

ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการ
หรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย

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

กิตติชัย จงไกรจักร

Kittichai Jongkrajak

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตรมหาวิทยาลัทธิธรรมศาสตร์ : kittijong2534@gmail.com

Graduate Student of Master of Laws Program in Public Law,

Faculty of Law, Thammasat University : kittijong2534@gmail.com

Received : August 6, 2020

Revised : September 5, 2020

Accepted : December 9, 2020

บทคัดย่อ

ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดลักษณะต้องห้ามในการขออนุญาตประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคลด้วยเหตุที่ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยมีรูปแบบและลักษณะของการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่แตกต่างกันออกไป ทำให้บุคคลที่เเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไม่สามารถประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพบางอย่างได้ การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพทำให้เกิดปัญหาบางประการต่อตัวผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาและระบบกฎหมายในเรื่องการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ได้แก่ ปัญหาความสอดคล้องกับแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เนื่องจากผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเมื่อพ้นโทษและผ่านระบบการฟื้นฟูของรัฐมาแล้วไม่สามารถกลับคืนสู่สังคมไปประกอบกิจการหรืออาชีพบางประการได้ ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนที่มาตราการในการกำหนดลักษณะต้องห้ามบางลักษณะจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเกินความจำเป็นและก่อให้เกิดความเสียหายต่อเสรีภาพของบุคคลที่เเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญามากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะพึงได้รับ รวมทั้งปัญหาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค เนื่องจากการกำหนดลักษณะต้องห้ามบางลักษณะขาดความสมเหตุสมผลทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และการกำหนดลักษณะต้องห้ามของกฎหมายฉบับต่าง ๆ มีความแตกต่างกันออกไปจำแนกได้เป็นหลายกลุ่มทำให้เกิดผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกันขาดความเป็นเอกภาพจึงไม่มีความเสมอภาคกันในระบบกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา บทความนี้ผู้เขียนจึงมุ่งนำเสนอปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพว่ามีความสอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพ และหลักความเสมอภาคหรือไม่ โดยได้ทำการรวบรวมและวิเคราะห์กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ศึกษาแนวคิดทฤษฎีและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ รวมทั้งค้นหาแนวทางในการแก้ปัญหว่าการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพสามารถทำได้แค่ไหนเพียงใด

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่ากฎหมายหลายฉบับมีลักษณะไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วน และหลักความเสมอภาคเนื่องจากมาตรการทางกฎหมายในการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพไม่มีมาตรการในการบรรเทาผลร้าย ฐานความผิดที่กำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามมีความไม่ชัดเจนและคลุมเครือ มาตรการทางกฎหมายกระทบต่อเสรีภาพของเอกชนมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ และยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอว่าควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญารับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ควรกำหนดให้มีแนวทางในการยกเว้นกฎหมายและการทบทวนกฎหมายให้หน่วยงานต่าง ๆ ถือปฏิบัติ และควรให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณากฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ถ้าหากการกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายฉบับใดขัดรัฐธรรมนูญโดยขัดแย้งให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น แต่ถ้าหากการกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายฉบับใดไม่ถึงขนาดขัดรัฐธรรมนูญโดยขัดแย้ง แต่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและทำให้เกิดความเดือดร้อน ความไม่เป็นธรรมหรือก่อให้เกิดภาระแก่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเกินความจำเป็น ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบกฎหมายฉบับนั้น ๆ ให้ปรับปรุงกฎหมายนั้น

คำสำคัญ

ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา , เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ, ความเสมอภาค

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. The study used collecting and analyzing all relevant regulations

on occupational or business license prohibited provisions for ex-offenders as methodology for conducting research, as well as studying conceptual model or theory and foreign laws on prohibited provision in comparison with Thai laws. The research was conducted to finding solutions to determining balanced and appropriate legal measurement.

Results of the research revealed that many relevant regulations on prohibited provision for ex-offenders are inconsistent with the purpose of punishment, the principle of proportionality and equality as there is no legal measure to alleviate impact on ex-offenders from occupational or business license restriction. Fault in prohibited provision being vague or unclear, leading to impact on individual rights rather than public interest. There is no definitive guideline on prohibited ground for the ex-offender. The author has proposed the resolutions to amend and improve existent regulations on occupational or business license restriction for ex-offenders in order to ensure all relevant regulations are considered and implemented in the same way. A legislative drafting law and review of relevant law should be able to determine which the relevant state organization can be applied to their functions and responsibilities. In this regards, the author is of the opinion that the Ombudsman should have the authority in giving opinion or consideration on occupational or business license prohibited provision for ex-offenders in case if any provision of any law has the question of constitutionality, the Ombudsman may submit a case to the Constitutional Court. If such provision of law does not comply with the Constitution causing a grievance or unfairness or unreasonable burden to the ex-offenders, the Ombudsman shall propose the recommendation for amendment of laws to the relevant government agency.

Keywords

Ex-offenders, Freedom of occupation, Equality

บทนำ

เนื่องด้วยการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพบางประการ รัฐจะใช้อำนาจแทรกแซงและควบคุมโดยการกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ซึ่งในระบบกฎหมายการควบคุมผู้ประกอบการหรือประกอบอาชีพ รัฐได้กำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามในการเข้าสู่กิจการหรืออาชีพไว้ในหลายลักษณะ เช่น การกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุของสัญชาติ สถานภาพทางเศรษฐกิจที่ต้องไม่เป็นบุคคลล้มละลาย ความสามารถในการทำนิติกรรม อายุ ความประพฤติและสถานะของบุคคล เป็นต้น แต่ในบทความนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงเฉพาะการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยเหตุที่ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เนื่องจากการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวส่งผลกระทบต่อบุคคลผู้เคยกระทำความผิดอาญาและถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดหรือได้รับโทษ ทำให้บุคคลดังกล่าวมีสถานะติดตัวเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ทำให้ไม่สามารถที่จะประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพบางประการได้ เพราะถูกตีตราว่าเป็นบุคคลที่มีสภาพที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ถูกตั้งข้อรังเกียจหวาดระแวงจากสังคมว่าอาจจะกระทำความผิดซ้ำจากพฤติกรรมที่ไม่น่าเชื่อถือในอดีต เมื่อพิจารณาในทางกลับกันแม้ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินจะเป็นประโยชน์สาธารณะที่รัฐควรจะมีพิทักษ์รักษา แต่ในอีกด้านหนึ่งของระบบกฎหมายเมื่อมีผู้กระทำความผิดอาญาและศาลพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่ามีความผิดและได้รับโทษ การลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดมิควรส่งผลกระทบต่อการลงโทษหลายประการด้วยกัน โดยในสังคมปัจจุบันนั้นนอกจากการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนให้ผู้เสียหาย ลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งไม่ให้มีการกระทำความผิดอีก หรือลงโทษเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำความผิดไม่ให้มีโอกาสในการกระทำความผิด รัฐยังมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด หรือการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมตามที่เรามักเคยได้ยินภายใต้คำขวัญที่ว่า “คืนคนดีสู่สังคม”

นอกจากนี้ประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐจะให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยจะรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและวางหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ เสรีภาพในการประกอบอาชีพจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความสำคัญ เนื่องจากการประกอบอาชีพหรือการประกอบกิจการเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่สำคัญของประชาชน เพราะเป็นสิ่งจำเป็นต่อการหารายได้เพื่อการดำรงชีพ แต่ภายใต้ระบบกฎหมายไทยจะมีการควบคุมกิจการหรืออาชีพบางประเภท โดยกฎหมายจะกำหนดเงื่อนไขรายละเอียดสำหรับการประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ด้วยการกำหนดลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่จะเข้าสู่กิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นอาชีพการเป็นบุคลากรภาครัฐ วิชาชีพภายใต้การควบคุมขององค์กรวิชาชีพต่าง ๆ และกิจการหรืออาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐ การที่กฎหมายมีการควบคุมกิจการหรืออาชีพบางประเภท เป็นการใช้อำนาจรัฐแทรกแซงกิจกรรมในทางเศรษฐกิจด้วยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน กฎหมายดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามหลักการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ประกอบกับการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น เป็นการห้ามด้วยการนำเอาสถานะในการเป็นผู้มีประวัติอาชญากรรมมาเป็นเครื่องมือในการแบ่งแยกประเภทบุคคลที่จะเข้าสู่กิจการหรืออาชีพ จึงมีลักษณะของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคลอยู่ด้วย ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องตรากฎหมายให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชน

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาและสำรวจในระบบกฎหมายไทยพบว่า กฎหมายไทยหลายฉบับมีการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเข้าสู่กิจการหรืออาชีพ โดยผู้เขียนได้แบ่งกฎหมายออกเป็นสามกลุ่ม ได้แก่ กลุ่มที่หนึ่งอาชีวะบุคลากรภาครัฐ กลุ่มที่สองวิชาชีพภายใต้การควบคุมขององค์กรวิชาชีพต่าง ๆ และ กลุ่มที่สามกิจการหรืออาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐ จากการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาในระบบกฎหมายไทยทั้งสามกลุ่มข้างต้น บทความนี้ผู้เขียนจำกัดขอบเขตมุ่งศึกษาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐในกลุ่มที่สามเท่านั้น เนื่องจากอาชีพบุคลากรภาครัฐมีเหตุผลพิเศษเฉพาะในการคัดเลือกและสรรหาบุคคลเข้ามาทำงานที่เกี่ยวข้องกับรัฐ และวิชาชีพภายใต้การควบคุมขององค์กรวิชาชีพต่าง ๆ มีระบบการควบคุมดูแลเป็นการเฉพาะของอาชีพนั้น

การกำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพที่ต้องขออนุญาตจากรัฐตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั้น ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาที่ถกเถียงและต้องหาสมดุลระหว่างแนวคิดการควบคุมไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพหรือกิจการ เพราะต้องการรักษาประโยชน์สาธารณะหรือความปลอดภัยสาธารณะของประชาชนผู้ซึ่งจะรับบริการจากอาชีพหรือกิจการนั้น ๆ อันเนื่องมาจากความไม่เชื่อมั่นต่อผู้ที่เคยมีประวัติอาชญากรรมว่าจะไม่กระทำความผิดซ้ำอันอาจส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของประชาชนทั่วไปอีกกับอีกแนวคิดหนึ่งที่ว่าผู้ที่เคยกระทำความผิดเมื่อพ้นโทษหรือได้รับผลตามกฎหมายแล้วสามารถเป็นคนดีกลับคืนสู่สังคมได้ และเขาไม่ควรได้รับผลร้ายจากมาตรการอื่นของรัฐอันเนื่องมาจากการกระทำที่เขาได้รับโทษหรือรับผลร้ายจากการกระทำนั้นมาแล้ว ผ่านนโยบาย “คืนคนดีสู่สังคม” ของรัฐ การปะทะกันของแนวความคิดทั้งสองจึงเป็นการปะทะกันบนฐานคิดเรื่องการควบคุมโดยรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ และการยืนยันถึงเสรีภาพและความเสมอภาคในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาในฐานะพลเมืองของรัฐ ภายใต้ข้อถกเถียงเรื่องความจำเป็นในการควบคุมดูแลและการให้โอกาสผู้เคยกระทำความผิดอาญากลับคืนเป็นคนดีสู่สังคม การกำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพ การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวก็ได้ก่อให้เกิดปัญหาบางประการทั้งต่อตัวผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เช่น ไม่สามารถประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพบางอย่างได้แม้ตนได้พ้นโทษมาแล้ว และรัฐเป็นผู้มีอาชีพให้แก่ตน หรือก่อให้เกิดปัญหาต่อระบบกฎหมายในเรื่องการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพหรือกิจการของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เช่น ปัญหาความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพหรือกิจการ หรือปัญหาการที่กฎหมายแต่ละฉบับมีลักษณะการบัญญัติเนื้อความที่แตกต่างกันออกไปโดยขาดหลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่ชัดเจนแน่นอน รวมทั้งปัญหาการที่กฎหมายขัดกับแนวนโยบายของรัฐในการปฏิบัติต่อผู้เคยกระทำความผิดเอง สภาพปัญหาดังกล่าวข้างต้นย่อมหาคำตอบและทางออกของปัญหาได้โดยการใช้หลักการของรัฐธรรมนูญในการจำกัดเสรีภาพเป็นมาตรวัดในการพิจารณา รวมทั้งพิจารณาแนวนโยบายตามหลักสากลและแนวนโยบายของระบบกฎหมายไทยเอง ผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะหาคำตอบของความสมดุลในระบบกฎหมาย และแนวทางการแก้ปัญหาที่ควรจะเป็น โดยอยู่บนฐานของหลักการรัฐธรรมนูญที่ได้ยืนยันเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพ หลักความเสมอภาค และหลักการทางอาชญาวิทยาในการปฏิบัติต่อผู้ที่เคยกระทำความผิดอาญา

1. แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เป็นมาตรการที่แสดงออกในระบบกฎหมายผ่านการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการขออนุญาตเข้าสู่กิจการหรืออาชีพของเอกชน เพื่อประโยชน์สาธารณะเกี่ยวกับความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนทั่วไป โดยการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการป้องกันและเกณฑ์ในการควบคุมมาตรฐาน ผ่านการเรียกร้องความน่าเชื่อถือและไว้วางใจจากตัวบุคคลผู้จะประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ กล่าวโดยเฉพาะกรณีที่บุคคลใดเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาบางอย่างอาจเกิดจากการกระทำในอดีตที่กระทบต่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลอื่นมาก่อน แต่อย่างไรก็ตามพฤติกรรมในอดีตของบุคคลอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ผ่านการแก้ไขและฟื้นฟูจากรัฐ ดังเช่นนโยบายของรัฐที่พยายาม “คืนคนดีสู่สังคม” การห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพจึงต้องพิจารณาว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษหรือไม่ สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ และสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคหรือไม่

1.1 แนวคิดที่ว่าด้วยวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

การห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ อาจต้องพิจารณาด้วยว่ามาตรการดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษหรือไม่ เนื่องจากผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้ผ่านกระบวนการยุติธรรมในการพิจารณาความผิดและโทษมาแล้ว การที่นำเหตุที่บุคคลเคยกระทำความผิดและรับโทษในอดีตมากำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษหรือไม่ โดยวัตถุประสงค์ในการลงโทษอาจจำแนกได้ 5 ประการด้วยกัน¹ ได้แก่ การแก้แค้นทดแทน (retribution) การข่มขู่ ยับยั้ง (intimidation, deterrence) การตัดความสามารถในการกระทำความผิด (incapacitation) การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด (rehabilitation) การนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม (resocialization)

1.2 แนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

เสรีภาพในการประกอบกิจการนั้นเริ่มจากเสรีภาพในการจัดตั้งหรือดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เสรีภาพในการประกอบกิจการมีเป้าหมายในการรับรองความเป็นอิสระในการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ เป็นเสรีภาพที่จะดำเนินการหรือเลือกวิธีประกอบการทางธุรกิจ นอกจากนั้นเสรีภาพในการประกอบกิจการยังมีความเกี่ยวพันกันอย่างลึกซึ้งกับเสรีภาพในการทำงาน (Freedom to Work) กับเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)² แท้จริงแล้วเสรีภาพในการประกอบกิจการมีลักษณะเป็นอย่างเดียวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่เมื่อกล่าวถึงการประกอบกิจการอาจให้ความหมายไปในทำนองการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในภาคธุรกิจที่ไม่ใช่การทำงานของบุคคลแต่ละบุคคลไป สำหรับเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น หมายถึงการทำงานด้วยกำลังกายหรือสติปัญญาของคนทั่วไป หรือที่เรียกว่าเสรีภาพในการทำงาน ซึ่งต่างกับเสรีภาพในการประกอบกิจการตรงที่เสรีภาพในการประกอบกิจการจะเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในอุตสาหกรรมและการค้าโดยมีการลงทุนเป็นปัจจัยสำคัญ สำหรับเสรีภาพในการประกอบอาชีพย่อมเป็นหลักการที่ห้ามไม่ให้มีการวางกฎเกณฑ์บังคับต่อบุคคลที่มีความประสงค์จะทำงานเพื่อไม่ให้ทำงาน หรือบังคับต่อบุคคลที่ไม่ประสงค์จะทำงานเพื่อให้ทำงาน นอกจากนั้นยังใช้กับกรณีลูกจ้างที่มีสิทธิจะเลือกจะทำงานหรือไม่ กับนายจ้างที่จะเลือกจะมีการจ้างให้ทำงานหรือไม่ ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจบังคับหรือห้ามไม่ให้มีการจ้างงานหรือห้ามบอกเลิกการจ้างงานเว้นแต่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย โดยหลักการดังกล่าวมีหลักการเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นพื้นฐานของเสรีภาพในการทำงาน³ สำหรับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น จะต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ กล่าวคือ มาตรการในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพต้องเป็นไปตามหลักความสมเหตุสมผลสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ หลักความจำเป็นที่มาตรการนั้น ๆ ต้องเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคลน้อยที่สุด หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบที่ความเสียหายที่บุคคลได้รับนั้นน้อยกว่าประโยชน์สาธารณะที่ได้รับ ดังนั้นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคลด้วยการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น ถ้าหากการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาสามารถกำหนดได้หลายลักษณะ แต่ลักษณะใดไม่ใช่การกำหนดลักษณะต้องห้ามที่กระทบกระเทือนเสรีภาพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาน้อยที่สุดและลักษณะต้องห้ามนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญามากกว่าประโยชน์สาธารณะที่พึงได้รับลักษณะต้องห้ามนั้นย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

¹ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง (กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2559) น.165 – 168.

² สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 24, ฉบับที่ 3, น.595 – 596, (กันยายน 2539).

³ เพ็งอ้าง น.596.

1.3 หลักความเสมอภาคในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ

หลักความเสมอภาคมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักการเรื่องเสรีภาพอันเป็นพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย เพราะความเสมอภาคทำให้เกิดการใช้เสรีภาพอย่างทั่วถึง ถ้าเสรีภาพใช้ได้เฉพาะกับคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้นย่อมไม่ถือว่าเสรีภาพ ความเสมอภาคจึงเป็นหลักประกันที่ทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นอย่างแท้จริง หลักความเสมอภาคเป็นหลักการปฏิบัติที่ยืนยันว่าในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยเกณฑ์เดียวกัน⁴ หลักความเสมอภาคคือสิทธิของประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียม องค์การของรัฐต่าง ๆ ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกัน หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค ในทางปฏิบัติจะมีการแบ่งบุคคลออกเป็นประเภท และปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันไป การแบ่งแยกบุคคลเป็นประเภทแล้วปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันไป จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขนี้⁵

(1) การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลมีความมุ่งหมายที่ชอบธรรม เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์สาธารณะนั้นเป็นประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะคุ้มครองหรือให้เกิด

(2) การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมได้จริง

(3) การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นต่อการดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์

การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลถ้าหากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าว ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล นอกจากนั้นหลักความเสมอภาคย่อมผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเรียกว่า “ความเสมอภาคของกฎหมาย” การบัญญัติกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึงหลักความสอดคล้องกันของระบบกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายให้มีการปฏิบัติแตกต่างกันเนื่องจากผลประโยชน์ที่ต่างกัน หรือเนื่องมาจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกันจะต้องมีเหตุผลอันสมควร⁶ การพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค มีความมุ่งหมายในการพิจารณาว่าการปฏิบัติที่ต่างกันของมาตรการตามกฎหมายมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามเกณฑ์ในเรื่องนั้น ๆ โดยการปฏิบัติที่ต่างกันที่มีเหตุผลอันสมควรนั้นจะต้องมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในทางที่ชอบธรรมและเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ดังนั้นการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเป็นการแบ่งบุคคลออกเป็นประเภท กล่าวคือ บุคคลที่มีประวัติเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญากับบุคคลที่ไม่มีประวัติเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาแล้วปฏิบัติต่อบุคคลทั้งสองประเภทแตกต่างกันออกไปด้วยเหตุสถานะบุคคลดังกล่าว แม้การเลือกปฏิบัติดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ถ้าหากการเลือกปฏิบัติที่นั้นขาดความชอบธรรมไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนและไม่มีเหตุผลอันหนักแน่นอาจเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมขัดต่อหลักความเสมอภาคได้ และนอกจากนั้นต้องพิจารณาการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกันด้วยว่ามีความสอดคล้องต้องกันหรือไม่

⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30, ฉบับที่ 2, น.164 – 165 (มิถุนายน 2543).

⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2543) น.94 – 99.

⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2558) น. 147.

2. แนวคิดกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

แนวคิดกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาแนวคิดทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศแคนาดา เนื่องจากประเทศเหล่านี้มีแนวคิดในการคุ้มครองผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกับมีหลักการพิจารณาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่น่าสนใจและน่าจะนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณาให้กับระบบกฎหมายไทยได้

2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่วางหลักการเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ได้แก่ Title VII of the Civil Rights Act of 1964⁷ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติเรื่องคุณสมบัติการประกอบอาชีพโดยสุจริต (a bona fide occupational qualification (BFOQ)) เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติในการทำงาน ซึ่งได้มีการกำหนดแนวทางสำหรับนายจ้างกรณีจะใช้ประวัติการเคยถูกจับกุมหรือการถูกตัดสินว่ากระทำความผิดในการตัดสินใจจ้างงาน เนื่องจากเห็นว่าการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่เคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดส่งผลกระทบต่อคนจำนวนหนึ่ง⁸ นอกจากนั้นยังยืนยันว่าจะต้องมีความสัมพันธ์กันระหว่างลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดกับหน้าที่ในอาชีพ เพื่อให้เกิดความมั่นใจได้ว่าจะยุติธรรมและป้องกันการเลือกปฏิบัติ⁹ และได้มีแนวทางการพิจารณาเกี่ยวกับการตัดสินใจในการประกอบอาชีพของผู้ที่ผู้ต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิด ซึ่งได้เรียกร้องให้นายจ้างพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่ (1) ลักษณะและความร้ายแรงของความผิด (2) ระยะเวลาที่ผ่านมาตั้งแต่กระทำความผิดหรือความสมบูรณ์ของการพิพากษา (3) ลักษณะของอาชีพที่มุ่งคุ้มครองหรือต้องการ นอกจากนั้นยังมีกฎหมายที่วางหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประวัติอาชญากรรมของผู้ขอใบอนุญาตประกอบอาชีพกับอาชีพที่ต้องการขออนุญาต ได้แก่ Texas Occupations Code ,New York Correction Law , The Human Rights Law

2.2 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียในระดับสหพันธรัฐได้มีกฎหมาย Australian Human Rights Commission Act 1986 ซึ่งได้วางหลักการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาไว้โดยเฉพาะ¹⁰ โดยวางหลักการเรื่องการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ หรือต้นกำเนิดทางสังคม ความเท่าเทียมกันของโอกาสในการจ้างงานหรือการประกอบอาชีพ¹¹ แม้ใน Australian Human Rights Commission Act 1986 จะไม่ได้วางหลักการเรื่องการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดโดยตรง แต่ได้กำหนดหลักการเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมไว้ใน The Australian Human Rights Commission Regulations 1989 ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุมีประวัติอาชญากรรมเป็นหลักการหนึ่งภายใต้ Australian Human Rights Commission Act 1986

⁷ Tammy R. Pettinato, Employment Discrimination Against Ex-Offenders: The Promise and Limits of Title VII Disparate Impact Theory, *Marq. L. Rev.*, p. 839 -840 (2014).

⁸ Ibid, p. 840-842.

⁹ 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.510 (2012-2013).

¹⁰ Bronwyn Naylor, Criminal Records and Rehabilitation in Australia, *European Journal of Probation University of Bucharest Vol. 3, No.1*, p.89 (2011).

¹¹ From Section 3 of the AHRC Act.

สำหรับในระดับมลรัฐ รัฐ Northern Territory ได้มีกฎหมาย Anti-Discrimination Act 1992 วางหลักการเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ เช่น เชื้อชาติ เพศ สถานภาพทางเพศ อายุ สถานภาพการสมรส การตั้งครรภ์ ครอบครัว การเลี้ยงลูก ความพิการ สภาพสุขภาพแรงงานหรือสมาคมายจ้างความเชื่อ กิจกรรมทางศาสนา ความเห็นทางการเมือง การรับบริการทางการแพทย์ที่ไม่เกี่ยวข้อง ประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้องในการทำงาน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้องในการทำงานก็มีข้อยกเว้นที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุประวัติอาชญากรรมกรณีงานส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับการดูแลการเรียนการสอน หรือการดูแลบุคคลที่เป็นกลุ่มเสี่ยง (เด็ก ผู้สูงอายุ ผู้ที่มีความพิการทางร่างกายหรือสติปัญญา ผู้มีความเจ็บป่วยทางจิต) การเลือกปฏิบัติมีความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลในการปกป้องความผาสุกทางร่างกายจิตใจหรืออารมณ์ของผู้อ่อนแอเหล่านั้นโดยคำนึงถึงสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดของคดีรวมถึงการกระทำของบุคคล¹² และกฎหมาย Anti-Discrimination Act 1998 ของรัฐ Tasmanian ได้วางหลักการเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ เช่น เชื้อชาติ อายุ สถานภาพการสมรส ความเชื่อทางการเมืองหรือกิจกรรมทางการเมือง ความเชื่อทางศาสนาหรือกิจกรรมทางศาสนา และประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับผู้บุคคล เป็นต้น¹³ โดยประวัติอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้อง (irrelevant criminal record) เป็นบันทึกที่เกี่ยวข้องกับการจับกุมการซักถามหรือดำเนินคดีทางอาญา การห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอาชญากรรมที่ไม่เกี่ยวข้องได้มีข้อยกเว้นไม่ให้เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีการดำเนินการเกี่ยวกับเด็ก การศึกษาการฝึกอบรมหรือการดูแลเด็กหากมีความจำเป็นตามสมควรที่จะทำเพื่อปกป้องสภาพร่างกายจิตใจและอารมณ์ของเด็กโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง¹⁴

2.3 ประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาในระดับสหพันธรัฐมีกฎหมาย Canadian Human Rights Act 1985 ได้วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ โดยกำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ ได้แก่ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา อายุ เพศ รสนิยมทางเพศ เอกลักษณ์ทางเพศ สถานภาพสมรส สถานะครอบครัว ลักษณะทางพันธุกรรม ความพิการและการถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดสำหรับความผิดที่ได้รับการให้อภัยหรือระงับการบันทึกประวัติแล้ว¹⁵ นอกจากนี้แล้ว กฎหมายดังกล่าวยังให้อำนาจผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ทำข้อบังคับเกี่ยวกับข้อกำหนดและเงื่อนไขที่จะรวมอยู่หรือใช้กับสัญญาใด ๆ ใบอนุญาต หรือการอนุญาตที่ต้องได้รับอนุญาต เกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ¹⁶

สำหรับในระดับมลรัฐได้มีกฎหมาย Charter of Human Rights and Freedoms เป็นกฎหมายของรัฐ Quebec ซึ่งได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐ โดยได้กำหนดว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับในการใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพอย่างเต็มที่และเท่าเทียมกัน ไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว เพศ เอกลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศ การตั้งครรภ์ รสนิยมทางเพศ สถานะพลเมือง อายุ ศาสนา ความคิดทางการเมือง ภาษา เชื้อชาติ ชาติกำเนิด สภาพทางสังคม¹⁷ และโดยเฉพาะบุคคลที่เคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิด ได้ให้ความคุ้มครองไว้โดยเฉพาะว่า บุคคลจะต้องไม่ถูกเลิกจ้างหรือปฏิเสธการจ้างงาน หรือตัดสิทธิประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน ด้วยเหตุข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลเคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดทางอาญา หากความผิดทางอาญานั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับการ

¹² Anti-Discrimination Act 1992 section 33

¹³ Anti-Discrimination Act 1998 section 16

¹⁴ Anti-Discrimination Act 1998 Division 7 section 50

¹⁵ Canadian Human Rights Act 1985 section 3 (1)

¹⁶ Canadian Human Rights Act 1985 section 23

¹⁷ Charter of human rights and freedoms, RSQ, c C-12, Section 10

ทำงานนั้น ๆ หรือถ้าบุคคลได้รับการอภัยโทษสำหรับความผิดนั้นแล้ว¹⁸ และกฎหมาย Human Rights Act, 2010, SNL 2010, c H-13 เป็นกฎหมายของรัฐ New foundland and Labrador ซึ่งได้บัญญัติคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาไว้ว่า นายจ้างหรือผู้ทำหน้าที่แทนนายจ้างจะต้องไม่ปฏิเสธที่จะจ้างหรือดำเนินการจ้างงานหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นในเรื่องการจ้างงานหรือเงื่อนไขการจ้างงานบนพื้นฐานของการห้ามเลือกปฏิบัติเนื่องจากเคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานของบุคคลที่ต้องการทำงานยกเว้นการจำกัดหรือข้อกำหนดบนพื้นฐานของความสุจริตในการประกอบอาชีพ¹⁹

จากการศึกษาแนวคิดกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศแคนาดา ทั้ง 3 ประเทศมีกฎหมายที่มีแนวคิดร่วมกันเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยมีแนวคิดว่าการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้นต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่าความผิดที่เคยกระทำในอดีตอันจะนำมาเป็นเหตุในการห้ามมิให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้นจะต้องเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกิจการหรืออาชีพที่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจะเลือกประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น นอกจากนี้ทั้ง 3 ประเทศยังได้มีกฎหมายที่วางหลักการเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุการมีสถานะเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาไว้เป็นการเฉพาะ

3. การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทย

การห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในระบบกฎหมายไทยนั้น ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้าและศึกษากฎหมายค้นพบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องจำนวน 30 ฉบับ ซึ่งกฎหมายทั้งหมดนี้เป็นกรณีตัวอย่างเท่าที่ผู้เขียนสามารถค้นพบและได้ทำการวิเคราะห์จัดกลุ่มของกฎหมายทั้งหมด โดยใช้เกณฑ์การแบ่งจากผลของการกำหนดลักษณะต้องห้ามว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพเด็ดขาดอันเป็นการตัดโอกาสในการเข้าสู่กิจการหรืออาชีพตลอดไป หรือไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพเด็ดขาดโดยสามารถเข้าสู่อาชีพได้เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนดหลังพ้นโทษ และเกณฑ์การแบ่งจากลักษณะในการกำหนดฐานความผิดเป็นลักษณะต้องห้าม ว่าเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้าง หรือเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ ผู้เขียนจึงได้จัดกลุ่มกฎหมายในการวิเคราะห์ได้เป็น 5 กลุ่ม ดังนี้

3.1 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ คือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ โดยไม่เป็นลักษณะต้องห้ามเด็ดขาดแต่มีการกำหนดเงื่อนไขที่สามารถประกอบอาชีพได้หลังพ้นโทษ และกำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ กล่าวคือ บุคคลที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก จะเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพตามกฎหมายในกลุ่มนี้ ต่อเมื่อความผิดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก เป็นความผิดที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะของลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพของกฎหมายนั้น ๆ 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 การกำหนดลักษณะต้องห้ามของกลุ่มดังกล่าวนี้มีลักษณะการบัญญัติกฎหมายยกตัวอย่าง เช่น พระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558

¹⁸ Charter of human rights and freedoms, RSQ, c C-12, Section 18.2

¹⁹ Human Rights Act, 2010, SNL 2010, c H-13, Section 14.

มาตรา 34 ข. (3) บัญญัติว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยรับอนุญาตต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... ข. ลักษณะต้องห้าม... (3) เป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกสำหรับความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน หรือความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หรือพ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีก่อนวันขอรับใบอนุญาตและมีใช้ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา”

3.2 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง คือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ โดยไม่เป็นลักษณะต้องห้ามเด็ดขาดแต่มีการกำหนดเงื่อนไขที่สามารถประกอบกิจการหรืออาชีพได้หลังพ้นโทษ และกำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ กล่าวคือ บุคคลใดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก ไม่ว่าความผิดใดก็ตามที่เป็นความผิดมิโทษทางอาญา ย่อมเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพ เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ได้แก่ พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติจดทะเบียนการพิมพ์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติสถานพยาบาลสัตว์ พ.ศ. 2533 พระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562 การกำหนดลักษณะต้องห้ามของกลุ่มดังกล่าวนี้มีลักษณะการบัญญัติกฎหมายยกตัวอย่าง เช่น พระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562 มาตรา 19 (9) บัญญัติว่า “ผู้อนุญาตจะออกใบอนุญาตผลิต นำเข้า หรือขายผลิตภัณฑ์สมุนไพรเมื่อปรากฏว่าผู้ขออนุญาตมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้...(9) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หรือได้พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันยื่นคำขออนุญาต”

3.3 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ คือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ โดยห้ามเด็ดขาดไม่สามารถขอประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ ได้เลย แต่กำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ กล่าวคือ บุคคลที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก จะเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพตามกฎหมายในกลุ่มนี้ ต่อเมื่อความผิดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก เป็นความผิดที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะของลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพของกฎหมายนั้น ๆ ได้แก่ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า 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 การกำหนดลักษณะต้องห้ามของกลุ่มดังกล่าวนี้มีลักษณะการบัญญัติกฎหมายยกตัวอย่าง เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 6 (5) บัญญัติว่า “ผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการตามมาตรา 4 ต้องมีคุณสมบัติดังนี้... (5) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการค้าหญิงและเด็กหญิง ตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก หรือตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการค้าประเวณี”

3.4 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง คือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ โดยห้ามเด็ดขาดไม่สามารถประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้เลย และกำหนดฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ กล่าวคือ บุคคลใดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้อภัยโทษ หรือให้จำคุก ไม่ว่าความผิดใดก็ตามที่เป็นความผิดมีโทษทางอาญาย่อมเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพ เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ได้แก่ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 การกำหนดลักษณะต้องห้ามของกลุ่มดังกล่าวนี้มีลักษณะการบัญญัติกฎหมายยกตัวอย่าง เช่น พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 มาตรา 9 (5) บัญญัติว่า “ผู้ขออนุญาตตั้งโรงรับจำนำต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้... (5) ไม่เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดที่เป็นลหุโทษ หรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท”

3.5 กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยใช้ลักษณะผสม

กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยใช้ลักษณะผสม คือ กฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ โดยใช้ลักษณะการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่ให้ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งนำลักษณะของการกำหนดลักษณะต้องห้ามในหัวข้อ 3.1 ถึง 3.4 ผสมกันในกฎหมายฉบับเดียวกัน ได้แก่ พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติหอพัก พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 การกำหนดลักษณะต้องห้ามของกลุ่มดังกล่าวนี้มีลักษณะการบัญญัติกฎหมายยกตัวอย่าง เช่น พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 มาตรา 16 (5) และ (6) บัญญัติว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาต ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ (6) ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี” และในมาตรา 33 (5) และ (6) ว่า “ผู้จัดการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้... (5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ (6) ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี”

4. วิเคราะห์ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การวิเคราะห์ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงปัญหาความสอดคล้องกับแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน และปัญหาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค

4.1 ปัญหาความสอดคล้องกับแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษของมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้ากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษพบว่า มีพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้ตราขึ้นโดยมีเหตุผลในการตรากฎหมายดังกล่าวตอนหนึ่งว่า “...เพื่อกำหนดนโยบายและทิศทางในการบริหารงาน

ราชทัณฑ์และปรับปรุงกฎหมายให้สามารถแก้ไข บำบัด พื้นฟู และพัฒนาพฤตินิสัยของผู้ต้องขัง กับทั้งเป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาอื่นในการบริหารจัดการกระบวนการของกรมราชทัณฑ์ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้น” และ พบว่ามีพระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ. 2559 ซึ่งได้ตราขึ้นโดยมีเหตุผลในการตรากฎหมายดังกล่าวตอนหนึ่งว่า “...โดยที่งานด้านการคุมประพฤติมีความสำคัญในกระบวนการยุติธรรม อันจะทำให้เกิดประสิทธิภาพและเกิดความเรียบร้อยขึ้นในสังคม ซึ่งในการปฏิบัติงานด้านนี้มีกรมคุมประพฤติเป็นหน่วยงานหลักเกี่ยวกับการคุมประพฤติ ... โดยมีการกึ่งเกี่ยวกับการคุมประพฤติผู้กระทำผิดที่เป็นเด็ก เยาวชน ผู้ใหญ่ ผู้ได้รับการพักการลงโทษและการลดวันต้องโทษจำคุก รวมถึงการตรวจพิสูจน์และการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด การจัดให้มีการทำงานบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์ การดำเนินการเพื่อสร้างความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ การให้การสงเคราะห์ การให้หน่วยงานของรัฐและภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกันอาชญากรรมและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด...” ผู้เขียนเห็นว่าจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ. 2559 พบว่ามีกลไกในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด การเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยตัวผู้กระทำผิด และให้ความช่วยเหลือในการหางานทำภายหลังพ้นโทษ เพื่อให้สามารถกลับตนเป็นคนดีและสามารถกลับคืนสู่สังคมได้ ระบบกฎหมายไทยจึงมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษอยู่บนแนวคิดการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด และแม้ว่าในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีกลไกล้างมลทินที่เป็นกลไกถาวรแต่อย่างไรก็ตามความพยายามของกฎหมายดังกล่าวในการเตรียมความพร้อมทั้งด้านสังคม อาชีพ และสภาพแวดล้อมภายหลังได้รับการปล่อยตัว ระบบกฎหมายไทยจึงมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่มีความมุ่งหมายให้เป็นไปตามแนวคิดการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม แต่แนวคิดดังกล่าวจะประสบผลสำเร็จแค่ไหนเพียงใดขึ้นอยู่กับว่ามีอุปสรรคหรือเครื่องกีดกันอื่น ๆ หรือไม่ โดยเฉพาะเครื่องกีดกันที่เป็นมาตรการของรัฐ เช่น การกำหนดลักษณะต้องห้ามในการขออนุญาตประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เมื่อพิจารณากฎหมายต่าง ๆ ข้างต้นจะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายไทยนอกจากมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นไปตามทฤษฎีการแก้แค้นทดแทน การข่มขู่ยับยั้งการตัดสินใจในการกระทำความผิดสำหรับผู้กระทำความผิดที่ยังรับโทษอยู่แล้ว ระบบกฎหมายไทยยังมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามทฤษฎีการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดและการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมเพื่อให้สามารถดำรงชีพได้ภายหลังพ้นโทษแล้วอีกด้วย แต่การพิจารณาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องพิจารณาว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามทฤษฎีการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด และการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมหรือไม่อย่างไร

ปัญหาความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษของลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ผู้เขียนได้วิเคราะห์ในประเด็นความสอดคล้องกับแนวคิดในการลงโทษว่าด้วยการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดและการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าแนวคิดดังกล่าวเป็นประเด็นหลักที่จะใช้พิจารณาการห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ จากการศึกษากฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นกลุ่มกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพของประชาชนที่ต้องขออนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ผู้เขียนพบว่าไม่มีกฎหมายฉบับใดที่กำหนดมาตรการในการบรรเทาผลร้ายจากการที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา การไม่มีมาตรการบรรเทาผลร้ายให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาสามารถพิสูจน์ตนเองว่าจะไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก และสามารถกลับตนเป็นคนดีและกลับสู่สังคมได้ จึงทำให้แนวคิดว่าด้วยการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมไม่อาจบรรลุผลแนวคิดของรัฐที่มักได้ยินคำขวัญที่ว่า “คืนคนดีสู่สังคม” จึงล้มเหลว นอกจากนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับแนวคิดเลือกบุคคลเข้าทำงานในภาครัฐซึ่งต้องเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐกลับมีมาตรการบรรเทาผลร้ายที่มากกว่า เช่น ข้าราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2554 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จะกำหนดมาตรการที่เป็นข้อยกเว้นให้บุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวสามารถเข้ารับราชการได้ โดยให้คณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานนั้น ๆ มีดุลพินิจพิจารณาว่ามีมติเป็นการเฉพาะรายได้ หรือมีการประกาศยกเว้น

เป็นการทั่วไป โดยเป็นไปตามระเบียบปฏิบัติหรือมติของคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลนั้น ๆ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุดังกล่าวสามารถสมัครเข้ารับราชการได้

การไม่มีมาตรการที่จะบรรเทาผลร้ายจากผลของการเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา จึงทำให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษด้วยการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดไม่ประสบความสำเร็จ และมีอุปสรรคในการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม ผู้เขียนเห็นว่าวิธีการแก้ปัญหานี้ไม่ต้องถึงขนาดยกเลิกลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเสียทั้งหมด แต่ต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาค และควรกำหนดข้อยกเว้นให้สามารถอนุญาตผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาในการเข้าสู่กิจการหรืออาชีพได้เป็นการเฉพาะรายหรือเป็นการทั่วไปเหมือนกับกฎหมายข้าราชการพลเรือนและข้าราชการรัฐสภา

4.2 ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนของมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามไม่ให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนของมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามไม่ให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ปัญหาการเลือกกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา และปัญหาการสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

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

เมื่อทราบขอบเขตและเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้ว ต้องพิจารณาต่อไปว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นไปตามขอบเขตและเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญหรือไม่ สำหรับกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยเฉพาะกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพหรือกิจการที่ต้องขออนุญาตจากรัฐทั้ง 30 ฉบับนั้น เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายเหล่านั้นพบว่า กฎหมายหลายฉบับไม่ได้มีภาระบัญญัติวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ชัดเจนว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนเพื่อการใดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่อย่างไรก็ตามการที่กฎหมายหลายฉบับไม่ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ชัดเจนในเหตุผลของการตรากฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่ายังคงสามารถค้นหาวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้จากบริบทของกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายทั้ง 30 ฉบับมีวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพสอดคล้องกับเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญในเรื่องต่าง ๆ ได้แก่ เพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองผู้บริโภค และการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ โดยการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษา

ในคดีอาญาโดยการกำหนดลักษณะต้องห้ามนี้ เป็นการจำกัดเสรีภาพด้วยเกณฑ์ว่าผู้ประกอบอาชีพหรือผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจจะต้องมีความน่าเชื่อถือเพื่อประโยชน์สาธารณะ²⁰

4.2.2 ปัญหาการเลือกกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

ปัญหาการเลือกกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่ากฎหมายควรเลือกกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญาอย่างไรจึงจะสอดคล้องกับหลักความจำเป็นกระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพของปัจเจกบุคคลผู้ซึ่งเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาน้อยที่สุด การพิจารณาเกี่ยวกับการห้ามประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เนื่องด้วยเคยกระทำความผิดต่างต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างฐานความผิดกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ เพื่อป้องกันไม่ให้อาศัยโอกาสในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้นไปกระทำความผิดอาญาอีก เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบมาตรการของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชนโดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ซึ่งผู้เขียนได้จำแนกกฎหมายไว้ 5 กลุ่ม ด้วยเกณฑ์ผลของการกำหนดลักษณะต้องห้ามว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพเด็ดขาดอันเป็นการตัดโอกาสในการเข้าสู่อาชีพตลอดไป หรือจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพไม่เด็ดขาดโดยสามารถเข้าสู่อาชีพได้เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนดหลังพ้นโทษ และเกณฑ์จากลักษณะในการกำหนดฐานความผิดเป็นลักษณะต้องห้ามว่าเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้างหรือเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ สำหรับการกำหนดลักษณะต้องห้ามจะกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบต้องพิจารณาต่อไปว่าฐานความผิดที่เป็นเหตุแห่งการต้องห้ามประกอบกิจการหรืออาชีพนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ หรือไม่ ถ้าหากฐานความผิดที่เป็นเหตุแห่งการต้องห้ามประกอบกิจการหรืออาชีพนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงกับกิจการหรืออาชีพนั้น ๆ การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวย่อมกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุดและสอดคล้องกับหลักความจำเป็น

ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเอกชนโดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่กำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามไว้อย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ กล่าวคือ บุคคลใดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้อภัยโทษ หรือให้จำคุก ไม่ว่าความผิดใดก็ตามที่เป็นความผิดมิโทษทางอาญา ย่อมเข้าลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพ เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นมาตรการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่กระทบกระเทือนเสรีภาพของเอกชนมากกว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่กำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ เพราะการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามไว้อย่างกว้าง เว้นแต่ความผิดโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามอย่างกว้างขวางคลุมเครือส่งผลกระทบต่อบุคคลวงกว้างโดยไม่อาจอธิบายได้ถึงเหตุผลความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำอันเป็นการต้องห้ามกับอาชีพที่มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนั้น ว่าความผิดที่เคยกระทำอันเป็นการต้องห้ามมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับลักษณะงานของอาชีพนั้น ๆ อันทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการปฏิบัติหน้าที่อย่างไร ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพมากเกินไปอย่างไม่สมเหตุผล ยังมีมาตรการอื่นดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นที่กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพของเอกชนน้อยกว่า จึงไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น

ในทางกลับกันผู้เขียนเห็นว่ามาตรการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพเอกชนโดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่กำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ กล่าวคือ มีการกำหนดความผิดที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะของลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพของกฎหมายนั้น ๆ บุคคลที่เคยถูก

²⁰ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2538) น. 124 – 134.

ศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก จะถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น ๆ ด้วยลักษณะต้องห้าม ต่อเมื่อความผิดที่เคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ให้รับโทษ หรือให้จำคุก เป็นความผิดตามที่ได้ระบุไว้ในลักษณะต้องหานั้น ๆ เป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบอาชีพของเอกชนน้อยที่สุด เพราะเป็นการจำกัดเสรีภาพอย่างแคบ เฉพาะแต่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในความผิดตามที่ลักษณะต้องห้ามระบุเท่านั้นที่ไม่สามารถเข้าสู่อาชีพนั้น ๆ ได้ อีกทั้งการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวมีโอกาสพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำความผิดเป็นการต้องห้ามกับอาชีพที่มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนั้น โดยพิจารณาว่าความผิดที่เคยกระทำความผิดเป็นการต้องห้ามมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับลักษณะงานของอาชีพนั้น ๆ อันทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ เพื่อพิจารณาว่าลักษณะต้องห้ามที่จะกำหนดนั้นเป็นคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสำหรับงานนั้นหรือไม่ เช่น ความผิดฐานเมาแล้วขับหากเป็นเหตุผลการปฏิเสธการออกใบอนุญาตประกอบอาชีพเกี่ยวกับการขับรถบรรทุก การกำหนดความผิดที่ต้องห้ามกับอาชีพดังกล่าวย่อมสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันโดยตรง ผู้เขียนจึงเห็นว่ามาตรการของกฎหมายในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยเฉพาะเจาะจงฐานความผิดบางฐานความผิดเท่านั้น เป็นมาตรการที่สมเหตุสมผลและกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพของเอกชนน้อยที่สุด จึงสอดคล้องกับหลักความจำเป็น

4.2.3 ปัญหาการสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

ปัญหามาตรการการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้นได้ดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมีความได้สัดส่วนหรือไม่ ต้องพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบว่า มาตรการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรืออาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่พิจารณาแล้วเห็นว่าสอดคล้องกับหลักความสมเหตุสมผลและหลักความจำเป็นแล้วนั้น มาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่าความเสียหายของเอกชนหรือไม่

เมื่อพิจารณาประโยชน์สาธารณะจากการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองผู้บริโภค และการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่มุ่งหมายจริง ๆ จากวัตถุประสงค์ของกฎหมายเหล่านี้ ก็คือความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนโดยทั่วไปที่รับบริการจากอาชีพหรือกิจการนั้น ๆ การพิจารณาประโยชน์สาธารณะจึงอาจต้องพิจารณาประกอบจากปัจจัยความเสี่ยงในการกลับมากระทำความผิดซ้ำของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา แนวนโยบายของรัฐในการปฏิบัติต่อผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เปรียบเทียบกับความเสียหายของเอกชนผู้ที่ต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยอาจเปรียบเทียบกับความรุนแรงและระยะเวลาในการถูกตัดโอกาสในการเข้าสู่อาชีพ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าการศึกษาดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายที่เอกชนผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับ ต้องพิจารณาจากความสมเหตุสมผลของความรุนแรงของลักษณะต้องห้ามและระยะเวลาในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพภายหลังพ้นโทษ ถ้าหากสภาพอันตรายอันเกิดจากการเคยกระทำความผิดของบุคคลนั้น ๆ หดไปและน่าเชื่อว่าจะไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำแล้ว การกำหนดลักษณะต้องห้ามอันเปรียบเสมือนการกำหนดมาตรการเพื่อความปลอดภัยนั้นก็ควรจะสิ้นสุดลง

ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่าความเสียหายของเอกชนผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญานั้น ต้องเป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่มีเงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่กิจการหรืออาชีพได้ภายหลังพ้นโทษ ไม่ใช่ลักษณะต้องห้ามที่ห้ามเข้าสู่กิจการหรืออาชีพเด็ดขาด อันเป็นการตัดโอกาสในการประกอบกิจการหรืออาชีพอย่างสิ้นเชิง เว้นแต่ความผิดที่เคยกระทำและได้รับโทษจะเป็นความผิดรุนแรงถึงขนาดมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งส่งผลต่อความเชื่อมั่นในความปลอดภัยของประชาชนผู้รับบริการจากกิจการหรืออาชีพนั้นอย่างมาก

4.3 วิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามไม่ให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การวิเคราะห์ปัญหาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามไม่ให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคล ปัญหาความชอบธรรมของการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา และปัญหาความสอดคล้องกันในระบบกฎหมายของลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

4.3.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคล

การพิจารณาตามหลักความเสมอภาคจะมีการพิจารณาถึงการปฏิบัติต่อบุคคลว่ามีการเลือกปฏิบัติหรือไม่ โดยการพิจารณาจะต้องมีการแบ่งบุคคลออกเป็นประเภทและพิจารณาว่ามีการปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันและต่างประเภทกันอย่างไร การแบ่งแยกบุคคลเป็นประเภทแล้วปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันไปย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่ต้องพิจารณาต่อไปว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใดตามรัฐธรรมนูญและเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดเหตุของการเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 27 วรรคสามว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเหตุของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา หรือเหตุเคยมีประวัติอาชญากรรมไว้โดยเฉพาะ และไม่พบกฎหมายใดในระดับพระราชบัญญัติที่บัญญัติเพิ่มเติมหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยห้ามไม่ให้เลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยมีประวัติต้องคำพิพากษาหรือประวัติอาชญากรรม

สำหรับประเทศไทยแม้รัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นไม่ได้กำหนดเหตุในการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาหรือมีประวัติอาชญากรรมไว้ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสาม ห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุ “สถานะของบุคคล” ไว้ ผู้เขียนเห็นว่าการมีประวัติเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาหรือประวัติอาชญากรรม เป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลที่เคยกระทำความผิดอาญาและเป็นข้อมูลที่สามารถระบุตัวบุคคลผู้เคยกระทำความผิดได้ การที่บุคคลใดเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาทำให้เขาถูกบันทึกในประวัติอาชญากรรม ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาทำให้บุคคลนั้นมีสถานะของบุคคลขึ้นมาอีกประเภทหนึ่ง คือ สถานะความเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจะคงอยู่ติดตัวผู้นั้นไป ดังนั้นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจึงเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุ “สถานะของบุคคล”

4.3.2 ปัญหาความชอบธรรมของการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

การที่กฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวจะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่จะต้องพิจารณากฎหมายแต่ละฉบับในรายละเอียด โดยพิจารณาว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาประกอบอาชีพหรือกิจการบางประการมีความมุ่งหมายที่ชอบธรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ และการเลือกปฏิบัติเช่นนั้นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ ปัญหาความชอบธรรมของการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เป็นการพิจารณาว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญามีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ เพราะลักษณะต้องห้ามที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จากการวิเคราะห์ข้างต้นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคลผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญามีความมุ่งหมายที่ชอบธรรม เพราะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ แต่ลักษณะต้องห้ามที่กำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้างไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนและไม่สามารถอธิบายได้ว่าเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานในอาชีพนั้น ๆ อย่างไร และลักษณะต้องห้ามที่กำหนดไม่ให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

ประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยห้ามเด็ดขาดไม่สามารถขอประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้เลยภายหลังพ้นโทษ แม้จะกำหนดลักษณะความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบแต่ถ้าความผิดนั้นไม่ได้รุนแรงถึงขนาดมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต รวมทั้งลักษณะต้องห้ามที่แม้จะมีการกำหนดเงื่อนไขที่สามารถเข้าสู่อาชีพนั้นได้ภายหลังพ้นโทษ แต่ถ้าหากกระทบต่อนโยบายของรัฐในการส่งเสริมอาชีพผู้ต้องโทษอาชีพหนึ่งอาชีพใดเป็นการเฉพาะ ถึงขนาดทำให้นโยบายล้มเหลวซึ่งล้วนแต่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนและไม่มีเหตุผลหนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งสิ้น

4.3.3 ปัญหาความสอดคล้องกันในระบบกฎหมายของลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุต้องคำพิพากษาในคดีอาญา

สำหรับกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาให้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ซึ่งเป็นกลุ่มกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพหรือการงานของประชาชนที่ต้องขออนุญาต ต่อผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ผู้เขียนพบว่ากฎหมายที่ผู้เขียนค้นคว้ามาทั้งหมด 30 ฉบับ มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่แตกต่างกันไปโดยจัดกลุ่มออกได้เป็น 5 กลุ่มตามที่ได้ผู้เขียนได้จำแนกไว้ในหัวข้อที่ 3 ได้แก่ (1) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างแคบ (2) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพไม่เด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง (3) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง (4) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งจำกัดเสรีภาพเด็ดขาดโดยกำหนดลักษณะความผิดต้องห้ามไว้อย่างกว้าง (5) กฎหมายที่ห้ามผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาโดยใช้ลักษณะผสม และนอกจากนั้นกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาให้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ยังมีการกำหนดรูปแบบและผลทางกฎหมายของลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาแตกต่างกันออกไป ได้แก่ การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้รับโทษ และการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิด ซึ่งแต่ละรูปแบบส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันไป

เห็นได้ว่าลักษณะของบทบัญญัติในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ยังมีความแตกต่างกัน การตรากฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้ยังไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนว่าถ้ามีความจำเป็นต้องกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจะกำหนดฐานความผิดและลักษณะความผิดเช่นใด ควรเป็นลักษณะต้องห้ามเด็ดขาดตลอดชีวิตหรือควรกำหนดเงื่อนไขที่สามารถประกอบอาชีพได้หลังพ้นโทษ และถ้าควรกำหนดเงื่อนไขเวลาควรกำหนดเป็นระยะเวลาสั้นเพียงใด การที่ไม่มีเกณฑ์ที่แน่นอนในการตรากฎหมายในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่ผ่านมาในอดีตทำให้กฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพไม่เป็นเอกภาพ นอกจากนั้นทำให้เกิดภาระแก่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่ไม่สามารถคาดหมายได้แน่นอนในการเลือกประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เนื่องจากอาชีพของเอกชนทั่วไปที่ต้องขออนุญาตของกฎหมายแต่ละฉบับอาจกำหนดลักษณะต้องห้ามที่ส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน การที่กฎหมายที่บังคับต่อการประกอบอาชีพของเอกชนเหมือนกันแต่กำหนดลักษณะต้องห้ามที่แตกต่างกันไป อาจส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เสมอภาคกันในระบบกฎหมาย

กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเอกชนด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาจึงมีปัญหาคความไม่สอดคล้องกันในระบบกฎหมายที่มีลักษณะเหมือนกัน²¹ ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีความจำเป็นต้องมีแนวทางในการตรากฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เพราะการมีแนวทางที่สกัดจากหลักการของรัฐธรรมนูญจะช่วยให้กฎหมายมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในสองมิติ มิติแรกการกำหนดแนวทางในการกำหนดลักษณะต้องห้าม

²¹ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.154 – 155.

ด้วยเหตุที่ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เป็นมาตรการป้องกันให้การตรากฎหมายมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและมีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระบบกฎหมายเดียวกัน มิติที่สองการกำหนดแนวทางในการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุที่ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา อาจนำมาเป็นเกณฑ์ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ จึงกล่าวได้ว่าการมีแนวทางดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นที่เป็นทั้งมาตรการในเชิงป้องกันและมาตรการในเชิงแก้ไขปรับปรุง

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ปัญหาการห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เป็นปัญหาที่ระบบกฎหมายไทยมีกฎหมายจำนวนหนึ่งที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการขออนุญาตประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพด้วยเหตุที่ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา โดยกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามในรูปแบบที่หลากหลาย ดังเช่นที่ผู้เขียนได้จำแนกกลุ่มของกฎหมายเป็น 5 กลุ่ม ด้วยเกณฑ์จากลักษณะการกำหนดลักษณะต้องห้ามว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพเด็ดขาดอันเป็นการตัดโอกาสในการเข้าสู่กิจการหรืออาชีพตลอดไป หรือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพไม่เด็ดขาดโดยสามารถเข้าสู่กิจการหรืออาชีพได้เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนดหลังพ้นโทษ และเกณฑ์จากลักษณะในการกำหนดฐานความผิดเป็นลักษณะต้องห้าม ว่าเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างกว้าง หรือเป็นการกำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบ และเพื่อหาคำตอบว่ากฎหมายเหล่านี้กำหนดห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพอย่างสมเหตุสมผลและสามารถทำให้รัฐบรรลุวัตถุประสงค์ตามแนวคิดที่ถูกต้องว่าด้วยการปฏิบัติต่อบุคคลผู้มีสถานะเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาหรือไม่ ผู้เขียนจึงได้พิจารณาว่ากฎหมายเหล่านี้สอดคล้องกับแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และหลักความเสมอภาคหรือไม่

เมื่อพิจารณากฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามหลักการที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น ผู้เขียนมีความเห็นสรุปได้ว่า กฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพไม่มีมาตรการในการบรรเทาผลร้ายจากผลของการเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเลยทำให้กฎหมายเหล่านี้ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่ต้องการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดและไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการนำผู้กระทำผิดกลับสู่สังคม ทำให้นโยบายของรัฐที่ต้องการคืนคนดีสู่สังคมไม่ประสบความสำเร็จ เมื่อพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนแม้กฎหมายเหล่านี้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะในการรักษาความสงบเรียบร้อย การคุ้มครองผู้บริโภคและการจัดระเบียบในการประกอบอาชีพ แต่เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการของกฎหมายตามที่จำแนกออกเป็นกลุ่มต่าง ๆ คงมีเพียงกฎหมายที่มีมาตรการในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพเอกชนโดยลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุที่ต้องคำพิพากษาในคดีอาญาที่กำหนดลักษณะฐานความผิดที่ต้องห้ามอย่างแคบเท่านั้นที่กระทบกระเทือนเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของเอกชนน้อยที่สุด เพราะสามารถอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับกิจการหรืออาชีพที่ต้องห้ามได้สำหรับดุลยภาพระหว่างความเสียหายของบุคคลกับประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่ไม่เด็ดขาดและมีเงื่อนไขที่สามารถประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้ภายหลังพ้นโทษ ย่อมได้ดุลยภาพเกิดความได้สัดส่วนความเสียหายที่บุคคลได้รับน้อยกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ เว้นเสียแต่ว่าการห้ามเด็ดขาดนั้นจะใช้กับการกระทำผิดในอดีตสำหรับความผิดที่มีความรุนแรงอย่างมากซึ่งส่งผลต่อความเชื่อมั่นในความปลอดภัยของประชาชนผู้รับบริการจากกิจการหรืออาชีพอย่างสูง

สำหรับประเด็นเรื่องความเสมอภาคนั้นการเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาย่อมเป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลเป็นสถานะของบุคคลอย่างหนึ่ง การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุว่าเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาย่อมเป็นการเลือก

ปฏิบัติด้วยเหตุสถานะของบุคคล จึงต้องพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีความชอบธรรมหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญามีความมุ่งหมายที่ชอบธรรม เพราะมีวัตถุประสงค์ที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่การกำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยลักษณะฐานความผิดอย่างกว้างนั้นและการห้ามไม่ให้ประกอบกิจการหรืออาชีพที่เด็ดขาดย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เพราะไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน นอกจากนั้นกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวมีการกำหนดด้วยลักษณะและรูปแบบที่หลากหลายไม่เป็นเอกภาพและไม่มีความชัดเจนจึงไม่มีความสอดคล้องกันในระบบกฎหมายทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันในระบบกฎหมายเดียวกัน

5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาตามแนวคิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการและประกอบอาชีพ และหลักความเสมอภาคแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญารับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพยังคงมีปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวอยู่หลายประการสมควรที่จะได้รับการแก้ไขปรับปรุงต่อไป ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังนี้

5.2.1 ควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาในคดีอาญารับอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ได้แก่

(1) ควรเพิ่มเติมมาตรการในการบรรเทาผลร้ายจากลักษณะต้องห้ามดังกล่าวด้วยการให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพหรือให้มีคณะกรรมการที่สามารถอนุญาตบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามเป็นรายบุคคลได้โดยพิจารณาจากพฤติการณ์และข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีหรือกำหนดเกณฑ์ในการขอยกเว้นเป็นการทั่วไป

(2) ควรแก้ไขกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาแต่ละฉบับ ให้ลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเป็นการห้ามไม่เด็ดขาดมีเงื่อนไขเวลาให้สามารถประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้ภายหลังพ้นโทษ และกำหนดลักษณะฐานความผิดอย่างแคบให้สัมพันธ์กับกิจการหรืออาชีพตามกฎหมายนั้น

5.2.2 ควรกำหนดให้มีแนวทางในการยกร่างกฎหมายและการทบทวนกฎหมายให้หน่วยงานต่าง ๆ ถือปฏิบัติให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วนในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และหลักความเสมอภาค

5.2.3 ควรให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณากฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพด้วยเหตุเคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญา ถ้าหากการกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายฉบับใดขัดรัฐธรรมนูญโดยขัดแจ้งให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 231²² แต่ถ้าหากการกำหนดลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายฉบับใดไม่ถึงขนาดขัดรัฐธรรมนูญโดยขัดแจ้ง แต่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและทำให้เกิดความเดือดร้อน ความไม่เป็นธรรมหรือ

²² มาตรา 231 ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีการฝ่าฝืน ดังนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองและให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้เคยต้องคำพิพากษาในคดีอาญาเกินความจำเป็น ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบกฎหมายฉบับนั้น ๆ ให้ปรับปรุงกฎหมายนั้น ๆ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 230²³

²³ มาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

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

(2) แสวงหาข้อเท็จจริงเมื่อเห็นว่ามิได้รับได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้จัดหรือระงับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมนั้น

(3) เสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้ทราบถึงการที่หน่วยงานของรัฐยังมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนตามหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่ดำเนินการตามข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินตาม (1) หรือ (2) โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งให้คณะรัฐมนตรีทราบเพื่อพิจารณาสั่งการตามที่เห็นสมควรต่อไป

ในการดำเนินการตาม (1) หรือ (2) หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนให้ผู้ตรวจการแผ่นดินส่งเรื่องให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดำเนินการต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547.

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538.

_____. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535.

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538.

_____. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาล หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.

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

บทความ

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

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร” ในการควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 30. ฉบับที่ 2. (มิถุนายน 2542) : 184 – 194.

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

สมคิด เลิศไพฑูรย์. “หลักความเสมอภาค.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่30. ฉบับที่2. (มิถุนายน 2542) : 160 – 183.

เอกสารงานวิจัย

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

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.

ARTICLES

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

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.” Marq. L. Rev. Volume 98. Issue 2 (2014) : 831 – 879.