

เอกสารวิชาการส่วนบุคคล

(Individual Study)

เรื่อง ประชาธิปไตยกับขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ

จัดทำโดย นาย เซว่น กาญจนะไพบูลย์

รหัส ๑๐๐๑๕๖

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการฝึกอบรม

หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่น ๑

วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

เรื่อง ประชาธิปไตยกับขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพในการ  
ประกอบธุรกิจ

จัดทำโดย นาย เขว่น กาญจนะไพบูลย์

รหัส ๑๐๐๑๕๖

หลักสูตรหลักนิเทศกรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๑ ปี ๒๕๕๖

วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนุญ

รายงานนี้เป็นความคิดเห็นเฉพาะส่วนบุคคลของผู้ศึกษา

## ประชาธิปไตยกับขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ Democracy and Scope of Right and Liberty in Business Operation

### Abstract

Due to the current situation of Thailand, the businesses operated by private sectors significantly play a role in order to drive the country economy. All types or sizes of private sectors should have an influence to their sectors themselves and government sector. In 2015, Thailand will join an Asean Community. The foreigners in member countries should be brought to carry out their own business in Thailand which would positively and negatively affect to the Thai economy and society. This article is mentioned on the liberty and problems under the Constitution of Thailand B.C.2550, article 43, imposed that “The person shall have a liberty to conduct business and occupation with free and fair competition.” The problems may be occurred after Thailand joins Asian Community including the interpretation of the scope of “person” definition under such article 43.

### บทคัดย่อ

เนื่องจากในสภาวะการณ์ปัจจุบัน ประเทศไทยมีการประกอบธุรกิจจากภาคเอกชนเป็นปัจจัยหลักในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศ ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจขนาดใหญ่ ขนาดกลาง หรือขนาดย่อม ล้วนแล้วแต่มีอิทธิพลต่อทั้งภาคเอกชน และภาครัฐ นอกจากนี้ในปีพุทธศักราช 2558 ประเทศไทยจะเข้าสู่สมาคมอาเซียน ซึ่งจะทำให้เกิดการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างชาติมากขึ้น ย่อมส่งผลต่อสภาวะเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศไทยทั้งในด้านบวก และด้านลบ บทความนี้จึงจะกล่าวถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพและประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้อง ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 43 กำหนดว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” ซึ่งปัญญุมหาอาจเกิดขึ้นเมื่อประเทศไทยเข้าสู่สมาคมอาเซียน ตลอดจน คำว่า “บุคคล” ตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญนี้มีความหมายครอบคลุมแค่ไหนอย่างไร

คำสำคัญ “บุคคล”ภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 ในมาตรา 43

เสรีภาพในการประกอบกิจการ

## 1. ที่มาและสภาพปัญหา

เนื่องจากในสภาวะการณ์ปัจจุบันประเทศไทยมีการประกอบธุรกิจจากภาคเอกชนเป็นปัจจัยหลักในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศ ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจขนาดใหญ่ ขนาดกลาง หรือขนาดย่อม ล้วนแล้วแต่มีอิทธิพลต่อทั้งภาคเอกชน และภาครัฐ กล่าวคือ การประกอบธุรกิจของภาคเอกชนก็จะเป็นการอำนวยความสะดวกให้กับประชาชน และเป็นการเกื้อหนุนกันเองระหว่างภาคเอกชน ส่วนในภาครัฐนั้น ภาครัฐก็จะได้เก็บภาษีจากเอกชนเพื่อนำไปพัฒนาประเทศต่อไป ทำให้ไม่ว่าจะมองในด้านใดการประกอบธุรกิจของภาคเอกชนนั้นย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมเป็นอย่างยิ่ง

นอกจากนี้ในปีพุทธศักราช 2558 ประเทศไทยจะเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งจะก่อให้เกิดการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างชาติมากขึ้น ย่อมส่งผลต่อสถานะเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศไทยทั้งในด้านบวก และด้านลบ เช่น การเข้าเมืองที่ลดความเข้มงวดลงอาจทำให้เกิดการนำเข้าสิ่งผิดกฎหมายได้ง่ายขึ้น เป็นต้น ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องมีการสร้างกระบวนการขึ้นมาเพื่อตรวจสอบเป็นพิเศษนอกเหนือไปจากกระบวนการตามปกติธรรมดาที่ได้ใช้อยู่ในปัจจุบัน ทั้งนี้หลักการเสรีภาพในการประกอบธุรกิจเป็นหลักการหนึ่งภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 โดยมาตรา 43 กำหนดว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม” ซึ่งปัญหาย่อมเกิดขึ้นเมื่อประเทศไทยเข้าสู่ประชาคมอาเซียนแล้วว่า คำว่า “บุคคล” ตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญนี้มีความหมายแค่ไหนอย่างไร เพราะเมื่อเริ่มมีการลงทุนจากต่างชาติมากขึ้นแล้ว ย่อมก่อให้เกิดการแข่งขันมากขึ้นตามไปด้วย หากตีความโดยให้เสรีภาพเป็นการทั่วไป ย่อมเท่ากับเป็นการไม่คุ้มครองประชาชนในประเทศหรือไม่ หรือหากจะไม่ให้เสรีภาพแก่นักลงทุนต่างชาติ ย่อมเท่ากับเป็นการสร้างเงื่อนไขที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของประชาคมอาเซียนหรือไม่ สิ่งเหล่านี้ย่อมเกิดขึ้นจึงทำให้จะต้องมีการศึกษาและสร้างความเข้าใจในมาตราดังกล่าวของรัฐธรรมนูญ แม้หลักการดังกล่าวจะให้เสรีภาพแก่บุคคลไว้ แต่ก็ยังคงวางข้อกเว้นไว้ด้วยว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน” ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อกเว้นดังกล่าวนี้มีมากจน

อาจทำให้เกิดอุปสรรคต่อการลงทุนภายใต้กรอบของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยอาจทำให้สภาพเศรษฐกิจของประเทศไทยไม่ขยายตัวเท่าที่ควรเมื่อเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้ว จึงจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีความเหมาะสมต่อสภาพสังคม และเศรษฐกิจที่กำลังจะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่

ดังนั้นประเด็นในการศึกษาของบทความนี้จึงมีอยู่ด้วยกัน 2 ประเด็น โดยประเด็นแรก คือ ตามบทบัญญัติมาตรา 43 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้นได้ให้เสรีภาพแก่บุคคลในการประกอบธุรกิจ หรือประกอบอาชีพ ซึ่งคำว่า “บุคคล” นี้จะมีความหมายกว้างเพียงไร จะรวมถึงนักลงทุนข้ามชาติด้วยหรือไม่ และจะส่งผลกระทบต่อนักธุรกิจภายในประเทศอย่างไร ซึ่งความหมายของคำว่า “บุคคล” นี้ย่อมจะแสดงให้เห็นถึงแนวทางในการปรับใช้กฎหมายแม่บทต่อนักลงทุนต่างชาติต่อไป

ประเด็นต่อมา คือ ข้อยกเว้นบทหลักในมาตรา 43 วรรคสองนั้น ได้บัญญัติยกเว้นไว้หลายประการจนอาจจะก่อให้เกิดเป็นอุปสรรคต่อการรวมกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการลงทุนในประเทศไทยที่อาจจะไม่ขยายตัวเท่าที่ควร ดังนั้นจึงควรที่จะศึกษาถึงความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติยกเว้นเสรีภาพในการประกอบอาชีพดังกล่าวให้เหมาะสมกับสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

บทความนี้จึงจะกล่าวถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพและประเด็นปัญหาดังกล่าวเพื่อเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านที่ต้องการศึกษาต่อไป

## 2. ความหมาย ประวัติความเป็นมา และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ

ก่อนที่จะพิจารณาถึงปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของสิทธิ และเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ การทราบถึงความหมาย ประวัติความเป็นมา รวมถึงแนวคิดทฤษฎีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพ เพื่อให้เข้าใจถึงขอบเขตในทางทฤษฎีของสิทธิ และเสรีภาพในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจดังกล่าว ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

### 2.1 ความหมายของสิทธิ และเสรีภาพ

“สิทธิและเสรีภาพ” โดยส่วนใหญ่แล้วจะถูกนำมาอ้างในการกระทำการ หรือห้ามมิให้กระทำการ รวมทั้งเรียกร้องให้รัฐกระทำการหรือโต้แย้งการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของรัฐ ซึ่ง

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ความชัดเจนในความหมายของคำทั้งสองคำดังกล่าวนี้ ยังคงคลุมเครือ และต้องการการอธิบายที่ชัดเจนเพื่อเป็นประโยชน์ต่อทั้งทางทฤษฎี และปฏิบัติ โดยคำว่า “สิทธิ” นั้น นักนิติศาสตร์หลายท่าน ได้ให้ความหมายไว้ดังนี้

ขุนประเสริฐศุกุมাত্রา ได้อธิบายว่า “สิทธิ หมายถึง อำนาจหรือความสามารถซึ่งกฎหมายรับรองป้องกันให้บุคคลผู้หนึ่งมีอำนาจร้องขอให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ”<sup>1</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่า “สิทธิเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นในอันที่จะต้องปฏิบัติตามการให้เป็นไปตามประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ รวมถึงมีหน้าที่ที่จะไม่รบกวนต่อสิทธิหรือหน้าที่ที่จะกระทำการหรือละเว้นกระทำการหนึ่งอย่างใดให้เป็นไปตามสิทธิ ทั้งนี้ แล้วแต่ประเภทของสิทธินั้นๆ ด้วย”<sup>2</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร.โกสิน พลกุล ได้ให้ความหมายว่า “สิทธิ หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้”<sup>3</sup>

คณิน บุญสุวรรณ ให้ความหมายไว้ว่า “สิทธิ หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมที่บุคคลสามารถที่จะมีหรือทำอะไรก็ได้ที่มีกฎหมายรองรับ แต่คำว่าจะทำอะไรก็ได้ในที่นี้ มิได้หมายความว่า ทำอะไรได้ตามใจ เพราะหากทำอะไรลงไปแล้วเกิดไปกระทบสิทธิของคนอื่นหรือทำให้คนอื่นต้องเดือดร้อนเสียหาย หรือสูญเสียอะไรบางอย่าง การกระทำดังกล่าวก็เป็นสิ่งที่ต้องห้าม เช่น สิทธิในการมีทรัพย์สินส่วนตัว สิทธิในที่ดิน สิทธิในการป้องกันตัวเอง หรือสิทธิในการใช้รถใช้ถนน สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น”<sup>4</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ อธิบายว่า “สิทธิ คืออำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น (เช่น สิทธิทางหนี้

---

<sup>1</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, “รายงานผลการศึกษาวิจัย เรื่อง การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (ตอนที่ ๑),” [Online available] URL: <http://www.pub-law.net>.

<sup>2</sup> หยุด แสงอุทัย, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป,” (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพริ้ง, 2535), หน้า 224.

<sup>3</sup> โกสิน พลกุล, “หลักกฎหมายมหาชน,” พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539), หน้า 138- 139.

<sup>4</sup> คณิน บุญสุวรรณ, “คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน,” (กรุงเทพมหานคร: สุขภาพใจ, 2547) หน้า 21.

กรรมสิทธิ์ ฯลฯ) เป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่ง ในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคน หนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน หรือให้ละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง”<sup>5</sup>

จากแนวทางของนักนิติศาสตร์หลายท่านที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า “สิทธิ” นั้นเป็นคำ ที่ใช้เรียกอำนาจหรือประโยชน์ที่บุคคลควรจะได้รับภายใต้หลักการพื้นฐานของเหตุและผล เพื่อใช้ ยันต่อบุคคลอื่นๆ และยอมเกิดหน้าที่ต่อบุคคลผู้ซึ่งมิใช่เจ้าของสิทธิ เช่น ในทางแพ่งหากเกิดสิทธิ แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ย่อมเกิดภาระหน้าที่แก่บุคคลอีกบุคคลหนึ่ง หรือบุคคลอื่นๆ ทั้งในทาง ทรัพย์สิน และทางการกระทำ เป็นต้น เมื่อสิทธิเป็นอำนาจของบุคคลที่สามารถใช้บังคับบุคคลอื่นๆ ที่ มิใช่ผู้ทรงสิทธิได้ ทำให้จำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายรับรองอำนาจหรือประโยชน์ของบุคคลที่เรียกว่า “สิทธิ” นี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้สิทธิของบุคคล และไม่เป็นการใช้สิทธิที่ขัดต่อ หลักการพื้นฐานของกฎหมาย จึงกำหนดให้ใช้สิทธิได้เฉพาะที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แม้บุคคล นั้นควรจะมีสิทธิในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากแต่ถ้าไม่มีกฎหมายรับรองไว้ก็ไม่สามารถ ใช้สิทธินั้นได้ ดังนั้นจึงสามารถสรุปลักษณะของสิทธิได้ 3 ประการ ดังนี้

1. สิทธิเป็นอำนาจ หรือประโยชน์ของบุคคล
  2. อำนาจ หรือประโยชน์นั้นมีขึ้นเพื่อใช้ยันต่อบุคคลอื่น ที่มีใช้ผู้ทรงสิทธิ
  3. จะต้องมีกฎหมายรับรองสิทธินั้นไว้จึงจะสามารถใช้บังคับผู้อื่นได้
- ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” นั้นนักนิติศาสตร์ได้ให้ความหมายไว้ดังต่อไปนี้

รองศาสตราจารย์ ดร. โภคิน พลกุล ได้อธิบายไว้ว่า “เสรีภาพ หมายถึง สถานภาพของ มนุษย์ที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของใครหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นอำนาจที่จะกระทำ การอย่างหนึ่งอย่างใดหรือที่จะไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด”<sup>6</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ อธิบายว่า “เสรีภาพ คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น เป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำและไม่ถูก หน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ โดยสรุปแล้ว เสรีภาพ คือ อำนาจ

---

<sup>5</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540,” พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543) หน้า 21.

<sup>6</sup> โภคิน พลกุล, อ้างแล้ว, เชียงธรรมที่ 3, หน้า 139.

ของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ด้วยตนเอง ตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง”<sup>7</sup>

วิชฌุ เครื่องงาม ได้ให้ความหมายไว้ว่า “เสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ”<sup>8</sup>

ดังนั้นโดยสรุปแล้ว เสรีภาพย่อมหมายความว่า ความมีเสรีหรือสภาพที่ทำได้โดยปลอดอุปสรรค สภาพที่มีสิทธิที่จะทำ จะพูดได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น กล่าวขยายความได้ว่า เสรีภาพเป็นอำนาจอันชอบธรรมที่กฎหมายรับรอง และคุ้มครองแก่บุคคลที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ตามที่บุคคลนั้นต้องการได้โดยอิสระ หรือโดยปลอดจากอุปสรรคหรือการบังคับขัดขวาง เสรีภาพจึงก่อหน้าที่ตามกฎหมายให้รัฐและบุคคลอื่นที่จะต้องเคารพและไม่ไปรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพดังกล่าว

## 2.2 ประวัติความเป็นมาของสิทธิและเสรีภาพ<sup>9</sup>

ในอดีตเป็นเวลานานหลายศตวรรษที่มนุษย์พยายามหาคำตอบที่ว่ามนุษย์ทุกคนควรมีสิทธิประเภทหนึ่งอันเป็นสิทธิประจำตัว ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และไม่อาจถูกทำลายลงได้โดยอำนาจใดๆ ขณะเดียวกันก็ได้มีการต่อสู้ดิ้นรนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิเช่นว่านั้นตลอดมาระหว่างผู้ได้ปกครองและผู้มีอำนาจปกครอง ดังนั้น จึงเกิดแนวความคิดในเรื่องของ “กฎหมายธรรมชาติ (Natural law) และสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights)” ซึ่งความมุ่งหมายที่แท้จริงที่ได้มีการเสนอความคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติขึ้นมา ก็เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ เนื่องจากผู้ใช้อำนาจปกครอง และผู้อยู่ใต้ปกครองมักมีความขัดแย้งกันอยู่เสมอ เนื่องจาก ผู้อยู่ใต้ปกครองของรัฐพยายามดิ้นรนที่จะมีสิทธิเสรีภาพให้มากที่สุดเท่าที่จะมีได้ แต่ในขณะเดียวกัน ผู้มีอำนาจปกครองรัฐก็มีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจอย่างเต็มที่เสมอ

แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติ เชื่อว่า สิทธิทั้งหลายเกิดขึ้นตามธรรมชาติพร้อมๆ กับมนุษย์ และถือว่าความยุติธรรมมาก่อนตัวบทกฎหมาย นับแต่สมัยโบราณมาแล้วที่ได้เกิดมีความคิด

<sup>7</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 5, หน้า 22.

<sup>8</sup> วิชฌุ เครื่องงาม, “กฎหมายรัฐธรรมนูญ,” พิมพ์ครั้งที่ ๓, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสวงสุทธิการพิมพ์, 2530), หน้า 67.

<sup>9</sup> ชนินทร์ ดิชาวัน, “สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย,” [Online available], URL: <http://www.pub-law.net>.



ว่ากฎหมายตามธรรมชาติมีอยู่จริงแม้มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ยังเป็นกฎหมายที่สูงส่ง ควรแก่การเคารพยิ่งไปกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองประเทศ สิทธิทั้งหลายแห่งมนุษยชาติ เกิดมีขึ้นตามกฎหมายธรรมชาติ ส่วนกฎหมายที่ตราขึ้นในภายหลังนั้น เป็นเพียงการยอมรับหรือ รับรองสิทธิที่ได้มีอยู่แล้วว่า มีอยู่จริง และรัฐบังคับคุ้มครองให้เท่านั้น ไม่ได้เป็นผู้ก่อตั้ง หรือ ประกาศสิทธิให้มนุษย์แต่อย่างใด เช่น สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน และความ เสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และใครผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ ซึ่งต่อมามีการ ขยายความหมายครอบคลุมไปถึง สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองป้องกันไม่ให้ถูกจับกุมคุมขังโดย อำนาจใด สิทธิที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดในเคหสถาน สิทธิที่จะมีเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายถิ่นที่อยู่ สิทธิเสรีภาพในการสื่อสาร สิทธิเสรีภาพในความคิดเห็น และสิทธิเสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ

ต่อมาแนวความคิดในเรื่องสิทธิตามธรรมชาติดังกล่าว ได้มีการอธิบายขยายความจน กลายเป็นสิทธิในการจำกัดอำนาจรัฐ โดยให้เหตุผลว่าประชาชน มีอาณาเขตหนึ่งที่ห้ามมิให้ผู้ใช้ อำนาจปกครองรัฐล่วงล้ำเข้าไปใช้อำนาจรัฐได้ เมื่อผู้ใช้อำนาจอปกครองรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องค ะเวนไม่ใช้อำนาจรัฐ จึงเท่ากับประชาชนของรัฐมีสิทธิในการจำกัดอำนาจรัฐนั่นเอง และนอกจากจะ เป็นการจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้ล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว สิทธิเสรีภาพของแต่ละ บุคคล ก็จะต้องไม่ถูกล่วงละเมิดจากการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วย นั่นก็หมายความว่า การ ใช้สิทธิเสรีภาพของแต่ละบุคคลจะต้องใช้ภายในปริมาตรเขตแดนของสิทธิเสรีภาพแห่งตน และ ต้องไม่ล่วงเข้าไปในปริมาตรเขตแดนของสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นนั่นเอง

### 2.3 ข้อสังเกตที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพ

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าสิทธิกับเสรีภาพ มีความคล้ายคลึงกันในข้อที่ว่าต่างก็เป็นอำนาจ อันชอบธรรมที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล และยังมีความเกี่ยวพันอีกหลายประการ กล่าวคือ สิทธิ นั้นหมายความรวมถึง สิทธิที่จะมีเสรีภาพต่างๆ ตามควรแก่สภาพและฐานะของบุคคลด้วย และ เสรีภาพนั้น ที่สำคัญคือเสรีภาพที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ได้ตามสิทธิของตน สิทธิยังเป็น ตัวบ่งชี้สำคัญถึงระดับความมีเสรีภาพ เนื่องจากความหมายของสิทธิและเสรีภาพใกล้เคียงกัน และสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด แต่อย่างไรก็ตามเสรีภาพมีความแตกต่างจากสิทธิ เนื่องจากสิทธิเป็น อำนาจที่บุคคลใช้ในการความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น โดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือ ละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตน แม้ว่าการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพ

อย่างไรอย่างหนึ่งให้แก่บุคคลย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยเหมือนกัน แต่หน้าที่ที่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่นอันเนื่องมาจากกฎหมายรับรองเสรีภาพให้แก่บุคคลคนหนึ่งนี้เป็นแต่เพียงหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของเขา ผู้ทรงเสรีภาพคงมีอำนาจแต่เพียงที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่

โดยศาสตราจารย์ ดร.อมร รักษาสัตย์ ได้ให้ความเห็นไว้ในทำนองเดียวกันว่า “สิทธิและเสรีภาพมีผลบังคับใช้ต่างกัน ในหลักการสิ่งใดที่เป็นสิทธิของประชาชนหมายความว่าประชาชนมีสิทธิเลือกที่จะเรียกร้องให้ตนได้รับสิทธินั้นมาใช้อย่างจริงจังโดยรัฐบาลจะต้องจัดบริการหรือให้ความคุ้มครองพิทักษ์รักษาให้ได้ใช้สิทธินั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย ในอีกทัศนะหนึ่งสิทธิเป็นผลประโยชน์สำคัญของบุคคลหนึ่งซึ่งบุคคลอื่นจะมีหน้าที่จัดหรือยอมให้บุคคลนั้นได้รับสิทธิ ส่วนคำว่าเสรีภาพ หมายถึง ความอิสระที่จะเลือกกระทำการใดๆ ภายในกรอบของกฎหมายหรือเท่าที่จะไม่ไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น ทั้งนี้ แล้วแต่บุคคลนั้นจะเลือกใช้เสรีภาพนั้นหรือไม่ก็ได้โดยไม่ผูกมัดว่ารัฐจะต้องจัดให้บุคคลใช้เสรีภาพนั้นเพราะการใช้เสรีภาพนั้นมักต้องใช้ทรัพยากรและมักจะไปกระทบกระเทือนผู้อื่นหรือสิ่งขัดขวางอื่น”<sup>10</sup>

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นมีความเหมือนกันในรูปแบบ แต่แตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ สิทธินั้นเป็นลักษณะของอำนาจที่จะต้องมีกฎหมายรับรองไว้ และจะต้องมีการแสดงออก (Active) ว่าผู้ทรงสิทธิมีสิทธินั้นอยู่ ไม่ว่าจะป็นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม แต่เสรีภาพนั้นเป็นลักษณะของอำนาจที่บุคคลมีติดตัวอยู่ (Passive) กฎหมายเพียงรับรองไว้เพื่อความชัดแจ้งในการบังคับใช้เท่านั้น ซึ่งหากเป็นการแสดงออกเพื่อบังคับผู้อื่นให้เคารพในเสรีภาพของผู้ทรงจะเรียกว่า “สิทธิในเสรีภาพ” ซึ่งก็จะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เช่นกัน โดยที่ทั้งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีขึ้นมาเพื่อทำให้การดำรงอยู่ของมนุษย์นั้นปราศจากการถูกบังคับในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของการดำรงชีวิต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตย

---

<sup>10</sup> ออมร รักษาสัตย์, “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนพร้อมบทวิจารณ์,” (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ด้านสุทธาการพิมพ์ จำกัด, 2541) หน้า 68.

## 2.4 เสรีภาพในการประกอบอาชีพ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 43 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวสามารถวิเคราะห์ได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดนั้นมีเจตนารมณ์ที่จะปกป้องเสรีภาพในการประกอบอาชีพของปัจเจกชน ซึ่งหมายความถึง ปกป้องเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลแต่ละคน ทั้งในส่วนที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะบุคคล และรวมถึงแนวความคิด อุดมการณ์ด้วย โดยการแข่งขันกันทางธุรกิจนั้นจะต้องเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม ซึ่งการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวนี้จะกระทำไม่ได้เลย เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น และกฎหมายที่จะจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นจะต้องมีเจตนารมณ์เพื่อ

1. ประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ
2. การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค
3. การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
4. การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ
5. การคุ้มครองผู้บริโภค
6. การผังเมือง
7. การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม
8. สวัสดิภาพของประชาชน หรือ
9. ป้องกันการผูกขาด หรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

ดังนั้นการที่รัฐจะจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้นั้นนอกจากจะต้องตราเป็นกฎหมายแล้วยังจะต้องมีเจตนารมณ์ดังที่ได้กล่าวมาแล้วอีกด้วย แต่ถ้าหากเป็นกรณีการใช้สิทธิของปัจเจกชนเองมีก็มีขอบเขตของการใช้เสรีภาพดังต่อไปนี้

ประการแรก การใช้เสรีภาพของตนเองจะต้องไม่ละเมิดเสรีภาพของผู้อื่น เพราะแต่ละบุคคลก็ย่อมมีขอบเขตเสรีภาพของตน และอาจจะใช้เสรีภาพของตนได้ ตราบเท่าที่การใช้เสรีภาพนั้นมีได้ไปละเมิดเสรีภาพของบุคคลอื่นนั่นเอง

ประการที่สอง การใช้เสรีภาพของปัจเจกชนนั้นจะต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งการใช้เสรีภาพที่อันอาจจะถือได้ว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญนั้น ได้แก่ การใช้เสรีภาพเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญ การใช้เสรีภาพเพื่อเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง หรือการใช้เสรีภาพเพื่อเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ ซึ่งที่กล่าวมานี้ย่อมถือได้ว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น

ประการที่สาม การใช้เสรีภาพต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” นี้ เป็นที่สนใจในด้านจริยธรรมของมหาชนในสังคมซึ่งอาจมีความหมายแตกต่างกันสำหรับแต่ละสังคมและเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย และย่อมขึ้นอยู่กับความรู้สึกร่วมกันของบุคคลในสังคมหนึ่งๆ ต่อเรื่องนั้น<sup>11</sup>

## 2.5 หลักการในการจำกัดเสรีภาพ

เสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นเป็นหลักการสากลที่ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยและมีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมจะต้องมีการบัญญัติรับรองเสรีภาพนี้ โดยหลักการแล้วรัฐไม่มีหน้าที่ดำเนินการทางเศรษฐกิจจะต้องปล่อยให้ไปไปตามกลไกตลาด หากแต่บางครั้งอาจเกิดเหตุที่ทำให้เกิดความไม่มั่นคงในระบบเศรษฐกิจของประเทศจึงจำเป็นต้องมีมาตรการในการควบคุมปัญหาดังกล่าว ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 23 ได้วางหลักการไว้ 5 ประการ ดังนี้

- (1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทำได้เฉพาะ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้
  - (2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้ที่จำเป็นเท่านั้น
  - (3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้
  - (4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องกระทำเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง (5)
- การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น

---

<sup>11</sup> ชนิรินทร์ ดิชาวัน, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 9

จากการกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวนี้ จะทำให้เห็นได้ว่ามีหลักกฎหมายที่สำคัญ 2 หลักการ คือ หลักความจำเป็น และหลักความเสมอภาค ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

หลักความจำเป็นในกรณีของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นย่อมขึ้นอยู่กับบทบัญญัติที่รัฐตราออกมาว่ามีความจำเป็นต่อเป้าหมาย หรือวัตถุประสงค์ของรัฐในเรื่องนั้นๆ หรือมีวิธีการอื่นที่จำกัดเสรีภาพน้อยกว่ามาตรการที่รัฐออกมามากน้อยเพียงไร และกระทบต่อสาระสำคัญของเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือไม่

หลักความเสมอภาคในส่วนที่เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนี้ คือการพิจารณาจากการบังคับใช้กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพดังกล่าวนี้ว่ามีการบังคับใช้เป็นการทั่วไปหรือไม่ เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันย่อมต้องปฏิบัติเหมือนกัน แต่สิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันจะต้องมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วย

### 3. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับประชาธิปไตยกับขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ

การใช้เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น ปัจเจกชนจะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของตนภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมาย หรือตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งการใช้เสรีภาพของบุคคลดังกล่าวนี้สามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

3.1 ความหมายของคำว่า “บุคคล” ตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เมื่อได้ศึกษาแล้วพบว่า สิทธิ และเสรีภาพนั้นเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด ซึ่งอดีตการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนี้ก็เป็นที่ไปเพื่อความดำรงอยู่ของมนุษย์ โดยที่ในปัจจุบันสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ถูกจำกัดให้อยู่ภายใต้กฎหมายที่ซึ่งในแต่ละประเทศก็วางขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพไว้ อาจเหมือนหรือแตกต่างกัน หากแต่โดยเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพแล้วมีความเหมือนกันในสาระสำคัญเนื่องจากเป็นสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์นั่นเอง

ซึ่งความหมายของสิทธิและเสรีภาพนี้พอจะกล่าวได้ดังนี้ คำว่า “สิทธิ” นั้น นักนิติศาสตร์ได้ให้ความเห็นไว้ในหลายแนวทาง หากแต่มีลักษณะที่มีความคล้ายคลึงกันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ คือ สิทธิเป็นคำที่ใช้เรียกอำนาจหรือประโยชน์ที่บุคคลควรจะได้รับภายใต้หลักการ

พื้นฐานของเหตุและผล เพื่อใช้ยื่นต่อบุคคลอื่นๆ และย่อมเกิดหน้าที่ต่อบุคคลผู้ซึ่งมิใช่เจ้าของสิทธิ ซึ่งในปัจจุบันจะต้องมีการรับรองและคุ้มครองสิทธินั้น โดยกฎหมาย

ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” นั้น หมายถึง ความมีเสรีหรือสภาพที่ทำได้โดยพลอดอุปสรรค ใน การใดๆ ตามแต่ผู้ทรงเสรีภาพนั้นต้องการ โดยในปัจจุบันจะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย

ดังนั้นคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ในมักจะใช้คู่กันเพื่อแสดงถึงประโยชน์ และอิสระของปัจเจกชนในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งภายใต้อำนาจของกฎหมาย หรือที่กฎหมายรับรอง และคุ้มครองไว้ให้นั่นเอง หากแต่ในเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีความแตกต่างกัน คือ สิทธิ นั้นเป็นลักษณะของอำนาจที่จะต้องมีการคุ้มครองไว้ และจะต้องมีการแสดงออก (Active) ว่าเป็นผู้ทรงสิทธิมีสิทธินั้นอยู่ ไม่ว่าจะเป็นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม แต่เสรีภาพนั้นเป็น ลักษณะของอำนาจที่บุคคลมีติดตัว (Passive) อยู่กฎหมายเพียงรับรองไว้เพื่อความชัดเจนในการบังคับใช้เท่านั้น

จากความหมายของคำว่า “เสรีภาพ” นี้เอง เมื่อนำมารวมกับการประกอบอาชีพจึงทำให้วิเคราะห์ถึงหลักในการประกอบอาชีพได้ว่า เสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นเป็นพื้นฐานในการดำรงอยู่ของมนุษย์ทุกชนชาติ การให้เสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้นย่อมไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะบุคคลใด หรือชนชาติใดเท่านั้น ดังนั้นคำว่า “บุคคล” ในความหมายของมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น หมายความว่า บุคคลทุกคนที่อยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ สัญชาติ หรือนับถือศาสนาใดๆ ก็ตาม หากเข้ามาในประเทศไทยแล้ว ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ อีกประการหนึ่ง หากพิจารณาถึงคำว่า “บุคคล” ที่ใช้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะเห็นได้ว่าน่าจะมีความหมายที่หมายถึงทั้งบุคคลที่เป็นชนชาวไทยเท่านั้น เช่น หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวส่วนที่ 8 สิทธิและเสรีภาพในการศึกษา ส่วนที่ 9 สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ ฯลฯ และไม่จำเป็นต้องเป็นชนชาวไทย เช่น หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 1 บททั่วไป ส่วนที่ 2 ความเสมอภาค ส่วนที่ 3 สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ส่วนที่ 6 สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ฯลฯ อย่างไรก็ตามบทความนี้ยังมีความเห็นให้มีการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้เกิดความชัดเจนของคำว่า “บุคคล” ต่อไป

3.2 ปัญหาข้อจำกัดเสรีภาพตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จากบทบัญญัติมาตรา 43 วรรค 2 ที่ว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขโลก การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน” จะเห็นได้ว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น รัฐจะต้องตราเป็นกฎหมาย อันเป็นเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งในการจำกัดเสรีภาพโดยรัฐ และนอกจากนั้นกฎหมายที่ตราขึ้นจะต้องมีเจตนารมณ์เป็นการเฉพาะ ซึ่งนับรวมได้ 9 ประการได้แก่

1. ประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ
2. การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขโลก
3. การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
4. การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ
5. การคุ้มครองผู้บริโภค
6. การผังเมือง
7. การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม
8. สวัสดิภาพของประชาชน หรือ
9. ป้องกันการผูกขาด หรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

ซึ่งจะเห็นได้ว่า การจำกัดขอบเขตของรัฐดังกล่าว นั้น มีขอบเขตที่กว้าง และอาจเป็นผลเสียต่อสถานะเศรษฐกิจของประเทศที่กำลังเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เนื่องจากความชัดเจนการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวนั้นครอบคลุมทุกกลุ่มอาชีพ จนเป็นการเปิดช่องให้รัฐสามารถตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ทุกประเภทอาชีพ ซึ่งในส่วนสาระสำคัญของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น หากเป็นส่วนที่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมมีความสำคัญเพียงพอที่จะกำหนดให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ แต่หากเป็นเรื่องของความสะดวกของรัฐในการบริหารจัดการอาชีพต่างๆ นั้น ยังไม่มีความจำเป็นเพียงพอที่จะให้รัฐมีอำนาจในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว ส่วนในกรณีของการผูกขาด หรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันนั้น ในส่วนนี้ถือได้ว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการเข้าสู่ประชาคมอาเซียนมากที่สุด เนื่องจากในการลงทุนข้ามชาติของนัก

ธุรกิจต่างๆ ย่อมจะเข้ามาแข่งขันกับนักธุรกิจภายในประเทศ ซึ่งหากเป็นการแข่งขันกับผู้ประกอบการที่มีฐานะทางเศรษฐกิจใกล้เคียงกันก็จะทำให้เป็นการแข่งขันที่เป็นธรรม หากแต่ถ้าเป็นการแข่งขันกับผู้ประกอบการที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่น้อยกว่ามากย่อมทำให้การแข่งขันนั้นเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น ซึ่งรัฐอาจตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการประกอบธุรกิจดังกล่าวได้ และหากมองในทางเสรีภาพแล้วการแทรกแซงกลไกตลาดของรัฐดังกล่าวอาจทำให้เกิดการรีดถอนเสรีภาพได้ ดังนั้นจึงจะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 43 นี้ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเพื่อให้สอดคล้องกับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งในส่วนที่ให้อำนาจเข้าจำกัดเสรีภาพเพื่อเป็นการสะดวกแก่รัฐในการบริหารจัดการอาชีพ เช่น การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ เป็นต้น จำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขตามเหตุผลดังที่ได้กล่าวแล้ว

#### 4. สรุปและเสนอแนะ

##### 4.1 สรุป

เมื่อประเทศไทยเข้าสู่ประชาคมอาเซียนในปี พุทธศักราช 2558 แล้ว จะทำให้ภาคธุรกิจของประเทศได้รับผลกระทบเป็นอย่างมากทั้งในด้านอุตสาหกรรม การค้า และบริการ รัฐจึงจำเป็นที่จะต้องมีการเตรียมพร้อมสำหรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว และจะต้องนำพาผู้ประกอบการธุรกิจภายในประเทศให้สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจในอาเซียนให้ได้ ซึ่งก็จะต้องได้รับแรงสนับสนุนจากภาครัฐถึงแนวทาง และวิธีการในการพัฒนาธุรกิจของตน อีกทั้งการได้รับการส่งเสริมจากภาครัฐยังจะทำให้การเจริญเติบโตของเศรษฐกิจภายในประเทศมีความมั่นคงขึ้นอีกด้วย มาตรการหนึ่งที่รัฐจะสามารถใช้ได้ในการควบคุม หรือช่วยเหลือผู้ประกอบการภายในประเทศที่ทำการแข่งขันกับผู้ประกอบการอาเซียนที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย ได้แก่ การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” นั้นมีความแตกต่างกันโดยที่สิทธินั้นเป็นอำนาจ หรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองให้จึงเกิดการบังคับแก่ผู้อื่นที่มีใช้ผู้ทรงสิทธิ ให้เคารพต่อผู้ทรงสิทธินั้น แต่เสรีภาพเป็นความมีอิสระในการกระทำการต่างๆ โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยที่ไม่ละเมิดต่อเสรีภาพของผู้อื่น และผู้อื่นก็ต้องเคารพต่อเสรีภาพของผู้ทรงเสรีภาพเช่นกัน ทำให้รัฐจำเป็นที่จะต้องเข้ามามีบทบาทในการจำกัดเสรีภาพในบางกรณีที่ปัจเจกชนได้กระทำการโดยใช้เสรีภาพที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ซึ่งการที่รัฐจะกระทำการใดๆ อันเป็นการจำกัดเสรีภาพ



ได้นั้นจะต้องมีอำนาจกระทำตามที่กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจไว้ และการตรากฎหมายให้อำนาจแก่รัฐนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักการทางกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องมีความจำเป็น และบังคับใช้ได้โดยเสมอภาค ดังนั้น เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ นั่นจึงไม่ได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะบุคคลที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น หากแต่ย่อมหมายรวมถึงบุคคลทุกคนที่เข้ามาประกอบอาชีพในประเทศไทย ที่อาจถูกจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้ในส่วนของรัฐก็ต้องไม่ตรากฎหมายที่ขัดต่อสาระสำคัญของเสรีภาพนั้น และจะต้องมีความจำเป็นในการตรากฎหมายดังกล่าว อีกทั้งจะต้องสามารถบังคับได้เป็นการทั่วไปอีกด้วย และในส่วนของบทกฎหมายที่เป็นการจำกัดเสรีภาพ หรือให้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดเสรีภาพ เช่น มาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น จะต้องมีความชัดเจนและไม่เป็นการแทรกแซงระบบเศรษฐกิจของประเทศมากเกินไปจนเกินความจำเป็น แต่ทั้งนี้ย่อมไม่กระทบต่อการส่งเสริมของภาครัฐที่จะสนับสนุนผู้ประกอบการภายในประเทศที่แข่งขันกับต่างประเทศเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม

ในปัจจุบันได้มีการตั้งคณะทำงานจากหลายหน่วยงานเพื่อการพัฒนากฎหมายของประเทศในการเตรียมความพร้อมเข้าสู่ประชาคมอาเซียนและเสริมสร้างศักยภาพในการแข่งขันประเทศโดยหลายหน่วยงาน จึงเห็นสมควรให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในเพื่อเสริมสร้างศักยภาพในการแข่งขันโดยคำนึงถึงประโยชน์ของชาติเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม อาจมีกฎหมายบางฉบับที่รองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542 อย่างไรก็ตาม ธุรกิจบริการ (ตาม บัญชี 3) ยังคงอาจมีประเด็นประเภทธุรกิจบริการบางประเภท ที่ไม่ควรได้รับการพิจารณา ให้เป็นธุรกิจบริการ เนื่องจาก ในข้อที่ 21 ตามบัญชี 3 กำหนดให้บริการอื่นๆ นอกจากที่กำหนดไว้ข้างต้น (ข้อ 1 ถึง 20) ให้เป็นธุรกิจบริการที่ต้องขออนุญาต เว้นแต่ธุรกิจที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งขณะนี้ยังไม่มีกฎกระทรวงเช่นว่านี้ ดังนั้นการกำหนดกฎกระทรวงดังกล่าวจึงควรพิจารณาถึงความพร้อมของคนไทยที่จะต้องแข่งขันกับคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจบริการนั้นๆ ในภาพรวม เนื่องจากกฎกระทรวงที่จะกำหนด จะมีผลไม่เฉพาะแต่ประเทศในประชาคมอาเซียนเท่านั้น แต่ยังคงมีผลเป็นการทั่วไปกับทุกๆ ประเทศอีกด้วย

#### 4.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 43 นั้นยังจะต้องมีการแก้ไขในประเด็นดังต่อไปนี้

1. ความชัดเจนของคำว่า”บุคคล”ที่อยู่ได้บังคับแห่งรัฐธรรมนูญนี้เมื่อมีการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้ว โดยการแก้ไขปรับปรุงให้เกิดความชัดเจนในความหมายของคำว่าบุคคลในแต่ละบริบทให้ชัดเจน เนื่องจากคำว่า”บุคคล”ที่ใช้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะเห็นได้ว่าน่าจะมี ความหมายที่หมายถึงทั้งบุคคลที่เป็นชนชาวไทยเท่านั้น และไม่จำเป็นต้องเป็นชน ชาวไทย
2. ในปัจจุบันได้มีการตั้งคณะทำงานจากหลายหน่วยงานเพื่อการพัฒนากฎหมายของ ประเทศในการเตรียมความพร้อมเข้าสู่ประชาคมอาเซียน และเสริมสร้าง ศักยภาพในการแข่งขันประเทศโดยหลายหน่วยงาน จึงเห็นควรให้มีการบูรณา การ การทำงานหน่วยงานต่างๆเข้าด้วยกัน เพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด ถึงแม้มีกฎหมายบางฉบับที่อาจรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542 อย่างไรก็ตาม ธุรกิจบริการ (ตาม บัญชี 3) ยังคงอาจมีประเด็นประเภทธุรกิจบริการบาง ประเภท ที่ไม่ควรได้รับการพิจารณา ให้เป็นธุรกิจบริการ เนื่องจาก ในข้อที่ 21 ตามบัญชี 3 กำหนดให้บริการอื่นๆ นอกจากที่กำหนดไว้ข้างต้น (ข้อ 1 ถึง 20) ให้เป็นธุรกิจบริการที่ต้องขออนุญาต เว้นแต่ธุรกิจที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งขณะนี้ยังไม่มีกฎกระทรวงเช่นนี้ ดังนั้นการกำหนดกฎกระทรวงดังกล่าว จึงควรพิจารณาถึงความพร้อมของคน ไทยที่จะต้องแข่งขันกับคนต่างด้าวที่ ประกอบธุรกิจบริการนั้นๆในภาพรวม เนื่องจากกฎกระทรวงที่จะกำหนด จะมี ผลไม่เฉพาะแต่ประเทศในประชาคมอาเซียนเท่านั้น แต่ยังคงมีผลเป็นการ ทัวไปกับทุกๆประเทศอีกด้วย
3. ในส่วนของข้อจำกัดเสรีภาพจะต้องแก้ไขบทบัญญัติเพื่อให้รัฐเข้าแทรกแซง กลไกตลาดให้น้อยที่สุด

## บรรณานุกรม

### อ้างอิง

#### หนังสือ

คณิน บุญสุวรรณ. คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน. (กรุงเทพมหานคร: สุขภาพใจ, 2547). หน้า 21.

โกคิน พลกุล. หลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ ๒. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539). หน้า 138- 139.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543). หน้า 21.

วิญญู เครื่องงาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ ๓. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2530). หน้า 67.

#### บทความ

อมร รักษาสัตย์. รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนพร้อมบทวิจารณ์. (กรุงเทพมหานคร: บริษัทด้านสุทธาการพิมพ์ จำกัด, 2541). หน้า 68.

#### สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ชนินทร์ ดิชาวัน. สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย. [Online available] URL: <http://www.pub-law.net>.

นนทวัฒน์ บรมานันท์. รายงานผลการศึกษาวิจัย เรื่อง การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (ตอนที่ ๑). [Online available] URL: <http://www.pub-law.net>.

#### กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550