

การกำหนดสถานภาพโสดเป็นคุณสมบัติในการเข้าสู่ตำแหน่งนายสิบตำรวจ :
ข้อพิจารณาเรื่องหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ เรื่องสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ
และหลักความได้สัดส่วนในฐานะกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 301/2564)

วันรัฐ งามนิยม *

1. สรุปสาระแห่งคดี

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) อนุมัติในหลักการให้กองบัญชาการศึกษาดำเนินการรับสมัครบุคคลภายนอกเข้ารับราชการ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้บัญชาการตำรวจภูธรภาค 3) ได้มีประกาศรับสมัครและคัดเลือกบุคคลภายนอกบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ พ.ศ. 2558 ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2558 โดยมีรายละเอียดการรับสมัครประการหนึ่งว่า เป็นบุคคลภายนอก เพศชาย มีสถานภาพโสด ผู้ฟ้องคดีได้สมัครสอบคัดเลือกเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจตามประกาศดังกล่าวทางระบบอินเทอร์เน็ต สอบผ่านข้อเขียนและได้เข้ารับการทดสอบความเหมาะสมกับตำแหน่งแล้ว อย่างไรก็ตาม ในการตรวจสอบสถานภาพของผู้ฟ้องคดีโดยการตรวจสอบจากสำนักทะเบียนอำเภอ ช. แล้วคณะกรรมการดำเนินการรับสมัครและคัดเลือกได้ประชุมเพื่อพิจารณาคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจของผู้สมัครเห็นว่า ขณะที่สมัครผู้ฟ้องคดีมีสถานภาพสมรสและได้จดทะเบียนหย่าภายหลังจากสมัครเข้ารับการคัดเลือก จึงมีมติว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ขาดคุณสมบัติและประกาศว่าผู้ฟ้องคดีมีชื่ออยู่ในบัญชีผู้มีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามประกาศรับสมัคร ผู้ฟ้องคดีมีหนังสืออุทธรณ์ผลการคัดเลือกดังกล่าวและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหนังสือแจ้งยืนยันผลการพิจารณาอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง

ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนประกาศรายชื่อผู้ได้รับคัดเลือกฯ เฉพาะที่ไม่มีรายชื่อผู้ฟ้องคดีอยู่ในบัญชีผู้ได้รับการคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ โดยให้คำพิพากษามีผลย้อนหลังนับแต่วันที่ประกาศดังกล่าว โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาคือ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ให้การยอมรับว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สอบผ่านการสอบข้อเขียนและผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ผ่านการทดสอบความเหมาะสมกับตำแหน่ง ผ่านการตรวจร่างกาย และผ่านการสอบสัมภาษณ์แล้ว การตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีอันเนื่องจากการขาดคุณสมบัติในเรื่องการมีสถานภาพโสด จึงเป็นการดำเนินการ

* นิติศาสตรมหาบัณฑิต (Magister legum, LL.M.) (summa cum laude) Universität Potsdam สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



ขั้นตอนสุดท้ายก่อนที่จะประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิบรรจุแต่งตั้งเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ เมื่อศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศข้างต้นแล้ว ย่อมมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิได้รับการประกาศรายชื่อเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกฯ เป็นนายสิบตำรวจ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงต้องดำเนินการออกประกาศรายชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกฯ เพิ่มเติม และดำเนินการบรรจุแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีเข้าเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจในโอกาสแรกของการอบรมนักเรียนนายสิบตำรวจรุ่นถัดไปเท่าที่จะสามารถทำได้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่เห็นพ้องด้วยจึงยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายืน

2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการให้เหตุผลในคดี

การให้เหตุผลในคดีนี้แบ่งได้เป็น การให้เหตุผลของฝ่ายปกครองและการให้เหตุผลของศาลปกครองในคำพิพากษา การศึกษาในส่วนนี้เป็นไปเพื่อวิเคราะห์หาประเด็นสำคัญแห่งคดีที่จะนำมาวิเคราะห์ในส่วนต่อไป

2.1 ข้อพิจารณาการให้เหตุผลของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับคุณสมบัติต้องห้ามกับสถานภาพสมรส

คดีนี้เป็นเรื่องของการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ โดยมีการกำหนดคุณสมบัติประการหนึ่งว่า “มีสถานภาพโสด” คณะกรรมการดำเนินการรับสมัครและคัดเลือกฯ ได้มีมติเป็นเอกฉันท์ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ขาดคุณสมบัติ โดยให้เหตุผลในชั้นศาลปกครองชั้นต้นว่า

“ผู้ฟ้องคดีได้จดทะเบียนสมรสกับนางสาว ก. เมื่อวันที่ 8 มกราคม 2558 และจดทะเบียนหย่าเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2558 ซึ่งเป็นการจดทะเบียนหย่าภายหลังจากสมัครเข้ารับการคัดเลือกแล้ว ต่อมา เมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม 2558 ... การรับสมัครคัดเลือกครั้งนี้เป็นการรับสมัครผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งกำหนดให้ผู้สมัครจะต้องอ่านและทำความเข้าใจรายละเอียดการสมัครให้ชัดเจน พร้อมทั้งรับรองว่าตนเองเป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนถูกต้องตามประกาศรับสมัครก่อนที่จะสมัครเข้ารับการคัดเลือก ซึ่งจากการตรวจสอบเอกสารหลักฐานพบว่าขณะสมัครเข้ารับการคัดเลือก ผู้ฟ้องคดีมีสถานภาพสมรส และได้จดทะเบียนหย่าภายหลังจากสมัครแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีคุณสมบัติทั่วไปไม่เป็นไปตามประกาศรับสมัครฯ ข้อ 2.1 ที่กำหนดว่าต้องมีสถานภาพโสด”

และให้เหตุผลในชั้นศาลปกครองสูงสุดโดยสรุปว่า มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 บัญญัติให้ผู้ที่จะได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ และมาตรา 48 (6) บัญญัติว่า “มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร.” ซึ่งกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 กำหนดว่า การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ ผู้ที่จะได้รับการบรรจุนอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 48 (1) ถึง (5) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 แล้ว จะต้องมีความประพฤติดีและมีลักษณะต้องห้ามอื่นตามมาตรา 48 (6) โดย กฎ ก.ตร. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกหรือการสอบแข่งขันบุคคลเพื่อบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 ข้อ 2 (1) กำหนดให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้บังคับบัญชาที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เป็นผู้ดำเนินการคัดเลือก โดยพิจารณาถึง

ความรู้ความสามารถ ความประพฤติ และบุคลิกภาพให้เหมาะสมกับตำแหน่งที่จะบรรจุและแต่งตั้ง ดังนั้น พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 จึงเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดอำนาจหน้าที่ ออกกฎ ระเบียบ คำสั่งต่าง ๆ พร้อมทั้งกฎ ก.ตร. ก้ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 โดยได้วางหลักการกว้าง ๆ ไว้เพื่อจะให้มีการกำหนดคุณสมบัติต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวางและครอบคลุมเพิ่มเติมได้ ซึ่งการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้รับมอบอำนาจจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติให้เป็นผู้ดำเนินการ สอบแข่งขัน ประกาศรับสมัครโดยกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งว่า เป็นบุคลลภายนอก เพศชาย สถานภาพโสด ก็เพื่อให้ได้ชายที่อยู่ในวัยที่เข้มแข็งและไม่มีภาระใด ๆ ถึงพร้อมด้วยสติปัญญา อันจะทำให้ การฝึกอบรมเกิดประสิทธิภาพและได้รับประโยชน์สูงสุด โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้ได้เพศชายโสด สมัครสอบคัดเลือกเข้ารับการฝึกอบรมเป็นระยะเวลา 1 ปี ซึ่งต้องอาศัยความอดทนทั้งร่างกาย สภาพจิตใจ และเป็นประโยชน์ต่อผู้สมัคร เพราะในบางกรณีการฝึกอบรมที่มีความเข้มข้นหลาย ๆ แบบ การฝึกอาจเกิด เหตุสุดวิสัยจนทำให้ผู้สมัครที่ผ่านการคัดเลือกต้องได้รับบาดเจ็บ

ผู้เขียนเห็นว่า การให้เหตุผลข้างต้นเป็นการตั้งสมมติฐานที่ว่า มาตรา 48 แห่ง พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547¹ บัญญัติกฎหมายในเรื่องของคุณสมบัติและ ลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการตำรวจไว้อย่างกว้าง ๆ เพราะอนุมาตรา (1) – (5) บัญญัติไว้ชัดเจนว่า มีคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามเรื่องใดบ้าง แต่อนุมาตรา (6) บัญญัติเปิดช่องให้ขยายคุณสมบัติและ ลักษณะต้องห้ามอื่นได้เพิ่มเติม โดยมีกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการ ตำรวจ พ.ศ. 2547 กำหนดอ้างอิงย้อนกลับไปยังพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ว่า การบรรจุ บุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ ผู้ที่จะได้รับการบรรจุนอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะ ต้องห้ามตามมาตรา 48 (1) ถึง (5) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 แล้ว ในกฎ ก.ตร. นี้ ได้เพิ่มเติมอีกว่าจะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามมาตรา 48 (6) เช่น ข้อ 2 (3) ไม่เป็นคน ล้มละลาย (7) ไม่เป็นผู้เคยถูกลงโทษไล่ออกเพราะกระทำผิดวินัยตามพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น เป็นต้น ซึ่งยังกำหนดบางเรื่องแยกตามเพศ เช่น ข้อ 2 (9) วรรคหนึ่ง ในกรณีที่ เป็นชาย (ก) ถ้าเป็นผู้มี ภูมิลำเนาอยู่ในเขตที่ใช้กฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหารต้องลงบัญชีทหารกองเกินตามกฎหมายนั้นแล้ว

¹ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 48

ผู้ที่จะได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นตำรวจ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

- (1) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด
- (2) มีอายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์
- (3) เป็นผู้เลื่อมใสในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข
- (4) ไม่เป็นข้าราชการการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น
- (5) ไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งใด ๆ ในพรรคการเมือง
- (6) มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร.

(ข) ร่างกายต้องสูงไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยหกสิบเซนติเมตร ส่วนข้อ 2 (9) วรรคสอง ในกรณีที่เป็นการยื่นร่างกายต้องสูงไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยห้าสิบเซนติเมตร จากการให้เหตุผลโดยฝ่ายปกครองนี้วิเคราะห์ได้ว่า ฝ่ายปกครองได้ให้เหตุผลว่ามีกฎหมายให้อำนาจในการออกระเบียบดังกล่าว กฎหมายที่ให้อำนาจ คือ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ซึ่งเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ประกอบกับพระราชบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจขยายการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามผู้ที่เข้ารับราชการตำรวจในรูปของ “กฎ ก.ตร.” เป็นฐานอำนาจในการประกาศรับสมัครตำรวจในคดีพิพาท โดยกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งที่ว่า “สถานภาพโสด” โดยให้เหตุผลในเรื่องสมรรถภาพทางร่างกายของเพศชายและความเสี่ยงในระหว่างการฝึกอบรมที่อาจจะเกิดเหตุสุดวิสัยจนทำให้ผู้สมัครที่ผ่านการคัดเลือกต้องได้รับบาดเจ็บ

2.2 ข้อพิจารณาในคำพิพากษาศาลปกครอง

2.2.1 คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น

ศาลปกครองชั้นต้นได้ตั้งประเด็นแห่งคดีว่า ข้อ 2.1 ของประกาศรับสมัครและคัดเลือกบุคคลภายนอกผู้มีวุฒิประกาศนียบัตรประโยคมัธยมศึกษาตอนปลายหรือประกาศนียบัตรวิชาชีพหรือเทียบเท่าเพื่อบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ พ.ศ. 2558 ที่กำหนดคุณสมบัติทั่วไปว่า “มีสถานภาพโสด” ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า ในประเด็นข้างต้นนี้ศาลปกครองชั้นต้นได้ตั้งต้นพิจารณาจากกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง ได้แก่ มาตรา 48 (2) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ซึ่งบัญญัติให้ผู้ที่ได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ และข้อ 2 (10) ของกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจฯ ต้องมีอายุไม่เกินสามสิบห้าปีบริบูรณ์ โดยพิจารณาว่าจากกฎเกณฑ์ข้างต้นนั้น “ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดกำหนดเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ที่ได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นตำรวจให้ต้องมีสถานภาพโสด” ดังนั้น เมื่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายข้างต้นไม่ได้กำหนดเรื่องสถานภาพโสดไว้ ศาลปกครองชั้นต้นจึงเห็นว่า “การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจต้องมีสถานภาพโสด จึงเป็นการกำหนดคุณสมบัติที่เกินกว่าที่กำหนดในมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ประกอบกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 ... จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่มีการออกประกาศดังกล่าว”

ศาลปกครองชั้นต้นได้พิจารณาในประเด็นต่อไปว่า เมื่อข้อ 2.1 ของประกาศฯ ที่กำหนดคุณสมบัติทั่วไปว่า “มีสถานภาพโสด” ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีประกาศ เรื่องรายชื่อผู้ได้รับคัดเลือกเรียงตามลำดับและผู้ได้รับคัดเลือกสำรองในการรับสมัครและคัดเลือกบุคคลภายนอก โดยมีรายชื่อผู้ฟ้องคดีอยู่ในบัญชีผู้มีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามประกาศรับสมัครนั้น เป็นประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนของผู้ฟ้องคดี และที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กล่าวอ้างเหตุผลเรื่องสถานภาพโสดอาจจะเป็นอุปสรรคต่อการฝึกอบรม นั้น ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า “แม้จะเป็นข้ออ้างที่อธิบายเหตุผลความจำเป็น

ในการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าว เพื่อนำมาใช้กำหนดเป็นคุณสมบัติในการคัดเลือกหรือสอบแข่งขันก็ตาม แต่เหตุผลหรือความจำเป็นดังกล่าวก็มีข้ออ้างที่สามารถนำมายกเว้นไม่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 หรือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและกฎ ก.ตร. ในเรื่องนี้ได้”

2.2.2 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

แม้ศาลปกครองสูงสุดได้ตั้งประเด็นแห่งคดีคล้ายกับของศาลปกครองชั้นต้นว่า การกำหนดคุณสมบัติให้ผู้สมัครต้องมีสถานภาพโสดชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม แต่ศาลปกครองสูงสุด เริ่มต้นพิเคราะห์หลักจากกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ตั้งต้นจากมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในขณะที่ยอกระเบียบการรับสมัครฯ โดยบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้” ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเป็นการรับรองเสรีภาพไว้อย่างกว้าง นอกจากนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้หยิบยกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ พุทธศักราช 2560 ในส่วนของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยให้เหตุผลในการหยิบยกไว้ว่า “แม้เหตุพิพาทคดีนี้เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2558 ก็ตาม แต่การนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาประกอบการพิจารณา ย่อมทำให้เห็นถึงหลักการและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญทั้งในอดีตและปัจจุบันว่าได้รับรองสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของชนชาวไทยไว้อย่างชัดเจน โดยต้องเป็นสัมมาอาชีพ ไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และห้ามมิให้จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

ผู้เขียนเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำมาตราว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ มาพิจารณาเป็นพื้นฐานของการหาเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จากนั้นจึงพิจารณาเรื่องกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง ได้แก่ มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของข้าราชการตำรวจ ประกอบกับกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดระบุไว้ว่า เป็นการขยายเพิ่มเติมมาตรา 48 (6) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 โดยกำหนดเกี่ยวกับการถูกลงโทษทางวินัย การถูกลงโทษทางอาญา มีความประพฤติเสื่อมเสีย หรือบกพร่องในทางศีลธรรม ในส่วนของเพศชายต้องลงบัญชีทหารกองเกินตามกฎหมาย รวมทั้งสุขภาพ ร่างกายสมบูรณ์เหมาะแก่การรับราชการตำรวจ และศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยคล้ายกับศาลปกครอง ชั้นต้นว่า “**แต่ไม่ปรากฏ**มีข้อห้ามเกี่ยวกับสถานภาพโสดไว้อย่างใด” ซึ่งได้อธิบายเหตุผลไว้ว่า “เพราะผู้สมัครเข้ารับราชการในทุกหน่วยงานภาครัฐจะมีสถานภาพสมรสหรือสถานภาพโสดก็ไม่มีผล

ต่อการเข้ารับราชการ เนื่องจากธรรมชาติของชายหญิงนั้น มีเสรีภาพในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเพื่อสร้างครอบครัวได้ มีบุตรได้” และพิพากษาว่า การกำหนดคุณสมบัติว่าผู้สมัครสอบแข่งขันต้องมีสถานภาพโสดเป็นการกระทำโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้

นอกจากนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้โต้แย้งเหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่อ้างว่า เมื่อผู้ได้รับเลือกเข้ามาเป็นข้าราชการตำรวจแล้วจะต้องมีการฝึกอบรมอย่างหนักตลอดเวลา 1 ปี อาจทำให้ผู้เข้ารับราชการบาดเจ็บ นั้น ศาลปกครองสูงสุดให้เหตุผลโต้แย้งว่า

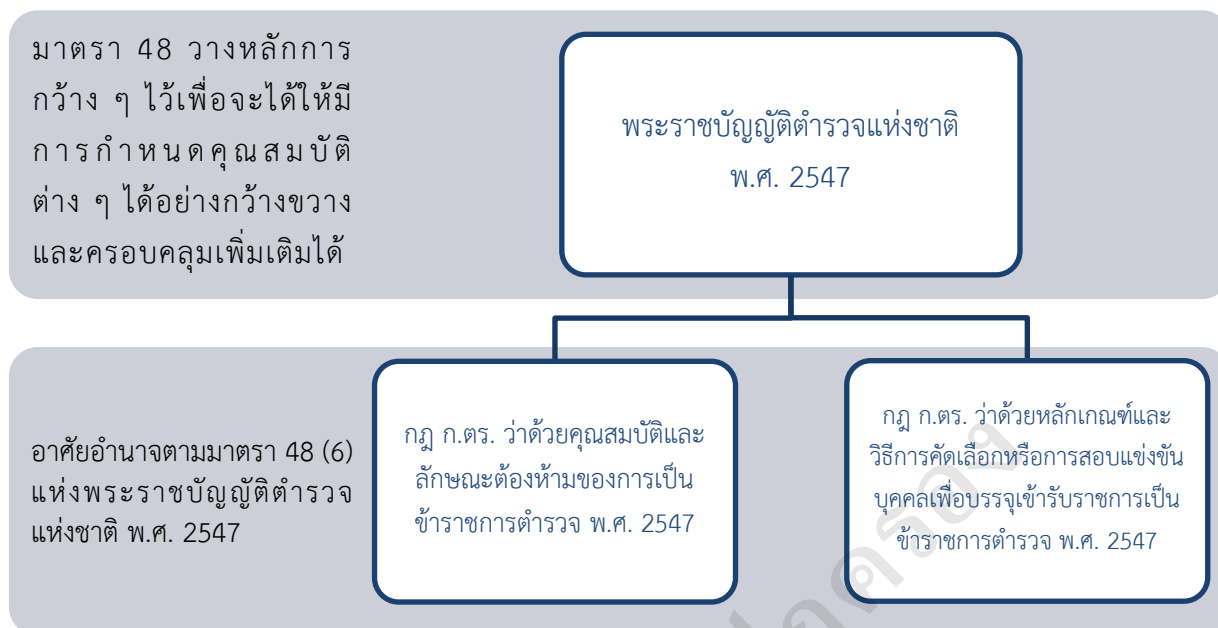
“การคัดเลือกบุคลากรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีการวางกรอบวิธีการคัดเลือกผู้สมัครสอบได้อย่างเหมาะสมโดยไม่จำเป็นต้องกำหนดให้ผู้สมัครสอบต้องมีสถานภาพโสดแต่อย่างใด ส่วนเหตุผลที่เกรงว่าการฝึกอบรมอาจมีการบาดเจ็บหรือสูญเสียเป็นเรื่องที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ควรพิจารณาในการควบคุมดูแลการฝึกอบรมให้เป็นไปตามหลักการฝึกอบรมที่ปลอดภัยไปพร้อมกับความมีประสิทธิภาพ โดยนำบทเรียนที่เคยเกิดขึ้นมาสร้างมาตรการในการป้องกันเหตุที่เกรงว่าจะเกิดก็ชอบที่จะทำได้ อุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ฟังไม่ขึ้น”

3. บทวิเคราะห์

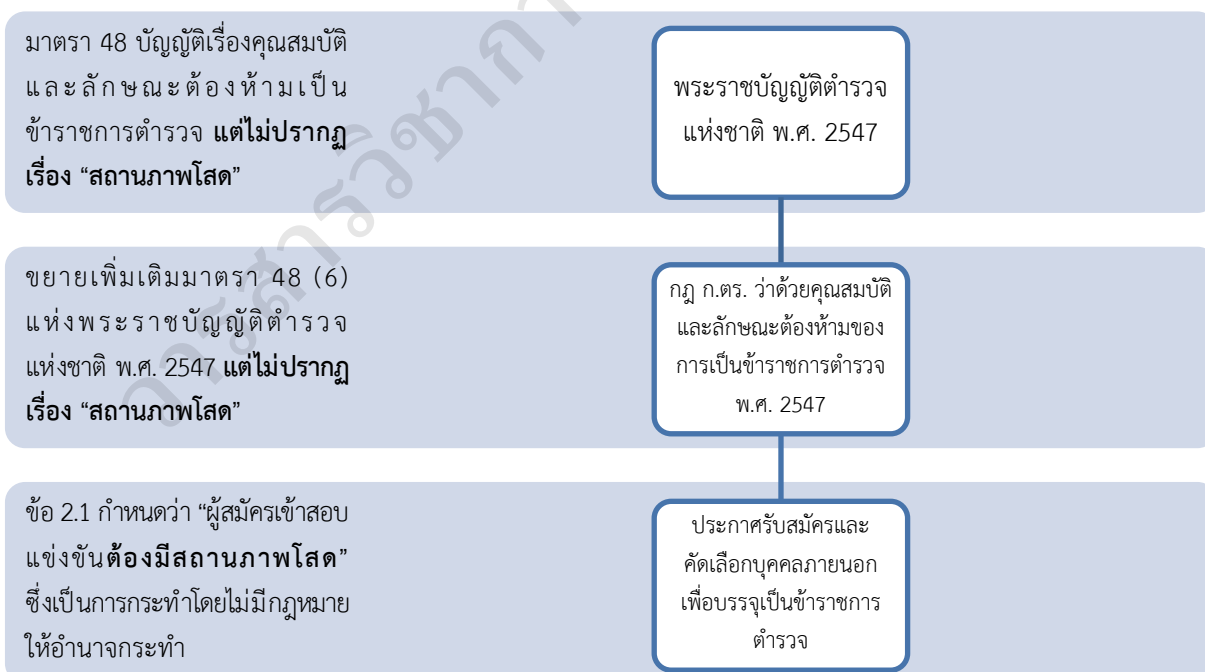
บทวิเคราะห์นี้แบ่งออกเป็นสองประเด็น ได้แก่ ประเด็นว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมายกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และประเด็นว่าด้วยสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญกับหลักความได้สัดส่วน

3.1 ลำดับชั้นของกฎหมายกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ประเด็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดคุณสมบัติว่าต้องมี “สถานภาพโสด” หรือไม่ เป็นประเด็นหลักแห่งคดีนี้ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้อ้างถึงกฎหมายต่าง ๆ ตั้งแต่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 และกฎหมายลำดับรอง คือ กฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 และกฎ ก.ตร. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกหรือการสอบแข่งขันบุคคลเพื่อบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เห็นว่า พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 วางหลักการกว้าง ๆ ไว้เพื่อจะได้ให้มีการกำหนดคุณสมบัติต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวางและครอบคลุมเพิ่มเติมได้ ผู้เขียนเห็นว่าเรื่องนี้เป็นกรกล่าวอ้างว่า มีกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการกำหนดคุณสมบัติเรื่องสถานภาพโสด ซึ่งพิจารณาในทางกลับกันได้ว่าเป็นการกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามว่า ห้ามมีสถานภาพสมรส กฎหมายที่ถูกกล่าวอ้าง คือ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 เป็นพื้นฐาน หากพิจารณาตามหลักตรรกะทั่วไป อาจพิจารณาการให้เหตุผลในมุมมองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ว่าเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีอำนาจกำหนดเรื่องคุณสมบัติว่าด้วยสถานภาพโสด ซึ่งผู้เขียนได้สรุปออกมาเป็นแผนภาพ ดังนี้



อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นด้วยกับการให้เหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ข้างต้น เพราะเห็นว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอื่นใด (ผู้เขียนเห็นว่า หมายถึงพระราชบัญญัติฉบับอื่น ๆ) กำหนดเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ที่จะได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นตำรวจให้ต้องมีสถานภาพโสด ผู้เขียนได้สรุปออกมาเป็นแผนภาพ ดังนี้



จากการพิจารณาการให้เหตุผลทั้งของฝ่ายปกครองและจากคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดนั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายและหลักไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ดังนี้



ในระบบกฎหมายของรัฐ มีกฎหมายอยู่หลายประเภทที่อยู่ในแต่ละลำดับชั้นหรือเรียกว่า ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย แม้กฎหมายหรือปทัสถานทางกฎหมาย (Norm) มีลักษณะใช้บังคับทั่วไปเป็นนามธรรม (generell-abstrakt) แต่กฎหมายก็มีบ่อเกิดของกฎหมาย (Rechtsquelle) ที่แตกต่างกันได้ เช่น รัฐธรรมนูญ (Verfassung) รัฐบัญญัติ (Gesetz) เป็นต้น การกระทำที่มีลักษณะใช้บังคับเฉพาะเรื่องเป็นรูปธรรม (individuell-konkret) ไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษา (Urteil) คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) รวมถึงสัญญา (Vertrag) ล้วนต้องผูกพันต่อกฎหมายทั้งสิ้น² รัฐที่เป็นนิติรัฐ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย³ เรียกว่า นิติธรรม) และประชาธิปไตย ฝ่ายปกครองจะกระทำการได้เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนตรากฎหมายให้อำนาจในเรื่องนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนย่อมเป็นไปตามกฎหมาย ทั้งในมุมของ “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย (Vorrang des Gesetzes)” และ “การกระทำทางปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หรือหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ (Vorbehalt des Gesetzes)”⁴ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยสามารถพิจารณาได้จากมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” กล่าวคือ ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงกฎหมายในลำดับชั้นต่าง ๆ ว่าการกระทำของตนจะไม่ขัดต่อกฎหมาย

ในประเด็นที่ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้กล่าวอ้างว่า การกำหนดเรื่องสถานภาพโสดได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายแล้ว คือ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 และกฎ ก.ตร. ที่เกี่ยวข้องว่า “วางหลักการกว้าง ๆ ไว้เพื่อจะได้ให้มีการกำหนดคุณสมบัติต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวางและครอบคลุมเพิ่มเติมได้” นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาของฝ่ายปกครองในคดีนี้เป็นการพิจารณาบ่อเกิดของกฎหมายในแง่ที่ว่า บ่อเกิดของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติบัญญัติเปิดช่องให้อำนาจผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนดคุณสมบัติข้อห้ามเพิ่มเติมได้อย่างกว้างขวาง เมื่อมาตรา 48 (6) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 บัญญัติว่า “มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร.” จึงหมายความว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจกำหนดคุณสมบัติได้มากกว่าที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (1) - (5) นั้น ผู้เขียนเห็นว่า วิธีคิดข้างต้นเป็นวิธีคิดที่คล้ายกับนิติวิธีทางกฎหมายเอกชน เรื่อง หลักอิสระทางแพ่ง (Private Autonomy) ว่าหากกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้าม ย่อมสามารถแสดงเจตนาทำนิติกรรมใด ๆ ก็ได้ แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ เว้นแต่การกำหนดให้แตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือ

² Olaf Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, 2019, § 13, Rn. 2 f.

³ หากไม่ได้รับรู้ว่า ฉบับพุทธศักราชใด ให้หมายความว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁴ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, 2020, § 6, Rn. 1 ff.

ศีลธรรมอันดีของประชาชน⁵ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ไม่อาจนำนิติวิธีทางกฎหมายเอกชนในกรณีนี้มาปรับใช้กับกฎหมายปกครองซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน หลักการที่ถูกต้อง คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยในแง่ “แหล่งที่มา” ของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ให้ความเห็นว่า “กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยปรกติแล้วจะได้แก่กฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนด”⁶ ดังนั้น การที่ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดกำหนดเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ที่จะได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นตำรวจให้ต้องมีสถานภาพโสด ประกาศรับสมัครและคัดเลือกบุคคลภายนอกบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจฯ ที่กำหนดคุณสมบัติว่า “มีสถานภาพโสด” จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นการพิจารณาบนฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในแง่ “แหล่งที่มา” หรือ “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” กล่าวคือ เมื่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติรวมถึงกฎ ก.ตร. ไม่ได้บัญญัติเรื่องสถานภาพโสดเป็นคุณสมบัติของการเป็นข้าราชการตำรวจ การออกประกาศดังกล่าวจึงไม่มีอำนาจกระทำได้

3.2 สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญกับหลักความได้สัดส่วน

ประเด็นว่าด้วยสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญได้ถูกหยิบยกประกอบในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด โดยผู้เขียนเห็นว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดได้หยิบยกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งฉบับพุทธศักราช 2550 ฉบับพุทธศักราช 2557 (ฉบับชั่วคราว) และฉบับพุทธศักราช 2560 นั้น เป็นการหยิบยกมาในฐานะการให้เหตุผลเสริมประกอบการวินิจฉัย ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายไว้ว่า “ย่อมทำให้เห็นถึงหลักการและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญทั้งในอดีตและปัจจุบันว่าได้รับรองสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของชนชาวไทยไว้อย่างชัดเจน” ซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาให้การกำหนดเรื่องสถานภาพโสดเป็นเรื่องที่ “ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ” ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตต่อไปว่า หากสมมติว่า ต่อมา มีการตรากฎ ก.ตร. โดยกำหนดคุณสมบัติของการเป็นข้าราชการตำรวจประการหนึ่งว่า “ต้องมีสถานภาพโสด” จะถือว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจหรือไม่⁷ ซึ่งการพิจารณาในส่วนนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาตามระบบกฎหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵ ศันท์ภรณ์ โสติพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), น. 385.

⁶ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2564), น. 43.

⁷ หากเป็นการบัญญัติเรื่องสถานภาพโสดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ประเด็นว่าการบัญญัติคุณสมบัติดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ



ผู้เขียนเห็นว่า ประเด็นเรื่องสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเรื่องรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นบ่อเกิดสูงสุดของกฎหมาย กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ การตีความกฎหมายต้องตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ⁸ เมื่อสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Right) หรือที่ในภาษาเยอรมันเรียกว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrecht)⁹ เป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดที่การกระทำใดขัดหรือแย้งต่อสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังที่มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” โดยผูกพันกับองค์กรของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร (รวมถึงฝ่ายปกครอง) ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ¹⁰ เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายเยอรมัน รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) วางหลักการเรื่องผลผูกพันของสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในมาตรา 1 วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการในฐานะกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรง และมาตรา 20 วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน วางหลักการไว้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมผูกพันต่อระบบระเบียบทางรัฐธรรมนูญ (verfassungsmäßige Ordnung) ส่วนฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการย่อมผูกพันต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายและความยุติธรรม (Gesetz und Recht) ดังนั้น เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานมีตำแหน่งแห่งที่ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ การกระทำทั้งหลายของรัฐย่อมต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย¹¹ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยก็มีหลักการว่าด้วย “สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรง” พิจารณาได้จากมาตรา 25 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” ผู้เขียนจึงเห็นว่า สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญไม่ใช่เพียงแนวทางหรือแนวนโยบาย

⁸ รายละเอียด ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : อานกฎหมาย, 2564), น. 188-200.

⁹ ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า ในตำรากฎหมายไทยที่ผู้เขียนตำราจบการศึกษาจากประเทศเยอรมนี มีการใช้ถ้อยคำทั้ง “สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ” และ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ในบทวิเคราะห์นั้นผู้เขียนจะใช้คำว่า “สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ” โดยยึดโยงว่าเป็นสิทธิเสรีภาพที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และน่าจะเป็นถ้อยคำที่นักกฎหมายไทยเข้าใจได้ง่าย เทียบ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : อานกฎหมาย, 2564), น. 188; ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), น. 25.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), น. 25.

¹¹ Vgl. Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte, 8. Auflage, 2020, § 4 Rn. 4 ff.

ของรัฐ แต่เป็น “กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย” และเป็น “มาตร” ที่การกระทำของรัฐต้องคำนึงถึงว่า การกระทำที่กระทบต่อประชาชนต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม การกระทำของรัฐก็อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญได้ โดยชอบด้วยกฎหมาย หากได้กระทำชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ และต้องเป็นการกระทำที่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในฐานะหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วย กล่าวคือ สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญมีกรอบหรือข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพ (Grundrechtsschranke)¹² ในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำเสนอการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบโดยใช้หลักความได้สัดส่วน ทั้งนี้ การนำเสนอจะเป็นการนำเสนอโดยปรับจากแนวทางในระบบกฎหมายเยอรมันเข้ากับระบบกฎหมายไทยเป็นเบื้องต้น ซึ่งบางประเด็นจะไม่ตรงกับระบบกฎหมายไทย เช่น ในระบบกฎหมายเยอรมัน ประเด็นว่าด้วยเสรีภาพในการเข้าสู่ตำแหน่งของรัฐเป็นบทกฎหมายเฉพาะจากเสรีภาพในการประกอบอาชีพ¹³ เป็นต้น ส่วนประเด็นสิทธิขั้นพื้นฐานเยอรมันในเชิงลึก ตัวอย่างเช่น กรณีที่มีสิทธิขั้นพื้นฐานหลายสิทธิในเรื่องเดียวกัน หรือทฤษฎีเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ผู้เขียนจะไม่ลงลึกในบทวิเคราะห์คดีนี้

3.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ

การพิจารณาว่าการกระทำของรัฐอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญในแต่ละเรื่อง ดังเช่นในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีที่วิเคราะห์นี้เกี่ยวข้องกับ “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” ตามมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งในคำรากฎหมายเยอรมันว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) อธิบายถึงลำดับของการพิจารณาเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานว่า ต้องพิจารณาถึงสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง (Schutzbereich) การกระทำที่เป็นการจำกัดหรือล่วงล้ำสิทธิ (Eingriff) และเหตุที่สามารถจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยชอบด้วยกฎหมาย (Schranke - Rechtfertigung)¹⁴ เมื่อพิจารณาครบทั้งสามลำดับข้างต้นนี้แล้ว ยังต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วนอาจพิจารณาได้ว่าอยู่ในส่วนหนึ่งของการตรวจสอบเหตุที่สามารถจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยชอบด้วย

¹² รายละเอียดว่าด้วยข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ Vgl. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 8. Auflage, 2018, S. 249 ff.

¹³ Vgl. Rüdiger Breuer in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI Freiheitsrechte, 1989, § 147 Rn. 98.

¹⁴ Vgl. Niels Petersen, Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht II, 2019, § 2 Rn. 3 ff.; Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte, 8. Auflage, 2020, § 6 Rn. 1.

กฎหมาย¹⁵ แต่ผู้เขียนแยกหลักความได้สัดส่วนออกมาพิจารณาอีกหนึ่งหัวข้อ เพื่อยกระดับความสำคัญของหลักการดังกล่าวในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะพบว่า เรื่องสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญแบ่งได้อย่างกว้างเป็นบทบัญญัติสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญเฉพาะเรื่อง และบทบัญญัติสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญทั่วไป ซึ่งสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญทั่วไปได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 25 ผู้เขียนเห็นว่า เป็นบทบัญญัติสำรองในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ ในขณะที่รัฐธรรมนูญยังไม่มีประเด็นว่าด้วยสิทธิเสรีภาพเฉพาะเรื่องดังกล่าว จากข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับอุปสรรคในการสมัครเป็นนายสิบตำรวจซึ่งเป็นอาชีพหนึ่ง จึงเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ดังนั้น ในคดีนี้จึงต้องพิจารณาจากมาตรา 40 ที่บัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวไว้แล้ว เป็นการเฉพาะตามหลักกฎหมายว่าด้วย “บทกฎหมายเฉพาะมาก่อนบทกฎหมายทั่วไป (*lex specialis derogat legi generali*)”¹⁶

มาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คัมครองบุคคลในเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การกระทำที่เป็นการจำกัดสิทธิดังกล่าว คือ การกำหนดคุณสมบัติเรื่องสถานภาพโสด กล่าวคือ หากบุคคลใดไม่ได้มีสถานภาพโสด บุคคลนั้นไม่อาจสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองอย่างมีข้อยกเว้น ไม่ใช่การคุ้มครองโดยเด็ดขาด โดยมาตรา 40 วรรคสอง บัญญัติถึงเหตุที่สามารถจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยชอบด้วยกฎหมายว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งหากพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนี้คือ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ในส่วนของคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตำรวจ ซึ่งมาตรา 40 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังได้บัญญัติถึงเงื่อนไขในการอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนี้ “... ที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกัน หรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีของมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่เข้าเงื่อนไขในเรื่องของ “การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” เพราะอาชีพข้าราชการตำรวจเป็นอาชีพที่ใช้อำนาจทางกฎหมายที่อาจมีผลกระทบต่อประชาชนได้บ่อยครั้ง เช่น การจับกุมบุคคล การค้นเคหสถาน การใช้อาวุธปืนป้องกันภัย เป็นต้น จึงต้องมีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะบรรจุเป็นข้าราชการตำรวจ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การบัญญัติ

¹⁵ Vgl. Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Auflage, 2018, § 24 Rn. 55; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Auflage, 2019, Rn. 401.

¹⁶ Vgl. Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Auflage, 2012, S. 32.

มอบอำนาจในการตรากฎหมายในเรื่องที่สำคัญ ดังตัวอย่างของมาตรา 48 (6) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ที่บัญญัติว่า “มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร.” น่าจะไม่เหมาะสมกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะเป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองอย่างกว้างขวาง

ส่วนในกรณีสมมติว่า ต่อมา ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ และกฎ ก.ตร. ที่เกี่ยวข้อง โดยระบุชัดเจนว่าข้าราชการตำรวจต้องมีสถานภาพโสด ผู้เขียนเห็นว่า ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่เข้าเหตุข้อยกเว้นว่าเป็น “การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักความได้สัดส่วนในฐานหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในหัวข้อต่อไป จะเห็นถึงความชัดเจนของการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญในกรณีนี้

3.2.2 หลักความได้สัดส่วนในฐานหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ

หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeit) เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในทางกฎหมายมหาชน ไม่ว่าจะเป็นในแดนกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือแดนกฎหมายปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁷ และศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁸ นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการพิพากษาคดีด้วย ในระบบกฎหมายเยอรมันให้หลักความได้สัดส่วนเป็นส่วนประกอบที่สำคัญของหลักนิติรัฐ¹⁹ ในระบบกฎหมายไทยโดยเฉพาะในทางตำรวจถือว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญและเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ/นิติธรรม²⁰ ซึ่งปรากฏในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย²¹ เมื่อหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ การกระทำของรัฐย่อมต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ แม้การจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญจะสอดคล้องกับเหตุที่สามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวก็ตาม แต่หากการกระทำของรัฐไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

¹⁷ ตัวอย่างเช่น BVerfGE 90, 145 (172).

¹⁸ ตัวอย่างเช่น BVerwG, Urteil vom 27.02.2019 - 6 C 3.18; Rn. 18 ff.

¹⁹ Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte, 8. Auflage, 2020, § 9 Rn. 14 ff.

²⁰ ดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2564), น. 48; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : อานกกฎหมาย, 2564), น. 288; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2564), น. 166.

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/หลักนิติรัฐ ในฐาน “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2561), น. 143; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : อานกกฎหมาย, 2564), น. 285 เชิงอรรถที่ 25.



มีข้อพิจารณาในคำพิพากษาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยกเหตุผลในการกำหนดคุณสมบัติเรื่องสถานภาพโสดไว้ว่า

“เพื่อให้ได้ชายที่อยู่ในวัยที่เข้มแข็งและไม่มีภาระใด ๆ ถึงพร้อมด้วยสติปัญญา อันจะทำให้การฝึกอบรมเกิดประสิทธิภาพและได้รับประโยชน์สูงสุด โดยมีเจตนารมณ์เพื่อจะได้เพศชายโสดสมัครสอบคัดเลือกเข้ารับการฝึกอบรมเป็นระยะเวลา 1 ปี ซึ่งต้องอาศัยความอดทนทั้งร่างกาย สภาพจิตใจ และเป็นประโยชน์ต่อผู้สมัคร เพราะในบางกรณีการฝึกอบรมที่มีความเข้มข้นหลาย ๆ แบบ การฝึกอาจเกิดเหตุสุดวิสัยจนทำให้ผู้สมัครที่ผ่านการคัดเลือกต้องได้รับบาดเจ็บหรือสูญเสีย”

จึงมีข้อพิจารณาว่า เหตุผลที่ยกมาข้างต้นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันแบ่งการพิจารณาเป็นหลักการย่อย ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนจะแบ่งออกเป็นสามประการ²² หากการกระทำของฝ่ายปกครองไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนแม้เพียงเหตุเดียว การกระทำดังกล่าวก็ไม่ชอบด้วยหลักความได้สัดส่วน ซึ่งในที่นี้มีข้อสังเกตในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบว่า แม้เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน มีการวางทฤษฎีไว้เป็นการเฉพาะ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เรียกว่า “Stufentheorie” แต่ก็มีความเห็นทางวิชาการให้นำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบการปรับใช้กับเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพ²³ ผู้เขียนจะไม่นำเรื่อง Stufentheorie ในระบบกฎหมายเยอรมันมาอธิบายในบทวิเคราะห์นี้ แต่จะมุ่งหมายอธิบายการพิจารณาหลักความได้สัดส่วนโดยปรับเข้ากับข้อเท็จจริงแห่งคดี ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การกระทำต้องเหมาะสม (Geeignetheit) หมายความว่า การกระทำต้องบรรลุวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งวัตถุประสงค์ดังกล่าวต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย²⁴ จากการให้เหตุผลในการกำหนดคุณสมบัติเรื่องสถานภาพโสดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ว่า “เพื่อให้ได้ชายที่อยู่ในวัยที่เข้มแข็งและไม่มีภาระใด ๆ ถึงพร้อมด้วยสติปัญญา อันจะทำให้การฝึกอบรมเกิดประสิทธิภาพและได้รับประโยชน์สูงสุด โดยมีเจตนารมณ์เพื่อจะได้เพศชายโสด” นั้น หากพิจารณาเฉพาะแต่วัตถุประสงค์ข้างต้น การกำหนดให้ต้องมีสถานภาพโสดก็ย่อมจะทำให้บุคคลที่มีสถานภาพสมรสไม่อาจเข้ารับสมัครคัดเลือกเป็นนายสิบตำรวจ จึงย่อมบรรลุวัตถุประสงค์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ว่าต้องการ

²² ผู้เขียนนำแนวทางการอธิบายมาจากตำรากฎหมายเยอรมัน ทั้งตำรากฎหมายว่าด้วยรัฐ ภาคสอง (Staatsrecht II) และตำรากฎหมายปกครอง (Verwaltungsrecht) Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, 2020, § 10 Rn. 50 f.; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Auflage, 2018, § 24 Rn. 32 ff.; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Auflage, 2019, Rn. 330 ff.; Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, 2021, Rn. 229 ff.; Jörn Ipsen, Staatsrecht II: Grundrechte, 24. Auflage, 2021, Rn. 182 ff.

²³ Vgl. Thomas Mann in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Auflage, 2018, Art. 12 Rn. 125 ff.; Jörn Ipsen, Staatsrecht II: Grundrechte, 24. Auflage, 2021, Rn. 672 ff.

²⁴ บางตำราจัดให้การตรวจสอบวัตถุประสงค์ต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นองค์ประกอบประการแรกของหลักความได้สัดส่วน โดยแบ่งหลักความได้สัดส่วนออกเป็นหลักการย่อยสี่ประการ Vgl. Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, 2021, Rn. 232.

บุคลากรที่เป็นเพศชายโสดเป็นแน่แท้ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงแห่งคดีปรากฏว่า “ผู้ฟ้องคดีได้จดทะเบียนสมรสกับนางสาว ก. เมื่อวันที่ 8 มกราคม 2558 และจดทะเบียนหย่าเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2558 ซึ่งเป็นการจดทะเบียนหย่าภายหลังจากสมัครเข้ารับการคัดเลือก” ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีนี้ก็บรรลุวัตถุประสงค์เช่นกันว่าให้บุคคลที่เคยมีสถานภาพสมรสกลายเป็นสถานภาพโสดได้เช่นกัน เพียงแต่เป็นการเปลี่ยนสถานภาพภายหลังจากการสมัคร ซึ่งในตัวของวัตถุประสงค์เองผู้เขียนเห็นว่า มีปัญหาในเรื่องของการเลือกปฏิบัติขัดต่อหลักความเสมอภาคทั้งในการเลือกปฏิบัติทางเพศและการเลือกปฏิบัติในสถานภาพทางครอบครัว

ประการที่สอง การกระทำต้องจำเป็น (Erforderlichkeit) หมายความว่า ต้องไม่มีวิธีการหรือมาตรการอื่นที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์สาธารณะน้อยกว่าวิธีการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ จากการให้เหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ว่า “... สมัครสอบคัดเลือกเข้ารับการฝึกอบรมเป็นระยะเวลา 1 ปี ซึ่งต้องอาศัยความอดทนทั้งร่างกาย สภาพจิตใจ และเป็นประโยชน์ต่อผู้สมัคร เพราะในบางกรณีการฝึกอบรมที่มีความเข้มข้นหลาย ๆ แบบ การฝึกอาจเกิดเหตุสุดวิสัยจนทำให้ผู้สมัครที่ผ่านการคัดเลือกต้องได้รับบาดเจ็บหรือสูญเสีย” ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองควรใช้มาตรการโดยการปรับปรุงการฝึกอบรมให้มีความปลอดภัยมากขึ้น ซึ่งเป็นมาตรการที่กระทบต่อผู้ฟ้องคดีน้อยกว่าการห้ามผู้ฟ้องคดีที่มีสถานภาพสมรสสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ สอดคล้องกับการให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดว่า “ควรมีมาตรการในการควบคุมดูแลการฝึกอบรมให้เป็นไปตามหลักการฝึกอบรมที่ปลอดภัยไปพร้อมกับความมีประสิทธิภาพ โดยนำบทเรียนที่เคยเกิดขึ้นมาสร้างมาตรการในการป้องกันเหตุที่เกรงว่าจะเกิด ก็ชอบที่จะทำได้”

ประการที่สาม การกระทำต้องพอสมควรแก่เหตุหรือได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Angemessenheit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) หลักการย่อนี้นับได้ว่าเป็นหลักการที่สำคัญและต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนที่สุด กล่าวคือ แม้การกระทำของฝ่ายปกครองอาจจะผ่านหลักการย่อยสองประการข้างต้นมาแล้ว (แต่ในกรณีศึกษาตามคำพิพากษานี้ ผู้เขียนเห็นว่า ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนตั้งแต่หลักการย่อยสองประการข้างต้นแล้ว) แต่เป็นการกระทำที่ล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชน หากเมื่อพิจารณาแล้วได้ความว่าผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถูกล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพนั้นจะได้รับผลกระทบจนไม่ได้สัดส่วนหรือไม่เหมาะสมพอควรกับประโยชน์ที่ฝ่ายปกครองหรือประโยชน์สาธารณะจะได้รับจากการกระทำอันเป็นการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชน การกระทำดังกล่าวก็ย่อมขัดต่อหลักความได้สัดส่วน หลักการย่อนี้แสดงถึงภาระหน้าที่ที่สำคัญของฝ่ายปกครองที่ต้องชั่งน้ำหนักกระหน่ำประโยชน์ของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์สาธารณะ อันเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ผู้เขียนเห็นว่า เสรีภาพในการประกอบอาชีพมุ่งหมายให้ประชาชนสามารถประกอบอาชีพเพื่อหารายได้มาดำรงชีพโดยไม่ถูกกีดกันโดยรัฐ ซึ่งการไม่มีรายได้เพราะถูกกีดกันไม่ให้ประกอบอาชีพก็จะส่งผลกระทบต่อสภาพชีวิตของประชาชน ส่วนการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพบางอาชีพที่ถืออำนาจทางปกครอง อย่างเช่นอาชีพตำรวจ รัฐก็ต้องจำกัดไม่ให้บุคคลที่มีลักษณะไม่เหมาะสมมาเป็นข้าราชการตำรวจ อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนดคุณสมบัติว่า “ต้องมีสถานภาพโสด” นั้น เป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนอย่างยิ่ง เพราะเป็นการกีดกันบุคคลที่ประสงค์จะสมัครเป็นนายสิบตำรวจแต่มีสถานภาพสมรส กล่าวคือ นอกจาก

ผู้ฟ้องคดีที่ได้แย้งการกระทำดังกล่าวนี้แล้ว ยังมีบุคคลอื่น ๆ ที่อาจไม่ยื่นใบสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นนายสิบตำรวจ เพียงเพราะประกาศรับสมัครระบุว่า “ต้องมีสถานภาพโสด” อีกทั้งยังมีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า สถานภาพโสดหมายความว่าเฉพาะผู้จดทะเบียนสมรสหรือไม่ หรือรวมถึงบุคคลที่มีสถานภาพโสดแต่มีหญิงที่อยู่ร่วมกันอย่างสามีภรรยา ซึ่งตามข้อเท็จจริงแห่งคดีผู้ฟ้องคดีได้จดทะเบียนหย่าหลังจากสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นนายสิบตำรวจด้วย เป็นการกระทบเพือนถึงสถาบันครอบครัว การกำหนดให้ได้นายสิบตำรวจที่มีสถานภาพโสดก็ไม่อาจประกันได้ว่าประโยชน์สาธารณะจะได้รับการคุ้มครองหรือพัฒนายิ่งขึ้นมากกว่าการเปิดรับบุคคลที่มีสถานภาพสมรสเป็นนายสิบตำรวจได้ นั่นเอง

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดว่า “ต้องมีสถานภาพโสด” ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในทุกประการ

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

หลักการที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย นอกจากต้องพิจารณาถึง “แหล่งที่มา” ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการแล้ว ต้องพิจารณาถึง “กฎหมาย” ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งกฎหมายย่อมหมายถึงความรวมถึง กฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเอง โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญอย่างหลักความได้สัดส่วน ฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงเสมอว่า นอกจากพิจารณาว่าตนมีอำนาจตามกฎหมายแล้วยังต้องพิจารณาว่าการกระทำที่จะกระทำลงไปอาจจะกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนและอาจจะขัดต่อกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญเสียเอง ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาได้ว่าการกระทำทางปกครองใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งด้วย ดังที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ...” คำว่า “กฎหมาย” จึงหมายความว่ารวมถึงกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนจึงมีความเห็นโดยสรุปว่า การกระทำของฝ่ายปกครองที่กำหนดเรื่องสถานภาพโสดเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งในแง่ที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ และหากสมมติว่า ต่อมา ฝ่ายปกครองดำเนินการออกกฎ ก.ตร. หรือออกประกาศรับสมัครข้าราชการตำรวจให้ข้าราชการตำรวจต้องมีสถานภาพโสด แม้จะอ้างว่ามีกฎหมายให้อำนาจเป็นลายลักษณ์อักษร แต่กฎหมายลำดับรอง รวมถึงประกาศรับสมัครนั้นขัดหรือแย้งต่อกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ทั้งในเรื่องของเสรีภาพในการประกอบอาชีพและขัดต่อหลักความได้สัดส่วน การกระทำนั้นก็ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสำคัญ : สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ, เสรีภาพในการประกอบอาชีพ, หลักความได้สัดส่วน