

บทที่ 3

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการทำงาน และกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้ไทยในการรับราชการ

3.1 กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการทำงาน

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

3.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)¹⁷⁷

ข้อ 23

1) ทุกคนมีสิทธิในการทำงาน ในการเลือกงาน โดยอิสระ ในเงื่อนไขอันยุติธรรมและเป็นประโยชน์แห่งการงานและเป็นการคุ้มครองจากการว่างงาน

2) ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างเท่าเทียมกันสำหรับงานที่เท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ

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

3) ทุกคนที่ทำงานมีสิทธิที่จะได้รับเงินจ้างที่ยุติธรรมและเป็นประโยชน์ที่จะให้ประกันแก่ตนเองและครอบครัวแห่งตนซึ่งความเป็นอยู่อันคู่ควรแก่เกียรติศักดิ์ของมนุษย์ และถ้าจำเป็นก็จะต้องได้รับวิธีการคุ้มครองทางสังคมอื่น ๆ เพิ่มเติมด้วย

4) ทุกคนมีสิทธิที่จะจัดตั้ง และที่จะเข้าร่วมสหพันธกรรมกรเพื่อความคุ้มครองแห่งผลประโยชน์ของตน

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

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

ข้อ 25 พลเมืองทุกคนย่อมมีสิทธิและโอกาสโดยปราศจากความแตกต่างไว้ในข้อที่ 2 และโดยปราศจากข้อจำกัดอันไม่สมควร

(ก) ในการที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารรัฐกิจโดยตรง หรือผ่านทางผู้แทนซึ่งได้รับเลือกอย่างเสรี

(ข) ในการที่จะออกเสียงหรือได้รับเลือกตั้งในการเลือกตั้งอันแท้จริงตามวาระ ซึ่งมีการออกเสียงโดยทั่วไปและเสมอภาค และโดยการลงคะแนนลับ เพื่อประกันการแสดงเจตนาโดยเสรีของผู้เลือก

(ค) ในการที่จะเข้าถึงบริการสาธารณะในประเทศของตน ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งความเสมอภาค

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

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

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

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

ข้อ 6

1) รัฐบาลแห่งกติกานี้รับรองสิทธิในการทำงาน ซึ่งรวมทั้งสิทธิของทุกคนในโอกาสที่จะหาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือกหรือรับอย่างเสรี และจะดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมในการปกป้องสิทธินี้

2) ขั้นตอนซึ่งรัฐบาลแห่งกติกานี้จะต้องดำเนินเพื่อให้บรรลุในการทำให้สิทธินี้เป็นจริงอย่างบริบูรณ์ จะต้องรวมถึงการให้คำแนะนำทางเทคนิคและวิชาชีพและโครงการฝึกอบรม นโยบายและเทคนิคที่จะทำให้อัตราผลในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมอย่างสม่ำเสมอ และการจ้างงานอย่างบริบูรณ์และเป็นประโยชน์ภายใต้เงื่อนไขทั้งหลายที่เป็นการปกป้องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทางการเมืองและเศรษฐกิจของปัจเจกบุคคล

ข้อ 7 รัฐบาลแห่งกติกานี้รับรองสิทธิของทุกคนที่จะมีสภาพการทำงานที่ยุติธรรมและน่าพึงพอใจ ซึ่งประกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่อง

ก) ค่าตอบแทนขั้นต่ำที่ให้แก่ผู้ทำงานทั้งปวง ประกอบด้วย

(1) ค่าจ้างที่เป็นธรรมและค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันสำหรับงานที่มีคุณค่าเท่ากัน โดยปราศจากความแตกต่างในเรื่องใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งสตรีจะได้รับการประกันสภาพการทำงานที่ไม่ด้อยกว่าบุรุษ โดยได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกันสำหรับงานที่เท่าเทียมกัน

(2) ความเป็นอยู่ที่เหมาะสมสำหรับตนเองและครอบครัวตามบทบัญญัติแห่งกติกานี้

ข) สภาพการทำงานที่ปลอดภัยและถูกสุขลักษณะ

ค) โอกาสเท่าเทียมกันสำหรับทุกคนที่จะได้รับการส่งเสริมให้มีความก้าวหน้าในการทำงานในระดับที่สูงขึ้นตามที่เหมาะสม โดยไม่ขึ้นอยู่กับข้อพิจารณาใด นอกจากอายุ โสและ ความสามารถ

ง) การพักผ่อน เวลาว่าง และข้อจำกัดที่สมเหตุสมผลในเรื่องเวลาทำงาน และวันหยุด เป็นครั้งคราว โดยได้รับค่าตอบแทน ตลอดจนค่าตอบแทนสำหรับวันหยุดทางการด้วย

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

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

ข้อ 14

1) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการทำงานตามความถนัดของแต่ละบุคคลภายใต้เงื่อนไขของการจ้างงานที่เหมาะสม

2) บุคคลที่ทำงานย่อมมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนที่เหมาะสมตามความสามารถและทักษะอาชีพของแต่ละบุคคล เพื่อให้เกิดความมั่นคงในการดำรงชีพสำหรับตนเองและครอบครัว

ข้อ 15 บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะใช้เวลาว่างเพื่อการพักผ่อนและเพื่อประโยชน์ในทางร่างกาย จิตใจ และมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรม

3.1.5 กฎบัตรว่าด้วยสังคมยุโรป (European Social Charter : ESC)

ข้อ 1

1) ทุกคนที่ทำงานย่อมมีโอกาสที่จะได้รับรายได้จากการทำงานเพื่อการดำรงชีพ โดยปราศจากเงื่อนไข

2) ทุกคนที่ทำงานย่อมมีสิทธิในการทำงานตามเงื่อนไขของการจ้างงานที่เป็นธรรม

3) ทุกคนที่ทำงานย่อมมีสิทธิในการทำงานในสถานที่ที่ปลอดภัยและถูกสุขลักษณะ

4) ทุกคนที่ทำงานย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนการจ้างงานที่เป็นธรรมและเพียงพอสำหรับการดำรงชีพของตนเองและครอบครัว

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

ข้อ 6 สิทธิในการทำงาน

1) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการทำงาน ซึ่งหมายความรวมถึงโอกาสที่จะได้รับการทำงานที่มั่นคงในระหว่างการทำงาน รวมทั้งมีสิทธิในโอกาสที่จะทำมาหาเลี้ยงชีพตามกฎหมายในงานซึ่งตนเลือกหรือรับรองอย่างเสรี

2) รัฐบาลจะต้องดำเนินการกำหนดมาตรการที่จะทำให้สิทธิในการทำงานเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพอย่างบริบูรณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความสำเร็จของการจ้างงาน รวมทั้งการให้คำแนะนำในทางเทคนิคและวิชาชีพ และโครงการฝึกอบรมโดยเฉพาะบุคคลผู้พิการ อีกทั้งรัฐบาลจะต้องดำเนินการและกำหนดแผนงานที่เสริมสร้างโอกาสให้สตรีได้มีโอกาสและมีสิทธิในการทำงานเช่นเดียวกัน

ข้อ 7 หลักความยุติธรรม เท่าเทียมกัน และเงื่อนไขของการจ้างงานที่เหมาะสม

รัฐภาคีตามอนุสัญญาฯนี้รับรองสิทธิในการทำงานดังกล่าวข้างต้น โดยถือเป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนจะต้องได้รับด้วยความเท่าเทียมกัน เป็นธรรม และเป็นไปตามเงื่อนไขซึ่งรัฐภาคีได้มีการยอมรับและรับรองโดยการตราเป็นกฎหมายภายในของตน ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับ

ก. การรับประกันผลตอบแทนขั้นต่ำเพื่อคนงานทุกคนให้เป็นไปอย่างเหมาะสม และรับรองสภาพความเป็นอยู่ที่เหมาะสมสำหรับตนและครอบครัว รวมทั้งให้ได้รับค่าจ้างและค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันสำหรับงานที่เท่าเทียมกัน โดยปราศจากเงื่อนไขใด

ข. สิทธิของบุคคลที่จะต้องทำงานตามวิชาชีพ โดยอุทิศเวลาเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการทำงานตามเป้าหมายที่กำหนด และสามารถเปลี่ยนแปลงการจ้างงานได้ตามที่กฎหมายกำหนดได้กำหนดไว้

ค. สิทธิของบุคคลที่จะได้รับการส่งเสริมให้มีความก้าวหน้าในการทำงานในระดับสูงขึ้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเหตุอื่นใด นอกจากเหตุผลในทางคุณวุฒิ ความสามารถ ความซื่อสัตย์ และความอาวุโส

ง. ความมั่นคงในการจ้างงานขึ้นอยู่กับลักษณะของแต่ละอุตสาหกรรม อาชีพ และเหตุผลในการแบ่งแยกลักษณะงานด้วยความเป็นธรรม ในกรณีที่มีการเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม ผู้ทำงานย่อมมีสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายหรือเรียกร้องสิทธิในการจ้างงานเดิมคืนหรือประโยชน์อื่นใดตามที่กฎหมายกำหนด

จ. สภาพการทำงานที่ปลอดภัยและสุขอนามัยในการทำงาน

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

ช. กฎเกณฑ์ในการจำกัดระยะเวลาในการทำงานให้เป็นไปอย่างเหมาะสมกับในแต่ละวัน และแต่ละสัปดาห์ ในกรณีที่เป็นการทำงานที่เป็นอันตราย เสี่ยงภัย ไม่เป็นไปตามหลักอาชีวอนามัย หรือเป็นการทำงานในสถานที่ที่ไม่มีแสงสว่าง จะต้องกำหนดระยะเวลาการทำงานให้สั้นลง

ซ. การพักผ่อน เวลาว่าง และวันหยุดที่ได้รับค่าตอบแทน ตลอดจนค่าตอบแทนในวันหยุดของทางการ

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

มาตรา 1

1. เพื่อวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญาฯนี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติ” หมายความว่า ความรวมถึง

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

(ข) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงอื่นใดที่มีผลลบดังหรือทำความเสียหายแก่ความเสมอภาคในโอกาสหรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพนั้น ซึ่งรัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องสามารถพิจารณากำหนดได้ ทั้งนี้ ภายหลังจากการได้ปรึกษาหารือกับองค์กรผู้แทนของนายจ้างและของคณาภิณในกรณีที่มีองค์กรเช่นว่านี้ และกับคณะบุคคลอื่นๆ ที่เหมาะสม

2. การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงใดๆ เฉพาะในงานบางประเภท ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความต้องกรอย่างแท้จริงของงานนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

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

มาตรา 2

รัฐสมาชิกแต่ละรัฐซึ่งอนุสัญญาี้ใช้บังคับ รับรองที่จะประกาศและดำเนินนโยบายแห่งชาติ โดยมุ่งหมายที่จะส่งเสริมความเสมอภาคของโอกาสและการปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติใดๆ เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ด้วยวิธีการที่เหมาะสมกับแนวปฏิบัติและสภาพการณ์ภายในประเทศ

มาตรา 3

รัฐสมาชิกแต่ละรัฐซึ่งอนุสัญญาี้ใช้บังคับ รับรองที่จะดำเนินการโดยคำนึงถึงวิธีการที่เหมาะสมกับแนวปฏิบัติและสภาพการณ์ภายในประเทศ ดังนี้

(ก) แสวงหาความร่วมมือจากองค์กรของนายจ้างและองค์กรของคณาภิณและคณะบุคคลอื่นๆ ที่เหมาะสมในการส่งเสริมการยอมรับและการปฏิบัติตามนโยบายนี้

(ข) ตรากฎหมายดังกล่าวและส่งเสริม โครงการทางการศึกษา เพื่อที่จะเป็นหลักประกันว่าจะได้รับการยอมรับและการปฏิบัติตามนโยบายนี้

(ค) ยกเลิกบทบัญญัติตามกฎหมายใดๆ และแก้ไขเปลี่ยนแปลงแนวปฏิบัติหรือคำสั่งทางการบริหารใดๆ ซึ่งขัดกับนโยบายนี้

(ง) ดำเนินนโยบายในเรื่องการจ้างงานภายใต้การควบคุมโดยตรงของหน่วยงานที่มีอำนาจในประเทศ

(จ) ประกันการปฏิบัติตามนโยบายในกิจกรรมเกี่ยวกับการแนะแนวอาชีพ การฝึกอาชีพ และการบริการจัดหางาน ภายใต้การอำนวยการของหน่วยงานที่มีอำนาจในประเทศนั้น

(ฉ) ระบุเรื่องที่ได้ดำเนินการแล้วตามนโยบายและผลที่ได้รับจากการดำเนินการดังกล่าวไว้ในรายงานประจำปีเกี่ยวกับการปฏิบัติตามอนุสัญญานี้

มาตรา 4

มาตรการใดๆ ที่ส่งผลกระทบต่อปัจเจกบุคคลผู้ซึ่งต้องสงสัยหรือเกี่ยวข้องกับกิจกรรมที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของรัฐ ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยมีเงื่อนไขว่าปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้องผู้นั้นย่อมมีสิทธิที่จะอุทธรณ์ต่อหน่วยงานที่ทรงอำนาจซึ่งจัดตั้งขึ้นตามแนวปฏิบัติแห่งชาติ

3.1.8 อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ ค.ศ.1958

มาตรา 1

1. เพื่อวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติ” หมายความว่า

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

(ข) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงอื่นใดที่มีผลลบล้างหรือทำความเสียหายแก่ความเสมอภาคในโอกาสหรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพนั้น ซึ่งรัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องสามารถพิจารณากำหนดได้ ทั้งนี้ ภายหลังจากการได้ปรึกษาหารือกับองค์กรผู้แทนของนายจ้างและของแรงงานในกรณีที่มีองค์กรเช่นว่านี้ และกับคณะบุคคลอื่นๆ ที่เหมาะสม

2. การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงใดๆ เฉพาะในงานบางประเภท ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความต้องการอย่างแท้จริงของงานนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

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

มาตรา 2

รัฐสมาชิกแต่ละรัฐซึ่งอนุสัญญานี้ใช้บังคับ รับรองที่จะประกาศและดำเนินนโยบายแห่งชาติ โดยมีมุ่งหมายที่จะส่งเสริมความเสมอภาคของโอกาสและการปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติใดๆ เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ด้วยวิธีการที่เหมาะสมกับแนวปฏิบัติและสภาพการณ์ภายในประเทศ

มาตรา 3

รัฐสมาชิกแต่ละรัฐซึ่งอนุสัญญานี้ใช้บังคับ รับรองที่จะดำเนินการ โดยคำนึงถึงวิธีการที่เหมาะสมกับแนวปฏิบัติและสภาพการณ์ภายในประเทศ ดังนี้

(ก) แสวงหาความร่วมมือจากองค์การของนายจ้างและองค์การของแรงงานและคณะบุคคลอื่นๆ ที่เหมาะสมในการส่งเสริมการยอมรับและการปฏิบัติตามนโยบายนี้

(ข) ตรากฎหมายดังกล่าวและส่งเสริมโครงการทางการศึกษา เพื่อที่จะเป็นหลักประกันว่าจะได้รับการยอมรับและการปฏิบัติตามนโยบายนี้

(ค) ยกเลิกบทบัญญัติตามกฎหมายใดๆ และแก้ไขเปลี่ยนแปลงแนวปฏิบัติหรือคำสั่งทางการบริหารใดๆ ซึ่งขัดกับนโยบายนี้

(ง) ดำเนินนโยบายในเรื่องการจ้างงานภายใต้การควบคุมโดยตรงของหน่วยงานที่มีอำนาจในประเทศ

(จ) ประกันการปฏิบัติตามนโยบายในกิจกรรมเกี่ยวกับการแนะแนวอาชีพ การฝึกอาชีพ และการบริการจัดหางาน ภายใต้การอำนวยการของหน่วยงานที่มีอำนาจในประเทศนั้น

(ฉ) ระบุเรื่องที่ได้ดำเนินการแล้วตามนโยบายและผลที่ได้รับจากการดำเนินการดังกล่าวไว้ในรายงานประจำปีเกี่ยวกับการปฏิบัติตามอนุสัญญานี้

3.2 กฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้พ้นโทษในการรับราชการ

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

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

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

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

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

นอกจากนี้ ยังได้มีบทบัญญัติของสหพันธรัฐให้ความคุ้มครองการจ้างงานบุคคลให้อยู่บนพื้นฐานความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน (Federal Employment Discrimination Laws) ซึ่งได้ปรากฏในบทบัญญัติลักษณะอื่นด้วย¹⁸² ได้แก่

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.1.2 ภาพรวมของกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคล¹⁸⁵

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

1) Title VII of the Civil Rights Act of 1964

หมวดที่ 7 ของพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติในการทำงานโดยอาศัยเหตุเพราะความแตกต่างทางเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือชาติพันธุ์

¹⁸⁵ กิตติบัตติ โยพุล. (2544). ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พันโทษในการเข้าทำงาน. หน้า 60.

2) The Equal Pay Act 1963 (EPA)

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เพื่อต้องการสร้างหลักประกันและคุ้มครองเพศหญิงให้ได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกันจากการทำงานที่เหมือนกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติที่ต่างจากเพศชาย ตามหลัก “Equal Work Get Equal Pay”

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

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เพื่อต้องการคุ้มครองผู้สูงอายุที่มีอายุตั้งแต่ 40 ปี ขึ้นไปไม่ให้ถูกเลือกปฏิบัติในการทำงาน

หลังจากช่วงทศวรรษที่ 1960 ได้มีการออกกฎหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรมและความเท่าเทียมกันในสังคมขึ้น เพื่อไม่ใช่ชาวอเมริกันส่วนหนึ่ง เช่น ผู้พิการ เป็นต้น ไม่ต้องถูกเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างที่ตนมีอยู่

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

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

5) The Rehabilitation Act 1973

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เพื่อต้องการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อบรรดาผู้พิการสำหรับการทำงานในหน่วยงานของรัฐบาลกลาง (Federal Government)

6) The Civil Rights Act of 1991

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เพื่อต้องการให้ผู้ใดที่ถูกเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมสามารถเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งได้ ถ้าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้นเกิดจากความจงใจ (Intention) ของนายจ้าง

จากกฎหมายทั้ง 6 ฉบับนี้จะเห็นได้ว่าเป็นความพยายามของทางสภาองเกรสที่จะขจัดความไม่เป็นธรรมในสังคม เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในสังคมตามหลักการ Equal Protection of Law รูปแบบของการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมายสำหรับในการทำงานสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

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

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

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

3.2.1.2 กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการในการทำงาน¹⁸⁶

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

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

¹⁸⁶ กิตติบดี โยพล. เล่มเดิม. หน้า 64.

1) การเข้าทำงานในหน่วยงานราชการ (Public Employment)

แต่เดิมนั้นการทำงานในหน่วยงานราชการ ทั้งในส่วนของรัฐบาลกลาง และส่วนราชการของมลรัฐ การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการว่าจ้างเข้ามาทำงานในหน่วยงานราชการทั้งของส่วนกลางและมลรัฐ โดยการกำหนดถึงคุณสมบัติระบุคุณสมบัติห้ามจ้างผู้พ้นโทษเข้าทำงานในหน่วยงานราชการ การกำหนดถึงคุณสมบัติดังกล่าวได้ถูกปฏิบัติจนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติสืบมาโดยปราศจากเหตุผลรองรับถึงการกำหนดคุณสมบัติ เช่นนั้นสืบเนื่องกันมาเป็นเวลายาวนานและไม่เป็นการสัมพันธ์กับความปรารถนาของทางฝ่ายนิติบัญญัติที่มุ่งเน้นให้พลเมืองได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคกันแต่ประการใด

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

“จะต้องไม่มีผู้ใดจะถูกปฏิเสธการจ้างงานของรัฐเพราะเหตุปัจจัยต่างๆ ที่ไม่เกี่ยวเนื่องหรือมีความสัมพันธ์กับหน้าที่ความรับผิดชอบ”

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

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

¹⁸⁸ สัจชาติ อุปันนชัย. เล่มเดิม. หน้า 168

กับคุณสมบัติในตำแหน่งหน้าที่การงานนั้น ถือได้ว่าระเบียบดังกล่าวฝ่าฝืนต่อหลักการคุ้มครองความเสมอภาคของบุคคลด้วย จึงได้มีคำพิพากษายกเลิกระเบียบดังกล่าวไปในที่สุด

2) การเข้าทำงานในหน่วยงานรัฐที่เป็นอิสระ (Non-Government)

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

3) การเข้าทำงานในหน่วยงานเอกชน (Private Sector)

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

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

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

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าภายใต้กฎหมายของมลรัฐฮาวาย (Hawaii Law) ได้บัญญัติให้นายจ้างเลือกปฏิบัติใดๆ ในการทำงานต่อผู้สมัครงาน หรือลูกจ้าง โดยอาศัยเหตุในเรื่องเชื้อชาติ เพศ (ซึ่งหมายรวมถึงหญิงตั้งครรภ์หรือหญิงที่คลอดบุตร) ผู้มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ อายุ ความเชื่อทางศาสนา สีผิว บรรพบุรุษ (สังคมอันมีที่มาจากแต่เดิม) คนพิการ ผู้มีสถานภาพสมรส หรือประวัติอาชญากรรม

รูปแบบของการเลือกปฏิบัติในการทำงานที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ได้แก่ การปลดออกจากงาน การปฏิเสธการจ้างงาน การพิจารณาเลื่อนขั้น เลื่อนตำแหน่ง การจ่ายเงินค่าชดเชย เป็นต้น

3.2.1.3 chapter 378 of Hawaii Employment Practices Act

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

- 1) การเลือกปฏิบัติที่เป็นการล่วงละเมิดต่อกฎหมาย

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

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

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

ในส่วนของการทำงานการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุดังกล่าวถือได้ว่าเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมิชอบเขตที่สามารถยกให้เห็นเป็นตัวอย่าง ดังนี้

1.1 สำหรับนายจ้างในทุกกรณีที่ปฏิเสธการว่าจ้างหรือการทำงานหรือทำให้เกิดอุปสรรค การกีดกันในการทำงาน หรือการเลือกปฏิบัติในสภาพและเงื่อนไข การรับผลประโยชน์ตอบแทน สิทธิประโยชน์ สำหรับการทำงาน¹⁹⁰

1.2 สำหรับการทำงานในหน่วยงานราชการที่กระทำใ้บุคคลอื่นต้องประสบกับความล้มเหลวหรือปฏิเสธที่เกี่ยวข้องกับการทำงานหรือการจำแนกหรือการเลือกปฏิบัติใดๆ ต่อบุคคล¹⁹¹

1.3 สำหรับนายจ้างหรือการทำงานในหน่วยงานราชการที่ได้กระทำการใดๆ ในลักษณะดังเช่น การโฆษณา พิมพ์ เผยแพร่ หรือใช้แบบฟอร์มการสมัครงาน เป็นต้น ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิ จำแนก หรือเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม¹⁹²

1.4 สำหรับองค์กรแรงงานใดๆ ที่กีดกันหรือขับออกบุคคลใดไม่ให้เข้าเป็นสมาชิกหรือเลือกปฏิบัติไม่ว่ากรณีใดๆ¹⁹³

ย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่าการกระทำดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการกีดกันทางเชื้อชาติ สีผิว หรือสถิติการประกอบอาชญากรรม ฯลฯ เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค อันเป็นหลักการที่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้เป็นหลักในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน การออกกฎหมายดังกล่าวขึ้นมาก็เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายสูงสุดของประเทศ

2) ข้อยกเว้น

แต่อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่านายจ้างไม่สามารถเลือกที่จะรับจ้างลูกจ้างที่มีประวัติอาชญากรรมได้ทุกกรณีได้มีการวางหลักข้อยกเว้นที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับบรรดานายจ้างเอกชนหรือทางสหภาพแรงงานที่จะกระทำการดังกล่าวข้างต้นได้ กล่าวคือนายจ้างสามารถปฏิเสธหรือบอกเลิกการจ้างงานแก่บุคคลผู้พ้นโทษได้และไม่ถือว่าการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ถ้าเหตุแห่งการประกอบอาชญากรรมในอดีตของบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์และเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับตำแหน่งหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบ

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

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

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

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

3) หลักความสัมพันธ์ระหว่างความผิดกับหน้าที่ความรับผิดชอบ¹⁹⁴

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

3.1 ข้อ (a) หมายความว่าด้วยเรื่องอุปสรรคในการจ้างงาน วางหลักการที่สำคัญไว้ว่า “ห้ามมีการกีดกันการจ้างงานแก่บุคคลใดเพียงเพราะว่าบุคคลนั้นได้เคยกระทำความผิดในทางอาญาแต่ครั้งอดีตและการกระทำความผิดดังกล่าวไม่ใช่สาระสำคัญที่เกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบต่อลักษณะงานนั้น”

สามารถแปลความได้ว่าห้ามนายจ้างกำหนดคุณสมบัติที่มีลักษณะเป็นการกีดกันหรือเลือกปฏิบัติในการจ้างงานต่อบุคคลที่เคยได้รับโทษจำคุกมาแล้ว แต่ถ้าความผิดที่เขาได้กระทำลงในอดีตและได้รับโทษแล้วนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสาระสำคัญของงานก็สามารถเลือกปฏิบัติต่อผู้เคยต้องโทษจำคุกได้

ปัจจัยที่ใช้ประกอบในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและลักษณะหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบมีปัจจัยที่ใช้ในการประเมินดังต่อไปนี้

(1) ประเมินจากความเป็นไปได้ตามลักษณะของงาน (หน้าที่) ที่ได้รับมอบหมายโดยพิจารณาว่ามีความเป็นไปได้มากน้อยเพียงใดที่จะทำให้โอกาสในการกระทำความผิดแบบเดิมเกิดขึ้นอีก

(2) ประเมินจากระยะเวลาที่ผ่านมาของการกระทำความผิดในครั้งก่อน

(3) ประเมินจากความประพฤติภายหลังถูกลงโทษ

(4) ประเมินจากโอกาสของการกระทำความผิดและแรงจูงใจที่จะให้เกิดการกระทำความผิดอีกครั้ง

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

¹⁹⁴ กิตติบดี ไยพุล. เล่มเดิม. หน้า 71.

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

ต้องโทษจำคุก

ทั้งนี้ ห้ามนายจ้างกระทำการตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 1-5 โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ประกอบการกระทำซึ่งในการพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของการกระทำนั้นขึ้นอยู่กับศาลซึ่งจะเป็นผู้วินิจฉัยในแต่ละกรณี โดยพิจารณาจากเหตุผลของทางฝ่ายนายจ้างและปัจจัยแวดล้อมหลายประการเป็นเครื่องประกอบในการพิจารณาพิพากษาคดี

3.2.1.4 กฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้พ้นโทษในรัฐนิวยอร์ก¹⁹⁵

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

1) Article 23-A of The Correction Law

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

(1) วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้บัญญัติมาเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้พ้นโทษตาม Article 23-A ซึ่งสาระสำคัญของหมวดนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการคุ้มครองผู้พ้นโทษไม่ให้ถูกปฏิเสธการจ้างงานหรือการได้รับใบประกอบวิชาชีพอย่างไม่เป็นธรรมจากนายจ้าง

(2) นายจ้างที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับแก่นายจ้างทั้งที่เป็นภาครัฐและภาคเอกชน ภาครัฐนั้นหมายถึง หน่วยงานองค์กรอิสระที่มีหน้าที่ออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ หน่วยงานราชการ

¹⁹⁵ กิตติบดี ไชยกุล. เล่มเดิม. หน้า 73.

(ยกเว้นหน่วยงานที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย) ภาคเอกชนที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายนี้ต้องเป็นภาคเอกชนที่มีลูกจ้าง หรือคนงานตั้งแต่ 10 คนขึ้นไป

(3) การเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

1. การปฏิเสธการว่าจ้างผู้พิการ
2. การปฏิเสธการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพให้แก่ผู้พิการ

ทั้งนี้การที่นายจ้างปฏิเสธดังกล่าวก็เพราะได้อาศัยเหตุจากประวัติอาชญากรรมที่เคยก่อในอดีตเป็นสิ่งพิจารณาถึงเรื่องดังกล่าว

(4) ข้อยกเว้นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

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

(5) ปัจจัยที่ใช้พิจารณาเรื่องผลเกี่ยวข้องโดยตรง

ก. นโยบายของรัฐในการสนับสนุนการทำงานและการขอรับใบประกอบอาชีพแก่ผู้พิการ

ข. ลักษณะเฉพาะของงานและความจำเป็นในตำแหน่งหน้าที่กับความผิดที่เคยก่อขึ้นว่ามีความเหมาะสมกันเพียงใด

ค. อายุของผู้พิการในเวลาที่เกิดความคิด

ง. การกระทำความคิดนั้นได้ผ่านมาเป็นระยะเวลาเท่าใด

จ. ความร้ายแรงของความคิดที่ได้กระทำลง

ฉ. หลักฐานที่แสดงถึงพฤติกรรมที่ได้รับการฟื้นฟูของผู้พิการในปัจจุบันซึ่งรวมไปถึงใบประกาศนียบัตรของ Relief from Disabilities หรือ Certificate of Good Conduct

ช. ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดที่เคยกระทำกับความเหมาะสมของหน้าที่

นอกเหนือจากปัจจัยต่างๆ ดังที่กล่าวข้างต้นการพิจารณาเรื่องผลที่เกี่ยวข้องโดยตรงยังจะต้องคำนึงถึงเรื่องความปลอดภัยและสวัสดิภาพของประชาชนหรือสาธารณชนอีกด้วย ในส่วนของการพิจารณาถึงเรื่องความเสี่ยงในการรับผู้พิการเข้าทำงานนั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นเรื่องๆ ไปแต่กรณีนั้นในทางปฏิบัติศาลมักจะนำปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาเรื่องผลเกี่ยวข้องโดยตรงมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาถึงเรื่องความเสี่ยงนี้ด้วย

(6) ตัวอย่างคำวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พ้นโทษในการทำงาน¹⁹⁶

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

1. ความผิดที่กระทำมีความร้ายแรงตามธรรมชาติในตัวของมันเองและ
2. มีความเสี่ยงต่อความปลอดภัยและสวัสดิภาพต่อบรรดานักเรียนและคณะกรรมการ ซึ่งทางโจทก์เองก็ได้โต้แย้งคำชี้แจงนี้ว่าเป็นการพิจารณาการกระทำความคิดที่ผ่านมาแล้วเป็นเวลาถึง 9 ปี ซึ่งเป็นเรื่องไร้เหตุผลและมีลักษณะที่ไม่แน่นอนอีกทั้งยังเป็นการขัดต่อกฎหมายข้อ 23-A (New York Correction Law) ที่บัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้พ้นโทษ ซึ่งทางศาลสูงเห็นพ้องด้วยกับโจทก์และได้มีคำสั่งให้จำเลยออกใบอนุญาตให้แก่โจทก์

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

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

3) คดี The New York State Racing and Wagering Board

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

¹⁹⁶ สัจชาติ อุปนันชัย. เล่มเดิม. หน้า 170.

ขัดขวางการแข่งขัน ในทางพิจารณาคดีทางคณะกรรมการเห็นว่าการปฏิเสธดังกล่าวเป็นเรื่องที่เหมาะสม เนื่องจากความผิดที่เขาได้กระทำลงไปในอดีตนั้นมีความเกี่ยวข้องโดยตรง

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

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

2) สารสำคัญของ The Human Rights Law

ส่วนของกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของรัฐนิวยอร์กได้มีข้อห้ามนายจ้างทั้งภาครัฐและเอกชนและหน่วยงานที่มีอำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบอาชีพปฏิเสธการว่าจ้างหรือการขอรับใบอนุญาตเนื่องจากเพราะบุคคลนั้นเคยถูกจับกุมที่ปรากฏในสถิติการจับกุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

3.2.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายเยอรมันมิได้แยกแยะระหว่างข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหารที่ถูกพิพากษาให้ต้องโทษจำคุก ในภาษาเยอรมัน คำว่าข้าราชการ Beamter มิได้เจาะจงว่าเป็นข้าราชการพลเรือนหรือข้าราชการทหาร

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

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

ทั้งนี้รวมถึงในกรณีที่ถูกพิพากษาลงโทษให้รอลงอาญาไว้ก่อนด้วย และรวมถึงในกรณีที่ถูกพิพากษาถึงที่สุดว่าได้กระทำความผิดหลายกรรมหลายวาระด้วยกัน โดยเมื่อรวมโทษสำหรับความผิดเหล่านั้นเข้าด้วยกันแล้ว เป็นการลงโทษจำคุกรวมทั้งสิ้นอย่างน้อยหนึ่งปีขึ้นไป

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

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

มาตรา 24 แห่งกฎหมายว่าด้วยสถานภาพข้าราชการ (§24 Beamtenstatusgesetz): การสูญเสียสิทธิข้าราชการ¹⁹⁸

1. เมื่อข้าราชการหญิงหรือข้าราชการชาย ถูกดำเนินคดีในคดีอาญาและถูกพิพากษาโดยศาลเยอรมัน

1.1 ให้ต้องโทษจำคุกอย่างน้อยหนึ่งปี เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อน หรือ

1.2 ถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกอย่างน้อยหกเดือน เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งตามกฎหมายถือเป็นความผิดฐานทรยศต่อความสงบสุข ฐานขัดขืนอำนาจปกครอง และเป็นอันตรายต่อนิติรัฐประชาธิปไตย ฐานเป็นกบฏต่อแผ่นดิน และเป็นอันตรายต่อความมั่นคงภายนอก หรือฐานรับสินบน ในกรณีที่การกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำความผิดซึ่งเกี่ยวข้องกับปฏิบัติหน้าที่ราชการในตำแหน่งหลักที่ตนดำรงอยู่ สถานภาพการเป็นข้าราชการของข้าราชการผู้นั้นย่อมสิ้นสุดลงเมื่อคำพิพากษาถึงที่สุดตามกฎหมาย

ทั้งนี้ รวมถึงในกรณีที่ถูกตัดสินว่าหมดความเหมาะสมในการที่จะดำรงตำแหน่งข้าราชการต่อไป หรือเมื่อข้าราชการหญิงหรือข้าราชการชายถูกตัดสินโดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญให้สูญเสียสิทธิพื้นฐานตามมาตรา 18 แห่งกฎหมายพื้นฐาน¹⁹⁹

2. ในกรณีที่คำพิพากษาซึ่งนำไปสู่การสูญเสียสิทธิข้าราชการถูกยกเลิก เนื่องจากมีการพิจารณาคดีใหม่ ให้ถือว่าสถานภาพการเป็นข้าราชการมิได้ขาดตอนไป

¹⁹⁸ มาตรา 24 แห่งกฎหมายว่าด้วยสถานภาพข้าราชการของกฎหมายข้าราชการแห่งสหพันธ์

¹⁹⁹ กฎหมายพื้นฐานคือกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรา 41 ของกฎหมายข้าราชการแห่งสหพันธ์ (§41 Bundesbeamten-gesetz) : การสูญเสียสิทธิข้าราชการ²⁰⁰

1. เมื่อข้าราชการหญิงหรือข้าราชการชาย ถูกดำเนินคดีในคดีอาญาและถูกพิพากษาโดยศาลเยอรมัน

1.1 ให้ต้องโทษจำคุกอย่างน้อยหนึ่งปี เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อน หรือ

1.2 ถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกอย่างน้อยหกเดือน เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งตามกฎหมายถือเป็นความผิดฐานทรยศต่อความสงบสุข ฐานขัดขืนอำนาจปกครอง และเป็นอันตรายต่อนิติรัฐประชาธิปไตย ฐานเป็นกบฏต่อแผ่นดิน และเป็นอันตรายต่อความมั่นคงภายนอก หรือฐานรับสินบน ในกรณีที่การกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำความผิดซึ่งเกี่ยวข้องกับกรปฏิบัติหน้าที่ราชการในตำแหน่งหลักที่ตนดำรงอยู่ สถานภาพการเป็นข้าราชการของข้าราชการผู้นั้นย่อมสิ้นสุดลงเมื่อคำพิพากษาถึงที่สุดตามกฎหมาย

ทั้งนี้ รวมถึงในกรณีที่ถูกต้องคดีความเหมาะสมในการที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการต่อไป หรือเมื่อข้าราชการหญิงหรือข้าราชการชายถูกตัดสิน โดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญให้สูญเสียสิทธิพื้นฐานตามมาตรา 18 แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ

2. หลังจากสิ้นสุดสถานภาพการเป็นข้าราชการตามมาตรา 1 แล้วก็ย่อมไม่มีสิทธิที่จะได้รับเงินเดือนหรือบำเหน็จบำนาญ เว้นแต่กฎหมายจะได้ระบุไว้เป็นอย่างอื่น การใช้ชื่อตำแหน่งและยศที่ได้มาจากการดำรงตำแหน่งนั้น ย่อมมีอาจกระทำได้อีกต่อไป

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

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

²⁰⁰ มาตรา 41 แห่งกฎหมายว่าด้วยสถานภาพข้าราชการ ของกฎหมายข้าราชการแห่งสหพันธ์

²⁰¹ เนื่องจากประเทศเยอรมนีปกครองโดยระบบสหพันธ์ จึงมีทั้งกฎหมายของแต่ละมลรัฐและกฎหมายของสหพันธ์

²⁰² เป็นตัวย่อจากคำว่า กฎหมายข้าราชการแห่งมลรัฐนอร์ทไรน์ เวสต์ฟาล์

ดังนั้นข้อกรณีพิพาทจึงเป็นอันตกไป การลงโทษทางวินัยไม่อาจจะกระทำได้อีก เนื่องจากจำเลยได้สูญเสียตำแหน่งการเป็นข้าราชการของตนไปแล้วตามกฎหมาย

มาตรา 32 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นมาตรฐานการลงโทษที่นำมาใช้ในกรณีที่ได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองไว้ก่อนเท่านั้น

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

กรณีนี้ การที่จำเลยถูกพิพากษาให้ต้องโทษจำคุกต่ำกว่าหนึ่งปี สำหรับการกระทำความผิดฐานรับสินบนในแต่ละกรรม และโทษจำคุกของจำเลยสูงกว่าหนึ่งปีก็ต่อเมื่อได้นับโทษทั้งหมดรวมกันแล้วเท่านั้น จึงไม่ใช่ประเด็นการถูกพิพากษาให้ต้องโทษจำคุกอย่างน้อยหนึ่งปี เนื่องจากได้กระทำความผิดโดยได้ไตร่ตรองก่อน แม้จะต่างกรรมต่างวาระ แต่เมื่อนำโทษทั้งหมดมารวมกันแล้วสูงกว่าโทษจำคุกหนึ่งปี ก็ย่อมจะนำไปสู่การสิ้นสุดสถานภาพการเป็นข้าราชการเช่นกัน

นอกจากนั้น การที่ให้รอลงอาญาไว้ก่อนก็ไม่มีผลกระทบต่อการสูญเสียสถานภาพการเป็นข้าราชการแต่อย่างใด โดยที่ตัวบทกฎหมายได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าที่สำคัญคือความหนักของโทษ ไม่เกี่ยวกับว่าโทษนั้นจะรอลงอาญาไว้ก่อนหรือไม่²⁰³

3.2.3 ประเทศออสเตรเลีย

การเลือกปฏิบัติในการทำงานต่อบุคคลอันมีเหตุเพราะความแตกต่างในด้านต่างๆ ประเทศออสเตรเลียได้ให้ความสำคัญ โดยมีการออกกฎหมายขึ้นหลายฉบับเพื่อจัดปัญหาดังกล่าว ซึ่งสามารถแสดงให้เห็นถึงความสำคัญกฎหมายที่มีลักษณะห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลและบทบัญญัติคุ้มครองโอกาสที่เท่าเทียมกันของบุคคล โดยสรุปตามรายละเอียดต่อไปนี้

3.2.3.1 ภาพรวมกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคล

1) Northern Territory Anti-Discrimination Act 1992

1.1 รูปแบบ

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

1.2 ขอบเขต

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

2) New South Wales Anti-Discrimination Act 1977

2.1 รูปแบบ

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

²⁰³ คำพิพากษานี้ได้กระทำก่อนมีการแก้ไขกฎหมายในปี พ.ศ.2552 ซึ่งได้ระบุให้การกระทำความผิดทางอาญาบางอย่าง หากถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกเพียงหกเดือน ก็นำไปสู่การสูญเสียสิทธิการเป็นข้าราชการ ทั้งนี้กฎหมายได้รวมการกระทำความผิดฐานรับสินไว้ด้วย

2.2 ขอบเขต

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

3) Western Australia Equal Opporntunity Act1 984

3.1 รูปแบบ

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

3.2 ขอบเขต

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

4) Queensland Anti-Discrimination Act 1991

4.1 รูปแบบ

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

4.2 ขอบเขต

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

ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับต่างมีลักษณะการห้ามเลือกปฏิบัติในเรื่องต่างๆ ที่มีต่อบุคคล โดยกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์กว้างๆ ไว้แล้วยังเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการสร้างหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของพลเมืองอีกด้วยและกฎหมายต่างๆ ที่บัญญัติถึงการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยมีบางฉบับได้ระบุไว้ชัดถึงห้ามเลือกปฏิบัติเพราะลักษณะต้องห้ามที่เป็นผู้เคยมีประวัติอาชญากรรมหรือผู้ที่เคยถูกจำคุก ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

3.2.3.2 Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986²⁰⁴

1) วัตถุประสงค์

ตามพระราชบัญญัตินี้ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นชุดหนึ่งชื่อว่า Human Rights and Equal Opportunity Commission โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ เพื่อให้ความคุ้มครองพลเมืองชาวออสเตรเลียทุกคนให้มีสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเสมอภาค โดยการทำงานของคณะกรรมการต้องยึดถือประโยชน์ส่วนใหญ่ของประชาชน

2) หน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการ

(1) ส่งเสริมความรู้ความเข้าใจ ให้การยอมรับและรักษาไว้ซึ่งความเสมอภาคสำหรับการทำงานในประเทศ

(2) แนะนำกฎหมายต่างๆ ต่อรัฐสภาเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชน และการสร้างความเสมอภาคเท่าเทียมกันในการทำงาน

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

(3) แนะนำและให้คำปรึกษาการปฏิบัติใดๆ ในความเห็นของคณะกรรมการ สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศและมีสาระสำคัญในการคุ้มครองความเสมอภาคในการทำงาน

3) ความหมายของการเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติภายใต้พระราชบัญญัตินี้ตาม Section 8 (6) มีหมายความว่า

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

(2) การแบ่งแยกทุกกรณี การกีดกัน หรือการเลือกที่จะปฏิบัติอื่นใดที่

1) เป็นการส่งผลให้ความเสมอภาคในโอกาสการทำงานและการประกอบอาชีพของบุคคลเป็นอันไร้ผลหรือเสื่อมค่าลง

2) ถูกประกาศขึ้นโดยระเบียบต่างๆ เพื่อให้เป็นไปตามจุดมุ่งหมายแห่งกฎหมายนี้แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการแบ่งแยกใดๆ หรือการกีดกันหรือการเลือกที่จะปฏิบัติในกรณี

3) เพราะลักษณะเฉพาะของงานที่มีพื้นฐานมาจากลักษณะงานที่มีมาแต่เดิม

วัตถุประสงค์ตามบทนิยามศัพท์คำว่า การเลือกปฏิบัติตามระเบียบของคณะกรรมการ ได้มีการกำหนดให้มีการตีความคำนิยามคำว่า Discrimination ตามพระราชบัญญัตินี้ให้มีความหมายถึงการกระทำที่แตกต่างใดๆ การกีดกัน หรือการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานในเรื่องดังเช่น²⁰⁵

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

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

(11) ผู้ที่คบค้าสมาคมกับบุคคลข้างต้น

3.2.3.3 Northern Territory of Australia Anty-discrimination Act 1999²⁰⁶

1) วัตถุประสงค์

(1) เพื่อส่งเสริมให้เข้าใจและยอมรับในหลักการแห่งความเสมอภาคเท่าเทียมกันของบุคคลโดยไม่คำนึงถึงคุณลักษณะใดๆ

(2) เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอันเนื่องมาจากเหตุเพราะความแตกต่างของบุคคลหรือกลุ่มบุคคล

(3) เพื่อขจัดภัยอันตรายใดๆ อันเป็นภัยคุกคามทางเพศ

พระราชบัญญัตินี้ได้สนับสนุนให้พลเมืองทุกคนมีโอกาสแห่งความเท่าเทียมกัน โดยให้ความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดและการกระทำใดๆ เป็นภัยคุกคามทางเพศ อีกทั้งยังจะช่วยให้ผู้ที่กระทำอันเป็นการผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วย

2) ความหมายของการเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติตามความหมายของพระราชบัญญัตินี้ให้มีความหมายถึงกรณีดังต่อไปนี้²⁰⁷

(1) ความแตกต่างใดๆ การจำกัด การกีดกัน หรือการเลือกที่กระทำใดๆ อันมีพื้นฐานเป็นการก่อให้เกิดโอกาสแห่งความเสมอภาคของบุคคลถูกทำให้เสื่อมค่าลง

(2) ภัยคุกคามต่อคุณลักษณะใดๆ ตามที่กฎหมายนี้ได้ให้ความคุ้มครองไว้

3) ความหมายของผู้ที่มีประวัติอาชญากรรม

ตามพระราชบัญญัตินี้ได้ให้ความหมายของคำว่าผู้ที่มีประวัติอาชญากรรมให้หมายรวมถึง ผู้ที่มีสถิติบันทึกเกี่ยวกับการถูกจับกุม หรือผู้ที่ถูกดำเนินคดีอาญาซึ่งรวมไปถึงกรณีที่มีสถิติเกี่ยวกับเรื่อง เช่น ยกฟ้อง ถอนฟ้อง ถูกปล่อย อภัยโทษ เป็นต้น

4) รูปแบบ

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

(1) เชื้อชาติ

(2) เพศ

²⁰⁶ As in force at 18 June 1999.

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

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

5) ขอบเขต

ตามพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุต่างๆ ดังกล่าวมาแล้วในรูปแบบดังนี้²⁰⁸

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

6) ความหมายของคำว่า “การทำงาน”

ตามพระราชบัญญัตินี้ได้ให้นิยามคำว่า การทำงาน ไว้หลายประการซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

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

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

7) การห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในการทำงาน

การห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในการทำงานเพราะเหตุแห่งความแตกต่างของบุคคลได้กล่าวไว้ในหมวดที่ 4 ตามส่วนที่ 3 : การทำงาน

มาตรา 31 กล่าวถึงเรื่องการเลือกปฏิบัติในส่วนของการทำงาน (Discrimination in Work Area)²⁰⁹

(1) บุคคลที่จะไม่เลือกปฏิบัติ

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

5) ในการพัฒนาโอกาสหรือลำดับตามหลักสูตรต่างๆ

(2) ในกรณีดังต่อไปนี้

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

3) ปลดคนงาน

4) การปฏิบัติต่อคนงานน้อยกว่าที่เขาควรจะได้รับ

(3) บุคคลจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อคนงานเนื่องมาจากความเชื่อหรือพฤติกรรมที่แตกต่างทางศาสนา โดยปฏิเสธไม่ให้คนงานปฏิบัติหน้าที่ทางศาสนาในเวลาทำงาน

8) ข้อยกเว้น

ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติวางหลักให้บุคคลสามารถเลือกปฏิบัติในการทำงานได้ กล่าวคือ ถ้าเหตุผลนั้นเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังต่อไปนี้²¹⁰

(1) ถ้ามีเหตุผลอันสมควรต่อเงื่อนไขและสภาพและคุณลักษณะของบุคคลนั้นมีลักษณะเป็นการจำกัดซึ่งความสามารถในการทำงาน

(2) ถ้าการเลือกปฏิบัติอยู่บนพื้นฐานของคุณสมบัติที่แท้จริงของการทำงานซึ่งบุคคลอื่นมีอยู่เต็มตามประสงค์แล้ว

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

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

(3) ถ้าบุคคลนั้นไม่มีความสามารถอันเพียงพอตามความต้องการของงานที่ต้องอาศัยความชำนาญพิเศษ

(4) ถ้าการทำงานนั้นเป็นการทำงานภายในบ้านพักหรือที่อยู่อาศัยของผู้ว่าจ้าง เช่น งานบ้าน หรืองานรับเลี้ยงเด็กตามบ้าน เป็นต้น

3.2.4 ประเทศไทย

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

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

มาตรา 36 ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องมีคุณสมบัติทั่วไปและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

ข. ลักษณะต้องห้าม

(7) เป็นผู้เคยต้องรับ โทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

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

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

ในทางปฏิบัติพระราชบัญญัติล้างมลทิน นั้นไม่ถือว่าบุคคลนั้นเคยถูกลงโทษมาก่อน แต่มีอาจบด้างว่าบุคคลนั้นไม่เคยประพฤติเสื่อมเสียหรือประพฤติที่ขาดคุณธรรม ดังนั้น การกำหนดคุณลักษณะต้องห้ามในการเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือน เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญานั้น เมื่อได้รับการล้างมลทินก็จะไม่ถือว่าบุคคลนั้นเคยถูกลงโทษจำคุกมาก่อน แต่ก็ยังถือว่าบุคคลนั้นยังขาดคุณสมบัติอยู่ ตามลักษณะ

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

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

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

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

²¹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 483/2543

²¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 3295/2541

²¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 694/2539

²¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 657/2541

²¹⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.7/2546

²¹⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 634/2555

²²⁰ สำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1011/159