

เอกสารวิชาการส่วนบุคคล

(Individual Study)

**เรื่อง หลักประชาธิปไตย : เสรีภาพในการประกอบอาชีพ - กิจกรรมไปรษณีย์
ควรเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐจริงหรือไม่ ?**

Democracy: Freedom to work - Should the State Monopolize

Post Office Business?

จัดทำโดย นาย คณิต วัลยะเพ็ชร

รหัส 05 01 56

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการฝึกอบรม

หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 1

วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

เรื่อง หลักประชาธิปไตย : เสรีภาพในการประกอบอาชีพ - กิจการ
ไปรษณีย์ควรเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐจริงหรือ ?

**Democracy: Freedom to work - Should the State Monopolize Post
Office Business?**

จัดทำโดย นาย คณิต วัลยะเพ็ชร

รหัส 05 01 56

หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 1 ปี 2556

วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนุญ

รายงานนี้เป็นความคิดเห็นเฉพาะบุคคลของผู้ศึกษา

บทคัดย่อ

ประชาชนทุกคนที่อยู่ในประเทศซึ่งปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามความต้องการของตน แต่ก็ไม่ใช่ทุกคนจะมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพใด ๆ ก็ได้อย่างไม่จำกัด โดยมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพจะกระทำได้อีกต่อเมื่ออาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ เป็นต้น โดยเอกสารวิชาการฉบับนี้จะได้วิเคราะห์ถึงสาเหตุและปัจจัยในการตราพระราชบัญญัติไปรษณีย์โทรเลข พ.ศ. 2477 เพื่อจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการไปรษณีย์ของประชาชน โดยกำหนดให้เป็นกิจการที่ดำเนินการและผูกขาดโดยรัฐ อาศัยเหตุผลด้านการรักษาความมั่นคงของรัฐ และเศรษฐกิจของประเทศ เป็นหลัก ซึ่งในปัจจุบันข้อเท็จจริงและเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้เห็นได้ว่า สาเหตุและปัจจัยดังกล่าวได้หมดไปแล้ว กล่าวคือ แนวโน้มของการดำเนินกิจการของรัฐในประเทศต่าง ๆ ที่เริ่มถอยห่างและเปลี่ยนบทบาทไปจากเดิมที่รัฐเป็น "ผู้จัดทำบริการ" (provider) ให้แก่เอกชน เปลี่ยนแปลงเป็น "ผู้กำกับดูแลกติกากา" (regulator) เช่น การให้สิทธิเอกชนหรือประชาชนในการประกอบกิจการโทรคมนาคม และกิจการพลังงาน ภายใต้การควบคุมและกำกับดูแลโดยรัฐ เป็นต้น กรณีจึงทำให้มีข้อน่าขบคิดว่า ณ ปัจจุบัน การประกอบกิจการไปรษณีย์ในประเทศไทยยังสมควรเป็นกิจการที่ถูกผูกขาดโดยรัฐต่อไปจริงหรือ และการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากไม่สมควรเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐและมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว เอกชนหรือประชาชนผู้มีส่วนได้เสียมีช่องทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามกฎหมายอย่างไร

คำค้น: ประชาธิปไตย, เสรีภาพในการประกอบอาชีพ, การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ, การประกอบกิจการไปรษณีย์, การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

Compendium

Every citizen living in a democratic country is entitled to certain rights and has the liberty to engage in the occupation of his/her choice. However, this should not be interpreted to mean that everybody has an unlimited right in choosing an occupation. Article 43 of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 specifies that restrictions on the liberty to engage in an enterprise or an occupation shall not be imposed except by virtue of the law enacted for maintaining the security and safety of the State or economy. This academic article will analyze causes and factors of enacting the Post and Telegraph Act B.E. 2477 as a restriction of freedom to engage in a post office business by providing that the same shall be run and monopolized solely by the State and the purpose of which was to maintain the security and safety of the State or economy. Today, as facts and circumstances changed; those justifiable causes of the past no longer exist. The trend of the State's administration has altered from the State as a 'service provider' to a 'regulator'; for example, by providing private entities or individuals rights to engage in the telecommunication and energy industries under the supervision of the State. The questions now arise as to whether or not the post office business in Thailand should continue to be monopolized by the State and whether or not such restriction of right and liberty is proper under the Constitution. If not, how can a private entity or an interested citizen resolve the problem according to the law?

Search terms: Democracy, Freedom to Work, Restriction of Rights and Liberty, Engagement in the Post Office Business, Restriction of Rights and Liberty under the Constitution

สารบัญ

บทที่	หน้า
1. บทนำ.....	1
การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย.....	3
การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนุญกำหนด.....	4
การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็น.....	4
การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ.....	5
2. สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ.....	6
บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ.....	6
รัฐอาจมีการจำกัดเสรีภาพได้ หากเป็นไปตามข้อยกเว้น.....	7
กรณีศึกษา.....	7
3. บทวิเคราะห์กรณีการประกอบกิจการไปรษณีย์ควรถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือไม่.....	9
ความเป็นมา.....	9
บทวิเคราะห์.....	10
พิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....	13
4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	14
บรรณานุกรม.....	15

**หลักประชาธิปไตย : เสรีภาพในการประกอบอาชีพ - กิจการไปรษณีย์ควรเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐ
จริงหรือ ? Democracy: Freedom to work - Should the State Monopolize Post Office Business?**

1. บทนำ : หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

การปกครองระบอบประชาธิปไตย คือ การปกครองในระบอบที่ประชาชนเป็นใหญ่และประชาชนเป็นผู้ปกครองตนเอง การปกครองในระบอบนี้จึงส่งเสริมให้ประชาชนแต่ละคนมีสิทธิและเสรีภาพ เป็นปัจจัยพื้นฐานเพื่อที่จะใช้คุ้มครองและรองรับการกำหนดวิถีชีวิตของแต่ละบุคคลในสังคมตามลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่ถือว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระและมีศักดิ์ศรีที่เท่าเทียมกันจนกลายเป็นหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ที่ยอมรับโดยทั่วไปโดยนานาอารยประเทศ อย่างไรก็ตาม หลักความคิดนี้มีลักษณะเป็นนามธรรมที่ไม่อาจจับต้องได้และอาจถูกตีความไปในลักษณะต่าง ๆ ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจแห่งรัฐ ดังนั้น หลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่แท้จริงจะต้องเป็นการประกันซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่จะสามารถกำหนดวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเองโดยสมัครใจและได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐต่างก็ให้ความสำคัญกับเรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และมีบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้

อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุที่มนุษย์ มิได้อยู่เพียงลำพังในสังคม บุคคลทุกคนต่างก็สมควรได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยเสมอภาคและปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยไม่ควรมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องถูกกระทบสิทธิและเสรีภาพหรือต้องจำทนรับสภาพเพื่อให้อีกบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งสามารถใช้สิทธิของตนได้อย่างไม่จำกัด กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดกรอบและหลักเกณฑ์บางประการเพื่อให้บุคคลทุกคนได้รับและสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้อย่างเหมาะสมโดยไม่ไปกระทบหรือทำความเดือดร้อนแก่อีกบุคคลหนึ่งหรืออีกกลุ่มบุคคลหนึ่งจนเกินสมควร

นอกจากนี้ เมื่อบุคคลได้มาอยู่อาศัยร่วมกันเป็นชุมชนขนาดใหญ่ เช่น เป็นเมือง หรือเป็นรัฐแล้ว กรณีจึงมีอาจพิจารณาหรือคำนึงถึงเฉพาะสิทธิและเสรีภาพของแต่ละบุคคลอันเป็นประโยชน์ของปัจเจกชนแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของส่วนรวมเป็นที่ตั้งด้วย ซึ่งสามารถทำได้ แต่เนื่องจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีหลักคิดว่าเป็นระบอบการปกครองที่ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพและปกครองโดยประชาชนเพื่อประชาชนด้วยตนเอง ฉะนั้นการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจึงต้องเป็นการได้รับความยินยอมจากประชาชน อย่างไรก็ตาม

¹ ธีระ สุธีวรารุง, การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง, วารสารนิติศาสตร์ 4 ธันวาคม 2542, หน้า 578-579

ด้วยเหตุที่ในยุคปัจจุบันประชากรในแต่ละรัฐมีจำนวนมาก การให้ความยินยอมทางตรงอย่างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในสมัยกรีก-โรมัน จึงเป็นไปได้ในยุคปัจจุบัน การให้ความยินยอมจึงอยู่ในรูปการให้ความยินยอมผ่านผู้แทน ซึ่งผู้แทนของตนจะเป็นผู้ตรากฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะต้องอยู่ในรูปของกฎหมายที่ออกโดยผู้แทนของประชาชน ซึ่งในประเทศไทย คือการออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายที่จะต้องได้รับการพิจารณาและความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติหลักการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในมาตรา 29 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

"การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้"

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม"

อย่างไรก็ดี การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะจำกัดได้เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 29 ข้างต้น ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการจำกัดหรือลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมากเกินไป โดยจะเห็นได้ว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้น อย่างน้อยที่สุดจะต้องกระทำไปภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่า

- ประการแรก การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
- ประการที่สอง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น
- ประการที่สาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็น และ

- ประการที่สี่ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น²

ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะทำโดยเกินกว่าความจำเป็นไม่ได้ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง โดยหลักเกณฑ์ทั้งสี่ประการดังกล่าวสามารถพิจารณาในรายละเอียดได้ ดังนี้

(1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมาย

ในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมาย จึงแสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ยืนยันถึงการให้ "หลักนิติธรรม" เป็นหลักสำคัญ ซึ่งมีความหมายว่า รัฐบาล หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ของรัฐ ที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชา หรือการกำกับดูแลของรัฐบาล จะกระทำการใด ๆ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้ก็ต่อเมื่อ มีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น³ ตัวอย่าง คำพิพากษาฎีกาที่ 2383/2526 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ (นายณรงค์ วิทย์ไพศาล กับพวก) ได้ยื่นคำขอจัดตั้งบริษัทการลงทุนและคอมโมดิตี้ส์ (ประเทศไทย) จำกัด โดยมีวัตถุประสงค์ซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและเล่นแชร์ต่อจำเลย (กรมทะเบียนการค้า) แต่จำเลยก็ยังไม่ยอมจดทะเบียนให้โดยอ้างเหตุผลว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์สั่งให้รอการจดทะเบียนไว้ก่อน จนกว่าจะมีกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจเช่นนี้ คดีนี้ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาว่า "... การที่โจทก์มีความประสงค์จะจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบกิจการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและการเล่นแชร์ เป็นการประกอบอาชีพหรือจัดการทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำได้ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิเช่นนี้จะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัด ฉะนั้น เมื่อโจทก์ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท โดยมีวัตถุประสงค์ไม่ต้องห้ามหรือควบคุมตามกฎหมาย จึงเป็นหน้าที่ของจำเลยที่ต้องพิจารณาว่าคำขอของโจทก์ครบถ้วนถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1019 บัญญัติไว้หรือไม่เท่านั้น การที่จำเลยสั่งให้รอการรับจดทะเบียนไว้ก่อนตามที่มติคณะรัฐมนตรีเพื่อที่จะแก้ไขกฎหมายให้ควบคุมถึงการประกอบอาชีพของโจทก์ดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นการตัดสิทธิของโจทก์ที่จะพึงมีพึงได้โดยไม่มีกฎหมายสนับสนุนให้กระทำได้..."

² เพิ่งอ้าง, หน้า 579

³ เพิ่งอ้าง, หน้า 580

(2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด เพราะการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองและรักษาไว้เฉพาะเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชน หากรัฐสภาได้ตรากฎหมายหรือองค์การฝ่ายปกครองได้ออกกฎหรือข้อบังคับเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยไม่ได้เป็นไปเพื่อคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือกฎ หรือข้อบังคับนั้น ย่อมเป็นอันขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับไม่ได้ตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายมหาชนส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ประโยชน์สาธารณะซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้น ไม่จำเป็นต้องถูกกำหนดขึ้นไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป เนื่องจากว่า รัฐธรรมนูญเพียงแต่กำหนดเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้น องค์การผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายจึงย่อมมีอำนาจกำหนดประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามดุลพินิจของตนสำหรับใช้เป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เช่นกัน⁴ แต่ทั้งนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ประโยชน์สาธารณะที่รัฐอาจใช้เป็นฐานเพื่อนำมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะไม่จำเป็นต้องถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่การกำหนดประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ก็จะต้องสมเหตุสมผลและมีความชอบธรรมเพียงพอที่จะนำมาใช้กล่าวอ้างเพื่อลดทอนจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย เพราะมิฉะนั้นแล้ว กรณีที่ย่อมเท่ากับมิได้มีการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง

(3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดนั้น จะกระทำได้ที่จำเป็น คือ การจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เป็นไปโดยอำเภอใจตามหลักพอสมควรแก่เหตุนี้ แบ่งเป็น 3 หลักด้วยกัน คือ

- หลักความเหมาะสม - มาตรการที่องค์การนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้อง "เหมาะสม" ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ หากประจักษ์ชัดการตรากฎหมายไม่อาจบรรลุผลที่ต้องการได้อย่างแน่แท้ กรณีย่อมถือได้ว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสมและเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538 หน้า 336

- หลักความจำเป็น - มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกเอามาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากองค์กรนิติบัญญัติเลือกเอามาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้ ย่อมถือว่ากรณีเป็นการขัดต่อหลักความจำเป็น และขัดต่อรัฐธรรมนูญ
- หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ - นอกจากมาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนอกจากจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแล้ว ยังจะต้องเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบด้วย กล่าวคือองค์กรนิติบัญญัติจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ของประชาชนที่จะต้องสูญเสียไป อันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้น หากมาตรการนั้น ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการ มาตรการตามกฎหมายนั้นย่อมขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ⁵

(4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องหนึ่งเรื่องใด องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะมีอำนาจกระทำได้อีกเฉพาะแต่เพียงการไป " จำกัด " สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น ไม่รวมไปถึงการ " ตัด " หรือการ " เพิกถอน " สิทธิและเสรีภาพนั้นด้วย⁶ หากองค์กรทั้งหลายของรัฐไปตรากฎหมายเพิกถอนไม่ให้บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นกรณีใด บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ตราขึ้นมา ก็ย่อมเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง ทำให้มีผลใช้บังคับไม่ได้ตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁷ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ พระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ.2524 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 มาตรา 46(4) มีความว่า "พรรคการเมืองย่อมเลิกด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง ดังต่อไปนี้ (4) ไม่มีสมาชิกได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : "มาตร" ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2 หน้า 187-189

⁶ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 78

⁷ วีระ สุธีรวงศ์, การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง, วารสารนิติศาสตร์ 4 ธันวาคม 2542, หน้า 590-591

ในการเลือกตั้งทั่วไป" การกำหนดเงื่อนไขแห่งการดำรงอยู่ของพรรคการเมืองว่า ต้องมีสมาชิกได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกผู้แทนราษฎรในการเลือกตั้งทั่วไปทุกครั้ง หากในการเลือกตั้งทั่วไปคราวใด ไม่มีสมาชิกได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นต้องเลิกไปโดยอัตโนมัติ ซึ่งเป็นการ "ตัด" หรือ "เพิกถอน" สิทธิและเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมือง เพื่อดำเนินกิจการในทางการเมือง ตามวิถีทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตย กรณีจึงเป็นการล้ำเข้าไปกระทบถึง "แก่น" หรือ "สารัตถะ" ของเสรีภาพดังกล่าวแล้ว

2. สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

ในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยและมีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม โดยหลักการรัฐย่อมไม่มีหน้าที่ดำเนินการทางเศรษฐกิจเองแต่ควรปล่อยให้เป็นที่ของเอกชนและกลไกตลาด หน้าที่ของรัฐในด้านเศรษฐกิจจึงมีเพียงการกำกับดูแลให้การดำเนินการทางธุรกิจของเอกชนเป็นไปโดยเสรีและเป็นธรรมโดยการใช้อำนาจออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ และอำนาจในทางปฏิเสศที่จะไม่ออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใด ๆ ที่จะอุปสรรคหรือจำกัดเสรีภาพการประกอบอาชีพของเอกชน เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมาย⁸

ทั้งนี้ ประเทศไทยก็รับหลักการดังกล่าวไว้ โดยหลักการดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ⁹ และหลักประกันสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติว่า

"บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม"

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือ

⁸ ศิระณัฐ วิทยาธรรมธัช, *เสรีภาพในการประกอบอาชีพ : ศึกษาจากกฎหมายห้ามสูบบุหรี่ในสถานบริการ*, เข้าถึงได้จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1282>

⁹ มาตรา 84 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้

(1) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด และสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีสาธารณสุขโลก"

สิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน"

รัฐอาจมีการจำกัดเสรีภาพได้ หากเป็นไปตามข้อยกเว้น

จากบทบัญญัติดังกล่าวแม้รัฐธรรมนูญจะรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม แต่รัฐอาจมีการจำกัดเสรีภาพได้ หากเป็นไปตามข้อยกเว้น ดังนี้

- (1) เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ
- (2) เศรษฐกิจของประเทศ
- (3) การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค
- (4) การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (5) การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ
- (6) การคุ้มครองผู้บริโภค
- (7) การผังเมือง
- (8) การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม
- (9) สวัสดิภาพของประชาชน หรือ
- (10) เพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

ตัวอย่างของกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เช่น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 เป็นต้น¹⁰

กรณีศึกษา

นอกจากนี้ ยังมีกรณีศึกษาเกี่ยวกับการเรียกร้องเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนท้องถิ่นที่ต้องการเสรีภาพในการประกอบอาชีพหมักสุราที่บ้าน โดยมีใจความสำคัญว่า ในปัจจุบันการผลิตสุราที่บ้านรัฐยังไม่อนุญาตให้ประชาชนสามารถผลิตได้อย่างเสรีตามพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ.2493 ซึ่งกำหนดให้ ผู้ที่จะผลิตต้องขออนุญาตจากรัฐ ดังนั้น การผลิตสุราที่บ้าน โดยไม่ได้ขออนุญาตของประชาชน จึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ด้วยเหตุนี้เองจึงเกิดการเคลื่อนไหวของภาคประชาชน เรียกร้องให้รัฐยกเลิกพระราชบัญญัติดังกล่าวรวมทั้งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยอ้างว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ กรณีดังกล่าวนี้มีนักวิชาการให้ความเห็นเป็นสองฝ่าย

¹⁰ คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 เล่ม 1 มานิตย์ จุมปา หน้า276

- ฝ่ายแรก มีความเห็นว่า การผลิตสุราที่บ้าน เป็นเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้นพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ รัฐต้องมีการสนับสนุนให้ผลิตอย่างเสรี ตามระบบเศรษฐกิจแบบเสรี โดยอาศัยกลไกตลาด และกำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม พร้อมทั้งตรากฎหมายรองรับเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แต่จะตรากฎหมายที่ปิดกั้น หรือทำให้เกิดความติดขัด หรือเอื้อให้มีการผูกขาด อันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้
- ฝ่ายที่สอง มีความเห็นว่า การผลิตสุราที่บ้าน แม้จะเป็นเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่หากเปิดให้ทำได้โดยเสรี ย่อมเกิดผลเสียหลายประการ เช่น กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะทำให้สุขภาพผู้บริโภคเองเสื่อมโทรม และเป็นที่มาของหลากหลายปัญหา อาทิเช่น อาชญากรรม อุบัติเหตุ การทะเลาะวิวาท ปัญหาเยาวชน เป็นต้น เสรีภาพดังกล่าวจึงถูกจำกัดได้ตามมาตรา 29 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

อย่างไรก็ดี ในชั้นที่สุดศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยที่ 52-53/2547 แล้วว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 25 เป็นเรื่องบทนิยาม เรื่องการห้ามทำสุรา หรือมีภักษาหรือเครื่องกลั่นสำหรับทำสุราไว้ในครอบครอง เว้นแต่ได้รับใบอนุญาต และเรื่องห้ามมีเชื้อสุราไว้ในครอบครอง เว้นแต่ได้รับใบอนุญาต ซึ่งแม้จะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพในการทำสุราแต่ก็ไม่ได้ห้ามเด็ดขาด โดยกำหนดให้ต้องขออนุญาตทำสุรา หรือมีเชื้อสุราได้จากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประกอบกับพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มีความมุ่งหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน จัดระเบียบการประกอบอาชีพการทำสุราและคุ้มครองผู้บริโภคสุรา แม้จะเป็นการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคหนึ่ง แต่กรณีก็ต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 50 วรรคสอง และเป็นการจำกัดเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพสุรา เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ดังนั้น พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 25 เฉพาะความหมายของเชื้อสุราในส่วนที่ไม่ได้หมายความถึงแป้งข้าวหมัก และมาตรา 5 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50

จากคำวินิจฉัยดังกล่าว กรณีจึงเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพในการทำสุราไม่ได้เป็นการห้ามเด็ดขาด โดยหากประชาชนคนใดประสงค์จะประกอบอาชีพในการทำสุราก็สามารถทำได้เพียงแต่ต้องขออนุญาตทำสุรา หรือมีเชื้อสุราได้จาก

เจ้าหน้าที่ของรัฐก่อน นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้วินิจฉัยต่อไปว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว ก็เป็นไปตามข้อยกเว้นของมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ 2540 ซึ่งปัจจุบัน คือ มาตรา 43 วรรคสอง คือ สามารถจำกัดสิทธิดังกล่าวได้เพราะเป็นการจำกัดสิทธิเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคสุรานั้นเอง อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าเสียดายว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้เหตุผลโดยละเอียดว่า เพราะเหตุใดจึงเข้าข้อยกเว้นของ บทบัญญัติดังกล่าว

3. บทวิเคราะห์กรณีการประกอบกิจการไปรษณีย์ควรถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือไม่

ความเป็นมา

การประกอบกิจการไปรษณีย์เป็นการประกอบกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐ ดังจะเห็นได้จาก พระราชบัญญัติไปรษณีย์โทรเลข พ.ศ. 2477 มาตรา 5 และ มาตรา 6 ที่บัญญัติว่า

"มาตรา 5 รัฐบาลทรงไว้ซึ่งอำนาจสิทธิขาดที่จะจัดการไปรษณีย์ และตั้งที่ทำการไปรษณีย์ ภายในราชอาณาจักร

อำนาจนี้มอบหมายให้ไว้แก่กรมซึ่งมีสิทธิและหน้าที่จัดการไปรษณีย์ และตั้งที่ทำการไปรษณีย์ ขึ้น ตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร และมีหน้าที่ทำกิจการต่างๆ อันเกี่ยวแก่การรับ รวบรวม ส่ง จำย และ ส่งมอบไปรษณีย์ภัณฑ์ตามกฎหมาย ข้อบังคับ และคำสั่งที่ตั้งขึ้น

การตั้งหรือเลิกที่ทำการไปรษณีย์ ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา"

"มาตรา 6 เมื่อกรมได้จัดการไปรษณีย์ขึ้นที่ใดแล้ว ห้ามมิให้บุคคลซึ่งไม่ได้รับอำนาจตาม พระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่น ส่ง จัดให้ส่ง ฝาก ส่งมอบให้แก่ผู้อื่นเพื่อให้ไปส่ง นำส่ง หรือกระทำการอื่นเกี่ยวกับการนำส่งจดหมาย หรือไปรษณียบัตรโดยทางอื่นนอกจากทางไปรษณีย์ เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้

(1) จดหมายหรือไปรษณียบัตรไม่เกินสามฉบับที่ฝากผู้เดินทาง โดยผู้รับฝากนั้นมิได้รับ เงินเดือน ค่าจ้าง รางวัล หรือผลประโยชน์ใดๆ ในการนั้น

(2) จดหมายหรือไปรษณียบัตรที่ได้จัดให้ผู้เดินทางสี่พิเศษถือไป และเกี่ยวข้องกับกิจธุระ ของผู้ฝาก หรือผู้รับจดหมายหรือไปรษณียบัตรนั้น โดยเฉพาะ และผู้เดินทางสี่นั้นต้องห้ามมิให้รับ จดหมายหรือไปรษณียบัตรจากผู้อื่น หรือนำส่งจดหมายหรือไปรษณียบัตรให้แก่ผู้อื่น

(3) จดหมายหรือไปรษณียบัตรที่เกี่ยวข้องเฉพาะสินค้า หรือทรัพย์สินที่ส่งไปโดยทางบก ทาง น้ำ หรือทางอากาศ ซึ่งจะต้องส่งมอบพร้อมกับสินค้าหรือทรัพย์สินนั้น โดยมีต้องเสียค่าจ้าง รางวัล หรือ ได้ผลประโยชน์ใดๆ ในการรับนำไป หรือส่งมอบจดหมายหรือไปรษณียบัตรนั้น แต่จดหมายหรือ

ไปรษณีย์บัตรนั้น ต้องให้เจ้าพนักงานตรวจดูได้ และต้องมีคำว่า “จดหมายของผู้รับตราส่ง” หรือถ้อยคำ
 อย่างอื่นทำนองเดียวกัน”

บทวิเคราะห์

เหตุที่กิจการไปรษณีย์เป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐในอดีต ผู้ศึกษาวิเคราะห์ว่า มีเหตุมาจาก
 ที่มาต่างกัน คือ

ประการแรก มีเหตุผลมาจากด้านความมั่นคง เพราะในอดีตการส่งจดหมายเป็นช่องการสื่อสาร
 ทางไกลที่สำคัญ (ในอดีตไม่ได้มีช่องทางการสื่อสารมากเหมือนกับในปัจจุบัน เช่น โทรศัพท์มือถือ
 อินเทอร์เน็ต เฟสบุค เป็นต้น) และรัฐต้องการที่จะตรวจสอบเฝ้าดูความเคลื่อนไหวของประชาชนที่
 อยู่ในรัฐด้วยเหตุผลความจำเป็นของรัฐ ทั้งนี้ อาจแบ่งได้เป็น 3 ยุค ได้ดังนี้

(ก) ยุคการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีพระมหากษัตริย์ทรง
 เป็นผู้มีอำนาจเด็ดขาดเป็นเจ้าของชีวิต และเป็นเจ้าแผ่นดินและทรัพย์สิน ซึ่งในยุคนี้ประชาชนไม่มี
 หลักประกันสิทธิเสรีภาพใด ๆ ที่แน่นอน โดยมีความเชื่อว่าผู้ที่แข็งแกร่งเท่านั้นจึงคู่ควรกับตำแหน่ง
 อันสูงสุดนี้ จึงเกิดการต่อสู้กัน ซึ่งนำไปสู่สงครามเพื่อแย่งชิงตำแหน่งประมุขของประเทศ กรณีจึง
 ไม่เป็นเรื่องที่น่าแปลกใจที่มีเหตุผลความจำเป็นที่รัฐจะเข้าตรวจสอบและผูกขาดการส่งจดหมายซึ่ง
 เป็นช่องทางการติดต่อสื่อสาร เพื่อเฝ้าดูความเคลื่อนไหวของประชาชนที่อยู่ในรัฐว่ามีแนวโน้ม
 จะกระด้างกระเดื่องหรือไม่

(ข) ยุคการล่าอาณานิคม และยุคสงครามโลกครั้งที่ 1 และสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยหลักแล้ว
 ในภาวะสงครามย่อมต้องมีการติดต่อสื่อสารกัน โดยสมัยนั้นการติดต่อกระทำได้โดยการส่งจดหมาย
 เป็นส่วนใหญ่ทำให้มีความเสี่ยงเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลภายในประเทศไม่ว่าจะเป็นข้อมูล
 ทางราชการ ข้อมูลเรื่องแผนการรบ การโจมตี ซึ่งอาจตกไปอยู่ในมือฝ่ายตรงข้ามได้ ด้วยเหตุผลนี้เอง
 จึงจำเป็นต้องให้กิจการไปรษณีย์ต้องอยู่ในความดูแลของรัฐ ทั้งนี้เพื่อความมั่นคงของประเทศชาติ
 นั้นเอง

(ค) ยุคเริ่มต้นการปกครองระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากในยุคนี้ การปกครองในระบอบ
 ประชาธิปไตยยังไม่เข้มแข็ง และอาจมีการโต้การเปลี่ยนแปลงการปกครองให้เป็นระบอบ
 สมบูรณาญาสิทธิราชย์เช่นเดิม ดังนั้น กรณีจึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพในการ
 ติดต่อสื่อสารเพื่อความปลอดภัยด้านความมั่นคง และเพื่อให้รู้แหล่งข่าวที่อาจมีการก่อการกบฏต่อ
 การเปลี่ยนแปลงการปกครอง

ประการที่สอง เหตุที่รัฐต้องถือว่ากิจการไปรษณีย์เป็นกิจการที่ผูกขาด เพราะว่า ในสมัยก่อน
 การติดต่อสื่อสารยังไม่ได้มีการพัฒนาอย่างเช่นปัจจุบัน การติดต่อผ่านทางไปรษณีย์จึงถือเป็น
 เรื่องสำคัญและเป็นปัจจัยพื้นฐานของรัฐในยุคสมัยนั้น อย่างไรก็ตาม การจะให้บริการดังกล่าวครอบคลุม

ทั่วประเทศจะใช้ต้นทุนค่อนข้างสูงมาก และยังไม่มีเอกชนที่มีเงินทุนและความสามารถที่เพียงพอที่จะดำเนินกิจการดังกล่าวได้ จึงทำให้รัฐต้องจัดทำบริการดังกล่าวเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนจำนวนมาก การดำเนินกิจการไปรษณีย์ในยุคดังกล่าวจึงเป็นบริการสาธารณะ และอาจมีเหตุผลที่ต้องการคุมมาตรฐานการให้บริการไปรษณีย์ เพราะหากปล่อยให้เอกชนในยุคนี้ซึ่งยังไม่มีความสามารถดำเนินการ อาจส่งผลกระทบต่อความคิดต่อสื่อสารผ่านทางไปรษณีย์ของประชาชน ซึ่งอาจทำให้ประชาชนไม่ได้รับบริการที่ดีกว่าเดิม

กรณีจะเห็นได้ว่า ในสมัยก่อนนั้น กิจการไปรษณีย์มีความจำเป็นที่จะต้องอยู่ในความควบคุมของรัฐ เพื่อความมั่นคงของประเทศและด้วยข้อจำกัดในความสามารถของเอกชนในการดำเนินการดังกล่าว แต่ในปัจจุบันนี้ ข้อเท็จจริงและเหตุการณ์ต่าง ๆ ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กล่าวคือ จากสถานการณ์ที่ประเทศต่าง ๆ เคยมีสงครามก็กลับอยู่อย่างสงบมีสันติภาพ ดังนั้น กิจการไปรษณีย์ในปัจจุบัน จึงไม่มีเหตุผลต้องควบคุมด้วยเหตุผลความจำเป็นด้านความมั่นคงและปลอดภัยต่อประเทศชาติ ดังในอดีตตามที่ได้เรียนไว้ข้างต้น นอกจากนี้ ในปัจจุบันที่เป็นยุคโลกาภิวัตน์และมีการเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยีอย่างก้าวกระโดด ทำให้ระบบไปรษณีย์ที่อยู่ในความควบคุมดูแลและดำเนินการโดยภาครัฐซึ่งมีขั้นตอนและกระบวนการดำเนินการที่ต้องเป็นไปตามลำดับขั้นตอนตามกฎหมาย อันทำให้มีกระบวนการขั้นตอนที่ยุ่งยาก ทับซ้อนทำให้การดำเนินการโดยรัฐเป็นไปด้วยความล่าช้า และไม่ทันสมัยเท่ากับภาคเอกชนที่สามารถดำเนินการได้คล่องตัวมากกว่าและมีระบบการส่งพัสดุและไปรษณีย์ที่คิดว่า รวดเร็วกว่า อีกทั้ง ภาคเอกชนยังมีความสามารถในการจัดส่งให้ครอบคลุมพื้นที่ได้มากกว่าภาครัฐ เช่น FedEx และ DHL ซึ่งดำเนินกิจการไปรษณีย์อย่างครบวงจรและมีพื้นที่การให้บริการในระดับสากล เป็นต้น

ปัญหาที่น่าขบคิดต่อไปจึงมีอยู่ว่า เมื่อข้อเท็จจริงและเหตุการณ์ที่ทำให้รัฐมีความจำเป็นต้องเป็นผู้ผูกขาดการดำเนินกิจการไปรษณีย์หมดไปแล้ว การประกอบกิจการไปรษณีย์ควรจะเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐ ตามมาตรา 5 และ มาตรา 6 พระราชบัญญัติไปรษณีย์โทรเลข พ.ศ. 2477 หรือไม่ และหากเอกชนประสงค์จะดำเนินกิจการไปรษณีย์ดังเช่นประเทศต่าง ๆ ในสากล จะมีทางแก้ปัญหาอย่างไร ?

ประการที่สาม หากพิจารณาแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐด้านเศรษฐกิจ มาตรา 84 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติว่า รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบาทสำคัญที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจและต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน นอกจากนี้ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 43 ที่รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อ

ประกันเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพ รวมทั้งเสรีภาพในการแข่งขันทางธุรกิจอย่างเป็นธรรม โดยรัฐจะจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพไม่ได้ เว้นแต่จะอาศัยตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่รัฐธรรมนุญกำหนดไว้เท่านั้น¹¹ กล่าวคือ เพื่อรักษาความมั่นคง หรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

ทั้งนี้ เมื่อการประกอบกิจการไปรษณีย์ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องอยู่ในความควบคุมของรัฐเพื่อความมั่นคงของประเทศและเพื่อเศรษฐกิจของประเทศอีกต่อไป ตลอดจนการประกอบกิจการดังกล่าวก็มิได้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด นอกจากนี้การประกอบกิจการโดยภาคเอกชนยังมีข้อดีเพราะทำให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศมีการกระจายตัวมากขึ้น ไม่ได้ถูกผูกขาดโดยรัฐอยู่ฝ่ายเดียว กรณีจึงยอมส่งผลดีต่อภาพรวมและสอดคล้องกับแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐด้านเศรษฐกิจภายในประเทศอีกด้วย ประกอบกับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติแนวนโยบายเศรษฐกิจโดยเสรีของนานาประเทศ ซึ่งทำให้แต่รัฐต้องผ่อนถ่ายการประกอบกิจการซึ่งเป็นการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทของรัฐออกไปให้เอกชนดำเนินการแทน โดยวิธีการแปรรูปจาก “การจัดทำบริการสาธารณะ” ไปเป็น “การประกอบธุรกิจทางเอกชน” และหากรัฐประสงค์จะจัดทำบริการเหล่านั้นต่อไปเช่นเดิม ก็ต้องลงมาแข่งขันกับเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกันด้วยกติกาเดียวกัน โดยห้ามมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชน กล่าวคือ ในกิจการเหล่านี้ รัฐต้อง “ถอย” ออกไป เปลี่ยนบทบาทจาก “ผู้จัดทำ” (provider) มาเป็น “ผู้ดูแลกติกา” (regulator) แทน ซึ่งในประเทศไทย ณ ปัจจุบันกิจการโทรคมนาคมและการสื่อสาร และกิจการพลังงาน¹² ก็ได้แปลงสภาพจาก “บริการสาธารณะ” ในความหมายแบบดั้งเดิมที่รัฐเป็นผู้ผูกขาด มาเป็นการประกอบธุรกิจที่เอกชนมีเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้ระบบการอนุญาต โดยรัฐอยู่ในฐานะเป็นผู้กำกับดูแลการประกอบกิจการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้นแล้ว

ด้วยเหตุผลและข้อเท็จจริงที่ปรากฏข้างต้น ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า เมื่อ ณ ปัจจุบัน เหตุผลของการตราพระราชบัญญัติไปรษณีย์โทรเลข พ.ศ. 2477 ที่ให้อำนาจผูกขาดการประกอบกิจการไปรษณีย์ไทยนั้น ได้หมดลงไปแล้ว และ ณ ปัจจุบัน ผู้ประกอบกิจการไปรษณีย์ของประเทศไทย คือ กรมไปรษณีย์โทรเลขยังถูกแปลงสภาพเป็นบริษัทรัฐวิสาหกิจ คือ บริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด เพื่อ

¹¹ สำนักกรมวิชาการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 36

¹² ปิยนุตร แสงกนกกุล, ประเด็นทางกฎหมายปกครองที่น่าสนใจจากกรณีการประมูลคลื่นความถี่ 3 จี (ตอนที่ 2) : การประมูลเพื่อได้มาซึ่งใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ 3 จีอยู่ภายใต้กฎหมายฮั่วหรือไม่?, เข้าถึงได้จาก <http://www.enlightened-jurists.com/page/277>

ให้สอดคล้องกับการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม เฉกเช่นประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรป เช่น ประเทศอังกฤษ หรือในภูมิภาคเอเชีย เช่น ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น ดังนั้น การกำหนดให้การประกอบกิจการไปรษณีย์ยังคงเป็นกิจการที่ผูกขาดตามพระราชบัญญัติไปรษณีย์โทรเลข พ.ศ. 2477 ดังกล่าวต่อไป จึงอาจเป็นการขัดหรือแย้งต่อมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

พิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

มีตัวอย่างที่น่าสนใจที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยที่ 52-12/2552 ที่อาจนำมาประกอบกับความเห็นข้างต้นได้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยไม่จำเป็นและไม่เข้าข้อยกเว้นที่ให้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า การมีประกาศของคณะปฏิวัติออกมาโดยห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ตั้งแต่เวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกา วันแต่จะได้รับการใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจ สำหรับนครหลวงกรุงเทพมหานครหรือนครหรือผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่น นั้น จะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมืองตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชนในขณะที่ตรากฎหมายนั้น และในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว การจำกัดเสรีภาพในการขายอาหารหรือเครื่องดื่มในช่วงเวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกาของแต่ละวันนั้น นอกจากจะเป็นการจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพค้าขายโดยสุจริตของประชาชนจำนวนมากโดยไม่จำเป็นแล้ว ยังเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนผู้ประกอบการสุจริตอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นจะต้องบริโภคอาหารและเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวของแต่ละวันโดยไม่มีเหตุผลและความจำเป็นสนับสนุนอีกด้วย ถึงแม้จะมีการผ่อนปรนให้ขอรับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ว่าราชการจังหวัดได้ ก็ยังคงเป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็นอยู่ดี เพราะการที่จะบังคับให้ประชาชนที่ประกอบอาชีพค้าขายอาหารหรือเครื่องดื่มทั่วทุกพื้นที่ของประเทศจะต้องไปขอใบอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐนั้น เป็นสิ่งที่ยากต่อการปฏิบัติ ทั้งยังเป็นช่องทางให้ประชาชนผู้ประกอบการเหล่านั้นต้องตกอยู่ใต้อำนาจครอบงำของเจ้าหน้าที่โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรอีกด้วย การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเห็นได้ชัดว่า มิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขโลก การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือประโยชน์อื่น ๆ ตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคสอง แต่อย่างใด ประกอบกับความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และไม่เหมาะสมกับวิถีชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ

รับรองไว้เกินกว่าความจำเป็น และกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของเสรีภาพนั้น อันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคแรก ด้วย¹³

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ด้วยสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป กรณีเป็นที่ยุติว่า แนวโน้มของกระแสโลกประเทศต่าง ๆ เริ่มถอยห่างและเปลี่ยนบทบาท จาก "ผู้จัดทำ" (provider) บริการให้แก่เอกชน มาเป็นผู้กำกับดูแลกติกา (regulator) ประกอบกับ ประเทศไทยก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงและให้เสรีภาพแก่เอกชนในการประกอบกิจการ เช่น กิจการโทรคมนาคม และกิจการพลังงาน ไปแล้ว เมื่อผู้ศึกษามีทรรศนะว่า ณ ปัจจุบัน การประกอบกิจการไปรษณีย์ไม่สมควรให้เป็นกิจการที่ถูกผูกขาดต่อไป เพราะปัจจุบันไม่มีความจำเป็นต้องควบคุมกิจการดังกล่าวด้วยเหตุผลความมั่นคงหรือความสามารถของเอกชนอีกต่อไป อีกทั้ง ณ ปัจจุบัน มีเอกชนที่มีความพร้อมและมีความสามารถในการจัดทำบริการไปรษณีย์ได้แล้ว ดังนั้น หากผู้มีส่วนได้เสียท่านใดหรือผู้ประกอบการรายใด อยากร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 5 และ มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติไปรษณีย์โทรเลข พ.ศ. 2477 ซึ่งจำกัดสิทธิในการประกอบกิจการไปรษณีย์ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ท่านก็สามารถดำเนินการร้องขอต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อให้พิจารณายื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 245 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เนื่องจากเป็นกรณีที่เห็นว่า มาตรา 5 และ มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติไปรษณีย์โทรเลข พ.ศ. 2477 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนอันอาจเป็นการขัดต่อมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

¹³ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 ฉบับปรับปรุงใหม่, หน้า 296-300

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความภาษาไทย

1. ชีระ สุธีวรังกูร, การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง, วารสารนิติศาสตร์ 4 ธันวาคม 2542
2. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538
3. มานิตย์ จุ่มปลา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555
4. วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : "มาตร" ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2
5. วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2543
6. สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เว็บไซต์

1. ปิยบุตร แสงกนกกุล, ประเด็นทางกฎหมายปกครองที่น่าสนใจจากกรณีการประมวลคลื่นความถี่ 3 จี (ตอนที่ 2) : การประมวลเพื่อได้มาซึ่งใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ 3 จีอยู่ภายใต้กฎหมายฮั้วหรือไม่?, เข้าถึงได้จาก <http://www.enlightened-jurists.com/page/277>
2. ศิระณัฐ วิทยาธรรมรัช, เสรีภาพในการประกอบอาชีพ : ศึกษาจากกฎหมายห้ามสูบบุหรี่ในสถานบริการ, เข้าถึงได้จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1282>