

เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

น.ส.สุกฤตา ฉัตรพรานตุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2561  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)  
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)  
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

THE LIBERTY TO ENGAGE IN AN ENTERPRISE  
UNDER THE CONSTITUTION OF THE KINGDOM OF THAILAND

Miss Sukritta Chatporntanadol

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
Common Course  
Faculty of Law  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2018  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่ง  
ราชอาณาจักรไทย

โดย

น.ส.สุกฤตา ฉัตรพรธนกุล

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ  
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ธิตีพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต)

..... กรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล)

สุกฤดา ฉัตรพรธนกุล : เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. ( THE LIBERTY TO ENGAGE IN AN ENTERPRISE UNDER THE CONSTITUTION OF THE KINGDOM OF THAILAND) อ.ที่ปรึกษา  
หลัก : รศ. ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่มีรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดเจนนั้น เสรีภาพดังกล่าวยังคงได้รับการรับรองและคุ้มครองหรือไม่

จากการศึกษาพบว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งเป็นเสรีภาพที่ได้มีการรับรองไว้ในมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วยเหตุผลสนับสนุนดังนี้ ประการแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตได้เคยบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดเจนไว้ควบคู่กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ประการที่สอง จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลไทย ทั้งช่วงก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ที่ไม่ได้มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดเจน และในช่วงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดเจน ทั้งศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด และศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลได้คุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการผ่านบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยไม่ได้แยกพิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างการประกอบกิจการกับการประกอบอาชีพ ประการที่สาม จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวคำวินิจฉัยของศาลเยอรมัน ฝรั่งเศส และเกาหลีใต้ที่เกี่ยวข้อง ศาลต่างประเทศก็ได้แยกพิเคราะห์ความแตกต่างของเสรีภาพทั้งสองเช่นกัน อีกทั้งศาลต่างประเทศได้คุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยผ่านบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล ประการที่สี่ ในกรณีที่พิจารณาว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการรับรองผ่านเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้ว เหตุในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามมาตรา 40 วรรคสองและวรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะถูกนำมาพิจารณาในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วย ทั้งนี้ข้อดีของการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งหรือเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองโดยปริยายของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ คือ ทำให้การรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นไปโดยเคร่งครัดกว่าการรับรองในฐานะที่เป็นเสรีภาพทั่วไปในการกระทำตามมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และประการสุดท้าย ในการพิจารณาเรื่องการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการตามหลักการตีความกฎหมาย ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติเฉพาะที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นประโยชน์กับการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ

ดังนั้น แม้ว่ามาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะบัญญัติรับรองเพียงแค่เสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยมีได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้อย่างชัดเจน แต่เสรีภาพในการประกอบกิจการยังคงได้รับการรับรองโดยปริยายและได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้

สาขาวิชา           นิติศาสตร์  
ปีการศึกษา       2561

ลายมือชื่อนิสิต .....  
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 5886032434 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Liberty to engage in an enterprise, Liberty, Constitution of the Kingdom of Thailand, Right and Liberty

Sukritta Chatporntanadul : THE LIBERTY TO ENGAGE IN AN ENTERPRISE UNDER THE CONSTITUTION OF THE KINGDOM OF THAILAND. Advisor: Assoc. Prof. Dr. NARONGDECH SRUKHOSIT

This thesis aims to study whether the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560, which has no express provisions regarding the liberty to engage in an enterprise, actually recognizes and protects such liberty.

It is found in this study that the liberty to engage in an enterprise is an integral part of the liberty to engage in an occupation, which is expressly guaranteed in Section 40 of the Constitution B.E. 2560, for the following reasons. Firstly, previous constitutions had clearly recognized the former together with the latter. Secondly, by observing Thai judicial decisions, which were delivered during the period before the promulgation of the Constitution B.E. 2534, when any earlier constitution having not mentioned the liberty to engage in an enterprise therein, and the period under the Constitution B.E. 2534, the Constitution B.E. 2540, and the Constitution B.E. 2550, when these constitutions having recognized expressly the liberty as such, it is found that Thai judiciaries, i.e. the Supreme Court of Justice, the Supreme Administrative Court and the Constitutional Court, have protected the liberty to engage in an enterprise along with the liberty to engage in an occupation without distinguishing one from the other. Thirdly, in comparison to German, French and South Korean courts' relevant and comparable judgements, those courts do not differentiate these two liberties from each other. Moreover, the liberty to engage in an enterprise is protected by those courts through relevant constitutional provisions, in particular, a provision guaranteeing the liberty to engage in an occupation. Fourthly, in a case where the former is, in my view, deemed to be protected under the provision guaranteeing the latter as such, it should imply further that grounds for restricting the latter under Section 40 paragraphs two and three of the Constitution B.E. 2560 should also be regarded as those for restricting the former as well. This is the strength of recognizing the liberty to engage in an enterprise as a sub-liberty or an implied liberty of the liberty to engage in an occupation, which provide more rigorous protection thereto than the recognition of the former as a general liberty of actions guaranteed in Section 25 of the Constitution B.E. 2560. Lastly, given the rules of statutory interpretation, the protection given to the former under the liberty to engage in an occupation would be more beneficial thereto.

For these reasons, although Section 40 of the Constitution B.E. 2560 recognizes merely the liberty to engage in an occupation without explicit referring to the liberty to engage in an enterprise, the latter is, in my view, impliedly recognized and should be protected by the Constitution.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2018

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความอนุเคราะห์ของรองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ท่านได้ให้คำแนะนำและคำปรึกษาด้วยความเอาใจใส่ และคอยกระตุ้นผลักดันให้เกิดความคืบหน้าในการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนการสนับสนุนข้อมูลและแนวคิดทางวิชาการที่สำคัญและเป็นประโยชน์ รวมทั้งให้ความเมตตาแก่ผู้เขียนเสมอมา ผู้เขียนซาบซึ้งในพระคุณของท่านเป็นอย่างยิ่ง และขอกราบขอบพระคุณอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยท่านได้กรุณาให้ความรู้และคำแนะนำอย่างใส่ใจทั้งในฐานะอาจารย์และกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ และรองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้ชี้แนะแนวทางในการสรุปเนื้อหาให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น ท่านทั้งสองมีส่วนสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนได้มีโอกาสพัฒนาให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณกัลยาณมิตรทุกท่านสำหรับความช่วยเหลือและกำลังใจที่มีให้ด้วยความปรารถนาดีเสมอมา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นายณัฐดนัย นาจันทร์ และนายลำไผ่ ภริมย์กัจ ที่ได้ช่วยเหลือผู้เขียนทั้งด้านวิชาการและระบบสารสนเทศ ขอขอบคุณคณาจารย์และเจ้าหน้าที่ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ให้ความช่วยเหลือในการศึกษาของผู้เขียน และพี่ ๆ และเพื่อน ๆ ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายกฎหมาย การเมืองการปกครอง ที่ให้กำลังใจและเอาใจใส่สอบถามความคืบหน้าของงานตลอดเวลา และที่สำคัญที่สุด ผู้เขียนขอขอบคุณนางสาวสินีนารถ ภาะวัง ที่คอยเป็นกำลังใจ ช่วยเหลือ และให้คำแนะนำกับผู้เขียนในทุก ๆ เรื่อง ซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนประสบความสำเร็จในการศึกษาครั้งนี้

เหนือสิ่งอื่นใด ผู้เขียนขอกราบขอบคุณ นางปติตดา ฉัตรพรณกุล มารดา และนายภูวเดช ฉัตรพรณกุล พี่ชาย ที่ให้ความรัก ความห่วงใย และการสนับสนุน ผู้เขียนเสมอมาซึ่งเป็นกำลังใจสำคัญอย่างยิ่งของผู้เขียน สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบระลึกถึงคุณบิดาผู้ล่วงลับ ที่เป็นกำลังใจที่สำคัญในทุกขณะของผู้เขียน

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอมอบความดีนั้นให้แก่บิดามารดา ครูบาอาจารย์ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาให้แก่ผู้เขียน และบุคคลผู้ให้ความช่วยเหลือสนับสนุนให้งานสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนต้องกราบขออภัยมา ณ ที่นี้ และขอน้อมรับเอาไว้แต่ผู้เดียว

สุกฤตา ฉัตรพรณกุล

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ญ
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา .....	2
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	2
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	2
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	2
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	3
บทที่ 2 แนวคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมาย เกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ.....	4
2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ .....	4
2.1.1 แนวคิดที่ว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ .....	4
2.1.2 หลักการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจและบทบาทหน้าที่ของรัฐภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ.....	9
2.1.2.1 เหตุผลและความจำเป็นในการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ .....	10
2.1.2.2 มาตรการในการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ .....	11
2.2 การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญ.....	12
2.2.1 ความหมายและความสำคัญของเสรีภาพในการประกอบกิจการ .....	12

2.2.1.1 ความหมายของเสรีภาพในการประกอบกิจการ .....	12
2.2.1.2 ความสัมพันธ์ของเสรีภาพในการประกอบกิจการกับสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ.....	13
2.2.1.3 คุณค่าและความสำคัญของเสรีภาพในการประกอบกิจการ .....	15
2.2.2 การรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญ .....	19
2.2.3 การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยรัฐ: ความผูกพันขององค์กร ผู้ใช้อำนาจรัฐต่อสิทธิเสรีภาพ .....	24
2.3 นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ .....	25
2.3.1 การตีความรัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล.....	26
2.3.2 หลักความได้สัดส่วนในฐานะหลักประกันการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ ...	26
บทที่ 3 เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญต่างประเทศ.....	32
3.1 ประเทศเยอรมนี .....	32
3.1.1 ระบบเศรษฐกิจและเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมัน .....	32
3.1.2 การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมัน ...	34
3.1.2.1 การรับรองและการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมัน .....	34
3.1.2.2 การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยองค์กรตุลาการ ในประเทศเยอรมนี .....	37
3.1.3 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ ในประเทศเยอรมนี .....	40
3.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	50
3.2.1 ระบบเศรษฐกิจและเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส .....	50
3.2.2 การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ....	51
3.2.2.1 การรับรองและการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส .....	52



3.2.2.2 การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยองค์กรตุลาการ ในประเทศ ฝรั่งเศส .....	54
3.2.3 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ ใน ประเทศฝรั่งเศส.....	56
3.3 ประเทศเกาหลีใต้.....	66
3.3.1 ระบบเศรษฐกิจและเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้.....	66
3.3.2 การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้.....	67
3.3.2.1 การรับรองและการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญ เกาหลีใต้.....	67
3.3.2.2 การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยองค์กรตุลาการ ในประเทศ เกาหลีใต้.....	69
3.3.3 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ ในประเทศ เกาหลีใต้.....	71
บทที่ 4 เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย .....	86
4.1 ระบบเศรษฐกิจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.....	86
4.2 การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย .....	91
4.2.1 การรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.....	92
4.2.2 การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.....	97
4.2.3 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ ใน ประเทศไทย .....	104
4.2.3.1 แนวคำพิพากษาของศาลฎีกา.....	104
4.2.3.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด.....	109
4.2.3.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....	114
4.3 บทวิเคราะห์การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	125

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	133
5.1 บทสรุป.....	133
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	136
บรรณานุกรม.....	139
ประวัติผู้เขียน.....	141

## สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1: ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลเยอรมันที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ.....	48
ตารางที่ 2: ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ.....	64
ตารางที่ 3: ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลเกาหลีใต้ที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ.....	83
ตารางที่ 4: ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลไทยที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ.....	121
ตารางที่ 5: เปรียบเทียบกรณีที่พิจารณาว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการไม่ได้รับการบัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ และกรณีที่พิจารณาว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการบัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะผ่านเสรีภาพในการประกอบอาชีพ.....	129

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในระบบทุนนิยมเสรี เสรีภาพในการประกอบกิจการมีคุณค่าและความสำคัญในฐานะสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลและเป็นเครื่องมือที่สนับสนุนให้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอื่นบรรลุผลอย่างแท้จริง เช่น เสรีภาพในการกำหนดเจตจำนงอย่างเป็นอิสระในการเลือกตัดสินใจและกระทำการตามความประสงค์ของตน (Self Determination) กรรมสิทธิ์ (Ownership) และเสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) เป็นต้น รัฐที่มีแนวคิดทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองแบบเสรีนิยมจึงให้ความสำคัญกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ ทั้งในลักษณะการรับรองโดยรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายและในลักษณะการคุ้มครองโดยองค์กรตุลาการผ่านการใช้อำนาจของศาลในการตีความหรือการวินิจฉัยให้เสรีภาพดังกล่าวเกิดผลเป็นรูปธรรม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกซึ่งบัญญัติไว้ควบคู่กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรอง “เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ” นี้ปรากฏอยู่ต่อมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กลับไม่ปรากฏบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการแต่อย่างใด โดยที่บทบัญญัติมาตรา 40 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติรับรองไว้เพียงว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ” เท่านั้น ทั้งนี้ การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้อย่างชัดเจนข้างต้น นำมาซึ่งประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณาเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เสรีภาพดังกล่าวยังคงได้รับการรับรองและคุ้มครองหรือไม่ อย่างไร

อนึ่ง เนื่องจากมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การตรากฎหมายอันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในกรณีสิทธิเสรีภาพนั้นได้รับการบัญญัติรับรองไว้เป็นการเฉพาะแตกต่างจากในกรณีสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติรับรองไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งระดับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของทั้งสองกรณีดังกล่าวมีความแตกต่างกัน ดังนั้น จึงเห็นควรศึกษาในประเด็นดังกล่าวเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าควรนำบทจำกัดสิทธิเสรีภาพในกรณีใดมาใช้บังคับกับกรณีเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ

1.2.2 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ลักษณะการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการในประเทศไทยและต่างประเทศ (ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเกาหลีใต้)

1.2.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ลักษณะของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการในประเทศไทยและต่างประเทศ (ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเกาหลีใต้)

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะมีได้บัญญัติรับรอง “เสรีภาพในการประกอบกิจการ” ไว้อย่างชัดเจน แต่เนื่องจากเสรีภาพในการประกอบกิจการถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ดังนั้นเสรีภาพในการประกอบกิจการจึงถือได้ว่าได้รับการรับรองโดยปริยายผ่านเสรีภาพในการประกอบอาชีพและได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้

## 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาแนวคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการที่เป็นหลักการสากลและที่ปรากฏในระบบกฎหมายของไทยและต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเกาหลีใต้ ทั้งโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดและโดยคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวมาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ว่า การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้อย่างชัดเจนนั้น เสรีภาพดังกล่าวยังคงได้รับการรับรองและคุ้มครองหรือไม่ อย่างไร

## 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นี้ ศึกษาโดยวิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งได้แก่ หนังสือบทความ ผลงานวิจัย บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย คำวินิจฉัยและคำพิพากษาขององค์กรตุลาการ และเอกสารที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาประกอบการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ได้ทราบถึงพัฒนาการแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการและอิทธิพลของแนวคิดทางเศรษฐกิจที่มีต่อเสรีภาพดังกล่าว เพื่อเป็นแนวทางประกอบการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

1.6.2 ได้ทราบถึงสถานะของการรับรองและการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

1.6.3 ได้ทราบถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

## บทที่ 2

### แนวคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมาย เกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ

เสรีภาพในการประกอบกิจการมีคุณค่าและความสำคัญในฐานะสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทางด้านเศรษฐกิจจึงก่อให้เกิดหน้าที่และภารกิจของนิติรัฐในการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการประกอบกิจการอาจถูกจำกัดโดยอำนาจรัฐด้วยเหตุผลและความจำเป็นภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ แต่การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และหลักการแห่งนิติรัฐอันเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล

ในบทนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ ประกอบด้วย 3 ส่วน ส่วนที่หนึ่งเกี่ยวกับแนวคิดที่ว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ ส่วนที่สองเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญ และส่วนสุดท้ายเกี่ยวกับนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ

#### 2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ

แนวคิดทางเศรษฐกิจเป็นปรัชญาที่เป็นรากฐานของการกำหนดระบบเศรษฐกิจของรัฐทั้งในมิติบทบาทของเอกชนในทางเศรษฐกิจและบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคล ในส่วนนี้จะกล่าวถึงแนวคิดที่ว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล และเป็นแนวคิดที่มีอิทธิพลต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย ทั้งในบริบทของความสัมพันธ์กับเสรีภาพในการประกอบกิจการ และบทบาทหน้าที่ของรัฐในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ

##### 2.1.1 แนวคิดที่ว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ

ช่วงก่อนที่สังคมจะมีแนวคิดเสรีนิยม เป็นช่วงที่ศาสนาและการปกครองระบอบศักดินามีอิทธิพล อันเป็นปัจจัยที่ทำให้เสรีภาพในทางเศรษฐกิจถูกจำกัด เนื่องจากการผลิตสินค้าถูกผูกขาดเพื่อขุนนางหรือชนชั้นสูง ต่อมาเมื่ออิทธิพลดังกล่าวเสื่อมลง การปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชและแนวคิดพาณิชย์นิยม (Mercantilism) เข้ามาแทนที่ (แนวคิดนี้มีอิทธิพลอยู่ในยุโรปช่วงศตวรรษที่ 16 ถึง 18)<sup>1</sup> แนวคิดทางเศรษฐกิจดังกล่าวให้ความสำคัญกับการสะสมความมั่งคั่งของชาติ โดยต้องสงวน

<sup>1</sup> ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 18-20.

เงินและทองคำไว้ให้ได้มากที่สุด เป็นเหตุให้รัฐมีบทบาททางเศรษฐกิจโดยการตั้งกำแพงภาษี การจำกัด การนำเข้าสินค้า การสนับสนุนการส่งออกและการประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรม เนื่องจาก เป็นกิจการที่นำความมั่งคั่งเข้าสู่ประเทศได้มาก รวมถึงการเข้ามาจัดการค่าจ้างแรงงานโดยการออกคำสั่ง กำหนดค่าจ้างและการควบคุมราคาสินค้า อย่างไรก็ตาม การวางนโยบายเพื่อให้ประเทศได้ดุลการค้า และความมั่งคั่งนี้เองกลับส่งผลให้เกิดการแข่งขันและความไม่พอใจกันของนานาประเทศอันนำไปสู่ ภาวะสงครามในเวลาต่อมา<sup>2</sup> นอกจากนี้ ยังมีแนวคิดที่แตกต่างออกไป ได้แก่ **แนวคิดธรรมชาตินิยม (Physiocrates)** ซึ่งเป็นแนวคิดที่เชื่อในกฎธรรมชาติ (Law of Nature) ว่าเป็นกลไกที่บังคับให้ เศรษฐกิจดำเนินไปเองบนฐานที่ว่าบุคคลมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ ดังสุภาษิตที่ว่า “Laissez faire, laissez passer” ซึ่งมีใจความสำคัญคือการปล่อยให้เอกชนมีเสรีภาพในการประกอบกิจการทั้งปวง และปล่อยให้กิจการต่าง ๆ ดำเนินไปอย่างสะดวกและไม่มีอุปสรรค ทั้งนี้ รัฐไม่ควรเข้ามาเกี่ยวข้องกับ การประกอบกิจการทางเศรษฐกิจของประชาชน โดยรัฐมีหน้าที่ในการให้ความปลอดภัยแก่ทรัพย์สิน และให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่บุคคล รวมถึงรับผิดชอบเกี่ยวกับสาธารณูปโภคต่าง ๆ เพื่อให้ ประชาชนสามารถประกอบกิจการงานได้โดยสะดวก<sup>3</sup> นอกจากนี้ แนวคิดดังกล่าวยังให้ความสำคัญกับ การผลิตและเกษตรกรรมโดยเชื่อว่าการกสิกรรมเท่านั้นที่สามารถสร้างผลผลิตและเงินได้อย่างแท้จริง<sup>4</sup> โดยแนวคิดธรรมชาตินิยมนี้กลายเป็นบ่อเกิดของแนวคิดเสรีนิยมในเวลาต่อมา<sup>5</sup>

ภายในช่วงเวลาเกี่ยวเนื่องกัน แนวคิดว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจเริ่มเข้ามามีบทบาท ซึ่งแนวคิดดังกล่าวมีวิวัฒนาการอย่างยาวนานพร้อมกันกับสังคมและการเมืองการปกครอง โดยที่ ความเปลี่ยนแปลงของปัจจัยต่าง ๆ ทำให้แนวคิดทางเศรษฐกิจแบบ “เสรีนิยม” นี้ มีแนวคิดเบื้องหลัง และลักษณะที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละยุคแต่ละสมัย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

**แนวคิดเสรีนิยมคลาสสิก** ให้ความสำคัญกับความเป็นอิสระเสรีของปัจเจกชน รวมถึงการปล่อยให้เอกชนสามารถประกอบกิจการทางเศรษฐกิจได้ตามความสมัครใจ โดยไม่ถูก แทรกแซงโดยรัฐ แนวคิดนี้จึงปฏิเสธการบังคับตามที่เคยปรากฏในระบอบการปกครองแบบดั้งเดิม รวมถึงปฏิเสธการจำกัดการค้าขายและเสรีภาพในการประกอบการ อย่างไรก็ตาม แนวคิดเสรีนิยม คลาสสิกมีลักษณะแยกย่อยต่างออกไป โดยนักคิดคนสำคัญที่จะกล่าวถึงในที่นี้ได้แก่ จอห์น ลอค (John Locke, 1632-1704) และอดัม สมิท (Adam Smith, 1723-1790)

<sup>2</sup> เจ. เอฟ. ฮัตเจสสัน, ลัทธิเศรษฐกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 17-26.

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 41-44.

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 34-35.

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.



แนวคิดเสรีนิยมของลอค<sup>6</sup> สรุปสาระสำคัญได้ว่า เสรีภาพเป็นสิทธิมูลฐานของมนุษย์ อันเกิดจากการเป็นผู้มีเหตุผลของมนุษย์ เมื่อมนุษย์มีเหตุผลก็จะสามารถคิดและตัดสินใจได้เอง โดยคำนึงถึงหลักการและเหตุผล โดยไม่ต้องมีการควบคุมบังคับจากรัฐ จะมีก็เพียงแต่กฎแห่งธรรมชาติที่ควบคุมให้เสรีภาพตามสภาพธรรมชาติของมนุษย์นี้เคารพต่อเสรีภาพของบุคคลอื่นเช่นกัน ทั้งนี้ ในสภาพธรรมชาติ นอกเหนือจากเสรีภาพแล้ว มนุษย์ยังมีสิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินด้วย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวสนับสนุนหลักการสิทธิของบุคคลอื่นเป็นหลักการพื้นฐานของลัทธิเสรีนิยม สำหรับบทบาทของรัฐบนฐานแนวคิดนี้คือ รัฐโดยความยินยอมของประชาชนใช้อำนาจของประชาชนเพื่อประโยชน์ของประชาชน และรัฐต้องรักษาสีทธิตามธรรมชาติของประชาชน อันได้แก่ ชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สิน

สำหรับแนวคิดเสรีนิยมของสมิท<sup>7</sup> นั้น เชื่อว่า สังคมที่มนุษย์มีเสรีภาพจะสามารถปรับเปลี่ยนเข้าสู่สภาพที่ดีที่สุดได้เอง โดยมี “มือที่มองไม่เห็น” (Invisible hand) ซึ่งเป็นธรรมชาติ การแลกเปลี่ยนและประสานประโยชน์ของมนุษย์ เป็นเครื่องมือกำกับ ทั้งนี้ บนฐานความเชื่อที่ว่า มนุษย์มีสัญชาตญาณในการรักตัวเองและเห็นแก่ตัว โดยจะทำการสิ่งต่าง ๆ อย่างเต็มที่เพื่อประโยชน์ของตน หรือที่สมิทเรียกว่า “ความพยายามตามธรรมชาติของปุถุชนในอันที่จะทำให้ฐานะของตนดีขึ้น”<sup>8</sup> ดังนั้น การผลิตและการแลกเปลี่ยนจะเกิดผลดีที่สุทธวมถึงการใช้ทรัพยากรจะได้ผลตอบแทนมากที่สุด เมื่อปล่อยให้บุคคลกระทำการหรือแข่งขันในทางเศรษฐกิจอย่างเสรี และเมื่อบุคคลกระทำการเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของตน ก็จะทำให้เกิดการแบ่งงานกันทำ การเพิ่มประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ และความเจริญทางเศรษฐกิจของสังคมที่ตามมา อย่างไรก็ตาม หลักเสรีภาพของสมิทยอมยกเว้นให้กับเหตุผลที่สำคัญบางประการ ยกตัวอย่างเช่น เสรีภาพในการค้าอาจถูกจำกัดด้วยเหตุผลด้านการป้องกันประเทศ เป็นต้น<sup>9</sup> เนื่องด้วยลักษณะแนวคิดที่ให้ความสำคัญกับเสรีภาพที่กล่าวมา บนฐานแนวคิดนี้รัฐจึงมีบทบาทที่จำกัด การแทรกแซงของรัฐนั้นนอกจากจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แล้ว ยังเป็นอันตรายอีกด้วย ทั้งนี้ รัฐควรมีหน้าที่เพียงแค่การป้องกันประเทศ การอำนวยความสะดวก และการให้บริการกิจการรากฐานของเศรษฐกิจและสังคมบางประการ เช่น เงินตรา การศึกษา ตลอดจนการที่รัฐเข้ามามีบทบาทในการบังคับให้เอกชนดำเนินการตามสัญญาในกรณีเกิดการ

<sup>6</sup> ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวคิดเสรีนิยมของจอห์น ลอค ได้ในหนังสือ “Two Treatises of Government”, John Locke edited by Thomas I.Cook. (New York : Hafner Press, 1974.)

<sup>7</sup> ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวคิดแนวคิดเสรีนิยมของอดัม สมิท ได้ในหนังสือ “ความมั่งคั่งของประชาชาติ”, อดัม สมิท (กฤตฉัตร ธรรมาภิบาลจิต แปล)

<sup>8</sup> เจ. เอฟ. ฮัตเจสสัน, ลัทธิเศรษฐกิจ, หน้า 66.

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

ไม่ปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น<sup>10</sup> กล่าวได้ว่า แนวคิดเสรีนิยมของสมิทธิพิทยกุลอย่างมากต่อระบบการค้าเสรีและการจำกัดบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจ

ภายหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรม เกิดการขยายตัวของการค้าและอุตสาหกรรม เป็นผลให้เกิดการกดขี่แรงงานและความเหลื่อมล้ำในสังคม แนวคิดเสรีนิยมคลาสสิกจึงถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก พร้อม ๆ กันนั้น แนวคิดดังกล่าวได้ถูกพัฒนาต่อยอด ผสานเข้ากับแนวคิดประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ซึ่งเป็นแนวคิดที่ให้ความสำคัญกับความสุขสูงสุดของคนจำนวนมากที่สุด **เสรีนิยมแบบประโยชน์นิยม** หรือแนวคิดเสรีนิยมแบบใหม่ จึงได้กำเนิดขึ้น โดยนักคิดคนสำคัญที่จะกล่าวถึงในที่นี้ได้แก่ เจเรมี เบนแทม (Jeremy Bentham, 1748-1832) และ จอห์น สจ๊วต มิลล์ (John Stuart Mill, 1806-1873)

เบนแทม มีหลักความคิดทางสังคมที่ว่า “ด้วยความมีเหตุผล มนุษย์จะแสวงหาความพอใจ (pleasures) และหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด (pains)”<sup>11</sup> นำมาซึ่งหลักจริยธรรมของเบนแทมที่ว่า สิ่งที่ดีและถูกต้องคือสิ่งที่ทำให้เกิดความพึงพอใจและความสุขสำหรับคนจำนวนมากที่สุด และหากเกิดการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ของสังคมจะต้องถือเอาประโยชน์ของสังคมเป็นหลัก โดยอาศัยการประสานกันของประโยชน์ทั้งสอง เนื่องจากแนวคิดที่ว่าประโยชน์และความสุขของสังคมเป็นเป้าหมายและประโยชน์สูงสุด หากประโยชน์สูงสุดนั้นถูกระทบกระเทือน เสรีภาพของปัจเจกชนก็อาจถูกจำกัดได้เพื่อปกป้องประโยชน์สูงสุดดังกล่าว ทั้งนี้ ในทัศนะของเบนแทม เสรีภาพมีความสำคัญในลักษณะที่เป็นวิธีการให้ได้มาซึ่งเป้าหมายสูงสุด เมื่อบุคคลมีเสรีภาพก็ย่อมหาประโยชน์หรือความพึงพอใจให้ตนเองได้<sup>12</sup> กล่าวโดยสรุปได้ว่า บุคคลมีเสรีภาพ แต่ก็มีควมจำเป็นต้องมีกฎหมายจำกัดเสรีภาพเหล่านั้นเพื่อประโยชน์ของสังคมเช่นกัน นอกจากนี้ เบนแทมสนับสนุนให้บุคคลมีกรรมสิทธิ์ เนื่องจากเป็นแรงกระตุ้นให้บุคคลทำงานสร้างประโยชน์ที่เพิ่มขึ้น และเมื่อบุคคลทำงานเพิ่มขึ้นผลประโยชน์ของมวลรวมของสังคมก็เพิ่มขึ้นด้วย ดังนั้น กฎหมายจึงควรคุ้มครองและให้หลักประกันต่อกรรมสิทธิ์ของบุคคล<sup>13</sup> ด้วยแนวคิดต่อเสรีภาพที่กล่าวมาข้างต้น เบนแทมสนับสนุนให้บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย โดยเห็นว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือลงโทษการกระทำที่ถูกระทบกระเทือนความสงบสุขของส่วนรวม ในขณะที่เดียวกันระบบเศรษฐกิจแบบเสรีจะให้รางวัลหรือประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ที่ทำประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่สังคมได้สูงสุดด้วยต้นทุนที่ต่ำที่สุด ในรูปของกำไรสูงสุด

<sup>10</sup> ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง*, หน้า 42.

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 92-93.

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 94.

สำหรับแนวคิดของมิลล์ นั้น ได้ปรับปรุงแนวคิดของเบนแธม โดยมองว่า ปัจเจกชนมีเสรีภาพในส่วนที่เกี่ยวข้องกับตนเองโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในขณะเดียวกันก็มีหน้าที่รับผิดชอบต่อสังคมด้วย ดังนั้น การจำกัดเสรีภาพใด ๆ ของบุคคล ควรทำได้เพียงเพื่อคุ้มครองมนุษยชาติ หรือเมื่อการใช้เสรีภาพนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเท่านั้น<sup>14</sup> ทั้งนี้ นอกเหนือจากเหตุผลด้านการคุ้มครองเสรีภาพแล้ว ยังมีเหตุผลอีกสามประการที่รัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซงการใช้เสรีภาพของบุคคล<sup>15</sup> ประการแรกคือ ในกิจการบางประเภท เมื่อปัจเจกชนมีเสรีภาพแล้วจะสามารถดำเนินการได้ดีกว่ารัฐ เช่น การประกอบกิจการด้านอุตสาหกรรม เป็นต้น ประการที่สองคือ ในกิจการบางประเภท แม้รัฐจะทำได้ดีกว่า แต่ก็ควรให้ปัจเจกชนเป็นผู้ดำเนินการ เนื่องจากการสร้างความกระตือรือร้นให้กับความสามารถของบุคคล และสร้างการศึกษาและการมีส่วนร่วมต่อสังคม เช่น การพิจารณาคดีโดยลูกขุน และการจัดวิสาหกิจชุมชน เป็นต้น และประการสุดท้ายคือ การปล่อยให้รัฐแทรกแซงมากเกินไปเป็นการสนับสนุนให้รัฐใช้อำนาจชั่วคราวโดยไม่จำเป็น และประชาชนจะพึงพารัฐโดยขาดความกระตือรือร้นในการดำเนินการต่าง ๆ ด้วยตัวเอง อย่างไรก็ตาม ในด้านเศรษฐกิจนั้น มิลล์สนับสนุนแนวคิดเสรีนิยมที่ปล่อยให้ปัจเจกชนมีเสรีภาพในการกระทำการ โดยที่รัฐสามารถเข้าไปแทรกแซงในด้านการอำนวยความสะดวกและการกระจายตัวของรายได้ ทั้งนี้ มิลล์มีความเห็นว่า การมีปัจจัยทางเศรษฐกิจที่เอื้ออำนวยและความเสมอภาคทางเศรษฐกิจทำให้เกิดเสรีภาพที่แท้จริงของปัจเจกชน<sup>16</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น แนวคิดพาณิชยนิยมและแนวคิดธรรมชาตินิยมแม้จะมีใช้แนวคิดเสรีนิยม แต่ด้วยลักษณะแนวคิดในบางบริบทส่งผลเป็นการสนับสนุนเสรีภาพในการประกอบกิจการ สำหรับแนวคิดว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ ทั้งแนวคิดเสรีนิยมคลาสสิกและเสรีนิยมแบบประโยชน์นิยม ล้วนเป็นแนวคิดพื้นฐานที่สนับสนุนการมีเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของบุคคล แม้จะเป็นไปด้วยเหตุผลสนับสนุนที่แตกต่างกัน ซึ่งเหตุผลหรือบริบทที่แตกต่างกันนี้ส่งผลต่อการยอมรับการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ รวมถึงการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการที่แตกต่างกันออกไป

กล่าวโดยสรุป ภายใต้แนวคิดว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ ระบบเศรษฐกิจของรัฐและการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบุคคล มีหลักการสำคัญคือเป็นไปโดยเสรี อย่างไรก็ตาม เนื่องด้วยเหตุผลความจำเป็นของรัฐ หลักการเสรีดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้ โดยจะได้กล่าวถึงหลักการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจในส่วนต่อไป ทั้งนี้ ภายใต้แนวคิดดังกล่าวภาครัฐควรจำกัดบทบาทในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

<sup>14</sup> จอห์น สจ๊วต มิลล์, *On Liberty* (เสรีภาพ), แปลโดย ศักดิ์ บวร (กรุงเทพฯ: ศูนย์การพิมพ์แก่นจันทร์, 2560), หน้า 123-123.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 241-245.

<sup>16</sup> ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง*, หน้า 103-111.

## 2.1.2 หลักการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจและบทบาทหน้าที่ของรัฐภายใต้แนวคิด ว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ

นอกจากแนวคิดว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว หลักการสำคัญที่มีวิวัฒนาการควบคู่กันมาและจำเป็นต้องศึกษาต่อไป คือ “**หลักการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ**” โดยหลักการนี้มีเนื้อหาในทางตรงข้ามกับหลักเสรีนิยม กล่าวคือ แทนที่จะจำกัดบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจและปล่อยให้เอกชนดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้อย่างเสรีดังเช่นหลักเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ แต่หลักการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจนี้ก็กลับส่งเสริมบทบาทหน้าที่ของรัฐในการเข้าแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ<sup>17</sup> โดยให้รัฐสามารถเข้ามาจัดองค์ประกอบในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอันมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการหรือการจำกัดขอบเขตของการประกอบกิจการบางประเภท เป็นต้น

การแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจมักปรากฏในลักษณะของนโยบายทางการเมืองที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย<sup>18</sup> โดยปัจจัยด้านสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง ล้วนมีอิทธิพลต่อบทบาทหน้าที่ของรัฐในทางเศรษฐกิจซึ่งแสดงออกโดยการใช้อำนาจของรัฐผ่านกฎหมาย เช่น ในประเทศฝรั่งเศสช่วงก่อนการปฏิวัติอุตสาหกรรม สังคมได้รับอิทธิพลจากแนวคิดสังคมนิยม บทบาทหน้าที่ของรัฐมุ่งไปที่ภารกิจทางการเมืองการปกครองขั้นพื้นฐานโดยอาศัยอำนาจมหาชน เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อย การอำนวยความสะดวก เป็นต้น ต่อมาเมื่อการปฏิวัติอุตสาหกรรมประสบผล สังคมเปลี่ยนแปลงไปเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตยซึ่งนำไปสู่การเลือกตั้ง โดยผู้ปกครองจำเป็นต้องตอบสนองความต้องการของชุมชนผ่านบริการสาธารณะและการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานเป็นเหตุให้การประกอบกิจการทั้งภาคอุตสาหกรรมและการค้าขยายขอบเขตไปกว้างขึ้น รัฐจึงเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการประกอบกิจการของประชาชนผ่านการวางกฎเกณฑ์และการควบคุมอย่างหลวม ๆ โดยอาศัยเหตุว่าด้วยการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวม และเหตุความจำเป็นของรัฐในการเข้าเป็นผู้ประกอบกิจการในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 เกิดวิกฤติเศรษฐกิจของโลกและภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ เป็นเหตุให้รัฐจำเป็นต้องเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจแทนการปล่อยให้เอกชนดำเนินการอย่างเสรี การแทรกแซงของรัฐจึงเกิดขึ้นในทุกลักษณะ ยกตัวอย่างเช่น การที่รัฐเข้าดำเนินการทางเศรษฐกิจ การวางกฎเกณฑ์ในการประกอบกิจการ เป็นต้น<sup>19</sup> ต่อมา ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างพื้นฐานทางการเมือง

<sup>17</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ , หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 4 หน้า 822.

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 839.

<sup>19</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, วารสารนิติศาสตร์

การปกครองรวมถึงระบบกฎหมายซึ่งส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคล เช่น การจำกัดสิทธิในการถือครองที่ดิน การห้ามหรือจำกัดการประกอบกิจการบางประเภทในบางเขตพื้นที่ และการวางหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมการประกอบอาชีพบางอาชีพ เป็นต้น<sup>20</sup>

#### 2.1.2.1 เหตุผลและความจำเป็นในการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ

ภายใต้แนวคิดเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ รัฐต้องจำกัดบทบาทของตนในการดำเนินการที่จะมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจเพื่อให้การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชนเป็นไปโดยเสรี อย่างไรก็ตาม ได้มีเหตุผลและความจำเป็นซึ่งเป็นเหตุผลเบื้องหลังที่สนับสนุนให้รัฐเข้ามา มีบทบาทแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ นั่นคือ **ภารกิจของรัฐ**

ภารกิจของรัฐ คือ บทบาทหน้าที่ของรัฐที่มีต่อสังคมหรือประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครอง เนื่องด้วยเหตุที่ว่าภายใต้ทฤษฎีสัญญาประชาคม<sup>21</sup> รัฐเกิดขึ้นจากการรวมกลุ่มของบุคคลภายใต้ข้อสัญญาหรือความตกลงร่วมกันเพื่อสนองตอบความต้องการหรือเหตุปัจจัยในการรวมกลุ่ม ผู้ปกครองจึงมีความผูกพันในการพิทักษ์ความยุติธรรมสำหรับคนในสังคม ทั้งนี้ ภารกิจของรัฐแบ่งได้ 2 ระดับ บทบาทในระดับแรกคือ **ภารกิจพื้นฐาน** เป็นบทบาทหน้าที่ของรัฐที่เกิดขึ้นและมีอยู่พร้อมกับการกำเนิดรัฐ ได้แก่ การจัดการป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อย การติดต่อสัมพันธ์กับต่างประเทศ และการอำนวยความสะดวก สำหรับบทบาทในระดับที่สองคือ **ภารกิจใหม่** เป็นบทบาทหน้าที่ของรัฐที่เกิดขึ้นเพิ่มเติมเนื่องจากความเป็นพลวัตของสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง กล่าวคือ ด้วยเหตุการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างรุนแรงและการขยายตัวทางเศรษฐกิจที่รวดเร็วบนฐานของแนวคิดเศรษฐกิจแบบเสรี ก่อให้เกิดปัญหาหรือผลกระทบที่ตามมา เช่น ปัญหาความไม่เสมอภาคทางเศรษฐกิจอันเป็นต้นเหตุของปัญหาทางสังคมอื่น ๆ ปัญหาจากการผูกขาดการค้าของผู้ค้ารายใหญ่อันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้มีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่า เช่น ผู้บริโภค หรือผู้ใช้แรงงาน เป็นต้น นำมาซึ่งการทบทวนระบบเศรษฐกิจที่รัฐนำมาใช้ และบทบาทของรัฐสมัยใหม่ในการรับผิดชอบภารกิจที่นอกเหนือจากภารกิจพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภารกิจที่มีความสำคัญในทางเศรษฐกิจและสังคม โดยที่ภารกิจของรัฐในทางเศรษฐกิจและสังคมนี้ ประกอบด้วยภารกิจสองด้าน<sup>22</sup> ได้แก่

ปีที่ 21 ฉบับที่ 3 หน้า 372-373.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 375-376.

<sup>21</sup> ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวคิดทฤษฎีการกำเนิดรัฐได้ในหนังสือ “กฎหมายมหาชนเบื้องต้น”, ศ ดร บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และหนังสือ “หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย”, ศ ดร เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

<sup>22</sup> Robert SAVY, *Droit public économique*, 2 édition, Dalloz, 1997, p.2-3 อ้างถึงใน สุรพล นิติไกรพจน์, ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 21 ฉบับที่ 3

(1) การกึ่งในการประกันความสมดุลในทางเศรษฐกึ่ง กล่าวคือ รัฐสมัยใหม่ มีหน้าที่ในการควบคุมดูแลให้การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกึ่งภายในรัฐเป็นไปด้วยดี โดยสนับสนุนให้เกิดความเจริญเติบโตในทางเศรษฐกึ่งอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง เช่น การจัดให้มีโครงสร้างพื้นฐานเพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกึ่ง การกำหนดนโยบายทางเศรษฐกึ่งและทางการศึกษาที่เอื้อต่อการพัฒนาของเศรษฐกึ่ง เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐยังมีหน้าที่ในการจัดการปัญหาทางเศรษฐกึ่งที่เกิดขึ้นเพื่อให้การเติบโตของเศรษฐกึ่งมีความต่อเนื่องและมีเสถียรภาพอีกด้วย

(2) การกึ่งในการป้องกันและลดความขัดแย้งในสังคมที่เกิดขึ้นจากความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกึ่งและสังคม กล่าวคือ รัฐมีหน้าที่ในการรักษาสมดุลระหว่างภาคการผลิตในทางเศรษฐกึ่งและกระจายความเจริญในทางเศรษฐกึ่งออกไปสู่ภูมิภาคอย่างทั่วถึง

### 2.1.2.2 มาตรการในการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกึ่ง

มาตรการหรือวิธีการอันเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้ในการแทรกแซงทางเศรษฐกึ่ง เป็นกระบวนการที่รัฐดำเนินการใด ๆ อันมีผลกระทบต่อการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกึ่งของเอกชน ซึ่งอาจส่งผลในเชิงบวก คือ การสนับสนุนค่าจุนสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือส่งผลในเชิงลบ คือ การรบกวนหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล<sup>23</sup> ทั้งนี้ มาตรการในการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกึ่ง อาจมีได้หลายแนวทาง ซึ่งมีระดับการแทรกแซงในระดับมากน้อยที่แตกต่างกัน<sup>24</sup> โดยอาจเกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐผ่านการใช้กฎหมาย เช่น การห้ามเอกชนประกอบการ การตรากฎหมายเพื่อกำหนดมาตรฐานสินค้าและบริการบางประเภท การควบคุมการประกอบวิชาชีพ และการกำหนดให้ต้องมีการขออนุญาตเพื่อประกอบกิจการ เป็นต้น หรืออาจเกิดจากการดำเนินการโดยมิได้ใช้กฎหมายบังคับการ เช่น การรณรงค์สนับสนุน และการเวียนแฉ่งเป็นแนวปฏิบัติภายในหน่วยงานราชการ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป หลักการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกึ่งเป็นหลักการที่เป็นข้อจำกัดของหลักเสรีนิยมทางเศรษฐกึ่ง อันสร้างความชอบธรรมให้แก่การใช้อำนาจรัฐที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเนื่องด้วยเหตุผลการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกึ่งหรือภารกิจของรัฐ นั้นเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงทางสังคม เศรษฐกึ่ง และการเมือง ดังนั้น ระดับการใช้บังคับมาตรการ รวมถึงเนื้อหาของการแทรกแซงจึงมีความแปรผันไปตามสภาพปัจจัยของแต่ละสังคม เศรษฐกึ่ง และการเมืองในแต่ละช่วงเวลา โดยในยุคเสรีนิยมทางเศรษฐกึ่งใหม่ในปัจจุบัน มีการยอมรับการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกึ่ง ในฐานะที่รัฐเป็นผู้อำนวยความสะดวกและผู้ประสานประโยชน์เพื่อสังคม

หน้า 377-379.

<sup>23</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกึ่งเยอรมัน, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 56.

<sup>24</sup> ธรรมนิติย์ สมนันตกุล, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกึ่งเยอรมัน : ทฤษฎี “กฎ” ในทางเศรษฐศาสตร์ (Theory of Regulation), (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 121-138.

## 2.2 การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่จัดโครงสร้างองค์กรและกระบวนการใช้อำนาจของรัฐ ทั้งยังเป็นบทบัญญัติที่วางหลักประกันสถานภาพของมนุษย์และความสัมพันธ์ของมนุษย์ เช่น หลักประกันแก่สิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้น ในการศึกษาเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการจึงจำเป็นต้องศึกษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดอันเป็นเครื่องมือในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยในส่วนนี้จะได้อธิบายถึงความหมายและความสำคัญของเสรีภาพในการประกอบกิจการ การรับรองเสรีภาพดังกล่าวภายใต้รัฐธรรมนูญ และความผูกพันขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ

### 2.2.1 ความหมายและความสำคัญของเสรีภาพในการประกอบกิจการ

ในการศึกษาประเด็นการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการอันเป็นประเด็นหลักในการศึกษาของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จำเป็นต้องศึกษาในเบื้องต้นว่า “เสรีภาพในการประกอบกิจการ” นั้นมีความหมายและความสำคัญอย่างไร รวมถึงมีความสัมพันธ์อย่างไรกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ทั้งนี้ เพื่อความเข้าใจที่ชัดเจนของการศึกษาและวิเคราะห์ในส่วนอื่น ๆ ต่อไป

#### 2.2.1.1 ความหมายของเสรีภาพในการประกอบกิจการ

เนื่องจากไม่มีการบัญญัติศัพท์เฉพาะของคำว่า “เสรีภาพในการประกอบกิจการ” จึงต้องพิจารณาความหมายของ “เสรีภาพ” ก่อนในเบื้องต้น ทั้งนี้ นักวิชาการทางกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “เสรีภาพ” ไว้ ซึ่งพอจะสรุปได้ว่า เสรีภาพ หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่มีอำนาจในการกำหนดตนเองอย่างอิสระและสามารถกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ด้วยใจสมัคร โดยปราศจากการขัดขวาง แทรกแซง หรือควบคุมโดยบุคคลอื่น<sup>25</sup>

<sup>25</sup> สรุปความดังกล่าวศึกษาและอ้างอิงจาก

(1) วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538) หน้า 22. “ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง... อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self-determination) โดยอำนาจนี้ บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นเสรีภาพที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง”

(2) บรรเจิด สิงคนะนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558) หน้า 53. “อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการได้อันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง”

(3) เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559) หน้า 182. “สภาพการณ์หรือสภาวะของบุคคลที่มีอิสระในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยตนเอง โดยไม่ต้องให้รัฐหรือบุคคลอื่นดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยให้การใช้เสรีภาพของตนบรรลุผลหรือสะดวกขึ้น รัฐหรือบุคคลอื่นมีหน้าที่เพียงว่าต้องไม่เข้าไปรบกวนการใช้เสรีภาพของบุคคลเท่านั้น”

สำหรับคำว่า “กิจการ” นั้น หมายถึง การงานที่ประกอบหรือธุรกิจ<sup>26</sup> ซึ่งมีความหมายโดยนัยเชื่อมโยงกับคำว่า “ธุรกิจ” ที่หมายถึง การงานประจำเกี่ยวกับอาชีพค้าขาย หรือกิจการอย่างอื่นที่สำคัญและไม่ใช้ราชการ หรือการประกอบกิจการเพื่อมุ่งการค้าหากำไร<sup>27</sup> ดังนั้น การประกอบกิจการจึงพิจารณาได้สองลักษณะ คือ กิจการภาครัฐหรืองานราชการ และกิจการภาคเอกชนหรือธุรกิจ ทั้งนี้ วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งเน้นศึกษาในประเด็นเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการในลักษณะที่เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจภาคเอกชน กล่าวคือ การประกอบกิจการภาคเอกชนหรือการประกอบธุรกิจ หรือ “Business” นั่นเอง

จากความหมายของเสรีภาพและลักษณะของกิจการในเชิงธุรกิจที่กล่าวมา สามารถให้ความหมายของ “เสรีภาพในการประกอบกิจการ” ได้ว่า อำนาจหรือสภาวะการณ์ของบุคคลในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อประกอบกิจการหรือธุรกิจได้อย่างอิสระตามความประสงค์ของตน โดยที่ไม่ถูกขัดขวางหรือแทรกแซง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการใช้อำนาจรัฐ

2.2.1.2 ความสัมพันธ์ของเสรีภาพในการประกอบกิจการกับสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

แนวคิดพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการและสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น ได้แก่ สิทธิในการทำงาน (Right to Work) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล โดยข้อ 6<sup>28</sup> แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR) ได้รับรองสิทธิในการทำงานและเสรีภาพในการหาเลี้ยงชีพด้วยงานที่บุคคลเลือก โดยประเทศไทยเข้าเป็นรัฐภาคีและผูกพันกติกาตั้งกล่าวตั้งแต่วันที่ 5 กันยายน 2542<sup>29</sup> นอกจากนี้

<sup>26</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554.

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>28</sup> Article 6

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.

2. The steps to be taken by a State Party to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.

<sup>29</sup> The Office of the High Commissioner for Human Rights (UN Human Rights), STATUS OF RATIFICATION INTERACTIVE DASHBOARD [online], Available at: <http://indicators.ohchr.org> [Accessed 3



ตามข้อ 23 (1) แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (Universal Declaration of Human Rights 1948: UDHR) ได้รับรองว่า บุคคลมีสิทธิที่จะเลือกทำงานโดยเสรี โดยมีเงื่อนไขการทำงานที่ยุติธรรม รวมถึงได้รับการคุ้มครองจากการว่างงาน<sup>30</sup> จึงกล่าวได้ว่า นอกจากการคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิซึ่งรัฐต้องประกันให้บุคคลมีงานทำและได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมในการทำงานแล้ว การรับรองดังกล่าวยังรวมถึงเสรีภาพในการทำงาน (Freedom to Work) ซึ่งมีสาระสำคัญคือ บุคคลมีอิสระเสรีในการเลือกทำงานตามความถนัดหรือความต้องการของตนเพื่อเป็นพื้นฐานในการดำรงชีพ

ทั้งนี้ สิทธิเสรีภาพในการทำงานข้างต้น นำมาซึ่งการประกอบอาชีพซึ่งเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจขั้นพื้นฐานในการดำเนินชีวิตของบุคคลและเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการดำรงชีพซึ่งเป็นสิทธิที่ติดตัวมากับความเป็นมนุษย์ เนื่องจากค่าตอบแทนจากการทำงานหรือการประกอบอาชีพเป็นปัจจัยสำคัญในการดำรงชีพและการยกระดับคุณภาพชีวิตของบุคคล ซึ่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกันกับเสรีภาพในการประกอบกิจการที่เป็นประเด็นในการศึกษาของวิทยานิพนธ์นี้<sup>31</sup> กล่าวคือ เสรีภาพทั้งสองต่างเป็นเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของบุคคลในการที่จะดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจไม่ว่าจะเป็นการประกอบอาชีพหรือการประกอบกิจการอย่างอิสระเสรี โดยการประกอบอาชีพนั้นมีขอบเขตที่กว้างกว่าการประกอบกิจการ โดยเมื่อพิจารณาลักษณะและการรับรอง ประกอบกับความหมายตามถ้อยคำที่ว่า คำว่า “อาชีพ” หมายถึง การเลี้ยงชีวิต การทำมาหากิน และงานที่ทำเป็นประจำเพื่อเลี้ยงชีพ<sup>32</sup> จะเห็นถึงจุดมุ่งหมายของการประกอบอาชีพว่าเป็นไปเพื่อการเลี้ยงชีพ ซึ่งมีความทั่วไปและกว้างกว่ากิจกรรมของเสรีภาพในการประกอบกิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหากำไร โดยเสรีภาพในการประกอบกิจการมีความเชื่อมโยงกับเศรษฐกิจ การค้า การลงทุน มากกว่าเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งไม่เจาะจงว่าการประกอบอาชีพเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือไม่ จึงกล่าวได้ว่า การประกอบกิจการเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบอาชีพ ซึ่งส่งผลให้เสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วยเช่นกัน

สำหรับความสัมพันธ์ในบริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น เสรีภาพทั้งสองมักถูกกล่าวถึงควบคู่กัน ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 48 เบญจ ของรัฐธรรมนูญ

---

November 2018].

<sup>30</sup> Universal Declaration of Human Rights [online], Available at: [www.un.org/en/universal-declaration-human-rights](http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights) [Accessed 14 May 2018].

<sup>31</sup> European Union Agency for Fundamental Rights, Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right, (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015): p. 10.

<sup>32</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554.

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 43<sup>33</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการและเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ควบคู่กัน

### 2.2.1.3 คุณค่าและความสำคัญของเสรีภาพในการประกอบกิจการ

การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งที่มียู่คู่กับสังคมมนุษย์มาตั้งแต่อดีตกาล โดยเริ่มพัฒนาจากการแสวงหาทรัพยากรตามธรรมชาติ เช่น การล่าสัตว์ การหาของป่า จนมาสู่การทำเกษตรกรรม และเกิดกระบวนการผลิตและความต้องการใช้วัตถุดิบที่หลากหลายมากขึ้น เป็นเหตุให้เกิดการแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างกันระหว่างผู้ผลิต และเมื่อสังคมพัฒนามาสู่ระบบเศรษฐกิจที่มีความซับซ้อนขึ้น จึงเริ่มมีการแลกเปลี่ยนสินค้าผ่านระบบสื่อกลาง เช่น การใช้ระบบเงินตรา โดยเมื่อการผลิตสินค้าไม่ใช่เป็นเพียงเพื่อการใช้บริโภคเองเฉพาะบุคคล หากแต่เป็นการผลิตคราวละจำนวนมาก จึงจำเป็นต้องมีการใช้บุคคลที่มีความชำนาญ แรงงาน ตลอดจนปัจจัยการผลิตต่าง ๆ เพื่อการผลิตสินค้า การบริการ และการประกอบการ<sup>34</sup> กล่าวได้ว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการปรากฏและมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องควบคู่กับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ภายใต้แนวคิดของสำนักความคิดทางกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) สิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของมนุษย์เป็นสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เกิดขึ้นมาเองพร้อมมนุษย์ แม้ไม่มีการบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร<sup>35</sup> ซึ่งต่อมาภายใต้แนวคิดของสำนักความคิดทางกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) สิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ได้ถูกบัญญัติรับรองด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้เกิดความแน่นอนมั่นคงในนิติฐานะและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทำให้บุคคลสามารถทราบผลทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นกับตนได้<sup>36</sup> ทั้งนี้ ย่อมรวมถึงเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการที่ได้รับการรับรองคุ้มครองภายใต้แนวคิดทางกฎหมายทั้งสองสำนักดังกล่าวด้วย

<sup>33</sup> มาตรา 43 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

<sup>34</sup> ยูธ คักดีเดชยนต์, กฤตยชญ์ ศิริเขต และวิชญ์ เครืองาม, กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม (Law and Social Change), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2527), หน้า 42-43.

<sup>35</sup> หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 147-148.

<sup>36</sup> ตฤญา โรจนันท์คำ, สังคมกับกฎหมาย (Society and Law), (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 90-91.

จากสาระสำคัญของเสรีภาพในการประกอบกิจการดังที่กล่าวมาข้างต้น สามารถอธิบายถึงคุณค่าและความสำคัญของเสรีภาพดังกล่าวได้ว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการมีความสำคัญในฐานะสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล กล่าวคือ ภายใต้แนวคิดปัจเจกชนนิยม มนุษย์มีคุณค่าในตัวเองซึ่งเท่าเทียมกับผู้อื่น โดยมนุษย์แต่ละคนสามารถเลือกตัดสินใจและกระทำการตามความประสงค์ของตนได้<sup>37</sup> ซึ่งรวมถึงการกำหนดวิถีทางการดำเนินชีวิตตนเองในด้านเศรษฐกิจ และการเลือกประกอบกิจการตามความถนัดหรือความต้องการของตน ตลอดจนสามารถกำหนดว่าจะดำเนินการประกอบกิจการดังกล่าวหรือไม่ ด้วยวิธีการใด และการมีเสรีภาพในการแข่งขันในการผลิตจำหน่าย และการกำหนดราคาสินค้าของบุคคลด้วย<sup>38</sup> โดยเสรีภาพในการประกอบกิจการในฐานะสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานนี้ ได้รับการยอมรับและรับรองในระดับสากล เช่น ข้อ 22 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (UDHR) ซึ่งเป็นเอกสารสำคัญที่แสดงมาตรฐานสากลในการส่งเสริมสนับสนุนการเคารพสิทธิเสรีภาพ ได้รับรองสิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจและสังคม ในด้านการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบุคคลไว้<sup>39</sup> ทั้งนี้ ประเทศไทยได้ร่วมลงนามรับรองปฏิญญาฉบับดังกล่าวในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) ด้วย<sup>40</sup> จึงถือได้ว่าเป็นหลักการสากลที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) ที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตาม โดยศาลรัฐธรรมนูญไทยเคยได้พิจารณาคุณค่าของสิทธิของบุคคลโดยอาศัยเทียบเคียงสิทธิที่ปรากฏในปฏิญญาดังกล่าวเป็นเหตุผลประกอบการวินิจฉัยคดีด้วยเช่นกัน<sup>41</sup> นอกจากนี้ ข้อ 16 แห่งกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental Rights of the European Union) ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการ (Freedom to Conduct a Business) โดยพิจารณาว่าบุคคลมีเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือพาณิชย์กรรม มีเสรีภาพในการทำสัญญา โดยอยู่บนฐานของการแข่งขันโดยเสรี<sup>42</sup>

<sup>37</sup> บุญศรี มีวงศ์ไขษะ, รายงานผลการวิจัยเรื่อง หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549), หน้า 32-33.

<sup>38</sup> ยุทธ ศักดิ์เดชยนต์, กฤตยชญ์ ศิริเขต และวิษณุ เครืองาม, กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม (Law and Social Change), หน้า 335-336.

<sup>39</sup> Universal Declaration of Human Rights [online], Available at: [www.un.org/en/universal-declaration-human-rights](http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights) [Accessed 14 May 2018].

<sup>40</sup> กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพฯ: กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2551) หน้า 1.

<sup>41</sup> คำวินิจฉัยที่ 12/2555

<sup>42</sup> European Union Agency for Fundamental Rights, Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right, p. 21.

อนึ่ง เสรีภาพในการประกอบกิจการยังมีความสำคัญในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการบรรลุซึ่งสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานประการอื่น ด้วยเหตุว่าสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิมนุษยชน นั้น มีความสัมพันธ์ต่อกันและแยกจากกันไม่ได้ (Interdependent and Indivisible)<sup>43</sup> ดังนั้น การเพิ่มการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหนึ่งย่อมเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอื่นที่มีความสัมพันธ์กันในทางกลับกันหากมีการละเมิดหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพหนึ่งย่อมเป็นผลให้สิทธิเสรีภาพอื่นที่เกี่ยวข้องถูกระงับไปด้วย ยกตัวอย่างเช่น **กรณีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์** (Human Dignity) ซึ่งเป็นพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพทั้งปวง<sup>44</sup> ที่เห็นว่า มนุษย์มีคุณค่า มีเหตุผล สามารถเลือกตัดสินใจและกระทำการตามความประสงค์ของตนนำมาซึ่งการพัฒนาได้ โดยความสามารถในการกำหนดวิถีทางการดำเนินชีวิตในฐานะที่เป็นมนุษย์นี้จะบรรลุผลได้จริงต่อเมื่ออยู่บนฐานของ “แดนแห่งเสรีภาพ”<sup>45</sup> ดังนั้น หากมนุษย์มีความปรารถนาอันเป็นการใช้เหตุผลของตนในฐานะที่เป็นมนุษย์ที่จะดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจแล้ว เสรีภาพในการประกอบกิจการย่อมเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะแสดงออกซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเป็นรูปธรรม **กรณีกรรมสิทธิ์** (Ownership) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีขึ้นตามธรรมชาติและติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด ได้รับการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของประเทศฝรั่งเศส (Declaration of Human and Civic Rights 1789) โดยข้อ 2 ของคำประกาศดังกล่าวบัญญัติรับรองว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นหนึ่งในสิทธิตามธรรมชาติ การอ้างรักษาสหิตีดังกล่าวไว้เป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์ของสังคมนการเมือง นอกจากนี้ ข้อ 17 ยังได้รับรองว่า กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิอันศักดิ์สิทธิ์ที่ไม่อาจก้าวล่วงได้ ในการจำกัดสิทธิดังกล่าวต้องเป็นกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างเห็นประจักษ์ตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น และต้องมีเงื่อนไขในการจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรมและกำหนดไว้เป็นการล่วงหน้าแล้ว<sup>46</sup> ทั้งนี้ ผู้มีกรรมสิทธิ์ย่อมสามารถใช้สอยทรัพย์สินนั้นได้อย่างเสรี โดยประเทศไทยได้รับรองกรรมสิทธิ์ไว้

<sup>43</sup> United Nations Population Fund, Human Rights Principles [online], Available at: [www.unfpa.org/resources/human-rights-principles](http://www.unfpa.org/resources/human-rights-principles) [Accessed 14 Feb. 2017].

<sup>44</sup> บุญศรี มีวงศ์ไผ่, กฎหมายรัฐธรรมนูญ พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 521.

<sup>45</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 7.

<sup>46</sup> Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789 [online], Available at: [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/anglais/cst2.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf) [Accessed 14 May 2018].

ในมาตรา 37<sup>47</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรา 1336<sup>48</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสิทธิเสรีภาพของผู้มีกรรมสิทธิ์ที่มีเหนือทรัพย์สินนี้รวมไปถึงการใช้สอยทรัพย์สินของตนได้อย่างอิสระเสรีโดยไม่ถูกจำกัดเจตจำนงของตนเพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการ และการจำหน่ายทรัพย์สินของตนอันเป็นการประกอบกิจการเพื่อให้ได้มาซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น ดังนั้น การที่ผู้มีกรรมสิทธิ์ประสงค์ที่จะใช้สอยทรัพย์สินของตนเพื่อการประกอบธุรกิจได้รับการรับรองคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการอันจะทำให้บุคคลนั้นมีอิสระในการเลือกดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้ตามเจตจำนงของตน บุคคลดังกล่าวย่อมสามารถใช้กรรมสิทธิ์ของตนได้อย่างบริบูรณ์ กรณีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) ซึ่งเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญของสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ โดยเสรีภาพในการแสดงออกนี้ได้รับการรับรองในระดับสากล เช่น ตามข้อ 19<sup>49</sup> ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ซึ่งได้รับรองอิสรภาพในการแสดงความคิดเห็น การแสดงออก และการแสวงหา รับ และส่งข้อมูลข่าวสาร โดยปราศจากการแทรกแซง และตามข้อ 11<sup>50</sup> ของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ซึ่งได้รับรองการติดต่อสื่อสารและการแสดงความคิดเห็นโดยไม่มีขอบเขตจำกัด เป็นต้น ทั้งนี้ เมื่อมีการคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าว บุคคลย่อมสามารถพูด เขียน พิมพ์ และโฆษณาได้อย่างเสรี ย่อมเป็นเหตุให้บุคคลสามารถแสดงออกซึ่งเจตจำนงในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของตนได้ และสามารถนำเสนอความคิดเห็นของตนเพื่อสนับสนุนการประกอบธุรกิจต่อสาธารณชนได้อย่างเต็มที่ และเสรี และกรณีเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ซึ่งเป็นหลักการที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักอิสระทางแพ่งที่รับรองให้เอกชนสามารถดำเนินการเรื่องใด ๆ ภายใต้กฎเกณฑ์และขอบเขตของตนได้อย่างอิสระ โดยรัฐเพียงเข้ามารับรองผลในทางกฎหมาย ทั้งนี้ บุคคลสามารถ

<sup>47</sup> มาตรา 37 บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>48</sup> มาตรา 1336 เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

<sup>49</sup> Article 19 Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

<sup>50</sup> Article 11 The free communication of ideas and of opinions is one of the most precious rights of man. Any citizen may therefore speak, write and publish freely, except what is tantamount to the abuse of this liberty in the cases determined by Law.

จัดการในเรื่องส่วนตัวของตนซึ่งรวมถึงทรัพย์สินด้วย<sup>51</sup> ทั้งนี้ ในการประกอบกิจการย่อมประกอบด้วยกิจกรรมทางเศรษฐกิจซึ่งมักปรากฏในลักษณะนิติกรรมสัญญา อันเป็นเครื่องมือที่ทำให้เกิดการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการตามเจตจำนงอิสระของบุคคล ดังนั้น เมื่อบุคคลมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาเพื่อขับเคลื่อนการประกอบกิจการของตน เสรีภาพในการประกอบกิจการย่อมได้รับการสนับสนุนไปพร้อมกัน อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการทำสัญญาหรือเสรีภาพในการทำนิติกรรมทางแพ่งนี้ ต้องอยู่ภายใต้กรอบขอบเขตของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และการเคารพซึ่งสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น อันปรากฏในมาตรา 151<sup>52</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากคุณค่าและความสำคัญต่อสิทธิเสรีภาพอื่นดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว เสรีภาพในการประกอบกิจการยังมีคุณค่าและความสำคัญในฐานะที่เป็นรากฐานของระบบเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ หลักเสรีภาพในการประกอบกิจการมีจุดมุ่งหมายเพื่อจะรับรองความเป็นอิสระในการประกอบกิจการหรือการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ รวมถึงป้องกันการใช้อำนาจรัฐในการออกหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมหรือจำกัดเรื่องดังกล่าว ส่งผลให้เกิดการจำกัดขอบเขตอำนาจของรัฐในการควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจและการสนับสนุนเสรีภาพของภาคเอกชนในการดำเนินการทางเศรษฐกิจมากขึ้น ทั้งนี้ ลักษณะข้างต้นแสดงให้เห็นว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการสอดคล้องสัมพันธ์กันกับแนวคิดเสรีนิยมทางเศรษฐกิจดังรายละเอียดตามที่ได้กล่าวไปในข้อ 2.1.1 และในขณะที่การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการนั้นเกิดขึ้นบนฐานของหลักการต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจดังรายละเอียดตามที่ได้กล่าวไปในข้อ 2.1.2

## 2.2.2 การรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญ

การรับรองสิทธิเสรีภาพภายใต้รัฐธรรมนูญมีแนวคิดเบื้องต้นหลังจากหลักการพื้นฐานต่าง ๆ หลายประการ โดยหลักการสำคัญที่จะได้กล่าวถึงในส่วนนี้คือ “หลักนิติรัฐ” และจะได้กล่าวต่อไปถึงลักษณะและรูปแบบของการรับรองสิทธิเสรีภาพ เพื่อให้เข้าใจการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อไป

### 2.2.2.1 หลักนิติรัฐในฐานะหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

การปกครองโดยหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) เป็นการปกครองโดยกฎหมาย กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างพลเมืองด้วยกัน

<sup>51</sup> ศนันกร โสทธิพันธุ์, คำอธิบายข้อหาขาย แลกเปลี่ยน ให้อ, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552) หน้า 19-20.

<sup>52</sup> มาตรา 151 การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามีไขกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ

ความสัมพันธ์ระหว่างพลเมืองกับรัฐ และความสัมพันธ์ทั้งหลายภายในรัฐ โดยการใช้อำนาจของรัฐ ในทุกระดับจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน้าที่ไว้และมีกระบวนการควบคุมตรวจสอบการใช้ อำนาจดังกล่าวให้อยู่ในความเหมาะสมพอดีและภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อไม่ให้ ผู้ปกครองใช้อำนาจเกินขอบเขตอันเป็นการปกป้องคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพ และผลประโยชน์ของประชาชน<sup>53</sup> แม้รายละเอียดของหลักการนี้มีความแตกต่างกันไปตามบริบทของ แต่ละประเทศ แต่สามารถพิจารณาหลักการทั่วไปของหลักนิติรัฐได้ผ่านองค์ประกอบของหลักนิติรัฐ<sup>54</sup> โดยองค์ประกอบหรือหลักการย่อยของหลักนิติรัฐที่มีความเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ ได้แก่ “หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิเสรีภาพของประชาชน” และ “การใช้อำนาจ ขององค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” กล่าวคือ ในฐานะองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ ซึ่งมีที่มาจากรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจขององค์กรรัฐต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งรวมถึงหลักการตามรัฐธรรมนูญอันมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักความได้สัดส่วน เป็นต้น อีกทั้งการใช้อำนาจดังกล่าวต้องเคารพสิทธิ ขั้นพื้นฐานของบุคคล ยกตัวอย่างเช่น การบัญญัติกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติต้องอยู่บนฐานของ การมีเสรีภาพและการคุ้มครองสิทธิที่พอเพียง<sup>55</sup> และการพิจารณาคดีของศาลที่คำนึงถึงหลัก ความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญ เช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 223/2555 ซึ่งศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่กรมสรรพสามิตออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการอนุญาตให้ทำและขายสุราใช้บังคับเฉพาะกับผู้ผลิตสุรากลั่นชุมชนเท่านั้น ไม่ใช่บังคับกับผู้ผลิตรายใหญ่ ทั้ง ๆ ที่ต่างก็เป็นผู้ผลิตสุรากลั่นเช่นเดียวกันเป็นการเลือกปฏิบัติที่ แตกต่างกันต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญ ประกาศที่พิพาทจึงเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น ทั้งนี้ การคุ้มครองรวมถึงการเปิดช่องให้บุคคลสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อปกป้องสิทธิ เสรีภาพของตนด้วย อีกทั้ง การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานยังสนับสนุนให้บุคคลแต่ละคนสามารถพัฒนา บุคลิกภาพของตนได้อย่างเต็มที่<sup>56</sup>

ด้วยหลักการข้างต้น นำมาซึ่งหลักการที่ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ต้องอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยศาลรัฐธรรมนูญไทยเคยได้วินิจฉัยว่า “กฎหมาย”

<sup>53</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 64.

<sup>54</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 435-449.

<sup>55</sup> U. Scheuner, Problem und Verantwortung der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1952 S.295 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 34.

<sup>56</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (โครงการตำราและเอกสาร ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 181.

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นหมายถึงกฎหมายที่องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติตราขึ้น<sup>57</sup> ซึ่งเป็นกรณีที่การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องทำโดยองค์กรที่มีความยึดโยงกับประชาชนเป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ หลักการย่อยที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ได้แก่ “**หลักความได้สัดส่วน**” โดยภายใต้หลักนิติรัฐนั้น การใช้อำนาจรัฐอันมีผลเป็นการก้าวล่วงไปในดินแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นไม่อาจทำได้ง่ายตามอำเภอใจ แต่ต้องผูกพันกับหลักการพื้นฐานหลายประการ ซึ่งหลักการสำคัญที่ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องคำนึงถึงเมื่อการใช้อำนาจของตนมีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคล นั่นคือ “**หลักความได้สัดส่วน**” ทั้งนี้ รายละเอียดของหลักความได้สัดส่วนจะได้กล่าวต่อไปในข้อ 2.3.2 นอกจากนี้ ยังมีหลักการย่อยอื่นที่สนับสนุนการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ โดยมุ่งเน้นการจำกัดการใช้อำนาจรัฐและมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล อันได้แก่ หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ หลักการดำเนินการของฝ่ายปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หลักนิติรัฐทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา และหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย เป็นต้น

#### 2.2.2.2 ลักษณะและรูปแบบการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการ

เมื่อพิจารณาลักษณะการรับรองและเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วสามารถแบ่งการรับรองสิทธิเสรีภาพได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้

(1) การรับรองแบบโดยเด็ดขาด เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดรับรองสิทธิเสรีภาพในลักษณะที่ไม่อยู่ภายใต้การจำกัดของกฎหมายใด ๆ โดยองค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพแบบสมบูรณ์นี้ได้ จึงเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าสิทธิบริบูรณ์ (absolute right) ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นกรณีของสิทธิเสรีภาพในมโนธรรมหรือความคิด<sup>58</sup> เช่น การรับรองให้บุคคลมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา ตามมาตรา 31<sup>59</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

(2) การรับรองแบบไม่เด็ดขาด โดยรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขกฎหมายพิเศษไว้สำหรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญเรียกร้องให้การแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะต้องผูกพันอยู่กับสถานการณ์ วัตถุประสงค์ หรือวิธีการ ที่รัฐธรรมนูญกำหนด<sup>60</sup> ดังนั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพเช่นนี้จะกระทำได้เฉพาะภายใต้ขอบเขตของเงื่อนไขพิเศษ

<sup>57</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2542

<sup>58</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 49-50.

<sup>59</sup> มาตรา 31 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

<sup>60</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 87-88.



ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร ตามมาตรา 36<sup>61</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อาจถูกจำกัดได้ด้วยคำสั่งหรือหมายของศาลหรือเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ และเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ ตามมาตรา 38<sup>62</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อาจถูกจำกัดได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง หรือเพื่อรักษาสถานภาพของครอบครัว หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ทั้งนี้ หากมีการตรากฎหมายอันมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว โดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขพิเศษ หรือเหตุที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กฎหมายนั้นย่อมขัดกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมิได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ<sup>63</sup>

(3) การรับรองแบบไม่เด็ดขาด เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่มีการกำหนดเงื่อนไขพิเศษสำหรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว โดยรัฐธรรมนูญเรียกร้องให้การแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพอาจทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไป องค์กรณีบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีควมยืดหยุ่นอย่างใกล้ชิดกับประชาชนสามารถออกกฎหมายในลักษณะจำกัดสิทธิเสรีภาพเช่นนั้นได้หากเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นและสมควร ซึ่งสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย ทั้งนี้ การตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลถือเป็นสาระสำคัญที่องค์กรณีบัญญัติจะต้องพิจารณา กำหนดเอง ไม่สามารถมอบอำนาจให้องค์กรอื่นเป็นผู้กำหนดผ่านกฎหมายลำดับรองโดยปราศจากฐานอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้<sup>64</sup> ยกตัวอย่างเช่น สิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด ตามมาตรา 37<sup>65</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งอาจถูกจำกัดได้โดย

<sup>61</sup> มาตรา 36 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันไม่ว่าในทางใด ๆ

การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

<sup>62</sup> มาตรา 38 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง หรือเพื่อรักษาสถานภาพของครอบครัว หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์

<sup>63</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547) หน้า 257.

<sup>64</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)”, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), 2558, หน้า 21.

<sup>65</sup> มาตรา 37 บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด

กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เป็นต้น กล่าวได้ว่า การรับรองสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ รัฐมีดุลพินิจในการเข้าไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากที่สุดเมื่อเทียบกับการรับรองในสองระดับแรก

ทั้งนี้ ในกรณีของการรับรองแบบไม่เด็ดขาดตาม (2) และ (3) นี้ เรียกอีกอย่างว่า **การรับรองอย่างสัมพัทธ์ (Relative)** ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐสามารถจำกัดหรือควบคุมการใช้เสรีภาพนั้นได้หากปรากฏซึ่งความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ยกตัวอย่างเช่น เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อป้องกันการนำไปสู่เหตุการณ์อันวุ่นวายหรือเกิดจลาจลขึ้นในประเทศ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้องค์กรณีบัญญัติจะออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ แต่ก็ไม่สามารถถลี้ยงสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ และการจำกัดสิทธิเสรีภาพเช่นนี้ต้องเคารพต่อหลักการทางกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น หลักการตรากฎหมายที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ตามมาตรา 26<sup>66</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้งนี้ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะเปิดช่องให้ตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการได้ แต่การจำกัดนั้นต้องกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น<sup>67</sup> สำหรับการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการที่จะได้ศึกษาในวิทยานิพนธ์นี้ ในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีลักษณะเป็นการรับรองที่เหมือนกันคือ **รับรองแบบไม่เด็ดขาดหรือรับรองอย่างสัมพัทธ์** โดยรัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจในการที่จะจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นในภายหลังได้ จากการตรวจสอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้พบว่า เงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดสำหรับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการนั้น มีรูปแบบคือ ต้องเป็นไปโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย สำหรับเงื่อนไขในเรื่องเนื้อหานั้น ต้องเป็นไปเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางความเป็นธรรมในการ

---

ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>66</sup> มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุมเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

<sup>67</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 545.

แข่งขัน เท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 43<sup>68</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ทั้งนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญรับรองการประกอบกิจการในลักษณะที่เป็นเสรีภาพ จึงเป็นกรณีที่บุคคลมีเสรีภาพตามที่กำหนดนั้น โดยรัฐไม่มีหน้าที่เฉพาะที่จะต้องจัดหาสิ่งที่เป็นเสรีภาพให้ เพียงแต่มีหน้าที่โดยทั่วไปที่จะงดเว้นการกระทำใดที่จะขัดขวางการมีเสรีภาพนั้น<sup>69</sup> ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิของบุคคลในการเรียกร้องการคุ้มครองจากรัฐตามมา นอกจากนี้ การนำเสรีภาพในการประกอบกิจการมาบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรทำให้เสรีภาพดังกล่าว กลายเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ อันเป็นการเปิดช่องให้สามารถดำเนินชีวิตได้อย่างเสรีภายในประชาคม<sup>70</sup> ทั้งยังเป็นที่ยืนยันถึงการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในฐานะสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นหลักประกันในเชิงสถาบันอีกด้วย<sup>71</sup>

### 2.2.3 การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยรัฐ: ความผูกพันขององค์กรใช้อำนาจรัฐต่อสิทธิเสรีภาพ

เมื่อเสรีภาพในการประกอบกิจการมีคุณค่าและความสำคัญจึงนำมาซึ่งแนวคิดในการรับรองเสรีภาพและการคุ้มครองซึ่งเป็นอีกหนึ่งภารกิจสำคัญของรัฐ ที่จะทำให้เสรีภาพในการประกอบกิจการที่ได้รับการรับรองสามารถบังเกิดผลอย่างบริบูรณ์ โดยอาศัยรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือสำคัญ กล่าวคือ นอกจากรัฐธรรมนูญจะเป็นเครื่องมือสำคัญในการรับรองสิทธิเสรีภาพแล้ว รัฐธรรมนูญยังเป็นเครื่องมือสำคัญที่ทำให้สิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองเหล่านั้นได้รับการคุ้มครอง และสามารถมีผลบังคับใช้ได้จริง โดยสร้างกลไกในการคุ้มครองผ่านหลักการที่สำคัญประการหนึ่งคือ

<sup>68</sup> มาตรา 43 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือ ขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

<sup>69</sup> กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์, “สิทธิและเสรีภาพของประชาชน: ความคุ้มครองที่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายและ กฎ” รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 12 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ”, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557), หน้า 9.

<sup>70</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 127.

<sup>71</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 47.

“หลักความผูกพันโดยตรงต่อสิทธิเสรีภาพขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ”<sup>72</sup> ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่เรียกร้องให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ กล่าวคือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลในทุกบริบทของการใช้อำนาจ กล่าวคือ การตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย จนถึงการตีความกฎหมาย อันจะทำให้การใช้อำนาจรัฐทั้งปวงมีแนวทางที่สอดคล้องต้องกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยหลักการดังกล่าวปรากฏในบทบัญญัติ มาตรา 27<sup>73</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 27<sup>74</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น แม้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าองค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพ แต่ได้ปรากฏบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการกำหนดให้การใช้อำนาจรัฐต้องเคารพและคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพ เช่น การกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ และการกำหนดความผูกพันของรัฐในหมวด 5 เรื่อง หน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นกลไกใหม่ตามรัฐธรรมนูญให้รัฐต้องปฏิบัติตามและรับรองสิทธิของประชาชนและชุมชนที่จะติดตามและเร่งรัดให้รัฐดำเนินการ รวมตลอดทั้งฟ้องร้องเพื่อให้ได้รับประโยชน์จากหน้าที่ของรัฐนั้น เป็นต้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว สามารถแบ่งหน้าที่ของรัฐโดยอาศัยความเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพได้ 3 ส่วน ส่วนที่หนึ่งคือ หน้าที่ในการเคารพสิทธิเสรีภาพ โดยการใช้อำนาจขององค์กรรัฐต้องไม่เป็นการขัดขวางการใช้สิทธิของประชาชน ส่วนที่สองคือ หน้าที่ในการปกป้องสิทธิและเสรีภาพ โดยรัฐต้องมีกลไกปกป้องไม่ให้องค์กรรัฐใช้อำนาจในอันที่จะลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน และส่วนสุดท้ายคือ หน้าที่ในการทำให้สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นจริง โดยนอกจากการรับรองผ่านรัฐธรรมนูญ ตัวบทกฎหมาย และคำพิพากษาศาลแล้ว รัฐต้องดำเนินนโยบายหรือกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้อย่างเต็มที่ อันจะทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองนั้นมีความบริบูรณ์ และผู้ทรงสิทธิเสรีภาพสามารถใช้สิทธิได้ในความเป็นจริง

<sup>72</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติรัฐ/หลักนิติธรรม ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 81.

<sup>73</sup> มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง

<sup>74</sup> มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

## 2.3 นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ

เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลมีผลใช้บังคับได้จริงอย่างเป็นรูปธรรม องค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐหรือผู้ใช้กฎหมายจึงจำเป็นต้องมีนิติวิธีหรือวิธีการทางกฎหมายในบริบทของกฎหมายมหาชนซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงการตีความรัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และหลักความได้สัดส่วนในฐานะหลักประกันการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ

### 2.3.1 การตีความรัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

การตีความกฎหมาย คือ กระบวนการในการค้นหาความหมายแท้จริงและขอบเขตของถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกิดจากข้อจำกัดในการสื่อความของภาษา และความไม่แน่นอนหรือไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทั้งนี้ ในการตีความต้องพิเคราะห์ความหมายทั้งจากถ้อยคำและเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติทั้งในแง่มุมทางภาษาและทางกฎหมาย ความเป็นมาโครงสร้างและระบบของบทบัญญัติอันเป็นวัตถุแห่งการตีความ เพื่อนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้<sup>75</sup> สำหรับการตีความรัฐธรรมนูญก็เช่นกัน การตีความดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้ทราบถึงความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติเพื่อที่จะปรับใช้กับสถานการณ์ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้อง<sup>76</sup>

ด้วยเหตุที่การพิเคราะห์เจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติต้องพิเคราะห์ถึงเหตุผล (ratio legis) และเป้าหมาย (telos) ของบทบัญญัติ ประกอบกับเนื่องจากสิทธิเสรีภาพเป็นคุณค่าพื้นฐานของนิติรัฐ และองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐต้องผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจึงต้องมีความสอดคล้องกับหลักนิติรัฐและหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักการดังกล่าวนำไปใช้กับการตีความบทบัญญัติในกฎหมายเอกชนด้วย<sup>77</sup> การตีความให้สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้เป็นผลมาจากความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย และหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และเนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างหนึ่ง ในการตีความรัฐธรรมนูญจึงต้องนำเอาหลักการตีความ

<sup>75</sup> อรุณ ภาณุพงศ์, “การตีความกฎหมาย” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 26 ฉบับที่ 3, หน้า 547-549.

<sup>76</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 19 ฉบับที่ 1, หน้า 6.

<sup>77</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน” วารสารจตุลนิติ, ปีที่ 7 ฉบับที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2553), หน้า 66.

กฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่วไปมาใช้ด้วย นอกจากนี้ ในการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญยังต้องคำนึงถึงหลักการเฉพาะบางประการประกอบ<sup>78</sup>

### 2.3.2 หลักความได้สัดส่วนในฐานะหลักประกันการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ

เนื่องด้วยรัฐมีหน้าที่และภารกิจในการดำเนินกิจกรรมทางมหาชน ทั้งการรักษาความมั่นคงแห่งชาติ การจัดการสิ่งสาธารณูปโภค และการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐจึงจำเป็นต้องใช้อำนาจในการดำเนินการหรือวางมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุซึ่งภารกิจของรัฐดังกล่าว ซึ่งการใช้อำนาจของรัฐเช่นว่านี้หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะไม่ให้ผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ ในมิติของภารกิจเกี่ยวกับเศรษฐกิจนั้น รัฐมีความจำเป็นในการเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจ ทั้งในระดับนโยบายและในระดับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งการแทรกแซงดังกล่าวย่อมกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการประกอบกิจการ อย่างไรก็ตาม หน้าที่และภารกิจของรัฐในอีกมิติหนึ่งที่รัฐมีความผูกพันในการเคารพและพิทักษ์ซึ่งสิทธิเสรีภาพของบุคคล รัฐจึงจำเป็นต้องมีหลักการที่ต้องคำนึงถึงเมื่อการใช้อำนาจของรัฐนั้นก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพื่อเป็นเครื่องมือในการสร้างดุลยภาพระหว่างการใช้อำนาจรัฐให้บรรลุซึ่งภารกิจกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล หนึ่งในหลักการดังกล่าวที่สำคัญ คือ หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) หรือที่เรียกด้วยชื่ออื่น ๆ เช่น หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักการห้ามกระทำการเกินกว่าเหตุ เป็นหนึ่งในหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐที่มีลักษณะเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐโดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญ 3 ประการ ประกอบด้วย

(1) **หลักความเหมาะสม** (Principle of Suitability) หรือหลักความสัมฤทธิ์ผล เป็นหลักการที่เรียกร้องให้มาตรการที่รัฐใช้ต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสมต่อการบรรลุวัตถุประสงค์แห่งการใช้อำนาจรัฐนั้น กล่าวคือเป็นมาตรการที่สามารถสัมฤทธิ์ผลได้หรือคาดหมายได้ว่าการใช้มาตรการดังกล่าวจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์แห่งกฎหมายนั้นได้อย่างแท้จริง ทั้งนี้ หากการใช้มาตรการใดไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้หรือการบรรลุวัตถุประสงค์เป็นไปด้วยความยากลำบาก<sup>79</sup> ถือได้ว่ามาตรการนั้นไม่เป็นไปตามหลักความเหมาะสมนี้

(2) **หลักความจำเป็น** (Principle of Necessity) เป็นหลักการที่เรียกร้องให้รัฐ

<sup>78</sup> Hartmut Maurer, Staatsrecht, München : Beck, 1999, S. 25 อ้างถึงในวรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน” วารสารจตุรนิติ, ปีที่ 7 ฉบับที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2553), หน้า 83-84.

<sup>79</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ความเป็นมนุษย์, หน้า 274.

ต้องเลือกใช้มาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุผลหรือเหมาะสมและก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด หรือเป็นมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด กล่าวได้ว่าเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อบุคคลน้อยที่สุด และไม่มีมาตรการอื่นที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่า

(3) **หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ** (Principle of Proportionality *stricto sensu*) เป็นหลักการที่เรียกร้องให้การใช้มาตรการใด ๆ ของรัฐต้องอยู่ในขอบเขตความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่คาดหมาย<sup>80</sup> กล่าวคือ ต้องมีการพิจารณาชั่งน้ำหนักว่าประโยชน์สาธารณะที่คาดว่าจะเกิดจากมาตรการนั้นมีความคุ้มค่ากับการกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบหรือไม่ ทั้งนี้ หากการใช้มาตรการใดเกิดประโยชน์มากกว่าผลเสีย มาตรการนั้นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้

สำหรับสถานะทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วนนั้น ในบริบทของรัฐเสรีประชาธิปไตย หลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับคุณค่าและความสำคัญว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักที่อยู่บนฐานของหลักความยุติธรรม กล่าวคือ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและความยุติธรรมของสังคมโดยรวม โดยมุ่งหมายที่จะจำกัดอำนาจรัฐเพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>81</sup> ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจะถูกนำมาพิจารณาเป็นการทั่วไปในการใช้อำนาจของรัฐแม้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม สำหรับประเทศไทยนั้น หลักความได้สัดส่วนถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญครั้งแรกในมาตรา 29<sup>82</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หลักการดังกล่าวจึงกลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ<sup>83</sup> สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น ได้กำหนดให้ ในการตรากฎหมายที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลต้องไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของ

<sup>80</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>81</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติรัฐ/หลักนิติธรรม ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, หน้า 126.

<sup>82</sup> มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>83</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)”, หน้า 8.

บุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 26<sup>84</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นี้ สะท้อนถึงหลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

เนื่องด้วยสถานะการเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจใด ๆ ของรัฐจึงต้องผูกพันและสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจของรัฐอันมีผลเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งเป็นกรณีที่รัฐปฏิเสธหรือป้องกันมิให้บุคคลสามารถใช้สิทธิเสรีภาพในขอบเขตของตนอย่างเต็มที่ หากการใช้อำนาจของรัฐอันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วน การใช้อำนาจของรัฐดังกล่าวย่อมเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพจะมีผลสมบูรณ์ได้ต่อเมื่อได้ผ่านหลักเกณฑ์ตามหลักการได้สัดส่วน โดยการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่มีผลสมบูรณ์ย่อมส่งผลให้เกิดการละเมิดหรือฝ่าฝืนสิทธิเสรีภาพนั้น ๆ นอกจากนี้ บทบัญญัติที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนด้วย มิเช่นนั้นการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>85</sup>

อนึ่ง องค์การตุลาการของไทยได้รับรองหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการในการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งมีผลเป็นการสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลและประโยชน์สาธารณะ ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วย ดังเช่นตัวอย่างคำพิพากษาดังนี้

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545** ซึ่งศาลได้พิจารณาถึงสาระสำคัญ ทั้งสามส่วนของหลักความได้สัดส่วนว่า การกำหนดให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายสัมฤทธิ์ผล โดยไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มัคคุเทศก์ได้รับความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ อีกทั้งข้อกำหนดดังกล่าวก็ไม่ขัดต่อหลักดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประโยชน์มหาชน ดังนั้น กฎกระทรวงที่ถูกต้องแย้งจึงไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของมัคคุเทศก์จนเกินสมควรอันจะถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

**คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 2253/2546** อันเป็นคดีที่พิพากษาเรื่องประกาศ

<sup>84</sup> มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>85</sup> Aharon Barak (Translated from Hebrew by Doron Kalir), *Proportionality Constitution Rights and their limitations*, Cambridge University Press New York, 2012, p. 102.



กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฯ ที่กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดในฤดูปลาวางไข่ โดยศาลได้วินิจฉัยตามหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วน ได้แก่ การพิจารณาถึงเงื่อนไขพิเศษ ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ความสัมฤทธิ์ผลของมาตรการ การกระทบสิทธิเสรีภาพอย่างน้อยที่สุด และการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1491/2559** ศาลได้วินิจฉัยว่า แม้การก่อสร้างสะพานคนเดินข้ามถนนจะเกิดประโยชน์ต่อประชาชนผู้เดินข้ามถนนก็ตาม แต่ในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องคำนึงถึงความเสียหายของผู้ได้รับผลกระทบจากการก่อสร้างด้วย ดังนั้น การที่กรมทางหลวงก่อสร้างสะพานคนเดินข้ามถนนโดยปิดทางเข้าออกที่ดินของผู้ฟ้องคดีเกือบทั้งหมด ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถเข้าออกที่ดินได้ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่เหมาะสมและเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 4/2561** ศาลได้วินิจฉัยว่า ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดมาตรการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายต้องมีความได้สัดส่วนเมื่อซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะที่ต้องการจะปกป้องรักษากับความเดือดร้อนเสียหายหรือสิทธิของบุคคลที่จะได้รับผลกระทบ โดยต้องเลือกมาตรการหรือวิธีการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่ให้อำนาจ และวิธีการที่เลือกใช้ต้องมีความจำเป็นและกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้น้อยที่สุด ดังนั้น การเลือกใช้วิธีเผาทำลายสิ่งปลูกสร้างที่เป็นที่อยู่อาศัยอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างรุนแรง นั้น เป็นการใช้อำนาจเกินความจำเป็น ไม่สมควรแก่เหตุ เมื่อเปรียบเทียบกับการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้นเคยได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ดังเช่นตัวอย่างคดีดังนี้

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547** ศาลมีความเห็นว่า การที่มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 กำหนดห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุราซึ่งมีความหมายรวมถึงแป้งข้าวหมักด้วยนั้น ในส่วนที่กำหนดความหมายให้หมายความรวมถึงแป้งข้าวหมัก เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงลักษณะของแป้งข้าวหมักซึ่งไม่ใช่เชื้อสุราในตัวเอง แต่เป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลในท้องถิ่นนำไปใช้ประโยชน์ได้หลายอย่าง ดังนั้น มาตรา 24 และมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 เฉพาะความในส่วนที่หมายถึงแป้งข้าวหมักจึงขัดหรือแย้งต่อมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552** ศาลเห็นว่า การที่ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 44 ลงวันที่ 17 มกราคม 2551 กำหนดห้ามขายอาหารหรือเครื่องดื่มตั้งแต่เวลา 01.00 – 05.00 น.

ของแต่ละวัน เป็นการจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพค้าขายโดยสุจริตของประชาชนจำนวนมาก โดยไม่จำเป็น และเป็นการสร้างภาระแก่ประชาชนทั่วไปที่มีความจำเป็นต้องบริโภคอาหารในเวลา ดังกล่าว โดยไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นสนับสนุน ถึงแม้จะมีการผ่อนปรนให้ขอรับใบอนุญาตได้ ก็ยังคงเป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็นอยู่นั่นเอง เนื่องจากยาก ต่อการปฏิบัติและเป็นช่องทางให้ประชาชนผู้ประกอบการสัมมาชีพต้องตกอยู่ใต้อำนาจครอบงำของ เจ้าหน้าที่โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรอีกด้วย และการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวมิได้เกิดประโยชน์ตาม เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ประกอบกับความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของ บ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และไม่เหมาะสมกับวิถีชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน จึงเป็นการ จำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เกินกว่าความจำเป็น และกระทบกระเทือนต่อ สาระสำคัญแห่งเสรีภาพนั้น

จากตัวอย่างคำวินิจฉัยข้างต้นกล่าวได้ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นเครื่องมือสำคัญที่ ให้หลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการ ผ่านนิติวิธี ขององค์กรตุลาการ ทั้งนี้ ในปัจจุบัน หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่ใช้ในกฎหมายทุกระดับ ตั้งแต่กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายเอกชน<sup>86</sup> รวมไปถึงการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของ คณะอนุญาโตตุลาการในหลายสถาบัน เช่น ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททาง การลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID) เป็นต้น<sup>87</sup>

จากการศึกษาในบทนี้สรุปได้ว่า ภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจและหลักนิติรัฐ เสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการรับรองในลักษณะสัมพัทธ์ โดยมีข้อจำกัดคือเหตุผลความจำเป็น ของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งภารกิจใหม่ของรัฐในด้านเศรษฐกิจและสังคมซึ่งทำให้เกิดการแทรกแซงของรัฐ ในทางเศรษฐกิจ โดยเสรีภาพในการประกอบกิจการถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการ ประกอบอาชีพอันจะทำให้การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพทั้งสองมีความเชื่อมโยงกัน

<sup>86</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 449.

<sup>87</sup> ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในการตัดสินข้อพิพาทในการ อนุญาโตตุลาการได้ในบทความวิชาการ “หลักความได้สัดส่วนกับการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน” ของ ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครโรจน *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 40 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2554) หน้า 238-262

### บทที่ 3

#### เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญต่างประเทศ

จากแนวคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการในบทที่ 2 แสดงให้เห็นถึงคุณค่าและความสำคัญของเสรีภาพในการประกอบกิจการอันส่งผลให้เกิดแนวคิดและวิธีทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการที่ปรากฏในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ซึ่งในบทนี้ผู้เขียนได้ศึกษาแนวคิดและวิธีการดังกล่าวของประเทศที่มีแนวคิดการรับรองสิทธิเสรีภาพในระดับรัฐธรรมนูญที่เด่นชัด และมีการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยองค์กรตุลาการ อันได้แก่ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเกาหลีใต้ โดยแบ่งหัวข้อการศึกษาเป็น 3 ส่วน ส่วนแรกคือ ความทั่วไปเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจและเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญ ส่วนที่สองคือ การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญ และส่วนสุดท้ายคือ แนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการของประเทศดังกล่าวเกี่ยวกับการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ

#### 3.1 ประเทศเยอรมนี

##### 3.1.1 ระบบเศรษฐกิจและเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมัน

การพัฒนาทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศเยอรมนีเริ่มต้นตั้งแต่ช่วงการรวมอาณาจักรเยอรมัน ซึ่งมีการอพยพเคลื่อนย้ายถิ่นที่อยู่ของประชากรจำนวนมากจากเขตชนบทเข้าสู่เขตเมืองอันเป็นสถานที่ตั้งของแหล่งอุตสาหกรรม<sup>88</sup> ต่อมา ในช่วงรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศเยอรมนีมีระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรีซึ่งส่งผลกระทบต่ออย่างมากต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ แม้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์จะได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญระดับสหพันธ์ฉบับแรกที่มีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเนื่องจากมีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในรัฐธรรมนูญดังกล่าว แต่ในทางปฏิบัตินั้น รัฐไม่สามารถตอบสนองให้เกิดผลเป็นตามบทบัญญัติได้ ยกตัวอย่างเช่น การบัญญัติรับรองสิทธิในการมีงานทำไม่อาจบรรลุได้อย่างเต็มที่ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรีซึ่งรัฐมิได้มีบทบาทในทางเศรษฐกิจโดยตรง เป็นต้น ทำให้เกิดการตีความว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับอำนาจรัฐโดยประชาชนจะอ้างบทบัญญัติได้ต่อเมื่อมีการนำสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตราเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเสียก่อน ซึ่งการตีความดังกล่าวเป็นการลดทอนการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

<sup>88</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 118.

ตามรัฐธรรมนูญไป<sup>89</sup> ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง เยอรมนีฝั่งตะวันตกกับเยอรมนีฝั่งตะวันออกได้ทำความตกลงร่วมกันในสามด้าน ได้แก่ ระบบเงินตรา ระบบเศรษฐกิจ และระบบสังคม โดยข้อตกลงด้านระบบเศรษฐกิจนั้น เยอรมนีฝั่งตะวันออกมีหน้าที่สร้างพื้นฐานระบบเศรษฐกิจแบบตลาดประสานสังคม (Soziale Marktwirtschaft) โดยการวางหลักประกันแก่กรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล การกำหนดราคาโดยกลไกของตลาด การประกันเสรีภาพในการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจ การวางหลักเกณฑ์ให้มีการแข่งขันเสรี การประกันเสรีภาพสำหรับการขนส่งสินค้า การถ่ายเทเงินทุน และการเคลื่อนย้ายแรงงาน รวมถึงการสร้างระบบภาษี ระบบการคลัง และงบประมาณที่สอดคล้องกับระบบตลาดการค้าเสรี<sup>90</sup>

ภายใต้กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz - Basic Law) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมันนั้น แม้ได้มีการรับรองสิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของปัจเจกชนไว้ แต่ด้วยเหตุที่รัฐมีภารกิจในการขจัดความเหลื่อมล้ำและสร้างความเป็นธรรมในสังคม รัฐธรรมนูญจึงกำหนดหลักเกณฑ์เป็นการเฉพาะเพื่อให้รัฐสามารถแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้เพื่อบรรลุซึ่งความจำเป็นดังกล่าว โดยกำหนดกรอบของระบบเศรษฐกิจภายใต้หลักสังคมรัฐ (Sozialen Rechtsstaates - Social State) หรือเรียกได้ว่าระบบเศรษฐกิจแบบรัฐสวัสดิการในระบอบประชาธิปไตยของประเทศเยอรมนี<sup>91</sup> ทั้งนี้จะได้กล่าวถึงการรับรองคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมันในส่วนต่อไป

สำหรับกฎหมายทางเศรษฐกิจในเยอรมันนั้น มีพัฒนาการโดยได้รับอิทธิพลจากหลักการการค้าเสรีที่ปรากฏในกฎหมายระเบียบกิจการค้าทั่วไปของปรัสเซีย ค.ศ. 1845 มีสาระสำคัญคือผู้ประกอบการมีอิสระในการเลือกประเภทการค้าและวิธีการดำเนินกิจการของตนได้ การแทรกแซงของรัฐเป็นเพียงข้อยกเว้นโดยจำกัดไว้เพียงการวางระเบียบให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินธุรกิจได้อย่างราบรื่น รัฐจึงมีบทบาททางเศรษฐกิจในการป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของส่วนรวม มิใช่เป็นการบังคับทิศทางหรือนำทางเศรษฐกิจของเอกชน ซึ่งหลักการดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีและหลักเสรีภาพของบุคคล (Personal freedoms) ที่ได้รับการรับรองตามมาตรา 2 (1)<sup>92</sup> ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน

สำหรับแนวคิดที่ว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจของประเทศเยอรมันนั้น

<sup>89</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 121.

<sup>90</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 125-126.

<sup>91</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน*, หน้า 72.

<sup>92</sup> Article 2 [Personal freedoms]

(1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

(2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law.

สามารถแบ่งการแทรกแซงของรัฐได้ 2 ประเภท คือ (1) การแทรกแซงที่มีลักษณะทั่วไป ซึ่งเป็นการแทรกแซงของรัฐในระดับนโยบายอันมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและวงจรเศรษฐกิจในภาพรวม เช่น การดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจ เป็นต้น และ (2) การแทรกแซงเฉพาะเรื่อง ซึ่งมีผลเป็นการกระทบต่อการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจแต่ละประเภทโดยตรง ทั้งกิจการทางเศรษฐกิจที่แสวงผลกำไร เช่น กิจการที่เป็นการค้าอุตสาหกรรม และกิจการทางเศรษฐกิจที่ไม่แสวงผลกำไร เช่น กิจการสาธารณูปโภค และกิจการโรงพยาบาล เป็นต้น โดยรัฐมีมาตรการหรือวิธีในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจใน 2 ระดับ คือ (1) รัฐเพียงเข้ายุ่งเกี่ยวกับเศรษฐกิจ โดยใช้มาตรการในลักษณะที่รัฐวางกฎเกณฑ์เพียงฝ่ายเดียวให้ผู้ประกอบกิจการปฏิบัติตาม และ (2) รัฐเข้าดำเนินการทางเศรษฐกิจเอง กล่าวคือ รัฐเข้าประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ โดยกิจการที่รัฐเข้าดำเนินการเองนี้เรียกว่า “วิสาหกิจมหาชน” ซึ่งมีทั้งที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมดและที่รัฐร่วมดำเนินการกับเอกชน<sup>93</sup>

### 3.1.2 การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมัน

เนื่องด้วยผลจากการกระทำโดยพรรคนาซีและฮิตเลอร์ในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง และช่วงสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างรุนแรง ประเทศเยอรมนีจึงให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นอย่างมาก โดยหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้สะท้อนอยู่ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ทั้งนี้ สามารถพิจารณาการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมันได้ดังต่อไปนี้

#### 3.1.2.1 การรับรองและการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมัน

เพื่อประโยชน์ในการศึกษา สามารถพิจารณาการรับรองสิทธิเสรีภาพภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมันโดยแบ่งได้เป็น 2 ช่วงเวลา กล่าวคือ ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันและตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับเป็นต้นมา โดยช่วงเวลาก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับนั้น รัฐธรรมนูญที่สำคัญและมีอิทธิพลต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้แก่ รัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์ก ลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 1871 ซึ่งในช่วงต้นภายใต้การนำของบิสมาร์ก (Bismark) นายกรัฐมนตรีผู้มืบทบาทในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว อาณาจักรเยอรมันมีความเจริญรุ่งเรืองเป็นอย่างมาก ทั้งด้านเศรษฐกิจ การเมือง และศิลปวัฒนธรรม อย่างไรก็ตาม ความมั่นคงดังกล่าวสิ้นสุดลงภายหลังการแพ้สงครามโลกครั้งที่หนึ่ง พร้อมกันกับการมีรัฐธรรมนูญฉบับถัดมาคือ รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐไวมาร์ ลงวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ. 1919 ซึ่งมีลักษณะพิเศษคือ มีการบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของชาวเยอรมันในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ โดยที่มีมาจากหลักการบางส่วนของรัฐธรรมนูญฉบับปฏิวัติ

<sup>93</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, หน้า 56-61.

ประชาชน ค.ศ. 1849 ทั้งนี้ เนื่องจากประสบการณ์เรื่องปัญหาระบบการเมืองในอดีตอันเป็นต้นเหตุของสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐไวมาร์จึงมุ่งหมายที่จะแก้ปัญหาที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากเกินไปโดยการเพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากประธานาธิบดี Friedrich Ebert พ้นจากตำแหน่ง ได้เกิดปัญหาเงินเฟ้อ การว่างงาน และการขาดศูนย์อำนาจทางการเมืองอย่างแท้จริง เนื่องจากมีพรรคการเมืองเกิดขึ้นใหม่มากมาย ซึ่งพรรคนาซีสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้จึงเป็นเหตุให้พรรคนาซีเป็นพรรคการเมืองที่มีอิทธิพลและสามารถเอาชนะพรรคคอมมิวนิสต์ได้ ต่อมาภายใต้การปกครองของอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) การใช้อำนาจรัฐถูกรวมเข้าไว้ที่ส่วนกลางในลักษณะระบบผู้นำหรือระบบเผด็จการ นำไปสู่การออกกฎหมายที่มอบอำนาจพิเศษให้แก่ฮิตเลอร์ที่เรียกว่า กฎหมายมอบอำนาจ (Enabling Act - Ermächtigungsgesetz) อันเป็นสาเหตุสำคัญของการใช้อำนาจที่ทำให้รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐไวมาร์ถูกยกเลิกโดยปริยาย และเนื่องจากอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดของผู้นำตัวเองเป็นเหตุให้เกิดการกวาดล้างผู้ที่มีความเห็นต่างจากพรรคนาซีด้วยวิธีการที่ทารุณโหดร้าย อันเป็นเหตุการณ์สำคัญที่ก่อให้เกิดการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนครั้งรุนแรงในประวัติศาสตร์ ทั้งนี้ ในแง่ของเศรษฐกิจนั้น ระบบเผด็จการและสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เช่น การขาดความสัมพันธ์อันดีกับต่างประเทศ สภาวะสงคราม และการพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่สอง ได้ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของเยอรมันในภาพรวมในเชิงลบเป็นอย่างมาก

เนื่องด้วยการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างรุนแรงโดยพรรคนาซีและฮิตเลอร์จากเหตุการณ์ในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สองและช่วงสงครามโลกครั้งที่สองประกอบกับบทเรียนจากการปกครองภายใต้พรรคนาซีที่ไม่มีหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่าที่ควร ส่งผลต่อประเด็นการรับรองสิทธิเสรีภาพภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมันตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับเป็นต้นมา กล่าวคือ ภายหลังจากเยอรมนีพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 1949 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน หรือที่เรียกกันว่า **กฎหมายพื้นฐาน** (Grundgesetz – Basic Law) รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพไว้อย่างกว้างขวางอันเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากสากล ทั้งในส่วนที่เป็นสิทธิเสรีภาพที่ปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ (status negativus) ยกตัวอย่างเช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (มาตรา 1) สิทธิในชีวิตและร่างกาย (มาตรา 2) และหลักความเสมอภาค (มาตรา 3) เป็นต้น ส่วนที่เป็นสิทธิเสรีภาพที่ประชาชนสามารถเรียกร้องให้รัฐดำเนินการ (status positivus) ยกตัวอย่างเช่น สิทธิในการได้รับการพิจารณาตัวอย่างถูกต้อง (มาตรา 101) และสิทธิที่จะไม่ถูกลงโทษมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับการกระทำครั้งเดียว (มาตรา 103 (3)) เป็นต้น และส่วนที่เป็นสิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตจำนงทางการเมือง (status activus) ยกตัวอย่างเช่น สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง (มาตรา 9) และสิทธิในการเลือกตั้ง (มาตรา 21) เป็นต้น สำหรับเสรีภาพที่เกี่ยวข้อง

กับการประกอบกิจการอันเป็นประเด็นหลักในการศึกษาของวิทยานิพนธ์นั้น มาตรา 12<sup>94</sup> ของรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในการเลือกอย่างเสรี ในอาชีพหรือวิชาชีพของตน รวมถึงสถานที่ทำงานและสถานที่ฝึกอบรม ซึ่งข้อกำหนดการปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวสามารถกระทำได้ด้วยกฎหมาย

ภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมัน นอกเหนือจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เป็นสิทธิเด็ดขาดแล้ว การรับรองสิทธิเสรีภาพที่ถูกต้องถึงในรัฐธรรมนูญเยอรมันเป็นไปในลักษณะเทียบเคียง กล่าวคือ สิทธิเสรีภาพบางประการไม่มีการบัญญัติในส่วนของการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ในขณะที่สิทธิเสรีภาพบางประการมีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ และในบางกรณีรัฐธรรมนูญยินยอมให้สิทธิเสรีภาพบางประการอาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย<sup>95</sup> ทั้งนี้ การจำกัดสิทธิเสรีภาพภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมันต้องเป็นไปตามมาตรา 1<sup>96</sup>(3) และมาตรา 19<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> Article 12 [Occupational freedom]

(1) All Germans shall have the right freely to choose their occupation or profession, their place of work and their place of training. The practice of an occupation or profession may be regulated by or pursuant to a law.

(2) No person may be required to perform work of a particular kind except within the framework of a traditional duty of community service that applies generally and equally to all.

(3) Forced labour may be imposed only on persons deprived of their liberty by the judgment of a court.

<sup>95</sup> Aharon Barak (Translated from Hebrew by Doron Kalir), Proportionality Constitution Rights and their limitations, p. 179-180.

<sup>96</sup> Article 1 [Human dignity – Human rights – Legally binding force of basic rights]

(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.

<sup>97</sup> Article 19 [Restriction of basic rights – Legal remedies]

(1) Insofar as, under this Basic Law, a basic right may be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not merely to a single case. In addition, the law must specify the basic right affected and the Article in which it appears.

(2) In no case may the essence of a basic right be affected.

(3) The basic rights shall also apply to domestic artificial persons to the extent that the

อันเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพ**ต้องกระทำโดยอำนาจแห่งกฎหมายโดยต้องระบุถึงบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย**เช่นว่านั้น หรือที่ในทางการร่างกฎหมายเรียกว่า บทอาศัยอำนาจ นอกจากนี้การจำกัดสิทธิเสรีภาพ**ต้องเป็นการทั่วไป** และ**จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นมิได้** ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวหน่วยงานของรัฐต้องอำนวยความสะดวกให้ผู้ที่ถูกละเมิดนั้น ทั้งนี้ ในส่วนของการคุ้มครองสิทธิสำคัญของสิทธิเสรีภาพ สามารถพิจารณาได้ 2 กรณี คือ ในกรณีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอย่างสัมบูรณ์ การกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพดังกล่าว**นั้นไม่อาจกระทำได้**<sup>98</sup> และในกรณีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์ ซึ่งให้การยอมรับความจำเป็นที่เหนือกว่าในการเข้าแทรกแซงอันมีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังกล่าวต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบด้วย ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักการทั่วไปที่สำคัญประการต่อไปคือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพจะ**ต้องกระทำเท่าที่จำเป็น** กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องกระทำอย่างเหมาะสมและเพียงเท่าที่จำเป็น โดยพิจารณาด้วยหลักความได้สัดส่วน ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเคยได้ตัดสินเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการจำกัดสิทธิของบุคคลว่า ปัจเจกชนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสังคม ย่อมต้องยอมรับการแทรกแซงของรัฐซึ่งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์ส่วนรวมของสังคมซึ่งสำคัญกว่าภายใต้การบังคับใช้หลักความได้สัดส่วนอย่างเคร่งครัด ตราบเท่าที่ไม่ส่งกระทบอันทำลายขอบเขตของชีวิตส่วนตัว<sup>99</sup> อันเป็นการยอมรับถึงการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่วางกรอบว่าการจำกัดสิทธิต้องเป็นไปโดยชอบด้วยหลักความได้สัดส่วน

### 3.1.2.2 การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยองค์กรตุลาการในประเทศเยอรมนี

เนื่องด้วยบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเยอรมันถูกบัญญัติรวมไว้กับเนื้อหาส่วนอื่นโดยมิได้แยกต่างหากจากตัวบทรัฐธรรมนูญ จึงทำให้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญและเป็นกฎหมาย

---

nature of such rights permits.

(4) Should any person's rights be violated by public authority, he may have recourse to the courts. If no other jurisdiction has been established, recourse shall be to the ordinary courts. The second sentence of paragraph (2) of Article 10 shall not be affected by this paragraph.

<sup>98</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543), หน้า 192.

<sup>99</sup> Aharon Barak (Translated from Hebrew by Doron Kalir), Proportionality Constitution Rights and their limitations, p.180.



สูงสุดด้วย<sup>100</sup> ประกอบกับข้อ 1 (3)<sup>101</sup> ของรัฐธรรมนูญเยอรมันกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ที่มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรใช้อำนาจรัฐตั้งเช่นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงในลักษณะภาวะวิสัย เป็นเหตุให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรใช้อำนาจตุลาการจึงต้องเคารพและผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญโดยไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติรายละเอียดของสิทธิเสรีภาพในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติก่อนแต่อย่างใด ทั้งนี้ ด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองหลักการดังกล่าว<sup>102</sup> ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทหน้าที่สำคัญโดยตรงในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่มีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญนี้<sup>103</sup> นอกจากนี้ เมื่อสิทธิเสรีภาพบางประการโดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการประกอบกิจการ ได้รับการรับรองในแบบสัมพัทธ์ที่รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ด้วยเงื่อนไขทางกฎหมายและเหตุผลต่าง ๆ ศาลรัฐธรรมนูญจึงยังมีบทบาทสำคัญในการเป็นผู้พิทักษ์คุ้มครองสิทธิเสรีภาพผ่านการวินิจฉัยตีความการจำกัดสิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้น ทั้งนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Act on the Federal Constitutional Court) กำหนดให้คำวินิจฉัยมีผลผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์และมลรัฐ องค์กรศาล และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพบุคคลโดยศาลรัฐธรรมนูญจึงมีผลไปถึงองค์กรใช้อำนาจของรัฐในทุกระดับ

ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญและเคร่งครัดกับการดำเนินการตามแนวคิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง โดยในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น ศาลมักจะหาวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมและความสัมพันธ์ที่เป็นเหตุเป็นผลระหว่างมาตรการที่ใช้ซึ่งถูกจำกัดโดยบัญญัติแห่งกฎหมายและวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม การเลือกมาตรการที่ล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพที่น้อยกว่า และการถ่วงดุลระหว่างการจำกัดสิทธิเสรีภาพและ

<sup>100</sup> บุญศรี มีวงศ์โฆษ, รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ “การยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล” เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (ธันวาคม 2546), หน้า 37.

<sup>101</sup> Article 1 [Human dignity – Human rights – Legally binding force of basic rights]

ฯลฯ

ฯลฯ

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.

<sup>102</sup> ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับเครื่องมือที่ทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ในหนังสือ “หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ” ของศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ หน้า 51-53

<sup>103</sup> Heinrich, H. G. (2001) The hierarchy of legal norm in CEE constitutional system. Vienna: The University of Vienna อ้างถึงใน วุฒิชัย จิตदानุ, กระบวนการทางกฎหมายและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 36 (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549)

ผลประโยชน์ที่ได้รับอย่างเหมาะสม โดยในการวางบรรทัดฐานในคดีของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ศาลได้เน้นความสำคัญของหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) หรือหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ (Uebermassverbot) ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปและหลักกฎหมายทั่วไป โดยได้ให้การยอมรับและนำหลักการดังกล่าวมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐทุกประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐสภาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยหลักดังกล่าวมีความมุ่งหมายสำคัญคือ เพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐและก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล<sup>104</sup> หลักการดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือที่จำเป็นในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นหลักการสากลที่เป็นประโยชน์ในการบังคับใช้<sup>105</sup> และด้วยเหตุที่หลักความได้สัดส่วนมีผลมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรงและจากหลักนิติรัฐ จึงถูกพิจารณาในฐานะเกณฑ์ที่ถูกต้องเหมาะสมเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระดับที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้ในหลายประเทศ<sup>106</sup>

อนึ่ง องค์การศาลและนักวิชาการด้านนิติศาสตร์ของเยอรมันหลายท่านได้พัฒนาแบบแผนของการตรวจสอบหลักความได้สัดส่วนซึ่งประกอบไปด้วยปัจจัยหลายประการ เช่นสาระสำคัญของกระบวนการตรากฎหมาย และความจำเป็นเหมาะสมของมาตรการ เป็นต้น โดยมีแนวคิดสำคัญคือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปอย่างสมควร จำเป็น และเหมาะสม ซึ่งรวมถึงการรักษาดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ของรัฐและเอกชนด้วย วิธีการรักษาดุลยภาพดังกล่าวทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอิสระในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างกว้างขวาง ทำให้การตัดสินใจขึ้นอยู่กับสถานการณ์และความเฉพาะของปัจเจกชนในแต่ละกรณี โดยหลักความได้สัดส่วนถูกนำมาปรับใช้สำหรับความเป็นธรรมในกรณีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานและกรณีอื่น จึงกล่าวได้ว่าหลักการดังกล่าวเป็นเครื่องมือที่จำเป็นในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นหลักการสากลที่เป็นประโยชน์ในการบังคับใช้<sup>107</sup> ทั้งนี้ สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ตามแนวคิดของกฎหมายเยอรมันมี 3 ประการ คือ (1) ความเหมาะสม (Geeignetheit) ของมาตรการหรือวิธีการสำหรับวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่ง กล่าวคือ มาตรการที่ใช้

<sup>104</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 305-306.

<sup>105</sup> Werner Heun, The Constitution of Germany, (United Kingdom: Hart Publishing Ltd), pp. 42-43.

<sup>106</sup> Aharon Barak (Translated from Hebrew by Doron Kalir), Proportionality Constitution Rights and their limitations, pp. 227-228.

<sup>107</sup> Werner Heun, The Constitution of Germany, p. 43.

ต้องเป็นมาตรการที่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้บรรลุผลได้ โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว<sup>108</sup> (2) **ความจำเป็น** (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit) ของมาตรการหรือวิธีการ กล่าวคือ ในกรณีที่มีหลายมาตรการที่สามารถดำเนินการให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้บรรลุผลได้ มาตรการที่เลือกใช้ต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพน้อยกว่ามาตรการอื่นและในขณะเดียวกันก็เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ ทั้งนี้ มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะมีความจำเป็นเมื่อไม่สามารถเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้ อีกทั้งมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด ในกรณีที่มาตรการที่ใช้ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ผลที่มีต่อผู้ได้รับผลกระทบนั้นเป็นหลักเกณฑ์สำคัญสำหรับการตรวจสอบความจำเป็น ซึ่งหากมีผู้ได้ประโยชน์ที่แตกต่างจากมาตรการที่เลือกใช้ ต้องพิจารณาถึงผลกระทบหรือผลเสียหายที่เกิดต่อกลุ่มบุคคลซึ่งอยู่ในระดับที่มีความสำคัญกว่า<sup>109</sup> และสุดท้ายคือ (3) **ความได้สัดส่วนอย่างแคบ** (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) หรือ**ความสมเหตุสมผล** (Zumutbarkeit) ระหว่างผลกระทบที่เกิดขึ้นกับประโยชน์ที่เกิดจากการดำเนินการตามมาตรการ กล่าวคือ มาตรการอันใดอันหนึ่งต้องอยู่ในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ โดยประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการดังกล่าว ทั้งนี้ กรณีดังกล่าวเป็นการเรียกร้องให้เกิดดุลยภาพระหว่างความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่ปัจเจกชนกับประโยชน์อันมหาชนพึงได้รับ

### 3.1.3 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการในประเทศเยอรมนี

นอกเหนือจากหลักทางวิชาการแล้ว คำวินิจฉัยของศาลเป็นอีกหนึ่งเครื่องมือสำคัญในการพัฒนาเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล จึงเป็นการสมควรศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลเพื่อให้ทราบถึงสาระสำคัญของเสรีภาพในการประกอบกิจการที่เป็นประเด็นศึกษาของวิทยานิพนธ์ ทั้งนี้ หลักการสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมักหยิบยกขึ้นเป็นเครื่องมือในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล คือ หลักความได้สัดส่วน ซึ่งผลของการพิจารณามีทั้งคดีที่ศาลเห็นว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นชอบแล้ว และคดีที่ศาลเห็นว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพขัดต่อหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ จนเป็นเหตุ

<sup>108</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 299-300.

<sup>109</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 309-311.

ให้การจำกัดหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไปด้วย ในส่วนนี้จะได้ยกตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่วินิจฉัยเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการและสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

**คดีเกี่ยวกับกฎหมายกำหนดเวลาในการปิดร้านค้า** เนื่องจากการเลือกช่วงเวลาในการเปิดทำการเป็นรายละเอียดการดำเนินการที่ผู้ประกอบการร้านค้าจะสามารถเลือกได้ว่าตนประสงค์ที่จะดำเนินธุรกิจในช่วงเวลาใด การเลือกช่วงเวลาในการเปิดทำการจึงเป็นส่วนหนึ่งของในเสรีภาพในการประกอบกิจการ ดังนั้น หากรัฐประสงค์จะออกกฎหมายหรือวางหลักเกณฑ์อันมีลักษณะเป็นการจำกัดหรือกำหนดเวลาเปิดทำการดังกล่าวต้องเป็นไปอย่างเหมาะสม อย่งไรก็ดี การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวสามารถทำได้หากไม่กระทบการเลือกหรือการบังคับใช้การประกอบอาชีพ (the choice or exercise of an occupation) ภายใต้มาตรา 12 (1) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ทั้งนี้ ในเยอรมันกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดเวลาเปิดกิจการของร้านค้าและชั่วโมงการทำงานถูกบังคับใช้อย่างเข้มงวดด้วยเหตุผลสนับสนุนที่ว่าเพื่อให้ลูกจ้างมีเวลาพักผ่อนอย่างเพียงพอและเป็นการป้องกันนายจ้างใช้อำนาจโดยมิชอบในการจัดตารางการทำงาน อีกทั้งยังเป็นการกระตุ้นการแข่งขันทางการตลาดอย่างเป็นธรรม โดยศาลพิจารณากรณีนี้ว่าเป็นกรณีบังคับ (Compelling) เมื่อปรับใช้หลักความได้สัดส่วนยกตัวอย่างเช่น

**คดีการกำหนดเวลาทำการของร้านขายยา ปี 2002**<sup>110</sup> สืบเนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการกำหนดเวลาทำการของร้านค้า (The Shop Closing Act) กำหนดให้ร้านค้าทั่วไปต้องปิดทำการในวันอาทิตย์และวันหยุดนักขัตฤกษ์ แต่อาจเปิดทำการในวันดังกล่าวได้ 4 วันต่อปี แต่สำหรับร้านขายยานั้น สามารถเปิดทำการได้ทุกวันรวมถึงวันอาทิตย์และวันหยุดนักขัตฤกษ์ ในเวลาทางธุรกิจ (06.00-20.00 น.) แต่ห้ามขายสินค้าอื่นนอกจากยาและผลิตภัณฑ์สุขภาพของบุคคลในวันเสาร์และวันอาทิตย์ ในคดีดังกล่าว ผู้ฟ้องคดียื่นคัดค้านระเบียบเกี่ยวกับที่ดินที่กำหนดให้ร้านขายยาเปิดบริการในวันอาทิตย์ด้วยวิธีการหมุนเวียนผลัดกันและต้องแขวนป้ายที่หน้าร้านเพื่อแสดงถึงร้านขายยาที่เปิดทำการที่ใกล้ที่สุด โดยอ้างว่าเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 12 (1) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน และเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดต่อมาตรา 3 (1) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งแม้ศาลจะเห็นด้วยว่าเป็นการละเมิดเสรีภาพของผู้เปิดร้านขายยา แต่เมื่อปรับใช้หลักความได้สัดส่วนแล้วเสรีภาพดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้ด้วยเหตุผลเพื่อสวัสดิการสาธารณะ (Public Welfare)<sup>111</sup>

<sup>110</sup> 104, BVerfGE, 357 (2002)

<sup>111</sup> “Constitutional Standards, Working Time and Pharmacy Opening Hours: The FCC’s Message to Managers and Law Makers” German Law Journal No. 3 (2002) [Online] <http://www.germanlawjournal.com/volume-03-no-03/> เข้าถึงเมื่อ 16 พฤศจิกายน 2561.

**คดีการปิดร้านตัดผมชาย ปี 1892**<sup>112</sup> สืบเนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการกำหนดเวลาทำการของร้านค้าที่มีผลใช้บังคับในขณะนั้นกำหนดให้ร้านค้าทั่วไปจะต้องปิดทำการในเวลา 14.00 น. ของวันเสาร์ แต่สำหรับร้านตัดผมชายและร้านเสริมความงามสามารถขยายเวลาเปิดทำการในวันเสาร์ได้จนถึงเวลา 18.00 น. ซึ่งหากขยายเวลาดังกล่าวแล้วจะต้องปิดทำการในช่วงเช้าของวันจันทร์ถัดมา ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้กลับคำพิพากษาของศาลปกครองกลางที่ได้ตัดสินให้ร้านตัดผมชายและสถานเสริมความงามที่ตั้งอยู่ในห้างสรรพสินค้าจะต้องปิดทำการในช่วงเช้าของวันจันทร์ต่อมา แม้ไม่ได้ขยายเวลาเปิดร้านออกไปในวันเสาร์ โดยศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าการกำหนดดังกล่าวเป็นการละเมิดและไม่ทำให้สิทธิในการประกอบอาชีพสามารถลุล่วงได้ตามมาตรา 12 (1) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ประกอบกับบทบัญญัติทั่วไปแห่งความเสมอภาคตามมาตรา 3 (1) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน และเนื่องจากเสรีภาพในการประกอบอาชีพถูกระงับกระเทือน ศาลจึงได้ตรวจสอบมาตรการทางกฎหมายด้วยมาตรฐานที่เพิ่มมากขึ้น โดยเห็นว่าศาลปกครองไม่มีเหตุผลเพียงพอในการกำหนดให้ร้านตัดผมชายและร้านเสริมความงามที่ตั้งอยู่ในห้างสรรพสินค้าจะต้องรับความไม่ได้สัดส่วนของวัตถุประสงค์แห่งนโยบายในการควบคุมนี้<sup>113</sup>

**คดีการช่วยเหลือการลงทุน ปี 1954** ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง อุตสาหกรรมเหล็กและถ่านหินตกอยู่ในสภาวะขาดเงินทุนที่จะนำมาปรับปรุงโครงสร้างใหม่ รัฐสภาจึงได้ออกรัฐบัญญัติการช่วยเหลือการลงทุน (the Investment Aid Act) ในปี 1952 และออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมในปี 1953 โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งกองทุนในการลงทุนเพื่อประโยชน์ต่ออุตสาหกรรมเหล่านี้ กองทุนได้ถูกก่อตั้งโดยการบังคับเก็บเงินช่วยเหลือจากผลกำไรของผู้ผลิตและผู้ค้าอื่น เป็นเหตุให้บริษัทต่าง ๆ ยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยเห็นว่ารัฐบาลกลางไม่มีอำนาจในการผ่านกฎหมายดังกล่าว และเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญเรื่องเสรีภาพในการพัฒนาตนเพราะเป็นการจำกัดเสรีภาพในเจตจำนงของผู้ประกอบการ นอกจากนี้ การแบ่งแยกทางเศรษฐกิจระหว่างกลุ่มบริษัทดังกล่าวเป็นการขัดต่อความเสมอภาคและหลักความเป็นกลางในนโยบายทางเศรษฐกิจ หลักจารีตประเพณีในทางเศรษฐศาสตร์ และหลักความสงบเรียบร้อย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐบัญญัติการช่วยเหลือการลงทุนไม่ได้เป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลว่า อำนาจในการออกกฎหมายดังกล่าวมาจากมาตรา 74 (1) ซึ่งรัฐสามารถออกกฎหมายมากระทบต่อชีวิตในทางเศรษฐกิจ (economic life) เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดการและความสงบเรียบร้อยได้ ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวไม่ได้กระทบต่อบุคลิกภาพของ

<sup>112</sup> 59, BVerfGE, 336 (1982)

<sup>113</sup> Donald P. Kommers and Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 3<sup>rd</sup> edition (Durham and London: Duke University Press), p. 678.

ผู้ประกอบการอันเป็นอิสระ สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ถูกรับรองสำหรับการกระทำโดยรวม โดยหลักการเสรีภาพดังกล่าวมีอยู่ตราบเท่าที่ไม่กระทบสิทธิของบุคคลอื่นและเพื่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดี ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญโนภาพของมวลมนุษย์ไม่ได้แยกต่างหากออกจากกัน แต่ละบุคคล หากแต่รัฐธรรมนูญได้แก้ปัญหาคความเสียหายระหว่างปัจเจกชนและสังคมเพื่อประโยชน์ในการร่วมมือและพึ่งพาอาศัยกันกับสังคมโดยปราศจากการกระทบคุณค่าที่แท้จริงของบุคคล ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นไปตามการประมวลภาพรวมของบทบัญญัติในมาตรา 1 มาตรา 2 มาตรา 12 มาตรา 14 มาตรา 15 มาตรา 19 และมาตรา 20 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ปัจเจกชนจะต้องยอมรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อการพัฒนาและการดำรงไว้ซึ่งสังคมในทางกลับกันการยอมรับดังกล่าวขึ้นอยู่กับเหตุผลตามความต้องการในแต่ละกรณีที่เป็นอิสระของบุคคลจะต้องพึงสงวนไว้ โดยรัฐบัญญัติที่พิพาทนี้อยู่ในขอบเขตของการจำกัดสิทธิดังกล่าว การไม่ให้ลูกหนี้ชำระเงินเป็นการคุ้มครองการพัฒนาบุคลิกภาพในกรณีนี้ แม้ว่ากฎหมายจำกัดผู้มีอำนาจในการจัดการวิธีการผลิตและบังคับให้ต้องเข้าสู่นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายกับผู้ประกอบการเหล่านั้น การจำกัดสิทธิดังกล่าวก็ยังเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาบุคลิกภาพอย่างเพียงพอ

นอกจากนี้ศาลยังได้กล่าวถึงระบบเศรษฐกิจตามรัฐธรรมนูญว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้รับรองความเป็นกลางของอำนาจในทางเศรษฐกิจทั้งของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารและเศรษฐกิจตลาดสังคม (social market economy) ความเป็นกลางในทางเศรษฐศาสตร์ของรัฐธรรมนูญเพียงแต่ประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงที่ว่า “อำนาจรัฐธรรมนูญ” ไม่ได้รับเอาระบบเศรษฐกิจใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งทำให้รัฐสามารถดำเนินการตามนโยบายทางเศรษฐกิจที่เหมาะสมกับสถานการณ์ได้ และศาลได้กล่าวถึงการออกกฎหมายที่ให้ประโยชน์กับบุคคลกลุ่มหนึ่งแต่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งว่า โดยหลักแล้ว กฎหมายนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อสวัสดิภาพของประชาชน และต้องไม่ละเลยผลประโยชน์ของบุคคลอื่นด้วยการคุ้มครองอย่างเป็นธรรม ซึ่งรัฐบัญญัติที่พิพาทได้ดำเนินการตามหลักการดังกล่าวแล้ว

**คดีการทำให้บริษัท Volkswagen กลับมาเป็นของเอกชน**<sup>114</sup> ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศเยอรมนีตะวันตกและรัฐ Lower Saxony ได้รับสืบทอดกิจการของบริษัท Volkswagen และในปี 1960 รัฐสภาได้ออกกฎหมายให้บริษัทกลับมาเป็นของเอกชนด้วยการขายหุ้นร้อยละ 60 สู่อำนาจสาธารณะ โดยมีการจำกัดจำนวนหุ้นที่บุคคลสามารถซื้อได้ และอนุญาตให้พนักงานของบริษัทสามารถซื้อหุ้นได้ในจำนวนมาก กลุ่มประชาชนจำนวนมากได้นำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญว่า รัฐบัญญัติดังกล่าวขัดต่อมาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน เรื่องการทำให้เป็นของรัฐ (Nationalisation)

<sup>114</sup> Donald P. Kommers and Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, pp. 628-629.

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วเห็นว่า นโยบายการทำให้บริษัท Volkswagen กลับมาเป็นของเอกชนไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลว่า ไม่มีกฎหมายห้ามการขายกิจการทาง เศรษฐกิจที่เป็นของรัฐโดยแท้ให้เป็นของเอกชน มาตรการดังกล่าวได้วางอยู่บนการใช้ดุลพินิจของ องค์การทางการเมือง ซึ่งกระทำได้ครบเท่าที่การบังคับใช้มาตรการนี้ไม่กระทบต่อรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยศาลไม่อาจตัดสินได้ว่ามาตรการดังกล่าวไม่เป็นไปเพื่อ ประโยชน์สาธารณะ และศาลไม่อาจสรุปได้ว่ารัฐบาลใช้อำนาจโดยมิชอบในการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ทั้งนี้ หลักการถูกจำกัดสามารถถูกบังคับใช้แม้ว่าจะยังมีข้อสงสัยอย่างมากกว่า เป้าหมายจะบรรลุ ด้วยวิธีการการได้มาซึ่งหุ้นหรือไม่

นอกจากนี้ศาลยังได้กล่าวถึงหลักการทำให้เป็นของรัฐตามมาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญ เยอรมัน ว่า ไม่ได้มีการกำหนดห้ามการทำให้กลับมาเป็นของเอกชน โดยมาตราดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ คำสั่งตามรัฐธรรมนูญใดสามารถทำให้เป็นระบบสังคมนิยมทางเศรษฐกิจ มีแต่องค์กรที่มีอำนาจในการ ออกกฎหมายเท่านั้นที่จะดำเนินการได้ ซึ่งขอบเขตในการออกกฎหมายย่อมต้องเหลือการใช้ดุลพินิจ ทางการเมือง ดังนั้น จึงต้องปฏิเสธแนวคิดที่ว่าโดยมาตรา 15 การประกอบกิจการที่ถูกทำให้เป็นสังคม นิยมไม่สามารถทำให้การกลับมาทำให้เป็นของเอกชนได้หลังจากที่ได้กลายเป็นของรัฐแล้ว

ทั้งนี้ ในกรณีนี้มีข้อพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการว่า เมื่อสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองเปลี่ยนแปลงไป และรัฐไม่มีเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องเข้าแทรกแซงธุรกิจประเภทรถยนต์แล้ว รัฐจึงลดบทบาทในการเป็นผู้ดำเนินกิจการดังกล่าวเสียเองลง จึงทำให้มีการคืนธุรกิจของบริษัท Volkswagen ให้เอกชนเข้าดำเนินการแทนรัฐ อันเป็นไปตามแนวทางของหลักเสรีนิยม

**คดีขนมช็อกโกแลต ปี 1980**<sup>115</sup> คดีนี้สืบเนื่องจากกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคห้าม การขายอาหารที่อาจทำให้เกิดความสับสนว่าผลิตภัณฑ์ทำมาจากช็อกโกแลต กฎหมายดังกล่าว ก่อให้เกิดการต่อต้านโดยผู้ผลิตขนมคริสมาสต์และอีสเตอร์ที่ทำมาจากขนมข้าวพองที่เคลือบด้วย ช็อกโกแลต บริษัทผู้ผลิตดังกล่าวจึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญคัดค้านว่าคำตัดสินของศาลยุติธรรม ที่เห็นชอบกับการห้ามจำหน่าย ไม่สอดคล้องกับมาตรา 12 (1) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ด้วยเหตุที่ว่า มาตรา 14 (2) ของรัฐบัญญัติผลิตภัณฑ์จากช็อกโกแลต เดือนมิถุนายน 1975 กำหนดห้ามจำหน่าย ผลิตภัณฑ์ที่ถูกสร้างสรรค์ทั้งหมด อันเป็นการควบคุมการปฏิบัติในการประกอบอาชีพ ซึ่งตาม มาตรา 12 (1) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน กฎระเบียบนั้นต้องถูกกำหนดโดยกฎหมายหรือเป็นไปตามที่ กฎหมายกำหนด ถ้ากฎหมายล้าต่ารับรองควบคุมการปฏิบัติในการประกอบอาชีพ กฎหมายล้าต่ารับรอง

<sup>115</sup> Donald P. Kommers and Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, p. 672.

ดังกล่าวย่อมมีที่มาจากกฎหมายที่ได้รับอำนาจให้ออกตามรัฐธรรมนูญและต้องยึดถือการจำกัดอำนาจที่ได้รับมานั้น และกฎหมายนั้นต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมและวิธีการที่เลือกบังคับใช้กฎหมายต้องเป็นไปโดยจำเป็นและเหมาะสมเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การจำกัดการปฏิบัติทางการค้านั้นไม่เป็นไปตามหลักความสัดส่วนและเป็นการละเมิดสิทธิในการประกอบอาชีพของผู้ผลิตขนมด้วยเหตุผลว่า แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีความอิสระในการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจและการกำหนดวิธีการที่จำเป็นเพื่อบังคับใช้กฎหมายนั้น แต่ในกรณีที่พิพาทนี้ฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่เหมาะสม เพราะยังมีวิธีการอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าและสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐได้ กล่าวคือ รัฐบัญญัติที่พิพาทถูกตราขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการก่อให้เกิดความสับสนในการซื้อสินค้าและค่าเดินทางสุขภาพ มาตรา 14 (2) ของรัฐบัญญัติผลิตภัณฑ์จากชอคโกแลต ซึ่งการคุ้มครองนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและเป็นการจำกัดสิทธิทางการค้าโดยชอบ แต่เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติไม่เพียงแต่กำหนดให้ติดป้ายไว้ที่สินค้าเท่านั้น หากแต่ห้ามมิให้จำหน่ายสินค้าดังกล่าวด้วย การห้ามมิให้จำหน่ายสินค้าดังกล่าวเป็นวิธีการที่รุนแรงที่สุดเท่าที่อาจจะนึกได้ของการคุ้มครองผู้บริโภคจากการสับสนและการหลอกลวงในทางการค้า ซึ่งผู้ออกกฎหมายอาจเลือกใช้วิธีการอื่นที่ไม่ให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น วิธีการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลด้วยการติดป้ายฉลากอย่างเหมาะสม ทั้งนี้ แม้ผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้าบนพื้นฐานจากรูปลักษณ์ภายนอกโดยปราศจากการตรวจสอบอย่างละเอียด แต่การสันนิษฐานดังกล่าวย่อมเป็นไปโดยไม่ชอบที่ผู้ออกกฎหมายจะห้ามทั้งการขายผลิตภัณฑ์อาหารที่ได้กำหนดตามมาตรา 14 (2) ของรัฐบัญญัติเพื่อที่จะคุ้มครองผู้บริโภคที่ไม่รับผิดชอบ (flighty) และทั้งการไม่พิจารณาการแข่งขันที่เป็นธรรมโดยจำกัดขอบเขตเฉพาะกรณีผลิตภัณฑ์จากชอคโกแลตบริสุทธิ์เท่านั้น หากคดีเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของระหว่างผลิตภัณฑ์จากนมและเนยเทียมในการออกกฎหมายยอมรับเอามาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยแท้ในการรักษาการปศุสัตว์ที่มีประสิทธิภาพและราคาประหยัดเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคโดยทันที อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ไม่มีเหตุอันชอบที่จะกำหนดการจำกัดสิทธิที่กว้างขวางมากไปกว่าความจำเป็นในการป้องกันการติดป้ายฉลากสินค้าที่ไม่ถูกต้อง ดังนั้นผู้ออกกฎหมายควรเลือกเฉพาะมาตรการที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค โดยในการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวการติดป้ายฉลากที่เหมาะสมย่อมเป็นการเพียงพอ



**คดีการกำหนดให้สำนักพิมพ์ส่งหนังสือที่ตีพิมพ์ไปยังหอสมุด**<sup>116</sup> คดีนี้สืบเนื่องจากการที่มลรัฐ Hessen ได้ตรารัฐบัญญัติแห่งมลรัฐว่าด้วยเสรีภาพสิทธิของสื่อมวลชนกำหนดให้สำนักพิมพ์ที่ตีพิมพ์หนังสือในมลรัฐดังกล่าวต้องส่งหนังสือที่สำนักพิมพ์ของตนได้ตีพิมพ์ไปให้หอสมุดแห่งมลรัฐ โดยมลรัฐไม่ต้องเรียกร้องและไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทน สำนักพิมพ์แห่งหนึ่งได้ตีพิมพ์หนังสือที่จัดทำอย่างประณีตเป็นพิเศษโดยมีจำนวนจำกัดและมีราคาสูงมาก ส่วนหนึ่งได้พิมพ์เป็นลายมือของผู้ประพันธ์ ทางสำนักพิมพ์เห็นว่ารัฐบัญญัติแห่งมลรัฐดังกล่าวขัดต่อหลักการคุ้มครองรับรองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ข้ออ้างของสำนักพิมพ์ฟังขึ้นเนื่องจากการกำหนดเนื้อหาและขอบเขตแห่งกรรมสิทธิ์จะต้องกระทำโดยพอสมควรแห่งเหตุ และเป็นไปตามหลักความเสมอภาค การกำหนดให้สำนักพิมพ์ส่งหนังสือที่ตีพิมพ์จำนวนหนึ่งให้แก่หอสมุดของรัฐโดยหลักแล้วย่อมกระทำได้ หากไม่เป็นการเรียกร้องที่เกินกำลังความสามารถทางเศรษฐกิจของผู้พิมพ์ เพราะงานพิมพ์หนังสือถือว่าเป็นงานที่มีภาระหน้าที่ความรับผิดชอบทางสังคมอยู่ด้วยในการสร้างสรรค์ปัญญาและวัฒนธรรม แต่กรณีนี้การกำหนดให้สำนักพิมพ์ต้องจัดส่งหนังสือที่ตีพิมพ์อย่างประณีตละเอียดอ่อนและมีจำนวนจำกัดมาก ย่อมเป็นการเรียกร้องเกินสมควร อีกทั้งหนังสือที่มีคุณค่าอย่างสูงทั้งทางวรรณกรรม ศิลปะ และวิชาการ สมควรที่รัฐควรสนับสนุนมากกว่าที่จะขัดขวาง รัฐบัญญัติแห่งมลรัฐดังกล่าวจึงขัดรัฐธรรมนูญ

**คดีการควบคุมน้ำท่วมมลรัฐแฮมเบิร์ก ปี 1968**<sup>117</sup> เนื่องจากความเสียหายที่เกิดจากน้ำท่วมขนาดใหญ่ในปี 1962 มลรัฐแฮมเบิร์กจึงได้ออกกฎหมายรัฐบัญญัติแห่งมลรัฐว่าด้วยทำนบและเขื่อน 1964 รัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ทุกหมู่บ้านทั้งหมดถูกจัดให้อยู่ในพื้นที่เขื่อนและขึ้นทะเบียนเป็นทรัพย์สินของรัฐ รวมทั้งกำหนดให้เอกชนต้องยุติการแสวงหาประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าว และเจ้าของทรัพย์สินจะได้รับการชดเชยค่าเสียหาย เจ้าของพื้นที่ทั้งหลายได้ฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นสิทธิในทรัพย์สินตามมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าแม้ว่ามาตรา 14 (1) ของรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับรองสิทธิในทรัพย์สินทั้งในสถานะสถาบันกฎหมายและการก่อตั้งสิทธิที่ถูกถือเอาโดยปัจเจกชนผู้เป็นเจ้าของ การถือครองทรัพย์สินเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่การเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการคุ้มครอง

<sup>116</sup> BverfGE 58,137 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ: ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ, มิถุนายน 2555, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า .56

<sup>117</sup> Donald P. Kommers and Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, pp. 631–633.

เสรีภาพของบุคคลกล่าวคือ การคุ้มครองเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของผู้ถือครอง และสิทธิในทางทรัพย์สินอาจไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ ถ้าการออกกฎหมายได้ใช้อำนาจกำหนดให้มีการชดเชยทรัพย์สินของเอกชนด้วยสิ่งที่ไม่คู่ควรกับกรรมสิทธิ์ กรณีจึงต้องปรับให้เข้ากับเงื่อนไขทางสังคมและเศรษฐกิจด้วย โดยต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์การออกกฎหมายในการควบคุมทรัพย์สินโดยพิจารณาถึงสิทธิในทรัพย์สินในฐานะคุณค่าพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าโดยหลักการทั่วไปซึ่งได้มีการคุ้มครองสิทธิในทางทรัพย์สิน ศาลเห็นว่ารัฐสามารถกำหนดทรัพย์สินที่เป็นทำนบหรือเขื่อนได้โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้การควบคุมของรัฐ การเวนคืนที่ดินบริเวณใกล้เขื่อนกรณีนี้เป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 14 (3) ของรัฐธรรมนูญเยอรมันแล้ว และไม่เป็นการตัดสิทธิในทางทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญที่ถูกรับรองโดยมาตรา 14 (1) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน เพราะทรัพย์สินได้ถูกใช้ไปในวัตถุประสงค์ที่สำคัญของรัฐโดยเฉพาะ กล่าวคือเป็นเหตุริบดวงที่จะต้องสร้างระบบเขื่อนและทำนบที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันน้ำท่วมอันเป็นภัยพิบัติที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะรวมทั้งได้มีการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และมีการชดเชยค่าเสียหาย ดังนั้นอำนาจของรัฐสภาในการอนุมัติการเวนคืนได้ดำเนินการภายใต้ข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลพิพากษายกฟ้อง

**ตัวอย่างคดีปกครองประเทศเยอรมนีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ<sup>118</sup>**

**คดีการแจกใบปลิวโฆษณา<sup>119</sup>** คดีนี้ พนักงานไนท์คลับได้แจกจ่ายใบปลิวเพื่อโฆษณาร้านแก่ผู้ที่สัญจรผ่านหน้าสถานีรถไฟโดยไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ถนนเป็นกรณีพิเศษ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงได้มีคำสั่งให้พนักงานดังกล่าวเลิกการแจกจ่ายใบปลิว และเรียกร้องให้จ่ายค่าธรรมเนียมวันละ 3 มาร์คจากการใช้ถนนเพื่อแจกใบปลิวโฆษณา เจ้าของร้านไนท์คลับเห็นว่าการกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ถูกต้องจึงได้ฟ้องร้องคดีต่อศาล โดยเจ้าของร้านไนท์คลับเห็นว่า การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ถูกต้องเพราะถนนมีไว้ให้ทุกคนใช้ประโยชน์ได้ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการนี้ตามคดีนี้ไม่ได้เป็นการใช้ถนนหรือทางเท้าเพื่อการจราจร แต่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจและไม่อยู่ในการใช้ถนนตามขอบเขตปกติทั่วไป (Gemeingebrauch) แต่เป็นการใช้เป็นกรณีพิเศษ (Sondernutzung) ที่จะต้องขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและจะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมด้วย

นอกจากนี้ ยังปรากฏแนวคำวินิจฉัยในทำนองเดียวกันเกี่ยวกับการที่ผู้ประกอบการไม่สามารถดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของตนบนถนนหรือทางเท้าโดยไม่ได้รับอนุญาตเสียก่อน เช่น การติดตั้งป้ายโฆษณายาว 2 เมตรของร้านอาหารโดยยื่นออกมาจากหน้าร้านล้ำเหนือทางเท้า การวางเครื่องจำหน่ายสินค้าอัตโนมัติจากกำแพงร้านค้าล้ำออกมาบนทางเท้า การโฆษณาโดยใช้รถยนต์แล่น

<sup>118</sup> กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544) หน้า 311-314.

<sup>119</sup> BverwGE 35, 326

ไปอย่างเชื่องช้าและจอดเป็นระยะเพื่อให้ประชาชนสามารถเห็นโฆษณาดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายจำกัดห้ามมิให้มีการกระทำดังกล่าวอย่างเด็ดขาดนั้นย่อมไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นการกระทบเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนจนเกินสมควรแก่เหตุ และเป็นการขัดต่อมาตรา 12 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน<sup>120</sup>

**คดีการออกข้อบัญญัติห้ามจอดรถ**<sup>121</sup> ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า เจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ติดถนนย่อมมีสิทธิที่จะใช้ถนนหน้าอสังหาริมทรัพย์ของตนได้มากกว่าบุคคลอื่นทั่วไป แต่จะต้องไม่เป็นภาระแก่ผู้อื่นจนเกินสมควรแก่เหตุ เจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ติดถนนจึงย่อมสามารถใช้ได้ (Anliegernutzung) เพราะฉะนั้นการออกข้อบัญญัติห้ามผู้ขนส่งสินค้าจอดรถขนถ่ายสินค้าหรือรับสินค้า เว้นแต่เฉพาะระยะเวลาที่กำหนดให้จอดรถได้เพียงครั้งละ 2 ชั่วโมงดังกล่าวย่อมไม่อาจกระทำได้เป็นการขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการจราจร (StraBenverkehrsordnung)

สรุปในส่วนของแนวคำวินิจฉัยที่กล่าวมาข้างต้นได้ว่า ทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองเยอรมันได้พิจารณาคดีอันมีผลเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยผ่านบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 12 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ที่บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล ในขณะเดียวกันในกรณีที่มีการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว ศาลได้ใช้หลักความได้สัดส่วนมาเป็นเครื่องมือในการพิจารณาความชอบของมาตรการที่เกิดขึ้น ทั้งนี้สามารถสรุปคำพิพากษาและคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเยอรมัน โดยแสดงเนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ เหตุผลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ และเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ตามตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 1: ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลเยอรมันที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ

ที่	คดี	เนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ	เหตุผลที่สามารถจำกัดได้	เหตุผลที่ใช้ในการคุ้มครอง	ผลต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ
1	คดีการกำหนดเวลาทำการร้านขายยา	การดำเนินกิจการ (การเลือกวันเวลาทำการของร้านค้า)	- สวัสดิการสาธารณะ เช่น การคุ้มครองแรงงาน - การแข่งขันทางธุรกิจอย่างเป็นธรรม	-	ถูกจำกัดได้

<sup>120</sup> BverwGE 40, 371

<sup>121</sup> BverwGE 34, 241

ที่	คดี	เนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ	เหตุผลที่สามารถจำกัดได้	เหตุผลที่ใช้ในการคุ้มครอง	ผลต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ
2	คดีการปิดร้านตัดผมชาย	การดำเนินกิจการ (การเลือกวันเวลาทำการของร้านค้า)	- สวัสดิการสาธารณะ เช่น การคุ้มครองแรงงาน - การแข่งขันทางธุรกิจอย่างเป็นธรรม	หลักความได้สัดส่วน	ได้รับการคุ้มครอง
3	คดีการช่วยเหลือการลงทุน	สิทธิในทรัพย์สิน (การถูกบังคับเก็บเงินเข้ากองทุน)	- ความสงบเรียบร้อย - การพัฒนาสังคม	-	ถูกจำกัดได้
4	คดี Volkswagen	การดำเนินกิจการ (การดำเนินกิจการโดยเอกชนที่ไม่มี การผูกขาดโดยรัฐ)	-	ไม่มีกฎหมายห้าม	ได้รับการคุ้มครอง
5	คดีขนมซื้อโกแลต	การดำเนินกิจการ (การห้ามจำหน่ายสินค้า)	- ประโยชน์สาธารณะ - การคุ้มครองผู้บริโภค	หลักความได้สัดส่วน	ได้รับการคุ้มครอง
6	คดีการกำหนดให้สำนักพิมพ์ส่งหนังสือที่ตีพิมพ์ไปยังหอสมุด	สิทธิในทรัพย์สิน (การถูกบังคับส่งหนังสือเข้าหอสมุด)	- ความรับผิดชอบทางสังคม - การสร้างสรรค์ปัญหาและวัฒนธรรม	- หลักความได้สัดส่วน - หลักความเสมอภาค	ได้รับการคุ้มครอง
7	คดีการควบคุมน้ำท่วมมลรัฐแอัมเบิร์ก	สิทธิในทรัพย์สิน (การถูกเวนคืนที่ดิน)	- ป้องกันภัยพิบัติ - ประโยชน์สาธารณะ - การจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม	-	ถูกจำกัดได้
8	คดีการแจกใบปลิวโฆษณา	การดำเนินกิจการ (การโฆษณากิจการในพื้นที่สาธารณะ)	ประโยชน์สาธารณะ	-	ถูกจำกัดได้
9	คดีการใช้รถโฆษณา	การดำเนินกิจการ (การโฆษณากิจการในพื้นที่สาธารณะ)	ประโยชน์สาธารณะ	หลักความได้สัดส่วน	ได้รับการคุ้มครอง
10	คดีการออกข้อบัญญัติห้ามจอดรถ	การดำเนินกิจการ (การจอดรถขนถ่ายสินค้าหรือรับสินค้าหน้าร้านค้า)	-	ขัดต่อกฎหมาย	ได้รับการคุ้มครอง

## 3.2 ประเทศฝรั่งเศส

### 3.2.1 ระบบเศรษฐกิจและเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

ระบบเศรษฐกิจของฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลอย่างมากจาก**หลักเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ** ซึ่งประกอบด้วยหลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าและหลักการรับรองสิทธิในทรัพย์สินหรือหลักกรรมสิทธิ์ โดยหลักการดังกล่าวได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสตั้งแต่ปี 1789 แม้ในปัจจุบันบทบัญญัติจะเปลี่ยนแปลงไป แต่แนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐ<sup>122</sup> ยังคงยืนยันและให้การรับรองหลักเสรีนิยมทางเศรษฐกิจว่าเป็นหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ<sup>123</sup> ทั้งนี้ ก่อนการปฏิวัติ ในประเทศฝรั่งเศสมีการจัดตั้งสมาคมทางการค้าหรือการรวมตัวกันของผู้ประกอบการประเภทต่าง ๆ และมีการตั้งด่านเก็บภาษีตามเขตแดน ทำให้ระบบเศรษฐกิจของฝรั่งเศสมิได้เป็นไปอย่างเสรีนัก ต่อมาในศตวรรษที่ 18 เริ่มเกิดแนวคิดเรื่องการประกอบการและการขนส่งสินค้าอย่างเสรี (laissez faire, laissez passer) และภายหลังการปฏิวัติ หลักเสรีนิยมทางเศรษฐกิจได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นเสรีภาพทั่วไปของพลเมือง ดังที่ศาสตราจารย์ MESTRE ได้กล่าวถึง**หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า**ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการย่อยของหลักเสรีนิยมทางเศรษฐกิจว่า “แม้เสรีภาพในการประกอบการจะไม่มีการระบุยืนยันอย่างแจ้งชัดในคำประกาศดังกล่าว แต่ทว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็ได้ประสงค์จะให้เสรีภาพในการประกอบกิจการ เสรีภาพในการกระทำการตามความสามารถของตนเพื่อตอบสนองความต้องการของตนมีความหมายรวมอยู่ในคำประกาศยืนยันในเรื่องของเสรีภาพของพลเมืองอยู่แล้ว ทั้งนี้บนเงื่อนไขประการเดียวคือ จะต้องไม่มีการใช้เสรีภาพนั้นในการรบกวนขีดสิทธิของบุคคลอื่นเท่านั้น หรือหากจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือผู้ร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้นได้ประกาศความประสงค์ในการยอมรับหลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าอย่างเต็มที่ เพียงแต่กล่าวที่จะประกาศประณามอย่างชัดเจนแต่ระบบสมาคมการค้าต่าง ๆ ที่มีอยู่สมัยนั้นเท่านั้น”<sup>124</sup> นอกจากนี้ หลักการที่สำคัญอีกสองประการที่มีอิทธิพลต่อระบบเศรษฐกิจของฝรั่งเศสคือ **หลักเสรีภาพในการประกอบการ** ซึ่งมีสาระสำคัญคือการรับรองเสรีภาพของบุคคลในการเลือกประกอบกิจการหรือดำเนินการทางเศรษฐกิจอย่างใดอย่างหนึ่ง รวมถึงสิทธิตามกฎหมายในการโต้แย้งต่อรัฐในกรณีที่รัฐเข้ามาจำกัดเสรีภาพดังกล่าวของตน และ**หลักการแข่งขันเสรี** ซึ่งมี

<sup>122</sup> “สภาแห่งรัฐ” (Conseil d’Etat หรือ Council of State) คือ องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของฝรั่งเศส เทียบเท่าได้กับศาลปกครองสูงสุด ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ในหนังสือ “คำอธิบาย กฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง” ของ ศาสตราจารย์ ดร. ชาวุชัย แสงวงศ์ศักดิ์ หน้า 40-51

<sup>123</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ , หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส, หน้า 585-586.

<sup>124</sup> J.L. MESTRE “Le conseil constitutionnel, la liberté d’entreprendre et le droit de propriété”, Dalloz, 1984, Chron. 1. อ้างถึงใน สุรพล นิติไกรพจน์, ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 21 ฉบับที่ 3 หน้า 587.

สาระสำคัญคือการรับรองเสรีภาพในการแข่งขันกับบุคคลอื่นผ่านกระบวนการที่จะไม่ถูกเอารัดเอาเปรียบ ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ J.L. Mestre ผู้เชี่ยวชาญด้านประวัติศาสตร์กฎหมายมหาชน ได้ให้ความเห็นว่า เสรีภาพในการประกอบการของบุคคลนั้น หมายรวมถึงนิติบุคคลมหาชนด้วย ดังนั้น การรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการในรัฐธรรมนูญจึงมุ่งหมายที่จะป้องกันมิให้เกิดการผูกขาด ทั้งโดยเอกชน และโดยรัฐหรือโดยนิติบุคคลมหาชนด้วย<sup>125</sup>

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจสามารถพบได้ ผ่านมาตรการหรือวิธีการที่หลากหลาย ทั้งนี้ อาจลำดับมาตรการที่รัฐอาศัยอำนาจหรือกลไกทางกฎหมายเข้าแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ โดยคำนึงถึงสัดส่วนปริมาณการเข้าแทรกแซงของรัฐจากน้อยไปมากได้ ดังนี้ (1) การวางแผนทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีผลเป็นการแทรกแซงระบบเศรษฐกิจทางอ้อม (2) การสนับสนุนการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชน เช่น ใช้มาตรการทางภาษีเพื่อจูงใจให้เอกชนเข้าลงทุน (3) การกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในทางเศรษฐกิจ หรือการวางหลักเกณฑ์ในการประกอบกิจการบางประเภทด้วยเหตุผลทางความมั่นคงปลอดภัยของสาธารณะ (4) การออกคำสั่งอนุญาตหรืออนุมัติในการประกอบกิจการของเอกชน รวมถึงการห้ามประกอบกิจการอันเกี่ยวเนื่องกับความมั่นคง และ (5) การจัดตั้งองค์กรของรัฐไปการดำเนินเป็นผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเอง<sup>126</sup>

### 3.2.2 การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

ในการศึกษาเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในระบบกฎหมายฝรั่งเศส นอกเหนือจากรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 (ฉบับสาธารณรัฐที่ 5) ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแล้ว ยังต้องศึกษารัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1946 (ฉบับสาธารณรัฐที่ 4) และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ได้รับรองคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฯ และคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 (ฉบับสาธารณรัฐที่ 4) ซึ่งทำให้บทบัญญัติดังกล่าวมีคุณค่าทางกฎหมายเทียบเท่ากับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (une valeur constitutionnelle) รวมถึงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักการดังกล่าวด้วยเช่นกัน<sup>127</sup> นอกจากนี้ จำเป็นต้องศึกษาแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับ การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ดังจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

<sup>125</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 594-595.

<sup>126</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 380.

<sup>127</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ” [Online] [http://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1403](http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1403) เข้าถึงเมื่อ 1 มีนาคม 2562.

### 3.2.2.1 การรับรองและการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

แนวคิดการรับรองสิทธิเสรีภาพในฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลอย่างมากจากเหตุการณ์ปฏิวัติครั้งใหญ่และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ซึ่งสามารถสรุปเนื้อหาแบ่งเป็น 3 ส่วน<sup>128</sup> ได้ดังนี้ (1) การรับรองสิทธิมนุษยชน เป็นการรับรองสิทธิที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ เช่น หลักว่าด้วยเสรีภาพหรือความสามารถที่จะกระทำการใดที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น และการใช้สิทธิมีข้อจำกัดที่จะต้องยอมให้สมาชิกอื่นของสังคมสามารถใช้สิทธิเหล่านี้ได้เช่นกัน โดยข้อจำกัดดังกล่าวจะกำหนดได้แต่โดยกฎหมายเท่านั้น และหลักว่าด้วยกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นสิทธิอันศักดิ์สิทธิ์อันจะละเมิดมิได้ เว้นแต่เพื่อการสาธารณะและต้องมีค่าทดแทน เป็นต้น (2) การรับรองสิทธิพลเมือง เป็นการรับรองสิทธิตามแนวคิดสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง เช่น สิทธิในการออกกฎหมายและสิทธิที่จะเข้าทำงานสาธารณะ เป็นต้น เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการสร้างระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยการมีส่วนร่วมของประชาชนอันเป็นช่องทางสำคัญในการถ่ายโอนสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง สิทธิพลเมืองจึงมีบทบาทสำคัญในการสร้างหลักประกันแก่สิทธิมนุษยชน และ (3) การรับรองหลักการขององค์กรทางการเมือง เป็นการสนับสนุนให้เกิดการแบ่งแยกการใช้อำนาจรัฐและการดูแลและคานอำนาจอันนำมาซึ่งการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรของรัฐ

อนึ่ง รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสภายหลังจากต่อมารับรองหลักการที่ปรากฏตามคำประกาศดังกล่าว ทั้งในลักษณะที่นำเนื้อหา มาบัญญัติไว้เป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ.1793 และในลักษณะที่บัญญัติรับรองไว้ในคำปรารภ เช่น รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ซึ่งระบุว่า "ประชาชนชาวฝรั่งเศสขอยืนยันอย่างเป็นทางการถึงการเคารพในสิทธิเสรีภาพของมนุษย์และพลเมืองแต่ละคนที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และหลักการพื้นฐานที่กฎหมายสาธารณรัฐยึดมั่น" และรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ที่ระบุว่า "ประชาชนชาวฝรั่งเศสของแสดงความยึดมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติตั้งที่ได้นิยามไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองเมื่อ ค.ศ. 1789 ซึ่งได้รับการยืนยันและขยายความโดยคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1946 ..." <sup>129</sup> การอ้างถึง

<sup>128</sup> สรุปรจาก เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ “แนวความคิดว่าด้วยการรับรองสิทธิเสรีภาพในบริบทตะวันตก” 72 ปี ครุ ผู้อุทิศตนเพื่อวิชาชีพกฎหมาย: ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โสวีไลกุล (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 343-349.

<sup>129</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ “พัฒนาการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ของฝรั่งเศส” [Online] <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=392> เข้าถึงเมื่อ 1 ธันวาคม 2561.

และรับรองค่าบังคับของประกาศดังกล่าวมีผลเสมือนว่าคำประกาศดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญและมีค่าเทียบเท่ากับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 นั้น ได้มีการรับรองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ซึ่งสะท้อนถึงหลักการทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม เช่น สิทธิของสตรี เด็ก คนชรา แรงงาน และสิทธิในการศึกษาอบรม เป็นต้น อันเป็นการแก้ไขจุดอ่อนความเหลื่อมล้ำจากปัจเจกชนนิยมและเสรีนิยมดั้งเดิม อีกทั้งมีการกำหนดให้รัฐต้องดำเนินการให้สิทธิเหล่านี้เกิดขึ้นจริง ทั้งนี้ สิทธิเสรีภาพบางประการอาจถูกจำกัดได้เพื่อประโยชน์ของสังคม เช่น กรรมสิทธิ์อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายปฏิรูปที่ดิน กฎหมายผังเมือง และกฎหมายควบคุมอาคาร เป็นต้น สำหรับเสรีภาพทางเศรษฐกิจหรือเสรีภาพทางพาณิชย์กรรมและทางอุตสาหกรรมนั้น อาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้บริโภค เช่น กฎหมายป้องกันการผูกขาด กฎหมายห้ามการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และกฎหมายควบคุมราคาสินค้าและบริการ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในช่วงปี 1954 จนสิ้นสุดสาธารณรัฐที่ 4 เกิดปัญหาการเมืองภายในประเทศและสงครามอัลจีเรีย นำมาซึ่งการใช้อำนาจรัฐที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จนเป็นเหตุให้มีการจัดระเบียบประเทศและเตรียมการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายใต้การนำของนายพล เดอโกล<sup>130</sup> ต่อมาภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ในช่วงปี 1960 สิทธิเสรีภาพยังคงไม่ได้รับการรับรองมากนัก เนื่องจากปัญหาสงครามอัลจีเรียที่ต่อเนื่องมาและการประกาศภาวะฉุกเฉินและการใช้อำนาจเด็ดขาดของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ต่อมาในช่วงปี 1970 การตระหนักรับรู้ถึงการรับรองสิทธิเสรีภาพนั้นมีมากขึ้นและพัฒนาในทางที่ดีขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การตรากฎหมายรับรองสิทธิส่วนบุคคลในปี 1970 การยอมรับเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารโทรคมนาคมและสิทธิของสหภาพแรงงานในปี 1982 และการประกันสิทธิเสรีภาพในสื่อวิทยุโทรทัศน์ในปี 1986 เป็นต้น<sup>131</sup> ทั้งนี้ สิทธิเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ ได้รับการรับรองทั้งจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 และรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับที่กล่าวมา ยกตัวอย่างเช่น แรงงานได้รับการรับรองว่ามีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกับนายจ้าง สามารถเข้าร่วมสมาคมได้อย่างเสรี และมีสิทธิได้รับการฝึกฝนความสามารถของตนในการทำงาน และการกำหนดว่ารัฐไม่ควรเข้าแทรกแซงสิทธิทางสังคมของปัจเจกชน แต่ควรอำนวยความสะดวกให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้หรือในลักษณะที่เป็นการสร้างหลักประกัน เป็นต้น โดยการรับรองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวอยู่ในระดับเดียวกับการปกป้อง

<sup>130</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ “พัฒนาการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ของฝรั่งเศส” [Online] <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=392> เข้าถึงเมื่อ 1 ธันวาคม 2561.

<sup>131</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ “พัฒนาการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ของฝรั่งเศส” [Online] <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=392> เข้าถึงเมื่อ 1 ธันวาคม 2561.



สถานะของรัฐธรรมนูญ<sup>132</sup> นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐได้เคยวินิจฉัยรับรองสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจไว้หลายประการ เช่น เสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ (la liberté de l'activité professionnelle) เสรีภาพในการค้าและอุตสาหกรรม (la liberté du commerce et de l'industrie) และเสรีภาพในการทำสัญญา (la liberté contractuelle)<sup>133</sup>

อนึ่ง คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ได้วางหลักการว่าด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้บางประการควบคู่กับการรับรองสิทธิเสรีภาพ เช่น ข้อ 10 กำหนดหลักการว่า รัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมิได้ เว้นแต่เป็นไปเพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อย<sup>134</sup> สำหรับรัฐธรรมนูญนั้น มิได้มีบทบัญญัติทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้โดยตรง แต่ในมาตรา 34 มีการกำหนดขอบเขตเนื้อหาการตรา รัฐบัญญัติของรัฐสภาซึ่งถือว่าเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญได้วางหลักการสำคัญว่า รัฐสภามีอำนาจตามมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญในการสร้างกฎระเบียบเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชน อย่างไรก็ตามการออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นมีขอบเขตคือจะต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ<sup>135</sup>

### 3.2.2.2 การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยองค์กรตุลาการในประเทศฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นระบบศาลคู่ กล่าวคือ มีการแยกองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีทางแพ่งและคดีทางอาญาทั่วไป (The Ordinary Courts) และองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีทางปกครอง (The Administrative Courts) ออกจากกัน<sup>136</sup> ซึ่งในที่นี้คือศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ และองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองชั้นสูงสุดอย่าง **สภาแห่งรัฐ**<sup>137</sup>

<sup>132</sup> เฉลิมพงษ์ เอกเฝ้าพันธุ์, “การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ,” วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 57.

<sup>133</sup> Salma Radwan, “DROIT PUBLIC DES ACTIVITES ECONOMIQUES” [Online] [www.academia.edu/33808318/DROIT\\_PUBLIC\\_DES\\_ACTIVITES\\_ECONOMIQUES](http://www.academia.edu/33808318/DROIT_PUBLIC_DES_ACTIVITES_ECONOMIQUES) เข้าถึงเมื่อ 2 มีนาคม 2562.

<sup>134</sup> No one may be disturbed on account of his opinions, even religious ones, as long as the manifestation of such opinions does not interfere with the established Law and Order.

<sup>135</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)”, หน้า 146.

<sup>136</sup> น้ำแท้ มีบุญสร้าง, “ระบบกระบวนการยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 21 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2552):, หน้า 77.

<sup>137</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน)

นอกจากนี้ ในระดับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในระดับรัฐธรรมนูญ ประเทศฝรั่งเศสมีระบบที่เรียกว่า ระบบสภารัฐธรรมนูญหรือ **คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ** ซึ่งเป็นอีกรูปแบบหนึ่งขององค์กรวินิจฉัย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเกิดจากแนวคิดที่รวมเอาข้อดีของแต่ละระบบมาไว้ด้วยกันและแนวคิด การมีองค์กรกลางที่ทำหน้าที่วินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกัน มิให้มีอำนาจมากเกินไป องค์กรดังกล่าวจึงถูกจำกัดอยู่ในลักษณะของคณะตุลาการ<sup>138</sup> และหาก คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นจะไม่สามารถประกาศใช้เป็นกฎหมายหรือไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 62 วรรคหนึ่ง<sup>139</sup> ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

อนึ่ง ในการวินิจฉัยคดีที่จะมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกเหนือจากการพิจารณาบทบัญญัติที่เป็นประเด็นแห่งคดีแล้ว ศาลยังได้พิจารณาถึงหลักกฎหมาย ทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่ง **หลักความได้สัดส่วน** (le principe de proportionnalité) ซึ่งเป็นหลักการ พื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจอันเป็นการบังคับให้ผู้ใช้อำนาจ จำกัดสิทธิของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอประมาณ<sup>140</sup> เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิ (droits) และประโยชน์ (intérêts) แก่ประชาชนทุกคน<sup>141</sup> ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ (1) **หลักความสัมฤทธิ์ผล** (le principe de l'adéquation) ซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐ จะต้องเป็นไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่วนรวมและต้องสามารถบรรลุผลได้เช่นนั้นได้ ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักว่า ความเชื่อมโยงระหว่างประโยชน์สาธารณะที่พึงจะได้รับและ การกระทบต่อสิทธิเสรีภาพอาจเกิดขึ้นได้ แต่ต้องมีเหตุผลอย่างเพียงพอและเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ ที่มุ่งหมายในกฎหมายนั้น ๆ เท่านั้น<sup>142</sup> (2) **หลักความจำเป็น** (le principe de nécessité)

หน้า 44.

<sup>138</sup> ปวีศร เลิศธรรมเทวี, ระบบกฎหมายและศาลรัฐธรรมนูญในกลุ่มประเทศอาเซียน, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2561), หน้า 46.

<sup>139</sup> A provision declared unconstitutional on the basis of article 61 shall be neither promulgated nor implemented.

<sup>140</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 85.

<sup>141</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมัน และฝรั่งเศส” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 เดือน พฤษภาคม - สิงหาคม 2542, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2542), หน้า 60-61.

<sup>142</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)”, หน้า 146.

ซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นและต้องใช้มาตรการที่รุนแรงน้อยที่สุด ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักว่าตามหลักความจำเป็น ต้องเลือกมาตรการที่ไม่ล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพเกินกว่าความจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจนั้น<sup>143</sup> และ (3) **หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ** (le principe de proportionnalité au sens strict) ซึ่งเรียกร้องให้การกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจรัฐมีความสมดุลกับสัมฤทธิ์ผลจากการใช้อำนาจดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น

**คดี Ville nouvelle Est**<sup>144</sup> ซึ่งเป็นกรณีที่มีมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งได้ดำเนินโครงการการก่อสร้างอาคารเรียน ศูนย์การศึกษา และที่พักของนักศึกษา เป็นเหตุให้ต้องมีการรื้อถอนบ้านเรือนกว่า 80 คริวเรือน โดยฝ่ายปกครองมีคำสั่งเวนคืนที่ดิน ผู้ได้รับผลกระทบจึงร้องต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิกถอนคำสั่งนั้น โดยอ้างเหตุว่าการเวนคืนที่ดินนั้นมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ สภาแห่งรัฐ (ครบองค์ประชุมใหญ่) ได้พิจารณาผลกระทบด้านสังคมและเศรษฐกิจประกอบกับความสำคัญของโครงการแล้วเห็นว่า การรื้อถอนดังกล่าวมิได้เป็นการลบล้างการเป็นประโยชน์สาธารณะของโครงการแต่อย่างใด ทั้งนี้ มาตรการทางปกครองจะถือว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ต่อเมื่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกกระทบ ค่าใช้จ่ายหรือผลกระทบด้านการเงิน และความเสียหายทางสังคมที่อาจเกิดขึ้นต้องไม่เกินขอบเขตของประโยชน์ที่จะได้รับการดำเนินการตามมาตรการนั้น กล่าวได้ว่า ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ศาลได้เข้ามามีบทบาทในการประเมินสถานการณ์ทางกฎหมายโดยเปรียบเทียบระหว่าง “ประโยชน์” กับ “ผลเสียหรือผลกระทบ” ของการดำเนินการว่าจำเป็น เหมาะสม และสมเหตุสมผลกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือไม่

### 3.2.3 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการในประเทศฝรั่งเศส

ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงคำพิพากษาขององค์กรตุลาการที่มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการและสิทธิเสรีภาพอื่นที่มีความสัมพันธ์กัน อันได้แก่ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Constitutional Council)

เนื่องด้วยอำนาจหน้าที่ของสภาแห่งรัฐในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง ใน 4 ฐานะ ได้แก่ (1) ศาลชั้นต้นและศาลสุดท้ายสำหรับคดีปกครองที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ เช่น คดีเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง (2) ศาลสูงสำหรับการพิจารณาอุทธรณ์ในคดีฟ้องเพิก

<sup>143</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 147.

<sup>144</sup> คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ CE 28 Mai 1971 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2542): หน้า 66-67.

ถอนกฎ (3) ศาลสูงสำหรับปัญหาข้อกฎหมายที่มีการอุทธรณ์จากศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และจากศาลชั้นอุทธรณ์<sup>145</sup> สภาแห่งรัฐจึงมีบทบาทในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอันเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ ดังจะเห็นได้จาก**แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ** ดังต่อไปนี้

**คดี Vinolay**<sup>146</sup> เป็นกรณีที่ประธานคณะกรรมการการเกษตรชุมชนถูกไล่ออกเนื่องจากตอบข้อซักถามของกระทรวงการคลังล่าช้าซึ่งถือว่าการกระทำผิดต่อวิชาชีพ นาย Vinolay จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองให้พิจารณาคความชอบของคำสั่งไล่ออกดังกล่าว

สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้การไม่ดำเนินการตามกฎหมายของฝ่ายปกครองจะเป็นเหตุอันสมควรในการลงโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ผู้บกพร่องนั้น แต่ในกรณีนี้มีได้เป็นเหตุที่ถึงขนาดที่จะกำหนดโทษไล่ออก จึงเป็นกรณีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง และเป็นการออกคำสั่งที่รุนแรงเกินขอบเขตตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎระเบียบนั้น เป็นเหตุให้สภาแห่งรัฐมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งไล่ออกในคดีดังกล่าว ทั้งนี้ ในคดีนี้เป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลซึ่งเป็นเสรีภาพที่มีความเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ อีกทั้งยังเป็นการสนับสนุนสิทธิเสรีภาพของการรวมกลุ่มเพื่อการประกอบอาชีพของเกษตรกร โดยผ่านการพิจารณาถึงความเหมาะสมและความได้สัดส่วนในการกำหนดโทษแก่การกระทำความผิด

**คดี Pichene**<sup>147</sup> เป็นกรณีที่มีผู้ร้องให้สภาแห่งรัฐตรวจสอบความชอบของคำสั่งของรัฐมนตรีด้านวัฒนธรรมที่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์เรื่อง *The last Temptation of Christ*

สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า ผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่อาจเกิดจากการฉายภาพยนตร์ดังกล่าวมิได้รุนแรงตามที่กล่าวอ้างในคำร้องและมีได้เป็นการกระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อจิตสำนึกของประชาชน จึงเห็นชอบกับการอนุญาต โดยวินิจฉัยให้การฉายภาพยนตร์ดังกล่าวกระทำได้โดยเสรีต่อไป อันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการประกอบกิจการไปในคราวเดียวกัน จากคดีดังกล่าวพิจารณาได้ว่า มาตรการของฝ่ายปกครองหรือคำสั่งที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยนั้นทำได้เมื่อมีเหตุผลความจำเป็นเท่านั้น

<sup>145</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, *กฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง*, หน้า 46.

<sup>146</sup> คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ CE 26 Juillet 1978 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2542): หน้า 65-66.

<sup>147</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ CE 9 Mai 1990 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2542): หน้า 60-61.

**คดี Benkerrou**<sup>148</sup> เป็นกรณีที่นาย Benkerrou ถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตขับรถแท็กซี่เป็นเวลา 7 ปีและระงับการขับรถแท็กซี่เป็นเวลา 5 เดือน เนื่องจากจอดรถในที่ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตอันเป็นการละเมิดมาตรา 7 แห่งรัฐกฤษฎีกา ฉบับวันที่ 17 สิงหาคม 1995 ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตขับรถและใบอนุญาตจอดรถบนถนนสาธารณะของรัฐบัญญัติ ฉบับวันที่ 20 มกราคม 1995

สภาแห่งรัฐมีความเห็นว่า มาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้วางหลักว่าสิทธิพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานในการใช้เสรีภาพต้องตราเป็นรัฐบัญญัติโดยผ่านรัฐสภาและต้องเป็นไปตามมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส กล่าวคือ เรื่องใดที่อยู่นอกขอบเขตของการตรารัฐบัญญัติ ให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ได้ แม้ว่าสิทธิเสรีภาพดังกล่าวมีการตรากฎหมายรับรองไว้ แต่การใช้เสรีภาพนั้นไม่ได้หมายความว่าจะไม่อาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย ซึ่งอาชีพขับรถแท็กซี่เป็นอาชีพที่จะต้องถูกควบคุมได้ รัฐกฤษฎีกา ฉบับวันที่ 17 สิงหาคม 1995 ที่กำหนดให้มีการใช้อำนาจดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อองค์กรที่มีอำนาจได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติทางอาชีพอย่างแน่นอน อำนาจในการควบคุมดังกล่าวย่อมต้องรวมถึงการกำหนดโทษทางปกครองซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์และเป็นไปตามลักษณะที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายด้วย ดังนั้นรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวจึงชอบที่จะกำหนดให้มีการเพิกถอนใบอนุญาตโดยฝ่ายปกครองในกรณีนี้ บุคคลดังกล่าวไม่เคารพกฎระเบียบที่ใช้บังคับในการประกอบอาชีพนั้นได้

**คดี Faste sud Aveyron**<sup>149</sup> เป็นคดีที่สมาคม Faste sud Aveyron และพวกได้อุทธรณ์ขอให้สภาแห่งรัฐเพิกถอนการใช้อำนาจตามมาตรา 29 แห่งรัฐกฤษฎีกาหมายเลข 2006-422 ฉบับวันที่ 7 เมษายน 2006 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับระบบการเงินและงบประมาณ และกำหนดควบคุมราคาการให้บริการด้านสังคมและการแพทย์ของสถานประกอบการซึ่งรวมถึงสถานอยู่อาศัยและสถานรองรับด้วย โดยผู้ร้องเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ตามมาตรา 34 และมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส จึงไม่ชอบ

สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า สถานอาศัยและสถานรองรับไม่ได้เป็นสถานประกอบการซึ่งให้บริการด้านสังคมและการแพทย์ที่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับแห่งรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว ดังนั้น เมื่อไม่มีบทบัญญัติตามกฎหมายใดที่ให้อำนาจในการกำหนดในส่วนที่เกี่ยวกับสถาบันและบริการเหล่านั้น การกำหนดให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมงบประมาณโดยปราศจากฐานทางกฎหมายรองรับตามรัฐกฤษฎีกานั้น จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ สภาแห่งรัฐได้กล่าวว่าให้รัฐบาลตระหนักถึงภาระหน้าที่ในการส่งเสริมให้มีการบังคับใช้กฎหมายและกฎให้เป็นไปตามมาตรา 34

<sup>148</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ CE, Ass. 7 juillet 2004, Ministre de l'intérieur c/ Benkerrou

<sup>149</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ CE, 21 nov 2008, Association Faste sud Aveyron

และมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ซึ่งมีเจตนารมณ์คือ การจำกัดเสรีภาพอันเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนจะทำได้เฉพาะแต่โดยกฎหมายเท่านั้น อนึ่ง การประกอบอาชีพโดยเสรีในฐานะที่เป็นหลักการพื้นฐานของความเป็นอิสระในการปกครองท้องถิ่น การประกันสังคมและสวัสดิการสังคม โดยมีขอบเขตรวมถึงการกำกับดูแลระบบการเงินและการกำหนดราคาด้วย นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐยังได้ตัดสินใจให้รัฐต้องจ่ายเงินค่าเสียหายให้ผู้ร้องเนื่องจากการละเมิดโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ รายละเอียด 100 ยูโร อีกด้วย

**คดี SAS Allocab&Voxtur<sup>150</sup>** เป็นคดีที่บริษัท SAS Allocab และบริษัท Voxtur กับพวกยื่นคำร้องขอให้ระงับการบังคับใช้รัฐกำหนด ที่ 2013-1251 ที่กำหนดให้ผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะที่เหมาพร้อมคนขับ (voitures de tourisme avec chauffeur :VTCs) เช่น Uber, Snap Car ซึ่งไม่ใช่แท็กซี่ที่ได้รับใบอนุญาตแบบดั้งเดิม ต้องรอเป็นเวลา 15 นาทีก่อนที่รถจะปรับผู้โดยสารได้ ทั้งนี้ บริษัทที่ให้บริการ VTCs ได้รับอนุญาตให้ก่อตั้งได้เมื่อปี 2009 ตามมาตรา L 231-1 แห่งประมวลกฎหมายท้องถิ่น อันเป็นการเรียกเฉพาะตามคำสั่งเท่านั้น โดยคิดค่าบริการเป็นราคาคงที่ การแข่งขันจะอยู่ที่ความแตกต่างของยานพาหนะและการให้บริการอื่น ๆ เช่น การบริการเครื่องดื่ม และเนื่องจากไม่ต้องเสียค่าใบอนุญาตที่มีราคาแพงและการลดต้นทุนโดยการดำเนินการผ่านระบบ ทำให้การบริการ VTCs ได้เปรียบกว่าแท็กซี่ ประกอบกับการเปิดตลาดเสรีบางส่วนนี้ ทำให้การบริการดังกล่าวเพิ่มขึ้น เป็นเหตุให้ผู้ประกอบการแท็กซี่เรียกร้องให้การปรับผู้โดยสารของบริษัทคู่แข่งจะต้องล่าช้ากว่าเดิมและเกิดการตรารัฐกำหนดดังกล่าวตามมา

ในคดีนี้ผู้ร้องเห็นว่า เจื่อนใจในการบังคับใช้รัฐกำหนดโดยทันทีที่ส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงต่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ และกระทบต่อการพัฒนาทางคมนาคม การแข่งขันกันอย่างมีประสิทธิภาพ และต่ออาชีพของผู้ขับรถ ตลอดจนส่งผลกระทบต่อพัฒนาการทางตลาดในการกีดกันผู้แข่งขันทางการค้าออกไปและสงวนผลประโยชน์ไว้ นอกจากนี้การออกรัฐกำหนดดังกล่าวย่อมไม่สมบูรณเนื่องจากกรณีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการค้าและอุตสาหกรรมไม่อยู่ภายใต้อำนาจในการออกกฎหมาย อีกทั้งยังละเมิดต่อหลักการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หลักความเสมอภาคเสรีภาพในการค้าและอุตสาหกรรม และเสรีภาพในการประกอบกิจการ โดยปราศจากความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วนที่จะบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง อันเป็นการผูกขาดทางการค้าให้กับรถแท็กซี่ ตลอดจนไม่ได้ส่งผลกระทบต่อความคล่องตัวของจราจร รวมทั้งรัฐกำหนดดังกล่าวไม่ผ่านเกณฑ์ความแน่นอนมั่นคงเพราะมีผลบังคับใช้ทันทีภายหลัง 4 วันจากที่มีการลงนามโดยไม่มีบทเฉพาะกาลรองรับ

สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวมี 2 ประการ คือ

<sup>150</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ CE, 5 fev 2014, SAS Allocab, Soc. Voxtur

เพื่อแยกการบริการ VTCs ออกจากแท็กซี่ฯ และเพื่อให้การจราจรในกรุงปารีสมีความคล่องตัว แต่การใช้อำนาจดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการค้าเสรีของธุรกิจของผู้ร้อง แม้ว่ามาตรการดังกล่าวมุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม การปกป้องเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างที่ฝ่ายปกครองมุ่งคุ้มครอง ก็ได้ทำให้หน้าที่ของรัฐในการรับผิดชอบต่อเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมและการแข่งขันอย่างเป็นธรรมได้รับการยกเว้น ประกอบกับในการปรับผู้โดยสารไม่ว่าด้วยรถประเภทใดต่างก็มีเป้าหมายที่จะปรับให้เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ การกำหนดดังกล่าวไม่ใช่การสงวนไว้ให้แท็กซี่ที่ขอด้วยกฎหมาย อีกทั้งระยะเวลาที่กำหนดให้ผู้โดยสารต้องรอคอย 15 นาทีเพื่อปกป้องแท็กซี่ นั้นเป็นเหตุอันไม่เป็นธรรม และไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความคล่องตัวในการจราจรอย่างมีนัยยะสำคัญ อันเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการค้าและอุตสาหกรรม กรณีจึงเป็นไปอย่างไม่จำเป็นและไม่ได้สัดส่วนในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะอันก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความชอบธรรมของบทบัญญัติดังกล่าวอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ การกำหนดให้รถทั้งสองกรณีปรับผู้โดยสารให้เร็วที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ย่อมก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้ากันอย่างเป็นธรรม การใช้เวลามากกว่า 15 นาทีย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงที่จะสูญเสียโอกาสในการได้ผู้โดยสารและเป็นอุปสรรคในการพัฒนาได้ ดังนั้น สภาแห่งรัฐได้ตัดสินให้ระงับการใช้กฎ 15 นาทีเป็นการชั่วคราว โดยเห็นว่ารัฐกำหนดดังกล่าวได้ทำลายผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้แข่งขันทางการค้าอย่างร้ายแรง และโดยฉับพลัน อีกทั้งยังเป็นการขัดต่อหลักเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรม นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐยังได้ตัดสินให้รัฐยังต้องจ่ายเงิน 3,000 ยูโรให้กับบริษัท Allocab และ 1,000 ยูโรให้กับบริษัท Voxtur และพวก อีกด้วย

ในส่วนของ**คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ**นั้น มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอันเกี่ยวเนื่องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ ผ่านอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ผ่านการตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมาย และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นประเด็นพิพาทซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ดังจะเห็นได้จาก**แนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ** ดังต่อไปนี้

**คดีใบอนุญาตการพนันออนไลน์**<sup>151</sup> เป็นคดีที่รัฐสภาส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยช่องทางตามมาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติที่กำหนดความเหมาะสมของการเปิดการแข่งขันและการควบคุมการพนันออนไลน์ โดยเฉพาะมาตรา 1 มาตรา 26 มาตรา 47 และมาตรา 48 เนื่องจากมีผู้ร้องว่าการออกกฎหมายดังกล่าวไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ โดยไม่เป็นไปตามหลักการพื้นฐานในการห้ามเล่นการพนันที่เป็นไปตามกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งผู้ร้องเห็นว่ากฎหมายสหภาพยุโรปไม่ต้องการให้เกิดการแข่งขัน

<sup>151</sup> Decision No. 2010-605 DC, 12 May 2010

ในกรณีนี้ ในทางตรงกันข้าม กฎหมายของสหภาพยุโรปอนุญาตให้มีการผูกขาดได้โดยชอบตามนโยบายสาธารณะ กฎหมาย และความสงบเรียบร้อย รวมถึงในการดำเนินการลงมติของรัฐสภา ประธานรัฐสภาไม่ได้ดำเนินการตามข้อบังคับของสภาที่กำหนดให้มีการถกเถียงกันอย่างถูกต้องชัดเจน นอกจากนี้ ยังขัดต่อหลักการพื้นฐานในการห้ามเล่นการพนันซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายดั้งเดิมของประเทศฝรั่งเศสที่มีหลักการว่า ห้ามเล่นการพนันเป็นหลัก และอาจทำได้โดยการผูกขาดซึ่งเป็นข้อยกเว้น แม้ว่ารัฐจะเคยตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการพนัน แต่ก็ไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างเด็ดขาด ทั้งยังคงตระหนักถึงหลักการพื้นฐานในการห้ามเล่นการพนัน โดยยังคงกำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับข้อยกเว้นหรือพื้นที่การดำเนินการ เช่น รัฐบัญญัติเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 1891 การห้ามพนันการแข่งม้า รัฐบัญญัติเมื่อวันที่ 18 เมษายน 1924 การห้ามเสี่ยงโชคโดยสลากกินแบ่ง รัฐบัญญัติเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 1907 ที่กำกับการพนันในคาสีโนและสถานเรียงรมย์ในพื้นที่ตากอากาศ ชายทะเล และสถานที่พักตากอากาศสุขภาพ และโดยมาตรา 136 แห่งรัฐบัญญัติการเงินเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 1993 ก็ได้กำหนดให้รัฐบาลเป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีสลากกินแบ่งของชาติ ตลอดจนมาตรา 11 มาตรา 12 และมาตรา 14 ได้กำหนดให้การพนันออนไลน์และการแข่งขันม้า กีฬา และเกมคาสีโนต้องได้รับการอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นการกำหนดให้ยกเว้นแล้วจึงค่อยควบคุมซึ่งทำให้เกิดการละเลยได้ อีกทั้งร่างกฎหมายดังกล่าวไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างชัดเจนเนื่องจากการมุ่งรับรองประโยชน์ของเอกชนที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับประโยชน์ส่วนรวมมากกว่า โดยรัฐสภาไม่ได้นำมาตราการที่จำเป็นมาใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ โดยเฉพาะการโฆษณาที่เกี่ยวข้อง และการเปิดการพนันออนไลน์เป็นการง่ายต่อการทุจริต ทั้งยังไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนุญในเรื่องการคุ้มครองนโยบายสาธารณะ และวิธีการในการบังคับใช้ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ได้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ประการแรก รัฐสภามีอำนาจประเมินและตัดสินใจ ตลอดจนมีอิสระในการเลือกใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้บรรลุผลหรือประสานวัตถุประสงค์ตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งแก้ไขบทบัญญัติที่มีอยู่เดิม หรือออกบทบัญญัติใหม่แทนที่ในกรณีจำเป็น ดังนั้นเมื่อรัฐสภาได้ใช้อำนาจดังกล่าวจึงไม่เป็นการลิดรอนข้อเรียกร้องตามรัฐธรรมนูญในการรับรองตามกฎหมาย ประการที่สอง รัฐสภามีอิสระในการกำหนดเสรีภาพในการประกอบกิจการซึ่งมีที่มาจากข้อ 4 ของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฯ ที่สามารถกำหนดข้อจำกัดของเสรีภาพได้ โดยต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เพื่อประโยชน์สาธารณะ และเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ทั้งนี้ เมื่อกฎหมายที่พิพาทมีวัตถุประสงค์เพื่อต่อสู้กับสถานการณ์อันตรายในเรื่องการพนันออนไลน์ ด้วยการสร้างกลไกให้สิ่งเหล่านั้นมาอยู่ภายใต้การกำกับของรัฐ และวางหลักเกณฑ์ให้การดำเนินกิจการการพนันออนไลน์ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐก่อน และมีการกำหนดหน่วยงานในการกำกับดูแล ทั้งในการขออนุญาต การบังคับใช้กฎหมาย และการตรวจสอบการดำเนินการตาม



กฎหมาย รวมทั้งได้มีการออกแบบกลไกไม่ให้เกิดการติดการพนัน การปกป้องผู้ด้อยโอกาส การต่อต้านการฟอกเงิน และการรับรองความน่าเชื่อถือ ตลอดจนควบคุมและกำหนดโทษทางอาญาในการเสนอการพนันที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในแง่มุมเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว รัฐสภาได้ออกมาตรการที่เป็นไปอย่างได้สัดส่วนระหว่างหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการและวัตถุประสงค์ตามรัฐธรรมนูญในการปกป้องนโยบายสาธารณะ ข้อโต้แย้งที่กล่าวมาจึงฟังไม่ขึ้น บทบัญญัติที่พิพาทจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

**คดีการปิดทำการร้านค้าในรอบสัปดาห์**<sup>152</sup> เป็นคดีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับเรื่องจากศาลฎีกาในการวินิจฉัยคำพิพากษาภายใต้การพิจารณาตามมาตรา 61-1 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส เนื่องจากบริษัท CHAUD COLATINE ได้อ้างปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ของมาตรา 3132-29 แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจสั่งปิดทำการสถานประกอบการในช่วงวันหยุดรายสัปดาห์ในกรณีเดียวกันที่ตั้งอยู่ในพื้นที่เดียวกัน เพื่อให้ลูกจ้างได้หยุดพัก ภายใต้เงื่อนไขที่ได้ตกลงกันระหว่างสหภาพแรงงานและองค์กรนายจ้างในการประกอบกิจการนั้น โดยผู้ร้องเห็นว่าบทบัญญัตินี้ขัดแย้งกับเสรีภาพในการประกอบกิจการที่ได้การรับรองในข้อ 4 ของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฯ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อพิจารณาเสรีภาพในการประกอบกิจการอันมีที่มาจากข้อ 4 แห่งคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฯ ได้เปิดโอกาสให้ผู้ตรากฎหมายสามารถกำหนดให้เสรีภาพดังกล่าวมีข้อจำกัดได้โดยต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ต้องไม่มีผลเป็นการละเมิดเสรีภาพโดยไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ทั้งนี้ การที่อนุญาตให้เจ้าหน้าที่สามารถกำหนดวันหยุดรายสัปดาห์ของสถานประกอบการในกรณีเดียวกันที่ตั้งอยู่ในพื้นที่เดียวกันนั้น มาตรา 3132-29 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองความเท่าเทียมกันระหว่างการจัดตั้งสถานประกอบการในกรณีเดียวกันไม่ว่าจะมีขนาดใดก็ตามในช่วงวันหยุดรายสัปดาห์ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ บทบัญญัตินี้ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์นี้ คำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการสั่งปิดนั้น สามารถดำเนินการได้เฉพาะกรณีที่ได้มีการตกลงจากสหภาพแรงงานของลูกจ้างส่วนใหญ่และองค์กรนายจ้างในการประกอบกิจการ ภายใต้เงื่อนไขว่าจะให้ลูกจ้างหยุดพักในช่วงวันหยุดในรายสัปดาห์ใด และคำสั่งดังกล่าวบังคับใช้ได้ ในกรณีสถานประกอบการในกรณีเดียวกันที่ตั้งอยู่ในพื้นที่เดียวกัน และฝ่ายปกครองมีอำนาจในการประเมินในช่วงเวลาใดก็ได้เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัตินี้ ซึ่งยังคงผูกพันที่จะต้องยกเลิกคำสั่ง

<sup>152</sup> Decision No. 2010-89 QPC, 21 January 2011

หากเสียงส่วนมากร้องขอ ดังนั้น บทบัญญัติที่ถูกต้องแย้งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแล้ว และไม่ขัดหรือแย้งกับสิทธิหรือเสรีภาพอื่นใดที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้

**คดีรท VTC**<sup>153</sup> เป็นกรณีความไม่สอดคล้องกันของการดำเนินกิจการของผู้ขับรถแท็กซี่และผู้ขับรถ VTC โดยในคดีนี้ผู้ร้องได้ถือใบอนุญาตประกอบอาชีพขับรถ ทั้งใบอนุญาตขับรถแท็กซี่และใบอนุญาตผู้ขับรถ VTC ต่อมาเจ้าหน้าที่ของจังหวัดอีแซร์ (Isère) ได้สั่งให้ผู้ร้องเลิกถือใบอนุญาตขับรถหนึ่งในสองกรณีดังกล่าวตามมาตรา L. 3121- 10 ของประมวลกฎหมายการคมนาคม โดยสภาแห่งรัฐได้ส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าวที่กำหนดให้การขับรถแท็กซี่ไม่สอดคล้องกับการดำเนินการในฐานะผู้ขับรถ VTC

ผู้ร้องเห็นว่า บทบัญญัติที่ห้ามผู้ขับรถแท็กซี่จากการรวมกิจการกับผู้ขับรถ VTC เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญในส่วนของเสรีภาพในการประกอบกิจการ (la liberté d'entreprendre) การกำหนดข้อห้ามดังกล่าวไม่ได้เป็นไปโดยเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะและไม่เป็นไปตามหลักความเสมอภาคตามกฎหมาย (le principe d'égalité devant la loi)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ภายใต้ประมวลกฎหมายการคมนาคม มาตรา L. 3121-10 นั้น การขับรถแท็กซี่เป็นวัตถุประสงค์ของการออกใบอนุญาตประกอบอาชีพโดยฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจ นอกจากนี้มาตรา L. 3121-1 กำหนดว่า เจ้าของรถแท็กซี่ที่ดำเนินการจะได้รับใบอนุญาตจดทะเบียนตามแคว้นที่กำหนดขึ้นตอนวิธีการไว้ในกฎ และมาตรา 3122-3 กำหนดให้การดำเนินการขับรถ VTC จะต้องจดทะเบียนตามแคว้นที่กำหนดขึ้นตอนวิธีการไว้ในกฎ และมาตรา 3122-8 วรรคหนึ่ง กำหนดให้การขับรถ VTC เป็นวัตถุประสงค์ของการออกใบอนุญาตโดยฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงการกำหนดให้การดำเนินการของผู้ขับรถแท็กซี่ไม่สอดคล้องกับการดำเนินการของผู้ขับรถ VTC ฝ่ายนิติบัญญัติได้รับฟังและมีการเตรียมการในการออกกฎหมายเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2014 โดยได้หาทางต่อต้านเพื่อหลีกเลี่ยงพัฒนาการของการทุจริตในการดำเนินการของรถแท็กซี่ที่อาศัยข้อดีในเรื่องของความยืดหยุ่นของการขับรถ VTC ในขณะเดียวกันก็อาศัยผลประโยชน์จากการขับรถแท็กซี่ โดยเฉพาะในส่วนของ การเคลื่อนย้ายผู้ป่วยและเพื่อการได้รับอนุญาตให้จอดรถอย่างเต็มที่ เช่น ผู้ที่ขับรถ VTC เพื่อเคลื่อนย้ายผู้ป่วยนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย เฉพาะแต่ผู้ขับรถแท็กซี่เท่านั้นที่จะเข้าทำสัญญาในเรื่องนี้ได้ นอกจากนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติมีความประสงค์ให้เฉพาะแต่ผู้ขับรถแท็กซี่เท่านั้นที่ได้สิทธิในการได้รับอนุญาตให้จอดรถได้อย่างเต็มที่

ด้วยเหตุข้างต้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า ในการนำความไม่ลงรอยที่อ้างถึงในบทบัญญัติที่โต้แย้งนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้กระทำการละเมิดเสรีภาพในการประกอบธุรกิจซึ่งไม่สามารถพิสูจน์ได้ทั้งการบรรลุวัตถุประสงค์ทั้งสองในเรื่องการต่อต้านการทุจริตบนสาธารณะ

<sup>153</sup> Decision No. 2015-516 QPC, 15 January 2016

รวมทั้งการอนุญาตให้จอดรถได้อย่างเต็มที่ และเหตุผลในเรื่องประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ เนื่องจากวรรคสอง ของมาตรา L.3121-10 ขัดต่อรัฐธรรมนูญในการดำเนินการของผู้ขับรถแท็กซี่กับผู้ขับรถ VTC มีวิธีการใช้สัญลักษณ์การใช้นานพาหนะที่มีความแตกต่างกัน นอกจากนี้ สัญญาณไฟที่ติดกับรถให้บริการทางการแพทย์หรือแท็กซี่เท่านั้น (véhicules sanitaires légers) ที่สามารถได้รับอนุญาตให้เข้าทำสัญญากับโครงการประกันความเจ็บป่วยภาคบังคับเพื่อให้บริการในการเคลื่อนย้ายผู้ป่วย ข้อโต้แย้งเรื่องการต่อต้านการทุจริตในการดำเนินการของรถแท็กซี่ซึ่งไม่อยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง ดังนั้นการดำเนินการขับรถแท็กซี่และรถ VTC ทั้งสองกรณีในคราวเดียวกันเพื่อปิดเงื่อนไขข้อเท็จจริงย่อมเป็นไปได้ยาก อีกทั้งการกำหนดว่าการอนุญาตให้จอดรถสำหรับรถแท็กซี่เป็นการเอาเปรียบ ละเมิดต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ ความไม่สอดคล้องที่กำหนดอยู่ในบทบัญญัติวรรคสองของมาตรา L.3121-10 ซึ่งโต้แย้งอยู่นั้น ใช้เฉพาะกับการขับรถแท็กซี่และการขับ VTC ในขณะที่กฎหมายไม่ได้กีดกันผู้ขับรถแท็กซี่จากการปฏิบัติงานในฐานะผู้ขับขียานพาหนะสองล้อหรือสามล้อหรือขับรถพยาบาล ในทางกลับกันฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถก่อให้เกิดวัตถุประสงค์ซึ่งกฎหมายปัจจุบันสามารถบรรลุวัตถุประสงค์บางส่วนได้ อีกทั้งฝ่ายนิติบัญญัตียังไม่บังคับใช้กับการเช่าที่ผู้ถือใบอนุญาตจอดรถสาธารณะที่ไม่ได้ดำเนินการในฐานะคนขับแท็กซี่ด้วยตนเอง ดังนั้นความไม่สอดคล้องกันของการดำเนินการในกิจการของผู้ขับรถแท็กซี่และของผู้ขับรถ VTC ดังกล่าวเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

สรุปในส่วนของแนวคำวินิจฉัยที่กล่าวมาข้างต้นได้ว่า องค์กรทั้งสองให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งผ่านหลักการตามมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้อย่างแต่โดยกฎหมายเท่านั้น นอกเหนือจากบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ทั้งสภาแห่งรัฐและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้พิจารณาถึงหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความได้สัดส่วน และหลักความเสมอภาค ในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกหรือการฝ่าฝืนของประโยชน์สาธารณะที่เป็นวัตถุประสงค์สำคัญของการใช้อำนาจรัฐและฝ่าฝืนของสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกกระทบจากมาตรการทางปกครองหรือการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวอีกด้วย ทั้งนี้ สามารถสรุปคำพิพากษาและคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการฝรั่งเศส โดยแสดงเนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ เหตุผลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ และเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ตามตารางดังต่อไปนี้

*ตารางที่ 2: ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ*

ที่	คดี	เนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ	เหตุผลที่สามารถจำกัดได้	เหตุผลที่ใช้ในการคุ้มครอง	ผลต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ
1	คดี Ville nouvelle Est	สิทธิในทรัพย์สิน (การถูกเวนคืนที่ดิน)	ประโยชน์สาธารณะ	-	ถูกจำกัดได้
2	คดี Vinolay	การสิ้นสุดการประกอบอาชีพ (การถูกไล่ออกจากตำแหน่ง)	การกระทำผิดต่อวิชาชีพ	- การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งของเจ้าหน้าที่ - การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย	ได้รับการคุ้มครอง
3	คดี Pichene	การดำเนินกิจการ (การห้ามฉายภาพยนตร์)	ความสงบเรียบร้อยของประชาชน	หลักความได้สัดส่วน	ได้รับการคุ้มครอง
4	คดี Benkerrou	การสิ้นสุดการประกอบอาชีพ (การเพิกถอนใบอนุญาต)	- การทำการฝ่าฝืนกฎหมาย - มีกฎหมายให้อำนาจ	-	ถูกจำกัดได้
5	คดี Faste sud Aveyron	การดำเนินกิจการ (การควบคุมราคาการให้บริการ)	-	ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ	ได้รับการคุ้มครอง
6	คดี SAS Allocab&Voxtur	การดำเนินกิจการ (การกำหนดขั้นตอนในการให้บริการ)	- ความสงบเรียบร้อยของสังคม - ประโยชน์สาธารณะ	- หลักความได้สัดส่วน - การแข่งขันทางธุรกิจกันอย่างเป็นธรรม	ได้รับการคุ้มครอง
7	คดีใบอนุญาตการพนันออนไลน์	การเข้าสู่กิจการ (การพนันออนไลน์ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ)	- ประโยชน์สาธารณะ - การปกป้องผู้ด้อยโอกาส - การต่อต้านการฟอกเงิน - การปกป้องนโยบายสาธารณะ	-	ถูกจำกัดได้
8	คดีการปิดทำการร้านค้าในรอบสัปดาห์	การจัดการธุรกิจ (การเลือกวันเวลาทำการของร้านค้า)	- ประโยชน์สาธารณะ - การคุ้มครองแรงงาน - ความเสมอภาค	-	ถูกจำกัดได้
9	คดีรถ VTC	การเข้าสู่อาชีพ (การห้ามถือใบอนุญาตขับรถสองประเภทพร้อมกัน)	ประโยชน์สาธารณะ	- หลักความได้สัดส่วน - ความเสมอภาค	ได้รับการคุ้มครอง

### 3.3 ประเทศเกาหลีใต้

#### 3.3.1 ระบบเศรษฐกิจและเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้

รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นกฎหมายสูงสุดได้กำหนดรูปแบบการปกครองของประเทศว่าเป็นระบอบเสรีประชาธิปไตยแบบสาธารณรัฐ มีประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐและมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาล โดยประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งคณะรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบจากรัฐสภา ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาของเกาหลีใต้เป็นรูปแบบสภาเดียว สมาชิกมีทั้งที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงและการแต่งตั้งโดยจัดสรรตามสัดส่วนของพรรคการเมืองที่ได้รับเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาแห่งชาติ<sup>154</sup> ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันประกาศใช้เมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1948 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นจำนวน 9 ครั้งครั้งล่าสุดเมื่อปี ค.ศ. 1987<sup>155</sup> สำหรับระบบเศรษฐกิจนั้น รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ได้กำหนดเรื่องระบบเศรษฐกิจไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 119 ว่า ระบบเศรษฐกิจของเกาหลีใต้มีรากฐานอยู่บนหลักแห่งการเคารพเสรีภาพและความคิดสร้างสรรค์ในกิจการทางเศรษฐกิจของธุรกิจและของส่วนบุคคล โดยรัฐมีอำนาจหน้าที่สนับสนุนการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติอย่างสมดุลและการกระจายรายได้อย่างมีเสถียรภาพและเป็นธรรม ป้องกันการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจอย่างเกินขอบเขตและการครอบครองตลาด กำหนดกฎเกณฑ์และมาตรการที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจตามหลักแห่งความเป็นประชาธิปไตยทางเศรษฐกิจอย่างมีเอกภาพ นอกจากนี้ ทางด้านนโยบาย รัฐบาลเกาหลีใต้มีนโยบายทางเศรษฐกิจที่มุ่งเน้นการขับเคลื่อนด้วยความรู้ เทคโนโลยี และวัฒนธรรม โดยมีแผนการสร้างนวัตกรรมทางเศรษฐกิจด้วยการมุ่งเน้นการปฏิรูปใน 4 ด้าน ได้แก่ ภาคสาธารณะ ภาคแรงงาน ภาคการเงิน และภาคการศึกษา รวมถึงการลดกฎระเบียบต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจเกาหลีใต้<sup>156</sup>

ภายใต้แนวคิดทางเศรษฐกิจแบบลัทธิเสรีนิยมใหม่ของเกาหลีใต้ เกิดความเข้มงวดในการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐที่จะส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของภาคเอกชน โดยเฉพาะการกำหนดให้มีเกณฑ์มาตรฐาน หรือที่รู้จักในนาม “หลักนิติธรรม” อันเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจดำเนินการควบคุมกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐให้อยู่บนฐานของระบบการจัดการและความโปร่งใส เพื่อสร้างความแน่นอนทางกฎหมายแก่ผู้ดำเนินการทางเศรษฐกิจให้สามารถ

<sup>154</sup> “Republic of Korea Country Profile” กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ [Online] [http://www.thaifita.com/thaifita/portals/0/ctr\\_kr070911.pdf](http://www.thaifita.com/thaifita/portals/0/ctr_kr070911.pdf) [Accessed 14 April 2019].

<sup>155</sup> “Constitutional history of Republic of Korea” [Online] <http://constitutionnet.org/country/republic-korea> [Accessed 14 April 2019].

<sup>156</sup> “เครื่องชี้วัดเศรษฐกิจประเทศเกาหลีใต้” กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ [Online] [https://ditp.go.th/contents\\_attach/150720/150720.pdf](https://ditp.go.th/contents_attach/150720/150720.pdf) [Accessed 14 April 2019].

ทราบข้อมูลล่วงหน้าและวางแผนการดำเนินการได้<sup>157</sup> รวมถึงได้รับการคุ้มครองโดยองค์กรตุลาการในกรณีถูกละเมิดสิทธิโดยเฉาะอย่างยิ่งจากการใช้อำนาจของรัฐ<sup>158</sup>

### 3.3.2 การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้ได้รับอิทธิพลเรื่องการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากกฎหมายตะวันตกและกฎหมายญี่ปุ่นซึ่งอาศัยแบบอย่างกฎหมายภาคพื้นยุโรปโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากประเทศเยอรมัน เริ่มตั้งแต่ภายหลังการประกาศความเป็นอิสระจากจีนและการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานจำนวน 14 ฉบับ ในปี ค.ศ. 1895 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีการรับรองหลักการคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนโดยกฎหมาย เช่น การจัดเก็บภาษีต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น อันเป็นช่วงพัฒนาการสู่ระบบกฎหมายแบบตะวันตกที่แสดงออกถึงแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ไปจนถึงการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก<sup>159</sup>

#### 3.3.2.1 การรับรองและการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้

ภายใต้รัฐธรรมนูญเกาหลี อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชน เป็นเหตุให้ประชาชนย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและย่อมได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเท่าเทียม มีการรับรองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของบุคคล ยกตัวอย่างเช่น สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในการแสดงออก และการสมาคม เป็นต้น นอกเหนือจากการรับรองสิทธิเสรีภาพแล้ว รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ยังได้กำหนดข้อจำกัดหรือขอบเขตแห่งสิทธิเสรีภาพไว้ โดยเฉพาะในหมวด 2 ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ได้กำหนดสิทธิเสรีภาพและและบทจำกัดสิทธิทั่วไปว่า สิทธิต่าง ๆ สามารถถูกจำกัดลงได้โดยรัฐบัญญัติเท่านั้น หรือการกำหนดรับรองสิทธิในทรัพย์สินว่าย่อมได้รับการคุ้มครองการเวนคืนทรัพย์สินหรือการจำกัดขอบเขตแห่งสิทธิดังกล่าวต้องอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย และเป็นไปเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภคและจะต้องจ่ายค่าทดแทน ทั้งนี้ สำหรับเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้น มีการรับรองไว้เช่นกัน โดยรัฐจะไม่โอนกิจการของประชาชนเป็นของรัฐหรือไม่เข้าไปควบคุมจัดการ เว้นแต่เป็นกรณีที่จำเป็นเกี่ยวกับการป้องกันประเทศหรือเพื่อความมั่นคง

<sup>157</sup> Ohnesorge, John Karl Murat, Politics, Ideology, and Legal System Reform in Northeast Asia (December 2005). Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=871209> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.871209>, pp. 6-7. [Accessed 15 April 2019].

<sup>158</sup> Ohnesorge, John Karl Murat, Politics, Ideology, and Legal System Reform in Northeast Asia, p. 11.

<sup>159</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์, “ระบบกฎหมายเกาหลี” วารสารเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2540): หน้า 3-4.

แห่งเศรษฐกิจของชาติ อย่างไรก็ตามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1972 มีการกำหนดให้อำนาจของประธานาธิบดีอย่างมาก เช่น อำนาจในการประกาศมาตรการฉุกเฉินเพื่อแทรกแซงกิจการภายในรัฐ เป็นเหตุให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนลดระดับลง ทั้งนี้ ภายหลังจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1980 มีความพยายามสร้างหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้มีมากยิ่งขึ้น เช่น การลดอำนาจของประธานาธิบดีลง และมีให้มีการห่วงใยสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เป็นต้น<sup>160</sup> แนวคิดการรับรองสิทธิเสรีภาพภายใต้รัฐธรรมนูญดังกล่าวส่งผลต่อการกำหนดรูปแบบเศรษฐกิจของประเทศเกาหลีใต้ให้อยู่บนหลักพื้นฐานในการเคารพสิทธิเสรีภาพและความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของปัจเจกชนและผู้ประกอบการ รัฐจึงมีบทบาทเพียงแต่เป็นผู้กำหนดกฎระเบียบและประสานงานในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เพื่อเป็นหลักประกันให้การขยายตัวทางเศรษฐกิจอย่างมีคุณภาพและเสถียรภาพ การกระจายรายได้เป็นไปอย่างเหมาะสม ป้องกันการครอบงำทางการตลาดและใช้อำนาจทางเศรษฐกิจในทิศทางที่ไม่สมควร รวมทั้งเน้นวิธีการทางประชาธิปไตยผ่านความร่วมมือระหว่างเศรษฐกิจต่าง ๆ<sup>161</sup> ซึ่งหลักการดังกล่าวปรากฏในมาตรา 119 ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้

นอกจากการรับรองระบบเศรษฐกิจแบบเสรีแล้ว รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ยังมีการรับรองสิทธิเสรีภาพในหมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของประชาชน ซึ่งมีทั้ง (1) บทบัญญัติที่รับรองสิทธิเสรีภาพเป็นการทั่วไปในมาตรา 10 ที่รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิที่จะแสวงหาความสุขของบุคคล และ (2) บทบัญญัติที่รับรองสิทธิเสรีภาพเป็นการเฉพาะ ซึ่งจะได้ยกตัวอย่างสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการ เช่น เสรีภาพในการประกอบอาชีพ (มาตรา 15) เสรีภาพในการรวมตัวและการเข้าร่วมเป็นสมาคม (มาตรา 21) และสิทธิในทรัพย์สิน (มาตรา 23) เป็นต้น

สำหรับบทบัญญัติว่าด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพ พิจารณาได้เป็น 2 ส่วน เช่นกัน คือ (1) บทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 37 ที่กำหนดว่า สิทธิเสรีภาพจะต้องไม่ถูกละเลยด้วยเหตุผลที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ และสิทธิเสรีภาพจะถูกจำกัดได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในกรณีที่จำเป็น ทั้งนี้ เพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือสวัสดิภาพของประชาชน แม้ว่าสิทธิเสรีภาพอาจถูกจำกัดได้ แต่สิทธิเสรีภาพจะต้องไม่ถูกละเมิด อาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานสามารถกระทำได้โดยต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน และ (2) บทบัญญัติเฉพาะที่จะกำหนดข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ในบทบัญญัติเดียวกันกับที่รับรองสิทธิเสรีภาพนั้น ๆ เช่น สิทธิในทรัพย์สินอาจถูกจำกัดได้โดยรายละเอียดและข้อจำกัดต้องกำหนดไว้ในกฎหมาย เป็นต้น

<sup>160</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 11-13.

<sup>161</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์ และวิเชียร อินทะสี, รายงานผลการวิจัยกฎหมายรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลี, สถาบันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี, 2544. หน้า 13.

อนึ่ง รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้มีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิในการทำงาน (มาตรา 32) ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องมุ่งให้การสนับสนุนการจ้างแรงงาน และประกันค่าจ้างแรงงานที่เหมาะสม ด้วยวิธีทางสังคมและเศรษฐกิจ รวมถึงบังคับใช้ระบบค่าจ้างแรงขั้นต่ำภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด ในกฎหมาย อันกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิที่รัฐรับรองและต้องใช้อำนาจเข้ามาแทรกแซงเพื่อให้บุคคลบรรลุ ซึ่งสิทธิดังกล่าว ซึ่งเป็นคนละกรณีกันกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่มีหลักการสำคัญคือรัฐต้องไม่เข้ามาแทรกแซงและปล่อยให้เกิดภาวะเพื่อให้บุคคลมีอิสระในการเลือกจะประกอบอาชีพหนึ่งอาชีพใด

### 3.3.2.2 การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยองค์กรตุลาการในประเทศเกาหลีใต้

เนื่องด้วยประวัติศาสตร์ทางการเมืองในช่วงกลางปี 1980 ประเทศเกาหลีใต้ ถูกปกครองโดยรัฐบาลทหารอันเกิดความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างรัฐบาลทหารและฝ่ายตรงข้าม ประกอบกับการตอบโต้ของประธานาธิบดีในการปฏิรูปทางรัฐธรรมนูญไปในทางที่เป็นการสนับสนุนอำนาจของตนและจำกัดอำนาจของศาลเพราะเหตุความไม่พอใจในคำพิพากษาของศาลที่สั่งให้รัฐบาลเกาหลีต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่บรรดาเจ้าหน้าที่ นำไปสู่สถานการณ์ในปี 1987 ที่สาธารณชนได้กดดันจนก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ เช่น การทำให้เกิดการแข่งขันระหว่างพรรคการเมืองที่หลากหลาย การก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และส่งผลให้ต่อมาประเทศเกาหลีใต้มีองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระ<sup>162</sup>

รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ปัจจุบันวางโครงสร้างระบบศาลหรือองค์กรตุลาการ โดยแบ่งออกเป็น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม และศาลทหาร<sup>163</sup> ซึ่งศาลที่มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นพิเศษได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court) ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจหน้าที่หลักตามมาตรา 111 ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ได้แก่ การชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตัดสินคดียุบพรรคการเมือง และพิจารณาเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญตามที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น ทั้งนี้ ระบบการตรวจสอบคำร้องทางรัฐธรรมนูญได้เริ่มขึ้นจากการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญในปี 1998 ผ่านทางมาตรา 111 ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ และมาตรา 68 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดให้บุคคลผู้ซึ่งถูก

<sup>162</sup> Stone Sweet, Alec; Mathews, Jud “Proportionality and rights protection in Asia: Hong Kong, Malaysia, south Korea, Taiwan - whither Singapore?”, Singapore Academy of Law Journal Volume 29 Issue Special Ed. (Dec 2017), p. 782.

<sup>163</sup> สุชาติ วงศ์ลินนาท, “ข้อมูลด้านการศึกษากฎหมาย ระบบศาล การฟ้องคดีปกครอง กฎหมายสิ่งแวดล้อมและพลังงานของประเทศสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้)” รายงานผลโครงการพัฒนาตุลาการศาลปกครองด้านสิ่งแวดล้อม (Green Judges) : พลังงานกับปัญหาสิ่งแวดล้อม, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2555), หน้า 266.



กระทบสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากการกระทำหรือละเว้นการทำให้หน่วยงานของรัฐสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยการยื่นคำร้องนั้นต้องเป็นกรณีที่ไม่มีหนทางเยียวยาอื่นใดได้แล้ว อนึ่ง การตรวจสอบคำร้องทางรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบบทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของประชาชนและเป็นการคุ้มครองหลักการตามรัฐธรรมนูญ<sup>164</sup> จึงกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญและให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ทั้งนี้ ในการตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้หลายคดี ศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยได้ปรับใช้หลักกฎหมายต่าง ๆ เช่น หลักความได้สัดส่วน ซึ่งในการตีความหลักความได้สัดส่วนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญตีความด้วยหลักการพื้นฐาน 4 ประการ อันได้แก่ หลักวัตถุประสงค์ต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักการใช้วิธีการที่เหมาะสม หลักความจำเป็นหรือการใช้มาตรการที่มีผลกระทบน้อยที่สุด และหลักความสมดุลของประโยชน์ที่ได้รับ<sup>165</sup> โดยการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนของศาลเกาหลีใต้นี้เป็นแนวทางให้ศาลยุติธรรมในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้วยหลักการดังกล่าวอีกด้วย<sup>166</sup> นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสิทธิและกำกับการดำเนินการขององค์กรรัฐจนอาจกล่าวได้ว่าประเทศเกาหลีใต้เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนของการที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเป็นศูนย์กลางของการพัฒนาในเรื่องสิทธิในยุคประชาธิปไตยสมัยใหม่ได้<sup>167</sup>

ขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลดังที่กล่าวมา ศาลอื่น ๆ ก็มีบทบาทในกระบวนการนี้เช่นกัน ในกรณีของศาลยุติธรรมนั้น มาตรา 101 ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ กำหนดให้อำนาจตุลาการเป็นของศาล โดยมีผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อส่งเสริมหลักนิติธรรม และ

<sup>164</sup> Andy Omara, *Lessons from the Korean Constitutional Court: What can Indonesia learn from the Korean Constitutional Court experience?*, 2008, pp. 63-64.

<sup>165</sup> Hak-Soen, "L'application du principe de proportionnalité dans la Justice constitutionnelle en Corée" [Online] Available at <http://scholar.dkyobobook.co.kr/searchDetail.laf?barcode=4010022342589> [Accessed 14 April 2019].

<sup>166</sup> Huang, Cheng-Yi and Law, David S., *Proportionality Review of Administrative Action in Japan, Korea, Taiwan, and China* (October 28, 2014). *Research Handbook in Comparative Law and Regulation* (Francesca Bignami & David Zaring eds., Edward Elgar: 2015 Forthcoming); Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 14-08-07. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2496220>, p. 4. [Accessed 14 April 2019].

<sup>167</sup> Stone Sweet, Alec; Mathews, Jud "Proportionality and rights protection in Asia: Hong Kong, Malaysia, south Korea, Taiwan - whither Singapore?", p. 782.

มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ซึ่งเป็นหลักประกันที่กำหนดให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีตามกฎหมายโดยผู้พิพากษามีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมแบ่งออกเป็น 6 ประเภท ได้แก่ ศาลฎีกา ศาลสูง ศาลแขวง ศาลทรัพย์สินทางปัญญา ศาลครอบครัว และศาลปกครอง<sup>168</sup> โดยในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมนั้น หากมีข้อสงสัยว่า กฎหมายที่เป็นประเด็นแห่งคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลดังกล่าวจะต้องยื่นคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัย และเมื่อมีคำวินิจฉัยเป็นประการใดแล้ว ศาลจะต้องยึดถือตามคำวินิจฉัยนั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการวินิจฉัยว่า คำสั่ง กฎระเบียบ หรือการกระทำของฝ่ายรัฐบาลขัดต่อกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลฎีกา<sup>169</sup>

### 3.3.3 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ ในประเทศเกาหลีใต้

เนื่องด้วยประเทศเกาหลีใต้มีแนวคิดการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่กว้างขวาง ดังนั้นการมีกฎหมายที่เข้ามาวางกฎเกณฑ์อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการประกอบอาชีพหรือการประกอบกิจการจึงมีประเด็นที่ถูกริพากษ์อย่างมาก จนหลายครั้งนำไปสู่การยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ในที่นี้จะได้ยกตัวอย่างคดีที่น่าสนใจของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้เพื่อให้ทราบแนวทางในการพิจารณาคดีอันเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการ และสิทธิเสรีภาพอื่นที่เกี่ยวข้อง

ในประเทศเกาหลีใต้มีกฎหมายว่าด้วยการบริการทางการแพทย์ (the Medical Act) ที่มีบทบัญญัติกำหนดคุณสมบัติให้บุคคลที่จะมีคุณสมบัติเป็นหมอนวดได้จะต้องเป็นผู้ที่ไม่สามารถมองเห็นได้ ซึ่งประเด็นผู้พิการทางสายตาเป็นผู้ผูกขาดอาชีพหมอนวดตามกฎหมายดังกล่าวถูกเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงสองครั้ง ซึ่งผลของคดีมีความแตกต่างกัน ดังนี้

**คดีปี ค.ศ. 2006**<sup>170</sup> ในคดีนี้ผู้ร้องจบการศึกษาจากสถาบันซึ่งสอนวิธีการนวดทางด้านกีฬาและมีความมุ่งหมายที่จะทำงานในธุรกิจทางด้านกายภาพการกีฬา แต่ผู้ร้องไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็นหมอนวดได้เนื่องจากข้อจำกัดของกฎหมายดังกล่าว ผู้ร้องจึงได้โต้แย้งการละเมิดสิทธิ

<sup>168</sup> Supreme Court of Korea, "Introduction of the Korean Courts" [Online] Available at <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/introduction.jsp> [Accessed 14 April 2019].

<sup>169</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์ และวิเชียร อินทะสี, รายงานผลการวิจัยกฎหมายรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลี, สถาบันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา, หน้า 11-12.

<sup>170</sup> Visually disabled persons' monopoly as massagers [18-1(B) KCCR 112, 2003Hun-Ma715 and 2006Hun-Ma (consolidated), May 25, 2006]

ขั้นพื้นฐานของผู้ที่ไม่ได้พิการทางสายตา เช่น เสรีภาพในการประกอบอาชีพ มายังศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญด้วยมติ 7 ต่อ 1 ตัดสินว่าบทบัญญัติดังกล่าว**ขัดต่อรัฐธรรมนูญ** ด้วยเหตุผลของเสียงข้างมากที่ว่า แม้วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่พิพาทเป็นไปเพื่อการคุ้มครองและให้หลักประกันการดำรงชีวิตของผู้พิการทางสายตาจะชอบด้วยกฎหมาย แต่การกีดกันไม่ให้ผู้ที่มองเห็นได้ปกติเข้าสู่สาขาเฉพาะทางในอาชีพนี้โดยสิ้นเชิง เป็นวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เหมาะสม อีกทั้งวัตถุประสงค์ดังกล่าวไม่ได้เป็นประโยชน์สาธารณะที่สำคัญไปกว่าประโยชน์สาธารณะของบุคคลอื่น เช่น ความสามารถในการหางานของผู้ที่ไม่ได้พิการทางสายตา ซึ่งเฉพาะภัยอันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบันของผู้พิการทางสายตาเท่านั้นที่เป็นการจำเป็นในการสงวนโอกาสในอาชีพการงานทั้งหมดให้แก่ผู้พิการทางสายตา ซึ่งในกรณีนี้ไม่ได้มีภัยอันตรายเช่นนั้น ดังนั้นเมื่อมีกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิอันละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยกว่าเมื่อเทียบกับประโยชน์สาธารณะ และสามารถดำเนินการเพื่อคุ้มครองผู้พิการทางสายตาได้ เช่น การรับรองการใช้ชีวิตของผู้พิการทางสายตา ประกอบกับระดับการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มากเกินไปเกินสมควร กรณีจึงไม่เป็นการรักษาสมดุลระหว่างผลประโยชน์ที่ถูกละเมิดโดยกฎหมายที่มีการจำกัดเกินสมควร ทั้งนี้ ในการบังคับให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ควรจำกัดทางเลือกในการประกอบอาชีพอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้

กล่าวโดยสรุป ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้พิจารณาว่า บทบัญญัติที่พิพาทจำกัดเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพหมอนวดของผู้ที่ไม่ได้พิการทางสายตาและสาธารณสุขชนทั่วไปโดยสิ้นเชิงและเกินสมควร อันเป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายและฝืนต่อหลักความได้สัดส่วน ดังนั้นกรณีจึงเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

**คดีปี ค.ศ. 2008**<sup>171</sup> ในคดีนี้ผู้ร้องโต้แย้งว่าบทบัญญัติที่พิพาทกีดกันผู้ที่มีได้พิการทางสายตาจากการได้รับใบอนุญาตหมอนวดอันเป็นการละเมิดเสรีภาพขั้นพื้นฐานและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญด้วยมติ 6 ต่อ 3 ตัดสินว่าบทบัญญัติดังกล่าว**ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ** ด้วยเหตุผลของเสียงข้างมากที่ว่า ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองผู้พิการซึ่งอาจมีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ดังนั้นในการพิจารณาว่าเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเกินสมควรหรือไม่ โดยเฉพาะการดำเนินการตามหลักการใช้วิธีการที่จำกัดน้อยกว่าและการรักษาความสมดุลของประโยชน์ นั้น เห็นว่าเป็นกรณีที่จะต้องประมวผลซึ่งน้ำหนักปัจจัยทั้งหมด ทั้งเขตแดนในสิทธิที่จะถูกควบคุม ลักษณะของสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้พิการทางสายตาและสถานะของความเกี่ยวข้องทางนโยบายสวัสดิการ ระบบของธุรกิจการนวดที่

<sup>171</sup> Visually Impaired Massagers Case [20-2(A) KCCR 1089, 2006Hun-Ma1098-1116-1117 (consolidated), October 30, 2008]

เอื้ออำนวยให้แก่ผู้พิการทางสายตา และทางเลือกอื่นที่เป็นไปได้ รวมถึงข้อเรียกร้องตามรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองการดำรงชีวิตอย่างมีคุณค่าของผู้พิการทางสายตา ซึ่งสอดคล้องกับการคุ้มครองผู้พิการ ตามมาตรา 34 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ รวมทั้งตระหนักถึงสิทธิในการใช้ชีวิตในฐานะมนุษย์ นอกจากนี้ลักษณะของการให้บริการนั้นสะดวกและอำนวยให้ผู้พิการทางสายตาสามารถพัฒนาฝึกฝนได้ จึงเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่จะรองรับวัตถุประสงค์ทางกฎหมายข้างต้นในฐานะที่เป็นสิ่งที่จะช่วยเหลือผู้พิการทางสายตาในการดำรงชีวิตและเป็นการให้โอกาสทางอาชีพโดยอนุญาตให้ผูกขาดกิจการนวด โดยบทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักที่จะต้องใช่วิธีการที่จำกัดน้อยกว่า เนื่องจากท่ามกลางนโยบายสวัสดิการที่ไม่เพียงพอสำหรับผู้พิการทางสายตา ธุรกิจการนวดแทบจะเป็นอาชีพเดียวสำหรับผู้พิการทางสายตา ซึ่งไม่มีทางเลือกอื่นที่เพียงพอสำหรับการดำรงชีพ กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการพิเศษสำหรับผู้พิการทางสายตาซึ่งเป็นส่วนน้อยที่ได้ถูกเลือกปฏิบัติมาเป็นเวลานาน ทั้งในแง่การศึกษาและอื่น ๆ เพื่อที่จะได้ตระหนักถึงสาระสำคัญของความเท่าเทียม และจำเป็นต้องชั่งน้ำหนักเพื่อหาสมดุลระหว่างผลประโยชน์สาธารณะ เช่น สิทธิในการดำรงชีวิตของผู้พิการทางสายตา และประโยชน์ของเอกชนที่จะต้องสละ เช่น เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ทั้งนี้ ระบบในการช่วยเหลือผู้พิการทางสายตาดังกล่าวซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นเป็นมาตรการทางนโยบายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยง อันยอมรับได้

กล่าวโดยสรุป ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ได้มีคำวินิจฉัยที่แตกต่างจากคดี ปี 2006 โดยพิจารณาถึงเงื่อนไขทางสังคมและเศรษฐกิจประกอบและพิพากษาคดีในทางคุ้มครองสิทธิในการดำรงชีวิตของผู้พิการทางสายตา โดยพิจารณาว่าการคุ้มครองดังกล่าวเป็นเหตุอันชอบที่จะกระทบเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ที่มีได้พิการทางสายตา ทั้งนี้ การดังกล่าวมิได้เป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพหรือความเสมอภาคของผู้ที่มีได้พิการทางสายตาแต่อย่างใด

**คดีห้ามการเดินรถบัสโดยสาร**<sup>172</sup> คดีนี้ มีที่มาจากกรณีที่ในช่วงปลายยุค 1990 จำนวนห้างสรรพสินค้าได้มีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว และห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ได้จัดให้มีรถบัสโดยสารเพื่อดึงดูดนักท่องเที่ยว ทำให้ก่อให้เกิดความขัดแย้งกับร้านค้าจำหน่ายสินค้ารายย่อยและบริษัทที่ให้บริการขนส่งผู้โดยสาร ซึ่งบริษัทเหล่านั้นต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบต่าง ๆ เช่น การขอใบอนุญาต การกำหนดราคาค่าโดยสารและเส้นทางเดินรถ เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นการให้บริการสาธารณะโดยแท้ แต่กลับไม่มีข้อจำกัดเหล่านี้สำหรับรถบัสโดยสารของห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ที่ไม่มีการเก็บค่าโดยสาร ทั้งนี้ การเพิ่มขึ้นของรถบัสโดยสารของห้างสรรพสินค้าดังกล่าวอย่างต่อเนื่องทำให้รายได้ของบริษัทที่ดำเนินการให้บริการขนส่งผู้โดยสารลดลง ทางฝ่ายปกครองจึงผลักดันให้มีการลดจำนวนของรถบัสโดยสารของห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่แต่ไม่เป็นผล ต่อมาเมื่อวันที่ 29 ธันวาคม

<sup>172</sup> 13-1 KCCR 1441, 2001Hun-Ma132, June 28, 2001

ค.ศ. 2000 สภาแห่งชาติจึงได้ทบทวนกฎหมายว่าด้วยการบริการขนส่งผู้โดยสาร เป็นเหตุให้ผู้ร้องซึ่งเป็นห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ได้ยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า บทบัญญัติที่ห้ามห้างสรรพสินค้าดำเนินการจัดรถบัสโดยสารเดินทางมายังห้างสรรพสินค้าขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยละเมิดเสรีภาพในการจัดการประกอบอาชีพของปัจเจกชน (freedom to conduct one's occupation) หรือเสรีภาพในการประกอบกิจการ (freedom of business)

ตุลาการฝ่ายที่เห็นว่าบทบัญญัติขบด้วยรัฐธรรมนูญมีเหตุผลสนับสนุนคือ เสรีภาพในการประกอบกิจการอาจถูกจำกัดได้ในกรณีที่น่าจำเป็น เพื่อความมั่นคงของรัฐ เพื่อดำรงไว้ซึ่งกฎหมายและคำสั่ง หรือเพื่อสวัสดิการแห่งรัฐ โดยศาลตัดสินว่ากฎหมายสามารถวางข้อจำกัดโดยทั่วไปในเสรีภาพในการจัดการประกอบอาชีพ (freedom to conduct one's occupation) มากกว่าเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ (freedom to choose one's occupation) ทั้งนี้ กิจการหลักของห้างสรรพสินค้าคือ “การขายสินค้า” มิใช่ “การให้บริการขนส่งผู้โดยสาร” ในทางกลับกัน การให้ห้างสรรพสินค้าเดินรถบัสโดยสารเป็นการดำเนินการที่บุ่มบ่าม เลินเล่อ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทที่ดำเนินการให้บริการขนส่งผู้โดยสารซึ่งเป็นการสาธารณะโดยแท้ และเป็นการทำลายการบำรุงรักษาการให้บริการการเดินรถโดยสารที่ดี นำไปสู่การลดจำนวนรถบัสโดยสารและเส้นทางการเดินรถโดยสารโดยอัตโนมัติ ดังนั้นวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวในการคุ้มครองบริษัทที่ดำเนินการให้บริการขนส่งผู้โดยสารจึงขบด้วยกฎหมาย และเป็นไปโดยวิธีการที่เหมาะสม โดยบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้มีการจัดรถบัสโดยสารโดยการตั้งผู้โดยสารมา ด้วยการกำหนดและเดินรถโดยสารในเส้นทางเฉพาะ และกำหนดข้อยกเว้นเฉพาะในพื้นที่ที่ไม่มีบริการขนส่งสาธารณะและกฎหมายดังกล่าวได้ยินยอมให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงก่อสร้างและคมนาคมหรือผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถออกคำสั่งขยายหรือเปลี่ยนแปลงเส้นทางที่มีได้ หรือจัดให้มีการเดินรถโดยสารในเส้นทางที่ไม่มี หรือยินยอมจัดให้มีการเดินรถโดยสารแบบไม่เดินทางกลับมาได้ เมื่อเห็นว่าเป็นการจำเป็นในการอำนวยความสะดวกในการคมนาคมของผู้โดยสารให้เป็นไปอย่างราบรื่นและเป็นการพัฒนาการให้บริการขนส่งผู้โดยสาร เพราะฉะนั้นความไม่สะดวกของผู้โดยสารได้ถูกทำให้ลดลงจนเหลือน้อยที่สุด ผลประโยชน์ทางเอกชนของผู้ร้องได้ถูกลดลงโดยการห้ามจำหน่ายตั๋วรถบัสโดยสารตามกฎหมายนี้ ส่วนผลประโยชน์สาธารณะได้ถูกรับรองโดยกฎหมาย ในทางกลับกันการกำหนดคำสั่งในการให้บริการขนส่งผู้โดยสารและเพื่อการทำให้บรรลุผลในการพัฒนาการให้บริการขนส่งผู้โดยสารทั้งหมด และการกำหนดกลไกการตลาดทางสังคมเศรษฐกิจด้วยการรักษาการเติบโตและความมั่นคงของเศรษฐกิจของชาติอย่างสมดุลและด้วยระบบเศรษฐกิจแบบเสรีประชาธิปไตยผ่านการประสานระหว่างหน่วยงานทางเศรษฐกิจตามมาตรา 119 ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ดังนั้นบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน และเป็นการจำกัดเสรีภาพตามที่ได้กำหนดในรัฐธรรมนูญแล้ว

ตุลาการฝ่ายที่ให้ความเห็นว่าบทบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญมีเหตุผลสนับสนุนคือการจำกัดให้มีรถโดยสารไม่ได้เป็นกิจกรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม ซึ่งรัฐธรรมนูญจะต้องปกป้อง จึงควรให้ดำเนินการได้ในหลักการ และควบคุมด้วยกฎหมายเป็นการเฉพาะ โดยเลือกการจำกัดรูปแบบและขอบเขตของการเดินรถโดยสารเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบริษัทที่ดำเนินการให้บริการขนส่งผู้โดยสาร ซึ่งวิธีการทางกฎหมายดังกล่าวนั้นเพียงพอต่อข้อเรียกร้องในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว แต่ในกรณีนี้บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ห้ามการเดินรถโดยสารโดยทั่วไปทั้งหมด และเป็นการจำกัดสิทธิที่รุนแรง ควรเปลี่ยนการห้ามจัดให้มีการเดินรถโดยสารซึ่งไม่จำเป็นในการควบคุมดังกล่าวเป็นวิธีการที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทที่ดำเนินการให้บริการขนส่งผู้โดยสาร และกรณีเป็นการจำกัดสิทธิที่เกินสมควร บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

อย่างไรก็ดี ในการตัดสินว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ จำเป็นต้องได้มติ 6 เสียง ในคดีนี้ เมื่อเสียงเท่ากัน 4 เสียง ศาลจึงพิพากษายกฟ้อง จึงสรุปได้ว่า คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ได้ตัดสินสนับสนุนบทบัญญัติที่ห้ามห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ดำเนินการจัดรถโดยสารเดินทางมายังห้างสรรพสินค้าว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดรัฐธรรมนูญ

**คดีการสลายกลุ่ม Kukje**<sup>173</sup> เป็นคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตัดสินว่า การใช้อำนาจของรัฐบาลที่มีวัตถุประสงค์ในการสลายกลุ่มบริษัท Kukje ในฐานะที่การใช้อำนาจดังกล่าวในทางพฤตินัยละเมิดความเสมอภาคและเสรีภาพในการประกอบกิจการ กรณีจึงเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ

สืบเนื่องจากในปี 1985 ผู้ให้กู้รายแรกของบริษัท Kukje หรือ ธนาคาร Korea First ตามคำสั่งของประธานาธิบดี ได้สลายกลุ่มทุนบริษัทด้วยการเข้าควบคุมการเงินของบริษัทสมาชิกและได้สิทธิในการจัดการบริษัทเหล่านั้น และได้ประกาศข่าวการสลายตัวดังกล่าว ต่อมากลุ่มบริษัท Kukje ได้ถูกยกเลิก ซึ่งกรณีดังกล่าวถูกกล่าวถึงอย่างมากกว่าเป็นกรณีตัวอย่างที่รัฐเข้าควบคุมเสรีประชาธิปไตยในความมั่นคงทางเศรษฐกิจตามรัฐธรรมนูญ ในขณะที่วัตถุประสงค์ที่แท้จริงในการสลายกลุ่มบริษัทและความชอบด้วยกฎหมายยังคงเป็นที่สงสัย ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งกลุ่มบริษัทและพวกได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้การใช้อำนาจของรัฐเป็นโมฆะเนื่องจากการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของตน

ด้วยเสียงข้างมากของตุลาการ 8 คน ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำร้องดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายและการใช้อำนาจของรัฐบาลที่มีวัตถุประสงค์ในการสลายตัวกลุ่มบริษัท Kukje ในฐานะที่การใช้อำนาจในทางพฤตินัยละเมิดความเสมอภาคและเสรีภาพในการประกอบกิจการ กรณีจึงเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นผลให้ผู้ร้องได้อำนาจในการจัดการบริษัทกลับคืนมา ด้วยเหตุผลว่า

<sup>173</sup> 5-2 KCCR 87, 89 Hun-Ma 31, Jul.29, 1993 จากหนังสือ Twenty Years of the Constitutional Court of Korea, Constitutional Court, 2008, หน้า 353 – 356.

การกระทำของรัฐที่เป็นการแทรกแซงการจัดการธุรกิจเอกชน ความสามารถในการแก้ปัญหาทางธุรกิจและการพึ่งพาตนเองอย่างยั่งยืน ตลอดจนจนเป็นการทำให้ความสามารถในการดำเนินการตามหลักการเศรษฐกิจตามกลไกตลาดอ่อนแอลง การแทรกแซงดังกล่าวจึงเป็นการไม่เคารพต่อเสรีภาพทางเศรษฐกิจและความสร้างสรรค์ของผู้ประกอบการตามมาตรา 119 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ อีกทั้งยังเป็นการใช้อำนาจรัฐแทรกแซงการจัดการของกิจการของเอกชนและการเข้าควบคุมเหนือบุคคลที่สามโดยการบังคับอันปราศจากฐานตามกฎหมายด้วย ทั้งนี้ การจำกัดสิทธิของปัจเจกชนและการกำหนดความรับผิดชอบต้องอยู่บนฐานของกฎหมายที่สามารถคาดหมายได้ การบังคับใช้จะต้องเหมือนกันระหว่างการเข้าแทรกแซงและข้อจำกัดในการจัดการของผู้ประกอบการ การใช้อำนาจรัฐโดยไม่มีฐานของกฎหมายเป็นการละเมิดต่อหลักนิติธรรมที่จะต้องมีการดำเนินกระบวนการโดยชอบด้วยกฎหมาย และยังเป็นการใช้อำนาจอย่างพลการโดยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจรองรับ ดังนั้นจึงเป็นการละเมิดต่อหลักการห้ามมิให้อำนาจอย่างพลการที่มาจากหลักความเสมอภาคตามมาตรา 11

อนึ่ง คำพิพากษาได้แสดงไว้อย่างชัดเจนถึงหลักนิติธรรม หลักความเสมอภาค และเศรษฐกิจตามกลไกตลาด ซึ่งถือว่ามีค่าสำคัญสำหรับการพัฒนาหลักนิติธรรมในประเทศเกาหลีใต้ อีกทั้งยังแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจหลักของประธานาธิบดีซึ่งเป็นฝ่ายรัฐบาลและความร่วมมือกันผู้ที่เกี่ยวข้องทางเศรษฐกิจระดับชาติ ประการแรก การใช้อำนาจประธานาธิบดีจะต้องเป็นการใช้อำนาจที่ดำเนินกระบวนการโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งต้องเป็นไปตามขอบเขตของรัฐธรรมนูญและหลักนิติธรรมที่ใช้ในการควบคุมรัฐบาล ประการที่สอง เป็นการเริ่มต้นการเน้นย้ำถึงความสำคัญของเสรีภาพในการประกอบกิจการของปัจเจกชนและหลักการที่จะไม่เข้าไปแทรกแซงการจัดการมากไปกว่าการพยายามและข้อตกลงร่วมกันของกลุ่มของทั้งสองฝ่ายจากความสัมพันธ์ที่เป็นไปตามหลักเศรษฐกิจตามกลไกตลาด ทั้งนี้ กรณีการสลายกลุ่ม Kukje นี้ เป็นการใช้อำนาจทางพลตินัย ภายใต้ “หลักทฤษฎีการขยายขอบเขต” ในฐานะเครื่องมือทางทฤษฎีตามรัฐธรรมนูญนิติสัมพันธ์ของคดีนี้อาจเรียบเรียงใหม่ได้ว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้บีบบังคับสั่งการธนาคาร อันเป็นการฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมนูญชั้นแรก และเป็นการละเมิดต่อสิทธิของธนาคาร และสิทธิของผู้ร้องที่ได้มีการสั่งการขยายออกไป

**คดีระบบบังคับซื้อเหล้าโซจูท้องถิ่น**<sup>174</sup> สืบเนื่องจากช่วงต้น 1970 รัฐบาลได้ใช้นโยบายหนึ่งผู้ผลิตต่อหนึ่งจังหวัด สำหรับผู้ผลิตเหล้าโซจูมากกว่า 400 รายแข่งขันกันทั่วประเทศ และลดลงเหลือ 10 รายในปัจจุบัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการผูกขาดและเพื่อความเจริญของท้องถิ่น

<sup>174</sup> 8-2 KCCR 680, 96 Hun-Ka 18, Dec.26, 1996 จากหนังสือ Twenty Years of the Constitutional Court of Korea, Constitutional Court, 2008, หน้า 371 – 374.

จึงได้มีการกำหนดให้ต้องซื้อเหล้าโซจูจากท้องถิ่นนั้น ๆ ซึ่งเดิมได้มีการออกเป็นคำสั่งการจัดเก็บภาษีลำดับที่ 534 ลงวันที่ 4 มิถุนายน 1976 (National Tax Service Order No.534) และได้ถูกยกเลิกในปี 1991 แต่ได้นำมากำหนดเป็นมาตรา 38-7 แห่งกฎหมายภาษีสุรา เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 1995 ไว้แทน โดยมาตรา 38-7 ดังกล่าวกำหนดให้ผู้ค้าส่งเหล้าโซจูจะต้องซื้อเหล้าโซจูที่ผลิตภายในจังหวัดหรือเมื่อนั้นมากกว่าร้อยละ 50 ของการซื้อทั้งหมดในเดือนนั้น หากฝ่าฝืน ผู้อำนวยการของสำนักงานจัดเก็บภาษีจะระงับการดำเนินกิจการชั่วคราวหรือพักใช้ใบอนุญาตของผู้จำหน่ายสุราไว้ชั่วคราวได้ ทั้งนี้ผู้ร้องอุทธรณ์การดำเนินกิจการชั่วคราวดังกล่าวจึงได้ร้องต่อศาลให้การกระทำทางปกครองนั้นเป็นโมฆะ รวมทั้งขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าว

ด้วยเสียงข้างมากของตุลาการ 6 คน ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 38-7 แห่งกฎหมายภาษีสุราและบทกำหนดโทษดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของร้านค้าส่งสุรา รวมถึงเสรีภาพในการแข่งขันและเสรีภาพในกิจการของผู้ผลิตเหล้าโซจู ตลอดจนสิทธิของผู้บริโภคในการกำหนดตนเองจากสิทธิที่จะมีความสุขด้วย กรณีจึงเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผลว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมการผูกขาดตามมาตรา 119 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยฟื้นฟูการแข่งขัน ซึ่งในการจะทำให้บรรลุเป้าหมายได้จะต้องกระทำโดยวิธีการที่ปล่อยให้มีความเป็นอิสระและแข่งขันอย่างเป็นธรรม ซึ่งการบังคับซื้อนั้นไม่เข้าลักษณะดังกล่าว การอุปถัมภ์ให้ครองตลาดด้วยอำนาจของท้องถิ่น การจำหน่ายและซื้อด้วยตนเอง การรับรองว่าเหล้าโซจูท้องถิ่นจะมีส่วนแบ่งในตลาดมากกว่าร้อยละ 50 เป็นการทำให้ท้องถิ่นผูกขาดตลาดอย่างมาก และไม่ได้เป็นวิธีการที่เหมาะสมเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะในการกำหนดหลักเกณฑ์การผูกขาด ทั้งนี้ วัตถุประสงค์พื้นฐานในการพัฒนาเศรษฐกิจท้องถิ่นตามมาตรา 123 ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ เป็นการลดความแตกต่างทางเศรษฐกิจระหว่างท้องถิ่น ในขณะที่กฎหมายภาษีสุราได้กำหนดให้มีผู้ผลิตเหล้าโซจูเพียงผู้เดียวในแต่ละจังหวัด ไม่ก่อให้เกิดการเรียกร้องในความแตกต่างที่จะปรับตัวเช่นนั้น และไม่ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างการส่งเสริมเศรษฐกิจท้องถิ่นและการกำหนดให้มีผู้ผลิตเพียงผู้เดียวในแต่ละพื้นที่ ดังนั้นจึงไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและเป็นการกระทบกับสิทธิขั้นพื้นฐาน นอกจากนี้ มาตรา 123 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ได้แสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในฐานะที่เป็นเป้าหมายทางเศรษฐกิจระดับชาติ อย่างไรก็ตามจะต้องตระหนักถึงหลักการที่ทำให้การแข่งขันเกิดความเข้มแข็ง โดยพื้นฐานของความแตกต่างและการแข่งขันที่เป็นไปโดยเสรีผ่านการสนับสนุนของรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาและส่งเสริมการแข่งขัน ระบบบังคับซื้อดังกล่าวไม่อาจเป็นวิธีการที่เหมาะสมเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะได้ นอกจากนี้ บทบัญญัติดังกล่าวยังขัดต่อหลักความเสมอภาคอีกประการหนึ่งด้วย



**คดีข้อจำกัดในการโฆษณาทางการแพทย์**<sup>175</sup> คดีนี้ ผู้ร้องเป็นจักษุแพทย์เปิดกิจการคลินิกรักษาตาในกรุงโซลได้ถูกตั้งข้อหาและดำเนินคดีในศาลกลางกรุงโซลในข้อหาละเมิดกฎหมายว่าด้วยการให้บริการทางการแพทย์ ที่ห้ามการโฆษณาที่ทักษะต่าง ๆ การตรวจวินิจฉัย และวิธีการรักษาของสถาบันการแพทย์เฉพาะทางหรือของแพทย์ ด้วยการโฆษณาทางเว็บไซต์โดยเผยแพร่รูปภาพตลอดจนแนะนำว่าตนจบการศึกษาอบรมจากต่างประเทศ และมีคำอธิบายการตรวจวินิจฉัย และวิธีการรักษา ด้วยวิธีการผ่าตัดแบบเลสิก ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำร้องเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าว โดยความอนุญาตของศาลกลางกรุงโซล

ด้วยคะแนนเสียงจำนวน 6 ต่อ 3 ศาลรัฐธรรมนูญได้ตัดสินให้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของกฎหมายว่าด้วยการให้บริการทางการแพทย์ดังกล่าว ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุว่า การกำหนดข้อห้ามการโฆษณาที่คลุมไปถึงทักษะทางการแพทย์ เช่น ความสามารถในทางเทคนิค ความสามารถในการให้บริการทางการแพทย์ ตลอดจนวิธีการในการตรวจวินิจฉัยและการรักษานั้น เกินไปกว่าขอบเขตที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคและป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและเกินสมควร ทั้งนี้ หากในกรณีที่การโฆษณาทักษะทางการแพทย์และวิธีการรักษาของแพทย์นั้นเป็นการหลอกลวงผู้บริโภคหรือเป็นเหตุให้ผู้บริโภคไม่พอใจกับความคาดหมายจากบริการทางการแพทย์ที่ได้มีการปิดบังไว้ หรือส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอันเป็นธรรม ในกรณีเช่นนี้จะต้องมีการควบคุมเพื่อประโยชน์ทางสาธารณสุขและเพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมระหว่างแพทย์ในทางกลับกัน การโฆษณาบนพื้นฐานข้อเท็จจริงและอธิบายโดยปราศจากการกล่าวเกินจริงในทักษะและวิธีการรักษาของแพทย์ การโฆษณาเช่นนี้ย่อมเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะในการที่ได้ให้ข้อมูลที่สำคัญเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการแพทย์ เป็นการช่วยให้ผู้บริโภคตัดสินใจด้วยเหตุผล อีกทั้งเป็นการส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมระหว่างแพทย์ โดยที่ข้อมูลเกี่ยวกับทักษะ ความสามารถ การตรวจวินิจฉัย และวิธีการรักษาของแพทย์นี้เป็นข้อมูลทางการค้าซึ่งโดยปกติจะได้รับการคุ้มครองตามเสรีภาพในการพูดและเสรีภาพในการประกอบกิจการ

เมื่อพิจารณาถึงจำนวนแพทย์ที่มากขึ้น บทบัญญัติที่เป็นข้อห้ามในการโฆษณาทำให้แพทย์ใหม่สูญเสียโอกาสในการประกาศให้สาธารณชนทราบถึงทักษะ เทคนิค การตรวจวินิจฉัย และวิธีการรักษา อันเป็นการทำให้เสียประโยชน์จากการแข่งขันกับแพทย์ที่ดำเนินการมาก่อนกรณีดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักเศรษฐกิจตามกลไกตลาดของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้การแข่งขันเสรีและเป็นธรรมบรรลุผล อีกทั้ง ยังมีวิธีการอื่นที่สามารถควบคุมโฆษณาที่ไม่ถูกต้อง หลอกลวงกล่าวเกินจริงในทักษะ การตรวจวินิจฉัย และวิธีการรักษาของแพทย์ ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติอื่น

<sup>175</sup> 17-2 KCCR 189,2003 Hun-Ka 3, Oct.25, 2005 จากหนังสือ Twenty Years of the Constitutional Court of Korea, Constitutional Court, 2008, หน้า 403-406.

ของกฎหมายว่าด้วยการให้บริการทางการแพทย์ กฎหมายว่าด้วยการโฆษณาอย่างเป็นธรรม กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการผูกขาดและการค้าอย่างเป็นธรรม เป็นต้น ดังนั้น บทบัญญัติที่ห้ามมิให้มีการโฆษณาทางการแพทย์และกำหนดโทษปรับแก่ผู้ฝ่าฝืนเป็นการเกินขอบเขตของความจำเป็นเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย กรณีจึงเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความจำเป็น

นอกจากนี้ บทบัญญัติดังกล่าวไม่แน่ชัดว่าจะสามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้มากเพียงใด รวมถึงความไม่ชัดเจนในขอบเขตของการรักษาที่ไม่จำเป็นและการรักษาที่เหมาะสมที่จะต้องดำเนินการป้องกัน ตลอดจนระดับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระหว่างแพทย์ที่ได้กล่าวถึงในบทบัญญัติดังกล่าว ในทางตรงกันข้าม การทิ้งโอกาสในการประกาศและโฆษณาความสามารถทักษะของบุคคล และวิธีการรักษาเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการพูด ขัดขวางการดำเนินการให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมอันมีประสิทธิภาพกับแพทย์อื่น และเป็นการจำกัดสิทธิของผู้บริโภคที่จะรู้ข้อมูลทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้อง ในฐานะประโยชน์ของเอกชนที่จะต้องถูกจำกัดมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่คาดหมายว่าจะได้รับความคุ้มครอง กรณีจึงเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักการรักษาความสมดุลของประโยชน์หรือหลักความได้สัดส่วน ดังนั้นบทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการพูดและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล เป็นการขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่ได้กำหนดมาตรา 37 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้

อนึ่ง เนื่องด้วยคำพิพากษาข้างต้น กฎหมายว่าด้วยการให้บริการทางการแพทย์ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2007 โดยกฎหมายปัจจุบันได้ระบุรายละเอียดเฉพาะเจาะจงถึงประเภทของโฆษณาที่ไม่อนุญาต โฆษณาที่สถาบันทางการแพทย์หรือแพทย์ไม่อาจโฆษณาได้ ได้แก่ โฆษณาเทคโนโลยีการแพทย์สมัยใหม่ซึ่งไม่ผ่านการทดสอบตามกระบวนการเฉพาะ โฆษณาที่อาจทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดด้วยการรับรองการรักษาหรือการบอกเป็นนัย โฆษณาที่เปรียบเทียบ ทักษะทางการแพทย์ การตรวจวินิจฉัย และวิธีการรักษา กับสถาบันทางการแพทย์อื่นหรือแพทย์อื่น โฆษณาที่ใส่ร้ายสถาบันทางการแพทย์อื่นหรือแพทย์อื่น และโฆษณาที่เปิดเผยโดยแสดงการผ่าตัดหรือกระบวนการรักษาอื่น เป็นต้น

**คดีห้ามเยาวชนเข้าถึงเกมออนไลน์ในช่วงเวลากลางคืน<sup>176</sup> โดย คดีแรก 2011Hun-Ma659** ผู้ร้องเป็นเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งเป็นผู้ขึ้นขอการเล่นเกมออนไลน์พร้อมทั้งบิดามารดาได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเยาวชนซึ่งห้ามมิให้เยาวชนเข้าถึงเกมออนไลน์ในช่วงเวลาเที่ยงคืนถึง 6.00 น. และกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืน เป็นการละเมิดเสรีภาพในการกระทำ (freedom of action) และสิทธิในการศึกษาของบิดามารดา และ**คดีที่สอง**

<sup>176</sup> 26-1(B) KCCR 176, 2011Hun-Ma659-683

2011Hun-Ma683 ผู้ร้องทั้ง 12 เป็นบริษัทเกม ผู้พัฒนาเกม และผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ได้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า เสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ถูกละเมิดโดยกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเยาวชนข้างต้น

ประเด็นการตรวจสอบแห่งคดี ได้แก่ มาตรา 23-3 วรรค 1 และมาตรา 6-2 แห่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเยาวชนเดิม (ซึ่งภายหลังได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายลำดับที่ 10659 เมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2011 และแก้ไขปรับปรุงทั้งฉบับโดยกฎหมายลำดับที่ 11048 เมื่อวันที่ 15 กันยายน 2011) และมาตรา 26 วรรค 1 และมาตรา 59 วรรค 5 แห่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเยาวชนปัจจุบัน ซึ่งเป็นบทบัญญัติในการควบคุมการเข้าถึงเกมออนไลน์ที่กำหนดโทษทางอาญาเป็นการละเมิดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

โดยในคดีแรก ผู้ร้องเห็นว่า บทนิยามและขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายดังกล่าวไม่ชัดเจน และบทบัญญัติดังกล่าวยังละเมิดเสรีภาพในการกระทำการของเยาวชนซึ่งมุ่งหมายที่จะพัฒนาความสามารถและประโยชน์ที่จะได้รับผ่านเกมออนไลน์ สิทธิในการพัฒนาตนเองของเยาวชนที่จะเติมเต็มความสามารถของตนในการเป็นผู้เล่นเกมมีอาชีพด้วย และสิทธิในการศึกษาของบิดามารดาเนื่องจากข้อจำกัดที่ถูกรอบคลุมถึง แม้ว่าบิดามารดาจะมีสิทธิที่จะจัดการศึกษาออกโรงเรียนได้ เพราะฉะนั้นจึงควรมีอิสระในการตัดสินใจที่จะอนุญาตให้เข้าถึงเกมออนไลน์ในช่วงกลางคืนโดยพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เช่น หลักปรัชญาทางการศึกษา ความถนัดและอาชีพของเยาวชน อีกทั้งยังมีรูปแบบในการผ่อนปรนการปกป้องเยาวชนจากการติดเกมอื่น สำหรับคดีที่สอง ผู้ร้องเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ในประเทศเกินสมควร และมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดการขอบเขตการบังคับใช้ของเกมออนไลน์ ซึ่งได้นำไปสู่การละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นผ่านเกมออนไลน์ในที่สุด

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติสิทธิดังกล่าวไม่ได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลว่า บทบัญญัติมีความชัดเจนแล้วและการกำหนดโทษทางอาญาเป็นไปตามหลักไม่มีการลงโทษโดยปราศจากกฎหมาย อันเป็นไปโดยชอบด้วยมาตรา 12 ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้แล้ว ทั้งยังเป็นการกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติและมีความชัดเจนที่บุคคลสามารถคาดหมายได้ว่าพฤติกรรมของตนในลักษณะใดที่อาจถูกลงโทษได้ สำหรับประเด็นการกระทบเสรีภาพในการกระทำของเยาวชน สิทธิในการศึกษาของบิดามารดา และสิทธิในการประกอบอาชีพของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ นั้น ศาลได้พิจารณาโดยอาศัยหลักความได้สัดส่วน ดังนี้

รัฐธรรมนูญมีหน้าที่คุ้มครองเยาวชนและควบคุมไม่ให้ข้อจำกัดกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานเกินสมควร ซึ่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานควรกำหนดให้น้อยที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ภายใต้มาตรา 37 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ อย่างไรก็ตาม เยาวชนควรต้องมีช่วงเวลาในการเตรียมการเพื่อชีวิตในยุค 20s ซึ่งประกอบด้วยการศึกษาทั่วไปและความรู้ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตเพื่อเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่สำคัญในการพัฒนาประเทศต่อไป เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ใหญ่ เยาวชนก็ยัง

ไม่ได้เติบโตอย่างสมบูรณ์ในความสามารถเรื่องการตัดสินใจบุคคล สภาพบังคับของสังคมของพฤติกรรม และการรับผิดชอบต่อสถานการณ์ต่างๆ ดังนั้นจึงต้องการการคุ้มครองเป็นพิเศษเพื่อให้มีการเจริญเติบโตและการพัฒนาที่ดีของเยาวชน และรัฐธรรมนูญคือสิ่งที่ควบคุมการบังคับใช้นโยบายของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาสวัสดิการของเยาวชน (มาตรา 34 (4)) การกำหนดบทบัญญัติในการจำกัดสิทธิซึ่งเป็นมาตรการที่เป็นส่วนหนึ่งของการส่งเสริมให้บรรลุหน้าที่ในการคุ้มครองเยาวชนของรัฐ เพื่อเตรียมการเฝ้าระวังปัญหาสังคมของเยาวชนในการติดเกมซึ่งไม่อาจแก้ไขได้ด้วยความพยายามอย่างเต็มที่จากบ้านและโรงเรียนเท่านั้น โดยจำเป็นต้องพิจารณาว่าในสถานการณ์ดังกล่าว บทบัญญัติที่ใช้จำกัดสิทธิได้กระทบเกินสมควรหรือไม่

เรื่องความสอดคล้องของหลักการจำกัดสิทธิต้องกระทำไปเท่าที่จำเป็น (rule against excessive restriction) นั้น ศาลได้ตัดสินว่า บทบัญญัติในการจำกัดสิทธิเสรีภาพข้างต้น ทำให้เยาวชนซึ่งอยู่ในช่วงเจริญเติบโตทั้งร่างกายและจิตใจ มีเวลาพักผ่อนเพียงพอ และเป็นการป้องกันไม่ให้ติดเกม ซึ่งจะกระทบต่อการเจริญเติบโตและพัฒนาการของเยาวชน อีกทั้งเป็นการป้องกันปัญหาทางสังคมที่เพิ่มขึ้นจากการติดเกม บทบัญญัติในการจำกัดสิทธิดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายโดยชอบแล้ว การห้ามเยาวชนอายุต่ำกว่า 16 ปี เล่นเกมออนไลน์ในช่วงกลางคืนตอนดึก สามารถช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กล่าวมาได้ ซึ่งได้ดำเนินการโดย**วิธีการที่เหมาะสม**

การที่เยาวชนเล่นเกมออนไลน์ที่มากเกินไปจำเป็นต้องจำกัดเวลาในขอบเขตที่ชัดเจน แต่บทบัญญัติในการจำกัดสิทธิดังกล่าวไม่ได้กำหนดเวลาการใช้ทั้งหมดไว้ แต่กำหนดหลักการในการให้เยาวชนใช้อินเทอร์เน็ตและกำหนดเวลาห้ามใช้ในช่วงกลางคืนตอนดึกจากช่วงเวลาเที่ยงคืนถึงหกนาฬิกาอันเป็นช่วงเวลาที่ควบคุมได้ยาก และกลุ่มเป้าหมายของแอปพลิเคชันต่าง ๆ ก็คือกลุ่มเด็กนักเรียนชั้นประถมศึกษาและมัธยมศึกษา ดังนั้นระดับการจำกัดเวลาดังกล่าวจึง**ไม่เป็นการเกินจำเป็น** นอกจากนี้ยังได้มีมาตรการทบทวนเหมาะสมของขอบเขตเกมออนไลน์ในทุก 2 ปี เพื่อหลีกเลี่ยงการควบคุมที่เกินสมควร และมีการประเมินเพื่อการพัฒนา และไม่ใช้ข้อจำกัดกับเกมบางประเภท เช่น เกมที่อยู่ระหว่างการทดลอง เกมที่ใช้ประกวดหรือจัดแสดงนิทรรศการ เกมเพื่อการศึกษาหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ทั้งนี้ ช่วงเวลาระหว่างเที่ยงคืนถึงหกนาฬิกานั้นเป็นช่วงเวลาที่คนทั่วไปนอน และประโยชน์ของเอกชนได้ถูกจำกัดเฉพาะเยาวชนอายุต่ำกว่า 16 ปี เพื่อป้องกันมิให้ติดเกมและเพื่อการเจริญเติบโตที่ดีของเยาวชนซึ่งเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่สำคัญในการพัฒนาประเทศต่อไปในภายภาคหน้า ในแง่นี้บทบัญญัติในการจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นไปตามหลักความสมดุลหรือ**หลักความได้สัดส่วนแล้ว**

ในประเด็นเรื่องการเลือกปฏิบัติเมื่อเทียบกับเกมในรูปแบบอื่นๆ นั้น ศาลได้ตัดสินว่า เนื่องจากเกมออนไลน์ส่วนใหญ่เป็นเกมที่มีการเล่นร่วมกันระหว่างผู้เล่นหลายคนและไม่สามารถเลิกเล่นโดยความสมัครใจได้ อีกทั้งสามารถเล่นในเวลาใดก็ได้ก็ได้ตราบเท่าที่มีเครือข่ายอยู่ จึงเป็นผลให้มี

การเล่นติดต่อกันเป็นเวลานานและติดเกม ซึ่งต่างจากเกมประเภทอื่นที่ไม่ต้องการเล่นร่วมกันระหว่างผู้เล่นหลายคน ไม่ได้เล่นแบบเวลาปัจจุบันจริงที่ทำให้ต้องมีการติดต่อสื่อสารระหว่างกันซึ่งทำให้ติดได้มากกว่าเกมออฟไลน์ประเภทอื่น ๆ ที่ต้องดาวน์โหลดมาเล่น ดังนั้นจึงมีเหตุผลเพียงพอในการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างเกมออนไลน์กับเกมประเภทอื่น

นอกจากนี้ ในส่วนของศาลยุติธรรมนั้น เคยมีคดีที่ศาลพิจารณาคดีพิพากษาโดยนำหลักเรื่องสิทธิมนุษยชนมาใช้กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการประกอบกิจการ ซึ่งปรากฏใน **คดี 2009 KaHap 2869** ศาลยุติธรรมแห่งกรุงโซลได้ตัดสินว่า ตามสัญญาของบริษัท SM Entertainment กับกลุ่มนักร้องดงบังชินกิ ที่บริษัทสามารถบริหารจัดการการประกอบอาชีพของสมาชิกในวงได้เป็นเวลาถึง 13 ปี ไม่รวมระยะเวลาเกณฑ์ทหารหรือเหตุอื่น ซึ่งการสิ้นสุดสัญญา มีการเรียกค่าเสียหายอย่างไม่เป็นธรรม บริษัทได้อาศัยประโยชน์จากสถานะที่เหนือกว่าตามสัญญา ละเมิดสิทธิมนุษยชนของสมาชิกในวงอย่างเกินสมควร ตลอดจนเป็นการกระทบต่อศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของสังคม สัญญาดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะบางส่วน แต่บางส่วนของสัญญายังมีผลใช้บังคับได้ สมาชิกดงบังชินกิที่ยื่นฟ้องคดีและบริษัทสามารถแสวงหาประโยชน์ร่วมกันตราบเท่าที่ทั้งสองฝ่ายยินยอม และศาลได้มีคำสั่งให้บริษัท SM Entertainment ไม่สามารถดำเนินกิจกรรมที่เป็นการขัดแย้งกับเจตจำนงของสมาชิกได้ และไม่สามารถรบกวนการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ในการประกอบกิจการของบริษัทอื่นได้<sup>177</sup>

ในส่วนของคดีปกครองประเทศเกาหลีใต้ที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการนั้น ปรากฏตัวอย่างจาก **คดีการพักใช้ใบอนุญาตทันตแพทย์จากการโฆษณา**<sup>178</sup> โดยมีประเด็นแห่งคดีคือ การที่ทันตแพทย์ได้โฆษณาบนเว็บไซต์ของสถาบันตนเองว่า ในขั้นตอนการปลูกฝังรากเทียมนั้น การตัดฟันหรือเหงือกด้วยเลเซอร์แทบจะไม่ได้รับความเจ็บปวดและแทบจะไม่มีเลือดออกจากการโฆษณาดังกล่าวรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข สวัสดิการ และครอบครัว จึงได้พักใช้ใบอนุญาตของทันตแพทย์ เนื่องจากเห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการขัดต่อมาตรา 56 (2) 2 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบริการทางการแพทย์ที่ห้ามมิให้มีการโฆษณาที่มีเนื้อหาที่อาจทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดด้วยการการันตีผลของการรักษาหรือในทางอื่นใดก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี มีประเด็นพิจารณาว่า การ

<sup>177</sup> Jung Keun Yoon, A Case of Slavery Contract between Singers and Agency in Korea: 2009 KaHap2869, 5 THE ASIAN BUSINESS LAWYER. 123 (2010) หน้า 123 - 124

<sup>178</sup> Supreme Court Decision 2009Du21345 Decided March 25, 2010 [Revocation of Disposition of Suspending Dentist License and Warning] [Online] [http://library.scourt.go.kr/SCLIB\\_data/decision/3.Supreme%20Court%20Decision%202009Du21345%20Decided%20March%2025.html](http://library.scourt.go.kr/SCLIB_data/decision/3.Supreme%20Court%20Decision%202009Du21345%20Decided%20March%2025.html) [Accessed 15 April 2019].

โฆษณาดังกล่าวไม่ได้เป็นการโฆษณาที่มีเนื้อหาที่อาจทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดด้วยการการันตีผลของการรักษาหรือในทางอื่นใดก็ตามหรือไม่

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า วัตถุประสงค์ของมาตราที่พิพาทที่ห้ามมิให้มีการโฆษณาที่มีเนื้อหาที่อาจทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดด้วยการการันตีผลการรักษาหรือในทางอื่นใดก็ตาม ได้แยกจากการห้ามการโฆษณาที่ไม่เป็นความจริงหรือกล่าวเกินจริง ซึ่งถูกตีความว่าเป็นการควบคุมการแสดงออกทางโฆษณาด้วยวิธีการที่เฉพาะ การควบคุมการโฆษณาทางการแพทย์เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในการพิจารณาคดีนี้จำเป็นต้องพิจารณาเนื้อหาทั้งหมดของการโฆษณา รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการในการโฆษณาและการการันตีผลของการรักษาว่า วิธีการที่โฆษณานั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงการให้ข้อมูลทางการแพทย์ได้ ตลอดจนลักษณะของสื่อที่ใช้ในการโฆษณา สถานการณ์ในการผลิตและผลกระทบของกาโฆษณาต่อผู้บริโภค โดยจะต้องพิจารณาอย่างเป็นภาวะวิสัยบนพื้นฐานของภาพรวม และศาลได้ตัดสินว่า การที่ทันตแพทย์ได้โฆษณานบนเว็บไซต์ของสถาบันตนเองว่า ในขั้นตอนการปลูกฝังรากเทียมนั้น การตัดฟันหรือเหงือกด้วยเลเซอร์แทบจะไม่เจ็บปวดและแทบจะไม่มีเลือดออก เป็นการให้ข้อมูลทางการแพทย์ว่าการรักษาด้วยวิธีดังกล่าวมีผลกระทบน้อยกว่าวิธีการอื่น จึงไม่เป็นการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภคด้วยการการันตีผลของการรักษาหรือในทางอื่นใดก็ตาม ศาลจึงได้พิพากษากลับ ให้ยกเลิกการพักใช้ใบอนุญาตของทันตแพทย์

สรุปในส่วนของแนวคำวินิจฉัยที่กล่าวมาข้างต้นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้จะมีได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยชัดแจ้ง แต่องค์กรตุลาการของเกาหลีใต้เป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าว ผ่านการวินิจฉัยที่สนับสนุนเสรีภาพในการจัดการการประกอบอาชีพของปัจเจกชนหรือเสรีภาพในการประกอบกิจการ รวมถึงการรวมกลุ่มขององค์กรธุรกิจและการแข่งขันอย่างเสรี โดยหากเป็นกรณีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการแล้ว หลักเกณฑ์สำคัญที่ศาลนำมาพิจารณาได้แก่ หลักความได้สัดส่วน ทั้งนี้ สามารถสรุปคำพิพากษาและคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเกาหลีใต้ โดยแสดงเนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ เหตุผลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ และเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ตามตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3: ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลเกาหลีใต้ที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ

ที่	คดี	เนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ	เหตุผลที่สามารถจำกัดได้	เหตุผลในการคุ้มครอง	ผลต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ
1	คดีหมอนวด ค.ศ. 2006	การเข้าสู่อาชีพ (กำหนดคุณสมบัติว่าเป็นผู้พิการทางสายตาเท่านั้น)	การคุ้มครองผู้พิการ	-	ถูกจำกัดได้

ที่	คดี	เนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ	เหตุผลที่สามารถจำกัดได้	เหตุผลในการคุ้มครอง	ผลต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ
2	คดีหมอนวด ค.ศ. 2008	การเข้าสู่อาชีพ (กำหนดคุณสมบัติว่าเป็นผู้พิการทางสายตาเท่านั้น)	- การคุ้มครองผู้พิการ - ความเสมอภาค	หลักความได้สัดส่วน	ได้รับการคุ้มครอง
3	คดีห้ามการเดินรถบัสโดยสาร	การดำเนินกิจการ (ห้ามจัดรถโดยสารมายังห้างสรรพสินค้า)	- ความมั่นคงของเศรษฐกิจ - ความเสียหายต่อบริษัทขนส่งซึ่งให้บริการสาธารณะ	-	ถูกจำกัดได้
4	คดีการสลายกลุ่ม Kukje	การรวมกลุ่มขององค์กรธุรกิจ (รัฐเข้าแทรกแซงโดยควบคุมการเงินของกลุ่มเอกชนเพื่อให้เกิดการสลายตัว)	ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ	- หลักนิติธรรม - ความเสมอภาค - ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ - เศรษฐกิจตามกลไกตลาด	ได้รับการคุ้มครอง
5	คดีระบบบังคับซื้อเหล้าโซจูท้องถิ่น	การดำเนินกิจการ (การบังคับซื้อเหล้าโซจูที่ผลิตภายในจังหวัดเพื่อนำมาจำหน่ายในร้านค้า)	- การคุ้มครองธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม - ประโยชน์สาธารณะ	- การแข่งขันทางธุรกิจอย่างเป็นธรรม - ความเสมอภาค - เศรษฐกิจตามกลไกตลาด - การคุ้มครองผู้บริโภค	ได้รับการคุ้มครอง
6	คดีข้อจำกัดในการโฆษณาทางการแพทย์	การดำเนินกิจการ (การห้ามโฆษณาการให้บริการทางการแพทย์)	ประโยชน์สาธารณะ	- หลักความได้สัดส่วน - การแข่งขันทางธุรกิจอย่างเป็นธรรม - เศรษฐกิจตามกลไกตลาด - การคุ้มครองผู้บริโภค - ประโยชน์ทางสาธารณสุข	ได้รับการคุ้มครอง
7	คดีห้ามเยาวชนเข้าถึงเกมออนไลน์ในช่วงเวลาว่าง	การดำเนินกิจการ (ห้ามให้บริการลูกค้าเยาวชนในช่วงเวลาว่าง)	- การคุ้มครองเยาวชน - มีกฎหมายให้อำนาจ	-	ถูกจำกัดได้

ที่	คดี	เนื้อหาแห่งสิทธิ เสรีภาพ	เหตุผลที่สามารถ จำกัดได้	เหตุผลในการ คุ้มครอง	ผลต่อเสรีภาพ ในการประกอบ กิจการ
8	คดี SM Entertainment	การดำเนินกิจการ (การบริหาร จัดการการ ประกอบอาชีพ ของนักร้อง)	-	-หลักความได้ สัดส่วน -ศีลธรรมอันดีและ ความสงบเรียบร้อย ของสังคม	ได้รับการ คุ้มครอง
9	คดีการพักใช้ ใบอนุญาตทันต แพทย์จากการ โฆษณา	การดำเนินกิจการ (การห้ามโฆษณา การให้บริการและ พักใช้ใบอนุญาต)	ประโยชน์สาธารณะ	หลักความได้ สัดส่วน	ได้รับการ คุ้มครอง



## บทที่ 4

### เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การศึกษาและวิเคราะห์เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในบทนี้ แบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วนหลัก ส่วนแรกคือข้อมูลทางกฎหมาย ซึ่งจะได้กล่าวถึงแนวคิด ว่าด้วยระบบเศรษฐกิจและเสรีภาพในการประกอบกิจการที่ปรากฏในประเทศไทยในข้อ 4.1 และแนวคิดที่ว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยในข้อ 4.2 และส่วนที่สองเป็นการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในข้อ 4.3 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์การรับรองและการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

#### 4.1 ระบบเศรษฐกิจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เมื่อพิจารณาย้อนไปในอดีต ประเทศไทยปรากฏแนวคิดความเป็นเสรีในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพของบุคคลมาตั้งแต่สมัยสุโขทัย อ้างอิงจากหลักศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง ที่ว่า "ลูท่างเพื่อนจูงวัวไปค้าขีฆ่าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้าง ค้า ใครจักใคร่ค้าม้า ค้า ใครจักใคร่ค้าเงือนค้าทอง ค้า ใครจักใคร่ค้าผ้าไหม..."<sup>179</sup> ในสมัยต่อมามีการห้ามประชาชนมิให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ บางประการด้วยเหตุผลเรื่องการรักษาความมั่นคงของชาติ เช่น ห้ามการค้าขายอาวุธหรือข้าว เป็นต้น โดยระบบเศรษฐกิจของไทยในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นหรือช่วงก่อนสนธิสัญญาเบาริงปี พ.ศ. 2398 เป็นแบบธรรมชาติ คือ วัตถุประสงค์หลักของการผลิตเป็นไปเพื่อการเลี้ยงชีพและใช้สอยในชุมชน และมีส่วนเกินสำหรับจ่ายส่วยอากร ทั้งนี้ มีการผลิตเพื่อการซื้อขายแลกเปลี่ยนบ้าง แต่เป็นไปอย่าง จำกัด รัฐบาลผูกขาดการค้าขายสินค้าที่สำคัญและการค้ากับต่างประเทศด้วยระบบพระคลังสินค้า ทั้ง ยังไม่ปรากฏระบบกรรมสิทธิ์ของบุคคลทั่วไป โดยไพร่ไม่มีสิทธิ์ในการรับจ้างทำงานเว้นแต่ได้รับ อนุญาตจากมูลนาย<sup>180</sup> แม้ว่าในช่วงดังกล่าวประเทศไทยมีการค้าขายกับต่างประเทศซึ่งเน้นการ แลกเปลี่ยนสินค้าเพื่อการบริโภคของชนชั้นนำ แต่ด้วยลักษณะโครงสร้างของสังคมไทยที่มีการแบ่งชน ชั้นด้วยระบบไพร่ทำให้การค้ามิได้เป็นไปโดยเสรี ผู้ประกอบการกับต่างประเทศในช่วงแรกยังคงมีแค่

<sup>179</sup> จตุพร ศิริสัมพันธ์, ศิลาจารึกสุโขทัย หลักที่ 1 จารึกพ่อขุนรามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการอำนวยการจัดงานเฉลิมพระเกียรติ พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, 2547)

<sup>180</sup> ตีรณ ไชวศิริมณี, เศรษฐกิจไทย : การเปลี่ยนแปลงและการพัฒนา, (กรุงเทพฯ: สร้างสรรค์, 2525) หน้า 27-29.

กษัตริย์หรือรัฐบาลและชนชั้นเจ้าขุนมูลนายเท่านั้น<sup>181</sup> ทั้งนี้ ระบบเศรษฐกิจของไทยเปลี่ยนแปลงอย่างมากภายหลังการทำสนธิสัญญาเบาริง โดยเริ่มเกิดเสรีทางเศรษฐกิจในไทยและระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมอันเป็นผลจากข้อตกลงของสนธิสัญญา เช่น ยกเลิกระบบพระคลังสินค้า อนุญาตการส่งออกข้าวอย่างเสรีซึ่งเดิมข้าวถือเป็นยุทธปัจจัยที่รัฐบาลควบคุม ลดอัตราภาษีอากรนำเข้าส่งออก และเกิดการจ้างแรงงานชนชั้นไพร่อย่างเสรี เป็นต้น<sup>182</sup> แม้ว่าการยอมเปิดประเทศภายใต้เงื่อนไขของสนธิสัญญาเบาริงจะเป็นจุดเริ่มต้นของความเหลื่อมล้ำจากระบบทุนนิยม แต่ถือได้ว่าเป็นก้าวสำคัญของการพัฒนาด้านเศรษฐกิจของไทยในเวลาต่อมา เช่น ความเสรีทางเศรษฐกิจ ระบบการเงินการธนาคาร และการผลิตในภาคอุตสาหกรรม เป็นต้น กล่าวได้ว่า ลักษณะโครงสร้างของสังคมไทยที่มีการแบ่งชนชั้นมีอิทธิพลต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นอย่างมาก ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือกรณีของทาสซึ่งเป็นชนชั้นต่ำที่สุดในสังคมและไม่มีสถานะเป็นบุคคลแต่ถือเป็นทรัพย์สินของผู้เป็นนายทาสซึ่งไม่มีสิทธิเสรีภาพแต่อย่างใด<sup>183</sup> อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากเลิกทาสในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยได้รับการส่งเสริมอย่างเท่าเทียม<sup>184</sup> ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วย

สำหรับระบบเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันนี้ ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ถือว่าเป็นช่วงเริ่มต้นการรับรองสิทธิประโยชน์ของชนชั้นกลางและพ่อค้าระดับกลางและระดับย่อย ทั้งนี้ โดยการนำของคณะราษฎรได้มีการดำเนินนโยบายชาตินิยมที่มุ่งเน้นการสร้างทุนนิยมโดยรัฐ (State Capitalism) และสร้างความรู้สึกราชาชาตินิยมแก่ประชาชนคนไทย ต่อมาเนื่องจากปัญหาเศรษฐกิจที่สะสมเป็นเวลานาน การครอบงำโดยนายทุนต่างชาติ และปัญหาความยากจนจึงเริ่มมีนโยบายทางกฎหมายในลักษณะที่เป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและการใช้อำนาจของรัฐแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ เช่น การส่งเสริมการค้าภายในประเทศ การสนับสนุนผู้ประกอบการชาวไทยด้วยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ การเข้าถือหุ้นของบริษัทโดยสมาชิกคณะราษฎร และการตั้งธนาคารชาติไทย เป็นต้น<sup>185</sup> นอกจากนี้ ภายใต้นโยบายการสร้างชาติของจอมพล ป. พิบูลสงคราม มีแนวคิดการสร้างฐานะทางเศรษฐกิจของบุคคลและของชาติ โดยมุ่งยกระดับการครองชีพ

<sup>181</sup> สุวิทย์ อิศราศวัต, เศรษฐกิจการเมืองไทย สมัยกรุงธนบุรีถึงสมัยรัชกาลที่สาม, (ขอนแก่น : คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น, 2548.) หน้า 43-44.

<sup>182</sup> ตีรณ ไฉ่วศิริมณี, เศรษฐกิจไทย : การเปลี่ยนแปลงและการพัฒนา, หน้า 33.

<sup>183</sup> อธิลักษณ์ ศรีหทัย, การรับรองสิทธิเสรีภาพของชนชั้นในสังคมไทยในสมัยรัตนโกสินทร์ (รัชกาลที่ 4-รัชกาลที่ 7) วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551 หน้า 71.

<sup>184</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 86-87.

<sup>185</sup> รวิพรรณ สาสีผล, ประวัติของเศรษฐกิจไทย ตั้งแต่ 2475, สำนักวิชาเศรษฐศาสตร์และนโยบายสาธารณะ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, หน้า 32-36.

ของราษฎร แก้ไขปัญหาคนว่างงาน โดยกำหนดให้ทุกคนต้องประกอบอาชีพ ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดหางานให้ผู้ไร้อาชีพ พุทธศักราช 2484 และหากผู้ที่ไม่มีการทำกินเป็นหลักแหล่ง รัฐบาลจะจัดสรรที่ดินให้ทำกิน ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พุทธศักราช 2485 และมีการส่งเสริมให้ประชาชนทำการค้าขายมากขึ้นเพื่อลดอิทธิพลจากการค้าของต่างชาติ มีการโอนกิจการอุตสาหกรรมของผู้ลงทุนต่างชาติให้เป็นของรัฐ เช่นกรณีเหมืองแร่ทองคำของชาวฝรั่งเศส รวมถึงการซื้อกิจการจากต่างชาติ เช่นกรณีโรงงานยาสูบและโรงกลั่นน้ำมัน<sup>186</sup> ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวรัฐได้ใช้นโยบายชาตินิยม โดยจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพของคนต่างด้าวบางประการ เพื่อสงวนกิจการหรืออาชีพบางประการไว้สำหรับเฉพาะคนไทย อันมีผลให้คนไทยสามารถประกอบกิจการโดยมีคู่แข่งที่น้อยลง

สำหรับระบบเศรษฐกิจภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้บัญญัติเรื่องระบบเศรษฐกิจไว้อย่างชัดเจน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 87 ว่า “รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ค้ำครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค” ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 84 (1) ให้รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ โดย “สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด และสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค” สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้น ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติถึงระบบเศรษฐกิจแบบเสรีไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด โดยบทบัญญัติในหมวดแนวนโยบายแห่งรัฐที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจได้กำหนดในมาตรา 75 ว่า รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทาง

<sup>186</sup> อุกต จิระสวัสดิ์, *สภาวะทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมของประเทศไทย ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง*, วิทยานิพนธ์ อักษรศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517 หน้า 209-216.

เศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ โดยรัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ และรัฐพึงส่งเสริม สนับสนุน คุ้มครอง และสร้างเสถียรภาพให้แก่ระบบสหกรณ์ประเภทต่าง ๆ และกิจการวิสาหกิจขนาดย่อมและขนาดกลางของประชาชนและชุมชน ทั้งนี้ ในการพัฒนาประเทศ รัฐพึงคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจและความอยู่เย็นเป็นสุขของประชาชน

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการกำหนด**แนวทางดำเนินการปฏิรูปประเทศในด้านเศรษฐกิจ**ไว้ในมาตรา 258 ฉ. ว่าให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศด้านเศรษฐกิจให้เกิดผลเป็นการ (1) ขจัดอุปสรรคและเสริมสร้างความสามารถในการแข่งขันของประเทศ (2) สร้างกลไกเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการนำความคิดสร้างสรรค์และเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาใช้ในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ (3) ปรับปรุงระบบภาษีอากรให้มีความเป็นธรรม ลดความเหลื่อมล้ำ เพิ่มพูนรายได้ของรัฐ และปรับปรุงระบบการจัดทำและการใช้จ่ายงบประมาณ และ (4) สร้างกลไกเพื่อส่งเสริมสหกรณ์และผู้ประกอบการให้สามารถแข่งขันอย่างเหมาะสม และส่งเสริมการประกอบวิสาหกิจเพื่อสังคมและวิสาหกิจที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม รวมทั้งสร้างกลไกเพิ่มโอกาสในการทำงานและการประกอบอาชีพของประชาชน<sup>187</sup> ทั้งนี้ การวางกรอบการดำเนินการด้านเศรษฐกิจตามแนวทางปฏิรูปดังกล่าวก่อให้เกิดการแทรกแซงการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในภาพรวมทั้งทางนโยบายและทางปฏิบัติ และถือได้ว่าเป็นเหตุผลและความจำเป็นของรัฐที่จะทำให้การใช้อำนาจของรัฐเป็นไปโดยชอบ

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะมีบทบัญญัติต่าง ๆ ที่สนับสนุนเสรีภาพในการดำเนินการทางเศรษฐกิจ แต่ก็ได้มีการกำหนดบทบัญญัติบางประการให้รัฐสามารถเข้าควบคุมในกรณีที่เป็นกิจการอันมีความสำคัญอย่างยิ่งและส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นวงกว้าง กล่าวคือกรณีโครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐ ซึ่งมีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้วางหลักการไว้ในมาตรา 56<sup>188</sup> วรรคสอง ว่า รัฐจะกระทำด้วยประการใด

<sup>187</sup> ผู้สนใจสามารถศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมได้ใน “แผนการปฏิรูปประเทศ ด้านเศรษฐกิจ” ประกาศราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 6 เมษายน 2561 เล่ม 135 ตอนที่ 24 ก (เล่มที่ 3) หน้า 1.

<sup>188</sup> มาตรา 56 รัฐต้องจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอย่างทั่วถึงตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน

โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ รัฐจะกระทำด้วยประการใดให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดมิได้

ให้โครงสร้างหรือโครงข่ายดังกล่าวตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดมิได้ ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นของการปล่อยให้เอกชนดำเนินการทางเศรษฐกิจอย่างเสรี ซึ่งได้มีความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีการับรองหลักการดังกล่าวข้างต้น ในเรื่องเสรีที่ 334/2561<sup>189</sup> สรุปสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวข้องได้ว่า เมื่อเสาโทรคมนาคมและสายไฟเบอร์เป็นปัจจัยพื้นฐานที่จะเป็นอุปกรณ์ในการทำให้ประชาชนผู้ใช้บริการสามารถติดต่อสื่อสารถึงกันได้ทางโทรศัพท์หรือทางเทคโนโลยีอื่น ถ้าปราศจากเสาโทรคมนาคมและสายไฟเบอร์แล้ว การติดต่อสื่อสารระหว่างประชาชนผู้ใช้บริการย่อมขัดข้อง จึงต้องถือว่าเป็นโครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐาน นอกจากนี้ กิจกรรมโทรศัพท์และการใช้เทคโนโลยีเพื่อการติดต่อสื่อสารถึงกันนั้น เป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน เนื่องจากเมื่อการติดต่อสื่อสาร การเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร และการใช้เทคโนโลยีในการทำธุรกรรมปกติที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เป็นสิ่งจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เมื่อใดที่มีความขัดข้องในระบบ การดำเนินชีวิตปกติของประชาชน การประกอบธุรกิจ และกิจการทั้งปวงรวมทั้งกิจการของรัฐ ก็จะไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ กิจกรรมโทรศัพท์และการใช้เทคโนโลยีเพื่อการติดต่อสื่อสารถึงกัน จึงเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนที่รัฐมีหน้าที่ต้องจัดให้มีหรือดำเนินการให้มีตามความหมายของ มาตรา 56 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และอยู่ในบังคับของมาตรา 56 วรรคสอง ดังนั้น เสาโทรคมนาคมและสายไฟเบอร์ที่ได้โอนให้เป็นกรรมสิทธิ์ของ บมจ. กสท โทรคมนาคม จึงเป็นทรัพย์สินของรัฐที่เป็นโครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน และไม่อาจทำให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดได้

จากลักษณะของระบบเศรษฐกิจไทยข้างต้น เห็นได้ว่า ความเป็นเสรีนิยมมิได้เป็นไปอย่างสมบูรณ์ โดยรัฐอาจเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจได้ โดยเมื่อเทียบเคียงจากมาตรการแทรกแซงของรัฐในระบบเศรษฐกิจฝรั่งเศสที่มีการจำแนกมาตรการแทรกแซงของรัฐไว้อย่างชัดเจน สามารถจำแนกเครื่องมือที่รัฐนำมาใช้หรือมาตรการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจที่ปรากฏในประเทศไทยได้ดังนี้

(ก) การแทรกแซงระดับมหภาคหรือระดับนโยบาย เช่น การดำเนินการของรัฐตามแนวนโยบายแห่งรัฐว่าด้วยระบบเศรษฐกิจและการดำเนินการปฏิรูปประเทศในด้านเศรษฐกิจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และการดำเนินนโยบายการเงินการคลังของรัฐ เป็นต้น

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>189</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง เสาโทรคมนาคมและสายไฟเบอร์ของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) เป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนตามมาตรา 56 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่

(ข) การผูกขาดการประกอบกิจการบางประเภท เช่น การผลิตบุหรี่ยาสูบ การจำหน่ายไฟฟ้าให้ครัวเรือน และการรถไฟไทย เป็นต้น

(ค) การเข้าดำเนินการเป็นผู้ประกอบการแข่งขันกับเอกชน เช่น กิจการธนาคาร กิจการโทรคมนาคม และกิจการจำหน่ายน้ำมัน เป็นต้น

(ง) การกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในทางเศรษฐกิจ หรือการวางหลักเกณฑ์ในการประกอบกิจการบางประเภท เช่น การควบคุมการประกอบวิชาชีพต่าง ๆ การควบคุมคุณภาพสินค้าอุปโภคบริโภค การเป็นหน่วยงานกำกับดูแล (Regulator) และการวางระบบอนุมัติ อนุญาต หรือจัดแจ้ง สำหรับการประกอบกิจการบางประเภท เป็นต้น

(จ) การสนับสนุนการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชน เช่น การส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม และมาตรการลดหย่อนภาษีในกรณีท่องเที่ยวเมืองรองซึ่งเป็นการสนับสนุนส่งเสริมการประกอบธุรกิจท่องเที่ยว เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป รัฐมีบทบาททางด้านเศรษฐกิจเป็นอย่างมากและมีการใช้อำนาจรัฐในการแทรกแซงการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของบุคคล ทั้งในด้านการส่งเสริมสนับสนุนและด้านการจำกัดควบคุม ดังนั้น แนวคิดทางด้านเศรษฐกิจของไทยจึงมิได้เป็นเสรีนิยมทางเศรษฐกิจแบบดั้งเดิมหรือแนวคิดเสรีนิยมคลาสสิกที่ให้อิสระเสรีในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่โดยไม่ถูกแทรกแซงโดยรัฐ แต่เป็นกรณีที่รัฐมีบทบาทเข้าแทรกแซงด้วยเหตุผลความจำเป็นทางด้านเศรษฐกิจและสังคมรวมถึงความมั่นคงของประเทศ อันเป็นหน้าที่หรือภารกิจใหม่ที่เกิดขึ้นเพิ่มเติมเนื่องจากความเป็นพลวัตของสังคม อย่างไรก็ตาม การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจต่าง ๆ ยังคงอยู่บนพื้นฐานของการมีเสรีภาพอยู่นั่นเอง

#### 4.2 การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดรูปแบบการปกครองประเทศ โครงสร้างองค์กรและการใช้อำนาจของรัฐ และภารกิจหรือนโยบายของรัฐที่สำคัญ ซึ่งรวมถึงการรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ ในส่วนของการบัญญัติเรื่องสิทธิเสรีภาพของบุคคลในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น ปรากฏขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่อมาส่วนใหญ่ได้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้เช่นกัน โดยมีความแตกต่างไปตามบริบทในยุคสมัยต่าง ๆ สำหรับในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงการรับรองและการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมถึงแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ

#### 4.2.1 การรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 แนวคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพได้รับความสนใจและเป็นที่รู้จักแพร่หลายมากขึ้นในประเทศไทย โดยมีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศในเกือบทุกฉบับ การบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพในช่วงแรกนั้นมีลักษณะเป็นการบัญญัติรวมไว้เป็นมาตราเดียวกัน เช่น มาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ที่กำหนดว่า “ภายในบังคับแห่งบทกฎหมายบุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ” เป็นต้น ต่อมาในระยะหลัง การรับรองสิทธิเสรีภาพขยายเพิ่มมากขึ้นตามบรรยากาศแห่งยุคสมัยของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ<sup>190</sup> พร้อมกันกับการบัญญัติที่มีความละเอียดและเฉพาะเจาะจงมากยิ่งขึ้น เพื่อเป็นหลักประกันให้กับบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาบรรดารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน สามารถจัดประเภทการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการและเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งเป็นเสรีภาพที่มีความเกี่ยวเนื่องกันอย่างยิ่ง ได้เป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

(1) บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้โดยชัดแจ้งควบคู่กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยบัญญัติรับรองว่าบุคคลมี “เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ” ปรากฏในมาตรา 48 เบญจ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

(2) บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เพียงอย่างเดียว โดยบัญญัติรับรองว่าบุคคลมี “เสรีภาพในการอาชีพ” ปรากฏในมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 และมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 และ “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” ปรากฏในมาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2495 มาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>190</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคล ตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540), เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ธันวาคม 2543, หน้า 4.

(3) ไม่มีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้หรือบัญญัติเพียงกล่าวอย่างคร่าวๆ มิได้ระบุชัดแจ้งแยกเป็นสิทธิเสรีภาพเฉพาะ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว เช่น ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เป็นต้น

ทั้งนี้ ปราภฏแนวคคคการรับรองการประกอบกคคการในระดับพระรราชบัญญัติด้วยเช่นกัน เช่น มาตรา 5 แห่งพระรราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่กำหนดให้ข้อตกลงจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนคคกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

อนึ่ง นอกจากการรับรองโดยชัดแจ้งผ่านบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแล้ว สิทธิเสรีภาพอาจได้รับการรับรองโดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการในมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนฉบับแรกของไทยที่มีการรับรองสิทธิเสรีภาพอย่างเด่นชัด ซึ่งกำหนดว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง” ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีการเพิ่มเติมการรับรองที่กว้างขึ้นด้วยมาตรา 4 ความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น มีบทบัญญัติที่แตกต่างไปจากเดิมปรากฏตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง ความว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” ทั้งนี้ ในวรรคสอง ยังได้ขยายการรับรองถึงสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แต่ยังไม่มีการตรากฎหมายดังกล่าวว่า บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 25 นี้เองได้รับรองสิทธิเสรีภาพอื่นนอกเหนือจากที่มีการบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ ว่าหากมิได้ถูกห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมาย ย่อมมีสิทธิเสรีภาพที่จะทำได้และได้รับการคุ้มครอง ซึ่งเป็นหลักการ



ที่ได้รับอิทธิพลจากมาตรา 5 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง 1789 ของประเทศฝรั่งเศส<sup>191</sup> รวมถึงสิทธิเสรีภาพที่ยังไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติกำหนดรายละเอียดไว้ และสะท้อนแนวคิดสากลที่ว่า มนุษย์มีสิทธิเสรีภาพโดยธรรมชาติ รัฐธรรมนูญเพียงบัญญัติรับรองเพื่อสร้างความมั่นคงแน่นอนเท่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นกลไกที่สำคัญอย่างยิ่งในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาด้วยเกณฑ์ที่มาแห่งการรับรองสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏในมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้บัญญัติเรื่องเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้เป็นการชัดแจ้ง เสรีภาพดังกล่าวจึงมิได้รับการรับรองโดยชัดแจ้งจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ในมาตรา 40 ซึ่งเป็นเหตุให้เสรีภาพในการประกอบกิจการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น ได้รับการรับรองโดยปริยายไปด้วย กล่าวคือ เนื่องด้วยความเกี่ยวข้องสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับเสรีภาพในการประกอบกิจการตามที่ได้กล่าวถึงในข้อ 2.2.1.2 ประกอบกับพัฒนาการและความเป็นมาของบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตที่เคยบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ควบคู่กับเสรีภาพในการประกอบกิจการ อันได้แก่ มาตรา 48 เบญจ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้น แม้มาตรา 40 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะบัญญัติเพียงว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ” เสรีภาพในการประกอบกิจการก็ได้รับการรับรองโดยปริยายผ่านบทบัญญัตินี้ด้วยเช่นกัน

อนึ่ง นอกเหนือจากเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพที่มีความเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ และกำหนดแนวนโยบายแห่งรัฐที่เกี่ยวข้องกับระบบเศรษฐกิจ ซึ่งส่งผลเป็นการส่งเสริมสนับสนุนเสรีภาพในการประกอบกิจการ โดยอธิบายเพิ่มเติมได้ดังนี้

(1) สิทธิในทรัพย์สิน (มาตรา 37) การรับรองให้บุคคลที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยชอบได้รับความคุ้มครองการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง และสิทธิอื่น ๆ ในการใช้สอยหรือ

<sup>191</sup> คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ โดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ, สรุปหลักการสำคัญ ร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น, หน้า 2 Online: [https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/download/article/article\\_20160202173909.pdf](https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/download/article/article_20160202173909.pdf) เข้าถึงเมื่อ 18 พฤษภาคม 2562.

จำหน่ายจ่ายโอนนั้น ถือเป็น การรับรองให้บุคคลผู้มีสิทธิในทรัพย์สินสามารถดำเนินการเกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินนั้นได้อย่างเสรี ซึ่งรวมถึงการประกอบกิจการด้วย เช่น การนำทรัพย์สินมาจำหน่ายจ่ายโอน หรือการใช้เครื่องจักรเป็นเครื่องมือในการประกอบกิจการ เป็นต้น

**(2) เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหกรณ์ สหภาพ องค์กร ชุมชน หรือหมู่คณะอื่น (มาตรา 42)** เมื่อพิจารณาส่วนที่ได้กล่าวถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการ ทั้งที่ปรากฏในแนวคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ และในแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการทั้งของต่างประเทศและของไทย สามารถวิเคราะห์หนึ่งในลักษณะเด่นของเสรีภาพในการประกอบกิจการได้คือ ผู้ที่มีเสรีภาพหรือผู้ทรงสิทธิเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล จึงกล่าวได้ว่า การเข้าร่วมกันเป็นกลุ่มเพื่อดำเนินกิจการ หรือที่เรียกว่า องค์กรธุรกิจ นั้น เป็นส่วนเริ่มต้นของการประกอบกิจการ ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะเลือกว่าจะดำเนินธุรกิจโดยองค์กรธุรกิจในรูปแบบใด เช่น คณะบุคคล ห้างหุ้นส่วน หรือบริษัท เป็นต้น ดังนั้น การรับรองเสรีภาพในการรวมกลุ่มตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงเป็นการรับรองส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วย

**(3) หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐที่เกี่ยวข้องกับระบบเศรษฐกิจ** แม้ไม่มีการบัญญัติถึงลักษณะทางเศรษฐกิจไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นเสรี แต่ในส่วนที่กำหนดให้รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจที่จัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจ และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชน อีกทั้งหลักการที่ว่ารัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชนนั้น เป็นส่วนหนึ่งที่สนับสนุนให้เกิดเสรีภาพในทางเศรษฐกิจซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการ ทั้งนี้ พิจารณาต่อไปได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงบทบาทของรัฐในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจในลักษณะการสนับสนุนเชิงบวก เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและคุ้มครองผู้ที่ไม่สามารถเข้าถึงโอกาสทางเศรษฐกิจอย่างเท่าเทียม ซึ่งลักษณะดังกล่าวอาจเรียกได้ว่าเป็นแนวคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมใหม่

ทั้งนี้ การที่รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ก่อให้เกิดหน้าที่ของรัฐในการอำนวยความสะดวกให้บุคคลผู้ทรงสิทธิเสรีภาพนั้นได้รับหรือได้ใช้ประโยชน์สิทธิเสรีภาพตามที่ตนมี ซึ่งพิจารณาได้เป็น **หน้าที่กระทำการ** กล่าวคือ รัฐมีหน้าที่ในการส่งเสริมสนับสนุนให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลเกิดขึ้นจริง ในกรณีนี้ถือว่าบุคคลมีสิทธิในทางรับ (Positive right) ซึ่งสามารถเรียกร้องบังคับให้รัฐจัดหาหรือกระทำการได้ ยกตัวอย่างเช่น หน้าที่ของรัฐในฐานะผู้สนับสนุนหรือผู้บริการ (The State as Provider) โดยรัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการและสวัสดิการขั้นต่ำให้แก่ประชาชน ทั้งนี้เพื่อรักษามาตรฐานการดำรงชีพของประชาชนอันเป็นพื้นฐานสำคัญของการใช้สิทธิเสรีภาพต่าง ๆ เช่น การจัดให้มีสถานศึกษาที่มีคุณภาพอย่างเพียงพอเพื่อให้บุคคลสามารถใช้สิทธิในการได้รับการศึกษา และหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้ควบคุมเศรษฐกิจ (The State as Regulator) โดยรัฐมีหน้าที่ควบคุมดูแลระบบเศรษฐกิจของรัฐตามแนวนโยบายแห่งรัฐ เช่น การวางกฎเกณฑ์เพื่อสร้างมาตรฐานในการดำเนินกิจการ การควบคุมให้

เอกชนปฏิบัติตามบทบัญญัติหรือระเบียบ และการส่งเสริมช่วยเหลือการประกอบกิจการของเอกชน<sup>192</sup> หรือกรณีที่รัฐรับรองสิทธิเสรีภาพในการเลือกตั้งแก่ประชาชน รัฐจึงมีหน้าที่ในการจัดให้มีการเลือกตั้ง และอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนผู้มาเลือกตั้ง<sup>193</sup> เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐยังมี **หน้าที่ดเว้นกระทำการ** ซึ่งมีหลักคิดพื้นฐานจากการมีสิทธิเสรีภาพของบุคคลอันก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลอื่นแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพของตน หรือสิทธิในทางปฏิเสธ (Negative right) ซึ่งรวมการเรียกร้องให้ไม่เกิดการแทรกแซงของรัฐ และการเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>194</sup> ยกตัวอย่างเช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ก่อให้เกิดหน้าที่ของรัฐในการไม่แทรกแซงขัดขวางการใช้เสรีภาพดังกล่าว สำหรับเสรีภาพในการประกอบกิจการนั้น เป็นกรณีที่บุคคลมีอิสระเสรีในการตัดสินใจหรือกระทำการในการประกอบกิจการของตน อันจะก่อให้เกิดหน้าที่ของรัฐในการงดเว้นการเข้าแทรกแซงเช่นกัน<sup>195</sup>

การรับรองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวโดยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดนั้นส่งผลผูกพันถึงองค์กรของรัฐผู้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ดังหลักการที่เคยปรากฏในมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นอกจากนี้ บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 25 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

จากการศึกษาการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยข้างต้น สามารถสรุปการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ดังนี้

- (1) เสรีภาพในการประกอบกิจการ**มิได้รับการรับรองโดยชัดแจ้ง**จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
- (2) เสรีภาพในการประกอบกิจการยังคง**ได้รับการรับรองโดยปริยาย** โดยผ่านบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ
- (3) จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบ

<sup>192</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549) หน้า 126-128.

<sup>193</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), หน้า 35.

<sup>194</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 58.

<sup>195</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์, 2530) หน้า 641.

กิจการในประเทศไทยพบว่า ศาลมีบทบาทที่สำคัญในการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการ ทั้งทางตรงและทางอ้อม ซึ่งจะได้กล่าวถึงคำพิพากษาและคำวินิจฉัยข้างต้นต่อไปในหัวข้อ 4.2.3 ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่เสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการรับรองโดยคำพิพากษา

#### 4.2.2 การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ภายใต้หลักนิติรัฐ รัฐมีหน้าที่หรือข้อผูกพันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นในการอ้างความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ รัฐต้องคำนึงถึงหน้าที่หรือข้อผูกพันดังกล่าวอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ ในขณะที่รัฐสามารถตรากฎหมายจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยเหตุผลและความจำเป็นของรัฐ แต่รัฐเองมีหน้าที่ต้องไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ด้วย<sup>196</sup> ทั้งนี้ หากกรณีไม่เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเปิดช่องให้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพได้แล้ว ย่อมไม่อาจมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพใด ๆ ขึ้นได้เลย<sup>197</sup> อันเป็นการยึดถือรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นการเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในคราวเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ภายใต้อำนาจในการดำเนินภารกิจของรัฐ รัฐจึงมีความจำเป็นต้องใช้อำนาจในการจัดการให้บรรลุซึ่งหน้าที่ของรัฐดังกล่าว ซึ่งการใช้อำนาจของรัฐนั้นมักมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง ทั้งนี้ ภายใต้หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามหลักนิติรัฐ การกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในเชิงลบหรือการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น ต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมายและกระทำเพียงเท่าที่จำเป็น

ในการศึกษาเรื่องการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในส่วนนี้ สามารถแบ่งหลักการที่ต้องคำนึงถึงได้เป็น 2 ส่วนคือ หลักการทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ และหลักการเฉพาะในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ

**หลักการทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ** เป็นหลักการสำคัญที่ต้องคำนึงถึงในการจำกัดสิทธิเสรีภาพใด ๆ ของบุคคล หลักการทั่วไปนี้จึงเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยประกอบด้วยหลักการย่อย ดังต่อไปนี้

(ก) **ต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย**<sup>198</sup> เนื่องด้วยกฎหมายเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ และเป็นเครื่องมือที่แสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของคนในสังคม

<sup>196</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, หน้า 32-33.

<sup>197</sup> เขาวนระ ไตรมาศ, “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญกับข้อคิดเห็นบางประการในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน,” รวมบทความวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 5 เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน” (เมษายน 2549):, หน้า 55.

<sup>198</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) หน้า 49-50

ผ่านกระบวนการตรากฎหมายและการพิจารณาโดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติจึงเป็นหลักประกันว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมและเกิดจากความยินยอมของราษฎรในรัฐนั้น ๆ ผ่านผู้แทนของตน อันเป็นการนำหลักประชาธิปไตยมายึดโยงกับหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่ของรูปแบบ คือ ผู้ตราต้องมีอำนาจในการตราและมีการดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนด<sup>199</sup>

**(ข) การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด** โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเพื่อเหตุที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้ ‘การ’ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดนี้หมายถึง สิ่งหนึ่งสิ่งใดที่รัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายจะส่งเสริมหรือคุ้มครองป้องกัน หรือคุณค่าที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองป้องกัน อันเป็นคุณค่าในทางอุดมคติที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติ ทั้งนี้ ภาษาเยอรมันเรียกคุณค่าดังกล่าวว่า Rechtsgut ซึ่งมีผู้บัญญัติศัพท์เป็นภาษาไทยว่า นิติสมบัติ<sup>200</sup> หรือคุณธรรมทางกฎหมาย<sup>201</sup>

นอกจากนี้ ในด้านของรูปแบบกฎหมาย คณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นผู้ที่มีบทบาทในการร่างกฎหมายและให้ความเห็นทางกฎหมายของประเทศไทย ได้ให้ความสำคัญกับหลักการในการจำกัดสิทธิเสรีภาพข้างต้น จึงได้วางแนวทางในการอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล หรือที่เรียกว่า บทจำกัดสิทธิ ไว้ตอนต้นในส่วนของคำปรารภของพระราชบัญญัติ<sup>202</sup>

**(ค) การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องไม่กระทบแก่น (core) หรือสาระสำคัญของสิทธิ** ในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจทำให้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพได้<sup>203</sup> หลักการดังกล่าวปรากฏในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพ “จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

<sup>199</sup>บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, รายงานการวิจัยเรื่อง “หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”, หน้า 192-197.

<sup>200</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมาย กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, หน้า 29.

<sup>201</sup> คณิต ฒ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559) หน้า 211

<sup>202</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา บันทึกเรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>203</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “สิทธิและเสรีภาพของประชาชน: “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2, มิถุนายน 2543, หน้า 183.

นั้นมิได้” แม้ไม่ปรากฏถ้อยคำดังกล่าวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่หลักการดังกล่าวยังคงมีอยู่ผ่านหลักนิติธรรมในส่วนที่ว่ากฎหมายจะต้องมีสาระหรือเนื้อหาเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>204</sup>

(ง) การจำกัดสิทธิเสรีภาพกระทำได้ที่จำเป็น เป็นตามหลักความได้สัดส่วน หลักความได้สัดส่วนนี้เป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากับบทบัญญัติอื่นของรัฐธรรมนูญ<sup>205</sup> มีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐมิให้เป็นไปโดยอำเภอใจอันถือเป็นหลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นในการตรากฎหมายอันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล องค์กฤษฎีกาบัญญัติจึงถูกเรียกร้องให้กระทำเท่าที่จำเป็นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ซึ่งสรุปหลักเกณฑ์ในการพิจารณาได้ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ต้องมีความเหมาะสม สามารถบรรลุวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายนั้นได้ ต้องมีความจำเป็นคือไม่สามารถเลือกมาตรการอื่นใดที่รุนแรงน้อยกว่านั้นที่จะทำได้ และต้องมีความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ<sup>206</sup> ทั้งนี้หลักการดังกล่าวปรากฏในรัฐธรรมนูญไทยครั้งแรกในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่กำหนดให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพ “เท่าที่จำเป็น” และปรากฏถ้อยคำเดียวกันในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ใช้ถ้อยคำว่า **“ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ”**

หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งกำหนดเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลแล้ว กล่าวได้ว่ามาตราดังกล่าววางหลักการเป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และ (2) กรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ โดยกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพข้างต้นต้องมีการระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ด้วย และต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง

<sup>204</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักนิติธรรม ในฐานะ เกณฑ์ ตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐ” เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 9-10.

<sup>205</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 181.

<sup>206</sup> บุญศรี มีวงศ์โฆษ, รายงานการวิจัยเรื่อง “หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”, หน้า 193.

หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

ในส่วนที่กำหนดให้ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น เป็นบทบัญญัติที่แตกต่างไปจากเคยปรากฏอยู่เดิม กล่าวคือ การระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพในการตรากฎหมายนั้นมีขึ้นครั้งแรกในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งกำหนดให้ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ กรณีดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งกำหนดว่ากฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวปรากฏในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่เปลี่ยนแปลงไปนี้ เป็นเงื่อนไขที่ละเอียดลึกซึ้งกว่าการระบุเพียงเลขมาตราของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจเท่านั้น โดยการพิจารณาถึงเหตุผลความจำเป็นจะทำให้ผู้ร่างกฎหมายที่ใช้อำนาจไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนตระหนักถึงการตรากฎหมายดังกล่าว อีกทั้งยังทำให้เกิดความชัดเจนและทำให้ประชาชนผู้อยู่ใต้บังคับกฎหมายทราบถึงเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพของตนที่จะถูกจำกัด อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งวางหลักว่า รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นอีกด้วย

นอกเหนือจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยหลักกฎหมายข้างต้นแล้ว การใช้สิทธิเสรีภาพยังมีขอบเขตตามเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพนั่นเอง ซึ่งอาจถูกจำกัดได้เพื่อการคุ้มครองสังคมและสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น เนื่องจากการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างเต็มที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบสุขของสังคม จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดกรอบการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลเพื่อคุ้มครองสังคมและสมาชิกอื่นในสังคม ซึ่งรวมถึงศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ทั้งนี้การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องมีที่มาจากองค์กรตัวแทนของประชาชนเพื่อให้เกิดความชอบตามครรลองการปกครองในระบอบประชาธิปไตย<sup>207</sup>

อนึ่ง ในกรณีของการกำหนดรองรับกรณีรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเงื่อนไขไว้นั้น เป็นการสร้างหลักประกันว่ากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล อย่างน้อยที่สุดจะต้องสอดคล้องกับหลักการสากล เช่น หลักนิติธรรม และหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า ในกรณีของสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเงื่อนไขของการจำกัดไว้ การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว นอกจากจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขนั้นแล้ว ยังต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรม หลักความได้สัดส่วน และหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในฐานะ

<sup>207</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, หน้า 32-33.

หลักกฎหมายทั่วไปด้วยเช่นกัน

**หลักการเฉพาะในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ** เนื่องด้วยสิทธิเสรีภาพแต่ละอย่างมีความเฉพาะตัว ทำให้ในการพิจารณาเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพเหล่านั้นจำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักการเฉพาะที่รัฐธรรมนูญได้วางหลักการไว้สำหรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น ๆ ด้วย ทั้งนี้ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะแล้ว การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกรณีนี้ต้องอยู่ในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น<sup>208</sup> เมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เคยบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้ จะพบว่าได้มีการกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วยเช่นกัน ซึ่งปรากฏตามบทบัญญัติดังต่อไปนี้

(1) มาตรา 48 เบญจ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 กำหนดว่า การจำกัดสิทธิของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ จะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือการขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

(2) มาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 43 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีการกำหนดเหมือนกันว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

เมื่อพิจารณาถึงการรับรอง การคุ้มครอง และการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลแล้ว กล่าวได้ว่า การรับรองเป็นเรื่องการให้คุณค่าแก่สิทธิเสรีภาพ การคุ้มครองเป็นหน้าที่หรือภารกิจของรัฐที่ต้องกระทำ และการจำกัดสิทธิเสรีภาพเป็นข้อยกเว้นซึ่งจะทำได้เฉพาะภายใต้กรอบหรือเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ และเป็นไปตามหลักการทางกฎหมายที่กล่าวมาเท่านั้น

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น แม้จะไม่มีมีการ

<sup>208</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 64-65.



กำหนดเหตุในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้เป็นการเฉพาะ แต่มาตรา 40 วรรคสองและวรรคสามได้กำหนดเงื่อนไขและเหตุในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ ซึ่งถือว่าเป็นหลักการเฉพาะในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ การจำกัดเสรีภาพต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยมีเหตุผลเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ทั้งนี้ ในการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา

นอกจากหลักการทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพและหลักการเฉพาะในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้สร้างมาตรการสำคัญที่เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการดำรงชีวิตและการประกอบอาชีพของบุคคล ซึ่งเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปกระบวนการตรากฎหมายในมาตรา 77 โดยมีบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา 77 รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่น่าจำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

จากบทบัญญัติข้างต้นปรากฏมาตรการที่สำคัญ 4 ประการ<sup>209</sup> ซึ่งในการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับหรือมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการต้องคำนึงถึงมาตรการดังกล่าวด้วย ได้แก่ (1) มาตรการทั่วไป คือ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และการยกเลิกหรือปรับปรุง

<sup>209</sup> กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือเบื้องต้นเกี่ยวกับการดำเนินการตาม มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, มิถุนายน 2560

กฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน และการดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายได้โดยสะดวกและเข้าใจกฎหมายได้ง่าย (2) **มาตรการก่อนการตรากฎหมาย** คือ ก่อนการตรากฎหมาย รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย และเปิดเผยผลต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน (3) **มาตรการภายหลังกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว** คือ รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยจะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง และ (4) **มาตรการควบคุมเนื้อหาของร่างกฎหมาย** คือ ควบคุมการใช้ระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ รวมถึงการกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาขยายความและกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ไว้ในพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ซึ่งในประเด็นของการประกอบอาชีพของบุคคลนั้น ได้ปรากฏกระจายอยู่ในบทบัญญัติต่าง ๆ เช่น หลักการสำคัญตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่กำหนดว่า “หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชน” และมีการกำหนดในมาตรา 14 ให้การรับฟังความคิดเห็นของร่างกฎหมาย ต้องมีข้อมูลประกอบการรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับบุคคลซึ่งได้รับหรืออาจได้รับผลกระทบ และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายในด้านการดำรงชีวิต การประกอบอาชีพ หรือผลกระทบในทางเศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อม ซึ่งผลที่ได้จากการรับฟังความคิดเห็น ที่เกี่ยวกับภาระหรืออุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน อันเนื่องมาจากการมีกฎหมายนั้น จะถูกนำมาวิเคราะห์ผลกระทบและจัดทำรายงานต่อไปตามมาตรา 17 รวมถึงการที่หน่วยงานของรัฐต้องตรวจสอบเพื่อยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชน ตามมาตรา 21 (4) เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป เมื่อเสรีภาพในการประกอบกิจการถือเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะจึงต้องนำมาใช้กับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 40 วรรคสอง และวรรคสาม และมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

### 4.2.3 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการในประเทศไทย

ภายใต้หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจนั้น ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยพิพาทอารรถคดี<sup>210</sup> ระบบศาลของไทยตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา มีการแยกศาลที่พิจารณาคดีปกครองหรือศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรมทั่วไป ซึ่งในเดือนตุลาคม 2542 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ประกาศลงราชกิจจานุเบกษา ส่งผลให้ประเทศไทยเป็นระบบศาลคู่อย่างสมบูรณ์แบบ นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีศาลที่พิจารณาเรื่องเป็นเฉพาะอย่างศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย กฎหมาย และการกระทำ ซึ่งอาจเรียกโดยรวมว่า “คดีรัฐธรรมนูญ”<sup>211</sup> และศาลทหารที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับทหาร<sup>212</sup> อีกด้วย ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดโครงสร้างระบบศาลไว้ใน หมวด 10 โดยแบ่งศาลออกเป็น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร และในหมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ อนึ่ง เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยองค์กรตุลาการของไทย ในส่วนนี้จะได้นำเสนอแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการที่สำคัญ 3 องค์กร ได้แก่ ศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด และศาลรัฐธรรมนูญ

#### 4.2.3.1 แนวคำพิพากษาของศาลฎีกา

ก่อนปี 2540 ซึ่งเป็นช่วงก่อนการจัดตั้งศาลปกครอง อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยพิพาทอารรถคดีซึ่งรวมถึงข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองนั้น เป็นของศาลยุติธรรม เป็นเหตุให้ในช่วงเวลาดังกล่าว ศาลฎีกาในฐานะศาลสูงสุดมีบทบาทในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคลจากการใช้อำนาจของรัฐ สำหรับกรณีภายหลังที่มีศาลปกครอง ศาลฎีกายังคงดำเนินบทบาทในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคลอยู่ผ่านการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชน ปรากฏตามตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา ดังต่อไปนี้

(1) คดีซื้อขายสินค้าล่วงหน้า (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2383/2526) โจทก์ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและเล่นแชร์ต่อกรมทะเบียนการค้าซึ่งเป็นจำเลย แต่จำเลยไม่ยอมรับจดทะเบียนให้ โดยอ้างว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์สั่งให้รอการจดทะเบียนไว้ก่อนจนกว่าจะมีกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจประเภท

<sup>210</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 25-26.

<sup>211</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ พิมพ์ครั้งที่ 1, กรกฎาคม 2561 หน้า 1.

<sup>212</sup> “ร้อยปีกรมพระธรรมนูญ” วารสารพระธรรมนูญฉบับพิเศษ 100 ปี กรมพระธรรมนูญ

ดังกล่าว ศาลฎีกาพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่โจทก์มีความประสงค์ที่จะจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบกิจการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและการเล่นแชร์เป็นการประกอบอาชีพหรือจัดการทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งทุกคนมีสิทธิเสรีภาพที่จะกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น เมื่อโจทก์ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทโดยวัตถุประสงค์ของบริษัทมิได้เป็นการต้องห้ามหรือถูกควบคุมโดยกฎหมาย จำเลยจึงมีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาว่าคำขอครบถ้วนถูกต้องตามหลักเกณฑ์หรือไม่ การที่จำเลยปฏิเสธคำขอดังกล่าวนั้นจึงเป็นการตัดสิทธิเสรีภาพของโจทก์โดยไม่มีกฎหมายสนับสนุนให้กระทำได้

(2) คดีข้อตกลงห้ามทำการแข่งขัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2548/2533) คดีนี้

ศาลฎีกาพิจารณาข้อพิพาทในประเด็นการกำหนดข้อตกลงระหว่างนายจ้างและลูกจ้างว่า ภายในกำหนดเวลา 24 เดือน นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุด ลูกจ้างจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือดำเนินการเกี่ยวกับการพัฒนา ทำ ผลิต หรือจำหน่าย ซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับบริษัทนายจ้างซึ่งตนเคยมีส่วนเกี่ยวข้องในระหว่างที่ทำงาน โดยศาลฎีกาพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อตกลงดังกล่าวมิได้เป็นการห้ามกระทำอย่างเด็ดขาด จำเลยอาจกระทำเมื่อได้รับความยินยอมจากโจทก์ และเฉพาะส่วนของงานเท่าที่เคยทำ อีกทั้งกำหนดเวลาที่ห้ามไว้ก็เพียง 24 เดือนนับแต่จำเลยพ้นจากการเป็นลูกจ้างโจทก์เท่านั้น จึงไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพทั้งหมด เพียงแต่เป็นการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างที่เป็นการแข่งขันกับโจทก์ในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น และกำหนดไว้ไม่นานเกินสมควร เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสิทธิและประโยชน์ของคู่กรณีที่เป็นไปโดยชอบในเชิงของการประกอบธุรกิจ ไม่เป็นการปิดการทำมาหาได้ของฝ่ายใดโดยเด็ดขาดจนไม่อาจดำรงอยู่ได้ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มีผลใช้บังคับกันได้ ไม่เป็นโมฆะ

ต่อมาเมื่อคดีในประเด็นคล้ายคลึงกันขึ้นสู่ศาลเรื่อยมา โดยศาลจะพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้เป็นอดีตลูกจ้างกับความเสียหายที่อาจเกิดกับอดีตนายจ้าง ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10971/2555 ศาลฎีกาพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อคำนึงถึงทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของโจทก์และจำเลยแล้ว หนังสือสัญญาซึ่งกำหนดห้ามโจทก์ไม่ให้ไปทำงานในบริษัทคู่แข่ง บริษัทที่ประกอบกิจการประเภทเดียวกันกับจำเลย หรือบริษัทในเครือในลักษณะที่จะสามารถแข่งขันกับจำเลย เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 11 เดือน นับจากวันที่โจทก์พ้นสภาพการเป็นพนักงานของจำเลยนั้น เป็นเพียงการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพของโจทก์ในการแข่งขันกับจำเลย มิได้ทำให้โจทก์ผู้ถูกจำกัดสิทธิต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงใช้บังคับได้

อนึ่ง จากคำพิพากษาทั้งสองข้างต้นมีข้อสังเกตว่า การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่กำหนดห้ามอดีตลูกจ้างไม่ให้ดำเนินการเป็นการแข่งขันกับนายจ้างเดิมสามารถกระทำได้นั้น มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของอดีตลูกจ้าง ในขณะที่เดียวกัน ก็มีผลเป็นการคุ้มครองการ

ประกอบธุรกิจของนายจ้างเช่นกัน จึงกล่าวได้ว่า มาตรการหนึ่ง ๆ อาจมีผลได้ในหลายทาง การเลือกใช้ มาตรการที่มีผลเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลข้างต้น จึงต้องคำนึงให้รอบด้านและชั่งน้ำหนัก ให้ได้สัดส่วนกันระหว่างสิทธิเสรีภาพที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้มาตรการด้วย

### (3) คดีสถานบริการนวดแผนโบราณ (คำพิพากษาฎีกาที่ 87/2534) คดีนี้

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์เป็นประชาชนชาวไทย ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มีสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพในราชอาณาจักรไทย โจทก์ยื่นขอตั้งสถานบริการ (นวดแผนโบราณ) เพื่อจำเลยที่ 2 พิจารณาอนุญาตตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ที่แก้ไข แล้ว แต่จำเลยที่ 2 ไม่อนุญาตโดยอ้างว่าจำเลยที่ 1 มีนโยบายไม่อนุญาตให้ตั้งสถานบริการอีก ต่อมา โจทก์อุทธรณ์ต่อจำเลยที่ 1 โดยผ่านปลัดกระทรวงมหาดไทย และโจทก์ได้รับภายหลังว่าจำเลยที่ 1 ยก อุทธรณ์ของโจทก์ จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 ได้โต้แย้งสิทธิของโจทก์มีอยู่ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพราะนโยบายของจำเลยที่ 1 ไม่ใช่กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิของโจทก์ได้ ฉะนั้นที่จำเลยที่ 1 ยกอุทธรณ์ ของโจทก์และจำเลยที่ 2 ไม่อนุญาตให้โจทก์ตั้งสถานบริการนั้น เป็นคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขัด กฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นการละเมิดต่อโจทก์จึงขอให้พิพากษาว่าคำสั่งของจำเลยทั้งสองไม่ชอบด้วย กฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับต่อโจทก์ ให้จำเลยที่ 2 มีคำสั่งอนุญาตให้โจทก์ตั้ง สถานบริการ (นวดแผนโบราณ) ตามคำขอ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่ศาลล่างทั้งสองพิพากษายกฟ้อง โจทก์โดยพิจารณาจากคำฟ้องของโจทก์นั้น

ศาลฎีกาพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา 4 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติ สถานบริการฯ กำหนดให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่และปลัดกระทรวงมหาดไทยใช้ดุลพินิจพิจารณา อนุญาตให้ตั้งสถานบริการประเภทสถานอาบน้ำ นวด หรืออบตัวซึ่งมีหญิงบริการแก่ลูกค้าชายหรือไม่ก็ได้ การที่บุคคลดังกล่าวใช้ดุลพินิจไม่อนุญาตให้โจทก์ตั้งสถานบริการนวดแผนโบราณโดยยึดถือนโยบายของ กระทรวงมหาดไทย ย่อมเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 คำฟ้องของโจทก์มิได้กล่าวว่า พนักงานเจ้าหน้าที่และปลัดกระทรวงมหาดไทยใช้ ดุลพินิจพิจารณาไม่อนุญาตโดยไม่สุจริต หรือขัดต่อพยานหลักฐาน หรือฝ่าฝืนพระราชบัญญัติสถาน บริการฯ ประการใด บุคคลดังกล่าวจึงมิได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ ศาลชอบที่จะพิพากษายกฟ้องโจทก์ โดยพิจารณาจากคำฟ้องได้ พิพากษายืน

อนึ่ง คำพิพากษายกฟ้องข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ก่อนการบัญญัติรับรองเสรีภาพใน การประกอบกิจการอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีการฟ้องร้องคดีเนื่องจากการใช้ อำนาจรัฐในการจำกัดการตั้งสถานบริการ โดยอ้างถึงเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ แม้ว่าศาลในคดีนี้จะพิจารณาว่าเสรีภาพดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้ เนื่องจากการใช้ ดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่และปลัดกระทรวงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตามที

**(4) คดีการระงับข้อพิพาทแรงงาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 5212/2548) คดีนี้**

เกิดจากข้อพิพาทแรงงานที่ตกลงกันไม่ได้นำมาสู่การวินิจฉัยอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ โดยศาลฎีกาพิจารณาหนึ่งในประเด็นพิพาทว่า การที่คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์และจำเลยวินิจฉัยให้โจทก์ขึ้นเงินเดือนประจำปีแก่ลูกจ้างไม่น้อยกว่าร้อยละ 5 ในกรณีที่โจทก์มีผลประกอบการตามงบดุลกำไรมากกว่า 20,000,000 บาทนั้น เป็นการพิจารณาและวินิจฉัยเพื่อระงับข้อพิพาทแรงงานตามที่ตกลงกันไม่ได้ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดในกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการขัดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการแข่งขันกันโดยเสรีและเป็นธรรม และมีใช่เป็นการแทรกแซงการประกอบกิจการของโจทก์

**(5) คดีไม่ให้ปิดกุญแจโรงงาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 4737/2554) ตามที่**

มาตรา 52 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยอันตราย พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ว่า ผู้ผลิต ผู้นำเข้า ผู้ส่งออก หรือผู้มีไว้ในครอบครองซึ่งวัตถุอันตราย ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นระงับการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือแก้ไข หรือปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องได้ ในกรณีนี้หากเป็นกรณีมีเหตุอันสมควรพนักงานเจ้าหน้าที่จะอนุญาตให้ผู้นั้นส่งออกไปซึ่งวัตถุอันตรายนั้น เพื่อคืนให้แก่ผู้ผลิตหรือผู้จัดส่งวัตถุอันตรายนั้นมาให้ หรือเพื่อการอื่นตามความเหมาะสมก็ได้ โดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนด...” ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติว่าด้วยอันตรายฯ ระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไข หรือปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย แม้จะให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจดำเนินการอย่างอื่นตามความเหมาะสมได้ แต่ก็ต้องเป็นการกระทำเพียงเพื่อประโยชน์ในการเข้าตรวจสอบสถานที่ประกอบการเกี่ยวกับวัตถุอันตราย การตรวจ ค้น กัก ยึดหรือตรวจสอบวัตถุอันตรายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยอันตรายฯ มาตรา 54 (1) (2) (3) มิได้ให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ของจำเลยทั้งสองใส่กุญแจปิดโรงงานของโจทก์ได้ แม้พนักงานเจ้าหน้าที่ของจำเลยทั้งสองจะได้กระทำการดังกล่าวโดยมีเจตนาเพื่อปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แต่บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของเจ้าของทรัพย์สิน จึงต้องแปลความโดยเคร่งครัด กรณีจึงไม่อาจนำคำว่า “ระงับ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ซึ่งมีความหมายว่า “ยับยั้งไว้ ทำให้สงบ” มาขยายความให้หมายรวมถึงการใส่กุญแจปิดโรงงานดังที่จำเลยทั้งสองฎีกาโต้แย้งได้ การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ของจำเลยทั้งสองใส่กุญแจปิดโรงงานของโจทก์จึงเป็นการกระทำเกินขอบเขตอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์

**(6) คดีสัญญาไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาฎีกาที่ 16694/2555) ข้อพิพาท**

ในคดีนี้เกิดจากโจทก์ซึ่งเป็นมหาวิทยาลัยจ้างให้จำเลยซึ่งเป็นนักศึกษาทราบภายหลังเข้าเป็นนักศึกษาแล้วถึง 3 ปี ว่าจำเลยต้องทำสัญญาผูกพันการเข้าปฏิบัติงานและสัญญาค้าประกันกับโจทก์ ทำให้

จำเลยตกอยู่ในฐานะเสียเปรียบโดยจำยอมต้องเข้าทำสัญญา มิฉะนั้นอาจเป็นผลต่อการสำเร็จการศึกษา อีกทั้งสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาสำเร็จรูป มีการพิมพ์ข้อความกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า โดยมีใจความโดยสรุปว่า เมื่อจำเลยสำเร็จการศึกษาแล้วจะต้องปฏิบัติงานตามที่โจทก์จัดการหรือกำหนดให้ เป็นเวลา 3 ปี หากจำเลยไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา ยินยอมชดใช้เงินจำนวน 400,000 บาท ให้แก่โจทก์ ข้อตกลงดังกล่าวจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานของจำเลย ให้ต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ โดยต้องปฏิบัติงานตามที่โจทก์เป็นผู้กำหนดหรือจัดหาให้เท่านั้น ซึ่งแม้มีกำหนดเวลาเพียง 3 ปี และมีค่าตอบแทนให้ แต่ทำให้จำเลยไม่อาจเลือกได้เอง จึงถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

(7) คดีสนามกอล์ฟ (คำพิพากษาฎีกาที่ 14701/2557) เมื่อศาลพิจารณาคำฟ้องขอเพิกถอนสัญญาซื้อขายที่ดินและข้อกฎหมายแล้วเห็นว่า การที่โจทก์ติดต่อจำเลยเพื่อให้จำเลยติดตั้งแผงตาข่ายป้องกันลูกกอล์ฟร่วงหล่นออกนอกสนามด้านที่ติดกับที่ดินโจทก์โดยมีหลังคาคลุมหลายครั้งแต่จำเลยปฏิเสธคำฟ้องของโจทก์ดังกล่าวจึงเป็นการฟ้องในฐานะที่โจทก์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ผู้ครอบครองที่ดินถูกรบกวนการครอบครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการกล่าวอ้างว่าจำเลยใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควร การที่จำเลยอุทธรณ์ว่า ศาลอุทธรณ์ภาค 4 ให้จำเลยออกกระเปาะแยกบุคคลที่มาใช้บริการสนามกอล์ฟของจำเลยห้ามมิให้ใช้ไม้กอล์ฟที่มีประสิทธิภาพดีไกล เช่น หัวไม้ 1 หรือการห้ามมิให้ตั้งที่สูงเกิน 45 มิลลิเมตร ที่บริเวณชั้น 1 และกำหนดเวลาเปิดให้บริการตั้งแต่ 8.00 ถึง 20.30 นาฬิกา เป็นการจำกัดสิทธิพื้นฐานในการประกอบอาชีพของจำเลยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นการบังคับบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่ความและสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้กระทำได้ ศาลฎีกาพิจารณาแล้ว เห็นว่า มาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน การใช้เสรีภาพตามมาตรา 43 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมนั้น จึงต้องไม่ให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ทั้งต้องเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพภายใต้กฎหมายเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 4 ดังกล่าวเป็นการคุ้มครองสิทธิของโจทก์ตามมาตรา 421 มาตรา 1337 และมาตรา 1374 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อระงับยับยั้งมิให้การใช้สิทธิของจำเลยก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ ไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตามที่จำเลยฎีกาแต่อย่างใด ส่วนที่จำเลยฎีกาว่าคำพิพากษาดังกล่าวเป็นการบังคับบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่ความ และสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง

กระทำได้นั้น เห็นว่า คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 4 ดังกล่าวเป็นการพิพากษาบังคับให้จำเลย ในฐานะผู้ประกอบการกิจการสนามฝึกซ้อมกอล์ฟโดยตรงให้กระทำการและเป็นผู้ออกระเบียบ มิใช่เป็นการบังคับบุคคลภายนอกซึ่งสภาพแห่งนี้เปิดช่องให้กระทำได้ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 4 พิพากษามานั้น ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น พิพากษายืน

#### 4.2.3.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองมีบทบาทเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองในรูปแบบของศาล ที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง หรือข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน อันเกิดจากการกระทำทางปกครองและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครอง<sup>213</sup> ทั้งนี้ จากการศึกษา**แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด**ไทยที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น มีแนวโน้มการวินิจฉัยในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐอันมีผลเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือเสรีภาพอื่นที่เกี่ยวข้องนั้น สามารถกระทำได้ภายใต้หลักการจำกัดเสรีภาพตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อก่อน อันเป็นการยืนยันว่าเสรีภาพดังกล่าวได้รับการรับรองแบบสัมพัทธ์ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

(1) **คดีมีคฤเทศก์ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ. 15/2545)** คดีนี้ สหภาพแรงงานมีคฤเทศก์อาชีพแห่งประเทศไทยฟ้องให้ศาลปกครองพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อ 11 ทวิ ของกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมีคฤเทศก์ พ.ศ. 2535 ซึ่งกำหนดให้มัคคุเทศก์ผู้มีใบอนุญาตต้องเข้ารับการฝึกอบรมตามหลักสูตร ระยะเวลา และในสถานฝึกอบรมที่คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมีคฤเทศก์กำหนด หากฝ่าฝืน นายทะเบียนอาจพักใช้และเพิกถอนใบอนุญาต และอาจถูกปรับเป็นเงิน 5,000 บาท โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพและกระทบกระเทือนสิทธิในการประกอบอาชีพของมัคคุเทศก์

ในประเด็นดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎกระทรวงที่พิพาทมีลักษณะเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพซึ่งวรรคสองของมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญฯ ยินยอมให้กระทำได้ กฎกระทรวงฯ จึงออกโดยไม่เกินขอบอำนาจที่กฎหมายให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี นอกจากนี้ กฎกระทรวงฯ ไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของมัคคุเทศก์จนเกินสมควรอันจะถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ของมาตรการสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ เพื่อการสร้างมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยวและอาชีพมัคคุเทศก์ ซึ่งเป็นเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวฯ และเพื่อปรับปรุงมาตรฐานและเพิ่มคุณภาพของมัคคุเทศก์ ซึ่งเป็นเหตุผลในการออกกฎกระทรวงฯ ทั้งนี้ ไม่เป็นการกระทบ

<sup>213</sup> ฤทัย หงส์สิริ, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545) หน้า 348-349.



สาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ และเป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มีคฤหบดีมีความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ ทั้งยังไม่ขัดต่อหลักคุณประโยชน์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อมคฤหบดีหรือสังคมส่วนรวมกับประโยชน์มหาชน เพราะนอกจากจะเกิดผลดีด้านอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวแล้ว ยังเกิดประโยชน์แก่ผู้ประกอบการอาชีพมคฤหบดีนั้นเองด้วย ในขณะที่ภาระที่เพิ่มขึ้นมีเพียงการต้องเข้าฝึกอบรมโดยเสียค่าใช้จ่ายทุก 2 ปีเท่านั้น มาตรการดังกล่าวจึงชอบแล้ว พินากษายกฟ้อง

**(2) คดีหาบเร่ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 16/2546)** คดีนี้มีที่มาจากกรณีพิพาทระหว่างผู้ค้าด้วยกันเกี่ยวกับสิทธิในการขายของบนที่พิกัดเนื่องจากการจัดระเบียบหาบเร่-แผงลอย ของผู้อำนวยการเขตพระนคร เป็นเหตุให้เกิดการร้องเรียนต่อผู้ว่ากรุงเทพมหานครซึ่งได้มีคำสั่งขาดกรณีพิพาทโดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พุทธศักราช 2457 ถอดถอนชื่อของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ค้าหาบเร่-แผงลอยออกจากบัญชีรายชื่อผู้ค้าและให้หยุดทำการค้าอย่างเด็ดขาด ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งข้างต้น

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วมีความเห็นในส่วนที่เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการว่า กรณีที่มาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญฯ ได้บัญญัติในเรื่องเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมไว้ เสรีภาพดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ฟ้องคดีและผู้ร้องสอดจำหน่ายสินค้าโดยเด็ดขาดและให้เพิกถอนรายชื่อออกจากบัญชีผู้ค้าหาบเร่-แผงลอย ชอบด้วยข้อเท็จจริงและตัวบทกฎหมายแล้ว จึงมีคำพิพากษาให้ยกฟ้องของผู้ฟ้องคดี

**(3) คดีห้ามขยายโรงงาน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ. 33/2553)** คดีนี้มีที่มาจากกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดเขตพื้นที่และมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในท้องที่อำเภอคุรุบุรี อำเภอตะกั่วป่า อำเภอท้ายเหมือง อำเภอทับปุด อำเภอเมืองพังงา อำเภอตะกั่วทุ่ง และอำเภอเกาะยาว จังหวัดพังงา ลงวันที่ 15 มีนาคม 2550 ซึ่งข้อ 4 (1) กำหนดว่า ในพื้นที่ได้มีการกำหนดให้เขตอนุรักษ์และเขตควบคุมอาคาร ห้ามก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเปลี่ยนแปลงการใช้อาคารใด ๆ เป็นอาคารหรือประกอบกิจการ ดังนี้ โรงงานทุกประเภทหรือทุกชนิดตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน เว้นแต่โรงงานประเภทชักออบ รีด โรงงานทำน้ำแข็ง โรงงานทำน้ำดื่ม และโรงงานทำน้ำให้บริสุทธิ์ ที่ใช้เครื่องจักรไม่เกิน 200 แรงม้า และมีพื้นที่อาคารรวมไม่เกิน 300 ตารางเมตร โรงงานปรับคุณภาพของเสียรวมชุมชน โรงงานที่เกี่ยวข้องกับระบบสาธารณสุขโรค และโรงงานที่จำเป็นต้องก่อสร้างทดแทนของเดิมเพื่อปรับปรุงกระบวนการผลิตของโรงงานให้ดีกว่าเดิมและไม่เข้าข่ายขยายโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานแต่

การเพิ่มเครื่องจักรเพื่อแก้ไขปัญหาล้างขวดล้อย่อมให้กระทำได้ ทั้งนี้ ให้ก่อสร้างได้เฉพาะในบริเวณพื้นที่เดิมเท่านั้น และข้อ 11 กำหนดว่า ห้ามมิให้กระทำหรือประกอบกิจกรรมหรือกิจการใดเพิ่มขึ้นหรือนอกเหนือจากที่ได้รับอนุญาตไว้แล้ว ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบเห็นว่า ข้อ 4 (1) และข้อ 11 ของประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบคนซึ่งเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้อง จึงขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขเพิ่มเติมข้อ 11 วรรคหนึ่งและวรรคสาม เพื่อให้ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการโรงงานอยู่ก่อนวันที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับสามารถขยายโรงงานหรือเพิ่มกำลังผลิตได้

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า เจตนารมณ์ในการออกกฎดังกล่าว สืบเนื่องจากบริเวณพื้นที่ตามชายฝั่งทะเลของจังหวัดพังงาได้รับผลกระทบจากการขยายตัวของชุมชนและการพัฒนาต่าง ๆ สภาพปัญหาคุณภาพสิ่งแวดล้อมเข้าขั้นวิกฤต และไม่มีการกำหนดเขตพื้นที่ประกอบการอุตสาหกรรมเพื่อรองรับอุตสาหกรรมและป้องกันผลกระทบจากปัญหาล้างขวดล้อย่อม เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงมีการออกประกาศดังกล่าวโดยบังคับใช้มาตรการเป็นเวลา 5 ปี นับแต่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา และบทบัญญัติดังกล่าวได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 45 ประกอบมาตรา 44 (1) แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะในการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้มีความอุดมสมบูรณ์สามารถใช้ประโยชน์ได้ตลอดไป ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดไว้ นอกจากนี้ มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการการควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อการอุตสาหกรรมเดิม ไม่ให้มีการก่อให้เกิดมลพิษมากขึ้น ทั้งยังเป็นการฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติที่เสื่อมโทรม จึงเห็นว่า ข้อ 4 (1) และข้อ 11 ของประกาศดังกล่าวเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลได้มากกว่ามาตรการอื่น เพราะหากปล่อยให้โรงงานมีการขยายตัว แม้จะเป็นพื้นที่เดิมที่ได้มีการอนุญาตไว้ ก็ทำให้ปัญหาล้างขวดล้อย่อมเสื่อมโทรมรุนแรงขึ้นและยากที่จะแก้ไขได้ในภายหลัง ดังนั้นแม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพกิจการโรงงานอุตสาหกรรมของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบคนในท้องที่ดังกล่าวอยู่บ้าง แต่ก็ถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นที่ต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุในการฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติ ประกอบกับมาตรการดังกล่าวมีระยะเวลาเพียง 5 ปี และไม่ได้มีการตัดสิทธิมิให้ยื่นคำขอต่อใบอนุญาตหรือยื่นคำขออนุญาตใหม่ในพื้นที่เดิมภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ประการใด อีกทั้งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบคนมีแผนงานที่จะขยายโรงงานหรือเพิ่มกำลังการผลิตในช่วงเวลาดังกล่าว กรณีเป็นเพียงการคาดคะเนว่าตนจะได้รับผลกระทบที่เกิดขึ้น และเมื่อพิจารณาแล้วการฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติให้อยู่ยั่งยืนต่อไปย่อมเป็นผลประโยชน์ต่อส่วนรวมมากกว่าความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ และมาตรการดังกล่าวคงแต่ห้ามการขยายหรือเพิ่มกำลังการผลิตภายใน 5 ปี นับแต่ที่ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีผลใช้บังคับ มิใช่การห้ามโดยสิ้นเชิงและตลอดไป กรณีไม่อาจถือว่าเป็นการ

กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบกิจการโรงงานได้ จึงเป็นกฎที่ขัดด้วยกฎหมาย พิศากษายกฟ้อง

**(4) คดีขวิดสุรา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 223/2555)** สืบเนื่องจากประกาศกรมสรรพสามิต เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการอนุญาตให้ทำและขายสุรากลั่นชุมชน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 4) ที่กำหนดว่า ภาชนะบรรจุสุรามีขนาด 0.150 ลิตร ให้ใช้บรรจุสุราและนำออกจากสถานที่ทำสุราได้ถึงวันที่ 30 กันยายน 2548 เท่านั้น ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจสุรากลั่นชุมชนเห็นว่า ข้อกำหนดดังกล่าวออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถใช้ภาชนะขนาดเดิมมาบรรจุสุราในการประกอบกิจการของตนได้ ทำให้ยอดขายของผู้ฟ้องคดีลดน้อยลง จึงได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ขอให้เพิกถอนประกาศดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจในการออกประกาศดังกล่าว เนื่องจากการกำหนดกรรมวิธีเกี่ยวกับการทำสุราซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้ดุลพินิจออกประกาศที่พิพาทใช้บังคับเฉพาะกับผู้ผลิตสุรากลั่นชุมชนเท่านั้น โดยไม่ใช้บังคับกับผู้ผลิตสุรารายใหญ่ นั้น เป็นการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญ ซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 กำหนดว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม มาตรา 50 บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมาตรา 87 ที่กำหนดให้รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีอย่างเป็นธรรม ศาลปกครองสูงสุดจึงได้พิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่เพิกถอนประกาศเฉพาะส่วนที่กำหนดว่า “ทั้งนี้ สำหรับภาชนะบรรจุสุรามีขนาด 0.150 ลิตร ให้ใช้บรรจุและนำออกจากสถานที่ทำสุราได้ถึงวันที่ 30 กันยายน 2548”

**(5) คดีโฆษณาสถานพยาบาล (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 31/2561)** คดีนี้ แพทยสภาได้แจ้งต่อผู้ฟ้องคดีซึ่งประกอบอาชีพแพทย์และดำเนินการสถานพยาบาลชื่อประตูน้ำโพธิ์คลินิก ว่า ผู้ฟ้องคดีกระทำความผิดข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 ประกอบกับข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 7 ข้อ 2 (2) กรณีโฆษณาสถานพยาบาลโดยโอ้อวดกิจกรรมของสถานพยาบาลหรือสรรพคุณของเครื่องมือเครื่องใช้ของสถานพยาบาลในทำนองจงใจให้ผู้อื่นเข้าใจผิด โดนไม่ถูกต้องตามหลักวิชาชีพที่เป็นมาตรฐานของวิชาชีพเวชกรรม หรือทำให้ประชาชนเกิดความคาดหวังในสรรพคุณเกินความเป็นจริง แพทยสภาจึงได้มีคำสั่งลงโทษว่ากล่าวตักเตือนผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองว่า คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบและมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ขอให้ศาลเพิกถอน

คำสั่งดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีที่มีการลงรูปถ่ายและข้อความโฆษณาสถานพยาบาลในหนังสือพิมพ์ โดยลงภาพประกอบแสดงความแตกต่างระหว่างก่อนผ่าตัดและหลังผ่าตัดในเชิงเปรียบเทียบให้เห็นถึงผลการรักษา เข้าข่ายเป็นการโฆษณา โดยอื้อวอดกิจการสถานพยาบาลหรือสรรพคุณของเครื่องมือในทำนองจงใจให้ผู้อื่นเข้าใจผิด อันเป็นการฝ่าฝืนข้อ 36 (2) ของข้อบังคับแพทยสภาดังกล่าว การมีคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีลงโทษว่ากล่าวตักเตือนจึงไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ในคดีนี้มีตุลาการเสียงข้างน้อยไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยข้างต้น โดยมีความเห็นว่า พยานบุคคลในคดียืนยันว่ารูปถ่ายโฆษณาเป็นรูปของตนก่อนและหลังการผ่าตัดจริง มิได้มีการตกแต่งภาพ และยินยอมให้ใช้ในการโฆษณาได้ ดังนั้น เมื่อฟังได้ว่าภาพดังกล่าวเป็นของบุคคลเดียวกัน ทั้งมิได้มีการเสริมแต่งภาพให้ผิดไปจากความเป็นจริง จึงไม่ใช่ความเท็จหรืออื้อวอดเกินจริง ทั้งนี้ หากพิจารณาว่าการลงภาพที่เคยประสบความสำเร็จดังกล่าวเป็นการทำให้ประชาชนคาดหวังในสรรพคุณเกินความเป็นจริงแล้ว ก็เท่ากับการห้ามโฆษณาเปรียบเทียบผลการรักษาอย่างเด็ดขาดไม่ว่ากรณีใด ๆ นั้นเอง ประกอบกับการดำเนินการทางปกครองมิได้เป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ การลงโทษตามคำสั่งที่พิพาทจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

#### (6) คดีฟาร์มสุกร (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่

อ. 717/2561) คดีนี้มีที่มาจากกรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการฟาร์มสุกรยื่นขอต่อใบอนุญาตประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพสำหรับเลี้ยงสุกรเพื่อขาย ตามข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบลเขาเจ็ญฯ แต่จากการตรวจสอบสถานที่ก่อนพิจารณาต่ออายุใบอนุญาต เจ้าหน้าที่แจ้งว่าต้องปรับปรุงสถานที่เลี้ยงสุกร เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการตามคำสั่งดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 สั่งให้ผู้ฟ้องคดีหยุดประกอบกิจการและไม่ต่ออายุใบอนุญาตประกอบกิจการ ผู้ฟ้องคดีจึงอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งมีการกำหนดให้ผู้ได้รับใบอนุญาตต้องถือปฏิบัติหลายประการเพื่อมิให้การประกอบกิจการเป็นเหตุรำคาญหรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพของผู้อยู่อาศัยใกล้เคียง เช่น สถานที่ตั้ง การระบายน้ำ และการบำบัดของเสีย เป็นต้น ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าพนักงานท้องถิ่นยอมมีอำนาจสั่งให้แก้ไขปรับปรุงสถานประกอบการเลี้ยงสุกรที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขดังกล่าว ดังนั้น การสั่งให้ปรับปรุงโดยยังไม่ต่ออายุใบอนุญาตประกอบกิจการดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษายกฟ้อง

#### 4.2.3.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

**ศาลรัฐธรรมนูญ**เป็นองค์กรตุลาการที่เกิดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เพื่อเป็นกลไกรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และเป็นกลไกสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผ่านการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจหลักตามมาตรา 210 ได้แก่ การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย การพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ และมีหน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

สำหรับผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น มีผลเป็นเด็ดขาด ผูกพัน รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ตามมาตรา 221 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า กฎหมายหรือร่างกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะมีผลให้บทบัญญัติดังกล่าวสิ้นผลไป ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ที่ปรากฏในมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญฯ ที่ว่า บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติ หรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ เนื่องด้วยอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น กล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นคุณค่าที่รัฐธรรมนูญให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง จึงจะได้ศึกษาแนวทางในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยศาลรัฐธรรมนูญผ่าน**แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย** ดังต่อไปนี้

##### (1) คดีปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2545)

สืบเนื่องจากที่กระทรวงการคลังได้มีคำสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการของบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ นครหลวงเครดิต จำกัด (มหาชน) โดยให้คณะกรรมการองค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงินเข้าควบคุมดำเนินการแทน และทำการขายทรัพย์สินเพื่อชำระบัญชีของบริษัทดังกล่าว โดยอาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2540 ซึ่งรวมถึงการขายสินเชื่อ ตราสารหนี้ สิทธิเรียกร้อง ตราสารและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับเงินกู้ที่บริษัทให้กู้ยืมแก่จำเลย ให้แก่โจทก์ จำเลยได้โต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว ศาลมีนบุรีจึงได้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในประเด็นหนึ่งว่า การที่ผู้ร้องอ้างว่าพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ ขัดหรือแย้งกับการบัญญัติรับรองสิทธิในทรัพย์สินตามมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญฯ และเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญฯ นั้น ในมาตรา 48 วรรคหนึ่ง มีความตอนท้ายว่า “ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” หมายความว่า สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมถูกจำกัดได้ และมาตรา 50 วรรคสอง มีการระบุเงื่อนไขการจำกัดเสรีภาพไว้เช่นกัน ทั้งนี้ การจำกัด

สิทธิเสรีภาพข้างต้น ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ใน มาตรา 29 ด้วย เมื่อพระราชกำหนดที่พิพาทตราขึ้นโดยมีเหตุผลในการแก้ไขปัญหาสถาบันการเงิน อย่างเป็นระบบ ช่วยเหลือผู้ฝากเงินและเจ้าหน้าที่สุจริต และเป็นการแก้ไขปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจ จึงเป็นกรณีที่มาตรา 48 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญฯ ให้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ และไม่ได้เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเหมือนกัน ในทุกบริษัทที่มีสภาพอย่างเดียวกัน จึงไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น

อนึ่ง นอกจากตัวอย่างคดีข้างต้นแล้ว ยังปรากฏคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ เห็นว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพสามารถกระทำได้ด้วยเหตุผลความจำเป็น ทางเศรษฐกิจ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36/2544 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 40/2545 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 43/2547 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 64/2547 เป็นต้น

## (2) คดีแป้งข้าวหมัก (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547)

ศาลปกครองสูงสุดส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย กรณีมาตรา 24 และมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติ สุรา พ.ศ. 2493 ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 46 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่

ในสวนที่ผู้ร้องโต้แย้งว่าบทบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเรื่องเสรีภาพ ในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติสุราฯ บัญญัติอยู่ในหมวด 5 ว่าด้วยเชื้อสุรา การมีถ้อยคำว่า “เชื้อสุรา” ปรากฏ อยู่ในมาตราต่าง ๆ ในหมวด 5 ดังกล่าว โดยมีได้มีการบัญญัติความหมายเฉพาะไว้ ต้องอาศัย บทนิยามทั่วไปในมาตรา 4 ที่ว่า “เชื้อสุรา” หมายความว่า แป้งเชื้อสุรา แป้งข้าวหมัก หรือเชื้อใด ๆ ซึ่งเมื่อหมักกับวัตถุดิบหรือของเหลวอื่นแล้วสามารถทำให้เกิดแอลกอฮอล์ที่ใช้ทำสุราได้ แต่เมื่อพิจารณา ถึงแป้งข้าวหมักแล้วเห็นว่า แป้งข้าวหมักไม่ใช่เชื้อสุราในตัวเอง แต่เป็นสิ่งที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ ได้หลายอย่าง เช่น ทำเป็นอาหาร หรือยารักษาโรค เป็นต้น การที่มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติสุราฯ บัญญัติห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุราซึ่งมีความหมายตามมาตรา 4 ว่าหมายความรวมถึงแป้งข้าวหมัก ด้วยนั้น ในสวนที่ให้หมายความรวมถึงแป้งข้าวหมักดังกล่าว เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการ ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และเป็นบทบัญญัติที่ บัญญัติเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญของเสรีภาพตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และ ไม่เป็นไปตามข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพตามมาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 24 เฉพาะในความหมายดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญฯ ใช้บังคับไม่ได้ อันมีผลให้ บทบัญญัติที่ต้องขออนุญาตให้ทำหรือขายเชื้อสุราที่เป็นแป้งข้าวหมักขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับไม่ได้ด้วย

### (3) คดีการควบคุมการทำสุรา (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52-53/2547)

คดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ซึ่งเป็นประเด็นของมาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติสุราฯ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วมีความเห็นในส่วนที่เกี่ยวข้องว่า สิทธิในทรัพย์สินตามมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญฯ ย่อมได้รับความคุ้มครองแต่อาจถูกจำกัดได้ซึ่งต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติและตามเงื่อนไขในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ เมื่อมาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติสุราฯ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการฝ่าฝืนห้ามทำสุรา หรือมีภานะหรือเครื่องกลั่นหรือมีเชื้อสุราไว้ในครอบครอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาต เป็นบทบัญญัติที่จำกัดการครอบครองหากฝ่าฝืนมีโทษ มิใช่บทจำกัดสิทธิในทรัพย์สิน จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญฯ สำหรับมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญฯ เป็นเรื่องเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม โดยมีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ในวรรคสอง ทั้งนี้ แม้มาตรา 4 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง และมาตรา 25 พระราชบัญญัติสุราฯ จะเป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพในการทำสุรา แต่ไม่ได้ห้ามเด็ดขาด โดยกำหนดให้ต้องขออนุญาตทำสุราหรือมีเชื้อสุราได้จากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประกอบกับพระราชบัญญัติสุราฯ มีความมุ่งหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จัดระเบียบการประกอบอาชีพการทำสุราและคุ้มครองผู้บริโภคสุรา แม้จะเป็นการจำกัดเสรีภาพตามมาตรา 50 วรรคหนึ่ง แต่กรณีก็เป็นไปตามข้อยกเว้นตามวรรคสอง และเป็นการจำกัดเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นไปตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ ดังนั้น พระราชบัญญัติสุราฯ มาตรา 4 มาตรา 25 เฉพาะความหมายของเชื้อสุราในส่วนที่ไม่ได้หมายความว่าถึงแป้งข้าวหมักและมาตรา 5 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญฯ

### (4) คดีริบเครื่องจักร (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2548) ประธาน

วุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยกรณีมาตรา 38 แห่งร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. .... ซึ่งกำหนดว่า “ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืน มาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 7 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสอง มาตรา 11 มาตรา 13 มาตรา 15 มาตรา 16 หรือมาตรา 17 ให้ศาลสั่งริบเครื่องจักรนั้น” มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ หรือไม่ เนื่องจากมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นว่าการริบเครื่องจักรโดยเด็ดขาดในทุกกรณีซึ่งรวมถึงเครื่องจักรที่มีได้ใช้ในการกระทำความผิดนั้นขัดต่อหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในทรัพย์สินของประชาชนที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยตอนหนึ่งว่า มาตรา 48 วรรคหนึ่ง รับรองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินว่า บุคคลผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมมีสิทธิใช้สอยหรือจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้มา

ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น อีกทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นหลักประกันสิทธิในทรัพย์สินขั้นพื้นฐานของประชาชน แต่รัฐธรรมนูญให้รัฐสภาตรากฎหมายเพื่อกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินได้ โดยมีเงื่อนไขว่า ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ ทั้งนี้ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ แต่การริบเครื่องจักรตามร่างพระราชบัญญัตินี้ เป็นการริบโดยเด็ดขาด ไม่ได้พิจารณาถึงความผิดและความเหมาะสมการลงโทษ เป็นการใช้มาตรการลงโทษที่รุนแรงแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน ถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเกินกว่าความจำเป็นและกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิดังกล่าว

**(5) คดีห้ามขายสุรา (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2548)** สืบเนื่องจากจำเลยในคดีความผิดทำสุราแช่โดยไม่ได้รับใบอนุญาตและมีไว้ครอบครองซึ่งสุราแช่ที่รู้ว่าทำขึ้นโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ขายหรือนำออกแสดงเพื่อขายซึ่งสุราแช่โดยผิดกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ได้แย้งว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลแขวงพระนครศรีอยุธยา จึงได้ยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย โดยหนึ่งในประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติสุราฯ ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญฯ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยตอนหนึ่งว่า มาตรา 50 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ รับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยบุคคลมีเสรีภาพที่จะประกอบกิจการหรืออาชีพใดก็ได้ที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข ปลอดภัย การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะอื่น ทั้งนี้ กรณีตามพระราชบัญญัติสุราฯ เป็นบทบัญญัติที่ห้ามผู้ใดขายสุราหรือนำสุราออกแสดงเพื่อขาย เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานสรรพสามิต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการควบคุมตรวจสอบคุณภาพของสุราให้อยู่ในมาตรฐานที่สามารถบริโภคได้โดยไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัย การกำหนดข้อห้ามจึงเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคสอง ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้ ดังนั้น มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติสุราฯ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญฯ

**(6) คดีร้านข้าวต้ม ไอ-เฮีย (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552)** ศาลจังหวัดสระบุรีส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ประเด็นเกี่ยวกับการเปิดกิจการร้านข้าวต้ม ขายอาหารและเครื่องดื่มในเวลาห้ามขายโดยมิได้รับอนุญาต



ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในประเด็นที่เกี่ยวข้องว่า การที่ประกาศของ คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 กำหนดห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ตั้งแต่เวลา 01.00 - 05.00 นาฬิกา เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจสำหรับนครหลวง กรุงเทพมหานคร หรือผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่นก่อนนั้น ย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพในการ ประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมของประชาชน ตาม มาตรา 43 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ โดยตรง คงมีปัญหาเพียงว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะเข้า ข้อยกเว้นให้กระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจ จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคลนั้น จะต้องอยู่ในขอบเขตของเรื่อง ที่กำหนดไว้ในมาตรา 43 วรรคสอง อีกทั้งยังต้องเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือน สาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ ตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ อีกด้วย

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพในการขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ในช่วงเวลาข้างต้นของแต่ละวันนั้น นอกจากจะเป็นการจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพค้าขาย โดยสุจริตของประชาชนจำนวนมากโดยไม่จำเป็นแล้ว ยังเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชน ผู้ประกอบอาชีพสุจริตอื่น ที่มีความจำเป็นจะต้องบริโภคอาหารและเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวโดย ไม่มีเหตุผลและความจำเป็นสนับสนุนอีกด้วย แม้จะมีการผ่อนปรนให้ขอรับใบอนุญาตได้ ก็ยังคงเป็น การสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็นอยู่ เนื่องจากการที่จะบังคับให้ บุคคลที่ประกอบอาชีพค้าขายอาหารหรือเครื่องดื่มทุกพื้นที่ของประเทศต้องขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่ ระดับสูงของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่ปฏิบัติได้ยาก ทั้งยังเป็นช่องทางให้ประชาชนผู้ประกอบสัมมาชีพเหล่านั้น ต้องตกอยู่ใต้อำนาจครอบงำของเจ้าหน้าที่โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรอีกด้วย การจำกัดเสรีภาพ ดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครอง ประชาชนในด้านสาธารณสุข ปลอดภัย การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ ประโยชน์อื่น ๆ ตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 43 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ แต่อย่างใด ประกอบกับความ จำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมและไม่เหมาะสมกับวิถี ชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เกินกว่าความ จำเป็น และกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพนั้น อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 29 วรรค หนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ ด้วย

(7) คดีคุณสมบัตินักบัญชี (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2554) คดีนี้ สืบเนื่องจากการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. 2543 ซึ่งมีการกำหนดให้ผู้ที่มิ หน้าที่จัดทำบัญชีอยู่ก่อนวันที่กฎหมายใช้บังคับไม่น้อยกว่าห้าปี และไม่มีคุณสมบัติตามที่อธิบดี ประกาศกำหนด หากประสงค์จะทำบัญชีต่อไปให้แจ้งต่ออธิบดี บรรดาผู้เคยประกอบอาชีพนักบัญชี เห็นว่า บทเฉพาะกาลที่กำหนดให้ผู้ผ่านการอบรมสามารถทำบัญชีต่อไปได้อีก 8 ปี กับประกาศของ

อธิบดีดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จึงได้ฟ้องต่อศาลปกครอง ขอเพิกถอนประกาศ ขอคุ้มครองชั่วคราว และขอให้มีคำสั่งว่า มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการบัญชีฯ ที่กำหนดระยะเวลา 8 ปี ชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ทั้งนี้ ในประเด็นสุดท้ายศาลชั้นต้นได้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การที่พระราชบัญญัติการบัญชีฯ กำหนดให้ ผู้ทำบัญชีต้องมีคุณสมบัติตามที่อธิบดีกำหนด มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การทำบัญชีเป็นไปตามมาตรฐานการบัญชี การกำหนดคุณสมบัติของผู้ทำบัญชีเป็นหนึ่งในองค์ประกอบที่สำคัญที่ทำให้การทำบัญชีมีคุณภาพเป็นไปตามมาตรฐานการบัญชี แม้การกำหนดดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อผู้ทำบัญชี อันเป็น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพอยู่บ้างก็ตาม แต่ก็เพื่อให้ผู้ทำบัญชี มีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับหลักการบัญชีและวิธีปฏิบัติทางการบัญชีที่รับรองทั่วไป และทำให้ บุคคลทั่วไปปรับทราบข้อมูลทางการเงินของกิจการนั้นอย่างถูกต้องตามมาตรฐานการบัญชีอันเป็น วัตถุประสงค์ของกฎหมาย จึงเป็นการจัดระเบียบการประกอบวิชาชีพและการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งตามมาตรา 43 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ ให้กระทำได้ อีกทั้งกฎหมายดังกล่าวได้คำนึงถึง การบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกจำกัด สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้ว โดยชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่ รัฐธรรมนูญรับรองไว้กับประโยชน์ของรัฐตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย จึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ เท่าที่จำเป็น มิได้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปตาม หลักเกณฑ์ของมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ สำหรับมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติการบัญชีฯ นั้น มิใช่บทบัญญัติจำกัดสิทธิของบุคคล แต่เป็นบทเฉพาะกาลเพื่อให้สิทธิแก่ผู้ไม่มีคุณสมบัติตาม หลักเกณฑ์ใหม่ให้มีโอกาสที่จะประกอบอาชีพต่อไปได้ช่วงเวลาหนึ่ง อันเป็นการเยียวยาผลการ บังคับใช้กฎหมายใหม่อย่างเพียงพอแล้ว จึงมิได้เป็นการใช้อำนาจอรัฐที่ล่วงละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองแต่อย่างใด

ต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษา ในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 1135/2559 ยกฟ้อง โดยอาศัยผลการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น ว่าบทบัญญัติที่พิพาทนั้นชอบแล้ว

**(8) คติโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-4/2555)** ศาลจังหวัดสุโขทัยและศาลจังหวัดปทุมธานีส่งเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในประเด็นที่เกี่ยวข้องว่า แม้ว่าการห้ามโฆษณา เครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะมีผลกระทบต่อการขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของผู้ประกอบอาชีพดังกล่าว ซึ่งหากฝ่าฝืนมีความผิดและมีโทษทางอาญาอันเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการ

ประกอบอาชีพอยู่บางส่วนก็ตาม แต่ก็เป็นการจำกัดเสรีภาพภายในขอบเขตตามที่มาตรา 43 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจกระทำได้ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ และเป็น การคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวจำกัดเสรีภาพเพียงเท่าที่จำเป็นเนื่องจากมิได้ห้าม การโฆษณาโดยเด็ดขาด หากการโฆษณาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้ข้อมูลข่าวสารและความรู้เชิง สร้างสรรค์ย่อมสามารถกระทำได้ มิได้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของเสรีภาพในการประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคลแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป จากตัวอย่างคำพิพากษาและคำวินิจฉัยข้างต้น องค์การตุลาการไทย มีบทบาทเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ ทั้งเชิงบวกคือการรับรองสนับสนุน และเชิงลบคือ การวินิจฉัยว่าการจำกัดเสรีภาพนั้นสามารถกระทำได้ ทั้งนี้ จากตัวอย่างคำพิพากษาที่รับรองเสรีภาพ ในการประกอบกิจการหรือสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องข้างต้นเป็นกรณีที่เสรีภาพในการประกอบกิจการ **ได้รับการรับรองโดยคำพิพากษา** ซึ่งสามารถพิจารณาแนวคำวินิจฉัยขององค์การตุลาการไทย ที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการได้เป็น 2 แนวทาง ดังต่อไปนี้

**(1) คำวินิจฉัยที่มีผลเป็นการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการ** กล่าวคือ การพิจารณาของศาลส่งผลเป็นการสนับสนุนให้บุคคลสามารถประกอบกิจการได้อย่างเสรี โดยไม่ถูก จำกัดหรือแทรกแซง แบ่งได้เป็น 2 กรณีคือ กรณีการคุ้มครองโดยตรง กล่าวคือ คำวินิจฉัยคุ้มครอง เสรีภาพในการประกอบกิจการโดยตรง ซึ่งจะเกิดขึ้นในช่วงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ บัญญัติถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดเจน เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 223/2555 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547 และคำวินิจฉัยศาล รัฐธรรมนูญที่ 12/2552 และกรณีการคุ้มครองโดยอ้อม กล่าวคือ คำวินิจฉัยคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอื่น ที่มีความเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพ อันเป็นผลให้เสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการรับรองผ่านสิทธิเสรีภาพอื่นนั้นด้วยเช่นกัน เช่น ผ่านการรับรองกรรมสิทธิ์ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2548 (คดีริบเครื่องจักร) หรือผ่าน การรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2383/2526 (คดีซื้อขายสินค้า ล่วงหน้า) และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 (คดีร้านข้าวต้ม ไอ-เฮีย) เป็นต้น

อนึ่ง จากตัวอย่างคำพิพากษาข้างต้น มีข้อสังเกตว่า ทั้งในช่วงก่อนรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ที่ไม่ได้มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการ อย่างชัดเจน และในช่วงระหว่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ถึงรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการ อย่างชัดเจน นั้น ศาลไทยมิได้แยกความแตกต่างระหว่างเสรีภาพในการประกอบกิจการกับเสรีภาพ ในการประกอบอาชีพออกจากกัน ในกรณีที่อ้างอิงถึงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่รวมเสรีภาพทั้งสองไว้

ด้วยกัน ศาลก็จะกล่าวถึงบทบัญญัติดังกล่าวด้วยถ้อยคำตามตัวบทบัญญัติ โดยมีได้มีการแยกพิจารณาว่าเป็นกรณีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือเป็นกรณีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2548 (คดีห้ามขายสุรา) และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-4/2555 (คดีโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์) เป็นต้น ทั้งนี้ การที่ไม่ได้แยกความแตกต่างของเสรีภาพทั้งสองข้างต้นเป็นหนึ่งในเหตุผลที่สนับสนุนว่าการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพมีผลเป็นการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วยเช่นกัน

(2) คำวินิจฉัยที่ยินยอมให้มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ โดยอาศัยเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญและเหตุผลในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยเหตุด้านมาตรฐานอาชีพ สุขภาพอนามัยของประชาชน และการคุ้มครองผู้บริโภค เช่น การกำหนดเงื่อนไขในการฝึกอบรมมัคคุเทศก์ ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ. 15/2545 การควบคุมการโฆษณาเกินจริงของสถานพยาบาล ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 31/2561 และการควบคุมการผลิตสุรา ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52-53/2547 เป็นต้น

ทั้งนี้ สามารถสรุปคำพิพากษาและคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการไทย โดยแสดงเนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ เหตุผลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ และเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4: ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลไทยที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ

ที่	คดี	เนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ	เหตุผลที่สามารถจำกัดได้	เหตุผลที่ใช้ในการคุ้มครอง	ผลต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ
1	คดีซื้อขายสินค้าล่วงหน้า (ฎ. 2383/2526)	การเข้าสู่องค์กรธุรกิจ (เสรีภาพในการจดทะเบียนจัดตั้งองค์กรธุรกิจกรณีซื้อขายสินค้าล่วงหน้า)	-	ไม่มีกฎหมายห้ามหรือควบคุม	ได้รับการคุ้มครอง
2	คดีข้อตกลงห้ามทำการแข่งขัน (ฎ. 2548/2533)	การดำเนินกิจการ (กำหนดข้อตกลงห้ามลูกจ้างทำการแข่งขันกับบริษัทนายจ้างภายหลังที่ออกจากงานไปแล้ว)	ไม่เป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพอย่างเด็ดขาด ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน	-	ถูกจำกัดได้

ที่	คดี	เนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ	เหตุผลที่สามารถจำกัดได้	เหตุผลที่ใช้ในการคุ้มครอง	ผลต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ
3	คดีข้อตกลงห้ามทำการแข่งขัน (ฎ. 10971/2555)	การดำเนินกิจการ (กำหนดข้อตกลงห้ามลูกจ้างทำงานกับบริษัทคู่แข่งของนายจ้างภายหลังที่ออกจากงานไปแล้ว)	ไม่เป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพอย่างเด็ดขาด ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน	-	ถูกจำกัดได้
4	คดีสถานบริการนวดแผนโบราณ (ฎ. 87/2534)	การเข้าสู่องค์กรธุรกิจ (เสรีภาพในการจดทะเบียนจัดตั้งองค์กรธุรกิจกรณีสถานบริการนวดแผนโบราณ)	กฎหมายให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ในการอนุญาตหรือไม่อนุญาต	-	ถูกจำกัดได้
5	คดีการระงับข้อพิพาทแรงงาน (ฎ. 5212/2548)	การดำเนินกิจการ (การขึ้นเงินเดือนประจำปีแก่ลูกจ้าง)	มีกฎหมายให้อำนาจ	-	ถูกจำกัดได้
6	คดีไม่ให้ปิดกุญแจโรงงาน (ฎ. 4737/2554)	สิทธิในทรัพย์สิน (การใช้สอยโรงงาน)	-	ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ	ได้รับการคุ้มครอง
7	คดีสัญญาไม่เป็นธรรม (ฎ. 16694/2555)	การเข้าสู่อาชีพ (แจ้งให้นักศึกษาต้องใช้ทุนโดยปฏิบัติตามที่กำหนดหรือจัดหาให้เท่านั้นภายหลังจากที่ได้เข้าศึกษาไปแล้ว 3 ปี)	-	จำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพให้รับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมขัดต่อกฎหมาย	ได้รับการคุ้มครอง
8	คดีสนามกอล์ฟ (ฎ. 14701/2557)	การดำเนินกิจการ (การออกระเบียบแก่ผู้ใช้บริการและกำหนดเวลาบริการ)	ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น	-	ถูกจำกัดได้
9	คดีมีัคคุเทศก์ (คดีหมายเลขแดงที่ พ. 15/2545)	การดำเนินกิจการ (การกำหนดให้เข้ารับการฝึกอบรมมัคคุเทศก์)	การสร้างมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยวและอาชีพมัคคุเทศก์	-	ถูกจำกัดได้

ที่	คดี	เนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ	เหตุผลที่สามารถจำกัดได้	เหตุผลที่ใช้ในการคุ้มครอง	ผลต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ
			- เป็นประโยชน์ต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยว		
10	คดีห้ามเร่ (คดีหมายเลขแดงที่ อ. 16/2546)	การสิ้นสุดการประกอบกิจการ (เพิกถอนรายชื่อออกจากบัญชีผู้ค้าห้ามเร่-แผงลอย)	- การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน - การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ - มีกฎหมายให้อำนาจ	-	ถูกจำกัดได้
11	คดีห้ามขายโรงงาน (คดีหมายเลขแดงที่ พ. 33/2553)	การดำเนินกิจการ (ห้ามขายโรงงานหรือเพิ่มกำลังผลิต)	การอนุรักษ์ฟื้นฟูสิ่งแวดล้อม	-	ถูกจำกัดได้
12	คดีขวดสุรา (คดีหมายเลขแดงที่ อ. 223/2555)	การดำเนินกิจการ (ประกาศที่กำหนดภาชนะบรรจุสุราที่ใช้บังคับเฉพาะกับผู้ผลิตสุรากลั่นชุมชนเท่านั้น)	-	- ความเสมอภาค - ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีอย่างเป็นธรรม	ได้รับการคุ้มครอง
13	คดีโฆษณาสถานพยาบาล (คดีหมายเลขแดงที่ อ. 31/2561)	การดำเนินกิจการ (การโฆษณาสถานพยาบาล)	- ฝ่าฝืนกฎหมาย - ไม่ถูกต้องตามหลักวิชาชีพ - จูงใจให้ผู้อื่นเข้าใจผิด	-	ถูกจำกัดได้
14	คดีฟาร์มสุกร (คดีหมายเลขแดงที่ อ. 717/2561)	การดำเนินกิจการ (การขอต่อใบอนุญาตฟาร์มสุกร)	ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด	-	ถูกจำกัดได้
15	คดีปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (คำวินิจฉัยศาล รธน. ที่ 24/2545)	การดำเนินกิจการ (ระงับการดำเนินกิจการของบริษัทควบคุมดำเนินการแทน และทำการขายทรัพย์สินเพื่อชำระบัญชี)	- แก้ไขปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจ - แก้ไขปัญหาสถาบันการเงินอย่างเป็นระบบ	-	ถูกจำกัดได้
16	คดีแบ่งข้าวหมัก (คำวินิจฉัยศาล รธน. ที่ 25/2547)	การดำเนินกิจการ (การห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา)	-	- หลักความได้สัดส่วน	ได้รับการคุ้มครอง

ที่	คดี	เนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ	เหตุผลที่สามารถจำกัดได้	เหตุผลที่ใช้ในการคุ้มครอง	ผลต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ
		กรณีแบ่งข้าวหมัก)		ไม่เป็นไปตามข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ	
17	คดีควบคุมการทำสุรา (คำวินิจฉัยศาล รธน. ที่ 52-53/2547)	การเข้าสู่กิจการ (การขออนุญาตทำสุราหรือมีเชื้อสุรา)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- รักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน</li> <li>- จัดระเบียบการประกอบอาชีพ</li> <li>- การคุ้มครองผู้บริโภค</li> </ul>	-	ถูกจำกัดได้
18	คดีรับเครื่องจักร (คำวินิจฉัยศาล รธน. ที่ 30/2548)	สิทธิในทรัพย์สิน (การรับเครื่องจักรโดยเด็ดขาดทุกกรณีรวมถึงที่มีได้ใช้กระทำความผิด)	-	หลักความได้สัดส่วน	ได้รับการคุ้มครอง
19	คดีห้ามขายสุรา (คำวินิจฉัยศาล รธน. ที่ 36/2548)	การเข้าสู่กิจการ (การทำและมีสุราฯโดยไม่ได้รับใบอนุญาต)	การคุ้มครองประชาชนในด้านสุขภาพอนามัย	-	ถูกจำกัดได้
20	คดีร้านข้าวต้ม ไอ-เฮีย (คำวินิจฉัยศาล รธน. ที่ 12/2552)	การดำเนินกิจการ (การห้ามมิให้ขายอาหารและเครื่องดื่มในเวลาที่กำหนดโดยมิได้รับอนุญาต)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ความมั่นคงของรัฐ</li> <li>- ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ</li> <li>- การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขปลอดภัย</li> <li>- การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน</li> </ul>	หลักความได้สัดส่วน	ได้รับการคุ้มครอง
21	คดีคุณสมบัตินักบัญชี (คำวินิจฉัยศาล รธน. ที่ 50/2554)	การประกอบอาชีพ (การกำหนดคุณสมบัตินักบัญชี)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- การจัดระเบียบการประกอบวิชาชีพ</li> <li>- การคุ้มครองผู้บริโภค</li> </ul>	-	ถูกจำกัดได้

ที่	คดี	เนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพ	เหตุผลที่สามารถจำกัดได้	เหตุผลที่ใช้ในการคุ้มครอง	ผลต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ
22	คดีโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (คำวินิจฉัยศาล รธน. ที่ 2-4/2555)	การดำเนินกิจการ (การโฆษณา เครื่องดื่ม แอลกอฮอล์)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- การรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน</li> <li>- การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ</li> <li>- การคุ้มครองผู้บริโภค</li> </ul>	-	ถูกจำกัดได้

#### 4.3 บทวิเคราะห์การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ตามที่ได้ศึกษาแนวทางการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมาพบว่า มีการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้อย่างชัดเจนควบคู่กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่บทบัญญัติดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งบัญญัติในมาตรา 40 วรรคหนึ่ง เพียงว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ” บทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวนำมาซึ่งประเด็นปัญหาว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการยังคงได้รับการรับรองและคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หรือไม่ โดยสามารถพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องได้ดังนี้

##### ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยบทบัญญัติทั่วไปกับโดยบทบัญญัติเฉพาะ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่วางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการรับรอง คุ้มครอง และจำกัดสิทธิเสรีภาพ รวมถึงที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เป็นการเฉพาะ อันได้แก่

**มาตรา 25 วรรคหนึ่ง** บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำกรานั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ



ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น”

**มาตรา 26 วรรคหนึ่ง** บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”

**มาตรา 40** บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”

จากบทบัญญัติข้างต้นสามารถแบ่งการพิจารณาการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการได้เป็น 2 กรณี ซึ่งส่งผลต่อเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพที่แตกต่างกัน ดังนี้

(1) กรณีที่พิจารณาว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการไม่ได้รับการบัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ สามารถพิจารณารายละเอียดการคุ้มครองและการจำกัดเสรีภาพได้ดังนี้

(1.1) การคุ้มครองเสรีภาพ: บุคคลสามารถใช้เสรีภาพในการประกอบกิจการในฐานะที่เป็นเสรีภาพที่ไม่ได้รับการบัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ ได้ทราบเท่าที่ได้มีการห้ามหรือจำกัดโดยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น และเสรีภาพดังกล่าวได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ดังนั้น แม้ว่าจะไม่ปรากฏถ้อยคำที่บัญญัติถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่โดยอาศัยหลักการตามมาตรา 25 ประกอบกับการตีความรัฐธรรมนูญให้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล เสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคลยังคงได้รับการรับรองและคุ้มครองทราบเท่าที่ไม่มีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดห้ามไว้

(1.2) การจำกัดเสรีภาพ: แบ่งพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน คือ ข้อจำกัดการตรากฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการและข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการประกอบกิจการ ดังนี้

ก. ข้อจำกัดการตรากฎหมาย: ในกรณีที่พิจารณาว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการไม่ได้รับการบัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่าเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเช่นกัน ดังนั้น กฎหมายเช่นว่านั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช

2560 อันได้แก่ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล และต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

**ข. ข้อจำกัดการใช้เสรีภาพ:** บุคคลสามารถใช้เสรีภาพในการประกอบกิจการได้ภายใต้ข้อจำกัดตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันได้แก่ ไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

**สรุปในกรณีนี้ได้ว่า** การพิจารณาว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการไม่ได้รับการบัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญเป็นการตีความอย่างแคบ ซึ่งจะพิจารณาได้ว่า ไม่สามารถนำบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพมาใช้บังคับได้ และเป็นกรณีที่ไม่มีหลักการเฉพาะในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ ทั้งนี้ การตีความในลักษณะข้างต้นจะส่งผลให้เงื่อนไขหรือเหตุที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งเดิมเคยเป็นบทจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 จะไม่ถูกนำมาพิจารณา ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการให้กว้างออกไป และทำให้เสรีภาพในการประกอบกิจการอาจถูกจำกัดได้ง่ายยิ่งขึ้น เนื่องจากเมื่อไม่มีการกำหนดเหตุผลความจำเป็นหรือเงื่อนไขเฉพาะไว้ในรัฐธรรมนูญเสรีภาพดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้เพียงแค่อาศัยเงื่อนไขหรือหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพทั่วไปเท่านั้น

(2) กรณีที่พิจารณาว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการบัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะผ่านมาตรา 40 ที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สามารถพิจารณารายละเอียดการคุ้มครองและการจำกัดเสรีภาพได้ดังนี้

(2.1) **การคุ้มครองเสรีภาพ:** สิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครองในขอบเขตเนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพตามที่บัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรานั้น ๆ บัญญัติรับรองไว้ ทั้งนี้ ตามที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับความเชื่อมโยงสัมพันธ์ระหว่างการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพ รวมถึงประวัติความเป็นมาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติรับรองเสรีภาพทั้งสอง ซึ่งพิจารณาได้ว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการรับรองผ่านเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ดังนั้น เสรีภาพในการประกอบกิจการย่อมได้รับการคุ้มครองโดยมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เช่นกัน

(2.2) **การจำกัดเสรีภาพ:** แบ่งพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน คือ ข้อจำกัดการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการและข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการประกอบกิจการ ดังนี้

**ก. ข้อจำกัดการตรากฎหมาย:** มาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 วางหลักกรณีนี้ว่า การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของ

บุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ดังนั้น หากพิจารณาว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการรับรองผ่านเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้ว เงื่อนไขและเหตุในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 40 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ย่อมถูกนำมาใช้บังคับกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วยเช่นกัน ซึ่งได้แก่ เงื่อนไขในด้านรูปแบบที่ว่า การจำกัดเสรีภาพต้องเป็นไปโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเหตุด้านเนื้อหาว่าเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่งเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ทั้งนี้ มาตรา 40 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดเพิ่มเติมว่าการตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวกายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา

นอกจากนี้ ยังมีข้อจำกัดที่สำคัญที่ต้องพิจารณาในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ได้แก่ กฎหมายนั้นต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ ทั้งนี้ สืบเนื่องจากมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดหลักการใหม่ที่สำคัญในวรรคหนึ่งว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน...” ดังนั้น หากกฎหมายใดไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าว อาจถูกยกเลิกหรือปรับปรุงแก้ไข รวมถึงอาจมีปัญหาด้านความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย

**ข. ข้อจำกัดการใช้เสรีภาพ:** ในกรณีสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการบัญญัติรับรองไว้เป็นการเฉพาะนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้บัญญัติข้อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การใช้เสรีภาพในการประกอบกิจการจึงอยู่ภายในขอบเขตเนื้อหาของเสรีภาพนั่นเอง และอยู่ภายใต้หลักการทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ได้กล่าวถึงในข้อ 4.2.2

**สรุปในกรณีนี้ได้ว่า** เมื่อพิจารณาว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และได้รับการรับรองผ่านเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้ว บทจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 40 วรรคสองและวรรคสาม ที่กำหนดว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่งเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น โดยการตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพดังกล่าว ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวกายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา และเงื่อนไขการตรากฎหมายตาม

มาตรา 77 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่กำหนดให้ กฎหมาย ต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ จะถูกนำมาพิจารณาในกรณีการจำกัดเสรีภาพในการ ประกอบกิจการด้วย อันเป็นการตีความบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ทั้งยังเป็นการวางกลไกให้การแทรกแซงที่ จะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการ ให้ต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล เป็นสำคัญและอยู่ภายใต้ขอบเขตเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และทำให้การจำกัดเสรีภาพทำได้ ยากกว่าการพิจารณาว่าเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมีได้บัญญัติเงื่อนไขไว้สำหรับการจำกัดเสรีภาพไว้เป็น การเฉพาะ จึงเป็นการคุ้มครองเสรีภาพได้ดีกว่าการพิจารณาเพียงเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

อนึ่ง จากวิเคราะห์เรื่องการรับรอง คุ้มครอง และจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ ทั้งสองกรณีข้างต้น สามารถสรุปข้อมูลเป็นตารางเพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจ ดังนี้

ตารางที่ 5: เปรียบเทียบกรณีที่พิจารณาว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการไม่ได้รับการบัญญัติคุ้มครอง ไว้เป็นการเฉพาะ และกรณีที่พิจารณาว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการบัญญัติคุ้มครอง ไว้เป็นการเฉพาะผ่านเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

	กรณีที่พิจารณาว่าเสรีภาพ ในการประกอบกิจการไม่ได้รับการ บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ ในรัฐธรรมนูญ	กรณีที่พิจารณาว่าเสรีภาพ ในการประกอบกิจการได้รับการ บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ ในรัฐธรรมนูญ
การคุ้มครอง เสรีภาพในการ ประกอบกิจการ	เสรีภาพในการประกอบกิจการ ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง	เสรีภาพในการประกอบกิจการ ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 40 วรรคหนึ่ง
ข้อจำกัดการ ตรากฎหมาย ที่มีผลเป็นการ จำกัดเสรีภาพ ในการประกอบ กิจการ	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม</li> <li>- ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพ ของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ</li> <li>- ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์</li> <li>- ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการ จำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ต้องเป็นไปโดยอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมาย</li> <li>- มีวัตถุประสงค์เพื่อ <ul style="list-style-type: none"> <li>• รักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ</li> <li>• การแข่งขันอย่างเป็นธรรม</li> <li>• การป้องกันหรือขจัด การกีดกันหรือการผูกขาด</li> <li>• การคุ้มครองผู้บริโภค</li> </ul> </li> </ul>

	กรณีทีพิจารณาว่าเสรีภาพ ในการประกอบกิจการไม่ได้รับการ บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ ในรัฐธรรมนูญ	กรณีทีพิจารณาว่าเสรีภาพ ในการประกอบกิจการได้รับการ บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ ในรัฐธรรมนูญ
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ เพียงเท่าที่จำเป็น (และต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา)</li> <li>• ประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น</li> </ul> - ต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ (มาตรา 77)
<b>ข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการประกอบกิจการ</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน</li> <li>- ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ภายในขอบเขตเนื้อหาของเสรีภาพ</li> <li>- ภายใต้หลักการทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ในข้อ 4.2.2</li> </ul>

นอกจากข้อพิจารณาเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการที่กล่าวมาข้างต้นซึ่งสรุปได้ว่า การที่เสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพและได้รับการรับรองรวมถึงคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญนั้น ทำให้เกิดระดับการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการที่มากยิ่งขึ้นแล้ว ยังมีข้อพิจารณาอื่นที่สนับสนุนว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการรับรองผ่านเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังต่อไปนี้

(1) การบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีต กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตได้เคยบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดเจนไว้ควบคู่กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ อันได้แก่ มาตรา 48 เบญจของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

(2) แนวทางการพิจารณาขององค์กรตุลาการไทยช่วงที่รัฐธรรมนูญยังมีได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดเจน หรือช่วงก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2534 กล่าวคือ ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการของบุคคล ศาลได้อาศัยการพิจารณาผ่านบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ยกตัวอย่างเช่น คดีซื้อขายสินค้าล้วงหน้า (คำพิพากษาฎีกาที่ 2383/2526) และคดีสถานบริการนวดแผนโบราณ (คำพิพากษาฎีกาที่ 87/2534) เป็นต้น

**(3) แนวทางการพิจารณาขององค์กรตุลาการไทยช่วงที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดเจน** หรือช่วงระหว่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2534 ถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการของบุคคล ศาลพิจารณาโดยอาศัยบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการและประกอบอาชีพ โดยไม่ได้แยกพิจารณาความแตกต่างระหว่างการประกอบกิจการกับการประกอบอาชีพ ยกตัวอย่างเช่น คดีหาบเร่ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 16/2546) คดีห้ามขยายโรงงาน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ. 33/2553) คดีขวดสุรา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 223/2555) คดีการควบคุมการทำสุรา (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52-53/2547) คดีห้ามขายสุรา (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2548) และคดีร้านข้าวต้ม ไอ-เฮีย (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552) เป็นต้น

**(4) แนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการต่างประเทศที่ศึกษา** อันได้แก่ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเกาหลีใต้ ที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ ศาลมิได้แยกพิจารณาความแตกต่างของเสรีภาพทั้งสองเช่นเดียวกับองค์กรตุลาการไทย อีกทั้งได้พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการโดยผ่านบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล ยกตัวอย่างเช่น คดีการกำหนดเวลาทำการของร้านขายยา และคดีการปิดร้านตัดผมชายของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน คดีการปิดทำการร้านค้าในรอบสัปดาห์ ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส และคดีห้ามการเดินรถโดยสาร ของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ เป็นต้น

**(5) หลักการตีความกฎหมาย** กล่าวคือ แม้ในการพิจารณาเรื่องการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการจะสามารถปรับใช้บทบัญญัติได้ 2 แนวทาง ได้แก่ บทบัญญัติที่รับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเป็นการทั่วไปกับบทบัญญัติเฉพาะ ซึ่งในที่นี้คือบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่ตามหลักการตีความกฎหมาย ในกรณีนี้ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติเฉพาะ ซึ่งส่งเป็นประโยชน์กับการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการมากกว่าเพียงการพิจารณาผ่านบทบัญญัติทั่วไป

ในบทวิเคราะห์นี้สามารถสรุปได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะมีได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดเจน แต่เนื่องจากเสรีภาพในการประกอบกิจการถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ด้วยเหตุผลสนับสนุนตามข้อพิจารณาในเรื่องของระดับการคุ้มครองที่ดีกว่า การบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีต แนวทางการพิจารณาขององค์กรตุลาการไทยและ

ของต่างประเทศที่ศึกษา รวมถึงหลักการตีความกฎหมาย เป็นเหตุให้เสรีภาพในการประกอบกิจการ ได้รับการรับรองโดยปริยายผ่านมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ด้วย ทั้งนี้ ในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ นั้นต้องพิจารณาถึงเหตุในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามมาตรา 40 วรรคสองและ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรการตามมาตรา 77 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วย

อนึ่ง จากการศึกษาเรื่องการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทยที่กล่าวมาข้างต้น และแนวทางการรับรองภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมัน รัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศส และรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ นั้น มีข้อสังเกตเพิ่มเติมดังนี้

(1) การบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไทยเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับ รัฐธรรมนูญเยอรมันและรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ซึ่งมีการระบุสิทธิเสรีภาพที่รับรองเป็นรายมาตรา อันมีผลให้การรับรองสิทธิเสรีภาพมีความชัดเจนและเป็นการสร้างหลักประกันให้แก่สิทธิเสรีภาพนั้น

(2) สำหรับกรณีการรับรองสิทธิเสรีภาพที่ได้มีการระบุรับรองอย่างชัดเจนนั้น รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้สร้างกลไกในหลักการที่ปรากฏในมาตรา 25 ซึ่งรับรองและให้ ความความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่นอกเหนือจากที่บัญญัติอย่างชัดเจน ทั้งนี้ เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กับการรับรองสิทธิเสรีภาพของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ซึ่งเชื่อมโยงกับมาตรา 5 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชน และพลเมือง 1789 ที่วางหลักการว่า บุคคลมีเสรีภาพในการกระทำใด ๆ ซึ่งมีได้ถูกห้ามไว้โดยบทกฎหมาย

(3) องค์การตุลาการไทยมีแนวทางในการวินิจฉัยเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นสิทธิสัมพัทธ์ กล่าวคือ แม้เสรีภาพดังกล่าวได้รับการบัญญัติรับรอง ไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ด้วยการกำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดเสรีภาพไว้ตามรัฐธรรมนูญ ทำให้เสรีภาพ ดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้ในขอบเขตดังกล่าว ซึ่งการรับรองเสรีภาพในลักษณะสัมพัทธ์นี้ มีลักษณะ เดียวกันกับการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการในประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และ ประเทศเกาหลีใต้ โดยในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันและประเทศเกาหลีใต้มีการกำหนด หลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้อย่างชัดเจนและมีการยืนยันโดยองค์กรตุลาการว่าเสรีภาพใน การประกอบกิจการของบุคคลสามารถถูกจำกัดได้ เช่น คดีการกำหนดเวลาทำการของร้านขายยาของ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน และคดีห้ามเยาวชนเข้าถึงเกมออนไลน์ในช่วงเวลากลางคืนของศาล รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ สำหรับรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสนั้นแม้ลักษณะการรับรองสิทธิเสรีภาพจะแตกต่าง ออกไป แต่มีคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการที่ยืนยันว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการสามารถถูกจำกัด ได้เช่นกัน เช่น คดีการปิดทำการร้านค้าในรอบสัปดาห์ และคดีใบอนุญาตการพนันออนไลน์ เป็นต้น

## บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเกาหลีใต้ ตลอดจนเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว สามารถสรุปสาระสำคัญของเนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมถึงข้อเสนอแนะต่าง ๆ ได้ดังต่อไปนี้

### 5.1 บทสรุป

ภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ หลักการสำคัญของระบบเศรษฐกิจและการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบุคคลคือความเป็นเสรี ซึ่งส่งผลโดยตรงกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ อย่างไรก็ตาม เนื่องด้วยการเปลี่ยนแปลงทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง ทำให้เกิดเหตุผลความจำเป็นของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งภารกิจใหม่ของรัฐในด้านเศรษฐกิจและสังคมและการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ โดยหลักการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจนี้เป็นข้อจำกัดของหลักเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ อันสร้างความชอบธรรมให้แก่การใช้อำนาจรัฐที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน แม้ว่าในยุคเสรีนิยมทางเศรษฐกิจใหม่ในปัจจุบันจะยอมรับการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ แต่บทบาทในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจดังกล่าวควรจำกัดเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

ในประเด็นของเสรีภาพในการประกอบกิจการนั้น จากการศึกษาความหมายของเสรีภาพและลักษณะของกิจการในเชิงธุรกิจ สามารถให้ความหมายของเสรีภาพในการประกอบกิจการได้ว่าอำนาจหรือสภาวะการณ์ของบุคคลในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อประกอบกิจการหรือธุรกิจได้อย่างอิสระตามความประสงค์ของตน โดยที่ไม่ถูกขัดขวางหรือแทรกแซง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งเสรีภาพในการประกอบกิจการนี้มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ กล่าวคือ เสรีภาพทั้งสองต่างเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานในทางเศรษฐกิจของบุคคลในการที่จะดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอันเกี่ยวกับการทำงาน การประกอบอาชีพ หรือการประกอบธุรกิจ อีกทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการควบคู่กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 48 เบญจ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งนี้ สามารถพิจารณาได้ว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ



สำหรับการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการนั้น จากการศึกษาแนวทางของประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเกาหลีใต้ รวมถึงประเทศไทยนั้น มีลักษณะเป็นการรับรองที่เหมือนกันคือ รับรองแบบไม่เด็ดขาดหรือรับรองอย่างสัมพัทธ์ โดยรัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจในการที่จะจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นในภายหลังได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่เคยได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการไว้เป็นการเฉพาะ ได้กำหนดเงื่อนไขสำหรับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการมีรูปแบบคือ ต้องเป็นไปโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเหตุผลเฉพาะในด้านเนื้อหาคือ ต้องเป็นไปเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันเท่านั้น

นอกจากนี้ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเกาหลีใต้ ต่างให้คุณค่าเสรีภาพในการประกอบกิจการในระดับที่เป็นสิทธิเสรีภาพในระดับรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการผ่านบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับรอง “occupational freedom” และรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ได้รับรอง “freedom of occupation” ไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสรีภาพดังกล่าวเทียบเคียงได้กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่ได้รับการรับรองในมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในส่วนของการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดเจนควบคู่กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพเรื่อยมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อย่างไรก็ตาม ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการแต่อย่างใด ดังนั้นเสรีภาพในการประกอบกิจการจึง **มิได้รับการรับรองโดยชัดเจน**จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อย่างไรก็ตาม เนื่องด้วยเสรีภาพในการประกอบกิจการถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ด้วยเหตุผลสนับสนุน 5 ประการ ได้แก่ (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตได้เคยบัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างชัดเจนไว้ควบคู่กับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (2) แนวทางการพิจารณาขององค์กรตุลาการไทยไม่ได้แยกพิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างการประกอบกิจการกับการประกอบอาชีพ โดยได้คุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการผ่านบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (3) จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลเยอรมัน ฝรั่งเศส และ

เกาหลีใต้ที่เกี่ยวข้อง ศาลต่างประเทศก็มีได้แยกวิเคราะห์ความแตกต่างของเสรีภาพทั้งสองเช่นกัน โดยได้พิจารณาคดีอันมีผลเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยผ่านบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล (4) การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการผ่านบทบัญญัติเฉพาะที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นดีกว่าการพิจารณาเพียงเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ และ (5) ในการพิจารณาเรื่องการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ ตามหลักการตีความกฎหมายต้องพิจารณาจากบทบัญญัติเฉพาะที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นประโยชน์กับการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ ด้วยเหตุข้างต้น การที่มาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ เสรีภาพในการประกอบกิจการจึง**ได้รับการรับรองโดยปริยาย**ผ่านบทบัญญัติดังกล่าวและได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการไทยที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการพบว่า ทั้งศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด และศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่ปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้บุคคลสามารถบังคับใช้สิทธิเสรีภาพได้ในความเป็นจริง อีกทั้งยังเปิดช่องให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพสามารถพัฒนาต่อไปได้ในอนาคตตามพลวัตของสังคม โดยมีได้จำกัดอยู่เพียงที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงกล่าวได้ว่า องค์กรตุลาการมีบทบาทที่สำคัญในการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการทั้งทางตรงและทางอ้อม ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่เสรีภาพในการประกอบกิจการ**ได้รับการรับรองโดยคำพิพากษา**

สำหรับประเด็นบทบัญญัติที่ต้องนำมาพิจารณาในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น เมื่อพิจารณาแล้วว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เงื่อนไขและเหตุในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพทั้งมาตรา 40 วรรคสองและวรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรการในการตรากฎหมายตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะต้องถูกนำมาพิจารณาในกรณีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการควบคู่ไปกับหลักทั่วไปด้วย ทั้งนี้ การนำบทบัญญัติเฉพาะมาพิจารณาเรื่องการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการนี้ทำให้การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวทำได้ยากกว่าการพิจารณาเพียงแค่งื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ อันจะทำให้เกิดระดับการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการที่มากยิ่งขึ้น

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาประเด็นการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในส่วนที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

### (1) ข้อเสนอเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมาย

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีได้บัญญัติเงื่อนไขและเหตุเฉพาะสำหรับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ ประกอบกับเสรีภาพในการประกอบกิจการได้ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ได้รับการรับรองอย่างชัดแจ้งในมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอให้นำบทบัญญัติในส่วนของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ทั้งมาตรา 40 วรรคสองและวรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณากรณีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยอาศัยการตีความอย่างกว้างผ่านเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เนื่องจากการเพิ่มข้อพิจารณาหลักการเฉพาะนี้ เป็นเหตุให้การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการมีเงื่อนไขที่จะต้องพิจารณาประกอบมากขึ้น กล่าวคือ ต้องพิจารณาทั้งบทจำกัดสิทธิเสรีภาพทั่วไปและบทจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งจะทำให้การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการมีขอบเขตที่ชัดเจนขึ้น และทำให้เสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการคุ้มครองเพิ่มขึ้น

### (2) ข้อเสนอเกี่ยวกับการตราพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง

เนื่องจากมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดมาตรการสำคัญที่จำต้องคำนึงถึงในการตรากฎหมาย ซึ่งนอกจากมาตรการทั่วไปแล้วยังมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการและประกอบอาชีพเป็นการเฉพาะด้วย ผู้เขียนจึงเสนอให้ในการตราพระราชบัญญัติตลอดจนกฎหมายลำดับรองอันอาจมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ จะต้องตระหนักถึงมาตรการดังกล่าว เช่น การจัดให้มีกฎหมายเพียงพอที่จำเป็น การไม่ตรากฎหมายให้มีผลเป็นการสร้างอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน รวมถึงการใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็น ทั้งนี้ ในกรณีของระบบอนุญาตนั้น หากใช้เพียงพอที่จำเป็นแล้วจะเป็นการสนับสนุนให้เกิดการประกอบอาชีพและประกอบกิจการที่เสรียิ่งขึ้น นอกจากนี้เสนอให้นำเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพมาพิจารณาประกอบในการยกร่างกฎหมายทั้งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ และเป็นขอบเขตที่จะสามารถนำมากำหนดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการได้

### (3) ข้อเสนอเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ

สืบเนื่องจากผลการศึกษาพบว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการมีคุณค่าและความสำคัญในฐานะที่เป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐาน อีกทั้งยังมีคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอให้ในการใช้อำนาจใด ๆ ของเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการต้องเคารพเสรีภาพดังกล่าว โดยการจำกัดเสรีภาพนั้นต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด รวมถึงสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความได้สัดส่วน ทั้งนี้ เพื่อให้เสรีภาพของบุคคลได้รับการคุ้มครอง ตลอดจนทำให้การใช้อำนาจรัฐดังกล่าวเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักการแห่งนิติรัฐอีกด้วย



## บรรณานุกรม



## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นางสาวสุกฤตา ฉัตรพรธนกุล
วัน เดือน ปี เกิด	24 สิงหาคม 2533
สถานที่เกิด	จังหวัดเชียงใหม่
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ที่อยู่ปัจจุบัน	กรุงเทพมหานคร



