

เอกสารวิชาการส่วนบุคคล

(Individual Study)

เรื่อง การเรียกร้องความเสมอภาคของ นายศิริมิตร บุญมอด

ทนายความผู้ไม่เคຍยอมแพ้

A Fight for Equality of an Unyielding Lawyer,

Mr. Sirimit Boonmoon

จัดทำโดย นาย คณิต วัลยะเพ็ชร

รหัส 05 01 56

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการฝึกอบรม

หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 1

วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

เรื่อง การเรียกร้องความเสมอภาคของ นายศิริมิตร บุญมูด

ทนายความผู้ไม่เคຍยอมแพ้

A Fight for Equality of an Unyielding Lawyer,

Mr. Sirimit Boonmoon

จัดทำโดย นาย คณิต วัลยะเพ็ชร

รหัส 05 01 56

หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 1 ปี 2556

วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนุญ

รายงานนี้เป็นความคิดเห็นเฉพาะบุคคลของผู้ศึกษา

บทคัดย่อ

หลักความเสมอภาค เป็นรากฐานแห่งแนวความคิดในเรื่อง สิทธิมนุษยชน อันเป็นหลักประกันความมั่นคง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และคุณภาพชีวิตขั้นต่ำ ซึ่งสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน หรือสิทธิในความเสมอภาค เป็นสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่สุด การที่บุคคลมีสิทธิ ย่อมหมายความว่า กฎหมายได้รับรอง และคุ้มครองว่าเขาสามารถทำหรือได้รับประโยชน์ในเนื้อหาแห่งสิทธินั้น ๆ สิทธิในความเสมอภาคนั้น ก็ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลในการที่จะไม่ถูกการเลือกปฏิบัติโดยใช้เหตุผลอันไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง การที่บุคคลจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันจริงหรือไม่ ยังต้องพิจารณาตามความเป็นจริงที่เกิดขึ้น เหตุการณ์ประวัติศาสตร์ที่สำคัญ เช่น การเลือกปฏิบัติระหว่างคนผิวขาวและคนผิวเข้มในประเทศอเมริกา แสดงให้เห็นว่าแม้จะมีการยอมรับในสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันหรือสิทธิในความเสมอภาคเป็นกฎหมายแล้วก็ตาม แต่ในความกฎหมายดังกล่าวอาจยังไม่ได้รับการบังคับใช้อย่างจริงจัง และยังถูกบิดเบือนไปจากสาระสำคัญของแห่งสิทธิในความเสมอภาคอันนำไปสู่การต่อการต่อสู้เรียกร้องเพื่อสิทธิเช่นว่านี้ โดยจากบทเรียนนี้ จึงได้มีการวิเคราะห์ถึงสถานการณ์ในประเทศไทย ซึ่งเรื่องราวที่โดดเด่นเรื่องหนึ่ง คือ การต่อสู้ของทนายความผู้มีความพิการทางร่างกายเพื่อเรียกร้องสิทธิในความเสมอภาคในการประกอบอาชีพผู้พิพากษา รวมไปถึงอัยการซึ่งประเทศไทยยอมรับว่าอาชีพดังกล่าวเป็นอาชีพที่มีเกียรติและศักดิ์ศรีในสังคมสูง ซึ่งเรื่องราวนี้ได้สะท้อนสภาพและแนวความคิดของสังคมในเรื่องความเสมอภาค ตลอดจนสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันของมนุษย์ได้เป็นอย่างดี

คำค้น: สิทธิมนุษยชน, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ, ความเสมอภาค, ศิริมิตร บุญมูล, สิทธิในการประกอบอาชีพ

Compendium

The principle of fairness is at the root of human rights issues related to security, personal honour, and standard quality of life. When considering human rights, the most important aspect is the balance of the concept of fairness and actual practice. When human rights are granted, it means that the law guarantees and protects the benefits gained from these rights. The principle of fairness dictates that people should not be discriminated against for any improper reason. In fact, when considering fairness, practical situations should be considered. Significant historical events, such as the racial discrimination between white and black people in the United States, illustrate that despite the enactment of human rights law concerning the right to fairness, the law has not been strictly followed and in practice, was distorted from the concept of the right of fairness, which led black Americans to fight for their legal rights. From this historic lesson, we may consider the situation in Thailand and the outstanding story of the fight of a disabled lawyer in his appeal for fair treatment in the pursuit of a career as a judge and prosecutor, considered to be a high social class honour in Thailand. This story reflects the delicate balance between the concept of fairness and actual practice.

Search terms: human right, pact on the rights of persons with disabilities, fairness, Sirimit Boonmoon, right of professional occupation

สารบัญ

บทที่	หน้า
1. บทนำ.....	1
2. ความหมายของความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยปราศจากการแบ่งแยก.....	3
3. การยอมรับหลักความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยปราศจากการแบ่งแยก ของประเทศต่าง ๆ.....	5
รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส.....	5
รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมัน.....	5
รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอิตาลี.....	6
รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐออสเตรเลีย.....	6
รัฐธรรมนูญประเทศไทย.....	6
การบังคับใช้รัฐธรรมนูญ.....	7
4. บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 และบทส่งท้าย.....	17
บรรณานุกรม.....	20

สิทธิมนุษยชน : การเรียกร้องความเสมอภาคของ นายสิริมิตร บุญมุล ทนายความผู้ไม่เคຍยอมแพ้

A Fight for Equality of an Unyielding Lawyer, Mr. Sirimit Boonmoon

“ในสถานที่เล็ก ๆ ใกล้เคียงบ้าน เล็กและใกล้มากจนไม่สามารถมองเห็นได้ในแผนที่โลก สถานที่เล็ก ๆ แห่งนั้นเป็นโลกของปัจเจกบุคคล เป็นละแวกบ้านที่บุคคลอยู่อาศัย เป็น โรงเรียนหรือวิทยาลัยที่บุคคลได้เข้าเรียน เป็น โรงงาน ไร่ นา หรือสำนักงานที่บุคคลทำงาน สถานที่เหล่านี้เป็นที่ซึ่งบุรุษ สตรี และเด็กทุกคนต่างมองหาความยุติธรรมที่เท่าเทียมกัน โอกาสที่เท่าเทียมกัน ศักดิ์ศรีที่เท่าเทียมกัน โดยปราศจากการแบ่งแยก ถ้าสิทธิเหล่านี้ไม่มีความหมายอยู่ ณ สถานที่นั้น ๆ สิทธิเหล่านี้ก็จะมีความหมายเพียงน้อยนิดในทุกแห่ง ถ้าพลเมืองไม่ช่วยกันยืนหยัดปกป้องสิทธิเหล่านี้ให้อยู่ใกล้บ้าน ก็เปล่าประโยชน์ที่จะให้เกิดความก้าวหน้าในโลกที่กว้างใหญ่ขึ้น” นางเอลินอร์ รูสเวลท์ ภริยาอดีตประธานาธิบดีแฟรงคลิน ดี รูสเวลท์ ของสหรัฐอเมริกา ประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้กล่าวไว้ในกรรณการร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน¹

1. บทนำ

แนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ได้รับการพัฒนามาจากแนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยที่นานาประเทศต่างเห็นพ้องร่วมกันในการรับรอง "ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน" (Universal Declaration of Human Rights) ในปี ค.ศ.1948 ที่จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติ (United Nations) เพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงของ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) และ คุณภาพชีวิตขั้นต่ำ โดยได้ให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ไว้ เช่น สิทธิในความเสมอภาคและความมีศักดิ์ศรีของมนุษย์ที่มีความเท่าเทียมกัน สิทธิในการมีชีวิต สิทธิห้ามความเป็นทาสหรือจะถูกรังแก ย่ำยีศักดิ์ศรีไม่ได้ สิทธิที่จะได้รับความยุติธรรมทางศาลและได้รับความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณา สิทธิในการเดินทาง สิทธิในการมีครอบครัว ทรัพย์สิน สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง และได้รับการศึกษาเป็นต้น² และนับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ปฏิญญาสากลฉบับนี้ได้กลายเป็นรากฐานให้กับ

¹กระทรวงการต่างประเทศ, คำแปลปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights : กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ

² ผู้ที่สนใจในรายละเอียดสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ในคำแปลปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights : www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/book.pdf

สนธิสัญญาและกติการะหว่างประเทศในการกำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในมิติต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในชีวิต สุขภาพ อาหาร ที่พักอาศัย เครื่องนุ่งห่ม การศึกษา เสรีภาพในการแสดงออก การมีส่วนร่วมในสังคม ฯลฯ ยกตัวอย่างเช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR), กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - ICESCR), อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบต่อสตรี (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women - CEDAW), อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child - CRC), อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination - CERD), อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการประทุษร้ายหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment - CAT), อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities - CRPD), อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันบุคคลจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance - CED) และ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว (Convention on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Member of their Families - MWC) เป็นต้น

หากเรายอมรับว่า สิทธิมนุษยชน (Human Rights) เป็นสิทธิ (Rights) กรณีจึงต้องพิจารณาว่า ผู้ทรงสิทธิ (Subject of Rights) คือ ใคร กรณีสามารถเห็นได้จากการแสดงออกผ่าน ข้อ 2 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่า มนุษย์ทุกคนที่เกิดมามีสิทธิ ไม่มีการแบ่งแยกโดยอาศัยเหตุปัจจัยเรื่อง เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิด หรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกบนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศ หรือแม้กระทั่งดินแดนที่บุคคลสังกัด ทุกดินแดน ไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด อย่างไรก็ดี แม้ว่าปรัชญาหรือหลักการดังกล่าว จะเป็นที่ปรากฏชัดในทางกฎหมายระหว่างประเทศนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1948 ก็ตาม แต่การยอมรับนับถือหลักการดังกล่าวจะถูกนำไปปฏิบัติในความเป็นจริงหรือไม่ มีข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ดังที่จะได้กล่าวถึงผลของการศึกษาต่อไป

2. ความหมายของความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยปราศจากการแบ่งแยก

ความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยปราศจากการแบ่งแยก นั้น เป็นหลักการพื้นฐานที่สุด พื้นฐานยิ่งกว่าสิทธิและเสรีภาพเสียอีก เพราะความเสมอภาคทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างทั่วถึง ถ้าเสรีภาพเป็นเสรีภาพที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงได้ ในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่ามีความเสมอภาคแต่ประการใด³ กล่าวคือ ความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยปราศจากการแบ่งแยกทำให้ "บุคคล" มีโอกาสได้รับ "สิทธิ" ที่ตนพึงมีพึงได้อย่างเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่น ไม่มีฝ่ายใดได้เปรียบหรือเสียเปรียบซึ่งกันและกัน โดยไม่มีการจำกัดหรือปิดโอกาสในการนำเอาศักยภาพที่มีอยู่ในตัวของมนุษย์หรือบุคคลดังกล่าวออกมาใช้ให้เกิดประโยชน์ให้แก่ตนเองและผู้อื่น กล่าวคือ แม้วารัฐจะ ด้ให้ความคุ้มครองหรือรับรองและให้สิทธิใด ๆ แก่ประชาชนหรือบุคคลภายในรัฐดีแค่ไหนก็ตาม แต่หากประชาชนหรือบุคคลภายในรัฐดังกล่าวไม่ได้รับ "สิทธิ" เหมือนกันอย่างเสมอภาคและไม่ได้รับสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยปราศจากการแบ่งแยกแล้ว บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติก็ย่อมไม่มี "สิทธิ" ที่รัฐให้นั่นเอง เช่น รัฐมีนโยบายให้สิทธิในการศึกษาแก่บุคคลหรือประชาชนภายในรัฐ แต่มีบุคคลที่เป็นคนผิวขาวเท่านั้นที่ได้รับ โอกาสได้รับการศึกษาจากภาครัฐ ส่วนอีกบุคคลอีกจำพวกหนึ่งที่เป็นคนผิวเข้มกลับไม่ได้รับโอกาสการให้การศึกษาจากรัฐเช่นเดียวกับบุคคลผิวขาว จึงเท่ากับว่าบุคคลผิวขาวได้รับสิทธิจากรัฐโดยมีการแบ่งแยกจากสีผิว ทั้ง ๆ ที่ แม้บุคคลทั้งสองจะมีสีผิวที่แตกต่างกัน แต่ก็ไม่ได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญที่จะได้รับการศึกษาจากรัฐแต่อย่างใด และกรณีย่อมเป็นที่คาดหมายได้อย่างแน่นอนว่า บุคคลที่ได้รับ โอกาสในการศึกษาจากภาครัฐย่อมจะสามารถพัฒนาตนเองและพัฒนาคุณภาพชีวิตได้ดีกว่าคนที่ไม่ได้รับการศึกษา ดังจะเห็นได้จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสภาพปัจจุบันที่ปรากฏว่า คนที่ไม่ได้รับการศึกษาส่วนใหญ่ย่อมเป็นคนที่ไม่มีโอกาสได้พัฒนาความรู้และ ไม่สามารถพัฒนาตนเองไปในทิศทางที่ถูกต้องและนำไปสู่ปัญหาที่ไม่ได้รับการจ้างงานที่ดี ทำให้บุคคลดังกล่าวต้องประกอบอาชีพที่มีรายได้น้อยหรือไม่มีรายได้เลยก็เป็นไปได้ กรณีจึงเห็นได้ว่า เมื่อมีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยปราศจากการแบ่งแยก ย่อมทำให้บุคคลเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบซึ่งกันและกัน และย่อมเป็นการตัดโอกาสของคนที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ที่พึงมีพึงได้รับจนขาดโอกาสที่จะพัฒนาตนเองให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีและเป็นบุคลากรที่จะสามารถช่วยเหลือสังคมให้มีคุณภาพที่ดีขึ้นได้ในทางอ้อมอีกด้วย

³ Claude-Albert COLLIARD, *Libertés publiques*, 6^e éd Edition (Paris : Dalloz, 1982), pp. 215 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, *หลักความเสมอภาค*, วรสารนิติศาสตร์, มิถุนายน 2543 หน้า 165

ด้วยเหตุที่สิทธิในความเสมอภาคมีลักษณะเป็นเรื่องนามธรรมสูง กรณีจึงอาจมีปัญหามาให้พิจารณาที่อยู่เสมอกว่า การกระทำเป็นการฝ่าฝืนความเสมอภาคและเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมหรือไม่ หลักการในการพิจารณาเบื้องต้นในเรื่องดังกล่าวอาจสามารถพิจารณาได้จากหากกรณีมีข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนกันแล้ว การปฏิบัติจะต้องเท่าเทียมกันจะปฏิบัติให้แตกต่างกันโดยอำเภอใจไม่ได้ เช่น คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 27/2542 เรื่องการพิจารณาเลื่อนชั้นค่าจ้างลูกจ้างประจำไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีการเคหะแห่งชาติผ่อนผันผู้เช่าซื้ออาคารบางคน ทั้งที่ล่วงเลยกำหนดระยะเวลาตามแนวปฏิบัติที่การเคหะแห่งชาติกำหนดไว้แต่ไม่ผ่อนผันผู้เช่าซื้ออาคารบางคนนั้น ไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ร้องทุกข์ที่ไม่เท่าเทียมกันกับรายอื่น การเคหะแห่งชาติมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานเพื่อให้ความช่วยเหลือในด้านที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชนผู้มีรายได้น้อยและรายได้ปานกลาง การปฏิบัติงานของการเคหะแห่งชาติจึงควรมุ่งเน้นในทางอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เช่าซื้อภายในกรอบระเบียบหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติที่กำหนดซึ่งได้ประกาศล่วงหน้าให้ทราบทั่วกันและควรปฏิบัติต่อผู้เช่าซื้อทุกรายโดยเท่าเทียมกัน

แต่หากกรณีมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ ก็จะต้องปฏิบัติให้แตกต่างกันตามลักษณะของกรณีที่แตกต่างกันนั้น ๆ จะปฏิบัติให้เหมือนกันโดยอำเภอใจก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน เช่น คนพิการซึ่งมีสภาพร่างกายแตกต่างจากคนปกติทั่วไป ก็ต้องจัดสิ่งอำนวยความสะดวกไว้โดยเฉพาะเพื่อเป็นการลดความเหลื่อมล้ำ เช่น ที่จอดรถ ห้องน้ำ ทางเดิน ฯลฯ กรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมและไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค ในทางกลับกันหากเราปฏิบัติต่อคนพิการให้เหมือนกับคนปกติทั่วไป ก็อาจกลายเป็นความไม่เสมอภาคได้ เพราะเขามีความแตกต่างแต่เรากลับปฏิบัติต่อเขาเหมือนกับคนทั่วไป

หากจะนิยามความหมายของความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยปราศจากการแบ่งแยกในทางกฎหมาย อาจพอจะสรุปแนวความคิดได้ว่า คือ การที่จะมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่น⁴ อย่างไรก็ตามความเสมอภาคไม่ใช่ความเสมอภาคที่สุดขั้วที่

⁴ หลวงประดิษฐมนูธรรม, "คำอธิบายกฎหมายปกครอง", ใน ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชนของปรีดี พนมยงค์ (กทม. : โรงพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2526), น. 154.

เป็นความเสมอภาคแบบคณิตศาสตร์ได้ทั้งหมด แต่ควรเป็นความเสมอภาคแบบสัดส่วนที่คำนึงถึงความสามารถของแต่ละบุคคล เพราะโดยธรรมชาติ มนุษย์แต่ละคนก็มีความแตกต่างกันไปอยู่ในตัว⁵

หลักความเสมอภาคจึงเป็นไปได้กับการปฏิบัติที่แตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมซึ่งมุ่งขจัดความเหลื่อมล้ำของความแตกต่างดังกล่าว ซึ่งมีเหตุผลที่อธิบายได้ (justifié)⁶ หรือในกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติ การเลือกปฏิบัติดังกล่าวก็เพราะเหตุผลเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม⁷ นั้น ย่อมไม่ถือว่าขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาค แต่ทั้งนี้ ทั้งสองกรณีดังกล่าวจะต้องเป็นการเลือกปฏิบัติที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือเหตุผลของเรื่องด้วย (Nature of things) ในทางตรงกันข้าม การปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือการเลือกปฏิบัติจึงหมายถึง การปฏิบัติที่ไม่อาจหา "เกณฑ์แห่งความแตกต่าง" อันมีน้ำหนักสำคัญระหว่างสิ่งสองสิ่งหรือหลายสิ่งมาอธิบายอย่างสมเหตุสมผลได้⁸ นั่นเอง

3. การยอมรับหลักความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยปราศจากการแบ่งแยกของประเทศต่างๆ

ประเทศที่เป็นอารยะทั้งหลายต่างก็ได้ยอมรับหลักการและเหตุผลของความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยปราศจากการแบ่งแยก โดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกือบทุกประเทศก็ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวข้างต้นไว้ อย่างชัดเจน ชัดชัดอย่างเช่น

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับปัจจุบันลงวันที่ 4 ตุลาคม 1958 บัญญัติถึงหลักเสมอภาคไว้ในมาตราแรกว่า "ฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐที่แบ่งแยกมิได้ เป็นของประชาชน เป็นประชาธิปไตยและเป็นของสังคม สาธารณรัฐรับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชน โดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติหรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อของทุกนิกาย"

รัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน ฉบับปัจจุบันลงวันที่ 23 พฤษภาคม 1949 บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ที่เชื่อว่า ความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมายว่า

"1. มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมาย

⁵ Claude-Albert COLLIARD, Libertés publiques, 6^e éd Edition (Paris : Dalloz, 1982) ,pp. 197-198 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, หลักความเสมอภาค, วารสารนิติศาสตร์; มิถุนายน 2543 หน้า 167

⁶ Charles Debbasch , La Constitution de la Ve République Pratique et jurisprudence, (Paris : Dalloz, 1999), pp.20 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, หลักความเสมอภาค, วารสารนิติศาสตร์; มิถุนายน 2543 หน้า 167

⁷ René Chapus, **Droit administratif general**, T.1, 4^e éd Edition, (Paris: Montchrestien, 1988), p.35 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, หลักความเสมอภาค, วารสารนิติศาสตร์; มิถุนายน 2543 หน้า 167

⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, กฎหมายปกครองทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ 2555, หน้า 64

2. ชายและหญิงมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย รัฐผูกพันที่จะต้องดำเนินการให้มีความเสมอภาคอย่างแท้จริงระหว่างหญิงและชาย และจะต้องดำเนินการให้ยกเลิกอุปสรรคที่ดำรงอยู่

3. บุคคลย่อมไม่ถูกเลือกปฏิบัติหรือมีอภิสิทธิ์เพราะเหตุในเรื่องเพศ ชาติกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา ชาติ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อ หรือความคิดเห็นในทางศาสนาหรือในทางการเมือง บุคคลย่อมไม่ถูกแบ่งแยกด้วยเหตุเพราะความพิการ"

รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอิตาลี ฉบับปัจจุบันลงวันที่ 27 ธันวาคม 1947 บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ว่า

"พลเมืองทุกคนมีศักดิ์ศรีทางสังคมอย่างเดียวกันและเท่าเทียมกันเบื้องหน้าทางกฎหมายโดยปราศจากการแบ่งแยกเพราะเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สภาพร่างกายหรือสภาพทางสังคม

เป็นหน้าที่ของสาธารณรัฐที่จะต้องขจัดอุปสรรคทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคมที่ขัดขวางต่อการพัฒนาของความเป็นมนุษย์หรือขัดขวางต่อการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงของผู้ใช้แรงงานในองค์กรทางการเมือง เศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ ทั้งนี้ภายใต้ข้อจำกัดที่ไม่กระทบต่อเสรีภาพและความเสมอภาคของพลเมือง

รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐออสเตรเลีย ฉบับปัจจุบันลงวันที่ 1 ตุลาคม 1920 บัญญัติไว้ในมาตรา 7 ว่า

"1. พลเมืองของสหพันธ์ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย อภิสิทธิ์จากการเกิด เพศ สภาพร่างกาย ชนชั้น ศาสนาไม่อาจมีได้ บุคคลย่อมไม่ถูกกีดกันเพราะความพิการ สาธารณรัฐผูกพันที่จะคุ้มครองความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อคนพิการและบุคคลธรรมดาทั่วไปในทุกแง่มุมของชีวิตประจำวัน

2. สหพันธ์รัฐ มลรัฐ และเทศบาลรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง มาตรการที่มุ่งส่งเสริมความเสมอภาคดังกล่าวย่อมได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ามาตรการเหล่านั้นต้องการขจัดความไม่เสมอภาคที่ดำรงอยู่..."

รัฐธรรมนูญของประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย หลักความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติ โดยปราศจากการแบ่งแยกได้ถูกรับรองและคุ้มครองนับตั้งแต่ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ปราบกฏตามมาตรา 1 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม (พ.ศ. 2475) ที่บัญญัติไว้ว่า "ประชาชนชาวสยามไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้"

เสมอกัน" และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2550) ก็รับรองหลักการดังกล่าวไว้เช่นเดียวกันใน มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2550)⁹

การบังคับใช้รัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี การที่จะบังคับใช้มาตรฐานสิทธิดังกล่าวในระดับประเทศนั้น จะต้องพิจารณาสภาพความเป็นจริงของแต่ละประเทศ เพราะแต่ละประเทศมีประวัติศาสตร์ วิธีในการดำรงชีวิตของคนในชาติที่แตกต่างกัน การพัฒนาและยอมรับสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งต้องอาศัยความกดดันทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองที่ทำให้ประชาชนได้ตระหนักถึงและผู้บังคับใช้กฎหมายต้องยอมรับหลักการดังกล่าว¹⁰ จึงย่อมมีวิวัฒนาการแตกต่างกันออกไปด้วยตามสภาพในแต่ละสังคม ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา การต่อสู้เรื่องสิทธิในความเสมอภาคเป็นเรื่องการต่อสู้ของคนผิวดำ ซึ่งจะเห็นได้จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่า แม้สงครามกลางเมืองของสหรัฐอเมริการะหว่างคนผิวขาวและผิวดำจะสิ้นสุดลงจนก่อให้เกิดการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาครั้งที่ 13 ในปี ค.ศ. 1865 และครั้งที่ 14 ในปี ค.ศ. 1868 เพื่อให้คนผิวดำมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกับคนผิวขาวตามกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติก็ต้องใช้เวลาหลายสิบปีกว่าสิทธิดังกล่าวจะได้รับการยอมรับจากสังคมดังจะเห็นได้จาก ขณะที่สภา Congress ผ่านกฎหมายเพื่อปกป้องสิทธิของคนผิวดำ แต่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาก็กลับพยายามหลีกเลี่ยงที่จะคุ้มครองสิทธิดังกล่าว โดยได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาคดี Slaughter House (1873) ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาครั้งที่ 14 ในปี ค.ศ. 1868 ไม่ได้ขยายสิทธิความเป็นพลเมืองของรัฐ ผลของคำพิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ทำให้อำนาจของสภา Congress ที่รับรองสิทธิของคนผิวดำไม่มีผลในทางปฏิบัติ และต่อ ๆ มา ในคดี United States V. Cruikshank ที่กลุ่มคนผิวขาวในมลรัฐ Louisiana ได้ใช้ความรุนแรงไม่ให้คนผิวดำใช้สิทธิขั้นพื้นฐานและชุมนุมอย่างสงบ ผู้พิพากษาได้ตัดสินว่า สิทธิของคนผิวดำที่กล่าวอ้างว่า

⁹ มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2550) "บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม"

¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักแห่งความเสมอภาคตามกฎหมายฝรั่งเศส. รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545. หน้า 99-105

ถูกละเมิดไม่ใช่สิทธิที่รับรองโดยสหพันธรัฐ ดังนั้น สภา Congress จึงไม่มีอำนาจที่จะลงโทษบุคคลซึ่งละเมิดสิทธิดังกล่าว¹¹ ต่อมาในคดี Plessy v. Ferguson (1896) ศาลสูงสหรัฐอเมริกาตีความบทบัญญัติที่ว่า "การคุ้มครองความเสมอภาคตามกฎหมาย" เพื่อรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแบ่งแยกที่นับบนรถไฟระหว่างคนขาวกับคนดำ ว่าชอบด้วยกฎหมาย เพราะ ณ ขณะนั้นศาลเห็นว่า แม้เป็นการแบ่งแยก แต่เสมอภาค จนกระทั่งระยะเวลาผ่านไปกว่า 60 ปี ประกอบกับประธานาธิบดี Truman ได้ออกคำสั่งให้ยุติการแบ่งแยกผิวในกองทัพสหรัฐทำให้คนผิวขาวและผิวดำได้ร่วมรบเคียงบ่าเคียงไหล่กัน ทำให้ในเวลาต่อมา ศาลสูงได้วางหลักใหม่ ในคดี Brown v. Board of Education (1954) โดยลินดา บราวน์ สมักรเข้าเรียนโรงเรียนประถมของคนผิวขาวที่ตั้งอยู่ข้างบ้าน แต่โรงเรียนไม่รับสมักรเธอและพวกจึงมาฟ้องต่อศาล ในคดีนี้ ศาลสูงได้กลับหลักจากคดี Plessy v. Ferguson โดยให้เหตุผลว่า "เรา ไม่อาจอนุมานพิพากย้อนกลับ ไปปี 1868 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องความเสมอภาคเช่นกัน เราไม่อาจย้อน ไปปี 1896 ปีที่ตัดสินคดี Plessy v. Ferguson เราต้องพิจารณาการศึกษาสาธารณะในฐานะเป็นดังแสงสว่างของการพัฒนา และอยู่ในชีวิตของคนอเมริกันทั่วทั้งชาติ เพียงเท่านี้เราก็จะพิจารณาได้ว่าการแบ่งแยกสีผิวในโรงเรียนของรัฐละเมิด หลักการคุ้มครองความเสมอภาคตามกฎหมายหรือไม่"¹² ในท้ายที่สุดศาลจึงมีคำพิพากษาว่า การแบ่งแยกสีผิวเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของประเทศไทย เรื่องราวเกี่ยวกับการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิความเสมอภาค ที่พอจะเห็นได้ว่าเป็นการต่อสู้ที่ต่อเนื่องยาวนาน นั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นเรื่องการต่อสู้เพื่อสิทธิของคนพิการที่ไม่ได้รับโอกาสจากสังคม ดังจะเห็นได้จากงานเขียนของ ศาสตราจารย์ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์ ที่มีอย่างแพร่หลาย แต่สำหรับในส่วนทางคดีที่เกิดขึ้นในชั้นศาล ตัวอย่างที่เห็นภาพชัดเจน คือ คดีของ นายศิริมิตร บุญมูล ทนายความที่มีร่างกายผิดปกติ เนื่องจากเป็นโรคโปลิโอ ที่ไปสมัครสอบเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษา ที่สำนักงานศาลยุติธรรมได้มีการเปิดรับสมัครสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ในปี พ.ศ. 2542 รุ่น 43 ซึ่งคณะกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาพิจารณาเห็นว่า นายศิริมิตร มีร่างกายไม่เหมาะสม ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ จึงเห็นสมควรไม่รับสมัครให้ นายศิริมิตร เข้าสอบ และ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ("ก.ต.") ได้มีมติยื่นไม่อนุญาตให้สมัครสอบ

¹¹ นภดล ช. สรพงษ์, ประวัติศาสตร์การต่อสู้เพื่อความเสมอภาค, วรสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 7 เล่มที่ 21 กันยายน - ธันวาคม พ.ศ. 2548, หน้า 91-93

¹² ปิยนุศร แสงกนกกุล, ในพระปรมาภิไธย ประชาธิปไตย และตุลาการ, สำนักพิมพ์โอเพ่นบุ๊กส์ (กุมภาพันธ์ 2552), บทนำของหนังสือ

นายศิริมิตร จึงได้ร้องขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ("พรบ.ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ") ซึ่งต่อมาศาลรัฐธรรมนูญ ได้มีคำวินิจฉัยที่ 16/2545 โดยเห็นว่า "...การรับสมัครสอบคัดเลือกนอกจากจะพิจารณาถึงความรู้ ความสามารถแล้ว ยังต้องพิจารณาสุขภาพของร่างกาย และจิตใจว่ามีความสมบูรณ์สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และมีบุคลิกลักษณะที่คือพอที่จะเป็นผู้พิพากษา ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษามีใช้เพียงแต่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีในห้องพิจารณาท่านั้น บางครั้งต้องเดินทางไปนอกศาล ปฏิบัติหน้าที่ เช่น เพื่อเดินเผชิญสืบ เพื่อสืบพยานที่มาศาลไม่ได้ การพิจารณาเพื่อรับสมัครสอบ คัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา จึงมีมาตรการที่แตกต่าง และเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง..." จึงวินิจฉัยว่า "... เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ (๑๐) คำว่า "มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ"... เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ จึงเห็นว่าบทบัญญัติของ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ (๑๐) ดังกล่าว ... ไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมาย ให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ แต่อย่างใด..."

ต่อมา นายศิริมิตร ได้ยื่นฟ้องขอเพิกถอนมติของ ก.ต. ที่ไม่อนุญาตให้สมัครสอบต่อศาลแพ่งซึ่งศาลแพ่งได้มีคำพิพากษายกฟ้อง โดยให้เหตุผลว่า กรณีดังกล่าวยังไม่เป็นการโต้แย้งสิทธิตามมาตรา 55 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นายศิริมิตร จึงได้ยื่นอุทธรณ์เฉพาะปัญหาข้อกฎหมายโดยตรงต่อศาลฎีกา ซึ่งศาลฎีกาก็ได้มีคำพิพากษาที่ 7696/2548 ยืนตามคำพิพากษาศาลแพ่ง โดยให้เหตุผลว่า ข้อเท็จจริงตามฟ้องโจทก์ยังไม่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของโจทก์ตามมาตรา 55 ของประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง

แม้ นายศิริมิตร จะไม่มีสิทธิสมัครสอบเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษา แต่เขาก็ไม่ยอมแพ้ที่จะเป็นข้าราชการของรัฐ โดยในปี พ.ศ. 2544 นายศิริมิตร ได้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ซึ่งก็ถูกคณะกรรมการอัยการ (ก.อ.) ปฏิเสธไม่อนุญาตให้สมัครสอบเนื่องจากเห็นว่าเป็นผู้มีบุคลิกภาพและร่างกายไม่เหมาะสมกับที่จะเป็นข้าราชการอัยการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 นายศิริมิตร จึงได้ยื่นฟ้องเพิกถอนคำสั่งของ ก.อ. ต่อ

ศาลปกครอง และขอให้ศาลปกครองกลางยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในประเด็นว่า มาตรา 33 (11) ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 ขัดหรือแย้งต่อ มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 44/2545 ยกคำร้อง โดยให้เหตุผลในทำนองเดียวกันกับเหตุผลที่เคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 16/2545 และด้วยเหตุดังกล่าว ศาลปกครองกลางก็ได้พิพากษายกคำฟ้องของนายศิริมิตร ไปด้วย

แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองกลาง ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 โดยเห็นว่า นายศิริมิตร ประกอบวิชาชีพทนายความมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539 และเคยปฏิบัติงานในห้องพิจารณาคดี โดยยื่นชั่งถามและถามค้านพยานในศาลโดยไม่เคยขออภิสิทธิ์กรณีใดเป็นพิเศษ เคยเป็นทนายความอาสาประจำสถานีตำรวจจังหวัดกำแพงเพชร เข้าฟังการสอบคำให้การผู้ต้องหาเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ร่วมกับพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ เคยเดินทางไปปฏิบัติงานในต่างจังหวัดหรือสืบพยานที่ศาลอื่น โดยขับรถยนต์ส่วนตัวไปปฏิบัติงานอยู่เป็นประจำ จึงฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีแม้จะมีรูปกายพิการ แต่ความพิการดังกล่าวไม่ถึงขนาดที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การงานโดยปกติได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วย มาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ศาลปกครองสูงสุดที่มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอนมติที่ไม่รับสมัครในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย พ.ศ. 2544 ทั้งนี้ ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2553 ซึ่งยกเลิกพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 ได้มีการแก้ไขลักษณะต้องห้าม โดยตัดถ้อยคำ "กายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ" ออก¹³

¹³ มาตรา ๔๕ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2553 บัญญัติว่า "ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือ ผู้สมัครเข้ารับการศึกษาพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วยต้องมีคุณสมบัติและ ไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้"

ก. คุณสมบัติทั่วไป

เวลาผ่านไปกว่า 3 ปีนับแต่มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว นายศิริมิตร ได้ลองพยายามสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 55 ประจำปี พ.ศ. 2550 อีกครั้ง ต่อมา ก.ต. ได้พิจารณาคุณสมบัติแล้วเห็นว่า นายศิริมิตร มีร่างกายไม่เหมาะสมเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการตุลาการตามความใน มาตรา 26 (10) ของพรบ.ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ จึงมีมติไม่อนุญาตให้สมัครสอบเช่นเดิม นายศิริมิตร จึงฟ้องคดีต่อศาลแพ่งในคดีหมายเลขคำที่ 6357/2551 และได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยว่า มาตรา 26 (10) ของพรบ.ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติ มาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ 2550 หรือไม่ ด้วยอีกทางหนึ่ง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งที่ 4/2552 ไม่รับคำร้องดังกล่าว เนื่องจาก นายศิริมิตร ยังมีคดีอยู่ในศาลยุติธรรม คดีจึงยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล และผู้ร้องยังอาจใช้สิทธิทางศาลตาม มาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญ ได้อยู่ นอกจากนี้ ผู้ร้องยังมีช่องทางที่จะใช้สิทธิร้องขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 245 (1) ของรัฐธรรมนูญ 2550 กรณีจึงยังไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะสามารถฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ จึงเป็นที่น่าเสียดายว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้วินิจฉัยเนื้อหาของคดี ว่า มาตรา 26 (10) ของพรบ.ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ ดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติ มาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ 2550 หรือไม่ เพราะ นายศิริมิตร แพ้คดีในทางเทคนิคเสียก่อนนั่นเอง ทำให้ นายศิริมิตร ยังไม่มีโอกาสที่จะสมัครเพื่อได้รับการคัดเลือกให้เป็นข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมตามที่ตนเองต้องการอีกครั้งหนึ่ง

คำถาม หาก ก.ต. เปิดรับสมัครสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ท่านคิดว่า นายศิริมิตร จะยอมแพ้ต่อโชคชะตาที่ตนเป็นคนพิการโดยอดใจไม่สมัครสอบและหันไปประกอบอาชีพเช่นเดิม หรือ นายศิริมิตร จะต่อสู้จนถึงที่สุดหรือไม่ ? ก่อนจะพบกับคำตอบของบทสรุปดังกล่าว ผู้ศึกษาขอแนะนำเสนอแนวทางการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับความเสมอภาคกับการสอบคัดเลือกเข้ารับราชการในต่างประเทศคือประเทศฝรั่งเศสที่น่าสนใจเพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์และวินิจฉัยคดีในลักษณะเดียวกันนี้

...

ข. ลักษณะต้องห้าม

...

(6) เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ หรือเป็นโรคตามที่ ก.อ. ประกาศกำหนด"

คดีแรก หน่วยงานของฝรั่งเศสได้เปิดให้มีการสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อเข้ารับราชการในตำแหน่ง อาจารย์สอนภาษาอังกฤษ บาทหลวงคนหนึ่ง ได้สมัครเพื่อเข้ารับการสอบคัดเลือก แต่ปรากฏว่า หน่วยงานดังกล่าวไม่ให้สอบเพราะเห็นว่าผู้สมัครเป็นบาทหลวง บาทหลวงท่านดังกล่าวจึงนำคดีฟ้อง ต่อศาลปกครองชั้นต้น ณ กรุงปารีส ซึ่งได้มีคำวินิจฉัยว่า คำสั่งปฏิเสธไม่ให้บาทหลวงดังกล่าวเข้าร่วม สอบแข่งขันเพื่อคัดเลือกเข้ารับราชการในตำแหน่งอาจารย์สอนภาษาอังกฤษเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะขัดต่อหลักความเสมอภาค (T..A. Paris, 7 juillet. 1970, Spagnol, Rec. 851)

คดีที่สอง ในปี ค.ศ. 1911 กระทรวงศึกษาธิการได้เปิดรับสมัครคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการเป็น อาจารย์ระดับมัธยมศึกษาในสาขาวิชาปรัชญา บาทหลวง BOUTEYRE ได้ลงทะเบียนในบัญชีรายชื่อ ผู้สมัครเข้ารับการสอบคัดเลือก ปรากฏว่า รัฐมนตรีกระทรวงศึกษาธิการได้ปฏิเสธสิทธิของ บาทหลวง BOUTEYRE ด้วยเหตุที่มีสถานะเป็นบาทหลวงในนิกายโรมันคาทอลิกจึงไม่สอดคล้องกับการเป็น บุคคลในสถานศึกษาของ รัฐ ซึ่งเป็นรัฐฆราวาส ในวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1911 บาทหลวง BOUTEYRE จึงนำคดีมาฟ้องต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครอง

สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งที่ไม่อนุญาตให้ บาทหลวง BOUTEYRE เข้าสมัครสอบ คัดเลือกดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจที่ขัดด้วยกฎหมายแล้ว โดยคำพิพากษาดังกล่าวสอดคล้องกับ คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี M.Helbronner ซึ่งได้ให้เหตุผลที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาค ไว้ที่น่าสนใจว่า แม้ว่าผู้สมัครรับคัดเลือกเป็นข้าราชการจะมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กำหนดใน หลักเกณฑ์และเงื่อนไขก็ตาม แต่รัฐย่อมมีอำนาจพิจารณาเพื่อให้แน่ใจว่าผู้สมัครนั้น จะสามารถปฏิบัติ หน้าที่ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และบรรลुวัตถุประสงค์ที่กฎหมายจัดตั้งตำแหน่งหน้าที่กำหนด หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่สำเร็จขึ้นมาได้ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีองค์กร ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุข้าราชการจะต้องมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคุณสมบัติด้านต่าง ๆ ของผู้สมัครรายนั้น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับงานในหน้าที่ของตำแหน่งที่เปิดรับสมัครคัดเลือก เช่น วิธีคิดและตัดสินใจ คุณธรรม เป็นต้น โดยอำนาจนี้เป็น "อำนาจดุลพินิจ" อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวจะต้องเป็นไป ตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายกำหนด หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจนี้โดยผิดไปจากวัตถุประสงค์ของ กฎหมาย ศาลย่อมมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดุลพินิจ นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจโดยขัดต่อหลักความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าทำงาน ในภาครัฐไม่ได้

สำหรับคดีที่สองนี้ การที่รัฐมนตรีจะมีอำนาจไม่อนุญาตให้ผู้สมัครรายใดที่นับถือศาสนาใด ศาสนาหนึ่ง หรือมีความเชื่อในความคิดเห็นทางปรัชญาหรือทางการเมืองใดทางหนึ่งก็ตาม เข้าทำการ

สอบแข่งขันนั้น ถือเป็นภาระกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ไม่อาจยอมรับได้เพราะเป็นเรื่องความเห็นภายในของคน ๆ นั้น (ในความเข้าใจของผู้ศึกษา คือ จะห้ามผู้รับสมัครที่เป็นบุคคลธรรมดาที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกไม่ได้) อย่างไรก็ตาม ถ้ากรณีการแสดงออกต่อบุคคลภายนอกอย่างชัดเจนที่โดยเนื้อหาแล้วจะเป็นการขัดกับการปฏิบัติหน้าที่ข้าราชการ ก่อนการสมัครสอบคัดเลือกหน่วยงานทางปกครองก็มีอำนาจในการปฏิเสธไม่ให้ผู้สมัครรายนั้นสอบแข่งขันได้ ดังนั้น การที่มีคำสั่งดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นเรื่องพิจารณาสถานะของบุคคลเป็นสำคัญ แต่เป็นการพิจารณาการกระทำที่ปรากฏต่อบุคคลภายนอกที่ขัดแย้งกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้นั้นหากได้รับตำแหน่งในท้ายที่สุด (ในความเข้าใจของผู้ศึกษา คือ ตำแหน่งที่เปิดรับสมัครเป็นตำแหน่งที่จะต้องสอนวิชาปรัชญาซึ่งเป็นวิชาที่ต้องตั้งคำถามโต้แย้งในเรื่อง ๆ ต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงการโต้แย้งคำสอนของคริสตศาสนา ดังนั้น หากให้ บาทหลวง BOUTEYRE ซึ่งเป็นนักบวชในนิกายโรมันคาทอลิก เข้ารับตำแหน่งดังกล่าวได้ อาจเป็นการขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ในการสอนวิชาปรัชญาซึ่งต้องมีการวิพากษ์วิจารณ์คำสอนในศาสนาคริสต์นั่นเอง) คำสั่งจึงชอบด้วยกฎหมาย (C.E. 10 mai 1912, Abbé BOUTEYRE. Rec. 553, concl. Helbronner)

4. บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 และบทส่งท้าย

หากพิจารณาคำวินิจฉัย ในประเด็นที่วินิจฉัยว่า มาตรา 26 (10) ของพรบ.ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ ดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติ มาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ 2540 หรือไม่ ซึ่งได้มีคำวินิจฉัยว่า "...รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ได้บัญญัติเป็นหลักการว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน...จะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกาย... จะกระทำมิได้... แต่ต้องยอมรับว่า... การรับสมัครสอบคัดเลือกนอกจากจะพิจารณาถึงความรู้ ความสามารถแล้ว ยังต้องพิจารณาสุขภาพของร่างกาย และจิตใจว่ามีความสมบูรณ์ สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และมีบุคลิกลักษณะที่ดีพอที่จะเป็นผู้พิพากษา ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติ โดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษามีใช้เพียงแต่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีในห้องพิจารณาเท่านั้น บางครั้งต้องเดินทางไปนอกศาล ปฏิบัติหน้าที่ เช่น เพื่อเดินเผชิญสืบ เพื่อสืบพยานที่มาศาลไม่ได้ การพิจารณาเพื่อรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา จึงมีมาตรการที่แตกต่าง และเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง..." จึงวินิจฉัยว่า "...เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ (๑๐)

คำว่า "มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ"... เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ จึงเห็นว่า บทบัญญัติของ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ (๑๐) ดังกล่าว ... ไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมาย ให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ แต่อย่างใด..." นั้น

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะต้องห้ามผู้สมัครตำแหน่งข้าราชการตุลาการในศาลยุติธรรม ตามมาตรา ๒๖ (๑๐) ที่ห้ามบุคคลที่ "มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ" เป็นข้าราชการตุลาการ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว โดยให้เหตุผลว่า

(1) ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับหลักความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยปราศจากการแบ่งแยก ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ 2540 และการเลือกปฏิบัติเพราะสภาพทางกายจะกระทำมิได้

(2) อย่างไรก็ดี ยังต้องพิจารณาคณะที่มีบุคคลที่คิดพ้อที่จะเป็นผู้พิพากษา ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ และมีความจำเป็นจะต้องมีมาตรการที่แตกต่างและเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่น อันเป็นข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคข้างต้น กรณีจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมตาม มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ 2540

(3) นอกจากนี้ การเลือกปฏิบัติอันเป็นข้อยกเว้นดังกล่าว ก็มีความจำเป็นเพื่อให้ผู้ที่ได้รับคัดเลือกสามารถทำหน้าที่ตุลาการได้อย่างเต็มที่ เพราะมีบางกรณีจะต้องเดินทางไปนอกศาล เช่น การเดินเผชิญสืบ เป็นต้น กรณีจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมตาม มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ 2540

(4) การบัญญัติลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตาม มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ 2540 นั้น

ด้วยความเคารพต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ศึกษายังไม่เห็นพ้องด้วยกับเหตุผลของคำวินิจฉัยดังกล่าว เพราะการกำหนดลักษณะต้องห้าม บุคคลที่ "มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ" สมัครรับคัดเลือก นั้น ย่อมหมายความถึง การกำหนดลักษณะต้องห้ามบุคคลที่มีร่างกายพิการ โดยมีลักษณะที่ครอบคลุมลักษณะของคนพิการอย่างกว้างขวาง ไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน นำไปสู่การใช้ดุลพินิจที่ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้ในที่สุด จึงเป็นการขัดต่อหลักนิติรัฐที่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ต้องมีขอบเขตชัดเจนแน่นอน โดยหากมีการกำหนดจะต้องกำหนดลักษณะของ

ความพิการหรือมีสภาพร่างกายที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการได้เท่านั้น และต้องสอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี ทั้งนี้ เพราะอาจมีบุคคลที่แม้จะมีร่างกายพิการ แต่ความพิการบางส่วนนั้นไม่ได้กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ เหมือนกรณี นายศิริมิตร บุญมูล ก็ได้ การกำหนดบทบาทบัญญัติดังกล่าวซึ่งกว้างโดยไม่มีขอบจำกัด ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจกว้างขวางเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสิทธิของคนพิการมากเกินไป อันอาจจะส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติ หรือเป็นการตัดสิทธิโดยสิ้นเชิง โดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ จึงไม่น่าจะชอบด้วย มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ 2540

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า การเลือกปฏิบัติต่อคนพิการอย่างเป็นธรรมนั้น จะต้องเป็นการเลือกปฏิบัติที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือเหตุผลของเรื่อง (Nature of things) ที่สามารถอธิบายเหตุผลของการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการได้อย่างสมเหตุสมผลด้วย ซึ่งผู้ศึกษาเห็นด้วยความเคารพว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญหยิบยกเรื่องความจำเป็นที่ตุลาการต้องมีบุคลิกลักษณะที่ดีพอที่จะเป็นผู้พิพากษา ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ กรณีจึงมีความจำเป็นในการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการไม่ให้มีสิทธิเข้าดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญยังมีได้วินิจฉัยหา "เกณฑ์แห่งความแตกต่าง" ระหว่าง "ผู้ที่มีร่างกายพิการ" กับ "ผู้ที่มีร่างกายไม่พิการ" ได้มีอย่างน้ำหนักโดยสามารถอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผล ซึ่งมีเหตุผลที่อธิบายได้ (justify)¹⁴ กับ วัตถุประสงค์ของผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการ เพราะวัตถุประสงค์ของการบรรจุข้าราชการตุลาการคือการหาบุคคลากรที่มีความรู้ความสามารถทางด้านกฎหมาย เพื่อพิจารณาตัดสินหรือพิพากษาอรรถคดี และเพื่อความยุติธรรมกับคู่กรณี โดยการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการไม่ได้ขึ้นอยู่กับความต่างแตกต่างของ "ผู้ที่มีร่างกายพิการ" กับ "ผู้ที่มีร่างกายไม่พิการ" แต่อย่างใด และการเลือกบุคคล "ผู้ที่มีร่างกายไม่พิการ" (บุคคลที่มีบุคลิกลิขิต) ในการดำรงตำแหน่งตุลาการนั้น ก็ไม่ได้ทำให้ตุลาการมีเกียรติเพิ่มขึ้นได้แต่อย่างใด ทั้งนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า ความมีเกียรติของผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการที่ประชาชนเคารพนับถือควรมาจากการปฏิบัติหน้าที่ใช้การอำนาจตุลาการตัดสินด้วยความเป็นธรรมแก่ประชาชนเสียมากกว่า การพิจารณาจากรูปลักษณะภายนอกหรือบุคลิกลิขิตของตุลาการผู้ตัดสินหรือพิพากษาคดี ดังนั้น การกำหนดลักษณะต้องห้าม "ผู้มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ" หรือ "ผู้ที่มีร่างกายพิการ" จึงเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค และเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมตาม มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ 2540 อย่างไรก็ดี ผู้ศึกษาก็ไม่ได้หมายความว่า ห้ามฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดลักษณะต้องห้าม

¹⁴ Charles Debbasch, La Constitution de la Ve République Pratique et jurisprudence, (Paris : Dalloz, 1999), pp.20 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, หลักความเสมอภาค, วารสารนิติศาสตร์, มิถุนายน 2543 หน้า 167

แก่ "ผู้มีกาย . . . ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ" หรือ "ผู้ที่มีร่างกายพิการ" ในทุกกรณี โดยเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถกำหนดลักษณะต้องห้ามของ "ผู้มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ" หรือ "ผู้ที่มีร่างกายพิการ" ที่มีลักษณะมีสภาพน่ารังเกียจ หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงตำแหน่งหน้าที่ในการเป็นตุลาการได้ เช่น บุคคลที่ตาบอดอย่างสิ้นเชิงจนไม่ได้สามารถเห็นอากัปริยาของทนายความและพยานในการสืบพยานในชั้นศาล ซึ่งจะเป็นข้อมูลในการจับพินิจและตัดสินคดีความ เป็นต้น โดยลักษณะต้องห้ามดังกล่าวควรบัญญัติกฎหมายให้มีความแน่นอนชัดเจนและมีความสอดคล้องกับการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการดังที่เรียนไว้ข้างต้น

การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ต้องเดินทางไปนอกศาลเพื่อปฏิบัติหน้าที่ เช่น เพื่อเดินเผชิญสืบ หรือที่มาศาลเพื่อสืบพยานไม่ได้ จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดลักษณะต้องห้ามบุคคลที่ "มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ" ตามมาตรา 26 (10) ยังคลาดเคลื่อนต่อข้อเท็จจริง เพราะแม้บุคคลที่มีร่างกายพิการบางส่วน แต่ก็อาจมีความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่เป็นข้าราชการตุลาการได้ เช่น นายศิริมิตร บุญมูล ที่เขาสามารถประกอบอาชีพทนายความ ใช้กฎหมายเช่นเดียวกับตุลาการ สามารถสืบพยานในชั้นศาล และสามารถปฏิบัติหน้าที่นักกฎหมายด้วยตนเองโดยไม่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ ได้ตลอดมา ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

บทสรุปส่งท้ายของอุทธรณ์นี้ ต่อมาในปี พ.ศ. 2552 สำนักงานศาลยุติธรรมได้มีการเปิดรับสมัครสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่น 58 และนายศิริมิตร ยังคงไม่ยอมแพ้ เข้าสมัครเพื่อขอทดสอบคัดเลือกอีกครั้งเช่นเคย โดยผู้ศึกษาเข้าใจว่าคราวนี้ นายศิริมิตรอาจมีความมั่นใจเพิ่มขึ้นกว่าเดิมว่าจะไม่ถูกปฏิเสธการรับสมัคร เนื่องจาก รัฐธรรมนูญ 2550 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้พิการมากขึ้นกว่า รัฐธรรมนูญ 2540 ดังจะเห็นได้จากตารางเปรียบเทียบดังต่อไปนี้

มาตรา 30 วรรคสามของรัฐธรรมนูญ 2540	มาตรา 30 วรรคสามของรัฐธรรมนูญ 2550
การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือ สุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อ	การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือ สุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อ

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้	บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้
--------------------------------------	--------------------------------------

อย่างไรก็ดี ก.ต. ก็ยังคงมีมติไม่รับสมัครเช่นเดิม นายศิริมิตร จึงขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 245 (1) ของรัฐธรรมนูญ 2550 พิจารณาว่า มาตรา 26 (10) ของพรบ.ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติ มาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ 2550 หรือไม่

การต่อสู้ของ นายศิริมิตร ประสบความสำเร็จ ในปี 2555 ภายหลังจากยื่นสมัครไปแล้วกว่า 3 ปี โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 15/2555 ว่า พรบ.ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” ขัดหรือแย้งต่อ มาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ 2550 และเป็น การขัดต่อรัฐธรรมนูญ 2550 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลในประการสำคัญ ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญ 2550 ได้เพิ่มหลักการใหม่ที่สำคัญในการคุ้มครองคนพิการเพื่อมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม โดยในระดับสากลยอมรับกันว่าความพิการเป็นผลจากความสัมพันธ์ระหว่างคนพิการกับสภาพแวดล้อมทางสังคมที่มีได้เอื้ออำนวยให้คนพิการใช้ชีวิตแบบคนปกติทั่วไป โดยควรให้ความสำคัญกับการเปลี่ยนแปลงหรือการพัฒนาสภาพแวดล้อมที่เป็นอุปสรรคต่อคนพิการ เพื่อให้คนพิการเข้าถึงปัจจัยพื้นฐานอย่างเท่าเทียมและสามารถดำรงชีวิตได้อย่างปกติสุขเช่นบุคคลทั่วไป

(2) ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับว่า หน่วยงานของรัฐต้องคำนึงถึงพันธกรณีระหว่างประเทศ คือ คำนึงถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities - CRPD) ข้อ 27 (เอ) ห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการในทุกด้านที่เกี่ยวกับการจ้างงาน รวมถึงเงื่อนไขในการคัดเลือกบุคคล การว่าจ้าง และการจ้างงาน การจ้างงานอย่างต่อเนื่อง ความก้าวหน้าในอาชีพการงาน และสภาพการทำงานที่ถูกต้องอนามัยและปลอดภัย และ(จ) ว่าจ้างคนพิการเข้าทำงานในหน่วยงานภาครัฐ

(3) ลักษณะต้องห้าม “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” อยู่ในกรอบความหมายของคำว่า "คนพิการ" ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550¹⁵ และตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities - CRPD)¹⁶

¹⁵ มาตรา 4

(4) การเลือกปฏิบัติต่อคนพิการในการเข้าทำงานเป็นตุลาการเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เพราะภารกิจหลักตามอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม คือ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และต้องนั่งพิจารณาโดยครบองค์คณะ ความพิการจึงมิได้เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่จะเป็นข้าราชการตุลาการที่จะมีผลต่อการให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้อง

(5) การกำหนดลักษณะต้องห้าม ตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ของ พรบ.ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ ว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ไม่มีขอบเขตชัดเจน นำไปสู่การใช้ดุลพินิจที่ส่งให้เกิดการเลือกปฏิบัติในท้ายที่สุด จึงเป็นการตัดสิทธิคนพิการตั้งแต่ต้น โดยสิ้นเชิง ไม่เปิดโอกาสให้คนพิการสามารถสอบคัดเลือกได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป

(6) ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับโดยปริยายว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของคนพิการในกรณีลักษณะนี้ อาจทำได้โดยมีขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอน เช่น อาจกำหนดว่า มีลักษณะทางกายที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นข้าราชการตุลาการได้เพียงใด เป็นต้น เพื่อให้ทราบว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องใดบ้างอย่างไรก็ดี ต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะหรือของสังคมโดยรวมมากกว่าขององค์กร

นับแต่ปี พ.ศ. 2542 ที่ นายศิริมิตร ขอสัมคร เข้าสอบเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาครั้งแรก จนกระทั่งศาลรัฐธรรมนูญมี คำวินิจฉัยที่ 15/2555 ลงวันที่ 13 มิถุนายน 2555 ข้างต้น ซึ่งก็ผ่านมากกว่า 13 ปีแล้ว สิทธิของ นายศิริมิตร เพิ่งได้รับความคุ้มครอง อย่่างไรก็ดี นี่เป็นแค่การเปิดโอกาสให้ นายศิริมิตร สามารถเข้าสอบนะครับ (ไม่ได้หมายความว่า นายศิริมิตร จะได้เป็นผู้พิพากษาสนใจในทันที) และ

"คนพิการ" หมายความว่า บุคคลซึ่งมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคม เนื่องจากมีความบกพร่องทางการเห็น การได้ยิน การเคลื่อนไหว การสื่อสาร จิตใจ อารมณ์ พฤติกรรม สติปัญญา การเรียนรู้ หรือความบกพร่องอื่นใด ประกอบกับมีอุปสรรคในด้านต่าง ๆ และมีความจำเป็นเป็นพิเศษที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือด้านหนึ่งด้านใด เพื่อให้สามารถปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคมได้อย่างบุคคลทั่วไป ทั้งนี้ ตามประเภทและหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ประกาศกำหนด

¹⁶ ข้อ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ

ความมุ่งประสงค์

อนุสัญญานี้มีความมุ่งประสงค์เพื่อส่งเสริม คุ้มครองและประกันให้คนพิการทั้งปวง ได้อุปโภคสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงอย่างเต็มที่และเท่าเทียมกัน และส่งเสริมการเคารพในศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิด

คนพิการ หมายความว่า บุคคลที่มีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา หรือทางประสาทสัมผัสในระยะยาว ซึ่งเมื่อมีปฏิสัมพันธ์กับอุปสรรคนานัปการ จะกีดขวางการมีส่วนร่วมในสังคมอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น

โอกาสของ นายศิริมิตร ในการสมัครสอบข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา
 รุ่น 58 ในปี พ.ศ. 2552 ก็หมดไปแล้วด้วย (เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในปี 2555) ผู้ศึกษาก็คง
 ได้แต่เอาใจช่วยว่าการเปิดรับสมัครสอบข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา
 รุ่นถัดไปไม่ว่าในปีนี้ (พ.ศ. 2556 ซึ่งก็ไม่อาจทราบได้ว่าจะเปิดหรือไม่) หรือในปีถัด ๆ ไป ว่า
 นายศิริมิตร จะได้มีโอกาสสอบเหมือนกับบุคคลอื่นทั่วไป แต่ทั้งนี้ ไม่ว่า นายศิริมิตร จะได้เป็น
 ผู้พิพากษาหรือไม่ แต่อย่างน้อยการต่อสู้ของ นายศิริมิตร ย่อมจะเป็นตัวอย่างของการลุกขึ้นสู้เพื่อสิทธิ
 เสรีภาพอันชอบธรรมให้แก่บุคคลอื่นและแก่สังคมไทยต่อไปครับ ..

"สติเฟ่น สอกกิ้นส์ เป็นคนพิการที่ขยับได้เฉพาะส่วนหัวและนิ้วมือเล็กน้อย พุดไม่ได้
 แต่ท่านเป็นนักวิทยาศาสตร์ทางฟิสิกส์ที่มีชื่อเสียงก้องโลกอยู่ในปัจจุบัน
 ได้รับการยกย่องว่าเป็นเจ้าพ่อของจักรวาล เป็นไอน์สไตน์คนที่ 2
 ท่านเป็นเช่นนี้ได้เพราะท่านได้รับ โอกาสให้เป็นผู้บรรยายวิชาฟิสิกส์ในมหาลัย
 ถ้าสิทธิและ โอกาสในการรับการศึกษาและมีงานทำถูกปิดกั้น
 สติเฟ่น สอกกิ้นส์ คงเป็น ได้แค่ขอทาน
 การจำกัดสิทธิและ โอกาส ย่อมเป็นการจำกัด
 การนำเอาศักยภาพที่มีอยู่ในตัวมนุษย์ออกมาใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด"
 ศาสตราจารย์ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์ได้เขียนไว้ในบทความ
 สิทธิมนุษยชนกับการจ้างงานคนพิการ

บรรณานุกรม

หนังสือ

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักแห่งความเสมอภาคตามกฎหมายฝรั่งเศส. รวมบทความกฎหมายมหาชน; เล่ม 1 พ.ศ. 2545, หน้า 97 - 111.

วารสาร

ชาญวิทย์ ชัยกันย์. "หลักประกันสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนตามรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น". ในวารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 8 ฉบับที่ 3 กันยายน - ธันวาคม 2551. หน้า 66 - 85.

นภคล ช. สรพงษ์. "ประวัติศาสตร์การต่อสู้เพื่อความเสมอภาค". ในวารสารรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 7 เล่มที่ 21 กันยายน - ธันวาคม 2548. หน้า 76 - 99.

วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์ และคณะ. "สรุปงานวิจัย การแก้ไขกฎหมายที่กีดกันคนพิการในการเข้าไปมีส่วนร่วมในสังคม : ศึกษากรณีกฎหมาย และกฎระเบียบที่จำกัดสิทธิคนพิการในการประกอบอาชีพ". ในวารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 34 ฉบับที่ 3 กันยายน 2547. หน้า 510 - 535.

วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์. "สิทธิมนุษยชนกับการจ้างงานคนพิการ". ในวารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 28 ฉบับที่ 4 ธันวาคม 2541. หน้า 739 - 753.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. "หลักความเสมอภาค". ในวารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 30 ฉบับที่ 2 มิถุนายน 2543. หน้า 160 - 183.

สุภาวดี ชัยโยธา และ เจตน์ สถาวรศิลป์. "อำนาจดุลพินิจ หลักความเสมอภาคกับการสอบคัดเลือกเข้ารับราชการ". ในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 มกราคม - เมษายน 2549. หน้า 139 - 151.

สุรรัตน์ ประจนปัจฉิม. "สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคด้านการศึกษาของคนพิการ". ในวารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช. ปีที่ 20 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2551. หน้า 23 - 34 .

เอกสารเกี่ยวกับการประชุม

คณิต ฅ นคร. "สิทธิมนุษยชนในประเทศไทย". คำกล่าวในการเปิดการประชุมเชิงปฏิบัติการ เรื่องสิทธิมนุษยชนสำหรับประเทศในภูมิภาคเอเชียและแปซิฟิก วันอาทิตย์ที่ 11 ธันวาคม 2537 ณ จังหวัดเชียงใหม่ ประเทศไทย แปลและเรียบเรียงโดย กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ และปิยธิดา จุลพงศธร.

ศิริมิตร บุญมุล. การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม. ในเอกสารสรุปการประชุมวิชาการสถาบันพระปกเกล้า ครั้งที่ 8 ประจำปี 2549. หน้า 427 - 443.

คำสั่ง / คำวินิจฉัยของศาล

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 16 / 2445

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 44 / 2545

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15 / 2555

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4 / 2552