



ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาต  
ให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย

โดย

นายกิตติชัย จงไกรจักร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2562

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาต  
ให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย

โดย

นายกิตติชัย จงไกรจักร



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2562

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

THE PROBLEM OF OCCUPATIONAL OR BUSINESS LICENSE  
RESTRICTION FOR EX-OFFENDERS IN THE THAI LEGAL SYSTEM

BY

MR. KITTICHAJ JONGKRAJAK



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PUBLIC LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2019

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายกิตติชัย จงไกรจักร

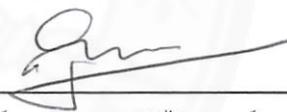
เรื่อง

ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการ  
หรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย

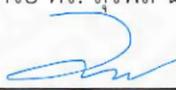
ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตร์มหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 8 ตุลาคม พ.ศ. 2563

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
(ศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

  
(รองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุนพงศ์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
(ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ)

คณบดี

  
(รองศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	“ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย”
ชื่อผู้เขียน	นายกิตติชัย จงไกรจักร
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์
ปีการศึกษา	2562

### บทคัดย่อ

ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดลักษณะต้องห้ามในการขออนุญาตประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคลด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยมีรูปแบบและลักษณะของการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่แตกต่างกันออกไป ทำให้บุคคลที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่สามารถประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพบางอย่างได้ การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพทำให้เกิดปัญหาบางประการต่อตัวผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาและระบบกฎหมายในเรื่องการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ได้แก่ ปัญหาความสอดคล้องกับแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เนื่องจากผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเมื่อพ้นโทษและผ่านระบบการฟื้นฟูของรัฐมาแล้วไม่สามารถกลับคืนสู่สังคมไปประกอบกิจการหรืออาชีพบางประการได้ ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนที่มาตรการในการกำหนดลักษณะต้องห้ามบางลักษณะจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเกินความจำเป็นและก่อให้เกิดความเสียหายต่อเสรีภาพของบุคคลที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญามากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะพึงได้รับ รวมทั้งปัญหาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค เนื่องจากการกำหนดลักษณะต้องห้ามบางลักษณะขาดความสมเหตุสมผลทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และการกำหนดลักษณะต้องห้ามของกฎหมายฉบับต่าง ๆ มีความแตกต่างกันออกไปจนยากได้เป็นหลายกลุ่มทำให้เกิดผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกันขาดความเป็นเอกภาพจึงไม่มีความเสมอภาคกันในระบบกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนด

ลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา วิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนจึงมุ่งนำเสนอปัญหา การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ว่ามีความสอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักการจำกัดเสรีภาพ ในการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพ และหลักความเสมอภาคหรือไม่ รวมทั้งค้นหา แนวทางการแก้ปัญหาว่าการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพสามารถทำได้แค่ไหนเพียงใด จึงจะทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างความเสียหายของ บุคคลในการขาดโอกาสในทางเศรษฐกิจกับประโยชน์สาธารณะในการรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน และความเป็นระเบียบของการดำเนินกิจการ หรืออาชีพ

**คำสำคัญ:** ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา, เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ, ความเสมอภาค

Thesis Title	THE PROBLEM OF OCCUPATIONAL OR BUSINESS LICENSE RESTRICTION FOR EX-OFFENDERS IN THE THAI LEGAL SYSTEM
Author	Mr. Kittichai Jongkrajak
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Public Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Torpong Kittiyapunong, Ph.D.
Academic Year	2019

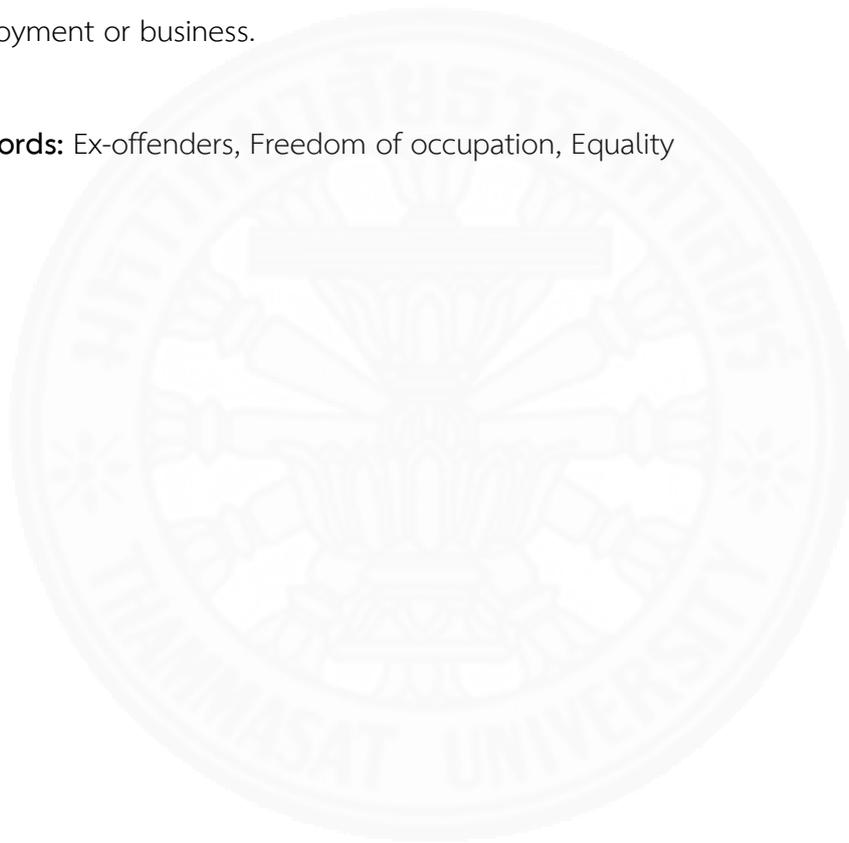
## ABSTRACT

The problem of occupational or business license restriction for ex-offenders in the Thai legal system related to regulations setting various conditions prohibiting ex-offenders from obtaining occupational or business licenses. Such prohibited provisions impact the Thai legal system and also cause problems for ex-offenders, who suffer from difficulties as they are banned from receiving occupational licenses or entering areas of business.

Results that many problems occur from prohibited provisions. One leading problem related to conceptual inconsistency of punishments is when ex-offenders are released from prison after completing the rehabilitation process, they are denied public employment. Furthermore, these restrictions were inconsistent with the principle of proportionality in freedom of occupation; some limitations on occupation of ex-offenders with criminal records are no longer necessary, and damage their rights rather than acting in the public interest. Given that some prohibited provisions were considered unreasonable, the ex-offenders might be discriminated on the basis of prior conviction. Causing a variety of prohibited provisions reflected in different legal consequences, the restriction was found to be contrary to equality and integrity in the Thai criminal justice system on prohibited provisions for ex-offenders.

The purpose of this research is to indicate occupational or business license restriction problems for ex-offenders in the Thai legal system. In particular, it considers whether regulations are appropriate or consistent with the concept of punishment, including the principle of proportionality to freedom of occupation and the principle of equality, as well as finding solutions to determining balanced and appropriate legal measurement by weighing the economic loss for individuals against the public interest in terms of life and asset safety matters and social regularity in employment or business.

**Keywords:** Ex-offenders, Freedom of occupation, Equality



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จเรียบร้อยด้วยดีเนื่องจากผู้เขียนได้รับการสนับสนุนและกำลังใจจากบุคคลหลาย ๆ ท่านเสมอมา ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ ที่ได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้แก่ข้าพเจ้าและได้ให้คำแนะนำที่ดีด้วยความเมตตาแก่ข้าพเจ้าเสมอมา อีกทั้งอาจารย์ยังได้สละเวลาอันมีค่าพิจารณาวิทยานิพนธ์และให้ข้อชี้แนะที่เป็นประโยชน์แก่ข้าพเจ้าอย่างมาก และผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และ ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้สละเวลาพิจารณาวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้าและได้ให้ข้อชี้แนะในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อันเป็นประโยชน์แก่ข้าพเจ้าอย่างมาก

ผู้เขียนขอขอบคุณสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ที่ทำงานแห่งแรกของข้าพเจ้า อันเป็นสถานที่ที่ให้ประสบการณ์ในการทำงานและจุดประกายความคิดทางกฎหมายแก่ข้าพเจ้าในหลายประการ อีกทั้งยังสนับสนุนทุนการศึกษาแก่ข้าพเจ้าในการศึกษาหลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อันเป็นจุดเริ่มต้นให้ข้าพเจ้าอยากเข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาโท สาขากฎหมายมหาชน ซึ่งประสบการณ์ในการทำงานปฏิรูปกฎหมายจากที่แห่งนี้ทำให้ข้าพเจ้าสามารถคิดค้นหัวข้อในการทำวิทยานิพนธ์นี้ได้ แม้วันนี้ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายจะถูกยุบเลิกด้วยอำนาจจากคำสั่งของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติและสิ้นสภาพความเป็นนิติบุคคลไปแล้วก็ตาม แต่อ่านางดังกล่าวไม่อาจทำลายสิ่งดี ๆ ที่เกิดขึ้นได้ ข้าพเจ้ายังคงระลึกถึงประสบการณ์ในห้วงเวลาสามปีในสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายเสมอมาและเป็นประสบการณ์ที่มีประโยชน์แก่ข้าพเจ้าอย่างมากในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบคุณสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ที่สนับสนุนทุนการทำวิทยานิพนธ์ในระดับปริญญาโทแก่ข้าพเจ้า และข้าพเจ้าขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่ได้ให้คำแนะนำและข้อชี้แนะแก่ข้าพเจ้าในการดำเนินการเกี่ยวกับทุนการทำวิทยานิพนธ์ดังกล่าวด้วยดีเสมอมา

ผู้เขียนขอขอบคุณครอบครัวของข้าพเจ้าที่ให้การสนับสนุนการศึกษาและให้กำลังใจแก่ข้าพเจ้าตลอดมา ด้วยความตั้งใจอันแน่วแน่ของบิดามารดาของข้าพเจ้าที่กล่าวกับข้าพเจ้าเป็นประจำตั้งแต่เด็กว่าท่านทั้งสองสำเร็จการศึกษาเพียงแค่ระดับชั้นประถมศึกษาแต่จะสงเสียให้ข้าพเจ้าได้ศึกษาตามความตั้งใจ ผลสำเร็จทั้งหลายอันเกิดจากการศึกษาของข้าพเจ้านี้จึงล้วนเป็นความสำเร็จของบิดามารดาของข้าพเจ้าด้วยทั้งสิ้น

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณมิตรภาพจากเพื่อน ๆ พี่ ๆ ที่เคยศึกษาด้วยกันทั้งในระดับปริญญาตรี ระดับปริญญาโทและหลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน รุ่น 18 จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และกัลยาณมิตรของข้าพเจ้าทุก ๆ ท่านที่คอยให้คำแนะนำและกำลังใจ โดยเฉพาะต้องขอขอบคุณพีร์รัล มารู สหายร่วมทางวิชาการที่คอยให้คำแนะนำรวมทั้งชักชวนให้เรียนประกาศนียบัตรบัณฑิตกฎหมายมหาชนและปริญญาโทสาขากฎหมายมหาชน ขอขอบคุณเจมส์ ภาณุวัฒน์ ผ่องใส ที่ให้คำแนะนำและช่วยเหลืออย่างมากในการทำวิทยานิพนธ์ ขอขอบคุณแจน ภัชชา ชำรงอาจารย์กุลและพล อัครพล อร่ามเจริญ เพื่อนนิสิตมธ.53 ที่ให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์เสมอมา สุดท้ายนี้ขอขอบคุณสุภางค์ทิพย์ อานนทกุล แฟนของข้าพเจ้าที่ให้กำลังใจแก่ข้าพเจ้าเสมอมาและช่วยเหลือข้าพเจ้าในการตรวจทานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วง

ถ้าหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดอยู่บ้างข้าพเจ้าขอบูชาคุณครูอาจารย์ทุกท่านที่อบรมสั่งสอนข้าพเจ้ามาและขอถือเอาประโยชน์ที่พึงมีนั้นแทนคำขอบคุณของข้าพเจ้ามอบต่อทุก ๆ ท่านที่ข้าพเจ้ากล่าวถึงมาแล้วข้างต้น แต่ถ้าหากมีข้อบกพร่องประการใดข้าพเจ้าขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นายกิตติชัย จงไกรจักร

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
สารบัญตาราง	(13)
บทที่ 1 บทนำ	
1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	6
1.3 ขอบเขตการศึกษา	6
1.4 วิธีการศึกษา	7
1.5 ผลที่คาดว่าจะได้รับ	8
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษา ในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	9
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพ	9
2.1.1 วัตถุประสงค์และเกณฑ์ในการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษา ในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	10
2.1.1.1 วัตถุประสงค์ในการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษา ในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	10
2.1.1.2 เกณฑ์ในการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	11



2.3.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย กับหลักความเสมอภาค	39
บทที่ 3 แนวคิดเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาต ให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายต่างประเทศ	42
3.1 ข้อความคิดว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ	42
3.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1948)	42
3.1.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Convention on Civil and Political Right 1966)	43
3.1.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม(International Convent on Economic, Socialand Cultural Rights – ICESCR)	44
3.1.4 ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration - AHRD)	46
3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาต ให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของกฎหมายต่างประเทศ	47
3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	47
3.2.1.1 สภาพการณ์ทั่วไปของการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษา ในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือ ประกอบอาชีพ	47
3.2.1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้อง คำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพ	49
3.2.2 ประเทศออสเตรเลีย	55
3.2.2.1 สภาพการณ์ทั่วไปของการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาใน คดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	55

3.2.2.2	มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้อง คำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพ	56
3.2.3	ประเทศแคนาดา	58
3.2.3.1	สภาพการณ์ทั่วไปของการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษา ในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพ	58
3.2.3.2	มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้อง คำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพ	59
บทที่ 4	การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย	61
4.1	กฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพ	61
4.1.1	กฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาต ให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	63
4.1.1.1	กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาด โดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ	64
4.1.1.2	กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาด โดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง	68
4.1.1.3	กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาด โดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ	70
4.1.1.4	กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาด โดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง	76
4.1.1.5	กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยใช้ลักษณะผสม	77

4.1.2 รูปแบบและผลทางกฎหมายของลักษณะต้องห้ามในการประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา	83
4.1.2.1 การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้อง คำพิพากษาให้จำคุก	83
4.1.2.2 การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้อง คำพิพากษาถึงที่สุดให้รับโทษ	86
4.1.2.3 การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้อง คำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิด	86
4.1.3 ผลกระทบจากการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	87
4.2 เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในประเทศไทย	93
4.2.1 เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	93
4.2.2 การตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย	99
4.3 หลักความเสมอภาคในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ในประเทศไทย	104
4.3.1 หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	104
4.3.2 การตรวจสอบความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค ของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย	111
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาต ให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	118
5.1 วิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ของมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	118
5.1.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ของระบบกฎหมายไทย	118

5.1.2 ปัญหาความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ของลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา	124
5.2 วิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนของมาตรการ ทางกฎหมายที่ห้ามไม่ให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพ	128
5.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพ ในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้ต้อง คำพิพากษาในคดีอาญา	128
5.2.2 ปัญหาการเลือกกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา	131
5.2.3 ปัญหาการสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพ ในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพกับการ คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ	147
5.3 วิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค ของมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามไม่ให้ผู้ต้องคำพิพากษา ในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	155
5.3.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคล	155
5.3.2 ปัญหาความชอบธรรมของการกำหนดลักษณะต้องห้าม ด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา	157
5.3.3 ปัญหาความสอดคล้องกันในระบบกฎหมายของลักษณะ ต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา	161
 บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	
6.1 บทสรุป	164
6.2 ข้อเสนอแนะ	169
 บรรณานุกรม	 208
 ประวัติผู้เขียน	 212

## สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
4.1 ตารางแสดงเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	94
4.2 ตารางแสดงหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	104
6.1 ตารางสรุปความเห็นและข้อเสนอแนะต่อกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ	172



## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

เนื่องด้วยการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพบางประการ รัฐจะใช้อำนาจแทรกแซงและควบคุมโดยการกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ซึ่งในระบบกฎหมายการควบคุมผู้ประกอบการหรือประกอบอาชีพ รัฐอาจกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามในการเข้าสู่กิจการหรืออาชีพไว้ในหลายลักษณะ เช่น การกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุของสัญชาติ สถานภาพทางเศรษฐกิจที่ ต้องไม่เป็นบุคคลล้มละลาย ความสามารถในการทำนิติกรรม อายุ ความประพฤติและสถานะของบุคคล เป็นต้น ซึ่งวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนได้ศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เนื่องจากการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อบุคคลผู้เคยกระทำความผิดอาญาและถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดหรือให้รับโทษ ทำให้บุคคลดังกล่าวมีสถานะติดตัวในฐานะผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ซึ่งแม้บุคคลบางรายจะได้รับโทษและพ้นโทษมาแล้วแต่สถานะดังกล่าวก็ยังคงติดตัวส่งผลต่อการดำรงชีพต่อมาไม่สามารถที่จะประกอบกิจการหรืออาชีพบางประการได้ เพราะถูกตีตราว่าเป็นบุคคลที่มีสภาพที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลอื่น ถูกตั้งข้อรังเกียจหวาดระแวงว่าอาจจะไปกระทำความผิดซ้ำจากพฤติกรรมที่ไม่น่าเชื่อถือในอดีต เมื่อพิจารณาในทางกลับกันแม้ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินจะเป็นประโยชน์สาธารณะที่รัฐควรจะพิทักษ์รักษา แต่ในอีกด้านหนึ่งของระบบกฎหมายเมื่อมีผู้กระทำความผิดอาญาและศาลพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่ามี ความผิดและให้รับโทษ การลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษหลายประการด้วยกัน โดยในสังคมปัจจุบันนี้นอกจากการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนให้ผู้เสียหาย ลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอีก หรือลงโทษเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำความผิดไม่ให้มีโอกาสในการกระทำความผิด รัฐยังมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดหรือการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมตามที่เรามักเคยได้ยินภายใต้คำขวัญที่ว่า “คืนคนดีสู่สังคม” ผู้เขียนจึงเกิดคำถามในวิทยานิพนธ์ดังกล่าวว่าการคืนคนดีสู่สังคมจะเป็นจริงภายใต้ระบบกฎหมายไทยได้หรือไม่อย่างไร เมื่อยังมีการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพบางประการ

นอกจากนี้ประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐจะให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยจะรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและวางหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ กล่าวโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพและความเสมอภาคไว้อย่างชัดเจนตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามพุทธศักราช 2475 และพันธกรณีระหว่างประเทศก็ยังคงได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เสรีภาพในการประกอบอาชีพจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความสำคัญเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือการประกอบกิจการเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่สำคัญของประชาชน เพราะเป็นสิ่งจำเป็นต่อการหารายได้เพื่อการดำรงชีพ แต่ภายใต้ระบบกฎหมายไทยจะมีการควบคุมกิจการหรืออาชีพบางประเภท โดยกฎหมายจะกำหนดเงื่อนไขรายละเอียดสำหรับการประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ด้วยการกำหนดลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่จะเข้าสู่กิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นอาชีพการเป็นบุคลากรภาครัฐ วิชาชีพภายใต้การควบคุมขององค์กรวิชาชีพต่าง ๆ และกิจการหรืออาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐ การที่กฎหมายมีการควบคุมกิจการหรืออาชีพบางประเภทเป็นการใช้อำนาจรัฐแทรกแซงกิจกรรมในทางเศรษฐกิจ ด้วยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน กฎหมายดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามหลักการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ประกอบกับการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น เป็นการห้ามด้วยเอาสถานะในการเป็นผู้มีประวัติอาชญากรรมมาเป็นเครื่องมือในการแบ่งแยกประเภทบุคคลที่จะเข้าสู่กิจการหรืออาชีพ จึงมีลักษณะของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคลอยู่ด้วย ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องตรากฎหมายให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ กล่าวคือ หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ โดยเฉพาะหลักการของรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชน มาตรการทางกฎหมายที่ควบคุมการประกอบกิจการหรืออาชีพของประชาชนไม่ว่ามาตรการใด ๆ จึงต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เพราะถ้ากฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือกิจการไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเมื่อองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายชี้ขาด กฎหมายนั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้

สำหรับประเด็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาและสำรวจในระบบกฎหมายไทยพบว่า

กฎหมายไทยหลายฉบับมีการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเข้าสู่กิจการหรืออาชีพ โดยผู้เขียนได้แบ่งกฎหมายออกเป็นสามกลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง อาชีพบุคลากรภาครัฐ กฎหมายที่มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการบรรจุ แต่งตั้งด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากร กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2554 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2553 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ระเบียบกระทรวงกลาโหม ว่าด้วยการบรรจุ การโอน และการบรรจุกลับเข้ารับราชการ พ.ศ. 2529 พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

กลุ่มที่สอง วิชาชีพภายใต้การควบคุมขององค์กรวิชาชีพต่าง ๆ กฎหมายที่มีการกำหนด ลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาทำให้ไม่สามารถขอขึ้นทะเบียนและ รับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพได้ ได้แก่ พระราชบัญญัติวิชาชีพภาพยนตร์ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 พระราชบัญญัติวิชาชีพ การสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติวิชาชีพการสาธารณสุขชุมชน พ.ศ. 2556 พระราชบัญญัติ วิชาชีพการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556 พระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติ วิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิชาชีพสังคมสงเคราะห์ พ.ศ. 2556 พระราชบัญญัติวิชาชีพ เทคนิคการแพทย์ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติวิชาชีพ เวชกรรม พ.ศ. 2525 พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 พระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ. 2543

กลุ่มที่สาม กิจการหรืออาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐ กฎหมายที่กำหนดลักษณะ ต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับ อนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจากรัฐ ได้แก่ พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติจัดแจ้ง การพิมพ์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติสถานพยาบาลสัตว์ พ.ศ. 2533 พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติ ควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครอง

คนหางาน พ.ศ. 2528 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติแรงงาน  
ทางทะเล พ.ศ.2558 พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อ  
สุขภาพ พ.ศ. 2559 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติขายตรงและ  
ตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติสถานพยาบาล  
พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535  
พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติหอพัก พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติข้างรังวัด  
เอกชน พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติ  
การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541  
พระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562 พระราชบัญญัติระบบการชำระเงิน พ.ศ. 2560  
พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535

จากการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของ  
ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาในระบบกฎหมายไทยทั้งสามกลุ่มข้างต้น วิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนจำกัด  
ขอบเขตมุ่งศึกษาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ  
ที่ต้องขออนุญาตจากรัฐในกลุ่มที่สามเท่านั้น ผู้เขียนไม่ได้ทำการศึกษากฎหมายห้ามมิให้ผู้เคย  
ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเข้าสู่กิจการหรืออาชีพในกลุ่มที่หนึ่ง อาชีพบุคลากรภาครัฐ และกลุ่มที่  
สองวิชาชีพภายใต้การควบคุมขององค์กรวิชาชีพต่าง ๆ เนื่องจากอาชีพบุคลากรภาครัฐมีเหตุผล  
พิเศษเฉพาะในการคัดเลือกและสรรหาบุคคลเข้ามาทำงานที่เกี่ยวข้องกับรัฐและ วิชาชีพภายใต้  
การควบคุมขององค์กรวิชาชีพต่าง ๆ มีระบบการควบคุมดูแลเป็นการเฉพาะขององค์กรวิชาชีพนั้น  
ซึ่งมีเหตุผลของเรื่องที่แตกต่างกัน ผู้เขียนจึงมุ่งศึกษาการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้อง  
คำพิพากษาในคดีอาญาของการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐ  
เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าประชาชนควรมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพอย่างเต็มที่  
และจะจำกัดได้ก็แต่เท่าที่จำเป็น เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับอาชีพหรืองานที่ใช้อำนาจรัฐ และวิชาชีพที่  
ต้องควบคุมโดยองค์กรวิชาชีพน่าจะมีมาตรการที่เข้มข้นกว่าเนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อสาธารณะ  
ได้มากกว่า

การกำหนดลักษณะต้องห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือ  
อาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั้น ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาที่ถกเถียง  
และต้องหาสมดุลระหว่างแนวคิดการควบคุมมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพ  
หรือกิจการ เพราะต้องการรักษาประโยชน์สาธารณะหรือความปลอดภัยสาธารณะของประชาชน  
ผู้ซึ่งจะรับบริการจากอาชีพหรือกิจการนั้น ๆ อันเนื่องมาจากความไม่เชื่อมั่นต่อผู้ที่เคยมีประวัติ  
อาชญากรรมว่าจะไม่กระทำความผิดซ้ำอันอาจส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของประชาชนทั่วไปอีก

กับอีกแนวคิดหนึ่งที่ว่าผู้ที่เคยกระทำความผิดเมื่อพ้นโทษหรือได้รับผลตามกฎหมายแล้วสามารถเป็นคนดีกลับคืนสู่สังคมได้ และเขาไม่ควรได้รับผลร้ายจากมาตรการอื่นของรัฐอันเนื่องมาจากการกระทำที่เขาได้รับโทษหรือรับผลร้ายจากการกระทำนั้นมาแล้วอีก ผ่านนโยบาย “คืนคนดีสู่สังคม” ของรัฐ การปะทะกันของแนวความคิดทั้งสองจึงเป็นการปะทะกันบนฐานคิดเรื่องการควบคุมโดยรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ และการยืนยันถึงเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาในฐานะพลเมืองของรัฐ

ภายใต้ข้อถกเถียงเรื่องความจำเป็นในการควบคุมและการให้โอกาสผู้เคยกระทำความผิดอาญากลับคืนเป็นคนดีสู่สังคมของการกำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพ การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพทำให้เกิดปัญหาบางประการต่อตัวผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาและระบบกฎหมายในเรื่องการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ได้แก่ ปัญหาความสอดคล้องกับแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษเนื่องจากผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเมื่อพ้นโทษและผ่านระบบการฟื้นฟูของรัฐมาแล้วไม่สามารถกลับคืนสู่สังคมไปประกอบกิจการหรืออาชีพบางประการได้ ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนที่มาตรการในการกำหนดลักษณะต้องห้ามบางลักษณะจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเกินความจำเป็นและก่อให้เกิดความเสียหายต่อเสรีภาพของบุคคลที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญามากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะพึงได้รับ รวมทั้งปัญหาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค เนื่องจากการกำหนดลักษณะต้องห้ามบางลักษณะขาดความสมเหตุสมผลทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และการกำหนดลักษณะต้องห้ามของกฎหมายฉบับต่าง ๆ มีความแตกต่างกันออกไปจำแนกได้เป็นหลายกลุ่มทำให้เกิดผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกันขาดความเป็นเอกภาพจึงไม่มีความเสมอภาคกันในระบบกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา สภาพปัญหาดังกล่าวข้างต้นย่อมหาคำตอบและทางออกของปัญหาได้โดยการใช้หลักการของรัฐธรรมนูญในการจำกัดเสรีภาพเป็นมาตรวัดในการพิจารณาและการพิจารณานิตินโยบายที่เป็นหลักการสากล รวมทั้งแนวนิตินโยบายของระบบกฎหมายไทยเอง ผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะหาคำตอบของความสมดุลในระบบกฎหมาย และแนวทางการแก้ปัญหาที่ควรจะเป็น โดยอยู่บนฐานของหลักการรัฐธรรมนูญที่ได้ยืนยันเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพ หลักความเสมอภาค และหลักการทางอาชญาวิทยาในการปฏิบัติต่อผู้ที่เคยกระทำความผิดอาญา

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อค้นคว้าและศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพสำหรับกิจการหรืออาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐ

1.2.2 เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎี กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพสำหรับกิจการหรืออาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐ

1.2.3 เพื่อวิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับหลักการของวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วน และหลักความเสมอภาคของกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพของผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา รวมทั้งความสอดคล้องกับหลักการสากล และนโยบายในการปฏิบัติต่อผู้เคยกระทำความผิดอาญา

1.2.4 เพื่อหาแนวทางหรือมาตรการในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย

## 1.3 ขอบเขตการศึกษา

1.3.1 ศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา จากหนังสือ ตำรา และเอกสารวิชาการต่าง ๆ

1.3.2 ศึกษากฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจากการค้นคว้าจำนวน 30 ฉบับ เป็นกรณีตัวอย่าง ซึ่งผู้เขียนได้แบ่งออกเป็น 5 กลุ่ม ตามลักษณะร่วมกันดังนี้

1.3.2.1 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ ได้แก่ พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1.3.2.2 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง ได้แก่ พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550  
พระราชบัญญัติสถานพยาบาลสัตว์ พ.ศ. 2533 พระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562

1.3.2.3 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนด  
ลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ ได้แก่ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่าง  
ด้าว พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่า พุทธศักราช 2474  
พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์  
พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ.2558 พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509  
พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ  
พ.ศ. 2558 พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติระบบการชำระเงิน  
พ.ศ. 2560

1.3.2.4 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนด  
ลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง ได้แก่ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545  
พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541

1.3.2.5 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยใช้ลักษณะผสม ได้แก่  
พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติ  
โรงแรม พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติหอพัก พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535  
พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535

1.3.3 ศึกษาแนวคิดทฤษฎี กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการ  
การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

## 1.4 วิธีการศึกษา

1.4.1 รวบรวมกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบ  
อาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา และแบ่งกลุ่มตามลักษณะต่าง ๆ

1.4.2 ศึกษาและรวบรวมแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษา  
ในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

1.4.3 ศึกษากฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือ  
การประกอบอาชีพของผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

## 1.5 ผลที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 เข้าใจสภาพปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

1.5.2 สามารถวิเคราะห์ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้

1.5.3 สามารถหาแนวทางหรือมาตรการในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้



## บทที่ 2

### แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงแนวคิดทฤษฎีสามประการ ประการแรกแนวคิดเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ซึ่งประกอบด้วยเรื่องวัตถุประสงค์และเกณฑ์ในการห้ามมิให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ แนวคิดที่ว่าด้วยวัตถุประสงค์ในการลงโทษ แนวคิดที่ว่าด้วยการกระทำความผิดซ้ำ และแนวคิดการเปลี่ยนแปลงผลของคำพิพากษาในคดีอาญา ประการที่สองข้อความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ซึ่งประกอบด้วยข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และข้อความคิดว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ประการที่สามหลักความเสมอภาคในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ซึ่งประกอบด้วยข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค และการพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค

#### 2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เป็นมาตรการที่แสดงออกในระบบกฎหมายผ่านการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการขออนุญาตเข้าสู่กิจการหรืออาชีพของเอกชน เพื่อประโยชน์สาธารณะเกี่ยวกับความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนทั่วไป โดยการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการป้องกันและเกณฑ์ในการควบคุมมาตรฐาน ผ่านการเรียกร้องความน่าเชื่อถือและไว้วางใจจากตัวบุคคลผู้จะประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ กล่าวโดยเฉพาะการที่บุคคลใดเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาบางอย่าง อาจเคยกระทำการที่กระทบต่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลอื่นมาก่อน แต่อย่างไรก็ตามพฤติกรรมในอดีตของบุคคลอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ผ่านการแก้ไขและฟื้นฟูจากรัฐ ดังเช่นนโยบายของรัฐที่พยายาม “คืนคนดีสู่สังคม” การห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพจึงต้องพิจารณาว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษหรือไม่ และการที่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญากลับมาประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการจะมีโอกาสในการกระทำความผิดซ้ำหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามบุคคลผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเมื่อพ้นโทษ

หรือผ่านกระบวนการยุติธรรมมาแล้วก็มีความจำเป็นในการมีกิจการหรืออาชีพ เพื่อที่จะทำให้สามารถใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างปกติไม่ถูกกีดกันในทางเศรษฐกิจจนกลับไปเป็นอาชญากรอีกครั้ง ดังนั้นจึงต้องพิจารณาการผ่อนปรนหรือเปลี่ยนแปลงผลร้ายอันเกิดจากการกระทำในอดีตที่ยังคงตกอยู่ในสถานะการเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงจะนำเสนอแนวคิดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์และเกณฑ์ในการห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ได้แก่ แนวคิดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดซ้ำ และแนวคิดเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงผลของคำพิพากษาในคดีอาญา

### **2.1.1 วัตถุประสงค์และเกณฑ์ในการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ**

การห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพมีที่มาจากกรณีที่รัฐได้เข้าไปจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคลเพื่อประโยชน์สาธารณะบางประการ ถึงแม้ว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพจะเป็นเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แต่ก็ไม่ได้เป็นเสรีภาพเด็ดขาดที่ไม่สามารถจำกัดได้เลย แต่สามารถจำกัดได้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เสรีภาพในการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพจึงอาจมีข้อจำกัด โดยมาจากหลักการว่าด้วยการแทรกแซงในทางเศรษฐกิจของรัฐ โดยข้อจำกัดและมาตรการแทรกแซงอาจมาจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครอง ฝ่ายนิติบัญญัติแทรกแซงกิจกรรมในทางเศรษฐกิจโดยการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพ ซึ่งอาจกำหนดมาตรการให้ผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพบางประการขออนุญาตต่อฝ่ายปกครองก่อน หรืออาจตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกำหนดข้อห้ามหรือเงื่อนไขในการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและมีเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อห้ามบุคคลบางจำพวกได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

#### **2.1.1.1 วัตถุประสงค์ในการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ**

การห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการและอาชีพ ย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะบางประการ ได้แก่

(1) การรักษาความสงบเรียบร้อย การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยเหตุผลในการรักษาความสงบเรียบร้อย จะต้องเป็นการรักษา

ความสงบเรียบร้อยในลักษณะที่เป็นการวางกฎเกณฑ์อย่างชัดเจนโดยสามารถปฏิบัติได้และเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับการรักษาความสงบเรียบร้อย เหตุผลในการรักษาความสงบเรียบร้อยมักถูกยกขึ้นกล่าวอ้างเสมอ

(2) การรักษาประโยชน์ของงานบริการสาธารณะ การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพด้วยเหตุผลในการรักษาประโยชน์ของงานบริการสาธารณะ ก็เป็นอีกผลหนึ่งที่ถูกนำมาใช้ โดยเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพบางครั้งไม่อาจนำมายกขึ้นอ้างเพื่อขัดขวางการจัดระเบียบของรัฐ

(3) การคุ้มครองสังคมและคุ้มครองเสรีภาพของผู้อื่น บุคคลทุกคนมีเสรีภาพแต่ถ้าหากมีการใช้เสรีภาพอย่างเต็มที่ เสรีภาพก็อาจจะไม่เหลืออยู่เพราะในที่สุดอาจนำมาซึ่งความไม่สงบสุขในสังคม เสรีภาพของบุคคลจะถูกรุกรานด้วยตนเอง จึงมีความจำเป็นในการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพ แต่การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเสรีภาพจะต้องยังคงมีอยู่นอกจากนี้ การใช้เสรีภาพของบุคคลหนึ่งอาจจะขัดกับการใช้เสรีภาพของอีกบุคคลหนึ่ง รัฐจึงมีความจำเป็นในการเข้ามาจัดระเบียบการใช้เสรีภาพ เช่น เสรีภาพในการเลือกบุคคลเข้าทำงานของเจ้าของกิจการอาจขัดกับเสรีภาพในการรวมกลุ่มกันเป็นสหภาพ เสรีภาพในการติดต่อคมนาคมอาจขัดกับเสรีภาพในการชุมนุม แต่อย่างไรก็ตามรัฐก็ไม่อาจจำกัดเสรีภาพได้อย่างเด็ดขาดทีเดียว บางครั้งรัฐต้องจำกัดเสรีภาพแบบสัมพัทธ์ อันเป็นการจำกัดเสรีภาพตามความเหมาะสมของสภาพสังคม<sup>1</sup>

#### 2.1.1.2 เกณฑ์ในการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพนั้น อาจเกิดจากเกณฑ์ในการควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยเกณฑ์ในการควบคุมดูแลทางเศรษฐกิจนั้น อาจแบ่งพิจารณาได้ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรกเกณฑ์ว่าด้วยกิจการทางเศรษฐกิจต้องไม่เป็นอันตราย (เกณฑ์การป้องกัน) และประการที่สองเกณฑ์ว่าด้วยผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจจะต้องมีความน่าเชื่อถือและความรู้เฉพาะทางตามเกณฑ์ (เกณฑ์มาตรฐาน)<sup>2</sup>

<sup>1</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน 2547), น.32 – 33.

<sup>2</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538), น.124 – 134.

### (1) เกณฑ์ว่าด้วยกิจการทางเศรษฐกิจต้องไม่เป็นอันตราย (เกณฑ์การป้องกัน)

เกณฑ์ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อป้องกันภัยอันตรายอันเกิดจากการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ อันอาจก่อภัยอันตรายต่อชีวิตหรือทรัพย์สินของปัจเจกชนหรือส่วนรวม ซึ่งเกณฑ์ดังกล่าวอาจปรากฏในทางกฎหมายหรือการที่หน่วยงานที่มีอำนาจกำหนดให้มีการขออนุญาตในการประกอบกิจการ คำว่าอันตรายนี้ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้วางหลักไว้ว่า ตามกฎหมายจะถือว่ามีความเป็นไปได้อันตรายต่อเมื่อมีความเป็นไปได้ว่าเหตุการณ์หรือพฤติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดจะเกิดขึ้นและนำความเสียหายให้เกิดขึ้นกับสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เช่น ความเสียหายต่อชีวิต สุขภาพ หรืออื่น ๆ ในการป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้น รัฐอาจกำหนดมาตรการล่วงหน้าเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายได้ แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดมาตรการดังกล่าวต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนด้วย

### (2) เกณฑ์ว่าด้วยผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจจะต้องมีความน่าเชื่อถือและความรู้เฉพาะทางตามเกณฑ์ (เกณฑ์มาตรฐาน)

เกณฑ์ว่าด้วยผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจจะต้องมีความน่าเชื่อถือและความรู้เฉพาะทางตามเกณฑ์มักเกี่ยวข้องกับเจ้าของกิจการหรือตัวบุคคล โดยกฎหมายอาจมีการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลเป็นข้อ ๆ และหน่วยงานที่มีอำนาจจะออกใบอนุญาตต่าง ๆ ให้แก่บุคคลต่อเมื่อมีความน่าเชื่อถือเท่านั้น นอกจากนี้จะมีการถอนใบอนุญาตต่อเมื่อบุคคลที่ได้รับใบอนุญาตไม่มีความน่าเชื่อถืออีกต่อไป

เรื่องความน่าเชื่อถือได้มีการให้คำอธิบายไว้หลายประการในแง่ความเหมาะสมศาลปกครองแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยให้ความหมายไว้ว่า ความไม่น่าเชื่อถือไม่เกี่ยวข้องกับบุคลิกที่ไม่ดีแต่อย่างใด การขาดคุณสมบัติส่วนบุคคลบางอย่างหรือความสัมพันธ์ส่วนบุคคลบางอย่างที่ทำให้เกรงว่าการประกอบกิจการหรืออาชีพนั้นจะไม่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมาย หากผู้ประกอบการไม่มีความรู้ที่จำเป็นสำหรับอาชีพนั้นก็ถือว่าไม่มีความน่าเชื่อถือ ความไม่น่าเชื่อถืออาจเกี่ยวกับโรคที่เป็นหรือภาวะหนี้สิน<sup>3</sup>

ผู้ประกอบการหรือประกอบอาชีพนั้นจะมีความน่าเชื่อถือหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่า บุคคลนั้นสามารถให้หลักประกันได้หรือไม่ว่าต่อไปในอนาคตเขาจะดำเนินกิจการหรือประกอบอาชีพตามบทบัญญัติของกฎหมาย โดยศาลปกครองแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยตัดสินไว้ว่า “แม้จะเคยไม่น่าเชื่อถือในอดีต ก็ไม่อาจสรุปได้ว่าในอนาคตบุคคลนั้นจะไม่น่าเชื่อถือต่อไป”

<sup>3</sup> เฟิงอ้วง, น.131.

แต่อย่างไรก็ตามพฤติการณ์ในอนาคตก็เป็นการคาดหมายล่วงหน้า ซึ่งต้องอาศัยพฤติการณ์ในอดีตพิจารณาประกอบ<sup>4</sup> กฎหมายการค้าเยอรมันได้มีบทบัญญัติเรื่องความน่าเชื่อถือว่า “หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องอาจยกเลิกใบอนุญาตสำหรับกิจการใดกิจการหนึ่งทั้งหมดหรือบางส่วน หากปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความไม่น่าเชื่อถือของผู้ประกอบการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ควบคุมดูแลกิจการ ทั้งนี้โดยที่การยกเลิกใบอนุญาตดังกล่าวจะต้องเป็นการจำเป็นเพื่อการคุ้มครองส่วนรวมหรือผู้ที่ทำงานในกิจการดังกล่าว การยกเลิกใบอนุญาตอาจมีผลถึงการประกอบกิจการอื่นหรือกิจการทุกประเภทของผู้ประกอบกิจการนั้นก็ได้ หากมีข้อเท็จจริงที่ได้มายืนยันความเห็นของเจ้าหน้าที่ว่าผู้ประกอบการนั้น ๆ ไม่น่าไว้วางใจ กระบวนการยกเลิกใบอนุญาตอาจดำเนินต่อไปได้แม้ว่ากิจการนั้น ๆ ได้เลิกไปในระหว่างนั้นแล้ว การยกเลิกใบอนุญาตนี้มีผลสำหรับอาณาเขตที่กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับ”<sup>5</sup> นอกจากนี้เรื่องความน่าเชื่อถือแล้วกฎหมายอาจกำหนดเกณฑ์เรื่องของความรู้เฉพาะทางในการประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ตามความเหมาะสมของกิจการและอาชีพ โดยอาจกำหนดคุณสมบัติให้แสดงใบรับรองการฝึกอบรม หรือการทดสอบ หรือประสบการณ์ในการทำงาน เกณฑ์ในการควบคุมดูแลทั้งสองประการข้างต้นนับว่ามีความจำเป็นสำหรับระบบกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ เพราะการป้องกันย่อมดีกว่าการแก้ไขในภายหลัง แต่ขณะเดียวกันต้องมีความสมเหตุสมผลและมีความสมดุลกับเสรีภาพของปัจเจกชน

### 2.1.2 แนวคิดว่าด้วยวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

การห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ อาจต้องพิจารณาด้วยว่ามาตรการดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษหรือไม่ เนื่องจากผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้ผ่านกระบวนการยุติธรรมในการพิจารณาความผิดและโทษมาแล้ว การที่นำเหตุที่บุคคลเคยกระทำความผิดและรับโทษในอดีตมากำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษหรือไม่ โดยวัตถุประสงค์ในการลงโทษอาจจำแนกได้ 5 ประการด้วยกัน<sup>6</sup>

#### 2.1.2.1 การแก้แค้นทดแทน (retribution)

การแก้แค้นทดแทนเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษแบบดั้งเดิม กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็น “กฎตาต่อตา” (an eye for an eye principle) เป็นกฎในการตอบโต้ที่รุนแรง

<sup>4</sup> เฟ็งฮ้าง, น.131.

<sup>5</sup> เฟ็งฮ้าง, น.134.

<sup>6</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.165 –

แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่มาของหลักความได้สัดส่วน ที่จะทำให้การแก้แค้นไม่เกินกว่าความเสียหายของผู้เสียหาย ความรู้สึกแก้แค้นนี้ยังคงมีอยู่ในทุกสังคม ในอดีตผู้เสียหายอาจเป็นผู้แก้แค้นเอง แต่ในยุคปัจจุบันการแก้แค้นที่ยอมรับได้นั้นต้องเป็นการแก้แค้นในกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นถ้าหากกระบวนการยุติธรรมไม่มีประสิทธิภาพและขาดความเที่ยงธรรมจะนำไปสู่การแก้แค้นกันเอง จนนำไปสู่ความวุ่นวาย

### 2.1.2.2 การข่มขู่ ยับยั้ง (intimidation, deterrence)

การลงโทษเพื่อข่มขู่ ยับยั้งเป็นวัตถุประสงค์การลงโทษในการสร้างประโยชน์แก่สังคม เพราะถ้าหากยังยั้งไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก และยับยั้งการเลียนแบบการกระทำความผิดนั้นได้จะเกิดประโยชน์กับสังคม ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดอรรถประโยชน์นิยม การลงโทษที่มีลักษณะข่มขู่ ยับยั้ง เช่น การลงโทษโดยการประหารชีวิตและการจำคุกระยะยาว แต่อย่างไรก็ตามการเพิ่มการลงโทษที่มีลักษณะข่มขู่ยับยั้งอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน ซึ่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 7 ได้กำหนดไว้ว่าห้ามไม่ให้มีการลงโทษที่ทรมาณ ทารุณโหดร้าย หรืออย่างย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

### 2.1.2.3 การตัดความสามารถในการกระทำความผิด (incapacitation)

การลงโทษด้วยการจำคุกจะเป็นการตัดความสามารถในการกระทำความผิดของผู้กระทำผิด ส่วนการลงโทษประหารชีวิตจะเป็นการตัดความสามารถในการกระทำความผิดตลอดไป และการลงโทษโดยการริบทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดก็เป็นการตัดความสามารถในการกระทำความผิดเช่นกัน นอกจากนี้ในบางประเทศยังตัดความสามารถในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศด้วยการฉีดยาลดความต้องการทางเพศให้กับผู้กระทำความผิด

### 2.1.2.4 การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด (rehabilitation)

การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดเป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน และยังสอดคล้องกับประโยชน์ของสังคม โดยมองว่าอาชญากรเปรียบเสมือนผู้ป่วยที่สามารถแก้ไขฟื้นฟูได้ และเมื่อแก้ไขฟื้นฟูแล้วจะสามารถกลับคืนสู่สังคมได้ แต่อย่างไรก็ตามอาจไม่สามารถยับยั้งการกระทำความผิดที่กระทำโดยเลียนแบบได้ เพราะผู้ที่ไม่เคยกระทำความผิดจะไม่เกรงกลัวต่อมาตรการการฟื้นฟู นอกจากนั้นอาจมีกรณีที่เมื่อผู้กระทำความผิดผ่านการฟื้นฟูแล้ว แต่เมื่อออกมาจากเรือนจำต้องไปเผชิญกับสังคมภายนอกโดยไม่มีการเตรียมตัว ผู้ที่พ้นโทษออกมาจะถูกตราบาป (stigma) โดยเฉพาะในการประกอบอาชีพอาจไม่มีคนรับเข้าทำงาน ทำให้เกิดภาวะถูกโดดเดี่ยวและหวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำ

### 2.1.2.5 การนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม (resocialization)

การนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมต่อยอดมาจากการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด เป็นแนวคิดในการให้โอกาสผู้เคยกระทำความผิดกลับคืนสู่สังคม หรือในประเทศไทยเรามากได้ยีนคำว่าคืนคนดีสู่สังคม การนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมนหน่วยงานของรัฐจะมีมาตรการต่าง ๆ ในการเตรียมความพร้อมทั้งด้านสังคม อาชีพ และสภาพแวดล้อม เพื่อหลังจากพ้นโทษไปแล้วผู้เคยกระทำความผิดจะได้รับการยอมรับจากสังคมและไม่กลับมากระทำความผิดอีก โดยแนวคิดดังกล่าวนี้เมื่อผู้เคยกระทำความผิดพ้นโทษแล้ว จะมีระบบการล้างมลทินเพื่อให้สามารถกลับคืนสู่สังคมได้ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป ซึ่งแนวคิดการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมนั้นเป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับการแก้ปัญหาการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

### 2.1.3 แนวคิดว่าด้วยการกระทำผิดซ้ำ

การกระทำผิดซ้ำเป็นการกระทำผิดเพิ่มขึ้นอีกหลังจากถูกจับและลงโทษแล้ว หรือการละเมิดเงื่อนไขของผู้ถูกคุมประพฤติหรือผู้ได้รับการพักโทษ การกระทำผิดซ้ำอาจเป็นการทำผิดซ้ำในความผิดอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ความผิดที่เคยกระทำก็ได้<sup>7</sup> ปัจจัยที่ส่งผลต่อการกระทำผิดซ้ำมีหลายปัจจัย ได้แก่ การสืบเสาะและพินิจ ประวัติการกระทำความผิด อายุ ฐานความผิด การศึกษา สถานะความเป็นผู้เคยถูกจำคุกและผู้ถูกคุมความประพฤติ การมีอาชีพและการได้รับโอกาสในการจ้างงาน กล่าวโดยเฉพาะการจ้างงานย่อหมายถึงการมีงานทำที่มั่นคงสามารถสร้างความพึงพอใจแก่ตนเอง<sup>8</sup> สำหรับในประเทศไทยมีข้อมูลสถิติจากกรมราชทัณฑ์ถึงอัตราการกระทำผิดซ้ำ โดยข้อมูลอัตราการกระทำผิดซ้ำของผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวตามช่วงปีงบประมาณ 2561 มีจำนวนผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวทั้งหมด 110,031 คน ซึ่งมีจำนวนผู้ต้องขังที่กลับมากระทำผิดซ้ำภายใน 1 ปี จำนวนคิดเป็นร้อยละ 15.61 และจำนวนผู้ต้องขังที่กลับมากระทำผิดซ้ำภายใน 2 ปี จำนวนคิดเป็นร้อยละ 21.90 โดยมีการกระทำผิดซ้ำแยกตามประเภทความผิด ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจำนวนคิดเป็นร้อยละ 63.02 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินจำนวนคิดเป็นร้อยละ 13.59

<sup>7</sup> เฟิงฮ้าง, น.34.

<sup>8</sup> กรมคุมประพฤติ กองแผนงานและสารสนเทศ, “การประเมินผลสัมฤทธิ์การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดในชุมชน ประจำปีงบประมาณพ.ศ.2553”, น.66 – 65.

ความผิดอื่นจำนวนคิดเป็นร้อยละ 11<sup>9</sup> ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายจำนวนร้อยละ 7 ความผิดเกี่ยวกับเพศจำนวนร้อยละ 2.36<sup>10</sup>

#### 2.1.4 แนวคิดการเปลี่ยนแปลงผลของคำพิพากษาในคดีอาญา

คำพิพากษาของศาลในคดีอาญาแม้จะมีผลผูกพันผู้ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของคำพิพากษา ทั้งผู้ที่ยังไม่พ้นโทษ ผู้ที่พ้นโทษแล้ว หรือผู้ที่ได้มีการบังคับโทษแล้วก็ตาม แต่คำพิพากษาดังกล่าวก็อาจเปลี่ยนแปลงผลร้ายที่เกิดขึ้นได้ ไม่ว่าจะเป็นการลบล้าง การเปลี่ยนแปลงผล หรือการก่อตั้งผลผูกพันในทางกฎหมายขึ้นใหม่ การเปลี่ยนแปลงผลผูกพันของคำพิพากษานี้อยู่บนฐานคิดของหลักความเป็นธรรมหรือหลักของการให้ความกรุณา โดยวิธีการในการเปลี่ยนแปลงผลของคำพิพากษานั้นในปัจจุบัน ได้แก่ การนิรโทษกรรม การรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ การอภัยโทษ และการล้างมลทิน<sup>11</sup> โดยเฉพาะปัญหาการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้น เป็นปัญหาของผลคำพิพากษาที่ยังมีผลกระทบอยู่แม้ผู้ที่ถูกพิพากษาจะได้รับโทษเสร็จสิ้นและพ้นโทษนั้นแล้ว กล่าวคือแม้ผู้ที่ถูกพิพากษาในคดีอาญาจะได้รับโทษเสร็จสิ้นและพ้นโทษแล้ว แต่คำพิพากษานั้นยังคงมีผลกระทบต่อบุคคลนั้นอยู่ โดยบุคคลนั้นยังคงถูกตัดสิทธิเสรีภาพบางประการ เช่น ถูกตัดสิทธิในทางการเมือง ถูกตัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยกำหนดเอาเหตุที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเป็นลักษณะต้องห้ามในการใช้สิทธิต่าง ๆ โดยเฉพาะเสรีภาพในการประกอบอาชีพ กฎหมายบางฉบับจะกำหนดลักษณะต้องห้ามเสมือนหนึ่งว่าผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เป็นที่ไว้วางใจของประชาชนและสังคม ไม่สมควรให้ทำงานหรือประกอบกิจการบางอย่าง จึงเป็นการตีตราบุคคลนั้นไว้ด้วยคำพิพากษาของศาล ด้วยเหตุผลในการป้องกันล่วงหน้าไม่ให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก แต่ไม่ได้คำนึงถึงผลเสียที่ตามมาว่าผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจะมีความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์กับสังคม หรือจะขัดกับแนวทางการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไข การที่กฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวเสมือนหนึ่งเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย โดยไม่คำนึงถึงความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลนั้น ๆ แต่คำนึงถึงสภาพของบุคคลที่อาจเรียกได้ว่า “สภาพอันตราย” ซึ่งการกำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัยอาจกำหนดให้เหมาะสม เปลี่ยนแปลง

<sup>9</sup> หลายประเภท เช่น พ.ร.บ.ป่าไม้ พ.ร.บ.การพนัน พ.ร.บ.อาวุธปืน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง ลหุโทษ ฯลฯ

<sup>10</sup> กรมราชทัณฑ์ กระทรวงยุติธรรม, “สถิติการกระทำผิดซ้ำของผู้ต้องขัง”, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2563, จาก <http://www.correct.go.th/recstats/index.php/th/Home>.

<sup>11</sup> วาสนา รอดเอี่ยม, “การลบล้างคำพิพากษาลงโทษจำคุก”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), น.65 – 66.

หรือยกเลิกได้ตามสภาพอันตรายที่เปลี่ยนไป ถ้าสภาพอันตรายนั้นหมดไปก็ไม่มีเหตุผลความจำเป็นที่จะอ้างว่าต้องใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยให้กับสังคมอีก การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวทำให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประสบความสำเร็จยากลำบากในการประกอบอาชีพ มีปัญหาทางเศรษฐกิจตกอยู่ในภาวะที่กดดัน และอาจหันกลับไปทำความผิดอีก นอกจากนี้การคงไว้ซึ่งผลของคำพิพากษายังขัดต่อหลักอาชญาวิทยา หลักทัณฑ์วิทยา และหลักความเป็นธรรม<sup>12</sup> ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงนำไปสู่แนวคิดในการเปลี่ยนแปลงผลของคำพิพากษา

ตามที่กล่าวมาข้างต้นว่าวิธีในการเปลี่ยนแปลงผลของคำพิพากษาในคดีอาญามีอยู่หลายวิธี ได้แก่ การนิรโทษกรรม การรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ การอภัยโทษ และการล้างมลทิน แต่วิธีการที่เป็นการคืนสิทธิให้แก่ผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาหรือผู้ที่พ้นโทษแล้วนั้น คือวิธีการล้างมลทิน เพราะวิธีการล้างมลทินเป็นการลบล้างตราบาปที่เกิดจากการกระทำความผิดเพื่อไม่ให้เกิดผลร้ายในอนาคตกับผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจะทำให้สามารถใช้ชีวิตได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปในสังคม การล้างมลทินเป็นการลบล้างการกระทำความผิดและโทษให้กับผู้ที่พ้นโทษแล้ว เพื่อให้มีผลเป็นการคืนสิทธิแก่บุคคลดังกล่าว เนื่องจากแนวคิดในการลงโทษสมัยใหม่ถือว่าผู้ที่ได้รับโทษได้ผ่านการแก้ไขปรับปรุงมาแล้ว และมลทินหรือตราบาปอันเกิดจากการกระทำความผิดควรสิ้นสุดไปเมื่อได้พ้นโทษมาแล้ว ดังนั้นเมื่อพ้นโทษแล้วมลทินหรือตราบาปควรที่จะถูกลบล้างไป โดยวัตถุประสงค์หลักในการล้างมลทินคือการให้ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้วสามารถกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้ เพราะการล้างมลทินจะทำให้มีผลเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยกระทำความผิดหรือรับโทษมาก่อน สิทธิและความสามารถต่าง ๆ ที่เคยสูญเสียไปก็จะกลับคืนมา<sup>13</sup>

สำหรับรูปแบบในการล้างมลทินมีรูปแบบที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยประเทศฝรั่งเศสจะมีรูปแบบในการล้างมลทินอยู่ 2 วิธี ได้แก่ วิธีการล้างมลทินโดยทางศาลและวิธีการล้างมลทินโดยผลของกฎหมาย วิธีการล้างมลทินโดยทางศาลจะกำหนดไว้ในกฎหมายประมวลวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส ซึ่งได้กำหนดขั้นตอนหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการพิจารณาของศาล โดยศาลจะพิจารณาความประพฤติของบุคคลที่ยื่นคำร้อง ถ้าหากศาลเห็นว่ามีความประพฤติดีและสามารถแก้ไขตัวเองได้ศาลก็จะทำการล้างมลทินให้ โดยผู้ที่ยื่นคำร้องได้ต้องรอให้ผ่านช่วงระยะเวลาพ้นโทษไประยะหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ถ้าเป็นอุกฤษโทษ (criminelle) ต้องรอพ้นระยะเวลา 5 ปีนับจากวันที่พ้นโทษ ถ้าเป็นมัธยมโทษ (correctionnelle) ต้องรอพ้นระยะเวลา

<sup>12</sup> เฝิงอ้าง, น.37 – 57.

<sup>13</sup> ศิริสา พูลสนอง, “การล้างมลทินในประเทศไทย” , (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.14 – 20.

3 ปีนับจากวันที่พ้นโทษ และถ้าเป็นลหุโทษ (contraventionnelle) ต้องรอพ้นระยะเวลา 1 ปี นับจากวันที่พ้นโทษ ถ้าหากได้มีการกระทำความผิดขึ้นใหม่ หรือกระทำความผิดซ้ำหลังจากได้รับการล้างมลทินแล้วระยะเวลาการยื่นคำร้องก็จะขยายเป็น 2 เท่าจากกำหนดระยะเวลาเดิม สำหรับรูปแบบวิธีการล้างมลทินโดยผลของกฎหมายเมื่อพ้นระยะเวลาภายหลังพ้นโทษตามที่กฎหมายกำหนดและมีการยื่นคำร้องขอล้างมลทิน ผู้กระทำความผิดจะได้รับการล้างมลทินโดยอัตโนมัติทันทีโดยไม่ต้องผ่านการไต่สวนของศาล กล่าวคือ ถ้าเป็นโทษปรับต้องรอพ้นระยะเวลา 3 ปีนับแต่ได้ชำระค่าปรับ หรือครบกำหนดการลงโทษ ถ้าเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือโทษอย่างอื่นที่ใช้แทนโทษจำคุก หรือโทษจำกัดสิทธิต้องรอพ้นระยะเวลา 5 ปีนับแต่ครบกำหนดการลงโทษ ถ้าเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีต้องรอพ้นระยะเวลา 10 ปีนับแต่ครบกำหนดการลงโทษ ถ้าเป็นโทษอย่างอื่นรวมกันไม่เกิน 2 ปี ต้องรอพ้นระยะเวลา 10 ปีนับแต่ครบกำหนดการลงโทษ<sup>14</sup> สำหรับประเทศอังกฤษมีกฎหมายกลาง กำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับการล้างมลทินไว้คือ พระราชบัญญัติล้างมลทินปี 1974 โดยผู้กระทำความผิดจะได้รับการล้างมลทินโดยอัตโนมัติทันทีที่ครบกำหนดเงื่อนไขตามกฎหมาย ซึ่งได้กำหนดระยะเวลา ภายหลังการรับโทษเป็นเงื่อนไขในการล้างมลทิน ถ้าผู้กระทำความผิดไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก ภายในระยะเวลาที่กฎหมายดังกล่าวกำหนด ผู้กระทำความผิดจะได้รับการล้างมลทินโดยผลของกฎหมาย อัตโนมัติทันทีแต่จะมีโทษบางประเภทที่ไม่สามารถล้างมลทินได้ เช่น โทษจำคุกตลอดชีวิต<sup>15</sup> แต่กรณีของประเทศไทยไม่มีรูปแบบหรือเกณฑ์กลางที่ชัดเจนในการล้างมลทิน แต่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรา กฎหมายล้างมลทินเป็นครั้งคราวตามโอกาสต่าง ๆ<sup>16</sup>

## 2.2 ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึง ข้อความคิดว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งประกอบด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับเสรีภาพ ในการประกอบกิจการและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ นอกจากนั้นผู้เขียนจะได้กล่าวถึงข้อความ คิดว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยกฎหมาย โดยจะกล่าวถึงหลักการทั่วไป ในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และจะกล่าวเป็นการเฉพาะในเรื่องหลักความได้สัดส่วน ในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ทั้งนี้จะได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ เกณฑ์ และกลไกในการ

<sup>14</sup> เฟ็งอ้าง, น.51 – 66.

<sup>15</sup> ศิริสา พูลสนอง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.67 – 76.

<sup>16</sup> เฟ็งอ้าง, น.79.

จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยกฎหมาย เพื่อให้เห็นภาพของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้อย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

### 2.2.1 ข้อความคิดว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

“เสรีภาพ” หมายถึงสภาพของบุคคลที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำ ปราศจากการหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง กล่าวคืออำนาจของบุคคลในการที่จะกำหนดเจตจำนงของตนเองอย่างอิสระ (Self-determination) โดยเลือกวิถีชีวิตได้ด้วยตนเอง เป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง ผู้ทรงเสรีภาพมีอำนาจในการเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการกระทำอันเป็นการรบกวนขัดขวางเสรีภาพของตน โดยไม่มีอำนาจเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการใดให้แก่ตนเพื่อความสะดวกต่อการใช้เสรีภาพ<sup>17</sup> ลำพังเพียงเสรีภาพไม่อาจก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น ในอีกแง่หนึ่งเมื่อก้าวถึงการที่บุคคลมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ซึ่งก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น จึงเรียกว่า “สิทธิในเสรีภาพ”<sup>18</sup>

เสรีภาพในการประกอบอาชีพเกิดขึ้นจากพัฒนาการของสิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ (Die wirtschaftlichen Grundrechte) โดยในช่วงพัฒนาการดังกล่าวได้มีเรื่องหลักกรรมสิทธิ เสรีภาพในการทำสัญญา และเสรีภาพในการประกอบอาชีพเกิดขึ้น ซึ่งเสรีภาพในทางเศรษฐกิจนี้ทำหน้าที่เป็นเงื่อนไขของการกำหนดเจตจำนงตนเองในระบบทุนนิยม เช่น การแก้ปัญหาการถือครองที่ดิน การยกเลิกชีวิตแบบชาวไพร่ที่ขึ้นกับผู้ครองที่ดินเพื่อให้สามารถประกอบอาชีพเกษตรกรรมตามแบบทุนนิยม และสามารถเป็นคนงานในโรงงานอุตสาหกรรม รวมทั้งยกเลิกข้อจำกัดการห้ามไม่ให้ขุนนางทำการค้าและการผลิต<sup>19</sup> เสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือกิจการ เป็นเสรีภาพที่เป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Right) หรืออาจเรียกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิขั้นมูลฐาน (Basic Right) โดยหมายถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีต่ออำนาจรัฐ เป็นอำนาจของปัจเจกบุคคลในการป้องกันตนจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ กล่าวได้ว่าเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือกิจการมีฐานะเป็นสิทธิป้องกันที่พลเมืองจะใช้ยื่นต่อรัฐ และมีหน้าที่ปกป้องแดนแห่งเสรีภาพของบุคคลไม่ให้อำนาจรัฐล่วงล้ำเข้ามาละเมิด โดยสิทธิทางรัฐธรรมนูญนี้สามารถจำแนกได้เป็นสิทธิในเสรีภาพ

<sup>17</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538), น.20-23.

<sup>18</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น.53-54.

<sup>19</sup> เพ็ญอ่าง, น.39 -41.

และสิทธิในความเสมอภาค โดยเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือกิจการจัดได้ว่าเป็นสิทธิในเสรีภาพ ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องให้รัฐต้องเคารพในการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการของบุคคลผู้ทรงสิทธิ เสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือกิจการเป็นเสรีภาพเฉพาะเรื่อง que รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่าง ชัดแจ้ง<sup>20</sup> และจัดได้ว่าเป็นสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจ (Economic Rights)<sup>21</sup> โดยเป็นสิทธิเสรีภาพ ประเภท status negativus กล่าวคือเป็นสิทธิเสรีภาพที่ปัจเจกบุคคลสามารถดำเนินการได้เอง โดยรัฐไม่ต้องดำเนินการใด ๆ และเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ปฏิเสธอำนาจรัฐที่แสดงออกในรูปสิทธิเชิง ป้องกันอันเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพปัจเจกบุคคลจากการแทรกแซงหรือละเมิดจากรัฐ และเมื่อ พิจารณาจากผู้ทรงสิทธิเสรีภาพ เสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือกิจการนั้นเป็นสิทธิพลเมืองซึ่งเป็น ของพลเมืองของชาติเท่านั้น<sup>22</sup> เสรีภาพในการประกอบกิจการกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ มีลักษณะร่วมกันดังได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น แต่ก็มีลักษณะเฉพาะซึ่งแตกต่างกันได้ ดังต่อไปนี้

### 2.2.1.1 เสรีภาพในการประกอบกิจการ

เสรีภาพในการประกอบกิจการนั้นเริ่มจากเสรีภาพในการจัดตั้งหรือ ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เสรีภาพในการประกอบกิจการมีเป้าหมายในการรับรองความเป็นอิสระ ในการประกอบการทางเศรษฐกิจ โดยมีเนื้อหาของหลักการดังกล่าวว่าประชาชนทุกคนย่อมมีเสรีภาพ ในการเลือกประกอบอาชีพทุกอาชีพที่ไม่ได้มีกฎหมายกำหนดข้อจำกัดไว้ ดังนั้นเสรีภาพในการ ประกอบกิจการจึงหมายความว่าถึง เสรีภาพที่จะดำเนินการหรือเลือกวิธีประกอบการทางธุรกิจ นอกจากนั้นเสรีภาพในการประกอบการยังมีความเกี่ยวพันกันอย่างมากกับเสรีภาพในการทำงาน (Freedom to Work) กับเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)<sup>23</sup> แท้จริงแล้วเสรีภาพ ในการประกอบกิจการมีลักษณะเป็นอย่างเดียวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่เมื่อกล่าวถึงการ ประกอบกิจการอาจให้ความหมายไปในทำนองการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในภาคธุรกิจที่ไม่ใช่ การทำงานของบุคคลแต่ละบุคคลไป

<sup>20</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์), น.226-238.

<sup>21</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น.31.

<sup>22</sup> บุญศรี มีวงศ์ไชย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.54-56.

<sup>23</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของ ฝรั่งเศส”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 24, ฉบับที่ 3, น.595 – 596 (กันยายน 2539).

### 2.2.1.2 เสรีภาพในการประกอบอาชีพ

เสรีภาพในการประกอบอาชีพถ้าหากไม่ได้กล่าวถึงในบริบทของการประกอบกิจการทางธุรกิจ แต่หมายถึงการทำงานด้วยกำลังกายหรือสติปัญญาของคนทั่วไป หรือที่เรียกว่าเสรีภาพในการทำงาน ซึ่งต่างกับเสรีภาพในการประกอบกิจการตรงที่เสรีภาพในการประกอบกิจการจะเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในอุตสาหกรรมและการค้า โดยมีการลงทุนเป็นปัจจัยสำคัญ สำหรับเสรีภาพในการประกอบอาชีพย่อมเป็นหลักการที่ห้ามไม่ให้วางกฎเกณฑ์บังคับต่อบุคคลที่มีความประสงค์จะทำงานเพื่อไม่ให้ทำงาน หรือบังคับต่อบุคคลที่ไม่ประสงค์ทำงานเพื่อให้ทำงาน นอกจากนี้ยังใช้กับกรณีลูกจ้างที่มีสิทธิจะเลือกว่าจะทำงานหรือไม่ กับนายจ้างที่จะเลือกว่าจะมีการจ้างให้ทำงานหรือไม่ ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจบังคับหรือห้ามไม่ให้มีการจ้างงานหรือห้ามบอกเลิกการจ้างงาน เว้นแต่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย โดยหลักการดังกล่าวมีหลักการเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นพื้นฐานของเสรีภาพในการทำงาน<sup>24</sup> นอกจากนี้เสรีภาพในการประกอบอาชีพอาจหมายถึงสิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกและประกอบอาชีพ ไม่ว่าจะ เป็นกิจการของตนเองหรือเป็นผู้รับจ้าง เสรีภาพดังกล่าวเป็นการประกันให้บุคคลสามารถทำงานตามถนัดยึดถือเป็นอาชีพของตนได้ นอกจากนี้บุคคลย่อมสามารถพัฒนาบุคลิกภาพของตนในการประกอบอาชีพ เพราะอาชีพเป็นหน้าที่และพื้นฐานของชีวิต หลักเสรีภาพในการประกอบอาชีพจึงมีความจำเป็นสำหรับการประกอบกิจการใหญ่ ๆ ด้วย<sup>25</sup> เสรีภาพในการประกอบอาชีพนี้โดยส่วนใหญ่เห็นว่านิติบุคคลก็มีเสรีภาพในการประกอบอาชีพนี้ด้วย แต่ชาวต่างชาติไม่มีเสรีภาพในการประกอบอาชีพดังกล่าว โดยถ้าหากชาวต่างชาติจะประกอบอาชีพจะต้องได้รับอนุญาตและมีใบอนุญาตในการเข้าทำงาน เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีใบอนุญาตดังกล่าวที่เรียกว่า Green card<sup>26</sup>

กล่าวโดยสรุปได้ว่าแม้เสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือเสรีภาพในการทำงาน กับเสรีภาพในการประกอบกิจการจะใช้ในบริบทที่แตกต่างกันอยู่บ้างนั้น แต่เสรีภาพในการประกอบอาชีพและกิจการนั้นมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ เสรีภาพในการเลือกอาชีพ และเสรีภาพในการดำเนินอาชีพ โดยเสรีภาพดังกล่าวนี้เป็นเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ที่รัฐได้รับรองเสรีภาพดังกล่าวขึ้นเพื่อให้ประชาชนสามารถดำรงชีวิตและมีเจตจำนงอิสระในการดำรงอยู่บนพื้นฐานทางเศรษฐกิจ หรืออาจกล่าวอย่างเรียบง่ายได้ว่าเป็นเสรีภาพเพื่อปากท้องและการดำรงชีพของ

<sup>24</sup> เพิ่งอ้าง, น.596.

<sup>25</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 2*, น.80 – 81.

<sup>26</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบาย วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน , (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์,2535), น.152 – 153.

ประชาชนในการมีชีวิตรอดอยู่ในสังคมอย่างแท้จริง โดยการจำแนกออกเป็นเสรีภาพในการเลือกอาชีพ กับเสรีภาพในการดำเนินอาชีพหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น เห็นได้ชัดในมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมนีได้กำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิที่แตกต่างกัน ซึ่งเสรีภาพในการเลือกอาชีพปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ แต่เสรีภาพในการดำเนินอาชีพหรือประกอบอาชีพได้กำหนดเงื่อนไขธรรมดาให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ แต่อย่างไรก็ตามแม้เสรีภาพในการเลือกอาชีพจะไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิดังกล่าวไว้ ถ้าหากมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและไม่อาจหลีกเลี่ยงต่อมาตรการในการจำกัดเสรีภาพในการเลือกอาชีพได้ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องเลือกมาตรการที่กระทบต่อเสรีภาพในการเลือกอาชีพน้อยที่สุด<sup>27</sup>

## 2.2.2 ข้อความคิดว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบ

### อาชีพ

ข้อความคิดว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยกฎหมาย ผู้เขียนจะได้กล่าวถึง หลักการทั่วไปในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยกฎหมาย ซึ่งมีหลักนิติรัฐเป็นหัวใจสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยกฎหมายต้องเป็นไปตามหลักการว่าด้วยการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพจะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

### 2.2.2.1 หลักการทั่วไปในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยกฎหมาย

โดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เฉพาะเพื่อการบางอย่างเท่านั้น หากได้มีการตรากฎหมายเพื่อการใดที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้ แม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ การจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นก็เป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์หรือเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยไม่ชอบ<sup>28</sup> หลักการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตั้งอยู่บนหลักนิติรัฐที่เรียกร่องรัฐให้จำกัดอำนาจอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม โดยรัฐต้องประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้กับประชาชน ซึ่งองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันกับหลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายตามอำเภอใจไม่ได้ แต่ต้องผูกพันต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญอันเป็นคุณค่าพื้นฐานและเป็นหลักความยุติธรรมของรัฐ

<sup>27</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ , ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2561), น.104 - 106.

<sup>28</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น.87 - 89.

ในขณะที่เดียวกันก็ต้องตระหนักถึงหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะด้วย องค์ประกอบของนิติรัฐประกอบด้วยองค์ประกอบทางด้านรูปแบบและด้านเนื้อหา ในทางรูปแบบองค์กรของรัฐต้องผูกพันตนกับกฎหมายที่ตราตามรัฐธรรมนูญหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้ไว้ โดยองค์ประกอบในทางรูปแบบ ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ หลักการประกันสิทธิในทางศาล หลักความเป็นอิสระของตุลาการ ส่วนในทางเนื้อหา รัฐต้องประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานให้มีค่าบังคับในรัฐธรรมนูญ โดยองค์ประกอบในทางเนื้อหา ได้แก่ หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ<sup>29</sup>

หลักนิติรัฐที่สำคัญในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยกฎหมาย ได้แก่ หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติหรือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น หมายความว่า องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ในกรณีที่กฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญกฎหมายนั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้<sup>30</sup> หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจะได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุดของระบบกฎหมายของรัฐ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่ใช่หลักการของการวางกรอบการขัดแย้งของกฎหมายในเชิงรูปแบบของกฎหมายต่างลำดับชั้นเท่านั้น แต่หลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญเรื่องของความผูกพันและการทำให้สามารถบรรลุความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับกฎหมายต่าง ๆ<sup>31</sup> Franz-Joseph Peine มีความเห็นที่น่าสนใจว่า การทำให้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายบรรลุความมุ่งหมายนั้นต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 6 ประการ ได้แก่<sup>32</sup>

(1) รัฐธรรมนูญนั้นต้องเป็นหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายหน้าทีในการเป็นเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญแสดงออก 2 กรณี คือ ประการแรกรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไข

<sup>29</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 20*, น.159 – 190.

<sup>30</sup> *เพ็ญอ้าง*, น.171 – 175.

<sup>31</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, (กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2560), น.47.

<sup>32</sup> Franz-Joseph Peine, Normenkontrolle und Konstitutionelles System, *Der Staat* 22 (1983), S.529 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *เพ็ญอ้าง*, น.49-51.

ในทางรูปแบบในกระบวนการตรากฎหมาย และประการที่สองในรัฐธรรมนูญกำหนดหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาของกฎหมายเฉพาะเรื่องไว้ รัฐธรรมนูญจึงเป็นเกณฑ์ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งเกณฑ์ในทางรูปแบบ และเกณฑ์ในทางเนื้อหา

(2) การละเมิดรัฐธรรมนูญอันเป็นเกณฑ์หลักโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จะต้องเป็นเรื่องที่สามารถเกิดขึ้นได้ เจื่อนไขประการนี้ตั้งอยู่บนบทสันนิษฐานว่าจำเป็นจะต้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดลำดับชั้นกฎหมายของระบบกฎหมาย

(3) รัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นที่สูงที่สุด มีฐานะเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่า ด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดเช่นนี้จึงจำเป็นต้องมีหลักประกันเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดสภาพการณ์ที่รัฐธรรมนูญไม่มีผลใช้บังคับ และสูญเสียความเป็นกฎหมายหลักของระบบกฎหมาย

(4) การทำให้หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญบรรลุผลได้นั้น ต้องทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างองค์กร กระบวนการ และอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ กับอำนาจในการออกกฎหมายธรรมดา

(5) ระบบกฎหมายต้องยอมให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้อำนาจองค์กรตุลาการ ที่เรียกว่า “สิทธิในการตรวจสอบของตุลาการ” ถ้าไม่มีองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ไม่มี ความหมายในทางปฏิบัติ

(6) ต้องมีหลักประกันว่าคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ต้องได้รับการยอมรับจากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ กล่าวคือคำวินิจฉัยต้องผูกพันองค์กรของรัฐทั้งหลาย

กรณีหลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นหลักการที่จำเป็นสำหรับหลักนิติรัฐนั้น รัฐจะก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพตามอำเภอใจไม่ได้แต่ต้องผูกพันกับหลักการต่าง ๆ ที่มีค่าบังคับในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแม้จะเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแต่ต้องผูกพันต่อหลักการที่สำคัญในรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิเสรีภาพ หลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมาย หลักการอ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพ เป็นต้น<sup>33</sup> ดังนั้นหลักการในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพ ได้แก่

<sup>33</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น.179 – 190.

### (1) กระทำได้เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

การตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพหรือที่เรียกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้น กระทำได้เฉพาะที่เงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กล่าวคือ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิเสรีภาพได้มีการกำหนดเงื่อนไขไว้เฉพาะให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยรัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าสิทธิเสรีภาพนั้นจะถูกจำกัดได้ในเรื่องใดบ้าง โดยเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อาจเป็นเงื่อนไขธรรมดา หรือเงื่อนไขพิเศษ เงื่อนไขธรรมดา คือการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเพียงว่าฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์ใดหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ใด แต่อย่างไรก็ตามฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพได้เมื่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือคุณค่าอื่นที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สำหรับเงื่อนไขพิเศษ คือการที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นได้ ต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์หรือประโยชน์ที่รัฐธรรมนูญมาตรานั้น ๆ กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ<sup>34</sup>

### (2) ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการสำคัญที่เป็นหัวใจหลักในการพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจและผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ซึ่งองค์กรต่าง ๆ ต้องเคารพรวมถึงฝ่ายนิติบัญญัติด้วย โดยหลักความได้สัดส่วนประกอบด้วยสาระสำคัญ ได้แก่ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักแห่งความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ โดยรายละเอียดผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 2.2.2.2

### (3) กฎหมายต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป

กฎหมายที่ตราจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายเพื่อใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง นอกจากนั้นการตรากฎหมายปฏิบัติต่อบุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งแตกต่างออกไปอาจขัดต่อหลักความเสมอภาคได้ กฎหมายที่มีผลบังคับทั่วไปต้องมีลักษณะบังคับหรือห้าม หรือให้อำนาจฝ่ายปกครองบังคับหรือห้ามบุคคลประเภทหนึ่งประเภทใดให้กระทำการใดหรือละเว้นไม่กระทำการใด<sup>35</sup>

<sup>34</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 27*, น.229 – 234.

<sup>35</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น.89 – 91.

#### (4) กฎหมายจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้

กฎหมายที่บัญญัติจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยการกำหนดเงื่อนไขให้ประชาชนต้องปฏิบัติก่อนใช้สิทธิเสรีภาพไว้อย่างเคร่งครัด จนถึงขนาดที่แทบจะไม่มีประชาชนคนใดปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นได้เลย หรือการที่มีการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพเข้าไปถึงแก่นหรือสาระถึงจนเสมือนหนึ่งเป็นการตัดสิทธิเสรีภาพไปเลยจะกระทำไม่ได้<sup>36</sup>

#### (5) กฎหมายต้องมีความชัดเจนแน่นอน

กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพหรือให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิเสรีภาพจะต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าบังคับหรือห้ามหรือให้อำนาจฝ่ายปกครองในการบังคับหรือห้ามบุคคลใด กระทำการหรือละเว้นกระทำการสิ่งใดในกรณีใด และมีความมุ่งหมายเพื่อสิ่งใด บุคคลย่อมไม่กล้าตัดสินใจกระทำการใด ถ้าไม่สามารถคาดคะเนได้ล่วงหน้าว่าการกระทำนั้น ๆ จะส่งผลทางกฎหมายต่อตนอย่างไร และผลจากการกระทำนั้นจะทำให้ได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์ เพื่อประกันความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (Legal Security) กฎหมายจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน<sup>37</sup>

#### (6) กฎหมายต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง

กฎหมายนั้นจะต้องมีการประกาศให้ทราบล่วงหน้า ก่อนที่จะนำไปบังคับใช้กับประชาชน และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับกับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่ได้เกิดขึ้นหรือสิ้นสุดลงแล้วก่อนมีการประกาศใช้กฎหมายไม่ได้ โดยการใช้อกฎหมายย้อนหลังนี้มีข้อสังเกตว่าไม่ใช่การใช้กฎหมายย้อนหลังที่เป็นโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่หมายรวมถึงการใช้อกฎหมายย้อนหลังเพื่อลดทอนสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ ของประชาชนด้วย<sup>38</sup>

#### 2.2.2.2 หลักความได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของหลักนิติรัฐ ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย หลักความได้สัดส่วนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันถือว่าเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญที่ใช้ตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักความได้สัดส่วนมีความจำเป็นในการเปรียบเทียบ ซึ่งจะต้องประเมินค่าความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการสูญเสียเสรีภาพของปัจเจกบุคคล กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจึงต้องให้เหตุผลที่ต่างกัน

<sup>36</sup> เฟ็งอ้าง, น.101 – 103.

<sup>37</sup> เฟ็งอ้าง, น.91.

<sup>38</sup> เฟ็งอ้าง, น.95.

เพราะต้องชี้ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ปัจเจกบุคคลในเรื่องนั้น ๆ<sup>39</sup> หลักความได้สัดส่วนเมื่อนำมาพิจารณากับการใช้อำนาจนิติบัญญัติจะเป็นเกณฑ์ในการควบคุมการร่างกฎหมาย (law-making process) องค์กรนิติบัญญัติจึงต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรากฎหมาย ไม่เช่นนั้นจะทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นขัดกับหลักความได้สัดส่วน เว้นเสียแต่ว่ากฎหมายที่ตราขึ้นจะมีหลักการที่มีค่าบังคับสูงกว่าหรือเท่ากับหลักความได้สัดส่วน<sup>40</sup> เหตุผลที่องค์กรนิติบัญญัติต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรากฎหมาย เพราะว่าการตรากฎหมายเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและวัตถุประสงค์ เป็นการวัดความสัมพันธ์ในการกำหนดมาตรการในทางนิติบัญญัติกับวัตถุประสงค์หรือนโยบายของรัฐ โดยเป็นช่องทางที่นำไปสู่การตรวจสอบนโยบายทางการเมืองโดยแท้ว่าเหมาะสมที่จะนำไปเป็นวัตถุประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติหรือไม่<sup>41</sup>

### (1) สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการทั่วไปในรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย 3 หลักการย่อย ดังนี้<sup>42</sup>

(1.1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) กล่าวคือ มาตรการที่กฎหมายออกมาต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม สามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ มาตรการตามกฎหมายที่ไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ย่อมขัดกับหลักความสัมฤทธิ์ผล

(1.2) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) กล่าวคือ มาตรการตามกฎหมายที่ออกมาต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นที่ทำให้ความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายสำเร็จผล โดยมาตรการนั้นต้องมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด หากมีมาตรการที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์สำเร็จลงได้หลายมาตรการ โดยมาตรการนั้น ๆ มีความรุนแรงแตกต่างกันไปฝ่ายนิติบัญญัติต้องเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยที่สุด

<sup>39</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 18*, น.283-284.

<sup>40</sup> ศรีรัตน์ งามนิสัย, “หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบอบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.29.

<sup>41</sup> *เพ็ญอ้าง*, น.32.

<sup>42</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2* (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน , 2543), น.128 – 131.

เพราะการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตความจำเป็นย่อมไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของหลักความได้สัดส่วน

(1.3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality *strito sensu*) กล่าวคือมาตรการตามกฎหมายที่ออกมานั้นต้องก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่าความเสียหายต่อเอกชนที่ได้รับ แม้ว่ามาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดขึ้นจะเป็นไปตามหลักความสัมฤทธิ์ผล และหลักแห่งความจำเป็นก็ตาม แต่ถ้าหากทำให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะพึงได้รับก็ย่อมไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของหลักความได้สัดส่วน

## (2) การใช้หลักความได้สัดส่วนในการตรากฎหมาย

การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาเกณฑ์ตามหลักความได้สัดส่วนทั้ง 3 หลักการย่อย การตรากฎหมายจะขัดต่อหลักความได้สัดส่วนไม่ได้ เพราะการตรากฎหมายขัดต่อหลักความได้สัดส่วนอาจทำให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญ

ประการแรก การตรากฎหมายจะต้องสอดคล้องกับหลักสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ มาตรการที่จะตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้องสามารถก่อให้เกิดผลตามที่ต้องการ แม้ก่อให้เกิดผลรูปรธรรมเพียงบางส่วนก็ถือว่าสอดคล้องกับหลักสัมฤทธิ์ผลแล้ว แต่อย่างไรก็ตามมาตรการบางมาตรการอาจต้องใช้ระยะเวลาจึงจะบรรลุวัตถุประสงค์ตามมาตรการดังกล่าว แม้มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติเลือกไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ในเวลานั้น แต่ก็ไม่ถือว่าขัดต่อหลักความได้สัดส่วนโดยทันที การพิจารณาความสอดคล้องกับหลักสัมฤทธิ์ผลจะต้องพิจารณาการกำหนดข้อเท็จจริงและการประเมินเกี่ยวกับการคาดการณ์ (prediction) ที่องค์กรนิติบัญญัติได้นำมาใช้ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมาย หากข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายมีความไม่แน่นอนอย่างมากมาตรการทางกฎหมายนั้นอาจขัดหลักความได้สัดส่วนได้ กล่าวได้ว่าการพิจารณาว่าสอดคล้องกับหลักสัมฤทธิ์ผลหรือไม่ เป็นการพิจารณาว่ามาตรการที่จะกำหนดเป็นกฎหมายสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรนิติบัญญัติต้องการได้หรือไม่ โดยการพิจารณาก็มีขอบเขตในการใช้ดุลพินิจ เช่น การประเมินเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือเสรีภาพในการเลือกประกอบวิชาชีพ ซึ่งเป็นการจำกัดเสรีภาพและสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นอย่างมาก ระดับการคาดการณ์มาตรการนั้นต้องมีความเป็นไปได้อย่างแน่นอนที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์<sup>43</sup> นอกจากนั้นการพิจารณาว่ามาตรการที่จะกำหนดเป็นกฎหมายสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้หรือไม่

<sup>43</sup> ศิริรัตน์ งามนิสัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 40*, น.13-18.

องค์การผู้เสนอกฎหมายและองค์การนิติบัญญัติจะต้องประเมินข้อเท็จจริงและการคาดการณ์ว่าสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้หรือไม่ จากสถานการณ์ขณะที่มีการเสนอร่างกฎหมายหรือให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายนั้น<sup>44</sup>

ประการที่สอง การตรากฎหมายนั้นต้องสอดคล้องกับหลักความจำเป็น กล่าวคือ องค์การนิติบัญญัติต้องพิจารณาว่ามาตรการที่จะกำหนดเป็นกฎหมายนั้น เป็นมาตรการที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลน้อยที่สุดแล้วหรือไม่ มีมาตรการอื่นใดที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์โดยกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่าหรือไม่ หลักความจำเป็นไม่ได้พิจารณาว่ามาตรการที่จะกำหนดเป็นกฎหมายจำเป็นจริงหรือไม่ แต่เป็นการพิจารณาว่าระหว่างมาตรการที่มีประสิทธิภาพเท่ากันหรือสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้เหมือนกัน มาตรการใดมีความรุนแรงหรือผลกระทบน้อยที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีเกณฑ์ในการพิจารณาว่ามาตรการที่จะกำหนดเป็นกฎหมายเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ โดยพิจารณาว่ามาตรการที่มีประสิทธิภาพเท่ากัน มาตรการที่จะกำหนดเป็นกฎหมายต้องเป็นมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด และมาตรการที่จะกำหนดเป็นกฎหมายได้ต้องจำกัดสิทธิน้อยกว่ามาตรการอื่น ๆ นอกจากนี้ กรณีที่มาตรการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดภาระต่อสาธารณะ มาตรการที่จะกำหนดเป็นกฎหมายต้องกระทบสาธารณะน้อยที่สุด และกรณีมาตรการใดก่อให้เกิดประโยชน์แก่กลุ่มบุคคลกลุ่มหนึ่ง แต่กระทบประโยชน์ของกลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง ต้องพิจารณาว่าผลประโยชน์ที่เกิดกับกลุ่มบุคคลกลุ่มหนึ่งกับผลกระทบที่เกิดกับกลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งอะไรที่อยู่ในระดับที่สำคัญกว่ากัน<sup>45</sup>

ประการที่สาม การตรากฎหมายนั้นต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ องค์การนิติบัญญัติต้องพิจารณาว่ามาตรการที่กำหนดเป็นกฎหมายต้องได้สัดส่วนกับสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่ถูกจำกัด ความเสียหายที่ปัจเจกบุคคลได้รับกับผลประโยชน์ของสังคมต้องมีดุลยภาพที่เหมาะสมกัน หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีความเหมือนกับหลักความจำเป็นในแง่ของการประเมินค่าเพื่อวินิจฉัยเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบจะใช้พิจารณามาตรการที่จะกำหนดเป็นกฎหมาย และผลที่จะได้รับนั้นต้องได้สัดส่วนซึ่งกันและกัน ขอบเขตของหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเปลี่ยนแปลงไปตามลักษณะการแทรกแซงและการปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละชนิด การพิจารณาคูณค่าทางกฎหมายให้สอดคล้องกัน องค์การนิติบัญญัติต้องแบ่งแยกประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ของสังคมตามรัฐธรรมนูญ โดยรักษากฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญภายในกรอบ

<sup>44</sup> เฟิ่งอ๋าง, น.180.

<sup>45</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 18*, น.280-282.

การประกันสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ ด้วย องค์กรณีบัญญัติจึงต้องแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ ภายใต้หลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐธรรมนูญ (the principle of the unity of the constitution) เช่น กรณีเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เคยใช้ความสมเหตุสมผล (reasonable) การแสดงเหตุผลในทางภาวะวิสัย (objectively justified) หรือความสำคัญ (important) ในการวินิจฉัยว่า เฉพาะการป้องกันรักษาประโยชน์สาธารณะที่มีความสำคัญอย่างมากเท่านั้น ที่มีเหตุผลเพียงพอในการจำกัดเสรีภาพ การจำกัดเสรีภาพข้างต้นทำได้ภายใต้เงื่อนไขว่าเป็นไปเฉพาะเพื่อป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นในสถานการณ์รุนแรงฉุกเฉินเท่านั้น ซึ่งบรรทัดฐานที่ศาลเคยนำมาใช้ควบคุมตรวจสอบ คือ ความสงบเรียบร้อยตามรัฐธรรมนูญ<sup>46</sup>

### (3) การใช้หลักความได้สัดส่วนตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

หลักความได้สัดส่วนเป็นเกณฑ์สำคัญในการตรวจสอบกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การใช้หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถตรวจสอบได้ ดังนี้<sup>47</sup>

ขั้นที่หนึ่ง ต้องตรวจสอบขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองโดยขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองนั้น คือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง สิทธิแต่ละอย่างจะมีขอบเขตที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองอยู่ แต่ก็มีสิทธิขั้นพื้นฐานหลายสิทธิที่มีปัญหาในการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ ซึ่งเป็นปัญหาในการค้นหาความหมายว่ามีความหมายว่าอย่างไร เช่น สิทธิในความเสมอภาค เสรีภาพในทางวิชาการ

ขั้นที่สอง เมื่อทราบขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองแล้ว ต้องตีความขอบเขตและความเป็นไปได้ในการแทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยหลักทั่วไปการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ปัจเจกชน การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานอาจมีหลายรูปแบบ ได้แก่

- รูปแบบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติอนุญาตให้จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานไว้โดยตรงในสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ

- รูปแบบการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำหนดไว้โดยอ้อมในรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้ ซึ่งเรียกว่าสิทธิขั้น

<sup>46</sup> ศรีรัตน์ งามนิสัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น.22-27.

<sup>47</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18*, น.283 – 285.

พื้นฐานกับเงื่อนไขของกฎหมาย โดยอาจแยกได้เป็นเงื่อนไขกฎหมายทั่วไป กับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป เช่น การบัญญัติรับรองว่า “บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” เห็นได้ว่าสิทธิในเคหสถานข้างต้นไม่มีการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ไว้เป็นการเฉพาะ เพียงแต่กำหนดไว้ว่าการล่วงล้ำสิทธิดังกล่าว ต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ สำหรับสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ เช่น การบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” เห็นได้ว่าเสรีภาพในการประกอบอาชีพข้างต้นกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะ การตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพจะจำกัดเสรีภาพโดยอ้างเหตุนอกเหนือจากเงื่อนไขข้างต้นไม่ได้

- สิทธิขั้นพื้นฐานบางประเภทได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าคุ้มครองโดยปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย โดยไม่ได้บัญญัติข้อจำกัดในการใช้สิทธิไว้ แต่สามารถนำเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานมาจำกัดได้ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา

ขั้นที่สาม เมื่อทราบขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะชอบด้วยกฎหมาย เมื่อเป็นไปอย่างได้สัดส่วนในการพิจารณากฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป จะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นเกณฑ์พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนกับสิ่งอื่น ๆ ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง การจะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้แค่ไหนเพียงใดนั้น ย่อมขึ้นกับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะกับสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องนั้น โดยหลักความได้สัดส่วนจะเป็นเกณฑ์การพิจารณาให้เกิดความสมดุล

### 2.2.2.3 กลไกในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

#### โดยกฎหมาย

สำหรับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ รัฐอาจมีกลไกในการควบคุมกำกับดูแลได้ เช่น ใช้กลไกของระบบอนุมัติ และอนุญาต โดยกลไกในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่เกี่ยวกับการอนุมัติ อนุญาต เป็นการจำกัดเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจึงต้องมีการกำหนดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ฝ่ายปกครอง

จะกำหนดเกี่ยวกับการอนุมัติ อนุญาต โดยไม่มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไม่ได้ ในเรื่องดังกล่าวคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยมีความเห็นในเรื่องเสรีที่ 49/2546 เรื่อง การกำหนดให้ แพทย์ต่ออายุใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม ว่า “การออกข้อบังคับแพทยสภาเป็นการออกกฎ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 จึงสามารถกำหนดเรื่องต่าง ๆ ได้เพียงภายในขอบเขตที่พระราชบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจไว้ เมื่อพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรมฯ บัญญัติให้แพทยสภาให้อำนาจออกข้อบังคับแพทยสภาในเรื่องหลักเกณฑ์การออกใบอนุญาต โดยไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติให้ใบอนุญาตนั้นต้องมีอายุใบอนุญาต หรือมีการต่ออายุใบอนุญาตไว้ด้วย ย่อมมีผลทำให้ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถใช้ได้ ตลอดไปจนกว่าจะมีการเพิกถอนตามเงื่อนไขของกฎหมาย การจะมีข้อกำหนดในข้อบังคับแพทยสภา ให้ใบอนุญาตสิ้นอายุตามระยะเวลาที่กำหนดและต้องต่อใบอนุญาตจึงเป็นการออกข้อบังคับ เกินขอบเขตที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ และโดยที่การห้ามบุคคลใดประกอบวิชาชีพเวชกรรม เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตนั้นเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งตามมาตรา 29 ประกอบกับ มาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติให้การจำกัดเสรีภาพ ในการประกอบอาชีพจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ การจะกำหนดอายุใบอนุญาตขึ้นไว้จึงเท่ากับเป็นการจำกัดระยะเวลาการประกอบอาชีพ ไปด้วย ซึ่งการจะกระทำเช่นนั้นได้ต้องกำหนดไว้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ดังเช่นที่มี การบัญญัติไว้โดยเฉพาะในกฎหมายประกอบวิชาชีพอื่น ๆ ในกรณีนี้แพทยสภาจึงไม่มีอำนาจออก ข้อบังคับเพื่อกำหนดอายุใบอนุญาตและการต่อใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั้งแพทย์ที่ได้รับ ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมไปแล้วและแพทย์ที่เพิ่งจบใหม่ รวมทั้งไม่สามารถจะกำหนดเรื่อง อายุใบอนุญาตและการต่อใบอนุญาตโดยการออกคำสั่งทางปกครองได้” โดยกลไกในการจำกัด เสรีภาพในการประกอบอาชีพอาจจำแนกได้ 5 ระบบ ดังนี้<sup>48</sup>

### (3.1) ระบบใบอนุญาต การอนุญาต อนุมัติ

ระบบใบอนุญาต การอนุญาต อนุมัติ เป็นระบบที่เข้มงวดที่สุด เนื่องจาก ต้องมีการออกใบอนุญาต ต่อใบอนุญาต และการอนุญาตหรืออนุมัติเป็นการขอดำเนินการในแต่ละครั้ง การอนุญาตเป็นเรื่องที่บุคคลจะดำเนินการได้ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐก่อน ฝ่ายปกครองมีอำนาจ

<sup>48</sup> คณะผู้ศึกษาหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ 6, “รายงาน ข้อเสนอต่อรัฐบาล : ระบบอนุญาต ปัญหาและทางออก : ระบบคณะกรรมการกับการบริหารราชการ แผ่นดิน : การใช้ดุลพินิจในกฎหมายปกครองไทย : การกำหนดโทษทางอาญากับประสิทธิภาพในการ บังคับใช้กฎหมาย”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560 : น.7.

ผู้คนที่จะต้องอนุญาตถ้าผู้ขออนุญาตมีเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดครบถ้วน หรือฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่ ระบบอนุญาตเป็นระบบการควบคุมก่อนหน้าที่ใช้กับเรื่อง ที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างมาก<sup>49</sup> หน่วยงานผู้มีอำนาจจะเป็นผู้ให้สิทธิหรือความยินยอมในการประกอบกิจการหรือกระทำการใด ๆ หากกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย โดยองค์ประกอบของการอนุญาต ได้แก่ (1) พฤติการณ์ที่สามารถอนุญาตให้กระทำการนั้น ๆ ได้ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้กำหนด (2) การอนุญาตในแต่ละกรณีที่เกิดโดยปกติจะเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร<sup>50</sup> การพิจารณาใบอนุญาตต้องมีหลักความสัมพันธ์และสอดคล้องกับลักษณะอันตรายที่จะเกิดขึ้นตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ ที่มุ่งป้องกันด้วย<sup>51</sup> ในอดีตที่ผ่านมาหลายประเทศใช้ระบบอนุญาตเป็นมาตรการหลักในการควบคุมการประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ หรือการกระทำต่าง ๆ ของบุคคล แต่การใช้ระบบอนุญาตเป็นภาระต่อประชาชนมาก เพราะต้องรอการพิจารณาจากทางหน่วยงานที่มีอำนาจ และเสี่ยงต่อปัญหาการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และทำให้การประกอบอาชีพหรือกิจการเกิดความล่าช้าเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันของเอกชน จึงเกิดแนวคิดลดการใช้ระบบอนุญาตขึ้น<sup>52</sup>

### (3.2) ระบบการจดทะเบียน

ระบบการจดทะเบียนเป็นระบบการอนุญาตลดรูป เมื่อได้รับการจดทะเบียนแล้วไม่ต้องมีการต่ออายุ สามารถประกอบกิจการได้จนกว่าจะถูกเพิกถอน ปกติจะไม่มี การคัดกรองคุณสมบัติ ผู้จดทะเบียนสามารถดำเนินการนั้น ๆ ได้ โดยไม่ต้องรอผลการพิจารณาจากหน่วยงานของรัฐ บางกรณีอาจมีการเก็บค่าธรรมเนียมหรือภาษีในการประกอบกิจการเป็นพิเศษได้ และผู้จดทะเบียนอาจต้องให้ข้อมูลพื้นฐานบางประการต่อรัฐ หน่วยงานที่กำกับดูแลอาจยกเลิกการจดทะเบียนภายหลังได้ถ้าผู้จดทะเบียนมีคุณสมบัติไม่ถูกต้องหรือส่งข้อมูลไม่ครบถ้วนหรือไม่ได้ชำระค่าธรรมเนียม<sup>53</sup>

<sup>49</sup> คณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย , “รายงานการศึกษาเรื่องการใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศ,” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560 : น.9 – 10.

<sup>50</sup> เพิ่งอ้าง, น.49 – 50.

<sup>51</sup> เพิ่งอ้าง, น.41.

<sup>52</sup> เพิ่งอ้าง, น.72 – 73.

<sup>53</sup> เพิ่งอ้าง, น.50.

### (3.3) ระบบการขึ้นทะเบียน

ระบบการขึ้นทะเบียนมีลักษณะเดียวกับการจดทะเบียนแต่จะใช้กับการควบคุมการประกอบวิชาชีพหรือการผลิตสินค้าเป็นส่วนใหญ่ โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการที่ประสงค์จะดำเนินการในระบบทะเบียนของหน่วยงานที่กำกับดูแล<sup>54</sup>

### (3.4) ระบบจดทะเบียน

ระบบจดทะเบียนเป็นระบบที่ผ่อนปรนที่สุด เป็นเพียงการแจ้งข้อมูลแก่หน่วยงานของรัฐ เพื่อส่งเสริมการประกอบอาชีพหรือกิจการนั้น ๆ และเพื่อให้รัฐมีข้อมูลในการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมาย โดยการแจ้งนั้นอาจเป็นการแจ้งก่อนดำเนินการหรือหลังดำเนินการ การแจ้งเป็นกลไกที่กระหนาบสิทธิเสรีภาพของบุคคลค่อนข้างน้อย เพราะบุคคลสามารถกระทำการใด ๆ ได้ทันทีโดยไม่ต้องแจ้งต่อหน่วยงานที่กำกับดูแล และกฎหมายมักไม่กำหนดข้อจำกัดบุคคลในเรื่องคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้าม<sup>55</sup>

### (3.5) ระบบผสม

ระบบผสมเป็นระบบที่ค่อนข้างเข้มงวด โดยส่วนใหญ่ใช้บังคับกับกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพหรือการผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของประชาชน

สำหรับกลไกระบบอนุญาตในกฎหมายไทยนั้น คณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้มีคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 โดยได้ให้เหตุผลในคำแนะนำดังกล่าวไว้ในอารัมภบทว่า “การใช้ระบบอนุญาตเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลขั้นสูง โดยห้ามมิให้กระทำการที่ต้องขออนุญาตนั้นจนกว่าจะได้รับอนุญาต และมุ่งหวังให้หน่วยงานของรัฐมีการพิจารณาอย่างรอบคอบในการใช้ระบบการควบคุม กำกับดูแล หรือการที่รัฐจะเข้าไปเกี่ยวข้องในกิจกรรม การดำเนินชีวิต หรือการประกอบธุรกิจของประชาชนเท่าที่จำเป็นโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งสมควรต้องพิจารณาตามระดับความสำคัญของกิจกรรม ประโยชน์สาธารณะ และผลกระทบที่จะเกิดขึ้นแก่ประชาชน รวมทั้งความคุ้มค่าของระบบการควบคุมหรือกำกับดูแลที่เลือกใช้ให้มีความเหมาะสม และได้สัดส่วนกับมาตรการที่เลือกใช้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันและมีแนวทางในการจำกัดการใช้ระบบอนุญาตที่ไม่จำเป็นและเป็นภาระแก่ประชาชนจนเกินสมควร” คณะกรรมการพัฒนากฎหมายจึงได้แบ่งระดับ

<sup>54</sup> เฟิงอ๋าง, น.62.

<sup>55</sup> เฟิงอ๋าง, น.35.

การควบคุม กำกับดูแล หรือการที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการทำกิจกรรม การดำเนินชีวิต หรือการประกอบธุรกิจของประชาชนในกฎหมายเป็น 4 ระดับ ดังนี้

(1) การกำหนดกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติตาม : มีวัตถุประสงค์เพื่อวางกฎเกณฑ์ หรือมาตรฐานให้ประชาชนหรือผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตาม โดยรัฐสามารถติดตามตรวจสอบ การดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์หรือมาตรฐานดังกล่าวได้ในภายหลัง ทั้งกรณีที่รัฐติดตาม ตรวจสอบเองหรือกรณีมีผู้ร้องเรียน

(2) การจดทะเบียน : มีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐได้ทราบข้อมูลและสามารถ ติดตามได้อย่างใกล้ชิด เป็นกรณีที่รัฐต้องการทราบข้อมูลเชิงสถิติเพื่อใช้ในการบริหารจัดการภาครัฐ และการกำกับดูแลการทำกิจกรรม หรือการประกอบธุรกิจ โดยกำหนดให้จดทะเบียนหรือ รายละเอียดบางประการต่อหน่วยงานผู้รับผิดชอบก่อนดำเนินการ โดยหน่วยงานผู้รับผิดชอบมีหน้าที่ เพียงยืนยันความครบถ้วนของรายการเท่านั้น

(3) การจดทะเบียน/การขึ้นทะเบียน : มีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจสอบและ ติดตาม สำหรับกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อสาธารณะในระดับที่มีได้รุนแรงมากนัก แต่รัฐจำเป็นต้องเข้า มากำกับดูแล เพื่อรับรองคุณสมบัติหรือคุณวุฒิของผู้ประกอบการ เพื่อประกอบการตัดสินใจในการใช้ บริการของประชาชนหรือเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและการส่งเสริมหรือสนับสนุนจากภาครัฐ โดยในการรับจดทะเบียนหรือขึ้นทะเบียนอาจกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามได้ ทั้งนี้ หากผู้ขอมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนด หน่วยงานของรัฐไม่อาจปฏิเสธการรับจดทะเบียนหรือขึ้นทะเบียนบุคคลนั้นได้

(4) การอนุญาต/ใบอนุญาต : มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นมาตรการ ในการควบคุมและกำกับดูแลการทำกิจกรรมหรือการประกอบธุรกิจของประชาชนที่มีความเข้มงวดสูง หรือมีความจำเป็นต้องกำหนดจำนวนหรือปริมาณ เพราะมีลักษณะที่กระทบต่อชีวิต สิทธิ เสรีภาพ สังคม หรือประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง จึงต้องห้ามมิให้ประกอบกิจกรรมหรือธุรกิจนั้นจนกว่าจะ ได้รับอนุญาต โดยการใช้ระบบอนุญาตสามารถกระทำได้เมื่อเป็นกรณีที่ไม้อาจหลีกเลี่ยงได้ เนื่องจากการควบคุมหรือกำกับดูแล ตามระดับที่กำหนดไว้ตาม 1 ถึง 3 ไม่เพียงพอสำหรับการคุ้มครอง ประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน

(4.1) ไม่มีมาตรการอื่นที่ดีกว่าเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการ คุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน

(4.2) ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อส่วนรวม

(4.3) ไม่เป็นภาระแก่ประชาชนจนไม่คุ้มค่ากับประโยชน์ที่ภาครัฐ จะได้รับ

สำหรับการที่กฎหมายจะใช้กลไกควบคุมกำกับดูแลการประกอบอาชีพรูปแบบใดนั้นขึ้นอยู่กับระดับความเข้มข้นที่รัฐประสงค์จะควบคุม และขึ้นอยู่กับประโยชน์สาธารณะที่รัฐมุ่งคุ้มครองว่ามีความสำคัญในระดับใด ซึ่งในแต่ละประเทศอาจให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะในเรื่องต่าง ๆ ที่แตกต่างกันไป นอกจากการพิจารณาใช้มาตรการต่าง ๆ จากสิ่งที่มุ่งคุ้มครองแล้ว อาจต้องพิจารณาจากผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นด้วย โดยอาจต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย

## 2.3 หลักความเสมอภาคในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ

หลักความเสมอภาคในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพผู้เขียนจะได้กล่าวถึงข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและการพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค

### 2.3.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักการเรื่องเสรีภาพอันเป็นพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย เพราะความเสมอภาคทำให้เกิดการใช้เสรีภาพอย่างทั่วถึง ถ้าเสรีภาพใช้ได้เฉพาะกับคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้นย่อมไม่ถือว่ามีเสรีภาพ ความเสมอภาคจึงเป็นหลักประกันที่ทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นอย่างแท้จริง หลักความเสมอภาคเป็นหลักการปฏิบัติที่ยืนยันว่า ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยเกณฑ์เดียวกัน<sup>56</sup> หลักความเสมอภาคคือสิทธิของประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียม องค์กรของรัฐต่าง ๆ ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันหรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค ในทางปฏิบัติจะมีการแบ่งบุคคลออกเป็นประเภท และปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันไป

<sup>56</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, "หลักความเสมอภาค", วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30, ฉบับที่ 2 น.164 – 165 (มิถุนายน 2543).

นอกจากนี้หลักความเสมอภาคนั้นคือความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย โดยปรากฏตัวในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป เช่น ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม ความเสมอภาคในการทำงานภาครัฐ และความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ<sup>57</sup>

#### (1) ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม

ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายมีความสัมพันธ์กับความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรมอย่างใกล้ชิด ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรมเป็นกรณีนำความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายมาใช้ กฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการอยู่ภายใต้กระบวนการเดียวกันหรือความรับผิดชอบต่อกฎหมายอย่างเดียวกันย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค

#### (2) ความเสมอภาคในการทำงานภาครัฐ

หลักการโดยทั่วไปการคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานภาครัฐที่ใช้วิธีการสอบแข่งขันเป็นวิธีการที่เหมาะสมและเสมอภาคมากที่สุด แต่วิธีการสอบแข่งขันไม่ใช่วิธีการเดียวที่จะคัดเลือกบุคคลเข้าทำงาน อาจมีวิธีการอื่น ๆ ที่สามารถกระทำได้โดยไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เช่น การรับบุคลากรด้านการต่างประเทศอัตราส่วนร้อยละ 5 จากบุคคลที่ไม่ได้เป็นข้าราชการ แต่ดำรงตำแหน่งหัวหน้างานทางการทูตที่ทำงานมาแล้วไม่น้อยกว่า 6 เดือน ไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคในการทำงานภาครัฐ

#### (3) ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ

หลักความเสมอภาคนั้นไม่ใช่อย่างเดียวกันกับหลักความเป็นเอกภาพ เพราะหลักความเสมอภาคนั้น เป็นความเสมอภาคแบบสัดส่วนที่ปฏิบัติต่อสถานการณ์อย่างเดียวกันเหมือนกัน ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกันของผู้รับบริการสาธารณะนั้นต้องสามารถอธิบายเหตุผลได้

### 2.3.2 การพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค

การพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค มีความมุ่งหมายในการพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันของมาตรการตามกฎหมายมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามเกณฑ์ในเรื่องนั้น ๆ โดยการปฏิบัติที่แตกต่างกันที่มีเหตุผลอันสมควรนั้นจะต้องมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในทางที่ชอบธรรมและเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

#### 2.3.2.1 ข้อพิจารณาความสอดคล้องของมาตรการกฎหมายกับหลักความเสมอภาค

การพิจารณาความสอดคล้องของมาตรการกฎหมายกับหลักความเสมอภาคเป็นการพิจารณาว่าการแบ่งแยกบุคคลเป็นประเภทแล้วปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกัน

<sup>57</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 56*, น.171 – 174.

แตกต่างกันออกไปมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหรือไม่ เพราะฉะนั้นมาตรการกฎหมายใดจะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขสามประการด้วยกัน ประการแรกการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลต้องมีความมุ่งหมายที่ชอบธรรมเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์สาธารณะนั้นเป็นประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะคุ้มครองหรือให้เกิด ประการที่สองการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลต้องเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมได้จริง และประการที่สามการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลนั้นต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นต่อการดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์<sup>58</sup>

การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลถ้าหากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าว ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล นอกจากนั้นหลักความเสมอภาคย่อมผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเรียกว่า “ความเสมอภาคของกฎหมาย” การบัญญัติกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึงหลักความสอดคล้องกันของระบบกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายให้มีการปฏิบัติแตกต่างกันเนื่องจากผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน หรือเนื่องมาจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกันจะต้องมีเหตุผลอันสมควร<sup>59</sup> นอกจากนี้การพิจารณาความสอดคล้องกันของมาตรการกฎหมายกับหลักความเสมอภาคอาจมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาโดยละเอียด ดังนี้<sup>60</sup>

(1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันต้องเป็นผลจากการบัญญัติกฎหมายขององค์กรเดียวกัน การที่นิติบุคคลมหาชนองค์กรหนึ่งกำหนดเกณฑ์การปฏิบัติแตกต่างจากอีกองค์กรหนึ่งนั้น ย่อมไม่เป็นการปฏิบัติที่ขัดกับหลักความเสมอภาค เพราะนิติบุคคลมหาชนมีอิสระที่จะดำเนินการตามความคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมและผลประโยชน์ขององค์กรนั้น ๆ

(2) การกำหนดกฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้นต้องพิจารณาจากกฎเกณฑ์โดยรวม เพื่อให้เหตุผลสนับสนุนหรือปฏิเสธต่อการปฏิบัติที่แตกต่างกัน โดยต้องพิจารณาจากหลักการพื้นฐานเฉพาะเรื่องในเรื่องนั้น ๆ ด้วย การกำหนดกฎเกณฑ์ที่แตกต่างจากหลักการพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ ต้องมีเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอ

(3) การปฏิบัติให้แตกต่างด้วยเหตุผลประโยชน์มหาชนอาจนำไปสู่ความแตกต่างกันของกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติได้ แม้วัตถุประสงค์ของกฎหมายโดยรวมจะเรียกร้องความเป็นเอกภาพของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ แต่ด้วยเหตุผลของประโยชน์มหาชนอันใดอันหนึ่งอาจทำให้กฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไม่เป็นเอกภาพ ประโยชน์มหาชนจึงเป็นข้อยกเว้นของกฎเกณฑ์โดยรวม

<sup>58</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 42*, น.94 – 99.

<sup>59</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 18*, น.147.

<sup>60</sup> *เพ็ญอ่าง*, น.135 – 140.

ในเรื่องนั้น ๆ ในกรณีเช่นนี้สามารถให้เหตุผลสนับสนุนจากข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ซึ่งอาจพิจารณาจากนโยบายของรัฐในเรื่องนั้น ๆ

(4) การปฏิบัติให้แตกต่างกันเนื่องจากระบบที่แตกต่างกัน หลักกฎหมายเดียวกันแต่เมื่ออยู่ในระบบกฎหมายหรือสถาบันกฎหมายที่แตกต่างกันอาจมีลักษณะกฎเกณฑ์เฉพาะที่แตกต่างกันไป เนื่องจากระบบกฎหมายแต่ละระบบย่อมมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันไปได้ เช่น กฎหมายสวัสดิการข้าราชการ ย่อมแตกต่างจากกฎหมายช่วยเหลือเด็กกำพร้า หลักการช่วยเหลือของทั้งสองกรณีจึงอาจแตกต่างกัน

(5) การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันเนื่องมาจากประเพณีวัฒนธรรมนั้น เรื่องขนบธรรมเนียมประเพณีวัฒนธรรมในบางกรณีมีความสำคัญ ขนบธรรมเนียมประเพณีวัฒนธรรมที่แตกต่างกันอาจนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ แต่ตราบใดที่ไม่ทำให้กลุ่มบุคคลต่างกลุ่มไปเสียเปรียบย่อมสามารถยอมรับได้ไม่ละเมิดต่อหลักความเสมอภาค

(6) ความสอดคล้องกันของระบบกฎหมายนั้นเป็นหลักการที่ห้ามไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่ขัดแย้งกันเอง หากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัตินั้นบัญญัติกฎหมายแตกต่างไปจากระบบกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติเองนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมสามารถบัญญัติแตกต่างได้แต่ต้องสามารถอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผล เช่น การบัญญัติที่แตกต่างนั้นจะต้องไม่เป็นการปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันแตกต่างกันออกไป

### 2.3.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายกับหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคแม้ได้มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด แต่จำเป็นต้องมีกลไกที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้และการตีความหลักความเสมอภาค รัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบหลักความเสมอภาค ซึ่งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบได้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคทั้งก่อนที่กฎหมายจะประกาศใช้บังคับและภายหลังที่กฎหมายใช้บังคับแล้ว<sup>61</sup> โดยการพิจารณาว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ ต้องพิจารณาในประเด็นดังต่อไปนี้<sup>62</sup>

(1) กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันในข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันหรือไม่

<sup>61</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.88 – 91.

<sup>62</sup> เพ็งอ้วง, น.154 – 155.

(2) การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นให้เหตุผลตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ โดยพิจารณาในรายละเอียด ดังนี้

(2.1) การบัญญัติกฎหมายนั้นเป็นไปตามกระบวนการนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่

(2.2) กฎหมายฉบับนั้นสอดคล้องกับหลักเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญไว้ในกฎหมายเอง โดยไม่ได้มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครอง

(2.3) การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีความมุ่งหมาย เพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(2.4) กรณีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง การปฏิบัติที่แตกต่างกันเป็นไปตามเจตนารมณ์พิเศษของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องหรือไม่ กล่าวคือ การปฏิบัติที่แตกต่างกันละเมิดหลักเกณฑ์การห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ หรือมีเหตุผลที่เป็นข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

(3) การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ว่าสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคหรือไม่นั้น สามารถตรวจสอบได้ดังนี้

(3.1) ฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีความชัดเจนในการประเมินพื้นฐานที่ถูกต้อง ต่อการกำหนดความแตกต่างโดยเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติ สำหรับการกำหนดบุคคลออกเป็นประเภทในการเปรียบเทียบหรือการกำหนดลักษณะองค์ประกอบ ย่อมขึ้นกับความมุ่งหมายของเกณฑ์ในเรื่องนั้น ๆ

(3.2) การกำหนดความเหมือนหรือความแตกต่างในเรื่องใดเรื่องที่จะนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายต้องประเมินภายใต้ขอบเขตหลักกฎหมายทั่วไป และการกำหนดความแตกต่างนั้นต้องสอดคล้องกับเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้แล้วตาม “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญคือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ รวมถึงบทบัญญัติกฎหมายอื่นที่ได้รับหลักการจากรัฐธรรมนูญ

(3.3) กฎเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เฉพาะเรื่องของเรื่องนั้น ๆ ด้วย ซึ่งเป็นไปตาม “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายเฉพาะเรื่อง”

(3.4) การตัดสินใจในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติต้องอยู่บนพื้นฐานความสอดคล้องกันของระบบกฎหมาย และต้องสอดคล้องกับข้อความคิดพื้นฐาน รวมทั้งทำให้องค์ประกอบของกฎหมายมีผลในทางปฏิบัติ

(4) องค์ประกอบและผลในทางกฎหมายของเรื่องนั้น ๆ ต้องกำหนดไว้  
อย่างชัดเจน



### บทที่ 3

## แนวคิดเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายต่างประเทศ

แนวคิดเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงข้อความคิดว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพในระบบกฎหมายระหว่างประเทศอันประกอบด้วยปฏิญญาสากลและพันธกรณีที่มีความสำคัญต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพ นอกจากนี้จะได้กล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของกฎหมายต่างประเทศ โดยผู้เขียนได้นำเสนอแนวคิดทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศแคนาดา ซึ่งมีแนวคิดทางกฎหมายที่น่าสนใจเหมาะแก่การนำมาพิจารณาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย

### 3.1 ข้อความคิดว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ

ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศได้มีกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับให้การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญของการพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

#### 3.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1948)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนถือเป็นมาตรฐานที่ประเทศสมาชิกสหประชาชาติร่วมกันจัดทำเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนทั่วโลก และได้มีการวางหลักการในการห้ามเลือกปฏิบัติและการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยได้มีการวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในข้อ 2 ว่าทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด ด้วยเหตุต่าง ๆ ทั้งเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิด

หรือสถานะอื่น<sup>1</sup> และได้วางหลักการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพในข้อ 23 (1) ว่าทุกคนมีสิทธิในการทำงาน ในการ เลือกลงานโดยอิสระ ในเงื่อนไขที่ยุติธรรมและเอื้ออำนวยต่อการทำงาน และในการคุ้มครองต่อการว่างงาน<sup>2</sup>

### 3.1.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Convention on Civil and Political Right 1966)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้วางหลักการในการคุ้มครองส่งเสริมเสรีภาพในทางเศรษฐกิจและคุ้มครองความเสมอภาคไว้ ในภาค 1 ข้อ 1 ได้วางหลักการว่าประชาชนทั้งปวงมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง โดยมีสิทธิดำเนินการอย่างเสรีในการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม<sup>3</sup> และได้วางหลักการว่า เพื่อจุดมุ่งหมายของตน ประชาชนทั้งปวงอาจจัดการปกครองและทรัพยากรธรรมชาติของตนได้อย่างเสรี โดยไม่กระทบต่อ

---

<sup>1</sup>Universal Declaration of Human Rights 1948 Article 2

Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

<sup>2</sup> Universal Declaration of Human Rights 1948 Article 23

(1) Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.

<sup>3</sup> The International Convention on Civil and Political Right 1966

Part 1 (Article 1) 1. recognizes the right of all peoples to self-determination, including the right to "freely determine their political status", [11] pursue their economic, social and cultural goals, and manage and dispose of their own resources. It recognises a negative right of a people not to be deprived of its means of subsistence, [12] and imposes an obligation on those parties still responsible for non-self governing and trust territories (colonies) to encourage and respect their self-determination.

พันธกรณีใด ๆ อันเกิดจากความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการแห่งผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน และกฎหมายระหว่างประเทศ ประชาชนจะไม่ถูกลิดรอน จากวิถีทางแห่งการยังชีพของตนไม่ว่าในกรณีใด ๆ<sup>4</sup>

นอกจากนั้นในภาค 3 ข้อ 26 ได้วางหลักการว่า บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในกรณีนี้กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจรงจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น ๆ<sup>5</sup>

### 3.1.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

#### (International Convent on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมได้วางหลักการในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพและความเสมอภาคไว้ในภาค 2 ข้อ 2 โดยวางหลักการว่ารัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้จะใช้ได้

---

<sup>4</sup> The International Convention on Civil and Political Right 1966

Part 1 (Article 1) 2. All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.

<sup>5</sup> The International Convention on Civil and Political Right 1966

Part 3 (Article 26) All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น<sup>6</sup>

ภาค 3 ข้อ 6 วางหลักการว่ารัฐภาคีแห่งกติกานี้รับรองสิทธิในการทำงาน ซึ่งรวมทั้งสิทธิของทุกคนในโอกาสที่จะหาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือกหรือรับอย่างเสรีและจะดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมในการปกป้องสิทธินี้ และขั้นตอนซึ่งรัฐภาคีแห่งกติกาจะต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุผลในการทำให้สิทธินี้เป็นจริงอย่างบริบูรณ์ จะต้องรวมถึงการให้คำแนะนำทางเทคนิคและวิชาชีพและโครงการฝึกอบรม นโยบายและเทคนิคที่จะทำให้บรรลุผลในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างสม่ำเสมอและการจ้างงานอย่างบริบูรณ์และเป็นประโยชน์ภายใต้เงื่อนไขทั้งหลาย ที่เป็นการปกป้องเสรีภาพขั้นพื้นฐานทางการเมืองและทางเศรษฐกิจของปัจเจกบุคคล<sup>7</sup> นอกจากนี้ในข้อ 7 ยังได้รับรองสิทธิในสภาพการทำงานที่ยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องค่าตอบแทน สภาพการทำงาน โอกาสความเท่าเทียมในความก้าวหน้า และการพักผ่อน<sup>8</sup>

<sup>6</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

Part 2 (Article 2) 2. The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

<sup>7</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

Part 3 (Article 6) 1. The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.

2. The steps to be taken by a State Party to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.

<sup>8</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

### 3.1.4 ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights

#### Declaration - AHRD)

ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งแสดงเจตนารมณ์การคุ้มครองและการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนของอาเซียนได้มีการวางหลักการในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพและความเสมอภาคไว้ ในข้อ 2 วางหลักการว่าบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญา โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด ๆ อาทิ เชื้อชาติ เพศสภาพ อายุ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม สถานะทางเศรษฐกิจ การเกิด ความพิการ หรือสถานะอื่น<sup>9</sup> และในข้อ 27 ได้วางหลักการไว้ว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิ

---

Part 3 (Article 7) The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular:

(a) Remuneration which provides all workers, as a minimum, with:

(i) Fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work;

(ii) A decent living for themselves and their families in accordance with the provisions of the present Covenant;

(b) Safe and healthy working conditions;

(c) Equal opportunity for everyone to be promoted in his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence;

(d) Rest, leisure and reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay, as well as remuneration for public holidays

<sup>9</sup> ASEAN Human Rights Declaration – AHRD

Article 2 Every person is entitled to the rights and freedoms set forth herein, without distinction of any kind, such as race, gender, age, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, disability or other status.

ในการทำงาน การเลือกงานอย่างอิสระ การมีสภาพการทำงานที่เป็นธรรม เหมาะสม และเอื้อประโยชน์และมีสิทธิในการเข้าถึงโครงการความช่วยเหลือต่าง ๆ ในกรณีว่างงาน<sup>10</sup>

### 3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของกฎหมายต่างประเทศ

แนวคิดกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาแนวคิดทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศแคนาดา เนื่องจากประเทศเหล่านี้มีแนวคิดในการคุ้มครองผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกับมีหลักการพิจารณาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่น่าสนใจและน่าจะนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณาให้กับระบบกฎหมายไทยได้

#### 3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

##### 3.2.1.1 สภาพการณ์ทั่วไปของการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

รัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติถึงการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยเฉพาะ แต่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเท่าเทียมไว้โดยได้วางหลักการกว้าง ๆ ไว้ ซึ่งศาลจะนำไปปรับใช้และวางบรรทัดฐานต่อไป โดยรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในการแก้ไขครั้งที่ 14 ซึ่งได้แก้ไขเกี่ยวกับสิทธิพลเมืองไว้ในมาตรา 1 ว่า บุคคลทุกคนที่เกิดหรือแปลงสัญชาติในสหรัฐอเมริกาและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายย่อมเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกาและของมลรัฐที่มีภูมิลำเนาอยู่ รัฐจะต้องไม่ออกกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายที่จะเป็นการตัดถอนเอกสิทธิหรือความคุ้มกันของพลเมืองสหรัฐอเมริกา และรัฐใด ๆ

<sup>10</sup> ASEAN Human Rights Declaration – AHRD

Article 27 (1) Every person has the right to work, to the free choice of employment, to enjoy just, decent and favourable conditions of work and to have access to assistance schemes for the unemployed.

จะรอนสิทธิของบุคคลในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากกระบวนการทางกฎหมายที่ชอบหรือปฏิเสธไม่ให้บุคคลใดที่อยู่ในเขตอำนาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันไม่ได้<sup>11</sup>

สำหรับปัญหาการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้นพบว่าชาวอเมริกันประมาณ 47 ล้านคนมีประวัติอาชญากรรม และระหว่าง 13 ถึง 18 ล้านคนที่ถูกกีดกันออกจากสังคมชั่วคราวหรือถาวรเนื่องจากเคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหรือความผิดอาญาอื่น ๆ<sup>12</sup> สหรัฐอเมริกามีกฎหมายและข้อบังคับที่ตัดสิทธิผู้ที่เคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดประมาณ 38,000 ฉบับ และร้อยละ 65 เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน<sup>13</sup> อุปสรรคในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาทั่วประเทศเป็นอุปสรรคที่เกิดจากกฎหมายและองค์ประกอบภาคเอกชน ปัจจุบันหลายรัฐมีมาตรฐานสำหรับกักขังนายจ้างในการตัดสินใจปฏิเสธบุคคลที่มีประวัติเคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิด<sup>14</sup> การจำกัดเสรีภาพในการทำงานโดยมากจะจำกัดโดยใบอนุญาตส่งผลต่อการจ้างงานและการทำงานของผู้อยู่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิด การจำกัดการทำงานของผู้อยู่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดโดยกฎหมายทำให้มีอัตราการว่างงานของผู้กระทำความผิดถึงร้อยละ 60 โดยข้อจำกัดโดยใบอนุญาตดังกล่าวมีทั้งกฎหมายของรัฐบาลกลางและมลรัฐต่าง ๆ ข้อจำกัดดังกล่าวปรากฏเป็นเงื่อนไขในการออกใบอนุญาตและเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งการกำหนดข้อจำกัดด้วยเหตุเคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นตามความจำเป็นเพื่อส่งเสริมมาตรฐานของอาชีพที่สูงขึ้น

<sup>11</sup> Amendment XIV Section 1.

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws

<sup>12</sup> KAROL LUCKEN and LUCILLE M. PONTE , “A Just Measure of Forgiveness: Reforming Occupational Licensing Regulations for Ex-Offenders Using BFOQ Analysis” , Law & Policy, Volume 30, Issue 1, p.47.

<sup>13</sup> Silva, Lahny R , “In Search of a Second Chance: Channeling BMW v. Gore and Reconsidering Occupational Licensing Restrictions” , University of Kansas Law Review, Volume 61, p.499 (2012-2013).

<sup>14</sup> KAROL LUCKEN and LUCILLE M. PONTE , *supra note 12* , p.53.

และเป็นการประกันว่าผู้ทำงานหรือผู้ประกอบการอาชีพนั้น ๆ มี “good moral character”<sup>15</sup> มีรายงานว่าจากใบอนุญาตที่มีการจำกัดการประกอบอาชีพทั้งหมด 27,254 รายการ มีใบอนุญาตกว่า 12,000 รายการที่จำกัดสำหรับทุกการกระทำผิด และมีกว่า 6,000 รายการที่จำกัดสำหรับการกระทำผิดเกี่ยวกับความผิดอาญา โดย 19,000 รายการเป็นการตัดสิทธิแบบถาวร และกว่า 11,000 รายการที่หน่วยงานผู้ออกใบอนุญาตไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากปฏิเสธการออกใบอนุญาต<sup>16</sup> จากการสำรวจกฎหมายในสหรัฐอเมริกาพบว่าอัตราเฉลี่ยในการออกใบอนุญาตของแต่ละรัฐมีใบอนุญาตในการประกอบอาชีพเฉลี่ยรัฐละ 53 รายการ และใบอนุญาตในการประกอบอาชีพรัฐละ 43 รายการ ซึ่งมีข้อกำหนดสำหรับบุคคลที่เคยถูกตัดสินว่ากระทำผิด<sup>17</sup> กฎหมายเกี่ยวกับใบอนุญาตในการประกอบอาชีพมีปัญหาที่สำคัญหลายประการ เช่น ปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนและความโปร่งใสในกฎหมายการอนุญาต ปัญหาการตัดสินใจของหน่วยงานที่ออกใบอนุญาต ปัญหาความคลุมเครือของถ้อยคำที่เป็นลักษณะต้องห้ามโดยเฉพาะมักมีการให้ยืนยันถึง “good moral character” ปัญหาการให้ดุลพินิจคณะกรรมการใบอนุญาตในการปฏิเสธการสมัครของผู้มีประวัติ โดยมาตรฐานการประเมินที่ปราศจากกระบวนการป้องกัน แนวทาง หรือข้อกำหนดในการใช้ดุลพินิจ<sup>18</sup>

### 3.2.1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวกับใบอนุญาตมีปรากฏให้เห็นทั้งในระดับสหพันธรัฐ และระดับมลรัฐ ในสหพันธรัฐไม่มีกฎหมายของรัฐบาลกลางในการกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการห้ามเลือกปฏิบัติในการประกอบอาชีพต่อผู้เคยกระทำผิดโดยตรง แต่มีกฎหมายที่สามารถนำมาปรับ

<sup>15</sup> Silva, Lahny R , *supra note 13* , pp.507 – 508.

<sup>16</sup> Michelle Natividad Rodriguez and Beth Avery , Unlicensed & Untapped: Removing Barriers to State Occupational Licenses for People with Records, (National Employment Law Project,2016), p. 10.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p.11.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp.13-14.

ใช้กับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการเลือกปฏิบัติต่อผู้เคยกระทำความผิดได้ คือ Title VII of the Civil Rights Act of 1964<sup>19</sup>

### (1) Title VII of the Civil Rights Act of 1964

หมวดที่ 7 ของกฎหมายสิทธิพลเมืองได้บัญญัติถึงการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยคำนึงถึงความเสมอภาคในการทำงาน โดยได้บัญญัติเรื่องคุณสมบัติการประกอบอาชีพโดยสุจริต ( a bona fide occupational qualification (BFOQ) ) เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติในการทำงาน นอกจากนี้ยังมีกลไกรูปแบบคณะกรรมการทำหน้าที่ตรวจสอบการเลือกปฏิบัติ เรียกว่า “The Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)” โดยมีหน้าที่ในการตรวจสอบกฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ว่าขัดแย้งกับกฎหมายสหพันธรัฐหรือไม่ และพิจารณาเรื่องร้องเรียนของประชาชนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน คณะกรรมการ EEOC ได้มีการกำหนดแนวทางสำหรับนายจ้างกรณีจะใช้ประวัติการเคยถูกจับกุมหรือการถูกตัดสินว่ากระทำความผิดในการตัดสินใจจ้างงาน เนื่องจากเห็นว่าการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่เคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดส่งผลกระทบต่อคนจำนวนหนึ่ง<sup>20</sup> คณะกรรมการ EEOC ยืนยันว่าจะต้องมีความสัมพันธ์กันระหว่างลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยถูกตัดสินว่ากระทำผิดกับหน้าที่ในอาชีพ เพื่อให้เกิดความมั่นใจได้ว่าจะยุติธรรมและป้องกันการเลือกปฏิบัติ<sup>21</sup> EEOC ยังได้มีแนวทางการพิจารณาเกี่ยวกับการตัดสินสิทธิในการประกอบอาชีพของผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำผิด ซึ่งได้เรียกร้องให้นายจ้างพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่ (1) ลักษณะและความร้ายแรงของความผิด (2) ระยะเวลาที่ผ่านมาตั้งแต่กระทำความผิดหรือความสมบูรณ์ของการพิพากษา (3) ลักษณะของอาชีพที่มุ่งคุ้มครองหรือต้องการ

นอกจากนี้ กระบวนการป้องกันการเลือกปฏิบัติจะมีประสิทธิภาพและความยุติธรรมมากขึ้นด้วยมาตรการที่เข้มงวด โดยเฉพาะการนำหลักเรื่องคุณสมบัติการประกอบอาชีพโดยสุจริต ( a bona fide occupational qualification (BFOQ) ) มาปรับใช้กับเรื่องใบอนุญาต เพราะหลักการของ BFOQ ให้มีการเลือกปฏิบัติอย่างจำกัด ซึ่งการเลือกปฏิบัตินั้นจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีความจำเป็นพอสมควรสำหรับการดำเนินธุรกิจตามปกติ<sup>22</sup> และศาลเองได้ยอมรับว่าการเลือก

<sup>19</sup> Tammy R. Pettinato, Employment Discrimination Against Ex-Offenders: The Promise and Limits of Title VII Disparate Impact Theory, *Marq. L. Rev.* pp.839 -840 (2014).

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp.840-842.

<sup>21</sup> Silva, Lahny R , *supra note 13* , p.510.

<sup>22</sup> KAROL LUCKEN and LUCILLE M. PONTE , *supra note 12* , p.48.

ปฏิบัติในบางรูปแบบเป็นเรื่องที่ยอมรับได้และอาจเป็นที่น่าพอใจหากการเลือกปฏิบัตินั้นเป็น “ความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลสำหรับการดำเนินธุรกิจตามปกติ” โดยศาลตีความอย่างแคบมุ่งเน้นที่สาระสำคัญขององค์กรธุรกิจและลักษณะของงานเพื่อพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเหมาะสมหรือไม่<sup>23</sup> ซึ่งศาลได้วางหลักการในการใช้ BFOQ ไว้ 3 ประการ ได้แก่ (1) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองมีความสัมพันธ์กับความสามารถในการทำงาน (2) การกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญในกิจการที่ทำงาน (3) ไม่มีทางเลือกอื่นที่สามารถจำกัดสิทธิได้น้อยกว่า<sup>24</sup> อย่างไรก็ตามการวิเคราะห์โดยใช้หลัก BFOQ ยังต้องการหน่วยงานในการควบคุมเพื่อให้ข้อจำกัดในการประกอบอาชีพแคบลงและกำหนดอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของธุรกิจและงานมากกว่าการกำหนดความผิดแบบเป็นการทั่วไป เช่น บุคคลที่ถูกตัดสินว่ามีการละเมิดผู้สูงอายุไม่ควรทำงานในบ้านพักคนชราโดยมีข้อกำหนดในใบอนุญาตสำหรับอาชีพที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่เคยกระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการจัดการกับอาชญากรรมที่ถูกตัดสินสิทธิการใช้วิธีการนี้เจ้าหน้าที่รัฐผู้ออกใบอนุญาตจะได้ไม่ต้องตัดสินผู้เคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดด้วยเหตุที่กว้างเกินไป หากรัฐทบทวนข้อกำหนดด้านใบอนุญาตประกอบอาชีพโดยใช้กรอบ BFOQ รัฐจะระบุว่าไม่มีการเชื่อมโยงที่สำคัญระหว่างอาชญากรรมก่อนหน้าและงานที่เกี่ยวข้องกับอาชีพที่ได้รับใบอนุญาต<sup>25</sup>

สำหรับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระดับมลรัฐพบว่ามี 39 รัฐและ District of Columbia ที่มีกฎหมายทั่วไปในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการใบอนุญาตในการพิจารณาเกี่ยวกับประวัติของบุคคลที่เคยถูกจับกุมหรือเคยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิด ในขณะที่อีก 11 รัฐไม่มีกฎหมายทั่วไปในการควบคุมการพิจารณาเกี่ยวกับประวัติของบุคคลที่เคยถูกจับกุมหรือเคยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิด เคยมีการสำรวจกฎหมายเกี่ยวกับใบอนุญาตของสหรัฐอเมริกาทั้งหมด 40 ฉบับ พบว่าแม้ประสิทธิผลและประสิทธิภาพของกฎหมายในแต่ละฉบับอาจแตกต่างกันอยู่มาก แต่โดยรวมแล้วกฎหมายที่ครอบคลุมเหล่านี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้มั่นใจว่าผู้ขออนุญาตจะได้รับความยุติธรรมพื้นฐาน<sup>26</sup>

<sup>23</sup> *Ibid.*, p.61.

<sup>24</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, “กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ”, สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, น.388.

<sup>25</sup> KAROL LUCKEN and LUCILLE M. PONTE, *supra note 12*, pp.63-64.

<sup>26</sup> Michelle Natividad Rodriguez and Beth Avery, *supra note 16*, p.15.

จากการศึกษาของสหรัฐมีประมาณ 25 รัฐที่ไม่มีมาตรฐานในการควบคุมเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประวัติอาชญากรรมของผู้ขอใบอนุญาตประกอบอาชีพกับอาชีพที่ต้องการขออนุญาต โดยในรัฐเหล่านี้คณะกรรมการออกใบอนุญาตอาจปฏิเสธการออกใบอนุญาต โดยไม่คำนึงว่าประวัติอาชญากรรมนั้นเกี่ยวข้องกับใบอนุญาตที่มีการขอหรือไม่ ในหลายรัฐนายจ้างและคณะกรรมการการออกใบอนุญาตประกอบอาชีพยังได้รับอนุญาตให้ถามเกี่ยวกับการจับกุมที่ไม่เคยนำไปสู่การลงโทษ เพื่อประกอบการตัดสินใจในการจ้างงาน แต่อย่างไรก็ตามมีประมาณ 25 รัฐที่มีมาตรฐานในการอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างใบอนุญาตกับประวัติของผู้พ้นโทษ ยกตัวอย่างเช่นกฎหมายการจ้างงานของรัฐเท็กซัสกล่าวว่า "หน่วยงานออกใบอนุญาตแต่ละแห่งจะออกแนวทางและเหตุผลที่อาชญากรรมเฉพาะบางประเภทที่เกี่ยวข้องกับใบอนุญาตบางฉบับ ในขณะที่ความผิดบางอย่าง เช่น การฆาตกรรมและการทำร้ายร่างกายถือเป็นคดีที่ไม่เหมาะสมสำหรับใบอนุญาตหลายชนิด สำหรับในความผิดอื่น ๆ จะตัดสินผู้ขอใบอนุญาตเฉพาะความผิดที่เกี่ยวข้องกับใบอนุญาตนั้นเท่านั้น เช่น ความผิดฐานเมาแล้วขับเป็นเหตุผลในการปฏิเสธการขอใบอนุญาตประกอบกิจการเกี่ยวกับบรรดทุก<sup>27</sup>

กฎหมายโคโลราโดได้บัญญัติว่าความผิดทางอาญาหรือการตัดสินว่ากระทำความผิดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ “ความชั่วร้ายทางศีลธรรม” ไม่สามารถใช้กีดกันคนจากการสมัครและรับใบอนุญาตในการประกอบอาชีพได้โดยลำพัง นิวเม็กซิโกให้หน่วยงานที่ออกใบอนุญาตในการประกอบอาชีพตัดสินผู้สมัครด้วยเหตุจากความผิดทางอาญาหรือการพิพากษาความผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับ “ความชั่วร้ายทางศีลธรรม” หากเกี่ยวข้องโดยตรงกับตำแหน่งงานหรือใบอนุญาต รัฐคอนเนตทิคัตหน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความผิดกับอาชีพที่มีการขออนุญาต การฟื้นฟูสมรรถภาพและระยะเวลาที่ได้ผ่านพ้นไปแล้วตั้งแต่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดและพ้นโทษก่อนการตัดสินใจว่าบุคคลนั้นไม่เหมาะสมสำหรับใบอนุญาตในการประกอบอาชีพ ลุยเซียนาห้ามหน่วยงานที่ออกใบอนุญาตตัดสินผู้ขอใบอนุญาตเพียงเพราะเคยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิด เว้นแต่การถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดนั้นเกี่ยวข้องโดยตรงกับอาชีพที่ขออนุญาตนั้นโดยเฉพาะ<sup>28</sup>

<sup>27</sup> the Department of the Treasury Office of Economic Policy, the Council of Economic Advisers, and the Department of Labor. “OCCUPATIONAL LICENSING: A FRAMEWORK FOR POLICYMAKERS”, (July 2015), pp.35 – 37.

<sup>28</sup> MICHAEL SCHULTE AND ERIC COCHLING . Increasing Employment Opportunities for Ex-Offenders, (Georgia Center for Opportunity, 2013) p.18.

บางมลรัฐนอกจากบัญญัติหลักการเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประวัติอาชญากรรมของผู้ขอใบอนุญาตประกอบอาชีพกับอาชีพที่ต้องการขออนุญาต ยังอาจกำหนดเกณฑ์อื่น ๆ ในการพิจารณาใบอนุญาต เช่น กฎหมายของรัฐเท็กซัส Texas Occupations Code

## (2) Texas Occupations Code

Texas Occupations Code ได้วางหลักการการพิจารณาออกใบอนุญาตให้แก่ผู้เคยต้องคำพิพากษาไว้ดังกล่าวไว้ นอกจากหลักการเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประวัติอาชญากรรมของผู้ขอใบอนุญาตประกอบอาชีพกับอาชีพที่ต้องการขออนุญาต ได้แก่<sup>29</sup>

มาตรา 53.021 ซึ่งวางหลักไว้ว่าผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตอาจระงับเพิกถอนใบอนุญาตหรือตัดสิทธิบุคคลจากการได้รับใบอนุญาต ” โดยอ้างว่าบุคคลนั้นถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาหรือความผิดลหุโทษที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับอาชีพ”

มาตรา 53.022 วางหลักไว้ว่าให้หน่วยงานนั้นพิจารณาปัจจัยต่อไปนี้ด้วยไม่ว่าจะเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับอาชีพหรือไม่:

1. ลักษณะและความร้ายแรงของอาชญากรรม
2. ความสัมพันธ์ของอาชญากรรมกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการใบอนุญาตในการประกอบอาชีพ
3. ขอบเขตที่ใบอนุญาตอาจปิดโอกาสที่จะเข้ากระทำความผิดทางอาญาต่อไป
4. ความสัมพันธ์ของอาชญากรรมต่อความสามารถหรือความเหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่และปลดเปลื้องความรับผิดชอบของอาชีพที่ได้รับใบอนุญาต

การประเมินความเหมาะสมของบุคคลที่เคยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดตามมาตรา 53.023 วางหลักไว้ว่าหน่วยงานที่ออกใบอนุญาตจะต้องพิจารณา:

1. ขอบเขตและลักษณะการกระทำความผิดทางอาญาในอดีตของบุคคล
2. อายุของบุคคลนั้นในขณะก่ออาชญากรรม
3. จำนวนเวลาที่ผ่านไปตั้งแต่การก่ออาชญากรรมครั้งสุดท้ายของบุคคลนั้น
4. การปฏิบัติและการทำงานของบุคคลนั้นก่อนและหลังก่ออาชญากรรม

---

<sup>29</sup> Marc Levin, Esq. Director, Center for Effective Justice, [Working with Conviction: Criminal Offenses as Barriers to Entering Licensed Occupations in Texas](#), (Center for Effective Justice, 2017) pp.1-2.

5. หลักฐานการฟื้นฟูสมรรถภาพของบุคคลนั้นหรือการฟื้นฟูสมรรถภาพขณะถูกจำคุกหรือหลังจากพ้นโทษ

6. หลักฐานอื่น ๆ ที่บ่งบอกถึงลักษณะบุคคลนั้น ๆ ถึงจดหมายยืนยันจาก

(ก) อัยการและผู้บังคับใช้กฎหมายและเจ้าพนักงานราชทัณฑ์ของผู้ที่ถูกดำเนินคดี ถูกจับกุมหรือถูกคุมขัง

(ข) นายอำเภอหรือหัวหน้าตำรวจในชุมชนที่บุคคลนั้นอาศัยอยู่

(ค) บุคคลอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินว่ากระทำความผิด

แต่อย่างไรก็ตามเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นอาจไม่นำไปใช้กับบุคคลบางประเภทตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากนี้ในรัฐนิวยอร์กมีกฎหมาย The Correction Law และ The Human Rights Law ที่ให้ความคุ้มครองผู้พ้นโทษ โดย The Correction Law

### (3) The Correction Law

NEW YORK CORRECTION LAW ARTICLE 23-A มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้พ้นโทษไม่ให้ถูกปฏิเสธจากการจ้างงานหรือการขอรับใบอนุญาตในการประกอบอาชีพโดยไม่เป็นธรรม โดยมีหลักเรื่องความสัมพันธ์โดยตรงในการพิจารณาความสัมพันธ์โดยตรง คือ ลักษณะของความผิดทางอาญาที่บุคคลนั้น ๆ เคยถูกตัดสินมีผลโดยตรงต่อความเหมาะสมหรือความสามารถของเขาในการปฏิบัติหน้าที่อย่างน้อยหนึ่งอย่างหรือความรับผิดชอบที่จำเป็นอันเกี่ยวข้องกับใบอนุญาต โอกาสหรืออาชีพที่ทำ การปฏิเสธการจ้างงานหรือการออกใบอนุญาตในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมแต่มีข้อยกเว้น คือ (1) มีความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างความผิดอาญาที่กระทำก่อนหน้ากับใบอนุญาตเป็นการเฉพาะหรือกับงานที่ต้องการ (2) การออกหรือการดำเนินต่อไปของใบอนุญาตหรือการจ้างงานจะเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงที่ไม่สมเหตุสมผลกับทรัพย์สินหรือเพื่อความปลอดภัยหรือสวัสดิการของบุคคลที่เฉพาะเจาะจงหรือประชาชนทั่วไป กฎหมายดังกล่าวได้วางเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานในการตัดสินว่าเคยกระทำความผิดอาญาของหน่วยงานรัฐและเอกชน ดังนี้<sup>30</sup>

(1) นโยบายของรัฐในการสนับสนุนการออกใบอนุญาตและการจ้างงานของบุคคลที่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิด

<sup>30</sup> Frank A. Cania, M.S.Emp.L., SPHR , An Employer's Guide to Compliance with New York Correction Law, Article 23-A, (CaniaHR, LLC,2012), pp.23-24.

(2) หน้าที่เฉพาะและความรับผิดชอบที่จำเป็นที่เกี่ยวข้องกับใบอนุญาตและการจ้างงานกับความผิดที่เคยกระทำมีความเหมาะสมเพียงใด

(3) ลักษณะบุคคลที่มีความผิดทางอาญาหรือความผิดที่ถูกตัดสินก่อนหน้านี้นี้จะมีความเหมาะสมหรือความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่

(4) ระยะเวลาที่ผ่านไปตั้งแต่การกระทำผิดทางอาญาหรือการกระทำผิด

(5) อายุของบุคคลในขณะที่เกิดความผิดทางอาญาหรือความผิด

(6) ลักษณะความร้ายแรงของความผิด

(7) ข้อมูลใด ๆ ที่ผลิตโดยบุคคลหรือผลิตในนามของบุคคลนั้น ๆ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูสมรรถภาพและความประพฤติดี

(8) ผลประโยชน์ที่ขอด้วยกฎหมายของหน่วยงานสาธารณะหรือนายจ้างเอกชนในการคุ้มครองทรัพย์สินและความปลอดภัยและสวัสดิการของบุคคลที่เฉพาะเจาะจงหรือประชาชนทั่วไป

ตามกฎหมายนี้ถ้ามีการปฏิเสธใบอนุญาตหรือการจ้างงานหน่วยงานของรัฐหรือนายจ้างเอกชนจะต้องจัดทำคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรภายในสามสิบวันนับแต่มีการร้องขอทราบสาเหตุของการปฏิเสธดังกล่าว

#### (4) The Human Rights Law

The Human Rights Law นั้น ได้มีข้อห้ามทั้งภาครัฐและเอกชนปฏิเสธการว่าจ้างหรือการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ เนื่องจากบุคคลนั้นเคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดหรือถูกจับกุมตามที่ปรากฏในสถิติการจับกุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดกรณีการพิจารณาใบอนุญาตที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ว่าการปฏิเสธการอนุญาตบุคคลที่เคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดจะไม่ชอบด้วยกฎหมายถ้าหากเป็นการปฏิเสธโดยละเมิดบทบัญญัติของ The Correction Law มาตรา 23 – a

### 3.2.2 ประเทศออสเตรเลีย

#### 3.2.2.1 สภาพการณ์ทั่วไปของการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

รัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลียไม่ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้โดยเฉพาะ แต่ปัญหาเรื่องการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษานั้น พบว่าการบันทึกประวัติอาชญากรรมด้วยเหตุบุคคลเคยต้องคำพิพากษา

ส่งผลกระทบต่อชาวออสเตรเลียจำนวนมากอย่างน้อยประมาณ 1 ใน 6 ของประชากรทั้งหมด<sup>31</sup> โดยส่วนใหญ่กฎหมายหรือข้อบังคับที่มีการใช้เหตุในการเคียดแค้นคำพิพากษาว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับการขออนุญาตและขึ้นทะเบียน

### 3.2.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น ในประเทศออสเตรเลียได้มีกฎหมายหลายฉบับวางหลักการในการจำกัดเสรีภาพการประกอบอาชีพทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ ได้มีกฎหมายคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพต่อต้านการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุต่าง ๆ ได้แก่ เชื้อชาติ เพศ และศาสนา โดยกฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติในแต่ละรัฐในออสเตรเลียจะแตกต่างกันไป พบว่าเขตอำนาจศาลของรัฐบางแห่งยังระบุประวัติอาชญากรรมหรือ “ประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้อง” ซึ่งเป็นพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทุกกรณี อย่างไรก็ตามประวัติอาชญากรรมจะเป็นปัจจัยที่ผิดกฎหมายหากเนื้อหาไม่เกี่ยวข้องกับการกำหนดคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงาน ศาลได้รับรู้ถึงความเสี่ยงถึงหลักดังกล่าวต่อการยกขึ้นต่อสู้กฎหมายที่เลือกปฏิบัติ<sup>32</sup> ในสหพันธรัฐได้มีกฎหมาย Australian Human Rights Commission Act 1986 ซึ่งได้วางหลักการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคียดแค้นคำพิพากษาไว้โดยเฉพาะ<sup>33</sup>

#### (1) Australian Human Rights Commission Act 1986

Australian Human Rights Commission Act 1986 ได้วางหลักการเรื่องการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ หรือต้นกำเนิดทางสังคม ความเท่าเทียมกันของโอกาสในการจ้างงานหรือการประกอบอาชีพ<sup>34</sup> แม้ใน Australian Human Rights Commission Act 1986 จะไม่ได้วางหลักการเรื่องการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคียดแค้นคำพิพากษาว่ากระทำความผิดโดยตรง

<sup>31</sup> REBECCA BRADFIELD , Sentences without conviction: Protecting an offender from unwarranted discrimination in employment , Monash University Law Review, Volume 41 Issue 1, pp.40-41 (2015) .

<sup>32</sup> Bronwyn Naylor , “Criminal Records and Rehabilitation in Australia” , European Journal of Probation University of Bucharest, Volume 3 Issue 1, (2011) p.89.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p.89.

<sup>34</sup> From Section 3 of the AHRC Act.

แต่ได้กำหนดหลักการเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมไว้ใน The Australian Human Rights Commission Regulations 1989 ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมเป็นหลักการหนึ่งภายใต้ Australian Human Rights Commission Act 1986 และในกฎหมายดังกล่าวนี้ได้กำหนดเรื่องโอกาสที่เท่าเทียมในการทำงานไว้โดยเฉพาะ<sup>35</sup> โดยได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในการตรวจสอบการตรากฎหมายว่าการตรากฎหมายหรือการเสนอกฎหมายอาจจะมีผลกระทบ ลบล้างหรือทำลายความเท่าเทียมของโอกาสในการจ้างงานหรือการประกอบอาชีพหรือไม่ สอบสวนการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติและทำการไกล่เกลี่ย

สำหรับกฎหมายในระดับมลรัฐ ได้มีกฎหมายระดับมลรัฐในการป้องกันการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิด ได้แก่ มลรัฐ NORTHERN TERRITORY ได้มีกฎหมาย ANTI-DISCRIMINATION ACT 1992

## (2) ANTI-DISCRIMINATION ACT 1992

กฎหมาย ANTI-DISCRIMINATION ACT 1992 ของมลรัฐ NORTHERN TERRITORY ได้วางหลักการเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ เช่น เชื้อชาติ เพศ สถานภาพทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส การตั้งครรภ์ ครอบครั้ว การเลี้ยงลูก ความพิการ สภาพสุขภาพ แรงงานหรือสมาคมนายจ้าง ความเชื่อ กิจกรรมทางศาสนา ความเห็นทางการเมือง การรับบริการทางการแพทย์ที่ไม่เกี่ยวข้อง ประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้องในการทำงาน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้องในการทำงานก็มีข้อยกเว้นที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมกรณีงานส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับการดูแล การเรียนการสอน หรือการดูแลบุคคลที่เป็นกลุ่มเสี่ยง (เด็ก ผู้สูงอายุ ผู้ที่มีความพิการทางร่างกายหรือสติปัญญา ผู้มีความเจ็บป่วยทางจิต) การเลือกปฏิบัติมีความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลในการปกป้องความผาสุกทางร่างกายจิตใจหรืออารมณ์ของผู้อ่อนแอ เหล่านั้นโดยคำนึงถึงสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดของคดีรวมถึงการกระทำของบุคคล<sup>36</sup> กฎหมายดังกล่าวมีคณะกรรมการต่อต้านการเลือกปฏิบัติมีหน้าที่ในการตรวจสอบกฎหมาย ข้อบังคับ หรือการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายดังกล่าวเพื่อรายงานต่อรัฐมนตรี<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Part II—Australian Human Rights Commission Division 4—Functions relating to equal opportunity in Employment of the AHRC Act.

<sup>36</sup> ANTI-DISCRIMINATION ACT 1992 section 33

<sup>37</sup> ANTI-DISCRIMINATION ACT 1992 section 13

### (3) Anti-Discrimination Act 1998 (Tasmanian)

กฎหมาย Anti-Discrimination Act 1998 ของมลรัฐ Tasmania ได้วางหลักการเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ เช่น เชื้อชาติ อายุ สถานภาพการสมรส ความเชื่อทางการเมืองหรือกิจกรรมทางการเมือง ความเชื่อทางศาสนาหรือกิจกรรมทางศาสนา และ ประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับบุคคล เป็นต้น<sup>38</sup> โดยประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับบุคคล (irrelevant criminal record) หมายถึง บันทึกที่เกี่ยวข้องกับการจับกุมการซักถามหรือดำเนินคดีทางอาญา การห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้อง ได้มีข้อยกเว้นไม่ให้เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีการดำเนินการเกี่ยวกับเด็กอาจเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นบนพื้นฐานของการบันทึกทางอาญาที่ไม่เกี่ยวข้อง เพื่อการศึกษาการฝึกอบรมหรือการดูแลเด็กหากมีความจำเป็นตามสมควรที่จะทำเพื่อปกป้องสภาพร่างกายจิตใจและอารมณ์ของเด็กโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง<sup>39</sup> กฎหมายดังกล่าวมีคณะกรรมการต่อต้านการเลือกปฏิบัติ โดยมีอำนาจในการสอบสวนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติรายงานต่อรัฐมนตรี

#### 3.2.3 ประเทศแคนาดา

##### 3.2.3.1 สภาพการณ์ทั่วไปของการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

รัฐธรรมนูญแคนาดาได้วางหลักการเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 15 ว่าบุคคลทุกคนเท่าเทียมกันทั้งต่อหน้าและภายใต้กฎหมายและมีสิทธิเท่าเทียมกันที่จะได้รับการคุ้มครองและผลประโยชน์ที่เท่าเทียมกันของกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปราศจากการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ หรือความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ เว้นแต่กรณีที่มีการกระทำใด ๆ มีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่ภายใต้สภาวะหรือเงื่อนไขที่เสียเปรียบด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิตใจ ซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแคนาดาไม่ได้กล่าวถึงการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคลหรือด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดไว้โดยเฉพาะ

สำหรับปัญหาเรื่องการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษานั้น พบว่าตัวเลขล่าสุดเมื่อ ค.ศ.2016 จาก Public Safety Canada ชาวแคนาดาประมาณ 3.8 ล้านคนมีประวัติอาชญากรรมและเกือบร้อยละ 90 ของบันทึกอาชญากรรมเหล่านั้น

<sup>38</sup> Anti-Discrimination Act 1998 section 16

<sup>39</sup> Anti-Discrimination Act 1998 Division 7 section 50

ยังคงเปิดเผยอยู่เช่นเดิม ยังคงมีผู้ที่เรียกร้องการผ่อนปรนจากผลกระทบของประวัติอาชญากรรม ผ่านการพักการบันทึกหรือการให้อภัยที่จะทำให้ชีวิตปราศจากอาชญากรรมหลังจากได้พ้นระยะเวลาของการพิพากษาว่ามีการกระทำความผิดมาแล้วระยะหนึ่ง<sup>40</sup> ถึงแม้รัฐธรรมนูญไม่ได้มีบทบัญญัติคุ้มครองการเลือกปฏิบัติจากเหตุเคยต้องคำพิพากษาไว้เป็นการเฉพาะ แต่ประเทศแคนาดาก็มีกฎหมายอื่นทั้งระดับรัฐบาลกลางและระดับมลรัฐในการให้ความคุ้มครอง กฎหมายของสหพันธรัฐ ได้แก่ Canadian Human Rights Act 1985

### 3.2.3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

#### (1) Canadian Human Rights Act 1985

กฎหมาย Canadian Human Rights Act 1985 ของสหพันธรัฐได้วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ โดยกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ ได้แก่ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา อายุ เพศ รสนิยมทางเพศ เอกลักษณ์ทางเพศ สถานภาพสมรส สถานะครอบครัว ลักษณะทางพันธุกรรม ความพิการและการถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดสำหรับความผิดที่ได้รับการให้อภัยหรือระงับการบันทึกประวัติแล้ว<sup>41</sup> นอกจากนี้แล้วกฎหมายดังกล่าวยังให้อำนาจผู้ว่าการในสภาพทำข้อบังคับเกี่ยวกับข้อกำหนดและเงื่อนไขที่จะรวมอยู่หรือใช้กับสัญญาใด ๆ ใบอนุญาต หรือการอนุญาตที่ต้องได้รับอนุญาต เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ<sup>42</sup>

นอกจากนี้ระดับมลรัฐได้มีกฎหมายในการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่เคยต้องคำพิพากษา

#### (2) CHARTER OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS

CHARTER OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS เป็นกฎหมายของมลรัฐ Quebec ซึ่งได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐ โดยได้กำหนดว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับในการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพอย่างเต็มที่และเท่าเทียมกัน ไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว เพศ เอกลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศ การตั้งครรรค์ รสนิยมทางเพศ สถานะพลเมือง อายุ ศาสนา ความคิดทางการเมือง ภาษา เชื้อชาติ

<sup>40</sup> The Poverty Roundtable HPE , Barriers To Employment, ( October, 2017 ) pp.2.

<sup>41</sup> Canadian Human Rights Act 1985 section 3 (1)

<sup>42</sup> Canadian Human Rights Act 1985 section 23

ชาติกำเนิด สภาพทางสังคม<sup>43</sup> และโดยเฉพาะบุคคลที่เคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิด ได้ให้ความคุ้มครองไว้โดยเฉพาะว่า บุคคลจะต้องไม่ถูกเลิกจ้าง หรือปฏิเสธการจ้างงาน หรือตัดสิทธิลงโทษที่เกี่ยวกับการจ้างงาน ด้วยเหตุข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลเคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดทางอาญา หากความผิดทางอาญานั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับการทำงานนั้น ๆ หรือถ้าบุคคลได้รับการอภัยโทษสำหรับความผิดนั้นแล้ว<sup>44</sup>

### (3) Human Rights Act, 2010, SNL 2010, c H-13

Human Rights Act, 2010, SNL 2010, c H-13 เป็นกฎหมายของมลรัฐ New foundland and Labrador ซึ่งได้บัญญัติคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาไว้ว่า นายจ้างหรือผู้ทำหน้าที่แทนนายจ้างจะต้องไม่ปฏิเสธที่จะจ้างหรือดำเนินการจ้างงานหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในเรื่องการจ้างงานหรือเงื่อนไขการจ้างงานบนพื้นฐานของการห้ามเลือกปฏิบัติเนื่องจากเคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำงานของบุคคลที่ต้องการทำงาน ยกเว้นการจำกัดหรือข้อกำหนดบนพื้นฐานของความสำเร็จในการประกอบอาชีพ<sup>45</sup> โดยมีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในการทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำที่เป็น การเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>43</sup> Charter of human rights and freedoms, RSQ, c C-12, Section 10

<sup>44</sup> Charter of human rights and freedoms, RSQ, c C-12, Section 18.2

<sup>45</sup> Human Rights Act, 2010, SNL 2010, c H-13, Section 14.

## บทที่ 4

### การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย

การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยผู้เขียนได้ทำการค้นคว้ากฎหมายมาเป็นตัวอย่างในการศึกษาจำนวน ๓๐ ฉบับ และจัดกลุ่มนำเสนอตามลักษณะของการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา รวมทั้งได้กล่าวถึงรูปแบบ ผลทางกฎหมาย และผลกระทบจากการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ นอกจากนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทย

#### 4.1 กฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

กฎหมายไทยที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้น ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วว่าในระบบกฎหมายไทยมีการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ไม่ว่าจะเป็นอาชีพการเป็นบุคลากรภาครัฐ วิชาชีพภายใต้การควบคุมขององค์กรวิชาชีพต่าง ๆ และกิจการหรืออาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐ แต่วิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนมุ่งศึกษาเฉพาะกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐเท่านั้น แต่เบื้องต้นผู้เขียนขอกล่าวยกตัวอย่างการจัดแบ่งประเภทการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพการเป็นบุคลากรภาครัฐ เพื่อเปรียบเทียบให้เห็นว่าแม้แต่อาชีพที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐ ยังมีบุคลากรของรัฐบางประเภทที่มีมาตรการผ่อนปรนจากการห้ามผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา สำหรับในระบบกฎหมายไทยได้มีกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพเป็นบุคลากรภาครัฐโดยสามารถจำแนกได้เป็น ดังนี้<sup>1</sup>

<sup>1</sup> รายงานผลการพิจารณาคณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 43/2555 ลงวันที่ 31 มกราคม 2555.

(1) กลุ่มที่ใช้พระราชบัญญัติหรือระเบียบที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการ โดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นให้มีการใช้ดุลพินิจยกเว้นลักษณะต้องห้ามได้ กฎหมายในกลุ่มดังกล่าวนี้จะบัญญัติลักษณะต้องห้ามทำนองว่าเคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ โดยไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นในการใช้ดุลพินิจเพื่อพิจารณาบุคคลที่มีลักษณะดังกล่าวเข้ารับราชการ จึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่ยืดหยุ่นและปิดโอกาสบุคคลที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกที่จะสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นข้าราชการ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ.2547

(2) กลุ่มที่ใช้พระราชบัญญัติ ระเบียบ หรือกฎ ที่กำหนดให้การต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นลักษณะต้องห้ามในการรับราชการ แต่มีข้อยกเว้นให้หน่วยงานสามารถกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะหรือใช้ดุลพินิจในการรับสมัครบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามเข้ารับราชการได้ กฎหมายในกลุ่มดังกล่าวนี้จะบัญญัติลักษณะต้องห้ามทำนองว่าเคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งจะกำหนดมาตรการที่เป็นข้อยกเว้นให้บุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวสามารถเข้ารับราชการได้ โดยให้คณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานนั้น ๆ มีดุลพินิจพิจารณามีมติเป็นการเฉพาะรายได้ หรือมีการประกาศยกเว้นเป็นการทั่วไป โดยเป็นไปตามระเบียบปฏิบัติหรือมติของคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลนั้น ๆ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุดังกล่าวสามารถสมัครเข้ารับราชการได้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 เป็นต้น

ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างการจำแนกการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเป็นบุคลากรภาครัฐ เพื่อชี้ให้เห็นว่าแม้อาชีพการเป็นบุคลากรภาครัฐบางกลุ่มยังมีข้อยกเว้นในการผ่อนปรนให้เข้าสู่อาชีพได้ เพื่อที่จะเปรียบเทียบกับกิจการหรืออาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐต่อไปว่าควรมีมาตรการในการยกเว้นหรือผ่อนปรนลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาหรือไม่ โดยวิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนมุ่งศึกษากฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตในการประกอบกิจการหรืออาชีพ โดยผู้เขียนได้ศึกษาจากกฎหมายที่ได้ค้นคว้ามาทั้งหมด 30 ฉบับ

#### 4.1.1 กฎหมายที่ห้ามไม่ให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทยนั้น ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้าและศึกษากฎหมายค้นพบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องจำนวน 30 ฉบับ ซึ่งกฎหมายทั้งหมดนี้เป็นกรณีตัวอย่างเท่าที่ผู้เขียนสามารถค้นพบและได้ทำการวิเคราะห์จัดกลุ่มของกฎหมายทั้งหมด โดยใช้เกณฑ์การแบ่งจากผลของการกำหนดลักษณะต้องห้ามว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพเด็ดขาดอันเป็นการตัดโอกาสในการเข้าสู่กิจการหรืออาชีพตลอดไป หรือไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพเด็ดขาดโดยสามารถเข้าสู่อาชีพได้เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนดหลังพ้นโทษ และเกณฑ์การแบ่งจากลักษณะในการกำหนดฐานความผิดเป็นลักษณะต้องห้าม ว่าเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้าง หรือเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ สำหรับลักษณะในการกำหนดฐานความผิดในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาทั้ง 2 ลักษณะนั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ลักษณะการกำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ กล่าวคือ บุคคลใดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดให้รับโทษ หรือให้จำคุก ไม่ว่าจะความผิดใดก็ตามที่เป็นความผิดมีโทษทางอาญา ย่อมเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพ เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เช่น พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนการประกอบธุรกิจขายตรง ในมาตรา 38/2 (3) ว่า “ผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนการประกอบธุรกิจขายตรง ต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (3) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

(2) ลักษณะการกำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ กล่าวคือ บุคคลที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก จะเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพนั้น ๆ ต่อเมื่อความผิดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุกเป็นความผิดที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะของลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพของกฎหมายนั้น ๆ เช่น พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ.2558 กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขออนุญาตจัดหางานให้คนหางานเพื่อไปทำงานเป็นคนประจำเรือ

ในมาตรา 21 (7) ว่า “ ผู้ขออนุญาตจัดหางานให้คนหางานเพื่อไปทำงานเป็นคนประจำเรือต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (7) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดในความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบ หรือในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้หรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน”

จากเกณฑ์การจำแนกด้วยการกำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามเด็ดขาดหรือไม่เด็ดขาด และการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้างหรืออย่างแคบนั้น ผู้เขียนจึงได้จัดกลุ่มกฎหมายในการวิเคราะห์ออกเป็น 5 กลุ่ม ดังนี้

#### 4.1.1.1 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ คือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยไม่เป็นลักษณะต้องห้ามเด็ดขาดแต่มีการกำหนดเงื่อนไขที่สามารถประกอบอาชีพได้หลังพ้นโทษ และกำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ กล่าวคือ บุคคลที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก จะเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพตามกฎหมายในกลุ่มนี้ ต่อเมื่อความผิดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก เป็นความผิดที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะของลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพของกฎหมายนั้น ๆ ประกอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

##### (1) พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558

พระราชกำหนดดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อเพิ่มมาตรการในการควบคุมเฝ้าระวัง สืบค้น และตรวจสอบการประมง อันเป็นการป้องกัน ยับยั้ง และขจัดการทำการประมงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล และกำหนดแนวทางในการอนุรักษ์และบริหารจัดการแหล่งทรัพยากรประมงและสัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน

พระราชกำหนดดังกล่าวได้กำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ในการขอรับใบอนุญาตทำการประมงพื้นบ้านหรือทำการประมงพาณิชย์ ในมาตรา 39 (1) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 32 มาตรา 35 และมาตรา 36 ต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้ ... (1) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง

ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 114 ยังไม่ถึงห้าปีนับแต่วันที่มิคำพิพากษาถึงที่สุด” โดยความผิดตาม มาตรา 114 คือ การกระทำที่ถือว่าเป็นการทำการประมงที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างร้ายแรง<sup>2</sup>

<sup>2</sup> มาตรา 114 การกระทำความผิดต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นการทำการประมงโดยฝ่าฝืนกฎหมาย อย่างร้ายแรงตามมาตรา 113

- (1) ใช้เรือไร้สัญชาติทำการประมงตามมาตรา 10
- (2) ทำการประมงโดยไม่มีใบอนุญาตทำการประมงหรือไม่มีใบอนุญาตใช้เครื่องมือทำ การประมงตามมาตรา 31 มาตรา 32 มาตรา 36 หรือมาตรา 48
- (3) ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 81
- (4) จัดทำบันทึกการทำการประมงหรือรายงานการทำการประมงโดยใช้เอกสารอันเป็น เท็จ หรือทำลายเอกสารหรือหลักฐานในการกระทำความผิด
- (5) ทำการประมงเกินปริมาณหรือเงื่อนไขที่กำหนดตามมาตรา 36 ทำการประมงใน บริเวณที่ห้ามทำการประมงตามมาตรา 56 หรือทำการประมงในห้วงเวลาที่ห้ามทำการประมงตาม มาตรา 70
- (6) ดัดแปลงเครื่องมือทำการประมงตามมาตรา 42 ทำการประมงผิดไปจากที่ระบุไว้ใน ใบอนุญาตตามมาตรา 43 หรือใช้เครื่องมือทำการประมงที่ต้องห้ามตามมาตรา 67 มาตรา 68 มาตรา 69 หรือมาตรา 71 (1)
- (7) ทำการประมงโดยฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่รัฐชายฝั่งหรือองค์การระหว่างประเทศกำหนด ไว้ตามมาตรา 49
- (8) จับสัตว์น้ำหรือนำสัตว์น้ำที่มีขนาดเล็กกว่าที่กำหนดไว้ขึ้นเรือประมงตามมาตรา 57
- (9) จับสัตว์น้ำหรือนำสัตว์น้ำตามที่กำหนดไว้ขึ้นเรือประมงตามมาตรา 66
- (10) ขนถ่ายสัตว์น้ำหรือผลิตภัณฑ์สัตว์น้ำฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ตามมาตรา 87 มาตรา 88 หรือมาตรา 89
- (11) ปลอมแปลง ปิดบัง หรือเปลี่ยนเครื่องหมายประจำเรือประมงหรือทะเบียน เรือประมง
- (12) ขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้สังเกตการณ์ ปิดบัง ซ่อนเร้น หรือทำลายหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนของพนักงานเจ้าหน้าที่
- (13) มีส่วนร่วม สนับสนุน หรือจัดหาสิ่งจำเป็นให้แก่เรือประมงที่ทำการประมงโดยไม่ ชอบด้วยกฎหมาย

### (2) พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อจัดระเบียบการประกอบกิจการเกี่ยวกับเครื่องมือแพทย์ พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ที่จะขอจดทะเบียนสถานประกอบการขายเครื่องมือแพทย์และผู้ขออนุญาตขายเครื่องมือแพทย์ไว้ในมาตรา 16 (5) ว่า “ผู้อนุญาตจะออกใบจดทะเบียนสถานประกอบการผลิต หรือนำเข้าเครื่องมือแพทย์แก่ผู้ขอจดทะเบียนสถานประกอบการ เมื่อปรากฏว่าผู้ขอจดทะเบียนสถานประกอบการ... (5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบ หรือในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วเกินสองปีก่อนวันขอจดทะเบียน” และในมาตรา 26 (2) ว่า “ผู้อนุญาตจะออกใบอนุญาตขายเครื่องมือแพทย์แก่ผู้ขออนุญาตเมื่อปรากฏว่าผู้ขออนุญาต... (2) มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 16 (2) (3) (4) (5) (6) และ (7)”

### (3) พระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายในการกำหนดมาตรฐานของธุรกิจรักษาความปลอดภัยและมาตรฐานของพนักงานรักษาความปลอดภัยเพื่อเป็นการยกระดับมาตรฐานธุรกิจรักษาความปลอดภัยและเสริมสร้างศักยภาพของพนักงานรักษาความปลอดภัยอันจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ใช้บริการและช่วยเสริมสร้างความสงบเรียบร้อยของสังคม

พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยในมาตรา 34 ข. (3) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยรับอนุญาตต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... ข. ลักษณะต้องห้าม... (3) เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกสำหรับความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือพ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีก่อนวันขอรับใบอนุญาตและมีใช้ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา”

---

(14) กระทำการอันเป็นความผิดในเรื่องอื่นใดที่ไม่ใช่เป็นการกระทำตาม (1) ถึง (13) เกินสามครั้งภายในหนึ่งปี ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเดียวกันหรือไม่ก็ตาม

#### (4) พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายในการให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนผู้ชื้อยา โดยคุ้มครองและให้ความปลอดภัยแก่ประชาชนผู้ชื้อยา พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขออนุญาตผลิต ขาย หรือนำ หรือสั่งเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งยาแผนปัจจุบันและยาแผนโบราณ ในมาตรา 14 (4) ว่า “ผู้อนุญาตจะออกใบอนุญาตให้ผลิต ขาย หรือนำ หรือสั่งเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งยาแผนปัจจุบัน ได้ เมื่อปรากฏว่าผู้ขออนุญาต (4) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุกในความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบ หรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ กฎหมายว่าด้วยวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท กฎหมายว่าด้วยการขายยาหรือพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต” และในมาตรา 48 (4) ว่า “ผู้อนุญาตจะออกใบอนุญาตให้ผลิต ขาย หรือนำ หรือสั่งเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งยาแผนโบราณได้ เมื่อปรากฏว่าผู้ขออนุญาต... (4) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุกในความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบ หรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ กฎหมายว่าด้วยวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท กฎหมายว่าด้วยการขายยาหรือพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต”

#### (5) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาของผู้เป็นกรรมการ ผู้จัดการหรือผู้มีอำนาจในการจัดการของกิจการโทรคมนาคม ในมาตรา 8 วรรคสาม (4) ว่า “ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้... (4) บุคคลผู้เป็นกรรมการผู้จัดการหรือผู้มีอำนาจในการจัดการของผู้ขอรับใบอนุญาตต้องไม่เคยถูกศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่ามีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามกฎหมายว่าด้วยโทรเลขและโทรศัพท์ กฎหมายว่าด้วยวิทยุคมนาคม หรือกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค ภายในระยะเวลาสองปีก่อนการยื่นคำขอรับใบอนุญาต”

#### (6) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดความมุ่งหมายในการส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยส่วนรวม ทั้งดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจตามมาตรา 16 (5) และ (6) ว่า “คนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตได้ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้... (5) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาหรือถูกเปรียบเทียบปรับในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต... (6) ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดฐานฉ้อโกง โกงเจ้าหนี้ ยักยอก ความผิดเกี่ยวกับการค้าตามประมวลกฎหมายอาญาหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต”

#### 4.1.1.2 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง คือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยไม่เป็นลักษณะต้องห้ามเด็ดขาดแต่มีการกำหนดเงื่อนไขที่สามารถประกอบอาชีพได้หลังพ้นโทษ และกำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ กล่าวคือ บุคคลใดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก ไม่ว่าจะความผิดใดก็ตามที่เป็นความผิดมีโทษทางอาญา ย่อมเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพ เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ประกอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

##### (1) พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีความมุ่งหมายในการจัดระเบียบการขนส่งทางบก พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ในการขอรับใบอนุญาตปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ประจำรถ ในมาตรา 96 (9) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ประจำรถตามมาตรา 93 ในประเภทการขนส่งประจำทาง การขนส่งไม่ประจำทาง หรือการขนส่งโดยรถขนาดเล็กต้องมีคุณสมบัติและลักษณะ ดังต่อไปนี้... (9) ไม่เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดอันได้กระทำโดยประมาทที่มีโทษเกี่ยวกับการใช้รถในการกระทำความผิดหรือความผิดลหุโทษ หรือได้พ้นโทษมาแล้วเกินสามปี”

## (2) พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อวางหลักเกณฑ์ในการรับจัดแจ้งการพิมพ์เป็นหลักฐานให้ทราบว่าผู้ใดเป็นผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา บรรณาธิการ หรือเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบของประชาชนผู้ที่ได้รับความเสียหายในการฟ้องร้องดำเนินคดี ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวกระทำผิดกฎหมายอันเนื่องมาจากการเป็นผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา บรรณาธิการ หรือเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้พิมพ์หรือผู้โฆษณาสิ่งพิมพ์ที่พิมพ์และเผยแพร่ในราชอาณาจักร บรรณาธิการหนังสือพิมพ์ เจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ที่เป็นบุคคลธรรมดา ผู้พิมพ์หรือผู้โฆษณา ในมาตรา 7 (4) ว่า “ผู้พิมพ์หรือผู้โฆษณาสิ่งพิมพ์ที่พิมพ์และเผยแพร่ในราชอาณาจักร ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (4) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีหรือเป็นความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ” มาตรา 14 (5) ว่า “บรรณาธิการหนังสือพิมพ์ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังนี้... (5) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีหรือเป็นความผิดโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ” และมาตรา 15 (5) ว่า “เจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ที่เป็นบุคคลธรรมดา ผู้พิมพ์ หรือผู้โฆษณาต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (5) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีหรือเป็นความผิดโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ”

## (3) พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อจัดระเบียบการจัดการศึกษาของเอกชนและให้เอกชนมีส่วนร่วมในการจัดการศึกษา โดยรัฐให้การสนับสนุนด้านเงินอุดหนุน และสิทธิประโยชน์อย่างอื่นรวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนด้านวิชาการ ให้แก่สถานศึกษาของเอกชน

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตให้จัดตั้งโรงเรียนในระบบ ในมาตรา 21 (10) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตให้จัดตั้งโรงเรียนในระบบที่เป็นบุคคลธรรมดาต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (10) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และได้พ้นโทษมาแล้วไม่ถึงห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาตให้จัดตั้งโรงเรียนในระบบ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

#### (4) พระราชบัญญัติสถานพยาบาลสัตว์ พ.ศ. 2533

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อจัดระเบียบควบคุมการจัดตั้งและการดำเนินกิจการสถานพยาบาลสัตว์ และเพื่อประโยชน์ในการควบคุมสถานพยาบาลสัตว์ให้มีมาตรฐานเดียวกัน พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขออนุญาตจัดตั้งสถานพยาบาลสัตว์ ในมาตรา 8 (2) (ก) ว่า “ผู้ขออนุญาตจัดตั้งสถานพยาบาลสัตว์ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (2) ลักษณะต้องห้าม (ก) เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี หรือเป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

#### (5) พระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อควบคุมและกำกับดูแลผลิตภัณฑ์สมุนไพรด้วยระบบการอนุญาต การขึ้นทะเบียน การแจ้งรายละเอียด และการจัดแจ้งให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งเสริมให้มีการพัฒนาผลิตภัณฑ์สมุนไพรอย่างเป็นระบบและครบวงจร ซึ่งจะช่วยให้ผลิตภัณฑ์สมุนไพรไทยมีความปลอดภัย มีคุณภาพ และมาตรฐานเป็นที่ยอมรับในระดับสากล รวมทั้งเพิ่มมูลค่าในการส่งออกไปยังต่างประเทศให้มากยิ่งขึ้น

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของใบอนุญาตผลิต นำเข้า หรือขายผลิตภัณฑ์สมุนไพรไว้ในมาตรา 19 (9) ว่า “ผู้อนุญาตจะออกใบอนุญาตผลิต นำเข้า หรือขายผลิตภัณฑ์สมุนไพรเมื่อปรากฏว่าผู้ขออนุญาตมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้...(9) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หรือได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันยื่นคำขออนุญาต”

#### 4.1.1.3 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนด

##### ลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ คือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยห้ามเด็ดขาดไม่สามารถขอประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้เลย แต่กำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ กล่าวคือ บุคคลที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดให้รับโทษ หรือให้จำคุก จะเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพตามกฎหมายในกลุ่มนี้ต่อเมื่อความผิดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก เป็นความผิดที่ระบุ

ไว้เป็นการเฉพาะของลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพของกฎหมายนั้น ๆ ประกอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

### (1) พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว

พ.ศ. 2560

พระราชกำหนดดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อกำหนดกระบวนการในการควบคุมและตรวจสอบการนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน การทำงานของคนต่างด้าว การรับคนต่างด้าวเข้าทำงาน ให้ง่ายและสะดวกยิ่งขึ้น เพื่อส่งเสริมความร่วมมือกับภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวได้ทั้งระบบ

พระราชกำหนดดังกล่าวได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ในการเป็นผู้จัดการซึ่งเป็นกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลที่ขออนุญาตนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศในมาตรา 27 (7) ว่า “ผู้ขออนุญาตนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ ต้องเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด และมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (7) มีผู้จัดการซึ่งเป็นกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล ซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (ซ) ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบ หรือในความผิดตามพระราชกำหนดนี้ กฎหมายว่าด้วยการจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน กฎหมายว่าด้วยแรงงานทางทะเล หรือกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์”

### (2) พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า

พุทธศักราช 2474

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อจัดระเบียบการขายทอดตลาดและค้าของเก่า โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ที่จะขอใบอนุญาตประกอบการอาชีพขายทอดตลาดหรือค้าของเก่า ในมาตรา 6 (3) ว่า “ห้ามมิให้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ร้องขอตามความในมาตรา 5 เว้นแต่ผู้นั้นจะมีคุณสมบัติและพื้นความรู้ดังต่อไปนี้... (3) เป็นผู้ที่ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ส่วนที่ 5 หมวดที่ 5 หมวดที่ 6 หมวดที่ 7 หมวดที่ 8 และส่วนที่ 9 หมวดที่ 1 หมวดที่ 2 หมวดที่ 3 หมวดที่ 4 หมวดที่ 5 และหมวดที่ 6”

### (3) พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อกำหนดมาตรการควบคุมการจัดหางานให้รัดกุมยิ่งขึ้น แยกการควบคุมการจัดหางานให้คนหางานไปทำงานในต่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งต่างหาก

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขออนุญาตจัดหางานในประเทศ และผู้จัดการของบริษัทที่ขออนุญาตจัดหางานเพื่อไปทำงานในต่างประเทศ ในมาตรา 9 (10) ว่า “ผู้ขออนุญาตจัดหางานในประเทศต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (10) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุกในความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบ หรือในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้” และในมาตรา 31 (6) ว่า “ผู้ขออนุญาตจัดหางานเพื่อไปทำงานในต่างประเทศต้องเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (6) มีผู้จัดการซึ่งเป็นผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 9”

### (4) พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัตินี้มีความมุ่งหมาย เพื่จัดระเบียบกิจการภาพยนตร์ซึ่งในปัจจุบันมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ จึงจำเป็นต้องได้รับการส่งเสริมอย่างเป็นรูปธรรม

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ประกอบการกิจการโรงภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน และผู้ประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน ในมาตรา 39 (4) ว่า “ผู้ที่ขออนุญาตประกอบกิจการตามมาตรา 37 หรือมาตรา 38 ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (4) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา”

### (5) พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ.2558

พระราชบัญญัตินี้มีความมุ่งหมาย เพื่อสร้างความเป็นธรรมและทำให้มีมาตรฐานและสภาพการจ้าง การทำงาน และความปลอดภัยและสุขอนามัยได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้การทำงานของลูกจ้างและคนประจำเรือยังเกี่ยวข้องกับกิจการขนส่งทางทะเลระหว่างประเทศที่ต้องนำมาตรฐานสากล คือ อนุสัญญาว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2549 (Maritime Labour Convention, 2006) ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

(International Labour Organization : ILO) มาปฏิบัติต่อแรงงานทางทะเลเป็นกรณีเฉพาะ และเพื่อกำหนดมาตรฐานการทำงานของลูกจ้างและคนประจำเรือและการออกไปรับรองด้านแรงงานทางทะเลแก่เรือขนส่งทางทะเลที่ชักธงไทยเพื่อคุ้มครองแรงงานทางทะเลอันจะเป็นการรับรองว่า แรงงานทางทะเลจะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมตามมาตรฐานสากล รวมทั้งเพื่อป้องกันการใช้ มาตรการของรัฐเจ้าของท่าเรือต่อเรือไทยที่เดินทางระหว่างประเทศ เช่น การกักเรือ การตรวจเรือ การสั่งให้แก้ไขข้อบกพร่อง และเพื่อประโยชน์ในการวางมาตรการควบคุม กำกับ ดูแล และบริหารจัดการในการออกไปรับรองด้านแรงงานทางทะเลให้เป็นไปตามมาตรฐานสากล และเป็นการส่งเสริม การพัฒนากิจการพาณิชย์นาวีของประเทศไทยอีกทางหนึ่งด้วย

พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วย เหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขออนุญาตจัดหางานให้คนหางานเพื่อไปทำงานเป็นคน ประจำเรือ ในมาตรา 21 (7) ว่า “ ผู้ขออนุญาตจัดหางานให้คนหางานเพื่อไปทำงานเป็นคนประจำเรือ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (7) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษา ถึงที่สุดในความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบ หรือในความผิด ตามพระราชบัญญัตินี้หรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน”

#### (6) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมของประชาชน จึงเป็นการสมควรที่จะออกกฎหมายควบคุมสถานบริการนั้น ๆ รวมทั้งการ แสดงด้วยทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม วัฒนธรรม และประเพณีอันดีของชาติ

พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วย เหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการ ในมาตรา 6 (5) ว่า “ผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการตามมาตรา 4 ต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้... (5) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษ ในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการค้าหญิงและ เต็กหญิง ตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก หรือตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการค้าประเวณี”

#### (7) พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อกำกับดูแลการประกอบ กิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อให้การดำเนินกิจการดังกล่าวเป็นไป อย่างมีมาตรฐานอันเป็นการส่งเสริมสุขภาพของประชาชน และคุ้มครองผู้บริโภค และได้มีพระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 ยกเลิก (2) ของ ข. ของมาตรา 23 ที่ว่า “ผู้ขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้ให้บริการ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะ

ต้องห้าม ดังต่อไปนี้... ข. ลักษณะต้องห้าม (2) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปีก่อนวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียน” ซึ่งเป็นการยกเลิกลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาของผู้ให้บริการเพื่อสุขภาพ มีความมุ่งหมายโดยที่กฎหมายว่าด้วยสถานประกอบการเพื่อสุขภาพที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้ให้บริการว่าจะต้องไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปีก่อนวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้ให้บริการ ซึ่งลักษณะต้องห้ามดังกล่าวเป็นการตัดโอกาสในการประกอบอาชีพและเป็นอุปสรรคในการกลับเข้าสู่สังคมได้ตามปกติของผู้เคยกระทำความผิดดังกล่าวหลังจากพ้นโทษ จึงสมควรยกเลิกลักษณะต้องห้ามนั้น โดยเปิดโอกาสให้กลุ่มบุคคลผู้เคยกระทำความผิดเหล่านี้สามารถเข้าสู่การประกอบอาชีพเป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพได้ทันที

พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ และผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้ดำเนินการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ ในมาตรา 13 (3) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพต้องมีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ และไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (3) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี” และในมาตรา 21 ข. (2) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้ดำเนินการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... ข. ลักษณะต้องห้าม... (2) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี”

#### (8) พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัตินี้มีความมุ่งหมาย เพื่อรองรับการนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองแก่

เจ้าหนี้และสร้างระบบการบังคับหลักประกันที่มีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม อันจะเป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจ

พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกัน ในมาตรา 55 (2) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันต้องมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ ด้านกฎหมาย บัญชี เศรษฐศาสตร์ บริหารธุรกิจ หรือการประเมินราคาทรัพย์สินทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (2) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือความผิดตามมาตรา 89 หรือมาตรา 90”

#### (9) พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541

พระราชกำหนดดังกล่าวมีความมุ่งหมายในการกำหนดสิทธิประโยชน์ที่นิติบุคคลจะได้รับ และโดยที่เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ในอันที่จะรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ประกอบกับกำกับดูแลและควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานกิจการของบริษัทบริหารสินทรัพย์ เพื่อให้การบริหารจัดการสินทรัพย์ด้วยคุณภาพของสถาบันการเงิน เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

พระราชกำหนดดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของกรรมการหรือผู้มีอำนาจในการจัดการของบริษัทบริหารสินทรัพย์ไว้ในมาตรา 4/2 (2) ว่า “ห้ามมิให้บริษัทบริหารสินทรัพย์แต่งตั้งหรือยอมให้บุคคลซึ่งมีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นหรือทำหน้าที่กรรมการหรือผู้มีอำนาจในการจัดการของบริษัทบริหารสินทรัพย์ ... (2) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่กระทำโดยทุจริต”

#### (10) พระราชบัญญัติระบบการชำระเงิน พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแลระบบการชำระเงินและบริการการชำระเงินอย่างเป็นระบบ มีความเป็นเอกภาพและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น รวมทั้งทันต่อความเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว สมควรกำหนดให้การกำกับดูแลระบบการชำระเงินและบริการการชำระเงินอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับเดียวกัน โดยกำหนดมาตรการในการกำกับดูแลระบบการชำระเงินและบริการการชำระเงินด้วยการอนุญาตหรือขึ้นทะเบียน และบทกำหนดโทษทางปกครองและโทษอาญา จึงมีความจำเป็นต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในบางกรณี นอกจากนี้ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ตามมาตรฐานสากลเกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องผลทางกฎหมายที่สำคัญของการชำระเงิน ตลอดจนการให้ความ

คุ้มครองมิให้การชำระเงินมีการยกเลิกเพิกถอนในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการหรือสั่งพิทักษ์ทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลายอันจะทำให้ระบบการชำระเงินของประเทศเกิดเสถียรภาพและความมั่นคงและดำเนินการได้อย่างต่อเนื่อง

พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของกรรมการหรือผู้ซึ่งมีอำนาจจัดการของผู้ประกอบธุรกิจระบบการชำระเงินไว้ในมาตรา 14 (3) (4) และ (7) ว่า “ห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตหรือขึ้นทะเบียนให้ประกอบธุรกิจระบบการชำระเงินภายใต้การกำกับแต่งตั้งหรือยอมให้บุคคลซึ่งมีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นหรือทำหน้าที่กรรมการหรือผู้ซึ่งมีอำนาจจัดการของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว... (3) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ลักทรัพย์ วิ่งราวทรัพย์ กรรโชก ริดเอาทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ฉ้อโกง โกงเจ้าหนี้ ยักยอกหรือรับของโจร ไม่ว่าจะมีการรอกการลงโทษหรือไม่ก็ตาม หรือเคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (4) เคยต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน หรือเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดฐานฟอกเงินตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน หรือเคยเป็นบุคคลที่ถูกกำหนดให้เป็นผู้ที่มีการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย หรือต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดฐานสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายและการแพร่ขยายอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง... (7) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระบบการชำระเงินหรือบริการการชำระเงินโดยมิได้รับอนุญาตหรือขึ้นทะเบียน”

#### 4.1.1.4 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง คือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยห้ามเด็ดขาดไม่สามารถขอประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้เลย และกำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ กล่าวคือ บุคคลใดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก ไม่ว่าจะความผิดใดก็ตามที่เป็นความผิดมิโทษทางอาญา ย่อมเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพ เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ประกอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

### (1) พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคไม่ให้เสียเปรียบและก่อให้เกิดความเป็นธรรมและความสงบสุขในสังคม พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้เป็นหุ้นส่วน ผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนการประกอบธุรกิจขายตรง ในมาตรา 38/2 (3) ว่า “ผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนการประกอบธุรกิจขายตรง ต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (3) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

### (2) พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายในการจัดระเบียบการประกอบกิจการโรงรับจำนำ พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขออนุญาตตั้งโรงรับจำนำ ในมาตรา 9 (5) ว่า “ผู้ขออนุญาตตั้งโรงรับจำนำต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้... (5) ไม่เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดที่เป็นลหุโทษ หรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท”

### (3) พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อดำเนินการควบคุมกิจการสถานพยาบาล เพื่อให้ความคุ้มครองประชาชนผู้รับบริการจากสถานพยาบาลมากยิ่งขึ้น พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล ในมาตรา 17 (3) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังนี้... (3) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ ชอบด้วยกฎหมายถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

#### 4.1.1.5 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยใช้ลักษณะผสม

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยใช้ลักษณะผสม คือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยใช้ลักษณะการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่ให้ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งนำลักษณะของการกำหนดลักษณะต้องห้ามในหัวข้อ 4.1.1.1 ถึง 4.1.1.4 ผสมกันในกฎหมายฉบับเดียวกัน ประกอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

### (1) พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจประกันภัยและการคุ้มครองสิทธิของผู้เอาประกันภัยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของกรรมการ ผู้จัดการ หรือที่ปรึกษาของบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิต ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันชีวิต ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นนายหน้าประกันชีวิต และผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นนักคณิตศาสตร์ประกันภัย โดยในมาตรา 35 (2) กำหนดว่า “กรรมการ ผู้จัดการ บุคคลซึ่งมีอำนาจกระทำการแทนบริษัท หรือที่ปรึกษาของบริษัทต้องเป็นบุคคลซึ่งมีคุณวุฒิทางการศึกษาไม่ต่ำกว่าระดับปริญญาตรี หรือเป็นผู้มีประสบการณ์ในการทำงานที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจประกันภัย และไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (2) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์” โดยในมาตรา 69 (2) (ข) กำหนดว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันชีวิตต้อง... (2) ไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (ข) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่กระทำโดยทุจริต เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันยื่นคำขอรับใบอนุญาต” โดยในมาตรา 72 กำหนดว่า “บุคคลธรรมดาซึ่งจะขอรับใบอนุญาตเป็นนายหน้าประกันชีวิต ต้องไม่เป็นตัวแทนประกันชีวิตหรือเป็นกรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน หรือลูกจ้างของบริษัทใด และให้นำความใน มาตรา 69 (1) (ก) (ข) และ (ค) และ (2) (ก) (ข) (ค) (จ) (ฉ) และ (ช) มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม และต้องผ่านการอบรมจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย หรือผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยประกาศกำหนด...” และในมาตรา 83/4 (1) กำหนดว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นนักคณิตศาสตร์ประกันภัยต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (1) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือความผิดตามมาตรา 114/1 หรือมาตรา 114/2 เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต” เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.1 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ กับลักษณะต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.3 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ อยู่ในฉบับเดียวกัน

### (2) พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อกำกับดูแลบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย และเพื่อคุ้มครองประชาชนและผู้เอาประกันภัย พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษา

ในคดีอาญา ของกรรมการ ผู้จัดการ หรือที่ปรึกษาของบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิต ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันชีวิต ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นนายหน้าประกันชีวิต และผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นนักคณิตศาสตร์ประกันภัย ในมาตรา 34 (2) ว่า “ กรรมการผู้จัดการ บุคคลซึ่งมีอำนาจกระทำการแทนบริษัท หรือที่ปรึกษาของบริษัทต้องเป็นบุคคลซึ่งมีคุณวุฒิทางการศึกษาไม่ต่ำกว่าระดับปริญญาตรีหรือเป็นผู้มีประสบการณ์ในการทำงานที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจประกันภัย และไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (2) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์” ในมาตรา 64 (2) (ข) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันวินาศภัยต้อง... (2) ไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (ข) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่กระทำโดยทุจริต เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันยื่นคำขอรับใบอนุญาต” ในมาตรา 67 ว่า “บุคคลธรรมดาซึ่งจะขอรับใบอนุญาตเป็นนายหน้าประกันวินาศภัยต้องไม่เป็นตัวแทนประกันวินาศภัยหรือเป็นกรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน หรือลูกจ้างของบริษัทใด และให้นำความในมาตรา 64 (1) (ก) (ข) และ (ค) และ (2) (ก) (ข) (ค) (จ) (ฉ) และ (ช) มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม และต้องผ่านการอบรมจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย หรือผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยประกาศกำหนด...” เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.1 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ กับลักษณะต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.3 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ อยู่ในฉบับเดียวกัน

### (3) พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อส่งเสริมและยกมาตรฐานการประกอบธุรกิจโรงแรมและกำหนดหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจให้เหมาะสมกับสภาพของการประกอบธุรกิจโรงแรมแต่ละประเภท พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจโรงแรม และผู้จัดการโรงแรม ในมาตรา 16 (5) และ (6) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาต ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ (6) ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี” และในมาตรา 33 (5) และ (6) ว่า “ผู้จัดการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะ

ต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ (6) ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่า เป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี” เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.4 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาด โดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง กับลักษณะต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.3 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ อยู่ในฉบับเดียวกัน

#### (4) พระราชบัญญัติหอพัก พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่อกำกับดูแลการประกอบกิจการหอพักให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนที่อยู่ระหว่างการศึกษา พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการหอพักเอกชน ผู้จัดการหอพัก สถานศึกษา และผู้จัดการหอพักของหอพักเอกชน ในมาตรา 35 (2) (ค) และ(ง) ว่า “ ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการหอพักเอกชน ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (2) ลักษณะต้องห้าม... (ค) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ (ง) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด” ในมาตรา 49 วรรคหนึ่ง ว่า “ ผู้จัดการหอพักสถานศึกษาต้องได้รับแต่งตั้งจากสถานศึกษาโดยผู้ประกอบกิจการหอพักต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบภายในสิบห้าวัน นับแต่วันที่ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการหอพัก” และมาตรา 49 วรรคสอง ว่า “ผู้ซึ่งจะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้จัดการหอพักตามวรรคหนึ่ง ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 51” และในมาตรา 51 (2) (ค) (ง) ว่า “ขอรับใบอนุญาตผู้จัดการหอพักตามมาตรา 50<sup>3</sup> ต้องมีคุณสมบัติ

<sup>3</sup> มาตรา 50 ผู้ใดประสงค์จะเป็นผู้จัดการหอพักของหอพักเอกชน ต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

และไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (2) ลักษณะต้องห้าม (ค) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ (ง) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด” เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.4 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง กับลักษณะต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.3 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ อยู่ในฉบับเดียวกัน

#### (5) พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมาย เพื่ออำนวยความสะดวกรวดเร็วแก่ประชาชน และสมควรให้ช่างรังวัดเอกชนรับทำการรังวัดเพื่อการดังกล่าวได้โดยให้อยู่ภายใต้การกำกับของกรมที่ดิน พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นช่างรังวัดเอกชน และผู้ขอรับใบอนุญาตจัดตั้งสำนักงานช่างรังวัดเอกชน ในมาตรา 19 (9) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นช่างรังวัดเอกชน ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (9) ไม่เคยต้องโทษจำคุกในคดีที่เกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริตแห่งวิชาชีพ” และมาตรา 25 (7) ผู้ขอรับใบอนุญาตจัดตั้งสำนักงานช่างรังวัดเอกชน ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (7) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ” เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.4 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง กับลักษณะ

---

ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการหอพักเป็นบุคคลธรรมดาและมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 51 ผู้ประกอบกิจการหอพักและผู้จัดการหอพักจะเป็นบุคคลคนเดียวก็ได้  
ใบอนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ใช้ได้สำหรับหอพักที่ระบุในใบอนุญาตเท่านั้น  
การขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.3 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ อยู่ในฉบับเดียวกัน

#### (6) พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายในการควบคุมดูแลการประกอบกิจการด้วยการให้โรงงานบางลักษณะอาจประกอบกิจการได้ภายใต้ระบบการกำกับตามปกติ และโรงงานบางลักษณะจะต้องแจ้งให้ทราบก่อนจึงจะเริ่มประกอบกิจการได้ โดยคงมีแต่โรงงานบางลักษณะที่จำเป็นเท่านั้นที่จะยังคงใช้ระบบการอนุญาต นอกจากนี้ได้กำหนดให้มีการประสานงานกันระหว่างพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตามกฎหมายให้พิจารณาลดการดำเนินงานที่ซ้ำซ้อนกันเพื่อความสะดวกแก่ผู้ประกอบการ และควบคุมการประกอบกิจการโรงงานให้ชัดเจน โดยได้ผลยิ่งขึ้นด้วยการให้มีการออกกฎเพื่อกำหนดขอบเขตการประกอบกิจการโรงงานให้ชัดเจน และกำหนดขั้นตอนการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งเพื่อบังคับให้โรงงานปฏิบัติตามกฎหมาย

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตตรวจสอบหรือรับรองโรงงานในมาตรา 9/1 ข. (3) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตตรวจสอบหรือรับรองซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้...ข. ลักษณะต้องห้าม... (3) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเนื่องจากเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันยื่นคำขอรับใบอนุญาตตรวจสอบหรือรับรอง” และ มาตรา 9/2 ข. (2) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตตรวจสอบหรือรับรองซึ่งเป็นนิติบุคคลต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้...ข. ลักษณะต้องห้าม...(2) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน เว้นแต่เป็นความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว” เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.1 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ กับลักษณะต้องห้ามตามข้อ 4.1.1.3 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ อยู่ในฉบับเดียวกัน

กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชนโดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาทั้ง 5 กลุ่มข้างต้น ซึ่งประกอบด้วยอาชีพและกิจการกว่า 50 อาชีพและกิจการ โดยกฎหมายทั้งหมดที่จัดกลุ่มขึ้นนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปถึงปัญหาความสอดคล้องกับทฤษฎีว่าด้วยวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วน และหลักความเสมอภาค ซึ่งผู้เขียนจะได้ชี้ให้เห็นถึงข้อค้นพบและความเห็นของผู้เขียนในหัวข้อต่อ ๆ ไป

#### 4.1.2 รูปแบบและผลทางกฎหมายของลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

การกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพนั้น ก่อนอื่นผู้เขียนจะได้กล่าวถึงความหมายของคำว่าคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามว่าหมายความว่าอย่างไร ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เคยให้ความหมายของคำว่าคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามไว้ใน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2561 ว่า “คุณสมบัติ” หมายความว่า สิ่งที่คุณต้องมีประจำตัวซึ่งต้องมีก่อนที่จะได้มาซึ่งสิทธิหรือตำแหน่ง ส่วนคำว่า “ลักษณะต้องห้าม” หมายความว่า สิ่งที่คุณมีอยู่จะทำให้บุคคลใช้สิทธิ หรือเข้าสู่ตำแหน่งและดำรงตำแหน่งนั้นไม่ได้ตลอดเวลาที่ลักษณะดังกล่าวมีอยู่ เป็นลักษณะที่ได้กำหนดขึ้นโดยมีจุดประสงค์เพื่อเป็นการห้ามมิให้ผู้มีลักษณะบางประการที่ได้กำหนดไว้หรือมีพฤติกรรมที่ไม่สมควรเป็นผู้มีสิทธิหรือดำรงตำแหน่งนั้น ๆ เห็นได้ว่าแม้คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามจะมีความแตกต่างกัน แต่ทั้งคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามต่างก็เป็นเครื่องมือหรือมาตรการในการคัดเลือกและควบคุมพฤติกรรมบุคคลและเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดไว้เพื่อผลอย่างเดียวกัน จึงถือได้ว่าทั้งคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์สอดคล้องเชื่อมโยงกันอย่างใกล้ชิด

การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจึงเป็นกรณีที่คุณใดมีเหตุดังกล่าวบุคคลนั้นย่อมไม่มีสิทธิในการได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยลักษณะของบทบัญญัติในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา จากตัวอย่างกฎหมายที่ใช้ในการศึกษาทั้ง 30 ฉบับ ผู้เขียนจำแนกได้ 3 ลักษณะใหญ่ ๆ ได้แก่

##### 4.1.2.1 การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก

การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก จากการตรวจสอบพบลักษณะการบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

(1) “ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก...” เช่น พ.ร.บ.เครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 16 (5) ว่า “ผู้อนุญาตจะออกใบจดทะเบียนสถานประกอบการผลิต หรือนำเข้าเครื่องมือแพทย์แก่ผู้ขอจดทะเบียนสถานประกอบการ เมื่อปรากฏว่าผู้ขอจดทะเบียนสถานประกอบการ... (5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ในความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบ หรือในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วเกินสองปีก่อนวันขอจดทะเบียน”

(2) “ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก...” เช่น พ.ร.ก.การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 27 (7) ว่า “ผู้อนุญาตนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ ต้องเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด และมีคุณสมบัติ

และไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (7) มีผู้จัดการซึ่งเป็นกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล ซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (ข) ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบ หรือในความผิดตามพระราชกำหนดนี้ กฎหมายว่าด้วยการจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน กฎหมายว่าด้วยแรงงานทางทะเล หรือกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์”

(3) “ไม่เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมายให้จำคุก...” เช่น พ.ร.บ.การขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 96 (9) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ประจำรถตามมาตรา 93 ในประเภทการขนส่งประจำทาง การขนส่งไม่ประจำทาง หรือการขนส่งโดยรถขนาดเล็กต้องมีคุณสมบัติและลักษณะ ดังต่อไปนี้... (9) ไม่เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมายให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดอันได้กระทำโดยประมาทที่มีใช้เกี่ยวกับการใช้รถในการกระทำความผิดหรือความผิดลหุโทษ หรือได้พ้นโทษมาแล้วเกินสามปี”

(4) “เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก...” เช่น พ.ร.บ.ธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558 มาตรา 34 ข. (3) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยรับอนุญาตต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... ข. ลักษณะต้องห้าม ... (3) เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกสำหรับความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หรือพ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีก่อนวันขอรับใบอนุญาตและมีใช้ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา”

(5) “ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก...” เช่น พ.ร.บ.จดทะเบียนการพิมพ์พ.ศ. 2550 มาตรา 7 (4) ว่า “ผู้พิมพ์หรือผู้โฆษณาสิ่งพิมพ์ที่พิมพ์และเผยแพร่ในราชอาณาจักรต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (4) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีหรือเป็นความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

(6) “ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมายให้จำคุก...” เช่น พ.ร.บ.สถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 17 (3) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังนี้... (3) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมายถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

แม้การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก จะมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป แต่ย่อมมีผลทางกฎหมายอย่างเดียวกัน กล่าวคือ จะต้องถูก จำคุกจริง ๆ จึงจะเข้าเงื่อนไขตามลักษณะต้องห้ามดังกล่าว เพราะมาตรา 74 แห่งประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 73 และมาตรา 185 วรรคสอง เมื่อผู้ใดต้องคำพิพากษาให้จำคุก หรือประหารชีวิต หรือจะต้องจำคุกแทนค่าปรับ ให้ศาลออกหมาย จำคุกผู้นั้นไว้” ซึ่งหมายความว่า การที่บุคคลใดต้องคำพิพากษาให้จำคุก บุคคลนั้นต้องถูกจำคุกจริง ดังปรากฏตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยให้ความเห็นเกี่ยวกับผลทางกฎหมายเรื่องดังกล่าวไว้ใน เรื่องเสรีที่ 34/2488 ว่า “เรื่องผู้ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก แต่ศาลยกอาญาจำคุกหรือ รอการลงอาญานั้น แม้ในตัวของกฎหมายจะใช้ถ้อยคำผิดเพี้ยนกันบ้าง แต่ความหมายนั้นอย่าง เดียวกัน กล่าวคือ บุคคลผู้นั้นต้องเป็นผู้ที่ได้รับโทษจำคุก คือถูกจำคุกจริง ๆ”

และศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยศาล รัฐธรรมนูญ ที่ 36/2542 ว่า “ในกรณีที่ศาลพิพากษาให้จำคุกแต่ให้รอการลงโทษไว้ นั้น มาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้ปล่อยตัวจำเลยไป จำเลยไม่ต้องถูกจำคุก การจำคุกตามคำพิพากษา คือการนำตัวจำเลยไปควบคุมไว้ในเรือนจำ เพราะมาตรา 74 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 73 และมาตรา 185 วรรคสอง เมื่อผู้ใดต้องคำพิพากษา ให้จำคุก หรือประหารชีวิต หรือจะต้องจำคุกแทนค่าปรับ ให้ศาลออกหมายจำคุกผู้นั้นไว้" ซึ่งหมายความว่า การที่บุคคลใดต้องคำพิพากษาให้จำคุก บุคคลนั้นต้องถูกจำคุกจริง ศาลจึงต้องออก หมายจำคุก ดังนั้นจำเลยที่ถูกศาลพิพากษาให้จำคุกแต่โทษจำคุกให้รอการลงโทษได้รับการปล่อยตัว ในคดีนั้นทันที จึงต้องถือว่าการรอการลงโทษนั้น จำเลยมิได้ถูกจำคุก... นอกจากนี้ ถ้าจะเทียบเคียงกับ รัฐธรรมนูญ มาตรา 206 (5) ซึ่งบัญญัติว่า "มาตรา 206 รัฐมนตรีต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะ ต้องห้ามดังต่อไปนี้.....(5) ไม่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไป โดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึง ห้าปีก่อนได้รับแต่งตั้ง เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท" ตามบทบัญญัติของมาตรา 206 (5) นั้น หมายถึงมีคำพิพากษาให้จำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปและต้องพ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี จึงแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีได้ แสดงให้เห็นอีกกรณีหนึ่งว่าโทษนั้นต้องเป็นโทษจำคุกและมีการจำคุกจริง จึงจะนับว่าพ้นโทษได้ โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 216 (4) ใช้ถ้อยคำทำนองเดียวกันว่าต้องคำพิพากษา ให้จำคุก จึงเห็นว่า คุณสมบัติในเรื่องการดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีก็ยังคงกำหนดว่าต้องมีการจำคุกจริง แต่เหตุนี้จะแปลว่าการจะให้พ้นจากการดำรงตำแหน่งจะให้พิจารณาแต่เพียงว่ามีคำว่าจำคุกก็ต้องพ้น ตำแหน่งแล้ว น่าจะไม่ใช่ธรรมสำหรับผู้ที่เข้ามาดำรงตำแหน่ง แม้ต้องการให้มีการตรวจสอบอย่าง

เข้มงวดก็ตาม แต่ก็ควรที่จะต้องให้ถึงขั้นต้องได้รับโทษจำคุก มิใช่ว่าคำพิพากษาให้รอการลงโทษซึ่งเป็นเงื่อนไขของโทษจำคุก ก็มีความหมายอย่างเดียวกัน<sup>4</sup>

#### 4.1.2.2 การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้รับโทษ

การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้รับโทษ จากการตรวจสอบพบลักษณะการบัญญัติกฎหมาย ลักษณะการบัญญัติกฎหมายที่ค้นพบ ได้แก่ “ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษในความผิด...” เช่น พ.ร.บ.สถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 6 (5) ว่า “ผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการตามมาตรา 4 ต้องมีคุณสมบัติดังนี้... (5) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการค้าหญิงและเด็กหญิง ตามกฎหมายว่าด้วยการปราบปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก หรือตามกฎหมายว่าด้วยการปราบปรามการค้าประเวณี” ซึ่งถ้าหากได้รับโทษอาญา 5 สถานประกอบด้วยโทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับและริบทรัพย์สิน ก็ถือว่าเข้าเงื่อนไขตามลักษณะต้องห้าม แต่สำหรับโทษจำคุกต้องถูกจำคุกจริงดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.1.2.1

#### 4.1.2.3 การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิด

การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิด จากการตรวจสอบพบลักษณะการบัญญัติกฎหมาย ได้แก่

(1) “เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้... ยังไม่ถึงห้าปีนับแต่วันที่มิคำพิพากษาถึงที่สุด” เช่น พ.ร.ก.การประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 39 (1) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 32 มาตรา 35 และมาตรา 36 ต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้...(1) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 114 ยังไม่ถึงห้าปีนับแต่วันที่มิคำพิพากษาถึงที่สุด”

(2) “ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิด...” เช่น พ.ร.บ.โรงแรม พ.ศ. 2547 มาตรา 16 (6) ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี”

<sup>4</sup> ดังปรากฏในเหตุผลของความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 34/2488 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2542

(3) “เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิด...”  
 เช่น พ.ร.บ.สถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559 มาตรา 13 (3) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบ  
 กิจการสถานประกอบการเพื่อสุขภาพต้องมีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ และไม่มีลักษณะต้องห้าม  
 ดังต่อไปนี้... (3) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ  
 ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วย  
 การป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและ  
 ปราบปรามการค้าประเวณี”

ลักษณะการบัญญัติลักษณะต้องห้ามตาม (1) (2) และ (3) หากศาล  
 พิพากษาว่ากระทำความผิดแม้จะรอการลงโทษ รอการกำหนดโทษไว้หรือมีเหตุได้รับยกเว้นโทษตาม  
 กฎหมาย ก็ถือว่าเข้าเงื่อนไขตามลักษณะต้องห้าม เพราะถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามคำพิพากษา  
 ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยมีความเห็นเกี่ยวกับผลทางกฎหมายเรื่องดังกล่าว ในเรื่องเสรีจที่  
 77/2552 ว่า “โดยที่ มาตรา 12 (11) แห่งพระราชบัญญัติ ลักษณะปกครองท้องที่  
 พระพุทธศักราช 2457 บัญญัติคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะได้รับเลือกเป็นผู้ใหญ่บ้าน  
 ไว้ว่า ต้องไม่เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมายตามที่กำหนด  
 ดังนั้น จึงไม่ต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นจะมีโทษตามคำพิพากษาหรือไม่ เพียงแต่บุคคลดังกล่าวถูกศาล  
 พิพากษาว่ากระทำความผิดก็ต้องถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ขาดคุณสมบัติและมีลักษณะต้องห้ามในการ  
 เป็นผู้ใหญ่บ้านตามมาตรา 12 (11) แล้ว และแม้จะมีการล้างมลทิน การล้างมลทินนั้นก็จะมีผลเฉพาะ  
 โทษที่ผู้ต้องโทษได้รับเท่านั้น มิได้มีผลเป็นการลบล้างการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้ถูกลงโทษ  
 นั้นด้วย จึงเป็นผู้ขาดคุณสมบัติและมีลักษณะต้องห้าม”

#### 4.1.3 ผลกระทบจากการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการ  
 หรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย การที่บุคคลที่เคยกระทำความผิดอาญาและต้อง  
 คำพิพากษาของศาลว่ากระทำความผิดหรือได้รับโทษ แม้จะได้พ้นโทษมาแล้วก็อาจถูกจำกัดสิทธิ  
 เสรีภาพจากรัฐ โดยเฉพาะเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เนื่องจากด้วยเหตุที่ผู้เคยต้องคำพิพากษาใน  
 คดีอาญาจึงทำให้มีประวัติอาชญากรรม (Criminal Record) ส่งผลให้ไม่สามารถประกอบกิจการหรือ  
 อาชีพบางอย่างได้ โดยการมีประวัติอาชญากรรมถูกกำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามในการประกอบ

กิจการหรือประกอบอาชีพ<sup>5</sup> การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจึงเป็นปัญหาที่สำคัญอย่างมาก เพราะการมีอาชีพเป็นสิ่งจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของบุคคลทุกคน ทำให้หลายภาคส่วนตระหนักในปัญหาดังกล่าว ในระบบกฎหมายไทยจึงเกิดแนวคิดในการแก้ปัญหาคำจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจากภาคส่วนต่าง ๆ เช่น แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2557 – 2561) ตามมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 12 พฤศจิกายน พ.ศ. 2557 ได้มีข้อเสนอแนะเชิงปฏิบัติการให้รัฐส่งเสริมมาตรการให้ความช่วยเหลือ คຸ່ມครองแก่ผู้พ้นโทษ แก้ไขการรับบุคคลเข้าทำงานโดยการยอมรับบุคคลที่เคยต้องโทษ จัดตั้งศูนย์สงเคราะห์ผู้พ้นโทษ การอบรมฝึกหัดอาชีพและจัดหางานให้แก่ผู้พ้นโทษ และควรมีมาตรการทางกฎหมายรองรับการปฏิบัติต่อผู้พ้นโทษ ส่งเสริมการจัดระบบจัดเก็บข้อมูลเพื่อบูรณาการความร่วมมือในการดูแลผู้พ้นโทษ และส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีส่วนร่วมในการฟื้นฟู ติดตามและประเมินผลผู้พ้นโทษ เป็นต้น

ต่อมาเมื่อแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562 – 2566) ได้มีการติดตามปัญหากลุ่มผู้พ้นโทษแม้ว่ากลุ่มผู้พ้นโทษจะเป็นกลุ่มเป้าหมายหลักตามแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริม คຸ່ມครองให้กลุ่มผู้พ้นโทษได้รับการคຸ່ມครองอย่างเป็นธรรม เท่าเทียมกันโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ และสามารถดำรงชีวิตในสังคมได้อย่างมีศักดิ์ศรี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสร้างหลักประกันเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าผู้ที่เคยกระทำความผิดที่พ้นจากกระบวนการยุติธรรมไปแล้วจะมีจุดยืนในสังคม และไม่หวนไปกระทำความผิดซ้ำอีก แต่จากการประเมินผลสัมฤทธิ์แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 ยังพบปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนของกลุ่มผู้พ้นโทษ คือ ปัญหาการถูกเลือกปฏิบัติ หรือกีดกันในการประกอบอาชีพ ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษมีข้อจำกัดในเรื่องของการเข้าถึงการสร้างงานสร้างอาชีพ ปัญหาการเข้าสู่สังคมของผู้ที่พ้นโทษออกมาแล้ว ไม่สามารถหางานทำได้สืบเนื่องจากการไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม และการถูกรังเกียจจากสังคม ที่บางครั้งรวมถึงคนในครอบครัวของผู้พ้นโทษเองด้วย ทำให้หลายหน่วยงานไม่ต้องการรับผู้พ้นโทษเข้าทำงานเพราะมีประวัติเป็นผู้กระทำผิด ดังนั้น จึงพบปัญหากลุ่มผู้พ้นโทษในสามประเด็น คือ การว่างงาน สังคมไม่ยอมรับ และการกระทำผิดซ้ำของผู้พ้นโทษ แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 แผนสิทธิมนุษยชนด้านกระบวนการยุติธรรม ได้มีข้อเสนอแนะแนวทางการพัฒนา โดยเสนอให้รัฐต้องสร้างหลักประกันและให้การคຸ່ມครองกลุ่มเปราะบางของด้านกระบวนการยุติธรรม ความมั่นคงทั้งในกลุ่มของผู้พ้นโทษที่มีปัญหาว่างงาน โดยหน่วยงานรัฐต้องมีการกำหนดเงื่อนไขให้

<sup>5</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, “กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ”, สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, น.387.

สถานประกอบการรับผู้พ้นโทษเข้าทำงาน เช่น การสร้างแรงจูงใจในการลดภาษีสำหรับหน่วยงานที่รับผู้พ้นโทษเข้าทำงาน รวมทั้งสนับสนุนให้นักโทษมีเงินทุนประกอบอาชีพอย่างทั่วถึงและพอเพียง แม้ปัจจุบันการดำเนินงานในส่วนของกรมคุมประพฤติจะมีเงินทุนให้นักโทษกู้ยืมประกอบอาชีพ แต่ยังไม่เพียงพอ ดังนั้น ควรมีหน่วยงานของรัฐติดตามปัญหาว่างงานของผู้พ้นโทษ เช่น อาจจะมีการจัดตลาดรับแรงงานในเรือนจำ การประสานงานกับเอกชนบริษัทใหญ่ ๆ เพื่อรับนักโทษเข้าทำงาน เพื่อสร้างงานสร้างอาชีพให้ก่อนจะได้รับการปล่อยตัว อีกทั้งต้องปรับทัศนคติของคนในสังคม สื่อต่าง ๆ ให้มีทัศนคติในเชิงบวกและในเชิงที่สร้างสรรค์ที่ให้โอกาสกับผู้กระทำผิด ตลอดจนสถาบันครอบครัว สถาบันการศึกษา สถาบันศาสนา รัฐ เอกชน ต้องให้ความร่วมมือด้วย แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 ยังมีแผนสิทธิมนุษยชนกลุ่มผู้พ้นโทษ โดยมีข้อเสนอแนะแนวทางการพัฒนา ดังนี้

(1) การเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยให้ผู้พ้นโทษสามารถกลับคืนสู่สังคมได้ (Reintegrate) โดยมุ่งเน้นการสร้างอาชีพให้ผู้พ้นโทษ ต้องจัดให้มีที่ปรึกษาด้านอาชีพ เพื่อตรวจวัดความสามารถของผู้พ้นโทษในช่วงก่อนพ้นโทษ 6 เดือน ซึ่งการสร้างอาชีพให้ผู้พ้นโทษอย่างมีประสิทธิภาพ โดยให้หน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องร่วมมือกัน (Wrap Around Approach) สร้างอาชีพให้ตั้งแต่เริ่มเป็นผู้ต้องขัง ซึ่งจะครอบคลุมเด็กและเยาวชนที่ได้รับการปล่อยตัวจากศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชนร่วมด้วย

(2) การนำรูปแบบธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนมาพัฒนาระบบการช่วยเหลือผู้พ้นโทษ หน่วยงานภาครัฐควรเป็นต้นแบบในการจัดการปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับผู้พ้นโทษ เพื่อเป็นแนวทางให้เห็นรูปแบบในการแก้ไขที่ชัดเจน โดยหน่วยงานภาครัฐเป็นต้นแบบในการรับกลุ่มผู้พ้นโทษมาทำงาน

(3) ภาครัฐควรมีมาตรการส่งเสริมให้หน่วยงานที่รับผู้พ้นโทษไปทำงาน ครอบคลุมเด็กและเยาวชนที่ได้รับการปล่อยตัวจากศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชนร่วมด้วย เช่น อาจจะเป็นมาตรการทางภาษีในการลดหย่อนภาษีให้ หรือมีกระบวนการที่ทำให้ผู้ประกอบการนั้น ได้รับความมั่นใจการสร้างความมั่นใจให้กับองค์กรเหล่านั้นที่จะรับบุคคลเหล่านั้นเข้าไปในองค์กร เช่น อาจจะมีการชดเชยถ้าหากมีการกระทำความผิดซ้ำเกิดขึ้นจริงถ้าองค์กรนั้นรับผู้พ้นโทษเข้าไปทำงาน รัฐสามารถเยียวยาองค์กรเหล่านั้นได้ ทำให้ผู้ที่รับผู้พ้นโทษนั้นเกิดความกล้าที่จะเสี่ยงรับผู้พ้นโทษเข้าทำงาน

(4) ปรับปรุงศูนย์คนไร้ที่พึ่งเพื่อรองรับผู้พ้นโทษที่ยังไม่สามารถกลับเข้าสู่ชุมชน หรือมีงานทำรองรับผู้พ้นโทษกลุ่มดังกล่าว เพื่อป้องกันการเข้าสู่การกระทำความผิดซ้ำ และปรับปรุงกฎหมายและระเบียบ ข้อบังคับที่กำหนดคุณสมบัติผู้ที่จะได้รับใบอนุญาตหรือคุณสมบัติผู้สมัครเข้าทำงานที่กำหนดห้ามผู้ต้องขังสมัครงานในหน่วยงานของรัฐ

แผนแม่บทการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2558 – 2561 โดยคณะกรรมการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติ ได้มีเป้าประสงค์โดยกำหนดยุทธศาสตร์และแนวทางการดำเนินงานที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

ยุทธศาสตร์ที่ 1 การพัฒนาประสิทธิภาพระบบการให้บริการประชาชน  
แนวทางการดำเนินงานที่ 3 พัฒนางานด้านการควบคุม บำบัดฟื้นฟูและช่วยเหลือผู้กระทำผิด  
มีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(1) สร้างระบบหรือกลไกในการสงเคราะห์ ช่วยเหลือผู้ถูกคุมประพฤติและผู้พ้นโทษที่ยากจน ซึ่งยังไม่มีความพร้อมและขาดผู้อุปการะพึ่งพา ให้สามารถปรับตัวเข้าสู่สังคมได้ ในช่วงระยะแรกภายหลังการปล่อยตัว เช่น จ้างทำงานระยะสั้นในหน่วยงานภาครัฐ หรือประสานเครือข่ายภาคเอกชนที่ขาดแคลนแรงงานให้ช่วยรับเข้าทำงานภายใต้การสนับสนุนหรือร่วมมือจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง

(2) ยกเลิกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือเงื่อนไขที่เป็นการไม่ให้โอกาสหรือตัดสิทธิ์ต่อผู้เคยกระทำความผิด หรือที่ผู้พ้นโทษมาแล้วในการทำงานหรือประกอบสัมมาชีพ ได้แก่ การกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ ต้องไม่เป็นผู้ที่เคยกระทำความผิดและมีคำพิพากษาลงโทษจำคุกมาก่อน ทั้งนี้ อาจมีข้อยกเว้นในตำแหน่งหน้าที่ที่มีความสำคัญ เช่น ผู้พิพากษาและอัยการ เป็นต้น

ยุทธศาสตร์ที่ 3 การส่งเสริมกระบวนการยุติธรรมทางเลือกและการมีส่วนร่วม  
ในงานยุติธรรม แนวทางการดำเนินงานที่ 3 เปิดโอกาสให้องค์กรท้องถิ่น ภาคเอกชน องค์กรพัฒนาเอกชน ประชาชน และสื่อมวลชนเข้ามามีบทบาทและมีส่วนร่วมในการดำเนินงาน มีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(1) กำหนดประเภทงานหรือกิจกรรมที่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง  
ในกระบวนการยุติธรรม จะสนับสนุนหรือมอบให้องค์กรท้องถิ่น ภาคเอกชน องค์กรพัฒนาเอกชนและประชาชนเข้ามามีบทบาทหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินงาน เช่น ออกกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับที่ให้องค์กรท้องถิ่นสามารถจัดทำโครงการและใช้งบประมาณดำเนินงานเองได้ หรือสนับสนุนงบประมาณอุดหนุนเพิ่มเติม เป็นต้น

(2) ประสานงานกับองค์กรท้องถิ่น เพื่อชี้แจงและทำความเข้าใจ ให้ตระหนักและเห็นความสำคัญของงานอำนวยความยุติธรรมที่มีต่อชุมชน สังคมและประเทศชาติ รวมทั้งขอความร่วมมือให้องค์กรท้องถิ่นมีบทบาทมากขึ้นในงานอำนวยความยุติธรรมหรือที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม เช่น การช่วยเหลือผู้กระทำผิดภายหลังพ้นโทษ เป็นต้น

การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ด้วยการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการขออนุญาตในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ทำให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาไม่สามารถประกอบกิจการหรืออาชีพในบางประการได้อย่างเด็ดขาด หรือไม่สามารถประกอบกิจการหรืออาชีพบางประการเมื่อยังไม่พ้นเงื่อนไขเวลาตามที่กฎหมายกำหนดหลังจากที่พ้นโทษ การที่กฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้ทำให้เป็นอุปสรรคต่อผู้เคยต้องคำพิพากษาในการเลือกประกอบอาชีพเพื่อดำรงชีพภายหลังกลับคืนสู่สังคม นอกจากนั้นการที่ผู้พ้นโทษไม่มีงานทำ และขาดรายได้ในการดำรงชีพอาจทำให้ผู้พ้นโทษมีโอกาสตัดสินใจกลับไปกระทำความผิดซ้ำได้ ในแต่ละปีจะมีผู้พ้นโทษ ประมาณ 140,000 คนที่ต้องการหางานทำ<sup>6</sup>

จากกฎหมายทั้ง 30 ฉบับที่ผู้เขียนได้มุงนำมาศึกษาจะเห็นได้ว่าผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่สามารถเลือกประกอบอาชีพหรือกิจการบางประเภทได้มีจำนวนมากถึงประมาณ 50 อาชีพหรือกิจการ ดังนั้นการกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการเลือกอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาอย่างมาก และยังเป็นอุปสรรคต่อแนวคิดการคืนคนดีสู่สังคม ตัวอย่างของปัญหาที่เป็นรูปธรรม เช่น การที่พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559 ได้กำหนดห้ามไม่ให้ผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ให้บริการเพื่อสุขภาพหรืออาชีพหมอนวดเพื่อสุขภาพ เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปีก่อนยื่นคำขอขึ้นทะเบียน ซึ่งเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาและได้พ้นโทษแล้ว เพราะเมื่อพ้นโทษแล้วไม่สามารถประกอบอาชีพดังกล่าวได้ทันที ทั้ง ๆ ที่มีการฝึกอบรมอาชีพดังกล่าวในเรือนจำก่อนที่จะมีการปล่อยตัวผู้พ้นโทษ จนนำมาสู่การพยายามยกเลิกข้อจำกัดดังกล่าวด้วยการแก้ไขกฎหมาย โดยมีการเสนอแก้ไขกฎหมายจนสำเร็จมีการตราพระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 โดยมีเหตุผลในการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวว่า “โดยที่กฎหมายว่าด้วยสถานประกอบการเพื่อสุขภาพที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้ให้บริการว่าจะต้องไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด

<sup>6</sup> สราวุธ ไพฑูรย์พงษ์ และ กิริยา กุลกลการ “ผู้พ้นโทษไร้สิทธิประกอบอาชีพ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2563, จาก <https://tdri.or.th/2019/02/career-for-penalty/>.

หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้ว ไม่น้อยกว่าหนึ่งปีก่อนวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้ให้บริการ ซึ่งลักษณะต้องห้ามดังกล่าวเป็นการตัดโอกาสในการประกอบอาชีพและเป็นอุปสรรคในการกลับเข้าสู่สังคมได้ตามปกติของผู้เคยกระทำความผิดดังกล่าวหลังจากพ้นโทษ จึงสมควรยกเลิกลักษณะต้องห้ามนั้น โดยเปิดโอกาสให้กลุ่มบุคคลผู้เคยกระทำความผิดเหล่านี้สามารถเข้าสู่การประกอบอาชีพเป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพได้ทันที” การพยายามผลักดันแก้ไขข้อจำกัดของกฎหมายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเป็นปัญหาข้อจำกัดอย่างมากต่อการประกอบอาชีพและกลับเข้าสู่สังคมได้ตามปกติของผู้เคยกระทำความผิด นอกจากนั้นคณะกรรมการการสาธารณสุขยังมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ควรมีการพิจารณาข้อจำกัดของลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาของผู้ขออนุญาตประกอบอาชีพเป็นผู้ดำเนินการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพด้วย<sup>7</sup>

ปัญหาดังที่ยกขึ้นมาเป็นตัวอย่างข้างต้นแสดงให้เห็นว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เป็นอุปสรรคต่อการเลือกประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาและเป็นอุปสรรคต่อการกลับไปดำเนินชีวิตในสังคมของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา แต่อย่างไรก็ตามในอีกด้านหนึ่งยังมีสิ่งกีดขวางที่กฎหมายต้องคุ้มครอง คือความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของผู้รับบริการจากอาชีพหรือกิจการนั้น ๆ ดังนั้น กฎหมายจึงต้องหาสมดุลระหว่างแนวคิดฝ่ายหนึ่งเห็นว่า เมื่อผู้กระทำความผิดได้ถูกพิพากษาและพ้นโทษมาแล้ว หรือไม่มีโทษทางกฎหมายแล้ว ก็ควรได้รับโอกาสในการใช้ชีวิตในสังคมต่อไป ไม่ควรถูกระงับชั่วคราวโดยมาตรการทางกฎหมายที่ปรากฏในรูปของลักษณะต้องห้าม กับอีกแนวคิดหนึ่งเห็นว่า หากคำนึงถึงการป้องกันเรื่องความปลอดภัยของประชาชน ไม่ควรให้ผู้ที่เคยมีประวัติอาชญากรรมใกล้ชิดกับการดำเนินชีวิตของประชาชนโดยทั่วไป เพราะผู้ที่มีประวัติอาชญากรรมอาจหันกลับมากระทำความผิดซ้ำได้ จึงเป็นหน้าที่ของกฎหมายที่จะต้องหาสมดุลของทั้งสองแนวคิดให้ได้ เพื่อให้โอกาสผู้เคยกระทำความผิดและในขณะเดียวกันประชาชนทั่วไปมีความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์หาจุดสมดุลต่อไป

<sup>7</sup> สำนักกรรมการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา , “รายงานของคณะกรรมการสาธารณสุข สภานิติบัญญัติแห่งชาติ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ (ฉบับที่..) พ.ศ. ....,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2563, จาก <http://dl.parliament.go.th>.

## 4.2 เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในประเทศไทย

สำหรับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในประเทศไทย ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และจะกล่าวถึงการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอถึงแนวทางการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของศาลไทยด้วย

### 4.2.1 เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพนั้นเป็นสิทธิพลเมืองซึ่งพลเมืองของชาติเท่านั้นที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าวนี้<sup>๘</sup> รัฐธรรมนูญไทยได้ให้การรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพแก่พลเมืองไทยมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 อันเป็นรัฐธรรมนูญถาวรฉบับแรกและได้ให้การรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยเสรีภาพในการประกอบอาชีพของรัฐธรรมนูญไทยแต่ละฉบับอาจแตกต่างกันไปในรายละเอียดของถ้อยบัญญัติ ตำแหน่งที่ตั้งของถ้อยบัญญัติ และเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งผู้เขียนได้ทำการรวบรวมเสรีภาพในการประกอบอาชีพของรัฐธรรมนูญไทยไว้ตามตารางแสดงเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>๘</sup> บุญศรี มีวงศ์โฆษ ,กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน , (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม,2538), น.54-56.

ตารางที่ 4.1 ตารางแสดงเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพ	เงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475	มาตรา 14 ภายในบังคับแห่งบทกฎหมายบุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ	
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489	มาตรา 14 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา การศึกษาอบรม การชุมนุมสาธารณะ การตั้งสมาคม การตั้งคณะพรรคการเมือง การอาชีพ ทั้งนี้ ภายในบังคับแห่งบทกฎหมาย	ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492	มาตรา 41 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรและในการประกอบอาชีพ การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำได้ก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความปลอดภัยของประเทศ เศรษฐกิจแห่งชาติ หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัว  การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทย ออกจากราชอาณาจักรจะกระทำมิได้	- เพื่อความปลอดภัยของประเทศ - เศรษฐกิจแห่งชาติ - สวัสดิภาพของประชาชน - เพื่อรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัว

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพ	เงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495	มาตรา 31 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรและในการประกอบอาชีพ ทั้งนี้ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร จะกระทำมิได้	ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511	มาตรา 39 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรและในการประกอบอาชีพ การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำได้ก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความปลอดภัยของประเทศ เศรษฐกิจแห่งชาติหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัว การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักรจะกระทำมิได้	<ul style="list-style-type: none"> <li>- เพื่อความปลอดภัยของประเทศ</li> <li>- เศรษฐกิจแห่งชาติ</li> <li>- สวัสดิภาพของประชาชน</li> <li>- เพื่อรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัว</li> </ul>
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517	มาตรา 48 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจแห่งชาติ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง	<ul style="list-style-type: none"> <li>- เพื่อความมั่นคงของรัฐ</li> <li>- เศรษฐกิจแห่งชาติ</li> <li>- เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน</li> <li>- สวัสดิภาพของประชาชน</li> <li>- การผังเมือง</li> </ul>

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพ	เงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521	-	
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534	<p>มาตรา 48 สิทธิของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ย่อมได้รับความคุ้มครอง</p> <p>การจำกัดสิทธิตามวรรคหนึ่งจะกระทำได้ก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือการขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ</li> <li>- การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค</li> <li>- การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน</li> <li>- การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ</li> <li>- การคุ้มครองผู้บริโภค</li> <li>- การผังเมือง</li> <li>- การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม</li> <li>- สวัสดิภาพของประชาชน</li> <li>- เพื่อป้องกันการผูกขาด</li> <li>- การขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน</li> </ul>
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	<p>มาตรา 50 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม</p> <p>การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ</li> <li>- การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค</li> </ul>

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพ	เงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ
	หรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน	<ul style="list-style-type: none"> <li>- การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน</li> <li>- การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ</li> <li>- การคุ้มครองผู้บริโภค</li> <li>- การผังเมือง</li> <li>- การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม</li> <li>- สวัสดิภาพของประชาชน</li> <li>- เพื่อป้องกันการผูกขาด</li> <li>- ขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน</li> </ul>
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	<p>มาตรา 43 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม</p> <p>การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อ</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ</li> <li>- การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค</li> <li>- การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน</li> <li>- การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ</li> <li>- การคุ้มครองผู้บริโภค</li> <li>- การผังเมือง</li> <li>- การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม</li> <li>- สวัสดิภาพของประชาชน</li> <li>- เพื่อป้องกันการผูกขาด</li> </ul>

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพ	เงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ
	ป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน	- จัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	<p>มาตรา 40 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ</p> <p>การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น</p> <p>การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา</p>	<p>- เพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ</p> <p>- การแข่งขันอย่างเป็นธรรม</p> <p>- การป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด</p> <p>- การคุ้มครองผู้บริโภค</p> <p>- การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น</p> <p>- เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น</p> <p>- การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา</p>

จากตารางแสดงเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยถ้อยคำลักษณะทำนองเดียวกันว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ได้บัญญัติรับรองโดยใช้ถ้อยคำแตกต่างออกไป โดยใช้ถ้อยคำว่าสิทธิของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองโดยใช้ถ้อยคำว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม แต่ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ได้บัญญัติรับรองโดยใช้ถ้อยคำกลับไปเหมือนก่อนมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าแม้รัฐธรรมนูญแต่ละช่วงเวลาอาจใช้ถ้อยคำแตกต่างกันไปบ้าง แต่การรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพย่อมหมายความว่ารวมถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าแท้จริงแล้วก็เป็นเสรีภาพที่มีเนื้อหาเป็นอย่างเดียวกัน โดยรัฐธรรมนูญย่อมมุ่งคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลในทางเศรษฐกิจ นอกจากลักษณะของถ้อยบัญญัติในการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่ละฉบับก็จะมี ความเหมือนและแตกต่างกันของเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญถาวรฉบับแรกไม่มีการกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เลย แต่ต่อมาได้มีพัฒนาการในการกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยกำหนดอย่างกว้าง ๆ ว่าภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย และต่อมาได้มีการกำหนดเงื่อนไขที่ละเอียดเพิ่มมากขึ้นตามลำดับจนถึงปัจจุบัน ผู้เขียนเห็นว่าพัฒนาการดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความสำคัญในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่มีมากขึ้นตามพัฒนาการในเรื่องสิทธิเสรีภาพของรัฐธรรมนูญ

#### 4.2.2 การตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไทยนั้น จะต้องทำการตรวจสอบว่าการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นไปตามเกณฑ์และเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในมาตรา 26 ดังนี้

มาตรา 26 “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไทยนั้นศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้หลักการพิจารณาว่าบทบัญญัติที่มีการอ้างว่าขัดรัฐธรรมนูญนั้น เป็นบทบัญญัติที่เกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะให้เหตุผลอย่างกว้าง ๆ ไม่ได้ลงรายละเอียดการพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนที่มีหลักการย่อย

สามประการ แตกต่างจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ศาลปกครองจะพิจารณากรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยอธิบายตามหลักความได้สัดส่วน เช่น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 25/2547 วินิจฉัยว่า “แป้งข้าวหมักมีลักษณะไม่ใช่เชื้อสุราในตัวเอง เพราะเป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลในชุมชนท้องถิ่นต่าง ๆ นำไปใช้ประโยชน์ได้หลายอย่าง เช่น ทำเป็นอาหาร ยารักษาโรค เป็นต้น การที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุราซึ่งมีความหมายตามมาตรา 4 ว่าหมายความว่ารวมถึงแป้งข้าวหมักด้วยนั้นในส่วนที่ห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา เฉพาะในความหมายที่หมายถึงแป้งข้าวหมัก จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพของบุคคลตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและไม่เป็นไปตามข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคสองมาตรา 24 เฉพาะในความหมายคำว่า “เชื้อสุรา” จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 50 และใช้บังคับไม่ได้”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 52 - 53/2547 วินิจฉัยว่า “รัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และวรรคสองบัญญัติข้อยกเว้นเรื่องการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ว่า เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขบุคคล การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค ฯลฯ พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 25 เป็นเรื่องบทนิยามเรื่องการห้ามทำสุรา หรือมีภาชนะหรือเครื่องกลั่นสำหรับทำสุราไว้ในครอบครอง เว้นแต่ได้รับใบอนุญาต และเรื่องห้ามมีเชื้อสุราไว้ในครอบครอง เว้นแต่ได้รับใบอนุญาต ซึ่งแม้จะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพในการทำสุราแต่ก็ไม่ได้ห้ามเด็ดขาด โดยกำหนดให้ต้องขออนุญาตทำสุราหรือมีเชื้อสุราได้จากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประกอบกับพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มีความมุ่งหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จัดระเบียบการประกอบอาชีพการทำสุราและคุ้มครองผู้บริโภคสุรา แม้จะเป็นการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคหนึ่ง แต่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 50 วรรคสอง และเป็นการจำกัดเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพทำสุรา เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ดังนั้น พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 25 เฉพาะความหมายของเชื้อสุรา ในส่วนที่ไม่ได้หมายความว่าแป้งข้าวหมัก และมาตรา 5 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 12/2552 วินิจฉัยว่า “การที่ข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฯ ห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่มขายอาหารหรือเครื่องดื่มตั้งแต่เวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจสำหรับนครหลวงกรุงเทพธนบุรีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่นก่อนนั้น นอกจากจะเป็นการจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพค้าขายโดยสุจริตของประชาชนจำนวนมากโดยไม่จำเป็นแล้ว ยังเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนผู้ประกอบการสุจริตอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นจะต้องบริโภคอาหารและเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลและความจำเป็นสนับสนุนอีกด้วย ถึงแม้จะมีการผ่อนปรนให้ขอรับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ว่าราชการจังหวัดได้ ก็ยังเป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็นอยู่นั่นเอง เพราะการที่จะบังคับให้ประชาชนที่ประกอบอาชีพค้าขายอาหารหรือเครื่องดื่มทั่วทุกพื้นที่ของประเทศจะต้องไปขอใบอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่ยากต่อการปฏิบัติ ทั้งยังเป็นช่องทางให้ประชาชนผู้ประกอบการสัมมาชีพต้องตกอยู่ใต้อำนาจครอบงำของเจ้าหน้าที่อีกด้วย การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจึงมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือประโยชน์อื่น ๆ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 43 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่อย่างใด เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เกินกว่าความจำเป็นและกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของเสรีภาพนั้น อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 29 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อ 1 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นอันใช้บังคับมิได้”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 28/2547 วินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ มีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมมาตรฐานการประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ให้เป็นไปอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของประชาชนผู้ใช้บริการให้ได้รับความปลอดภัยจากการใช้บริการโดยที่มาตรา 21 บัญญัติขึ้นให้สอดคล้องกับมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 ที่กำหนดให้ใบอนุญาตที่ออกใหม่มีอายุห้าปีนับแต่วันที่ออกใบอนุญาต เพื่อมิให้เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างใบอนุญาตเดิมกับใบอนุญาตที่จะออกใหม่ การกำหนดอายุและต่ออายุใบอนุญาตยังเป็นประโยชน์และเป็นคุณแก่ประชาชนผู้ใช้บริการ แม้มาตรา 21 จะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคหนึ่ง แต่รัฐธรรมนูญ มาตรา 50

วรรคสอง ก็ให้จำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชน โดยที่การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้กระทำเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ดังนั้นพระราชบัญญัติวิชาชีพอายการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 มาตรา 21 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ประกอบมาตรา 50”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.15/2545 วินิจฉัยว่า “เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในพระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 มาตรา 8 (1) มาตรา 9 (2) แล้วเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในเรื่องการดำเนินการส่งเสริมการประกอบอาชีพของคนไทยในอุตสาหกรรมท่องเที่ยว โดยร่วมมือหรือดำเนินการในการฝึกอบรมและให้การศึกษาวิชาการต่าง ๆ เพื่อพัฒนาบุคลากรในอุตสาหกรรมท่องเที่ยว โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจตามกฎหมายในการออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 42 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ประกอบกับเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ และเหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) อีกทั้งบทบัญญัติตามความในมาตรา 50 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม” และวรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย...” ดังนี้การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองออกกฎกระทรวงฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) กรณีนี้ถึงแม้ว่าจะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้มัคคุเทศก์ต้องปฏิบัติ มิใช่การกำหนดให้มัคคุเทศก์ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 42 วรรคหนึ่งก็ตาม แต่การกำหนดหน้าที่ของมัคคุเทศก์ดังกล่าวย่อมเกี่ยวข้องและมีผลโดยตรงต่อการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์ เนื่องจากมัคคุเทศก์ย่อมจะสามารถนำเอาสิ่งที่ได้รับรู้จากการอบรมเพิ่มเติมดังกล่าวไปใช้ให้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ ทำให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ดียิ่งขึ้นและส่งผลดีถึงสิ่งที่มัคคุเทศก์จะพึงปฏิบัติในประการอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการแต่งกาย มารยาท รวมทั้งความประพฤติของมัคคุเทศก์ด้วยสมดังเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่ต้องการให้การประกอบอาชีพของมัคคุเทศก์เป็นไปอย่างมีระเบียบและได้มาตรฐาน กฎกระทรวงฉบับนี้จึงเป็นกฎกระทรวงที่มีลักษณะเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นเรื่องที่มาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยินยอมให้กระทำได้ และเป็นคนละกรณีกับเรื่องการต่ออายุใบอนุญาตตามมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบกับคู่กรณีให้การสอดคล้องกันว่าไม่เคยมีกรณีที่ไม่มีการต่ออายุใบอนุญาตเพราะเหตุที่มัคคุเทศก์ไม่เข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติม ดังนั้น กฎกระทรวงฉบับนี้

จึงออกมาใช้บังคับโดยไม่เกินขอบอำนาจที่กฎหมายให้อำนาจแก่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นอกจากนี้ การกำหนดให้มัคคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติม ยังเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์เช่นว่านั้นสัมฤทธิ์ผล โดยที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มัคคุเทศก์มีความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ อีกทั้งข้อกำหนดดังกล่าวยังไม่ขัดต่อดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อมัคคุเทศก์หรือสังคม โดยส่วนรวมกับประโยชน์มหาชน เนื่องจากการบังคับให้มัคคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมย่อมจะเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม เพราะจะได้นำความรู้ที่ได้รับไปถ่ายทอดทำให้นักท่องเที่ยวมีความรู้ความเข้าใจ และมัคคุเทศก์ก็จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังในด้านมารยาทและความประพฤติมากยิ่งขึ้น จึงย่อมเป็นผลดีต่อภาพพจน์อุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยรวมของประเทศ ซึ่งผู้ที่ได้รับประโยชน์อย่างเป็นรูปธรรมได้แก่บรรดาผู้ประกอบการอาชีพมัคคุเทศก์ ในขณะที่มัคคุเทศก์มีภาระเพิ่มขึ้นเพียงแต่ในแง่ของการเข้ารับการฝึกอบรมโดยเสียค่าใช้จ่ายทุก ๆ 2 ปี โดยประมาณ ดังนั้น กฎกระทรวงฉบับนี้จึงไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของมัคคุเทศก์จนเกินสมควรอันจะถือว่าเป็นการขัดรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด”

จากตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลปกครองข้างต้น สามารถสรุปได้ว่าการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทยมีเกณฑ์ในการพิจารณาโดยยึดถือหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและหลักความได้สัดส่วน ซึ่งสามารถจำแนกได้ ดังต่อไปนี้

- (1) การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว
- (2) การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจะต้องไม่เกินความจำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพของบุคคล
- (3) การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจะต้องไม่เป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนที่มีความจำเป็นในการบริโภคหรือรับบริการจากกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ
- (4) การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจะต้องไม่เป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพโดยไม่จำเป็น เช่น การกำหนดเงื่อนไขที่ยากต่อการปฏิบัติ หรือ การกำหนดเงื่อนไขให้ประชาชนผู้ใช้เสรีภาพตกอยู่ภายใต้อำนาจครอบงำของเจ้าหน้าที่

(5) การกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพต้องเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการปฏิบัติหน้าที่ในการประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ

#### 4.3 หลักความเสมอภาคในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในประเทศไทย

สำหรับหลักความเสมอภาคในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในประเทศไทย ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และจะกล่าวถึงการตรวจสอบกฎหมายที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทย ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอถึงแนวทางการตรวจสอบความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของกฎหมายของศาลไทยด้วย

##### 4.3.1 หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองหลักความเสมอภาคไว้ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองหลักความเสมอภาคต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งผู้เขียนได้ทำการรวบรวมดังปรากฏในตาราง แสดงหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

#### ตารางที่ 4.2 ตารางแสดงหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาค
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475	มาตรา 1 วรรคสอง ประชาชนชาวสยามไม่ว่าเหล่า กำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่ง รัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน  มาตรา 12 ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ นี้ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย ฐานันดรศักดิ์โดยกำเนิด ก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นใดก็ดีไม่กระทำให้ เกิดเอกสิทธิ์อย่างใดเลย
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489	มาตรา 1 วรรคสอง ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่า กำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่ง รัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาค
	<p>มาตรา 12 บุคคลย่อมมีฐานะเสมอกันตามกฎหมาย ฐานันดรศักดิ์โดยกำเนิดก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นใดก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกสิทธิอย่างใดเลย</p>
<p>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490</p>	<p>มาตรา 1 วรรคสอง ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใดย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน</p> <p>มาตรา 21 บุคคลย่อมมีฐานะเสมอกันตามกฎหมาย ฐานันดรศักดิ์ โดยกำเนิดก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกสิทธิอย่างใดเลย</p>
<p>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492</p>	<p>มาตรา 26 บุคคลไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญเสมอกัน</p> <p>มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย ฐานันดรศักดิ์โดยกำเนิดก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี โดยประการอื่นใดก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกสิทธิอย่างใดเลย</p> <p>มาตรา 36 วรรคสอง สถานศึกษาของรัฐและของเทศบาล ต้องให้ความเสมอภาคแก่บุคคลในการเข้ารับการศึกษอบรมตามความสามารถของบุคคลนั้น ๆ</p> <p>มาตรา 40 วรรคสาม บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอภาคในการใช้การสื่อสารที่จัดไว้เป็นบริการสาธารณะ</p>
<p>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511</p>	<p>มาตรา 24 บุคคลไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญเสมอกัน</p> <p>มาตรา 25 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย ฐานันดรศักดิ์ โดยกำเนิดก็ดี โดยแต่งตั้งก็ดี โดยประการอื่นใดก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกสิทธิอย่างใดเลย</p> <p>มาตรา 38 วรรคสาม บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอภาคในการใช้การสื่อสารที่จัดไว้เป็นบริการสาธารณะ</p>
<p>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517</p>	<p>มาตรา 5 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน</p>

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาค
	<p>มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน</p> <p>มาตรา 41 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นมูลฐาน ตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาภาคบังคับ</p> <p>มาตรา 46 วรรคสาม บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการใช้การสื่อสารที่จัดไว้เป็นบริการสาธารณะ</p>
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521	<p>มาตรา 4 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน</p> <p>มาตรา 23 บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน</p>
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534	<p>มาตรา 4 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน</p> <p>มาตรา 25 บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน</p> <p>มาตรา 68 รัฐพึงรักษา ส่งเสริมและพัฒนาความเสมอภาคของชายและหญิง</p>
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538	<p>มาตรา 24 วรรคสอง ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน</p> <p>มาตรา 25 บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน</p> <p>มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาภาคบังคับ</p> <p>มาตรา 67 รัฐพึงรักษา ส่งเสริมและพัฒนาความเสมอภาคของชายและหญิง</p>

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาค
<p>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540</p>	<p>มาตรา 5 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เสมอกัน</p> <p>มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน</p> <p>การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้</p> <p>มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม</p> <p>มาตรา 43 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย</p> <p>มาตรา 52 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ</p> <p>มาตรา 80 รัฐต้องคุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของครอบครัว และความเข้มแข็งของชุมชน</p>

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาค
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	<p>มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง</p> <p>มาตรา 5 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เสมอกัน</p> <p>มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน</p> <p>การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้</p> <p>มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม</p> <p>มาตรา 49 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ โดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย</p> <p>มาตรา 51 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่เหมาะสมและได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย</p> <p>มาตรา 80 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านสังคม การสาธารณสุข การศึกษา และวัฒนธรรม ดังต่อไปนี้</p> <p>(1) คุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน สนับสนุนการอบรมเลี้ยงดูและให้การศึกษาปฐมวัย ส่งเสริมความเสมอ</p>

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาค
	<p>ภาคของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็น            ปึกแผ่นของสถาบันครอบครัวและชุมชน รวมทั้งต้อง            สงเคราะห์และจัดสวัสดิการให้แก่ผู้สูงอายุ ผู้ยากไร้ ผู้พิการ            หรือทุพพลภาพและผู้อยู่ในสภาวะยากลำบาก ให้มีคุณภาพ            ชีวิตที่ดีขึ้นและพึ่งพาตนเองได้</p> <p>มาตรา 84 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้าน            เศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้</p> <p>(7) ส่งเสริมให้ประชากรวัยทำงานมีงานทำ คุ้มครอง            แรงงานเด็กและสตรี จัดระบบแรงงานสัมพันธ์และระบบ            ไตรภาคีที่ผู้ทำงานมีสิทธิเลือกผู้แทนของตน จัดระบบ            ประกันสังคม รวมทั้งคุ้มครองให้ผู้ทำงานที่มีคุณค่าอย่าง            เดียวกันได้รับค่าตอบแทน สิทธิประโยชน์ และสวัสดิการที่            เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ</p>
<p>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย            พุทธศักราช 2560</p>	<p>มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และ            ความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง</p> <p>ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตาม            รัฐธรรมนูญเสมอกัน</p> <p>มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและ            เสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน</p> <p>ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน</p> <p>การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วย            เหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ            อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของ            บุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา            การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อ            บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้</p> <p>มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริม            ให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคล            อื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก</p>

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาค
	<p>สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม</p> <p>บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม</p> <p>มาตรา 40 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพิกงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น</p> <p>การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวกายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา</p> <p>มาตรา 68 รัฐพึงจัดระบบการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมทุกด้านให้มีประสิทธิภาพ เป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ และให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวก รวดเร็ว และไม่เสียค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควร</p>

จากตารางแสดงหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองหลักความเสมอภาคสืบเนื่องกันมาโดยตลอด อีกทั้งยังมีพัฒนาการเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องมาเป็นลำดับ และตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีการกำหนดเรื่องการ

ห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุต่าง ๆ อย่างชัดเจน โดยห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทั้งในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดห้ามว่าการตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นหลักการใหม่อย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ให้เห็นต่อไปในบทวิเคราะห์บทที่ 5

#### 4.3.2 การตรวจสอบความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย

สำหรับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค หรือการใช้หลักความเสมอภาคมาพิจารณามาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ของไทย ต้องพิจารณาตามหลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ ซึ่งปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้วางหลักการเรื่องความเสมอภาคไว้ในมาตรา 27 ดังนี้

มาตรา 27 “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมาย เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

จากการค้นคว้าพบว่าได้เคยมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาศาลปกครอง และความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ใช้หลักความเสมอภาคในการพิจารณามาตรการทางกฎหมาย ดังตัวอย่างเช่น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 21/2556 วินิจฉัยว่า “ มาตรา 92 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยโดยใช้บังคับกับผู้ถูกกล่าวหาซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ข้าราชการตุลาการศาลปกครอง หรือข้าราชการอัยการ โดยหลักเกณฑ์การพิจารณาโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐกลุ่มนี้แม้จะมีความแตกต่างจากเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันแต่ก็เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการทางวินัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ข้าราชการตุลาการศาลปกครอง และข้าราชการอัยการ ที่มีความเป็นอิสระตามลักษณะของภารกิจซึ่งมีความจำเป็นและเพื่อให้เกิดความเหมาะสม กล่าวคือ เพื่อให้ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมและข้าราชการตุลาการศาลปกครองสามารถพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้อย่างมีอิสระเป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ทั้งยังสอดคล้องกับมาตรา 220 และมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกด้วย อันเป็นการรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการไว้ และเพื่อให้ข้าราชการอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดี และการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ได้บัญญัติความเป็นอิสระในการพิจารณาดำเนินคดีอาญาระหว่างอัยการสูงสุดกับคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติไว้ ด้วยเหตุนี้การดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการอัยการตามมาตรา 92 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว หากบัญญัติให้ถือว่ารายงาน เอกสารและความเห็นของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของข้าราชการอัยการย่อมอาจทำให้การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งคดีอาญาดังกล่าวขาดความเป็นอิสระ โดยเฉพาะการพิจารณาข้อกล่าวหาที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีมติว่ามีความผิดทางอาญาตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว และอาจทำให้การตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างพนักงานอัยการและคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ สูญเสียไปด้วย ดังนั้น มาตรา 92 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 จึงไม่มีลักษณะที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่อย่างใด”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 15/2555 วินิจฉัยว่า “ข้อความที่ว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” ในมาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10)

แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ เป็นการกำหนดที่ไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน เปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจกว้างขวางเกินความจำเป็นอันอาจจะส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการได้ การกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามดังกล่าว เป็นการตัดสิทธิคนพิการไม่ให้สามารถสอบคัดเลือกได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป ทั้งความพิการก็มิได้เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ ที่จะมีผลต่อการให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้อง ข้อความดังกล่าวจึงขัดต่อสิทธิของคนพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความพิการ ดังนั้น มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” จึงขัดหรือแย้งต่อมาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 6/2553 วินิจฉัยว่า “รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ซึ่งบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย โดยมีหลักการว่าบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองจะกระทำมิได้ แต่มิได้เป็นการห้ามโดยเด็ดขาด หากการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นมาตรการเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่นแล้ว ถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ส่วนพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 8 (1) ประกอบมาตรา 48 ที่กำหนดคุณสมบัติของกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติไว้ว่าต้อง “มีสัญชาติไทยโดยการเกิด” นั้น เป็นบทบัญญัติที่มีขึ้น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้และเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งหมายจะให้ประโยชน์สูงสุดแก่ประเทศชาติและประชาชนทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ รวมทั้งการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม จำเป็นที่จะต้องกำหนดขอบเขตของการปฏิบัติหน้าที่ทั้งในด้านการจัดสรรคลื่นความถี่และวิธีการในการกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติจึงเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญ ในการจัดสรรทรัพยากรสื่อสารของชาติ ซึ่งมีความสำคัญและผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ การกำหนดคุณสมบัติของกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติจึงต้องคำนึงถึงความ

เหมาะสมในทุกด้าน เพื่อให้ได้บุคคลที่เหมาะสมมาทำหน้าที่อย่างเป็นทางการ เป็นกลาง และคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประเทศชาติและประชาชน การที่มาตรา 8 (1) ประกอบมาตรา 48 ของพระราชบัญญัติองค์กร จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 จำกัดคุณสมบัติของคนที่จะเป็นกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติไว้เช่นนั้นเป็นข้อจำกัดที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ และมีได้เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลแต่อย่างใด”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.142/2547 วินิจฉัยว่า “มาตรา 30 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้วางหลักแห่งความเสมอภาคไว้ ซึ่งหลักดังกล่าวนี้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐรวมทั้งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดีย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค จึงเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นอย่างเดียวกัน อย่างไรก็ตามการแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภท ๆ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันออกไปนั้น มาตรา 30 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติวางข้อจำกัดการกระทำดังกล่าวขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐไว้ว่า การนำเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง มาอ้างเพื่อเลือกปฏิบัติต่อบุคคลให้แตกต่างกัน หากเป็นไปโดยไม่เป็นธรรม ก็ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกัน ดังนั้น หากการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างดังกล่าว โดยไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟัง ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้อำนาจดุลพินิจตามมาตรา 33 (11) และ (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 วินิจฉัยว่า ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย รายใดมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ จึงต้องมีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังด้วยว่า ผู้สมัครสอบคัดเลือกรายนั้นมีกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมอย่างไรอันทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้

ผู้ฟ้องคดีแม้จะมีรูปกายพิการ แต่ความพิการดังกล่าวไม่ถึงขนาดที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การงานโดยปกติได้ โดยงานที่ผู้ฟ้องคดีเคยทำในขณะเป็นนายความมาแล้วนั้น มีลักษณะทำนองเดียวกับงานของข้าราชการอัยการ จึงน่าจะเชื่อว่าแม้สภาพทางกายของผู้ฟ้องคดีจะพิการ แต่ความแตกต่างดังกล่าวไม่ถึงขั้นจะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของอัยการ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีโดยมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

คณะกรรมการกฤษฎีกา ได้เคยมีความเห็น เรื่องเสรีจที 1028/2555 เรื่อง ประกาศรับสมัครผู้จัดการโรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ ว่า “โดยที่ข้อ 16 แห่งระเบียบสำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ ว่าด้วยการบริหารงานโรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้คณะกรรมการโรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติมีหน้าที่ในการพิจารณาคัดเลือกพนักงานหรือสรรหาบุคคลภายนอกที่เหมาะสมเพื่อเสนอสำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาตินำเสนอขอความเห็นชอบจากมหาเถรสมาคมเพื่อแต่งตั้งเป็นผู้จัดการโรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ ต่อมาคณะกรรมการโรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติได้จัดทำร่างประกาศคณะกรรมการโรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ เรื่อง รับสมัครบุคคลเพื่อคัดเลือกเป็นผู้จัดการโรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกบุคคลเป็นผู้จัดการโรงพิมพ์ โดยได้กำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครไว้สองส่วนคือ ส่วนแรกคุณสมบัติทั่วไป ซึ่งว่าด้วยเรื่องคุณสมบัติทั่วไป และลักษณะต้องห้าม เช่น ต้องมีสัญชาติไทย ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ และไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และส่วนที่สองคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง ซึ่งว่าด้วยเรื่องความรู้ความสามารถที่เกี่ยวข้องกับงานด้านโรงพิมพ์โดยเฉพาะ เช่น ต้องสำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี มีความสามารถเสนอกลยุทธ์ในการบริหารกิจการโรงพิมพ์ และมีประสบการณ์ในการบริหารจัดการองค์กร *การที่คณะกรรมการโรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติได้กำหนดคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะในการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งดังกล่าวไว้ก็เพื่อให้ได้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถและมีความเหมาะสมในการดำรงตำแหน่งเป็นผู้จัดการโรงพิมพ์เพื่อดำเนินกิจการและบริหารงานโรงพิมพ์ให้เป็นไปตาม*

วัตถุประสงค์ของโรงพิมพ์และระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ รวมทั้งต้องเป็นผู้บังคับบัญชาพนักงานและลูกจ้างของโรงพิมพ์ และเป็นผู้วางระเบียบเกี่ยวกับการบริหารงานและการปฏิบัติงานของโรงพิมพ์ตามข้อ 15 แห่งระเบียบสำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ ว่าด้วยการบริหารงานโรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ประกอบกับประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป บุคคลใดที่มีคุณสมบัติเป็นไปตามที่ประกาศกำหนด ย่อมสามารถสมัครเข้ารับการคัดเลือกได้ การกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครตามประกาศดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล และไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งบัญญัติให้บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน รวมทั้งไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติให้บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม อีกทั้งยังเป็นการสอดคล้องกับแนวทางคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการรับบุคคลเข้าทำงานหรือการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลในการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2553 ซึ่งสรุปได้ว่า การที่หน่วยงานจะรับบุคคลเข้าปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งใด ย่อมต้องพิจารณาถึงความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่นั้น การจำกัดคุณสมบัติของบุคคลในตำแหน่งใดหากมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ และมิได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล หลักเกณฑ์ดังกล่าวย่อมไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ”

จากตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลปกครอง และความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้น สามารถสรุปได้ว่าการตรวจสอบความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยมีเกณฑ์ในการพิจารณาโดยยึดถือหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งสามารถจำแนกได้ดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น จะต้องมีความจำเป็นเพื่อทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายและเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

(2) การกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น จะต้องมีความจำเป็นตามลักษณะของของกิจการหรืออาชีพ

(3) การกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น จะต้องมิชอบเขตที่ชัดเจนไม่เปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจกว้างขวางเกินความจำเป็นอันอาจจะส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

(4) การกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น จะต้องไม่เป็นการตัดสิทธิในการเข้าสู่อาชีพโดยเท่าเทียมกับบุคคลอื่น

(5) การกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน โดยการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการเข้าสู่กิจการหรืออาชีพต้องเป็นลักษณะต้องห้ามที่มีลักษณะเป็นอุปสรรคต่อการประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ และต้องเป็นการจำเป็นเพื่อกำหนดขอบเขตของการปฏิบัติหน้าที่นั้น ๆ

(6) การกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันนั้น ต้องมีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟัง



## บทที่ 5

### วิเคราะห์ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพ

การวิเคราะห์ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพว่ามีความสอดคล้องกับแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วน และหลักความเสมอภาคหรือไม่ เพื่อจะได้นำเสนอข้อสรุปของปัญหาและแนวทางการแก้ไขต่อไป

#### 5.1 วิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษของมาตรการทาง กฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การวิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษของมาตรการการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษของระบบกฎหมายไทยว่ามีทิศทางเป็นไปในแนวทางใด เพื่อจะได้อธิบายว่าการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามระบบกฎหมายไทยหรือไม่ โดยเฉพาะภายใต้แนวโน้มนโยบายของประเทศไทยนั้นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมพยายามผลักดันนโยบาย “คืนคนดีสู่สังคม” ด้วยมาตรการต่าง ๆ มากมาย

##### 5.1.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษของระบบกฎหมายไทย

วัตถุประสงค์ในการลงโทษในทางทฤษฎีมีหลายประการด้วยกัน ได้แก่ การแก้แค้นทดแทน การข่มขู่ยับยั้ง การตัดความสามารถในการกระทำความผิด การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด การนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม สำหรับการลงโทษตามระบบกฎหมายไทยซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ได้กำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดไว้ 5 สถาน คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน การลงโทษตามกฎหมายไทยจึงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลายประการ กล่าวคือ การลงโทษทั้งหลายอาจเป็นการแก้แค้นทดแทนให้แก่ผู้เสียหายผ่านกระบวนการยุติธรรม การลงโทษที่มีลักษณะข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดหรือการเลียนแบบการกระทำความผิด เช่น การประหารชีวิตและการจำคุกในระยะยาว นอกจากนั้นการลงโทษประหารชีวิต

และโทษจำคุกย่อมเป็นการตัดความสามารถในการกระทำความผิด สำหรับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ทฤษฎีการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดและการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม ประเภทของโทษตาม ประมวลกฎหมายอาญาอาจไม่สามารถให้คำตอบได้ว่าระบบกฎหมายไทยมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ตามทฤษฎีการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดและการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมหรือไม่ แต่แนวนโยบายของรัฐและกระบวนการตามกฎหมายอื่นที่ดำเนินการกับผู้กระทำความผิดในระหว่าง รับโทษและภายหลังพ้นโทษนั้น จะให้คำตอบได้ว่าในระบบกฎหมายไทยมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เพื่อการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดและการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมหรือไม่

ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้ากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษพบว่า พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้ตราขึ้นโดยมีเหตุผลในการตรากฎหมายดังกล่าวตอนหนึ่งว่า “...สมควรกำหนดให้มีคณะกรรมการราชทัณฑ์ เพื่อกำหนดนโยบายและทิศทางในการบริหารงาน ราชทัณฑ์และ ปรับปรุงกฎหมายให้สามารถแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพฤตินิสัยของผู้ต้องขัง กับทั้ง เป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาคือปัญหาอื่นในการบริหารจัดการกระบวนการของกรมราชทัณฑ์ เพื่อให้เกิด ประสิทธิภาพยิ่งขึ้น” โดยคณะกรรมการราชทัณฑ์มีอำนาจหน้าที่กำหนดแนวทางในการพัฒนา พฤตินิสัยผู้ต้องขังให้กลับตนเป็นคนดี การเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยผู้ต้องขัง และการดูแล ช่วยเหลือผู้ต้องขังหลังปล่อยเพื่อมิให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก และเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังและการดูแลช่วยเหลือ ผู้ต้องขังหลังปล่อยเพื่อพิจารณา<sup>1</sup> และในหมวด 4 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยการจำแนกและการพัฒนาพฤตินิสัย

<sup>1</sup> มาตรา 12 คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) กำหนดนโยบายและทิศทางในการบริหารงานราชทัณฑ์เพื่อให้สอดคล้องกับภารกิจ ด้านการราชทัณฑ์อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งพิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับการบริหารงานราชทัณฑ์ ตามที่คณะรัฐมนตรีขอให้พิจารณา

(2) ให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวง ระเบียบ และ ประกาศตามพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งให้คำแนะนำแก่อธิบดีในการวางระเบียบกรมราชทัณฑ์

(3) ให้ความเห็นชอบกฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศตามที่กำหนดไว้ใน พระราชบัญญัตินี้

(4) กำหนดหรือเสนอแนะแนวทาง กลยุทธ์ และมาตรการในการปรับปรุงและพัฒนาการ บริหารงานราชทัณฑ์ หรือการดำเนินการตามแผนการบริหารงานราชทัณฑ์ให้เป็นไปโดยมี ประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผล รวมทั้งแนวทางในการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังให้กลับตนเป็นคนดี การ เตรียมความพร้อมก่อนปล่อยผู้ต้องขัง และการดูแลช่วยเหลือผู้ต้องขังหลังปล่อยเพื่อมิให้กลับไป

ผู้ต้องขัง ได้มีการกำหนดไว้ว่าเพื่อประโยชน์ในการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังให้กลับตนเป็นคนดี ให้อธิบดีจัดให้มีระบบการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังด้วยวิธีการและแนวทางที่เหมาะสมเกี่ยวกับการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขัง โดยให้ผู้ต้องขังได้รับการศึกษา การอบรมทั้งด้านคุณธรรมและจริยธรรม การทำงาน การฝึกวิชาชีพ การปฏิบัติศาสนกิจ การเรียนรู้วัฒนธรรมอันดีงาม กิจกรรมสันทนาการ กีฬา รวมทั้งจะต้องมีโอกาสได้รับการติดต่อกับครอบครัว ญาติมิตร องค์กรเอกชนที่มีภารกิจเพื่อการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังและรับรู้ถึงข่าวสารและความเปลี่ยนแปลงของโลกภายนอก<sup>2</sup> นอกจากนี้ในหมวด 6 ว่าด้วยการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อย และการพ้นจากเรือนจำ ได้กำหนดให้เรือนจำเตรียมความพร้อมก่อนปล่อย โดยให้เริ่มเตรียมการตั้งแต่ได้รับตัวผู้ต้องขังไว้ในเรือนจำ เพื่อให้มีกระบวนการในการส่งเสริมและช่วยเหลือผู้ต้องขังได้อย่างถูกวิธีและเหมาะสม เพื่อให้ผู้ต้องขังแต่ละคนกลับไปใช้ชีวิตในสังคมได้ รวมทั้งต้องให้คำแนะนำเกี่ยวกับการจัดการเรื่องส่วนตัว เศรษฐกิจ สังคม ตลอดจนมีความสัมพันธ์ที่ดีกับครอบครัวและชุมชน<sup>3</sup>

*กระทำความผิดซ้ำอีก และเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังและการดูแลช่วยเหลือผู้ต้องขังหลังปล่อยเพื่อพิจารณา*

(5) กำหนดมาตรฐานการดำเนินการด้านต่าง ๆ ของเรือนจำให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัตินี้

(6) ปฏิบัติการอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น

<sup>2</sup> มาตรา 42 เพื่อประโยชน์ในการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังให้กลับตนเป็นคนดี ให้อธิบดีจัดให้มีระบบการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังด้วยวิธีการและแนวทางที่เหมาะสมเกี่ยวกับการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขัง โดยให้ผู้ต้องขังได้รับการศึกษา การอบรมทั้งด้านคุณธรรมและจริยธรรม การทำงาน การฝึกวิชาชีพ การปฏิบัติศาสนกิจ การเรียนรู้วัฒนธรรมอันดีงาม กิจกรรมสันทนาการ กีฬา รวมทั้งจะต้องมีโอกาสได้รับการติดต่อกับครอบครัว ญาติมิตร องค์กรเอกชนที่มีภารกิจเพื่อการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังและรับรู้ถึงข่าวสารและความเปลี่ยนแปลงของโลกภายนอก ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามระเบียบกรมราชทัณฑ์โดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

<sup>3</sup> มาตรา 64 ให้เรือนจำเตรียมความพร้อมก่อนปล่อย โดยริเริ่มเตรียมการตั้งแต่ได้รับตัวผู้ต้องขังไว้ในเรือนจำ เพื่อให้มีกระบวนการในการส่งเสริมและช่วยเหลือผู้ต้องขังได้อย่างถูกวิธีและเหมาะสม เพื่อให้ผู้ต้องขังแต่ละคนกลับไปใช้ชีวิตในสังคมได้ รวมทั้งต้องให้คำแนะนำเกี่ยวกับการจัดการเรื่องส่วนตัว เศรษฐกิจ สังคม ตลอดจนมีความสัมพันธ์ที่ดีกับครอบครัวและชุมชน ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามระเบียบกรมราชทัณฑ์

นอกจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 แล้วยังพบว่า มีพระราชบัญญัติคุ้มครองประพฤติ พ.ศ. 2559 ที่ได้ตราขึ้นโดยมีเหตุผลในการตรากฎหมายดังกล่าวตอนหนึ่งว่า “...โดยที่งานด้านการคุ้มครองประพฤติมีความสำคัญในกระบวนการยุติธรรม อันจะทำให้เกิดประสิทธิภาพและเกิดความเรียบร้อยขึ้นในสังคม ซึ่งในการปฏิบัติงานด้านนี้มีกรมคุ้มครองประพฤติเป็นหน่วยงานหลักเกี่ยวกับการคุ้มครองประพฤติ ... โดยมีภารกิจเกี่ยวกับการคุ้มครองประพฤติผู้กระทำผิดที่เป็นเด็ก เยาวชน ผู้ใหญ่ ผู้ได้รับการพักการลงโทษและการลดวันต้องโทษจำคุก รวมถึงการตรวจพิสูจน์และการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด การจัดให้มีการทำงานบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์ การดำเนินการเพื่อสร้างความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ การให้การสงเคราะห์ การให้หน่วยงานของรัฐและภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกันอาชญากรรมและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด...” โดยให้พนักงานคุ้มครองประพฤติจัดทำแผนการคุ้มครองประพฤติและแผนการแก้ไขฟื้นฟูให้เหมาะสมกับผู้ถูกคุ้มครองประพฤติแต่ละรายเพื่อให้สามารถกลับตนเป็นคนดีและสามารถกลับคืนสู่สังคม<sup>4</sup> และหมวด 6 ว่าด้วยการสงเคราะห์ กำหนดให้เป็นความรับผิดชอบของรัฐในการแสวงหาข้อเท็จจริง ติดตาม ดูแล แนะนำ แก้ไขฟื้นฟู หรือการดำเนินการใด ๆ แก่บุคคลกฎหมายที่กำหนด<sup>5</sup> เช่น ผู้ได้รับการปล่อยตัว

<sup>4</sup> มาตรา 26 ให้พนักงานคุ้มครองประพฤติจัดทำแผนการคุ้มครองประพฤติและแผนการแก้ไขฟื้นฟูให้เหมาะสมกับผู้ถูกคุ้มครองประพฤติแต่ละรายเพื่อให้สามารถกลับตนเป็นคนดีและสามารถกลับคืนสู่สังคม โดยให้ผู้ถูกคุ้มครองประพฤติมีส่วนร่วมในการจัดทำแผนด้วย

ในกรณีที่ผู้ถูกคุ้มครองประพฤติเป็นเด็กหรือเยาวชน ให้บิดามารดา ผู้ปกครอง บุคคลที่เด็กหรือเยาวชนพักอาศัยอยู่ด้วย บุคคลหรือองค์กรที่รับดูแลเด็กหรือเยาวชน หรือบุคคลที่เด็กหรือเยาวชนร้องขอ มีส่วนร่วมในการจัดทำแผนด้วย ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงแผนและเงื่อนไขที่กำหนดโดยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับแผนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด

<sup>5</sup> มาตรา 41 ให้พนักงานคุ้มครองประพฤติให้การสงเคราะห์ตามควรแก่กรณีแก่บุคคลดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ถูกสืบเสาะและพินิจ
- (2) ผู้ถูกคุ้มครองประพฤติหรือผู้พ้นจากการคุ้มครองประพฤติ
- (3) ผู้อยู่ระหว่างการตรวจพิสูจน์และการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดหรือผู้ผ่านการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด
- (4) ผู้อยู่ระหว่างการทำงานบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับ

เมื่อพ้นโทษหรือได้รับพระราชทานอภัยโทษ ผู้พ้นจากการถูกกักขังแทนค่าปรับหรือผู้พ้นจากการทำงานบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับ เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นสามารถช่วยเหลือตนเองและดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้ตามสมควร ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวจะทำงาน ให้พนักงานคุมประพฤติสนับสนุนและส่งเสริมให้บุคคลดังกล่าวเข้าร่วมกิจกรรม เพื่อเตรียมความพร้อมในการทำงาน และให้รัฐสนับสนุนหรือส่งเสริมให้นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการรับบุคคลดังกล่าวเข้าทำงานในสถานประกอบการ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตให้สามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้ และเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ตลอดจนป้องกันอาชญากรรม<sup>6</sup>

(5) ผู้ได้รับการปล่อยตัวเมื่อพ้นโทษหรือได้รับพระราชทานอภัยโทษ

(6) เด็กหรือเยาวชนที่ได้รับการปล่อยตัวพ้นจากการฝึกอบรมครบตามคำพิพากษาแล้ว

(7) ผู้พ้นจากการถูกกักขังแทนค่าปรับหรือผู้พ้นจากการทำงานบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับ

(8) บุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

<sup>6</sup> มาตรา 40 การให้การสงเคราะห์ตามหมวดนี้ ให้เป็นความรับผิดชอบของรัฐในการแสวงหาข้อเท็จจริง ติดตาม ดูแล แนะนำ แก้ไขฟื้นฟู หรือการดำเนินการใด ๆ แก่บุคคลตามมาตรา 41 เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นสามารถช่วยเหลือตนเองและดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้ตามสมควร ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงความจำเป็นและความต้องการของบุคคลนั้น โดยให้หน่วยงานด้านการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ด้านแรงงาน ด้านการศึกษา ด้านการสาธารณสุข ตลอดจนหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง เข้ามามีส่วนร่วมในการให้การสงเคราะห์

การให้การสงเคราะห์แก่บุคคลตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานคุมประพฤติสนับสนุนและส่งเสริมให้บุคคลนั้นได้รับการสงเคราะห์ในด้านสิ่งจำเป็นในการดำรงชีพ ด้านการบำบัดรักษาอาการเจ็บป่วยทางกายและจิต ด้านการให้ความรู้และการฝึกอบรม ด้านทักษะชีวิต ตลอดจนการให้ความช่วยเหลือในด้านอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต

ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวจะทำงาน ให้พนักงานคุมประพฤติสนับสนุนและส่งเสริมให้บุคคลดังกล่าวเข้าร่วมกิจกรรม เพื่อเตรียมความพร้อมในการทำงาน

ให้รัฐสนับสนุนหรือส่งเสริมให้นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการรับบุคคลตามมาตรา 41 เข้าทำงานในสถานประกอบการ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตให้สามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้ และเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ตลอดจนป้องกันอาชญากรรม

ผู้เขียนเห็นว่าจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ. 2559 ซึ่งพบว่ามีกลไกในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เตรียมความพร้อมก่อนปล่อยตัวผู้กระทำความผิด และให้ความช่วยเหลือในการหางานทำภายหลังพ้นโทษ เพื่อให้สามารถกลับตนเป็นคนดีและสามารถกลับคืนสู่สังคมได้ ระบบกฎหมายไทยจึงมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษอยู่บนแนวคิดการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด และแม้ว่าในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีกลไกล้างมลทินที่เป็นกลไกถาวร คงมีเพียงกลไกตัดแยกข้อมูลบุคคลออกจากสารบบหรือฐานข้อมูลประวัติอาชญากร โดยระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดีลักษณะที่ 32 การพิมพ์ลายนิ้วมือ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2556 บทที่ 4 ว่าด้วยการคัดแยกและทำลายแผ่นพิมพ์ลายนิ้วมือ และรายการประวัติ หรือบัญชีประวัติ ซึ่งได้กำหนดให้ผู้บังคับการกองทะเบียนประวัติอาชญากร แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาคัดเลือกแผ่นพิมพ์ลายนิ้วมือ และเอกสารที่เกี่ยวข้องทุกประเภทแยกออกจากสารบบหรือฐานข้อมูลประวัติอาชญากรตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด เช่น คดีอาญาที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด โดยศาลมิได้มีคำพิพากษาลงโทษถึงจำคุก หรือมีการเปลี่ยนโทษเป็นวิธีการสำหรับเด็ก หรือคดีความผิดทุกประเภท ซึ่งศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษปรับสถานเดียว แต่อย่างไรก็ตามความพยายามของกฎหมายดังกล่าวในการเตรียมความพร้อมทั้งด้านสังคม อาชีพ และสภาพแวดล้อมภายหลังได้รับการปล่อยตัว ระบบกฎหมายไทยจึงมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่มีความมุ่งหมายให้เป็นไปตามแนวคิดการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม แต่จะประสบผลสำเร็จแค่ไหนเพียงใดขึ้นอยู่กับว่ามีอุปสรรคหรือเครื่องกีดกันอื่น ๆ หรือไม่ โดยเฉพาะเครื่องกีดกันที่เป็นมาตรการของรัฐ เช่น การกำหนดลักษณะต้องห้ามในการขออนุญาตประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

เมื่อพิจารณากฎหมายต่าง ๆ ข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้ระบบกฎหมายไทยมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นไปตามทฤษฎีการแก้แค้นทดแทน การข่มขู่ยับยั้ง การตัดความสามารถในการกระทำความผิดสำหรับผู้กระทำความผิดที่ยังรับโทษอยู่ การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด และการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม เพื่อให้สามารถดำรงชีพได้ภายหลังพ้นโทษแล้ว แต่การพิจารณาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องพิจารณาว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามทฤษฎีการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด และการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม

---

การบริหารจัดการ การกำหนดมาตรฐานการสงเคราะห์ รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการสงเคราะห์ รวมถึงหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้การสงเคราะห์ตามหมวดนี้ ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

หรือไม่อย่างไร โดยการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคตต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้นเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่การประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ อันเป็นการตัดโอกาสในการที่จะประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่สุจริตของผู้เคตต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจึงไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดและการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมที่ต้องการให้ผู้เคตกระทำความผิดในอดีตสามารถดำรงชีพในสังคมได้อย่างมีศักดิ์ศรีภายหลังที่มีการพิพากษาคดีและพ้นโทษแล้ว ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไปโดยละเอียดในหัวข้อ 5.1.2

### 5.1.2 ปัญหาความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษของลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

ปัญหาความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษของลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในประเด็นความสอดคล้องกับแนวคิดในการลงโทษว่าด้วยการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด และการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าแนวคิดดังกล่าวเป็นประเด็นหลักที่จะใช้พิจารณาการห้ามมิให้ผู้เคตต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 5.1.1 แล้วว่าเมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายไทยประเทศไทยมีความมุ่งหมายที่จะดำเนินตามแนวคิดการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด และการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญาในการประกอบอาชีพของเอกชนที่ต้องขออนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย สอดคล้องกับแนวคิดการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด และการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมหรือไม่ และจะทำให้ประเทศไทยบรรลุวัตถุประสงค์ตามแนวคิดดังกล่าวได้หรือไม่ อย่างไร

การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดเป็นการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม โดยมีกระบวนการในการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพฤติกรรมนิสัยผู้ต้องขังให้กลับตนเป็นคนดีก่อนที่จะออกไปใช้ชีวิตในสังคมภายนอก ซึ่งหน่วยงานของรัฐได้มีการฝึกอบรมอาชีพต่าง ๆ ส่วนการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมมีความพยายามให้ความช่วยเหลือในการหางานทำภายหลังพ้นโทษ เพื่อให้สามารถกลับตนเป็นคนดีและสามารถกลับคืนสู่สังคมได้ แต่ผู้เคตต้องคำพิพากษาในคดีอาญาต้องประสบปัญหาจากมลทินหรือตราบาปในอดีต โดยเฉพาะเมื่อจะเข้าสู่กิจการหรืออาชีพที่ต้องขออนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ก็จะถูกจำกัดห้ามและตัดโอกาสในการเข้าสู่กิจการหรืออาชีพ ด้วยกฎหมายนั้น ๆ มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นผลร้ายที่ยังกระทบต่อผู้เคตต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ทำให้ไม่สามารถกลับคืนสู่สังคมได้อย่างแท้จริง ประกอบกับประเทศไทยไม่มีระบบการล้างมลทินที่เป็นระบบประจำที่ชัดเจนในการช่วยบรรเทาผลร้ายจากผลของ

คำพิพากษาในอดีต อุปสรรคของการมีกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคียดต้อง คำพิพากษาในคดีอาญาทำให้การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดที่รัฐพยายามดำเนินการล้มเหลวในที่สุด และเป็นอุปสรรคในการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม จนเกิดมีข้อถกเถียงในสังคมและหน่วยงานรัฐ ผู้ทำภารกิจในการฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เช่น การที่กรมราชทัณฑ์ฝึกอาชีพหมวดให้กับผู้ต้องขัง แต่เมื่อผู้ต้องขังพ้นโทษมาแล้วกลับไม่สามารถประกอบอาชีพได้ เพราะพระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559 ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคียดต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไว้ จนนำมาสู่ข้อถกเถียงและยกเลิกข้อจำกัดดังกล่าวในที่สุด ด้วยเหตุผลที่ว่าลักษณะต้องห้ามดังกล่าวเป็นการตัดโอกาสในการประกอบอาชีพและเป็นอุปสรรคในการกลับเข้าสู่สังคมได้ตามปกติของผู้เคยกระทำความผิดดังกล่าวหลังจากพ้นโทษ จึงสมควรยกเลิกลักษณะต้องห้ามนั้น โดยเปิดโอกาสให้กลุ่มบุคคลผู้เคยกระทำความผิดเหล่านี้สามารถเข้าสู่การประกอบอาชีพเป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพได้ทันที

จากการศึกษากฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นกลุ่มกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพของประชาชนที่ต้องขออนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ผู้เขียนพบว่าไม่มีกฎหมายฉบับใดที่กำหนดมาตรการในการบรรเทาผลร้ายจากการที่เคียดต้องคำพิพากษาในคดีอาญา การไม่มีมาตรการบรรเทาผลร้ายให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาสามารถพิสูจน์ตนเองว่าจะไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีกและสามารถกลับตนเป็นคนดีและกลับสู่สังคมได้ จึงทำให้แนวคิดว่าการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมไม่บรรลุผล แนวคิดของรัฐที่มักได้ยื่นคำขวัญที่ว่า “คืนคนดีสู่สังคม” ล้มเหลว นอกจากนี้ยังเห็นได้ว่าปัญหาการไม่สามารถบรรลุแนวคิดในการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดกับแนวคิดนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม เป็นปัญหาหลักและเป็นปัญหาสำคัญถึงขนาดปรากฏในเอกสารทางการของรัฐเกี่ยวกับแนวนโยบายเรื่องดังกล่าว ดังปรากฏในแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562 – 2566) ซึ่งติดตามปัญหาการถูกเลือกปฏิบัติหรือกีดกันในการประกอบอาชีพ ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษมีข้อจำกัดในเรื่องของการเข้าถึงการสร้างงานสร้างอาชีพ ปัญหาการเข้าสู่สังคมของผู้ที่พ้นโทษออกมาแล้ว ไม่สามารถหางานทำได้สืบเนื่องจากการไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม และมีการเสนอแนะให้หน่วยงานรัฐต้องมีการกำหนดเงื่อนไขให้สถานประกอบการรับผู้พ้นโทษเข้าทำงาน และปรับปรุงกฎหมายและระเบียบ ข้อบังคับที่กำหนดคุณสมบัติผู้ที่จะได้รับใบอนุญาตหรือคุณสมบัติผู้สมัครเข้าทำงานที่กำหนดห้ามผู้ต้องขังสมัครงานในหน่วยงานของรัฐ และยังปรากฏในแผนแม่บทการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2558 – 2561 ซึ่งได้มีเป้าประสงค์โดยกำหนดยุทธศาสตร์และแนวทางการดำเนินงานเสนอให้ยกเลิกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือเงื่อนไขที่เป็นการไม่ให้โอกาสหรือตัดสิทธิ์ต่อผู้เคยกระทำความผิด หรือที่ผู้พ้นโทษมาแล้วในการทำงาน

หรือประกอบสัมมาชีพ ได้แก่ การกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ ต้องไม่เป็นผู้ที่เคยกระทำความผิดและมีคำพิพากษาลงโทษจำคุกมาก่อน ทั้งนี้ อาจมีข้อยกเว้น ในตำแหน่งหน้าที่ที่มีความสำคัญ นอกจากนั้นเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2563 คณะรัฐมนตรียังได้มีมติ อนุมัติหลักการร่างพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ... (มาตรการภาษีเพื่อสนับสนุนการจ้างงานผู้พ้นโทษเข้าทำงาน) ตามที่กระทรวงการคลังเสนอ เพื่อเป็นมาตรการจูงใจให้นายจ้างหรือผู้ประกอบการจ้างงานผู้พ้นโทษ

เห็นได้ว่ารัฐให้ความสำคัญกับการแก้ปัญหาการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษา ในคดีอาญาเข้าเป็นบุคลากรภาครัฐดังปรากฏในแผนงานและแนวนโยบายต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น และรัฐยังแก้ไข้ปัญหาโดยการคาดหวังกับผู้ประกอบการภาคเอกชน ด้วยการมีมาตรการกระตุ้น ให้ภาคเอกชนรับผู้พ้นโทษเข้าทำงาน แต่ยังไม่มีการกำหนดแนวทางการแก้ไข้ปัญหาการห้ามมิให้ผู้เคย ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นกลุ่มกฎหมาย ที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพหรือการงานของประชาชนที่ต้องขออนุญาต จากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย นอกจากนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับ การคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานในภาครัฐ ซึ่งต้องเกี่ยวข้องกับ การใช้อำนาจรัฐในบางตำแหน่งงานของรัฐกับมีมาตรการบรรเทาผลร้ายที่มากกว่า เช่น ข้าราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 พระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จะกำหนดมาตรการที่เป็นข้อยกเว้นให้บุคคลที่มีลักษณะต้องห้าม ดังกล่าวสามารถเข้ารับราชการได้ โดยให้คณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลของ หน่วยงานนั้น ๆ มีดุลพินิจพิจารณาเป็นมติเป็นการเฉพาะรายได้ หรือมีการประกาศยกเว้นเป็นการทั่วไป โดยเป็นไปตามระเบียบปฏิบัติหรือมติของคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคล นั้น ๆ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุดังกล่าวสามารถสมัครเข้า รับราชการได้

ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพหรือกิจการที่ ต้องขออนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นในการสามารถเข้าสู่กิจการหรือ อาชีพนั้น ๆ ได้เช่นเดียวกับกฎหมายที่ คัดเลือกบุคคลเข้ามาเป็นบุคลากรภาครัฐ ดังเช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เป็นต้น ย่อมไม่มีมาตรการที่จะบรรเทาผลร้ายจากผลของการเคยต้องคำพิพากษาใน คดีอาญา จึงทำให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษด้วยการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดไม่ประสบความสำเร็จ และมีอุปสรรคในการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม ผู้เขียนเห็นว่าอาจไม่ต้องถึงขนาดยกเลิกลักษณะ ต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเสียทั้งหมด แต่ต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาค และควรกำหนดข้อยกเว้น

ให้สามารถอนุญาตให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาสามารถเข้าสู่กิจการหรืออาชีพได้ เป็นการเฉพาะรายหรือเป็นการทั่วไปเหมือนกับกฎหมายข้าราชการพลเรือนและข้าราชการรัฐสภา หรือกำหนดข้อยกเว้นเหมือนกับพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 ที่ให้อำนาจคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางมีอำนาจยกเว้นคุณสมบัติบางอย่างตามความจำเป็น หรือ มีเหตุพิเศษเป็นการเฉพาะรายได้<sup>7</sup>

<sup>7</sup> มาตรา 24 ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง การขนส่งไม่ประจำทางและการขนส่งโดยรถขนาดเล็ก ต้องมีสัญชาติไทย

ในกรณีที่ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้นต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทยและมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในราชอาณาจักรไทย และ

(1) ในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดต้องมีสัญชาติไทย

(2) ในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดทั้งหมดต้องมีสัญชาติไทย และทุนของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดต้องเป็นของผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและมีสัญชาติไทย

(3) ในกรณีที่เป็นบริษัทจำกัด กรรมการบริษัทจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย และทุนของบริษัทจำกัดนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดต้องเป็นของผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและมีสัญชาติไทย หรือต้องเป็นของห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด หรือต้องเป็นของกระทรวง ทบวง กรม ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือองค์การของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาลหรือตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ๆ และบริษัทจำกัดนั้นต้องไม่มีข้อบังคับ อนุญาตให้มีการออกหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ

(4) ในกรณีที่เป็นบริษัทมหาชนจำกัด กรรมการบริษัทจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย และทุนของบริษัทมหาชนจำกัดนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวน หุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดต้องเป็นของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและมีสัญชาติไทย

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะต้องมีลักษณะตาม (1) (2) (3) หรือ (4) แล้วแต่กรณี

## 5.2 วิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนของมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามไม่ให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การวิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนของมาตรการทางกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ให้เห็นว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญารูปแบบต่าง ๆ มีความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ โดยพิจารณาทั้งหลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

### 5.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น เบื้องต้นจะต้องพิจารณาขอบเขตและเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเสียก่อน โดยเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นรัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพไว้เป็นการเฉพาะ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพในมาตรา 40 วรรคหนึ่งไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ” ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ในมาตรา 40 วรรคสองว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” และมาตรา 40 วรรคสามว่า “การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”

เงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แสดงให้เห็นว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพกระทำมิได้เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม

---

ให้คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางมีอำนาจยกเว้นคุณสมบัติตามความจำเป็น หรือมีเหตุพิเศษเป็นการเฉพาะรายได้

การป้องกันหรือการจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น เท่านั้น สำหรับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเพื่อการจัดระเบียบการประกอบอาชีพนั้น มีเงื่อนไขเพิ่มเติมละเอียดลงไปว่า จะต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็น และต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวกายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา นอกจากนี้การจัดระเบียบการประกอบอาชีพไม่ได้หมายความถึงการจัดระเบียบวิชาชีพเท่านั้น แต่รวมถึงการกำหนดเกณฑ์ในการประกอบอาชีพต่าง ๆ ที่อาจกระทบประโยชน์สาธารณะ เช่น การประกอบอาชีพประมงก็ต้องทำตามกฎเกณฑ์ในการทำประมง<sup>๘</sup> อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าขอบเขตและเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งซึ่งเป็นเสมือนเงื่อนไขที่กว้างขวางมาก คือเงื่อนไขที่ว่า “เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเงื่อนไขเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นนี้ จะต้องตีความให้สอดคล้องกับเงื่อนไขอื่น ๆ ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนข้างหน้าที่ว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

เมื่อทราบขอบเขตและเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้ว ต้องพิจารณาต่อไปว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นไปตามขอบเขตและเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญหรือไม่ สำหรับกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยเฉพาะกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพหรือกิจการที่ต้องขออนุญาตต่อรัฐทั้ง 30 ฉบับนั้น เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายเหล่านั้นพบว่า กฎหมายหลายฉบับไม่ได้มีการระบุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ชัดเจนว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนเพื่อการใดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่อย่างไรก็ตามการที่กฎหมายหลายฉบับไม่ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ชัดเจนในเหตุผลของกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่ายังคงสามารถค้นหาวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้จากบริบทของกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายทั้ง 30 ฉบับมีวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญในเรื่องต่าง ๆ ได้แก่ เพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองผู้บริโภค และการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ โดยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยการกำหนดลักษณะต้องห้ามนี้ เป็นการจำกัดเสรีภาพด้วยเกณฑ์ว่า

<sup>๘</sup> ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร น. 58-59.

ผู้ประกอบอาชีพหรือผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจจะต้องมีความน่าเชื่อถือ<sup>9</sup> เพื่อประโยชน์สาธารณะ ผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายทั้ง 30 ฉบับที่ศึกษานี้มีวัตถุประสงค์ที่เป็นไปตามเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของรัฐธรรมนูญ โดยผู้เขียนขอจำแนกวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามเงื่อนไขรัฐธรรมนูญตามความเห็นของผู้เขียนดังนี้

เมื่อกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญามีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแล้ว ต้องพิจารณาต่อไปว่ามาตรการของกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้หรือไม่ สำหรับกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพหรือกิจการที่ต้องขออนุญาตต่อรัฐ ต้องพิจารณาว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา สามารถทำให้กฎหมายนั้น ๆ บรรลุวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองผู้บริโภค และการจัดระเบียบการประกอบอาชีพได้หรือไม่ กล่าวคือในขั้นนี้ต้องพิจารณาว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามสอดคล้องกับหลักสัมฤทธิ์ผลหรือไม่ จึงต้องพิจารณาว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาสามารถทำให้เกิดความมั่นคงของประเทศและเศรษฐกิจ ผู้บริโภคได้รับการคุ้มครอง และเกิดการจัดระเบียบในการประกอบอาชีพหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาของการเข้าสู่อาชีพหรือกิจการที่ต้องขออนุญาตต่อรัฐ เป็นการคัดกรองบุคคลในการเข้าสู่อาชีพหรือกิจการ โดยกันบุคคลที่เคยมีประวัติอาชญากรรมออกจากอาชีพหรือกิจการบางอย่าง ซึ่งการคัดกรองดังกล่าวอาจทำให้ผู้รับบริการ ผู้บริโภค หรือสังคมเกิดความเชื่อมั่นต่ออาชีพนั้น ๆ เกิดความมั่นใจว่าอาชีพหรือกิจการนั้น ๆ ปลอดภัยจากบุคคลที่ขาดความน่าเชื่อถือด้วยประวัติอาชญากรรม ทำให้อาชีพหรือกิจการนั้น ๆ เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อย และสังคมเชื่อมั่นว่าจะทำให้สังคมมีความสงบเรียบร้อยและความมั่นคง เพราะไม่ต้องกังวลว่าผู้ประกอบอาชีพหรือกิจการนั้น ๆ จะกระทำความผิดอาญาซ้ำอีกหรือไม่ ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังที่กล่าวมาแล้วได้จึงมีความสอดคล้องกับหลักสัมฤทธิ์ผลอันเป็นหลักการย่อยประการแรกของหลักความได้สัดส่วน แต่อย่างไรก็ตามการพิจารณาเพียงแค่ว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาสามารถทำให้กฎหมายบรรลุวัตถุประสงค์ อาจเป็นการเหมารวมและไม่ชอบธรรมแก่บุคคลที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา จึงต้องพิจารณาต่อไปว่าการกำหนดลักษณะ

<sup>9</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน , (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม,2538), น. 124 – 134.

ต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่สามารถทำให้กฎหมายบรรลូវัตถุประสงค์นั้น ต้องกำหนดแค่นั้นเพียงใดและลักษณะใดจึงจะเกิดความเป็นธรรม

### 5.2.2 ปัญหาการเลือกกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

ปัญหาการเลือกกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่ากฎหมายควรเลือกกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาอย่างไรจึงจะสอดคล้องกับหลักความจำเป็น กล่าวคือ กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น จะเลือกมาตรการในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาอย่างไรจึงจะกระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพของปัจเจกบุคคลผู้ซึ่งเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาน้อยที่สุด เพราะตามหลักความจำเป็นมาตรการตามกฎหมายที่ออกมาต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นที่ทำให้ความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายสำเร็จผล โดยมาตรการนั้นต้องมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด หากมีมาตรการที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์สำเร็จลงได้หลายมาตรการโดยมาตรการนั้น ๆ มีความรุนแรงแตกต่างกันไปต้องเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยที่สุด<sup>10</sup>

ถ้าหากพิจารณาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญของไทย ศาลรัฐธรรมนูญไทย จะพิจารณาว่ามาตรการตามกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญไทยจะใช้เกณฑ์พิจารณาว่ามาตรการตามกฎหมายนั้น ๆ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพของบุคคลตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและเป็นไปตามข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งหลายคำวินิจฉัยที่ยึดหลักการดังกล่าวเนื่องจากเป็นหลักการที่เป็นถ้อยความที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่ศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่ได้ให้เหตุผลของการวินิจฉัยเรื่องหลักความจำเป็นไว้อย่างละเอียด คงมีแต่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 12/2552 ซึ่งได้วินิจฉัยกรณีประกาศคณะปฏิวัติห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ขายอาหารหรือเครื่องดื่มตั้งแต่เวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตว่าขัดรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลไว้ตอนหนึ่งที่น่าสนใจว่า “ประกาศของคณะปฏิวัติฯ...เป็นการจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพค้าขายโดยสุจริตของประชาชนจำนวนมากโดยไม่จำเป็นแล้ว ยังเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนผู้ประกอบอาชีพสุจริตอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นจะต้องบริโภคอาหารและเครื่องดื่ม

<sup>10</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน , 2543), น.128 – 131.

ในช่วงเวลาดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลและความจำเป็นสนับสนุนอีกด้วย ถึงแม้จะมีการผ่อนปรนให้ขอรับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ว่าราชการจังหวัดได้ ก็ยังเป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็นอยู่นั่นเอง” จากคำวินิจฉัยดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญได้มีมุมมองต่อการพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยพิจารณาจากด้านของผู้รับบริการจากอาชีพนั้น ๆ ด้วย โดยพิจารณาว่ามาตรการตามกฎหมายเช่นนี้มีเหตุผลและความจำเป็นสนับสนุนหรือไม่ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนผู้ประกอบการอาชีพสุจริตอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นจะต้องบริโภคอาหารและเครื่องดื่มด้วย นอกจากนั้นศาลรัฐธรรมนูญยังพิจารณาว่ามาตรการตามกฎหมายเป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็นหรือไม่ อย่างไร แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าคำว่า “ความจำเป็น” ที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการวินิจฉัยนั้นอาจไม่ใช่หลักความจำเป็นอันเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนโดยตรง แต่เป็นถ้อยคำตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ศาลนำมาปรับใช้ ซึ่งแท้จริงแล้วอาจมีความหมายครอบคลุมถึงหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุทั้งหมด กล่าวโดยสรุปผู้เขียนเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยมีหลักในการพิจารณาว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยพิจารณาว่า (1) มาตรการตามกฎหมายนั้น ๆ เกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพของบุคคลตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและเป็นไปตามข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ (2) พิจารณาจากด้านของผู้รับบริการจากอาชีพนั้น ๆ ด้วยว่าการออกมาตรการตามกฎหมายนั้น ๆ มีเหตุผลและความจำเป็นสนับสนุนหรือไม่ (3) มาตรการตามกฎหมายเป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็นหรือไม่ อย่างไร นอกจากนี้การพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความจำเป็นในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ผู้เขียนยังพบว่ามีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่อธิบายให้เหตุผลไว้อย่างน่าสนใจในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.15/2545 ที่พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎกระทรวงที่กำหนดให้มัคคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติม ซึ่งศาลปกครองได้ให้เหตุผลในคำพิพากษาตอนหนึ่งว่า “การกำหนดหน้าที่ของมัคคุเทศก์ดังกล่าวย่อมเกี่ยวข้องและมีผลโดยตรงต่อการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์ เนื่องจากมัคคุเทศก์ย่อมจะสามารถนำเอาสิ่งที่ได้รับรู้จากการอบรมเพิ่มเติมดังกล่าวไปใช้ให้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่” เหตุผลดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่ามาตรการที่กำหนดขึ้นอันเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นเกี่ยวข้องและมีผลโดยตรงต่อการปฏิบัติหน้าที่ของอาชีพนั้น ๆ หรือไม่ ซึ่งชี้ให้เห็นว่าศาลปกครองสูงสุดพิจารณามาตรการต่าง ๆ ที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยพิจารณาจากลักษณะหน้าที่ของอาชีพนั้น ๆ แล้วจึงพิจารณาว่ามาตรการที่กำหนดขึ้นมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องโดยตรงกับหน้าที่

ของอาชีพนั้น ๆ หรือไม่ นอกจากนั้นในคดีอาญาประมวลกฎหมายอาญา ยังมีหลักเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำความผิดและการประกอบอาชีพ เพื่อป้องกันการอาศัยโอกาสในการประกอบอาชีพไปกระทำความผิดอีกในมาตรา 50 ว่า “เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใด ถ้าศาลเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไปอาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นอีก ศาลจะสั่งไว้ในคำพิพากษาห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นมิกำหนดเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันพ้นโทษไปแล้วก็ได้” ซึ่งศาลฎีกาได้เคยวางหลักการพิจารณาความสัมพันธ์การกระทำความผิดกับอาชีพไว้ใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6530/2556 ว่า “การที่ศาลจะนำประมวลกฎหมายอาญามาตรา 50 มาใช้บังคับต้องได้ความว่า จำเลยประกอบอาชีพหรือวิชาชีพและได้กระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และศาลเห็นว่าหากจำเลยประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไป อาจกระทำความผิดเช่นนั้นอีก แต่ความผิดของจำเลยเป็นความผิดฐานขับรถในขณะเมาสุรา เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตาม พ.ร.บ.จราจรทางบก พ.ศ. 2522 ไม่เกี่ยวกับอาชีพหรือวิชาชีพที่จำเลยประกอบอยู่ คำพิพากษาของศาลล่างที่เพิกถอนใบอนุญาตขับรถส่วนบุคคลจึงไม่ใช่คำสั่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 50 จึงไม่อาจนำมาตรา 50 มาใช้ได้” หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5177/2537 ว่า “จำเลยได้รับอนุญาตให้ตั้งสถานพยาบาล ได้รับใบอนุญาตให้ขายยาแผนโบราณ และได้รับใบอนุญาตให้ประกอบโรคศิลปะแผนโบราณสาขาเภสัชกรรม เมื่อยาของกลางมีไว้เพื่อกิจการค้าของจำเลย และถูกเก็บซุกซ่อนอยู่ในสถานพยาบาลแม้มิได้นำออกแสดงโดยเปิดเผยให้คนทั่วไปทราบแต่จำเลยพร้อมที่จะนำมาขายให้แก่คนไข้หรือผู้มาขอซื้อได้ การกระทำความผิดของจำเลยย่อมเป็นความผิดตาม พ.ร.บ. ยา ก่อนเกิดเหตุคดีนี้ จำเลยถูกร้องเรียนจากราษฎรว่าสถานพยาบาลของจำเลยมีพฤติกรรมหลอกลวงคนไข้ว่าสามารถรักษาโรคสารพัด โดยใช้คนขับรถสองแถวรับจ้างจูงใจคนไข้ เจ้าหน้าที่เคยตักเตือนจำเลยแล้วก็ไม่ยอมงดการกระทำอันเป็นการทำลายเจ้าหน้าที่โดยอาศัยโอกาสที่ได้รับใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะแผนโบราณ สาขาเภสัชกรรม หากปล่อยให้จำเลยประกอบอาชีพต่อไปอาจจะกระทำความผิดได้อีก กรณีอยู่ในหลักเกณฑ์ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่จำเลย”

การพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความจำเป็นของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การพิจารณาของศาลที่พิจารณาความสัมพันธ์เกี่ยวข้องโดยตรงกับหน้าที่ของอาชีพนั้น ๆ สอดคล้องกับหลักการที่ปรากฏในกฎหมายต่างประเทศ มีหลักเรื่องคุณสมบัติการประกอบอาชีพโดยสุจริต ( a bona fide occupational qualification (BFOQ) ) โดยมีหลักการใช้ 3 ประการ ได้แก่ (1) เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองมีความสัมพันธ์กับความสามารถในการทำงาน (2) การกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญในกิจการที่ทำงาน

(3) ไม่มีทางเลือกอื่นที่สามารถจำกัดสิทธิได้น้อยกว่า ซึ่งความผิดทางอาญาที่เป็นเหตุของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพต้องเกี่ยวข้องโดยตรงกับอาชีพ และหลักการที่ว่าบุคคลจะไม่ถูกตัดสิทธิในการทำงานด้วยเหตุข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลเคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดทางอาญา หากความผิดทางอาญานั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับการทำงานนั้น ๆ โดยตรง สำหรับบางกรณีที่เป็นความผิดร้ายแรง ซึ่งมีอัตราโทษสูงถึงขนาดจำคุกจำนวนหลายปีหรือจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิตนั้น ความผิดที่ร้ายแรงเช่นนั้นผู้กระทำความผิดก็ควรจะได้รับโทษจำคุกอยู่ซึ่งเป็นการตัดโอกาสในการกระทำความผิดของผู้ผู้นั้นอยู่แล้ว

เห็นได้ว่าการพิจารณาเกี่ยวกับการห้ามประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเนื่องด้วยเคยกระทำความผิดต่างต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างฐานความผิดกับกิจการหรืออาชีพนั่น ๆ เพื่อป้องกันไม่ให้อาศัยโอกาสในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั่นไปกระทำความผิดอาญาอีก เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบมาตรการของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชนโดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาตามหัวข้อ 4.1.1 ซึ่งผู้เขียนได้จำแนกกฎหมายไว้ 5 กลุ่ม ด้วยเกณฑ์ผลของการกำหนดลักษณะต้องห้ามว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเด็ดขาดอันเป็นการตัดโอกาสในการเข้าสู่อาชีพตลอดไป หรือไม่เด็ดขาดโดยสามารถเข้าสู่อาชีพได้เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนดหลังพ้นโทษ และเกณฑ์จากลักษณะในการกำหนดฐานความผิดเป็นลักษณะต้องห้ามว่าเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้าง หรือเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ สำหรับการกำหนดลักษณะต้องห้ามจะกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบต้องพิจารณาต่อไปว่าฐานความผิดที่เป็นเหตุแห่งการต้องห้ามประกอบกิจการหรืออาชีพนั่นมีความสัมพันธ์โดยตรงกับกิจการหรืออาชีพนั่น ๆ หรือไม่ ถ้าหากฐานความผิดที่เป็นเหตุแห่งการต้องห้ามประกอบกิจการหรืออาชีพนั่นมีความสัมพันธ์โดยตรงกับกิจการหรืออาชีพนั่น ๆ การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวย่อมกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพของบุคคลน้อยและสอดคล้องกับหลักความจำเป็นอันเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วน ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์กฎหมายรายกลุ่มและรายฉบับที่ผู้เขียนได้จำแนกไว้ ดังต่อไปนี้

### **(1) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ**

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบนั้น เป็นกฎหมายที่กำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ บุคคลที่จะถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั่น ๆ ด้วยลักษณะต้องห้ามต่อเมื่อความผิดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก เป็นความผิดตามที่ได้ระบุไว้ในลักษณะต้องห้ามนั้น ๆ ลักษณะการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้จึงน่าจะเป็นมาตรการที่

กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพของเอกชนน้อยที่สุด เพราะเป็นการจำกัดเสรีภาพอย่างแคบ เฉพาะแต่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในความผิดตามที่ลักษณะต้องห้ามระบุเท่านั้นที่ไม่สามารถเข้าสู่อาชีพนั้น ๆ ได้ แต่อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาในกฎหมายแต่ละฉบับว่าฐานความผิดที่ต้องห้ามนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ อันทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการที่จะอาศัยโอกาสในการประกอบกิจการหรืออาชีพไปกระทำความผิดอีกหรือไม่

เมื่อพิจารณากฎหมายแต่ละฉบับแล้วผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วเห็นว่ากฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ แต่การกำหนดฐานความผิดเป็นลักษณะต้องห้ามมีความแตกต่างกันออกไป การพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความจำเป็นอันเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนนั้นต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ซึ่งผู้เขียนวิเคราะห์แล้วเห็นว่าอาจจำแนกออกได้เป็นสองกลุ่ม ดังนี้

**กลุ่มที่ 1** กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามเพราะเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาด้วยฐานความผิดที่ชัดเจนและเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้เคยกระทำความผิดตามฐานความผิดที่ระบุอาศัยโอกาสจากการประกอบกิจการหรืออาชีพกระทำความผิดนั้น ๆ ขึ้นอีก ประกอบกับฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามนั้นเป็นฐานความผิดที่อาจส่งผลต่อมาตรฐานความเชื่อมั่นของผู้บริโภคหรือผู้รับบริการจากกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยฐานความผิดเช่นนี้จึงมีความสัมพันธ์โดยตรงกับกิจการหรืออาชีพที่กำหนดลักษณะต้องห้ามนั้น ๆ และมีความสอดคล้องกับหลักความจำเป็น กฎหมายในกลุ่มดังกล่าวได้แก่ พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

**กลุ่มที่ 2** กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามเพราะเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาด้วยฐานความผิดที่ให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบเป็นฐานความผิดที่เป็นลักษณะต้องห้ามสำหรับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ อยู่ด้วย ผู้เขียนวิเคราะห์แล้วเห็นว่า คำว่า “โดยทุจริต” นั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 ได้ให้ความหมายไว้ว่า “เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” คำว่าโดยทุจริตได้ใช้เป็นองค์ประกอบความผิดเป็นเจตนาพิเศษสำหรับการกระทำความผิดอาญาในหลาย ๆ ฐานความผิด เช่น ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร ความผิดต่อเจ้าพนักงาน ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดเกี่ยวกับเงินตรา ความผิดเกี่ยวกับเอกสาร ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ เป็นต้น ดังนั้นแม้การกำหนดฐานความผิดที่มีการกระทำโดยทุจริตเป็น

องค์ประกอบเป็นลักษณะต้องห้ามนั้น อาจต้องการป้องกันไม่ให้บุคคลที่มีแนวโน้มที่มีเจตนาทุจริตเข้ามาสู่กิจการหรืออาชีพ เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดกับผู้รับบริการหรือผู้บริโภค แต่ฐานความผิดที่กำหนดโดยอาศัยการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบนั้น ยังมีความหมายที่รวมถึงการกระทำความผิดในหลาย ๆ ฐานความผิดอยู่จึงยังไม่อาจอธิบายได้อย่างแน่ชัดว่าการกระทำในหลาย ๆ ฐานความผิดมีความสัมพันธ์โดยตรงกับการประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ อย่างไร ถึงแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยฐานความผิดเฉพาะที่ชัดเจนอยู่ด้วย แต่การมีลักษณะต้องห้ามด้วยความผิดที่ให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบเป็นลักษณะต้องห้ามอยู่ด้วย จึงยังคงมีความหมายและส่งผลทางกฎหมายที่กว้างอยู่ ถ้าหากจะนำความผิดที่ให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบกำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามควรกำหนดไปเลยว่าเป็นความผิดฐานใด ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายลักษณะดังกล่าวไม่มีความสอดคล้องกับหลักความจำเป็นจึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน กฎหมายในกลุ่มดังกล่าว ได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510

## (2) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง เป็นกฎหมายที่กำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้างเว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ บุคคลใดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดให้รับโทษ หรือให้จำคุก ไม่ว่าจะความผิดใดก็ตามที่เป็นความผิดมีโทษทางอาญา ย่อมเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพ เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นมาตรการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่กระทบกระเทือนเสรีภาพของเอกชนมากกว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่กำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ เพราะการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามไว้อย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามอย่างกว้างขวางคลุมเครือส่งผลกระทบต่อบุคคลวงกว้างโดยไม่อาจอธิบายได้ถึงเหตุผลความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำอันเป็นการต้องห้ามกับอาชีพที่มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนั้น ว่าความผิดที่เคยกระทำอันเป็นการต้องห้ามมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับลักษณะงานของอาชีพนั้น ๆ อันทำให้เกิดความเสียหายต่อการปฏิบัติหน้าที่อย่างไร ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้จึงไม่สามารถอธิบายเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยทำในอดีตกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ได้เลย ดังนั้น การกำหนดลักษณะต้องห้ามของกฎหมายจำพวกนี้จึงกระทบกระเทือนเสรีภาพของบุคคลอย่างกว้างขวางไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นจึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน โดยกฎหมายในกลุ่มนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติการขนส่ง

ทางบก พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติสถานพยาบาลสัตว์ พ.ศ. 2533 และพระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562

### (3) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่กำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ บุคคลที่จะถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น ๆ ด้วยลักษณะต้องห้ามต่อเมื่อความผิดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้อภัยโทษ หรือให้จำคุกเป็นความผิดตามที่ได้ระบุไว้ในลักษณะต้องห้ามนั้น ๆ ลักษณะการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้จึงน่าจะเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพของเอกชนน้อยที่สุด เพราะเป็นการจำกัดเสรีภาพอย่างแคบ เฉพาะแต่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในความผิดตามที่ลักษณะต้องห้ามระบุเท่านั้นที่ไม่สามารถเข้าสู่อาชีพนั้น ๆ ได้ แต่อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาในกฎหมายแต่ละฉบับว่าฐานความผิดที่ต้องห้ามนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ อันทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการที่จะอาศัยโอกาสในการประกอบกิจการหรืออาชีพไปกระทำความผิดอีกหรือไม่

เมื่อพิจารณากฎหมายแต่ละฉบับแล้วผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วเห็นว่ากฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ แต่การกำหนดฐานความผิดเป็นลักษณะต้องห้ามมีความแตกต่างกันออกไป การพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความจำเป็นอันเป็นหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนนั้นต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ซึ่งผู้เขียนวิเคราะห์แล้วเห็นว่าอาจจำแนกออกได้เป็นสองกลุ่มเช่นเดียวกับการจำแนกกฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบนั้น ดังนี้

**กลุ่มที่ 1** กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามเพราะเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาดำรงฐานความผิดที่ชัดเจนและเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้เคยกระทำความผิดตามฐานความผิดที่ระบุอาศัยโอกาสจากการประกอบกิจการหรืออาชีพกระทำความผิดนั้น ๆ ขึ้นอีก ประกอบกับฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามนั้นเป็นฐานความผิดที่อาจส่งผลกระทบต่อมาตรฐานความเชื่อมั่นของผู้บริโภคหรือผู้รับบริการจากกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยฐานความผิดเช่นนี้จึงมีความสัมพันธ์โดยตรงกับกิจการหรืออาชีพที่กำหนดลักษณะต้องห้ามนั้น ๆ มีความสอดคล้องกับหลักความจำเป็น กฎหมายในกลุ่มดังกล่าว ได้แก่

พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติระบบการชำระเงิน พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 แต่อย่างไรก็ตามสำหรับพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 ลักษณะต้องห้ามเป็นการกำหนดฐานความผิดตามกฎหมายที่ไม่ใช่บังคับแล้วจึงมีความล้าสมัย ควรจะปรับปรุงให้สอดคล้องกับกฎหมายในปัจจุบัน

**กลุ่มที่ 2** กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามเพราะเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาด้วยฐานความผิดที่ให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบเป็นฐานความผิดที่เป็นลักษณะต้องห้ามสำหรับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ อยู่ด้วย ตามที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไปแล้วว่า ฐานความผิดที่กำหนดโดยอาศัยการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบนั้น ยังมีความหมายที่รวมถึงการกระทำความผิดในหลาย ๆ ฐานความผิดอยู่จึงยังไม่อาจอธิบายได้อย่างแน่ชัดว่าการกระทำในหลาย ๆ ฐานความผิดมีความสัมพันธ์โดยตรงกับการประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ อย่างไร ถึงแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยฐานความผิดเฉพาะที่ชัดเจนอยู่ด้วย แต่การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยความผิดที่ให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบเป็นลักษณะต้องห้ามอยู่ด้วยจึงยังคงมีความหมายและส่งผลทางกฎหมายที่กว้างอยู่ ถ้าหากจะนำความผิดที่ให้ถือเอาการกระทำโดยทุจริตเป็นองค์ประกอบกำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามควรกำหนดไปเลยว่าเป็นความผิดฐานใด ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายลักษณะดังกล่าวจึงไม่มีความสอดคล้องกับหลักความจำเป็นทำให้ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน กฎหมายในกลุ่มดังกล่าว ได้แก่ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติจัดหางาน และคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 และพระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558

#### **(4) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง**

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง เป็นกฎหมายที่กำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ บุคคลใดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดให้รับโทษ หรือให้จำคุก ไม่ว่าจะความผิดใดก็ตามที่เป็นความผิดมีโทษทางอาญา ย่อมเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพ เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นมาตรการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่กระทบกระเทือนเสรีภาพของเอกชนมากกว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่กำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ

เพราะการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามไว้อย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามอย่างกว้างขวางคลุมเครือส่งผลกระทบต่อบุคคลวงกว้างโดยไม่อาจอธิบายได้ถึงเหตุผลความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำอันเป็นการต้องห้ามกับอาชีพที่มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนั้น ว่าความผิดที่เคยกระทำอันเป็นการต้องห้ามมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับลักษณะงานของอาชีพนั้น ๆ อันทำให้เกิดความเสียหายต่อการปฏิบัติหน้าที่อย่างไร ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้จึงไม่สามารถอธิบายเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยทำในอดีตกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ได้เลย ดังนั้น การกำหนดลักษณะต้องห้ามของกฎหมายจำพวกนี้จึงกระทบกระเทือนเสรีภาพของบุคคลอย่างกว้างขวางไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นจึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน โดยกฎหมายในกลุ่มนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 และพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541

#### (5) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยใช้ลักษณะผสม

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยใช้ลักษณะผสม คือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยใช้ลักษณะการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่ให้ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งนำลักษณะของการกำหนดลักษณะต้องห้ามในรูปแบบที่ต่างกันมากกำหนดไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน การพิจารณาว่าการเลือกกำหนดลักษณะต้องห้ามจะสอดคล้องกับหลักความจำเป็นหรือไม่อาจจำเป็นต้องพิจารณาในรายละเอียดแต่ละฉบับว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่แตกต่างกันออกไปในกฎหมายฉบับเดียวกันมีความสอดคล้องกับหลักความจำเป็นหรือไม่อย่างไร ดังนี้

##### (5.1) พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของกรรมการ ผู้จัดการ หรือที่ปรึกษาของบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิต ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันชีวิต ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นนายหน้าประกันชีวิต และผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นนักคณิตศาสตร์ประกันภัย โดยในมาตรา 35 (2) กำหนดว่า “กรรมการ ผู้จัดการ บุคคลซึ่งมีอำนาจกระทำการแทนบริษัท หรือที่ปรึกษาของบริษัทต้องเป็นบุคคลซึ่งมีคุณวุฒิทางการศึกษาไม่ต่ำกว่าระดับปริญญาตรี หรือเป็นผู้มีประสบการณ์ในการทำงานที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจประกันภัย และไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (2) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์” โดยในมาตรา 69 (2) (ข) กำหนดว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันชีวิตต้อง... (2) ไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (ข) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่กระทำโดยทุจริต เว้นแต่ได้พ้นโทษ

มาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันยื่นคำขอรับใบอนุญาต” โดยในมาตรา 72 กำหนดว่า “บุคคลธรรมดา ซึ่งจะขอรับใบอนุญาตเป็นนายหน้าประกันชีวิต ต้องไม่เป็นตัวแทนประกันชีวิตหรือเป็นกรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน หรือลูกจ้างของบริษัทใด และให้นำความใน มาตรา 69 (1) (ก) (ข) และ (ค) และ (2) (ก) (ข) (ค) (จ) (ฉ) และ (ช) มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม และต้องผ่านการอบรมจากสำนักงาน คณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย หรือผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยประกาศกำหนด...” และใน มาตรา 83/4 (1) กำหนดว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นนักคณิตศาสตร์ประกันภัยต้องไม่มีลักษณะ ต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (1) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือ ความผิดตามมาตรา 114/1 หรือมาตรา 114/2 เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับ ใบอนุญาต”

เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ กับลักษณะต้องห้าม ที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ อยู่ในฉบับเดียวกัน ดังนั้นเมื่อพิจารณาเฉพาะการกำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามเป็นการกำหนดฐาน ความผิดไว้อย่างแคบ โดยฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษา ในคดีอาญาสำหรับผู้มีอำนาจบริหารธุรกิจประกันชีวิต ตัวแทนประกันชีวิต นายหน้าประกันชีวิต และนักคณิตศาสตร์ประกันภัยนั้น เป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ซึ่งการเป็นผู้ประกอบกิจการหรืออาชีพ ดังกล่าวนั้น อาจต้องการความเชื่อถือในเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินและเศรษฐกิจสูง เพื่อต้องการคุ้มครอง ผู้รับบริการและผู้บริโภค แต่อย่างไรก็ตามความผิดเกี่ยวกับทรัพย์นั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ประกอบด้วยความผิดหลายฐานความผิด ได้แก่ ความผิดฐาน ลักทรัพย์ ความผิดฐานฉ้อโกงทรัพย์ ความผิดฐานกรรโชกทรัพย์ ความผิดฐานริดเอาทรัพย์ ความผิด ฐานชิงทรัพย์ ความผิดฐานปล้นทรัพย์ ความผิดฐานฉ้อโกง ความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ ความผิดฐาน ยักยอก ความผิดฐานรับของโจร ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ และ ความผิดฐานบุกรุก ดังนั้นแม้ การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจะกำหนดด้วยความผิดเกี่ยวกับ ทรัพย์ แต่ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ยังคงหมายรวมถึงความผิดในหลาย ๆ ฐานความผิด จึงยังเป็นการ กำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยฐานความผิดที่ไม่ชัดเจนเพียงพอ เนื่องจากความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ บางฐานความผิด เช่น ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ และความผิดฐานบุกรุก อาจไม่ส่งผลต่อ ความน่าเชื่อถือในการประกอบอาชีพเกี่ยวกับประกันชีวิต การกำหนดลักษณะต้องห้ามจึงยัง มีความหมายและส่งผลทางกฎหมายที่กว้างอยู่ไม่อาจอธิบายได้อย่างแน่ชัดว่ามีความสัมพันธ์โดยตรง กับการประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ อย่างไร ลักษณะต้องห้ามควรกำหนดไปเลยว่าความผิด

เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้แก่ฐานความผิดใดบ้าง ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายนี้ไม่มี ความสอดคล้องกับหลักความจำเป็นจึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

### (5.2) พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วย เหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของกรรมการ ผู้จัดการ หรือที่ปรึกษาของบริษัทมหาชนจำกัด ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันวินาศภัย ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นนายหน้าประกันวินาศภัย ในมาตรา 34 (2) ว่า “กรรมการ ผู้จัดการ บุคคลซึ่งมี อำนาจกระทำการแทนบริษัท หรือที่ปรึกษาของบริษัทต้องเป็นบุคคลซึ่งมีคุณวุฒิทางการศึกษาไม่ต่ำกว่าระดับปริญญาตรีหรือเป็นผู้มีประสบการณ์ในการทำงานที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจประกันภัย และไม่มี ลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (2) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกในความผิดเกี่ยวกับ ทรัพย์สิน” ในมาตรา 64 (2) (ข) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันวินาศภัยต้อง... (2) ไม่มี ลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (ข) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ กระทำโดยทุจริต เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันยื่นคำขอรับใบอนุญาต” ในมาตรา 67 ว่า “บุคคลธรรมดาซึ่งจะขอรับใบอนุญาตเป็นนายหน้าประกันวินาศภัย ต้องไม่เป็นตัวแทนประกัน วินาศภัยหรือเป็นกรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน หรือลูกจ้างของบริษัทใด และให้นำความในมาตรา 64 (1) (ก) (ข) และ (ค) และ (2) (ก) (ข) (ค) (จ) (ฉ) และ (ช) มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม และต้องผ่านการอบรมจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย หรือผ่านการ อบรมตามหลักสูตรที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยประกาศ กำหนด...”

เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามที่จำกัดเสรีภาพ ในการประกอบอาชีพไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ กับลักษณะ ต้องห้ามที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่าง แคบ อยู่ในฉบับเดียวกัน ดังนั้นเมื่อพิจารณาเฉพาะการกำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามเป็นการกำหนด ฐานความผิดไว้อย่างแคบ โดยฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษา ในคดีอาญาสำหรับผู้มีอำนาจบริหารธุรกิจประกันวินาศภัย ตัวแทนประกันวินาศภัย นายหน้าประกัน วินาศภัยนั้น เป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งการเป็นผู้ประกอบกิจการหรืออาชีพดังกล่าวนี้ อาจต้องการความเชื่อถือในเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินและเศรษฐกิจสูง เพื่อต้องการคุ้มครองผู้รับบริการ และผู้บริโภค แต่อย่างไรก็ตามความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินประกอบด้วยความผิดหลายฐานความผิดดังได้กล่าวไว้แล้ว ดังนั้นแม้ การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจะกำหนดด้วยความผิดเกี่ยวกับ

ทรัพย์ แต่ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ยังคงหมายความรวมถึงความผิดในหลาย ๆ ฐานความผิด จึงยังเป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยฐานความผิดที่ไม่ชัดเจนเพียงพอ เนื่องจากความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางฐานความผิด เช่น ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ และความผิดฐานบุกรุก อาจไม่ส่งผลต่อความน่าเชื่อถือในการประกอบอาชีพเกี่ยวกับประกันวินาศภัย การกำหนดลักษณะต้องห้ามจึงยังมีความหมายและส่งผลทางกฎหมายที่กว้างอยู่ไม่อาจอธิบายได้อย่างแน่ชัดว่ามีความสัมพันธ์โดยตรงกับการประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ อย่างไร ลักษณะต้องห้ามควรกำหนดไปเลยว่าความผิดเกี่ยวกับทรัพย์นั้นได้แก่ฐานความผิดใดบ้าง ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายนี้ไม่มีความสอดคล้องกับหลักความจำเป็นจึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

### (5.3) พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547

พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจโรงแรม และผู้จัดการโรงแรม ในมาตรา 16 (5) และ (6) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาต ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้... (5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ (6) ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี” และในมาตรา 33 (5) และ (6) ว่า “ผู้จัดการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ (6) ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี”

เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ กับลักษณะต้องห้ามที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง โดยลักษณะต้องห้ามที่กำหนดฐานความผิดไว้อย่างกว้างนั้นเป็นกรณีที่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกซึ่งต้องเคยถูกจำคุกมาจริง และลักษณะต้องห้ามที่กำหนดฐานความผิดไว้อย่างแคบนั้นเป็นกรณีที่เคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดซึ่งไม่จำเป็นต้องถูกจำคุกจริงเพียงแค่ว่าศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดก็ต้องห้าม การกำหนดลักษณะต้องห้ามโดยผสมผสานระหว่างลักษณะต้องห้ามที่มีผล

ต้องห้ามที่ต่างกัน กรณีหนึ่งห้ามบุคคลที่เคยถูกจำคุกมาจริง อีกกรณีหนึ่งห้ามบุคคลที่แม้ไม่ว่าจะถูกจำคุกจริงหรือไม่แต่ศาลเคยพิพากษาว่ากระทำความผิด ดังนั้นกรณีลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุที่ศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดได้กำหนดฐานความผิดเฉพาะไว้มีความสัมพันธ์กับกิจการและอาชีพ จึงมีความสอดคล้องกับหลักความจำเป็น แต่กรณีลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกมีการกำหนดฐานความผิดที่กว้างและคลุมเครือจำกัดการประกอบกิจการและอาชีพของบุคคลในวงกว้างย่อมไม่อาจอธิบายเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับกิจการหรืออาชีพได้ จึงไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นทำให้ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

#### (5.4) พระราชบัญญัติหอพัก พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการหอพักเอกชน ผู้จัดการหอพักสถานศึกษา และผู้จัดการหอพักของหอพักเอกชน ในมาตรา 35 (2) (ค) และ(ง) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการหอพักเอกชน ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (2) ลักษณะต้องห้าม... (ค) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ (ง) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด” ในมาตรา 49 วรรคหนึ่ง ว่า “ผู้จัดการหอพักสถานศึกษา ต้องได้รับแต่งตั้งจากสถานศึกษาโดยผู้ประกอบกิจการหอพักต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการหอพัก” และมาตรา 49 วรรคสอง ว่า “ผู้ซึ่งจะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้จัดการหอพักตามวรรคหนึ่ง ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 51” และในมาตรา 51 (2) (ค) (ง) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตผู้จัดการหอพักตามมาตรา 50<sup>11</sup>

<sup>11</sup> มาตรา 50 ผู้ใดประสงค์จะเป็นผู้จัดการหอพักของหอพักเอกชน ต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการหอพักเป็นบุคคลธรรมดาและมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 51 ผู้ประกอบกิจการหอพักและผู้จัดการหอพักจะเป็นบุคคลคนเดียวก็ได้ ใบอนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ใช้ได้สำหรับหอพักที่ระบุในใบอนุญาตเท่านั้น การขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (2) ลักษณะต้องห้าม (ค) เคยได้รับโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิด ลหุโทษ (ง) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวล กฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ความผิดตามกฎหมายว่าด้วย การป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การค้ามนุษย์ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด”

เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ กับลักษณะต้องห้ามที่ จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง โดยลักษณะต้องห้ามที่กำหนดฐานความผิดไว้อย่างกว้างนั้นเป็นกรณีที่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกซึ่ง ต้องเคยถูกจำคุกมาจริง และลักษณะต้องห้ามที่กำหนดฐานความผิดไว้อย่างกว้างนั้นเป็นกรณีที่เคย ต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดซึ่งไม่จำเป็นต้องถูกจำคุกจริงเพียงแต่ศาลพิพากษาว่ากระทำความ ผิดก็ต้องห้าม การกำหนดลักษณะต้องห้ามโดยผสมผสานระหว่างลักษณะต้องห้ามที่มีผล ต้องห้ามที่ต่างกัน กรณีหนึ่งห้ามบุคคลที่เคยถูกจำคุกมาจริง อีกกรณีหนึ่งห้ามบุคคลที่แม้ไม่จริงจะถูก จำคุกจริงหรือไม่แต่ศาลเคยพิพากษาว่ากระทำความผิด ดังนั้นกรณีลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุที่ศาล พิพากษาว่ากระทำความผิดกำหนดฐานความผิดเฉพาะไว้มีความสัมพันธ์กับกิจการและอาชีพ จึง สอดคล้องกับหลักความจำเป็น แต่กรณีลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกมีการ กำหนดฐานความผิดที่กว้างและคลุมเครือจำกัดการประกอบกิจการและอาชีพของบุคคลในวงกว้าง ย่อมไม่อาจอธิบายเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับกิจการหรืออาชีพได้ จึงไม่ สอดคล้องกับหลักความจำเป็นทำให้ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

#### (5.5) พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วย เหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นช่างรังวัดเอกชน และผู้ขอรับ ใบอนุญาตจัดตั้งสำนักงานช่างรังวัดเอกชน ในมาตรา 19 (9) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นช่างรังวัด เอกชนต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (9) ไม่เคยต้องโทษจำคุกในคดีที่เกี่ยวกับ ความซื่อสัตย์สุจริตแห่งวิชาชีพ” และมาตรา 25 (7) ผู้ขอรับใบอนุญาตจัดตั้งสำนักงานช่างรังวัด เอกชน ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (7) ไม่เคยได้รับโทษจำคุก

โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ กับลักษณะต้องห้ามที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง โดยฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาสำหรับอาชีพช่างรังวัดเอกชน ได้กำหนดฐานความผิดไว้อย่างแคบว่าต้องเป็นความผิดในคดีที่เกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริตแห่งวิชาชีพ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดลักษณะความผิดดังกล่าวยังคงคลุมเครือว่าความผิดประเภทใดบ้างที่เกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริตแห่งวิชาชีพ จึงยากต่อการอธิบายเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฐานความผิดกับอาชีพช่างรังวัดเอกชน ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น สำหรับการประกอบกิจการสำนักงานช่างรังวัดเอกชนนั้น กำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกมีการกำหนดฐานความผิดที่กว้างและคลุมเครือจำกัดการประกอบกิจการและอาชีพของบุคคลในวงกว้างย่อมไม่อาจอธิบายเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับกิจการหรืออาชีพได้ ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายนี้จึงไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นทำให้ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

#### (5.6) พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ของผู้ขอรับใบอนุญาตตรวจสอบหรือรับรองโรงงาน ในมาตรา 9/1 ข. (3) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตตรวจสอบหรือรับรองซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้...ข. ลักษณะต้องห้าม... (3) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเนื่องจากเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันยื่นคำขอรับใบอนุญาตตรวจสอบหรือรับรอง” และมาตรา 9/2 ข. (2) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตตรวจสอบหรือรับรองซึ่งเป็นนิติบุคคลต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้...ข. ลักษณะต้องห้าม...(2) เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน เว้นแต่เป็นความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว” เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ กับลักษณะต้องห้ามที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยฐานความผิดสำหรับอาชีพตรวจสอบหรือรับรองโรงงานซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา กับอาชีพตรวจสอบหรือรับรองโรงงานซึ่งเป็นนิติบุคคล ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยฐานความผิดตามกฎหมายว่าด้วย

โรงงาน ลักษณะฐานความผิดจึงมีความเฉพาะ เพื่อป้องกันบุคคลมากระทำความผิดเกี่ยวกับเรื่องกฎหมายโรงงาน การกำหนดลักษณะต้องห้ามฐานความผิดจึงมีความสัมพันธ์กับอาชีพดังกล่าวโดยตรง ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายนี้จึงมีความสอดคล้องกับหลักความจำเป็น

กล่าวโดยสรุปผู้เขียนเห็นว่ามาตรการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชน โดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่กำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามไว้อย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ กล่าวคือ บุคคลใดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้อับโทษ หรือให้จำคุก ไม่ว่าจะความผิดใดก็ตามที่เป็นความผิดมิใช่โทษทางอาญา ย่อมเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพ เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นมาตรการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่กระทบกระเทือนเสรีภาพของเอกชนมากกว่า การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่กำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ เพราะการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามไว้อย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามอย่างกว้างขวางคลุมเครือส่งผลกระทบต่อบุคคลวงกว้างโดยไม่อาจอธิบายได้ถึงเหตุผลความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำอันเป็นการต้องห้ามกับอาชีพที่มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนั้น ว่าความผิดที่เคยกระทำอันเป็นการต้องห้ามมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับลักษณะงานของอาชีพนั้น ๆ อันทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการปฏิบัติหน้าที่อย่างไร ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้ กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพมากเกินไปอย่างไม่สมเหตุสมผล ยังมีมาตรการอื่นดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นที่ กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพของเอกชนน้อยกว่า ไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นจึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

ในทางกลับกันผู้เขียนเห็นว่ามาตรการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชน โดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่กำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ กล่าวคือ มีการกำหนดความผิดที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะของลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพของกฎหมายนั้น ๆ บุคคลที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้อับโทษ หรือให้จำคุก จะถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น ๆ ด้วยลักษณะต้องห้าม ต่อเมื่อความผิดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้อับโทษ หรือให้จำคุก เป็นความผิดตามที่ได้ระบุไว้ในลักษณะต้องห้ามนั้น ๆ เป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพของเอกชนน้อยที่สุด เพราะเป็นการจำกัดเสรีภาพอย่างแคบ เฉพาะแต่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในความผิดตามทีลักษณะต้องห้ามระบุเท่านั้นที่ไม่สามารถเข้าสู่อาชีพนั้น ๆ ได้ อีกทั้งการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวมีโอกาสพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำอันเป็นการต้องห้ามกับอาชีพที่มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนั้น โดยพิจารณาว่าความผิดที่เคยกระทำอันเป็นการ

ต้องห้ามมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับลักษณะงานของอาชีพนั้น ๆ อันทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ เพื่อพิจารณาว่าลักษณะต้องห้ามที่จะกำหนดนั้นเป็นคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้นหรือไม่ เช่น ความผิดฐานเมาแล้วขับหากเป็นเหตุผลในการปฏิเสธการออกใบอนุญาตประกอบอาชีพเกี่ยวกับการขับรถบรรทุก การกำหนดความผิดที่ต้องห้ามกับอาชีพดังกล่าวย่อมสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันโดยตรง ผู้เขียนจึงเห็นว่ามาตรการของกฎหมายในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยเฉพาะเจาะจงฐานความผิดบางฐานความผิดเท่านั้น เป็นมาตรการที่สมเหตุสมผลและกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพเอกชนน้อยที่สุด จึงสอดคล้องกับหลักความจำเป็น แต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่กำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบไม่ได้สอดคล้องกับหลักความจำเป็นในทุกกรณี ผู้เขียนเห็นว่า จะสอดคล้องกับหลักความจำเป็นหรือไม่ ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามนั้น ต้องเกี่ยวข้องโดยตรงกับลักษณะงานของกิจการหรืออาชีพที่กำหนดลักษณะต้องห้ามนั้น และการกำหนดฐานความผิดนั้นจะต้องไม่กว้างขวางและคลุมเครือจนเกินไป

ดังนั้นการเลือกกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชนโดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่ลักษณะต้องห้ามกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบสอดคล้องกับหลักความจำเป็นจึงไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน เพราะกระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชนน้อยที่สุด แต่มาตรการของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชนโดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่ลักษณะต้องห้ามกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้างไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นจึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน เพราะกระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพของเอกชนมากกว่ามาตรการที่ลักษณะต้องห้ามกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ ดังนั้นเมื่อลักษณะต้องห้ามอันเป็นมาตรการของกฎหมายขัดต่อหลักความได้สัดส่วนย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

### 5.2.3 ปัญหาการสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

เมื่อได้มีการเลือกกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นแล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาประการต่อไปคือ มาตรการการกำหนดลักษณะต้องห้ามนั้นดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมีความได้สัดส่วนหรือไม่ กล่าวคือ ต้องพิจารณาตามหลัก

ความได้สัดส่วนอย่างแคบว่า มาตรการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคียดต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่พิจารณาแล้วเห็นว่าสอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผลและหลักความจำเป็น แล้วนั้น มาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่าความเสียหายของเอกชนหรือไม่ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 5.2.2 ว่า มาตรการของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชนโดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคียดต้องคำพิพากษาในคดีอาญาในหัวข้อ 4.1.1.1 และ 4.1.1.3 ที่ลักษณะต้องห้ามกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบและมีฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามสัมพันธ์เกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ สอดคล้องกับหลักสัมฤทธิ์ผลและหลักความจำเป็น จึงต้องพิจารณาต่อไปว่าสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่ เพื่อพิจารณาหาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะต่อไป

เมื่อพิจารณาประโยชน์สาธารณะจากการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคียดต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองผู้บริโภค และการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่มุ่งหมายจริง ๆ จากวัตถุประสงค์ของกฎหมายเหล่านี้ ก็คือความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน โดยทั่วไปที่รับบริการจากอาชีพหรือกิจการนั้น ๆ การพิจารณาประโยชน์สาธารณะจึงอาจต้องพิจารณาประกอบจากปัจจัยความเสี่ยงในการกลับมากระทำความผิดซ้ำของผู้เคียดต้องคำพิพากษาในคดีอาญา แนวนโยบายของรัฐในการปฏิบัติต่อผู้เคียดต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เปรียบเทียบกับความเสียหายของเอกชนผู้ที่ต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคียดต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยอาจเปรียบเทียบจากความรุนแรงและระยะเวลาในการถูกตัดโอกาสในการเข้าสู่อาชีพ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายที่เอกชนผู้เคียดต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับ ต้องพิจารณาจากความสมเหตุสมผลของความรุนแรงของลักษณะต้องห้ามและระยะเวลาในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพภายหลังพ้นโทษ ถ้าหากสภาพอันตรายอันเกิดจากการเคยกระทำความผิดของบุคคลนั้น ๆ หมดไปและน่าเชื่อว่าจะไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำแล้ว การกำหนดลักษณะต้องห้ามอันเปรียบเสมือนการกำหนดมาตรการเพื่อความปลอดภัยนั้นก็ควรจะสิ้นสุดลง

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดระยะเวลาของลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคียดต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ควรจะเอาเกณฑ์ในการพิจารณาการล้างมลทินในต่างประเทศเป็นแนวทางในการพิจารณา ซึ่งพบว่าระยะเวลาในการล้างมลทินของประเทศฝรั่งเศสมีการพิจารณาตามความรุนแรงของโทษที่เคยได้รับ โดยผู้ที่จะมีคำร้องได้ต้องรอให้ผ่านช่วงระยะเวลาพ้นโทษไประยะหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ถ้าเป็นอุกฤษโทษ (criminelle) ต้องรอพ้นระยะเวลา

5 ปีนับจากวันที่พ้นโทษ ถ้าเป็นมัธยมโทษ (correctionnelle) ต้องรอพ้นระยะเวลา 3 ปีนับจากวันที่พ้นโทษ และถ้าเป็นลหุโทษ (contraventionnelle) ต้องรอพ้นระยะเวลา 1 ปีนับจากวันที่พ้นโทษ ถ้าหากได้มีการกระทำความผิดขึ้นใหม่ หรือกระทำความผิดซ้ำหลังจากได้รับการล้างมลทินแล้วระยะเวลาการยื่นคำร้องก็จะขยายเป็น 2 เท่าจากกำหนดระยะเวลาเดิม สำหรับรูปแบบวิธีการล้างมลทินโดยผลของกฎหมายเมื่อพ้นระยะเวลาภายหลังพ้นโทษตามที่กฎหมายกำหนดและมีการยื่นคำร้องขอล้างมลทิน ผู้กระทำความผิดจะได้รับการล้างมลทินโดยอัตโนมัติทันทีโดยไม่ต้องผ่านการไต่สวนของศาล กล่าวคือ ถ้าเป็นโทษปรับต้องรอพ้นระยะเวลา 3 ปีนับแต่ได้ชำระค่าปรับหรือครบกำหนดการลงโทษ ถ้าเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือโทษอย่างอื่นที่ไต่แทนโทษจำคุกหรือโทษจำกัดสิทธิต้องรอพ้นระยะเวลา 5 ปีนับแต่ครบกำหนดการลงโทษ ถ้าเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีต้องรอพ้นระยะเวลา 10 ปีนับแต่ครบกำหนดการลงโทษ ถ้าเป็นโทษอย่างอื่นรวมกันไม่เกิน 2 ปีต้องรอพ้นระยะเวลา 10 ปีนับแต่ครบกำหนดการลงโทษ<sup>12</sup> และสำหรับประเทศอังกฤษมีกฎหมายกลางกำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับการล้างมลทินไว้คือ พระราชบัญญัติล้างมลทินปี 1974 โดยผู้กระทำความผิดจะได้รับการล้างมลทินโดยอัตโนมัติทันทีที่ครบกำหนดเงื่อนไขตามกฎหมาย ซึ่งได้กำหนดระยะเวลาภายหลังการรับโทษเป็นเงื่อนไขในการล้างมลทิน ถ้าผู้กระทำความผิดไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีกภายในระยะเวลาที่กฎหมายดังกล่าวกำหนด ผู้กระทำความผิดจะได้รับการล้างมลทินโดยผลของกฎหมายอัตโนมัติทันที แต่จะมีโทษบางประเภทที่ไม่สามารถล้างมลทินได้ เช่น โทษจำคุกตลอดชีวิต<sup>13</sup>

ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่าความเสียหายของเอกชนผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้น ต้องเป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่มีเงื่อนไขเวลาที่สามารถเข้าสู่อาชีพได้ภายหลังพ้นโทษ ไม่ใช่ลักษณะต้องห้ามที่ห้ามเข้าสู่อาชีพเด็ดขาดอันเป็นการตัดโอกาสในการประกอบอาชีพอย่างสิ้นเชิง เว้นแต่ความผิดที่เคยกระทำและได้รับโทษจะเป็นความผิดรุนแรงถึงขนาดมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งส่งผลต่อความเชื่อมั่นในความปลอดภัยของประชาชนผู้รับบริการจากอาชีพหรือกิจการนั้นอย่างมาก ส่วนการจะกำหนดเงื่อนไขเวลาที่สามารถเข้าสู่อาชีพได้ภายหลังพ้นโทษก็ปีนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องยากในการที่จะกำหนดว่าควรจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เป็นเวลากี่ปีภายหลังพ้นโทษ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าควรมีการพิจารณาจากฐานความผิดแต่ละฐานเป็นเรื่องเฉพาะรายกรณีไป โดยอาจใช้เงื่อนไขเวลาในการล้างมลทิน

<sup>12</sup> ศิริสา พูลสนอง, “การล้างมลทินในประเทศไทย” , (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.14 – 20.

<sup>13</sup> เฝิงอ้วง, น.67 – 76.

ของต่างประเทศเป็นแนวทางในการกำหนดระยะเวลาจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพภายหลังพ้นโทษ สำหรับระยะเวลาที่สามารถเข้าสู่อาชีพภายหลังพ้นโทษได้นั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เคยมีความเห็นในรายงานผลการพิจารณาที่ 151-152/2559 เรื่องสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ กรณีกล่าวอ้างว่าพระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ.2558 กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของพนักงานรักษาความปลอดภัยมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยกำหนดลักษณะต้องห้าม ในมาตรา 34 ข. (3) ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยรับอนุญาตต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้... ข. ลักษณะต้องห้าม... (3) เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกสำหรับความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หรือพ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีก่อนวันขอรับใบอนุญาตและมีโทษความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา” ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า “เมื่อพิจารณาฐานความผิดที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ข. (3) โดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายในสิ่งที่เป็นประโยชน์ หรือเป็นสิ่งที่เป็คุณค่าแตกต่างกัน เช่น ความผิดเกี่ยวกับชีวิต คุณธรรมทางกฎหมายคือชีวิตมนุษย์ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือลักทรัพย์ ธรรมดา คุณธรรมทางกฎหมายคือกรรมสิทธิ์ และการครอบครอง เป็นต้น ดังนั้นฐานความผิดที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ข. (3) ที่กำหนดระยะเวลาจำกัดสิทธิในการทำงานสามปีเท่ากัน ยังไม่มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักคุณธรรมทางกฎหมายข้างต้น จึงเห็นควรทบทวนความเหมาะสมในเรื่องระยะเวลาดังกล่าว” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงมีข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายว่า “คณะรัฐมนตรี โดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ควรทบทวนการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลา 3 ปี ที่ห้ามผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกสำหรับความผิดที่ระบุไว้ตามมาตรา 34 ข. (3) แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558 โดยพิจารณาถึงความเหมาะสมในแต่ละฐานความผิดที่กำหนดระยะเวลาจำกัดสิทธิในการทำงานให้สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายเพื่อมิให้ถูกจำกัดสิทธิที่ใช้ระยะเวลาที่เท่ากันในแต่ละฐานความผิด”

ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบกล่าวคือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยห้ามเด็ดขาดไม่สามารถขอประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้เลย แม้จะกำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบแต่ถ้าความผิดนั้นไม่ได้มีโทษรุนแรงถึงขนาดประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต การกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักความ

ได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เพราะไม่มีความสมเหตุสมผลของความรุนแรงของลักษณะต้องห้ามในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพภายหลังพ้นโทษ แม้สภาพอันตรายนันเกิดจากการเคยกระทำความผิดของบุคคลนั้น ๆ หมดไปและน่าจะเชื่อว่าจะไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำแล้วแต่ก็ยังคงถูกตัดโอกาสในการประกอบอาชีพนั้น ๆ อยู่ ความเสียหายของเอกชนผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจึงมีมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่ได้รับ

นอกจากความรุนแรงของโทษของความผิดแต่ละฐานที่จะต้องพิจารณาแล้วนั้น ผู้เขียนยังเห็นว่าการหาดุลยภาพระหว่างความเสียหายของเอกชนที่เกิดจากการถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพกับประโยชน์สาธารณะ ยังต้องพิจารณาลักษณะของกิจการหรืออาชีพควบคู่ไปด้วยว่าเป็นกิจการหรืออาชีพที่มีความสำคัญจนการกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้นอาจส่งผลกระทบต่อในวงกว้างหรืออาจส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงและเป็นกิจการหรืออาชีพที่ส่งต้องการความเชื่อถือไว้วางใจสูงหรือไม่ ซึ่งกิจการหรืออาชีพบางอย่างอาจไม่ต้องการการควบคุมที่ถึงขนาดต้องได้รับการอนุญาตจากรัฐก่อน การที่กฎหมายกำหนดให้กิจการหรืออาชีพที่ไม่อาจส่งผลกระทบต่อในวงกว้างหรืออาจส่งผลกระทบต่อสูงต้องขออนุญาตจากรัฐและกำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ การห้ามดังกล่าวอาจไม่ได้ดุลยภาพระหว่างความเสียหายของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญากับประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ ตัวอย่างเช่น

(1) พระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562 ได้ห้ามมิให้ผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หรือได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันยื่นคำขออนุญาตประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพผลิต นำเข้า หรือขายผลิตภัณฑ์สมุนไพร ผู้เขียนเห็นว่าการนำเข้าอาจมีความจำเป็นต้องควบคุมเพราะเป็นการเคลื่อนย้ายผลิตภัณฑ์สมุนไพรข้ามประเทศซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อในทางการค้าหรือในทางการแพทย์ได้ แต่การประกอบกิจการ “ผลิต” ซึ่งกฎหมายให้คำนิยามว่า ทำ ผสม ปปรุง หรือแปรสภาพ และให้หมายความรวมถึงเปลี่ยนแปลง และ การแบ่งบรรจุจากภาชนะหรือหีบห่อเดิมเพื่อขาย และการประกอบอาชีพ “ขาย” ซึ่งกฎหมายให้คำนิยามว่า จำหน่าย จ่าย แจก หรือแลกเปลี่ยน เพื่อประโยชน์ในทางการค้าและให้หมายความรวมถึงมิไว้เพื่อขาย ผู้เขียนเห็นว่านิยามคำว่าผลิตและคำว่าขาย มีความหมายที่กว้างย่อมรวมถึงการผลิตและขายของชาวบ้านทั่ว ๆ ไป ซึ่งปัจจุบันก่อนมีกฎหมายดังกล่าวก็อาจมีการผลิตและขายโดยทั่วไป เนื่องจากเรื่องสมุนไพรเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับวิถีของชาวบ้าน อีกทั้งในกฎหมายดังกล่าวนอกจากการควบคุมให้ต้องมีการขออนุญาตเพื่อผลิตและขายผลิตภัณฑ์สมุนไพรแล้วนั้น ยังมีมาตรการอื่น ๆ ในกฎหมายที่ควบคุมผลิตภัณฑ์สมุนไพร ได้แก่ การขึ้นทะเบียนตำรับผลิตภัณฑ์สมุนไพร การแจ้งรายละเอียดและ

การจัดแจ้งผลิตภัณฑ์สมุนไพร การควบคุมผลิตภัณฑ์สมุนไพร เป็นต้น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ผลิตหรือขายผลิตภัณฑ์สมุนไพรกระทบกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญามากกว่าประโยชน์สาธารณะที่ต้องการทำให้ผลิตภัณฑ์สมุนไพรมีความปลอดภัยและมีคุณภาพระดับสากล เพราะกฎหมายดังกล่าวมีมาตรการอื่น ๆ ในการควบคุมผลิตภัณฑ์สมุนไพรอยู่แล้ว ประกอบกับการใช้ระบบอนุญาตกับอาชีพผลิตหรือขายผลิตภัณฑ์สมุนไพรไม่สอดคล้องกับแนวคิดในการให้มีระบบอนุญาตที่ต้องการควบคุมและกำกับดูแลการทำกิจกรรมหรือการประกอบธุรกิจของประชาชนที่มีความเข้มงวดสูง หรือมีความจำเป็นต้องกำหนดจำนวนหรือปริมาณ เพราะมีลักษณะที่กระทบต่อชีวิต สิทธิ เสรีภาพ สังคม หรือประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง จึงต้องห้ามมิให้ประกอบกิจกรรมหรือธุรกิจนั้นจนกว่าจะได้รับอนุญาต โดยการใช้ระบบอนุญาตสามารถกระทำได้เมื่อเป็นกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

(2) พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 ได้ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในความผิดบางประเภทได้รับอนุญาตประกอบอาชีพค้าของเก่า ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายได้ให้คำนิยามของคำว่า “ของเก่า” หมายความว่า ทรัพย์ที่เสนอขาย แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายโดยประการอื่นอย่างทรัพย์ที่ใช้แล้ว ทั้งนี้ รวมถึงของโบราณด้วย เมื่อพิจารณาจากคำนิยามอาชีพค้าของเก่า จึงมีความหมายที่กว้างไม่เฉพาะการค้าของเก่าที่มีมูลค่าสูงเท่านั้น แต่ย่อมหมายความรวมถึงการค้าของเก่าซึ่งเป็นทรัพย์ที่ใช้แล้วทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นเสื้อผ้าใช้แล้ว เครื่องใช้ในครัวเรือนที่ใช้แล้ว หรือทรัพย์ใด ๆ ที่ใช้แล้วก็ตาม แม้การกำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาในบางประเภทได้รับอนุญาต เพราะอาจต้องการป้องกันอาชญากรรมต่าง ๆ เกี่ยวกับทรัพย์ เช่น ป้องกันการกระทำความผิดฐานรับของโจร แต่การกำหนดห้ามสำหรับอาชีพค้าของเก่าทุกชนิดผู้เขียนเห็นว่าเป็นการห้ามที่กว้างเกินไป อาชีพค้าของเก่าบางจำพวกอาจไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมที่รุนแรงหรือไม่ต้องการความน่าเชื่อถือมาก กฎหมายควรจะกำหนดห้ามเฉพาะการค้าของเก่าที่มีมูลค่าสูงเท่านั้น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบอาชีพค้าของเก่ากระทบกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญามากกว่าประโยชน์สาธารณะที่ต้องการป้องกันอาชญากรรม เพราะมีมาตรการอื่น ๆ ในการป้องกันอาชญากรรมได้โดยปกติอยู่แล้ว ประกอบกับการใช้ระบบอนุญาตกับอาชีพค้าของเก่าไม่สอดคล้องกับแนวคิดในการให้มีระบบอนุญาตที่ต้องการควบคุมและกำกับดูแลการทำกิจกรรมหรือการประกอบธุรกิจของประชาชนที่มีความเข้มงวดสูง หรือมีความจำเป็นต้องกำหนดจำนวนหรือปริมาณ เพราะมีลักษณะที่กระทบต่อชีวิต สิทธิ เสรีภาพ สังคม หรือประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง จึงต้องห้ามมิให้ประกอบกิจกรรมหรือธุรกิจนั้นจนกว่าจะได้รับอนุญาต โดยการใช้ระบบอนุญาตสามารถกระทำได้เมื่อเป็นกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่า การพิจารณาคุณภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายที่เอกชนผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับ อาจพิจารณาจากนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการฟื้นฟูผู้ต้องโทษด้วย ถ้าหากรัฐมีมาตรการใดในการฟื้นฟูผู้ต้องโทษโดยการส่งเสริมอาชีพใดเป็นการเฉพาะ แสดงให้เห็นว่ารัฐมีความมั่นใจว่าผู้ต้องโทษเมื่อพ้นโทษออกไปแล้วจะสามารถประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้ โดยไม่เป็นภัยอันตรายต่อผู้รับบริการและสังคมโดยทั่วไป การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้นย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อนโยบายของรัฐในการจัดทำประโยชน์สาธารณะเกี่ยวกับการฟื้นฟูและส่งเสริมอาชีพของผู้ต้องโทษโดยตรง แม้จะมีการกำหนดเงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่อาชีพนั้นได้ภายหลังพ้นโทษ แต่การที่ผู้เคยต้องโทษและฝึกอาชีพดังกล่าวจากรัฐเมื่อพ้นโทษออกมาไม่สามารถประกอบอาชีพนั้นได้ทันทีย่อมได้รับความเสียหายอย่างมากจากนโยบายของรัฐที่ล้มเหลว เพราะการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วยกฎหมายของรัฐเอง ความเสียหายของเอกชนที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจึงย่อมมีมากกว่าประโยชน์สาธารณะ ดังเช่นกรณีพระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559 ได้กำหนดห้ามไม่ให้ผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ให้บริการเพื่อสุขภาพหรืออาชีพหมวดเพื่อสุขภาพ เว้นแต่ได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปีก่อนยื่นคำขอขึ้นทะเบียน ซึ่งเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา และได้พ้นโทษแล้ว เพราะเมื่อพ้นโทษแล้วไม่สามารถประกอบอาชีพดังกล่าวได้ทันที ทั้ง ๆ ที่หน่วยงานของรัฐได้มีการฝึกอบรมอาชีพดังกล่าวในเรือนจำให้ผู้ต้องโทษก่อนที่จะมีการปล่อยตัวผู้พ้นโทษ จึงนำมาสู่การยกเลิกลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพให้บริการเพื่อสุขภาพหรืออาชีพหมวดเพื่อสุขภาพ ด้วยเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 ว่า “...ลักษณะต้องห้ามดังกล่าวเป็นการตัดโอกาสในการประกอบอาชีพและเป็นอุปสรรคในการกลับเข้าสู่สังคมได้ตามปกติของผู้เคยกระทำความผิดดังกล่าวหลังจากพ้นโทษ จึงสมควรยกเลิกลักษณะต้องห้ามนั้น โดยเปิดโอกาสให้กลุ่มบุคคลผู้เคยกระทำความผิดเหล่านี้สามารถเข้าสู่การประกอบอาชีพเป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพได้ทันที”

ดังนั้นเมื่อพิจารณาประโยชน์สาธารณะจากการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองผู้บริโภค และการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่มุ่งหมายจริง ๆ จากวัตถุประสงค์ของกฎหมายเหล่านี้ ก็คือความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนโดยทั่วไป ที่รับบริการจากอาชีพหรือกิจการนั้น ๆ การพิจารณาประโยชน์สาธารณะจึงอาจต้องพิจารณาประกอบจาก

ปัจจัยความเสี่ยงในการกลับมากระทำความผิดซ้ำของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา แนวนโยบายของรัฐในการปฏิบัติต่อผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ลักษณะของกิจการหรืออาชีพ เปรียบเทียบกับความเสียหายของเอกชนผู้ที่ต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยอาจเปรียบเทียบจากความรุนแรงและระยะเวลาในการถูกตัดโอกาสในการเข้าสู่อาชีพ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายที่เอกชนผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับ ต้องพิจารณาจากความสมเหตุสมผลของความรุนแรงของลักษณะต้องห้ามและระยะเวลาในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพภายหลังพ้นโทษ ถ้าหากสภาพอันตรายอันเกิดจากการเคยกระทำความผิดของบุคคลนั้น ๆ หมดไปและน่าจะถือว่าจะไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำแล้ว การกำหนดลักษณะต้องห้ามอันเปรียบเสมือนการกำหนดมาตรการเพื่อความปลอดภัยนั้นก็ควรจะสิ้นสุดลง ผู้เขียนจึงเห็นว่ามาตรการการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่าความเสียหายของเอกชนผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้น ต้องเป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่มีเงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่กิจการหรืออาชีพได้ภายหลังพ้นโทษ ไม่ใช่ลักษณะต้องห้ามที่ห้ามเข้าสู่กิจการหรืออาชีพเด็ดขาดอันเป็นการตัดโอกาสในการประกอบกิจการหรืออาชีพอย่างสิ้นเชิง เว้นแต่ความผิดที่เคยกระทำและได้รับโทษจะเป็นความผิดรุนแรงถึงขนาดมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งส่งผลต่อความเชื่อมั่นในความปลอดภัยของประชาชนผู้รับบริการจากกิจการหรืออาชีพนั้นอย่างมาก และสำหรับกิจการหรืออาชีพบางอย่างที่ไม่กระทบกับผู้คนจำนวนมากหรือไม่ต้องการการควบคุมอย่างสูงแม้จะไม่ห้ามเด็ดขาดการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพดังกล่าวก็อาจไม่ได้สัดส่วนเพราะผลเสียหายที่เกิดกับบุคคลที่จะประกอบอาชีพนั้นมีมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับเนื่องจากรัฐอาจมีมาตรการอื่น ๆ ในการดูแลได้ นอกจากนี้การที่กฎหมายห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพบางประการซึ่งรัฐเป็นผู้ส่งเสริมหรือฝึกอาชีพนั้นเองก่อนปล่อยตัวผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา การที่รัฐส่งเสริมกิจการหรืออาชีพดังกล่าวแสดงว่ารัฐมีความมั่นใจว่าผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาสามารถดำเนินกิจการหรืออาชีพนั้นได้ภายหลังพ้นโทษ การมีกฎหมายมาจำกัดเสรีภาพไม่ให้บุคคลดังกล่าวประกอบกิจการหรืออาชีพนั้นได้แม้ไม่ห้ามเด็ดขาดแต่ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินนโยบายของรัฐเอง ความเสียหายที่เกิดแก่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจึงย่อมมีมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจึงย่อมไม่ได้สัดส่วน

### 5.3 วิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามไม่ให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การวิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของมาตรการทางกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ผู้เขียนจะได้แสดงให้เห็นว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาแม้จะไม่ได้กำหนดเป็นเหตุในการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญไทยแต่ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคล และผู้เขียนจะได้พิจารณาปัญหาความชอบธรรมของการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยจะพิจารณามาตรการของกฎหมายในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาในรูปแบบต่าง ๆ ว่ามีความชอบธรรมตามหลักการของรัฐธรรมนูญหรือไม่ นอกจากนี้ผู้เขียนจะชี้ให้เห็นถึงปัญหาความสอดคล้องกันในระบบกฎหมายของลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ว่าการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันอย่างมากทำให้ระบบกฎหมายขาดความเป็นเอกภาพและทำให้เกิดปัญหาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค

#### 5.3.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคล

การพิจารณาตามหลักความเสมอภาคจะมีการพิจารณาถึงการปฏิบัติต่อบุคคลว่ามีการเลือกปฏิบัติหรือไม่ โดยการพิจารณาจะต้องมีการแบ่งบุคคลออกเป็นประเภทและพิจารณาว่ามีการปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันและต่างประเภทกันอย่างไร การแบ่งแยกบุคคลเป็นประเภทแล้วปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันไปย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่ต้องพิจารณาต่อไปว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใดตามรัฐธรรมนูญและเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

สำหรับมาตรการทางกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการเข้าสู่อาชีพต่าง ๆ ด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้น การพิจารณาในการยอมรับให้บุคคลเข้าสู่อาชีพด้วยการอนุญาตผู้มีอำนาจตามกฎหมายจะต้องพิจารณาคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม โดยการพิจารณาตามลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจะต้องมีการแบ่งบุคคลออกเป็นสองประเภท กล่าวคือ ประเภทแรกบุคคลที่ไม่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา และประเภทที่สองบุคคลที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาอันต้องห้ามตามที่กำหนดในลักษณะต้องห้าม ซึ่งผู้มีอำนาจตามกฎหมายย่อมต้องปฏิบัติต่อบุคคลทั้งสองประเภทแตกต่างกัน ถ้าหากบุคคลที่ไม่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญายื่นคำขอเข้าสู่อาชีพนั้น ๆ ย่อมได้รับการยอมรับอนุญาตให้ตามคำขอ แต่ถ้าหากบุคคลที่เคย

ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาอันต้องห้ามตามที่กำหนดในลักษณะต้องห้ามยื่นคำขอเข้าสู่อาชีพนั้น ๆ  
ย่อมไม่ได้รับการยอมรับและถูกปฏิเสธคำขอ

การปฏิบัติต่อบุคคลทั้งสองประเภทข้างต้นจึงเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล โดยอาศัยเหตุที่เคยมีประวัติต้องคำพิพากษาในคดีอาญาหรือไม่เป็นเกณฑ์หรืออาจกล่าวได้ว่าใช้เหตุ ในการเคยมีประวัติอาชญากรรมหรือไม่เป็นเกณฑ์ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวจึงต้องพิจารณา ต่อไปว่าเป็นเหตุตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ เพื่อพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัติดังกล่าวชอบด้วย รัฐธรรมนูญหรือไม่ สำหรับเหตุในการเลือกปฏิบัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดเหตุของการเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 27 วรรคสามว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็น ธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทาง ศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเหตุของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้อง คำพิพากษาในคดีอาญา หรือเหตุเคยมีประวัติอาชญากรรมไว้โดยเฉพาะ และไม่พบกฎหมายใด ในระดับพระราชบัญญัติที่บัญญัติเพิ่มเติมหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยห้ามไม่ให้ เลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยมีประวัติต้องคำพิพากษาหรือประวัติอาชญากรรม ซึ่งแตกต่างจากกฎหมาย ในต่างประเทศบางประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครองห้ามไม่ให้เลือกปฏิบัติด้วยเหตุมีประวัติอาชญากรรม เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา The Human Rights Law วางหลักการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วย กฎหมายไว้ว่าการปฏิเสธการอนุญาตบุคคลที่เคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าหากละเมิดเงื่อนไขของกฎหมาย The Correction Law มาตรา 23 a ประเทศออสเตรเลีย กฎหมาย ANTI-DISCRIMINATION ACT 1992 ของมลรัฐ NORTHERN TERRITORY และกฎหมาย Anti-Discrimination Act 1998 ของมลรัฐ Tasmanian ได้วางหลักการเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้องในการทำงาน และประเทศแคนาดา กฎหมาย Canadian Human Rights Act 1985 ของสหพันธรัฐได้วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุการถูกพิพากษาว่า กระทำความผิดสำหรับความผิดที่ได้รับการให้อภัยหรือระงับการบันทึกประวัตินั้นแล้ว และ Human Rights Act, 2010, SNL 2010, c H-13 เป็นกฎหมายของมลรัฐ New foundland and Labrador ได้วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการจ้าง งานของบุคคลที่ต้องการทำงาน

สำหรับประเทศไทยแม้รัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นไม่ได้กำหนดเหตุในการห้าม เลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาหรือมีประวัติอาชญากรรมไว้ แต่รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสาม ห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อ

บุคคลด้วยเหตุ “สถานะของบุคคล” ไว้ ผู้เขียนเห็นว่าการมีประวัติเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา หรือประวัติอาชญากรรม เป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลที่เคยกระทำความผิดอาญาและเป็นข้อมูลที่สามารถระบุตัวบุคคลผู้เคยกระทำความผิดได้ การที่บุคคลใดเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาทำให้เขาถูกบันทึกในประวัติอาชญากรรม ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาทำให้บุคคลนั้นมีสถานะของบุคคลขึ้นมาอีกประเภทหนึ่ง คือ สถานะความเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ซึ่งจะคงอยู่ติดตัวผู้นั้นไป ดังนั้นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา จึงเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “สถานะของบุคคล” ซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไปว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคลที่เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

### 5.3.2 ปัญหาความชอบธรรมของการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

ปัญหาความชอบธรรมของการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้น เป็นการพิจารณาว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ การที่กฎหมายได้กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพหรือกิจการในบางประเภท ดังที่ได้เคยกล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 5.3.1 ว่าเป็นการจัดบุคคลออกเป็นสองประเภท กล่าวคือบุคคลที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญากับบุคคลที่ไม่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา และปฏิบัติต่อบุคคลสองประเภทแตกต่างกันไปย่อมมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคล แต่การที่กฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวจะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่จะต้องพิจารณากฎหมายแต่ละฉบับในรายละเอียด โดยพิจารณาว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพหรือกิจการบางประการมีความมุ่งหมายที่ชอบธรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ และการเลือกปฏิบัติเช่นนั้นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

เมื่อพิจารณากฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพหรือกิจการบางประการ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการกระทำเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะการสร้างเชื่อมั่นและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน อันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองผู้บริโภค และการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพหรือกิจการบางประการจึงมีความมุ่งหมายที่ชอบธรรมเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 5.2.1 ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40 ที่ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ โดยเฉพาะ

ในการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ มาตรา 40 วรรคสาม ได้บัญญัติว่า “การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา” การที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าการตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ย่อมเป็นการเน้นย้ำว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นจะต้องพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคด้วยเสมอ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีข้อสังเกตว่ามาตรา 40 วรรคสาม กำหนดให้การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 27 วรรคสาม ที่คุ้มครองห้ามไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล คำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ตามมาตรา 40 วรรคสาม กับคำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 27 วรรคสาม จึงอาจทำให้เกิดความสับสนได้ว่าในการพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของมาตรการที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ จะต้องพิจารณาว่าเป็นมาตรการเช่นใดระหว่าง “ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ” หรือ “ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ผู้เขียนเห็นว่าแม้ถ้อยคำในสองมาตราดังกล่าวจะมีถ้อยบัญญัติที่แตกต่างกัน แต่การตีความกฎหมายจะต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักการทั่วไปของรัฐธรรมนูญ คำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ตามมาตรา 40 วรรคสาม จึงเป็นถ้อยคำลายลักษณ์อักษรที่ไม่บริบูรณ์ แต่การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการกฎหมาย ถ้ามาตรการกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติธรรมดาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการตีความกฎหมายที่ทำให้เกิดผลที่คลาดเคลื่อนไม่สอดคล้องกับหลักการทั่วไปของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคในการจัดระเบียบการประกอบอาชีพก็ต้องพิจารณาว่ามีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่

การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคลผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา แม้จะมีความมุ่งหมายที่ชอบธรรม เพราะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ แต่ต้องพิจารณาต่อไปว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าวสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ กล่าวคือการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นมาตรการที่จำเป็น และประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวมีมากกว่าความเสียหายที่เอกชนผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับ นอกจากนี้การพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ ตามแนวคำวินิจฉัยและคำพิพากษาของศาลได้วางหลักการที่สำคัญในการพิจารณาไว้ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 ได้วางหลักการวินิจฉัยกรณีลักษณะต้องห้ามของบุคคลในการเข้าสู่ตำแหน่งข้าราชการตุลาการที่ว่าต้องไม่มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ เป็นการกำหนดที่ไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน เปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจกว้างขวางเกินจำเป็น

อันอาจส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการได้ ทั้งความพิการก็มีได้เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ จึงขัดต่อสิทธิของคนพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความพิการ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 ได้วางหลักการวินิจฉัยกรณีการพิจารณาไม่รับสมัครบุคคลเข้าสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการด้วยเหตุมีลักษณะต้องห้ามจากความพิการทางกาย ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักว่าการวินิจฉัยว่าผู้สมัครสอบคัดเลือกกรายใดมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ ต้องมีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังด้วยว่าผู้สมัครสอบคัดเลือกกรายนั้นมีกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมอย่างไรอันทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ได้ แม้จะมีรูปกายพิการแต่ความพิการดังกล่าวไม่ถึงขนาดที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การทำงานโดยปกติได้ จึงน่าเชื่อว่าแม้กายภาพทางกายจะมีความพิการแต่ความแตกต่างไม่ถึงขั้นจะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของอัยการ มิได้รับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยจึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบ ดังนั้นจากแนวคำวินิจฉัยและคำพิพากษาของศาลข้างต้นพอจะสรุปความได้ว่า การพิจารณาว่ามาตรการใดมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นมีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังหรือไม่ การกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมีขอบเขตที่ชัดเจนหรือไม่ เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวถึงขนาดเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่

เมื่อพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนของการปฏิบัติที่แตกต่างกัน โดยการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้น ผู้เขียนได้วิเคราะห์ความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนของการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไว้แล้วในหัวข้อ 5.2 ในหัวข้อนี้ผู้เขียนขอกล่าวเน้นย้ำเพิ่มเติมตามแนวคำวินิจฉัยและคำพิพากษาของศาล ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชนโดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่ลักษณะต้องห้ามกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้างไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น เพราะกระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพของเอกชนมากกว่ามาตรการที่ลักษณะต้องห้ามกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ อีกทั้งการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้างนั้นเป็นการกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กว้างขวางเกินไปไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนว่าฐานความผิดใดบ้างที่เป็นเหตุให้เอกชนผู้เคยต้องคำพิพากษาในอดีตไม่สามารถเข้าสู่อาชีพนั้น ๆ ได้ ขอบเขตที่อาศัยพฤติกรรมของบุคคลในอดีตมาเป็นเหตุในการเลือกปฏิบัติจึงกว้างขวางเกินไปและไม่สามารถอธิบายอย่างสมเหตุสมผลได้ว่า การที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเป็นอุปสรรคต่อ

การปฏิบัติงานในอาชีพนั้น ๆ ใดๆ เนื่องจากไม่สามารถอธิบายความสัมพันธ์ของความผิดที่เคยกระทำในอดีตกับการเข้าสู่อาชีพในปัจจุบันว่ามีอุปสรรคหรือความเสี่ยงอย่างไรในการประกอบอาชีพนั้น ๆ ของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาลักษณะดังกล่าวนี้จึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

สำหรับมาตรการของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเด็ดขาด โดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ ที่ลักษณะต้องห้ามกำหนดไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยห้ามเด็ดขาดไม่สามารถขอประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้เลย แม้จะกำหนดลักษณะความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบแต่ถ้าความผิดนั้นไม่ได้รุนแรงถึงขนาดมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต การกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เพราะไม่มีความสมเหตุสมผลของความรุนแรงของลักษณะต้องห้ามในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพภายหลังพ้นโทษอย่างเด็ดขาดอันเป็นการตัดโอกาสอย่างสิ้นเชิง อีกทั้งการที่บุคคลนั้นได้พ้นโทษมาแล้วย่อมเป็นการได้รับโทษจากการกระทำของตนเป็นที่เรียบร้อยแล้วและผ่านกระบวนการฟื้นฟูจากรัฐก่อนกลับคืนสู่สังคมแล้ว การตัดโอกาสในการเข้าสู่อาชีพของบุคคลนั้นอย่างสิ้นเชิงอีกผู้เขียนเห็นว่าเปรียบเสมือนการลงโทษบุคคลนั้นในพฤติกรรมเดียวกันอีก โดยครั้งแรกลงโทษด้วยการจำกัดเสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ให้จำคุกอยู่ในที่คุมขัง ครั้งที่สองลงโทษด้วยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพอันเป็นการลงโทษด้วยมาตรการทางเศรษฐกิจทำให้ไม่สามารถประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้อย่างสิ้นเชิง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาหลังพ้นโทษนั้นควรจำกัดไว้เพียงระยะเวลาหนึ่งที่สอดคล้องกับความรุนแรงของความผิดที่เคยกระทำ ให้เป็นช่วงระยะเวลาปลอดภัยในการพิสูจน์ว่าบุคคลนั้นจะไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก เพื่อสร้างความเชื่อใจให้กับสังคมและประชาชนทั่วไปที่รับบริการจากอาชีพนั้น ๆ ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยตัดโอกาสอย่างสิ้นเชิงในการเข้าสู่อาชีพจึงไม่มีเหตุผลหนักแน่นควรค่าแก่การรับฟัง การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม นอกจากนั้นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้น แม้จะมีการกำหนดเงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่อาชีพนั้นได้ภายหลังพ้นโทษ แต่ถ้าหากกระทบต่อนโยบายของรัฐในการส่งเสริมอาชีพผู้ต้องโทษอาชีพหนึ่งอาชีพใดเป็นการเฉพาะ ถึงขนาดทำให้นโยบายล้มเหลวความเสียหายของเอกชนที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจึงย่อมมีมากกว่าประโยชน์สาธารณะ จึงไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ดังนั้นการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวมาข้างต้นจึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

ปัญหาความชอบธรรมของการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคียดชัง คำพิพากษาในคดีอาญา เป็นการพิจารณาว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคียดชังคำพิพากษา ในคดีอาญามีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ เพราะลักษณะต้องห้ามที่มีลักษณะ เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จากการวิเคราะห์ข้างต้นการเลือก ปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคลผู้เคียดชังคำพิพากษาในคดีอาญามีความมุ่งหมายที่ชอบธรรม เพราะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ แต่ลักษณะ ต้องห้ามที่กำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้างไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนและไม่สามารถอธิบาย ได้ว่าเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานในอาชีพนั้น ๆ อย่างไร และลักษณะต้องห้ามที่กำหนดไม่ให้ผู้เคียด ชังคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยห้ามเด็ดขาดไม่สามารถขอประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้เลยภายหลังพ้นโทษ แม้จะกำหนดลักษณะความผิดที่ห้ามอย่างแคบแต่ถ้าความผิดนั้นไม่ได้ รุนแรงถึงขนาดมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต รวมทั้งลักษณะต้องห้ามที่แม้จะมีการกำหนด เงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่อาชีพนั้นได้ภายหลังพ้นโทษ แต่ถ้าหากกระทบต่อนโยบายของรัฐ ในการส่งเสริมอาชีพผู้ต้องโทษอาชีพหนึ่งอาชีพใดเป็นการเฉพาะ ถึงขนาดทำให้นโยบายล้มเหลว ซึ่งล้วนแต่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนและไม่มีเหตุผลหนักแน่นควรค่า แก่การรับฟังยอมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งสิ้น

### 5.3.3 ปัญหาความสอดคล้องกันในระบบกฎหมายของลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้อง คำพิพากษาในคดีอาญา

ปัญหาความสอดคล้องกันในระบบกฎหมายของลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคียด ชังคำพิพากษาในคดีอาญา เป็นประเด็นที่การบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณา ความสอดคล้องกันของระบบกฎหมาย<sup>14</sup> โดยความสอดคล้องกันนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องไม่บัญญัติ กฎหมายที่มีความขัดแย้งกันเอง หากรัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่แตกต่าง กันในระบบกฎหมายเดียวกัน ฝ่ายนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายที่แตกต่างกันได้แต่ต้องสามารถอธิบาย ได้อย่างสมเหตุสมผล และการปฏิบัติที่แตกต่างกันในระบบกฎหมายหรือสถาบันกฎหมายที่ต่างกัน ย่อมกระทำได้ เพราะอาจมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันออกไป เช่น กฎหมายสวัสดิการข้าราชการกับ กฎหมายช่วยเหลือเด็กกำพร้าหลักการย่อมแตกต่างกันออกไป<sup>15</sup> ในทางกลับกันถ้าเป็นระบบกฎหมาย หรือสถาบันกฎหมายเดียวกันฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมายนั้นให้สอดคล้องกัน

<sup>14</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ , (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน,2558), น.154-155.

<sup>15</sup> เพ็งอ้าง , น.137.

การกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพหรือกิจการด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาอาจแบ่งได้เป็น 3 กลุ่ม ได้แก่ (1) กลุ่มอาชีพบุคลากรภาครัฐ (2) กลุ่มวิชาชีพภายใต้การควบคุมขององค์กรวิชาชีพต่าง ๆ (3) กลุ่มกิจการหรืออาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐ โดยกฎหมายในแต่ละกลุ่มนั้นย่อมมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันไป อาจมีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามที่แตกต่างกันได้ เพราะการสรรหาบุคคลเข้าสู่ตำแหน่งหรือเข้าสู่อาชีพนั้น ๆ ย่อมต้องการบุคคลที่มีคุณลักษณะที่แตกต่างกันไป เช่น การเป็นบุคลากรภาครัฐในองค์กรกระบวนการยุติธรรมอาจต้องการบุคคลที่มีคุณสมบัติและปราศจากลักษณะต้องห้ามที่ทำให้ขาดความเชื่อมั่นสูงกว่าอาชีพของเอกชนในการค้าของเก่าที่ต้องขออนุญาตจากรัฐ แต่ถ้าหากเป็นตำแหน่งหรืออาชีพในกลุ่มกฎหมายที่มีลักษณะเหมือนกันย่อมจะต้องมีการกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามที่สอดคล้องกัน เพื่อไม่ให้เกิดข้อโต้แย้งสงสัยว่าเหตุใดตำแหน่งหรืออาชีพที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน แต่กฎหมายของรัฐแต่ละฉบับกลับปฏิบัติแตกต่างกันออกไปคนละมาตรฐาน

สำหรับกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาให้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ซึ่งเป็นกลุ่มกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพหรือการงานของประชาชนที่ต้องขออนุญาตต่อผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ผู้เขียนพบว่ากฎหมายที่ผู้เขียนค้นคว้ามาทั้งหมด 30 ฉบับ มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่แตกต่างกันไปโดยจัดกลุ่มออกได้เป็น 5 กลุ่มตามที่ผู้เขียนได้จำแนกไว้ในหัวข้อ 4.1.1 ได้แก่ (1) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ (2) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง (3) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ (4) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง (5) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยใช้ลักษณะผสม และนอกจากนั้นกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาให้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ยังมีการกำหนดรูปแบบและผลทางกฎหมายของลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาแตกต่างกันออกไป ได้แก่ การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้รับโทษ และการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิด ซึ่งแต่ละรูปแบบส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 4.1.2

เห็นได้ว่าลักษณะของบทบัญญัติในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ยังมีความแตกต่างกัน การตรากฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้ยังไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนว่าถ้ามีความจำเป็นต้อง

กำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจะกำหนดฐานความผิดและลักษณะความผิดเช่นใด ควรเป็นลักษณะต้องห้ามเด็ดขาดตลอดชีวิตหรือควรกำหนดเงื่อนไขเวลาที่สามารถประกอบอาชีพได้หลังพ้นโทษ และถ้าควรกำหนดเงื่อนไขเวลาควรกำหนดเป็นระยะเวลาสั้นเพียงใด การที่ไม่มีเกณฑ์ที่แน่นอนในการตรากฎหมายในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่ผ่านมาในอดีตทำให้กฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพไม่เป็นเอกภาพ นอกจากนั้นทำให้เกิดภาระแก่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่ไม่สามารถคาดหมายได้แน่นอนในการเลือกประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เนื่องจากอาชีพของเอกชนทั่วไปที่ต้องขออนุญาตของกฎหมายแต่ละฉบับอาจกำหนดลักษณะต้องห้ามที่ส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน การที่กฎหมายที่บังคับต่อการประกอบอาชีพของเอกชนเหมือนกันแต่กำหนดลักษณะต้องห้ามที่แตกต่างกันไป อาจส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เสมอภาคกันในระบบกฎหมาย

กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชนด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจึงมีปัญหาความไม่สอดคล้องกันในระบบกฎหมายที่มีลักษณะเหมือนกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีความจำเป็นที่ต้องมีแนวทางในการตรากฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เพราะการมีแนวทางที่สกัดจากหลักการของรัฐธรรมนูญจะช่วยให้กฎหมายมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในสองมิติ มิติแรกการกำหนดแนวทางในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เป็นมาตรการป้องกันให้การตรากฎหมายมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและมีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระบบกฎหมายเดียวกัน มิติที่สองการกำหนดแนวทางในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา อาจนำมาเป็นเกณฑ์ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ จึงกล่าวได้ว่าการมีแนวทางดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นที่เป็นทั้งมาตรการในเชิงป้องกันและมาตรการในเชิงแก้ไขปรับปรุง

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เป็นปัญหาที่ระบบกฎหมายไทยมีกฎหมายจำนวนหนึ่งที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการขออนุญาตประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ทำให้บุคคลที่มีสถานะเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่สามารถประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพบางประการได้ทั้ง ๆ ที่เราทั้งหลายอาจได้ยินนโยบายของรัฐที่ว่า “คืนคนดีสู่สังคม” อยู่เสมอ ๆ ซึ่งเป็นนโยบายที่พยายามจะทำให้ผู้เคยกระทำความผิดและได้รับโทษแล้วสามารถกลับไปใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติ แต่ในความเป็นจริงผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่สามารถดำรงชีพโดยเข้าสู่กิจการหรืออาชีพบางอย่างได้ เนื่องจากมีอุปสรรคสรรคอันเกิดจากลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเช่นนี้เปรียบเสมือนวิธีการเพื่อความปลอดภัยอย่างหนึ่งที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นมาตรการป้องกันและพิทักษ์ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของผู้รับบริการจากกิจการหรืออาชีพนั่น ๆ และประชาชนโดยทั่วไป เนื่องจากสังคมอาจมองว่าผู้ที่เคยกระทำความผิดอาญามีสภาพเป็นอันตรายทำให้ขาดความเชื่อมั่นด้วยเกรงว่าบุคคลดังกล่าวอาจจะกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก แต่ในทางกลับกันบุคคลผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาก็เป็นพลเมืองของรัฐที่มีเสรีภาพในการประกอบกิจการและประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญที่รัฐต้องให้ความเคารพและคุ้มครองประกอบกับเสรีภาพในการประกอบกิจการและประกอบอาชีพเป็นเสรีภาพที่มีความสำคัญอย่างมาก เพราะเป็นเสรีภาพที่จะทำให้ปัจเจกบุคคลสามารถดำรงชีพและมีชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างมีศักดิ์ศรี ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ จึงเป็นปัญหาที่ต้องหาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองเสรีภาพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา จากการศึกษาและค้นคว้าผู้เขียนพบว่ากฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามในรูปแบบที่หลากหลาย ผู้เขียนจึงได้จำแนกกลุ่มของกฎหมายเป็น 5 กลุ่ม ด้วยเกณฑ์จากลักษณะการกำหนดลักษณะต้องห้ามว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพเด็ดขาดอันเป็นการตัดโอกาสในการเข้าสู่กิจการหรืออาชีพตลอดไป หรือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพไม่เด็ดขาดโดยสามารถเข้าสู่

กิจการหรืออาชีพได้เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนดหลังพ้นโทษ และเกณฑ์จากลักษณะในการกำหนดฐานความผิดเป็นลักษณะต้องห้าม ว่าเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้างหรือเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ เพื่อหาคำตอบว่ากฎหมายเหล่านี้กำหนดห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพอย่างสมเหตุสมผลและสามารถทำให้รัฐบรรลุวัตถุประสงค์ตามแนวคิดที่ถูกต้องว่าด้วยการปฏิบัติต่อบุคคลผู้มีสถานะเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาหรือไม่ ผู้เขียนจึงได้พิจารณาว่ากฎหมายเหล่านี้สอดคล้องกับแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และหลักความเสมอภาคหรือไม่

สำหรับกรณีการพิจารณาเรื่องความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามหลักการที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่าระบบกฎหมายไทยหากพิจารณาในขณะที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษอยู่ระบบกฎหมายไทยมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเป็นไปตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทน การข่มขูยับยั้ง และการตัดความสามารถในการกระทำความผิด แต่อีกด้านหนึ่งแนวคิดทางกฎหมายในขณะก่อนปล่อยตัวผู้กระทำความผิดและเมื่อปล่อยตัวผู้กระทำความผิดแล้วระบบกฎหมายไทยก็มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเป็นไปตามทฤษฎีการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด และการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม เพื่อให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา สามารถดำรงชีพได้ภายหลังที่พ้นโทษหรือพ้นจากสถานะการเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพไม่มีมาตรการในการบรรเทาผลร้ายจากผลของการเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเลยทำให้กฎหมายเหล่านี้ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่ต้องการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดและไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม ทำให้นโยบายของรัฐที่ต้องการคืนคนดีสู่สังคมไม่ประสบความสำเร็จ เพราะผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาถูกตัดโอกาสในการเข้าสู่กิจการหรืออาชีพบางประการ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับ การคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานในภาครัฐซึ่งต้องเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐกลับมีมาตรการบรรเทาผลร้ายที่มากกว่า เช่น ข้าราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จะกำหนดมาตรการที่เป็นข้อยกเว้นให้บุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวสามารถเข้ารับราชการได้ โดยให้คณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานนั้น ๆ มีดุลพินิจพิจารณามีมติเป็นการเฉพาะราย หรือมีการประกาศยกเว้นเป็นการทั่วไปได้

สำหรับกรณี การพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนแม้กฎหมายเหล่านี้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะในการรักษาความสงบเรียบร้อย การคุ้มครองผู้บริโภคและการจัดระเบียบในการประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่เป็นไปตามเจตนาในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อเปรียบเทียบมาตรการของกฎหมายตามที่จำแนกออกเป็นกลุ่มต่าง ๆ คงมีเพียงกฎหมายที่มีมาตรการในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพเอกชนโดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่กำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ กล่าวคือบุคคลที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้อภัยโทษหรือให้จำคุก จะเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพตามกฎหมายในกลุ่มนี้ ต่อเมื่อความผิดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้อภัยโทษ หรือให้จำคุก เป็นความผิดที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงของลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพของกฎหมายนั้น ๆ เท่านั้นที่กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของเอกชนน้อยที่สุด เพราะสามารถอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับกิจการหรืออาชีพที่ต้องห้ามได้ แต่ทั้งนี้ฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามดังกล่าวต้องเกี่ยวข้องกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ อย่างแท้จริง และฐานความผิดนั้นจะต้องไม่กว้างขวางหรือคลุมเครือจนเกินไปอันอาจทำให้กระทบเสรีภาพของบุคคลจำนวนมาก นอกจากนี้กรณีดุลยพินิจระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ผู้เขียนเห็นว่าถ้าการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่ไม่เด็ดขาดและมีเงื่อนไขที่สามารถประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้ภายหลังพ้นโทษ ย่อมได้ดุลยภาพเกิดความได้สัดส่วนความเสียหายที่บุคคลได้รับน้อยกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ เว้นเสียแต่ว่าการห้ามเด็ดขาดนั้นจะใช้กับการกระทำความผิดในอดีตสำหรับความผิดที่มีความรุนแรงอย่างมากซึ่งส่งผลต่อความเชื่อมั่นในความปลอดภัยของประชาชนผู้รับบริการจากกิจการหรืออาชีพอย่างสูง ประกอบกับกิจการหรืออาชีพนั้นอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้างซึ่งผู้บริโภคหรือผู้รับบริการต้องการความเชื่อมั่นอย่างสูง ถ้าหากกิจการหรืออาชีพบางอย่างที่ไม่กระทบกับผู้คนจำนวนมากหรือไม่ต้องการการควบคุมอย่างสูงแม้จะไม่ห้ามเด็ดขาดการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพดังกล่าวก็อาจไม่ได้สัดส่วนเพราะผลเสียหายที่เกิดกับบุคคลที่จะประกอบอาชีพนั้นมีมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับเนื่องจากรัฐอาจมีมาตรการอื่น ๆ ในการดูแลได้ เช่น การห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพขายผลิตภัณฑ์สมุนไพรทั้งที่ผลิตภัณฑ์สมุนไพรมีการขายอยู่ทั่วไปคุณสมบัติของคุณสมบัติของคุณคนแทบไม่มีความจำเป็นต่อการประกอบอาชีพดังกล่าวเลย ซึ่งรัฐอาจควบคุมผ่านการควบคุมมาตรฐานของสินค้าได้อยู่แล้วการห้ามดังกล่าวจึงย่อมไม่มีความสมเหตุสมผล นอกจากนี้การที่กฎหมายห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษา

ในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพบางประการซึ่งรัฐเป็นผู้ส่งเสริมหรือฝึกอาชีพนั้นเองก่อนปล่อยตัวผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา การที่รัฐส่งเสริมกิจการหรืออาชีพดังกล่าวแสดงว่ารัฐมีความมั่นใจว่าผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาสามารถดำเนินกิจการหรืออาชีพนั้นได้ภายหลังพ้นโทษ การมีกฎหมายมาจำกัดเสรีภาพไม่ให้บุคคลดังกล่าวประกอบกิจการหรืออาชีพนั้นได้แม้ไม่ห้ามเด็ดขาดแต่ยอมเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินนโยบายของรัฐเอง ความเสียหายที่เกิดแก่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจึงย่อมมีมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจึงยอมไม่ได้ สักส่วน

สำหรับประเด็นเรื่องความเสมอภาคนั้นแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือกฎหมายอื่นไม่ได้กำหนดให้การเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสาม ได้กำหนดไว้ว่าห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุ “สถานะของบุคคล” ผู้เขียนเห็นว่า การเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาย่อมเป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลย่อมเป็นสถานะของบุคคลอย่างหนึ่ง การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุว่าเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคลจากการเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา จึงต้องพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีความชอบธรรมหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญามีความมุ่งหมายที่ชอบธรรม เพราะมีวัตถุประสงค์ที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะในการรักษาความสงบเรียบร้อย การคุ้มครองผู้บริโภคและการจัดระเบียบในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนตามที่กล่าวไว้แล้วในการพิจารณาเรื่องความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยลักษณะฐานความผิดอย่างกว้างและไม่สามารถอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ว่ามีความเกี่ยวข้องกันโดยตรงอย่างไร การห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพโดยเด็ดขาดในความผิดที่ไม่มีความร้ายแรงอย่างสูง การห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพที่ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อผู้คนจำนวนมากหรือต้องการการควบคุมอย่างสูงและคุ้มครองบุคคลที่เปราะบางเป็นการพิเศษ การห้ามในกิจการหรืออาชีพที่รัฐส่งเสริมผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา การกำหนดลักษณะต้องห้ามไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนและไม่มีเหตุผลหนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังเช่นนี้ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทั้งสิ้น นอกจากนี้กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวมีการกำหนดด้วยลักษณะและรูปแบบที่หลากหลายไม่เป็นเอกภาพและไม่มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนจึงไม่มีความ

สอดคล้องกันในระบบกฎหมายทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันและเกิดความไม่เสมอภาคกันในระบบกฎหมาย

ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนี้ เมื่อพิจารณาถึงความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน และความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคแล้วนั้น ผู้เขียนขอกล่าวโดยสรุปถึงเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณากฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพว่ากฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาควรมีลักษณะ ดังนี้

- (1) กฎหมายนั้นต้องมีมาตรการในการบรรเทาผลร้ายเพื่อให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาสามารถเข้าสู่กิจการหรืออาชีพต่าง ๆ
- (2) การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้นต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามเงื่อนไขการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของรัฐธรรมนูญ
- (3) การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้นต้องเป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามอย่างแคบด้วยฐานความผิดที่ระบุเฉพาะเจาะจง
- (4) ฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามนั้นต้องมีขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอและมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการหรืออาชีพที่กำหนดลักษณะต้องห้ามนั้น
- (5) การกำหนดลักษณะต้องห้ามนั้นต้องมีการกำหนดเงื่อนไขเวลาที่สามารถเข้าสู่กิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ภายหลังพ้นโทษหรือภายหลังศาลมีคำพิพากษาว่ากระทำความผิด ยกเว้นแต่ความผิดที่มีความรุนแรงอย่างสูงและกระทบต่อความเชื่อมั่นของประชาชนโดยทั่วไปอย่างมาก
- (6) กิจการหรืออาชีพที่กำหนดลักษณะต้องห้ามนั้นต้องเป็นกิจการหรืออาชีพที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคหรือผู้รับบริการอย่างมาก และไม่เป็นกิจการหรืออาชีพที่รัฐฝึกและส่งเสริมให้ก่อนได้รับการปล่อยตัวหรือภายหลังศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดและพ้นโทษ
- (7) การที่กฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้นต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมและมีเหตุผลหนักแน่นควรค่าแก่การรับฟัง

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาตามแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการและประกอบอาชีพ และหลักความเสมอภาคแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญารับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพยังคงมีปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวอยู่หลายประการสมควรที่จะได้รับการแก้ไขปรับปรุงต่อไป ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังนี้

6.2.1 ควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญารับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ได้แก่

(1) ควรเพิ่มเติมมาตรการในการบรรเทาผลร้ายจากลักษณะต้องห้ามดังกล่าวด้วยการให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพหรือให้มีคณะกรรมการที่สามารถอนุญาตบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามเป็นรายบุคคลได้โดยพิจารณาจากพฤติการณ์และข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีหรือกำหนดเกณฑ์ในการขอยกเว้นเป็นการทั่วไป

(2) ควรแก้ไขกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาแต่ละฉบับ ให้ลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเป็นการห้ามไม่เด็ดขาดมีเงื่อนไขให้สามารถประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้ภายหลังพ้นโทษ และกำหนดลักษณะฐานความผิดอย่างแคบให้สัมพันธ์กับกิจการหรืออาชีพตามกฎหมายนั้น

6.2.2 ควรกำหนดให้มีแนวทางในการยกร่างกฎหมายและการทบทวนกฎหมายให้หน่วยงานต่าง ๆ ถือปฏิบัติให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และหลักความเสมอภาค

6.2.3 ควรให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณากฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ถ้าหากการกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายฉบับใดขัดรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 231<sup>1</sup> แต่ถ้าหาก

<sup>1</sup> มาตรา 231 ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีกรณี ดังต่อไปนี้

การกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายฉบับใดไม่ถึงขนาดขัดรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง แต่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและทำให้เกิดความเดือดร้อน ความไม่เป็นธรรมหรือก่อให้เกิดภาระแก่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเกินความจำเป็น ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบกฎหมายฉบับนั้น ๆ ให้ปรับปรุงกฎหมายนั้น ๆ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 230<sup>2</sup> ทั้งนี้ผู้เขียนได้สรุปความเห็นและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพด้วยเหตุ

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองและให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

<sup>2</sup> มาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) เสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ หรือคำสั่ง หรือขั้นตอนการปฏิบัติงานใด ๆ บรรดาที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน หรือเป็นภาระแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็นหรือเกินสมควรแก่เหตุ

(2) แสวงหาข้อเท็จจริงเมื่อเห็นว่ามีผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้จัดหรือระงับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมนั้น

(3) เสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้ทราบถึงการที่หน่วยงานของรัฐยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนตามหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่ดำเนินการตามข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินตาม (1) หรือ (2) โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งให้คณะรัฐมนตรีทราบเพื่อพิจารณาสั่งการตามที่เห็นสมควรต่อไป

ในการดำเนินการตาม (1) หรือ (2) หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินส่งเรื่องให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดำเนินการต่อไป

เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาทั้ง 30 ฉบับที่ผู้เขียนใช้ในการศึกษาเพื่อเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาตามตารางสรุปความเห็นและข้อเสนอแนะต่อกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ



ตารางที่ 6.1 ตารางสรุปความเห็นและข้อเสนอแนะต่อกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค	
1.	พ.ร.ก.การประมง พ.ศ. 2558	กฎหมายทั้ง 30 ฉบับไม่มี การกำหนด ข้อยกเว้นในการเข้าสู่ กิจการหรืออาชีพและ ไม่มีมาตรการที่จะ บรรเทาผลร้ายจากผล	ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามมิ ความสัมพันธ์โดยตรงกับ อาชีพสอดคล้องกับหลัก ความจำเป็นจึงไม่ขัดต่อ ความได้สัดส่วน	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามมีขอบเขต ชัดเจนเป็นไปตามหลัก ความได้ สัดส่วน จึง สอดคล้องกับหลักความ เสมอภาค	ควรปรับปรุงกฎหมายเพิ่มเติม มาตรการในการบรรเทาผลร้าย เพื่อให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาใน คดีอาญาสามารถเข้าสู่อาชีพได้
2.	พ.ร.บ.ธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558	ของการเคยต้องคำ พิพากษาในคดีอาญา จึงไม่สอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ	ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามมิ ความสัมพันธ์โดยตรงกับ อาชีพสอดคล้องกับหลัก	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามมีขอบเขต ชัดเจนเป็นไปตามหลัก ความได้ สัดส่วน จึง	ควรปรับปรุงกฎหมายเพิ่มเติม มาตรการในการบรรเทาผลร้าย เพื่อให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาใน คดีอาญาสามารถเข้าสู่อาชีพได้

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
		ลงโทษในการฟื้นฟู แก้ไขผู้กระทำความผิด	ความจำเป็นจึงไม่ขัดต่อ ความได้สัดส่วน	สอดคล้องกับหลักความ เสมอภาค	
3.	พ.ร.บ.การประกอบกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2544	และการนำผู้กระทำความผิด กลับสู่สังคม	ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามมี ความสัมพันธ์โดยตรงกับ อาชญากรรมสอดคล้องกับหลัก ความจำเป็นจึงไม่ขัดต่อ ความได้สัดส่วน	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามมีขอบเขต ชัดเจนเป็นไปตามหลัก ความได้สัดส่วนจึง สอดคล้องกับหลักความ เสมอภาค	ควรปรับปรุงกฎหมายเพิ่มเติม มาตรการในการบรรเทาผลร้าย เพื่อให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาใน คดีอาญาสามารถเข้าสู่อาชีพได้
4.	พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว พ.ศ. 2542		ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามมี ความสัมพันธ์โดยตรงกับ อาชญากรรมสอดคล้องกับหลัก	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามมีขอบเขต ชัดเจนเป็นไปตามหลัก ความได้สัดส่วนจึง	ควรปรับปรุงกฎหมายเพิ่มเติม มาตรการในการบรรเทาผลร้าย เพื่อให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาใน คดีอาญาสามารถเข้าสู่อาชีพได้

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			ความจำเป็นจึงไม่ขัดต่อ ความได้สัดส่วน	สอดคล้องกับหลักความ เสมอภาค	
5.	พ.ร.บ.เครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551		ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามยัง ไม่ชัดเจนเพียงพอมี ความหมายและส่งผล ทางกฎหมายที่กว้างไม่ สอดคล้องกับหลักความ จำเป็นจึงขัดต่อหลัก ความได้สัดส่วน	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ
6.	พ.ร.บ.ยา พ.ศ.2510		ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามยัง ไม่ชัดเจนเพียงพอมี	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			ความหมายและส่งผล ทางกฎหมายที่กว้างไม่ สอดคล้องกับหลักความ จำเป็นจึงขัดต่อหลัก ความได้สัดส่วน	หลักความได้สัดส่วนจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ
7.	พ.ร.บ.การขนส่งทางบก พ.ศ. 2522		การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามกว้างขวาง คลุมเครือไม่ระบุฐาน ความผิดที่ชัดเจนไม่ สอดคล้องกับหลักความ จำเป็นจึงขัดต่อหลัก ความได้สัดส่วน	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
8.	พ.ร.บ.จัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550		การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามกว้างขวาง คลุมเครือไม่ระบุฐาน ความผิดที่ชัดเจนไม่ สอดคล้องกับหลักความ จำเป็นจึงขัดต่อหลัก ความได้สัดส่วน	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ
9.	พ.ร.บ.โรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550		การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามกว้างขวาง คลุมเครือไม่ระบุฐาน ความผิดที่ชัดเจนไม่ สอดคล้องกับหลักความ	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			จำเป็นจึงขัดต่อหลัก ความได้สัดส่วน	ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	
10.	พ.ร.บ.สถานพยาบาลสัตว์ พ.ศ. 2533		การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามกว้างขวาง คลุมเครือไม่ระบุฐาน ความผิดที่ชัดเจนไม่ สอดคล้องกับหลักความ จำเป็นจึงขัดต่อหลัก ความได้สัดส่วน	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ
11.	พ.ร.บ.ผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562		การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามกว้างขวาง คลุมเครือไม่ระบุฐาน ความผิดที่ชัดเจนไม่	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนจึง	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			สอดคล้องกับหลักความ จำเป็น และลักษณะของ กิจการอาชีพไม่ต้องการ การควบคุมที่ เข้มข้น ความเสียหายของเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความหมายอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน	เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ
12.	พ.ร.บ.ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551		ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามมี	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			ความสัมพันธ์โดยตรงกับ อาชญากรรมสอดคล้องกับหลัก ความจำเป็น แต่เป็นการ ห้าม ประกอบอาชญากรรม ดังกล่าวโดยเด็ดขาดไม่มี เงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่ อาชญากรรมได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ	ประกอบกิจการหรือ อาชญากรรมโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน		
13.	พ.ร.บ.สถานบริการ พ.ศ. 2509		ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามมี ความสัมพันธ์โดยตรงกับ อาชญากรรมสอดคล้องกับหลัก ความจำเป็น แต่เป็นการ ห้าม ประกอบอาชญา กรรมโดยเด็ดขาดไม่มี เงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่ อาชญากรรมได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ อาชีพโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			<p>สาธารณะไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน</p>		
14.	พ.ร.บ.สถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559		<p>ฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามมีความสัมพันธ์โดยตรงกับอาชีพสอดคล้องกับหลักความจำเป็น แต่เป็นการห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวโดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่</p>	<p>การกำหนดลักษณะต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ประกอบกิจการหรืออาชีพโดยเด็ดขาดไม่มีความสมเหตุสมผลจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค</p>	<p>ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญ</p>

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			อาชีพอ่าได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน		
15.	พ.ร.บ.หลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558		ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามมี ความสัมพันธ์โดยตรงกับ อาชีพอ่าสอดคล้องกับหลัก ความจำเป็น แต่เป็นการ	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ อาชีพอ่าโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			ห้ามประกอบอาชีพ ดังกล่าวโดยเด็ดขาดไม่มี เงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่ อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน	เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	
16.	พ.ร.ก.บริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541		ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามมี	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			ความสัมพันธ์โดยตรงกับ อาชญากรรมสอดคล้องกับหลัก ความจำเป็น แต่เป็นการ ห้าม ประกอบอาชญากรรม ดังกล่าวโดยเด็ดขาดไม่มี เงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่ อาชญากรรมได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ	ประกอบกิจการหรือ อาชญากรรมโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน		
17.	พ.ร.บ.ระบบการชำระเงิน พ.ศ. 2560		ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามมี ความสัมพันธ์โดยตรงกับ อาชญากรรมสอดคล้องกับหลัก ความจำเป็น แต่เป็นการ ห้ามประกอบอาชีพ ดังกล่าวโดยเด็ดขาดไม่มี เงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่ อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ อาชีพโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			<p>สาธารณะไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน</p>		
18.	พ.ร.บ. ควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474		<p>ฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามมีความสัมพันธ์โดยตรงกับอาชญากรรมสอดคล้องกับหลักความจำเป็น แต่เป็นการห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวโดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่</p>	<p>การกำหนดลักษณะต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ประกอบกิจการหรืออาชีพโดยเด็ดขาดไม่มีความสมเหตุสมผลจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค</p>	<p>ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญ</p>

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			อาชัฟได้ในภายหลังและ ลักษณะของกิจการ อาชัฟไม่ต้องการการ ควบคุมที่เข้มข้นความ เสียหายของเอกชนจึงมี มากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความหมายอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน		

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
19.	พ.ร.ก.การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560		ฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามยังไม่ชัดเจนเพียงพอมีความหมายและส่งผลทางกฎหมายที่กว้างไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น และเป็นการห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวโดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชนจึงมีมากกว่าประโยชน์	การกำหนดลักษณะต้องห้ามไม่มีขอบเขตชัดเจนและไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและการกำหนดลักษณะต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ประกอบกิจการหรืออาชีพโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน		
20.	พ.ร.บ. จัดหางานและคุ้มครอง คนหางาน พ.ศ. 2528		ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามยังไม่ ชัดเจนเพียงพอมีความ หมายและส่งผล ทางกฎหมายที่กว้างไม่ สอดคล้องกับหลักความ จำเป็น และเป็นการห้าม ประกอบอาชีพดังกล่าว	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนและ การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ อาชีพโดยเด็ดขาดไม่มี	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			โดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไข เวลาที่สามารถเข้าสู่ อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน	ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	
21.	พ.ร.บ.แรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558		ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามยัง ไม่ชัดเจนเพียงพอมี	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			<p>ความหมายและส่งผลทางกฎหมายที่กว้างไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น และเป็นการห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวโดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชนจึงมีมากกว่าประโยชน์สาธารณะไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ</p>	<p>หลักความได้สัดส่วนและการกำหนดลักษณะต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ประกอบกิจการหรืออาชีพโดยเด็ดขาดไม่มีความสมเหตุสมผลจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค</p>	<p>ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญ</p>

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน		
22.	พ.ร.บ.ขายตรงและตลาดแบบ ตรง พ.ศ. 2545		การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามกว้างขวาง คลุมเครือไม่ระบุฐาน ความผิดที่ชัดเจนไม่ สอดคล้องกับหลักความ จำเป็น และเป็นการห้าม ประกอบอาชีพดังกล่าว โดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไข ที่สามารถเข้าสู่ อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนและ การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ อาชีพโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน	ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	
23.	พ.ร.บ.โรงรับจำนำ พ.ศ. 2505		การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามกว้างขวาง คลุมเครือไม่ระบุฐาน ความผิดที่ชัดเจนไม่ สอดคล้องกับหลักความ จำเป็น และเป็นการห้าม ประกอบอาชีพดังกล่าว	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนและ การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			โดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไข เวลาที่สามารถเข้าสู่ อาชญากรรมได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน	อาชญากรรมโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	
24.	พ.ร.บ.สถานพยาบาล พ.ศ. 2541		การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามกว้างขวาง คลุมเครือไม่ระบุฐาน	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			ความผิดที่ชัดเจนไม่ สอดคล้องกับหลักความ จำเป็น และเป็นการห้าม ประกอบอาชีพดังกล่าว โดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไข เวลาที่สามารถเข้าสู่ อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความหมายอย่างแคบ	หลักความได้สัดส่วนและ การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ อาชีพโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน		
25.	พ.ร.บ.ประกันชีวิต พ.ศ. 2535		ฐานความผิด(ความผิด เกี่ยวกับทรัพย์)ที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามยังไม่ ชัดเจนเพียงพอเนื่องจาก ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์มี หลายฐานความผิดที่ยัง ส่งผลทางกฎหมายที่ กว้างไม่สอดคล้องกับ หลักความจำเป็น และ กรณีที่เป็น การห้าม ประกอบอาชีพดังกล่าว	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนและ การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ อาชีพโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			โดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไข เวลาที่สามารถเข้าสู่ อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน	ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	
26.	พ.ร.บ.ประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535		ฐานความผิด(ความผิด เกี่ยวกับทรัพย์)ที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามยัง	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			ไม่ชัดเจนเพียงเนื่องจาก ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมี หลายฐานความผิดยัง ส่งผลทางกฎหมายที่ กว้างไม่สอดคล้องกับ หลักความจำเป็น และ กรณีที่เป็น การห้าม ประกอบอาชีพดังกล่าว โดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไข เวลาที่สามารถเข้าสู่ อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์	หลักความได้สัดส่วนและ การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ อาชีพโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			<p>สาธารณะไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน</p>		
27.	พ.ร.บ.โรงแรม พ.ศ. 2547		<p>-ลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุที่ศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดได้กำหนดฐานความผิดเฉพาะไว้มีความสัมพันธ์กับอาช้พ จึงมีความสอดคล้องกับหลักความจำเป็น แต่เป็นการห้าม</p>	<p>การกำหนดลักษณะต้องห้ามไม่มีขอบเขตชัดเจนและไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและการกำหนดลักษณะต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ประกอบกิจการหรืออาช้พโดยเด็ดขาดไม่มี</p>	<p>ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญ</p>

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			<p>ประกอบอาชีพดังกล่าว โดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไข เวลาที่สามารถเข้าสู่อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้สัดส่วน</p> <p>-กรณีลักษณะต้องห้าม ด้วยเหตุเคยต้องคำ</p>	<p>ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค</p>	

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			พิพากษาให้จำคุกมีการกำหนดฐานความผิดที่กว้างและคลุมเครือจึงไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น และเป็นการห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวโดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไขเวลาที่สามารถเข้าสู่อาชีพได้ในภายหลังความเสียหายต่อเอกชนจึงมีมากกว่าประโยชน์สาธารณะไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน		

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			ในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน		
28.	พ.ร.บ.หอพัก พ.ศ. 2558		-กรณีลักษณะต้องห้าม ด้วยเหตุที่ศาลพิพากษา ว่ากระทำความผิด กำหนดฐานความผิด เฉพาะไว้มีความสัมพันธ์ กับอาชญากรรมสอดคล้อง กับหลักความจำเป็น แต่ เป็นการห้ามประกอบ อาชีพดังกล่าวโดย เด็ดขาดไม่มีเงื่อนไขที่	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนและ การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ อาชีพโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			<p>สามารถเข้าสู่อาชีพได้ใน ภายหลังความเสียหาย ต่อเอกชนจึงมีมากกว่า ประโยชน์สาธารณะไม่ สอดคล้องกับหลักความ ได้สัดส่วนในความความ อย่างแคบจึงขัดต่อหลัก ความได้สัดส่วน</p> <p>-กรณีลักษณะต้องห้าม ด้วยเหตุ เคยต้องคำ พิพากษาให้จำคุกมีการ กำหนดฐานความผิดที่ กว้างและคลุมเครือจึงไม่</p>	ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			<p>สอดคล้องกับหลักความ จำเป็น และเป็นการห้าม ประกอบอาชีพดังกล่าว โดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไข เวลาที่สามารถเข้าสู่ อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง กับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน</p>		

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
29.	พ.ร.บ.ช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535		การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามกว้างขวาง คลุมเครือ ระบุฐาน ความผิดไม่ชัดเจนไม่ สอดคล้องกับหลักความ จำเป็น และเป็นการห้าม ประกอบอาชีพดังกล่าว โดยเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไข เวลาที่สามารถเข้าสู่ อาชีพได้ในภายหลัง ความเสียหายต่อเอกชน จึงมีมากกว่าประโยชน์ สาธารณะไม่สอดคล้อง	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามไม่มีขอบเขต ชัดเจนและไม่เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนและ การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ อาชีพโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			กับหลักความได้สัดส่วน ในความความอย่างแคบ จึงขัดต่อหลักความได้ สัดส่วน		
30.	พ.ร.บ.บัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535		ฐานความผิดที่กำหนด เป็นลักษณะต้องห้ามมี ความสัมพันธ์โดยตรงกับ อาชีพสอดคล้องกับหลัก ความจำเป็น แต่กรณี เป็นการห้ามประกอบ อาชีพดังกล่าวโดย เด็ดขาดไม่มีเงื่อนไข ที่สามารถเข้าสู่อาชีพได้ใน	การกำหนดลักษณะ ต้องห้ามโดยห้ามไม่ให้ ประกอบกิจการหรือ อาชีพโดยเด็ดขาดไม่มี ความสมเหตุสมผลจึง เป็นการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรมไม่สอดคล้อง กับหลักความเสมอภาค	ควรเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ ปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง กับหลักการของรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	กฎหมาย	ความเห็นต่อกฎหมาย			ข้อเสนอแนะ
		ความสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ	ความสอดคล้องกับหลัก ความได้สัดส่วน	ความสอดคล้องกับ หลักความเสมอภาค	
			<p>ภายหลังความเสียหาย ต่อเอกชนจึงมีมากกว่า ประโยชน์สาธารณะไม่ สอดคล้องกับหลักความ ได้สัดส่วนในความความ อย่างแคบจึงขัดต่อหลัก ความได้สัดส่วน</p>		

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน : พื้นฐานความรู้ทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2537.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547.
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 4 : รัฐ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.
- \_\_\_\_\_ หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- \_\_\_\_\_ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2555.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538.
- \_\_\_\_\_ คำอธิบาย วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535.
- ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.
- มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา : คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552.
- ธรรมนิศย์ สุมันตกุล. กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : ทฤษฎี “กฎ” ในทางเศรษฐศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- \_\_\_\_\_ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน,2538.

\_\_\_\_\_. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 .  
กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน ,2543.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่ง  
กฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาล หรือ  
ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ,2551.

สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน,2554.

## วิทยานิพนธ์

เปี่ยมสุข นาคทอง. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับ  
ราชการ : ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต,2556.

วาสนา รอดเอี่ยม. “การลบล้างคำพิพากษาลงโทษจำคุก”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะ  
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.

ศรียรัตน์ งามนิสัย. “หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย”.  
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2550.

ศิรสา พูลสนอง. “การล้างมลทินในประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

## บทความ

คณาธิป ทองรวีวงศ์. “มาตรการทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน  
ของผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “ประวัติอาชญากรรม” ในบริบทของการจ้างแรงงาน”.  
วารสารวิชาการสิทธิมนุษยชน . ปีที่ 2 . ฉบับที่ 1. (มกราคม-มิถุนายน 2560) : 51 – 90.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร”  
ในการควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”. วารสารนิติศาสตร์.  
ปีที่30. ฉบับที่2. (มิถุนายน 2542) : 184 – 194.

สุรพล นิติไกรพจน์. “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส”.  
วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 24. ฉบับที่ 3. (กันยายน 2539) : 812 – 840.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. “หลักความเสมอภาค”.วารสารนิติศาสตร์.ปีที่ 30. ฉบับที่ 2.  
(มิถุนายน 2542) : 160 – 183.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. “การควบคุมและตรวจสอบ Double Standard ที่กระทำโดยหน่วยงาน  
ของรัฐ.” ใน อาจารย์บุญชูรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี  
ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์. จัดพิมพ์โดยสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย.

### เอกสารงานวิจัย

คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ. “กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ”.  
กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน.

### เอกสารอื่น ๆ

คณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย. “รายงานการศึกษาเรื่อง  
การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศ”.  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

คณะผู้ศึกษาหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ 6. “รายงานข้อเสนอ  
ต่อรัฐบาล : ระบบอนุญาต ปัญหาและทางออก : ระบบคณะกรรมการกับการบริหารราชการ  
แผ่นดิน : การใช้ดุลพินิจในกฎหมายปกครองไทย : การกำหนดโทษทางอาญากับ  
ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย”. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560.

### BOOKS

Frank A. Cania, M.S.Emp.L., SPHR. An Employer’s Guide to Compliance with New York  
Correction Law, Article 23-A. CaniaHR, LLC, 2012.

MICHAEL SCHULTE AND ERIC COCHLING. Increasing Employment Opportunities for Ex-Offenders. Georgia Center for Opportunity, 2013.

Michelle Natividad Rodriguez and Beth Avery. Unlicensed & Untapped: Removing Barriers to State Occupational Licenses for People with Records. National Employment Law Project, 2016.

The Department of the Treasury Office of Economic Policy, the Council of Economic Advisers, and the Department of Labor. OCCUPATIONAL LICENSING : A FRAMEWORK FOR POLICYMAKERS, July 2015.

The Virginia Department of Correctional Education “Fighting Crime Through Education”. Restrictions to Employment for Individuals with Criminal Histories, July 2006.

## ARTICLES

Bronwyn Naylor. “Criminal Records and Rehabilitation in Australia”. European Journal of Probation University of Bucharest. Volume 3. Issue 1. (2011) : 79 – 96.

KAROL LUCKEN and LUCILLE M. PONTE. “A Just Measure of Forgiveness: Reforming Occupational Licensing Regulations for Ex-Offenders Using BFOQ Analysis”. Law & Policy. Volume 30. Issue 1. (January 2008) : 46 – 72.

REBECCA BRADFIELD. “Sentences without conviction: Protecting an offender from unwarranted discrimination in employment”. Monash University Law Review. Volume 41. Issue 1. (2015) : 40 – 66.

Silva, Lahny R. “In Search of a Second Chance: Channeling BMW v. Gore and Reconsidering Occupational Licensing Restrictions”. University of Kansas Law Review. Volume 61. (2012 – 2013) : 495 – 545.

Tammy R. Pettinato. “Employment Discrimination Against Ex-Offenders: The Promise and Limits of Title VII Disparate Impact Theory”. Marg. L. Rev. Volume 98 Issue 2 (2014) : 831 – 879.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายกิตติชัย จงไกรจักร
วันเดือนปีเกิด	19 มีนาคม 2534
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2556 นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2559 ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมาย มหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 68
ตำแหน่ง	อัยการผู้ช่วย สำนักงานอัยการสูงสุด
ทุนการศึกษา	พ.ศ. 2562 ทุนสนับสนุนการทำวิทยานิพนธ์ ประจำปีงบประมาณ 2562 (เพิ่มเติม) ในระดับปริญญาโท สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
ผลงานทางวิชาการ	กิตติชัย จงไกรจักร. “ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.
ประสบการณ์ทำงาน	2557 - 2559 ผู้ช่วยนักวิชาการปฏิรูปกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย 2559 - 2560 นักวิชาการปฏิรูปกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย 2560 - 2563 พนักงานสืบสวนและไต่สวนปฏิบัติการ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง