

วิเคราะห์กฎหมายภายในประเทศไทยที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการ

การวิเคราะห์กฎหมายในบทนี้จะทำการวิเคราะห์ว่ากฎหมายไทยโดยเฉพาะกฎหมายที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการนั้นมีความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้ทำการศึกษามาหรือไม่ ส่วนกฎหมายที่จะนำมาศึกษานั้นจะแบ่งเป็น 2 ประเภท ก็คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญประเภทหนึ่งโดยจะวิเคราะห์จากคำวินิจฉัยของศาล และกฎหมายทั่วไปอีกประเภทหนึ่ง โดยในส่วนของกฎหมายทั่วไปนั้นจะนำพระราชบัญญัติเฉพาะที่เกี่ยวกับการประกอบอาชีพเท่านั้นมาใช้ในการวิเคราะห์ รวมไปถึงร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลพ.ศ. ของกระทรวงยุติธรรมด้วย อย่างไรก็ตาม ในส่วนแรกจะเริ่มต้นด้วยการสรุปหลักการเลือกปฏิบัติเท่าที่ได้ศึกษามาจากกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์กฎหมายไทยและเสนอข้อเสนอนี้ต่อไป

1. สรุปเกณฑ์การเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายเพราะเหตุความพิการ

ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายคือ มีการปฏิบัติต่อบุคคลสองฝ่ายโดยปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งในทางเสียเปรียบอย่างไม่เหมาะสมตามที่เขาคควรจะได้รับโดยอ้างเหตุ หรือมีเหตุแห่งความแตกต่างที่กฎหมายไม่ยอมรับ ในขณะที่ปฏิบัติต่อบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งมีสถานการณ์ที่เหมือนกันในทางที่ได้เปรียบกว่า

ซึ่งจากที่ศึกษามานั้นได้สรุปเกณฑ์แห่งการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายได้เป็น 2 เกณฑ์ใหญ่ ๆ คือ

1) มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอีก 3 ประการคือ

1.1 พิจารณาการปฏิบัติที่แตกต่าง ว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกันหรือไม่ ซึ่งแน่นอนว่าต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย

1.2 พิจารณาสถานการณ์ จะพิจารณาเพียงว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่สถานการณ์ที่นำมาพิจารณานั้นต้องเป็นสถานการณ์ที่ไม่แตกต่างกันด้วย

1.3 พิจารณาถึงการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม กล่าวง่าย ๆ คือ การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นต้องไม่เกิดจากความลำเอียง หรือเป็นมาตรการตามอำเภอใจ

2) การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้นอยู่บนเหตุแห่งความแตกต่างที่กฎหมายห้ามไว้ เช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 30 วรรคสาม ได้กำหนดเหตุไว้ 13 เหตุ ได้แก่ ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ดังนั้นหากมีการเลือกปฏิบัติแต่เหตุแห่งการเลือกปฏิบัตินั้นไม่ได้เป็นเหตุที่กฎหมายกำหนด เช่น สัญชาติ ถ้ามีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความแตกต่างด้านสัญชาติ ก็ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพราะเหตุสัญชาติ ไม่ได้เป็นเหตุที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

เหตุความพิการเป็นเหตุหนึ่งที่ถูกหมายระหว่างประเทศยอมรับว่า ไม่สามารถเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการได้ แม้ว่าในอนุสัญญาหรือกติการะหว่างประเทศจะไม่ได้กำหนดเหตุความพิการไว้อย่างแน่นอน แต่แนวทางที่คณะกรรมการของอนุสัญญาหรือกติการะหว่างประเทศฉบับนั้น ๆ ดีความก็ได้รวมเอาเหตุความพิการเป็นเหตุหนึ่งด้วยเสมอ โดยเฉพาะเมื่อมีการร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองและการสนับสนุนสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้พิการขึ้นมาด้วยแล้ว ยิ่งแสดงให้เห็นถึงความตระหนักในปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ หรือการประกาศปีคนพิการสากลของสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1981 และทศวรรษคนพิการในปี ค.ศ. 1983-1992 นำมาสู่การตีความขยายความคุ้มครองในอนุสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับมนุษยชนให้คุ้มครองคนพิการ โดยการให้ช่องว่างจากการกำหนดคำว่า “สถานะอื่น ๆ” ให้รวมถึงความพิการด้วย ซึ่งการกำหนดขอบเขตของความพิการนั้นกฎหมายระหว่างประเทศจะกำหนดไว้กว้าง ๆ โดยเปิดโอกาสให้แต่ละรัฐสามารถกำหนดขอบเขตของความพิการที่จะได้รับความคุ้มครองขึ้นเองได้ ที่สำคัญประการหนึ่งคือ การให้ความสนใจกับแนวคิดแบบโมเดลทางสังคมในการให้ความหมายหรือขอบเขตของคนพิการที่จะได้รับความคุ้มครอง

2. วิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองอันเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม

การวิเคราะห์กฎหมายรัฐธรรมนูญตามมาตรา 30 วรรคสามว่ามีความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ สามารถทำได้โดยการศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลที่มีการอ้างมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญนี้ ไม่ว่าจะเป็นคดีที่ขึ้นศาลรัฐธรรมนูญเอง หรือศาลปกครองก็ตาม ซึ่งในการวิเคราะห์ครั้งนี้จะอาศัยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 และ 44/2545 และ

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง ที่ 816/2546 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 ซึ่งมีคู่กรณีฝ่ายปัจเจกชนคนเดียวกันคือ นายศิริมิตร บุญมูล และนางสาวบุญจติ กลับประสิทธิ์ (เฉพาะในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่16/2545) โดยจะสรุปสาระสำคัญแห่งคดีก่อน จากนั้นจะวิเคราะห์โดยนำหลักเกณฑ์ที่สังเคราะห์จากกฎหมายระหว่างประเทศมาเทียบ

2.1 สรุปสาระสำคัญแห่งคดี

ดังที่กล่าวไว้แล้วว่าจะใช้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 และ44/2545 และคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 816/2546 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 142/2547 ซึ่งมีสาระสำคัญแห่งคดีดังต่อไปนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545

เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26(10) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยได้ขอให้ศาลวินิจฉัยในประเด็นดังนี้

1. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26(10) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่

2. การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.)และคณะอนุกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 43 ประจำปี 2542 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่

ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า นายศิริมิตร บุญมูล อายุ 32 ปี อาชีพทนายความ และนางสาวบุญจติ กลับประสิทธิ์ อายุ 30 ปี อาชีพทนายความ ได้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเข้ารับราชการ

¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26

“ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการศึกษาพิเศษเพื่อบรรจุ เป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้...

(10) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการหรือเป็นโรค ที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต.”

เป็นข้าราชการตุลาการ ในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา โดยเข้าตรวจร่างกายและจิตใจ ที่โรงพยาบาล จุฬาลงกรณ์ กับคณะกรรมการแพทย์ตามที่คณะกรรมการตุลาการกำหนด คณะกรรมการแพทย์ได้ รายงานว่า นายศิริมิตร บุญมูล เป็นโพลิโอ ส่วนนางบุญจติ กลับประสิทธิ์ กระดูกสันหลังคดงอมาก เดินเองได้เฉพาะใกล้ ๆ เนื่องจากเป็นโพลิโอเมื่ออายุ 3 ปี ดังนั้นคณะอนุกรรมการตรวจสอบ คุณสมบัติ ของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา จึงเห็นว่าผู้สมัครทั้งสองมีร่างกายไม่เหมาะสม เห็นสมควรไม่รับสมัคร ซึ่งต่อมาคณะกรรมการตุลาการก็เห็นชอบด้วย ผู้สมัครทั้งสองจึงขอความเป็นธรรมต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเพื่อขอให้ เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลพิจารณาโดยมีเหตุผลว่า การรับสมัครสอบคัดเลือกนอกจากจะพิจารณาถึง ความรู้ ความสามารถแล้ว ยังต้องพิจารณาสุขภาพของร่างกาย และจิตใจว่ามีความสมบูรณ์ สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และมีบุคลิกลักษณะที่ตีพอที่จะเป็นผู้พิพากษา ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติ โดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ การปฏิบัติหน้าที่ของ ผู้พิพากษามีใช่เพียงแต่ พิจารณาพิพากษารรคดีในห้องพิจารณาเท่านั้น บางครั้งต้องเดินทางไปนอกศาล ปฏิบัติหน้าที่ เช่น เพื่อเดินเผชิญสืบ เพื่อสืบพยานที่มาศาลไม่ได้ การพิจารณาเพื่อรับสมัครสอบ คัดเลือกเพื่อ บรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา จึงมีมาตรการ ที่แตกต่าง และเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น มิได้ และ วรรคสอง บัญญัติรับรองไว้ว่า กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมาย ให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้อง ระบุบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ซึ่งบทบัญญัติวรรคหนึ่ง และวรรคสองให้นำมาใช้ บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมายด้วย โดยอนุโลม ดังนั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26(10) เป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 29 ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการ ทั่วไปและไม่มุ่งหมาย ให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างใด

สำหรับประเด็นที่ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของ ก.ต. และคณะกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 43 ประจำปี 2542 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่นั้น พิจารณาแล้ว เห็นว่า เป็นการขอให้วินิจฉัยการปฏิบัติหน้าที่ของ ก.ต. และคณะกรรมการดังกล่าว ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจ จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545

เรื่อง ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของคู่ความ (ระหว่างนายศิริมิตร บุญมูล ผู้ฟ้องคดีกับคณะกรรมการอัยการ ผู้ถูกฟ้องคดี) ในหมายเลขคดีดำที่ 4119/2544 ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33(11)² มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยขอให้ศาลวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33(11) มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 30 หรือไม่

ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า นายศิริมิตร บุญมูล ผู้ฟ้องคดี อายุ 33 ปี อาชีพทนายความ ได้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อ บรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ประจำปี 2544 เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2544 ได้ลำดับหมายเลขสมัครที่ 1279/2544 เมื่อคณะกรรมการอัยการ ผู้ถูกฟ้องคดี ประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสอบ ปรากฏว่าไม่มีชื่อผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นหนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อขอทราบเหตุผลที่ไม่ได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้มีคุณสมบัติในการสอบคัดเลือกดังกล่าว ตามหนังสือลงวันที่ 9 สิงหาคม 2544 คณะกรรมการอัยการชี้แจงว่า คณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกดังกล่าว ได้รับรายงานผลการตรวจร่างกายจากคณะกรรมการแพทย์ว่า ผู้ฟ้องคดีมีรูปร่างพิการ เดินขาจะเข้ ก้นกล้ามเนื้อแขนลีบจนถึงปลายมือทั้งสองข้าง กล้ามเนื้อขาลีบจนถึงปลายเท้าทั้งสองข้าง กระดูกสันหลังคด ได้รับการผ่าตัดตามหลักที่กระดูกสันหลังไว้เพื่อให้ไหล่ทั้งสองข้างเท่ากัน จึงมีมติไม่รับสมัคร เนื่องจากเป็นผู้มีบุคลิกภาพ และ

² พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 " ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วยต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้...

(11) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือจิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในกฎกระทรวง"

ร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องคณะกรรมการอัยการต่อศาลปกครองเป็นคดีหมายเลขดำที่ 4119/2544 ขอให้พิพากษา ดังนี้

1. บทบัญญัติมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และคำสั่งของคณะกรรมการอัยการที่ตัดสินโทษผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ประจำปี พ.ศ. 2544 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30

2. ให้คณะกรรมการอัยการมีมติเปิดให้ผู้ฟ้องคดีสอบทดแทนการตัดสินโทษ ในครั้งที่ผ่านมาเป็นกรณีพิเศษ

ศาลพิจารณาดำเนินการแล้วให้เหตุผลว่า ในการที่หน่วยงานใดจะรับบุคคลเข้าทำหน้าที่ในตำแหน่งใด ย่อมต้องพิจารณาถึงความรู้ ความสามารถ ความเหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่นั้นด้วย สำหรับกรณีตามคำร้อง เป็นเรื่องที่นายศิริมิตร บุญมูล ซึ่งมีอาชีพทนายความ สมัครสอบคัดเลือกบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย หากสอบคัดเลือกได้ก็จะมี การขอให้มีการบรรจุของกรมราชองการ โปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งเป็นข้าราชการอัยการต่อไป ซึ่งการรับสมัคร สอบคัดเลือกนอกจากจะพิจารณาถึง ความรู้ ความสามารถแล้ว ยังต้องพิจารณาสุขภาพของ ร่างกายและจิตใจว่ามีความสมบูรณ์ สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และมีบุคลิกลักษณะที่ดีพอที่จะเป็น ข้าราชการอัยการ การปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการอัยการมิใช่เพียงปฏิบัติหน้าที่ในห้องพิจารณาคดี หรือในสำนักงานเท่านั้น บางครั้งต้องเดินทางไปปฏิบัติหน้าที่นอกสำนักงาน เช่น เพื่อเดินเผชิญสืบ เพื่อสืบพยานที่ไม่อาจมาศาลได้ การร่วมชั้นสุรพลิกศพกับพนักงานสอบสวน การออกไปเผยแพร่ ความรู้ทางกฎหมายแก่ประชาชนในชนบท เป็นต้น การพิจารณาเพื่อรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อ บรรจุเป็นข้าราชการอัยการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย จึงมี มาตรการที่แตกต่าง และเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรค หนึ่ง บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ รับรองไว้จะ กระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญ นี้ กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น มิได้ และวรรคสอง บัญญัติรับรองไว้ว่า กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมาย ให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้อง ระบุบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ซึ่งบทบัญญัติวรรคหนึ่ง และวรรคสองให้นำมาใช้ บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง

กฎหมายด้วย โดยอนุโลม ดังนั้นจึงเห็นว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) ดังกล่าวเป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนุญ มาตรา 29 ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนุญ มาตรา 30 แต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลปกครอง ที่ 816/2546

คดีนี้เป็นคดีที่นายศิริมิตร บุญมูล ฟ้องโต้แย้งมติของคณะกรรมการอัยการ (ก.อ.) ที่มีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลพิพากษาให้

ก. บทบัญญัติมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ตัดสิทธิสอบผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 ไม่ชอบด้วยบทบัญญัติมาตรา 30 ของรัฐธรรมนุญ

ข. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติเปิดให้ผู้ฟ้องคดีสอบทดแทนการตัดสิทธิในครั้งที่ผ่านมาเป็นกรณีพิเศษ

ศาลปกครองกลางพิพากษาว่า "... การที่ผู้ฟ้องคดีมีรูปกายพิการตามรายงานผลการตรวจร่างกายของคณะอนุกรรมการแพทย์ดังกล่าว จึงเป็นความแตกต่างที่ถึงขั้นเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการที่จะปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของพนักงานอัยการได้เมื่อเทียบกับบุคคลปกติทั่วไป การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (ก.อ.) เห็นชอบตามความเห็นของคณะอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกกว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสภาพร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการตามมาตรา 33 (11) และ (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นการพิจารณาตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด และเป็นการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นธรรมและชอบด้วยเหตุผล ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีในการสอบอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 จึงชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่มีเหตุที่ศาลจะมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติเปิดให้ผู้ฟ้องคดีสอบทดแทนการถูกตัดสิทธิในครั้งที่ผ่านมาเป็นกรณีพิเศษ พิพากษายกฟ้อง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.142/2547

นายศิริมิตร บุญมูล ได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองกลาง ที่ 816/2546 ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า "...คณะอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีขาดคุณสมบัติตามมาตรา 33 (11) และ (12) แห่ง

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 นั้น โดยที่ความเห็นของคณะกรรมการแพทย์ฯ และคณะอนุกรรมการพิจารณาคณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกฯ เป็นเพียงความเห็นเบื้องต้นที่เสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยมีได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วย มาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2544 ในส่วนที่มีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย พ.ศ. 2544

2.2 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการวินิจฉัย โดยเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ

ในการวิเคราะห์นี้ผู้เขียนไม่ได้ต้องการจะวิเคราะห์ว่าคำวินิจฉัยของศาลนั้น ชอบธรรมตามกฎหมายหรือไม่ แต่จะวิเคราะห์ว่าการให้เหตุผลของศาลซึ่งถือว่านำมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยนั้นมีความสอดคล้องกับทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งความสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องนั้นย่อมไม่ทำให้คำวินิจฉัยของศาลขาดความชอบธรรมแต่อย่างใด

จากการศึกษาพบว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 ,44/2545 และคำพิพากษาศาลปกครองที่ 816/2546 มีการให้เหตุผลในคำตัดสินที่คล้ายกันและผลของคำตัดสินที่ออกมาก็เหมือนกันคือ ไม่ถือว่ามี การเลือกปฏิบัติ ในขณะที่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 142/2547 แตกต่างออกไป กล่าวคือ มีการให้เหตุผลในประเด็นเดียวกันแต่ให้เหตุผลต่างกัน ผลจากคำพิพากษานั้นจึงออกมาแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ในแต่ละคำตัดสินก็มีการนำหลักเกณฑ์มาพิจารณาที่คล้ายกันซึ่งวิเคราะห์เทียบกับเกณฑ์ที่สังเคราะห์ได้จากกฎหมายระหว่างประเทศแล้วมีข้อสังเกตดังนี้

1. ประเด็นที่มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันหรือไม่ หากพิจารณาจากคำวินิจฉัยในแต่ละคดีแล้วจะพบว่า ศาลต่างก็ยอมรับว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกันอยู่ระหว่างบุคคลทั่วไปกับ

นายศิริมิตร บุญมูล (และนางสาวบุญจติ กลับประสิทธิ์ ในคำวินิจฉัยที่ 16/2545) เนื่องจากมีข้อเท็จจริงขึ้นมาสู่ศาลว่านายศิริมิตร บุญมูล ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไปเนื่องจาก การที่ตนเองมีสภาพร่างกายที่พิการเป็นโพลิโอ ซึ่งศาลไม่ได้ให้เหตุผลปฏิเสธเลยว่านายศิริมิตร บุญมูล นั้นไม่ได้ถูกปฏิบัติอย่างแตกต่างกับบุคคลทั่วไปที่เข้ารับการสมัครสอบในตำแหน่งเดียวกัน เท่ากับเป็นการยอมรับว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกันจริง

2. ประเด็นว่ามีสถานการณ์อันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกันหรือไม่ หากมี สถานการณ์แตกต่างกันย่อมสามารถเกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ ประเด็นนี้มีความแตกต่างกัน ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง กับศาลปกครองสูงสุด โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผล ว่าการสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อบรรจุแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา หรือพนักงานอัยการนั้น ต้องมีมาตรการที่แตกต่าง และเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งอื่น ถือเป็น การวิเคราะห์ว่าลักษณะงานของพนักงานอัยการหรือผู้พิพากษา เป็นสถานการณ์ที่แตกต่างอันเป็น สาระสำคัญที่ทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างได้ ซึ่งเหตุผลนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นไปได้ที่ลักษณะของ การทำงานจะถือเป็นสถานการณ์ที่แตกต่างอันเป็นสาระสำคัญ แต่ในกรณีนี้ งานด้านอัยการ และ ผู้พิพากษาจะถือเป็นสถานการณ์ที่แตกต่างอันเป็นสาระสำคัญและนำไปสู่การเลือกปฏิบัติได้ หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะของงานไม่ถือเป็นความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญ สิ่งที่เป็น สาระสำคัญน่าจะอยู่ที่ความสามารถในการปฏิบัติงานมากกว่า

ในกรณีของศาลปกครองตีความว่า "...การที่ผู้ฟ้องคดีมีรูปร่างพิการตามรายงานผล การตรวจร่างกายของคณะกรรมการแพทย์ดังกล่าว จึงเป็นความแตกต่างที่ถึงขั้นเป็นอุปสรรคอย่าง มากต่อการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการได้ เมื่อเทียบกับบุคคลทั่วไป" เหตุผลของศาลปกครอง เหมือนกับศาลรัฐธรรมนูญที่ว่ามีสถานการณ์ที่แตกต่างกัน แต่ศาลปกครองให้เหตุผลว่าการมีรูป กายพิการถือเป็นสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ไม่ใช่ลักษณะของงานเหมือนเหตุผลของศาล รัฐธรรมนูญ ซึ่งเหตุผลนี้ผู้เขียนเห็นว่าจะไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง เนื่องจากในรัฐธรรมนูญกำหนดให้ความ แตกต่างเรื่องสภาพทางกายไม่ถือเป็นความแตกต่างด้วยซ้ำ ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. นิ้วด้วนทั้ง 10 นิ้ว แต่มาสมัครเป็นพนักงานพิมพ์ดีด ทางบริษัทจึงไม่รับนาย ก. เข้าทำงานไม่ใช่เพราะเห็นว่านาย ก. มีความแตกต่างจากบุคคลอื่น (อันนำไปสู่การเลือกปฏิบัติ) แต่เป็นเพราะนาย ก. ไม่มี ความสามารถต่อตำแหน่งงานนั่นเอง (ซึ่งต้องมีการพิสูจน์หรือทดสอบความสามารถก่อนที่จะมี การตัดสินใจด้วย) เป็นต้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไม่ให้อธิบายสภาพทางกายเป็นสถานการณ์ที่ แตกต่างที่สามารถจะเลือกปฏิบัติได้

ส่วนคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดให้เหตุผลว่า "...แม้สภาพทางกายของผู้ฟ้องคดี จะพิการ แต่ความแตกต่างดังกล่าวไม่ถึงขั้นจะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ใน ลักษณะงานของอัยการ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อ บรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยดังกล่าว...การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ ฟ้องคดี โดยมีได้พิจารณาความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผล หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าว จะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงาน ในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร..." การให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดในประเด็น เดียวกันกับศาลปกครองกลาง แต่แตกต่างจากศาลปกครองกลาง ถึงขั้นที่ทำให้ผลการวินิจฉัยคดี แตกต่างออกไป กล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกายจะไม่ถึง ขั้นเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ จนกว่าจะมีการพิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริง ซึ่งศาล ปกครองสูงสุดเห็นว่าสิ่งที่เป็นสาระสำคัญคือ ความสามารถในการปฏิบัติงาน ดังนั้นหากผู้ฟ้องคดี สามารถพิสูจน์การปฏิบัติงานได้ ก็ถือว่ามีสาระสำคัญเหมือนกันจะปฏิบัติให้แตกต่างกันไม่ได้ แต่ หากผู้ฟ้องคดีไม่สามารถปฏิบัติงานได้จริงก็สามารถปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ ทั้งนี้ทั้งนั้น จะต้องมี การพิสูจน์ความสามารถก่อนที่จะมีการตัดสินใจ

แม้ว่าศาลปกครองสูงสุดสามารถให้เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยได้สอดคล้องกับความเสมอภาค แต่ผู้เขียนเห็นว่า การมีทัศนคติต่อคนพิการว่ามีความแตกต่าง (แต่จะเป็นสาระสำคัญหรือไม่ ก็เป็น อีกเรื่องหนึ่ง) นั้นไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้อง หากแต่ต้องมองว่าความพิการนั้นไม่ถือเป็นความแตกต่างอันจะ นำมาเลือกปฏิบัติได้เลย ดังตัวอย่างที่ยกไว้แล้วก่อนหน้านี้ ส่วนการพิจารณาถึงสถานการณ์ว่ามี สถานการณ์ที่เป็นสาระสำคัญเดียวกันหรือไม่นั้น ไม่ได้มองจากความพิการมากหรือน้อย แต่มอง จากสภาวะแห่งสถานการณ์นั้น เช่น นาย ข. พิกัดต้องนั่งรถเข็น และพักอาศัยอยู่แถวลาดพร้าว แต่ไปสมัครงานที่นครปฐม ซึ่งต้องให้ระยะเวลาในการเดินทางนานทำให้มีโอกาสมาทางานสาย บริษัทจึงเลือกนาย ค.ซึ่งมีบ้านอยู่ใกล้ที่ทำงานมากกว่า (ทั้งคู่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ดีเหมือนกัน) ไม่ใช่เพราะนาย ข. พิกัด แต่เป็นเพราะสถานการณ์ของนาย ข. กับนาย ค. แตกต่างกันใน สาระสำคัญ ซึ่งในที่นี้คือ ระยะทางจากบ้านมาที่ทำงาน เป็นต้น

3. ประเด็นการพิสูจน์ภาวะวิสัยและความเหมาะสม กล่าวคือ หากพิจารณาแล้ว ปรากฏว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่าง และมีสถานการณ์อันเป็นสาระสำคัญเดียวกันแล้ว จะต้อง พิจารณาต่อไปอีกว่าการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นมีการพิสูจน์ภาวะวิสัยคือ พิสูจน์ได้ว่าการปฏิบัติ นั้น ไม่ได้เกิดจากความลำเอียง หรือความมีอคติ และการปฏิบัติดังกล่าวนี้เป็นไปอย่างได้สัดส่วนกับ ความมุ่งหมายแห่งกฎหมายซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป หากวิเคราะห์จากคำวินิจฉัยศาล

รัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครองแล้วจะพบว่ายังไม่ได้มีการให้ความสำคัญแก่การพิสูจน์ความมีภาวะวิสัยและความเหมาะสมแห่งการปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดมีการให้เหตุผลว่า สิ่งสำคัญของการคัดเลือกบุคคลเพื่อเข้ารับราชการอัยการอยู่ที่ความสามารถในการปฏิบัติงานในหน้าที่ไม่ได้อยู่ที่ลักษณะทางกายภาพของร่างกายเป็นสำคัญก็น่าจะถือได้ว่าเป็นเหตุผลที่มีความเป็นภาวะวิสัย กล่าวคือ ไม่มีความลำเอียงและอคติต่อคนพิการ เมื่อเทียบกับเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองกลางที่เห็นว่าการมีลักษณะทางกายภาพไม่สมประกอบเป็นสิ่งสำคัญของการรับคัดเลือกเพื่อเข้ารับราชการในตำแหน่งผู้พิพากษาหรืออัยการ โดยมีเหตุผลว่าการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรืออัยการนั้นเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติและเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ จึงควรมีสภาพร่างกายที่ดี ซึ่งแสดงให้เห็นได้ถึงกรมืออคติต่อคนพิการ

นอกจากนี้ประเด็นเรื่องการพิสูจน์ความเหมาะสมตามกฎหมาย แม้ในคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาจะไม่ได้มีการกล่าวถึงความมุ่งหมายแห่งกฎหมายเพื่อพิจารณาว่า การกระทำนั้นมีความเหมาะสมกับความมุ่งหมายแห่งกฎหมายหรือไม่ แต่ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 ความตอนหนึ่งว่า "...บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26(10) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ..." และในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545 ความตอนหนึ่งว่า "...บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33(11) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายอัยการ..." ซึ่งคล้ายกับว่ามีการพิสูจน์ถึงความเหมาะสมตามกฎหมายแล้ว โดยมีเหตุผลว่าการมีคุณลักษณะทางกายที่ไม่เหมาะสม ไม่สมควรได้รับการคัดเลือกเข้าดำรงตำแหน่งโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ ซึ่งหากการบัญญัติคำว่า "มีกายไม่เหมาะสม" อันเป็นถ้อยคำที่ไม่มีความชัดเจนอยู่ในตัวเอง แต่ต้องอาศัยการตีความ เป็นความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ ก็ถือว่ากฎหมายให้เปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางเกินขอบเขตซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างสำคัญจากการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งประเด็นการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในประเทศเยอรมัน ถือว่าเป็นเรื่องของการประเมินข้อเท็จจริงให้เข้ากับองค์ประกอบของกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้ศาลเข้าไปตรวจสอบการประเมินข้อเท็จจริงของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ว่าการ

ประเมินข้อเท็จจริงโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่³ แนวคิดนี้อาจเป็นส่วนหนึ่งของการพิสูจน์ความเหมาะสมตามกฎหมายได้ หากว่าการใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการประเมินข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับถ้อยคำที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงนั้น สามารถควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ เมื่อมีคำวินิจฉัยจากองค์กรตุลาการแล้วก็อาจถือว่าคำวินิจฉัยนั้นเป็นการพิสูจน์ความเหมาะสมก็ได้

สรุป หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยถึงการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการนั้น ยังไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศอย่างชัดเจนเท่าใดนัก อันที่จริงแล้วผู้เขียนเห็นว่าศาลไม่ได้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวินิจฉัยประเด็นการเลือกปฏิบัติเลยด้วยซ้ำ แต่ศาลใช้มาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเรื่องของข้อยกเว้นให้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ และก็มีคำพิพากษาวินิจฉัยเกี่ยวกับการอ้างมาตรา 29 ว่าไม่ครบตามหลักเกณฑ์ด้วย ซึ่งผู้เขียนจะไม่ขอกล่าวถึงในที่นี้ แต่ประการหนึ่งก็คือการยกมาตรา 29 นั้นไม่ได้เป็นการตอบคำถามว่ามีการเลือกปฏิบัติหรือไม่ แต่อย่างใด ดังนั้น ในเมื่อพอที่จะสามารถหาหลักเกณฑ์จากกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติได้บ้าง ก็น่าจะเป็นเรื่องที่ควรให้ความใส่ใจกันมากขึ้นต่อไป

3. วิเคราะห์พระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ

การวิเคราะห์ถึงพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการในประเทศไทย นั้น ปรากฏว่ายังไม่มีพระราชบัญญัติฉบับใดที่ให้ความคุ้มครองเรื่องการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ โดยเฉพาะ ดังนั้น จึงอาจวิเคราะห์จากพระราชบัญญัติที่มีอยู่ว่ามีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือนำไปสู่การเลือกปฏิบัติต่อคนพิการบ้างหรือไม่ ซึ่งคงจะต้องใช้การวิเคราะห์ในถ้อยคำซึ่งบัญญัติในพระราชบัญญัติแต่ละฉบับ ไม่ได้นำคำพิพากษามาใช้ในการวิเคราะห์อย่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งพระราชบัญญัติที่จะนำมาใช้ในการศึกษามีดังนี้

1. พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2479 มาตรา 13 “บุคคลดังต่อไปนี้ ยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารประจำการคือ...

(2) คนพิการทุพพลภาพ ซึ่งไม่สามารถเป็นทหารได้...”

³ “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครอง: กรณีสิทธิในการสมัครสอบ โดย ผศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ”, <http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?PublawIDs=813>

2. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. 2518 มาตรา 24 “ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญ ต้องมีคุณสมบัติทั่วไปดังต่อไปนี้...

(5) ไม่เป็นผู้มีกายทุพพลภาพจนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ไร้ความสามารถ จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือเป็นโรคตามที่กำหนดในกฎ ก.ร. ...”

3. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 “ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้...

(11) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในกฎกระทรวง และ...”

4. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 มาตรา 23 “ผู้ซึ่งจะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการครูได้ ต้องมีคุณสมบัติทั่วไป ดังต่อไปนี้...

(5) ไม่เป็นผู้มีกายทุพพลภาพจนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ไร้ความสามารถ หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือเป็นโรคตามที่กำหนดในกฎ ก.ค. ...”

5. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 9 “ผู้ซึ่งจะได้รับแต่งตั้งเป็นข้าราชการการเมืองตำแหน่งอื่น นอกจากตำแหน่งรัฐมนตรี ต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้...

(4) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ ไม่เป็นผู้มีกายทุพพลภาพจนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือมีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือเป็นโรคตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา...”

6. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 30 “ผู้ที่เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องมีคุณสมบัติทั่วไปดังต่อไปนี้...

(5) ไม่เป็นผู้มีกายทุพพลภาพจนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ไร้ความสามารถ หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือเป็นโรคตามที่กำหนดในกฎ ก.พ. ...”

7. พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 11 “กรรมการบริหารศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 10(3) ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้...

(5) ไม่เป็นผู้มีกายทุพพลภาพจนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ไร้ความสามารถหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือเป็นโรคติดต่อร้ายแรง...”

8. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 "ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการศึกษาเพื่ออบรม เป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้...

(10) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการหรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต. และ..."

จากกฎหมายที่ยกมานั้น เห็นได้ว่าการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิได้งานทำโดยข้อหนึ่งในนั้นจะเป็นเรื่องการมีกายพิการ ทพพลภาพ จิตใจไม่เหมาะสม ไม่สมประกอบ ซึ่งแต่ละคำล้วนสื่อถึงคนพิการได้ทั้งสิ้น ซึ่งผู้พิจารณาวินิจฉัยว่าความพิการประเภทใดบ้างที่ถือว่าไม่เหมาะสมก็มักจะเป็นคณะกรรมการจากหน่วยงานนั้น ๆ เอง ปัญหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการที่เกิดขึ้นคือ การวินิจฉัยอย่างไม่เป็นธรรมระหว่างความพิการกับลักษณะงานที่ต้องปฏิบัติ กล่าวคือ แม้ความพิการจะมีลักษณะที่ไม่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานแต่ก็สามารถถูกพิจารณาให้เป็นความพิการที่ไม่เหมาะสมได้ อย่างที่ได้เกิดขึ้นแล้วในคดีที่ศึกษามาก่อนหน้านี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้เป็นปัญหาในส่วนของการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยว่าความพิการนั้น ๆ เป็นความพิการที่เป็นอุปสรรคและไม่เหมาะสมต่อการปฏิบัติงานจริงหรือไม่ ซึ่งแนวทางหนึ่งในการแก้ไข หรือบรรเทาปัญหานี้ได้คือ ให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่นั้นสามารถควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ

ในส่วนของผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 ได้กำหนดให้เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติทั้ง 13 เหตุนั้นไม่ถือเป็นความแตกต่าง ดังนั้นจะอ้างเหตุเหล่านี้ว่าเป็นความแตกต่างอันนำไปสู่การเลือกปฏิบัติไม่ได้ กล่าวคือ การที่กฎหมายใดจะกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครหรือผู้มีสิทธิเข้าทำงานที่เกี่ยวข้องกับสภาพทางกายหรือสุขภาพ เพศ ภาษา ศาสนา เชื้อชาติ ฯลฯ อันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ได้ทั้งสิ้น ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าพระราชบัญญัติที่ยกมาทั้ง 8 ฉบับนี้ ล้วนแต่ขัดกับรัฐธรรมนูญมาตรา 30 ทั้งสิ้น เพราะมีลักษณะของการเปิดโอกาสให้มีการเลือกปฏิบัติในเหตุที่รัฐธรรมนูญห้ามไว้ได้

4. วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล

เนื่องในโอกาสครบรอบ 50 ปีของการมีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงได้มีการตั้งคณะกรรมการโดยมีนายอนันต์ ปัญญารชุน เป็นประธานกรรมการเพื่อดำเนินการพัฒนา

สิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ในการนี้จึงได้มอบหมายให้ท่านเจริญ ภักดีธนากุล เป็นผู้ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลขึ้น โดยมีความตระหนักว่าในทางปฏิบัติยังคงมีการเลือกปฏิบัติในลักษณะต่าง ๆ อยู่ ทั้งที่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติไว้แล้ว ซึ่งในหลักการและเหตุผลได้แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายฉบับนี้ กล่าวคือ เพื่อกำหนดช่องทางเยียวยา และคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทั้งในระดับรัฐกับเอกชน และเอกชนด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม ภายใต้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งได้มีมติเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2551 เห็นชอบร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังไม่ได้ถูกเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณา และเป็นที่ยังงัดเกล้าว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้มุ่งเน้นที่จะคุ้มครองคนพิการโดยเฉพาะ

การวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลนี้จะแบ่งออกเป็น 2 ประเด็นคือ 1) การกำหนดความหมายและรูปแบบของการเลือกปฏิบัติ และ 2) หลักเกณฑ์การวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติ ซึ่งทั้ง 2 ประเด็นนี้เป็นประเด็นที่ผู้เขียนทำการศึกษามาแล้วข้างต้น

4.1 การกำหนดความหมายและรูปแบบของการเลือกปฏิบัติ

ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคคลนี้ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้ดังนี้

“การเลือกปฏิบัติ หมายความว่า การกระทำการ งดเว้นกระทำการ การออกคำสั่ง กฎระเบียบ หรือการกำหนดแผนปฏิบัติการที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของบุคคลใด ในลักษณะที่แตกต่างไปจากผู้อื่น เพราะเหตุที่บุคคลนั้นมีความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางร่างกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ”

การให้ความหมายของคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ตามร่างพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้การกระทำในหลายรูปแบบอันจะนำไปสู่การเลือกปฏิบัติได้ เช่น การกระทำการ งดเว้นกระทำการ การออกกฎ คำสั่ง ระเบียบ หรือแม้แต่การกำหนดแผนการปฏิบัติอันจะกระทบต่อสิทธิของบุคคลด้วย ซึ่งน่าจะครอบคลุมรูปแบบการเลือกปฏิบัติทางตรงพอสมควรแล้ว ส่วนการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้นไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นพิเศษ เพราะหากสังเกตจาก Directive 2000/78/EC ของสหภาพยุโรปแล้วจะเห็นว่ามีการบัญญัติถึงการเลือกปฏิบัติทางอ้อมไว้อย่างชัดเจนอันเป็นการ

แสดงถึงการยอมรับว่ามีการเลือกปฏิบัติทางอ้อมจริง อีกทั้งการที่ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติให้การกระทำต่าง ๆ ที่กำหนดไว้จำเป็นต้องเป็นไปในลักษณะที่แตกต่างไปจากผู้อื่นแต่ไม่ได้คำนึงถึงผลที่จะเกิด ก็อาจเป็นช่องว่างที่จะทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางอ้อมได้ เช่น การรับสมัครงานซึ่งไม่ได้กำหนดคุณสมบัติห้ามบุคคลพิการไว้ แต่ครั้งวิธีการรับสมัครกลับทำในอาคารชั้นบนที่ไม่มีการอำนวยความสะดวกให้แก่คนพิการที่ต้องนั่งรถเข็น ซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมนั้น หากนายจ้างอ้างว่าไม่ได้มีการกระทำในลักษณะที่แตกต่างไปจากผู้อื่นก็อาจถือได้ว่านายจ้างไม่ได้มีการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นช่องว่างขนาดใหญ่อันจะทำให้ไม่สามารถคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติได้จริง จึงควรมีการแก้ไขโดยการกำหนดลักษณะของการเลือกปฏิบัติทางอ้อมไว้ด้วย

4.2 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติ

ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้กำหนดหลักเกณฑ์การวินิจฉัยไว้ดังนี้

“ในการวินิจฉัยว่าการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใด เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ รวมทั้งการที่ศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ความคุ้มครองตามมาตรา 7 ในลักษณะใด ให้พิเคราะห์ถึงความสุจริตของคู่กรณี ประโยชน์ส่วนรวมของประเทศ ความสมเหตุสมผล ความเหมาะสมและความพอเหมาะพอควรแห่งกรณีตลอดจนพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี”

ในมาตรานี้เป็นการให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีโดยกำหนดแนวทางในการวินิจฉัยให้คำนึงถึงความสุจริตของคู่กรณี ประโยชน์ส่วนรวมของประเทศ ความสมเหตุสมผล ความเหมาะสมและความพอเหมาะพอควรแห่งกรณี และพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี ซึ่งแต่ละประการนั้นล้วนแต่มีลักษณะเป็นนามธรรมทั้งสิ้น ไม่มีหลักการหรือหลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรม ดังนั้น แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จะได้ประกาศใช้บังคับก็อาจไม่สามารถสร้างหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิได้อย่างเต็มที่ เพราะยังคงไม่มีหลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมที่จะช่วยศาลในการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติได้