมายให้เป็นภาระของตำรวจจะต้องรวมถึงการสังคมสงเคราะห์ที่มีประสิทธิภาพด้วย” 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 การแนะนำแนวทางการใช้ชีวิตในชุมชน 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 ในกรณีที่มิพระราชทานอภัยโทษให้ถือกำหนดโทษตามหมายแจ้งโทษฉบับหลังสุดและต้องไม่มีโทษลักษณะความผิด 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 โดยอบรมความรู้ พัฒนาทัศนคติ ในการดำรงชีวิตและส่งเสริมการฝึกวิชาชีพพระยะสั้นให้มีความพร้อมและสามารถกลับเข้าสู่สังคม ป้องกันการหวนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

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 โดยพิจารณาตามความเหมาะสมและประสิทธิภาพของเป้าหมาย 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 ควบคุมไปกับการจัดทำกลุ่มบำบัดให้แก่ผู้ต้องขัง 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 ปรัชญาในการขอรับสินเชื่อ 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 เดือน หรือมากกว่านั้นสำหรับในกรณีที่ผู้พ้นโทษมีปัญหาต้องการขอรับความช่วยเหลือในด้านต่างๆ 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) ของมนุษย์หรือเกิดขึ้นโดยการก่อตัวขึ้นเองในปัญหา ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่ากฎหมายก่อตัวขึ้นเองในสังคมมนุษย์แล้ว ค่อยๆ คลี่คลายวิวัฒนาการต่อมาจนถึงปัจจุบัน มิได้เกิดขึ้นเพราะการสร้างขึ้นโดยเจตจำนงของมนุษย์แต่อย่างใด

การพิจารณาปัญหาดังกล่าวทฤษฎีกฎหมายสามชั้นให้เหตุผลจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์และผลการศึกษาค้นคว้าทางวิชาการในปัจจุบัน ทั้งจากการศึกษาพฤติกรรมของสัตว์ (Ethology) การศึกษาวัฒนธรรมของมนุษย์ในชนเผ่าล้าหลังทางวิชามานุษยวิทยา (Anthropology) โดยท่านปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ยกตัวอย่างการศึกษาเกี่ยวกับพฤติกรรมของปลาว่า ปลาบางชนิดที่อาศัยอยู่ในชอกหินมักจะแสดงอาการหวงกันบริเวณชอกหินตรงนั้น ถ้ามีปลาอื่นเข้ามาก็จะแสดงอาการหวงเหวและขัดขวางป้องกันและผลที่สุดปลาดังนั้นก็มักจะเป็นฝ่ายแสดงอำนาจยิ่งใหญ่จนทำให้ผู้ล่อลวงล่าเขตแดนต้องยอมรับหรือยอมแพ้ และไม่กล้าล่อลวงเข้ามาในเขตนั้นอีก ที่เป็นเช่นนี้เพราะในสถานการณ์เช่นนั้นมันจะรู้สึกว่ามันเป็นเจ้าของแห่งนั้น เมื่อมีผู้อื่นล่อลวงเข้ามาในถิ่นของตนก็จะรู้สึกว่ามันเองถูกรุกราน ซึ่งแสดงว่าในสถานการณ์เช่นนั้นปลาเจ้าถิ่นรู้สึกตัวว่ามีความชอบธรรมมากกว่าสัตว์อื่นๆ ที่จะครอบครองบริเวณนั้น จึงแสดงอำนาจในเขตแดนซึ่งเป็นถิ่นของตนออกมา เพื่อแสดงบริเวณอาณาเขตของมันว่ามีขอบเขตเพียงใด อาการทำนองนี้เป็นการแสดงถึงความเป็นเจ้าถิ่น หรือการหวงเหวเขตแดนที่เรียกว่า “หลักบังคับทางดินแดน (Territorial Imperative)”

กฎเกณฑ์ความประพฤติที่เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงทำนองดังกล่าว ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่ามิอยู่ในหมู่สัตว์ทุกชนิดรวมทั้งในสังคมของมนุษย์ด้วย สิ่งที่เราเรียกว่า “หลักบังคับทางเขตแดน” นี้มีลักษณะทำนองเดียวกันกับการหวงเหวทรัพย์สินที่อยู่ในความถือครองของมนุษย์นั่นเอง กฎเกณฑ์ที่เป็นข้อจำกัดขอบเขตความประพฤติเช่นนี้บังคับเป็นเครื่องมือป้องกันและตัดทอนการวิวาทต่อสู้หรือการรบกวนต่อการแสวงหาอาหารไม่ให้เกิดขึ้นบ่อยจนเกินไปด้วย หลักการที่เป็นสิ่งที่ส่งเสริมการดำรงอยู่ของสังคมเช่นนี้ เมื่อครั้งหนึ่งได้ประพฤติปฏิบัติกันแล้วก็จะทำให้มีการปฏิบัติต่อไปอีกเรื่อยๆ จนทำให้กลายเป็นสิ่งที่ยอมรับโดยการปฏิบัติไปตามหลักธรรมดานี้อย่างสม่ำเสมอ เมื่อมีการปฏิบัติติดต่อกันเป็นระยะเวลานานก็จะทำให้กฎเกณฑ์นั้นปรากฏตัวเป็นรูปเป็นร่างชัดเจนขึ้นและได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่า เป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinion juris) และจำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น

มีปัญหาว่าในขณะที่กฎเกณฑ์ยังไม่ทันปรากฏตัวเป็นรูปเป็นร่างชัดเจน คือในขณะที่คนแต่ละคนอยู่ในระหว่างเริ่มปฏิบัติตามสิ่งที่ตนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องนั้น คนแต่ละคนใช้อะไรเป็นเครื่องวัด หรือเป็นแนวในการตัดสินใจว่าจะประพฤติปฏิบัติตามเช่นนั้น

ในปัญหานี้ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นอธิบายว่า การรู้ไว้ในสถานการณ์ใดมนุษย์ควรปฏิบัติตัวอย่างไรนั้น เกิดจากความสามารถที่เป็นคุณสมบัติพิเศษของมนุษย์สองประการคือความสามารถในการจำแนกแยกแยะข้อเท็จจริง (Factual Reason) ประการหนึ่ง ซึ่งหมายถึงความสามารถในการจำได้หมายถึงความแตกต่าง ความเหมือนหรือความคล้ายคลึงกันของสิ่งต่างๆ และอีกประการหนึ่ง คือความสามารถที่จะรู้ว่าอะไรผิดอะไรถูก อะไรควรและอะไรไม่ควร หรือที่เรียกว่าเหตุผลในทางศีลธรรม (Moral Reason)

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

การวินิจฉัยว่าอะไรถูกอะไรผิดนี้เมื่อได้รับการปฏิบัติตามติดต่อกันอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานก็จะผนึกแน่นอยู่ในความสำนึกของคนในหมู่ที่ปฏิบัติเช่นนั้น จนต่อมาต้องยอมรับว่าถูกโดยไม่ต้องมีการวินิจฉัยใดๆ เมื่อได้ปฏิบัติมานานๆ ในที่สุดก็กลายเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีและในบรรดาขนบธรรมเนียมประเพณีเหล่านี้จะมีขนบธรรมเนียมในส่วนที่สำคัญคือเกี่ยวข้องกับสิ่งที่คนหวงแหนอย่างถึงขนาด เช่น เรื่องทรัพย์สินสมบัติ ลูกเมีย หากใครไปล่วงเกินเข้าก็จะต้องถูกขัดขวางป้องกัน จนถึงกับมีการตอบโต้แก้แค้นจองเวรกัน ทำให้มีการปฏิบัติในเรื่องนั้นๆ อย่างระมัดระวังยิ่งกว่าเรื่องอื่นและค่อยๆ มีการพัฒนาวิธบังคับการให้เป็นไปตามขนบธรรมเนียมประเพณีเหล่านี้จะมีลักษณะยิ่งขึ้น จนมีลักษณะเป็นกฎหมายประเพณี

จากกฎหมายประเพณีเหล่านี้วิวัฒนาการคลี่คลายไปสู่กฎหมายของนักกฎหมาย เนื่องจากเมื่อมนุษย์อยู่รวมกันในสังคม มนุษย์ย่อมรู้จักและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์บางอย่างเหล่านี้แล้วในเบื้องต้นนั้นมนุษย์ย่อมคล้อยตามกฎเกณฑ์เหล่านี้ด้วยความเข้าใจอย่างง่าย ๆ ว่าเป็นสิ่งที่ถูกและควรกระทำตามโดยมิได้เข้าใจเหตุผลหรือความหมายที่แฝงอยู่โดยละเอียดลึกซึ้งแต่อย่างใด ต่อมามนุษย์จึงค่อยๆ เรียนรู้ถึงความหมายของมัน เมื่อมีข้อพิพาทโต้แย้ง มนุษย์ก็จะนำเอากฎเกณฑ์ที่มีอยู่

มาช่วยในการวินิจฉัยข้อพิพาทและขณะเดียวกันก็ค่อยๆ ปรับแต่งกฎเกณฑ์และวิธีบังคับตามกฎหมายเหล่านี้ให้ละเอียดและซับซ้อนยิ่งขึ้น ถึงตอนนี้กฎเกณฑ์เหล่านั้นก็จะคลี่คลายจากกฎเกณฑ์ที่จะสามารถเข้าถึงหรือเข้าใจได้โดยสามัญสำนึกตามเหตุผลธรรมดาสามัญ กลายเป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องใช้เหตุผลซับซ้อนมากขึ้น จึงจะสามารถเข้าใจหรือเข้าถึงได้ หากมีข้อพิพาทขัดแย้งในเรื่องเหล่านี้ขึ้นก็ต้องอาศัยผู้รู้มาช่วยคิดและไตร่ตรองจากกฎเกณฑ์และเหตุผลที่สะสมอยู่เพื่อแสวงหากฎเกณฑ์ที่ใช้ได้อย่างเหมาะสมยิ่งขึ้น

การวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทต่างๆ นั้น ผู้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยหรือผู้พิพากษามีได้คิดหลักวินิจฉัยขึ้นมาเอง แต่จะค้นหาลักษณะที่ถูกต้องมาวินิจฉัย ผู้พิพากษาที่ได้ชื่อว่าเป็นผู้เที่ยงธรรมนั้นมักจะตัดสินตามกฎหมายที่มีอยู่ไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่มีอยู่ในคำพิพากษาเก่าๆ หรือเป็นเรื่องใหม่ไม่เคยเกิดขึ้นเลย ในกรณีหลังผู้พิพากษาจะทำหน้าที่ศึกษาค้นคว้าว่ากฎเกณฑ์สำหรับเรื่องนี้ควรจะเป็นอย่างไร โดยอาจเทียบได้จากกฎเกณฑ์ที่ใกล้เคียงกัน ปรับแต่งจากกฎเกณฑ์เดิมหรือใช้เหตุผลชักนำตามความเชื่อเกี่ยวกับความผิด-ถูกในเรื่องนั้นๆ มาเป็นเครื่องวินิจฉัยก็ตาม โดยนัยนี้ผู้พิพากษาจึงเป็นแต่เพียงผู้แสดงออกว่ากฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นมีอย่างไร ไม่ใช่เป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ลงไปตามอำเภอใจของตัวเองหรือตามใจชอบ

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

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

จากวิวัฒนาการกฎหมาย 3 ยุคดังกล่าว ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นจึงเห็นว่ากฎหมายนั้นมีความซับซ้อนหลายประการ เพราะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากเหตุผล ความสะดวกของสถานการณ์ ก่อให้เกิดการปฏิบัติซ้ำๆ กฎหมายจึงหมายถึงจารีตประเพณี หมายถึงหลักกฎหมายที่นักกฎหมาย

ปรุงแต่งขึ้น และยังหมายรวมถึงกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยรัฐาธิปัตย์เพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะทางเทคนิค ดังนั้นกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้หลายทางและหลายรูปแบบ ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นจึงไม่เห็นด้วยกับทัศนะของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ที่เห็นว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐาธิปัตย์

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

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

(2) บทบัญญัติที่มาจากหลักกฎหมายหรือหลักนิติศาสตร์ เช่น เรื่องอายุความครอบครองปรปักษ์ การได้กรรมสิทธิ์โดยความสุจริต การปฏิเสธชำระหนี้เพราะอายุความก็ดี การอ้างสิทธิครอบครองปรปักษ์ก็ดี ไม่ใช่เหตุผลทางศีลธรรม เพราะผู้อ้างไม่สามารถกล่าวอ้างได้เต็มปากว่าการกระทำของตนนั้นถูกต้องในทางศีลธรรม การกระทำเหล่านั้นอาจถูกคนคิดถูกเอาเสียด้วยซ้ำ แต่ก็เป็นที่ยอมรับว่ากฎหมายยอมรับรู้เรื่องเหล่านี้ 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 การเดินทางทางซ้ายทางขวาไม่มีความถูกผิดในตัวของมันเอง ความถูกผิดเกิดขึ้นเนื่องจากการตั้งกฎเกณฑ์ 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 ปีที่ผ่านมาจึงทำให้มีความรู้ที่กลั่นกรองมาจากประสบการณ์ยังไม่เพียงพอทำให้วิชานิติบัญญัติเป็นวิชาที่ยังค่อยพัฒนา เพราะยังไม่รู้ว่ามีขอบเขตอย่างไร อะไรเป็นสิ่งที่บัญญัติได้และอะไรเป็นสิ่งที่บัญญัติไม่ได้ และยังไม่มีความสามารถอธิบายหลักการในเรื่องนี้ได้ คงมีแต่คำสอนที่ว่ากฎหมายคือ คำสั่งของรัฐอธิปัตย์ จึงก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ จนมีผู้กล่าวว่าการค้นพบการนิติบัญญัติเป็นการค้นพบที่น่ากลัวยิ่งกว่าการค้นพบไฟหรือดินปืนเสียอีก เพราะเท่ากับเป็นการมอบชะตากรรมของมนุษย์ให้กับมนุษย์ด้วยกันเอง ปัญหาที่ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่า การนิติบัญญัตินั้นมีขอบเขตจำกัดผู้มีอำนาจไม่สามารถที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นได้ตามอำเภอใจ เพราะทฤษฎีกฎหมายสามชั้นมองกฎหมายว่ามีเนื้อหาอยู่ 3 ชั้น คือ จารีตประเพณี หลักกฎหมาย และกฎหมายที่บัญญัติขึ้น ส่วนที่เป็นรากฐาน คือ กฎหมายที่มาจากขนบธรรมเนียมประเพณี ซึ่งเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญา

หลักในทางกฎหมายอาญาเรื่องลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฆ่าคนตาย ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่าล้วนมีรากฐานมาจากศีลธรรมทั้งสิ้น ก่อนมีประมวลกฎหมายก็มีเรื่องความผิดฐานลักทรัพย์และมีการลงโทษ ประมวลกฎหมายอาญาเป็นเพียงมารับรองสิ่งที่มันมีอยู่แล้ว กฎหมายประเภทนี้เราเรียกว่ากฎหมายที่มาจากจารีตประเพณี ซึ่งใกล้ชิดกับเรื่องศีลธรรมมาก

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

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

เมื่อมีการนิติบัญญัติก็มีการบัญญัติกฎหมายเทคนิคกฎหมายชนิดนี้ ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นเห็นว่าเป็นกฎหมายที่คนสร้างขึ้นมาก็ยังไม่มีพลังทางศีลธรรม หรือขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีหนุนหลัง ถ้าเป็นกฎหมายที่เกิดจากขนบธรรมเนียม เช่น การลักทรัพย์ของผู้อื่น การผิดสัญญา หรือการทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหาย เหล่านี้เป็นการทำผิดจารีตประเพณีศีลธรรม คนในสังคมก็จะชี้หน้าว่าชั่ว ฉะนั้นจึงมีพลังในทางศีลธรรมคอยบังคับให้คนต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ถึงแม้จะไม่มีตำรวจ ไม่มีศาล ก็มีการบังคับในเชิงสังคม แต่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นแท้ๆ อย่างเช่นกฎหมายจราจร การขับรถซ้ายหรือขวาไม่ผิด 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 เพราะเป็นกระแสธารแห่งประวัติศาสตร์ที่หารอยตะเข็บที่เชื่อมต่อกันได้เพราะตั้งแต่เริ่มแรกในสมัยโบราณมนุษย์ก็อาจเริ่มรู้จักบัญญัติกฎหมายแล้วก็ได้ ในขณะเดียวกันปัจจุบันซึ่งพันยุคกฎหมายประเพณีไปแล้ว ก็มีใช้ว่ากฎหมายประเพณีจะไม่มีปรากฏตัวอยู่เลย และเราก็กังมัวหาคำตอบได้อย่างแน่ชัดว่ากฎหมายประเพณีมีองค์ประกอบอะไรบ้าง อย่างไรก็ตามทฤษฎีกฎหมายสามขั้นก็ช่วยเตือนนักกฎหมายทั้งหลายว่า อย่าพิจารณากฎหมายอย่างง่าย ๆ และกล่าวถึงกฎหมายในลักษณะภาพนิ่งที่ปรากฏตัวอยู่เพียงในยุคใดยุคหนึ่งเท่านั้น นอกจากนั้นการตีความกฎหมายที่ดีก็มีใช้ว่าจะพิจารณาแต่ตัวลายลักษณ์อักษรหรือในการบัญญัติกฎหมายที่ดี ก็มีใช้จะทำได้ตามอำเภอใจ เพราะกฎหมายเป็นระบบของกฎเกณฑ์ความประพฤติของมนุษย์ที่ละเอียดอ่อนและสลับซับซ้อน

2.2.4 ทฤษฎีการล้างมลทิน

2.2.4.1 แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการล้างมลทิน

การล้างมลทินเป็นวิธีการของรัฐสมัยใหม่ที่ใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ปรับปรุงผู้กระทำผิดประกอบการลงโทษผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้ว โดยการลบล้างการกระทำความผิดและโทษให้แก่บุคคลดังกล่าว เพื่อให้บุคคลดังกล่าวสามารถกลับคืนสังคมได้ เพราะการล้างมลทินจะมีผลทำให้ผู้กระทำผิดที่ได้รับการล้างมลทินได้รับสิทธิและความสามารถต่างๆ ที่ผู้กระทำผิดได้สูญเสียไป เนื่องจากการกระทำความผิดและการลงโทษกลับคืนมา นอกจากนั้น การล้างมลทินยังมีผลทำให้ผู้กระทำผิดที่ได้รับการล้างมลทินเปรียบเสมือนบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อนและมีผลทำให้ทะเบียนประวัติอาชญากรของผู้กระทำผิดถูกลบล้างไป¹⁵⁹

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

การล้างมลทินโดยการลบล้างการกระทำความผิดและโทษให้แก่ผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้วมีแนวความคิดมาจากหลักที่ว่าไม่เป็นการยุติธรรมที่ยังคงตัดสิทธิในฐานะพลเมืองแก่บุคคลที่ได้รับโทษชดใช้การกระทำของเขาแล้ว แต่ควรที่จะปฏิบัติต่อเขาเสมือนเขาเป็นผู้กระทำผิดที่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงแล้ว เพื่อให้เขาสามารถกลับมาเป็นสมาชิกใหม่ในสังคมนั้นได้ ดังนั้น เมื่อมีการรับโทษแล้ว เครื่องหมายหรือตราบัพที่เกิดจากการกระทำความผิดก็ควรจะถูกลบล้างไปด้วย¹⁶⁰ เนื่องจากโทษที่จะลงโทษแก่บุคคลใดต้องมีวันสิ้นสุดโดยแท้จริงไม่ควรให้ผลอันเนื่องจากการลงโทษคงเป็นตราบัพหรือรอยมลทินเป็นที่ทนทุกข์แก่เขาตลอดไป¹⁶¹ ดังนั้นการคงไว้ซึ่งตราบัพหรือรอยมลทินแห่งโทษอันเป็นสิ่งกีดขวางจิตใจของผู้พ้นโทษจึงไม่เป็นการปลดปล่อยความทุกข์ของโทษอย่างแท้จริง

2.2.4.2 ความหมายของการล้างมลทิน¹⁶²

การล้างมลทินเป็นการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดที่พ้นโทษแล้วโดยการลบล้างการกระทำความผิดและโทษให้แก่บุคคลดังกล่าว ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า REHABILITATION แต่อย่างไรก็ตามคำว่า REHABILITATION มีความหมายอยู่สองความหมาย คือ

1. ความหมายที่หนึ่ง หมายถึงวิธีการในการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดโดยการฟื้นฟูผู้กระทำผิดในระหว่างที่ผู้กระทำผิดถูกคุมขังอยู่ โดยวิธีการฝึกอบรม ฝึกอาชีพ หรือการให้การศึกษาแก่ผู้กระทำผิด 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 สัญชาติ อุปนันชัย. อ้างแล้ว

¹⁶³ ศิริสา พูลสนอง. เล่มเดิม. หน้า 16.

การนำวิธีการล้างมลทินมาใช้ในการนำการกระทำความผิดและพ้นโทษแล้วกลับคืนสู่สังคม โดยการล้างการกระทำความผิดและโทษให้สามารถกลับเข้ามาใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้เช่นเดียวกับบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน ทั้งนี้ เพราะการล้างมลทินจะมีผลทำให้บุคคลนั้นเปรียบเสมือนบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน สิทธิ และความสามารถใดๆ ที่ผู้กระทำความผิดได้สูญเสียไปอันเนื่องจากการกระทำความผิดหรือการลงโทษผู้กระทำความผิดก็จะได้รับกลับคืนมา และส่งผลดีต่อการกลับคืนสู่สังคมของผู้กระทำความผิดที่ได้รับการล้างมลทิน

2.2.4.4 ประวัติความเป็นมาของการล้างมลทินในประเทศไทย

การล้างมลทินในประเทศไทยเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ.2475 โดยฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายล้างมลทินออกมาคืนสิทธิให้แก่คณะนายทหารที่ทำการคบคิดกันที่จะเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในปี ร.ศ.130 แต่เปลี่ยนแปลงไม่สำเร็จ และต่อมาถูกจับและถูกนำตัวมาลงโทษ แต่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยที่จะไม่เอาโทษแก่บุคคลดังกล่าว เนื่องจากพระองค์ทรงเห็นว่ากรรมกรพิพากษาลงโทษพวกเหล่านี้ชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมายทุกประการแล้ว แต่ความผิดของพวกเหล่านี้มีข้อสำคัญที่จะกระทำร้ายต่อตัวเรา ไม่มีจิตรพยาบาทคาดร้ายแก่พวกนี้ เห็นควรที่จะลดหย่อนผ่อนโทษ โดยถ้อยคำซึ่งเป็นอำนาจของเจ้าแผ่นดินจะยกให้ได้¹⁶⁴

พระราชบัญญัติล้างมลทินผู้กระทำความผิดทางการเมือง ร.ศ.130 พุทธศักราช 2475 ถือได้ว่าเป็นกฎหมายล้างมลทินฉบับแรกของไทยที่ตราขึ้นมาเพื่อที่จะล้างมลทินให้แก่ผู้กระทำความผิดทางการเมืองที่ถูกวางโทษ โดยพระบรมราชวินิจฉัย ลงวันที่ 5 พฤษภาคม ร.ศ.131 เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าพวกนักโทษการเมืองครั้งปี ร.ศ.130 บัดนี้ แม้พ้นพระราชอาชญามาแล้วก็จริงแต่ตามกฎหมายของเรา พวกนี้ไม่ได้รับสิทธิสมบูรณ์ ขึ้นชื่อว่าติดคุกต้องพระราชอาชญาไปแล้ว ด้วยเหตุที่ว่านักโทษที่กล่าวนี้เป็นนักโทษการเมือง คณะกรรมการราษฎรแลเห็นสมควรว่าจะได้รับพระราชทานยกเว้นโทษให้เกลี้ยงเกลาคือสิทธิที่เสียไปทางนั้นขอให้ยกเว้นเสีย¹⁶⁵ ซึ่งกฎหมายล้างมลทินของไทยถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการคืนสิทธิให้แก่ผู้กระทำความผิดโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้ตรากฎหมายล้างมลทินออกมาลบล้างการกระทำความผิดหรือโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดทั้งผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้วและผู้กระทำความผิดที่กำลังรับโทษหรือรับทัณฑ์อยู่ทั้งนี้แล้วแต่ความประสงค์ของพระมหากษัตริย์หรือของรัฐในขณะนั้น เนื่องจากแนวความคิดในการคืนสิทธิให้แก่ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายล้างมลทินของไทยมาจากหลักการอภัยทานความผิดหรือโทษของพระมหากษัตริย์หรือ

¹⁶⁴ สัตยาธิ 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 หมายถึง พุทธศักราช 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 มีอาจลบล้างว่าบุคคลนั้นไม่เคยประพฤติดื้อเสียหรือประพฤติที่ขาดคุณธรรม ดังนั้น การกำหนด ลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือน เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำ พิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญานั้น เมื่อได้รับการล้างมลทินก็จะไม่ถือว่า บุคคลนั้นเคยถูกลงโทษจำคุกมาก่อน แต่ก็ยังถือว่าบุคคลนั้นยังขาดคุณสมบัติอยู่ ตามลักษณะ ต้องห้ามเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีจนเป็นที่รังเกียจของสังคม ซึ่งศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยเป็นแนวทางเดียวกันมาโดยตลอดถือว่า มีผลเพียงให้ถือว่า ผู้ต้องโทษไม่เคยถูกลงโทษจำคุกเท่านั้น มิได้มีผลถึงกับให้ถือว่าความประพฤติหรือการกระทำอัน เป็นเหตุให้บุคคลผู้นั้นถูกลงโทษลบล้างไปด้วย¹⁷⁰ ศาลฎีกาเห็นว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณี ความผิดนั้นๆ ย่อมหมายความว่าผู้ต้องโทษไม่เคยถูกลงโทษเท่านั้น ส่วนความประพฤติหรือ การกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลนั้นต้องโทษหาได้ถูกลบล้างไปด้วยไม่ เพราะความประพฤติหรือการ

¹⁶⁷ พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมี 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 หาได้มีผลเป็นการลบล้างการกระทำผิดวินัยตามความเป็นจริงที่ได้กระทำให้หมดสิ้นไปด้วยไม่¹⁷⁴ 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