

การห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในต่างประเทศ

ก่อนที่จะกล่าวถึงการห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในระบบกฎหมายของต่างประเทศ คือระบบคอมมอน ลอว์ (Common Law) และระบบซีวิล ลอว์ (Civil Law) จะขอกล่าวถึงพื้นฐานความเป็นมาของระบบกฎหมายทั้งสองระบบนี้ เพื่อประกอบการทำความเข้าใจในการพิจารณาใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยในส่วนที่เกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพ กล่าวคือ

1. ความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมาย

1.1 ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law)

ระบบกฎหมายนี้พัฒนามาจากความคิดที่ว่า ศาลเป็นผู้สร้างกฎหมาย (Judge made law) ไม่ว่าจะเป็นเรื่องใด นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญ กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอาศัยหลักบรรทัดฐานแห่งคดี ซึ่งศาลล่างต้องถือตามศาลสูงและศาลสูงเองก็ยึดถือแนววินิจฉัยของศาลสูงในอดีต ระบบดังกล่าวนี้ทำให้เกิดกฎหมายแห่งชาติ (National law) เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การศึกษากฎหมายจึงเน้นที่คำพิพากษาของศาล¹ อันเป็นแนวบรรทัดฐานแทน การศึกษาการวางกฎระเบียบ ข้อกำหนด หรือข้อบังคับ เพื่อให้บุคคลปฏิบัติตามใน ภายภาคหน้า ดังเช่นกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย หรือที่ เรียกว่า ระบบซีวิล ลอว์ (Civil Law) ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้กฎหมาย วิธีสบัญญัติในระบบกฎหมายนี้มีความสำคัญกว่ากฎหมายสารบัญญัติ แนวความคิด เดิมของระบบกฎหมายนี้ จึงอยู่ที่ว่าจะรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน

¹ วิชาญ เครื่องงาม, "ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน," ใน เอกสาร การสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 1-7. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรไทย, 2531), หน้า 17.

ราชอาณาจักรอย่างไรแทนที่จะวางระเบียบข้อบังคับของสังคม²

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ มีหลายประเทศแต่ที่สำคัญคือ อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา อังกฤษมีระบบเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองแบบศักดินาสวามิภักดิ์ (Feudalism) ศาลในอังกฤษสามารถให้ความยุติธรรมแก่ราษฎรได้โดยอาศัยหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ซึ่งถือตลอดมาว่ากฎหมายนั้นย่อมยิ่งใหญ่เหนือสิ่งอื่นใด ทุกคนย่อมอยู่ภายใต้กฎหมาย ส่วนสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นเกิดจากชาวยุโรปและชาวอังกฤษที่เปื้อนนายการเอารัดเอาเปรียบของกษัตริย์อังกฤษจึงได้อพยพไปตั้งหลักแหล่งใหม่ในทวีปอเมริกา³ ทำให้การก่อตั้งระบบวิธีพิจารณาในสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นไปในทางต่อสู้กับการใช้อำนาจของรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักใหญ่ ทำให้กฎหมายที่กำหนดขึ้นตามคำพิพากษา และกฎหมายสารบัญญัติของมลรัฐหรือรัฐบาลกลางถูกควบคุม ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา สิทธิในชีวิต อิสรภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคล จะถูกแทรกแซงโดยปราศจากกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย (Due process of law) ไม่ได้ การแทรกแซงสิทธิเสรีภาพ หรือการหน่วงเหนี่ยวทรัพย์สินของบุคคล จึงต้องเป็นไปตามกระบวนการแห่งข้อบังคับของกฎหมายทั่วไป ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้นำเอาหลักการนี้ไปใช้ในการควบคุมการบัญญัติกฎหมายของรัฐบาลกลาง หรือมลรัฐต่าง ๆ ตลอดมา

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ถือว่าศาลเป็นผู้สร้างกฎหมาย การศึกษากฎหมายจะถือเอาคำพิพากษา หรือความเห็นของนักกฎหมายเป็นหลัก กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมิใช่น้อยมาก โดยเหตุนี้เองการนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยในส่วนที่เกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพ จึงมิได้ถูกกำหนดไว้เป็น

² ธานีนนท์ กรัยวิเชียร, "ระบบกฎหมายอังกฤษ," คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529, หน้า 4. (อัดสำเนา).

³ ไชยยศ วิษุฐานพงษ์, "สำนักงานอัยการสูงสุด ส่วนหนึ่งของการปฏิรูปกฎหมาย," วารสารอัยการ 14 (มิถุนายน 2534): 20.

ลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายนี้แต่ให้อยู่ในดุลยพินิจของศาลซึ่งศาลอาจจะคำนึงถึงหลักนิติธรรมประกอบกับสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาใช้บังคับ

1.2 ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ (Civil Law) หรือระบบกฎหมายโรมานอ-เยอรมานิค (Romano-Germanic Family)

กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายนี้ได้แก่ กลุ่มภาคพื้นยุโรป ซึ่งเคยอยู่ภายใต้การยึดครองของอาณาจักรโรมัน กลุ่มประเทศดังกล่าวได้ใช้กฎหมายประจำเผ่าของตนกับกฎหมายโรมัน ซึ่งมีขึ้นตั้งแต่สมัยจักรพรรดิจัสติเนียนก่อนอาณาจักรโรมันจะล่มสลายลง หลังจากนั้นชนเผ่าโรมันได้สถาปนาอาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์แห่งชาติเยอรมันขึ้น และในปี ค.ศ. 1806 ได้เปลี่ยนเป็นสมาพันธรัฐเยอรมัน และใช้กฎหมายท้องถิ่นของตนกับกฎหมายโรมัน

ฝรั่งเศสก็เป็นอีกชนชาติหนึ่งที่มีอำนาจ และอิทธิพลมากขึ้นไม่แพ้ชนชาติเยอรมัน โดยพระเจ้านโปเลียนได้ตั้งคณะกรรมการจัดทำประมวลกฎหมายแห่งฝรั่งเศสได้สำเร็จในปี ค.ศ. 1804 ซึ่งเรียกว่า ประมวลกฎหมายแพ่งของพระเจ้านโปเลียน (The Code Napoleon)

ประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน และประมวลกฎหมายแพ่งของพระเจ้านโปเลียน ทำให้เกิดระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Codified law) ขึ้นในโลก ระบบนี้ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก และมีการจัดทำกฎหมายไว้เป็นหมวดหมู่ในรูปประมวลกฎหมายแตกต่างกับระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ในอังกฤษ และสหรัฐอเมริกาซึ่งมีระบบวิวัฒนาการเป็นของตนเองต่างหากออกไป⁴

จึงสรุปได้ว่ากฎหมายโรมันนั้นมีอิทธิพลต่อกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในยุโรปมากบ้างน้อยบ้าง แล้วแต่พื้นฐานความมั่นคงของกฎหมายจารีตประเพณี

⁴ไชยยศ วิภูพานพงษ์, "สำนักงานอัยการสูงสุด ส่วนหนึ่งของการปฏิรูปกฎหมาย," หน้า 14-15.

เดิมทีแต่ละประเทศมีอยู่และสภาพทางภูมิศาสตร์ ระบบประมวลกฎหมายมีลักษณะพิเศษ⁵ คือ

1. ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความสำคัญกว่าอย่างอื่น
2. คำพิพากษาของศาลไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย แต่เป็นเพียงบรรทัดฐานแบบอย่างของการตีความหรือการใช้กฎหมายของศาลเท่านั้น
3. การศึกษากฎหมายต้องเริ่มต้นจากตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ จะถือเอาคำพิพากษาศาล หรือความเห็นของนักกฎหมายเป็นหลักเช่นเดียวกับหลักกฎหมายไม่ได้
4. ในระบบประมวลกฎหมายถือว่ากฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชนเป็นคนละส่วน หลักกฎหมายและเกณฑ์ในการวินิจฉัยปัญหาในกฎหมายทั้งสองจึงต่างกัน

ดังนั้นการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยในส่วนที่เกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพ จึงถูกบัญญัติขึ้นเป็นส่วนหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญา ดังเช่นประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส และเป็นส่วนหนึ่งซึ่งเป็นรากฐานที่มาสำหรับประเทศไทยในการนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยในเรื่องการห้ามประกอบอาชีพมาบังคับใช้เป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายอาญา

2. กฎหมายรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในการบังคับใช้กฎหมายของระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ และระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ ส่วนใหญ่จะยึดถือสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการบัญญัติกฎหมาย หรือในการพิจารณาพิพากษาของศาลในกฎหมายระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ได้วางแนวทางไว้เป็นหลักดังนี้

⁵ วิชาญ เครืองาม และ ศรีราชา เจริญพานิช, กฎหมายธุรกิจ หน้าที่ 1-6, เอกสารประกอบการสอน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2532, หน้า 25-26.

2.1 ในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์

แนวความคิดในเรื่อง กฎหมายธรรมชาติ ตลอดจนความคิดของศาสนาคริสต์ได้แพร่หลายไปยังนักคิด นักการเมืองและประชาชนในประเทศอารยธรรมตะวันตก ทำให้เกิดการต่อต้านการใช้อำนาจเกินขอบเขตของผู้มีอำนาจปกครองรัฐคือกษัตริย์ เป็นผลให้กษัตริย์อังกฤษต้องประกาศใช้กฎหมายที่มีชื่อว่า "The Great Charter" หรือ กฎบัตรแมกนา คาร์ตา (*Magna Carta*) เมื่อ ค.ศ. 1215 เพื่อรับรองและให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน บุคคลใดจะถูกลงโทษไม่ว่าวิธีการอย่างไรไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับการพิจารณาอันเที่ยงธรรมจากบุคคลอื่นเดียวกับเขาและตามกฎหมายบ้านเมือง และมีกฎหมายชื่อว่า "The English Bill of Rights" เมื่อ ค.ศ. 1689 เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี และห้ามลงโทษโดยวิธีโหดร้ายผิดปกติธรรมดา และรับรองสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยลูกขุน

สหรัฐอเมริกาได้ประกาศอิสรภาพเมื่อ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 ในตอนหนึ่งของคำประกาศอิสรภาพ กล่าวว่า ". . . มนุษย์เราเกิดมามีเหตุผลเท่าเทียมกัน พระผู้เป็นเจ้าผู้สร้างมนุษย์ได้ทรงประทานสิทธิติดตัวบางประการอันไม่อาจพรากจากมนุษย์ไปได้ สิทธิเหล่านี้คือ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุข และเพื่อที่จะป้องกันสิทธิดังกล่าวนี้ มนุษย์จึงได้จัดตั้งรัฐบาลที่ได้รับอำนาจอันชอบธรรม โดยความยินยอมของประชาชนอยู่ใต้ปกครอง . . ." และรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาซึ่งประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1787 แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลว่า "การจำกัดสิทธิจะต้องกระทำโดยกระบวนการของกฎหมาย"^๕

^๕ วีระ โลงจายะ, กฎหมายมหาชน หน้าที่ 8-15, เอกสารประกอบการสอน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2532, หน้า 483-485.

2.2 ในระบบกฎหมายที่วิล ลอร์ บางประเทศ

ฝรั่งเศสได้มีการปฏิวัติใหญ่ เมื่อ ค.ศ.1789 จัดตั้งสมัชชาแห่งชาติขึ้น เพื่อทำหน้าที่เป็นสภานิติบัญญัติและสภาร่างรัฐธรรมนูญ และได้ประกาศสิทธิของมนุษย์และพลเมือง (*La declartion des droit de l'homme et du citoyen*) รวม 17 มาตรา โดยมีเนื้อหาโดยย่อคือ มนุษย์ทั้งหลายเกิดและดำรงชีวิตอย่างอิสระและเสมอภาคในสิทธิต่าง ๆ ที่มาของอำนาจสูงสุดต้องมาจากชาติ บุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดจะใช้อำนาจซึ่งมิได้มาจากชาติไม่ได้ เสรีภาพต้องไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่น เป็นการเสพย์สุขในสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ การจำกัดสิทธิจะกระทำได้ก็แต่โดยกฎหมาย กฎหมายมีสิทธิห้ามเฉพาะการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสังคม สิ่งใดที่กฎหมายไม่ได้ห้าม บุคคลย่อมมีสิทธิกระทำ⁷

อาณาจักรเยอรมันถูกแบ่งเป็นเขตยึดครอง 4 เขต หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มหาอำนาจที่ชนะสงครามได้จัดรัฐบาลมาบริหารประเทศ โดยมอบอำนาจให้หัวหน้ารัฐบาลมลรัฐ (Ministerpräsident) ของแต่ละมลรัฐในเขตยึดครองของตนเรียกประชุมร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ ได้ประชุมร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ.1948 และ 1949 และได้ออกกฎหมายรัฐธรรมนูญ ใช้ชื่อว่า Grundgesete ประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ.1949 หลังจากมลรัฐต่าง ๆ ให้ความเห็นชอบ (ยกเว้นรัฐบาวาเรีย) ตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง กำหนดให้สหพันธ์สาธารณรัฐเป็นสหพันธ์รัฐที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยและเป็นสังคมนิยม กล่าวคือ เป็นรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตย มาตรา 1 ถึงมาตรา 9 ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างกว้างขวางและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและประชาชน ผู้แทนราษฎรในสภาของสหพันธ์รัฐ (Bundestag) เลือกตั้งขึ้นโดยอาศัยหลักเลือกตั้งทั่วไป โดยตรง เสรี เสมอภาค และโดยลับ ถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชนทั้งประเทศ ไม่ผูกพันตามคำสั่งหรือการมอบหมาย

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 486.

งานของผู้ใด แต่กระทำการตามความเชื่อของตน^๕ อย่างไรก็ตามตามแนวความคิดของลัทธิฟาสซิสต์ และนาซี ก็ยังมีผลต่อวิวัฒนาการของสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ยึดถือว่าบุคคลไม่มีสิทธิอย่างใดที่จะโต้แย้งคัดค้านการใช้อำนาจของรัฐบาลบุคคลมีเพียงสิทธิซึ่งรัฐยินยอมอนุญาตให้มีเท่านั้น และที่สำคัญก็คือ ยังเชื่อว่าชนชาติที่ยิ่งใหญ่ไม่จำเป็นต้องให้ความเคารพต่อความเป็นมนุษย์ที่สังกัดชนชาติที่ต่ำต้อยกว่า

กล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนของกฎหมายทั้งสองระบบนี้ เกิดจากเหตุผลทางด้านการเมืองเป็นสำคัญ โดยระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ เกิดจากการต่อต้านการใช้อำนาจรัฐมาแต่เดิม ทำให้ประชาชนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายนี้มีสิทธิเสรีภาพมากกว่าประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ ซึ่งถือว่าอำนาจต้องมาจากชาติหรือรัฐ อำนาจรัฐเป็นอำนาจเด็ดขาด สิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ดังนั้นการห้ามประกอบอาชีพซึ่งเป็นการตัดสิทธิของประชาชนจึงมิได้ถูกกำหนดไว้ในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ แต่ถูกกำหนดไว้ในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ โดยถือว่าเป็นอำนาจโดยชอบธรรมของรัฐ

3. สิทธิเสรีภาพของประชาชนในปัจจุบัน

การพิจารณาถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งมีการพัฒนามาตามลำดับจนถึงปัจจุบัน เป็นแนวทางหนึ่งซึ่งจะนำมาพิจารณาประกอบการห้ามประกอบอาชีพได้เช่นเดียวกัน แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นขึ้นอยู่กับเหตุผลทางการเมือง ซึ่งสรุปได้ว่าสิทธิและเสรีภาพส่วนหนึ่งของบุคคลจะต้องได้รับการเคารพจากรัฐ รัฐมีพันธะที่จะต้องงดเว้นการสอดแทรกสิทธิของบุคคล

^๕ กมลชัย รัตนสกววงศ์, "ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน," ใน 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : พี.เค. พรินติ้งเฮาส์, 2531), หน้า 178-179.

ซึ่งเรียกว่า "สิทธิทางแพ่งและทางการเมือง" และต่อมาได้เกิดแนวความคิดใหม่
อีกว่า นอกจากพันธะในการงดเว้นดังกล่าวแล้ว รัฐยังต้องมีพันธะในทางปฏิบัติ
อีกด้วย กล่าวคือ ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐจัดให้มีหลักประกันแก่ประชาชน
ได้มีสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิตอย่างน้อยตามมาตรฐานขั้นต่ำสุด สิทธิดังกล่าว
เรียกว่า "สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม"

3.1 สิทธิทางแพ่งและทางการเมือง หรือสิทธิส่วนบุคคล

เป็นสิทธิที่มีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันเสรีภาพ ความมั่นคง
ปลอดภัยของร่างกายและจิตใจ อันได้แก่ ความเสมอภาค สิทธิในชีวิต สิทธิที่จะ
ไม่ต้องถูกทรมาน ถูกลงโทษหรือได้รับการปฏิบัติที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมและต่ำช้า
ไม่ถูกจับกุมหรือคุมขังโดยพลการ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเที่ยงธรรม
สิทธิที่จะไม่ถูกสอดแทรกในชีวิตส่วนตัว ครอบครัว สิทธิเสรีภาพในการประชุมหรือ
สมาคม สิทธิสมัครเลือกตั้งเป็นผู้แทนและลงคะแนนเสียง เป็นต้น

3.2 สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม

เป็นสิทธิที่ช่วยขจัดความไม่มั่นคงในการทำงานและความไม่
เป็นอิสระในทางเศรษฐกิจ เพื่อช่วยให้มนุษย์มีโอกาสดำรงชีวิตอยู่ในสังคมอย่าง
มีความมั่นคงและสันติสุข โดยรัฐมีหน้าที่เสริมสร้างฐานะทางเศรษฐกิจและทาง
สังคมที่จำเป็นต่าง ๆ ให้กับประชาชนเพื่อความผาสุก สะดวกสบายของประชาชน
โดยประการสำคัญรัฐจำเป็นต้องเข้ามาสอดแทรกดำเนินการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ
ในการประกอบหาเลี้ยงชีพของบุคคล เพื่อปลดปล่อยบุคคลที่มีความด้อยในทาง
เศรษฐกิจ ให้มีความเป็นอิสระจากอำนาจทางเศรษฐกิจของนายทุน กล่าวโดย
สรุปคือ สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมเป็นสิทธิที่ให้ความคุ้มครองบุคคลในการมีงาน
ทำ และมีมาตรฐานการศึกษา การครองชีพ อันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความ
อยู่ดี กินดีของตนและครอบครัวนั่นเอง⁹

⁹ วีระ โฉมฉาย, กฎหมายมหาชน หน้าที่ 8-15, หน้า 497-502.

กล่าวโดยสรุปได้ว่า เดิมสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์เป็นสิทธิเด็ดขาดและสูงสุด ใครจะล่วงละเมิดมิได้ แม้แต่ "รัฐ" หรือ "ผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐ" ซึ่งเป็นแนวความคิดแบบปัจเจกชนนิยม (L'individualisme) ต่อมาแนวความคิดทางสังคมในศาสนาคริสต์และแนวความคิดทางเศรษฐกิจสมัยใหม่ ประกอบกับภัยจากลัทธิฟาสซิสต์และนาซี ทำให้มนุษย์หวาดหวั่นต่อการใช้อำนาจ จึงทำให้มีความตื่นตัว สนใจ สนับสนุนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างจริงจัง เกิดลัทธิเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Liberalism) หรือทุนนิยม (Capitalism) เปิดโอกาสให้เอกชนแข่งขันหาผลประโยชน์ของตนไปตามหลักเสรีภาพทางเศรษฐกิจ โดยรัฐไม่เข้าไปแทรกแซง ต่อมาเกิดปัญหาว่าการปล่อยให้เอกชนเป็นฝ่ายประกอบเศรษฐกิจเพียงลำพังต่อไปย่อมไม่เกิดผลดี เพราะ

1. ทำให้เกิดการแข่งขันอย่างรุนแรง ฝ่ายที่มีทุนมากทำให้ธุรกิจขนาดเล็กต้องเลิกกิจการ
2. มีการผูกขาด (Monopoly) เอาเปรียบประชาชนผู้บริโภคในด้านราคา คุณภาพ และปริมาณ
3. บุคคลผู้มีความสามารถน้อยกลายเป็นผู้ยากไร้ ขาดหลักประกันในชีวิต
4. มีการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของประเทศอย่างขาดความระมัดระวัง ก่อให้เกิดแหล่งเสื่อมโทรม และสิ่งแวดล้อมเป็นพิษ เป็นต้น

จึงมีความจำเป็นอยู่เองที่รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของเอกชน ด้วยการวางแผนเศรษฐกิจ มีการควบคุม จำกัดเสรีภาพในการประกอบการของเอกชน เพื่อผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของประเทศ และในบางกรณีรัฐก็เข้าดำเนินการเสียเอง เช่น กิจการที่เป็นสาธารณูปโภคต่าง ๆ เป็นต้น

4. รูปแบบและการดำเนินกระบวนการพิจารณาในระบบกฎหมาย คอมมอน ลอว์

รูปแบบและการดำเนินกระบวนการพิจารณาในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ นับว่าเป็นสิ่งสำคัญที่จะชี้ให้เห็นว่าเหตุใดประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบนี้ มิได้บัญญัติการห้ามประกอบอาชีพไว้โดยตรง ในที่นี้ผู้เขียนขอยกหลักเกณฑ์ของ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศหลักประเทศหนึ่งในกลุ่มระบบกฎหมาย คอมมอน ลอว์ ขึ้นเพื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศในกลุ่มที่ใช้ระบบประมวล กฎหมาย ทั้งนี้เพราะระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ของสหรัฐอเมริกามีวิวัฒนาการ และเจริญก้าวหน้าเป็นที่แพร่หลายมากกว่าประเทศอื่นที่ใช้ระบบกฎหมายเดียวกัน

4.1 รูปแบบการดำเนินคดีอาญาในสหรัฐอเมริกา

การดำเนินคดีอาญาในสหรัฐอเมริกาใช้ระบบค้นหาความจริงแบบต่อสู้คดีหรือที่เรียกว่า ระบบกล่าวหา (Adversary system) กล่าวคือ คู่ความทั้งสองฝ่ายมีฐานะเท่าเทียมกันในศาล การจะได้ความจริงจะต้องอาศัย การโต้แย้งของคู่ความในคดีเพื่อโน้มน้าวจิตใจของคณะลูกขุน ซึ่งเป็นผู้พิจารณา ข้อเท็จจริง ผู้พิพากษาเป็นเพียงผู้ควบคุมให้มีการต่อสู้ในเชิงคดีอย่างยุติธรรม¹⁰

4.2 การดำเนินกระบวนการพิจารณา

การดำเนินกระบวนการพิจารณา แบ่งออกเป็น 2 ส่วน (Bifurcation) แต่ละส่วนจะมีกลไกอิสระในตัวเอง โดยส่วนแรกได้แก่ การพิจารณาชั้นวินิจฉัยด้วยความผิด (Guilty stage) และส่วนที่สองได้แก่ การพิจารณาชั้นกำหนดโทษ (Sentencing stage)

4.2.1 การพิจารณาชั้นวินิจฉัยความผิด

กระบวนการพิจารณาในชั้นนี้เป็นเรื่องการนำ พยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิด โดยจะพิสูจน์ถึงการกระทำ (Actus reus)

¹⁰ อภิรัตน์ เพชรศิริ, "การพิจารณาคดีอาญาของศาลในประเทศ สหรัฐอเมริกา: ระบบการพิจารณาแบบไบเฟอ์เฟชั่น," วารสารนิติศาสตร์ 10 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2521): 436-437.

และเจตนาชั่วร้าย (Mens rea) ของจำเลยว่ามีเพียงพอตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ ซึ่งโดยปกติผู้พิพากษาจะทำหน้าที่วินิจฉัยความผิดทางอาญาของจำเลยในความผิดที่ไม่ร้ายแรง (Misdemeanor) แต่สำหรับความผิดร้ายแรง ตกเป็นหน้าที่ของคณะลูกขุน

4.2.2 การพิจารณาขึ้นกำหนดโทษ

เมื่อมีการตัดสินชี้ขาดว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด (Conviction) ไม่ว่าจะเป็นการตัดสินชี้ขาดข้อเท็จจริงในคดีโดยผู้พิพากษา หรือคณะลูกขุน หรือเกิดจากจำเลยให้การรับสารภาพผิด (Guilty plea) จะเข้าสู่กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญา (Sentencing process) ซึ่งมีได้อยู่ในอำนาจของบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ โดยเปิดโอกาสให้บุคคลหลายฝ่ายเช่น อัยการ ทนายความ ผู้เสียหาย เข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดโทษ ขั้นตอนการกำหนดโทษจะเป็นการพิจารณาถึงประวัติภูมิหลังของจำเลย ตลอดจนปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งอาจมีผลช่วยให้การกำหนดโทษจำเลยเป็นไปอย่างเหมาะสม โดยศาลจะพิจารณาถึงบทบัญญัติกฎหมาย และกำหนดโทษในอัตราที่เหมาะสมภายในขอบเขตของกฎหมาย และมีคณะกรรมการพักการลงโทษ (Parole boards) เป็นผู้พิจารณาว่าจำเลยควรจะได้กลับสู่สังคมเมื่อใด ภายหลังจากที่ถูกลงโทษมาเป็นระยะเวลาพอสมควรแล้ว

4.3 การรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยโดยการใช้รายงานก่อนพิพากษา (Presentence reports)

4.3.1 รายงานการสืบเสาะและพินิจ (Presentence investigation and reports) เป็นรายงานที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการกำหนดโทษจำเลย เพราะเป็นรายงานที่รวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยไว้มากที่สุด ผู้มีหน้าที่ทำรายงานสืบเสาะและพินิจคือ พนักงานคุมประพฤติ (Probation officer) สำหรับข้อเท็จจริงซึ่งพนักงานคุมประพฤติต้องเสาะหาซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของศาลสหรัฐ (Federal Rules of Criminal Procedure) และประมวลกฎหมายอาญา (Model Penal Code) ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรายงานสืบเสาะและพินิจว่าจะต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้

1. สภาพพฤติกรรมแห่งคดี
2. ประวัติการกระทำผิด
3. สุขภาพทางกายและภาวะแห่งจิต
4. ประวัติครอบครัวและภูมิหลัง
5. สถานภาพทางการเงิน
6. ประวัติการศึกษา
7. นิสัยและความประพฤติ
8. ประวัติการทำงาน
9. ปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อพฤติกรรมของจำเลยและ
สามารถนำไปใช้ในการกำหนดโทษ หรือการปรับปรุงแก้ไขตัวจำเลยได้
10. ข้อเท็จจริงอื่นใดที่ศาลต้องการ¹¹

¹¹Model Penal Code

Section 7.07

(3) The pre-sentence investigation shall include an analysis of the circumstances attending the commission of the crime, the defendant's history of delinquency or criminality, physical and mental condition, family situation and background, economic status, education, occupation and personal habits and any other matters that the probation officer deems relevant or the Courts directs to be included.

Federal Rules of Criminal Procedure

Rule 32 (c)

(2) Report. The report of the presentence investigation shall contain

(a) Information about the history and characteristics of the defendant, including his prior criminal record, if any, his financial condition, and any circumstances affecting his behavior that may be helpful in imposing sentence or in the correctional treatment of the defendant.

11. ความเห็นของพนักงานคุมประพฤติที่มีต่อจำเลย¹²

โดยปกติรายงานสืบเสาะและพินิจต้องทำให้เสร็จก่อนอ่านคำพิพากษา ลงโทษ หรือก่อนศาลมีคำสั่งให้คุมความประพฤติจำเลย

4.3.2 รายงานการตรวจสุขภาพจิต (Presentence examination and report) นอกจากศาลอาจมีคำสั่งให้พนักงานคุมประพฤติ ทำรายงานสืบเสาะและพินิจแล้วในบางคดี ที่ปรากฏว่าจำเลยป่วยเป็นโรคจิต หรือมีอาการผิดปกติทางจิต ศาลมีอำนาจสั่งให้บุคคลซึ่งมีความรู้เฉพาะด้าน เช่น นักจิตวิทยา เป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลยเพิ่มเติมในรูปของรายงาน อื่น ๆ ได้ ในทางปฏิบัติของศาลสหรัฐ (Federal court) หากปรากฏว่า จำเลยคนใดป่วยเป็นโรคจิตหรือมีอาการผิดปกติทางจิต ตามบทบัญญัติของประมวล กฎหมายสหรัฐ ให้อำนาจศาลมีคำสั่งให้นักจิตวิทยา หรือนักจิตวิเคราะห์ทำ รายงานการตรวจสุขภาพจิตเสนอต่อศาล เพื่อประโยชน์ในการกำหนดเงื่อนไข พิเศษแก่จำเลยซึ่งป่วยเป็นโรคจิตหรือมีอาการผิดปกติทางจิต

4.3.3 รายงานของกรมราชทัณฑ์ (Presentence study and report by bureau of prisons) ถือเป็นส่วนหนึ่งของ รายงานก่อนพิพากษาเช่นเดียวกับรายงานสืบเสาะและพินิจ และรายงานการ ตรวจสุขภาพจิต กล่าวคือ ศาลอาจสั่งให้กรมราชทัณฑ์ หรือบุคคลอื่นใดเป็นผู้ทำ รายงานดังกล่าวในกรณีที่ศาลต้องการได้รับข้อมูลบางอย่างเพิ่มเติมเพื่อนำมาใช้ กำหนดโทษจำเลย โดยระบุไว้ในคำสั่งศาลอย่างชัดเจน ซึ่งข้อมูลเหล่านี้จะไม่มีในรายงานสืบเสาะและพินิจ และรายงานการตรวจสุขภาพจิต¹³

¹²Rutter, W.A. Criminal Justice Series: Criminal Procedure. (California: Harcourt Brace Jovanovich Legal and Professional Publication, 1977), p. 143.

¹³เกียรติภูมิ แสงศศิธร, "กระบวนการกำหนดโทษจำเลยในคดี อาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา," วารสารอัยการ 15 (มกราคม 2535): 43-45.

4.4 การใช้ดุลยพินิจในการคุมความประพฤติจำเลย

ดังได้กล่าวแล้วว่าในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ นั้น ให้อำนาจศาลที่จะสร้างกฎหมายขึ้นมาเองได้ ซึ่งพอจะเปรียบเทียบได้กับอำนาจในการใช้ดุลยพินิจของศาลตามระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ กำหนดโทษให้เป็นที่เหมาะสมได้ด้วย ส่วนการลงโทษผู้กระทำความผิดในสหรัฐอเมริกา นั้น ใช้ระบบผสม (Unitary system of punishment) ซึ่งเป็นระบบที่พยายามนำเอาการลงโทษอาญา การแก้ไขผู้กระทำความผิดและนโยบายทางอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา มาผสมผสานกัน เพื่อใช้ต่อผู้กระทำความผิดพร้อมกันไป ซึ่งเป็นวิธีการที่เหมาะสมและมีคุณค่าสำหรับประเทศที่มีวิวัฒนาการของวิชาการด้านอาชญาวิทยาและสังคมวิทยา อันก้าวหน้า โดยพิจารณาจากการคุมประพฤติตามประมวลกฎหมายสหรัฐ (United States Title 18: Crime and Criminal Procedure Section 3563 (b)) ซึ่งกำหนดให้ศาลใช้วิธีการคุมประพฤติกับจำเลยได้เสมอ เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้ ศาลไม่สามารถนำวิธีการคุมประพฤติมาใช้กับจำเลยได้ คือ

4.4.1 กรณีจำเลยถูกตัดสินว่า กระทำ ความผิดร้ายแรง ในระดับ A หรือระดับ B¹⁴

4.4.2 กรณีความผิดนั้น เป็นความผิดซึ่งไม่สามารถนำ เอาวิธีการควบคุมความประพฤติมาใช้ได้

4.4.3 กรณีจำเลยถูกลงโทษจำคุกในความผิดซึ่งกระทำ คราวเดียวกัน หรือในความผิดอื่น

¹⁴United States Code Title 18: Crime and Criminal Procedure Section 3. แบ่งระดับความหนักเบาของความผิดอาญาออกเป็น 9 ระดับ ดังนี้

(1) ความผิดร้ายแรงระดับ A ได้แก่ ความผิดที่มีโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือความผิดที่มีโทษประหารชีวิต

(2) ความผิดร้ายแรงระดับ B ได้แก่ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีขึ้นไป

(3) ความผิดร้ายแรงระดับ C ได้แก่ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีแต่ไม่เกิน 5 ปี

(4) ความผิดร้ายแรงระดับ D ได้แก่ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนแต่ไม่เกิน 1 ปี

(5) ความผิดร้ายแรงระดับ E ได้แก่ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 1 เดือนแต่ไม่เกิน 6 เดือน

(6) ความผิดไม่ร้ายแรงระดับ A ได้แก่ ความผิดที่มีโทษจำคุก ตั้งแต่หกเดือนถึงหนึ่งปี

(7) ความผิดไม่ร้ายแรงระดับ B ได้แก่ ความผิดที่มีโทษจำคุก ตั้งแต่สามสิบวันแต่ไม่เกินหกเดือน

(8) ความผิดไม่ร้ายแรงระดับ C ได้แก่ ความผิดที่มีโทษจำคุก ตั้งแต่ห้าวันแต่ไม่เกินสามสิบวัน

(9) ความผิดเล็กน้อย ได้แก่ ความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกินห้าวัน

หากปรากฏว่าคดีใดไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นสามประการข้างต้นตามบัญญัติประมวลกฎหมายสหรัฐ ให้อำนาจศาลในการกำหนดระยะเวลาการคุมประพฤติไว้ดังนี้

4.4.4 กรณีความผิดร้ายแรงศาลมีอำนาจคุมประพฤติจำเลยตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี

4.4.5 กรณีความผิดไม่ร้ายแรงศาลมีอำนาจคุมประพฤติจำเลยไม่เกิน 5 ปี

4.4.6 กรณีความผิดเล็กน้อย ศาลมีอำนาจคุมประพฤติจำเลยไม่เกินหนึ่งปี

ในระหว่างการคุมความประพฤติศาลจะกำหนดเงื่อนไขการคุมประพฤติไว้ด้วย โดยคำนึงถึงความเหมาะสมของจำเลยแต่ละคน เช่น การกำหนดเงื่อนไขให้จำเลยทำงานให้กับชุมชน (Community services) หรือกำหนดเงื่อนไขอื่นตามแต่ศาลเห็นสมควร¹⁵ การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวนี้ ศาลอาจกำหนดเงื่อนไขในการห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพแก่จำเลยได้แต่ในทางปฏิบัติไม่ปรากฏว่าศาลสหรัฐอเมริกาใช้วิธีการนี้ แต่จะใช้วิธีการให้จำเลยทำงานให้กับชุมชน องค์การสาธารณะ หรือผลิตสินค้าแจกจ่ายให้กับผู้ยากไร้ หรือผู้ที่อยู่ในความสงเคราะห์ดูแลของรัฐแทน จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญาและวิธีการพิจารณาความอาญาของสหรัฐอเมริกา มิได้มีการกำหนดการห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพไว้แต่ประการใด

5. การห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในสหรัฐอเมริกา

การห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในสหรัฐอเมริกา เกิดจากแนวความคิดตามทฤษฎีอำนาจรัฐ (Police Power Theory)¹⁶ และได้กำหนด

¹⁵ United States Code Title 18: Crime and Criminal Procedure Section 3563 (b).

¹⁶ โปรดดูรายละเอียด หน้า 35-44.

หลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ปรากฏรายละเอียด ดังนี้

5.1 ลักษณะและความหมายของอาชีพ

"อาชีพ" หมายถึง งานที่บุคคลกระทำเพื่อหาเลี้ยงชีพ ซึ่งอาจเป็นธุรกิจ หรือการรับจ้างก็ได้ การกระทำใด ๆ ที่เป็นวิถีทางแห่งการยังชีพ ถือว่าเป็นอาชีพ

สิทธิในการประกอบอาชีพธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมายเป็นสิทธิในทรัพย์สิน ประชาชนทุกคนมีสิทธิโดยธรรมชาติ และตามรัฐธรรมนูญที่จะประกอบอาชีพธุรกิจภายใต้ข้อบังคับของกฎหมายที่ใช้บังคับกับคนทุกคนที่ประกอบอาชีพเดียวกัน¹⁷

5.2 ระเบียบและข้อห้ามว่าด้วยอาชีพการงาน วิชาชีพ และธุรกิจ¹⁸

หลักโดยทั่วไปนั้นได้มีการกำหนดขึ้นจากคดีต่าง ๆ อันเกี่ยวข้องกับกิจการ ธุรกิจ อาชีพการงาน หรือวิชาชีพ โดยถือว่ารัฐมีสิทธิที่จะออกกฎระเบียบ และข้อบังคับเพื่อควบคุมธุรกิจต่าง ๆ ได้ภายใต้อำนาจรัฐ เพื่อคุ้มครองสุขภาพ อนามัย ศิลธรรม และสวัสดิภาพของสาธารณชน การออกระเบียบข้อบังคับนั้นจะต้องแยกประเภทธุรกิจควบคุมให้เป็นไปโดยมีเหตุผล

สิทธิของบุคคลในการประกอบอาชีพ วิชาชีพ หรือธุรกิจ เป็นสิทธิตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามสิทธิดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับอำนาจสูงสุดแห่งรัฐ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งแห่งอำนาจรัฐในอันที่จะออกกฎ ระเบียบ และข้อบังคับต่างๆ ได้ ตามความจำเป็นเพื่อคุ้มครองสาธารณชน แต่จะต้องใช้ภายใน

¹⁷ "Occupations, Trades, and Professions." American Jurisprudence Vol.58 (New York: Lawyers Co-operative Publishing, 1989): 1171.

¹⁸ "Police Power," American Jurisprudence Vol.16, 2nd ed., p.610-612.

ชอบเขตอันเหมาะสมและไม่รุกรานสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอันที่จะดำเนินกิจการงานในอาชีพของตน

ดังนั้นหากการประกอบอาชีพการงาน วิชาชีพ หรือธุรกิจใด เป็นการรบกวนสิทธิของผู้อื่นหรือไม่สอดคล้องกับสวัสดิภาพของสาธารณชน รัฐอาจออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับเพื่อควบคุมงานในอาชีพนั้น ๆ ได้ กฎหมายรัฐธรรมนูญมิได้ค่าประกันเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ วิชาชีพ หรือธุรกิจ อันรบกวนสิทธิของสาธารณชนส่วนรวม หรือของกลุ่มบุคคลจำนวนมากกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง อย่างไรก็ตามการออกกฎ หรือระเบียบเพื่อควบคุมธุรกิจ หากเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล รัฐสามารถเพิกถอนได้โดยผ่านกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย และหากธุรกิจใดสมควรอยู่ในความควบคุมบรรดากิจการทั้งหลายของธุรกิจนั้นต้องอยู่ภายใต้การควบคุมทั้งหมดด้วย

5.2.1 อาชีพการงานที่ถูกต้องตามกฎหมาย¹⁹

การอ้างความถูกต้องตามกฎหมายไม่อาจใช้เป็นเกณฑ์ยกเว้นจากการควบคุมภายใต้กฎระเบียบแห่งอำนาจรัฐได้ เพราะการออกกฎระเบียบควบคุมมิได้มีเฉพาะการประกอบอาชีพที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น แต่รวมถึงการประกอบอาชีพที่ถูกต้องตามกฎหมายด้วย การออกกฎระเบียบอย่างนี้มีเหตุผลคือ การจำกัดขอบเขตหลักทั่วไปของบุคคลในการที่จะเลือกประกอบอาชีพการงานที่ถูกต้องตามกฎหมายใด ๆ ก็ได้ เมื่ออาชีพที่ถูกต้องตามกฎหมายโดยธรรมชาตินั้นอาจมีการดำเนินการในวิถีทางที่อาจเป็นอันตรายต่อสาธารณชน หรือมีการเอาเปรียบการฉ้อฉล แม้จะยังไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณชนก็ตาม หรือการประกอบอาชีพใด ๆ ในปัจจุบัน อันอาจกลายเป็นภัยคุกคามต่อสุขภาพ อนามัยและสวัสดิภาพของสาธารณชน จำเป็นต้องถูกควบคุมเพื่อสาธารณประโยชน์ในอนาคตได้ เพราะการแปรเปลี่ยนของสถานการณ์ การเพิ่มขึ้นของประชากรหรือสาเหตุอื่น ๆ

¹⁹ Ibid, p. 612-615.

แต่รัฐมีอำนาจใช้อำนาจโดยพลการเข้าแทรกแซงธุรกิจของเอกชน หรือการห้ามประกอบกิจการในอาชีพที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็น หากธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมายมีคุณลักษณะเป็นประโยชน์และไม่เป็นอันตรายต่อสาธารณชนแล้ว รัฐจะออกระเบียบมาควบคุมไม่ได้ ศาลจะเป็นผู้ใช้อำนาจอิสระขั้นยิ่ง

"วิชาชีพ" ภายใต้อำนาจรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกระเบียบว่าด้วยการใช้วิชาชีพได้ กรณีมีความจำเป็นต้องคุ้มครองสาธารณชน

5.2.2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อสาธารณชน (Businesses affected with a public interest)²⁰

บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องในการทำงานอาชีพใด ๆ ซึ่งสาธารณชนมีผลประโยชน์ร่วมอยู่ด้วย รัฐสามารถออกระเบียบควบคุมได้ภายใต้อำนาจรัฐ ผู้ประกอบกิจการอาชีพที่มีผลกระทบต่อสาธารณชนหรือได้รับสิทธิพิเศษซึ่งผู้อื่นไม่ได้รับสิทธินั้น การดำเนินธุรกิจนั้นเป็นการดำเนินเพื่อสาธารณประโยชน์ รัฐมีอำนาจสอดส่องดูแลการดำเนินธุรกิจนั้น เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่สาธารณชนและให้การดำเนินธุรกิจเป็นไปโดยเหมาะสม ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อสาธารณชนรัฐสามารถออกระเบียบควบคุมได้ทันทีแม้สาธารณชนไม่จำเป็นต้องพึ่งอาศัยธุรกิจนั้นก็ตามและไม่ว่าการดำเนินธุรกิจนั้น จะมีข้อบังคับให้ต้องมีใบอนุญาตหรือไม่ มิใช่สาระสำคัญ ทั้งไม่ขึ้นตรงต่อการสงวนสิทธิในการควบคุมนิติบุคคลซึ่งอาจมีระบุไว้ในใบอนุญาตจัดตั้งนิติบุคคลด้วย

ผู้พิพากษาโรเบิร์ตส์ ได้ให้ความหมายของคำว่า "มีผลกระทบต่อสาธารณชนว่า อุตสาหกรรมใด ๆ ก็ตามจะต้องได้รับการควบคุมเพื่อประโยชน์แห่งสาธารณชนด้วยเหตุผลอันสมควร และศาลของมลรัฐต่าง ๆ ได้ให้ความหมายว่าหมายถึง การงานอาชีพ หรืออุตสาหกรรม ที่เมื่อมีการดำเนินการหรือประกอบกิจการแล้ว จะมีผลกระทบต่อสุขภาพ ความปลอดภัยและสวัสดิภาพของประชาชน และสาธารณชนมีความสนใจถึงระดับที่ควรแก่การใช้กฎหมายเพื่อควบคุม

²⁰ Ibid, p. 615-620.

การกำหนดความหมายในทางกฎหมายของคำว่า ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อสาธารณสุขนั้น ไม่สามารถกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนในการจัดระดับขึ้นหรือแยกประเภทได้ โดยเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้กำหนดว่า ภายใต้สภาวะแวดล้อมอย่างหนึ่งนั้น การกำหนดระเบียบควบคุมธุรกิจเป็นการใช้อำนาจรัฐตามสมควรหรือไม่ เป็นการใช้อำนาจโดยผลการ หรือโดยเลือกปฏิบัติหรือไม่ ธุรกิจอย่างหนึ่งที่เป็นสิทธิส่วนตัว โดยธรรมชาติและสภาวะแวดล้อม อาจเปลี่ยนแปลงเป็นธุรกิจที่ผูกพันกับสาธารณสุขได้ เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป ในขณะที่ธุรกิจประเภทเดียวกันนี้อีกช่วงเวลาหนึ่ง หรือสถานการณ์หนึ่ง เป็นเพียงกิจการส่วนบุคคลเท่านั้น

จากคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อสาธารณสุขได้ถูกแบ่งออกเป็นหลายประเภท เช่น

1. ธุรกิจที่ดำเนินกิจการภายใต้ฉันทานุมัติจากสาธารณสุข
2. การงานอาชีพบางประเภทที่ถือว่าเป็นอาชีพพิเศษ เช่น กิจการโรงแรม กิจการแท็กซี่ และโรงสีข้าว เป็นต้น
3. ธุรกิจที่ทำให้สาธารณสุขเกี่ยวข้องกับผลผลิตของธุรกิจนั้น
4. ธุรกิจที่โดยธรรมชาติของธุรกิจนั้นในสภาวะแวดล้อมอันเป็นปกติวิสัย ผู้ดำเนินธุรกิจจำเป็นต้องได้รับความไว้วางใจเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือเงินตราของผู้เป็นลูกค้า
5. ธุรกิจการค้าและการพาณิชย์ ซึ่งมีผลเป็นการผูกขาดโดยสิ้นเชิง เป็นต้น

5.2.3 หน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ
(Legislative and judicial function in determining business included)²¹

แม้สถาบันนิติบัญญัติจะเป็นสถาบันที่ทรงอำนาจในการกำหนดว่าธุรกิจใดมีผลกระทบต่อสาธารณสุขก็ตาม ประกาศของฝ่ายนิติบัญญัติหาใช่ข้อยุติในประเด็นปัญหาเรื่องความชอบธรรมในการออกระเบียบควบคุมไม่

²¹ Ibid, p. 620-621.

ฝ่ายตุลาการสามารถเข้าตรวจสอบได้ตลอด อาชีพที่ต่างกันอาจมีระเบียบควบคุมแตกต่างกันออกไป ตามพฤติการณ์แห่งอาชีพนั้น ๆ ที่จะมีผลกระทบต่อสาธารณสุข การประกอบวิชาชีพหรือการค้าที่กระทำโดยตรงต่อบุคคล และมีผลกระทบต่อสุขภาพ และความปลอดภัยของสาธารณสุขเป็นวิชาชีพหรือกิจการ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกระเบียบ ข้อบังคับได้ภายใต้อำนาจรัฐ แต่การออกระเบียบ ข้อบังคับต่อวิชาชีพหรือการค้าอื่น ๆ มิอาจกระทำได้หากเป็นการรบกวนสิทธิตามธรรมชาติของประชาชนที่ได้รับการค้าประกันตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ

คำสั่งศาลที่ระบุว่าธุรกิจใดมีคุณสมบัติอยู่ในประเภท เป็นภัยต่อเศรษฐกิจ และสังคม เช่น การหนั้นชั้นต่อ การจำหน่ายสุรา หรือการงานอาชีพสุจริตที่เมื่ออยู่ในสภาพแวดล้อมอย่างหนึ่ง อาจก่อความเดือดร้อน รำคาญต่อผู้อื่นและสาธารณสุข เพราะเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ล้วนอยู่ในอำนาจอันกว้างขวางของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะออกข้อห้ามในการป้องกันหรือปราบปราม

เงื่อนไขที่จะเป็นเหตุแห่งความชอบธรรมสำหรับรัฐในการใช้อำนาจควบคุมธุรกิจนั้นขึ้นอยู่กับธรรมชาติของธุรกิจนั้นมากกว่ารูปแบบองค์กรการค้าเนินธุรกิจ สถาบันนิติบัญญัติผู้ทรงอำนาจแห่งรัฐไม่เพียงแต่จะใช้เงื่อนไขดังกล่าว กำหนดประเภทกิจการค้าหรือการงานอาชีพที่ต้องออกระเบียบควบคุมเท่านั้น แต่ยังสามารถใช้เงื่อนไขดังกล่าวกำหนดธรรมชาติแห่งระเบียบข้อบังคับรวมทั้งพิจารณาประกาศใช้มาตรการต่าง ๆ ได้ด้วย ตราบเท่าที่มาตรการนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หากเห็นว่าเป็นการสมควรเพราะมีความสัมพันธ์และแนวโน้มอันจะนำไปสู่ประสิทธิผลอันเป็นความมุ่งหมายสูงสุด ศาลจะไม่เข้ามาพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่เหมาะสมหรือเป็นมาตรการที่ดีที่สุดเท่าที่จะดำเนินการได้หรือไม่

5.2.4 การห้าม (Prohibitions)²²

อำนาจในการออกข้อบังคับในทางธุรกิจหรืออาชีพ ไม่ใช่อำนาจอันจำเป็นนักในการผูกมัดบุคคลในสิ่งนี้ หลักโดยทั่วไปได้กำหนดขึ้นว่า ตราบใดที่มีความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครอง สาธารณสุข ความปลอดภัย ศีลธรรม

²² Ibid, p. 620-625.

หรือความสงบเรียบร้อยหรือเพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพโดยทั่วไปของชุมชน ก็อาจออกข้อบังคับห้ามโดยเด็ดขาดซึ่งการประกอบธุรกิจ อาชีพ การค้าหรือการอุตสาหกรรมได้

แนวความคิดของรัฐไม่ประสงค์ให้สิ่งทีเลวร้ายเกิดขึ้น จึงต้องมีการออกกฎข้อบังคับ ในการห้ามประกอบอาชีพนั้น ๆ ไว้ โดยศาลไม่อาจเข้ามาข้องเกี่ยวกับ ยกเว้นอำนาจการพิจารณาถึงสภาพอันตราย

อาชีพใดที่มีได้กระทำผิดศีลธรรมในตัวเอง และผู้ประกอบอาชีพได้ดำเนินการไปตามปกติ แต่อาจมีจุดมุ่งหมายไปในทางผิดศีลธรรม หรือในประการที่มีสภาพเป็นอันตรายได้ หากพิจารณาประกอบกับพฤติการณ์แวดล้อมและผลกระทบที่ตามมา

หลักในการออกกฎข้อบังคับเพื่อควบคุมนั้น จะต้องไม่กระทบถึงการประกอบอาชีพ กิจการงานอันถูกต้องตามกฎหมายและไม่รุกรานสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น กิจการงาน อาชีพ หรือธุรกิจ ซึ่งไม่มีผลกระทบกระเทือนหรือจะก่อให้เกิดอุบัติเหตุแก่สาธารณชนนั้น รัฐไม่อาจจำกัดสิทธิได้ เฉพาะธุรกิจที่ผิดระเบียบ หรือเป็นอันตรายในตัวเองเท่านั้น รัฐจึงสามารถจำกัดสิทธิได้ การออกกฎข้อบังคับที่ไม่ชอบ จะตกเป็นโมฆะ

ดังนั้นรัฐจึงไม่อาจใช้อำนาจออกกฎข้อบังคับโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของสาธารณชน หรือผลร้ายบางประการที่สังคมจะได้รับ อาชีพจะไม่ถูกห้ามโดยกฎข้อบังคับ หากกิจการที่ทำไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัย ความปลอดภัยศีลธรรมของประชาชน หรือกรณีอื่นอันคล้ายคลึงกัน การตรวจสอบว่าอาชีพใดมีผลกระทบต่อชุมชนทั่วไปนั้น จะต้องพิจารณาถึงวิถีทางแห่งการประกอบอาชีพซึ่งส่งผลอันตรายต่อสาธารณะ โดยเฉพาะการเสื่อมสลายในศีลธรรมทางธุรกิจ การอาศัยโอกาสในทางธุรกิจ หลอกลวง น้อโกง ผู้ซื้อหรือโดยวิธีการอื่น ๆ จึงสามารถห้ามประกอบอาชีพได้ แต่จะห้ามเพียงเพราะประชาชนไม่เห็นด้วยในการประกอบอาชีพนั้น หรือธุรกิจนั้นไปรบกวนหรือทำลายธุรกิจของผู้อื่น หรือมีแนวโน้มที่ประชาชนจะได้รับอันตรายจากอาชีพนั้น ๆ แต่ขณะนั้นยังไม่มีอันตรายไม่ได้ กฎข้อบังคับจะต้องมีเหตุผลและเป็นเหตุผลที่มีได้เกิดจากข้อสันนิษฐาน ดังตัวอย่าง เช่น ในศตวรรษที่ 20 มีการออกกฎหมายต่อต้านการสูบบุหรี่ทำให้ศาลฎีกามองว่าจะ

บังคับใช้กฎหมายนั้น ไปในทิศทางใด บทบัญญัติการสั่งห้ามนั้น บางกรณีก็มีผลบังคับ แต่บางกรณีก็ห้ามผลบังคับไม่ ขณะที่กฎหมายระบุออกมา รัฐต่าง ๆ อาจห้ามภายในขอบเขต การผลิต หรือห้ามขายหรือออกกฎหมายควบคุมโรงงานยาสูบ โดยเป็นอำนาจอันชอบธรรมของรัฐ แต่การปลุกยาสูบรัฐไม่สามารถห้ามได้ทั้งหมด เพราะเป็นอาชีพของคนสุจริต หรือดังตัวอย่างต่อไปนี้

1. คดีระหว่าง Oire S. Ware et al., Appts., V Sperry & Hutchinson Company²³ ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐเคนตักกีได้กล่าวว่าการห้ามขายคูปอง ไม่จำกัดเฉพาะอำนาจรัฐ หากนำไปสู่การทำให้ประชาชนหลงผิดอาศัยอำนาจอย่างอื่นภายใต้อำนาจรัฐ ฝ่ายบริหารก็สามารถห้ามได้ โดยเฉพาะถ้าการขายดังกล่าวเป็นการฉ้อโกงประชาชน แต่จะห้ามขายคูปองด้วยเหตุผลที่ว่า การขายคูปองเป็นเหตุให้มีพ่อค้าคนกลาง หรือเพราะสินค้านั้นเป็นสินค้าปลอมเพื่อยุติไม่ได้

2. คดีระหว่าง Hadacheck V. Sebastian, Chief of Police of The City of Los Angeles.²⁴ ศาลสูงสุดแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียได้กล่าวว่า อำนาจรัฐเป็นอำนาจเดี่ยวไม่ผ่านขบวนการยุติธรรมทางศาลเป็นอำนาจที่สำคัญที่สุด จำกัดได้น้อยที่สุด แต่ต้องมีใช้เกิดจากอำเภอใจ ความสนใจของประชาชนไม่สามารถหยุดอำนาจรัฐได้ ภายใต้สถานการณ์บางอย่างธุรกิจบางชนิดอาจไม่รบกวนประชาชน แต่รัฐก็จำเป็นต้องเข้าไปเกี่ยวข้องได้ เช่น การห้ามผลิตอิฐในเขตเทศบาล เป็นต้น

3. คดีระหว่าง The City of Tacoma, Respondent, V. Gus W. Keisel, Appellant²⁵ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐ ได้กล่าวว่า อำนาจในการออกกฎหมายเกี่ยวกับการขายสิ่งของมีน้มนั้น รวมถึงอำนาจในการสั่งห้ามด้วย

²³ 26 A.L.R. 687 (1923)

²⁴ 39 U.S. 394 (1915)

²⁵ 68 Wash. 685 (1912)

ดังนั้นกฎหมายต่อต้านการขายของมีนเมาในร้านจำหน่ายสุรา จึงสามารถห้ามผู้ที่มิ
อายุไม่ถึงเกณฑ์กำหนดซื้อสุรา หรือดื่มสุราในร้านโดยที่ตนเองมิได้ซื้อก็ตาม หากมี
การอนุญาตให้ขายได้ เป็นการทำลายสวัสดิภาพของประชาชนและผิดข้อบังคับ รัฐ
จึงสามารถลงโทษและห้ามประกอบอาชีพจำหน่ายสุราได้

4. คดีระหว่าง State of Idaho V. D.E. Armstrong, Appt.²⁶

ศาลสูงสุดแห่งรัฐไอดาโฮ ได้กล่าวว่า หมอรักษาโรคมือและเท้าแผนโบราณ
(Chiropodist) โดยแท้จริงแล้วไม่ใช่หมอผู้ทำการบำบัดรักษาโรคเพราะไม่ได้
ศึกษาวิชาการแพทย์และศัลยกรรม จึงมีสิทธิประกอบอาชีพใด ๆ ก็ได้หากไม่ขัด
ต่อรัฐธรรมนูญ การห้ามรักษาโรคมือและเท้าไม่สามารถห้ามได้เพราะเป็นอาชีพ
สุจริต และฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่สามารถออกกฎหมายบีบบังคับห้ามได้ หากไม่เป็นอันตราย
ต่อสุขภาพ ความปลอดภัยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

5.2.5 ข้อจำกัดเกี่ยวกับคุณสมบัติของบุคคล

(Restriction to qualified persons)²⁷

อำนาจรัฐเกี่ยวกับสวัสดิการทั่วไปในการทำงาน
รัฐสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อคัดเลือกบุคคลที่มีความรู้ความสามารถมา
ทำงาน ดังนั้นรัฐจึงสามารถกำหนดคุณสมบัติต่าง ๆ เช่น ความรู้ในการศึกษา
ประสบการณ์ ความสามารถในการทำงาน ในงานแต่ละสาขาอาชีพ ซึ่งจะมีผล
กระทบต่อสวัสดิภาพของประชาชน สิทธิที่จะออกกฎหมายมาควบคุมนั้น รวมถึงผู้ที่
ทำงานแล้วด้วยไม่ว่าจะทำงานมานานเท่าใดแล้วก็ตาม บุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติตาม
มาตรฐานที่รัฐกำหนด รัฐอาจห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพได้ แต่กฎเกณฑ์ที่
กำหนดจะต้องเหมาะสมเป็นไปโดยมีเหตุผล ไม่ขยายกฎเกณฑ์มากกว่าคุณสมบัติ
ที่จำเป็นสำหรับอาชีพหรือวิชาชีพนั้น ๆ

²⁶ A.L.R. 853 (1923)

²⁷ Ibid, p. 628-630.

อาชีพและวิชาชีพที่รัฐสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ระบุคุณสมบัติก่อนประกอบอาชีพได้ คือ นักกฎหมาย แพทย์ทั่วไป แพทย์ทางศัลยกรรม แพทย์บำบัดโรคไขข้อ และกระดูก ทันตแพทย์ นักจิตวิทยา พยาบาล สมุห์บัญชี เภสัชกร สถาปนิก วิศวกรโยธา และแม้กระทั่งช่างทำท่อน้ำและช่างตัดผม เป็นต้น

การใช้อำนาจรัฐมิได้จำกัดเฉพาะอาชีพที่ต้องใช้การศึกษาเรียนรู้และการฝึกฝนเท่านั้น แต่ยังสามารถขยายไปถึงอาชีพอื่น ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสุขภาพอนามัย และความปลอดภัยของประชาชนด้วย เช่น การค้าขายนม การขายเครื่องไฟฟ้า การขับรถบรรทุกขนาดใหญ่ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในสหรัฐอเมริกา นั้น ผู้ประกอบการจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ควบคุมอาชีพหรือวิชาชีพนั้น ๆ (Code of practice or Rules of professional conduct) และปฏิบัติตามจริยธรรมในวิชาชีพนั้นด้วย (Code of ethic) เช่น แพทย์จะต้องต่อใบอนุญาตประกอบโรคศิลป์ทุก 5 ปี อาจารย์ที่สอนในมหาวิทยาลัย 3 ปีแรก จะต้องประเมินและเมื่อครบ 7 ปี จะต้องประเมินใหม่อีกครั้งหนึ่ง หากผ่านจะได้ใบอนุญาตอันเป็นหลักประกัน พยาบาลจะต้องสอบเพื่อขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพพยาบาล (Registered nurse: R.N.) หรือสมุห์บัญชีจะต้องสอบเพื่อรับรองการเป็นผู้ปฏิบัติงานทางบัญชี (Certified Public Accountant: C.P.A.) เป็นต้น จึงจะประกอบวิชาชีพนั้น ๆ ได้ คนขับรถบรรทุก จะต้องผ่านการอบรมเป็นเวลา 3 เดือนก่อน แล้วนำใบประกาศนียบัตรการอบรมไปขอทำใบอนุญาตขับขี่ เมื่อได้รับใบอนุญาตขับขี่แล้วจึงจะประกอบอาชีพขับรถบรรทุกได้ นอกจากนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องสังกัดหรือขึ้นอยู่กับสมาคมหรือองค์การในแต่ละอาชีพ หากกระทำความผิดในทางวิชาชีพ ไม่ว่าจะ เป็นหลักปฏิบัติในวิชาชีพหรือจรรยาบรรณในวิชาชีพ จะต้องถูกเพิกถอนใบอนุญาต จากสมาคม หรือองค์การในแต่ละอาชีพนั้น ๆ ส่วนการประกอบอาชีพต่าง ๆ ก็จะมีสหภาพเข้ามาควบคุมดูแล เช่น สหภาพแรงงาน และพิจารณาความผิดร่วมกับนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาในอาชีพนั้น ๆ การกำหนดคุณสมบัติสำหรับอาชีพธรรมดานั้น กฎหมายจะบัญญัติออกมาเพื่อควบคุมมากกว่าการห้าม

6. การห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์

ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย มักจะกำหนดการห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของแต่ละประเทศ ในขณะที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายบางประเทศที่เป็นต้นแบบและเป็นประเทศหลักในการใช้ประมวลกฎหมาย เช่น ฝรั่งเศส และเยอรมัน และจะกล่าวถึงประเทศอื่น ๆ ที่ใช้มาตรการนี้ เพื่อประกอบการศึกษาพอเป็นสังเขป

6.1 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (The French Penal Code)²⁸

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ฉบับปัจจุบันคือ ฉบับปี ค.ศ. 1810 ซึ่งนับถึงปัจจุบันมีอายุถึง 180 ปีเศษ นับได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่มีอายุยั่งยืนที่สุดฉบับหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส เกิดขึ้นในสมัยนโปเลียน และเป็นฉบับสุดท้ายในชุดประมวลกฎหมายซึ่งนโปเลียนได้ให้ประมวลขึ้น (Napoleonic Code) โดยที่ฝรั่งเศสเป็นผู้นำในการรวบรวมกฎหมายต่าง ๆ ในเรื่องเดียวกันมาประมวลเข้าไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกันเป็นประมวลกฎหมายก่อนประเทศอื่น ๆ ประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย จึงได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศส ตามสมควร²⁹

6.1.1 โทษตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส³⁰

ลักษณะของโทษตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

²⁸ "The French Penal Code, In 1 American Series of Foreign Penal Codes, (London: Sweet & Maxwell, 1960).

²⁹ โทกเมน ภัทรภิมย์, "คำบรรยายกฎหมายอาญาเปรียบเทียบและอาชญาวิทยา 1," จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522, หน้า 1. (อัดสำเนา).

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

แบ่งตามความหนักเบาของโทษเป็น 3 ลำดับชั้น³¹ คือ

6.1.1.1 ความผิดอุกฤษโทษ (Felonies or Peines criminelles) คือ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีขึ้นไป ถึงจำคุกตลอดชีวิต แบ่งออกเป็น³²

- ก. อุกฤษโทษสำหรับความผิดธรรมดา คือ
 - 1. จำคุกตลอดชีวิต
 - 2. จำคุกโดยมีกำหนดเวลา
- ข. อุกฤษโทษสำหรับความผิดทางการเมือง คือ
 - 1. กักขังตลอดชีวิต
 - 2. กักขังโดยมีกำหนดเวลา
 - 3. ขับออกนอกประเทศ
 - 4. ลดสิทธิแห่งการเป็นพลเมือง
- ค. อุกฤษโทษโดยทั่วไป (รวมทั้งความผิดธรรมดาและความผิดทางการเมือง) คือ
 - 1. จำคุกตลอดชีวิต
 - 2. กักขังตลอดชีวิต
 - 3. จำคุกโดยมีกำหนดเวลา
 - 4. กักขังโดยมีกำหนดเวลา
 - 5. ขับออกนอกประเทศ
 - 6. ลดสิทธิแห่งการเป็นพลเมือง

³¹ การแบ่งแยกโทษออกเป็น 3 ลำดับชั้น เนื่องจากให้มีความสัมพันธ์กับองค์กรศาลยุติธรรมคือ ศาลที่พิจารณาคความผิดอุกฤษโทษ (Tribunaux criminels) ศาลที่พิจารณาคความผิดมีษโทษ (Tribunaux correctionnels) ศาลที่พิจารณาคความผิดลหุโทษ (Tribunaux de simple plice).

³² ประเทศฝรั่งเศสได้ยกเลิกโทษประหารชีวิต เมื่อ ค.ศ.1980.

6.1.1.2 ความผิดมัชยโทษ (Misdemeanors or Peines correctionnelles) คือ ความผิดขนาดปานกลาง แบ่งออกเป็น 3 ประการ คือ

ก. จำคุกตั้งแต่สองเดือนขึ้นไป แต่ไม่เกินห้าปี เว้นแต่กรณีกระทำความผิดซ้ำ หรือที่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น³³

ข. ห้ามใช้สิทธิบางอย่างในฐานะพลเมือง ในทางแพ่งและสิทธิในครอบครัว คือ

1. สิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง
2. สิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง
3. สิทธิในการเป็นลูกขุน หรือใน

การอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชน

4. สิทธิในการพกอาวุธ
5. สิทธิในการออกเสียงใน

คณะกรรมการครอบครัว

6. สิทธิในการเป็นผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์
เว้นแต่ในกรณีบุตรของตนเอง โดยได้รับความเห็นชอบจากครอบครัว

7. สิทธิในการเป็นผู้เชี่ยวชาญ เป็นพยาน

ในนิติกรรม

8. สิทธิในการเป็นพยานศาล³⁴

ค. ปรับเกินกว่า 200,000 ฟรังก์ ขึ้นไป

6.1.1.3 ความผิดลหุโทษ (Violation or peines de simple police) แบ่งออกเป็น 2 ประการ คือ

ก. จำคุกตั้งแต่หนึ่งวันถึงสองเดือน

ข. ปรับตั้งแต่ 300 ฟรังก์ ถึง 200,000

ฟรังก์³⁵

³³ The French Penal Code, Art. 40.

³⁴ The French Penal Code, Art. 42.

³⁵ The French Penal Code, Art. 466.

6.1.2 โทษอุปรกรณ์ (Peines Principales)

โทษอุปรกรณ์เป็นโทษที่บวกเข้าไปในโทษหลักตามข้อ 6.1.1 โดยอัตโนมัติโดยที่ผู้พิพากษาไม่ต้องกำหนดไว้ในคำพิพากษาโดยตรง³⁶ โดยกฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นหลักตามบทบัญญัตินั้น ๆ ว่าผู้ที่ถูกลงโทษหลัก หรือโทษประธานจะต้องรับโทษอุปรกรณ์นั้นติดพันไปด้วย เช่น โทษลดสิทธิในฐานะพลเมือง (De' gradation civique) แม้จะเป็นโทษชั้นอุกฤษโทษในความผิดทางการเมือง แต่ก็ เป็นโทษอุปรกรณ์ สำหรับโทษจำคุกโดยมีกำหนดเวลาในความผิดชั้นอุกฤษโทษอื่น ๆ ด้วย

โทษอุปรกรณ์ลดสิทธิในฐานะพลเมืองที่เกี่ยวกับสิทธิในการประกอบอาชีพ คือ

1. ห้ามมิให้เข้ารับตำแหน่งทางราชการ
2. ไม่มีสิทธิเข้ารับราชการทหาร
3. ไม่มีสิทธิเป็นเจ้าของโรงเรียนหรือเป็น

ผู้สอนในฐานะศาสตราจารย์ อาจารย์ หรือเป็นครูในสถาบันการศึกษาใด ๆ³⁷

โทษตัดสิทธิในการประกอบอาชีพอื่น ๆ อันมีลักษณะคล้ายโทษอุปรกรณ์ มีดังนี้ คือ

1. การห้ามประกอบอาชีพนายธนาคาร
2. การห้ามประกอบอาชีพการประกันภัย
3. การห้ามประกอบอาชีพผู้จัดการบริษัท
4. การห้ามประกอบอาชีพผู้ตรวจบัญชี

สำหรับผู้ที่ถูกศาลพิพากษาลงโทษในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

5. ห้ามทำงานในสถานคลอดบุตร สำหรับ

ผู้ที่ถูกศาลพิพากษาลงโทษลงโทษในความผิดเกี่ยวกับการทำแท้ง

³⁶ โกลเมน ภัทรภิรมย์, "คำบรรยายกฎหมายอาญาเปรียบเทียบและอาชววิทยา 1," หน้า 8.

³⁷ The French Penal Code, Art. 34. (4-28-1832).

6. ห้ามมิให้ประกอบการเป็นเจ้าของกิจการ
โรงแรม หอพัก บ้านเช่าที่มีเครื่องเรือนพร้อม ไม้เท้าลับ สถานเต็นท์ และ
สถานบริการอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกัน ผู้ที่ถูศาลพิพากษาลงโทษลงโทษในความผิด
เกี่ยวกับการการค้าประเวณี

6.1.3 โทษประกอบ (peines complémentaires)³⁸

โทษประกอบเป็นโทษที่บวกเข้าไปในโทษหลัก ใน
บางกรณีกฎหมายกำหนดให้ศาลพิพากษาโทษประกอบนั้นด้วย เรียกว่า เป็นโทษ
ประกอบข้อบังคับ (peines complémentaires obligatoires) บางกรณี
ก็ไม่บังคับว่าต้องพิพากษาดังคือ จะพิพากษากำหนดโทษประกอบนั้นด้วยหรือไม่
ก็ได้ ซึ่งเรียกว่า โทษประกอบไม่บังคับ ((peines complémentaires
facultatives)

6.1.3.1 โทษประกอบบังคับ แม้ว่ากฎหมาย
จะบังคับให้ศาลพิพากษาดังก็ตาม แต่ในกรณีที่มีเหตุสมควรลดหย่อนผ่อนโทษ ศาล
ก็อาจลดโทษประกอบบังคับนี้ได้ ตัวอย่างของโทษประกอบบังคับ เช่น โทษริบทรัพย์
(Confiscation) เป็นต้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพคือ การ
กำหนดให้เพิกถอนใบอนุญาตตั้งร้านขายเครื่องดื่มเมื่อผู้ถือใบอนุญาตถูกลงโทษ
เกี่ยวกับการค้าประเวณี นอกจากนี้ก็มี การห้ามใช้สิทธิบางอย่างทางแพ่ง ทาง
การเมืองและสิทธิทางครอบครัวที่กำหนดในมาตรา 42³⁹

6.1.3.2 โทษประกอบไม่บังคับ มีจำนวนมาก
กว่าโทษบังคับ เช่น โทษริบทรัพย์สิ้น ักกัน ห้ามเข้าเขตกำหนด เป็นต้น
โทษประกอบไม่บังคับที่เกี่ยวกับการงานทางอาชีพ การเพิกถอนใบอนุญาต และ
การห้ามอื่น ๆ คือ

³⁸ โทเมเน ภักทรภิมย์, "คำบรรยายกฎหมายอาญาเปรียบเทียบและ
อาชญาวิทยา 1," หน้า 8-9.

³⁹ The French Penal Code, Art. 335.

1. การปิดสถานทำการค้า ในความผิดเกี่ยวกับร้านจำหน่ายเครื่องดื่ม
2. การเพิกถอนใบอนุญาตขับรถยนต์ ในความผิดเกี่ยวกับการจราจร
3. ในความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณีมีโทษประกอบพิเศษ ไม่บังคับอีก 2 อย่าง คือ การเพิกถอนหนังสือเดินทางและการห้ามเข้าไปปรากฏตัวในเขตจังหวัดที่ได้กระทำความผิด
4. ตามกฎหมายลงวันที่ 1 มิถุนายน 1965 คำพิพากษาประกอบสำหรับความผิดในการแข่งขันกีฬา คือ การห้ามมิให้เข้าทำการแข่งขันกีฬาใด ๆ เป็นเวลา 3 เดือน ถึง 5 ปี
5. ตามกฎหมายลงวันที่ 3 มกราคม 1972 แก้ไขโดยกฎหมายลงวันที่ 3 มกราคม 1975 ผู้ที่ทำความผิดออกเช็คไม่มีเงิน อาจถูกห้ามออกเช็ค นอกจากออกเพื่อถอนเงินหรือเป็นเช็คที่ธนาคารรับรอง เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่าการห้ามประกอบอาชีพตามประมวลกฎหมายอาญา ส่วนฝรั่งเศส ได้บัญญัติไว้ในส่วนการลงโทษและมักจะ เป็นโทษอุปกรรมหรือโทษประกอบมากกว่าที่จะให้เป็นโทษหลักหรือโทษประธาน โดยพุ่งเล็งถึงสภาพอันตรายต่อสังคมด้านวิชาชีพ เช่น การห้ามรับราชการ ห้ามประกอบอาชีพนายธนาคาร ผู้จัดการบริษัท ผู้ตรวจบัญชี ครู อาจารย์ เป็นต้น และพุ่งเล็งถึงสภาพอันตรายในด้านสถานที่ประกอบการหรือลักษณะของธุรกิจ เช่น สถานผดุงครรภ์ สถานบริการเกี่ยวกับกิจการโรงแรม หอพัก บ้านเช่า ไนต์คลับ สถานเต็นท์ สถานบริการหรือร้านจำหน่ายเครื่องดื่ม เป็นหลัก ในส่วนที่เกี่ยวกับการค้าหรือการอุตสาหกรรมนั้น นอกจากจะห้ามจำหน่ายเครื่องดื่มแล้วยังห้ามถึงอาชีพทางการค้าทุกประเภทซึ่งอาจมีกำหนดระยะเวลาหรือห้ามตลอดไปได้ และตามมาตรา 1750 ของประมวลรัษฎากร ได้บัญญัติเกี่ยวกับผู้ที่กระทำความผิดทางภาษีอากรว่าอาจถูกห้ามประกอบอาชีพทุกชนิดที่เกี่ยวกับการค้า การอุตสาหกรรม หรืออาชีพอิสระได้

นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดให้ศาลมีคำสั่งปิดชั่วคราวสถานประกอบการบางอย่างเช่น โรงแรม หอพัก และสถานที่อื่นที่ประกอบกิจการคล้ายคลึงกัน ที่ดำเนินกิจการโดยผู้ที่ถูกห้ามประกอบอาชีพอื่น เนื่องจากกระทำความผิดเกี่ยวกับ

โทษแก่ผู้ หรือซึ่งผู้ประกอบการได้กระทำความผิดเกี่ยวกับการค้าขายเสบิต และ กำหนดให้ขายทอดตลาดสถานการค้าที่ถูกปิดเกินกว่า 2 ปีได้ด้วย

6.2 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (The German Penal Code)

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันที่ใช้อยู่ในปัจจุบันคือ ฉบับปี ค.ศ. 1975⁴⁰ โดยปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาฉบับปี ค.ศ. 1953 และ 1961 ฉบับที่ใช้อยู่เดิมที่เดิยคือ ฉบับปี ค.ศ. 1871 ประเทศเยอรมันเป็นประเทศหลักที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายประเทศหนึ่ง ซึ่งมีวิวัฒนาการทางด้านประมวลกฎหมายอาญามาเป็นเวลานาน และเป็นต้นแบบการร่างประมวลกฎหมายอาญาของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหลายประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วย เยอรมันได้พยายามแก้ไขกฎหมายของตนเองมาโดยตลอด และได้มีการแก้ไขมากที่สุดในปี ค.ศ. 1961⁴¹ นำเสนอรัฐสภาในปี ค.ศ. 1962 การแก้ไขส่วนใหญ่ได้รับอิทธิพลมาจากรายงานของกระทรวงยุติธรรม ระหว่างปี ค.ศ. 1954 ถึง 1959 และมีร่างอีกฉบับหนึ่ง⁴² เตรียมไว้ หากร่างฉบับแรกไม่ผ่านรัฐสภา จะเห็นว่าในศตวรรษที่ 20 นี้ เยอรมันได้พยายามปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของตนเองอย่างมาก จึงสมควรที่จะนำมาพิจารณาในที่นี้ด้วย

⁴⁰The Penal Code of the Federal Republic of Germany," In 28 American Series of Foreign Penal Codes, (London: Sweet & Maxwell, 1987).

⁴¹The German Draft Penal Code E 1962," In 11 American Series of Foreign Penal Codes, (London: Sweet & Maxwell, 1966).

⁴²"Alternative Draft of the German Penal Code," In 21 American Series of Foreign Penal Codes, (London: Sweet & Maxwell, 1977).

6.2.1 โทษและความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน แยกการกระทำ ความผิดอาญา ออกเป็น 3 ประเภทเช่นกันคือ ความผิดอาญาร้ายแรง (Verbrechen) ความผิดอาญาธรรมดา (Vergehen) และความผิดลหุโทษ (Übertretungen)

6.2.1.1 ความผิดอาญาร้ายแรง คือ การกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่อย่างน้อยที่สุด 1 ปี หรือมากกว่านั้น

6.2.1.2 ความผิดอาญาธรรมดา คือ การกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกเกิน 6 สัปดาห์ขึ้นไป หรือไม่ได้กำหนดโทษขั้นต่ำไว้ หรือมีโทษปรับเกิน 500 มาร์คขึ้นไป

6.2.1.3 ความผิดลหุโทษ คือ การกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 6 สัปดาห์ หรือมีโทษปรับไม่เกิน 500 มาร์ค

6.2.3 ระบบศาลอาญาในเยอรมัน

ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาในเยอรมัน แบ่งออกเป็น 1) ศาลชั้นต้น ระดับล่างหรือศาลแขวง (Amisgericht) และศาลลูกขุนเล็ก (Schöffengericht) 2) ศาลชั้นต้นมลรัฐ (Landgericht) ซึ่งแยกออกเป็นองค์คณะเล็กทางอาญา (Die Kleine Strafkammer) องค์คณะใหญ่ทางอาญา (Die Grosse Strafkammer) และศาลลูกขุนใหญ่ (Schwurgericht) 3) ศาลสูงมลรัฐ (Oberlandesgericht) และ 4) ศาลยุติธรรมสูงสุดสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof)

- เฉพาะศาลชั้นต้นระดับล่างหรือศาลแขวงนี้ ไม่มีอำนาจพิจารณาคดีที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกเกิน 3 ปี และไม่มีอำนาจกำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัย (มาตรา 24 วรรคสอง GVG)⁴³

⁴³ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน," ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร: พี.เค.พรินติ้งเฮาส์, 2531), หน้า 184-187.

6.2.4 วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามกฎหมายอาญา

ของเยอรมัน

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันฉบับปัจจุบัน ปี ค.ศ. 1975 ได้แยกโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยออกจากกัน และเรียกว่า มาตรการเพื่อปรับปรุงแก้ไขและรักษาความปลอดภัย (Measures of Rehabilitation and Security) โดยบัญญัติไว้ในหมวดที่ 3 ตอนที่ 6 มาตรา 61 โดยกำหนดมาตรการเพื่อปรับปรุงแก้ไขและรักษาความปลอดภัยออกเป็น 6 ประเภท⁴⁴ คือ

1. ส่งตัวไปควบคุมรักษาในสถานบำบัดโรคจิต
2. ส่งตัวไปควบคุมรักษาในสถานบำบัดผู้ติดยาเสพติด และโรคพิษสุราเรื้อรัง
3. ส่งตัวไปยังสถานที่ควบคุมเพื่อป้องกัน
4. ให้ปฏิบัติภายใต้การควบคุมดูแล
5. เพิกถอนใบอนุญาตขับขี่รถยนต์
6. ห้ามการประกอบวิชาชีพ

⁴⁴ "The German Penal Code 1975, Section 61."

Types of measures

Measures of rehabilitation and security are:

1. Commitment to a mental health institution;
2. Commitment to an institution for the treatment of chemical dependency;
3. Commitment to an institution of protective custody;
4. Supervision of conduct;
5. Revocation of driver's license;
6. Prohibition to practice a profession

6.2.5 การห้ามประกอบวิชาชีพ

ประมวลกฎหมายอาญา เขอร์มันได้บัญญัติห้าม
การประกอบอาชีพไว้ในมาตรา 70 ดังนี้

มาตรา 70 การห้ามประกอบวิชาชีพตามคำสั่งศาล

(1) ถ้าผู้ใดถูกศาลพิพากษาลงโทษในความผิดเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพ หรือในทางการค้า หรือปฏิบัติหน้าที่ในทางวิชาชีพอันผิดกฎหมายอย่างร้ายแรง หรือไม่ถูกลงโทษเพียงเพราะไม่สามารถพิสูจน์ความผิดทางอาญาของผู้นั้นได้ หรือไม่อาจพิจารณาลงโทษได้ ด้วยเหตุอื่นอันคล้ายคลึงกัน ศาลอาจห้ามผู้นั้นมิให้ประกอบวิชาชีพ หรือทำการค้า หรือเกี่ยวกับการค้า ตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี หากพิจารณาถึงตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำที่เป็นอันตรายแล้ว หากให้ผู้นั้นประกอบวิชาชีพ หรือทำการค้า หรือเกี่ยวกับการค้าต่อไป อาจกระทำความผิดอย่างร้ายแรงขึ้นได้อีก การห้ามนี้อาจสั่งได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ถ้าศาลเห็นว่าระยะเวลาห้าปีนั้นไม่เพียงพอที่จะป้องกันสังคมจากบุคคลอันเป็นภัยนั้นได้

(2) ถ้าจำเลยถูกห้ามประกอบวิชาชีพหรือเกี่ยวกับวิชาชีพ ทำการค้า หรือเกี่ยวกับการค้า อันมีกำหนดระยะเวลาจำกัด ช่วงระยะเวลาต่ำสุดของการห้ามจะต้องไม่น้อยกว่าสามเดือน

(3) ตราบใดที่คำสั่งห้ามยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ จำเลยจะประกอบวิชาชีพ หรือเกี่ยวกับวิชาชีพ ทำการค้า หรือเกี่ยวกับการค้านั้นไม่ได้ หรือประกอบกิจการดังกล่าวแทนผู้อื่น หรือให้ผู้อื่นประกอบกิจการดังกล่าวแทนภายใต้คำสั่งของจำเลยไม่ได้

(4) การห้ามประกอบวิชาชีพ จะมีผลต่อเมื่อคำสั่งศาลถึงที่สุด ช่วงระยะเวลาที่จำเลยสูญเสียไปไม่ได้ประกอบวิชาชีพ สำหรับการห้ามที่เกิดขึ้นก่อนที่ศาลจะอ่านคำพิพากษาและมีข้อเท็จจริงว่าควรใช้มาตรการห้ามประกอบวิชาชีพสำหรับจำเลยนั้น ให้ถือเป็นระยะเวลาที่จะนำมาหักออกจากตามคำสั่งห้ามอันเป็นที่สุดของศาลได้ แต่ช่วงระยะเวลาที่จำเลยสูญเสียไปในระหว่างการควบคุมตัวของเจ้าพนักงานไม่

อาจนำมาหักออกจากระยะเวลาดังกล่าวได้⁴⁵

⁴⁵The German Penal Code 1975, Section 70.

"Court order prohibiting the practice a profession

(1) If someone is convicted of an unlawful act involving abuse of his profession or trade involving a serious breach of the duties associated therewith, or escapes conviction only because his criminal incapacity was proved or could not be excluded, the court may prohibit him from practicing his profession, trade, or branch of trade for a period of from one to five years, if a total evaluation of the offender and the act evidence a danger that he will commit similar serious unlawful acts in the further practice of his profession, branch of profession, trade, or branch of trade. This prohibition may be ordered to remain in effect indefinitely if it may reasonably be anticipated that the statutory maximumm period is inadequate to protect society from the danger posed by the offender.

(2) If the offender was only temporarily prohibited from practicing his profession, branch of profession, trade, or branch of trade (132a of the German Code of Criminal Procedure), the minimum period of prohibition shall be reduced by the amount of time the temporary prohibition to practice a profession was in effect. It may, however, not be less than three months.

(3) As long as the prohibition remains in effect, the offender may not engage in the profession, branch of profession, trade, or branch of trade or do so on behalf of someone else, or engage someone else to do so under his instructions.

(4) The prohibition to practice a profession shall become effective when the judgment ordering it becomes final. Credit toward the period of the prohibition shall be given for time during which because of the crime the offender was temporarily prohibited from practicing his profession, to the extent that it has lapsed since the pronouncement of the judgment in which the factual determinations supporting the measure could last have been examined. No credit shall be given for time spent by the offender in officially authorized confinement."

6.2.6 การเพิกถอนคำสั่งศาล⁴⁶

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้บัญญัติการเพิกถอนคำสั่งห้ามการประกอบวิชาชีพไว้ในมาตรา 70 a และมาตรา 70 b พอสรุปได้ดังนี้

6.2.6.1 มาตรา 70 a เมื่อศาลมีคำสั่งห้ามแล้ว จะสั่งเพิกถอนคำสั่งได้เมื่อ

(1) สภานับวันตามมาตรา 70 (1) หดไปซึ่งหมายถึงจำเลยไม่มีพฤติการณ์ที่จะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก

(2) คำสั่งห้ามของศาลมีผลใช้บังคับไปแล้วอย่างน้อย 1 ปี การคำนวณระยะเวลา 1 ปี ให้คำนวณเช่นเดียวกับที่กล่าวไว้ในมาตรา 70 (4)

(3) ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 56 a และ c มาใช้ในการเพิกถอนคำสั่งห้ามประกอบวิชาชีพด้วย ซึ่งในมาตรา 56 a เป็นเรื่องระยะเวลาของการคุมประพฤติ ให้ศาลเป็นผู้กำหนดระยะเวลาคุมประพฤติแก่จำเลยตามความเหมาะสม อย่างน้อยไม่ต่ำกว่า 2 ปี และสูงสุดไม่เกิน 5 ปี และระยะเวลาการคุมประพฤติ เริ่มมีผลบังคับใช้นับตั้งแต่วันที่ศาลพิพากษา ส่วนมาตรา 56 c นั้นเป็นเรื่องข้อกำหนดหรือแนวทางการปฏิบัติในการคุมประพฤติ โดยให้ศาลแนะนำจำเลยตามความจำเป็นโดยไม่ฝ่าฝืนการดำเนินชีวิตของจำเลยคำแนะนำอาจทำได้ในแนวทางดังนี้คือ ให้ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับ การศึกษา การทำงาน ที่อยู่ ให้รายงานตัวต่อศาลภายในกำหนดเวลา หลีกเลี่ยงการติดต่อกับผู้ที่สามารถกระตุ้นให้กระทำความผิดอีก ห้ามมิไว้ในครอบครองซึ่งวัตถุอันเปิดโอกาสให้กระทำความผิดได้อีก และประการสำคัญคือ จำเลยจะต้องให้สัญญาว่าจะเป็นพลเมืองดีโดยไม่กระทำความผิดกฎหมายอีก

6.2.6.2 มาตรา 70 b กล่าวถึงเรื่องการเพิกถอนการควบคุมและการสิ้นสุดการห้าม ดังนี้

⁴⁶The German Penal Code, 1975, Section 56 a, 56 c, 70 a, and 70 b.

1) ศาลสามารถเพิกถอนคำสั่งควบคุมการห้ามประกอบวิชาชีพ
ได้เมื่อจำเลยกระทำการดังนี้

(1) ทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพ หรือการค้า หรือ
งานในหน้าที่ หรือการกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับการงานในวิชาชีพ หรือหน้าที่
ในระยะเวลาที่ศาลห้าม

(2) ผ่าฝืนแนวทางที่ศาลกำหนดไว้อย่างชัดเจน

(3) ไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำของเจ้าหน้าที่คุมประพฤติ
และความประพฤติของจำเลยเป็นที่ปรากฏชัดว่า ควรพิจารณาข้อกำหนดใหม่ใน
การแก้ไข

2) ศาลสามารถเพิกถอนการควบคุมการห้ามประกอบวิชาชีพ
ได้ หากผู้นั้นได้กระทำความผิดชัดเจน ซึ่งความผิดนั้นทำให้ศาลสามารถเพิกถอน
คำสั่งห้ามเพื่อพิจารณาข้อกำหนดใหม่ในการแก้ไข

3) ในการคำนวณระยะเวลาการห้ามประกอบวิชาชีพ มิให้นำ
เอาระยะเวลาการห้ามถูกเพิกถอนชั่วคราวมาหักออกจากระยะเวลาของการห้าม

4) การให้บริการต่าง ๆ ที่กระทำโดยจำเลย มิให้นำมา
หักออกจากระยะเวลาในการห้ามประกอบวิชาชีพ

5) เมื่อสิ้นกำหนดระยะเวลาในการห้ามประกอบวิชาชีพตาม
คำสั่งศาล

6.2.7 การเพิกถอนใบอนุญาตขับขีรถยนต์

การเพิกถอนใบอนุญาตขับขีรถยนต์ เป็นมาตรการเพื่อ
ปรับปรุงแก้ไขและรักษาความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน
ประเภทหนึ่ง ตามมาตรา 69 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่า⁴⁷

⁴⁷The German Penal Code, 1975, Section 69.

- 1) ผู้ใดกระทำความผิดเกี่ยวกับการขับขี่รถ (โดยผิดกฎหมาย) หรือหลบหนีการลงโทษ หรือไม่สามารถขับขีวดยานได้ตามปกติ ศาลมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตของผู้นั้นได้
- 2) การกระทำดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่อาจเพิกถอนใบอนุญาตได้
 - (1) ทำให้การจราจรในทางหลวงอยู่ในสภาวะอันตราย
 - (2) ขับรถขณะที่เมาสุรา
 - (3) หลบหนีหลังการเกิดอุบัติเหตุทั้ง ๆ ที่รู้ว่าผู้เสียหายอาจถึงแก่ความตาย หรือทรัพย์สินเสียหายเป็นจำนวนมาก
 - (4) เมาสุราอันอาจเป็นเหตุให้เกิดการกระทำตามข้อ (1), (2) และ (3) ได้
- 3) ใบอนุญาตจะไม่มีผลใช้เมื่อศาลสั่ง และให้ยึดใบอนุญาตนั้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การห้ามประกอบอาชีพเป็นมาตรการเพื่อปรับปรุงแก้ไขและรักษาความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้บัญญัติไว้ต่างหากจากการลงโทษแต่ใช้ควบคู่กันไปกับโทษ หรือที่เรียกว่า "ระบบคู่" (Dual system of punishment or Legislation dualistes) และมีลักษณะคล้ายกับของประเทศไทยมาก แม้ว่าเยอรมันจะได้ปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาของตนเองหลายครั้ง แต่ก็ยังคงบัญญัติกฎหมายในส่วนวิธีการเพื่อความปลอดภัย โดยเฉพาะการห้ามประกอบอาชีพไว้ โดยให้มีลักษณะคงไว้ใกล้เคียงกับฉบับเดิม โดยแต่เดิมคือ กฎหมายปี ค.ศ. 1961 ได้บัญญัติในมาตรา 42 1. ว่า^{4a}

^{4a}The German Penal Code, 1961, In 4 American Series of Foreign Penal Codes, (London: Sweet & Maxwell, 1966), p. 35.

"1) บุคคลใดกระทำความผิดอาญาร้ายแรง หรือความผิดอาญาธรรมดาโดยใช้วิชาชีพในทางที่ผิด หรือล่วงละเมิดกฎข้อบังคับหรือมารยาทในวิชาชีพ การค้าหรือเกี่ยวกับการค้านั้น ๆ และถูกศาลพิพากษา ให้จำคุกอย่างต่ำตั้งแต่สามเดือนขึ้นไป เมื่อศาลพิพากษา ศาลจะมีคำสั่งห้ามไม่ให้ประกอบอาชีพการค้าหรือเกี่ยวกับการค้านั้น ๆ เป็นระยะเวลาอย่างน้อยหนึ่งปีและอย่างมากไม่เกินห้าปี เมื่อศาลเห็นว่าคำสั่งเช่นนี้จะเป็น การรักษาความปลอดภัยของสาธารณชน

2) ตราบใดที่คำสั่งศาลยังคงบังคับอยู่ จำเลย จะประกอบอาชีพการค้าหรือเกี่ยวกับการค้าหรือเป็นตัวแทนผู้อื่นประกอบการหรือให้ผู้อื่นประกอบการแทนตน โดยตนเองเป็นผู้ให้คำสั่งไม่ได้

3) ให้นำบทบัญญัติมาตรา 36 อนุ 1 (ว่าด้วยการเสียสิทธิพลเมือง) มาบังคับ ถ้าการปฏิบัติตาม คำพิพากษาเกี่ยวกับโทษจำคุก หรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยเกี่ยวกับการเสียอิสระภาพถูกศาลสั่ง ให้รอการลงอาญาไว้โดยมีเงื่อนไข ระยะเวลา การรอการลงอาญาให้นับเนื่องในระยะเวลาห้าม ประกอบอาชีพ

4) เมื่อศาลเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องห้าม การประกอบอาชีพแก่จำเลยอีกต่อไปแล้ว ศาลจะ ยกเลิกคำสั่งนั้นเสีย การยกเลิกนี้ต้องเป็นภายหลัง 1 ปี จากวันมีคำสั่ง คำสั่งยกเลิกนี้เป็นคำสั่งมี เงื่อนไข อาจถอนเสียก็ได้ก่อนระยะเวลาตาม คำพิพากษาได้สิ้นสุดลง กรณีถอนคำสั่งนี้ ถึง อย่างไรก็ดี ระยะเวลาห้ามประกอบอาชีพจะต้องไม่มากกว่าระยะเวลาตามกำหนดไว้ใน คำพิพากษา"

กฎหมายเยอรมันเน้นสภาพอันตรายต่อสังคมของผู้กระทำความผิด ทางด้านวิชาชีพ และในทางธุรกิจการค้า และปัจจุบันไม่ได้กำหนดโทษขั้นต่ำสำหรับการห้ามประกอบอาชีพไว้ แต่ช่วงระยะเวลาการห้ามประกอบอาชีพอย่างน้อยที่สุดต้องไม่ต่ำกว่าสามเดือน ขั้นสูงสุดไม่มีกำหนดระยะเวลาแล้วแต่สภาพอันตราย แต่โดยปกติแล้วจะห้ามในช่วงระยะเวลาตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี และให้นำระยะเวลาที่ถูห้ามสั่งห้ามประกอบอาชีพก่อนมีคำพิพากษามาค้นออกได้

ส่วนการเพิกถอนคำสั่งห้าม จะกระทำได้ต่อเมื่อสภาพอันตรายต่อสังคมของจำเลยหมดไป และคำสั่งห้ามนั้นมีผลใช้บังคับแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปี และจำเลยจะต้องให้ศาลต่อศาลว่าจะเป็นผลเมืองดี ไม่กระทำความผิดกฎหมายอีก และศาลอาจใช้วิธีการคุมประพฤติต่อมาได้ ผู้ถูกห้ามประกอบวิชาชีพต้องอยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ หากมีการฝ่าฝืนคำสั่งศาลศาลสามารถกำหนดมาตรการแก้ไขอย่างอื่นแทนได้

6.3 การห้ามประกอบอาชีพในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายอื่น ๆ

6.3.1 ประมวลกฎหมายอาญาโปแลนด์⁴⁰

ประมวลกฎหมายอาญาโปแลนด์ได้กำหนดการห้ามประกอบอาชีพไว้ในมาตรา 42 แต่บัญญัติอยู่ในหมวดโทษเพิ่มเติมหรือโทษประกอบ กล่าวคือ

1) ศาลอาจสั่งห้ามผู้กระทำความผิด ทำหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง ประกอบอาชีพใดอาชีพหนึ่ง หากผู้นั้นกระทำความผิดในทางหน้าที่ หรือนอกเหนือขอบเขตแห่งหน้าที่ของตน หรือในทางอาชีพ หรือมีพฤติการณ์แสดงว่า หากให้ผู้กระทำความผิดทำหน้าที่หรือประกอบอาชีพนั้นต่อไป จะเป็นอันตรายต่อสังคม

⁴⁰ "The Polish Penal Code," In 19 American Series of Foreign Penal Codes, (London: Sweet & Maxwell, 1973).

2) ในกรณีดังกล่าว ศาลอาจตั้งข้อกำหนดห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะในส่วนการผลิต การจัดการ การค้า หรือการให้บริการ

ส่วนการห้ามขับเคลื่อนยานพาหนะได้บัญญัติไว้ในมาตรา 43 ซึ่งกำหนดว่าในการพิพากษาคดีความผิดของบุคคลอื่นเกี่ยวกับการใช้ยานพาหนะอันเดินด้วยเครื่องจักรกลที่เป็นอันตรายทั้งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศ ศาลอาจสั่งห้ามขับเคลื่อนยานพาหนะอันเคลื่อนด้วยเครื่องจักรกลนั้นได้ และศาลต้องสั่งห้ามโดยเด็ดขาด หากผู้นั้นกระทำความผิดในขณะมีเมา^{๕๐}

^{๕๐}The Polish Penal Code. Art. 42, 43.

"Art.42. 1. The court may adjudge the prohibition of occupying specific posts or following specific occupations if the perpetrator at the time of committing the offense, has abused a post or an occupation or has shown that the continued occupying the post or following the occupation would threaten the social interest.

2. In the cases provided by a law the court may adjudge a prohibition of engaging in a specific activity, in particular producing, processing, trading or servicing.

Art.43. 1. In cases of sentencing of a person operating a motor driven vehicle for an offense against the safety of land, water or air traffic, the court may adjudge the prohibition of operating motor driven vehicles.

2. The court must impose the prohibition of operating motor driven vehicles, if the perpetrator was intoxicated at the time of the commission of an offense specified in 1."

6.3.2 ประมวลกฎหมายอาญาโรมาเนีย⁵¹

ประมวลกฎหมายอาญาโรมาเนีย แยกวิธีการเพื่อความปลอดภัยออกจากโทษ โดยเรียกว่า "วิธีการเพื่อรักษาความปลอดภัย" (Security measure) แบ่งออกเป็น 6 ประเภทคือ 1) ส่งตัวไปเข้ารับการบำบัดรักษา 2) ส่งตัวเข้ารักษาในโรงพยาบาล 3) ห้ามประกอบวิชาชีพ การค้า หรืองานในอาชีพอื่น ๆ 4) ห้ามเข้าเขตกำหนด 5) เนรเทศคนต่างด้าว 6) ริบทรัพย์สิน (Art.112)

จุดมุ่งหมายของการใช้วิธีการเพื่อรักษาความปลอดภัย คือ เพื่อป้องกันอันตรายและป้องกันสังคมจากการกระทำผิดกฎหมาย และจะใช้สำหรับบุคคลที่กระทำผิดในทางอาญา แม้ว่าผู้กระทำผิดไม่ได้รับโทษทางอาญาก็ตาม (Art.111)

เงื่อนไขในการห้ามประกอบอาชีพกำหนดไว้ว่า ถ้าจำเลยได้กระทำความผิดเนื่องจากไม่มีความรู้เพียงพอหรือด้วยเหตุผลอื่นทำให้ไม่สามารถประกอบการบางอย่าง หรือประกอบวิชาชีพ การค้า หรืองานในอาชีพอื่น ๆ จำเลยจะต้องถูกห้ามประกอบการในวิชาชีพ การค้า หรืองานในอาชีพอื่น ๆ นั้น

มาตรการนี้สามารถเพิกถอนได้ หากการห้ามได้ผ่านไปแล้วยังอย่างน้อย 1 ปี หากมีเหตุผลที่เพียงพอ การยื่นคำร้องขอให้เพิกถอนใหม่จะ

⁵¹ "The Romanian Criminal Code," In 19 American Series of Foreign Penal Codes, (London: Sweet & Maxwell, 1976).

กระทำได้อีกต่อเมื่อเวลาได้ผ่านไปแล้วหนึ่งปีนับแต่วันที่การร้องขอครั้งก่อนถูกปฏิเสธ (Art.115)⁵²

6.3.3 ประมวลกฎหมายอาญากรีก

ประมวลกฎหมายอาญากรีก ซึ่งประกาศใช้เมื่อเดือนสิงหาคม 1950 ได้กำหนดให้การห้ามประกอบอาชีพเป็นโทษประกอบเช่นเดียวกับ

⁵²The Romanian Criminal Code, Art.115.

"Art.115 *Prohibition from performing a function or following a profession:*

If the offender has committed the offense due to incapacity, lack of knowledge, or other reasons which render him unable to perform a certain function or to follow a profession, trade or other occupation, he can be prohibited from performing that function or following that profession, trade or occupation.

The imposition of this measure can be revoked on request, after a period of at least one year, if it is ascertained that the reason for it has ceased. A new request can only be made if at least one year has passed since the date on which previous request was denied."

ประเทศฝรั่งเศส โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 67 ว่า⁵³

"1. ถ้าการกระทำความผิดขึ้นนอกอุทธรณ์โทษหรือ มีชอโทษ ได้กระทำโดยฝ่าฝืนหน้าที่ในอาชีพนั้นโดยชัดแจ้ง ซึ่งอาชีพนั้นต้องมีใบอนุญาตเฉพาะของเจ้าหน้าที่ ศาลอาจ จะสั่งให้ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นผู้ขาดคุณสมบัติจากการ ประกอบอาชีพนั้นต่อไป มีกำหนดระยะเวลาไม่ต่ำกว่าหนึ่งปี และไม่เกินห้าปีก็ได้ หากคดีดังกล่าวศาลได้พิจารณาลงโทษ จำคุกจำเลยไม่ต่ำกว่าสามเดือน การห้ามประกอบอาชีพใน กรณีนี้เป็นผลให้ใบอนุญาตถูกเพิกถอนด้วย

2. ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 65 มาใช้ใน กรณีนี้ได้ด้วย"

⁵³"The Greek Penal Code," In 18 American Series of Foreign Penal Codes, (London: Sweet & Maxwell, 1973).

"Article 67 1. If a felony or a misdemeanor has been committed by a flagrant violation of the duties of an occupation for which a special license is required by the authorities, the court may impose a disqualification from the exercise of that occupation for a period of not less than one nor more than five years in cases in which the punishment imposed upon the offender is at least three months in duration. Such disqualification shall result in the revocation of the license.

2. The provisions of Article 65 shall be applicable to such cases."

บทบัญญัติในมาตรา 65 เป็นเรื่องการคำนวณระยะเวลาในการสูญเสียสิทธิทางแพ่ง ซึ่งได้กำหนดว่า การสูญเสียสิทธิทางแพ่งไม่ว่าส่วนหนึ่งหรือทั้งหมด ให้มีผลทันทีที่ศาลพิพากษา ส่วนระยะเวลาการลงโทษนั้น เริ่มนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา และจะสิ้นสุดเมื่อครบกำหนดระยะเวลา

6.3.4 ประมวลกฎหมายอาญากรีนแลนด์

ประมวลกฎหมายอาญากรีนแลนด์ ใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. 1954 กำหนดการห้ามประกอบอาชีพ แยกออกจากการลงโทษ โดยเรียกว่า ข้อจำกัดอิสระอื่นของการกระทำ (Other limitations on freedom of action) โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 110⁵⁴ ว่า

"สิทธิในทางแพ่งย่อมไม่อาจถูกเพิกถอนได้ แต่ผู้กระทำความผิดอาจถูกห้ามประกอบธุรกิจใด ๆ ซึ่งต้องได้รับอนุญาตเฉพาะจากรัฐ เมื่อการกระทำผิดที่เกิดขึ้นได้แสดงถึงอันตรายจากการประกอบอาชีพนั้น ๆ ภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน บุคคลผู้ดำเนินธุรกิจ อาจถูกศาลพิพากษาให้ต้องเสียสิทธิในการประกอบธุรกิจนั้นๆ ได้ หากปรากฏเหตุผลโดยพฤติการณ์พิเศษในทำนองเดียวกัน วิธีการเดียวกันนี้ใช้กับการประกอบธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ด้วย"

⁵⁴"The Greenland Criminal Code," In 16 American Series of Foreign Penal Codes, (London: Sweet & Maxwell, 1970).

Section 110 Civil rights may not be suspended. An offender may be barred from carrying on a business requiring special public authorization or permission where the crime committed indicates an obvious risk of abuse of that occupation. Under the same conditions a person already engaging in such a business may be sentenced to loss of this right, and when warranted by special circumstances the same may apply to other forms of business.

7. วิเคราะห์หลักเกณฑ์การห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ เปรียบเทียบกับระบบกฎหมายซีวิล ลอว์

7.1 ทางด้านทฤษฎี

7.1.1 ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์

จากประวัติความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ที่พัฒนาความคิดมาจากแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษา ทำให้กฎหมายบัญญัติในระบบกฎหมายนี้มีความสำคัญกว่ากฎหมายสารบัญญัติ โดยเฉพาะมีการก่อตั้งระบบวิธีพิจารณาไปในทางต่อสู้กับการใช้อำนาจของรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน การห้ามประกอบอาชีพเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างหนึ่ง ทำให้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ไม่มีบัญญัติมาตรการนี้ไว้ในกฎหมายอาญา การห้ามประกอบอาชีพในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ จึงได้ถูกกำหนดไว้เป็นกฎเกณฑ์ ระเบียบต่าง ๆ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดขึ้น เพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ โดยคำนึงถึงเหตุและผลที่ถูกต้อง จะประกอบด้วยบทลงโทษหรือไม่ก็ได้ แต่ต้องไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิดังกล่าวต้องเป็นไปตามทฤษฎีอำนาจรัฐ (Police Power Theory) เท่านั้น กล่าวคือ การจำกัดสิทธิของบุคคลต้องเป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันในความมั่นคง ความสงบเรียบร้อย และให้ประชาชนเกิดความมั่นใจว่า จะไม่ถูกริดรอนสิทธิโดยการใช้อำนาจของรัฐเป็นเครื่องมือตราบดขี่อาชีพ วิชาชีพของบุคคลเป็นไปในวิถีทางอันสุจริตและชอบด้วยกฎหมาย รัฐไม่อาจห้ามประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้ ส่วนทฤษฎีป้องกันสังคม (Social Defense Theory) มีบทบาทในระบบกฎหมายนี้น้อยมาก ทั้งนี้เนื่องจากนโยบายทางอาญาในการนำตัวผู้กระทำความผิดกลับเข้าสู่สังคมต่างกับระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ เพราะได้ลงโทษผู้กระทำความผิดไปพร้อมกับการแก้ไขให้ผู้นั้นกลับตัวเป็นคนดีหรือที่เรียกว่า "ระบบผสม" (Unitary system of punishment) โดยระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ได้แยกกระบวนการตัดสินและการกำหนดโทษออกจากกัน ทำให้ศาลสามารถหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด เพื่อการกำหนดโทษและแนวทางแก้ไขให้เป็นไปโดยเหมาะสมตามทฤษฎีการลงโทษได้อยู่แล้ว

7.1.2 ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์

ระบบกฎหมายนี้พัฒนามาจากกฎหมายโรมัน

ผสมผสานกับจารีตประเพณีของประเทศนั้น ๆ แล้วแต่อิทธิพลของกฎหมายโรมัน จะแผ่ขยายไปถึง การจัดทำกฎหมายจะยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก โดยรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ในรูปประมวลกฎหมาย และถือว่ากฎหมายลายลักษณ์ อักษรมีความสำคัญกว่าคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นเพียงแนวบรรทัดฐานแบบอย่าง ของการตีความ หรือการใช้กฎหมายเท่านั้น หลักที่ว่า "เมื่อไม่มีกฎหมาย ก็ไม่มี ความผิด และไม่มีโทษ" ตามทฤษฎีการลงโทษนั้น มองเห็นได้ชัดเจนจากการบัญญัติ กฎหมายของประเทศต่าง ๆ เกือบทุกประเทศ โดยเฉพาะประเทศในระบบกฎหมาย ซีวิล ลอว์ นี้ แต่อย่างไรก็ตามประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายส่วนใหญ่มีแนว ความคิดว่า การลงโทษจำคุกในระยะสั้น หรือระยะยาว จากความรู้สึกที่ว่าผู้นั้น จะกระทำความผิดมากยิ่งขึ้นในอนาคต ไม่ใช่การลงโทษอย่างยุติธรรม จึงหันมา ศึกษาสภาพอันตรายอันเนื่องมาจากผู้กระทำความผิด และได้เกิดแนวความคิดที่นำไป สู่มาตรการป้องกัน ซึ่งต่างจากการลงโทษ อันเป็นที่มาของทฤษฎีป้องกันสังคม และ ทฤษฎีนี้มีการนำไปใช้อย่างแพร่หลายในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย โดยเฉพาะการห้ามประกอบอาชีพซึ่งเป็นมาตรการป้องกันสังคมอย่างหนึ่ง เป็นการ ตัดโอกาสผู้ที่กระทำความผิดอันเกี่ยวเนื่องกับอาชีพ หรือใช้อาชีพประกอบการอันนำไป สู่การกระทำความผิด หรือการกระทำความผิดในทางหน้าที่ โดยบางประเทศ ได้บัญญัติไว้ร่วมกับโทษหลัก อันเรียกว่า "โทษประกอบ หรือโทษอุปกรรม" เช่น ฝรั่งเศส โปแลนด์ กรีซ เป็นต้น และบางประเทศได้บัญญัติไว้แยกออกจากโทษ เช่น เยอรมัน โรมานี กรีซแลนด์ เป็นต้น นอกจากนี้ยังให้อำนาจศาลใน การเพิกถอนใบอนุญาตในความผิดเกี่ยวกับการจรรยา โดยกำหนดไว้ในประมวล กฎหมายอาญาด้วย

ในส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีอำนาจรัฐนั้น ประเทศที่ใช้ระบบประมวล กฎหมายบัญญัติไว้ในทางกฎหมายมหาชน หรือเรียกว่า กฎหมายปกครอง แยกต่าง หากจากกฎหมายอาญา ส่วนใหญ่เกิดจากอำนาจทางบริหาร แ่งกระจายตาม กระทรวง ทบวง กรม คณะกรรมการ หรือรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ซึ่งหน่วยงานดังกล่าว สามารถออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ โดยรับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ สามารถ

บังคับให้กฎระเบียบ ข้อบังคับนั้นสัมฤทธิ์ผล เพราะเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร⁵⁵

7.2 ทางด้านเนื้อหาและการบังคับใช้กฎหมาย

7.2.1 ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์

ดังได้กล่าวแล้วว่า สหรัฐอเมริกามีได้กำหนด การห้ามประกอบอาชีพไว้ในกฎหมายอาญา หรือวิธีพิจารณาความอาญาแต่ประการใด คงมีแต่เพียงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนดกฎเกณฑ์และระเบียบขึ้น เพื่อควบคุม ธุรกิจ อาชีพการงาน หรือวิชาชีพ ภายใต้อำนาจรัฐ เพื่อคุ้มครองสุขภาพ อนามัย ศีลธรรม สวัสดิภาพ และความปลอดภัยของสาธารณชนเท่านั้น โดยอาศัยหลักจาก คดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ภายใต้อำนาจรัฐโดยมิให้รีดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ธุรกิจ อาชีพการงาน หรือวิชาชีพใดได้กระทำโดยสุจริต และมิได้กระทบต่อสาธารณประโยชน์หรือเป็นอันตรายต่อสาธารณชนแล้ว รัฐจะออก กฎ หรือระเบียบมาควบคุมไม่ได้ ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจอิสระสามารถยับยั้งและ พิพากษาว่ากฎ หรือระเบียบข้อห้ามนั้นขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้นการควบคุม การประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพส่วนใหญ่ จึงถูกกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะสำหรับ อาชีพ หรือวิชาชีพนั้น ๆ

จากการที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของสหรัฐอเมริกา ถูก แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ การพิจารณาชั้นวินิจฉัยความผิด และชั้นกำหนดโทษ อันมีผลให้การกำหนดโทษจำเลยโดยศาล หรือการปรับปรุงแก้ไขตัวจำเลยเป็นไป โดยเหมาะสม เนื่องจากมีการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลย โดยใช้ รายงานก่อนพิพากษา (Presentence reports) อันประกอบด้วยรายงาน การสืบเสาะและพินิจ รายงานการตรวจสุขภาพกายและจิต และรายงานของ กรมราชทัณฑ์ ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจคุมความประพฤติจำเลยได้โดยเหมาะสม ข้อกำหนดเกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพภายหลังการกระทำความผิดจึงปราศจาก ความจำเป็น

⁵⁵ จีรนิติ หะวานนท์, "การตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดย ศาลยุติธรรม," บทบัญญัติ 42 (ตุลาคม 2529): 26.

7.2.2 ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์

กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ ได้บัญญัติการห้ามประกอบอาชีพไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของตนเป็นส่วนใหญ่ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน โปแลนด์ โรมาเนีย กรีนแลนด์ และกรีก ดังได้กล่าวมาแล้ว การห้ามประกอบอาชีพดังกล่าว ไม่ว่าจะกฎหมายของประเทศนั้นจะได้บัญญัติไว้ในส่วนของโทษ โทษประกอบ หรือโทษอุปกรณ์ หรือแยกออกเป็นมาตรการเพื่อรักษาความปลอดภัย หรือบทบังคับอื่น ๆ ที่มีใช้โทษและได้กำหนดชื่อมาตรการแตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตามมาตรการดังกล่าวเหล่านี้โดยแท้จริงแล้ว เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยนั่นเอง เพราะประสงค์นำมาใช้เพื่อป้องกันสังคมมิให้เกิดความผิดซ้ำอีกมากกว่าเพื่อการลงโทษในความผิดที่ได้กระทำมาแล้ว

ปัญหาที่ว่าควรจะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยควบไปกับโทษ หรือใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแต่อย่างเดียว เป็นปัญหาที่ละเอียดอ่อนและยังไม่มีทางออกที่เหมาะสม ในประเทศที่ใช้ทั้งวิธีการเพื่อความปลอดภัยและโทษร่วมกันไป กล่าวคือ เมื่อกฎหมายกำหนดให้ใช้ได้ทั้งโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยแล้ว จะใช้ทั้งสองวิธีไปพร้อม ๆ กัน ซึ่งเรียกว่า "กฎหมายที่ใช้ทั้งสองระบบ" (Legislations dualistes) หรือควรจะนำเอาวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้แทนโทษในบางกรณีซึ่งเรียกว่า "กฎหมายที่ใช้ระบบเดียว" (Legislations unitaires)

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อได้พิจารณาปัญหานี้โดยแท้จริงแล้ว พอที่จะกล่าวได้ 2 ประการ^{๕๖} ดังนี้

1. แม้จะมีความแตกต่างระหว่างโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย แต่ข้อแตกต่างเหล่านี้มีแต่จะลดน้อยลง เมื่อใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ตัดหรือจำกัดเสรีภาพ เช่น ในระหว่างโทษตัดเสรีภาพกับการให้เข้าอยู่ในสถานที่ที่กำหนด ซึ่งเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ต่างก็มีวัตถุประสงค์จะให้ผู้กระทำความผิดได้เข้ารับการศึกษาในอันที่จะแก้ไขปรับปรุงบุคคลนั้นให้ดีขึ้น

^{๕๖} โทแมส ภัททภิรมย์, "คำบรรยายกฎหมายอาญาเปรียบเทียบและอาชญาวิทยา," หน้า 22-23.

2. เป้าหมายของนโยบายทางอาญา ก็คือ หาวิธีการทุกอย่างที่จะป้องกันการกระทำความผิด เพื่อประโยชน์ของสังคมและผู้กระทำความผิดด้วย ซึ่งในด้านนี้โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย ย่อมสามารถที่จะใช้ได้เท่าเทียมกัน ในบางกรณีผู้พิพากษาอาจต้องใช้โทษ บางกรณีอาจต้องใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย สิ่งที่มีอำนาจกำหนดโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย จะต้องยึดเป็นแนวทางในการกำหนดใช้ในเรื่องนี้ก็คือ ประสิทธิภาพของมาตรการเหล่านั้นที่จะมีต่อผู้กระทำความผิด อาจจะใช้โทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยก็ได้ แต่ไม่ใช่โดยอาศัยการพิจารณาในด้านกฎหมาย เพียงแต่ใช้ในด้านของชีววิทยาการแพทย์ และสังคม ซึ่งจะต้องพิจารณาในทางเทคนิคจากการสอบสวนบุคลิกลักษณะของผู้กระทำความผิด โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยจะนำมาใช้อย่างไรก็ได้ เพื่อวัตถุประสงค์อันเดียวกันคือ การทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี

7.2.2.1 ด้านเนื้อหา

เนื้อหาของบทบัญญัติในส่วนการห้ามประกอบอาชีพของประเทศดังกล่าวมุ่งคุ้มครองสังคมจากอันตราย ซึ่งเกิดขึ้นจากตัวบุคคลผู้กระทำความผิดในทางอาชีพ วิชาชีพ หรือสภาพการประกอบธุรกิจในทุกสาขาอาชีพ แต่มุ่งเน้นหนักไปทางด้านการค้าเป็นส่วนใหญ่ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส เน้นการห้ามประกอบธุรกิจทางด้านผู้จัดการธนาคาร ผู้ทำธุรกิจประกันภัย ผู้จัดการบริษัท ผู้ตรวจบัญชี สมุหบัญชี ผู้จัดการร้านค้า ผู้ประกอบกิจการโรงแรม หอพัก ตลอดจนผู้ประกอบการค้าและอุตสาหกรรม เป็นต้น ส่วนสภาพความผิดเน้นหนักไปในทางความผิดอันเกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริต หรือการฝ่าฝืนศีลธรรม เช่น การฉ้อโกง การปลอมแปลง การค้าประเวณี การทำแท้ง การพิมพ์หรือโฆษณาอันเกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจารทั้งหลาย เป็นต้น

ส่วนประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันและประเทศอื่น ๆ ในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ ที่กล่าวมา ก็มุ่งคุ้มครองสังคมจากอันตรายซึ่งเกิดขึ้นจากบุคคลผู้กระทำความผิดในทางวิชาชีพ โดยให้รวมถึงผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่โดยผิดกฎหมายหรือขาดความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพนั้น ๆ ด้วย ส่วนสภาพความผิดมุ่งประสงค์เน้นหนักสภาพความผิดอันเกี่ยวกับการค้าและธุรกิจเช่นเดียวกัน โดยไม่ใช้กับอาชีพอื่น

7.2.2.2 ด้านการบังคับใช้

การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับ

การห้ามประกอบอาชีพในระบบประมวลกฎหมายนี้ กำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจใช้ดุลยพินิจ โดยเฉพาะตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส การห้ามประกอบอาชีพหรือเรียกว่า "การตัดสิทธิในการประกอบอาชีพ" ซึ่งเป็นโทษอุปกรรม จะติดไปกับโทษจำคุก หรือปรับอันเป็นโทษประธาน โดยศาลเพียงแต่เป็นผู้กำหนดว่าจะตัดสิทธิในการประกอบอาชีพนานเพียงใดเท่านั้น ไม่ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดจะกระทำความผิดนั้น ๆ ซ้ำอีกในอนาคตหรือไม่ จึงเท่ากับว่าบุคคลที่กระทำความผิดในความผิดบางประเภทมีสภาพอันตรายต่อสังคมในตัวเอง เช่น กรณีความผิดเกี่ยวกับการทำแท้ง ตาม Art.317 ผู้ถูกลงโทษจะต้องถูกสั่งห้ามหรือตัดสิทธิในการประกอบอาชีพแพทย์ เจ้าหน้าที่อนามัย ผดุงครรภ์ ฯ เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี แต่ในบางกรณีกฎหมายให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจได้อีกครั้งหนึ่ง เช่น ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการเป็นเจ้าของสำนักโสเภณี หรือรับโสเภณีมาไว้ในโรงแรม สถานที่พักสถานเรีงรมย์ ใด ๆ ซึ่งตนเป็นเจ้าของ ผู้จัดการ ตาม Art.335 นอกจากจะถูตัดสิทธิฐานพลเมือง ตั้งแต่ 2 ปี ถึง 20 ปีแล้ว อาจถูกห้ามเป็นผู้ควบคุมดูแลกิจการนั้น ๆ ด้วย หรือกรณีความผิดเกี่ยวกับการผลิตสิ่งพิมพ์ วาดภาพ รูปภาพ แผ่นป้ายซึ่งผิดศีลธรรม อาจถูกสั่งห้ามทำหน้าที่เป็นผู้จัดการเกี่ยวกับการงานดังกล่าว ไม่น้อยกว่า 6 เดือน เป็นต้น ระยะเวลาในการห้ามตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส จึงขึ้นอยู่กับสภาพความผิด และความหนักเบาของโทษเป็นประการสำคัญ

ส่วนในประเทศเยอรมัน การห้ามประกอบวิชาชีพอยู่ในดุลยพินิจของผู้พิพากษาเช่นกัน โดยกำหนดหลักทั่ว ๆ ไปไว้ว่า ให้ศาลสั่งห้ามได้ตั้งแต่ 1 ถึง 5 ปี เว้นแต่สภาพอันตรายต่อสังคมของผู้กระทำความผิดที่เกิดขึ้นผ่านมามีความรุนแรง และถือว่าผู้นั้นจะกระทำความผิดร้ายแรงซ้ำอีก ศาลสั่งห้ามได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา แต่อย่างไรก็ตามการห้ามประกอบอาชีพขั้นต่ำสุดจะต้องไม่น้อยกว่า 3 เดือน แต่มีข้อที่น่าพิจารณาว่า ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นไม่มีหลักเกณฑ์เพิ่มเติม ดังนี้

1. นอกจากจะห้ามผู้กระทำความผิดประกอบวิชาชีพ หรือการค้า หรือ ที่เกี่ยวกับการค้าแล้ว กฎหมายยังห้ามรวมไปถึงการประกอบกิจการงานดังกล่าวแทน ผู้อื่น หรือให้ผู้อื่นประกอบกิจการงานนั้น ๆ แทนโดยผู้กระทำความผิดเป็นผู้ให้คำสั่ง ด้วย ทำให้เห็นว่า การบังคับใช้กฎหมายมุ่งให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจัง

2. ให้นำระยะเวลาการห้ามประกอบวิชาชีพชั่วคราวก่อนที่จะมี คำพิพากษาถึงที่สุดมาหักออกจากระยะเวลาการห้ามประกอบวิชาชีพภายหลังจากมี คำพิพากษาถึงที่สุดแล้วได้ ยกเว้นระยะเวลาที่เสียไปในระหว่างถูกควบคุมตัวโดย เจ้าพนักงาน ทำนองเดียวกับการลงโทษจำคุก ทั้งนี้เนื่องจากการห้ามประกอบ อาชีพนั้น เป็นการจำกัดอิสระ หรือตัดโอกาสอย่างหนึ่ง

3. การเพิกถอนคำสั่งห้ามประกอบอาชีพ นอกจากจะปรากฏว่า สภาพอันตรายของผู้กระทำความผิดหมดไปแล้ว ยังจะต้องปรากฏว่าคำสั่งห้ามของ ศาลมีผลใช้บังคับไปแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปีด้วย ประมวลกฎหมายอาญาโรมาเนีย ได้บัญญัติรวมไปถึงกรณีที่เมื่อยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำสั่งห้ามประกอบอาชีพ และ ศาลยกคำร้องแล้ว จะยื่นคำร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งห้ามประกอบอาชีพได้ เมื่อระยะเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้ว 1 ปี เป็นอย่างน้อยด้วย ทำให้เห็นว่าในประเทศ ดังกล่าว สภาพอันตรายจากการประกอบอาชีพของบุคคลนั้น อาจหมดไปในช่วง ระยะเวลาพิสูจน์พฤติกรรมการอย่างน้อย 1 ปี

4. เมื่อศาลเพิกถอนคำสั่งห้ามประกอบวิชาชีพแล้ว ศาลสามารถนำ หลักเกณฑ์ในเรื่องการคุมประพฤติมาใช้กับผู้กระทำความผิดได้ และในการเพิกถอน คำสั่งห้าม ผู้กระทำความผิดจะต้องให้สัญญาต่อศาลว่าจะเป็นพลเมืองดี ไม่ทำผิด กฎหมายอีก

มาตรการทั้ง 4 ประการดังกล่าว รวมทั้งการห้ามประกอบอาชีพ โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ไม่ได้มีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย จึงเห็นควรที่จะนำมาศึกษาและพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรการต่าง ๆ ในเรื่อง วิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทการห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบางอย่างของ ประเทศไทย โดยจะพิจารณาถึงความเหมาะสมทางด้านเนื้อหาและการบังคับใช้ ดังจะได้กล่าวในบทต่อไป